

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Eraõiguse osakond

Nele Laas

**VÄLISRIIGI ÕIGUSE KOHALDAMINE VÕRDLEV-ÕIGUSLIKU ARGUMENDINA
EESTI KOHTUPRAKTIKAS**

Magistritöö

Juhendaja
PhD Age Värv

Tallinn
2022

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
1. VÄLISRIIGI ÕIGUSELE VIITAMISE SAGEDUS.....	7
1.1. Viitamissagedust mõjutavad tegurid	7
1.2. Välisriigi õigusele viitamise sagedus Eestis	12
2. VÄLISRIIGI ÕIGUSELE VIITAMISE EESMÄRK JA LUBATAVUS	18
2.1. Välisriigi õigusele viitamise eesmärgid ja lubatavus – teoreetiline käsitlus.....	18
2.2. Välisriigi õigusele viitamise lubatavus Eestis.....	23
2.3. Välisriigi õigusele viitamise lubatavuse kriteeriumite järgimine Eesti kohtutes	23
2.3.1. Välisriigi õigusele viitamise eesmärk Eesti kohtupraktika põhjal.....	26
2.3.2. Millal on asjakohane viidata välisriigi õigusele Eesti kohtupraktika põhjal	29
2.3.3. Välisriigi õiguses oleva lahenduse sobivuse hindamine Eesti kohtupraktikas	37
3. VÕRDLEMISE OBJEKT JA PROTSESS	42
3.1. Õigusvaldkonnad ja küsimused mis ajendasid kohtuid viitama välisriigi õigusele	42
3.2. Võrdluse läbiviimine kohtus	47
3.3. Välisriigi õiguse allikad Eesti kohtupraktikas.....	55
KOKKUVÕTE	61
SUMMARY	66
KASUTATUD MATERJALID	71

SISSEJUHATUS

Välisriigi õiguse võrdlemine pakub huvi mitmetele huvigruppidele – seadusandjad, õigusteadlased, kohtud, õigus- ja advokaadibürood, haridusasutused jt. Võrdlemiseta ei saa ka ilma Euroopa Liidu institutsioonid, kelle eesmärk on ühtne õigusloome liikmesriikides, valdkondades, nagu intellektuaalomand, transport, merendus rahvusvaheline eraõigus, kaupade müük jne. Haridusasutused on huvitatud võrdlemisest eesmärgiga aidata õigustudengitel paremini aru saada õpitust. Piiriülese liikumise kasvades on erinevatel ettevõtetel ja asutustel omakorda vajadus ühtsete reeglite järgi, mistõttu vajadus võrdlemise järgi aina suureneb.¹

Õigusteadlased on huvitatud võrdlemisest eelkõige põhjusel, kuna see suurendab teadmisi siseriiklikust õigusest ja õigusega seotud aspektidest.² Eesti ühes tähtsaimas õigusteaduslikus ajakirjas *Juridica* avaldatakse arvukalt õigusteadlaste artikleid, mis põhinevad võrdleva käsitlusel. Näiteks on Paloma Krõõt Tupay avaldanud 2019. a. artikli „Opositsioon kui demokraatia. Kas Eesti õigusel on Saksa Bundestag'ilt õppida?“, milles keskendub opositsiooni käsitlusele Saksamaa Liitvabariigi õiguses kui võimalusele Eesti õiguse edasiarendamiseks.³ Kalev Saare 2020. aasta avaldatud artiklis „Kapitaliühingu juhatuse liikme esindusõigus. Seadusjärgsed piirangud sisesuhetes“ on samuti oluliseks osaks välisriigi õiguse võrdlemine.⁴ Aleksei Kelli, Age Värvi ja Irene Kulli 2021. aastal avaldatud artiklis „Tööstusomandi litsentsilepingu registreerimise regulatsioon *de lege lata et ferenda*“ on autorid toonud võrdluseks, millised vorminõuded on kehtestatud tööstusomandi litsentsilepingu registreerimisel näiteks Saksamaal, Austrias, Prantsusmaal, Ühendkuningriikides ja Tšehhis.⁵ Eelnev on tõestus sellest, kui oluline on Eesti õigusteadlaste jaoks võrdlemine välisriigi õigusega.

Seadusandja on huvitatud võrdlevast käsitlusest eelkõige olukorras, kus olemasolev õigusakt või õigusinstituut vajab uuendamist või lausa kogu õigussüsteem tuleb üles ehitada. Eesmärk on otsida

¹ Basedow, J. Comparative Law and its Clients. *American Journal of Comparative* 2014, lk 827-855.

² *Ibidem*, lk 827.

³ Tupay, P. K. Opositsioon kui demokraatia. Kas Eesti õigusel on Saksa Bundestag'ilt õppida? Tallinn: *Juridica* II, 2019.

⁴ Saare, K. Kapitaliühingu juhatuse liikme esindusõigus. Seadusjärgsed piirangud sisesuhetes. Tallinn: *Juridica* IX, 2020.

⁵ Kelli, A., Värvi, A., Kulli, I. Aleksei Kelli. Tööstusomandi litsentsilepingu registreerimise regulatsioon *de lege lata et ferenda*. Tallinn: *Juridica* X, 2021.

inspiratsiooni välisriigi õigusest. Peamiselt kasutavad seadusandjad eeskujuks riike, kellel on rohkem ressursse õiguse sisu edasiarendamiseks ja toimimise analüüsimiseks. Valdavalt väiksemates riikides, sealhulgas Eestis, sellised ressursid puuduvad, mistõttu tuleb vaadata väljapoole. Eelkõige tuleb valik teha nende riikide hulgast, kellega meil on sarnane õigussüsteem.⁶

Eesti seadusandja on läbi aegade otsinud inspiratsiooni erinevatest õigussüsteemidest. Kõige tihedamalt on Eesti olnud seotud Saksa õigusega.⁷ Praegu kehtivatele eraõiguse normidele on enim mõju avaldanud 1991. aastal alguse saanud eraõiguse reform, mis on tugevalt mõjutatud Saksamaa Liitvabariigi õigusest, eelkõige Saksa tsiviilkoodeksist BGB. Kuid lisaks Saksamaa õigusele on otsitud inspiratsiooni Eesti eraõiguse normide kujundamiseks veel näiteks Šveitsi tsiviilkoodeksist OR3 ja Hollandi tsiviilkoodeksist *Burgelijk Wetboek*.⁸ Siiski ei saa rääkida suurest Saksa õiguse mõjust ainult eraõiguse kontekstis, vaid ka avaliku õiguse ja karistusõiguse kontekstis.⁹ Karistusseadustiku koostamisel kasutati lisaks Saksa õigusele näiteks Soome, Rootsi, Austria jt riikide õiguse eeskujusid.¹⁰ Seega on Eesti seadusandja jaoks olnud võrdlemisel oluline roll, kuid on seda ka jätkuvalt.

Hea õigusloome ja normitehnika eeskirjade järgi peab seaduse väljatöötamiskavatsuses käsitlema Eestiga sarnase ühiskonnakorralduse ja õigussüsteemiga riikide lahendusi. Lisaks on seaduseelnõu seletuskirjas kohustus kirjeldada välisriigi seaduse rakendamise kogemust, juhul kui eelnõu väljatöötamisel on olnud eeskujuks teise riigi seadus.¹¹ Eeskirjad on kehtestatud juba üle kümne aasta tagasi. Irene Kulli hinnangul on võrdlemine Eesti-suguse väikeriigi jaoks vajalik ja ootuspärane „tööriist“, kuna Eestis puuduvad rahalised ja inimestega seotud ressursid siseriikliku õiguse loomisel, uuendamisel ja edasiarendamisel.¹² Eelnevast tulenevalt võib asuda seisukohale, et Eestis õigusteadlaste arvates üldiselt ja sh eriti õigusloomes on võrdlemisel oluline roll, mis

⁶ Kull, I. Comparative Law in Developing Court Practice in Small Jurisdiction - Mission Possible. *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, Vol. 43, Issue 1-2, 2013, lk 600-601.

⁷ Pärnamägi, I. Saksa mõju Eesti õiguses. *Õiguskeel*. Tallinn: 2014, p 8. Arvutivõrgus:

https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/illimar_parnamagi_saksa_moju_eeesti_oiguses.pdf (03.10.2021).

⁸ Kull, 2013, lk 590 -593.

⁹ Pärnamägi, I, p 2 Lähtepunkt; Ernits, M., Pikamäe, P., Samson, E., ja Sootak, J. Karistusseadustiku üldosa eelnõu. – Eelnõu lähtealused ja põhjendus. Juura, Õigusteabe AS. Tallinn: 1999, lk 9.

¹⁰ Ernits, M., Pikamäe, P., Samson, E., ja Sootak, J. Karistusseadustiku üldosa eelnõu. – Eelnõu lähtealused ja põhjendus. Juura, Õigusteabe AS. Tallinn: 1999, lk 9.

¹¹ Hea õigusloome ja normitehnika eeskiri § 1 lg 1 p 5 ja § 43 lg 1 p-d 6-7 - RT I, 29.12.2011, 228,

¹² Kull, 2013, lk 598.

võiks väljenduda ka kohtupraktikas. Võiks arvata, et kohtutel on välisriigi õiguse võrdlemisest kasu eriti olukorras, kus lahendust tuleb leida keerukale probleemile. Milline roll on välisriigi õigusel, sh mis ulatuses, millal, mis küsimustes, millisel eesmärgil Eesti kohtud välisriigi õigust võrdlev-õigusliku argumendina kasutavad, ei ole teada.

Eelnevast tulenevalt, kuna võrdlemine on Eesti-sugusele riigile oluline abivahend, siis on selle töö eesmärk välja selgitada, mis ulatuses, millal, mis küsimustes ja mis eesmärgil Eesti kohtud pöörduvad välisriigi õiguse poole ning milles võrdlemine seisneb. Töös uuritakse Eesti kohtupraktikat, milles kohtud on viidanud välisriigi õigusele võrdlev-õigusliku argumendina. Sellega seoses on töö eesmärk välja selgitada:

1. kui sageli Eesti kohtud viitavad välisriigi õigusele;
2. millisel eesmärgil Eesti kohtud viitavad välisriigi õigusele;
3. millistel tingimustel peavad Eesti kohtud lubatavaks välisriigi õigusele viitamist;
4. millistes küsimustes Eesti kohtud viitavad välisriigi õigusele ja milles võrdlemine seisneb.

Töös ei käsitleta neid lahendeid, milles kohus kohaldab välisriigi õigust, vaid üksnes neid lahendeid, milles on Eesti õiguse kohaldamisel võrdlusena viidatud välisriigi õigusele. Kuigi on teada vähemalt mõni näide,¹³ kus kohus kasutab võrdlev-õiguslikku argumenti, kuid ei viita sellele, siis see töö hõlmab üksnes neid kohtulahendeid, milles välisriigi õigusele on viidatud. Selles töös võib leida läbivalt ka selliseid väljendeid, nagu viidatakse välisriigi õigusele, kasutatakse või arvestatakse välisriigi õigusega. Töö parema loetavuse huvides peetakse eelmainitud väljenditega silmas, et Eesti õiguse kohaldamisel on võrdlusena viidatud välisriigi õigusele, v.a kui pole öeldud vastupidist.

Magistritöö kirjutamisel on kasutatud kombineeritud meetodit, kohtupraktika empiirilist analüüsi koos teoreetilise kirjanduses käibiva teooriaga. Uurimisküsimustele vastuste leidmiseks analüüsitakse viimase seitsmeteistkümne aasta Eesti kohtupraktikat, milles kohtud on viidanud välisriigi õigusele võrdlev-õigusliku argumendina. Peamiste allikatena on kasutatud Eesti kohtupraktikat kõigis kohtuastemetes ja nii tsiviil-, kriminaal- ja haldusajades aastatel 2004–

¹³ RKTk 3-2-1-76-10; RKTk 3-2-1-126-09.

2021. Kuna välisriigi õiguse võrdlemisest ja selle rollist kohtutes ei ole väga palju Eesti õiguskirjanduses käsitletud, siis on töös peamiselt tuginetud välisriigi õiguskirjandusele.

Töös püstitatud eesmärkide saavutamiseks analüüsiti 16 riigikohtu, 57 ringkonnakohtute ja 45 maakohutute lahendit (kokku 118 lahendit). Kohtulahendite leidmiseks on kasutatud Riigiteataja otsingusüsteemi ja ExtendLaw rakenduses leiduvat otsingusüsteemi. Lahendite leidmiseks kasutati järgnevaid märksõnu: Saksa, Šveits, Holland, Horvaatia, Austria, Rootsi, Norra, Taani, Soome, Läti. Eelviidatud märksõnade tulemusel saadud otsingutulemusi kitsendati järgnevate märksõnadega: kohtupraktika, õigus, õiguskirjandus, liikmesriikide kohtupraktika, Saksa Ülemkohus, Saksa Liitvabariik, ZPO, BGB jne. Riikide seas leidub Mandri-Euroopa õigussüsteemi kuuluvaid riike, sh Saksamaa, Šveitsi, Austria, kuid ka Eesti õigussüsteemist erinevaid liikmesriike, sh Soome, Rootsi, Taani, Norra.

Tulenevalt magistritöö eesmärgist on töö jaotatud kolmeks peatükiks. Esimeses peatükis antakse ülevaade sellest, kui sageli viitavad välisriigi õigusele liikmesriikide kõrgemad kohtud ning millised tegurid võivad viitamissagedust mõjutada ning kui sageli viitavad Eesti kohtud välisriigi õigusele erinevate kohtuastemete lõikes. Veel on ülevaade sellest, kelle ajendil välisriigi õigusele viidatakse – kas menetlusosaliste või kohtu enda ajendil. Teises peatükis keskendutakse õiguskirjanduses välja toodud käsitlusele, millisel eesmärgil kohtud viitavad välisriigi õigusele ja millisel eesmärgil on võrdlemine lubatud. Seejärel otsitakse vastust küsimusele, millal on Eesti kohtutes võrdleva õiguse kasutamine võrdleva argumendina asjakohane ning kas Eesti kohtud järgivad seda. Kolmandas peatükis keskendutakse eelkõige sellele, millistes küsimustes Eesti kohtud viitavad välisriigi õigusele ja milles võrdlemine seisneb. Ülevaade antakse ka allikate kohta, millele Eesti kohtud viitavad ja kui täpselt on viited esitatud.

Selle töö autorile teadaolevalt ei ole varem uuritud mis ulatuses, millal, mis küsimustes ja mis eesmärgil kohtud pöörduvad välisriigi õiguse poole. Välisriigi õiguse võrdlemist kohtutes on käsitlenud Irene Kull 2013. aasta artiklis¹⁴, kuid üksnes Riigikohtu lahendite põhjal.

¹⁴ Kull, I. Comparative Law in Developing Court Practice in Small Jurisdiction - Mission Possible. *Revue de Droit de l'Universite de Sherbrooke*, Vol. 43, Issue 1-2, 2013.

1. VÄLISRIIGI ÕIGUSELE VIITAMISE SAGEDUS

1.1. Viitamissagedust mõjutavad tegurid

Aastal 2021. ilmus ulatuslik uuring¹⁵, kus võrreldi 28 Euroopa riigi kõrgema kohtu viitamiste sagedust välisriigi õigusele aastatel 2000–2018 ja seda eraõiguse valdkonnas. Uuringu tulemusel selgus, et Eesti Riigikohus, võrreldes teiste Euroopa riikide kõrgemate kohtutega, viitab välisriigi õigusele märksa harvem. Uuringu tulemustest inspireerituna on selle töö üheks eesmärgiks selgitada välja, kui palju Eesti kohtud üldse viitavad välisriigi õigusele erinevate õigusvaldkondade ja kohtuastmete lõikes.

Viidatud üle-euroopalises uuringus jagati riigid viide gruppi järgnevate kriteeriumite põhjal: viitamiste koguarv, viitamiste suhtarv ja millise osa viidetest moodustasid ühele õigussüsteemile. Esimesse gruppi kuulusid sellised riigid, kus perioodil 2000–2018 tehti vähemalt 10 kohtuotsust, milles oli viidatud välisriigi kõrgemale kohtule ja viited moodustasid vähemalt 1% kõigist kohtotsustest ning ühele õigussüsteemile oli viidatud vähemalt 66% (*true followers*). Sellesse gruppi kuuluvad Austria, Küpros, Iirimaa ja Luksemburg. Riike seob omavahel see, et tegu on väiksemate riikidega ja neil on tihe seos välisriigiga, mille kohtuotsustele valdavalt viidati.¹⁶ Arvestades Eesti väiksust ja tihedat seotust Saksa õigussüsteemiga, võiks arvata et ka Eesti kuulub siia kategooriasse, kuid nii see ei ole. Uuringu tulemuste põhjal ei kuulu Eesti esimesse gruppi, kus viidati välisriigi õigusele sagedasti, vaid viiendasse, kus viidati välisriigi õigusele harva.

Viiendasse kategooriasse (*isolates*) kuuluvad riigid, kus tehti perioodil 2000–2018 alla 10 kohtuotsuse, milles viidati välisriigi kõrgemale kohtuotsusele. Koos Eestiga paiknevad viimases kategoorias veel sellised riigid, nagu Horvaatia, Soome, Kreeka, Ungari ja Rumeenia, kus viidati välisriigi kohtuotsusele vähem kui 5 korral. Läti ja Bulgaaria kõrgema kohtu otsustest ei leitud ühtegi viidet välisriigi kohtuotsusele.¹⁷

¹⁵ D'Andrea, S. jt. Asymmetric cross-citations in private law: an empirical study of 28 Supreme Courts in the EU. Italy: European University Institute - Paper LAW 2021.

¹⁶ *Ibidem*, lk 19-20.

¹⁷ *Ibidem*, lk 34-35.

Teise gruppi (*true comparatists*) kuulusid sellised riigid, nagu Malta, Holland ja Ühendkuningriigid, kes erinesid esimesest grupist selle poolest, et kohtuotsustes oli ühele õigussüsteemile viidatud vähem kui 66%. Seega teise gruppi kuuluvad samuti riigid, kus viidati välisriigi õigusele sagedasti, kuid riigid on võrreldes esimese grupiga märksa avatumad viitama erinevatele välisriikidele. Näiteks on Hollandi ülemkohtu kohtunikud olnud avatud viitama Saksamaa, Belgia, Prantsusmaa, Ühendkuningriigi, Austria, Itaalia, Rootsi, Taani, Kreeka, Luksemburgi ja Hispaania õigusele.¹⁸

Riigid, kus viidati välisriigi õigusele keskmiselt, kuulusid kolmandasse (*reluctant followers*) ja neljandasse (*reluctant comparatists*) gruppi, erinedes esimesest ja teisest grupist selle poolest, et kõigist viidetest kokku moodustasid viited alla 1%, ning kolmandat eristas neljandast see, et kolmandasse gruppi kuuluvad riigid viitasid ühele õigussüsteemile vähemalt 66%. Kolmandasse kuuluvad näiteks sellised riigid nagu Belgia, Tšehhi ja Slovakkia ning neljandasse Taani, Saksamaa, Rootsi, Leedu, Portugal, Sloveenia, Poola, Prantsusmaa, Itaalia ja Hispaania.¹⁹

Eelnev ilmestab kui erineva sagedusega võivad erinevate riikide kohtud välisriigi õigusele viidata. Ilmselt kõige suurem erinevus viitamisel esineb nende riikide vahel, kes välisriigi õigust kasutavad ja soosivad ja nende vahel, kes ei kasuta ja ei soosi välisriigi õigusega arvestamist.²⁰ Näiteks Ameerika Ühendriikides ei oma välisriigi õigusele viitamine mingisugust tähtsust. Sealsetes kohtutes ei soodustata võrdlemist välisriigi õigusega, mistõttu ka ei viidata välisriigi õigusele.²¹ Varasemalt on teada kohtunikke, sh Antonin Scaliat, kelle arvates ei ole välisriigi õigusarvamusel nende kohtutes kohta. Kuigi vaatamata välisriigi õiguse tähtsusetusel sealses õigusemõistmisel, on täheldatud viimastel aastatel suhtumise mõningast muutust.²²

Viitamissagedust mõjutab oluliselt ka, millisel positsioonil on välisriigi õigus allikana siseriiklikus õigussüsteemis. Olenevalt riigist võib õiguse allikas tähendada sisu poolest erinevaid asju. On

¹⁸ D'Andrea, lk 23-24.

¹⁹ D'Andrea, lk 26-32.

²⁰ Markesinis, B., Fedtke, J. The Judge as Comparatist. Tulane Law Review, vol. 80, no.1, 2005, lk 26-47.

²¹ Smits, J. M. Comparative Law and its Influence on National Legal Systems. — Reimann, M., Zimmermann, R. The Oxford Handbook of Comparative Law. Second edition. Oxford University Press, 2019, lk 510-511.

²² Andenas, M., Fairgrieve, D. Courts and Comparative Law. Andenas, M., Fairgrieve, D., Courts and comparative law, Oxford 2015, lk 10.

riike, kus allikast saab rääkida ainult siis, kui see on siduv ja on riike, kus allikas ei ole siduv, mistõttu allika kasutus on vabatahtlik.²³ Saksamaal on näiteks välisriigi õigusele viitamine vabatahtlik, kuid seda juhtub pigem harva ja valdavalt romaani-germaani õigusperekonna siseselt.²⁴

Õiguskirjanduses leidub veel mitmeid seisukohti selle kohta, mis võib avaldada mõju viitamissagedusele. András Jakabi jt hinnangul sõltub viitamissagedus eelkõige kohtunike keeleoskusest ja kas neil on analüüsi tegemiseks piisavalt aega.²⁵ Näiteks on teada juhtum, kus Hollandi kohus soovis tutvuda Kreeka kohtuotsusega, milles käsitleti käibemaksu tagasinõudmist, kuid takistuseks sai kontekstist arusaamine ja keeleoskus.²⁶ Uuringutest on välja tulnud, et akadeemilise taustaga kohtunikud näivad olevat avatumad välisriikide õiguse suhtes ja üheks põhjuseks võib olla võõrkeelte parem valdamine.²⁷

Keeleoskust ja selle võimalikku mõju kinnitab ka asjaolu, et üle-euroopalises uuringus kuulusid esimesse gruppi ehk kõige sagedamate viitajate hulka sellised riigid, kus viidati valdavalt ühise keeleruumiga välisriigi kõrgema kohtu otsustele. Näiteks Iirimaa viitas valdavalt Ühendkuningriikide kõrgema kohtu otsustele ja Austria viitas Saksamaa kõrgema kohtu otsustele.²⁸ Seega võib riikide (sh Eesti) puhul peamiseks takistuseks välisriigi kohtuotsustele viitamisel olla keelebarjäär. Samas leidis ka jälle mitmeid vastupidised näiteid: Ühendkuningriikide puhul, kui varem viitasid kõrgema kohtu kohtunikud kõige rohkem Austraalia, Kanada ja Uus-Meremaa õigusele,²⁹ siis viimastel aastatel, vaatamata keelebarjäärile, viidatakse kõige sagedamini Saksamaa ja Prantsusmaa kõrgema kohtute kohtuotsustele³⁰. Muutuse üheks põhjuseks võib olla parem ligipääsetavus välisriigi õigusele võrdleva õiguskirjanduse kaudu.³¹ Nii aitavad keelebarjääri ületada ja sellega ühtlasi tõsta ligipääsetavust välisriigi õigusele

²³ Faust, F. Comparative Law and Economic Analysis of law. Reimann, M., Zimmermann, R. The Oxford Handbook of Comparative Law. Second edition. Oxford University Press, 2019, lk 882.

²⁴ D'Andrea, lk 30.

²⁵ Jakab, A. Juridical reasoning in constitutional courts: a European perspective. - German Law Journal August 2013, pp 1253-1254.

²⁶ Mak, E. Why do Dutch and UK judges cite foreign law? Cambridge Law Journal 70 (2), 2011, p 440.

²⁷ *Ibidem*, p 448.

²⁸ D'Andrea, lk 35-36.

²⁹ Mak, 2011, p 436.

³⁰ D'Andrea, lk 23.

³¹ D'Andrea, lk 436.

õigusteadlaste tööd. Viimane eeldab piisavate ressursside olemasolu, mida kindlasti Ühendkuningriikidel jagub rohkem kui näiteks Eestil.

