

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
ERAÕIGUSE OSAKOND

Kent Märjamaa

Ebakindel põhjuslik seos deliktiõiguses

Magistritöö

Juhendaja
Professor Janno Lahe

Tartu
2016

Sisukord

Sissejuhatus.....	3
1. Kausaalsuskontseptsioon deliktiõiguses.....	9
1.1 Põhjuslik seos deliktiõiguses	9
1.1.1 Põhjusliku seose mõiste delikti koosseisus.....	9
1.1.2 Faktilise põhjusliku seose tuvastamine.....	11
1.1.3 Põhjuslikule seosele õigusliku hinnangu andmine	14
1.1.4 Põhjusliku seose tuvastamise tasandid.....	17
1.1.5 Põhjusliku seose tõendamiskoormis	18
1.1.6 Põhjusliku seose tõendamisstandard.....	20
1.2 Ebakindla kausaalsuse olukorrad.....	23
1.2.1 Ebakindla põhjusliku seose mõiste	23
1.2.2 Alternatiivne kausaalsus	28
1.2.3 Delikti ebakindlus (kaotatud võimalused ja suurendatud riskid).....	31
2. Kahju hüvitamine ebakindla kausaalsuse olukorras.....	33
2.1 Kannatanu võimalus saada kahjuhüvitist ebakindla kausaalsuse olukorras.....	33
2.1.1 Kahju hüvitamine alternatiivse kausaalsuse korral.....	33
2.1.2 Kahju hüvitamine kannatanu vastutussfäärist tuleneva ebakindluse korral ..	36
2.1.3 Kahju hüvitamine ebakindla kausaalsuse olukorras muudel juhtudel.....	42
2.2 Kahju osalise hüvitamise võimalikkus Eesti õiguses	47
2.2.1 Tõenäosusliku kahju hüvitamise printsiip	47
2.2.2 <i>Loss of chance</i> põhimõte.....	49
2.2.3 Proportsionaalse vastutuse põhimõte.....	56
Kokkuvõte.....	62
Uncertain Causation in Tort Law. Summary	67
Kasutatud kirjandus	73
Kasutatud normatiivmaterjal.....	75
Kasutatud kohtupraktika	76
Kasutatud muud materjalid	77

Sissejuhatus

Tsiviilõiguses tekib sageli küsimus, kas isikul peaks lasuma kohustus kahju hüvitamiseks erinevates olukordades, kus hageja suudab küll tõendada, et kostja õigusvastane tegevus võis soodustada hagejale kahju tekitamist, kuid olukorra iseloomu arvesse võttes on hagejal võimatu tõendada, et kostja tegevus tegelikult hagejale ka kahju põhjustas.¹ Võlaõigusseaduse² (edaspidi VÕS) § 127 lg 4 sätestab, et isik peab kahju hüvitama üksnes juhul, kui asjaolu, millel tema vastutus põhineb, on kahju tekkimisega sellises seoses, et tekkinud kahju on selle asjaolu tagajärg. Olukorras, kus hageja ei suuda tõendada, et tal tekkinud kahju ja kostja tegevuse vahel on põhjuslik seos, jääb kahjuhüvitis välja mõistmata.

Põhjusliku seose tuvastamise nõue on nii lepingulise kui ka lepinguvälise kahju hüvitamise kohustuse üheks keskseks elemendiks.³ Kahju hüvitamise eesmärgi ning ulatuse sätestab VÕS § 127, mille kohaselt on kahju hüvitamise eesmärk, põhjuslik seos ning diferentsihüpetees omavahel lahutamatu seotud.⁴ VÕS § 127 lõigete 1 ja 4 järgi peab kahju tekitaja hüvitama tema rikkumisest tulenevad kahjulikud tagajärjed, st need tagajärjed, mis on rikkumisega põhjuslikus seoses. See tähendab seda, et kahju õigusvastase tekitamise korral on vaja tuvastada, millise kahju ärahoidmine oli kahju hüvitamise kohustuse aluseks oleva sätte eesmärgiks ja sellest johtuvalt asetada isik olukorda, kus ta oleks siis, kui kahju hüvitamise kohustuse aluseks olevat asjaolu ei oleks esinenud.⁵ Sellest tulenevalt lähtub võlaõigusseadus põhjusliku seose formaaloloogilisest tähendusest.⁶ Tegu on tsiviilõiguses kehtiva totaalreparatsiooni põhimõtte väljundiga, mis teatud juhtudel võib mõne poole suhtes olla ebaõiglane ja viia seega ühe poole üle- või alakompenseerimiseni.⁷

¹ R. W. Wright, Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability and the Burden of Proof, 41 Loyla of Los Angeles Law Review 1295 (2008), lk 1295.

² Võlaõiguseadus RT I, 11.03.2016, 1.

³ M. Kingisepp, Kausaalõpetused ja võlaõigus. – Juridica, 2003, nr 3, lk 154.

⁴ Varul, P jt (koost). Võlaõiguseadus I. Üldosa (§§ 1-207). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura. 2006 - VÕS § 127 kamm p 4.1.

⁵ Varul, P jt (koost). VÕS § 127 kamm p 4.1.

⁶ K. Sein. Ettenähtavus ja rikutud kohustuse eesmärk kui lepingulise kahjuhüvitise piiramise alused. Doktoritöö. Tartu Ülikooli kirjastus. 2007, lk 10.

⁷ A. El-Haj. The Loss of Chance Doctrine in Medical Malpractice: A Lost Case? September 9, 2010, lk 5.

Põhjuslike seoste tuvastamise aluseks on loodusteadustes üldist tunnustust leidnud käsitlused ühiskonnanähtuste omavaheliste seoste kohta ilma milleta ei ole võimalik tuvastada üksikute nähtuse omavahelist korrelatsiooni.⁸ Loodusteadused on pidevas arengus, kuid paratamatult esineb maailmas palju nähtuseid, mille puhul ei ole nende omavahelised seosed veel teadlaste poolt täielikult tuvastatavad. Nii *common law* kui ka Mandri-Euroopa õigussüsteemid on viimastel aastakümnetel pidanud deliktiõiguses lahendama küsimusi, kus õiguspärased, kuid väga riskantsed tegevused võivad olla põhjustanud isikutele suurt kahju. Näiteks võib tuua uute ravimite väljatöötamise või tuumaenergia kasutamise, mis võib soodustada teatud juhul haiguste teket või muid kõrvalnähtusi.⁹ Samal ajal põhjustavad näiteks keelatud ainete kasutamine kaupade tootmises või teenuste pakkumisel samuti kahjusid, mille puhul kannatanutel on sageli väga raske või isegi võimatu tõendada, et konkreetse kahju on põhjustanud just see rikkumine. Siinkohal saab eristada ka olukordi, kus kannatanu ei suuda üldse tõendada, et kokkupuude mingi substantsiga võis talle kahju põhjustada, kuigi esineb suur üldine statistiline seos selle substantsi ja kannatanul tekkinud kahju tüübi vahel. Teisel juhul võib olla kindel, et substants sellist kahju tekitab, aga pole kindel kas konkreetsel juhul on just konkreetne kostja talle kahju põhjustanud. Samuti võib olla tegu mitme kahju põhjustajaga, kelle puhul ei ole konkreetselt teada, milline neist kahju tekitas.¹⁰

Kõiki eeltoodud probleeme saab iseloomustada sellega, et põhjusliku seose olemasolu osas esineb ebakindlus. Sellistes olukordades võib küsida, kas ühe poole absoluutne eelistamine on soovitav ja õiglane. Juhul, kui põhjuslik seos jääb tõendamata jääb kannatanul tekkinud kahju hüvitamata, kuigi esineb suur võimalus, et just konkreetne isik võis talle kahju tekitada. Teisalt võib aga kahju tekitaja vastutada kogu kahju eest, olugi et kannatanu on tõendamisstandardi vaevalt ületanud.¹¹ Nende probleemide lahendamiseks on nii Eesti kui ka Lääne-Euroopa ja USA materiaalõiguses ja kohtupraktikas kasutusel erinevaid meetodid probleemkaasuste lahendamiseks. Sageli kasutatakse erinevaid osavastutuse põhimõtteid nagu võimaluse kaotuse või

⁸ M. Kingisepp, lk 155.

⁹ M. Martín-Casals, D. M. Papayannis (eds.). *Uncertain Causation in Tort Law*. Cambridge University Press, 2015, lk 1.

¹⁰ *Ibid.*, lk 2.

¹¹ M. Martín-Casals. *Proportional liability in Spain: A bridge too far?* - M. Martín-Casals, D. M. Papayannis (eds.), lk 43-45. Eriti teravalt tõusetub see probleem *common law* riikides, kus tsiviilasjades kehtib 50+1% tõendamisstandard põhjusliku seose tõendamisel, vt täpsemalt käesoleva töö p 1.1.6; A. El-Haj, lk 5.

proportstionaalne kahju hüvitamine.¹² Totaalreparatsiooni põhimõttest kõrvalekaldumist lubab Eesti õiguses vaid VÕS § 138 lg-d 1 ja 3, mille kohaselt võib olukorras, kus tekkinud kahju eest võivad vastutada erinevad isikud ja on kindlaks tehtud, et kahju võis tekitada neist igaüks, nõuda igalt isikult kahju hüvitamist määral, mis vastab tõenäosusele, mil määral isik võis kahju tekkimise põhjustada. Siiski ei lahenda see see säte kaugeltki kõiki ebakindla kausaalsuse olukordi.

Käesoleva magistr töö eesmärk on esmalt leida vastus küsimusele, kuidas lahendab Eesti õigus ebakindla kausaalsuse juhtumeid deliktiõiguses ehk teisisõnu, millised on kannatanu võimalused saada praegu kehtiva õiguse alusel kahjuhüvitist juhul, kui kannatanu ei saa (objektiivsetel asjaoludel) tõendada vajaliku põhjuslikkuse esinemist. Selleks on vajalik välja selgitada, kuidas Eesti õiguses põhjusliku seose tuvastamine (sh tõendamine) olemuslikult toimub ning kuidas defineerida ebakindla kausaalsuse olukorda. Töö teiseks eesmärgiks on vastata küsimusele, kas ebakindla kausaalsuse olukorras on põhjendatud totaalreparatsiooni põhimõttel kahju hüvitamine või võiks sellisel juhul kaaluda osalist kahju hüvitamist. Nende eesmärkide täitmiseks on magistr töö vajas ka analüüsida, millist osalise kahju hüvitamise meetodit oleks sellisel juhul võimalik ja kohane Eesti deliktiõiguses rakendada.

VÕS 7. peatükis sätestatud kahju hüvitamise normid, sh põhjusliku seose tuvastamise kohustus, kohaldub nii lepingu rikkumise (VÕS § 101 lg 1 p 3 ja § 115 lg 1) kui ka kahju õigusvastase tekitamise ehk deliktiliste nõuete puhul (VÕS 53. pkt).¹³ Vaatamata sellele on käesoleva töö puhul piiratud uurimust ainult deliktiõiguse valdkonnale. Selle põhjuseks on eelkõige tõsiasi, et deliktide puhul on vastutuse eeldused erinevad lepingu rikkumisest ning ebakindla põhjusliku seose probleemid tõusetuvad teravamalt deliktiõiguses.¹⁴ Samuti aitab uurimuse piiritlemine deliktiõigusega käesoleva töö autori hinnagul läheneda probleemile süstemaatilisemalt.

Teema uurimise vajadust ja aktuaalsust kinnitab põhjusliku seose tõendamise probleemide vähene kajastus Eesti õiguskirjanduses. Probleemi on vähesel määral

¹² R. W. Wright 2008, lk 1317.

¹³ Varul, P jt (koost). VÕS I komm vlj, lk 434.

¹⁴ M. Martín-Casals, D. M. Papayannis (eds.), lk 2-10.

käsitlud D. Sõritsa magistritöös „Tervishoiuteenuse osutaja deliktiõiguslik vastutus“¹⁵ ja E. Kalevi artiklis „The Possibility of Compensation for Health Damage in Cases of Uncertain Causes within the Victim’s Sphere.“¹⁶ *Loss of chance* põhimõtte kasutamise võimalusi on analüüsitud samuti ühes hiljuti kaitstud magistritöös.¹⁷ Vaatamata sellele ei ole ebakindla põhjusliku seose probleeme deliktiõiguse seisukohalt tervikuna Eesti õiguskirjanduses veel analüüsitud.

Magistritöö on vastavalt uurimiseesmärgile jagatud süstemaatiliselt kaheks peatükiks. Töö esimeses peatüki esimeses osas uuritakse põhjusliku seose instituuti deliktiõiguse raames ning analüüsitakse, kuidas toimub põhjusliku seose olemasolu tõendamine üldjuhul. Esimese peatüki teine pool on pühendatud ebakindla põhjusliku seose mõiste defineerimisele ning erinevate tüüpkaasuste kaardistamisele.

Töö teine peatükk keskendub totaalreparatsiooni põhimõtte kõrvutamisele osalise kahju hüvitamise erinevate meetoditega, milleks on peamiselt *loss of chance* põhimõte ja kahju hüvitamine vastavalt tõenäosusele, mil määral tegu võis kahju põhjustada (proportsionaalne vastutus)¹⁸. Teise peatüki esimene alapeatükk leiab vastuse küsimusele, kuidas kehtiva õiguse alusel toimub kahjuhüvitise määramine nii Eesti kui ka teiste riikide õiguses töö esimeses peatükis välja toodud kaigusgruppidele kaupa. Teise peatüki viimases osas uuritakse ja analüüsitakse, milline on optimaalne ja Eesti deliktiõigusega kõige paremini sobiv lahendus, mida võiks ebakindla põhjusliku seose juhtumitel kasutada.

Töö uurimiseesmärgi saavutamiseks kasutatakse võrdlevat ja analüütilist uurimismeetodit. Kuivõrd eestikeelset kirjandust selles valdkonnas ei ole piisavalt, on kasutatud peamiselt võõrkeelset probleemi analüüsivat ja võrdlevat teaduskirjandust ning -artikleid. Võrdleva meetodi alusel on uuritud erinevate riikide (peamiselt Ühendkuningriigi, Saksamaa, Prantsusmaa jt) kohtupraktikat ja materiaalõigust ning kõrvutatud seda Eesti kehtiva õiguse ja Riigikohtu praktikaga, mis nimetatud valdkonda puudutab. Lisaks teiste riikide kohtupraktikale analüüsitakse ja võrreldakse Eesti kehtivat

¹⁵ D. Sõritsa. Tervishoiuteenuse osutaja deliktiõiguslik vastutus. Magistritöö, Tartu 2012.

¹⁶ E. Kalev. The Possibility of Compensation for Health Damage in Cases of Uncertain Causes within Victim’s Sphere. – *Juridica International*, 21/2014.

¹⁷ A. Praakle. Võimaluse kaotuse põhimõte ja selle kasutusvõimalused Eesti õiguses. Magistritöö, Tartu 2015.

¹⁸ E. Kalev, lk 213-215.

normistikku kahe erineva deliktiõigust reguleeriva mudelseadusega, milleks on Euroopa ühtse raamnormistiku kavand ehk *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*¹⁹ ja Euroopa deliktiõiguse printsiipidega ehk *Principles of European Tort law (PETL)*.²⁰

Riigikohtu hinnangul võib teiste riikide analoogilisi õigusakte ja kohtupraktikat eraõiguse normide korral arvestada võrdlusmaterjalina Eesti seaduse mõtte ja eesmärgi väljaselgitamisel.²¹ Olukorras, kus Eestis asjakohast kohtupraktikat napib, on asjakohane võrrelda teiste riikide õigusnorme ja kohtupraktikat võrdleval meetodil. Lisaks sellele on töös rõhku pandud mudelseaduste, eelkõige PETL-i kõrvutamisele eesti kehtiva õigusega. PETL eesmärk on harmoniseerida ja edasi arendada Euroopa deliktiõigust.²² PETL-i koostanud *European Group on Tort Law* liige K. Oliphant on märkinud, et PETL-i puhul ei ole tegu ainult olemasoleva Euroopa deliktiõiguse kodifitseerimisega või Euroopa õigussüsteemide deliktiõiguse vähima ühisosa otsimisega, vaid PETL püüab leida parimat ja optimaalset lahendust deliktiõiguslikele probleemidele, pakkudes lahendusi olukordadele, kus riikide õigussüsteemides esineb vajakajäämisi.²³ Eeltoodust tulenevalt on vajalik analüüsida, kas PETL-i pakutavaid lahendusi ebakindla põhjusliku seose probleemide lahendamiseks võiks kasutada ka Eesti õiguses.

Tulenevalt uurimiseesmärgist püsib magistritöö autor hüpoteesi, mille kohaselt ei ole totaalreparatsiooni põhimõtte sobivaim meetod kahju hüvitamiseks ebakindla delikti olukorras ning sellest tulenevalt võib kaaluda Eesti õiguses osavastutuse täiendavat kasutuselevõttu. Osalise vastutuse puhul võiks vastava regulatsiooni aluseks võtta PETL-i eeskujul proportsionaalse vastutuse põhimõtte.

Töö peamisteks allikateks on Eesti õiguskirjandusest võlaõigusseaduse kommenteeritud väljaanded ning J. Lahe ja T. Tampuu kahju hüvitamise alased tööd. Välismaisest kirjandusest on kasutatud teoseid tuntud õigusteadlastelt nagu K. Oliphant, H. L. A. Hart

¹⁹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Outline edition. Study Group on a European Civil Code & Research group on EC Private Law (Acquis group). Sellier, 2009 – kättesaadav: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf (01.05.2016).

²⁰ European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. 2005 – kättesaadav: <http://www.egtl.org> (01.05.2016).

²¹ RKTKo 3-2-1-9-03, p 30; RKTKo 3-2-1-103-08, p 20.

²² J. Spier. - European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law: Text and Commentary, Springer-Verlag/Wien, 2005, lk 16.

²³ K. Oliphant. Uncertain Factual Causation in the Third Restatement: Some Comparative Notes. – William Mitchell Law Review, Vol. 37, Issue 3 (2011), lk 1624.

ja T. Honoré, S. Steel, M. Martín-Casals,, T. Kadner Graziano jpt. Lisaks sellele on kasutatud B. Winiger'i jt ning J. Spieri koostatud kaasustekogumikke erinevate riikide põhjuslikku seost puudutava kohtupraktika ülevaadetaga. Lisaks õiguskirjandusele on töös kasutatud hulgaliselt põhjusliku seost puudutavaid Riigikohtu lahendeid.

Tööd iseloomustavad märksõnad (EMS): võlaõigus; deliktiõigus; kahju hüvitamine; põhjuslikkus.

1. Kausaalsuskontseptsioon deliktiõiguses

1.1 Põhjuslik seos deliktiõiguses

1.1.1 Põhjusliku seose mõiste delikti koosseisus

Deliktiõiguse eesmärgiks on hüvitada isikule õigusvastaselt tekitatud kahju. Õigusvastaselt tekitatud kahju hüvitamise nõude ehk deliktilise vastutuse eeldused sätestab võlaõigusseaduse 53. peatükk (§-d 1043-1067). Kahju hüvitamise ulatus on aga reguleeritud VÕS 7. peatükis, mida kohaldatakse üldnormidena nii lepingulistele kui ka lepinguvälistele (deliktilistele) nõuetele.²⁴ VÕS § 127 lõigete 1 ja 4 järgi peab kahju tekitaja hüvitama tema rikkumisest tulenevad kahjulikud tagajärjed, st need tagajärjed, mis on rikkumisega põhjuslikus seoses. Põhjusliku seose tuvastamise nõue tuleneb *expressis verbis* VÕS § 127 lg-st 4, mille kohaselt isik peab kahju hüvitama üksnes juhul, kui asjaolu, millel tema vastutus põhineb, on kahju tekkimisega sellises seoses, et tekkinud kahju on selle asjaolu tagajärg (põhjuslik seos). Seega tekib kahju tekitajal kohustus hüvitada kahju üksnes siis, kui on tuvastatud, et vastutust põhjustav asjaolu on põhjuslikus seoses tekkinud kahjuga. Erinevate delikti põhitüüpide puhul tuleb seega vaadelda, milline on vastutust tekitav asjaolu, mis peab olema põhjuslikus seoses tekkinud kahjuga.

Deliktilise vastutuse kolmeks põhiliigiks on delikti üldkoosseisul põhinev vastutus, riskivastutus ja tootja vastutus.²⁵ Delikti üldkoosseis ehk süül põhinev vastustus on reguleeritud VÕS §-des 1043-1055 ning selle elementideks on objektiivne teokoosseis, õigusvastasus ja süü.²⁶ Delikti üldkoosseisulise vastuse korral tuvastatakse põhjuslik seos objektiivse teokoosseisu tasandil, sest hageja peab tõendama, et kostja on oma õigusvastase teoga põhjustanud hagejale kahju.²⁷ Seega on vastutust põhjustavaks asjaoluks delikti üldkoosseisu puhul üldjuhul kostja õigusvastane tegu.

Riskivastutusel põhineva kahju hüvitamise nõude eeldused on sätestatud VÕS §-des 1056-1060. Riskivastutuse puhul põhineb kostja vastutus suurema ohu allikast tuleneva

²⁴ Varul, P jt (koost). VÕS I komm, lk 434.

²⁵ T. Tampuu. Lepinguvälised võlasuhted. 3., täiendatud ja muudetud trükk. Juura 2012, lk 148.

²⁶ T. Tampuu. Deliktiõigus võlaõigusseaduses - Juridica, 2/2003, lk 75.

²⁷ T. Tampuu, *ibid.*, lk 75.

iseloomuliku kõrgendatud riski realiseerumisel suurema ohu allika valitsemise käigus. Põhjuslik seos tuleb seega tuvastada suurema ohu allikast tuleneva riski realiseerumise ning tekkinud kahju vahel.²⁸ Põhjusliku seose puudumist saab jaatada siis, kui kahju tekkis muul põhjusel, kui suurema ohu allikast tuleneva riski realiseerumine.²⁹

Kolmandaks delikti põhiliigiks olev tootjavastutus on reguleeritud VÕS §-des 1061-1067. VÕS § 1061 lg 1 kohaselt vastutab tootja isiku surma või isikule kehavigastuse või tervisekahjustuse tekitamise eest, kui selle põhjustas puudusega toode. Tootjavastutuse koosseisu puhul tuvastatakse seega põhjuslik seos toote puuduse ja tekkinud kahju vahel.³⁰ Eeltoodust saab järeldada, et põhjusliku seose tuvastamine tekkinud kahju ja vastutust põhjustava asjaolu vahel on omane kõikidele delikti põhiliikidele ning see tuleb tuvastada VÕS § 127 lg 4 alusel. Kuigi kahju hüvitamise kohustust tekitavad asjaolud on delikti põhiliikide puhul erinevad, on põhjusliku seose tuvastamise alus sama, mistõttu alljärgneva analüüsi käigus saab käsitleda kausaalsust delikti põhiliikide raames ühtsena.

Põhjusliku seose tuvastamine deliktiõiguses (ja tsiviilõiguses üldse) kannab keskset rolli oma absoluutse iseloomu tõttu.³¹ Absoluutsus seisneb eelkõige selles, et põhjuslik seos on tsiviilõigusliku vastutuse vältimatu eeltingimus ning õiguslikult korrektse kausaalseose tuvastamine on vastutuse aluseks.³² Õiguslik vastutus teisel isikul tekkinud kahju eest peaks kaasnema ainult siis, kui isikul lasub kohustus kahju kompenseerida ehk ta on tekkinud kahjuliku tagajärje eest vastutav.³³ Vastasel juhul sekkutakse ebaproportsionaalselt teise isiku üldisesse vabadussfääri, sest isikut kohustatakse hüvitama teisel isikul tekkinud kahju, mille osas isikul puudub moraalne kohustus seda hüvitada.³⁴

²⁸ T. Tampuu, lk 246, RKTko nr 3-2-1-169-11 p 13.

²⁹ *Ibid.*, lk 246.

³⁰ T. Tampuu, lk 256.

³¹ M. Kingisepp, lk 154.

³² *Ibid.*, lk 154.

³³ S. Steel peab õiguliku kahju hüvitamise kohustuse (*liability*) aluseks vastutust tekkinud tagajärje eest kitsamas tähenduses (*responsibility*). Õiguslik kohustus kahju hüvitamiseks peaks kaasnema ainult siis, kui esineb isiku vastutus tagajärje eest ning isik vastutab tagajärje eest üldjuhul siis, kui ta on selle kausaalselt põhjustanud. Sellisel juhul lasub tal moraalne kohustus kahju hüvitada. - S. Steel. Proof of Causation in Tort Law. Cambridge University Press, 2015, lk 125-137, vt ka Lahe, J. Süü deliktiõiguses. Doktoritöö. Tartu 2005, lk 50.

³⁴ *Ibid.*, lk 137.

Kausaalsuse olemasolu tekkinud kahju ja kahju põhjustanud asjaolu vahel peavad vajalikuks pea kõik lääneriikide õigussüsteemid.³⁵ Õiguskirjanduses on kausaalsust peetud aga petlikuks ja paindlikuks fenomeniks, kuivõrd ta on tihedalt seotud teiste deliktikoosseisu elementidega (nt õigusvastasus või süü)³⁶ ning seetõttu on see instituut otseselt sõltuv konkreetse õigussüsteemi teoreetiliselt käsitlesest deliktiõiguslike instituutide sisutamisel.³⁷

H. Kalmo on seetõttu arutlenud, kas üldse on võimalik põhjusliku seose instituuti võrrelda võrdleva õigusteaduse meetoditega, sest sellega kaasneb paratamatult probleeme kuivõrd eri riikide kontseptsioonide võrdlemine toob kaasa segadust ja ebatäpsusi. Siiski peab ta võrdlemist võimalikuks, kuivõrd teoreetilist laadi probleeme ei tohiks praktiliste probleemide lahendamisel üle tähtsustada.³⁸ Käesoleva töö autori hinnangul saab selle seisukohaga nõustuda, sest üldjuhul otsivad erinevad õigussüsteemid vastuseid samadele küsimusele ehk teisisõnu lahendavad samu kaasuseid. Kuigi lahendused võivad olla teoreetilisel tasandil erinevad, jõutakse sageli sarnastele lõpptulemustele. Seetõttu on asjakohane ka käesoleva töö raames kasutada võrdlust teiste riikide kausaalsusprobleemide lahendustega deliktiõiguses.

1.1.2 Faktilise põhjusliku seose tuvastamine

Selleks, et tuvastada põhjusliku seose olemasolu, eristatakse põhjusliku seose tuvastamise etappe.³⁹ Põhjuslik seos tehakse enamikus EL riikide õigussüsteemides kindlaks kahes etapis.⁴⁰ Nendeks etappideks on kahju vajaliku (faktilise) põhjuse kindlakstegemise *conditio sine qua non*-testi (edaspidi CSQN-reegli) abil ning kahju õigusliku (normatiivse) põhjuse kindlaks tegemine, mille käigus tuvastatakse, kas tegu on tsiviilõiguslikku vastutust kaasa toova põhjusliku seosega. Kahju õigusliku põhjuse kindlakstegemine kujutab endast eelkõige CSQN-reegli piiramist, et tuvastada, millist

³⁵ C. van Dam. European Tort Law. Second Edition. Oxford University Press, 2014, lk 307, J. Spier (ed.). Unification of Tort Law: Causation. Kluwer Law International 2000, The Hague, The Netherlands, lk 127.

³⁶ Näiteks probleemid, mida mõned riigid peavad põhjusliku seose probleemideks, peetakse teistes õigussüsteemides hoopis nt õigusvastasuse (*wrongfulness*) küsimuseks – vt täpsemalt J. Spier, lk 138.