Isegi kui kohtunikud valdavad keelt, võib viitamise sagedust mõjutada allikate kättesaadavus. Näiteks on riike, kus kohtuotsuste põhjendused ei ole avalikud või on asjakohaste kohtulahendite leidmine keeruline. Samas võib informatsiooni olla ka liiga palju, mistõttu kohtunikud ajasurve tõttu jätavad selle kõrvale.³² Eestis aitab olemasoleva siseriikliku normi eeskujuks olnud sätte ülesleidmisel Eesti seaduse kommentaarides leitav viide normi eeskujuks olnud normile. Samas on võrreldes Eestis kehtivate seaduste üldarvuga olemas üksnes vähesed kommentaarid. Ka Irene Kulli hinnangul on Eesti kohtutes võrdlemine piiratud peamiselt seetõttu, et välisriigi õiguse leidmine ja selle kättesaamine ei ole alati kõige lihtsam ülesanne. Samas, mida aeg edasi, seda kättesaadavamaks muutuvad allikad tänu tehnoloogia arengule ja ka Euroopa Liidu riikide üha enam ühtlustatuma seadusandluse kaudu. Lisaks toob Irene Kull välja, et kohtud pöörduvad välisriigi õiguse poole seetõttu, kuna menetlusosalised pööravad sellele tähelepanu. Viimane väide eeldab, et kohtunikud nõustuvad ja arvestavad menetlusosaliste võrdlev-õigusliku argumentidega, mis põhinevad välisriigi õigusel. Lisaks ei näe ta esimese ja teise astme kohtuid kasutamas välisriigi õigust, ilma et menetlusosaline sellele tähelepanu pööraks.³³

Matthias E. Storme lisab veel ühe mõjutegurina ajaloolise ehk päritolu argumendi. Ajaloolise argumendi puhul on reegel ajalooliselt sama päritoluga või on seadusandja reegli tahtlikult ise laenanud välisriigi õigusest. Tavaliselt on välisriigi õiguse kasutamine ka õigustatud, kui ajalooline argument on asjakohane.³⁴ Samas ei pruugi ajaloolisel argumendil olla mõju näiteks olukorras, kui mõni riik tahab näidata oma sõltumatust teisest riigist.³⁵ Jan M. Smitsi nimetab neid poliitilisteks mõjuteguriteks. Viitamiste arvu võib mõjutada ka õigusnormi rakendamise juhiste olemasolu või nende puudumine siseriiklikus õiguses. Juhiste piisaval olemasolul ei ole vajadust võrdlev-õigusliku argumendi järgi, kuid nende puudumisel suureneb tõenäosus välisriigi õigusega tutvumiseks.³⁶

³² Finck, M. Comparative Reasoning in European Supreme Courts. *European Public Law*, vol. 22, no. 1, March 016, lk 172.

³³ Kull, 2013, lk 599.

³⁴ Storme, M. E. On the Use of Foreign Law. - *European Review of Private Law*, vol 21, no 3, 2013, p 684.

³⁵ Smits, J. M. *The Oxford Handbook of Comparative Law*, lk 519-521.

³⁶ *Ibidem*, lk 514- 516.

Jan M. Smitsi toob üllatava tegurina välja veel rahvaarvu. Tema hinnangul tekib suurema rahvaarvuga riikides vähem nn uusi probleeme, millele varem pole lahendust otsitud, mistõttu puudub vajadus otsida lahendusi mujalt. Väiksema rahvaarvuga riikide puhul jälle vastupidi, mistõttu uute probleemide korral on rohkem põhjust pöörduda välisriigi õiguse poole. Ta toob oma teooria kinnituseks näite Luksemburgist, kus sealsetes kohtutes viidatakse märksa sagedamini välisriigi õigusele kui suurriikides.³⁷ Seega arvestades Eesti rahvaarvu, peaksime kuuluma nende riikide hulka, kus välisriigi õigusele viidatakse pigem rohkem kui vähem. Michal Bobeki lisab veel, et mida väiksem ja noorem on riik, seda suurem tõenäosusega sealsed kohtud pöörduvad välisriigi õiguse poole.³⁸

Jürgen Basedow hinnangul võib viitamissagedust mõjutada ka kohtuniku haridus. Tema arvates piirduvad võrdlused koolides üksnes välisriigi õigusnormi ja selle eesmärgi hindamisega.³⁹ Eesti õigushariduses võrdleva õiguse meetodeid kohustuslikus korras ei õpetata ja seda ei tehta ka mujal Euroopa suurriikides, näiteks Prantsusmaal.⁴⁰ Seega võib mõjutada viitamissagedust kohtuniku osavus võrdluste läbiviimisel. Mõnevõrra võib viitamissagedust mõjutada ka välisriigi kohtu prestiiž. Näiteks Hollandi tsiviilasjade puhul otsitakse mõtteid Ameerika Ühendriikide ja Saksamaa õigussüsteemidest, kuna kohtud on tuntud oma eriteadmiste ja töö kvaliteedi poolest.⁴¹ Ühes mitme aasta (2014) taguses uuringus leiti samuti, et näiteks riikidele, kus korruptsiooni näitajad on kõrged, ei viidata.⁴²

Kuigi kõik eelnimetatud tegurid võivad avaldada mõju viitamissagedusele, siis hiljutises üle-euroopalises uuringus ei ilmnenu ühtegi ühist tegurit, mis iseloomustaks näiteks ainult neid riike, kus viidatakse välisriigi õigusele sagedasti, keskmiselt või harva. Eelkõige ei tuvastatud seost nt viitamissageduse ja riigi suuruse, geograafilise läheduse, ulatuslikku seost välisriigi õigussüsteemi, ühise õigusajaloo ja õigustraditsioonide vahel. Ei leidnud kinnitust seisukoht,

³⁷ Smits, J. M. *The Oxford Handbook of Comparative Law*, lk 514- 516.

³⁸ Finck, M. *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*. *European Public Law*, vol. 22, no. 1, March 016, lk 172.

³⁹ Basedow, 2014, lk 838.

⁴⁰ Fauvarque-Cosson, B. *Development of Comparative Law in France*. — Reimann, M., Zimmermann, R. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Second edition. Oxford University Press. Oxford: 2019, lk 43-44.

⁴¹ Mak, 2011, p 439.

⁴² Gelter, M., and Siems, M. M. *Citations to Foreign Courts - Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable - Evidence from Europe*. *Sine loco: American Journal of Comparative Law*, vol. 62, no. 1. 2014, lk 21.

justkui väiksemate riikide kõrgemates kohtutes viidatakse, võrreldes suurriikidega, sagedamini välisriigi õigusele. Viimast ilmestab asjaolu, et üle-euroopalises uuringus oli väikeriikide seas neid riike, kus viidati välisriigi õigusele nii sagedasti, keskmiselt kui ka harva⁴³. Ka eespool viidatud mitme aasta taguses uuringus, kus uuriti 10 Euroopa riiki (Austria, Belgia, Ühendkuningriigid, Prantsusmaa, Saksamaa, Iirimaa, Itaalia, Šveits, Holland, Hispaania) ei leitud olevat seost viitamissageduse ja riigi suuruse, õigussüsteemi kuuluvuse ega ka geograafilise läheduse vahel.⁴⁴

Huvitav oli üle-euroopalise uuringute läbiviijate tähelepanek, et enamuse endise idabloki liikmesriikidest, sh Eesti, Bulgaaria, Läti, Ungari, Rumeenia viitavad välisriigi õigusele harva või siis on väga lähedal sellele. Üle-euroopalise uuringu läbiviijate arvates võib madala viitamissageduse põhjuseks olla kohtunike avatuse puudumine, keelebarjäärid ja võimalik, et ka kohtupraktika kättesaadavus.⁴⁵ Kõigis endise idabloki liikmesriikides on ka erinev keel, mistõttu võib üheks suuremaks mõjuteguriks olla keeleoskus.

Eelnevast tulenevalt on esmalt välisriigi õigusele viitamise eelduseks viitamise lubatavus ja õiguskirjanduses leiduvad tegureid, mis võivad mõjutada viitamissagedust, võib jagada kolmeks: (i) riigiga seotud näitajad, (ii) kohtunikuga seotud näitajad ja (iii) välisriigiga seotud näitajad. Esimesse gruppi kuulub riigi suurus ja rahvaarv, ajalugu, geograafiline paiknevus, õigusperekonda kuuluvus, õigussüsteemi päritolu jne. Kohtunikuga seotud tegurite hulka võib paigutada keeleoskuse, võrdlemiseks läbiviidava aja olemasolu, hariduse ja avatuse välisriigi õigusele ja viimasesse allikate kättesaadavuse ja välisriigi kohtu prestiiži. Hindamaks, miks osa riike viitab välisriigi õigusele sagedasti, keskmiselt või harva, tuleb otsida eelmainitud tegurite seast, hinnates nende omavahelist koosmõju.

1.2. Välisriigi õigusele viitamise sagedus Eestis

Üle-euroopalises uuringus leiti, et Eesti Riigikohus on viidanud välisriigi õigusele perioodil 2000–2018 kolmel korral. Selle uuringu raames, mis käsleb endast perioodi 2004–2021, on Riigikohus viidanud välisriigi õigusele kahel korral tsiviilasjades. Ringkonnakohtud viitasid 22-l (12 tsiviil-

⁴³ D'Andrea, lk 45-46.

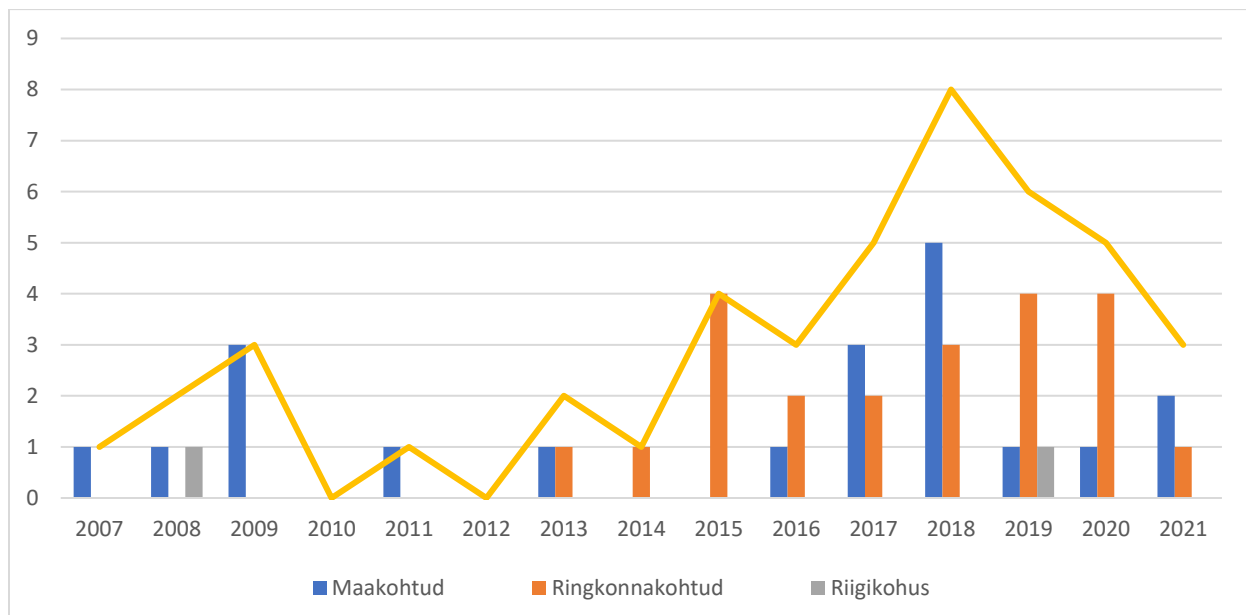
⁴⁴ Gelter, lk 21.

⁴⁵ D'Andrea, lk 37.

ja 10 kriminaalasja) ja maakohtud 20-l (9 tsiviil-, 7 kriminaal-, 3 haldus ja 1 väärteoasi) korral. Kõigist lahenditest moodustasid viited välisriigi õigusele vähem kui 1% nii kohtuastmete kui ka õigusharude lõikes. Seega sarnaselt Riigikohtuga viitavad välisriigi õigusele nii maakohtud kui ka ringkonnakohtud pigem tagasihoidlikult.

Kuigi valim hõlmas alates 2004. aastast tehtud kohtuotsuseid, siis esimest korda viitasid maakohtud välisriigi õigusele 2007. aastal, Riigikohus 2008. aastal ja ringkonnakohtud 2013. aastal. Alates 2015. aastast on märgata viitamiste olulist tõusu võrreldes varasemaga. Perioodil 2015–2021 on viitamiste arv aasta lõikes vahemikus 3 kuni 8 (keskmine 4,7), enne seda vahemikus 0 kuni 3 (keskmine 1,25) (vt joonist 1). Tõusutrendile on süüteasjades kaasa aidanud üks kohtunik, kes viitab aktiivselt välisriigi õigusele süüasjades ja kelle viited perioodil 2017–2021 moodustasid peaaegu poole kõikidest kohtute viidetest (viiteid kokku 12. süüasjas). Põhjuseks võib olla ka välisriigi õiguse allikatele parem ligipääs. Alates 2015. aastast on peamiselt kasutatud võrdlev-õiguslikku argumenti tsiviil- ja kriminaalasjades.

Joonis 1. Viitamissagedus kohtuastmete lõikes perioodil 2007–2021



*Perioodil 2004–2006 puudusid viited välisriigi õigusele.

Kõige aktiivsemini viitas välisriigi õigusele menetlusosaline (58 %), siiski ei ole võrreldes kohtuga erinevus märkimisväärne (42 %). Samas tuleb arvestada asjaoluga, et kohtuotsuse teksti põhjal ei

ole võimalik alati välja selgitada, kas kohtu viite taga ei ole tegelikult menetlusosalise sellekohane märkus. Siiski ei muuda see fakti, et menetlusosaline on võrreldes kohtuga aktiivsem viitaja. Kohtuastmete lõikes oli kõige suurem erinevus Riigikohtuga, kus viitasid peamiselt välisriigi õigusele menetlusosalised (ca 83 % juhtudest). Seega võib öelda, et Eesti kohtutes viitab välisriigi õigusele aktiivsemalt menetlusosalised, kuid esimese ja teise astme kohtutes ei ole erinevus võrreldes kohtutega siiski oluline (vt tabelit 1).

Kuigi menetlusosalised viitasid välisriigi õigusele võrreldes kohtutega rohkem, siis on tähelepanuväärne asjaolu, et välisriigi õiguse argumentiga nõustus kohus ainult kahel juhul. Ühel juhul nõustus menetlusosalise argumentiga Harju Maakohus⁴⁶ ja teisel korral nõustus menetlusosalise võrdlev-õigusliku argumentiga Tallinna Ringkonnakohus.⁴⁷ Riigikohus ei arvestanud menetlusosalise võrdleva argumentiga ühelgi korral. Harju Maakohus arvestas 2020.⁴⁸ aastal menetlusosalise argumentiga, kuid kasutas menetlusosalise argumenti tema enda vastu. Menetlusosaline tõi välja, et Saksamaa kohtupraktikas on piirkiiruse ületamine sõidukijuhtide tavaline viga ning selleks, et tegemist oleks raskest hooletusest tingitud liiklusõnnetusega, peavad esinema veel täiendavad tegurid: libedus, tugev vihm, löökaugud, piiratud nähtavus, kurviderohke tee jne. Kohus leidis, et peale piirkiiruse rikkumise oli täiendavaks teguriks juhi kogenematus.

Teisel korral nõustus menetlusosalise seisukohaga Tallinna Ringkonnakohus 2013. aastal⁴⁹ vaatamata sellele, et esimese astme kohus oli arvanud teisiti. Ringkonnakohtu hinnangul ei saanud nõustuda maakohtu seisukohaga, mille kohaselt annakuna saadud korteriomandiga tagatud nõude peavad tasuma pärijad, kuna seadus eeldab pärandaja tegelikust tahtest lähtumist pärimisseadusest § 28. Ringkonnakohus nõustus menetlusosalisega, et lähtuda tuleks Saksa õigusteooriast, mille järgi läheb eelduslikult annakuga tagatud nõude tasumise kohustus annakuga kaasa, kui kohustus on seotud annaku esemega.

Arvestades, et üldse kokku on menetlusosalised viidanud välisriigi õigusele 54 lahendis ja sellest ainult kahel korral arvestas kohus menetlusosalise argumentiga, siis ei pea paika õiguskirjanduses

⁴⁶ HMKo 03.04.2020, 2-18-14923/50, p 17.

⁴⁷ TlnRnKo18.06.2010, 2-08-13577/29.

⁴⁸ HMKo 03.04.2020, 2-18-14923/50.

⁴⁹ TlnRnKo 30.12.2013, 2-12-10643/36.

leiduv väide, et Eestis kohtud pöörduvad välisriigi õiguse poole peamiselt siis, kui menetlusosalised pööravad sellele tähelepanu. Samuti ei pea paika seisukoht, mille järgi ei peeta tõenäoliseks, et madalama astme kohtud pöörduksid välisriigi õiguse poole, ilma et menetlusosaline sellele tähelepanu pööraks. Nagu eelpool mainitud, siis nii maakohututes kui ka ringkonnakohtutes ei olnud märkimisväärselt erinevust kohtute ja menetlusosaliste vahel selles, kes välisriigi õigusele viitab (vt tabelit 1).

Tabel 1. Välisriigi õigusele viitaja Eesti kohtutes

Kohtu nimi/välisriigi õigusele viitaja	kohus	menetlusosaline
maakohutud	44 % (20)	56 % (25)
ringkonnakohtud	47 % (22)	53 % (25)
Riigikohus	17 % (2)	83 % (10)
I, II ja III astme kohtud	42 % (44)	58 % (60)

Põhjuseid, miks Eesti kohtud viitavad välisriigi õigusele harva, võib olla mitmeid. Üle-euroopalise uuringu autorite arvates võib Eesti Riigikohtu tagasihoidlikku viitamist eraõigusasjades põhjendada keelebarjääri, kohtunike avatuse puudumise ja kohtupraktika kättesaadavusega. Selle töö autor ei näe takistusi, miks välja toodud põhjendusi ei võiks üle kanda ka maakohututele ja ringkonnakohtutele. Seda enam, et Eesti õiguskirjanduses on samuti peetud võrdlemisel Eesti kohtutes peamiseks takistuseks allikate leidmist ja ligipääsetavust.⁵⁰ Tõsi, allikate kättesaadavuse probleemile on viidatud juba 2013. aastal, kuid siiski ei ole välistatud, et probleem püsib endiselt. Viimast takistust võib süvendada ka näiteks ajapuudus, eriti kui võrdlemiseks vajaminevate allikate otsimine on keeruline ja seetõttu ajamahukas. Keeleoskus võib võrdlemisel samuti olla takistuseks, kuna arvestades Eesti väiksust, ei ole eesti keeles kättesaadav piisaval hulgal õiguskirjandust, mis käsitleks välisriigi õigust. Kohtulahendite analüüsi käigus selgus, et võrreldes varasemaga, on kohtud hakanud viiteid välisriigi õigusele tegema läbi Eestis leiduva kirjanduse, just viimase nelja aasta jooksul.

⁵⁰ Kull, 2013, 598 ja 600.

Kolmas põhjendus, mis puudutab kohtunike avatust välisriigi õigusele, on pigem varjatud iseloomuga. Kuid selge on see, et isegi kui kohtunikul on vajalik keeleoskus ja ligipääs allikatele, võib kohtuniku meelsus välisriigi õiguse suhtes oluliselt mõjutada viitamissagedust. Kuigi kohtud ei ole seotud menetlusosaliste õiguslike põhjendustega⁵¹, võib kohtunike avatust mõnevõrra avada asjaolu, et mitmel juhul (40 %) ei pidanud maakohtud ja ringkonnakohtud vajalikuks põhjendada menetlusosalise võrdlev-õigusliku argumendiga mitteamvestamist. Riigikohus ei pidanud vajalikuks põhjendada menetlusosalise võrdlev-õigusliku argumendiga mitteamvestamist täpselt pooltel kordadel. Siiski ollakse seisukohal, et kohus ei tohiks jätta menetlusosalise võrdlev-õigusliku argumendi tähelepanuta.⁵²

Kuigi kohtud ei eitanud välisriigi õigusega arvestamist, siis leidis vähemalt üks lahend, kus polnud päris selge, kas kohus siiski jaatab välisriigi õiguse kasutamise võimalust. Näiteks Tallinna Ringkonnakohtu tsiviilkolleegiumi 23. mai 2017. a. tsiviilasjas nr 2-16-11715/26 tõi hageja selgelt esile, et viide Saksa õigusele ja õiguskirjandusele on analoogia eesmärgil, kuid kohus jättis hageja võrdleva argumendi tähelepanuta, leides, et vaidlust pole selles, et käesolevas asjas kuulub kohaldamisele Eesti õigus. Eelnevast tulenevalt jäi selgusetuks, kas kohus leidis, et viide välisriigi õigusele on asjakohatu või kohus eitab välisriigi õiguse kasutamist.

Kuigi kohtud jätsid pea pooltel kordadel põhjendamata menetlusosalise võrdlev-õigusliku argumendiga mitteamvestamist, siis üle poolte kordade kohtud seda tegid. Põhjendustest joonistus välja, et menetlusosalised olid viidanud välisriigi õigusele, sh kohtupraktikale, mis ei olnud olemasoleva juhtumiga analoogne⁵³ või välisriigi õigusele viitamine ei olnud asjakohane, kuna kohtupraktika on olemas või Eesti õiguses on küsimus juba lahendatud⁵⁴. Kõigist kohtulahenditest kokku üle poole moodustasid menetlusosaliste viited välisriigi õigusele, mistõttu töö autori arvates kasutaksid kohtud välisriigi õigust võrdlemiseks aktiivsemalt, kui menetlusosalised esitaksid asjakohasemaid võrdlev-õiguslikke argumente.

⁵¹ TsMS § 436 lg 7, TsMS § 652 lg 8 ja TsMS § 688 lg 2.

⁵² Kull, 2010, lk 469.

⁵³ HMKo 08.11.2011, 2-07-44566, p 14; TrHko 05.08.2014, 3-14-50988, p 8; TlnHko 27. 01.2012, 3-11-148, p 17; HMKo 09.07.2010, 2-09-43011/20; TrHko 03.05.2019, 3-18-468, p 18; PMKo 26.11.2012, 2-10-43806/40.

⁵⁴ TlnRnko 30.06.2015, 2-13-50257/36, p 33; TlnRnko 13.12.2005, 2-2/1714/05; TrRnko 26.10.2010, 3-09-2365/33, p 11.

Arvestades seda, millist olulist rolli mängib võrdlemine Eestis õigusteadlaste jaoks üldiselt ja sh eriti õigusloomes, võib kohtute aktiivsust välisriigi õiguse kasutamisel hinnata madalaks. Madalat aktiivsust võib põhjendada asjaoluga, et välisriigi õiguse allikaid ei ole lihtne leida ja neile ligi pääseda. Viimane põhjus on õiguskirjanduses leidnud mitmel korral tähelepanu. Lisaks on veel põhjustena välja pakutud keelebarjääri ja kohtunike avatust välisriigi õigusele. Paika ei pea õiguskirjanduses välja pakutud oletus, justkui kohtud pöörduvad peamiselt välisriigi õiguse poole, kui menetlusosalised sellele tähelepanu pööravad. Siiski ei ole välistatud, et kui menetlusosalised esitaksid kohtule kvaliteetsemaid võrdlev-õiguslikke argumente, siis kasutaksid kohtud välisriigi õigust aktiivsemalt. Vaatamata sellele, kuigi Eesti kohtute jaoks ei oma välisriigi õigus sellist rolli nagu õigusteadlaste, sh seadusandjate jaoks, siis on näha viimaste aastate jooksul teatavat tõusutrendi. Tõusutrendile on oma suure panuse andnud üks aktiivne kohtunik, aga võimalik et ka välisriigi õiguse allikatele parem ligipääs.

2. VÄLISRIIGI ÕIGUSELE VIITAMISE EESMÄRK JA LUBATAVUS

2.1. Välisriigi õigusele viitamise eesmärgid ja lubatavus – teoreetiline käsitlus

Välisriigi õiguse kasutamine seadusandjate poolt, eesmärgiga ammutada inspiratsiooni välisriigi õigusest, on vähem vastuolulisem kui välisriigi õiguse kasutamine võrdlev-õigusliku argumendina kohtutes. Jürgen Basedow hinnangul võib peamine põhjus peituda asjaolus, mille kohaselt esimesel juhul luuakse õigust ja teisel juhul õigust rakendatakse.⁵⁵ Jan M. Smitsi arvates see, et võrdleva õiguse kasutamise vajadus tekib juhul, kui seaduses on lünk või valitseb ebaselgus, pole eriti veenev. Ta põhjendab seda sellega, et seadustes on alati esinenud lüngad ja ebaselgused, kuid riigid on saanud hakkama ainult siseriiklike allikate abiga. Samas ta rõhutab, et kuigi varem on saadud hakkama ilma võrdleva argumendita, siis otstarbekuse kaalutlustest lähtudes on võrdleval argumendil siiski oluline roll praeguses õigusemõistmises.⁵⁶ See, kui oluline roll, sõltub, millistel põhjustel kohtud võrdlevat argumenti kasutavad.⁵⁷ Välisriigi õiguse kasutamise eesmäärke on mitmeid, samuti põhjuste kategoriseerimise viise.⁵⁸

Alexandra Mercescus toob välja, et võrdlemise eesmärk kohtus on pigem praktilist laadi, eelkõige kuidas lahendada õigusküsimusi, kuid lisab, et õigusküsimuste lahendamisel ei piisa üksnes seaduste võrdlemisest.⁵⁹ Damiano Canale hinnangul viitavad kohtud välisriigi õigusele esiteks siis, kui siseriiklik õigus ei ole selge ning välisriigi õigus aitab seaduse sisu ja mõtte väljaselgitamisel, teiseks, kui seaduses on lünk, või kolmandaks, kui kohus otsib juba olemasolevale lahendusele toetust.⁶⁰ John Bell arvab, et üheks eesmärgiks, miks kohtud pöörduvad välisriigi õiguse poole, on põhjendustele väärtuse lisamine.⁶¹ András Jakabi lisab, et kuigi võrdleval õiguse argument ei ole siduv, siis näitab argumentide leidmine välisriigi õigusest kohtuotsuse hoolikat kaalumist.⁶²

⁵⁵ Basedow, lk 5; Kull, I. Eesti tsiviilõiguse allikate tugev ja nõrk kohustuslikkus. *Juridica VII*. Tallinn: 2010, lk 469.

⁵⁶ Smits, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, lk 508.

⁵⁷ Basedow, lk 822.

⁵⁸ Smits, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, lk 508.lk 508.

⁵⁹ Mercescu, A. Comparative Law in the Negative: How Not to Compare Now. *Romanian Journal of Comparative Law*, vol. 5, no. 2, 2014, lk 224.

⁶⁰ Canale, D. Comparative Reasoning in Legal Adjudication. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 28, no. 1, 2015, lk 10-15

⁶¹ Bell, J. Comparative law in the Supreme Court 2010-11. *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 2012, p 24.

⁶² Jakab, 2013, p 1252.

Thijmen Koopmansi hinnangul pöörduvad kohtud välisriigi õiguse juurde kahel juhul: esiteks siis, kui seistakse silmitsi probleemiga, millele on vaja leida lahendus; teiseks siis, kui olemasolev seisukoht või otsus vajab õigustust. Õigustuse argument võib olla esitatud ka koos teiste argumentidega.⁶³ Jan M. Smitsi jagab õigustuse argumendi omakorda kaheks: esiteks illustreeriva näitena, millest võib kohtutel olla kasu olukordades, kus on vaja kas tõrjuda või leida kinnitust leitud lahendusele. Teiseks on argumendid, mille puhul kohus viitab otse välisriigi või rahvusvaheliselt tunnustust leidnud lahendusele, mida soovitakse otse üle võtta siseriiklikku õigusesse. Ta rõhutab, et välisriigi lahendust ei ole võimalik siiski lihtsalt niisama üle võtta, kuna see eeldab selgitust, miks lahendus on teistest saadaolevatest lahendustest parim.⁶⁴ Viimase puhul võib üles kerkib võrdleva argumendi lubatavuse küsimus, kuna juhul, kui lahendus mida soovitakse üle võtta siseriiklikku õigusesse ilma kaalumata ja põhjendamata selle sobivust, võrdub välisriigi õiguse rakendamisega. Jan M. Smitsi tõdeb, et alati ei ole lihtne eristada, millisel eesmärgil kohus välisriigi õigust kasutab, eriti olukorras, kus kohtu otsuse põhjendustest ei tule selgelt välja, millisel eesmärgil kohus välisriigi õigusele viitas.⁶⁵

Jan M. Smitsi lisab ka veel kolmanda eesmärgi, mille eripära on see, et kohtud viitavad välisriigi õigusele, aga ei ole selge, millisel põhjusel seda tehakse, edaspidi ka kui retooriline eesmärk. Põhjuseid, miks seda kasutatakse, on erinevaid. Üks põhjus võib olla näiteks kohtuniku soov näidata oma oskusi ja teadmisi, üritades selliselt tõendada oma töö kõrget kvaliteeti. Siiski puudub sellisel argumendil igasugune mõju kohtu otsusele.⁶⁶ Kohtunik võib pöörduda ka välisriigi õiguse poole näiteks inspiratsiooni saamise eesmärgil, aga samas tuleb arvestada, et kui materjaliga tutvutakse vaid inspiratsiooni eesmärgil, siis ei ole neid viidetena vaja lisada. Siiski aitab selliste materjalide lugemine tõlgenduslikku mõttetegevust avardada. Julia Laffranque'i arvates ei tohiks olla võrdlemine eesmärk iseenesest, vaid pigem vahend parima lahenduse saavutamiseks.⁶⁷

Irene Kulli hinnangul pöörduvad Eestis kohtud välisriigi õiguse poole peamiselt siis, kui menetlusosalised pööravad sellele tähelepanu või kui tegemist on väga keeruka ja kompleksse

⁶³ Koopmans, T. Comparative law and the courts. - International & Comparative Law Quarterly, 1996, 45(3), lk 550.

⁶⁴ Smits, lk 512-513.

⁶⁵ *Ibidem*, lk 513.

⁶⁶ *Ibidem*, lk 513, 512-514.

⁶⁷ Laffranque, J. Judicial Borrowing: International & Comparative Law as Nonbinding Tools of Domestic Legal Adjudication with Particular Reference to Estonia. International Lawyer (ABA), vol. 42, no. 4, 2008, lk 1290.

küsimusega või kui soovitakse olla kindlad, et kõrgem kohus ei tühista nende tehtud otsust.⁶⁸ Eelnevas peatükis selgus, et esimene põhjendus ei pea paika, kuna Eesti kohtud menetlusosalise võrdlev-õigusliku argumendiga ei arvesta. Alles hiljutises Euroopa liikmeriikide kõrgema kohtu kohtunike seas läbiviidud uuringute tulemused näitasid, et Euroopa kõrgema kohtu kohtunikud pöörduvad peamiselt välisriigi õiguse poole siis, kui tekkinud on küsimus, mida varasemalt ei ole käsitletud ning millele ei leidu ka rahuldavat vastust siseriiklikust õigusest. Kohtunikud on pöördunud välisriigi õiguse poole ka siis, kui tegemist on ühiskonnas väga olulise küsimusega, mis nõuab eriti tugevat ja veenvat argumentatsiooni või kui soovitakse tõsta kohtuotsuse kvaliteeti ja ka autoriteeti, aga ka olukorras, kus on vajadus määrata ja selgitada kohtu seisukohta rahvusvaheliste arengute valguses.⁶⁹ Arvestades, et uuring viidi läbi kõrgema kohtute kohtunike seas, siis võib vähemalt viimase eesmärgi puhul eeldada, et see iseloomustab pigem kõrgema astme kohtuid.

Õiguskirjanduses leiduvate seisukohtade põhjal võib öelda, et kohtud pöörduvad välisriigi õiguse poole olukorras, kui probleemile on vaja leida lahendus, nt seadus on ebaselge, lünklik, puudulik või kui olemasolevale lahendusele on vaja leida õigustust. Eelkõige pöörduvad kohtunikud välisriigi õiguse poole valdavalt siis, kui seistakse silmitsi tavapärasest keerukama ja kompleksemaga küsimusega või kui tegemist on ühiskondlikult olulise teemaga või kui soovitakse olla kindlad, et kõrgem kohus ei tühista nende tehtud otsust. Viimane eesmärk on pigem retoorilist laadi, mis kohtuotsust ei mõjuta.

Siiski ei ole välisriigi õigusele viitamine igasugusel eesmärgil ja olukorras lubatud. Õiguskirjanduses on erinevad teooriad selle kohta, millal välisriigi õiguse kasutamine on õigustatud ja millal mitte. Enne välisriigi õiguse poole pöördumist tuleks esmalt kaaluda, kas võrdluseks on üldse vajadus. Ideaalis põhineb selline otsustus süstemaatilisel lähenemisel, mitte juhuslikel teguritel, nagu kohtuniku spontaanne mõte, et võrdlus võiks käsitletavas asjas olla huvitav.⁷⁰ Välisriigi õiguse poole pöördumise vajadus tekib ennekõike siis, kui siseriiklik õigus on

⁶⁸ Kull, 2013, lk 601.

⁶⁹ Feteris, M. Roadmap on Comparative Law in the Case-Law and Practice of the Supreme Courts of the EU. *Utrecht Law Review* 17(1), 2021, lk 9-10.

⁷⁰ Feteris, 2021, lk 9.

uus, puudulik, läbipaistmatu või vastuoluline.⁷¹ Sellest tulenevalt ei ole lubatud pöörduda välisriigi õiguse poole, kui siseriiklik õigus on selge. Lord Binghami arvates on erand lubatud üksnes siis, kui paljudes teistes õigussüsteemides on märksa vastuvõetavam lahendus, kuid seda ka ainult väga kaalukatel juhtudel.⁷² Juhul kui, vaatamata olemasolevale lahendusele, otsustatakse teise riigi lahenduse kasuks, siis on tegemist mitte siseriikliku õiguse rakendamisega, vaid välisriigi õiguse rakendamisega, mis ei ole Eestis lubatud. Sellisel juhul astuks kohus justkui seadusandja rolli.

Teiseks on Harvardi Ülikooli professor William Nelson Cromwell koos paljude teiste õigusteadlastega⁷³ leidnud, et võrdlus on asjakohane üksnes siis, kui tegemist on sarnase õigussüsteemiga.⁷⁴ Ühendkuningriigi ülemkohtu kohtunike seas läbiviidud uuringu tulemused näitasid, et sealsed kohtunikud pidasid üheks võrdluse läbiviimise eelduseks kuulumist anglo-ameerika õigussüsteemi.⁷⁵ Siiski on uuringust juba rohkem kui kümme aastat möödas ja viimased uuringud näitavad, et kohtunikud viitavad ka Mandri-Euroopa õigussüsteemi kuuluvate riikide õigusele.⁷⁶ Gerhard Dannemann toob näite, mis iseloomustab, miks õigussüsteemi kuuluvus ei oma alati nii suurt tähtsust. Näide on küll seadusloomest, kuid ilmestab selgelt, miks õigussüsteemi kuulumine ei ole alati esmatähtis. Nimelt, kui seadusandja laual on küsimus, kas tõsta liikluses kiiruspiirangut eesmärgiga vähendada liiklusõnnetusi, siis sellises olukorras ei ole niivõrd suurt tähtsust õigussüsteemi või ka õigusperekonda kuuluvusel, kui sellel, milline on välisriigis teede võrgustik.⁷⁷

Kolmanda kriteeriumina on välja toodud sarnased asjaolud ehk võrreldavus.⁷⁸ Basil Markesinise hinnangul on kohtutes saadav kasu välisriigi õiguse kasutamisest kõige suurem, kui võrreldakse faktiliselt samaväärseid kohtuvaidluseid. Võrdlus sarnasega säästab ka kohut asjaajamise vaevast mõistetest, mis on näiteks tõlkimatud.⁷⁹ Seega on oluline leida üles reegel, mis on kõige sarnasem

⁷¹ Basedow, 834 ja 826.

⁷² Smits, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, lk 514.

⁷³ Gelter, 2014, lk 37.

⁷⁴ Tushnet, M. *The boundaries of comparative law*. *European Constitutional Law Review* 13 (1). Cambridge: 2017, p 22.

⁷⁵ Mak, 2011, p 436.

⁷⁶ D'Andrea, lk 23.

⁷⁷ Dannemann, G. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Reimann, M., Zimmermann, R. Second edition. Oxford University Press. Oxford: 2019, lk 404-410.

⁷⁸ Tushnet, p 22.

⁷⁹ Markesinis, 2000, lk 295.

siseriikliku normiga. Samuti on oluline kohtupraktikaid võrreldes leida üles võimalikult sarnaste asjaoludega lahendeid. Lisaks tuleb arvestada, et pealtnäha sarnase sõnastusega norm ei pruugi olla sama tähendusega, sh reegli eesmärk võib olla ajaga muutunud.⁸⁰ Selleks, et mõista konteksti on näiteks Saksamaal kohtunikud pidanud oluliseks kohtuotsuste kõrval tutvuda ka lisamaterjalidega, sh asjakohaste akadeemiliste kommentaaride ja käsiraamatutega.⁸¹ Samas, kui kohtunikul puudub vajalik keeleoskus või üleüldine arusaam teisest õigussüsteemist, siis võib kannatada oluliselt otsuse kvaliteet. Abiks võivad olla õigusteadlaste avaldatud materjalid, mis soodustavad välisriigi õiguse mõistmist. Riigikohtuniku Julia Laffranque'i arvates tuleb võrdlemisel siiski olla ettevaatlik. Tema hinnangul saab võrdlus olla abiks üksnes tõlgendamisel ja mitte arutluskäigu põhiargumendiks olukorras, kus puudub arusaam välisriigi õigusest ja sellest, kas see võiks sobida siseriikliku õigussüsteemiga.⁸²

Jürgen Basedow hinnangul ei pea võrdleva õiguse meetodi kasutamine olema ilmtingimata seotud seaduse mitteõigusliku kontekstiga, vaid oluline on pigem lahenduse järjepidevus, täielikkus ja piisav rakendus.⁸³ Sellega lisab Jürgen Basedow tegelikult veel ühe piirangu, mille järgi peaks välisriigi õiguses küsimusele juba olema leitud igakülgne vastus ja lahendust on ühetaoliselt rakendatud juba pikka aega.

Vaatamata õiguskirjanduses leiduvatele seisukohtadele võrdlemise lubatavuse kohta, on Euroopa riike, kus välisriigi õigusest tõlgendusabi otsimist erineval määral sallitakse. Näiteks kuulub Šveits selliste riikide hulka, kus võrdlemine on igati soositud. Seda ilmestab ka fakt, et Šveits kuulub nende riikide hulka, kus välisriigi õigusele viidatakse sagedasti. Seda, et Šveitsis on võrdlemine kohtutes soositud, tõestab asjaolu, et Šveitsi tsiviilkoodeksi artiklis 1 lõikes 2 on sätestatud, et kui asjakohast sätet ei ole või asjakohane säte on puudulik, võib kohus kasutada meetodeid, mida kasutas seadusandja sätte väljatöötamisel.⁸⁴ Seega on Šveitsi seadusandja näinud selge võimaluse

⁸⁰ Watson, A. Comparative Law and Legal Change. The Cambridge Law Journal, 1987, -d 313, 314–315; Aarnio, A. Õiguse tõlgendamise teooria. Õigusteabe AS, Juura. Tallinn: 1996, lk 185.

⁸¹ Mak, 2011, p 446.

⁸² Laffranque, lk 1292.

⁸³ Basedow, J2014, lk 838.

⁸⁴ Šveitsi tsiviilkoodeksi artikkel 1 lõige 2. Arvutivõrgus: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/en (08.01.2022.).

kasutada välisriigi õigust, kuid olukorras, kus siseriiklikus õiguses asjakohane säte puudub või ei ole selge.

2.2. Välisriigi õigusele viitamise lubatavus Eestis

2.3. Välisriigi õigusele viitamise lubatavuse kriteeriumite järgimine Eesti kohtutes

Eesti seadusandja ei ole reguleerinud välisriigi seaduse kasutamist kohtutes, nii nagu seda on teinud näiteks Šveits.⁸⁵ Eesti Vabariigi Põhiseaduse § 3 ja §146 järgi peab kohus seaduse mõistmisel lähtuma põhiseadusest ja sellega kooskõlas olevatest seadustest, lisaks on Eesti õigussüsteemi lahutamatu osa rahvusvahelise õiguse üldtunnustatud põhimõtted ja normid. Tsiviilseadustiku üldosa seaduse § 2 lõike 2 kohaselt peab tsiviilküsimustes arvestama ka tavaga. Kriminaalmenetluse seadustiku § 2 punkti 4 järgi võivad küsimustes, mida ei ole lahendatud muudes kriminaalmenetlusõiguse allikates, kuid mis on tekkinud seaduse kohaldamisel, olla erandlikult kriminaalmenetlusõiguse allikateks Riigikohtu lahendid. Haldusmenetluses selliseid erisusi, nagu tsiviilasjades ja kriminaalasjades, ette ei ole nähtud.⁸⁶

Mõneti vastuolulise seisukoha välisriigi õiguse kui õigusallika kasutamise kohta leiab 11. veebruari 2003. a. ja 21. detsembri 2004. a. Riigikohtu otsustes. Riigikohus leidis 2003. aastal tehtud otsusega olevat õiguse allikana lisaks seadusele ja tavadele ka rahvusvahelise seaduste ja tavade kohaldamise praktika.⁸⁷ Siiski juba 2004. aastal muutis Riigikohus oma seisukohta, leides rahvusvahelise praktika olevat mitte enam õiguse allikaks, vaid ainult vahendiks õiguse mõtte ja sisu välja selgitamiseks. Riigikohus leidis 21. detsembri 2004. a. otsuses nr 3-2-1-145-04, et teiste riikide analoogilisi seadusi ja praktikat võib arvestada võrdlusmaterjalina Eesti seaduse mõtte ja eesmärgi väljaselgitamise eesmärgil. Riigikohus on oma seisukohta ka mitmes teises lahendis korranud.⁸⁸

⁸⁵ Šveitsi tsiviilkoodeksi artikkel 1 lõige 2. Arvutivõrgus: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/en (08.01.2022.).

⁸⁶ Kull, 2010, lk 463.

⁸⁷ RKTko 11.02.2003, 3-2-1-9-03, p 30.

⁸⁸ RKTko 30.03.2006, 3-2-1-4-06, p 24; RKTko 3-2-1-103-08, p 20; RKTko 29.10.2014, 3-2-1-89-14, p 26.

Riigikohtu⁸⁹ seisukoha valguses ei ole Eesti kohtutel välisriigi õigusega arvestamine iga probleemi või küsimuse tekkimise korral lubatud, vaid eelkõige Eesti seaduse mõtte ja eesmärgi väljaselgitamise eesmärgil. Kui kohtu eesmärk ei ole olemasolevat õigust tõlgendada, vaid välisriigis tunnustust leidnud lahendus üle võtta siseriikliku õigusesse, siis see ei ole lubatud. Riigikohus 21. detsembri 2004. a. lahendis nr 3-2-1-145-04 on öelnud, et välismaist kohtupraktikat ei saa ega tohi automaatselt üle võtta.⁹⁰

Kriminaalkolleegium pidas 2018. a. lahendis nr 1-17-11509 vajalikuks käsitleda *obiter dictum* korras, kas Eesti kohtute lahendite tegemisel on näidustatud tugineda Saksamaa või ka mistahes teise riigi seadustele, võõrriigi seaduste kommentaaridele ja võõrriigi õigust käsitlevale erialakirjandusele. Kolleegium rõhutas, et Eesti põhiseaduse ja teiste seaduste järgi peab Eesti kohtute õiguslik argumentatsioon lähtuma vaid Eestis kehtivast õigusest. Vaatamata sellele, et Eesti õigus kopeerib suuresti just Saksamaa õigust, ei anna see kuidagi võimalust muuta asjaolu, et kohtute õiguslik argumentatsioon peab lähtuma vaid Eestis kehtivast õigusest. Kolleegiumi arvates oleks mõeldamatu, kui kohtud saaksid kohtuotsuse kirjutamisel lähtuda sarnaselt õigusteadusliku artikli kirjutamise reeglistikust ja kohtunik võiks enda argumentides otseviiteliselt tugineda näiteks Saksa õiguse käsitlustel. Kohtu hinnangul kahjustaks selline suhtumine õiguskindlust ning tekitaks kohtupraktikas suurt segadust. Välisriigi õigusega arvestamine saab toimuda üksnes Eestis kehtivast õigusest lähtuvalt, vastasel juhul on tegemist välismaise õiguse automaatse ülevõtmisega, mis ei ole lubatud. Seega võrdlemise tulemus ei tohiks olla lihtsalt teise riigi õiguse rakendamine.

Riigikohus sedastas 21. detsembri 2004. a. otsuses nr 3-2-1-145-04, p 39 millisel eesmärgil on välisriigi õigusega arvestamine lubatud ja millal on võrdlemine asjakohane. Riigikohus selgitab 9. detsembri 2008. a. otsuses nr 3-2-1-103-08, p 20, milliste kriteeriumite esinemisel on võrdlemine üldse asjakohane. Võrdlus on asjakohane eelkõige juhul, kui Eestis sätte rakenduspraktika puudub, kuid mujal on see sarnase sätte puhul välja kujunenud, ning puudutab eelkõige riike, kellega meil on üldjoontes sarnane õigussüsteem ja seaduste rakendamise praktika. Kohus pidas vajalikuks teiste riikide analoogilisi seadusi ja praktikat vähemalt eraõigusnormide

⁸⁹ RKTko 21.12.2004, 3-2-1-145-04, p 39; 9. RKTko 09.12.2008, 3-2-1-103-08, p 20.

⁹⁰ RKTko 21.12.2004, 3-2-1-145-04, p 39.

puhul arvestada ja eelkõige pidas vajalikuks seda Euroopa Liidu õiguse ja selle alusel kehtestatud siseriiklike õigusnormide tõlgendamisel ja rakendamisel.⁹¹ Kohtute otsustus välisriigi õiguse pöördumise osas ei saa olla kaootiline, sõltudes kohtuniku suvast, vaid eelkõige sõltub Riigikohtu arvates võrdlemise asjakohasus järgnevast:

- (i) Eestis puudub sätte rakenduspraktika;
- (ii) mujal on see välja kujunenud;
- (iii) teises riigis on analoogiline seadus;
- (iv) riigi õigussüsteem ja seaduste rakendamise praktika on sarnane.

Arvestades õiguskirjanduses leiduvaid seisukohti ja Riigikohtu hinnangut sellele, millal välisriigi õigusega arvestamine on lubatud, siis arvamused valdavalt ühtivad. Nii Riigikohtu kui ka õiguskirjanduses toodud seisukohtadest joonistub välja, et välisriigi õiguse poole pöördumise vajadus tekib eelkõige siis, kui kerkib üles mõni probleem või küsimus sätte rakendamise osas. Võrdlemiseks puudub igasugune vajadus ja on ka Riigikohtu seisukoha valguses lubamatu, kui siseriiklik õigus on selge. Lubamatu oleks selge õigusnormi puhul arvestada välisriigi õigusega ka siis, kui mujal õigussüsteemis on märksa vastuvõetavam lahendus. Nõustuda saab Riigikohtu seisukohaga⁹², et kui kohtu hinnangul on Eesti õigusliku regulatsioonis puudused või vastuolud, siis on kohtunikul võimalik algtada põhiseaduslikkuse järelevalve menetluse või teadusartiklis avaldada enda seisukoht *de lege ferenda*.

Teine kriteerium nõuab, et teises riigis oleks sätte rakenduspraktika välja kujunenud. Kriteeriumi täpsemat sisu ei ole kohus avanud, küll aga on õiguskirjanduses leitud⁹³, et välisriigis olev lahendus peab olema järjepidev, täielik ja leidnud piisavalt rakendust. Eeldatavasti ei ole tegemist väljakujunenud rakenduspraktikaga, kui teises kohtus on sätte rakenduspraktika vastuoluline või kui küsimust on arutatud üksnes ühes kohtuasjas. Kolmas ja neljas kriteerium eeldab, et teises riigis on analoogiline seadus ja sarnane õigussüsteem. Neljanda kriteeriumi osas on Riigikohus sarnase õigussüsteemi all pidanud silmas eeskätt Euroopa Liidu liikmesriike ja esmajoones Mandri-Euroopa õigusperekonda kuuluvaid riike. Samuti on õiguskirjanduses leitud, et

⁹¹ RKTko 21.12.2004, 3-2-1-145-04, p 39

⁹² RKKKm 13.06.2018, 1-17-11509, p-des 11.3.

⁹³ Basedow, 2014, lk 838.

võrdlemine on asjakohane üksnes sarnaste asjaolude korral, kuna mida suurem on sarnasus, seda suurem on kohtutes saadav kasu välisriigi õigusega arvestamisest. Õiguskirjanduses leiab veel selgitusi selle osas, et kohtupraktika arvestamisel on oluline leida üles võimalikult sarnaste asjaoludega lahendeid. Mis on ka loogiline, sest olenevalt asjaoludest võib rakenduspraktika olla erinev. Võrdlusele eelnev analüüs selle kohta, kas võrdlemine on üldse asjakohane, eeldab head orienteerumist nii siseriiklikus kui ka välisriigi õiguses.

2.3.1. Välisriigi õigusele viitamise eesmärk Eesti kohtupraktika põhjal

Riigikohus on toonud välja, milliste tingimuste korral on kohtul võrdlemine lubatud, sh millisel eesmärgil on võrdlemine lubatud. Riigikohtu lahendis on toodud välja, et välisriigi õigusega võib arvestada üksnes Eesti seaduse sisu ja mõtte väljaselgitamise eesmärgil, siis analüüsi tulemusel selgus, et kohtud pöördusid välisriigi õiguse poole ka teistel eesmärkidel. Kohtupraktika analüüsi tulemusel selgus, et kohtulahendi põhjenduste pinnalt ei olnud alati võimalik (20 lahendit) selgeks teha, millisel eesmärgil kohtud võrdlema on üldse hakanud. Mitmel juhul ei olnud võimalik eristada, kas kohus pöördub välisriigi õiguse poole seaduse sisu ja mõtte väljaselgitamiseks või mingil muul eesmärgil. Samas mõistmata, millisel eesmärgil kohus teatud materiaalõiguse normi rakendamisel otsustab lähtuda välisriigi õigusest, annab menetlusosalisele võimaluse kohtuotsus edasi kaevata (tsiviilkohtumenetluse seadustik (TsMS) § 631 lg 2, TsMs § 679 lg 3 p 1), lisaks võib see mõjutada kohtu autoriteetsust.