³⁷ *Ibid.*, lk 311, vt ka H. Kalmo. How Comparable are Legal Concepts? The Case of Causation. – *Juridica International* 11/2006, lk 45.

³⁸ H. Kalmo, lk 54.

³⁹ C. van Dam, lk 310.

⁴⁰ T. Tampuu 2012, lk 186.

kahju põhjustanud tingimustest saab käsitada kahju tekkimisel relevantsetena, et välistada n-ö kaugemad põhjused.⁴¹

Põhjusliku seose tuvastamise esimene etapp kujutab endast kahju vajaliku ehk faktilise põhjulikkuse kindlaks tegemist. Põhjusliku seose (*nexo causal*) all mõeldakse deliktiõiguses eelkõige teo või tegevusetuse ning kahju vahelist kausaalset seost.⁴² Kuigi VÕS § 127 lg 4 sätestab kohustuse tuvastada põhjuslik seos, ei ole seadusandja täpsustanud, millise meetodi abil seda teha tuleb. Õiguskirjanduses ja kohtupraktikas on sellise meetodina laialt omaks võetud *conditio sine qua non*-reegel, mille puhul küsitakse, kas kahju oleks tekkinud, kui kostja tegevust (või tegevusetust) ei oleks olnud. Juhul, kui vastus on jaatav, puudub kahju ja kostja tegevuse vahel põhjuslik seos. Riigikohus on sedastanud, et „VÕS § 127 lg 4 mõtte kohaselt peab teo ja kahju vahel põhjusliku seose tuvastamisel kasutama nn *conditio sine qua non* - testi, mille kohaselt ajaliselt eelnev sündmus loetakse hilisema sündmuse põhjuseks, kui ilma esimese sündmuseta poleks ajaliselt hilisemat sündmust toimunud”.⁴³ Seega kasutatakse Eesti õiguses vajaliku põhjusliku seose kindlakstegemisel CSQN-testi.

CSQN-testi rakendamisel kasutatakse elimineerimismeetodit ning asendamismeetodit. Esimest kasutatakse juhul, kui kahju tekitamise põhjuseks peetakse aktiivse käitumise akti.⁴⁴ Selle meetodi puhul jäetakse väidetav kahju põhjustanud tegu mõtteliselt kõrvale ning vaadatakse, kas kahjulik tagajärg oleks ikkagi saabunud.⁴⁵ Asendamismeetodit kasutatakse siis, kui kahju on tekitatud tegevusetusega. Sel juhul asendatakse mõtteliselt kahju väidetava tekitaja tegevusetus õiguspärase hoolika käitumisega ning vaadatakse, kas sel juhul oleks kahju tekkinud.⁴⁶ Lisaks sellele on Riigikohus leidnud, et põhjuslik seos ei pea olema tingimata vahetu, põhjuslik seos võib seisneda ka sündmuste jadas.⁴⁷ Kahju vajaliku põhjuse kindlakstegemisel ei eristata otseseid ja kaudseid põhjuseid, vastutuse tekkimise seisukohalt on kahju kõik põhjused iseenesest üheväärsed.⁴⁸

⁴¹ T. Tampuu 2012, lk 187.

⁴² M. Kingisepp. Kahjuhüvitis postmodernses deliktiõiguses. Doktoritöö. Tartu Ülikooli Kirjastus, Tartu 2002, lk 71.

⁴³ RKTKo 3-2-1-53-06.

⁴⁴ T. Tampuu 2012, lk 187.

⁴⁵ RKTKo 3-2-1-78-06 p 12.

⁴⁶ RKTKo 3-2-1-38-05.

⁴⁷ RKTKo 3-2-1-45-08 p 17; RKTKo 3-2-1-149-05 p 13.

⁴⁸ RKTKo 3-2-1-53-06.

CSQN-testi kasutamine põhjusliku seose kindlakstegemisel on omane nii *common law* kui ka kontinentaalse õigussüsteemi riikidele.⁴⁹ Õiguskirjanduses on peetud CSQN-testist lähtumist põhjusliku seose kindlakstegemisel loogiliseks ja iseenesest mõistetavaks.⁵⁰ Samas ei ole CSQN-test alati rakendatav kõikides võimalikes olukordades.⁵¹ Ühelt poolt tuleb alati arvestada võimalikku põhjuslikku seosesse sekkuvate kõrvaliste faktoritega nagu looduslik faktor, kolmanda isiku tegu ja kannatanu enesekahjustamise tahtlus, millisel juhul võib kausaalahel katkeda.⁵² Teisalt peab arvestama, et CSQN-test ei anna vastust olukordades, kus kahju põhjustajaid on mitu, või olukorras, kus esineb mitu nähtust, millest igäühelst piisaks kogu kahju tekkimiseks.⁵³ Samuti ei saa CSQN-testi abil lahendada nn minimaalse kausaalsuse olukorda, kus ühe isiku tegu iseseisvalt ei ole piisav kahju tekkimiseks, kuid paljude selliste tegude koosmõjul tekib ikkagi mõõdetav kahju.⁵⁴

Lisaks liikmesriikidele tunnustab ka Euroopa Liidu Kohus põhjusliku seose tuvastamise vajadust kahju hüvitamisel.⁵⁵ EL kohupraktika kohaselt peab kahju hüvitamiseks esinema „otsene põhjuslik seos” EL institutsioonide tegevuse ja kannatanule tekkinud kahju vahel.⁵⁶ EL kohtute terminoloogia on põhjusliku seose osas ebamäärane, kuid üldiselt võib järeldada, et ka EL kohus kasutab CSQN-testi põhjusliku seose kindlakstegemisel, kuigi sellele otseselt viitamata.⁵⁷

Mudelseaduste puhul ühtse raamnormistiku kavand ehk *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) näeb samuti ette põhjusliku seose tuvastamise kohustuse. DCFR artikkel VI-4:101 kohaselt „isik põhjustab teisele isikule õiguslikult relevantset kahju, kui kahju tekkimine on selle isiku käitumise või ohu, mille eest isik vastutab, põhjus.”

⁴⁹ J. Spier, lk 127. CSQN-test kannab erinevates riikides erinevad nimetusi – näiteks *common law* riikides tuntakse seda kui „*but-for*” testi. Tegu on siiski terminoloogilise erinevusega, reegli sisu see ei mõjuta.

⁵⁰ B. Winiger, *et. al* (eds.). *Digest of European Tort Law. Volume 1: Essential Cases on Natural Causation*. Springer – Verlag/Wien 2007, lk 99; Alternatiivina CSQN-testile on õiguskirjanduses pakutud ka NESS-testi (*necessary element of a sufficient set*), mille puhul vaadatakse, kas asjaolu oli piisav, et kahju põhjustada – vt S. Steel, lk 26-36.

⁵¹ T. Tampuu 2012, lk 190.

⁵² *Ibid.*, lk 190-196.

⁵³ Vt. täpsemalt käesoleva töö p 1.2.2.

⁵⁴ B. Winiger *et. al* (eds.), lk 2-7; T. Tampuu 2012, lk 197-201.

⁵⁵ EKo C164/01 *G van der Bergh vs komisjon* [2004], EKo 26.01.2010, C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*.

⁵⁶ B. Winiger, *et. al* (eds.), viide 235, lk 94

⁵⁷ EKo C164/01 *G van der Bergh vs komisjon*, B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 94.

Ainult deliktiõigust reguleeriva Euroopa deliktõiguse üldiste põhimõtete ehk PETL kohaselt lähtutakse põhjusliku seose kindlakstegemisel *expressis verbis* CSQN-testist. PETL artikkel 3:101 kannab pealkirja *conditio sine qua non* ning sätestab, et „tegevus või käitumine (edaspidi tegevus) on kannatanul tekkinud kahju põhjuseks juhul, kui selle tegevuse puudumisel kahju ei oleks tekkinud.“ Seega on PETL-is sätestatud CSQN-testist lähtumise reegel juba normatiivselt, erinevalt Eesti ja teiste EL riikide kehtivast õigusest. Arvestades, et CSQN-testi kasutamine on vaieldamatult omane kõikide Euroopa Liidu riikide õigussüsteemidele, tundub selle sätestamine deliktiõiguse printsiipides loogiline samm. PETL kommentaari kohaselt on CSQN-test üldjuhul vältimatu eeltingimus deliktiõiguslikuks vastutuseks.⁵⁸ Käesoleva töö autori hinnangul võib selle seisukohaga nõustuda, kuivõrd pea kõikide riikide kohtupraktikas on nimetatud printsiibi kasutamine end senini õigustanud ning puudub vajadus sellest kõrvale kalduda.

1.1.3 Põhjuslikule seosele õigusliku hinnangu andmine

Kui CSQN-test võimaldab kindlaks teha asjaolu, kas konkreetne sündmus või asjaolu on kahju vajalikuks põhjuseks ehk ilma milleta kahju ei oleks tekkinud ning vastutuse tekkimise seisukohalt on kõik kahju põhjused üheväärsed, viib ainult CSQN-testi rakendamine paratamatult olukorrani, kus tekib vajadus hinnata, kas see tegu või sündmus peaks kaasa tooma õigusliku vastutuse.⁵⁹

Seetõttu lähtutakse põhjusliku seose olemasolu tuvastamisel kaheetapilisest lähenemisest. Juhul kui kahju hüvitamises lähtuda ainult *conditio sine qua non*-reeglist ehk kahju vajalikkusest põhjusest, võiks isik vastutada liiga laiaulatuslikult, sest põhjuslikkuse ahel võib osutada väga pikaks ja hüvitatavad kahjud liialt suureks⁶⁰. Seetõttu on asutud kahju hüvitamise ulatusele andma õiguslikku hinnangut, et välistada liiga suured ning kaugeleulatuvad kahjuhüvitised. Eesti kahjuhüvitamise õiguses piirab kahjuhüvitise ulatust VÕS § 127 lg-s 2 ja § 1045 lg-s 3 sätestatud rikutud normi eesmärgi teooria ning VÕS § 127 lg 3 järgi kahju ettenähtavuse reegel. Nende reeglite kohaselt ei anta võlaõigusseaduse sõnastuse kohaselt hinnangut mitte põhjuslikule seosele endale (mis võib *conditio sine qua non*-reegli alusel küll olemas olla), vaid leitakse, et teatud juhtudel

⁵⁸ J. Spier - Principles of European Tort Law: Text and Commentary, lk 44.

⁵⁹ C. van Dam, lk 310-311.

⁶⁰ P. Varul jt (koost). VÕS § 127 komm p 4.10.

ei kuulu kahju hüvitamisele.⁶¹ VÕS § 127 lg 3 kohaselt kohaldatakse ettenähtavuse põhimõtet ainult lepinguliste suhete korral ning seega saab deliktide puhul lähtuda vaid rikutud kohustuse eesmärgi teooriast kahju hüvitamise piiramisel.

Eesti õiguskirjanduses ollakse erinevatel seisukohtadel, kas põhjusliku seose kontrollimine peaks toimuma kaheetapiliselt. T. Tampuu⁶² ja J. Lahe⁶³ pooldavad lisaks vajaliku põhjuse tuvastamisele ka põhjuslikule seosele õigusliku hinnangu andmist VÕS § 127 lg 4 kontekstis, samas K. Sein VÕS § 127 lg 4 kommentaari autorina leiab, et kaheetapiline kontroll ei ole vajalik, sest VÕS § 127 lg 2 ja 3 tagavad piisavalt ja iseseisvalt kahjuhüvitise ulatuse piiramist.⁶⁴ Vaatamata sellele, et Mandri-Euroopas kasutatakse tihti adekvaatsusteooriat (nt Saksamaal, Austrias, Prantsusmaal)⁶⁵ ja muid kausaalteooriaid andmaks põhjuslikule seosele õiguslikku hinnangut, siis VÕS sellist võimalust *expressis verbis* ette ei näe. Siiski ei ole välistatud põhjuslikule seosele õigusliku hinnangu andmine ja see ei pea toimuma ilmingimata adekvaatsusteooria abil. Kui asuda seisukohale, et VÕS § 127 lõigetes 2 ja 3 sätestatud põhimõtteid kasutatakse põhjusliku seose tuvastamise juures, siis saab neid rakendada alles pärast kahju vajaliku põhjuse tuvastamist CSQN-reegli alusel. Kuna normi eesmärgi ning kahju ettenähtavuse reegli puhul on tegemist õigusliku, mitte loodusteadusliku iseloomuga hindamisega, võib asuda seisukohale, et võlaõigusseaduse järgi tuvastatakse lisaks kahju vajalikule põhjusele ka õiguslik põhjus.⁶⁶ Riigikohtu halduskollegium on leidnud, et „Teoga liialt kauges põhjuslikus seoses oleva tagajärje eest hüvitise määramine on piiratud VÕS § 127 lg 2 ja § 1045 lg 3 alusel”⁶⁷, millest võib samuti järeldada, et tegu on põhjuslikule seosele õigusliku hinnangu andmisega.

Kaheetapiline põhjusliku seose tuvastamine on omane pea kõikide Euroopa riikide deliktiõigusele.⁶⁸ Põhjusliku seose teise etapina sellele õigusliku hinnangu andmiseks

⁶¹ K. Sein, lk 243.

⁶² T. Tampuu, lk 188.

⁶³ J. Lahe, lk 52.

⁶⁴ P. Varul jt (koost). VÕS § 127 komm p 4.10.

⁶⁵ T. Tampuu 2012, lk 188. Adekvaatsusteooria kohaselt eraldatakse hüvitatavate kahjude hulgast ettenähtamatud kahjud, mis asuvad väljaspool objektiivselt hinnatavat tõenäosust selliste kahjude tekkimiseks. Määrav on, kas järelkahju tekkimise tõenäosus on oluliselt suurenenud. - P. Schlectriem. Võlaõigus. Üldosa. Õpik Juura: Tallinn, 1999, lk 90.

⁶⁶ T. Tampuu, J. Lahe. „Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne“. Märkusi võlaõigusseaduse 7. peatüki kommentaaride kohta – Juridica V/2007, lk 317.

⁶⁷ RKHKo 3-3-1-11-15 p 12.

⁶⁸ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 100.

kasutatakse Saksa õigusdoktriinis adekvaatsusteooria ja normi eesmärgi teooria seisukohti.⁶⁹ *Common law* riikides nimetatakse põhjusliku seose teise etapi tuvastamist lähima põhjuslikkuse (*proximate cause*) põhimõtteks, mille puhul lähtutakse eelkõige põhjusliku seose ettenähtavusest (*foreseeability*)⁷⁰. Oma olemuselt on see meetod küllaltki sarnane adekvaatsusteooriale.⁷¹ Õiguskirjanduses on viidatud, et Euroopa riikidest vaid Belgias lähtutakse üheetapilisest põhjusliku seose tuvastamisest.⁷² Belgia õiguses lähtutakse põhjusliku seose puhul ainult ekvivalentsiteooriast, mille kohaselt kõik kahju põhjused on üheväärsed ning põhjuslikule seosele õiguslikku hinnangut (nt adekvaatsus- või ettenähtavusteooria alusel) ei anta.⁷³ Samas on jõutud järeldusele, et Belgia kohtupraktikas siiski ei hüvitata mistahes kaugeleulatuvaid kahjusid ning lõpptulemustes jõutakse samadele või ligilähedastele tulemustele, mis saavutatakse riikides, kus antakse põhjuslikule seosele ka õiguslik hinnang.⁷⁴

PETL artikkel 3:201 kohaselt juhul, kui tegevus on kahju vajalikuks põhjuseks, tuleb selleks, et määrata kas ja millises ulatuses kahju tekitamist isikule omistada, võtta arvesse järgnevaid faktoreid:

- kahju ettenähtavus mõistlikule isikule (kahju põhjustanud) tegevuse hetkel, võttes arvesse ajalist ja ruumilist lähedust kahju põhjustanud teo ja tekkinud kahju vahel, või kahju suurust võrreldes sellise tegevuse tavapärase tagajärgedega;
- kaitsitud huvi olemust ja väärtust;
- vastutuse alust (PETL artikkel 1:101);
- tavalise eluriski ulatust;
- rikutud kohustuse (normi) eesmärki, mida on rikutud.

Seega näeb PETL ette ka põhjuslikule seosele õigusliku hinnangu andmise ning seeläbi võimaluse piirata kaugeleulatuvaid kahjusid. C. van Dam leiab, et erinevad teooriad põhjusliku seose piiramisel on küll teoreetiliselt pädevad, kuid ei anna siiski selgeid vastuseid põhjuslikkusele üksikjuhtumite korral, sest konkreetsete lahendused jäävad

⁶⁹ T. Tampuu 2012, lk 188; C. van Dam, lk 312-316.

⁷⁰ C. Van Dam, lk 342.

⁷¹ J. Spier, lk 131.

⁷² J. Spier, lk 127.

⁷³ *Ibid.*, lk 23. Ekvivalentsiteooria kohaselt ei eristata kahju otseseid ja kaudseid põhjuseid, kõiki põhjuseid peetakse üheväärseteks. Siinkohal võib tekkida küsimus, kas ka Eestis lähtutakse samast põhimõttest, vt RKTko 3-2-1-53-06.

⁷⁴ *Ibid.*, lk 130; vt ka H. Kalmo, lk 56.

kohtupraktika välja kujundada igal üksikjuhtumil.⁷⁵ Siinkirjutaja hinnangul tuleks ka Eesti kohtupraktikas võtta omaks seisukoht, et põhjuslik seos tuleb tuvastada kaheetapiliselt, võttes arvesse näiteks PETL artikkel 3:201 esitatud kriteeriume või lähtuda deliktiõiguses normi eesmärgi teooriast. Kahju õigusliku põhjuse eristamine on vajalik, et teha vahet olukordadel, kus esineb ebakindlus kahju vajaliku põhjuse olemasolus ja kus kahju vajalik põhjus on olemas, kuid selle omistamine kostjale oleks ebaõiglane (vt alljärgnev näide p 1.1.4).

1.1.4 Põhjusliku seose tuvastamise tasandid

Lisaks põhjusliku seose etappidele lähtutakse deliktiõiguses ka põhjusliku seose tuvastamise tasanditest ehk topeltkausaalsuse põhimõttest.⁷⁶ Tegu on Saksa õigusdoktriinist pärit kontseptsiooniga, mille puhul eristatakse vastutust tekitavat (*haftungsbegründende Kausalität*) ja vastutust täitvat kausaalsust (*haftungsausfüllende Kausalität*).⁷⁷ Põhjusliku seose tasandite eristamine on vajalik, sest ainuüksi delikti toimepanek ei ole piisav kahju hüvitamise kohustuse jaatamiseks, sest võib esineda olukordi, kus õigusvastane tegu ei ole kahju põhjustanud.⁷⁸

Nende kahe tasandi eristamiseks võib tuua järgneva Saksa kohtupraktikast pärineva näite: Pärast liiklusõnnetuse põhjustamist kostja B poolt avastatakse kannatanul A arstliku läbivaatuse käigus skleroos, mis ei ole põhjustatud liiklusõnnetusest, vaid on kaasasündinud. A peab skleroosi avastamise tõttu ettenähtust varem pensionile minema. A nõuab B-lt lisaks liiklusõnnetusega põhjustatud tervisekahjule ka varasema pensionile jäämisega seotud saamata jäänud tulu.⁷⁹ Käesoleval juhul on selge, et liiklusõnnetus on kannatanu varasema pensioneerumise *conditio sine qua non* nii vastutust tekitaval kui ka täitval tasandil.⁸⁰ Käesolevas näites jäi saamata jäänud tulu hüvitamata aga seetõttu, et tuvastatud põhjuslikule seosele õiguslikku hinnangut andes jõuame seisukohale, et

⁷⁵ C. van Dam, lk 342-343.

⁷⁶ T. Tampuu 2012, lk 189; P. Schlechtriem 1999, lk 68-69; P. Schlechtriem. Võlaõigus. Eriosa. Õpik. Tallinn: Juura, 2000, lk 256-258.

⁷⁷ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 594.

⁷⁸ T. Tampuu 2012, lk 189, RKTKo 3-2-1-88-10, p 12.

⁷⁹ BGH 07.06.1968, VI ZR 1/67, NJW 1968, 2287.

⁸⁰ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 609: Rakendades CSQN-testi jõume paratamatult seisukohale, et juhul, kui liiklusõnnetust poleks toimunud, ei oleks A varem pensionile pidanud jääma, sest skleroosi poleks veel avastatud. Vastutust tekitavaks kausaalsuseks on siinkohal seos B tegevuse ja A tervise kahjustamise vahel ning vastutust täitvaks kausaalsuseks on seos A tervisekahju ja saamata jäänud tulu vahel.

tekitatud kahju ei saa B-le omistada ning seetõttu B ei pea A-le seda hüvitama.⁸¹ See näide iseloomustab ühelt poolt nii vastutust tekitava ja täitva kausaalsuse olemust kui ka põhjuslikule seosele õigusliku hinnangu andmise olukorra eristamise vajadust ka vastutust täitva kausaalsuse puhul⁸²

Õiguskirjanduses on tõstatatud ka küsimust, kas vaheteo tegemine põhjusliku seose tasandite on vajalik, kuivõrd igal juhul peab tuvastama põhjusliku seose tekkinud kahju ja kostja tegevuse vahel ning juhul, kui see on tuvastatud, tuleb anda sellele seosele õiguslik hinnang nt adekvaatsus- või normi eesmärgi teooria abil, mistõttu ei ole kohtupraktikas põhjusliku seose tasandite vahetegu selgelt välja kujunenud.⁸³ Käesoleva töö autori hinnangul on topeltkausaalsuse nõue siiski põhjendatud, sest kõik õigusvastase tegevusega kaasnevad kahjud ei pruugi olla sellega põhjuslikus seoses või siis ei pruugi tervisekahjustus tekitada isikule varalist kahju. Praktikas valmistavad ilmselt aga enam probleeme olukorrad, kus tekkinud kahju (nt saamata jäänud tulu) on küll põhjuslikus seoses kostja tegevusega, kuid selle omistamine kahju tekitajale ei ole õiglane. See ei ole aga enam faktilise põhjusliku seose probleem, vaid põhjuslikule seosele õigusliku hinnangu andmise küsimus.

1.1.5 Põhjusliku seose tõendamiskoormis

Tõendamiskoormise eesmärk on teha kindlaks, milline osapooltest kaotab faktoloogilisel tasandil olukorras, kus kohus ei saa vajalikul määral (nõutud tõendamisstandardi kohaselt) kindlaks teha, kas mingi faktiline väide vastab tõe või mitte.⁸⁴ Üldjuhul peab hageja tõendama oma nõude aluseks olevaid faktilisi asjaolusid. Eeltoodud põhimõtte kehtib nii Ühendkuningriigi, Prantsuse kui ka Saksamaa jt riikide menetlusõiguses.⁸⁵ Eesti õiguses tuleneb tõendamiskoormis põhjusliku seose osas tsiviilkohtumenetluse seadustiku⁸⁶ (TsMS) § 230 lg-st 1, mille kohaselt peab kumbki pool hagimenetluses tõendama neid asjaolusid, millele tuginevad tema nõuded ja vastuväited, kui seadusest ei tulene teisiti. Sellest tulenevalt peab kannatanu (hageja) tõendama põhjusliku seose

⁸¹ *Ibid.*, lk 594, 610.

⁸² P. Schlechtriem 2000, lk 258.

⁸³ *Ibid.*, lk 611.

⁸⁴ S. Steel, lk 48.

⁸⁵ *Ibid.*, lk 48.

⁸⁶ Tsiviilkohtumenetluse seadustik RT I, 10.03.2016, 10.

olemasolu kõikide etappide ja tasandite osas.⁸⁷ Ka Riigikohtu praktika kinnitab eeltoodud üldist tõendamiskoormuse jaotust.⁸⁸

Teatud juhtudel võib seadus või kohtupraktika leevendada või muuta põhjuslikus seoses tõendamiskoormist. Lepingulise vastutuse puhul on seda tehtud tervishoiuteenuse lepingu rikkumise korral. Kuivõrd tervishoiuteenuse puhul on patsiendil sageli väga raske tõendada, et konkreetne tervisekahjustus tekkis just ebakvaliteetsest tervishoiuteenusest (ravi- või diagnoosiveast), siis on VÕS § 770 lg-s 4 pööratud ümber põhjusliku seose tõendamiskoormis ravi- ja diagnoosivigade puhul kannatanu kasuks.⁸⁹ Eeltoodud tõendamiskoormis kehtib tervishoiuteenuse lepingu (VÕS 758 lg 1) rikkumise korral. Seega tekib küsimus, kas ka deliktiõiguses leevendatakse teatud juhul põhjusliku seose tõendamiskoormist. VÕS § 1044 lg 3 kohaselt ei ole tervishoiuteenuse osutaja deliktiõiguslik vastutus välistatud, kuid selle eeldusi tuleb kontrollida iseseisvalt lepingulisest vastutusest.⁹⁰

Ravivigade puhul on Riigikohus leidnud, et juhul, kui kahju põhjusteks on nii raviviga kui ka muu põhjus, mille eest arst ei vastuta (näiteks patsiendist endast tulenev asjaolu), siis ei vabane kostja vastutusest, sest ka tema tegu põhjustas kahju.⁹¹ Selles lahendis kohaldati küll varem kehtinud tsiviilkoodeksit⁹², kuid kuna hilisem Riigikohtu praktika samas küsimuses puudub, võib käesoleva töö autori hinnangul järeldada, et sama põhimõtte kohaldub ka võlaõigusseaduse tervishoiuteenuse osutamise lepingu sätete kohaldamisel.

Olukorras, kus kahju võimalike põhjustajaid on mitu, kuid ei ole võimalik kindlaks teha, milline konkreetne isik kahju põhjustas, näeb VÕS § 138 lg 1 ette tõendamiskoormise ümberpööramise kannatanu kasuks.⁹³ Nimetatud sätte kohaldamise eeldusi analüüsitakse põhjalikumalt käesoleva töö punktis 2.1.2.

⁸⁷ T. Tampuu 2012, lk 189.

⁸⁸ RKTKo 3-2-1-173-12, p 18.

⁸⁹ P. Varul jt (koost). Võlaõigusseadus III. 8. ja 10. osa (§-d 619-916 ja 1005-1067). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2009. VÕS § 770 komm p 3.4.

⁹⁰ D. Sõritsa, lk 72.

⁹¹ RKTKo 3-2-1-78-06.

⁹² Eesti NSV tsiviilkoodeks. - ENSV ÜVT 1968, 46, 341, ... RT I 2001, 47, 260.

⁹³ P. Varul jt (koost). VÕS § 138 komm p 4.3.