Tartu Maakohtu 15. märtsi 2017. a. kriminaalasjas nr 1-09-2625/33 toodud kirjelduse põhjal ei ole võimalik hinnata, millisel eesmärgil välisriigi õigusele viidatakse. Kohus viitas vanglast ennetähtaegse vabastamise küsimuses Saksa õigusele, lisades üksnes, et nõustuda tuleb Saksa õiguses väljendatud arusaamaga, et isegi mitte raskete kuritegude puhul ei saa abstraktset retsidiivsusohtu jaatada. Vähemalt pooltel juhtudel ei olnud võimalik välja lugeda, millisel eesmärgil maakohtud välisriigi õigusele viitavad. Viidete järel ei esitatud ka järeldusi, milleni kohus vaidluse kontekstis jõudis.

Samuti ei ole võimalik tuvastada viitamise eesmärki mitmest ringkonnalahendist. Tartu Ringkonnakohtu kriminaalkolleegium arvas 19. juuni 2020. a. lahendis nr 1-18-2796/121, et tuleb

soostuda Saksa õiguses oleva arusaamaga, mille kohaselt, kui ühe objekti suhtes pannakse toime mitu üksteisele järgnevat tegu, mis kõik võiksid endast kujutada omastamist, tuleb teo toime panijat karistada vaid esimese omastamise eest ja teiste puhul ei ole lihtsalt koosseis täidetud. Samuti ei selgu Tallinna Ringkonnakohtu tsiviilkolleegiumi 31. jaanuari 2018. a. tsiviilasjast nr 2-16-13943, millisel eesmärgil kohus välisriigi õigusele viitab. Tsiviilasjas oli küsimuseks, kas kostja saanuks heauskselt omandada hagejale kuuluva korteriomandi õige kinnistusraamatu kande põhjal, kuid valelt samanimeliselt ja samal päeval sündinud isikult. Kohus tugines otsuse tegemisel Saksa õigusteorias, leides, et ei saa heauskselt omandada. Kohus viitas Saksa seadusele, kus on otse märgitud, et kinnistusraamatu avalik usaldatavus ei paku garantiid selles osas, et käsutaja on kinnistusraamatusse kantud isikuga identne ja mitte lihtsalt juhtumisi sama nimega isik. Tallinna Ringkonnakohtu käsitlest ei selgu, kas kohus arvestas välisriigi õigusega üksnes võrdlusmaterjalina või mingil muul eesmärgil.

Siiski mõni näide, kui kohtuotsusest oli võimalik välja lugeda, et kohus pöördus välisriigi õiguse poole üksnes normi sisu ja mõtte väljaselgitamise eesmärgil. Välisriigi õigust kasutas Viru Maakohus 19. veebruari 2018. a. tsiviilasjas nr 2-14-20932 Eesti õigusnormi sisu ja mõtte väljaselgitamise eesmärgil selleks, et selgitada välja, mida seadusandja on silmas pidanud ehitise hariliku väärtuse all. Veel on näiteks Harju Maakohus 29. juuni 2009. a. tsiviilasjas nr 2-08-71824/18 selgelt välja toonud, et kasutab välisriigi õigust ainult tõlgendamise eesmärgil. Tõsi, märkus selle kohta, et viidatakse pelgalt Eesti õigusnormi mõtte ja sisu väljaselgitamise eesmärgil, ei välista välisriigi õiguse arvestamist muul eesmärgil.

Retoorilise suunitlustega eesmärkide alla võib paigutada Tallinna Ringkonnakohtu 7. detsembri 2015. a. tsiviilasja nr 2-13-20300/93 lahendi, kus kohus leidis, et heade kommete vastase kokkumängu puhul on tühine nii nõude loovutamine kui ka käsutustehing ning tõi seejärel ära, et Saksa kohtupraktikas nimetatakse seda *sittenwidrige Kollusion*’iks, mille juurde lisas viite Saksa kohtupraktikale. Kohtuotsusest ei selgu, kas eelpool nimetatud seisukohad tuginevad Saksa kohtupraktikale või kas viide on retoorilise iseloomuga.

Retoorilise eesmärgi alla võib liigitada ka Tartu Ringkonnakohtu kriminaalkolleegiumi 22. veebruari 2018. a. lahendi nr 4-17-6479/13, kus kohus viitas Saksa õigusele, ilmestamaks,

millal Saksa õiguse järgi on tegemist joobeseisundiga ja millal on tegemist alkoholi piirmäärade ületamisega, kuigi Eesti õiguskorras on see küsimus selgelt reguleeritud. Tartu Ringkonnakohtu kriminaalkolleegium leidis viited Saksa kohtupraktikale olevat ebavajalikud.⁹⁴ Viidete puhul, mille puhul ei ole päris selge, miks kohus sellele viitab, võib tekitada segadust ja mõjutada otsuse tõsiseltvõetavust.

Lisaks eeltoodud eesmärkidele leidis veel lahendeid (ca 11%), kus kohus pöördus välisriigi õiguse poole muul eesmärgil kui eelpool nimetatud. Tartu Maakohus lisas 21. novembril 2018. a. kriminaalasjas nr 1-17-6337/62 viite välisriigi õigusele *obiter dictum* korras, eesmärgiga avaldada kriitikat olemasolevale süüteo kontseptsioonile, mis puudutab jätkutegu. Kriitika järgi muudab olemasolev süüteo kontseptsioon ennustamatuks, kas mitu kehaliigutust kujutavad endast ühte või mitut kuritegu. Tartu Ringkonnakohtu kriminaalkolleegium 7. septembri 2020. a. lahendis nr 1-19-1820/85 viitas välisriigi õigusele eesmärgiga lükata ümber karistusseaduse kommentaaris olev seisukoht, mille järgi on vangistamine samastatav vabaduse võtmisega. Kohus lükkas väite ümber, tuginedes Saksa õiguskirjandusele. Selliselt aitas kohus kaasa siseriiklikus leiduva normi sisu ja mõtte väljaselgitamisele, mis ühtlasi aitas kohtul jõuda parema lahenduseni. Samuti lükkab ümber Tartu Maakohus 1. jaanuari 2018. a. lahendis 1-16-7948/52, p 29 Eestis levinud arusaama, mille kohaselt piiratud süüdimatus ei eelda nii erandlikku psüühilist seisundit, nagu süüdivus, aga peaaegu midagi sellist. Tartu Maakohus tugineb Saksamaa õiguskirjandusele, kus leitakse, et 2% tapjatest on süüdimatud ja 45% piiratult süüdivad ning seksuaalkurjategijatest 0,5% on süüdimatud ja 9% piiratult süüdivad.

Riigikohus viitas 5. juunil 2019. a. tsiviilasjas nr 2-17-17217 Saksa ja Rootsi õigusele selleks, et seadusandja võiks kaaluda äriühingu osanike ja aktsionäride antud laenusid käsitlevad erisätete lisamist Eesti pankrotiõigusesse. Selliselt pöördus kolleegium välisriigi õiguse poole ka muul eesmärgil kui Riigikohtu 2004. a. lahendis 3-2-1-145-04, p- 39 toodud eesmärgil. Töö autor ei ole veendunud, kas sellises vormis ettepanek seadusandjani jõuab ja kas selline ettepanek vajaks lahendis üldse kajastamist.

⁹⁴ TrRnKo 22.02.2018, 4-17-6479/13, p-s 6.

Aastal 2011. hindas põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium,⁹⁵ kas vangide põhiõigusi rikub keeld vahistatule lubada pikaajalisi kokkusaamisi isiklikes, õiguslikes või ärilistes huvides, mida vahistatud ei saa teostada läbi kolmandate isikute. Kolleegium esitas näitlikustava nimekirja erinevatest riikidest (Horvaatia, Leedu ja Tšehhi vabariik, Luksemburgi Suurhertsogiriik, Šveits ja Gruusia), kus pikaajalised kokkusaamised vahistatule on lubatud ja ka nendest, kus on keelatud. Kohus viitas ka Läti Vabariigi 2009. aasta Konstitutsioonikohtu otsusele, kus samas küsimuses oli leitud, et Läti põhiseadus ei nõua vahistatutele pikaajaliste kokkusaamiste võimaldamist. Selliselt soovis kohus näidata, et tegemist ei ole õigusega, mis on enamuses liikmeriikides levinud ning seda, et iga liikmesriigi enda otsustada, kas lubada pikaajalisi isiklikke kokkusaamisi.

Leidub ka lahendeid, kus kohus ei arvestanud välisriigi õigusega, kuid siiski pidas vajalikuks välja tuua võrdlusena välisriigi õiguse selleks, et selgitada normi mõtet. Harju Maakohus pidi 12. veebruari 2007. a. haldusasjas nr 3-06-310/39 hindama, kas kaebajal on kaitstav subjektiivne õigus nõuda ehitusloa tühistamist. Kohus tõi välja, et Eestis ei ole näiteks sarnaselt Saksamaaga sätestatud eraldi naabrusõigust ehitusvaldkonnas, mille alusel tuleks kaebajat vaadelda kui naabrit, kellel on õigus naabrikaitsele. Kuigi Saksamaal oli teine lahendus, siis andis võrdlus parema arusaama siseriiklikust õigusest, ilmestamaks, et Eesti seadusandja ei ole näinud vajadust anda selliselt kaitset, nagu seda on ette näinud Saksamaa seadusandja.

2.3.2. Millal on asjakohane viidata välisriigi õigusele Eesti kohtupraktika põhjal

Kohtud ei ole kohustatud põhjendama, miks nad peavad asjakohaseks välisriigi õigusega võrdlemist⁹⁶, siis natuke vähem kui pooltel kordadel, seda siiski tegid (20 lahendit 44-st). Maakohtud põhjendasid peamiselt viitamist välisriigi õigusele sellega, et tegemist on sarnase õigussüsteemiga (4),⁹⁷ meil sätte rakenduspraktika puudub (3)⁹⁸, mujal on sätte rakenduspraktika väljakujunenud (1),⁹⁹ teises riigis on analoogiline seadus (2),¹⁰⁰ tõlgendava normi eeskujuks on

⁹⁵ RKPJK 4.04.2011, 3-4-1-9-10, p 56.

⁹⁶ Kull, 2010, lk 469.

⁹⁷ HMKo 21.10.2009, 2-08-24325/17; HMKo 29.06.2009, 2-08-71824/18; HMKo 03.04.2009, 2-08-57186/5; HMKo 27.06.2008, 2-06-9067/17.

⁹⁸ TMKo 11.01.2018, 1-16-7948/52; HMKo 21.10.2009, 2-08-24325/17; HMKo 29.06.2009, 2-08-71824/18.

⁹⁹ TMKo 31.05.2018, 1-17-1804/101.

¹⁰⁰ TMKo 21.11.2018, 1-17-6337/62; TMKo 31.05.2018, 1-17-1804/101.

olnud välisriigi seadus (1).¹⁰¹ Veel põhjendas kohus välisriigi õiguse poole pöördumist eesmärgiga Euroopa Liidu õiguse ja selle alusel kehtestatud siseriikliku õigusnormi tõlgendamiseks (1),¹⁰² viidati otse ka Riigikohtu 2004. a. lahendile nr 3-2-1-145-04 (1):¹⁰³ aitab tõlgendada hõlpsamalt Eesti õigust (1)¹⁰⁴, võrdlusmaterjalina võib (1)¹⁰⁵; ebaselge seaduse säte (1)¹⁰⁶.

Viitamise asjakohasust põhjendasid ringkonnakohtud peamiselt sellega, et normi/seaduse eeskujuks on olnud teise riigi norm/seadus (3)¹⁰⁷, meil sätte rakenduspraktika puudub, kuid teises riigis on see väljakujunenud (2),¹⁰⁸ sarnane õigussüsteem (2),¹⁰⁹ teises riigis on piisavalt sarnane õigusnorm (1),¹¹⁰ viidati otse ka Riigikohtu 2004. a. lahendile nr 3-2-1-145-04 (1),¹¹¹ võrdleva ekskursina (1),¹¹² ja näide selgemast normist (1)¹¹³. Ühel juhul põhjendas Tartu Ringkonnakohtus välisriigi õiguse kasutamist sellega, et valeraha mõistet on käsitletud seaduse kommentaarides, kus kommentaari autor on käsitlenud mitmel pool Saksa õigust.¹¹⁴ Ringkonnakohtu viimasest põhjendusest võib jääda mulje, justkui Saksa õigusele viitamine on asjakohane, kui seaduse kommentaarides on samuti valeraha mõistet käsitletud Saksa õiguse valguses.

Riigikohus lahendis 3-2-1-145-04, p 39 on ühe kriteeriumina toonud välja, et asjakohane on võrdlemine välisriigi õigusega, kui Eestis normi rakenduspraktika puudub. Harju Maakohus on kahel juhul¹¹⁵ toonud välja, et kuna rakenduspraktika Riigikohtus puudub, siis on asjakohane viidata välisriigi õigusele. Harju Maakohtu lahenditest ei selgu, kas madalama astme kohtutes on analoogses asjas kohtupraktikat ja kui on, siis miks kohus ei pea vajalikuks arvestada sellega. Riigikohus ei ole oma lahendis 3-2-1-145-04, p 39, ega ka järgnevates lahendites täpsustanud, et rakenduspraktika väljakujunemine puudutab üksnes Riigikohtu praktikat ja ei hõlma enda all

¹⁰¹ VMKo 19.02.2018, 2-14-20932.

¹⁰² HMKo 03.04.2009, 2-08-57186/5.

¹⁰³ HMKo 31.03.2016, 2-15-15916/10.

¹⁰⁴ TMKo 20.11.2017, 4-17-3959/16.

¹⁰⁵ TMKo 02.10.2017, 1-17-2941/10.

¹⁰⁶ TMKo 06.11.2018; 1-17-105/49.

¹⁰⁷ TlnRnKo 03.05.2019, 2-18-3637/70; TlnRnKo 31.01.2018, 2-16-13943; TlnRnKo 29.11.2018, 2-18-3358/20.

¹⁰⁸ TlnRnKo 31.01.2018, 2-16-13943; TlnRnKo 14.06.2013, 2-12-18857/27.

¹⁰⁹ TlnRnKo 07.12.2015, 2-13-20300/93; TlnRnKo 20.11.2014, 2-13-49298/25.

¹¹⁰ TlnRnKo 22.06.2017, 2-15-4981.

¹¹¹ TlnRnKo 22.06.2017, 2-15-4981.

¹¹² TrRnKo 30.09.2015, 1-14-9728/43.

¹¹³ TrRnKo 22.09.2020, 1-14-34/92.

¹¹⁴ TrRnKo 23.10.2015, 4-15-7133/8, p 13.

¹¹⁵ HMKo 21.10.2009; 2-08-24325/17; HMKo 29.06.2009, 2-08-71824/18.

madalama astme kohtute praktikat. Selguse huvides oleks kohus võinud välja tuua, kas kohtupraktika puudub ainult Riigikohtus või ka madalam astme kohtutes.

Nii ringkonnakohtute kui ka maakohtute põhjendustest, mille kohaselt „võrrelda võib“, „aitab tõlgendada hõlpsamalt“, „võrdleva ekskursina“ ja muudest sarnastest selgitustest ei selgu, kas tegemist on asjakohase võrdlusega, st kas tegemist on analoogse seadusega või kas Eestis rakenduspraktika puudub jne. Eelkõige lähtusid madalama astme kohtud võrdlemise asjakohasuse hindamisel Riigikohtu lahendi 3-2-1-145-04, p 39 välja toodud kriteeriumitest, kuid viitasid üksnes mõnele neist. Maakohtutes kõige sagedamini peeti võrdlemist asjakohaseks, kuna tegemist on sarnase õigussüsteemiga ja Eestis kohtupraktika puudub. Ringkonnakohtutes leidis kõige sagedamini ära märkimist asjaolu, et tegemist on sarnase õigussüsteemiga, seaduse eeskujuks on olnud teise riigi seadus ja Eestis normi rakenduspraktika puudub, kuid teises riigis on see välja kujunenud. Põhjendustest joonistus välja, et kõige sagedamini põhjendasid kohtud välisriigi õigusele viitamist sellega, et Eestis puudub sätte rakenduspraktika ja teises riigis on sarnane õigussüsteem. Kõige suurem soov võrdlemiseks võib tekkida siis, kui Eestis puudub sätte rakenduspraktika, mistõttu võivad jääda teised Riigikohtu lahendis 3-2-1-145-04, p 39 välja toodud kriteeriumid tähelepanuta, eelkõige kas teises riigis on analoogne seadus ja väljakujunenud rakenduspraktika.

Kõrgema astme kohtud leidsid olevat madalama astme kohtu võrdluse mitteaajakohase, kuna mõni Riigikohtu 3-2-1-145-04, p 39 välja toodud neljast kriteeriumist ei olnud täidetud. Näiteks leidis Tartu Ringkonnakohtus,¹¹⁶ et Viru Maakohus on 19. veebruaril 2018. a.¹¹⁷ lahendis ebaõigesti tsiteerinud ErbbauRG § 32 lõiget 1. Maakohus lõi välja, et ErbbauRG § 32 lg 1 näeb ette hüvitise hoonestusõiguse eest, kuid selles lahendis oli vaidlus hüvitise üle olukorras, kus hoonestusõigus langeb tagasi omanikule. Tartu Ringkonnakohtu kriminaalkolleegium¹¹⁸ ei pidanud samuti maakohtu võrdlust asjakohaseks, kuna olemasolev küsimus on Eesti seaduses selgelt reguleeritud. Seega ühel juhul eksis Viru Maakohus selle vastu, kui ei viidanud analoogsele seadusele ja teisel

¹¹⁶ TrRnKo 21.06.2018, 2-14-20932/84, p 17.

¹¹⁷ VMK lahend nr 2-14-20932, 18.

¹¹⁸ TrRnKo 22.02.2018, 4-17-6479/13.

juhul ei olnud võrdlemine asjakohane, kuna kohus viitas välisriigi õigusele, kuigi siseriiklikus õiguses oli vastus olemas.

Riigikohus viitas aastatel 2004–2021 välisriigi õigusele kahel korral. Ühel juhul kohus viitas välisriigi õigusele seaduse sisu ja mõtte väljaselgitamise eesmärgil ja ka põhjendas, miks peab võrdlemist asjakohaseks. Riigikohus¹¹⁹ viitas 2008. aastal Saksa õigusele, põhjendades seda sellega, et Eestis puudub sätte rakenduspraktika ja mujal on see välja kujunenud ja teises riigis on analoogiline seadus ning riigi õigussüsteem ja seaduste rakendamise praktika on sarnane – kohus viitas ka Riigikohtu lahendile 3-2-1-145-04, p-le 39, kus eelpool nimetatud kriteeriumid on välja toodud. Välisriigi õigusega tutvumiseks kasutas kohus erialakirjandust, täpsemalt karistusseadustiku kommenteeritud väljaannet. Kuigi Riigikohus pöördus ühel korral välisriigi õiguse poole Eesti seaduse sisu ja mõtte väljaselgitamise eesmärgil, siis võrreldes madalama astme kohtutega, pidas vajalikuks põhjendada võrdlemise asjakohasust kõigi Riigikohtu¹²⁰ väljatoodud nelja kriteeriumi alusel.

Arvestades, et kohtud menetlusosalise võrdlev-õigusliku argumendiga ei arvestanud, on paslik tuua välja, millistel põhjustel ei pidanud kohtud menetlusosalise võrdlust asjakohaseks ja kas see kattus Riigikohtu väljatoodud kriteeriumitega. Maakohtud pidasid vajalikuks põhjendada 15-s (kokku 25) lahendis, miks menetlusosalise võrdlev argument ei ole asjakohane. Põhjused olid järgnevad: puudub analoogne juhtum (6),¹²¹ Eestis on antud teemal olemas kohtupraktika või küsimust on reguleeritud (2),¹²² teise riigi lahendus ei ole Eesti seadusega kooskõlas,¹²³ Saksamaal olev lahendus ei sobi Eestisse¹²⁴. Viimase põhjenduse tõi Harju Maakohus välja 25. juuni 2012. a. lahendis nr 2-11-64432, kus leidis, et Saksamaa lahendus, mille järgi isikliku auto mittekasutamise arvelt tuleb maha arvata 15% – 20% renditava sõiduki renditasust, ei ole mõistlik, kuna Eestis ei ole reaalne, et auto 19 päevase mittekasutamisega hoitakse kokku 84 eurot, mistõttu kohus vähendas kahjuhüvitist 5%-ni.¹²⁵

¹¹⁹ RKTko 09.12.2008, 3-2-1-103-08, p 20.

¹²⁰ RKTko 3-2-1-145-04.

¹²¹ HMKo 08.11.2011, 2-07-44566, p 14; TrHKo 05.08.2014, 3-14-50988, p 8; TlnHKo 27. 01.2012, 3-11-148, p 17; HMKo 09.07.2010, 2-09-43011/20; TrHKo 03.05.2019, 3-18-468, p 18; PMKo 26.11.2012, 2-10-43806/40.

¹²² HMKo 03.11.2015, 2-15-1641/16, p 149; HMKo 30.06.2010, 3-09-2708.

¹²³ TlnHKo, 27.05.2009, 3-09-6.

¹²⁴ TMKo 25.06.2012, 2-11-64432.

¹²⁵ TMKo 25.06.2012, 2-11-64432.

Kõige sagedamini heitsid maakohtud menetlusosalistele ette asjaolude võrreldamatust. Näiteks ei olnud Harju Maakohtu hinnangul võimalik lähtuda põllutöomasina kasutuseelise väärtuse arvestamisel Saksamaa sõiduautode kasutuseelise väärtuse arvutamisest. Kohus leidis, et auto kasutamise puhul on olulised läbisõidetud kilomeetrid, põllutöomasinal aga tööressurss.¹²⁶ Seda, kas mõni menetlusosaline meelega esitas enda või oma kliendi kaitseks välisriigi argumendi, teades tegelikult kohtu poolt etteheidetud asjaolude esinemisest, on raske hinnata. Samas esines vähemalt üks juhtum, kus välisriigi õiguse argument oli täielikult kontekstist välja rebitud ja esitatud teiste asjaolude pähe. Nimelt tõi menetlusosaline välja eeldused, millal on isikud Saksamaa kriminaalõiguse järgi süüdi maksupettusele kaasaaitamises, kuid selles asjas ei olnud tegemist ei kriminaalasjaga ega ka ei süüdistatud kaebajat maksupettusele kaasaaitamises. Kohus leidis menetlusosalise väljatoodud argumendi olevat täiesti asjakohatu.¹²⁷

Samuti leidis Harju Maakohus 2010. aasta lahendis¹²⁸, et viidatud Saksa kohtupraktika ei ole asjakohane, kuna puudub antud asjas analoogne juhtum, viidates ka oma põhjendustes, Riigikohtu lahendile nr 3-2-1-145-04, p 39. Ka ei pidanud maakohtud asjakohaseks võrdlemist, kui olemasolevale küsimusele oli juba lahendus siseriiklikus õiguses olemas. Näiteks küsimuses, milline füüsilise isiku maksustatav tulu on maksustatav tulumaksuseaduse (TuMS) § 12 lg 1 mõttes, lähtus kaebaja tulu mõiste avamisel Saksamaa tulukäsitlusest eesmärgiga tõendada, et tema kinnisvara müügist saadud tulu ei ole tulu TuMS § 12 lg 1 mõttes. Maakohus leidis, et Saksamaa õiguse käsitlus ei ole antud juhul asjakohane, kuna tulumaksuseaduses peatükis 3 on täpselt reguleeritud, mida tulumaksuga ei maksustata.¹²⁹ Või näide Harjumaa Maakohtu 2015. aasta lahendist,¹³⁰ kus kohus jättis menetlusosalise võrdleva argumendi tähelepanuta, kuna Eestis oli väljakujunenud kohtupraktika.

Ringkonnakohtud pidasid vajalikus põhjendada menetlusosalise võrdlev-õigusliku argumendiga mittearvestamist 13 lahendis (kokku 25 lahendit). Ringkonnakohtud jätsid menetlusosalise võrdlev-õigusliku argumendi tähelepanuta, põhjendades seda järgmiselt: Eestis on kohtupraktika

¹²⁶ HMKo 08.11.2011, 2-07-44566, p 14.

¹²⁷ TrtHko 03.05.2019, 3-18-468, p 18.

¹²⁸ HMKo 09.07.2010, 2-09-43011/20.

¹²⁹ HMKo 30.06.2010, 3-09-2708.

¹³⁰ HMKo 03.11.2015, 2-15-1641/16.

olemas või Eesti õiguses on küsimust juba reguleeritud (3)¹³¹; vaidluse asjaolud on erinevad (2); EU õiguse tõlgendamisel saab kohus lähtuda vaid Euroopa Liidu Kohtu seisukohtadest,¹³² puudub analoogne norm Eesti õiguskorras (2),¹³³ ei ole võimalik Saksa tõlgendust otse üle võtta, temaatika väljub käesoleva tsiviilasja piiridest¹³⁴; välisriigi õigusest lähtumine ei ole kohtu kohustus, ei ole asjakohane ja avaldaja ei ole esitanud piisavalt tõendanud välisriigi õiguse sisu kohta;¹³⁵ menetlusosalise viidatud kohtupraktikast ei tulene asjaolud, mis menetlusosalise seisukohta kinnitaksid¹³⁶ ja vaidlus puudub, et rakendamisele kuulub Eesti õigus, mitte Saksa õigus¹³⁷.

Tallinna Ringkonnakohtu tsiviilkolleegiumi 23. mai 2017. a. tsiviilasjas nr 2-16-11715/26 tõi hageja selgelt välja, et viide Saksa õigusele ja õiguskirjandusele on analoogia eesmärgil, kuid kohus jättis hageja võrdleva argumendi tähelepanuta, leides, et vaidlust pole selles, et käesolevas asjas kuulub kohaldamisele Eesti õigus. Arvestades, et tegemist oli tsiviilasjaga, siis jäi kohtu põhjendustest selgusetuks, miks kohus menetlusosalise võrdlevat argumenti ei pidanud asjakohaseks.

Selgusetuks jäi ka Tartu Ringkonnakohtu kriminaalkolleegiumi põhjendus 22. veebruari 2018. a. lahendis nr 4-17-6479/13 põhjendus, mille kohaselt Saksa õiguse viite näol ei olnud tegemist üldtunnustatud rahvusvahelise põhimõttega, mistõttu on viide välisriigi õigusele lubamatu, kuna välisriigi õigus ei ole allikaks kriminaalmenetluse seadustiku (KrMS) § 2 mõttes. Tõsi, maakohus viitas välisriigi õigusele, kuigi Eestis on reguleeritud, millal on tegemist kriminaalse joobega. Arusaamatuks jäi, kas kohtu hinnangul võib kriminaalasjades viidata võrdlevale argumendile ka vaatamata siis, kui võrdlev argument ei kätke endas rahvusvahelist üldtunnustatud põhimõtet.

Tartu Ringkonnakohus 2021. aasta lahendis¹³⁸ leidis kohus, et ZPO §-ga 773 analoogset sätet Eesti õiguskorras ei ole, mistõttu ei ole viide asjakohane. Tallinna Ringkonnakohus 2016. aasta

¹³¹ TlnRnKo 30.06.2015, 2-13-50257/36, p 33; TlnRnKo 13.12.2005, 2-2/1714/05; TrRnKo 26.10.2010, 3-09-2365/33, p 11.

¹³² TlnRnKo 19.08.2021, 2-20-19040, p 10.5.

¹³³ TrRnKo 14.10.2021, 2-19-17530, p 10; TlnRnKo 14.03.2018, 2-14-18577/174, p 56.

¹³⁴ TlnRnKo 29.03.2016, 2-14-54671/48, p 56.

¹³⁵ TlnRnKo 18.03.2020, 2-18-6678/30, p 44.

¹³⁶ TlnRnKo 11.02.2016, 3-14-51779, p 10.

¹³⁷ TlnRnKo 23.05.2017, 2-16-11715/26, p 20.

¹³⁸ TrRnKo 14.10.2021, 2-19-17530, p 10.

lahendis¹³⁹ otsis vastust kelle kolmanda isiku vastu saab esitada võlaõigusseaduse (edaspidi VÕS) § 1028 lõike 1 ja VÕS § 1030 lõike 1 alusel nõudeõiguse. Ringkonnakohus menetlusosalise võrdlust Saksa õigusega ei pidanud asjakohaseks, sest kohtu arvates ühinguõiguse raames ei ole Saksa ja Eesti ostueesõiguse regulatsioonid võrreldavad. Samuti leidis Tallinna Ringkonnakohtu 2005. aasta lahendis,¹⁴⁰ et võrdlemine ei ole asjakohane, kuna teise riigi lahendus on vastuolus Eesti kohtupraktika. Nimelt, Saksa õiguse kohaselt vaidlused millega üks osapool kohustab teiselt osapoolelt kaasomandi käsutamisõiguse rikkumise lõpetamise ja kaasomandis oleva mõttelise osa kaaskasutusel takistuste tegemise ning omavolilise juurdeehituse lammutamise, lahendatakse hagimenetluses, on otseselt vastuolus Riigikohtu lahendiga samas asjas. Riigikohus on leidnud, et sellised vaidlused kuuluvad läbivaatamisele hagita menetluses.

Riigikohus ei arvestanud menetlusosalise võrdleva argumendiga ühelgi korral (kokku 6),¹⁴¹ Riigikohus põhjendas oma otsust kolmel korral. Ühel juhul ei pidanud võrdlev-õiguslikku argumenti asjakohaseks, kuna Eestis on rakenduspraktika olemas ja järgnevatel kordadel, kuna Saksa õigus ei ole piisavalt sarnane Eesti õigusega. Nimelt on kolleegiumi arvates Saksa seadusandja näinud Saksa aktsiaseltsiseaduse §-s 254 lg-s 1 selgelt ette Saksa aktsiaseltside jaoks nõuda üldkoosoleku otsuse kehtetuks tunnistamist, kus otsustatakse jätta majandusaasta puhaskasum täielikult jaotamata ja suunata see reservidesse või jätta eelmiste perioodide jaotamata kasumina bilanssi eeldusel, et sellise kasumi jaotamine ei ole seaduse ega põhikirja järgi välistatud või mingil muul majanduslikul eesmärgil põhjendatav. Kuigi Riigikohus leidis, et Eesti seadusandja ei ole selgelt ette näidud sellist võimalust, kuid lisas, et Eesti seadusandja võiks sellise kaitsemehhanismi loomist kaaluda.¹⁴²

Sarnastel asjaoludel keeldus Riigikohus arvestamast ka teises asjas menetlusosalise võrdlev-õigusliku argumendiga. Riigikohus ei pidanud vajalikuks peatuda menetlusosalise esitatud õiguskäsitlusel, viidates TsMS § 688 lg-le 2. Kohtu põhjendusest oli siiski võimalik tuvastada, et menetlusosalise viide ei olnud asjakohane, kuna seadus on erinev. Kohus märkis, et

¹³⁹ TlnRnKo 29.03.2016 2-14-54671/48, p 56.

¹⁴⁰ TlnRnKo 13.12.2005, 2-2/1714/05.

¹⁴¹ RKTko 30.03.2016, 3-2-1-157-15; RKTko 29.10.2014, 3-2-1-89-14; RKTko 11.12.2013, 3-2-1-129-13; RKTko 12.10.2011, 3-2-1-90-11, p 10; RKTko 16. 10.2019, 2-15-12032; RKTko 7.12.2011, 3-2-1-123-11; RKTko 24.11.015, 3-2-1-135-15.

¹⁴² RKTko 29.10.2014, 3-2-1-89-14, p 27.

võlaõigusseaduses sätestatud võlgniku vastutus kohustuse rikkumisega tekitatud kahju hüvitamise eest on rangem, kui seda näiteks Saksa tsiviilõiguses ning samuti on üürilepingute regulatsioon eluruumide osas mõneti erinev.¹⁴³

Kolmandal juhul jättis Riigikohus menetlusosalise võrdluse tähelepanuta, viidates Riigikohtu 21. detsembril 2004 tsiviilasjas nr 3-2-1-145-04 tehtud otsusele ja selgitas, et kuigi Saksamaal on väljakujunenud kohtupraktika, mille järgi juurdepääsutasu suuruse kindlakstegemisel tuleb arvestada, kui palju väheneb koormatud kinnistu turuväärtus juurdepääsutee olemasolu tõttu, siis asjas ei ole viide asjakohane, kuna koormatud kinnistu turuväärtuse kriteeriumiga on korduvalt arvestatud ka Eesti kohtupraktikas.¹⁴⁴ Antud juhul Riigikohus veelkord kordas, et juhul kui Eestis on väljakujunenud kohtupraktika, siis ei ole võrdlemine asjakohane.

Kuigi Tallinna Ringkonnakohtu 18. märtsi 2020. a. lahendis 2-18-6678/30, p 44 toodud põhjendustest ei selgu millisel põhjusel menetlusosalise võrdlev-argument ei ole asjakohane, tõi kohus välja teise olulise aspekti. Kohus märkis, et avaldaja ei ole esitanud piisavalt tõendeid välisriigi õiguse sisu kohta. Kohus lisas veel, et kui menetlusosaline viitab välisriigi õigusele ja toob välja üksnes üksikud laused teise riigi õiguskirjandusest, ilma lisamata infot, kus allikas pärineb, ei ole kohtul võimalik allikatele ligi pääseda, kuid ainuüksi menetlusosalise väited teise riigi käsitlemise koht ei ole piisavad, et veenda kohut välisriigi õiguse sisus. Kuigi kohtu põhjenduste kohaselt päris selgelt ei tule välja, miks kohus leidis, et võrdlus ei ole asjakohane, tõi kohus välja olulise asjaolu, mille kohaselt menetlusosaline, kes viitab välisriigi õigusele, peaks lisama ka viidete juurde info selle kohta, kust info pärineb.

Menetlusosaliste võrdlev-õiguslike argumentidega ei arvestatud nii maakohtutes, ringkonnakohtutes, kui ka Riigikohtus, kuna eelkõige puudusid analoogsed asjaolud, puudus analoogne seadus, Eestis oli olemas kohtupraktika ning Eestis oli küsimus selgelt reguleeritud. Nende kohtulahendite põhjal, kus kohus põhjendas, miks jätab menetlusosalise argumendi tähelepanuta, lähtusid võrdlemise asjakohasuse hindamisel Riigikohtu lahendis 3-2-1-145-04, 39 väljatoodud kriteeriumitest.

¹⁴³ RKTko 11.12.2013, 3-2-1-129-13, p 38.

¹⁴⁴ RKTko 12.10.2011, 3-2-1-90-11, p 10.

Kuigi võrdlemine on abivahendiks siseriikliku normi tõlgendamisel, siis ei ole võrdlemine alati asjakohane. Võrdlemine ei saa sõltuda kohtuniku soovist või lihtsalt huvist teada saada, mida analoogsas asjas on teise riigi kohus otsustanud. Eesti kohtulahendite põhjal ei ole siiski võimalik välja lugeda, kas kohtu otsus võrrelda, põhineb süstemaatilisel lähenemisel või pigem juhuslikest teguritest. Kuigi kohtud lähtusid võrdlemise asjakohasuse hindamisel Riigikohtu 3-2-1-145-04, p 39 toodud kriteeriumitest, siis ei ole võimalik hinnata kohtulahendite põhjal, kas kohtud arvestasid kõigi kriteeriumitega. Kõige sagedamini tõid kohtud välja, et võrdlemine on asjakohane, kuna tegemist on sarnase õigussüsteemiga ja Eestis kohtupraktika puudub. Samas vähemalt kahel juhul võrdlesid kohtud, vaatamata sellele, et analoogne norm teises riigi puudus ja küsimus millele otsiti vastust oli siseriiklikus õiguses selgelt reguleeritud.

2.3.3. Välisriigi õiguses oleva lahenduse sobivuse hindamine Eesti kohtupraktikas

Riigikohus tõi välja, et välisriigi õiguse automaatne ülevõtmine ei ole lubatud. Kohtuotsuste tekstide põhjalt ei olnud mitmel juhul, valdavalt maakohtutes (kokku 10)¹⁴⁵, võimalik tuvastada, kas kohus on teises riigis oleva lahenduse pimesi üle võtnud, ilma kaalumata, kas välisriigis olev lahendust on võimalik kasutusele võtta ka Eestis. Näiteks maakohtute otsustes, kus õigusküsimusele järgnes fraas „saab nõustuda“¹⁴⁶ või „tuleb üksnes nõustuda“¹⁴⁷ Saksa õiguses oleva käsitlesega, ilma põhjendamata miks see nii, ei olnud võimalik välja lugeda, kas kohus on kaalunud kas välisriigis olev lahendust on võimalik kasutusele võtta ka Eestis.

Ringkonnakohtute otsuste põhjendustest ei olnud võimalik vähemalt kahel korral välja selgitada, kas kohus on kaalunud, kas teises riigis oleva lahendusega on võimalik arvestada ka Eestis. Ringkonnakohus, otsides vastust küsimusele, kas krediidiasutus peab täiendavalt tõendama asjaolu, et tal oli võimalus korteriomandeid koormavate hüpoteekide summale vastav rahasumma välja laenata perioodil, mil hagi tagamine takistas hüpoteekide realiseerimist, arvestas Saksa õiguses leidava käsitlesega. Sealse käsitlese põhjal eeldatakse krediidiasutuste puhul võimalust kasutada raha väljalaenamiseks, mistõttu tuleb võlgnetavalt rahalt maksta saamata jäänud tulu.

¹⁴⁵ HMKo 08.03.2021, 2-15-7471/125; HMKo 19.02.2021, 2-19-17530/46, p 45; PMKo 01.12.2020, 1-20-1651; TMKo 15.03.2017, 1-09-2625/33, p 13.5; HMKo 03.04.2009, 2-08-57186/5.

¹⁴⁶ TMKo 11.03.2019, 1-18-7222/51, p 90.

¹⁴⁷ TMKo 15.03.2017, 1-09-2625/33, p 13.5.

Ringkonnakohus leidis, et Saksa käsitus on ülevõetav ka siin, kuna Eesti õigus on piisavalt sarnane Saksa vastavate normidega, mistõttu viidatud Saksa kõrgeima kohtu praktika on rakendatav ka meie õiguse tõlgendamisel. Kohus viitas ka Riigikohtu otsusele nr 3-2-1-103-08, p-le 20 ja Riigikohtu lahendile nr 3-2-1-145-04, p-le 39.¹⁴⁸ Ringkonnakohtu põhjendustest võib välja lugeda, et kohtu hinnangul on teises riigis olev kohtupraktika rakendatav ka Eestis, kui viidatud Riigikohtu lahendites toodud kriteeriumid on täidetud. Kohtu seisukoht ei ole siiski kooskõlas Riigikohtu otsuses nr 3-2-1-103-08, p 20 toodud seisukohtadega, kuna kohus pööras tähelepanu, et üksnes väljatoodud kriteeriumite esinemisel on võrdlemine asjakohane ja võrdlemise tulemuseks ei tohi olla teise riigi õiguse rakendamine.

Tallinna Ringkonnakohtu tsiviilkolleegium kaalub 31. jaanuari 2017. a. lahendis, kas maakohtu käsitus, mille järgi saab isik heauskselt omandada hagejale kuuluva korteriomandi õige kinnistusraamatu kande põhjal, kuid valelt samanimeliselt ja samal päeval sündinud isikult. Ringkonnakohus toob välja, et Eestis kohtupraktika puudub, kuid mujal on see väljakujunenud ja Eesti asjaõigus põhineb Saksa asjaõigusel. Kohus kirjeldab, kuidas on küsimust lahendatud Saksa õiguse alusel ja ütleb, et seega ei ole maakohtu järeldus õige.¹⁴⁹ Ringkonnakohtu otsuse teksti põhjalt jääb samuti mulje, justkui Riigikohtu lahendis nr 3-2-1-145-04, p 39 välja toodud kriteeriumite esinemisel ei peeta vajalikuks enam kaaluda, kas lahendust on võimalik kasutusele võtta ka Eestis. Tallinna Ringkonnakohtu otsus tühistati, kuid kuna Riigikohus jõudis kolmanda lahenduseni, siis ei pidanud vajalikuks peatuda Tallinna Ringkonnakohtu välisriigi õiguse käsitusel.

Tallinna Ringkonnakohus on 30. juunil 2015. a. lahendis nr 2-13-50257/36, p 4 toob välja, et menetlusosalise viide Saksa õigusele ei ole asjakohane kuna Eestis on antud asjas rakenduspraktika olemas ja lisab järgnevalt: „... välisriigi õigust on võimalik rakendada juhul, kui Eesti õigus osutub ebapiisavaks“. Mida on kohus pidanud täpsemalt silmas rakendamise all, kohus küll ei täpsusta, kuid sellises sõnastuses jääb mulje, et kohtu arvates välisriigi õiguse rakendamine on lubatud, kui Eesti õiguses ei ole küsimust käsitletud. Siiski, arvestades Riigikohtu lahendis

¹⁴⁸ TlnRnKo 22.06.2017, 2-15-4981, p 14.

¹⁴⁹ TlnRnKo 31.01.2018, 2-16-13943, p 29.

3-2-1-145-04 p 39 ja lahendis 3-2-1-103-08, p 20 öeldut, on kriteeriumid üksnes võrdlemise eelduseks ja võrdlemise tulemus ei tohiks olla teise riigi õiguse rakendamine.

Tallinna Ringkonnakohtu tsiviilkolleegium heitis 15. märtsi 2010. a. lahendis nr 2-08-23901/46 maakohtule ette, et kohus oma otsuses ei põhjenda, miks Saksamaal leidnud lahendus sobib ka Eestis. Maakohus tugines Eesti õiguskirjanduse käsitlusele, mis põhineb Saksa kohtupraktikale, mille järgi saab lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise alusel lepingust taganeda vähemalt 50%-lise hinnalanguse korral. Ringkonnakohtu hinnangul oleks pidanud maakohus oma otsuses kinnitama, et ka Eesti kohtupraktikas peaks VÕS § 97 lg 1 ja 5 kohaldamiseks olema õigustatud vaid ja ainult 50%-line või suurem hinnalangus. Tallinna Ringkonnakohtu seisukohast võib järeldada, et kui kohus leiab, et välisriigis olev lahendus sobib ka siia, siis peaks kohus seda põhjendama või kinnitama, kuid paljudel juhtudel seda tehtud ei ole.

Tartu Maakohtu 20. novembri 2017. a. värteoasi nr 4-17-3959/16 on heaks näiteks, kuidas viia läbi analüüs selliselt, et ei tekiks küsimust, kas välisriigi õigus on automaatselt üle võetud. Kohus pöördus küsimuses, millal võib avariilist autot käsitleda jäätmeina jäätmeseaduse § 120/5 mõttes, Austria- ja Saksa õiguse poole, kuna seadus oli kehtestatud Euroopa Liidu õiguse ülevõtmise käigus. Nimelt kohus rõhutas, et sealne tõlgendus ei pruugi vastata jäätmete mõistele Eesti seaduse kohaselt. Põhjuseks võib olla asjaolu, et Eesti seadusandja on jäätmete mõistet võrreldes Euroopa Liidu regulatsioonidest kitsamalt sisustanud. Kohtu hinnangul, isegi kui Eesti riik rikub selliselt oma kohustust, ei saa see kaasa tuua kellegi tunnistamist karistusnormi sõnastusega vastuollu mineval moel süüdi. Kohus märkis võimalikuks Eesti õiguse tõlgendamist Euroopa Liidu õigusaktide ja kohtupraktika abil, kuid ainult juhul, kui siseriikliku sätte sõnastus seda lubab. Antud lahend on heaks näiteks, et kohtud peavad hindama, kas antud teises riigis olev lahendus on siiski kooskõlas Eesti regulatsioonidega, isegi kui see on kehtestatud Euroopa Liidu õiguse ülevõtmise käigus.

Siiski leidub lahendeid, kus kohus on pidanud vajalikuks kaaluda teise riigi lahenduse sobivust Eestis. Näiteks leidis Harju Maakohus 25. juuni 2012. a. asjas nr 2-11-64432, et Saksamaa lahendus, mille järgi isikliku auto mittekasutamise arvelt tuleb maha arvata 15% – 20% renditava sõiduki renditasust, ei ole mõistlik. Kohtu seisukohalt auto mittekasutamisega hageja küll säästab,

kuid arvas, et ei ole reaalne 84 euro suurune kokkuhoid 19 päeva isikliku sõiduki kasutamata jätmisel. Kohus otsustas vähendas kahjuhüvitist 5%-ni.¹⁵⁰ Samas leidis Tallinna Ringkonnakohus 25. märtsi 2015. a. asjas nr 2-13-3378/47, et maakohus, kes arvestas kahjuhüvitisest maha 15%, on toiminud õigesti, kuna protsent vastab Eesti õigussüsteemiga sarnase Saksamaa kohtupraktikale. Esimesel juhul kaalus kohus, kas Saksamaa lahendus sobib kasutamiseks ka Eestis, kuid teisel juhul ei ole seda võimalik kohtulahendist välja lugeda.

Paljudel juhtudel, nii maakohtute kui ka ringkonnakohtu lahendite põhjalt, ei olnud võimalik aru saada, mis eesmärgil on kohtunik võrdlema asunud. Eelkõige ei olnud võimalik eristada, kas võrreldakse üksnes Eesti seaduse sisu ja mõtte väljaselgitamise eesmärgil või on võrdlemise eesmärk rakendada välisriigi õigust Eestis, mis ei ole lubatud. Mõistmata, millisel põhjusel kohus välisriigi õiguse poole pöördub, võib anda menetlusosalisele võimaluse kohtuotsust vaidlustada. Nendest kohtulahenditest, mille põhjal oli võimalik välja selgitada kohtu eesmärki, võib öelda, et eelkõige kohtud pöördusid välisriigi õiguse poole seaduse sisu ja mõtte väljaselgitamise eesmärgil, aga pidasid vajalikuks pöörduda välisriigi õiguse poole ka muul eesmärgil, kui üksnes Eesti seaduse sisu ja mõtte väljaselgitamise eesmärgil. Näiteks soovis kohus tuua seadusandjale näite selgemast normist või soovis Eestis olemasolevas õiguskirjanduses olevat seisukohta ümber lükata või oli ka lahendeid, kus viide välisriigi õigusele oli pigem retoorilist laadi. Ka Riigikohus pidas vajalikuks pöörduda välisriigi õiguse poole muul eesmärgil, kui üksnes Eesti seaduse sisu ja mõtte väljaselgitamise eesmärgil.

Samuti ei olnud alati võimalik hinnata, millistel eelduste esinemisel pidasid kohtud asjakohaseks välisriigi õigusele viitamist, kuna välisriigi õigusele viitamist ei pea kohtud põhjendama. Kohtulahendites, kus siiski võrdlemist põhjendati, lähtuti valdavalt Riigikohtu 2004. a. lahendist nr 3-2-1-145-04 toodud kriteeriumitest, kuid ei peetud vajalikuks põhjendada võrdlemise asjakohasust kõigi, vaid mõne üksikuga kriteeriumite väljatoomisega. Kõige sagedamini põhjendati võrdlemise asjakohasust sellega, et Eestis puudub kohtupraktika ja teises riigis on sarnane õigussüsteem. Kahel korral leidis ringkonnakohus, et maakohtu võrdlus on asjakohatu, kuna Eesti õiguses on küsimus selgelt reguleeritud ja puudub analoogne norm. Asjakohatu võrdluse põhjuseks võib olla Eesti õiguse mittepiisav tundmine ja/või välisriigi õiguse mittepiisav

¹⁵⁰ TMKo 25.06.2012, 2-11-64432.

tundmine, aga ei ole ka välistatud, et kohtud ei pööra või ei pea vajalikuks pöörata tähelepanu kõigile Riigikohtu 2004. a. lahendis nr 3-2-1-145-04 toodud kriteeriumitele, vaid üksnes mõnele nendest.

3. VÕRDLEMISE OBJEKT JA PROTSESS

3.1. Õigusvaldkonnad ja küsimused mis ajendasid kohtuid viitama välisriigi õigusele

Riigikohtu hinnangul on välisriigi õiguse poole pöördumine vähemalt eraõiguse kontekstis õigustatud, siis selle analüüsi raames selgus, et kohtud pidasid vajalikuks viidata ka haldus- ja kriminaalküsimustes, aga ka ühel juhul väärteoõiguse küsimuses. Seega, kuigi Riigikohus pidas vajalikuks pöörduda välisriigi õiguse poole eelkõige tsiviilasjades, siis on kohtud pidanud asjakohaseks arvestada välisriigi õigusega ka teistes õigusvaldkondades.