1.1.6 Põhjusliku seose tõendamisstandard

Lisaks tõendamiskoormisele peab hageja põhjusliku seose tõendamisel täitma ka teatud tõendamisstandardi. Kohtumenetluses on tõendamise standardit defineeritud määrana, milles tõendeid tuleb esitada, et kohus saaks lugeda mingi asjaolu tuvastatuks.⁹⁴ *Common law* riikide õiguses lähtutakse tõendamisel *balance of probabilities*⁹⁵ põhimõttest, mille kohaselt faktiväide *p* loetakse tõeseks juhul, kui selle tõepärasus on tõenäolisem kui *mitte-p*⁹⁶ ehk teisisõnu tõenäosus, et väidet *p* vastab tõe, peab olema vähemalt 51%. Erinevalt *Common law* käsitlesest lähtutakse Saksa tsiviilprotsessiõiguses⁹⁷ kohtuniku (sise)veendumuse põhimõttest faktiväite tõele vastavuse tuvastamisel, mille kohaselt kohtunikul peab tekkima veendumus, et väide vastab tõe sellisel määral, mis välistab praktiliselt igasugused kahtlused või välistab need isegi täielikult.⁹⁸ Seega on Saksa õiguses põhjusliku seose tõendamise standard kõrgem kui *common law* käsitlesest ning selle olemasolu tõenäosus peab olema sageli üle 90%, ehk põhjusliku seose olemasolu peab olema kindel.⁹⁹ Samas on õiguskirjanduses ka leitud, et ka *common law* kohtunikud ei lähtu või ei peaks lähtuma pelgalt statistilistest 50+1% tõenäosustest, vaid neil peab tekkima subjektiivne veendumus, et väide on pigem tõene kui mittetõene.¹⁰⁰ Prantsuse õiguses ei ole tõendamisstandardit otseselt määratletud, lähtutakse kohtuniku siseveendumuse põhimõttest (*intime conviction*) faktilise asjaolu tõendatuse lugemisel.¹⁰¹

Eesti tsiviilprotsessiõiguses ei ole samuti konkreetselt määratletud, milline on hagimenetluses kehtiv tõendamisstandard. Riigikohus on tõendamisstandardi kohta sedastanud¹⁰², et „seadus ei tee vahet otsestest ja kaudsetest tõenditest ning iseenesest ei ole

⁹⁴A. Kangur. Kohus ja kohtulahend. Mõtteid ja soovitusi kohtulahendi kirjutajale. Tartu: Riigikohus, 2012, lk 45; A. Abel. Tõendamine distsiplinaarmenetluses. Magistr töö. Tartu 2014, lk 18.

⁹⁵ Kasutatakse ka terminit *preponderance of evidence*, ehk esinema peavad ülekaalukad tõendid. - S. Deakin, A. Johnston, B. Markesinis. Markesinis and Deakin's tort law. Oxford Clarendon Press 2008, lk 244.

⁹⁶ S. Steel, lk 50.

⁹⁷ Code of Civil Procedure - Zivilprozessordnung (ZPO) § 287 – kättesaadav: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html.

⁹⁸ S. Steel, lk 54.

⁹⁹ T. Kadner Graziano. Loss of a Chance in European Private Law. “All or Nothing” or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation. European Review of Private Law vol. 16 nr. 6-2008, lk 1018. Isegi 90% tõenäosusest, et asjaolu põhjustas kahju, ei pruugi piisata, juhul kui kohtuniku siseveendumuses ei kao mõistlik kahtlus. vt J. Spier, lk 64.

¹⁰⁰ R. W. Wright 2008, lk 1315.

¹⁰¹ J.-S. Borghetti. Litigation on hepatitis B vaccination and demyelinating diseases in France. Breaking through scientific uncertainty? – Martín-Casals, M.-M., Papayannis, D. M. (eds.), lk 20.

¹⁰² RKTko 3-2-1-181-15.

kaudsel ja otsesel tõendil erinevat tõendiväärtust. Tõend peab vastama TsMS § 229 lg 1 nõuetele, st see peab sisaldama teavet, mille alusel kohus teeb seaduses sätestatud korras kindlaks poolte nõudeid ja vastuväiteid põhjendavad asjaolud või nende puudumise, samuti muud asja õigeks lahendamiseks tähtsad asjaolud. Tõend peab olema seaduses sätestatud protsessivormis. Tõendeid hindab kohus igakülgset, täielikult ja objektiivselt ning otsustab oma siseveendumuse kohaselt, kas menetlusosalise esitatud väide on tõendatud või mitte (TsMS § 232 lg 1), kusjuures ühelgi tõendil ei ole kohtu jaoks ette kindlaksmääratud jõudu. Tõend peab olema asjakohane (TsMS § 238 lg 1) ja lubatav (TsMS § 238 lg 2).”

Riigikohtunik I. Koolmeister on oma koolitustel võimalikke tõendamise standardeid reastanud järgnevalt:

- 0% – prognoosotsus (tõendid faktiliselt puuduvad);
- 33,3% – põhjendatud kahtlus (peab esinema mingi piiratud kogus tõendeid, ei pea olema tingimata olulised tõendid, kuid kahtlus peab olema individualiseeritav ja formuleeritav);
- 40% – oluline tõend (tõend, mille alusel mõistlik inimene saab teha järelduse fakti olemasolu kohta);
- 50%+1 – ülekaalukad tõendid (kinnitavate tõendite kaal on suurem kui vastupidisele osutavate tõendite kaal – tsiviilasjade hagimenetluse ja halduskohtumenetluse standard);
- 70% – selged ja veenvad tõendid (Euroopa Kohtu standard);
- 99,9% – väljaspool mõistlikku kahtlust (süüteomenetluse standard).¹⁰³

A. Kangur on aga leidnud, et teoreetiliselt saab tõendite määr olla mõõdetav ehk kvantiteeti näitav suurus, kuid praktilises mõttes ei ole tõendamise standardit võimalik määratleda arvulise näitajaga, sest puudub vastav mõõtühik. Sealjuures ei ole mingit konkreetset isikutest sõltumatut mõõdupuud, mille järgi võiks ühe või teise kohtuniku hinnangut toetada või ümber lükata, kuna oma arusaamises maailmaasjadest on inimene paratamatult piiratud iseendaga – tema arusaam on seega vältimatult subjektiivne ning isegi kui eksisteerib objektiivne tõde, siis inimene ei saa seda tajuda. Seega on konkreetse asjaolu tõendatuse lugemise jaoks minimaalselt vajalik tõendatuse määr on praktiliselt

¹⁰³ A. Abel, lk 19, I. Koolmeister. Halduse kaalutusõiguse teostamine ja selle käsitlemine kohtupraktikas. Koolitusmaterjal (allikas autori valduses).

määratlematu konkreetselt kui „kohtuniku siseveendumus“, mis on paratamatult subjektiivne. Seetõttu on sisuliselt üsna hägusad ka tõendamisstandardite kirjeldused nagu „tõendatud väljaspool mõistlikku kõrvaldamata kahtlust“ või „tõendatud selgete ja ülekaalukate tõenditega“, mida kasutatakse nt *common law* riikides. Ka nende väljendite puhul on igal kohtunikul oma ettekujutus sellest, milline tõendite määr konkreetselt standarditele vastab, mistõttu ei aita selliste vormelite kasutamine tõendamise standardit kuidagi objektivierida.¹⁰⁴

Riigikohtu praktikas on viidatud, et tsiviilkohtumenetluses on tõendamisstandard eelduslikult madalam kui kriminaalmenetluses¹⁰⁵ ning ühes lahendis on Riigikohtu tsiviilkolleegium ka märkinud, et tõendamisstandard "hageja kahtlusega nõustumine" ei ole piisav.¹⁰⁶ Kuigi I. Koolmeistri seisukohast lähtudes võiks järeldada, et ka Eesti õiguses kehtib hagimenetluses *common law* riikidele omane 50 + 1% tõendamisstandard, siis Riigikohtu ja A. Kanguri seisukohtadele tuginedes ei määratleta tõendamisstandardit selgemalt kui „kohtuniku siseveendumus“. Käesoleva töö autor nõustub selle seisukohaga, sest tõendamisstandardi kvalitatiivne määratlemine ei ole praktikas sageli võimalik ega mõistlik. Selgelt tuleks aga tsiviilkohtumenetluses lähtuda madalamast tõendamisstandardist kui süüteomenetluses, mistõttu ei peaks eeskujuks võtma Saksa õiguses kehtivat põhimõtet, et kohtunikul peab tekkima faktiväite tõesuse osas siseveendumus, mis välistab mõistliku kahtluse ehk teisisõnu põhjuslik seos peab olema kindel. Täielikku kindlust põhjusliku seose olemasolus ei saaks kohtunikul kunagi tekkida, sest objektiivset tõde on kohtumenetluses põhimõtteliselt võimatu tõendada. Järgnevalt tuleb aga vaadata, millistel juhtudel võib põhjusliku seose tõendamine eelmainitud kriteeriumite alusel olla keerukas ning millistel juhtudel võib põhjusliku seose puhul teatud tõendamisstandardi nõudmine olla poolte suhtes ebaõiglane.

¹⁰⁴ A. Kangur, lk 45, A. Abel lk 19.

¹⁰⁵ RKTko 3-2-1-7-13.

¹⁰⁶ RKTko 3-2-1-111-08.

1.2 Ebakindla kausaalsuse olukorrad

1.2.1 Ebakindla põhjusliku seose mõiste

Eeltoodu pinnalt saame järeldada, et põhjusliku seose tuvastamine CSQN-testi abil on oma olemuselt retrospektiivne tegevus, sest põhjuslikkuse ahel taastatakse olukorras, kus sündmused on aset leidnud.¹⁰⁷ Kausaalsust kui nähtust on põhimõtteliselt võimatu vahetult kogeda ja seega ka otseste tõenditega tõendada, sest empiiriline kogemus saab olla ainult selle kohta, mis juhtus, mitte mis võinuks juhtuda.¹⁰⁸ Seetõttu on vajaliku põhjuse tuvastamine CSQN-testi abil oma olemuselt loogiline tuletamine – uut informatsiooni saadakse olemasolevast informatsioonist ekstrapoleerimise teel.¹⁰⁹

Põhjusliku seose tuvastamiseks kasutatakse nii üldisi teaduslikke teadmisi kui ka kaasuspõhiseid tõendeid.¹¹⁰ Seetõttu tuleb eristada ebakindlust kausaalsuses üldisel ja üksikul tasandil ehk täielikku ja spetsiifilist kausaalsust. Üldise ebakindluse korral saab küsida, kas konkreetse nähtuse puhul on kaasnenum tagajärg üldse võimalik (näiteks, kas suitsetamine võib üldiselt põhjustada vähki) ning üksikjuhtumi korral tuleb uurida, kas konkreetsel juhul on kaasnenum tagajärg just selle nähtuse poolt põhjustatud (näiteks, kas suitsetamine põhjustas konkreetsel kannatanul vähi). Deliktiõiguse seisukohalt on oluline vaid viimane küsimus, sest õigusteaduse ülesanne ei ole otsida vastuseid loodusteaduslikele ja meditsiinilistele probleemidele.¹¹¹ Samas on loogiline, et olukorras, kus ei ole võimalik teaduslikult kinnitada, et konkreetne nähtus üldse saab põhjustada teatud tagajärke, ei ole selle tõendamise ka üksikjuhtumi raames üldjuhul võimalik ehk teisisõnu üldise teadusliku kausaalsuse olemasolu on loogiliseks eelduseks, et kinnitada spetsiifilise kausaalsuse olemasolu üksikjuhtumil.¹¹²

¹⁰⁷ M. Kingisepp, lk 156; S. Shavell. An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts. – The Journal of Legal Studies, 1980, Vol. 9, No. 3, lk 463-516.

¹⁰⁸ S. Steel, lk 66. Kindlasti on võimalik vahetult kogeda teatud kausaalseid protsesse, nt vaasi maha kukkumist, autoavariid vms, kuid paljusid protsesse ei ole võimalik vahetult kogeda (nt haiguse kujunemine).

¹⁰⁹ R. W. Wright. Causation in Tort Law, 73 California Law Rev. 1735 (1985), lk 1804.

¹¹⁰ S. Steel, lk 67

¹¹¹ S. Steel, lk 6

¹¹² M. Martín-Casals, M., Papayannis, D. M. (eds.), lk 3. Näitena võib siin tuua olukorra, kus vereülekande käigus nakatub kannatanu teatud haigusega (HIV) ja nõuab sellega tekkinud kahju hüvitamist. Asjaolu, et vereülekande käigus võib isik saada doonorverest nakkuse on üldtuntud teaduslik fakt ning seda kannatanu eraldi tõendama ei pea. Vt J.-S. Borghetti. – Martín-Casals, M.-M., Papayannis, D. M. (eds.), lk 28.

Teatud juhul võib ebakindel kausaalsus tekitada praktilisi probleeme ka üldise kausaalsuse tasandil. Prantsuse kohtupraktikas on esinenud mitmeid kaasuseid seoses B-hepatiidi vaktsiiniga, kus on esile kerkinud ka teadusliku ebakindluse probleem. Prantsusmaal on B-hepatiidi vastu vaktsineerimine tervishoiutöötajatele kohustuslik ning on esinenud kaasuseid, kus B-hepatiidi vastu kohustuslikus korras vaktsineeritud isikud on nõudnud kahju hüvitamist seoses sellega, et vaktsiin on väidetavalt põhjustanud neile demüeliniseerivad haigused.¹¹³ Siiani ei ole aga teadlased suutnud kinnitada, et konkreetse vaktsiini tarbimise ja demüeliniseerivate haiguste tekkimise vahel eksisteeriks mingigi teaduslikult tõestatav seos, mistõttu puudub selles juhtumis üldine teaduslik kausaalsus.¹¹⁴ Prantsuse kohtud on sellele vaatamata teatud juhtudel kahjunõudeid rahuldanud, leides, et vaatamata üldise seose puudumisele võib hageja ikkagi tõendada, et vaktsiin põhjustas konkreetsel üksikjuhtumil haiguse. Seega võib olukorras, kus puudub muu loogiline seletus, pidada vaktsiini haiguse põhjuseks.

Põhimõtteliselt on võimalik hagejal esitada argumente, et konkreetsel juhul on vaktsiin haiguse põhjustanud. Siiski on praktikas raske leida veenvaid argumente olukorras, kus ka ükski loodusteadlane seda ei suuda. Seega on hagejal võimatu tõendada, et vaktsiin põhjustas haiguse, kui ei ole võimalik kinnitada, et konkreetne substants üldse selleks võimeline on. Prantsuse kohtupraktika lahendust on seetõttu ka tugevalt kritiseeritud ning leitud, et kohtud ei saa minna vastuollu teaduslike faktidega ning seetõttu on selline praktika väär.¹¹⁵ Siinkirjutaja hinnangul tuleb sellise seisukohaga nõustuda – teaduslik fakt, et konkreetne aine või ravim saab üldse väidetavat kahju tagajärge tekitada on vältimatu eeldus, millest ei saa kõrvale kalduda ning olukorda, kus esineb ebakindlus üldises kausaalsuses, ei saa pidada ebakindla kausaalsuse juhtumiks deliktiõiguses käesoleva töö kontekstis.

Lisaks eeltoodud kausaalsuse eristamisele üldisel ja üksiktasandil saab ebakindlust põhjustavad faktoreid eristada ka nende allika alusel. S. Steel on reastanud kausaalset ebakindlust põhjustavad faktorid järgnevalt:

- aeg (tõendite olemasolu ja kättesaadavus väheneb ajas);
- võimalike põhjuste paljusus;

¹¹³ J.-S. Borghetti. – Martín-Casals, M.-M., Papayannis, D. M. (eds.), lk 11. Demüeliniseerivad haigused põhjustavad neurodegeneratiivseid haiguseid nagu multiskleroos ja Guillan-Barre sündroom - *Ibid.* lk 13

¹¹⁴ *Ibid.*, lk 29

¹¹⁵ J.-S. Borghetti. – Martín-Casals, M.-M., Papayannis, D. M. (eds.), lk 36

- võimalike põhjuste sarnasus;
- kausaalahela empiiriline vaadeldamatus;
- teadmise puudumine kausaalmehanismi osas (teatud juhtudel puudub üldine teadmine selle kohta, kuidas mingi nähtus põhjustab teatud tagajärgi, vaid on olemas ainult üldistatud teadmine, et ta seda põhjustab);
- kausaalsuse tuletuslik iseloom (CSQN-testi rakendamine on paratamatult hüpoteetiline ja toob seega kaasa ebakindlust);
- indeterminism ja määramatus (juhul kui maailmas asetleidvad protsessid on indeterministliku iseloomuga, ei saa kunagi tõsikindlalt tuvastada, mis oleks võinud juhtuda teistsuguste asjaolude ilmumise korral - seda on võimalik teha vaid teatud tõenäosusega);
- inimfaktor (inimtegevuse tagajärjel võivad teatud tõendid hävineda, kaduda jne)
- majanduslik kulu (teatud olukordades on kausaalahela tõendamine majanduslikult ebaotstarbekas, kuigi põhimõtteliselt võimalik).¹¹⁶

Teadmised üldiste teaduslike põhjuslike seoste kohta on suuremalt jaolt üldistused, kus saab väita, et X põhjustab Y teatud protsendil juhtumitest ning kui see protsent on piisavalt kõrge, saab seda väita, et X põhjustab Y.¹¹⁷ Näiteks saab lihtsustatult väita, et auto süütevõtme keeramisel käivitub auto mootor. Kindlasti esineb juhtumeid, kus süütevõtme keeramisel auto mootor mingil põhjusel ei käivitu, kuid olukorras, kus see toimub näiteks 98% juhtudest, saab teha üldistuse, et süütevõtme keeramine põhjustab mootori käivitumise.¹¹⁸ Kausaalsete üldistuste kasutamine on paratamatu, sest CSQN-testi rakendades ei saa kunagi olla täiesti kindel, et tagajärg oleks kindlasti jäänud saabumata, kui puudunuks kostja väidetav õigusvastane tegu.¹¹⁹ Siiski ei saa pidada igasugust teoreetilist võimalust, et kostja tegevuse puudumisel oleks tagajärg ikkagi saanud, asjaoluks, mis tooks kaasa ebakindla kausaalsuse olukorra. Selliselt oleks põhjuslik seos alati ebakindel ning kahju hüvitamine praktiliselt välistatud.¹²⁰ Praktikas tuleb aga lähtuda sellest, et kui hageja tõendab, et kostja tegevus üldjuhul (nt 90% juhtudest) toob kaasa teatud tagajärje ja hagejale on selline tüüpiline tagajärg saanud,

¹¹⁶ S. Steel, lk 7-9.

¹¹⁷ H.L.A. Hart, T. Honoré, Causation in the Law. New York: Oxford University Press, 1985, lk 48.

¹¹⁸ M. Kingissepp, lk 156.

¹¹⁹ H.L.A. Hart, T. Honoré, lk 47.

¹²⁰ CSQN-testi rakendamise eesmärk ei ole ka välja selgitada, mis oleks juhtunud, kui kostja tegevust ei oleks olnud, vaid uurida, kas kostja tegevuse ja hagejal tekkinud kahju vahel on seos. – R.W. Wright 1985, lk 1806.

siis on ta põhjusliku seose tõendamiskoormise täitnud ning kostja peab tõendama, et tagajärg saabus muul, alternatiivsel ebatüüpilisel põhjusel.¹²¹ Eeltoodud seisukohast lähtutakse ka Eesti kohtupraktikas.¹²² Seega saab põhjusliku seose tuvastamise puhul peaaegu alati rääkida teatud suurusega tõenäosusest, et konkreetne tegevus/nähtus on kahju põhjuseks, kusjuures see tõenäosus saab ilmselt väga harva olla tegelikult 100%.¹²³ Praktikas see teoreetiline seisukoht käesoleva töö autori hinnangul ilmselt suuri probleeme ei tekita. Olukorras, kus ekspert ei kahtle põhjuslikus seoses (nt katuse sissevarisemise põhjuseks on valede ehitusvõtete kasutamine ning muud põhjused võib praktiliselt välistada), ei tohiks tekkida ka kohtul kahtlust põhjusliku seose olemasolus. Probleemne on eelkõige olukord, kus ekspertiis ei suuda kindlaks teha, mis on konkreetse kahju põhjuseks või määratleb selle mitte väga suure tõenäosusega, nt 60%-ga.

Siiski säilib küsimus, kuidas defineerida ebakindlat põhjuslikku seost. Eeltoodust lähtuvalt saab selleks pidada põhimõtteliselt iga olukorda, kus hagejal ei ole võimalik tõendada vajaliku (faktilise) põhjusliku seose olemasolu üksikjuhutumil vastutust tekitava kausaalsuse tasandil vastavalt kehtivale tõendamisstandardile.¹²⁴ Nagu eelnevalt välja toodud, võib tõendamisstandard olla riikides erinev¹²⁵ ning hageja peab tõendama vastavalt kas 51%-se (*Common law*) või ligikaudu 90% või suurema tõenäosusega (Saksa õigusdoktriin) põhjusliku seose olemasolu. Eelnevalt selgus, et Eesti kohtupraktikas ei ole tsiviilkohtumenetluses kvalitatiiivset tõendusstandardit välja kujunenud täpsemalt kui „kohtuniku siseveendumus”. Seetõttu on keeruline hinnata, kui suur peab olema põhjusliku seose tõenäosus, et seda tuvastatuks lugeda ning selle väljakujundamine jääb konkreetsematel juhtudel kohtupraktika ülesandeks. Arvestades Eesti õiguse tihedat seotust Saksa õigusruumiga võiksid kohalduda sealses kohtupraktikas levinud seisukohad.¹²⁶ Autori hinnangul peaks kohtupraktikas lähtuma seisukohast, et isegi juhul, kui põhjusliku seose saab määratleda vaid teatud tõenäosusega, siis olukorras, kus see

¹²¹ S. Steel, lk 80-81, lk 219. Seda tuntakse ka kui *prima facie* tõendamise põhimõtet. Vt ka RKTko 3-2-1-38-15 p 19 ja käesoleva töö p 2.1.2.

¹²² RKTko 3-2-1-68-10 p 10, 3-2-1-68-11 p 12, RKTko 3-2-1-132-15 p 12, RKTko 3-2-1-173-12 p-d 19, 27.

¹²³ R. W. Wright 2008, lk 1315.

¹²⁴ Tõendamise võimatus peab olema objektiivne, mitte subjektiivne, sest ebakindlust ei saa aktsepteerida olukorras, kus pool, kel lasub tõendamiskoormis, jätab tõendid esitamata.- vt K. Oliphant, lk 1600.

¹²⁵ Vt käesoleva töö p 1.1.5.

¹²⁶ Paljud võlaõigusseaduse sätted põhinevad Saksa tsiviilkoodeksil (BGB), vt P. Varul jt, VÕS § 127 komm p 2, § 138 komm p 2.

tõenäosus on märkimisväärne, nt ületab 90%, tuleks lugeda põhjuslik seos tõendatuks, välja arvatud juhul, kui teine pool ei tõenda vastupidist.

Erinevate riikide kohtupraktikas valmistavad enim probleeme olukorrad, kus hageja ei suuda tõendada, et konkreetse kostja tegevus (nt ravimi tootmine) on talle tekkinud kahjuga (nt vähk) põhjuslikus seoses, kuigi teaduslikult on kindlaks tehtud, et selline ravim või aine võib põhjustada teatud haiguseid või suurendada nende tekkimise riski.¹²⁷ Eelkõige esinevad sellised olukorrad tervise- või keskkonnakahjuga seotud kaasuste puhul, kus kausaalahelas toimuvad protsessid ei ole vaadeldavad ning sageli võib puududa ka täpne teaduslik seletus kausaalahela toimimise kohta.¹²⁸ Sellisel juhul saab hageja tõendada vaid teatud protsendilise tõenäosuse, et kostja on talle kahju tekitanud või kaasa aidanud kahju tekkimisele.¹²⁹ Sageli saab väita, et ravim või aine põhjustab üldiselt X protsenti juhtudel mõnda haigust või suurendab selle tekkimise riski X protsenti võrra. Meditsiinilised teadmised haiguste ja tervisekahjustuste tekkimise põhjuste kohta põhinevad samuti üldistustel ning neid nähtusi uurib epidemioloogia.¹³⁰ Epidemioloogias kasutatakse meditsiiniliste põhjuslike seoste tuvastamiseks Bradford Hilli üheksat kriteeriumi, mida kasutatakse mõnedes riikides ka kohtumenetluses.¹³¹

Õiguskirjanduses on leitud, et pelgalt üldistel statistilisele tõenditele tuginedes ei ole võimalik kausaalseost kindlaks teha (nt üldine teadmine, et suitsetamine põhjustab 80% juhtudest kopsuvähi ei ole piisav tõendamaks, et konkreetsel isikul on kopsuvähk tekkinud suitsetamisest).¹³² Seega peab hageja esitama veel täiendavaid tõendeid, mis viitaks, et konkreetsel juhul on talle kahju tekkinud just sellest asjaolust (nt suitsetamisest).¹³³ Isegi teatud tõenäosusest, et kostja võis kannatanule kahju tekitada ei pruugi piisata (see oleneb konkreetsest tõendamisstandardist, vt p 1.1.6). Olukorras, kus põhjusliku seose olemasolu saab eitada või jaatada, kuigi see on olemuslikult siiski tõenäosuslik, tekib paratamatult kaalupunkt, mida ületades loetakse põhjusliku seose

¹²⁷ J.-S. Borghetti – Martín-Casals, M.-M., Papayannis, D. M. (eds.), lk 28.

¹²⁸ Causation in Environmental Law. Lessons from Toxic Torts. Note. Harvard Law Review vol 128, no 8/2015, lk 4-6 - kättesaadav: <http://harvardlawreview.org/2015/06/causation-in-environmental-law> (01.05.2016); S. Steel, lk 69.

¹²⁹ E. Kalev, lk 206.

¹³⁰ S. Haack. Correlation and Causation. The „Bradford Hill criteria" in epidemiological, legal, and epistemological perspective – Martín-Casals, M.-M., Papayannis, D. M. (eds.), lk 177-202.

¹³¹ *Ibid.*, lk 182-185.

¹³² R.W. Wright 1985, lk 1824.

¹³³ R.W. Wright 2008, lk 1298, 1311.

olemasolu tuvastatuks ning sellest allapoole jääva tõenäosusega põhjuslikku seost tuvastatuks ei loeta. Sellise kaalupunkti leidmine on aga raske – kui suur peab olema tõenäosus, et kostja on kahju põhjustanud, et panna ta kogu kahju eest vastutama?¹³⁴ Eeltoodud küsimus kaasneb paratamatult nn „kõik või mitte midagi” printsiibiga kahju hüvitamisel ning seetõttu tekivad selle kaalupunkti lähedased kaasused, mille puhul tekib küsimus, kas selline lahendus on õigustatav.¹³⁵

Ebakindla kausaalsusega olukordi või kaasuseid saab liigitada erinevatel alustel. Üheks selliseks variantiks on õigusteadlase K. Oliphanti ebakindla kausaalsuse olukordade liigitus alljärgnevalt:

1. Kaasused, kus esineb mitu alternatiivset kahju põhjustajat, kelle osas puudub selgus, milline konkreetne isik kahju põhjustas, kuid on kindel, et üks neist on kahju põhjustanud (alternatiivne kausaalsus);
2. Kaasused, kus on üks või mitu võimalikest kahju põhjustest on risk, mille eest kostja ei vastuta (nt hagejast endast tulenev asjaolu), mistõttu ei saa täie kindlusega väita, et kostja on üldse delikti toime pannud (ebakindel delikt).¹³⁶

Selline jaotus ei ole aga ammendav, kuivõrd nende kategooriate siseselt saab veel välja tuua erinevaid kaasustüüpe või liigitada neid erinevalt. Alljärgnevalt tuleb vaadelda, milles täpsemalt kahe erineva ebakindla kausaalsuse olukorrad seisnevad ning millised on võimalikud lahendused sellistele olukordadele.