Õigusvaldkondade lõikes üldiselt nähtub, et kõige rohkem on viidatud välisriigi õigusele tsiviilasjades, aasta lõikes 0 kuni 5 korda. Aastatel 2004–2017 on tsiviilasjades viidatud välisriigi õigusele vahemikus 0 kuni 3 korda aastas. Kõige rohkem on tsiviilasjades viidatud aastatel 2018 ja 2019, kokku üheksal korral, samas järgnevatel aastatel 2020–2021 kokku kolmel korral. Kuigi viimased aastad on olnud võrreldes 2018. ja 2019. aastaga pigem tagasihoidlikud, siis võrreldes eelneva perioodiga (enne 2018) on märgata teatavat tõusutrendi. Kriminaalasjades on viidatud esimest korda 2015. aastal ja peale seda on aasta lõikes kriminaalasjadele viidatud vahemikus 1 kuni 4 korda. Ja kuigi tsiviilasjades on viidatud üldises arvestuses kõige rohkem, siis perioodil 2015 – 2021 on kriminaalasjades viidatud välisriigi õigusele kokku 17 korda ja tsiviilasjades 16 korda, mistõttu ei saa öelda, et viidatakse peamiselt üksnes tsiviilasjades. Enne 2015. aastat viitasid kohtud haldusküsimustes välisriigi õigusele kolmel korral, alates 2015. aastast ei ole kohtud ühelgi korral pidanud vajalikuks pöörduda haldusküsimustega välisriigi õiguse poole (vt tabelit 2).

Tabel 2. Välisriigi õigusele viitamise sagedus õigusvaldkondade lõikes

Aasta/õigusvaldkond	tsiviilasjad	kriminaalasjad	väärteoasjad	haldusasjad	kokku
2021	2	1			3
2020	1	4			5
2019	5	1			6
2018	4	4			8
2017	1	3	1		5
2016	2	1			3

2015	1	3			4
2014	1				1
2013	1			1	2
2012					0
2011				1	1
2010					0
2009	3				3
2008	2				2
2007				1	1
2006					0
2005					0
2004					0
kokku	23	17	1	3	44

Erinevate kohtuastemete lõikes tuli esile, et maakohtutes viitasid kohtud perioodil 2004–2016 välisriigi õigusele ainult tsiviil- (5 lahendis) ja haldusasjades (3 lahendis). Siiski on alates 2017. aastast tõusnud märgatavalt välisriigi õigusele viitamine kriminaal- ja väärteoasjades (7 kriminaalasja ja 1 väärteoasi), ületades isegi viitamissageduse selle perioodi tsiviilasjades. Sarnane muster on leitav ka ringkonnakohtutes, kus enne 2015. aastat ei pöördunud kohtud kordagi välisriigi õiguse poole kriminaalõiguse küsimustes. Süüteoasjades sagesid viitamised oluliselt, kuna üks kohtunik viitas aktiivselt välisriigi õigusele süüasjades ning kelle viited perioodil 2017–2021 moodustasid poole kõikidest kohtu viidetest. Väärteoküsimustes ei ole ringkonnakohtud ega ka Riigikohus perioodil 2004–2021 viidanud välisriigi õigusele.

Küsimused, mis ajendasid kohtuid pöörduma välisriigi õiguse poole, olid erinevad. Riigikohus pöördus välisriigi õiguse poole küsimusega, kuidas defineerida ärisaladust. Maakohtud pöördusid haldusasjades välisriigi õiguse poole järgmiste küsimustega: kas kaebajal on kaitstav subjektiivne õigus nõuda ehitusloa tühistamist,¹⁵¹ kas tuvastamiskaebus on lubatav;¹⁵² milline on liiklusemärgi õiguslik staatus.¹⁵³ Süüteoasjades viidati välisriigi õigusele järgmistes küsimustes: kas

¹⁵¹ HMKo 12.02.2007, 3-06-310/39.

¹⁵² HMKo 21.11.2011, 3-11-1131.

¹⁵³ HMKo 10.04.2013, 3-12-2480.

retsidiivsusohu väiksus on ainumäärav või tuleb peale selle arvestada muidki aspekte;¹⁵⁴ kui isik istus joobnuna autorooli, et auto rehve kulutada (ilma autot liigutamata), siis kas tegemist on mootorsõiduki joobeseisundis juhtimisega KarS § 424 mõttes; süüdivuse küsimus ebastabiilse isiksuse häire puhul; mida tähendab, kui kohus tunnistab isiku kahes teos süüdi valiktuvastamise sätete alusel;¹⁵⁵ kas altkäemaksu-juhtumite puhul saab kaasaaitaja vastutada altkäemaksu võtjale või/ja altkäemaksu andjale kaasabi osutamise eest;¹⁵⁶ mida on seadusandja pidanud silmas sõnaga „otstarbekas“ ja millest tuleb Eestis vangistuse tingimisi täitmisele pööramata jätmisel lähtuda;¹⁵⁷ kelmuse ja arvutikelmuse piiritlemine, varakäsituse nõusolekut puudutav küsimus;¹⁵⁸ ja kas eeskostja vastutab oma eeskostetava põhjustatud kahju eest¹⁵⁹.

Maakohtud tsiviilasjades otsisid vastuseid järgmistele küsimustele: millised eeldused peavad olema täidetud pahauskuse puhul;¹⁶⁰ portaalipidaja vastutus avaldatud kommentaaride eest;¹⁶¹ kas tuleb tasaarvestuse kui vastuväite alusena täitemenetluse seadustiku § 221 lg 2 tähenduses käsitleda tasaarvestuse olukorra esinemist;¹⁶² kas lepinguvabaduse põhimõtet tuleb eelistada tööõiguses kohalduvale võrdse kohtlemise põhimõttele;¹⁶³ tasu maksmise olukorras sundtäitmise lubamatuks tunnistamise küsimuses - kas vastuväite alused on tekkinud pärast kohtulahendi jõustumist;¹⁶⁴ kui hoonestusõiguse langemisel omanikule peab omanik tasuma hoonestajale hüvitise, siis kuidas kujuneb hüvitis;¹⁶⁵ mida võib pidada heade kommetega vastuoluks¹⁶⁶. Eelnevalt selgub, et küsimused puudutasid nii intellektuaalomandiõigust, äriõigust, lepinguõigust, tööõigust ja asjaõigust.

Ringkonnakohus ei pidanud vajalikuks perioodil 2004–2021 pöörduda kordagi välisriigi õiguse poole väärteo- ja haldusajades. Küsimused, mis ajendasid ringkonnakohtuid viitama välisriigi

¹⁵⁴ TMKo 15.03.2017, 1-09-2625/33.

¹⁵⁵ TMKo 02.10.2017, 1-17-2941/10.

¹⁵⁶ TMKo 21.11.2018, 1-17-6337/62.

¹⁵⁷ TMKo 06.11.2018, 1-17-105/49.

¹⁵⁸ TMKo 31.05.2018, 1-17-1804/101.

¹⁵⁹ PMKo 01.12.2020, 1-20-1651.

¹⁶⁰ HMKo 03.04.2009, 2-08-57186/5.

¹⁶¹ HMKo 27.06.2008, 2-06-9067/17.

¹⁶² HMKo 29.06.2009, 2-08-71824/18.

¹⁶³ HMKo 31.03.2016, 2-15-15916/10.

¹⁶⁴ HMKo 21.10.2009, 2-08-24325/17.

¹⁶⁵ VMKo 19.02.2018, 2-14-20932.

¹⁶⁶ HMKo 19.02.2021, 2-19-17530/46.

õigusele süüteasjades, olid järgmised: kas isik, kes pani toime kehalise väärkohtlemise ja osutas vägivalda võimuesindaja vastu, võib olla süüdimatu, kuna isikul oli lisaks isiksusehäirele ka veel alkoholijoove;¹⁶⁷ millal on tunnistaja üle kuulamata jätmiseks piisav põhjus;¹⁶⁸ kas on piisav alus karistuse kandmisest vabastamise menetluse algatamiseks, kui isik on kuriteo toime pannud süüdivana, kuid jäänud enne või pärast kohtuotsuse tegemist vaimuhaigeks;¹⁶⁹ mida tuleb mõista vabaduse võtmise all KarS § 136 tähenduses; kas tegemist on mitme teoga või mittekaristatava järelteoga;¹⁷⁰ vabastamise enne karistuse tähtaega;¹⁷¹ kas isiklikes päevikutes olevat infot saab kasutada kriminaalmenetluses;¹⁷² millal on tegemist valerahaga;¹⁷³ kas võib süüdi mõista isiku mitme teo eest, kui esimeses astmes mõisteti karistus ainult ühe teo eest?¹⁷⁴

Tsiviilasjades pöördusid ringkonnakohtud välisriigi õiguse poole järgmistes küsimustes: kas väljamõistetud elatist on võimalik tagasi nõuda ja mille alusel;¹⁷⁵ kas menetlusväline isik saab esitada nõude hagi tagamisega tekitatud kahju hüvitamiseks;¹⁷⁶ milline on tagasiostuõigusega müügilepingu eesmärk;¹⁷⁷ eriõigusjärgluse mõiste;¹⁷⁸ kas vaidlusaluse vara eriõigusjärglasele müügilepingu alusel üleandmisel laienes hageja kommertsipant sellele ja kas vara IMB pankrotivarasse tagastamisel jäi kommertsipant sellele püsima;¹⁷⁹ kas solidaarvõlgnike nõuete esitamise kord võib tuua kaasa võlausaldaja nõude mitmekordse täitmise;¹⁸⁰ kas esineb mõjuv põhjus ÄS § 184 lõike 5 tähenduses, mis õigustaks äriühingu autonoomiasse sekkumist ja juhatuse liikme tagasikutsumist enamusosalust mitteomava osaniku hagi alusel;¹⁸¹ kas on ebaõige maakohtu käsitus, mille järgi saanuks kostja heauskselt omandada hagejale kuuluva korteriomandi õige kinnistusraamatu kande põhjal, kuid valelt samanimeliselt ja samal päeval

¹⁶⁷ TrRnKo 20.10.2021, 1-20-9212.

¹⁶⁸ TrRnKo 19.10.2020, 1-18-3710/42.

¹⁶⁹ TrRnKo 22.09.2020, 1-14-34/92.

¹⁷⁰ TrRnKo 19.06.2020, 1-18-2796/121.

¹⁷¹ TrRnKo 09.11.2017, 1-16-68/46.

¹⁷² TrRnKo 11.12.2015, 1-14-1873/115.

¹⁷³ TrRnKo 23.10.2015, 4-15-7133/8.

¹⁷⁴ TrRnKo 30.09.2015, 1-14-9728/43.

¹⁷⁵ TlnRnKo 20.09.2019, 2-19-12332/4.

¹⁷⁶ TlnRnKo 04.06.2019, 2-15-7163/169.

¹⁷⁷ TlnRnKo 03.05.2019, 2-18-3637/70.

¹⁷⁸ TrRnKo 20.03.2019, 2-14-60590.

¹⁷⁹ TrRnKo 20.03.2019, 2-14-60590.

¹⁸⁰ TlnRnKo 29.11.2018, 2-18-3358/20.

¹⁸¹ TrRnKo 26.02.2018, 2-15-13876.

sündinud isikult;¹⁸² kas krediitiasutus ei pidanud täiendavalt tõendama asjaolu, et tal oli võimalus korteriomandeid koormavate hüpoteekide summale vastav rahasumma välja laenata perioodil, mil hagi tagamine takistas hüpoteekide realiseerimist;¹⁸³ millal on kaubamärgi registreerija pahauskne EEÜKM art 52 (1) (b) mõttes;¹⁸⁴ loovutamislepingu õiguslik seisund, kui nõude loovutamislepingu sõlmimisel oli tahtlik eesmärk teisele poolele kahju teha;¹⁸⁵ millal on panga antud laen heade kommete vastane;¹⁸⁶ kas äriseadustiku § 303 lg 1 mõttes võib hääletada äriühingu juhatuse liige, kui selle äriühingu osad kuuluvad sugulastele.¹⁸⁷ Eelnevast tulenevalt selgub, et küsimused puudutasid nii perekonnaõigust, võlaõigust, asjaõigust, äriõigust kui intellektuaalomandiõigust.

Oleks võinud arvata, et kohtuid ajendab viitama teise riigi õigusele see, kuidas Euroopa Liidu õiguse ja selle alusel kehtestatud siseriiklike õigusnorme tõlgendada. Ka Riigikohtu lahendis nr 3-2-1-145-04 leiti, et eeskätt on vaja arvestada välisriigi õigusega Euroopa Liidu õiguse ja selle alusel kehtestatud siseriiklike õigusnormide tõlgendamisel. Siiski selgus, et perioodil 2004–2021 on kohtud Euroopa Liidu õiguse ja selle alusel kehtestatud siseriiklike õigusnormide tõlgendamisel pöördunud välisriigi õiguse poole kolmel korral.¹⁸⁸

Eelnev ilmestab, kui erinevad küsimused ajendasid kohtuid viitama välisriigi õigusele. Peamiselt kerkisid üles küsimused seoses sellega, kuidas tõlgendada õigusnormis olevat üht või teist mõistet, nt mida tähendab pahauskne, eriõigusjärglus, vabaduse võtmine, otstarbekas jne. Vähem viitasid kohtud välisriigi õigusele, kui seaduses esines lünk, nt milliseks kujuneb hüvitis, kui hoonestusõiguse langemisel omanikule peab omanik tasuma hoonestajale hüvitise. Kohtud pöördusid tsiviilasjades välisriigi õiguse poole eelkõige võlaõiguse, asjaõiguse, äriõiguse, intellektuaalomandiõiguse, lepinguõiguse küsimustes ja süüteoasjades ainult kriminaalasjades, v.a ühe erandiga, kui kohus viitas välisriigile väärteoasjas.

¹⁸² TlnRnKo 31.01.2018, 2-16-13943.

¹⁸³ TlnRnKo 22.06.2017, 2-15-4981.

¹⁸⁴ TlnRnKo 05.12.2016, 2-14-60372/50.

¹⁸⁵ TlnRnKo 07.12.2015, 2-13-20300/93.

¹⁸⁶ TlnRnKo 20.11.2014, 2-13-49298/25.

¹⁸⁷ TlnRnKo 14.06.2013, 2-12-18857/27.

¹⁸⁸ TMKo 20.11.2017, 4-17-3959/16; TlnRnKo 05.12.2016, 2-14-60372/50.

3.2. Võrdluse läbiviimine kohtus

Enne kui kohtunik hakkab õigusnormi rakendama, peab kohtunik tegema endale selgeks õigusnormi sisu ja mõtte. Arvestades, et seadusandja ei suuda ega peagi kõiki elulisi asjaolusid ette nägema, sh kasutab ebatäpseid termineid, siis teeb see õiguse tõlgendamise õiguse rakendamisel möödapääsmatuks. Sellest tulenevalt on tõlgendamise funktsioon küsimusi tekitava õigusnormi teksti arusaadavaks muutmine.¹⁸⁹ Seaduses esinevaid lünkasid saab ületada analoogia abil, kuid seda on võimalik kasutada üksnes siis, kui esineb elulistel asjaoludel sarnane abstraktne faktiline koosseis.¹⁹⁰ Samas tuleb tähele panna, et kuigi tsiviilõiguses on analoogia kasutamine tunnustatud TsÜS § 4 kohaselt¹⁹¹, siis sütteasjades on analoogia keeld *expressis verbis* sõnastatud karistusseadustiku § 2 lõikes 4¹⁹².

Seaduse tõlgendamiseks on erinevaid meetodeid. Aulis Aarnio tõlgendusmeetodite käsitle järgi jagunevad tõlgendusargumendid seitsmesesse eraldiseisvasse rühma, sh juriidiline argument, mis omakorda jaguneb kaheksaks alagrupiks, millest üks on võrdleva õiguse argumendid.¹⁹³ Robert Alexy jagab juriidilised argumendid neljaks: lingvistilised, geneetilised, süstemaatilised, üldised praktilised argumendid. Tema sõnul moodustavad süstemaatilised argumendid kõige keerukama, kuid ka kõige olulisema grupi, mis omakorda jaguneb kaheksasse alagruppi, millest viimane on komparatiivsed ehk võrdlevad argumendid, mille eesmärk on koherentsus ruumi dimensioonis.¹⁹⁴

Riigikohtu lahendi nr 3-2-1-145-04, p 39 järgi eeldab teise riigi õiguse võrdlemine Eesti kohtutelt võrdleva õiguse kasutust.¹⁹⁵ Ka Julia Laffranque arvates peab võrdlemine, mille funktsioon on küsimusi tekitava õigusnormi teksti arusaadavaks muutmine, hõlmama endas võrdlevat õigust.¹⁹⁶ Siiski küsimusele, mida võrdlev õigus tähendab, ei ole ühest vastust. Võrdlev õigus on läbi põimunud nii ajaloost, sotsiaalteadustest, antropoloogiast ja teistest teadusharudest, mille tulemusel on saadud intellektuaalselt mitmekülgne uurimise viis, aitamaks tõsta meie teadmisi

¹⁸⁹ Narits, R. Õiguse entsüklopeedia. Tallinn: Juura 2004, lk 145 ja 148.

¹⁹⁰ Ibidem, lk 163.

¹⁹¹ Sootak, J., Õigus igaühele, Juura 2017, lk 169.

¹⁹² Sootak, J. Analooogia karistusõiguses – mitte ainult keelatud. Tallinn: Juridica 2021/5, lk 344.

¹⁹³ A. Aarnio 1996, lk 171-172.

¹⁹⁴ Alexy, R. Põhiõigused Eesti põhiseaduses. – Justiitsministeerium. Tallinn: Põhiseaduse juriidilise ekspertiisi komisjoni dokument 1997, lk 8-10.

¹⁹⁵ Kull, 2013, 601.

¹⁹⁶ Laffranque, lk 1290.

erinevates valdkondades.¹⁹⁷ Läbi erinevate perioodide on võrdlevast õigusest olnud mõnevõrra erinev arusaam. Kui varem nähti võrdlevat õigust meetodina, siis nüüd vahendina uute teadmiste ammutamiseks¹⁹⁸ ja osana õigusest.¹⁹⁹ Võrdleva õigusega ei ole näiteks tegemist, kui antakse ülevaade Saksa õigusest. võrdleva õiguse kasutusega kohtu poolt ei ole tegemist, kui viidatakse siseriikliku kohtu otsusele, mis käsitleb välisriigi õigust.²⁰⁰ Irene Kulli arvates ei saa pidada võrdlevaks õiguseks ka võrdlust, kus üksnes võrreldakse välisriigi õiguse kohtupraktikat analoogses asjas.²⁰¹

Võrdleva õiguse puhul puudub ühtne arusaam võrdleva õiguse meetoditest, kuid siiski eristatakse vähemalt nelja peamist meetodit: funktsionaalne meetod, võrdlev õigusajalugu, õiguse siirdamise uurimine ja võrdlev õiguskultuur, kuid on ka veel struktuurne ja analüütiline meetod.²⁰² Konrad Zweigerti ja Hein Kötz'i hinnangul on peamine metodoloogiline printsiip kogu võrdleva õiguse temaatikas funktsionaalsus. Õigusest saab mõelda kui funktsioonist, millest tulenevalt ühiskonnad seisavad silmitsi sarnaste probleemidega ja kuigi nad reageerivad neile erineval viisil, on tulemused siiski sarnased.²⁰³ Ka John Reitz²⁰⁴ ja Mathias Reimann²⁰⁵ leiavad funktsionaalse meetodi olevat ainukese nn viljaka meetodi.²⁰⁶ Funktsionalismi eelis on võrreldes teiste loetletud meetoditega see, et on keskmisele õigusuurijale kättesaadavam.²⁰⁷

Konrad Zweigerti ja Hein Kötz'i hinnangul on seadusi võimalik võrrelda üksteisega ainult juhul, kui need täidavad sarnast funktsiooni. Mis tahes võrdleva uurimuse puhul peab probleem olema sõnastatud ilma igasuguse viiteta oma õigussüsteemi mõistetele. Eesmärk on näha erinevaid

¹⁹⁷ Reimann, M., Zimmermann, R. The Oxford Handbook of Comparative Law. Second edition. Oxford University Press, 2019, preface to the first edition.

¹⁹⁸ Sammuel, G. Courts and comparative law, Andenas, M., Fairgrieve, D. Oxford: 2015, lk 54.

¹⁹⁹ Graziano, T. K. Is it Legitimate and Beneficial for Judges to Compare? — Reimann, M., Zimmermann, R. The Oxford Handbook of Comparative Law. Second edition. Oxford University Press, 2019, lk 53.

²⁰⁰ Sammuel, 2015, lk 54.

²⁰¹ Kull, 2013, 601.

²⁰² Andenas, 2015, lk 101.

²⁰³ Zweigert, K., ja Kötz, H. An Introduction to Comparative Law. Third Edition. Translated by Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 1998, lk 34 ja 44.

²⁰⁴ Reitz, J. How to do Comparative Law. AJCL, 1998, 617 ja 620.

²⁰⁵ Reimann, M. The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century. The American Journal of Comparative Law Vol. 50, no. 4, pp. 671-700.

²⁰⁶ Michaels, R. The Functional Method of Comparative Law. — Reimann, M., ja Zimmermann, R. The Oxford Handbook of Comparative Law. Second edition. Oxford University Press, 2019, lk 346.

²⁰⁷ Van Hoecke, M. Methodology of Comparative Legal Research. Law and Method, 2015, lk 11.

lahendusi ainult nende funktsiooni valguses, selleks et leida lahendus siseriiklikule probleemile. Funktsionaalse meetodi abil ilmnevad sarnasused erinevate õiguskordade vahel, mis ei ole ringarutluse tulemus ega pelgalt tõend sarnaste vajaduste kohta ühiskonnas, vaid tõestus sügavamatest universaalsetest väärtustest.²⁰⁸

Kõige rohkem leiab võrdlev õigus kasutust Euroopas, kus õiguse tõlgendamine on eriti hoogu kogunud just viimasel kümnendil. Euroopas kasutatakse võrdlevat õigust enim uute seaduste väljatöötamisel ja kohtutes.²⁰⁹ Samas mitte väga ammu minevikus välisriigi õiguse kasutus õigusemõistmisel rakendust ei leidnud. Näiteks pidi Oxfordi Ülikooli professor Otto Kahn-Freund 1965. a. võrdleva õiguse meetodi loengu alguses tunnistama, et annab ainet, mida praktikas ei eksisteeri.²¹⁰

Võrdluse läbiviimiseks võib olla mitmesuguseid lähenemisviise. Kes uurib õigust koosmõjus kultuuri, poliitika ja sotsiaalsete või majanduslike teguritega, teised on rohkem huvitatud ühest konkreetsest reeglist ja selle rakendamisest. Seega märkimisväärsed erinevused võrdleva õiguse uurimise lähenemisviisi valikul esinevad ainuüksi seetõttu, kas võrdlevaid uuringuid viiakse läbi siseriikliku või välisriigi õiguse mõistmise huvides või eesmärgiga muuta siseriikliku õigust või ette valmistada ühtseid õigusakte jne.²¹¹ Siiski vaatamata asjaolule, et uurimise lähenemisviise võib olla erinevaid, ollakse valdavalt seisukohal, et võrdlus võrdleva õiguse kontekstis, sh kohtutes, eeldab vähemalt kolme etapi läbimist: (i) esmalt tuleb otsustada, milline on küsimus või probleem, millele otsitakse lahendust, (ii) objekti valikule järgneb välisriigi reegli kirjeldus ja (iii) viimaseks analüüs erinevuste ja sarnasuste osas.²¹² Eriarvamusel ollakse selles osas, kuidas neid etappe peaks läbi viima.

Võrdlev õigus eeldab esmalt võrreldava objekti määratlemist koos teemaga milles objekt asetseb ja millega soovitakse võrrelda ehk allikad. Erialakirjanduses nimetatakse seda ka võrdluse aluseks

²⁰⁸ Zweigert, 1998, lk 34 ja 44.

²⁰⁹ Jan M. The Oxford Handbook of Comparative Law. Second edition. Smits. Reimann, M., Zimmermann, R. Oxford University Press, 2019, lk 503.

²¹⁰ Andenas, 2015, lk 39.

²¹¹ Basedow, lk 834 ja 826.

²¹² Dannemann, G. Comparative Law: Study of Similarities or Differences. — Reimann, M., Zimmermann, R. The Oxford Handbook of Comparative Law. Second edition. Oxford University Press, 2019, lk 411.