1.2.2 Alternatiivne kausaalsus

Olukorras, kus kahju võimalikke põhjuseid on mitu, ei ole võimalik kohaldada CSQN-testi, sest juhul kui igast põhjusest piisab kahju tekkimiseks, saame CSQN-testi abil jõuda järeldusele, et ükski nendest põhjustest ei ole kahju vajalikuks põhjuseks.¹³⁷ Sellisel juhul modifitseeritakse CSQN-testi ja vaadatakse, kas kostja tegu on kahju tekkimise seisukohalt oluline asjaolu ning juhul kui vastus on jaatav, siis loetakse see kahju

¹³⁴ S.M. Samii, A. Keirse, lk 370.

¹³⁵ E. Kalev, lk 212.

¹³⁶ K. Oliphant, lk 1600.

¹³⁷ T. Tampuu 2012, lk 197, inglise keeles tuntud terminiga *overdetermined causation*, vt S. Steel, lk 20.

põhjuseks.¹³⁸ Sellest olukorrast tuleb eristada kaasuseid, kus võimaliku kahju põhjustanud kostjate ring on ebakindel, kuid kahju põhjustanud tegusid/nähtusi on eelduslikult ainult üks. Sellise olukorra ilmestamiseks võib kasutada USA kohtupraktikast pärinevat kohtuasja *Summers vs Tice*¹³⁹. Selles kaasuses tulistasid kaks jahimeest samaaegselt haavlipüssidest. Üks haavel tabas hageja silma, kuid polnud võimalik kindlaks teha kumma kostja relvast konkreetne haavel pärines. Sellisel juhul pööras California ülemkohus tõendamiskoormise ümber hageja kasuks ning rakendas solidaarset vastutust olukorras, kus kumbki kostjatest ei suutnud tõendada, et haavel pärines teise kostja relvast. Kuivõrd kahju võis tekkida kummagi kostja tegevusest, nimetatakse sellist olukorda õiguskirjanduse ka alternatiivseks kausaalsuseks.¹⁴⁰

Õiguskirjanduse kohaselt võib erinevaid alternatiivse kausaalsuse olukordi liigitada järgnevalt¹⁴¹:

1. Kahju on põhjustatud alternatiivselt erinevate asjaolude tõttu, mis kõik tulenevad väljaspoolt kannatanu enda mõjusfääri.¹⁴² Näiteks võib siinkohal tuua eelviidatud *Summers vs Tice* kaasuse, kus mitu jahimeest tulistavad kannatanut samaaegselt ning ei ole võimalik kindlaks teha, millise jahimehe lastud haavel kannatanut tabas.¹⁴³
2. Kahju on põhjustatud alternatiivselt erinevate asjaolude tõttu, sealhulgas üheks teguriks võib olla kannatanust endast tulenev oht või tegevus (kannatanu enda mõjussfääris olev asjaolu). Sellist olukorda iseloomustab järgnev näide: A puutub B juures töötades kokku märkimisväärse koguse asbestitolmuga ning saab lõpuks kopsuvähi. On teaduslikult kindlaks tehtud, et asbestitolm võib tekitada mitut erinevat liiki kopsuvähki, millest ühte saab põhjustada ainult asbestitolm.¹⁴⁴ A haigestus aga sellisesse kopsuvähki, mis võib olla põhjustatud ka muudest faktoritest. A on olnud järjepidev suitsetaja alates 17. eluaastast ning kopsuvähi võis põhjustada ka pidev suitsetamine. Tagantjäre ei ole võimalik tuvastada kas kopsuvähi põhjustas kokkupuude asbestitolmuga või suitsetamine ehk asjaolu,

¹³⁸ RKTko 3-2-1-53-06, T. Tampuu 2012, lk 197.

¹³⁹ *Summers vs Tice* 199 P. 2d 1 (Cal. 1948).

¹⁴⁰ T. Tampuu 2012, lk 199.

¹⁴¹ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 4.

¹⁴² Õiguskirjanduses võidakse nimetada ka kui *defendant indeterminacy*.

¹⁴³ Sarnane kaasus on esinenud ka Austria kohtupraktikas, vt B. Winiger, lk 359- 361.

¹⁴⁴ S. M. Samii, A. Keirse. Taxonomy of asbestos litigation in the Netherlands: Duelling with causal uncertainty. *European Review of Private Law* 2013/1, lk 345.

mille eest kostja ei vastuta.¹⁴⁵ Erinevalt eelnevast näitest on siin üks alternatiivne võimalik põhjus kannatanust endast tulenev või tema vastutusfääri kuuluv.

3. Kahju on põhjustatud alternatiivselt erinevatele kannatanutele ühe isiku õigusvastase teoga ehk on kindel, et isik on delikti toime pannud, kuid ei ole kindel, milline konkreetne isik on kannatanu. Näide: Tuumaelektrijaama A läheduses sündinud ja elavatel lastel avastatakse leukeemia esinemine 6-7 korda tihedamini tavapärasest tasemest. B töötab A juures ning tema lastel avastakse leukeemia ning nad surevad. B esitab A vastu kahjunõude, kuid ei ole võimalik kindlaks teha, kas konkreetsete isikute leukeemia põhjustas A tegevus (kiiritus) või muu põhjus (nt kannatanute eelsoodumus).¹⁴⁶ Siin seisneb alternatiivsus selles, et on kindel, et A tegevus põhjustab vähiriski olulist suurenemist piirkonnas ja seega on A delikti toime pannud teatud isikute suhtes, kuid ei ole võimalik tõendada, millisele konkreetsele kannatanule on kahju just A põhjustanud, seega esineb alternatiivsus võimalike hagejate hulgas.¹⁴⁷
4. Kahju on põhjustatud alternatiivselt erinevatele kannatanutele mitme võimaliku õigusvastase teoga. Käesolev kategooria on sarnane eelmisega, kuid siin on lisaks mitu kahju põhjustajat, kes kõik võisid konkreetse kahju tekitada. Siinkohal on sobilik näide nn DES-kaasused. DES (dietylstilbestrol) oli 1950-1960ndatel toodetud ravim (sünteetiline östrogeen), mis pidi aitama kaasa sünnituse õnnestumisele. Hiljem avastati, et ravim põhjustas lastele, kelle emad seda ravimit manustasid, olulisi tervisekahjustusi. Kindel on see, et tervisekahjustuse on põhjustanud DES-i manustamine nende emade poolt, kuid puudub kindlus, millise tootja poolt toodetud ravim on põhjustanud konkreetsele hagejale tervisekahju, kuivõrd hilisemalt¹⁴⁸ ei ole võimalik kindlaks teha, millise tootja ravimit konkreetse kannatanu ema tarbis.¹⁴⁹ Siinkohal esineb alternatiivsus nii võimalike hagejate (kannatanute) kui ka kostjate osas (ravimitootjad).¹⁵⁰

Selle kategooria puhul seisneb ühine näitaja selles, et ebakindlus seisneb erinevate osapoolte paljususes.¹⁵¹ Eeltoodud kaasuste lahendus sõltub paljuski erivate riikide

¹⁴⁵ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 435.

¹⁴⁶ *Reay vs British Nuclear Fuels Plc* (1994) Env LR 320, B. Winiger, lk 441.

¹⁴⁷ J. Spier, lk 150. Ing. keeles *claimant indeterminacy*.

¹⁴⁸ Haiguste peiteaeg võib olla mitukümmend aastat.

¹⁴⁹ J.-S. Borghetti – Martín-Casals, M.-M., Papayannis, D. M. (eds.), lk 29.

¹⁵⁰ J. Spier, lk 151. Ing keeles *claimant and defendant indeterminacy*.

¹⁵¹ Sarnast liigitust kasutab ka S. Steel, vt S. Steel, lk 198-199.

deliktiõigusliku doktriini käsitlest ja kohtupraktikast. Kui võrrelda seda liigitust K. Oliphanti liigitusega¹⁵², siis kaasus nr 1 langeks kokku Oliphanti 1. tüübiga (alternatiivsed kostjad) ning kaasused nr 2-3 langeksid Oliphanti teise kategooriasse (ebakindel delikt), kaasus nr 4 on segatüüp. Kuidas nii Eesti kui ka teiste riikide õigussüsteemid eeltoodud kaastüüpide puhul kahju hüvitamist võimaldavad selgub käesoleva töö 2. peatükis (vt p 2.1).

1.2.3 Delikti ebakindlus (kaotatud võimalused ja suurendatud riskid)

Lisaks eelnevalt välja toodud erinevatele alternatiivsete osapoolte kausaalsuse olukordadele võib ebakindlus põhjuslikus seoses esineda ka olukorras, kus kahju võimalik tekitaja ja kannatanu on küll üheselt identifitseeritavad, kuid on ebakindel, kas kannatanul tekkis kahju, mille on põhjustanud kostja.¹⁵³ Selline olukord võib tekkida näiteks juhul, kui arst jätab oma hooletuse tõttu õigel ajal diagnoosimata haiguse, mis lõppeb igal juhul patsiendi surmaga, kuid arsti hooletuse tõttu väheneb patsiendi eeldatav eluiga.¹⁵⁴ Seega saab rääkida teatud „tulu teenimise“ võimaluse kaotamisest, mistõttu tuntakse seda ka võimaluse kaotuse või *loss of chance* põhimõttena.¹⁵⁵ Eelnimetatud põhimõttele on omane osaline kahju hüvitamine vastavalt sellele, kui võrd kahju tekitaja suurendas kahju tekkimise võimalust.¹⁵⁶ Selline probleem tõusetub sageli olukorras, kus põhjuslik seos sõltub inimotsustusest, nt arstide või juristide professionaalse vastutuse küsimustes (millele kohaldub Eestis üldjuhul lepinguõiguslik vastutus¹⁵⁷) või sõltub muust ettenähtamatust tingimusest, mille näiteks võib pidada erinevat sorti võistluseid või konkursse poliitika, äri ning spordi valdkondades.¹⁵⁸ Sellisel juhul ei saa CSQN-testi põhjusliku seose kindlakstegemiseks kasutada, sest saame järeldada, et kannatanu kaotas võimaluse vastu võtta mingi otsuse või ei ole kindel, kas see kaotatud võimalus oleks ka isiku poolt realiseeritud.¹⁵⁹

¹⁵² vt käesoleva töö p 1.2.1.

¹⁵³ *Ibid.*, lk 151. inglise keeles *simple uncertainty*.

¹⁵⁴ A. El-Haj, lk 2.

¹⁵⁵ T. Tampuu 2012, lk 199. Sellisel juhul heidetakse kahju põhjustajale ette seda, et tema tegevuse tõttu kaotas kannatanu sündmuste käigus võimaluse kahju mitte saada.

¹⁵⁶ T. Kadner Graziano, lk 1009.

¹⁵⁷ Paljudes riikides, nt Inglismaal kohaldatakse ravivigade kaasustes deliktiõiguslikku vastutust -vt A. Nõmper, J. Sootak. Meditsiiniõigus. Tallinn: Juura 2007, lk 54. Ka VÕS § 1044 lg 3 alusel ei ole tervishoiuteenuse osutaja deliktiõiguslik vastutus välistatud (vt D. Sõritsa, viide nr 15).

¹⁵⁸ T. Kadner Graziano, lk 1015.

¹⁵⁹ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 6.

J. Spier on leidnud, et vahetegu alternatiivse kausaalsuse ja ebakindlate deliktide (kaotatud võimaluste/suurendatud riskide) vahel on pigem arbitraarne.¹⁶⁰ Mõlema ühisomaduseks on ebakindlus kausaalsuses. Olukorras, kus arst jätab õigeaegselt diagnoosi kannatanule panemata ja kannatanu sureb selle tõttu varem (varasem diagnoos võinuks patsiendi päästa), võib püstitada küsimuse, kas arsti tegevusetus põhjustas patsiendi surma või suri ta ainult haiguse tagajärjel. Sellisel juhul on tegu alternatiivse kausaalsuse küsimusega. Samamoodi võib aga püstitada küsimuse, „kui tõenäoline on, et arsti tegevusetus põhjustas kahju?” – sellisel juhul oleks justkui tegu tõendamisstandardi ületamise probleemiga. Alternatiivselt saab ka uurida, kas patsient kaotas arsti tegevuse tõttu võimaluse elada kauem. Kui vastus on jaatav, siis sellisel juhul ei esine probleemi põhjusliku seosega, vaid tekib küsimus tekkinud kahju olemusest ja suurusest ehk tegu on *loss of chance* olukorraga.¹⁶¹

Käesoleva töö autori hinnangul tuleb eeltoodud seisukohaga põhimõtteliselt nõustuda. Erinevate ebakindla kausaalsuse olukordade täpne liigitamine ei ole kuigivõrd oluline, kuna see sõltub vaid vaatenurga püstitusest ja doktriinide erinevustest ning ei oma seetõttu suurt kvalitatiiivset erinevust. Peamiseks probleemiks jääb ikkagi nõutud tõendamisstandardi täitmise küsimus kannatanu poolt ja sellest tekkiv üle- või alakompenseerimise oht. Siiski lahendavad erinevad õigussüsteemid eelnevaid kaasuseid vastavalt eeltoodud liigitusele erinevalt ning teevad teatud juhul tõendamiskoormises või –standardis erandeid. Seetõttu tuleb järgnevas peatükis uurida, millistel juhtudel tehakse erinevates õigussüsteemides erandeid üldisesse põhjusliku seose tõendamiskoormisesse ja –standardisse, et likvideerida ebakindlast kausaalsusest tekkivaid võimalikke ebaõiglaseid olukordi.

¹⁶⁰ J. Spier, lk 151.

¹⁶¹ *Ibid.*, lk 152.

2. Kahju hüvitamine ebakindla kausaalsuse olukorras

2.1 Kannatanu võimalus saada kahjuhüvitist ebakindla kausaalsuse olukorras

2.1.1 Kahju hüvitamine alternatiivse kausaalsuse korral

Eelnevast selgus, et põhjusliku seose kindlaks tegemiseks peab hageja tõendama põhjusliku seose olemasolu vastavalt kehivale tõendamisstandardile ning kui ta ei suuda seda teha, siis leitakse, et põhjuslik seos on tõendamata ning kahjuhüvitis jääb seega välja mõistmata kuivõrd põhjusliku seose olemasolu on absoluutse iseloomuga.¹⁶² Nii Mandri-Euroopa kui ka *common law* õigussüsteemid lähtuvad kahju hüvitamisel üldjuhul seega “kõik või mitte midagi”-põhimõttest ehk ei võeta arvesse tõenäosuslikku võimalust, et kostja võis kahju põhjustada, kui see ei tekita kohtunikus siseveendumust põhjusliku seose olemasolus.¹⁶³ Siiski on riikide kohtupraktikas ja materiaaõiguses erinevaid erandeid ja meetmeid eeltoodud reeglist tekkiva ebaõiguluse kompenseerimiseks ning teatud võimalusel võib kannatanu nõue olla edukas ka ebakindla kausaalsuse olukorras.

Esmalt vaadatakse, kuidas lahendatakse käesoleva töö punktis 1.2.2 loetelu punktis 1 kirjeldatud nn alternatiivsete kostjate olukorda, kus ei ole võimalik tõsikindlalt määratleda, milline kostjatest kahju põhjustas, kuid on selge, et vähemalt üks neist seda tegi. Eesti õiguses reguleerib selliseid alternatiivse kausaalsuse juhtumeid VÕS § 138, mille lg 1 sätestab, et kui tekkinud kahju eest võivad vastutada erinevad isikud ja on kindlaks tehtud, et kahju võis tekitada neist igaüks, võib kahju hüvitamist nõuda neilt kõigilt. Vastutusest vabanemiseks peab isik tõendama, et tema kahju ei tekitanud (lg 2) ning kannatanu võib igalt isikult nõuda kahju hüvitamist määral, mis vastab tõenäosusele, mil määral isik võis kahju tekkimise põhjustada (lg 3). Riigikohus on VÕS § 138 kohaldamise kohta selgitanud, et „Kannatanu tõendamiskoormise kergendamiseks saab kohaldada VÕS § 138 eelkõige juhtudel, kus kannatanu suudab tõendada tema suhtes ohtlikult käitunud isikute ringi, kuid mitte seda, kes sellesse ringi kuuluvatest isikutest

¹⁶² Vt käesoleva töö p 1.1.1.

¹⁶³ E. Kalev, lk 212.

kannatanule kahju tekitas. Samal ajal peab olema selge, et üks ohtlikult käitunud isikutest kannatanule kahju kindlalt põhjustas."¹⁶⁴

Seega näeb VÕS alternatiivsete kostjate ringi juhtumite puhul ette nii tõendamiskoormise ümberpööramise hageja kasuks ning ühtlasi rakendatakse proportsionaalset ehk osavastutust, kuivõrd kahju tekitaja ei peaks vastutama suurema kahju eest kui ta on reaalselt põhjustanud.¹⁶⁵ Hageja peab siiski tõendama, et ükskõik milline isik kostjate ringist võis kahju põhjustada.¹⁶⁶ Riigikohtu praktika kohaselt tuleb olukorras, kus ei ole võimalik kindlaks teha, millise tõenäosusega võis üks kostjatest kahju põhjustada, jätta kahju kostjate kanda võrdsetes osades.¹⁶⁷ Siiski on võimalik ka alternatiivne seisukoht. T. Tampuu ja J. Lahe on leidnud, et VÕS § 138 lg-t 1 ja 3 võib tõlgendada ka selliselt, et võimalike kahju tekitanud isikute ringis olevad kostjad vastutavad hageja eest solidaarselt VÕS § 137 lg 1 järgi ning VÕS § 138 lg 3 kohaldub vaid võimalike solidaarvõlgnike sisesuhtes.¹⁶⁸ Kohtupraktikas ei ole ammendavat vastust sellele küsimusele veel välja kujunenud.¹⁶⁹

Siinkirjutaja hinnangul võiks siiski toetada tõlgendust, mille kohaselt on tegu osavastutusega. Kuigi tegu on kannatanu seisukohalt ebasoodsama olukorraga, ei peaks ka kahju põhjustajal, kelle puhul on tõenäosus, et ta on kahju põhjustajaks küllaltki väike (näiteks 20%), lasuma kohustust vastutada solidaarselt kogu kahju eest. Seda enam olukorras, kus sisesuhtes regressivõimalus puudub (nt teise solidaarvõlgniku maksejõuetus). Juhul, kui VÕS § 138 alusel tuleb rakendada ikkagi osavastutust, tekib ka küsimus, kellel lasub lõikes 3 nimetatud asjaolude tõendamiskoormis - T. Tampuu ja J. Lahe seisukoha järgi puudub mõistlik põhjendus, miks tõendamiskoormis peaks olema kannatanul.¹⁷⁰ Töö autor nõustub selle seisukohaga, sest kannatanu nõude edukus ei tohiks sellest sõltuda.

¹⁶⁴ RKTko 3-2-1-19-15; RKTko 3-2-1-181-15 p 45.

¹⁶⁵ P. Varul jt (koost). VÕS § 137 kamm p 4.3.

¹⁶⁶ P. Varul jt (koost). VÕS § 137 kamm p 4.1.

¹⁶⁷ RKTko 3-2-1-56-02, p 24.

¹⁶⁸ T. Tampuu, J. Lahe, lk 329-330.

¹⁶⁹ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi praktikast vastust sellele küsimusele ei leidu, küll aga on Riigikohtu halduskolleegium leidnud, et RVastS § 12 lg 4 on avalik-õiguslikes suhetes kahju tekitamise korral erinorm VÕS § 138 lg 3 suhtes ja sedastanud, et: "Nimelt sätestab RVastS § 12 lg 4, et kui kahju on kohustatud hüvitama mitu avaliku võimu kandjat, vastutavad nad kannatanu ees solidaarselt. Kolleegiumi hinnangul on seadusandja selle sättega näinud ette osavastutuse asemel solidaarvastutuse kohaldamise avalik-õiguslikus suhtes tekitatud kahju hüvitamisel." - RKHKo 3-3-1-7-14 p 14.

¹⁷⁰ T. Tampuu, J. Lahe, lk 330.

Eeltoodud regulatsiooni eeskujuks on BGB¹⁷¹ § 830 lg 1 teine lause ja Saksa kohtupraktika, mis samuti näeb ette tõendamiskoormise ümberpööramise sarnastel juhtudel. Erinevalt võlaõigusseadusest näeb aga BGB ette solidaarvastutuse, mitte osavastutuse.¹⁷² Ka *common law* riikides rakendatakse sellise olukorra puhul erandlikku vastutust. Kui USA kohtupraktikas on levinud tõendamiskoormise ümberpööramine¹⁷³, siis Inglise kohtupraktikas on seevastu lähtutakse *Fairchild*-erandist.¹⁷⁴ Nimetatud juhul leevendas kohus hagejate tõendamisstandardit ning leidis, et juhul, kui kostja on oluliselt panustanud/kaasa aidanud kahju tekkimise tõenäosusesse (*materially contributed to the risk of harm*), saab lugeda põhjusliku seose tuvastatuks ning rakendas solidaarvastutust.¹⁷⁵ USA kohtupraktikas lähtutakse vastutuse jagamisel ka turuosa (*market share*) põhimõttest. Juhul kui kostjateks on äriühingud, kes kõik on tootnud vähki tekitavat ravimit, vastutavad nad vastavalt sellele, kui suur oli nende turuosa ravimi tootmise hetkel.¹⁷⁶ Seega on tegu VÕS §-s 138 sätestatud osavastutusele sarnaneva põhimõttega. Siiki leidub ka riike, kus sellist erandit ei tunnustata, nt Belgia ja Taani leiavad sellises olukorras, et kahju eest saab vastutada ainult üks isik.¹⁷⁷

Nii DCFR kui ka PETL näevad samuti ette erinormid alternatiivsete kostjate situatsioonis. DCFR artikkel VI. - 4:103 ja artikkel VI. - 6:105 sätestavad sarnaselt BGB §-le 830 solidaarvastutuse alternatiivse kausaalsuse korral (sellisel juhul põhjusliku seost eeldatakse).¹⁷⁸ PETL artikkel 3:103 (1) seevastu on analoogne VÕS §-le 138 ning selle sätte kohaselt kui esineb mitu asjaolu, mis võisid igaüks olla kahju põhjuseks ning ei ole võimalik välja selgitada, milline konkreetne asjaolu oli kahju põhjuseks, loetakse iga asjaolu kahju põhjuseks vastavalt tõenäosusele, mil määral see asjaolu võis kahju põhjustada. Seega eelkirjeldatud kaasustüübi puhul aktstepteerivad tõendamiskoormise ümberpööramist hageja kasuks enamik riikide õigussüsteemid. S. Steel on leidnud, et sellises olukorras on irdumine traditsioonilisest tõendamiskoormisest ka teoreetiliselt

¹⁷¹ Saksa tsiviilseadustik. BGB – Kätesaadav: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html (01.05.2016).

¹⁷² K. Oliphant, lk 1612.

¹⁷³ vt *Summers vs Tice*, p 1.2.2.

¹⁷⁴ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* (2002) UKHL, (2003) 1 AC 32

¹⁷⁵ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 379.

¹⁷⁶ S. Steel, lk 167.

¹⁷⁷ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 388.

¹⁷⁸ K. Oliphant, lk 1613.

põhjendatud, et vähendada relatiivset ebaõiglust, eriti arvestades, et seda põhimõtet tunnustatakse laialdaselt pea kõikides õigussüsteemides.¹⁷⁹

Erinevus siinkohal esineb ainult selles, kas kannatanu ees vastutavad potentsiaalsed kahju tekitajad solidaarselt või osavastutuse alusel. Solidaarvastuse rakendamine sellises olukorras on enam levinud kui osavastutus.¹⁸⁰ Erinevus vastutuses on siiski suhteliselt marginaalne, sest ka solidaarvastutuse korral jaguneks vastutus sisesuhtes VÕS § 69 lg 1 ja § 137 lg 2 kohaselt samuti vastavalt tõenäosusele, mil määral isik võis kahju põhjustada. Kannatanu seisukohalt on solidaarvastutus soodsam, sest kannatanu saaks kogu kahju nõuda ükskõik millisel kostjalt, kuid osavastutus tagab suurema osapoolte võrdsuse.¹⁸¹

Küsitav on kas VÕS § 138 lg 3 rakendamisel tuleks äriühingute puhul lähtuda turuosa põhimõttest, kui puuduvad muud andmed, või jagada vastutust võrdselt. Teooria näib pooldavat seisukohta, et olukorras kus defektset toodet on tootnud mitmed äriühingud, tuleks jagada vastutus turuosade põhjal, mitte võrdsetes osades.¹⁸² Käesoleva töö autori hinnangul tuleks selle seisukohaga nõusutada. Kutsehaiguste puhul on Riigikohtu praktikas leitud, et kui kutsehaigus on tervisekahjustusena kujunenud välja töötamise ajal erinevate tööandjate juures, on vastutuse jagunemisel nende vahel õige lähtuda osavastutuse põhimõttest, lähtudes eelduslikult igaühe juures töötamise proportsionaalsest ajast.¹⁸³

2.1.2 Kahju hüvitamine kannatanu vastutussfäärist tuleneva ebakindluse korral

VÕS § 138 lg-t 1 ei kohaldata aga siis, kui on küsitav, kas kahju on põhjustanud isik või mõni muu nähtus (loodusnähtus).¹⁸⁴ Ilmselt ei saa seega seda paragrahvi kohaldada olukorras, kus ei ole kindel, kas kahju on põhjustanud kostja või kannatanust endast tulenev või tema vastutussfääri kuuluv asjaolu, sest VÕS § 138 lg 1 sätestab *expressis verbis*, et alternatiivsus peab esinema erinevate isikute vahel. Samal seisukohal on ka

¹⁷⁹ S. Steel, lk 197.

¹⁸⁰ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 389.

¹⁸¹ S. Steel, lk 195.

¹⁸² P. Varul jt (koost).VÕS § 137 kamm p 4.3.

¹⁸³ RKTko 3-2-1-55-10, p-d 29 ja 30; RKTko 3-2-1-19-15, p 12; RKTko 3-2-1-15-16 p 28

¹⁸⁴ P. Varul jt (koost).VÕS § 137 kamm p 4.1.

Saksa kohtupraktika, kus ei laiendata BGB § 830 lg 1 rakendusala olukordadele, kus kahju võib olla põhjustatud kannatanu enda tegevusest või looduslikust faktorist.¹⁸⁵ Eeltoodud olukorra näiteks on käesoleva töö punktis 1.2.2 loetelu punktis 2 esitatud kaasus, kus ei ole võimalik määratleda, kas kahju on põhjustanud suitsetamine või kokkupuude asbestitolmuga.

E. Kalev on liigitanud tervisekahju tekitamisel kannatanu enda vastutussfääri kuuluvad kahju põhjuseid kaheks peamiseks kategooriaks. Esmalt on selleks kannatanu tervist kahjustavad elukombed (näiteks suitsetamine, liigne alkoholi tarbimine) või saastunud elukeskkond (kannatanu elab kohas, kus õhus olev asbestitolmu/kiirituse vms piirmäär on üle normi).¹⁸⁶ Küsitav on kas sellisel juhul saaks VÕS § 139 lg 1 alusel kahjuhüvitist vähendada. Vastus on pigem eitav, sest sama paragrahvi kolmandas lõikes sätestatud piirang, mille kohaselt vähendatakse kahjuhüvitist surma või tervise kahjustamise korral ainult siis, kui isik aitab kahju tekkimisele kaasa tahtluse või raske hooletusega. Samuti on § 139 eesmärgiks kahjuhüvitist vähendada juhul, kui kahjustatud isik aktiivselt aitab kaasa kahju tekkimisele.¹⁸⁷ Riigikohus on märkinud, et kannatanu tahtlus VÕS § 139 lg 3 järgi tähendab enesekahjustamise tahtlust, mitte aga kannatanu tahtlikke tegusid, mis olid üksnes varalise kahju kaaspõhjuseks.¹⁸⁸ Seega on VÕS § 139 lg 1 kohaldamine ebakindla kausaalsuse korral praktikas pigem välistatud, sh ka käesoleva töö punktis 1.2.2 loetelu punktis 2 esitatud kaasuse korral. Omandi või omandi sarnase õiguse kahjustamise korral on võimalik põhimõtteliselt kohaldada ka VÕS § 139 lg-t 1, kuigi on küsitav, kas see norm rakendub ebakindla põhjusliku seose korral - kahjuhüvitis vähendatakse ainult siis, kui kahju tekkis kahjustatud isikust tulenevatel asjaoludel. Selline sõnastus viitab sellele, et ei tohiks esineda ebakindlus selles, kas kahju tekkis osaliselt kannatanust endast tuleneval asjaolul.