(*basis of comparsion*). Võrdluse aluse eesmärk on leida reeglid, institutsioonid, mis oleksid võimalikult sarnased.²¹³ Võrdluse alus hõlmab ka õigussüsteemi valikut ja sobivaid allikaid võrdluse läbiviimiseks. Allikaks võivad olla seadused, kohtuotsused, teadlaste artiklid ja teised allikad, mis võivad olla abiks probleemi lahendamisel. Välisriigi õiguse materjali läbitöötamise eesmärk on sarnasuste ja erinevuste tuvastamine, mis on üks osa võrdlevast õigusest.²¹⁴

Teise sammuna kirjeldatakse reeglit või lahendust, kuid esineb eriarvamusi selles osas, kas reeglite ja institutsioonide kirjeldamisel peaks kirjeldus keskenduma erinevustele või sarnasustele või mõlemale.²¹⁵ Lisaks on kirjeldamise osas veel küsimus, kas arvestada reegli kontekstiga või mitte²¹⁶ ja kas välisriigi õiguse kirjeldamise osas läheneda „ühise tuuma“ (*common core*) väljatoomisel või „parema reegli“ leidmisel (*better rule approach*).²¹⁷

Jane Ellis selgitab, millised takistused võivad esineda reegli ühise tuuma välja selgitamisel. Võrdluseks toob ta näite kahest normist, mis näevad ette, millistel tingimustel tuleb maksta kahjuhüvitist, kuid ühes õigussüsteemis on normi funktsioon üksnes hüvitada tekitatud kahju, teises on lisaks kahju hüvitamise otstarbele ka lisaks karistuse funktsioon. Sellises olukorras võib tekkida soov üldistamiseks ja leida, et reegli ühine tuum on ohvrile üksnes kahju hüvitamine, kuna karistuse funktsioon ei ole piisavalt levinud. Tema arvates aitab kõige paremini siiski reegli ühist tuuma välja selgitada see, millist käitumisstandardit norm soodustab – selliselt eristub, milline on olnud kahju, kas kellegi süü tõttu või õnnetusjuhtumi läbi tekkinud kahju. Kuigi tema hinnangul on võimalikke tõlgendusi veel, sõltuvalt vaatleja eesmärkidest. Seevastu parema reegli leidmisel keskendutakse, kuidas reeglite kaudu on võimalik rahuldada ühiskonna vajadusi, mitte niivõrd

²¹³ Dannemann, G. The Oxford Handbook of Comparative Law, 2019, lk 411.

²¹⁴ Örüü, E. Methodological Aspects of Comparative Law. European Journal of Law Reform, vol. 8, no. 1, 2006, lk 31.

²¹⁵ Legrand, P., and Munday, R. Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions. Cambridge University Press, 2003.(viidatud: Reimann, M., Zimmermann, R. The Oxford Handbook of Comparative Law. Second edition. Oxford University Press, 2019, lk 416); Markesinis, B. S., Lorenz, W., Dannemann, G. The German Law of Obligations vol I: The Law of Contracts and Restitution, 1997, preface. (viidatud: Reimann, M., Zimmermann, R. The Oxford Handbook of Comparative Law. Second edition. Oxford University Press, 2019, lk 416); Zweigert, K., ja Kötz, H. An Introduction to Comparative Law. Third Edition. Translated by Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 1998, lk 44.

²¹⁶ Kull, 2013, 602.

²¹⁷ *Ibidem*, 2013, 602.

õiguspõhimõtete ühise tuuma välja toomisele, mis on leidnud ka rohkem rakendust. Mõlemal välisriigi õiguse kirjeldamise lähenemisel on siiski oma ohud.²¹⁸

Viimase sammuna eeldab võrdleva õiguse meetod analüüsi. Kui sarnasused ja erinevused tulevad esile kirjelduse abil, siis analüüsi osas otsitakse neile selgitusi. Viimases etapis selgub, kas rohkem on erisusi või sarnasusi ning vastatakse küsimusele, miks see nii on.²¹⁹ Samas tuleb silmas pidada, et analüüsi käigus võidakse välisriigi õigust kasutada ka negatiivse argumendina. Sellisel juhul tuuakse näide välisriigis rakendust leidnud lahendusest, mis ei ole toonud positiivseid tagajärgi ning mistõttu tuleks vastavat lahendust eirata.²²⁰ Vaatamata sellele, kas välisriigi õigust on võimalik rakendada siseriiklikus õiguses või mitte, on analüüsi tulemusel võimalik õppida paremini aru saama enda õigussüsteemist ja õppida teiste õigussüsteemide kohta.

Mark Van Hoecke on arvamisel, et nii õiguslik kui ka mitteõiguslik kontekst on tähtsad, et aru saada konkreetsest reeglist. Võrdlus ei tohiks keskenduda ainult seadusandluse tasandile, kuna sotsiaalne reaalsus võib olla hoopis erinev. Näiteks olukorrad, kus reegel eksisteerib, aga reegli rakenduspraktika puudub; kõik järgivad seadust; õigusaktid ei ole muutunud aastakümneid kui mitte sajandeid, mistõttu on tänapäeval vähe vaidlusi, mis jõuavad kohtusse; ohvrid ei julge kohtusse pöörduda, kuna on tugeva sotsiaalse surve all; või probleemid ja konfliktid on lahendatud väljaspool seadust või väljaspool selle institutsioone jne. Kõigil viidatud juhtudel võib sotsioloogiliste käsitlemise puudumine viia täiesti moonutatud nägemuseni välisriigi õigusest. Üldjuhul on juristid kursis siseriiklikus õiguses oleva kontekstiga, kuid enamasti mitte või vähemalt mitte samal määral välisriigis oleva õigusliku ja mitteõigusliku keskkonnaga.²²¹

Ka Irene Kulli arvates on Riigikohtu 2004. a. lahendis nr 3-2-1-145-04, p 39 toodud kriteeriumite põhja võimalik välja lugeda võrdleva õiguse põhielemendid, mille järgi peaksid kohtud alustama võrdleva õiguse puhul konkreetse küsimuse püstitusega ja allika leidmisega, millele järgneb

²¹⁸ Ellis, J. General Principles and Comparative Law. - European Journal of International Law. 2011, lk 960-961.

²¹⁹ Dannemann. Oxford Handbook of Comparative Law, lk 419.

²²⁰ Storme, M. E. On the Use of Foreign Law. - European Review of Private Law, vol 21, no 3, 2013, lk 685.

²²¹ Van Hoecke, 2015, lk 6.

analoogse reegli tõlgendus või rakenduspraktika leidmine sarnasest õigussüsteemist ning õigusliku ja mitteõigusliku kontekstiga arvestamine.²²²

Arvestama peab ka sellega, et kohtute jaoks on võrdleva õiguse kasutamine võrreldes nt õigusteadlastega piiratum, kuna kohtunikel on limiteeritud aeg iga kaasuse lahendamiseks²²³ ja kohtud peavad lähtuma siseriiklikest õigusnormidest.²²⁴ Eesti kohtutele seavad piirangud võrdleva õiguse kasutamisel ka Riigikohtu 2004. a. lahendis nr 3-2-1-145-04, p 39 toodud kriteeriumid. Kui võrdleva õiguse läbiviimise esimeses etapis toimub teise õigussüsteemi valik, siis Riigikohtu lahendis toodud kriteeriumite alusel saab kohus valida üksnes nende õigussüsteemide vahel, kus on sarnane õigussüsteem ja seaduste rakendamise praktika ning analoogne seadus.²²⁵

Seega peaksid Eesti kohtud võrdluse läbiviimiseks esmalt (i) analüüsima teise riigi õigustekste ja siis (ii) neid võrdlema eesmärgiga tuvastada erisused ja sarnasused. Õigustekstide analüüs peaks hõlmama erinevate tekstide analüüsi ja võrdlemist, samuti tutvumist reegli ajalooga, reegli rakenduspraktikaga, aga ka muu olulise teabega. Tekstide analüüsimise tulemusel peaks kohus saama täieliku ja ühtse pildi reeglist ja selle taustast. Julia Laffranquei toob välja, et ükskõik milliseid võrdleva õiguse meetodeid ka ei kasutata, peaks alati esitama vähemalt kaks küsimust: esiteks kas lahendus või tõlgendus on teises riigis leidnud edukalt rakendust ja kas teise riigi lahendus sobiks ka riiki, kuhu otsitakse lahendust. Tema hinnangul on kõige suuremaks probleemiks pealiskaudne viitamine välisriigi õigusele. Tema hinnangul kohtud siiski ei kasuta võrdlemisel võrdlevat õigust, kuna tihti viidatakse ühele välisriigi allikale põhjendamata, miks valiti just see konkreetne riik. Ka Saksamaa kohtutele on ette heidetud pealiskaudset viitamist välisriigi õigusele, kuna tutvutakse üksnes mõne üksiku allikaga.²²⁶ Irene Kulli hinnangul on üksnes Riigikohtul suutlikkus läbi viia võrdlevat õigust, sh läbi töötada kohtupraktikat ja õiguskirjandust.²²⁷

²²² Kull, 2013, 599-600.

²²³ Feteris, 2021, lk 10.

²²⁴ Janssen, A., Schulze, R. Legal Cultures and Legal Transplants in Germany. Kluwer Law International 2011, lk 246.

²²⁵ Kull, 2013, 600.

²²⁶ Laffranque, 2008, lk 1294-1295.

²²⁷ Kull, 2013, 609.

Eesti kohtupraktika pinnalt ei olnud võrdleva õigusega kindlasti tegemist nendes lahendites, kus viidati välisriigi õigusele läbi teise kohtulahendi, viimast võis kohata vähemalt ühes maakohtu lahendis²²⁸, kui ka ühes ringkonnakohtu lahendis²²⁹. Samuti ei ole tegemist võrdleva õigusega, kui kohus lihtsalt kirjeldas välisriigi õigust, ilma et sellel oleks olnud mingisugust mõju kohtu otsusele või seisukohale. Näiteks on Tartu Maakohus pidanud 2018. aastal vajalikuks tuua selgema näite Saksamaa, Austria ja Šveitsi õigusest,²³⁰ kus seadusandja on täpsemalt reguleerinud, millal on otstarbekas jätta vangistus tingimisi täitmisele pööramata või 2020. aasta Ringkonnakohtu kriminaalkolleegiumi viitest Saksa õigusele, kus on väidetavalt palju loogilisemalt reguleeritud, millal võib vangistusasutus vangistuse täitmise lõpetada.²³¹

Kohtud on võrdlemiseks tutvunud enamjaolt ühe või kahe välisriigis oleva õigustekstiga, eelkõige kas seaduse normi ja kohtupraktikaga või seaduse normi ja õiguskirjandusega. Õigusküsimuste lahendamisel võrdles kohus üksnes teise riigi õigusnormi harvadel juhtudel (kokku 3 korral)²³². Näiteks Ringkonnakohus 29. novembril 2018. a. tsiviilasjas nr 2-18-3358/20 viitas Saksa pankrotiseadusele lisades viite sulgudesse „(InsO § 43)“, millele järgnes kirjeldus Saksa õigusnormist.

Valdavalt võrdles kohus kuidas analoogses asjas teise riigi kohus on otsustanud või milline seisukoht on teise riigi õiguskirjanduses. Kohtuotsuste põhjal ei olnud võimalik selgitada välja, kas kohtud on välisriigi õigustekstide analüüsimise tulemusel saanud täieliku ja ühtse pildi reeglist ja selle taustast piisavalt. Näiteks ei olnud võimalik välja selgitada Tartu Ringkonnakohtu 20. märtsi 2019. a. tsiviilasjas nr 2-14-60590 p-s 18 ja Harjumaa Maakohtu 31. märtsi 2016. a. asjas nr 2-15-15916/10, p 11 kas kohus on tutvunud rohkem kui ühe õigustekstiga, sh kas lisaks kohtupraktikale, on tutvunud seaduse kommentaaridega, õigusteadlaste avaldatud artiklitega jne. Esimesel juhul Tartu Ringkonnakohus märkis, et eriõigusjärgluse mõistet ei tule tõlgendada kitsalt ja lisades sulgudesse viite Saksa õigustekstidele järgnevalt: „(vt nt BeckOK ZPO/Gruber, 31. Ed. 1.12.2018, ZPO § 325 Rn. 4, 5)“. Kohtulahendi põhjal ei ole võimalik välja selgitada, kas seaduse

²²⁸ HMKo 2-15-7471/125.

²²⁹ TrRnKo 09.11.2017, 1-16-68/46, p 13.

²³⁰ TMKo 06.11.2018, 1-17-105/49, p 30.

²³¹ TrRnKo 22.09.2020, 1-14-34/92, p 13.

²³² VMKo 19.02.2018, 2-14-20932; HMKo 12.02.2007, 3-06-310/39; TrRnKo 20.03.2019, 2-14-60590.

kommentaari oli ainuke millega kohus tutvus või oli veel ka teisi allikaid, nt kohtupraktika. Teisel juhul Harjumaa Maakohus viitas Saksamaa kõrgeima töövaidlusi lahendava kohtu *Bundesarbeitsgericht* otsusele, mis oli tehtud aastal 1962, kus leiti, et lepinguvabaduse põhimõtet tuleb eelistada tööõiguses kohalduvale võrdse kohtlemise põhimõttele. Kohus pidas vajalikuks tuua info üksnes 1962. aasta kohtulahendi kohta ning lisades info kohtulahendi numbri kohta. Kohus ei pidanud vajalikuks viidata teistele õigustekstidele, sh seaduse kommentaaridele, vaid üksnes tõi välja, et ka hiljem on Saksamaa kohus sellisele otsusele jõudnud, kuid millistel sarnastel asjaoludel ning millistes kohtuotsustes täpsemalt, kohtulahendi tekstist välja ei tule.

Kohtuotsuste põhjal ei olnud samuti võimalik välja lugeda, kas kohus on väljaotsitud välisriigi õiguse tekstide põhjal neid siseriikliku õigusega võrrelnud eesmärgiga tuvastada erisused ja sarnasused. Eestikesksed seadused on tugevasti mõjutatud enamjaolt Saksa õigusest, seega reeglina kulub vähem aega õigusliku ja mitteõigusliku konteksti kirjeldamisele, samas ei saa pidada kirjeldamiseks seda, kui kohus üksnes viitab sellele, et kuulume samasse õigusperekonda.

Leidus mõningaid repliike, mille põhjal võib üksnes oletada, et kohus on võrrelnud välisriigi õigust eesmärgiga tuvastada erisused ja sarnasused, nt „ei näe Eesti ja Saksa õiguse vastavate normide põhimõttelist erinevust“²³³ ja „Eesti õigus piisavalt sarnane Saksa vastavate normidega“²³⁴. Arvestades võrdleva õiguse läbiviimiseks vajaminevaid oskusi ja ajakulu, siis ei saa alati oodata, vähemalt madalama astme kohtutelt, võrdleva õiguse läbiviimist. Samuti ei ole võimalik kohtuotsuste põhjal tuvastada, kas kohus on leidnud sellise lahenduse, mis on teises riigis leidnud edukalt rakendust ja kas kohtu hinnangul sobib lahendus Eestisse. Kui võrdleva õiguse läbiviimist ei saa kohtutelt alati oodata, siis saab oodata kohtutelt vähemalt kaalumist, kas välisriigis rakendust leidnud lahendus sobib ka Eestis. Seega ei olnud kohtulahendite põhjal võimalik tuvastada neid samme, mida võrdlev õigus eeldab – esiteks, teise riigi õigustekstide analüüs, mille tulemusel peaks kohus saama täieliku ja ühtse pildi reeglist ja selle taustast ning teiseks, neid võrdleva eesmärgiga tuvastada erisused ja sarnasused.

²³³ HMKo 31.03.2016, 2-15-15916/10.

²³⁴ TlnRnKo 22.06.2017, 2-15-4981.

Kuna võrdleva õiguse läbiviimine eeldab ligipääsu allikatele, keeleoskust ja ajaressursse, siis arvestades kohtute iseärasusi, ei ole vähemalt maakohtutel selleks kõiki võimalusi, küll aga on suuteline selleks Riigikohus. See muidugi ei tähenda, et madalama astme kohtud ei võiks välisriigi õigusele viidata ja arvestada välisriigi kohtupraktikaga, kui viitamine on lubatud. Siiski ei saa sellise võrdluse tulemusel olla võrdlev-õiguslik argument väga suure kaaluga.

3.3. Välisriigi õiguse allikad Eesti kohtupraktikas

Eesti kohtuotsustest selgus, et kohtud viitasid peamiselt Saksa õigusele. Koos Saksa õigusega viidati üksikul juhul ka Austria²³⁵, Šveitsi²³⁶ ja Rootsi õigusele.²³⁷ Ainult üks kord viitas kohus üksnes Austria kohtupraktikale, ilma Saksa õigusele viitamata, hindamaks, kas esineb mõjuv põhjus äriseadustiku § 184 lõike 5 tähenduses, mis õigustaks äriühingu autonoomiasse sekkumist ja juhatuse liikme tagasikutsumist enamusosalust mitteomava osaniku hagi alusel.²³⁸ Austria, Šveitsi ja Rootsi õigusele on viidatud perioodil 2017–2019, kus ühtlasi viidati kõige rohkem välisriigi õigusele. Seega on peale Saksa õiguse teiste riikide õigusele viidatud alles viimaste aastate jooksul (vt tabelit 3).

Tabel 3. Perioodil 2004–2021 Eesti kohtu poolt viidatud riikide õigus

Aasta/ riigi õigus	Saksamaa õigus	Šveitsi õigus	Austria õigus	Rootsi õigus
2021	3			
2020	5			
2019	6			1
2018	7	2	2	
2017	5		1	
2016	3			
2015	4			
2014	1			
2013	2			
2012				
2011	1			

²³⁵ TrRnKo 26.02.2018, 2-15-13876; TMKo 20.11.2017, 4-17-3959/16.

²³⁶ TMKo 06.11.2018, 1-17-105/49.

²³⁷ RKTko 05.06.2019, 2-17-17217.

²³⁸ TrRnKo 26.02.2018, 2-15-13876, p 10.

2010				
2009	3			
2008	2			
2007	1			
2006				
2005				
2004				

Tsiviilasjades viidati peamiselt Saksamaa tsiviilseadustikule (BGB)²³⁹ ja Saksamaa tsiviilkohtumenetluse seadustikule (ZPO)²⁴⁰ ning nende kommentaaridele, sellele järgnesid viited Saksamaa Ülemkohtule (Bundesgerichtshof)²⁴¹. Peale Saksamaa tsiviilseadustiku on viiteid ka teistele seadustele ja nende kommentaaridele, näiteks Saksamaa aktsiaseltsi seadusele (Aktiengesetz);²⁴² asjaõigusseadusele (AÖS),²⁴³ Saksamaa ehitusseadusele (Erbbaurechtsgesetz, ErbbauRG) ja Saksa pankrotiseadusele (InsO)²⁴⁴, Saksamaa kaubamärgiseaduse kommenteeritud väljaandele Ströbele/Hacker „Markengesetz“²⁴⁵ ja ühel juhul Saksamaa kõrgeima töövaidlusi lahendavale kohtule Bundesarbeitsgericht.²⁴⁶ Välisriigi allikates viidati Šveitsi tsiviilseadustikule (ZGB)²⁴⁷, Austria osaühinguseadusele ja Austria Kõrgeima Halduskohtule²⁴⁸.

Süüteoasjades viidati peamiselt Saksamaa karistusseadustikule ja selle kommentaaridele ning Saksamaa Konstitutsioonikohtule²⁴⁹, aga ka Saksamaa kriminaalmenetluse seadustikule

²³⁹ PMKo 01.12.2020, 1-20-1651; TlnRnKo 20.11.2014, 2-13-49298/25, p 20; TlnRnKo 20.09.2019, 2-19-12332/4, p 6; TlnRnKo 04.06.2019, 2-15-7163/169, p 91; TlnRnKo 03.05.2019, 2-18-3637/70, p 13.

²⁴⁰ HMKo 21.10.2009, 2-08-24325/17, p 10; HMKo 29.06.2009, 2-08-71824/18, p 8; TrRnKo 20.03.2019, 2-14-60590, p 18.

²⁴¹ HMKo 27.06.2008, 2-06-9067/17; TlnRnKo 22.06.2017, 2-15-4981, p 14; TlnRnKo 20.11.2014, 2-13-49298/25, p 20; TlnRnKo 05.12.2016, 2-14-60372/50, p 48; TlnRnKo 04.06.2019, 2-15-7163/169, p 91; TlnRnKo 03.05.2019, 2-18-3637/70, p 13.

²⁴² TlnRnKo 14.06.2013, 2-12-18857/27; TlnRnKo 07.12.2015, 2-13-20300/93, p 30.

²⁴³ TlnRnKo 31.01.2018, 2-16-13943, p 29.

²⁴⁴ TlnRnKo 29.11.2018, 2-18-3358/20, p 14.

²⁴⁵ HMKo 03.04.2009, 2-08-57186/5, p 8.

²⁴⁶ HMKo 31.03.2016, 2-15-15916/10, p 11.

²⁴⁷ VMKo 19.02.2018, 2-14-20932, p 18.

²⁴⁸ TrRnKo 26.02.2018, 2-15-13876, p 10.

²⁴⁹ TMKo 21.11.2018, 1-17-6337/62, p 23; TMKo 20.11.2017, 4-17-3959/16, p 35; TMKo 02.10.2017, 1-17-2941/10, p 18; TrRnKo 11.12.2015, 1-14-1873/115, p 75; TrRnKo 23.10.2015, 4-15-7133/8, p 13.

(Strafprozessordnung)²⁵⁰, Saksamaa õigusteadlaste artiklitele²⁵¹, Austria karistusseadustikule²⁵² ja Šveitsi karistusseadustikule²⁵³.

Kohtulahendites ei olnud alati viidete kõrval infot selle kohta, kust kohus info leidis või ka mõnel juhul, millisele allikale täpsemalt kohtu seisukoht tugineb, kuid valdavalt oli kohtulahendis toodud viite juurde lisatud info allika kohta piisav, et selle järgi originaalallikas üles otsida. Samas, kui valdavalt oli viitele lisatud ka info allika kohta täpsemalt, siis õigusnormi puhul ei pidanud kohtud mitte ühelgi juhul vajalikuks välja tuua, kus nad on välisriigi õigusnormiga tutvunud. Kohtu viitele lisatud info selle kohta, kust info pärineb, on eriti oluline menetlusosalistele, kes soovivad näiteks kohtuotsust vaidlustada ja kontrollida, kas kohtu viide välisriigi õigusele on ikka asjakohane.

Maakohtutes tsiviilasjades ei olnud kolmel korral võimalik tuvastada, kust viidatud välisriigi õiguse seisukoht pärineb²⁵⁴ Näiteks Harju Maakohus selgitas 2021. aastal: „Üldlevinuks võib pidada Saksa õiguskirjandusest pärit heade kommetega vastuolu määratlust, mille kohaselt heade kommetega vastuolus oleva käitumise puhul on tegemist käitumisega, mis on vastuolus ausalt ja õiglaselt mõtlevate inimeste sündsustundega“.²⁵⁵ Millisest õiguskirjandusest täpsemalt kohus räägib, kohtuotsusest ei selgu, mistõttu ei ole võimalik soovi korral tutvuda originaalallika endaga. Teistes tsiviilasjades oli võimalik välja lugeda, kust välisriigi õiguse käsitus pärineb, sageli viidati kohtulahenditele lisatakse kohtulahendi numbrile ka link,²⁵⁶ kuid mitte alati.²⁵⁷ Üksnes ühel juhul oli Harju Maakohus viidanud nii Saksa seaduse kommentaaridele, õigusteadlase artiklile ja kohtupraktikale, lisades kõigi viidete juurde detailse asukoha kirjelduse allika asukohast ja lingid. Esimese astme tsiviilasjades esines ka kaudset viitamist, ühel juhul Ringkonnakohus viitas teise kohtulahendi käsitluse²⁵⁸ või Eestis leiduva õiguskirjanduse kaudu.²⁵⁹ Viimase puhul otsis kohus

²⁵⁰ TrRnKo 22.09.2020, 1-14-34/92, p 13; TrRnKo 19.10.2020, 1-18-3710/42, p 117; TrRnKo 30.09.20151-14, 9728/43, p 83.

²⁵¹ TrRnKo 11.12.2015, 1-14-1873/115, p 75.

²⁵² TMKo 20.11.2017, 4-17-3959/16, p 30.

²⁵³ TMKo 06.11.2018, 1-17-105/49, p 30.

²⁵⁴ HMKo 19.02.2021, 2-19-17530/46, p 45; HMKo 21.10.2009, 2-08-24325/17, p 10; HMKo 29.06.2009, 2-08-71824/18, p 8.

²⁵⁵ HMKo 19.02.2021, 2-19-17530/46, p 45.

²⁵⁶ HMKo 03.04.2009, 2-08-57186/5; HMKo 27.06.2008, 2-06-9067/17.

²⁵⁷ HMKo 31.03.2016, 2-15-15916/10.

²⁵⁸ HMKo 08.03.2021, 2-15-7471/125.

²⁵⁹ PMKo 01.12.2020, 1-20-1651

vastust küsimusele, kas eeskostja vastutab oma eeskostetava põhjustatud kahju eest. Kohus otsis vastust Saksa erialakirjandusest, Liis Arraku ja Triin Uusen-Nacke 2020. aasta Juridica artikli kaudu.