Teiseks kategooriaks on kannatanu varasem olemasolev tervisekahjustus (näiteks krooniline haigus, vigastus) või geneetiline soodumus tervisekahju tekkimiseks või selle suurenemiseks.¹⁸⁹ Siinkohal tekib küsimus sellest, kas kannatanu erilist soodumust tuleb

¹⁸⁵ K. Oliphant, lk 1612.

¹⁸⁶ E. Kalev, lk 208-209.

¹⁸⁷ Varul, P jt (koost). VÕS § 139 kamm p 4.1.

¹⁸⁸ RKTko 3-2-1-85-08 p 14. Seega ei saa nt pidevat suitsetamist pidada aluseks, et vähendada kopsuvähi tekkimisel kahjuhüvitist, sest isikud üldjuhul ei suitseta selleks, et endale tahtlikult vähki tekitada.

¹⁸⁹ E. Kalev, lk 209

arvestada kahju hüvitamisel ning kas see võib välistada põhjusliku seose olemasolu.¹⁹⁰ Siinkohal saab tõusetada eelkõige kahju õigusliku põhjuse olemasolu küsimus¹⁹¹, mitte aga küsimus faktilisest põhjuslikust seosest.

Kuivõrd deliktiõigus kaitseb lisaks elule ja tervisele ka teisi õigushüvesid, ei ole eelnev liigitus ammendav ning ka nt omandi kahjustamise korral võivad teatud asjaolud kuuluda kannatanu vastutussfääri. Eesti kohtupraktikas on Riigikohus leidnud, et olukorras, kus ei ole võimalik kindlaks teha kas korteri lakke tekkinud pragude põhjuseks on ülemise naabri ebaseaduslik (ilma ehitusloata) ehitustegevus või maja üldine halb seisukord, ei saa tõendamiskoormist ümber pöörata. Riigikohus leidis, et: „Hageja on tõendanud küll kahju olemasolu, kuid ei ole tõendanud, et uputused ja praod olid põhjustatud kostja tegudega: uputuste põhjused on jäänud välja selgitamata, ning kostja tõendas, et praod lagedes võisid tuleneda elamu üldisest halvast tehnilisest seisukorrast. /.../ Tekkinud kahju ja kostja tegude põhjusliku seose peabki tõendama hageja. Kuna ta aga ei ole tõendanud, et kahju tekkis kostja tegude tõttu, on hagi rahuldamata jätmise põhjendatud.”¹⁹² Siinkohal tuleb rõhutada, et selles kaasuses suutis kostja esitada tõendeid, et kahju võis põhjustada ka tema tegevusest mittesõltuv faktor (maja üldine halb seisukord).

Eeltoodud näide iseloomustab ka *prima facie* põhimõttel tõendamiskoormise jaotust ja leevendamist põhjusliku seose osas, mis pärineb Saksa õigusdoktriinist. See põhimõte võimaldab kannatanul tõendada põhjusliku seost esmalt ainult üldise põhjusliku seose olemasolu alusel, näidates ära, et kannatanu õigusvastane tegevus võib üldiselt tekkinud tagajärje kaasa tuua ning kostja ülesandeks on tõendada, et kahju võiks spetsiifilisel juhtumil olla põhjustatud muust, alternatiivsest asjaolust.¹⁹³ Riigikohus on eeltoodud põhimõtte kehtimist kinnitanud ka Eesti õiguses: „Kui kahju tekkimise põhjuseks võib olla kostja tegu või alternatiivselt asjaolu, mis ei ole seotud kostja tegevusega, peab hageja tõendama üksnes kostja rikkumise kui kahju võimaliku põhjuse ning kostja peab kahju põhjuste konkurentsi korral kahju hüvitamise kohustusest vabanemiseks tõendama, et tema tegu ei olnud kahju tekkimise aluseks. Seega kui hageja tõendab, et kahju võis

¹⁹⁰ Tampuu, lk 198; E. Kalev, lk 210.

¹⁹¹ Vt käesoleva töö p 1.1.3.

¹⁹² RKTKo 3-2-1-49-01. Tegude on tsiviilkoodeksi alusel tehtud lahendiga, kuid antud põhimõtte kehtib ka võlaõigusseaduse rakendamisel, vt ka B. Winiger, lk 430.

¹⁹³ S. Steel, lk 219.

tekkida kostja rikkumise tagajärjel, on kostja ülesanne tõendada, et kahju võis tekkida ka mingil muul (alternatiivsel) põhjusel."¹⁹⁴ Seega peab kannatanu tõendama spetsiifilise kausaalsuse olemasolu alles siis, kui kostja tõendab, et kahjul võis olla mitu alternatiivset põhjust. Siinkirjutaja hinnangul on selline tõendamiskoormise jaotus igati õigustatud, kuivõrd see aitab leevendada Saksa ja Eesti õiguses eelduslikult *common law*-st kõrgema tõendamisstandardi rakendamisest tulenevat potentsiaalset ebaõiglust ning vabastab kannatanu negatiivse asjaolu tõendamise kohustusest.¹⁹⁵ Vaatamata sellele ei irduta tavapärasest „kõik või mitte midagi“ lähenemisest. Juhul, kui kannatanu ei suuda esitada tõendeid spetsiifilise kausaalsuse olemasolu kohta, jääb hagi ikkagi rahuldamata ning hüvitist välja ei mõisteta.¹⁹⁶

Kui vaadata mudelseaduste pakutavaid lahendusi, siis DCFR artikkel VI. - 4:103 sätestab, et juhul, kui õiguslikult relevantse kahju on põhjustanud üks või mitu asjaolu, mille eest vastutavad erinevad isikud ja on kindel, et kahju on põhjustatud nendest ühe poolt, kuid ei ole kindel, millise isiku poolt, siis eeldatakse, et iga isik on kahju põhjustanud. Seega ei laiendata selle sätte kohaldamisala kannatanu enda vastutussfääri langevate asjaolude korral sarnaselt VÕS § 138 lg-le 1, mistõttu DCFR ei leevenda põhjusliku seose tuvastamise olukorda eelnevalt toodud näite puhul, kus ei ole kindel, kas kopsuvähi põhjustas isiku suitsetamine või asbestitolm.

Eeltoodust erinevalt käsitletakse kannatanu enda vastutussfääri kuuluva ebakindla põhjuslikkuse olukorda PETL-is. PETL artikkel 3:106 kohaselt peab kannatanu ise kandma talle tekkinud kahju vastavalt tõenäosusele, mil määral see võis tekkida tegevusest, juhtumist või muust asjaolust, mis kuulub tema enda vastutussfääri. Kui võrrelda PETL artikkel 3:103 (1) ja VÕS § 138 lg 1 sõnastust, siis erinevalt VÕS § 138 lg-st 1 ei kasutata PETL puhul sõnastust „erinevad isikud“, vaid „tegevus“ (*activity*) mistõttu võivad need tegevused olla ka kannatanu enda vastutussfääris olevad „tegevused“ PETL artikkel 3:106 tähenduses.¹⁹⁷ Seega kehtestab PETL olulise erinevuse VÕS §-s 138 sätestatust ning laiendab proportsionaalset vastutust ka kannatanust endast

¹⁹⁴ RKTko 3-2-1-38-15, p 19.

¹⁹⁵ S. Steel, lk 220.

¹⁹⁶ RKTko 3-2-1-43-08.

¹⁹⁷ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 435; J. Spier - Principles of European Tort Law: Text and Commentary, lk 56.

tulenevale ebakindlale alternatiivsele kausaalsusele.¹⁹⁸ Käesoleva töö punktis 1.2.2 loetelu punktis 2 esitatud kaasustüübi puhul peaks PETL alusel tööandja B seega hüvitama A-le kahju vastavalt tõenäosusele, mil määral tema õigusvastane tegevus - asbestitolmuga kokkupuute võimaldamine - põhjustas kahju. Olukorras, kus see on nt 35%, hüvitab B 35% kogukahjust ja ülejäänud jääb A enda kanda.¹⁹⁹

Eeltoodud proportsionaalse vastutuse rakendamine on Euroopa õigussüsteemides jätkuvalt aga väga erandlik.²⁰⁰ Austria kohtupraktikas on meditsiinkaasuste puhul kasutatud ebakindla põhjusliku seose tuvastamisel ka alternatiivsete kostjate vastutuse (ABGB § 1302) kohaldamist analoogia korras.²⁰¹ See on võimalik siis, kui ei ole kindlust, kas kahju põhjustas arsti tegevus või kannatanust endast tulenev põhjus (nt eelsoodumus, haiguse kulg).²⁰² Üheks Austria kohtupraktikast pärinevaks näiteks on olukord, kus laps saab sünnitusel ajukahjustuse, mis toob kaasa tserebraalparalüüsi tekke. Nimetatud haiguse võis põhjustada lootevedeliku uurimata jätmine arstide poolt (raviviga) või nabanööri keerdumine ümber lapse kaela (seda võib pidada kannatanu enda vastutussfääri kuuluvaks asjaoluks, mille eest arstid ei vastuta).²⁰³ Sellisel juhul on Austria kõrgeim kohus laiendanud proportsionaalse vastutuse põhimõtet analoogia korras, leides, et „kõik või mitte midagi” lahendus sellises olukorras oleks vastuolus Austria deliktiõiguse aluspõhimõtetega ning seega ebaõiglane.²⁰⁴ Eelduslikult jõutakse sedasi samale tulemusele, mida pakuks PETL artiklite 3:106 ja 3:103 (1) kohaldamine sellise kaasuse puhul.

Käesoleva töö punktis 1.2.2 esitatud liigituse kolmanda kaasuse - nn alternatiivsete kannatanute/hagejate (tuumajaama näide) - puhul oleks lahendus VÕS § 138 lg 1 alusel eelduslikult sama, mis ka 2. kaasuse puhul, kuivõrd puuduvad erinevad isikud ning hageja ei suuda tõendada spetsiifilise põhjusliku seose olemasolu oma kahju ja kostja tegevuse vahel.²⁰⁵ PETL artikkel 3:103 (2) on sellise olukorra jaoks näinud ette erinormi, mis on

¹⁹⁸ K. Oliphant, lk 1625.

¹⁹⁹ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 435.

²⁰⁰ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 437.

²⁰¹ B. A. Koch. Proportional liability for causal uncertainty. How it works on the basis of a 200-year-old-code. – Martín-Casals, M.-M., Papayannis, D. M. (eds.), lk 68; vt ka K. Oliphant, lk 1626.

²⁰² B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 551.

²⁰³ K. Oliphant, lk 1627.

²⁰⁴ B. A. Koch – Martín-Casals, M.-M., Papayannis, D. M. (eds.), lk 76

²⁰⁵ *Ibid.* Olukorras, kus kannatanu näitab *prima facie* põhimõtte alusel, et tuumajaama tegevus võis olla kahju põhjuseks ning kostja ei suuda tõendada, et kahjul võis olla muu alternatiivne põhjus (kostjal puudub

sõnastatud järgnevalt: „Juhul, kui mitme kannatanu puhul ei ole kindel, kas konkreetse kannatanu kahju on põhjustanud asjaolu, mille puhul on tõenäoline, et see ei põhjustanud kahju kõikidele kannatanutele, loetakse asjaolu kõikidele kannatanutele tekkinud kahju põhjuseks vastavalt tõenäousele, mil määral see võis kahju põhjustada konkreetsele kannatanule.“ Selline säte ongi mõeldud kohalduma mainitud tuumajaama näite puhul ning „kõik või mitte midagi“ põhimõtte asemel rakendub proportsionaalne vastutus.²⁰⁶

Viimase alternatiivsete osapoolte tüüpkaasuse (punktis 1.2.2 esitatud DES-kaasus, kus esineb alternatiivsus nii võimalike kannatanute kui ka kahju põhjustajate osas) puhul on küsitav, kas VÕS § 138 lg 1 peaks kohalduma ka mitme kannatanu korral. Ühel poolt on tegu mitme erineva isikuga, kellest vähemalt üks võis kahju konkreetsele kannatanule põhjustada, kuid ei saa kindlaks teha, millisele konkreetsele kannatanule on milline isik kahju põhjustanud.²⁰⁷ Käesoleva töö kirjutamise hetkel vastav kohtupraktika puudub, mistõttu ei ole võimalik küsimusele ammendavat vastust anda ning see jääb tulevase kohtupraktika välja kujundada. Käesoleva töö autori hinnangul ei välista VÕS § 138 sõnastus selle kohaldamist mitme kannatanu puhul, mistõttu võib seda kohaldada ka käesoleva näite puhul ning seega leevendada kannatanu tõendamiskoormist ning rakendada proportsionaalset vastutust.

Kokkuvõtlikult võib eeltoodust järeldada, et Eesti kehtiva õiguse kohaselt lähtutakse kannatanust endast tuleneva ebakindluse korral „kõik või mitte midagi“ põhimõttest. Kehtib küll *prima facie* tõendamiskoormise jagamise põhimõte, kuid see ei välista olemuslikult „kõik või mitte midagi“ põhimõttest tekkivat potentsiaalset ebaõiglust ühe osapoolte üle- või alakompenseerimise näol. Seda kas ka Eesti deliktiõiguseses oleks põhjendatud PETL-s sätestatud proportsionaalse vastutuse põhimõtte üle võtmine, käsitatakse käesoleva töö punktis 2.2.3.

ligipääs tõenditele hageja terviseandetele, sest need on hageja valduses), võib kohus lugeda põhjusliku seose ka tuvastatuks. Lahendus oleneb sellest, kas üldist statistilist kahju tekkimise riski suurenemist saab pidada kohtu hinnangul piisavaks, et tõendada üldise kausaalsuse olemasolu - vt täpsemalt RKTKo 3-2-1-38-15 p 19.

²⁰⁶ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 445; J. Spier - Principles of European Tort Law: Text and Commentary, lk 49-50.

²⁰⁷ S. Steel, lk 199.

2.1.3 Kahju hüvitamine ebakindla kausaalsuse olukorras muudel juhtudel

Lisaks eeltoodud VÕS § 138 alusel tõendamiskoormise ümberpööramise ja *prima facie* tõendamiskoormise jagamise põhimõttele ehk nn alternatiivse kausaalsuse juhtumitele võib kahju tekkida ka teatud võimaluse kaotamisest.²⁰⁸ Osad õigussüsteemid kasutavad põhjusliku seosega tekkinud probleemide lahendamiseks tõendamiskoormise ümberpööramise meetodit. Sellisel juhul peab hageja tõendama kahju tekkimist ning kostja õigusvastast tegu, põhjuslikku seost eeldatakse. Kui kostja tahab vastutusest vabaneda, peab ta ise tõendama, et tema tegu ei põhjustanud kahju.²⁰⁹ Näiteks Saksa õiguses on tõendamiskoormise ümberpööramine kasutusel väärravi kaasustes, juhul kui arst on tegutsenud raske hooletusega. Kui arst ei suuda tõendada, et ta ei kahjustanud patsienti, siis vastutab ta kogu kahju eest.²¹⁰ Saksa kohtupraktika on seda põhimõtet laiendanud ka teistele elukutsetele, mille kohustuseks on kaitsta elu ja tervist, samuti lepingulistele kohustustele, mille eesmärk on anda asjatundja nõu. Samas ei tunnista Saksa õigus tõendamiskoormise ümberpööramist juristide vastutuse juures.²¹¹ Lisaks Saksamaale rakendavad sellist printsiipi veel Hollandi kohtud (paralleelselt on seal kasutusel ka *loss of chance* põhimõte).²¹²

Ebaõiglaste olukordade lahendamiseks tervishoiuteenuse osutamise lepingu rikkumise korral on Eesti õiguses kasutusel tõendamiskoormise ümberpööramise printsiip.²¹³ Tõendamiskoormise ümberpööramine on raviteenuse osutamisel ettenähtud seadusega VÕS § 770 lg 4 alusel. Riigikohtu ning ka alamate astemete kohtupraktikast²¹⁴ ei selgu, et kohtud oleks raviteenuse osutamise kaasuste juures kasutanud muid lahendusi põhjuslikkuse hindamisel. Valdkonnapõhist kohtupraktikat on Eestis siiski küllaltki vähe, et sellest teha väga põhjalikke järeldusi.

Tervishoiuteenuse osutaja lepinguvälise vastutuse puhul puhul võlaõigusseadus *expressis verbis* tõendamiskoormise ümberpööramist ette ei näe. Siiski võib Riigikohtu praktika

²⁰⁸ Vt. käesoleva töö p 1.2.3.

²⁰⁹ K. Oliphant, lk 1617.

²¹⁰ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 548.

²¹¹ T. Kadner Graziano, lk 1020.

²¹² B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 562.

²¹³ Vt käesoleva töö p 1.1.5.

²¹⁴ M. Lillsaar, M. Sedman. Tervishoiuteenuse osutaja tsiviilõiguslik ja karistusõiguslik vastutus. Kohtupraktika analüüs. Riigikohtu õigusteabe osakond. Tartu 2012, lk 17.

pinnalt järeltada, et olukorras, kus surma või tervisekahjustuse üks põhjustest on alternatiivselt kannatanu enda vastutussfäärist tulenev, ei saa Riigikohtu hinnangul hea usu põhimõttest lähtudes panna hagejale kohustust tõendada, et kahju põhjuseks polnud kostja tegevusega mitteseotud asjaolu ehk teisisõnu hageja ei pea tõendama negatiivset asjaolu.²¹⁵ Riigikohus on eeltoodud tõendamiskoormise jaotamise põhimõtet kohaldanud hiljem ka väljaspool tervishoiuteenuse osutamise olukorda.²¹⁶ D. Sõritsa on leidnud, et tegemist on üldpõhimõttega, mille kohaselt pööratakse tõendamiskoormis ümber tervisekahjustuse tekitamisel või surma põhjustamisel alternatiivse põhjuslikkuse juhtumitel.²¹⁷

Siinkirjutaja hinnangul tuleks eristada põhjusliku seose eeldamise põhimõtet (VÕS § 770 lg 4) *prima facie* tõendamiskoormise jaotamisest. Esimese puhul ei puhul lasub kogu tõendamiskoormis põhjusliku seose puudumise osas kahju tekitajal, kannatanu peab Riigikohtu praktika kohaselt tõendama vaid tervishoiuteenuse osutaja diagnoosi- või ravivea ja endal terviserikkega kahju tekkimise ning põhistama, miks ta arvab, et õige diagnoosi ja ravi korral ei oleks kahju tekkinud.²¹⁸ *Prima facie*-printsipi puhul peaks kannatanu lisaks siiski tõendama, et kostja tegevus võis talle kahju tekitada ning juhul, kui kostja tõendab, et kahjul võis olla ka alternatiivne põhjus, peab kannatanu tõendama spetsiifilise kausaalsuse olemasolu. Seetõttu on põhjusliku seose eeldamine tervishoiuteenuse lepingu rikkumise puhul kannatanu suhtes soosivam meetod, mida deliktilise vastutuse puhul ei rakendata. VÕS § 770 lg 4 kohaldamise puhul on samas küsitav, miks on Riigikohus pidanud vajalikuks, et kannatanu põhistaks, miks ta arvab, et õige diagnoosi ja ravi korral ei oleks kahju tekkinud, sest VÕS § 770 lg 4 sellist kohustust ei sätesta.

Lisaks eeltoodule on Riigikohus leidnud, et kutsehaigusest põhjustatud teatud protsendilise töövõime kaotuse puhul võib eeldada, et isiku võime teenida sissetulekut vähenes samal määral²¹⁹ ning kostja vabaneb kahju hüvitamisest, kui ta tõendab, et hageja

²¹⁵ RKTko 3-2-1-53-06.

²¹⁶ RKTko 3-2-1-38-15 p 19.

²¹⁷ D. Sõritsa, lk 33.

²¹⁸ RKTko 3-2-1-171-10 p 16.

²¹⁹ RKTko nr 3-2-1-68-10 p 10.

ei töötaks endisel erialal või ei töötaks üldse ka siis, kui ta poleks kostja süül töövõimet osaliselt kaotanud.²²⁰

Tõendamiskoormise ümberpööramise meetod aitab küll nõrgemal positsioonil olevat hagejat, kuid see ei leevenda siiski „kõik või mitte midagi“ printsiibist tulenevat ebaõiglust – juhul kui kostja suudab tõendada, et tema tegu ei olnud kahju põhjuseks (arsti hooletus ei põhjustanud terviseriket), jääb kahjuhüvitis välja mõistmata.²²¹

Lisaks tõendamiskoormise ümberpööramisele kasutatakse ebakindla kausaaluse olukordade leevendamiseks ka tõendamisstandardi leevendamise põhimõtet, mis võib aidata hagejal tõendada põhjuslikku seost. Austria ja Šveitsi kohtud on langetanud tõendamisstandardit ravivigade kaasuste puhul. Kohtud on pidanud sel juhul põhjusliku seose tõendatuks, kui tegemist on piisava tõenäosusega, et asjaolu põhjustas kahju (ing k *predominant probability*).²²² Šveitsi kohtupraktikas on peetud erandjuhul näiteks 60% tõenäosust, et arsti õigusvastane tegu põhjustas kahju, piisavaks, et kinnitada põhjusliku seose olemasolu.²²³ Õiguskirjanduses on leitud, et tõendamisstandardi leevendamine siiski ei aita lahendada kõiki olukordi, sest tõendamisstandardit ei saa langetada liialt madalale.²²⁴

Inglise kohtud on loonud teatud kaasuste puhul erandeid²²⁵ põhjuslikku seose tuvastamise reeglitesse, et ära hoida muidu tekkivat ebaõiglust. Sellistel juhtudel on Inglise kohtud jaatanud põhjuslikku seost, kui kostja on materiaalselt panustanud kahju tekkimisse või materiaalselt suurendanud kahju tekkimise riski.²²⁶ Tegu on eelnevalt mainitud *Fairchild*-erandiga, mida peetakse modernses Inglise deliktiõiguses üheks peamiseks pretsedendiks põhjusliku seose tõendamiskoormise leevendamisel, mistõttu on see erand saanud ka ulatusliku kriitika osaliseks.²²⁷ Inglise kohtutes levinud erandite loomisele etteheidetud

²²⁰ RKTko 3-2-1-68-10 p 10.

²²¹ A. El-Haj, lk 12

²²² T. Kadner Graziano, lk 1019.

²²³ *Ibid.*, lk 1019.

²²⁴ *Ibid.*, lk 1019.

²²⁵ E. J. Weinrib, E, A Step Forward in Factual Causation. 38 Modern Law Review 518-534, 1975, lk 523 - vt ka ka UK kohtuasjad *McGhee v. National Goal Board* [1972] 3 All E.R. 1008, 1 W.L.R. 1; *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* (2002) UKHL, (2003) 1 AC 32, *Sienkiewicz v Greif (UK) Ltd.* [2011] UKSC 10.

²²⁶ A. El-Haj, lk 7-8.

²²⁷ S. Steel, S., Causation in English Tort Law: Still Wrong After All These Years. University of Queensland Law Journal, 2012, lk 243.

õigussüsteemi segaduse ja keerukuse külvamist²²⁸ ning samuti ei pea osad õigusteadlased tõendamiskoormise leevendamist igas olukorras põhjendatuks, nt peetakse *Fairchildi*-erandi kasutamist põhjendatuks ainult alternatiivsete kostjate kaasuste puhul ning seda ei tohiks laiendada muudele ebakindla kausaalsuse olukordadele.²²⁹

Eesti kohtupraktikas võib põhjusliku seose tõendamisstandardi leevendamist täheldada Riigikohtu lahendites, kus on analüüsitud kahju hüvitamist seoses kutsehaigustega. Riigikohtu tsiviilkolleegium sedastas, et põhjusliku seosega tööandja käitumise ja töötaja kutsehaiguse vahel on tegemist siis, kui tööandja tegevus (või tegevusetus), millel tema vastutus põhineb, on kutsehaiguse tekkimisega sellises seoses, et kutsehaigust võib pidada töötingimuste tagajärjeks.²³⁰ Sõnastus „võib pidada“ peaks siinkohal tähendama nõrgema tõendamisstandardi lubamist põhjusliku seose tuvastatuks lugemisel. E. Kalev on oma artiklis pidanud seda sõnakasutust sarnaseks terminile „on tõenäoline“, mis viitaks madalama tõendamisstandardi kasutamisele.²³¹ Töö autor on seisukohal, et Riigikohtu sõnakasutusest „võib pidada“ ei saa käesoleval juhul teha väga kaugeleulatuvaid järeldusi tõendamiskoormise leevendamise kohta, kuid võib pidada mõistlikuks, et kutsehaiguste puhul tõendamisstandardit leevendatakse.

Kaotatud võimaluste hüvitamisel on õigusnõustajate vastutuse kaasuste puhul võimalik ebakindla kausaalsuse probleeme kaotatud võimaluste puhul lahendada ka *ex post*-meetodil (retrospektiivselt), kasutades CSQN-testi. Seda olukorda iseloomustab tüüpkaasus, kus kliendi nõue jääb kohtus rahuldamata või üldse kohtule tähtaegselt esitamata professionaalse esindaja süü tõttu ning ei ole võimalik tagantjärei kindlaks teha, kas kaebus/taotlus, mille esindaja esitama pidi, oleks olnud edukas või mitte. *Ex-post* lahendusmeetodi kohaselt peab kohtunik mõtteliselt asuma eelmise kohtuasja kohtuniku asemele ning lahendama selle kohtuasja hüpoteetiliselt. See annab aluse hinnangule, kas advokaat vastutab oma kliendi ees või mitte. Tegemist on n-õ protsessiga teise protsessi sees.²³² Sellist meetodit kasutavad sarnaste kaasuste lahendamisel Euroopa riikidest Saksamaa, Holland, Šveits ja Austria.²³³ Ka selle lahenduse puhul ei ole põhjuslikku seost võimalik kindlaks teha 100-protsendiliselt, sest jääb võimalus, et teine kohtunik oleks

²²⁸ A. El-Haj, lk 10.

²²⁹ S. Steel 2012, lk 260.

²³⁰ RKTko 3-2-1-15-16, p 26.

²³¹ E. Kalev, lk 212.

²³² T. Kadner Graziano, lk 1018.

²³³ *Ibid.*, lk 1018.

otsustanud teisiti, kuid erinevalt muudest ebakindla kausaalsuse olukordadest, mis on tingitud kaotatud võimalustest, saab õiguslike küsimuste puhul jõuda küllaltki täpse lahenduseni. Selle alusel saab hinnata, kas kahju hüvitamise kohustustus eksisteerib või mitte ning selle hinnangu tulemus välistab üldjuhul osalise kahju hüvitamise.

Riigikohtu praktikast võib leida ka eeltoodud kirjeldusele vastava kaasuse²³⁴. Selles kaasuses esitas A halduskohtusse kaebuse Viimsi vallavalitsuse vastu kahju hüvitamiseks, mis tekkis seoses sellega, et vald võimaldas kolmandal isikul erastada A-le kuulunud suvilakoperatiivi ja tagastatava maa. Halduskohus jättis kaebuse rahuldamata ning A pöördus advokaadibüroo M poole, mis pidi esitama apellatsioonikaebuse nimetatud otsuse peale. M aga ei suutnud apellatsioonikaebust tähtaegselt esitada ning seetõttu kaotas A võimaluse nõuda vallalt kahju hüvitamist. Pärast seda esitas A advokaadibüroo M vastu hagi, milles nõuab tekkinud kahju hüvitamist käsunduslepingu rikkumise eest. Nii maa- kui ringkonnakohus jätsid hagi rahuldamata, kuid Riigikohus asus teistsugusele seisukohale, leides et „hageja nõude põhjendatuse üle otsustamisel tuleb maakohtul hinnata seda, kas haldusasjas apellatsioonikaebuse menetlemisel oleks ringkonnakohtul olnud alust tühistada halduskohtu otsust, millega jäeti hageja kaebus vallavalitsuse vastu rahuldamata. Hinnates praeguses tsiviilasjas kahjunõude põhjendatust, tuleb maakohtul sisuliselt asuda positsioonile, nagu ta hindaks apellatsioonikaebust halduskohtu otsuse peale, s.o maakohus peaks hindama halduskohtu otsuse põhjendatust halduskohtu otsuse peale esitatud apellatsioonikaebuse alusel ja halduskohtumenetluse reeglite ja kahju tekkimise ajal kehtinud kohaliku omavalitsuse poolt kahju hüvitamist reguleerinud materiaalõiguse järgi.“²³⁵ Seega on Riigikohus asunud seisukohale, et põhjuslik seos tuleb kindlaks teha *ex post*²³⁶. Tegu on küll lepinguõiguslikku vastutust kirjeldava lahendiga, kuid see ilmestab siinkirjutaja hinnangul kaotatud võimaluste hüvitamise võimalikkust Eesti õiguses ning Riigikohtu poolt sätestatud põhimõtet võib teatud kaasuste puhul kasutada ka deliktide puhul.

²³⁴ RKTko 3-2-1-175-12.

²³⁵ RKTko 3-2-1-175-12 p 16. Remargina võib mainida, et nimetatud kaasus jõudis ka teist korda Riigikohtu menetlusse, kuid pooled sõlmisid Riigikohtu menetluses kompromissi, millega advokaadibüroo hüvitas ligikaudu 2/3 nõutud kahjust. Vt RKTkm 3-2-1-143-14. Seetõttu jääb teadmata, millise lõpplahenduse oleks kaasusele andnud kohtud.

²³⁶ Vt käesoleva töö p 1.2.3.

Võimaluse kaotuse tüüpi kaasusena võib vaatata ka ühte varasemat tsiviilkoodeksi alusel tehtud Riigikohtu lahendit²³⁷, kus üks ettevõtja jäi maavalitsuse ebaseadusliku tegevuse tõttu ilma kalapüügiloast. Selle peale esitas ettevõtja Eesti Vabariigi vastu hagi saamata jäänud tulu kompenseerimiseks. Riigikohus leidis selles lahendis, et põhjusliku seose olemasolu püügilubade andmata jätmise ja kahju vahel ei ole küllaldaselt põhjendatud vaid asjaoluga, et ilma püügiloata ei saanud hageja kutselist kalapüügiõigust teostada, samuti ei olnud hageja nõutavast sissetulekust maha arvanud säästetud kulusid. On vaieldav, kas tegu on *loss of chance* nõudega. Kohtud jõudsid küll seisukohale, et ettevõtte saamata jäänud tulu tuleb kompenseerida, kuid selle täpne suurus ei olnud selge, sest loa väljastamine iseenesest ei tähenda, et ettevõtte oleks saanud nõutud summa ulatuses sissetulekut.²³⁸

2.2 Kahju osalise hüvitamise võimalikkus Eesti õiguses

2.2.1 Tõenäosusliku kahju hüvitamise printsiip

Nagu eelnevalt nägime, siis Eesti kahju hüvitamise õiguses lähtutakse kahju hüvitamisel peamiselt totaalreparatsiooni ehk „kõik või mitte midagi“ põhimõttest, välja arvatud VÕS §-s 138 kirjeldatud olukorras. Käesoleva alapeatüki eesmärk on hinnata, kas erinevate riikide õigusdoktriinis kasutusel olevaid alternatiivseid osavastutuse meetmeid võiks rakendada ka Eesti õiguses. Peamisi osalise vastutuse meetmeid on õiguskirjanduses nimetatud ka ühisnimetajaga tõenäosusliku vastutuse doktriinideks²³⁹ ning selle alla kuuluvad peamiselt *loss of chance* ehk võimaluse kaotuse põhimõtte ja proportsionaalse vastutuse põhimõtte.²⁴⁰

Proportsionaalse vastutuse mõiste võib olla küllaltki lai. Ühelt poolt võib proportsionaalset vastutust vaadata olukorrana, kus isik vastutab kahju eest vastavalt tõenäosusele, mil määral tema tegevus oli kahju põhjuseks.²⁴¹ Alternatiivselt võib proportsionaalne vastutus rajaneda ka tulevikku suunatud vaatlusel, kus hinnatakse, kui

²³⁷ RKTko 3-2-1-90-99.

²³⁸ RKTko 3-2-1-90-99, vt ka B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 581.

²³⁹ R. W. Wright 1985, lk 1813.

²⁴⁰ S. Steel, lk 290-291.

²⁴¹ I. Gilead, M. D. Green, B. A. Koch (eds.). *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*. Volume 33 of Tort and Insurance Law. Berlin/Boston: Walter de Gruyter 2013, lk 2.

palju suurendas isik kahju tekkimise riski.²⁴² Õiguskirjanduses on leitud, et tõenäosusliku kahju hüvitamise põhimõtte²⁴³ seisukohalt asendatakse CSQN-testi alusel toimuv retrospektiivne *ex post* hinnang põhjuslikule seosele *ex ante* vaatlusega kahju tekkimise riski suurendamisele.²⁴⁴ Seetõttu võib proportsionaalne vastutus rajaneda nii *ex post* kui ka *ex ante* põhimõttel.²⁴⁵ M. Kingisepp nimetab *ex ante* põhimõttel kausaalsuse tuvastamist võimelisuse teooriaks, mis on individualiseerimise kontseptsiooni üheks alaliigiks. Teiseks alaliigiks on paratamatuse teooria ehk lähtumine retrospektiivsest kausaalsusest.²⁴⁶

Kuigi pealtnäha ei näi nendel kahel põhimõttel olulist vahet peale ajalise perspektiivi²⁴⁷, siis teatud juhtudel võib see kaasa erinevusi kahjuhüvitise suurusel. Näiteks olukorras, kus A toodab ravimit, millega tekitab tõsiseid kõrvalmõjusid ja tema turuosa on 25% kogu selle ravimi turust, saab väita, et ta on suurendanud 25% kõrvalmõju tekkimist nendel isikutel, kellel see avaldub (*ex ante* meetod). Samas kui konkreetne isik P, kellel kõrvalmõju avaldub, suudab tõendada, et ühe teise tootja, kelle turuosa on 50%, vastutus on välistatud, siis saab *ex post* meetodit rakendades jõuda järeldusele, et tõenäosus, et A põhjustas kahju on 50%.²⁴⁸

Käesoleva töö eesmärk ei ole siiski pikemalt peatuda eeltoodud kahe kausaalteooria eristamisel ja sügavamal analüüsil. Praktikas lähtutakse proportsionaalse põhimõtte kasutamisel jätkuvalt retrospektiivsest lähenemisest.²⁴⁹ Käesoleva töö autori hinnangul võib see eelneva näite põhjal olla teatud juhtudel isegi õigustatum, sest võetakse rohkem arvesse konkreetse juhtumi asjaolusid. Kuivõrd eeltoodud eristamine on eelkõige teoreetiline, võib käesoleva töö raames lähtuda proportsionaalse vastutuse põhimõttest jätkuvalt retrospektiivse kausaalsuse tuvastamise printsiibi alusel. Alljärgnevatel alapeatükkides tuleb analüüsida nii võimaluse kaotuse kui ka proportsionaalse vastutuse põhimõtteid nii nagu nad on riikide praktikas levinud.

²⁴² S. Steel 2012, lk 291.

²⁴³ Ing. keeles *probabilistic causation*.

²⁴⁴ R. W. Wright 1985, lk 1814.

²⁴⁵ I. Gilead, M. D. Green, B. A. Koch (eds.), lk 2-3.

²⁴⁶ M. Kingisepp, lk 156.

²⁴⁷ A. Praakle, lk 42.

²⁴⁸ I. Gilead, M. D. Green, B. A. Koch (eds.), viide nr 6.

²⁴⁹ Vt käesoleva töö p 2.2.3.

2.2.2 *Loss of chance* põhimõte

*Loss of chance*²⁵⁰ ehk võimaluse kaotuse põhimõtte puhul heidetakse õigusrikkujale ette seda, et tema tegevuse tõttu kaotas kannatanu võimaluse sündmuste edasise käigu juures kahju mitte saada.²⁵¹ *Loss of chance* põhimõtte likvideerib ebakindla põhjusliku seose kahju mõiste ümberhindamise kaudu – selle põhimõtte kohaselt on kaotatud võimalus eraldi kahju liik, mida tuleb hüvitada.²⁵² Niimoodi kahju ümberhinnates muutub ka õiguslik perspektiiv – kui enne oli ebakindel, kas arsti tegevus põhjustas A-le tervisekahjustuse, siis ei ole kahtlust asjaolus, et arsti tegevuse läbi kaotas A võimaluse paremaks ravitulemuseks.²⁵³ Arsti vastutuse aluseks pole mitte traditsioonilised deliktiõiguslikult kaitstud õigushüved nagu elu ja tervis, isiklikud õigused ja omand²⁵⁴, või lepingulise kohustuse kaitse-eesmärk, vaid kaotatud võimalus *per se*.²⁵⁵ Seega peab kannatanu tõendama hoopis põhjusliku seose kaotatud võimaluse ja isiku teo vahel, mille kindlakstegemine on oluliselt lihtsam.²⁵⁶ Seetõttu ei pea *loss of chance* põhimõtte rakendamisel irduma traditsioonilist põhjusliku seose kindlakstegemist *conditio sine qua non*-reegli abil ning samuti ei pea leevendama või ümber pöörama põhjusliku seose tõendamiskoormist.²⁵⁷ Õiguskirjanduses on seetõttu arutletud kas *loss of chance* põhimõtte puhul on üldse tegu ebakindla kausaalsuse probleemiga või hoopis kahju ja selle suuruse hindamise küsimusega. Vaieldamatult on tegelikult tegu siiski ebakindla kausaalsuse probleemiga, autonoomse kahju liigi kunstlik loomine ei muuda probleemi tegelikku olemust.²⁵⁸

Loss of chance põhimõtte alusel hüvitise saamiseks peab kannatanu tõendama, et tal eksisteeris reaalne võimalus paremaks tulemuseks või võimaluseks ning see võimalus ei

²⁵⁰ Prantsuse keeles tuntud ka kui *perte d'une chance*.

²⁵¹ T. Tampuu 2012, lk 199.

²⁵² K. Oliphant, lk 1606.

²⁵³ Vt käesoleva töö p 1.2.3.

²⁵⁴ P. Varul jt, VÕS § 1045 komm p 3.1.

²⁵⁵ T. Kadner Graziano, lk 1021. Prantsuse tsiviilkoodeksi (*La Code Civile*) muutmiseel nõus on artikkel 1346-s *loss of chance* (ehk *perte d'une chance*) põhimõtte sätestatud järgnevalt: “Kaotatud võimalus on hüvitatav kahju, mis erineb eelisest või kasust, mis oleks selle võimaluse realiseerumisel saadud”. - Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil) - kättesaadav: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALESEPTEMBRE2005.pdf (01.05.2016)

Käesoleva töö kirjutamise hetkel reformi veel läbi viidud ei ole.

²⁵⁶ A. El-Haj, lk 21.

²⁵⁷ K. Oliphant, lk 1606.

²⁵⁸ R.C. Ferreira. The Loss of Chance in Civil Law Countries: A Comparative and Critical Analysis. – *Maasticht Journal of European and Comparative Law*, 2013, No. 1, lk 74.

tohi olla spekulatiivne ehk alla ühe protsendi.²⁵⁹ Prantsuse kohtpraktikas leitakse, et kaotatud võimalus peab olema „reaalne ja tõsine“, mistõttu ei piisa sellest, kui hageja tõendab, et tal oli teatud võimalus paremaks tulemuseks, vaid ta peab tõendama, et see võimalus on lõppenud (hävitatud).²⁶⁰

Loss of chance põhimõttele on omane, et seda kasutatakse vaid teatud liiki kaasuste puhul või teatud liiki kaotatud võimaluste hüvitamiseks. Seetõttu rakendatakse *common law* riikidest nt USA-s enamikes osariikides nimetatud põhimõtet ainult ravivigade kaasustes²⁶¹, samal ajal kui Inglise kohtud eitavad selle põhimõtte kasutusvõimalusi just ravivigade kaasuste puhul – kohtud on *loss of chance* põhimõtet rakendanud ainult lepinguõiguslikus olukorras.²⁶² Prantsusmaal²⁶³, Belgias²⁶⁴ ja Hollandis²⁶⁵ on kaotatud võimaluste hüvitamine laialt levinud erinevates valdkondades.²⁶⁶ Euroopa Liidu kohtu praktikas on kaotatud võimaluse hüvitamist aktsepteeritud olukorras, kus ametnik jääb ilma võimalusest võita töökonkurss tulenevalt konkursi korraldaja rikkumistest, samas ei poolda Euroopa kohtud põhimõtte rakendamist EL struktuurifondide rahastamisotsuste puhul.²⁶⁷

Loss of chance meetodile on omane kahju hüvitamine osaliselt - juhul kui kannatanu tõendab, et ta kaotas teatud võimaluse, hüvitatakse teatud osa n-ö kogukahjust ehk kahjust, mis tuleks hüvitada, kui puuduks ebakindlus kausaalsuses.²⁶⁸ Põhimõtteliselt on võimalik ka kaotatud võimaluse puhul hüvitada kogukahju - kaotatud võimaluse väärtus hinnatakse sama suureks kui kogukahju ning see hüvitatakse kannatanule täies ulatuses.²⁶⁹ Selline meetod ei ole aga praktikas kasutusel ning see ei oleks ka kooskõlas

²⁵⁹ J. Tibballs. Loss of chance: a new development in medical negligence law. – The Medical Journal of Australia. 2007; 187 (4), lk 233– kättesaadav: http://www.mja.com.au/public/issues/187_04_200807/tib10462_fm.html - 0_pgffd- 1091805 (01.05.2016).

²⁶⁰ pr. keeles "réelle et sérieuse". Vt R.C. Ferreira, lk 59, vt ka T. Kadner Graziano, lk 1039.

²⁶¹ K. Oliphant, lk 1606, El-Haj, lk 3.

²⁶² T. Kadner Graziano, lk 1024, vt ka *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All ER 909.

²⁶³ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 556.

²⁶⁴ K. Oliphant, lk 1622.

²⁶⁵ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 562.

²⁶⁶ *Ibid.*, lk 589.

²⁶⁷ EÜKo 16.12.1993 nr T-20/89, *Moritz vs. komisjon*. vt ka A. Praakle, lk 55-57; B. Winiger, lk 585

²⁶⁸ El-Haj, lk 13.

²⁶⁹ Nt olukorras, kus arst põhjustab kannatanule tervisekahju 10 000 euro ulatuses, kuigi ta vähendas kannatanu võimalust ellu jääda 20% võrra. Seega peab ta maksma 80% (so 8000 eurot) karistuslikku kahjuhüvitist. vt El-Haj, lk 29.

tsiivilõiguslike kahju hüvitamise põhimõtetega.²⁷⁰ Praktikas on levinud ja ka teoreetiliselt toetatud kahju hüvitamist vastavalt võimaluse kaotuse määrale.²⁷¹ Selle meetodi kohaselt on olukorras, kus kahju tekitaja vähendas kannatanu võimalust paremaks ravitulemuseks 39%-lt 25%-ni, kahjuhüvitise suuruseks $39 - 25 = 14\%$ kogukahjust. Alternatiivselt aga võib leida, et kahju tekitaja tegevus oli $(39 - 25) / 39 \times 100 = 35,9\%$ tõenäosusega kahju põhjuseks ning hüvitis määrata vastavalt sellele tõenäosusele.²⁷² Eeltoodud erinev matemaatiline lähenemine võib aga tuua kaasa ebajärjepidevust kahjuhüvitise määramisel (vt täpsemalt allpool).

Õiguskirjanduses on püstitatud ka küsimus, kas kaotatud võimalusi tuleks kompenseerida olukorras, kus tegelikku kahju ei ole tekkinud. Näiteks kaotab patsient arsti ravivea tõttu 40% tervenemisvõimalusest, kuid ometi kahju tervisele ei teki, sest alles jäänud šanss ellu jääda realiseerub.²⁷³ Sellisel juhul ei tuleks aga lubada kahju hüvitamist, sest kahju hüvitamise eesmärk ei saa olla riski suurendamise karistamine.²⁷⁴ Siinkirjutaja leiab, et kindlasti ei tohiks selline kahju olla hüvitatav, sest see suurendaks „kõik või mitte midagi“ põhimõttest tulenevat võimalikku ebaõiglust, mitte ei aitaks seda vähendada.

Õiguskirjanduses on *loss of chance* põhimõtet tugevasti kritiseeritud.²⁷⁵ Ühelt poolt aitab see põhimõte küll ületada põhjusliku seose ebakindluse, kuid teisalt kannab selle ebakindluse üle õigusliku kahju kontseptsiooni.²⁷⁶ Esmalt tekitab see kontseptsioon küsimuse kaotatud võimaluse iseseisvast väärtusest ja selle hindamisest - on küsitav, kas kaotatud võimalusel on üldse mingi (majanduslik) väärtus diferentsihüpeteesi seisukohalt²⁷⁷ ja isegi kui on, kas kaotatud võimaluse väärtus on hinnatav tõenäosuste vahe protsendina või peaks selle väärtus olema autonoomselt hinnatav.²⁷⁸ K. Oliphant leiab, et *loss of chance* süsteem ei ole koherentne, sest kahju hüvitamist aktsepteeritakse ainult siis, kui on toimunud reaalne tervise kahjustamine, mitte siis kui on toimunud

²⁷⁰ El-Haj, lk 30.

²⁷¹ A. Praakle, lk 38-39.

²⁷² El-Haj, lk 33.

²⁷³ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 591.

²⁷⁴ R. W. Wright 2008, lk 1296, A. Praakle, lk 34.

²⁷⁵ Vt. S. Steel, lk 290-366, K. Oliphant, lk 1623, B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 590-592.

²⁷⁶ K. Oliphant, lk 1624.

²⁷⁷ R. C. Ferreira, lk 72.

²⁷⁸ U. Schweizer. Legal damages for losses of chances. – International Review of Law and Economics, 2009, Vol 29, lk 20-21; S. Steel, lk 366.

ainult teoreetiline võimaluse kaotus, mis ei realiseeru (patsient terveneb täielikult, vaatamata ravivea tõttu kaotatud võimalusele).²⁷⁹

Loss of chance põhimõttele heidetakse õiguskirjanduses ette ka seda, et ta loob õigussüsteemi liigset keerukust, sest kohtud peavad hakkama arutama ning ka tõendama erinevaid tõenäosusi põhjusliku seose juures.²⁸⁰ See toob õigussüsteemi ebakindlust, sest lisaks keerukatele arvutustele hakatakse ka n-ö tavalisi saamata jäänud tulu nõudeid esitama kaotatud võimalustena, mistõttu võib osaline hüvitis saada reeglits ja täielikku kahjuhüvitist mõistetaks välja ainult erandjuhtudel.²⁸¹ Selle vastu aitaks küll lävendite kehtestamine, millest alla ja ülespoole jäävat võimaluse kaotust ei hüvitata (alumine lävend võiks olla näiteks 1% või 15%) ning ülemise lävendi ületamise korral (nt üle 90% võimaluse kaotuse juures) võrdustatakse see 100%-ga. Samuti võib meditsiinkaasuste puhul *loss of chance* - põhimõtte kasutamine luua rohkem kohtuasju ning seetõttu suurendada üldisi ravikindlustuse kulusid, sest arstide vastutus suureneb.²⁸²

Loss of chance põhimõttele heidetakse ette ka seda, et see ei ole kahjuhüvitise suuruse määramisel matemaatiliselt järjepidev – juba väike muutus kahju tekitaja hooletuse tõenäosuses mõjutab märkimisväärselt kahju hüvitise suurust. See tuleneb sellest, et *loss of chance* nõude puhul korrutatakse üldjuhul kogukahju suurus läbi tõenäosusega, mille võrra kahju tekitaja suurendas kahju tekkimise tõenäosust, mitte tõenäosusega, et tema tegu oli kahju põhjuseks nagu proportsionaalse vastutuse puhul.²⁸³ Näiteks olukorras, kus patsiendi võimalus tervenemiseks oli enne raviviga 60% ja pärast raviviga 25%, oleks kahjuhüvitise suuruseks $60\% - 25\% = 35\%$ kogukahjust. Nimetatud puudust iseloomustab järgnev näide: Oletades, et juhul kui tõenäosus, et tegu on kahju põhjuseks, on üle 90%, puudub kahtlus põhjuslikus seoses ning see loetakse tuvastatuks. Kaasuses, kus tõenäosus, et kahju tekkis ilma väidetava kahju tekitaja tegevuseta, on 2% ning tõenäosus, et kahju tekkis hooletuse tõttu, on 30%, on tõenäosus, et kostja tegevus põhjustas tekkinud kahju $(30\% - 2\%) / 30\% = 93\%$ ning seega ei ole *loss of chance* põhimõtte kohaldatav ning kahju tekitaja peab hüvitama 100% kahjust.

²⁷⁹ K. Oliphant, 1623.

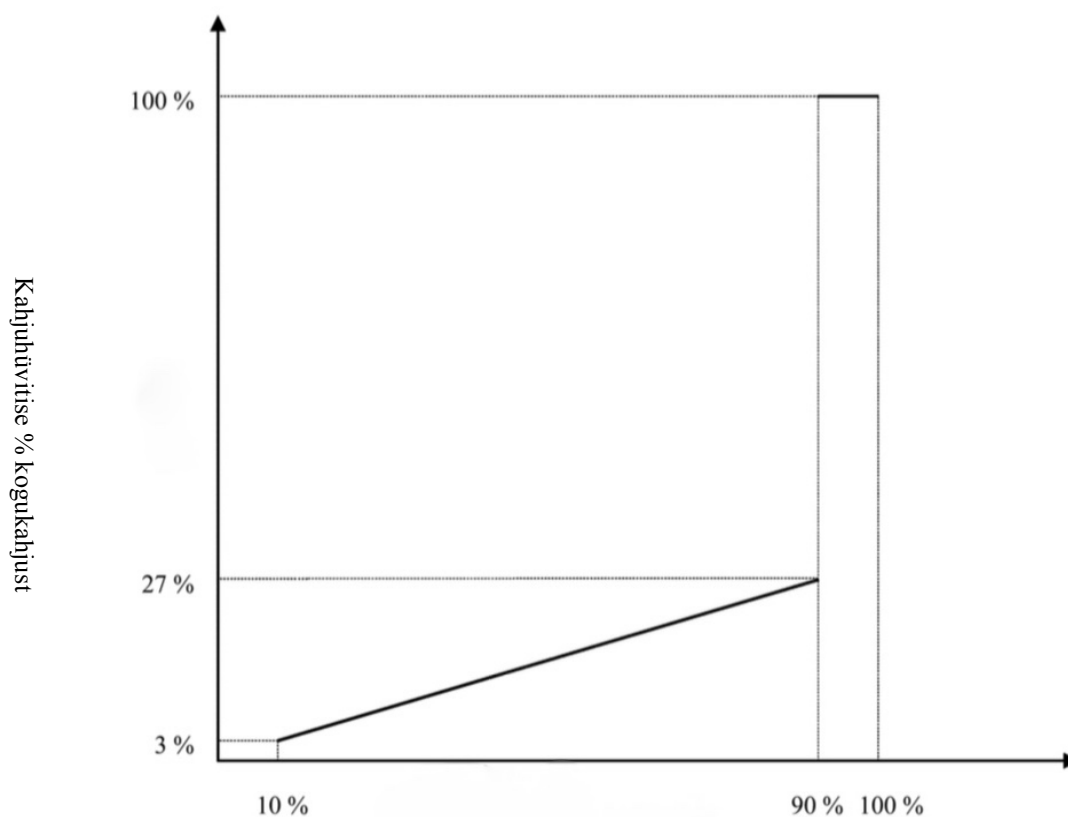
²⁸⁰ A. El-Haj, lk 19.

²⁸¹ T. Kadner Graziano, lk 1030.

²⁸² *Ibid.*, lk 1030.

²⁸³ L. Bieri, P. Marty. The Discontinuous Nature of the Loss of Chance System. – Journal of European Tort Law. 2011 Vol 2 No 1, lk 27-28.

Juhul kui samas olukorras oleks tõenäosus, et kahju tekkis ilma kostja tegevuseta 4%, siis oleks tõenäosus, et tema tegevus on kahju põhjuseks $(30 - 4) / 30 = 87\%$ ning *loss of chance* põhimõtte on kohaldatav ($87\% < 90\%$). Sel juhul peab kahju tekitaja hüvitama $96\% - 70\% = 26\%$ kahjust, sest selles määras suurendas kahju tekitaja kahju tekkimise riski (ilma kostja tegevuseta oli tema tõenäosus kahju vältida 96% ja kostja tegevuse tõttu 70%)²⁸⁴ Selline olukord iseloomustab selgelt, mil moel väike tõenäosuse kõikumine muudab oluliselt hüvitatava kahju suurust *loss of chance* põhimõtte kohaldamisel.²⁸⁵ Eeltoodud näidet iseloomustab ka alljärgnev graafik (joonis 1).



Tõenäosus, et kostja tegu oli kahju põhjuseks

Joonis 1- Loss of chance põhimõtte alusel kahju hüvitamine

Eeltoodust tulenevalt on leitud, et selline kahjuhüvitise suuruse määramise meetod on sama ebajärjepidev kui „kõik või mitte midagi“ põhimõtte, mistõttu on kahju hüvitamine vastavalt tõenäosusele, et tegu võis olla kahju põhjuseks oluliselt kohasem,

²⁸⁴ *Ibid.*, lk 26-27.

²⁸⁵ *Ibid.*, lk 26.

likvideerimaks ebajärjepidavast kahju hüvitamise süsteemist tekkivat võimalikku ebaõiglust.²⁸⁶

Küsitav on, kas võimaluse kaotuse põhimõtte kasutamine oleks üldse kooskõlas võlaõigusseaduse kahju hüvitamise põhimõtetega. Hüvitatavad kahju liigid sätestab VÕS § 128. Kuivõrd kaotatud võimaluste puhul on tegemist pigem tulevikku suunatud kahjuga, siis võiks selle liigitada näiteks saamata jäänud tuluna VÕS § 128 lg 4 järgi.²⁸⁷ Sama lõike teine lause sätestab, et saamata jäänud tulu võib seisneda ka kasu saamise võimaluse kaotamises. Võlaõigusseaduse kommentaarides²⁸⁸ on nimetatud sätte näitena toodud olukord, kus favoriitidest võistlushobuseid vigastatakse ning nad ei saa osaleda võistlusel. Sellest võiks järeldada, et võlaõigusseadus lubab kompenseerida kaotatud võimalusi lepinguõiguslikus olukorras saamata jäänud tulu liigina. Siiski ei ole *loss of chance* nõuete puhul tegemist ainult saamata jäänud tuluna liigituva kahjuga, kuigi *loss of chance* nõude alusel hüvitatav kahju võib võlaõigusseaduse kontekstis teatud juhtudel selleks kvalifitseeruda. Tulenevalt *loss of chance* põhimõtte olemusest ei ole tegu saamata jäänud tuluga, vaid eraldi hüvitatava varalise kahju liigiga. A. Praakle on oma magistritöös leidnud, et põhimõtte kohaldamine võiks kõne alla tulla VÕS § 127 lg 2 ja § 128 lg 2 laiendava tõlgendamise alusel, kuivõrd VÕS § 128 lg 2 sätestatud varalise kahju loetelu on lahtine.²⁸⁹ Käesoleva töö autori hinnangul ei saa selle käsitleusega nõustuda, sest isegi kui jaatada, et VÕS § 128 lg 2 loetelu on lahtine, siis kaotatud võimalus ei saaks olla deliktiõiguslikult kaitsud absoluutne õigushüve VÕS § 1045 lg 1 tähenduses²⁹⁰, mistõttu käeoleva töö autori hinnangul ei saaks *loss of chance* põhimõtet kasutada deliktliste nõuete puhul, isegi kui see lepingulise vastutuse puhul oleks teoreetiliselt võimalik. Teisalt võib asuda ka seisukohale, et võimaluse kaotuse tekitamise õigusvastasus võib tuleneda kogumis absoluutse õigushüve kaudsest kahjustamisest läbi kaotatud võimaluse.

Teiseks probleemiks on küsimus diferentsihüpooteesi rakendamisest - kannatanu tuleks VÕS § 127 lg 1 kohaselt asetada olukorda, kus ta oleks olnud, kui kahju tekitaja

²⁸⁶ L. Bieri, P. Marty, lk 29.

²⁸⁷ Varul, P jt (koost). VÕS § 128 kamm p 4.3.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ A. Praakle, lk 60.

²⁹⁰ P. Varul jt, VÕS § 1045 kamm p 3.1.

õigusvastast tegu ei oleks olnud.²⁹¹ Seega tuleks isik asetada olukorda, kus tal on suurem võimalus mingi soodsa olukorra saavutamiseks või tervisekahju ärahoidmiseks. Kuivõrd kannatanu varalises olukorras sel hetkel muutust ei toimu, on küsitav, kas saab jaatada mingi varalise kahju olemasolu.²⁹² *Loss of chance* põhimõtte kasutuselevõtt eeldaks siinkirjutaja hinnangul seetõttu kahju mõiste ja kaitsitud õigushüvede kontseptsiooni olulist muutust nii kohtupraktikas ning võimalik, et ka materiaalõiguses.

Ka mudelseaduste pakutavad lahendused on *loss of chance* põhimõtte kasutamisel deliktiõiguses pigem skeptilised. DCFR alusel kaotatud võimaluste hüvitamist võib teoreetiliselt pidada võimalikuks.²⁹³ DCFR artikkel III-3:601 (2) kohaselt võib tulevikus tekkiv kahju seisneda ka kaotatud võimaluses, kuigi DCFR otseselt kaotatud võimaluse põhimõtte rakendamist ei toeta.²⁹⁴ PETL artiklite 3:103 (1) ja 3:106 koosmõjus kohaldatakse ka *loss of chance* olukordade lahendamiseks n-ö alternatiivse kausaalsuse reegleid²⁹⁵, mida on põhjalikult kirjeldatud käesoleva töö punktis 2.1.2. Sarnaselt VÕS § 1045 lg-le 1, hüvitatakse ka PETL artikli 2:101 kohaselt kahju tekkimine ainult kaitsud õigushüvedele vastavalt nende hierarhiale, milleks PETL artikkel 2:103 (2) kohaselt on eelkõige elu, keha puutumatus, inimväärikus ja vabadus ning seejärel omand. Puhtmajandusliku kahju hüvitamine on seevastu erandlik.²⁹⁶ Prantsuse tsiviilkoodeksis²⁹⁷ on seevastu kaitstavad õigushüved sätestatud lahtise loeteluna erinevalt Saksa õiguskultuuri riikidest ja PETL-st, mistõttu võimaldab Prantsuse materiaalõigus kergemini hüvitada kaotatud võimalust kui eraldiseisvat kahju liiki.²⁹⁸

Käesoleva töö autori hinnangul ei saa teiste õigussüsteemide lahendusi alati mehhaaniliselt üle võtta, kuivõrd need on mõeldud sobituma kogu tervikliku õigussüsteemiga ja lahendama selles tekkivaid puudujääke.²⁹⁹ Seega võib asuda seisukohale, et *loss of chance* põhimõttel ebakindla põhjusliku seose probleemide

²⁹¹ P. Varul jt, VÕS § 127 komm p 4.1.

²⁹² P. Vartul jt, VÕS § 127 komm p 4.3.

²⁹³ K. Oliphant, lk 1623.

²⁹⁴ T. Kadner Graziano, lk 1028.

²⁹⁵ B. Winiger, *et. al* (eds.), lk 587-589.

²⁹⁶ H. Koziol - Principles of European Tort Law: Text and Commentary, lk 32-33.

²⁹⁷ Le Code Civil - kättesaadav
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160426>
(01.05.2016).

²⁹⁸ R. C. Ferreira, lk 62.

²⁹⁹ M. Martín-Casals. „Proportional liability in Spain: A bridge too far?“ - M. Martín-Casals, D. M. Papayannis (eds.), lk 45.

lahendamine ei ole kõige mõistlikum lahendus Eesti deliktiõiguses. PETL-is sätestatud põhimõtted võiksid Eesti deliktiõiguse regulatsiooniga sobituda olemuslikult paremini kui *loss of chance* meetod.

2.2.3 Proportsionaalse vastutuse põhimõte

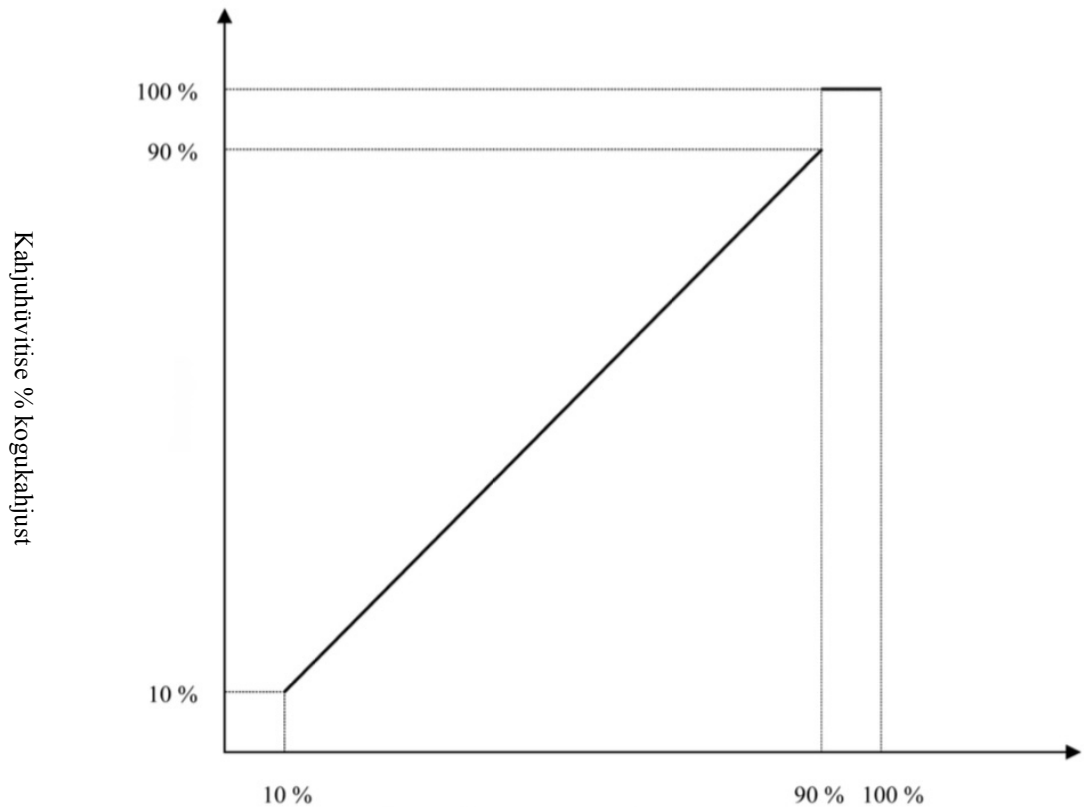
Proportsionaalse vastutuse põhimõte tuleneb PETL-ist. PETL artiklite 3:103 ja 3:106 kohaselt peab arvestama kahju tekitaja panusega kahju tekkimisse. PETL artikkel 3:106 kohaselt peab kannatanu kandma temale tekkinud kahju selles ulatuses, mis võib tõenäoliselt olla põhjustatud kannatanu enda mõjusfääris olevast asjaolust. Seega rakendatakse põhimõtteliselt alternatiivse kausaalsuse reegleid ka kaotatud võimaluse hüvitamise olukorras.³⁰⁰ Proportsionaalne vastutus erineb *loss of chance* põhimõttest selle poolest, et viimases arvestatakse tõenäosust, mille võrra kahju tekitaja vähendas kannatanu võimalusi, proportsionaalse vastuse korral aga tõenäosust, et tegu oli kahju põhjuseks.³⁰¹ Proportsionaalse vastutuse korral vastutab kahju tekitaja ainult selle kahju eest, mille ta ise on põhjustanud. Näiteks arst vastutab ravi- või diagnoosivea korral ainult selles ulatuses, milles tema raviviga on haiguse põhjuseks.³⁰² Kahe süsteemi erinevus seisneb selles, et kahju tekkimise tõenäosuse suurendamine ei ole üldjuhul võrdne tõenäosusega, et tegu oli kahju põhjuseks³⁰³: juhul kui arsti hooletuse korral on kahju tekkimise tõenäosus 70% ja ilma hooletuseta 25%, peab arst *loss of chance* süsteemi korral hüvitama $70\% - 25\% = 45\%$ kahjust. Proportsionaalse vastutuse korral aga $(70\% - 25\%) : 70\% = \text{ca } 65\%$ kahjust. Proportsionaalse vastuse alusel kahju hüvitamist kujutab alljärgnev joonis (joonis 2).

³⁰⁰ J. Spier - Principles of European Tort Law: Text and Commentary, lk 57-58.

³⁰¹ L. Bieri, P. Marty, lk 24. Siiski on võimalik ka *loss of chance* põhimõtte alusel hüvitada kahju vastavalt tõenäosusele, mil tegu oli kahju põhjuseks. Vt El-Haj, lk 30-32.

³⁰² Oliphant, lk 1625.

³⁰³ Bieri, L., Marty, P., lk 25.



Tõenäosus, et kostja tegu oli kahju põhjuseks

Joonis 2. Kahju hüvitamine proportsionaalse vastutuse meetodil.

Võrreldes *loss of chance* printsiibiga puudub siinkohal probleem kahjuhüvitise suuruse ebajärjepidevusega.³⁰⁴ Samuti võib teatud juhul proportsionaalse vastutuse põhimõtte rakendusala olla laiem kui võimaluse kaotuse põhimõttel. Näiteks on see nii olukorras, kus ei ole kindel, kas vastsündinu tervisekahjustuse on põhjustanud raviviga või eelsoodumus. Juhul kui tegu oli raviveaga, siis ei kaotanud kannatanu mitte võimalust, vaid talle ongi tekitatud tervisekahjustus, samas kui kahjustus oli kaasasündinud, ei ole ta kaotanud ühtegi võimalust, mistõttu *loss of chance* põhimõtte ei saaks kohalduda.³⁰⁵ Alternatiivse kausaalsuse reeglite rakendamine analoogia korras võimaldab ületada ka deliktiõiguses kehtiva piiritletud õigushüvede kaitse põhimõtte probleemi, sest kaotatud võimalused ei pruugi olla deliktiõiguses üldise kaitse all.³⁰⁶ Siinkirjutaja hinnangul on proportsionaalse vastutuse põhimõtte seetõttu deliktiõiguse seisukohalt sobivam meetod

³⁰⁴ L. Biery, P. Marty, lk 29.

³⁰⁵ B. Winiger *et. al* (eds.), lk 592.

³⁰⁶ Vt käesoleva töö lk 50; S. Steel, lk 366.

ebakindla kausaalsuse probleemide lahendamiseks. Siiski on jätkuvalt vaieldav, kas selle põhimõtte kasutuselevõtt on Eesti õigusruumis üldse vajalik.

Kuivõrd VÕS § 138 kohaldub ainult nn alternatiivsete kostjate olukorras³⁰⁷, siis tekib küsimus, kas selles sättes sisalduvat osavastutuse põhimõtet tuleks laiendada ka olukordadele, kus üks võimalikest teguritest on kannatanu enda vastutussfääris. Ühelt poolt võiks väita, et sisuliselt ei tohiks vahet olla, kas alternatiivsed võimalikud kahju põhjused on kõik väljaspool kannatanu vastutussfääri või on üks nendest ta enda vastutussfäärist tulenev.³⁰⁸ Teisalt võib aga väita, et alternatiivsete kostjate olukorras ei oleks õiglane panna kannatanut kandma ebakindlast põhjuslikust seosest tulenevat riski, sest see ebakindlus on võimalike kahju põhjustanud isikute paljususe tõttu tekkinud. Juhul kui laiendada põhimõtet ka olukorda, kus ühe asjaolu riisikot kannab kannatanu ise, siis on ta ise ka põhjusliku seose ebakindluses „süüdi“ ja ei peaks seetõttu sattuma paremasse positsiooni.³⁰⁹ Seetõttu on ka Inglise kohtupraktikas levivaid erandeid tugevalt kritiseeritud.³¹⁰ Eelnenud analüüsist selgus samuti, et põhjusliku seose tuvastamise kergendamise puhul lähtutakse küllaltki kasuistlikust lähenemisest - teatud olukordade või valdkondade puhul tõendamiskoormise leevendamist võimaldatakse ja teatud juhul mitte.³¹¹ Proportsionaalse vastutuse põhimõte oleks aga kohaldatav universaalselt kõikidele ebakindla kausaalsuse olukordadele, mitte piiritletud konkreetsete valdkondadega.

Euroopa riikidest kohaldatakse sellist põhimõtet ainult Austrias alternatiivse kausaalsuse analoogia alusel ja seda ka tervise kahjustamise kaasuste puhul.³¹² Kuigi põhimõte on leidnud seelses kohtupraktikas kinnitust, ei ole seda tänaseni materiaaldõigusesse realiseeritud.³¹³ Ka Austria õigusteadlaste seas levib põhimõtte osas tugevat kriitikat. Ühe argumendina leitakse, et üldise proportsionaalse vastutuse puhul ei vastutaks enam ükski kahju põhjustaja kogu kahju eest, sh nendel juhtudel, kus tõendamisstandard on ületatud, kuid ei ulatu täieliku kindluseni (100%-ni), ei hüvitataks kogukahju.³¹⁴ Proportsionaalset

³⁰⁷ Vt käesoleva töö, lk 32-33.

³⁰⁸ E. Kalev, lk 214.

³⁰⁹ S. Steel, lk 288.

³¹⁰ *Ibid.*, lk 289.

³¹¹ Vt käesoleva töö lk 45.

³¹² Vt käesoleva töö, lk 37.

³¹³ B. A. Koch - M. Martín-Casals, D. M. Papayannis (eds.), lk 84-85.

³¹⁴ *Ibid.*, lk 80.

vastutust pooldav B. A. Koch leiab, et sellisel juhul proportsionaalne vastutus siiski ei rakenduks.³¹⁵ Samuti leitakse, et selline osavastutuse põhimõte ei rahulda tegelikult ühtegi osapoolt - kannatanu seisukohalt ei saa ta koguhüvitist ning peab kandma menetluskuludega seotud riske juhul, kui ta hindab tõenäosuseid ebaõigesti ja esitab nõude liiga suures ulatuses (sellisel juhul ei rahuldataks hagi täies ulatuses ning kohtukulud jääks samuti osaliselt kannatanu kanda).³¹⁶ Vastuargumendina leitakse, et proportsionaalset vastutust ei kohaldata mitte iga kahtluse korral, et mõne isiku tegu võis olla kahju põhjuseks, vaid põhjendatud juhtudel, kus põhjusliku seose ebakindlus on objektiivselt tuvastatav. Sellisel juhul on proportsionaalne kahju hüvitamine kompromiss kahe äärmuse vahel, mida tuleks eelistada olukorras, kus mõlemad äärmused ei ole täielikult rahuldavad.³¹⁷ Käesoleva töö autori hinnangul võib eeltooduga nõustuda ning leida, et vaatamata võimalikele puudustele on proportsionaalse vastutuse rakendamine siiski õigustatud ja vajalik.³¹⁸ Kindlasti ei peaks proportsionaalne vastutus kohalduma ebakindla üldise (teadusliku) kausaalsuse olukorras³¹⁹ ning siis, kui põhjusliku seose osas puudub objektiivne ebakindlus. Samuti peavad jätkuvalt olema tõendatud muud vastutuse eeldused vastavalt delikti põhiliikidele.

Austria võimaliku deliktiõiguse reformi eeskujuks on võetud PETL-i vastavad sätted (artiklid 3:103 ja 3:106) ning erinevalt PETL-ist on lisatingimuseks seatud võimaliku põhjuse suur ohtlikkus.³²⁰ Käesoleva töö autori hinnangul tuleks ka Eesti õiguses proportsionaalse vastutuse põhimõtte edasiarendamisel eeskujuks võtta PETL. Võrreldes VÕS § 138 lg-t 1 PETL artikkel 3:103-ga näeme, et VÕS § 138 kasutab sõnastust „teine isik“, aga PETL sõnastus „asjaolu või tegevus (*activity*)“. Selleks, et kohaldada VÕS § 138 ka olukorras, kus üheks ebakindlust põhjustavaks asjaoluks on kannatanu enda vastutussfääri kuuluv asjaolu, tuleks VÕS § 138 kehtestada uues redaktsioonis, mis käesoleva töö autori hinnangul võiks olla sõnastatud järgnevalt: „Kui tekkinud kahju põhjuseks võib olla mitu asjaolu ja on kindlaks tehtud, et kahju võis tekkida nendest igauhe tõttu, loetakse iga asjaolu kahju põhjuseks vastavalt tõenäosusele, mil määral see

³¹⁵ *Ibid.*, lk 80.

³¹⁶ *Ibid.*, lk 81.

³¹⁷ *Ibid.*, lk 81.

³¹⁸ Proportsionaalset vastutust toetatakse ka majandusteoorias sotsiaalse efektiivsuse seisukohalt. – R. Young jt. Causality and causation in tort law. – *International Review of Law and Economics* 2004/24, lk 520-521.

³¹⁹ J. Spier. *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, lk 57.

³²⁰ *Ibid.*, lk 85.

asjaolu võis kahju põhjustada.“ Selleks, et proportsionaalse vastutuse põhimõtet laiendada ka alternatiivsete kannatanute olukorrale³²¹ võib PETL artikkel 3:103 (2) eeskujul lisada eeltoodud sättele ka teise lõike, mis reguleeriks ka seda olukorda järgnevalt: „Kui mitme kannatanu puhul ei ole võimalik kindlaks teha, kas konkreetse isiku kahju on isikule põhjustanud asjaolu, mille puhul on tõenäoline, et see ei põhjustanud kahju kõikidele võimalikele kannatanutele, loetakse asjaolu kõikidele kannatanutele tekkinud kahju põhjuseks vastavalt tõenäousele, mil määral see võis kahju põhjustada konkreetsele isikule.“

Sellise muudatuse kontekstis tuleks ka VÕS § 139 täiendada selliselt, et kannatanust endast tuleneva asjaolu või ohu puhul, mille ees ta vastutab, esinemise korral saaks kahjuhüvitist vähendada vastavalt. Kuivõrd VÕS § 139 lg 1 iseenesest seda võiks võimaldada, on see lõige kooskõlas PETL artikliga 3:106, juhul kui seda tõlgendada laiendavalt ka olukorras, kus kahju võis tekkida kannatanust endast tulenevast asjaolust. Küll aga tuleks loobuda sama paragrahvi lõiges 3 sätestatud reeglist, mille kohaselt lõiget 1 ei kohaldata isiku surma põhjustamise või tema tervise kahjustamise korral, et laiendada proportsionaalset vastutust ka sellele olukorrale, kus ebakindlust esineb kõige sagedamini.

Kindlasti tuleks leida lahendus ka sellele, millisest tõenäosusest alates loetakse põhjuslik seos kindlaks ehk tuvastatuks. Arvestades, et hetkel kehtiv tõendamisstandard seda ei määratle, tuleks kohtupraktikas välja kujundada piirmäär, alates millest võib põhjusliku seose lugeda tuvastatuks. Kuivõrd proportsionaalne vastutus peaks jätkuvalt olema erandlik, ei peaks olukordades, kus esineb vaid väga väike võimalus, et kahjul on alternatiivne põhjus kaasnema proportsionaalne vastutus.³²² Siinkirjutaja hinnangul võiks selline piirmäär olla 85-90%, kuid selle väljakujundamine jääks kohtupraktika ülesandeks. On võimalik, et konkreetse kvalitatiivse piirmäära kehtestamine jääb igakordselt kohtu siseveendumuse välja kujundada. Samuti on võimalik ja siinkirjutaja hinnangul ka vajalik kehtestada alumine piirmäär, millest allapoole jäävaid tõenäosusi arvesse ei võetaks.³²³ On vaieldav, kas välistama peaks pelgalt täiesti hüpoteetilised võimalused vahemikus 0,1-1% või peaks kõrvale jätma ka suuremad tõenäosused, nt kuni

³²¹ Vt käesoleva töö lk 28; 38.

³²² J. Spier. Principles of European Tort Law: Text and Commentary, lk 59; Vt ka käesoleva töö lk 50.

³²³ E. Kalev, lk 214.

15% ulatuses.³²⁴ Käesoleva töö autori hinnangul tuleks menetlusökoonoomia ja kohtute halduskoormuse vältimise eesmärgil kõrvale jätta ka alla 10% suurusega tõenäosused, sest kannatanu võimalik saadav hüvitis ei pruugi sellisel juhul olla kuigivõrd suur ning võimalike menetluskulude ning kohtute halduskoormuse võimalik suurenemine ei kaaluks seda üles.

³²⁴ J. Spier. Principles of European Tort Law: Text and Commentary, lk 59.

Kokkuvõte

Põhjusliku seose olemasolu isiku tegevuse ja tekkinud kahju vahel on absoluutne eeldus selleks, et kohustada isikut seda kahju hüvitama, sest isik ei pea vastutama kahju eest mida ta ei ole põhjustanud - vaatamata selle põhimõtte olemasolule jääb siiski alati küsitavaks, millal on piisava kindlusega tuvastatud, et isik on konkreetse kahju põhjustanud. Käesoleva magistritöö eesmärgiks oli uurida, millised on kahju õigusvastase tekitamise korral kannatanu võimalused saada alusel kahjuhüvitist juhul, kui kannatanu ei saa objektiivsetel asjaoludel tõendada vajaliku põhjuslikkuse esinemist ehk teisisõnu tegemist on ebakindla põhjusliku seosega. Uurimuse tulemusel jõudis autor seisukohale, et totaalreparatsiooni ehk „kõik või mitte midagi“ põhimõtte kahju hüvitamisel ei ole igas situatsioonis õigustatud ning teatud juhtudel tuleks eelistada proportsionaalse vastutuse kasutamist, mille eeskujuks võiks olla PETL.

Töö esimese peatüki eesmärgiks oli välja selgitada, kuidas Eesti õiguses põhjusliku seose tuvastamine (sh tõendamine) olemuslikult toimub ning kuidas selles tulenevalt defineerida ebakindla kausaalsuse olukorda. Autor jõudis autor järeltulele, et nii Eesti kui ka teiste EL liikmesriikide õigussüsteemidele on vaieldamatult omane CSQN-testist lähtumine põhjusliku seose kindlakstegemiseks deliktilise vastutuse eeldusena. Seetõttu on CSQN-testist lähtumine lisatud ka deliktiõigust reguleerivatesse mudelseadustesse (DCFR ja PETL). Eesti õiguses tuleneb kohustus tuvastada põhjuslik seos *expressis verbis* VÕS § 127 lg-st 4 ning selleks kasutatakse Riigikohtu praktika kohaselt CSQN-testi kui retrospektiivset meetodit, mille järgi ajaliselt eelnev sündmus loetakse hilisema sündmuse põhjuseks, kui ilma esimese sündmuseta poleks ajaliselt hilisemat sündmust toimunud. Tegu on oma olemuselt loogilise tuletusega, kus uut informatsiooni saadakse olemasolevast informatsioonist. Sellest tulenevalt on praktiliselt võimatu esitada otseseid tõendeid põhjusliku seose kohta, kui võrd empirilist kogemust põhjusliku seose kui sellise kohta eksisteerida ei saa.

Autor jõudis uurimuse tulemusel seisukohale, et ebakindlat põhjusliku seost deliktiõiguses võib defineerida kui olukorda, kus hagejal ei ole võimalik tõendada vajaliku (faktilise) põhjusliku seose olemasolu üksikjuhutamisel vastutust tekitava kausaalsuse tasandil vastavalt kehtivale tõendamisstandardile. Selgus, et kuigi põhjusliku

seose olemasolu ei saa teoreetiliselt tasandil kunagi 100%-selt jaatada või tuvastada seda objektiivse tõena, tekitab praktikas probleeme olukord, kus hageja ei saa objektiivsetel põhjustel tõendada põhjusliku seose olemasolu vastavalt nõutud tõendamisstandardile. Sellega seoses esineb kaks peamist probleemi.

Esimene probleem on, et tekib küsimus üldise ja spetsiifilise kausaalsuse eristamisest. Olukorras, kus ei ole võimalik teaduslikult kinnitada, et konkreetne nähtus üldse saab põhjustada teatud tagajärge, ei ole selle tõendamine ka üksikjuhtumi raames üldjuhul võimalik ehk teisisõnu üldise teadusliku kausaalsuse olemasolu on loogiliseks eelduseks, et kinnitada spetsiifilise kausaalsuse olemasolu üksikjuhtumil tulenevalt asjaolust, et õigusteadus ei saa lahendada loodusteaduslikke probleeme. Prantsuse kohtupraktika näitab, et vastupidise üritamine ei vii õigetele tulemustele.

Kuivõrd meie teadmised üldistest kausaalsetest protsessidest põhinevad suuremalt jaolt üldistustel ning kausaalsete üldistuste kasutamine on paratamatu, siis eksisteerib alati mingi protsendiline (kas või kaduvväike) võimalus, et konkreetne tegu ei olnud selle kahju põhjuseks. Praktikas on selle teoreetilise probleemi ületamiseks kasutusel *prima facie* tõendamiskoormise jaotuse printsiip, mille kohaselt olukorras, kus hageja tõendab, et üldiselt saab selline tegu tuua kaasa ilmnenud tagajärje, siis loetakse põhjuslik seos tuvastatuks juhul, kui kostja ei tõenda, et teol võis olla mingi teine alternatiivne põhjus. Juhul, kui kostja seda teha suudab, peab hageja suutma tõendada spetsiifilise põhjuslikkuse olemasolu. Eeltoodud seisukoht on leidnud kinnitamist ka Riigikohtu praktikas.

Teine probleem, mis tekib on küsimus objektiviseeritavast tõendamisstandardist, sest põhjusliku seose tuvastamise probleem on tihedalt seotud kehtiva tsiviilkohtumenetluse tõendamisstandardiga ehk määrana, milles tõendeid tuleb esitada, et kohus saaks lugeda mingi asjaolu tuvastatuks. Uurimuse tulemusel võib järeldada, et Eesti menetlusõiguses ei lähtuta tõendamisstandardit objektiviseerivatest vormelistest nagu „tõendatud väljaspool mõistlikku kahtlust“ või „ülekaalukad tõendid“, mis on levinud näiteks *common law* riikides, kuivõrd need on paratamatult subjektiivsed. Eesti kohtupraktikas ei ole välja kujunenud ka selget seisukohta alates millisest tõenäosusest võib lugeda põhjusliku seose tuvastatuks, kuid selgus, et tsiviilkohtumenetluse standard on eelduslikult madalam kui süüteomenetluses. Seetõttu ei saa tõendamisstandardit määratleda ka selgemalt kui

„kohtuniku siseveendumus“. Konkreetsest numbrilisest tõenäosusest sageli praktikas ei lähtutagi ning see ei ole ka sageli vajalik. Probleeme tekitavad eelkõige olukorrad, kus eksperdid annavad põhjulikule seosele teatud protsendilise tõenäosusega hinnangu, näiteks, et haiguse põhjuseks võis 60% tõenäosusega olla raviviga ja 40% tõenäosusega eelsoodumus. Autori hinnangul peaks kohtupraktikas lähtuma seisukohast, et isegi juhul, kui põhjusliku seose saab määratleda vaid teatud tõenäosusega, siis olukorras, kus see tõenäosus on märkimisväärne, nt ületab 85-90%, tuleks lugeda põhjuslik seos tõendatuks, välja arvatud juhul, kui teine pool ei tõenda vastupidist. Selle väljakujundamine peaks jääma kohtupraktika ülesandeks.

Töö teiseks eesmärgiks oli vastata küsimusele, kas ebakindla kausaalsuse olukorras on põhjendatud totaalreparatsiooni põhimõttel kahju hüvitamine või võiks sellisel juhul kaaluda osalist kahju hüvitamist. Selgus, et nii Mandri-Euroopa kui ka *common law* õigussüsteemid lähtuvad kahju hüvitamisel üldjuhul „kõik või mitte midagi“-põhimõttest ehk ei võeta arvesse tõenäosuslikku võimalust, et kostja võis kahju põhjustada, kui see ei tekita kohtunikus siseveendumust põhjusliku seose olemasolus. Selline põhimõte kehtib ka Eestis.

Erandiks on ainult olukord, kus kannatanu suudab tõendada tema suhtes ohtlikult käitunud isikute ringi, kuid mitte seda, kes sellesse ringi kuuluvatest isikutest kannatanule kahju tekitas. Sellisel juhul aktsepteerivad enamik riike ja töös analüüsitud mudelseadused, kas solidaarset vastutust või osavastutuse rakendamist vastavalt tõenäosusele, mil määral konkreetne isik võis kahju tekkimise põhjustada. Eesti õiguses sätestab sellise erandi VÕS § 138, milles lähtutakse osa- ehk proportsionaalse vastutuse põhimõttest nn alternatiivsete kostjate olukorras. Kuigi on vaieldav, kas VÕS § 138 võiks kehtestada ka solidaarvastutuse, on käesoleva töö autor seisukohal, et seadusandja on silmas pidanud osavastutuse rakendamist selle sätte kohaldamisel. Erinevalt PETL artiklitest 3:103 ja 3:106 ei rakendata proportsionaalselt vastutust aga olukorras, kus üks võimalikest kahju põhjustest pärineb kannatanu enda vastutussfäärist, näiteks olukord, kus ei ole kindel, kas tervisekahju on põhjustanud kostja õigusvastane tegevus või kannatanu eelsoodumus selliseks tervisekahjuks.

Tulenevalt põhjusliku seose ebakindluse allikast liigitatakse õiguskirjanduses tüüpkaasused peamiselt kaheks: olukorrad, kus ebakindlus tuleneb võimalike osapoolte

paljususest (*defendant/claimant indeterminacy*) ning olukorrad, kus puudub kindlus, kas kahju väidetav tekitaja on delikti toime pannud (*simple uncertainty*). Töös jõuti seisukohale, et nimetatud olukordade liigitamine ei oma suurt kvalitatiivset tähendust, kuivõrd see sõltub peamiselt vaatenurga püstitusest ning peamiseks läbivaks probleemiks on nõutud tõendamisstandardi ületamine. Siiski peetakse vajalikuks teha erand „kõik või mitte midagi“ põhimõttesse ainult alternatiivsete kahju põhjustajate olukorras. Käesoleva töö autor jõudis seisukohale, et osalise vastutuse rakendamist tuleks laiendada ka teistele ebakindla kausaalsuse olukordadele. Olukorras, kus ebakindel põhjuslik seos on objektiivselt tuvastatav, on põhjendatud rakendada kompromissi, sest äärmuste rakendamine ei ole rahuldav kummagi poole jaoks.

Võimalike osalise vastutuse meetoditena analüüsiti käesolevas magistritöös võimaluse kaotuse ehk *loss of chance* ja PETL-is pakutavat proportsionaalse vastutuse põhimõtet. *Loss of chance* põhimõttele on omane õigusliku perspektiivi muutus - ebakindla põhjusliku seose probleem likvideeritakse kahju mõiste ümberhindamise kaudu, kuivõrd kaotatud võimalus on eraldiseisev kahju liik, mida tuleb hüvitada. *Loss of chance* põhimõtte on levinud näiteks Prantsuse ja Hollandi õigusdoktriinis ning teatud kaasuste puhul ka *common law* riikides. Kuigi kahjuhüvitise hindamiseks on selle põhimõtte alusel võimalik kasutada erinevaid meetodeid, lähtutakse peamiselt kahju hüvitamisest vastavalt võimaluse kaotuse määrale, mis ei ole aga matemaatiliselt järjepidev ning ei aita leevenda „kõik või mitte midagi“ põhimõttest tulenevat ebaõiglust. Töö autor asus seisukohale, et *loss of chance* põhimõtte ei ole kuigivõrd sobiv Eesti deliktiõiguse ja kahju hüvitamise põhimõtetega. Eeltoodut kinnitab ka asjaolu, et seda põhimõtet ei pooldata ka teistes Saksa õigusdoktriini riikides.

Töö autor jõudis seisukohale, et proportsionaalse vastutuse kehtestamiseks tuleks lähtuda PETL artiklitest 3:103, mille kohaselt kui esineb mitu asjaolu, mis võisid igaüks olla kahju põhjuseks ning ei ole võimalik välja selgitada, milline konkreetne asjaolu oli kahju põhjuseks, loetakse iga asjaolu kahju põhjuseks vastavalt tõenäosusele, mil määral see asjaolu võis kahju põhjustada ja 3:106, mille järgi peab kannatanu ise kandma talle tekkinud kahju vastavalt tõenäosusele, mil määral see võis tekkida tegevusest, juhtumist või muust asjaolust, mis kuulub tema enda vastutussfääri.

Kuigi tegu on Euroopa riikide praktikas suhteliselt vähelevinud meetodiga, on see Austria kohtupraktikas siiski omaks võetud. Selleks, et nimetatud põhimõtet Eesti kahju hüvitamise õiguses rakendada, peaks seadusandja kaaluma VÕS §-de 138 ja 139 kooskõlla viimist vastavalt PETL artiklitega 3:103 ja 3:106.

Proportsionaalse vastutuse põhimõtte kehtestamine ei peaks siiski tähendama, et seda tuleks rakendada igas olukorras - teatud tõenäosuse korral saab lugeda põhjusliku seose tuvastatuks ning isegi kui eksisteerib väga väike võimalus, et kahjul on alternatiivne põhjus ei peaks seetõttu kohe kaasnema proportsionaalne vastutus. Käesoleva töö autor asus ka seisukohale, et teatud lävendist, nt 10%-st allapoole jäävaid tõenäosusi ei peaks samuti hüvitama, kuivõrd võimalikud menetluskulud ja kohtute halduskoormuse suurenemine oleks üldjuhul suuremad kui saadav hüvitis. Vastavate piirmäärade kehtestamine võiks siiski jääda kohtupraktika väljakujundada.

Uncertain Causation in Tort Law. Summary

In tort law the question often arises whether a person should be liable for damages in various situations where the plaintiff can prove that a defendant's wrongful behavior may have contributed to the damages but due to the nature of the situation it is impossible to determine whether the conduct of the defendant was actually a cause for the damages. According to the general rules in tort law an "all-or-nothing" principle is used - if the plaintiff cannot prove natural causation no damages are awarded. This principle also applies in Estonian law - according to subsection 127 (4) of the Law of Obligations Act (hereinafter LOA) a person shall compensate for damage only if the circumstances on which the liability of the person is based and the damage caused are related in such a manner that the damage is a consequence of the circumstances (causation).

The aim of this master's thesis is to analyse the possibility of compensation for damages in cases of uncertain causation under Estonian law. Therefore, it is necessary to analyse how the causal link (*nexo causal*) must be determined in tort law. Also the goal is to analyse whether a proportional liability approach would be more suitable in such situations under Estonian Law.

In the first chapter the author concluded that the use of the *conditio sine qua non* (hereinafter CSQN-test) or but-for test is common for all European legal systems and the USA. Also the Draft Common Frame of Reference and Principles of European Tort Law apply the CSQN-test. The CSQN-rule is a retrospective method according to which an event preceding in time is considered the cause of an event occurring later in time, if the event occurring later would not have occurred without the preceding event. It is a logical deduction as there cannot be any direct empirical evidence of causality as such. A person can only perceive information about what happened not about what could have happened and therefore the information about causality is logically deducted from existent information.

In almost all legal systems distinction between legal and factual causation is made, as the CSQN-rule can lead to a situation where it is questionable whether liability for very far-reaching or unforeseeable damages should arise. This is a question of limiting causation

and according to subsections (2) 127 and (3) 1045 of the LOA, the scope of the rule principle is applied in Estonian tort law. The question of causal uncertainty, however, is a question of factual causation. Following the example of German legal doctrine the distinction between liability-grounding (*haftungsbegründende Kausalität*) and liability-fulfilling (*haftungsausfüllende Kausalität*) causation is also made.

The burden of proof for causation lies upon the plaintiff as a justified general rule and also the plaintiff must meet a certain standard of proof to establish causation – in common law the preponderance of evidence or balance of probabilities test is used, but in German law the causal link must be proved with a standard close to certainty. In this paper, it was found there is no specific standard of proof in Estonian civil procedure that can be described more specifically than “conscience of the court” or *intime conviction* as it is known in French law. It is argued that the actual standard is lower than in German law as the court must not be convinced in the *truth* of the causation, but it is still a higher standard than the common law’s balance of probabilities method.

Although in theory one can never prove causation to 100 per cent as there is always a small probability that the circumstance was not a cause, in practise the problem arises when a plaintiff cannot prove causation according to the standard of proof set in the legal system for objective reasons. For example when an expert opinion concludes that a probability that the defendants action was the cause of the harm is 70 per cent, the court would not find the causation established according to the all or nothing principle. Therefore, it was found that two main problems occur with uncertain causation.

Firstly, with uncertain causality, two types of uncertainty must be distinguished. In a situation where it is not possible to prove scientifically that a certain substance can cause a certain consequence in general. This is a case of general or scientific causation. For example, it is general knowledge that one can get some infection during blood transfusion if the blood is contaminated, but it is not known whether certain hepatitis B vaccines can cause sclerosis multiplex. But in a case where its know that smoking can generally cause lung cancer, but there is no evidence that the cancer of a specific victim was caused by smoking or other risk, one can talk about specific causation. In this paper it is argued that scientific causation is a logical prerequisite for establishing specific causation – without scientific causation it is nearly impossible to establish scientific causation. Also law

should not deal with solving the problems of medicine and epidemiology and other natural sciences, therefore in tort law only the problem of specific causation is a question of uncertainty in establishing causation. It was found that the attempt to try otherwise leads to failure, as the French example showed.

Since general knowledge of causal processes are based on causal generalisations, the use of causal generalisations is inevitable and CSQN-test is hypothetical in its nature, a small probability always exists that the action of the defendant was not a cause for the victim's harm. In practice the use of *prima facie* burden of proof solves this problem. If a plaintiff can prove that the defendant's wrongful conduct can generally cause the type of damage the plaintiff had to bear, the defendant can prove that there possibly was an alternative cause for such damage. Only in case the defendant is able to do so, the plaintiff must prove the existence of specific causation.

Secondly, there is the question of objectifying the standard of proof, since the problem of causal uncertainty is closely linked with standard of proof in civil proceedings. In this thesis it is argued that the Estonian legal doctrine does not use any formulaic sentences to set the standard of proof in different proceedings because such sentences, for example "beyond reasonable doubt", are inevitably subjective in their nature – each judge has an understanding what level of certainty corresponds to that given standard and therefore it is impossible to determine an objective standard of proof. Nevertheless, the Estonian case law must determine when a certain possibility of causation is enough to deem causation to be established. The author suggests that if the possibility is remarkable (exceeding 85-90 per cent), causation must not be deemed uncertain, but it is up to the case law to determine that specific threshold. Based on the aforesaid the author came to the conclusion that a situation of causal uncertainty can be defined as a situation where the plaintiff is objectively unable to prove factual specific causation on the liability grounding level up to the required standard of proof.

In the second chapter of this work it is analysed what are victim's chances for compensation of damages in a cases of uncertain causation and whether a proportional liability approach should be used instead. It was found that the all-or-nothing approach is applied both in all European legal systems and therefore the probability that a certain

defendant's action may have been a cause of the damages, is not taken into consideration. This principle also applies in Estonian law.

There is, however, one exception. This is a case where the plaintiff can prove that one of the defendants is the potential tortfeasor as it is certain that one of them caused the the damage, but it is uncertain which. The classic example of this scenario is the "two hunters" case where two hunter shoot simultaneously and one of the bullets hits the victim. It is not possible to tell which hunter caused the damage. In this case almost all jurisdictions apply joint and several or proportional liability according to the likelihood that a specific activity was the cause. In Estonian law according to subsection 138 (1) of the LOA if several persons may be liable for damage caused and it has been established that any of the persons could have caused the damage, compensation for the damage may be claimed from all such persons. Subsection 138 (3) stipulates that in the case specified in subsection (1) of section 138, compensation for damage may be claimed from each person to an extent in proportion to the probability that the damage was caused by the person concerned. In legal literature it has been argued whether the liability of the defendants should be joint and several or proportional. According to the opinion of the author, the liability should be proportional.

Similar approach is used in articles 3:103 and 3:106 of the Principles of European Tort Law (PETL), but unlike Section 138 of the LOA, the proportional liability approach of PETL can also be used in cases where one of the uncertain causes is from the victim's own sphere, for exaple, in a case where it is uncertain whether the victim's lung cancer was caused by excessive smoking for 20 years or due to the negligent amount of asbestos dust the victim came into contact in his workplace.

In legal literature distinction is made between to main types of sources for causal uncertainty in case law. On the one hand, there are cases where the uncertainty in causation is because of the plurality of plaintiffs or defendants and is therefore called defendant/claimant (or claimant and defendant) indeterminacy or alternative causation cases. On the other hand there are cases of so called simple uncertainty where there is one defendant but it is not sure whether the defendant is liable for a tort and often a question of lost chances arises. It is argued that there is no actual qualitative difference in categorizing the different case types, as it depends on the point of perspective and legal

doctrine and it is generally a case of meeting the standard of proof. It was noticed that different legal traditions unanimously accept joint and several or proportional liability in so called alternative defendant cases. The author argues that proportional liability in a broader sense should also be used in cases of causal uncertainty in Estonian tort law, because it acts as a compromise in a situation where both extremes are unsatisfying.

In able to do that, the loss of chance principle and PETL's proportional liability approach were compared as the possible methods for dealing with causal uncertainty. The loss of chance principle defines lost chances as separate actionable damages distinct from traditional types of damages. Therefore the legal perspective is changed – if it was uncertainty whether there is damage to the victim's health caused by the defendant, there is no uncertainty in causation if we ask whether the victim had lost a chance for a better outcome instead. The loss of chance principle can use different methods for valuation of damages, but the most common method is compensating damages according to the amount of chance that is lost, e.g. if a due to the defendant's action the victim has lost a 30 per cent chance for survival, the victim receives 30 per cent of the total damages. The author argues that this method has an discontinuous nature and therefore should not be used. Also the loss of chance principle is not suitable with the hierarchy of protected interests in tort law as it is questionable whether lost chances are such protected interests. Therefore the author concluded that the loss of chance method is not very suitable with the basic principles of Estonian tort law.

However, the author came to the conclusion that PETL articles 3:103 and 3:106 should be taken as an example for proportional liability. PETL article 3:103 (1) stipulates that in case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage. According to article 3:106 of PETL the victim has to bear his loss to the extent corresponding to the likelihood that it may have been caused by an activity, occurrence or other circumstance within his own sphere. The author finds that these provisions should be taken into account and sections 138 and 139 of the LOA should be amended accordingly, as the current Estonian substantive law does not allow proportional liability in all cases uncertain causation.

However, implementing the proportional liability approach should not mean that it should apply in all cases and compensation of full damages should become exceptional. From a certain threshold causation can be deemed certain and if there still is a hypothetical alternative cause, it should not be taken into consideration. Also, a lower threshold should also be imposed if a situation of causal uncertainty comes before a court – if the probability of causation of a specific defendant is lower than, e. g. 10-15 per cent, the defendant should not have to pay for damages, since the possible amount of damages is lower than possible procedural costs. The specific thresholds should however be elaborated in case law.

Kasutatud kirjandus

1. **Abel, A.** Tõendamine distsiplinaarmenetluses. Magistritöö. Tartu 2014
2. **Bieri, L., Marty, P.** The Discontinuous Nature of the Loss of Chance System. – Journal of European Tort Law. Vol 2 No 1, 2011
3. **van Dam, C.** European Tort Law. Second Edition. Oxford University Press, 2014
4. **Deakin, S., Johnston, A., Markesinis, B.** Markesinis and Deakin's Tort Law. Oxford Clarendon Press 2008
5. **El-Haj, Ali.** The Loss of Chance Doctrine in Medical Malpractice: A Lost Case? September 9, 2010. – kättesaadav: <http://ssrn.com/abstract=1674415> (01.05.2016)
6. **Ferreira, R.C.** The Loss of Chance in Civil Law Countries: A Comparative and Critical Analysis. – Maastircht Journal of European and Comparative Law, 2013, No. 1
7. **Gilead, I., Green, M. D., Koch, B. A. (eds.).** Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives. Volume 33 of Tort and Insurance Law. Berlin/Boston: Walter de Gruyter, 2013
8. **Hart, H.L.A., Honoré, T.** Causation in the Law. New York: Oxford University Press, 1985.
9. **Kadner Graziano, T.** Loss of a Chance in European Private Law. “All or Nothing” or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation. – European Review of Private Law vol. 16 nr. 6-2008
10. **Kalev, E.** The Possibility of Compensation for Health Damage in Cases of Uncertain Causes within Victim’s Sphere. – Juridica International, 21/2014
11. **Kalmo, H.** How Comparable are Legal Concepts? The Case of Causation. – Juridica International 11/2006
12. **Kangur, A.** Kohus ja kohtulahend. Mõtteid ja soovitusi kohtulahendi kirjutajale. Tartu: Riigikohus, 2012
13. **Kingisepp, M.** Kahjuhüvitis postmodernses deliktiõiguses. Doktoritöö. Tartu Ülikooli Kirjastus, Tartu 2002
14. **Kingisepp, M.** Kausaalõpetused ja võlaõigus. – Juridica 3/2003
15. **Lahe, J.** Süü deliktiõiguses. Doktoritöö. Tartu 2005

16. **Lillsaar, M. Sedman, M.** Tervishoiuteenuse osutaja tsiviilõiguslik ja karistusõiguslik vastutus. Kohtupraktika analüüs. Riigikohtu õigusteabe osakond. Tartu 2012.
17. **Martín-Casals, M., Papayannis, D. M. (eds.)**. Uncertain Causation in Tort Law. Cambridge University Press, 2015
18. **Nõmper, A., Sootak, J.** Meditsiiniõigus. Tallinn: Juura 2007
19. **Oliphant, K.** Uncertain Factual Causation in the Third Restatement: Some Comparative Notes. – William Mitchell Law Review, Vol. 37, Issue 3 (2011)
20. **Praakle, A.** Võimaluse kaotuse põhimõte ja selle kasutusvõimalused Eesti õiguses. Magistritöö, Tartu 2015.
21. **Samii, S.M., Keirse, A.** Taxonomy of asbestos litigation in the Netherlands: Duelling with causal uncertainty. – European Review of Private Law 2013/1
22. **Schlechtriem, P.** Võlaõigus. Eriosa. Õpik. Tallinn: Juura, 2000
23. **Schlechtriem, P.** Võlaõigus. Üldosa. Õpik. Tallinn: Juura, 1999
24. **Schweizer, U.** Legal damages for losses of chances. – International Review of Law and Economics, 2009, Vol 29,
25. **Sein, K.** Ettenähtavus ja rikutud kohustuse eesmärk kui lepingulise kahjuhüvitise piiramise alused. Doktoritöö. Tartu Ülikoori Kirjastus. 2007
26. **Shavell, S.** An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts. – The Journal of Legal Studies, 1980, Vol. 9, No. 3
27. **Sõritsa, D.** Tervishoiuteenuse osutaja deliktiõiguslik vastutus. Magistritöö, Tartu 2012.
28. **Spier, J (ed.)**. Unification of Tort Law: Causation. Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands 2000
29. **Steel, S.** Causation in English Tort Law: Still Wrong After All These Years. – University of Queensland Law Journal, 2012
30. **Steel, S.** Proof of Causation in Tort Law. Cambridge University Press, 2015
31. **Tampuu T., Lahe, J.** „Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne“ Märkusi võlaõigusseaduse 7. peatüki kommentaaride kohta. – Juridica V/2007
32. **Tampuu, T.** Deliktiõigus võlaõigusseaduses. Üldprobleemid ja delikti üldkoosseisul põhinev vastutus. – Juridica, 2/2003
33. **Tampuu, T.** Lepinguvälised võlasuhted. 3., täiendatud ja muudetud trükk. Juura 2012

34. **Tibballs, J.** Loss of chance: a new development in medical negligence law. – The Medical Journal of Australia. 2007; 187 (4), – kättesaadav: http://www.mja.com.au/public/issues/187_04_200807/tib10462_fm.html - [0_pgflid-1091805](#) (01.05.2016)
35. **Varul, P.** jt (koost). Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2006
36. **Varul, P.** jt (koost). Võlaõigusseadus III. 8. ja 10. osa (§-d 619-916 ja 1005-1067). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2009
37. **Weinrib, E. J.** A Step Forward in Factual Causation. – 38 Modern Law Review 518-534, 1975
38. **Winiger, B., et. al** (eds.). Digest of European Tort Law. Volume 1: Essential Cases on Natural Causation. Springer – Verlag/Wien 2007
39. **Wright, R. W.** Causation in Tort Law, - 73 California Law Review 1735 (1985)
40. **Wright, R. W.** Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability and the Burden of Proof – 41 Loyla of Los Angeles Law Review 1295 (2008) – kättesaadav: <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol41/iss4/5> (01.05.2016)
41. **Young, R.** jt. Causality and causation in tort law. – International Review of Law and Economics 2004/24

Kasutatud normatiivmaterjal

42. Tsiiviilkohtumenetluse seadustik RT I 2005, 39, 308 ... RT I, 10.03.2016, 10
43. Võlaõiguseadus RT I 2002, 53, 336 ... RT I, 11.03.2016, 1
44. Eesti NSV tsiiviilkoodeks. - ENSV ÜVT 1968, 46, 341, ... RT I
45. Saksa tsiiviilprotsessiseadustik. Zivilprozessordnung (ZPO) § 287 – kättesaadav: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html (01.05.2016)
46. Prantsuse tsiiviilkoodeks – Le Code Civil - kättesaadav <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160426> (01.05.2016)
47. Saksa tsiiviilseadustik BGB – Kättesaadav: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html (01.05.2016)

Kasutatud kohtupraktika

48. RKHKo 3-3-1-11-15
49. RKHKo 3-3-1-7-14
50. RKTkm 3-2-1-143-14
51. RKTko 3-2-1-15-16
52. RKTko 3-2-1-132-15
53. RKTko 3-2-1-181-15
54. RKTko 3-2-1-19-15
55. RKTko 3-2-1-38-15
56. RKTko 3-2-1-173-12
57. RKTko 3-2-1-175-12
58. RKTko 3-2-1-169-11
59. RKTko 3-2-1-68-11
60. RKTko 3-2-1-171-10
61. RKTko 3-2-1-55-10
62. RKTko 3-2-1-68-10
63. RKTko 3-2-1-88-10
64. RKTko 3-2-1-103-08
65. RKTko 3-2-1-43-08
66. RKTko 3-2-1-45-08
67. RKTko 3-2-1-85-08
68. RKTko 3-2-1-53-06
69. RKTko 3-2-1-78-06
70. RKTko 3-2-1-149-05
71. RKTko 3-2-1-38-05
72. RKTko 3-2-1-9-03
73. RKTko 3-2-1-49-01
74. RKTko 3-2-1-90-99
75. *Summers vs Tice* 199 P. 2d 1 (Cal. 1948).
76. *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* UKHL [2003] 1 AC 32
77. *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All ER 909
78. *Reay vs British Nuclear Fuels Plc* [1994] Env LR 320

79. Sienkiewicz v Greif (UK) Ltd. [2011] UKSC 10
80. EKo 26.01.2010 nr C-118/08 *Transportes Urbanos y Servicios Generales*.
81. EKo 28.10.2004 nr C-164/01 *G van der Bergh vs komisjon*
82. EÜKo 16.12.1993 nr T-20/89 *Moritz vs. komisjon*
83. BGH 07.06.1968, VI ZR 1/67, NJW 1968, 2287

Kasutatud muud materjalid

84. Avant-projet de reforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil) – kättesaadav:
http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf
(01.05.2016)
85. Causation in Environmental Law. Lessons from Toxic Torts. Note. Harvard Law Review vol 128, no 8/2015, - kättesaadav:
<http://harvardlawreview.org/2015/06/causation-in-environmental-law>
86. European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law: Text and Commentary. Springer-Verlag/Wien, 2005
87. European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. 2005 – kättesaadav: <http://www.egtl.org> (01.05.2016)
88. Koolmeister, I. Halduse kaalutusõiguse teostamine ja selle käsitlemine kohtupraktikas. Koolitusmaterjal (allikas autori valduses).
89. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Outline edition. Study Group on a European Civil Code & Research group on EC Private Law (Acquis group). Sellier, 2009 – kättesaadav:
http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf
(01.05.2016)

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Kent Märjamaa, (sünnikuupäev: 21.10.1990),

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose “Ebakindel põhjuslik seos deliktiõiguses”, mille juhendaja on professor Janno Lahe;
 - 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace´i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, 02.05.2016