Maakohtutes süüteoasjades oli kõigile viidetele lisatud info allika asukoha kohta punktitäpsusega ja kohtupraktikale viidates oli lisatud link,²⁶⁰ mis lihtsustab oluliselt välisriigi allikale ligipääsu. Siinjuures on oluline ära märkida, et kõik viited olid tehtud ühe kohtuniku poolt. Ühel juhul viitas maakohtunik kriminaalasjas Saksa, Austria, Šveitsi õigusele kaudselt. Nimelt kerkis üles küsimus, mida seadusandja on pidanud silmas sõnaga „otstarbekas“ ja millest tuleb Eestis vangistuse tingimisi täitmisele pööramata jätmisel lähtuda. Kohus tutvus välisriigi õigusega sanktsiooniõiguse õpiku kaudu.²⁶¹ Õpikule, täpsemalt haldusõiguse õpikule, on maakohtud ka ühes haldusasjas viidanud ja sealsele Saksa õiguse käsitlemisele liiklusmärkide õigusliku staatuse kohta. Kohus esitas viite lehekülje täpsusega.²⁶²

Ringkonnakohtud viitasid kriminaalasjades Saksa seaduse kommentaaridele,²⁶³ v.a ühe erandiga²⁶⁴, kus kohus viitas Tartu Maakohtu praktikas korduvalt väljendatud Saksa õiguskirjandusel põhinevale käsitlemisele, mille järgi on ennetähtaegse vabastamise menetluse raames oluline üksnes uute kuritegude oht. Mõned näited viidetest kriminaalasjades: Diemer – Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung. 8. Auflage, § 250/1; Fischer zum Strafgesetzbuch. 63. Auflage, § 239/3; MünchKommBGB zum Bürgerlichen Gesetzbuch BGB § 1149 kommentaar; Joecks, StGB, Studienkommentar, 10. Auflage, § 146/5; Sternberg-Lieben – Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage, § 146/5. Allika päritolule on lisatud märke selle kohta mitmes väljalase on ja kes on olnud autor, võimaldades selliselt vajadusel teise riigi õigustekst üles otsida.

²⁶⁰ TMKo 21.11.2018, 1-17-6337/62; TMKo 20.11.2017, 4-17-3959/16.

²⁶¹ TMKo 06.11.2018, 1-17-105/49.

²⁶² HMKo 10.04.2013, 3-12-2480, p 11.

²⁶³ TrRnKo 20.10.2021, 1-20-9212; TrRnKo 19.10.2020, 1-18-3710/42; TrRnKo 22.09.2020, 1-14-34/92; TrRnKo 07.09.2020, 1-19-1820/85; TrRnKo 19.06.2020, 1-18-2796/121; TlnRnKo 26.05.2016, 1-12-7518; TrRnKo 11.12.2015, 1-14-1873/115; TrRnKo 23.10.2015, 4-15-7133/8; TrRnKo 30.09.2015, 1-14-9728/43.

²⁶⁴ TrRnKo 09.11.2017, 1-16-68/46, p 13.

Ringkonnakohtute tsiviilasjades leidus kaks kohtulahendit, mille põhjal ei olnud võimalik kindlaks teha, millise allikaga on kohus tutvunud. Tallinna Ringkonnakohtu tsiviilkolleegium viitas 29. novembri 2018. a. asjas nr 2-18-3358/20 p-s 29 üksnes Saksa pankrotiseadusele (InsO § 43), jättes lisamata, kus täpsemalt normiga on tutvutud. Samal aastal viitas Tallinna Ringkonnakohtu tsiviilkolleegium 31. jaanuari 2018. a. tsiviilasjas nr 2-16-13943 p-s 6 üksnes Saksa BGB kommentaaridele, täpsustamata, milline õigusnorm ja kust täpselt on kommentaaridega tutvutud. Ringkonnakohus tsiviilasjades lisas kõigi kohtupraktika viidete juurde lingi,²⁶⁵ v.a ühe erandiga, kus kohus lisas kohtuotsuse numbrit ilma lingita.²⁶⁶ Ühel juhul viitas kohus välisriigi kohtuotsusele Eesti õiguskirjanduse kaudu. Tallinna Ringkonnakohus käsitles 2019. aasta tsiviilasjas²⁶⁷ Saksa õigust tsiviilkohtumenetluse seadustiku kommenteeritud väljaande kaudu, lisades juurde leheküljenumbri. Samal aastal tõi Tallinna Ringkonnakohus²⁶⁸ välja Saksa kohtupraktika käsitluse sellest, mis on tagasiostuõigusega müügilepingu eesmärk, viidates võlaõigusseaduse kommenteeritud väljaandele lehekülje täpsusega, aga samas lisas juurde ka viite Saksa seaduse kommentaaridele punkti täpsusega.

Riigikohus²⁶⁹ on viidanud Saksamaa Liidukohtu praktikale, milles on ärisaladust defineeritud, karistusseadustiku kommenteeritud väljaande kaudu, lisades lehekülje ja punkti täpsusega allika asukoha. Esimese astme kohtud kasutasid kaudset viitamist (6 lahendit) seaduse kommentaaride, õigusteadlaste artiklite ja õpikute kaudu, mis moodustas kõigist kohtulahenditest ca 14%. Kõik kaudset viited, v.a üks viide, on tehtud viimase nelja aasta jooksul. Võimalik, et õiguskirjandust, mis käsitleb välisriigi õigust, on rohkem leida, mistõttu on kohtunikel selliselt parem ligipääs välisriigi õigusele.

Samas tuleb olla kriitiline, kas õiguskirjanduse, sh kaudsete viidete kaudu on käsitlus siiski endiselt asjakohane. Õiguskirjanduses leiduvad seisukohad võivad olla abiks välisriigi õigusega tutvumisel, kuid õiguskirjanduses toodud seisukohad ei pruugi olla enam asjakohased, kas seaduse muudatuste või muutunud kohtupraktika tõttu. Näiteks heitis Tallinna Ringkonnakohtu

²⁶⁵ TlnRnKo 14.06.2013, 2-12-18857/27; TlnRnKo 22.06.2017, 2-15-4981; TlnRnKo 20.11.2014, 2-13-49298/25; TlnRnKo 05.12.2016, 2-14-60372/50; TlnRnKo 20.09.2019, 2-19-12332/4; TlnRnKo 07.12.2015, 2-13-20300/93.

²⁶⁶ TrRnKo 26.02.2018, 2-15-13876, p 10.

²⁶⁷ TlnRnKo 04.06.2019, 2-15-7163/169, 91;

²⁶⁸ TlnRnKo 03.05.2019, 2-18-3637/70, p 10.

²⁶⁹ RKTko 09.12.2008, 3-2-1-103-08, p 20.

tsiviilkolleegium 4. juuni 2019. a. tsiviilasjas nr 2-15-7163/169, p-s 91 maakohtule ette, et kaudne erialakirjandus ei olnud enam seaduse muudatuste valguses asjakohane. Ringkonnakohus tõi välja, et ZPO rakenduspraktika järgi, mis on analoogne TsMS §-ga 945, saab menetlusväline isik nõuda sarnaselt kostjaga endale tekitatud kahju hüvitamist, kui risk, et hagi tagamise avalduse rahuldamisel võib menetlusvälisele isikule kahju tekkida, oli avalduse esitanud isikule (hagejale) piisava selgusega ettenähtav. Siiski ei olnud ringkonnakohtu poolt viidatud kommentaar seaduse muudatuse valguses enam asjakohane, kuna uute muudatuste järgi sooviti piirduda sätte laiendamisega menetlusosalistest kolmandatele isikutele.

Ootuspäraselt on enim võrdlust kasutatud Saksamaaga, reeglina piirdub kohtulahendites välisriigi õigusega võrdlemine lihtsalt ühe-kahe allika nimetamisega. Samas võrdleva õiguse läbiviimine eeldab esmalt mitmete erinevate õigustekstide analüüsi, selleks et saada normist täieliku ja ühtse pildi. Seda, kas kohtud on tutvunud ka lisaks kohtulahendites viidatud õigustekstidele, kohtulahenditest ei selgu. Peamiselt käsitlevad kohtud, kuidas ühes või teises välisriigi kohtus on samas asjas otsustatud või mida on arvatud samas küsimuses välisriigi õiguskirjanduses. Vähemalt esimese astme kohtute puhul on see mõnevõrra ootuspärane, kuna kohtute eesmärk on konkreetses asjas teha otsus ja selleks ei ole väga palju aega, kuna menetlustähtjad saabuavad.

Kui varem viidati välisriigi õigusele eelkõige tsiviilasjades, siis viimastel aastatel on kohtud avatud viitama välisriigi õigusele nii tsiviilasjades kui ka süüteoasjades võrdselt. Peamiselt kerkisid üles küsimused seoses sellega, kuidas tõlgendada õigusnormis olevat üht või teist mõistet, nt mida tähendab pahauskne, eriõigusjärglus, vabaduse võtmine, otstarbekas jne. Harvem pöördusid kohtud välisriigi õiguse poole, kui seaduses esines lünk, nt milliseks kujuneb hüvitis, kui hoonestusõiguse langemisel omanikule peab omanik tasuma hoonestajale hüvitise. Kohtud pöördusid tsiviilasjades välisriigi õiguse poole eelkõige võlaõiguse, asjaõiguse, äriõiguse, intellektuaalomandiõiguse, lepinguõiguse küsimustes ja süüteoasjades ainult kriminaalküsimustes, v.a üks väärteoküsimus.

KOKKUVÕTE

Selle uurimistöö eesmärk oli teada saada, mis ulatuses, millal, mis küsimustes ja mis eesmärgil Eesti kohtud pöörduvad välisriigi õiguse poole ning milles võrdlemine seisneb. Sellega seoses esitati järgmised uurimisküsimused:

1. kui sageli Eesti kohtud viitavad välisriigi õigusele;
2. millisel eesmärgil Eesti kohtud viitavad välisriigi õigusele;
3. millistel tingimustel peavad Eesti kohtud lubatavaks välisriigi õigusele viitamist;
4. millistes küsimustes Eesti kohtud viitavad välisriigi õigusele ja milles võrdlemine seisneb.

Võrdleva õiguse argumendid, mis on üks seaduse tõlgendamise meetoditest, on oluline abivahend Eesti seaduse sisu ja mõtte väljaselgitamisel, kuid kohtute aktiivsust välisriigi õigusele viitamisel, võrreldes õigusteadlastega, võib hinnata madalaks. Kohtute vähene aktiivsus võib olla tingitud sellest, et välisriigi õiguse allikaid leida ja neile ligi pääseda ei ole lihtne, kuid takistuseks võib olla ka keelebarjäär, kohtuniku avatus välisriigi õigusele või vähene aeg võrdluse läbiviimiseks.

Paika ei pea õiguskirjanduses leiduv väide, et kohtud arvestavad välisriigi õigusega seetõttu, kuna menetlusosalised pööravad sellele tähelepanu. Tõsi, kuigi kohtutes üle poolte viidete välisriigi õigusele oli tehtud menetlusosaliste poolt, siis vaatamata sellele ei arvestanud kohtud võrdlev-õigusliku argumendiga, kuna kohtud ei pidanud võrdlust asjakohaseks. Samas ei ole välistatud, et kui menetlusosalised esitaksid kohtule asjakohaseimaid võrdlev-õiguslikke argumente, siis kasutaksid kohtud välisriigi õigust aktiivsemalt. Viimase kuue aastaga on siiski näha viitamiste tõusutrendi, sest kui varasemalt viitasid kohtud välisriigi õigusele keskmiselt alla kahe korra aastas, siis perioodil 2015–2021 on keskmine viitamiste arv üle nelja korra aastas. Kuigi viimaste aastatega on märgata teatavat tõusutrendi, siis üldises arvestuses viitavad kohtud välisriigile harva.

Seda, millisel eesmärgil on Eesti kohtutel lubatud välisriigi õigusele viidata, Eesti seadusandja ei ole reguleerinud. Aastal 2004, on Riigikohus lahendis nr 3-2-1-145-04, p-s 39 toodud välja, et välisriigi õigusega arvestamine on siseriikliku õigusnormi sisu ja mõtte väljaselgitamise eesmärgil lubatud, kuid kohtulahenditest selgus, et kohtud pöörduvad välisriigi õiguse poole ka teistel eesmärkidel (ca 11% lahenditest) kui viidatud Riigikohtulahendis välja toodud eesmärgil. Näiteks on Riigikohus 2019. aastal viidanud Saksa ja Rootsi õigusele selleks, et tuua seadusandjale näide

õigusnormidest, mille lisamist võiks ka Eesti seadusandja kaaluda; või Tartu Maakohus on 2018. aasta kriminaalasjas nr 1-17-6337/62 lisanud viite välisriigi õigusele *obiter dictum* korras eesmärgiga avaldada kriitikat olemasolevale süüteo kontseptsioonile, mis puudutab jätkutegu; või Tartu Ringkonnakohtu kriminaalkolleegium 2020. a. lahendis pöördus välisriigi õiguse poole eesmärgiga lükata ümber karistusseaduse kommentaaris olev seisukoht, mille järgi on vangistamine samastatav vabaduse võtmisega.

Siiski ei olnud pooltest kohtulahenditest võimalik aru saada, mis eesmärgil on kohtud võrdlema asunud. Eelkõige ei olnud võimalik eristada, kas kohus pöördub välisriigi õiguse poole seaduse sisu ja mõtte väljaselgitamise eesmärgil või mingil teisel eesmärgil. Seega ei ole võimalik anda kõigi kohtulahendite põhjal hinnangut, millisel eesmärgil kohtud võrdlema on asunud. Nende lahendite põhjal, millest on võimalik kohtu eesmärk välja selgitada, on kohtud peamiselt viidanud välisriigi õigusele siseriikliku normi sisu ja mõtte väljaselgitamise eesmärgil.

Võrdlemine normi sisu ja mõtte väljaselgitamise eesmärgil ei ole siiski alati lubatud. Riigikohus on lahendis 3-2-1-145-04, p 39 toonud välja, et välisriigi õigusega arvestamine on siseriikliku õigusnormi tõlgendamise eesmärgil lubatud, kuid tingimusel, et Eestis sätte rakenduspraktika puudub ja teises sarnase õigussüsteemiga ja seaduste rakendamise praktikaga riigis on analoogse sätte rakenduspraktika väljakujunenud (edaspidi ka kui Riigikohtu kriteeriumid). Kuigi kohtud ei ole kohustatud võrdlemist põhjendama, siis pooltel juhtudel kohtud seda tegid. Kõige sagedamini pidasid kohtud vajalikuks võrdlemist põhjendada mõnel järgneval põhjusel: Eestis sätte rakenduspraktika puudub, teises riigis on sarnase õigussüsteem, teises riigis on sarnane seaduste rakendamise praktika, teises riigis on analoogne säte, teises riigis on sätte rakenduspraktika väljakujunenud. Seega lähtusid kohtud võrdlemise asjakohasuse hindamisel Riigikohtu kriteeriumitest, kuid pidasid vajalikuks ära märkida üksnes ühe või mõne Riigikohtu lahendis toodud kriteeriumitest. Seda, kas madalama astme kohtud arvestasid ka teiste kriteeriumitega ja pidasid vajalikuks välja tuua nende jaoks üksnes olulisema eelduse, mille alusel on võrdlemine asjakohane, kohtulahenditest ei selgu.

Riigikohtu 2004. aasta lahendi nr 3-2-1-145-04, p 39 järgi ei ole lubatud välisriigi kohtupraktika automaatne ülevõtmine. Mitmetest (ca 27%) kohtulahenditest ei olnud võimalik välja lugeda, kas

kohus on kaalunud, kas teise riigi lahendust on võimalik kasutusele võtta ka Eestis. Selliseid lahendeid leidis valdavalt maakohtutes, mis ühtlasi moodustasid üle poole maakohtute lahenditest, kus kohus oli arvestanud välisriigi õigusega. Näiteks tõi Tallinna Ringkonnakohtu tsiviilkolleegium 2017. aasta lahendis välja, et kuna Eestis kohtupraktika puudub, kuid mujal on see väljakujunenud ja Eesti asjaõigus põhineb Saksa asjaõigusel ning kuna maakohtu seisukoht ei lähe kokku teises riigis leiduva seisukohaga, siis ei ole maakohtu järeldus õige. Samal aastal teises asjas toob Tallinna Ringkonnakohtu välja, et Saksa käsitus on võimalik kasutusele võtta ka Eestis, kuna Eesti õigus on piisavalt sarnane Saksa vastavate normidega, mistõttu viidatud Saksa kõrgeima kohtu praktika on rakendatav ka meie õiguse tõlgendamisel.

Kohtu põhjendustest jääb mulje, et kui kriteeriumid, mille järgi on võrdlemine lubatud, on täidetud, siis võib automaatselt arvestada teise riigi lahendusega. Tallinna Ringkonnakohtu on teinud ka sellekohase märkuse maakohtule, et otsuses oleks pidanud maakohtu kinnitama, miks arvab teise riigi lahenduse sobivaks ka Eestis. Samas suunas Riigikohtu otsuses nr 3-2-1-103-08, p-s 20 tähelepanu sellele, et üksnes välja toodud kriteeriumite esinemisel on võrdlemine asjakohane ja võrdlemise tulemuseks ei tohiks olla teise riigi õiguse rakendamine.

Riigikohtu lahend nr 3-2-1-145-04, p 39 mis käsitleb, millisel eesmärgil ja millal võib välisriigi õigusega arvestada, eeldab ühtlasi Eesti kohtutelt võrdleva õiguse kasutust. Samas on võrdleva õiguse kasutus kohtutes piiratud mitmel põhjusel. Riigikohtu lahendis toodud kriteeriumite alusel saab kohus valida üksnes nende õigussüsteemide vahel, kus on sarnane õigussüsteem ja seaduste rakendamise praktika ning analoogne seadus. Võrdleva õiguse kasutus eeldab Eesti kohtutelt aga vähemalt kahe etapi läbimist. Esiteks, teise riigi õigustekstide analüüsi, mille tulemusel saab kohus tervikliku pildi normist ja teiseks, nende võrdlemist eesmärgiga tuvastada erisused ja sarnasused. Eesti kohtulahendite põhjal ei olnud võimalik neid samme hinnata. Kohtulahendites on viidatud üksnes ühele või kahele õigusallikale ning lahenditest ei tule välja, kas teise riigi õigustekstide analüüsimiseks on tutvutud ka teiste allikatega, mille tulemusel on saadud normist ühtne ja terviklik pilt. Samuti ei olnud võimalik selgitada välja, kas kohus on võrrelnud eesmärgiga tuvastada sarnasused ja erisused. Siiski võib öelda, et Eesti kohtutes peaaesjalikult seisneb võrdlemine selles, et otsitakse kuidas analoogses küsimuses on leidnud teise riigi kohus või mis seisukoht on teise riigi õiguskirjanduses.

Eesti kohtulahendite analüüsist selgus, et kui algselt pöörduiti peamiselt välisriigi õiguse poole tsiviilasjades, siis viimastel aastatel on kohtud avatud välisriigi õigusele võrdselt nii tsiviilasjades kui ka süüteasjades. Põhjus, miks süüteasjades on oluliselt viitamiste arv sagenenud, on tingitud ühest aktiivsest kohtunikust, kelle viidetest kõigis süüteasjades moodustub üle poole. Haldusasjades ei ole kohtud kordagi viimase 7 aasta jooksul viidanud välisriigi õigusele. Küsimused, mis ajendasid kohtuid pöörduma, olid väga erinevad, nt mida tähendab pahauskne, eriõigusjärglus, vabaduse võtmine, otstarbekas, või milliseks kujuneb hüvitis, kui hoonestusõiguse langemisel omanikule peab omanik tasuma hoonestajale hüvitise, kelmuse ja arvutikelmuse piiritlemine, varakäsituse nõusolekut puudutav küsimus; kas eeskostja vastutab oma eeskostetava põhjustatud kahju eest; portaalipidaja vastutus avaldatud kommentaaride eest; millal on tegemist valerahaga jne. Süüteasjades viidati välisriigi õigusele ainult kriminaalküsimustes, v.a üks väärteoasi, Tsiviilasjades kuulusid küsimused väga erinevatesse valdkondadesse, sh võlaõigus, asjaõigus, äriõigus, intellektuaalomandiõigus, lepinguõigus ja tööõigus.

Eesti kohtud viitavad üksnes mõne erandiga Saksa õigusele. Mõned korrad on kohus koos Saksa õigusega viidanud ka Austria, Šveitsi ja Rootsi õigusele. Võimalik, et tänu allikate paremale ligipääsetavusele, on peale Saksa õiguse hakatud viitama ka teiste riikide õigussüsteemidele. Peamised allikad, mida kohtud kasutasid tsiviilasjades, olid Saksamaa tsiviilseadustik (BGB) ja Saksamaa tsiviilkohtumenetluse seadustik (ZPO) ning nende kommentaarid, millele järgnesid viited Saksamaa Ülemkohtule. Peale Saksamaa tsiviilseadustiku oli viited ka paljudele teistele seadustele ja nende kommentaaridele. Süüteasjades viidati peamiselt Saksamaa karistusseadustikule ja selle kommentaaridele ning Saksamaa Konstitutsioonikohtule, aga ka Saksamaa kriminaalmenetluse seadustikule.

Kohtu viitele lisatud info selle kohta, kust info pärineb, on eriti oluline menetlusosalisele, kes sooviks tutvuda originaalallikaga ja kes sooviks kohtuotsust vaidlustada. Samas leidis siiski mõni lahend, kus kohus ei pidanud vajalikuks täpsustada, kus ta välisriigi õigusega tutvus. Õigusnormi puhul ei peetud kordagi vajalikuks lisada, kus normiga tutvuti. Kohtupraktika puhul oli üle poolte kordade lisatud kohtunumbrile ka link, lihtsustades selliselt oluliselt allika leidmist. Üldiselt, v.a õigusnormide puhul, oli kohtulahendites lisatud info selle kohta, kust allikas pärineb ja valdavalt koos punkti või leheküljenumbriga, mille abil on võimalik originaalallikas üles otsida. Kohtud

jõudsid mõnel juhul välisriigi õiguseni läbi Eestis leiduva õiguskirjanduse, sh õpikute, seaduse kommentaaride ja õigusteadlaste artiklite kaudu. Kaudset viitamist on kohtud kasutama hakanud viimased neli aastat, mis võib olla tingitud sellest, et välisriigi õigust käsitlevat kirjandust on võrreldes varasemaga rohkem. Kaudsete viitamiste ja üldise õiguskirjanduse osas tuleb olla ettevaatlik, kuna seaduse või kohtupraktikas leiduvate seisukohtade muutudes, ei pruugi viide välisriigi allikale enam olla asjakohane. Näiteks on Tallinna Ringkonnakohtu tsiviilkolleegium 2019. aastal teinud etteheite maakohtule, et viide tsiviilkohtumenetluse seadustiku kommenteeritud väljaandele ei olnud seaduse muudatuse valguses enam asjakohane.

Võrdlemine on Eesti suguse väikeriigi jaoks ootuspärane abivahend, kuid mitte ainult õigusteadlaste jaoks, vaid ka kohtute jaoks. Võrdlemine on eelkõige abiks siseriiklike normide tõlgendamisel, mille eesmärk on õiglasem ja kvaliteetsem otsus. Võrdlemine ei tohiks sõltuda sellest, et kohtunikul tekib idee või huvi, kuidas teises riigis on analoogses asjas kohus otsustanud, vaid peaks põhinema süsteemsel otsustusel, hindamaks kas võrdlemine on üldse asjakohane. Samas ei anna asjakohane võrdlus jätta kaalumata, kas välisriigi õiguses olevat lahendust on võimalik kasutusele võtta ka Eestis. Võrdlemisel tuleb ka arvestada, et ilma teise riigi õigusliku ja mitteõigusliku konteksti arvesse võtmata võib saada moonutatud pildi sealsest õigusest, mille tulemusel võib olla ebakvaliteetne otsus. Võrdlemine on hea abivahend kohtunikule seaduse sisu ja mõtte väljaselgitamise eesmärgil, kuid selle käsitlemisesse tuleb suhtuda ettevaatlikkusega.

SUMMARY

The use of foreign law as a comparative legal argument in Estonian case law

The aim of this thesis is to determine to what extent, when, and with which questions and purpose do Estonian courts refer to court practices and law in foreign countries, as well as to ascertain what aspects are considered in the comparative approach.

To address this, the following research questions were posed:

1. how often do Estonian courts reference foreign law?;
2. for what purpose do Estonian courts reference foreign law?;
3. what are the conditions under which Estonian courts are allowed to reference foreign law?;
4. what are the questions in which Estonian courts have referenced foreign law and what does the comparison exactly entail?

Comparative law, which is one of the methods to interpret the law, is an essential tool to understanding the content and idea behind Estonian law. In spite of this, court practice in which reference to foreign law is made may be deemed considerably low, in comparison to legal scholars. This lack of practice in court could be due to the limited accessibility to sources of foreign law, and the difficulty of finding such sources. Other possible hindrances could be the language barrier, a judge's openness to include references to foreign law, or the time limitations of conducting a thorough comparison.

The statement frequently found in legal literature claiming that courts consider foreign law because parties to the proceedings draw attention to it, does not hold true. It is confirmed that over half of the references to foreign law made in court are done by various parties to the proceedings; however, the courts did not take these comparative law arguments into account, as they found the comparisons irrelevant. In spite of this, the possibility that courts would actively refer to foreign law when presented with a relevant comparative argument from the parties to the proceedings is not excluded. The last six years demonstrate a rising trend in such references: previously, the courts referenced foreign law at an average of less than two times per year, however, within the period of 2015 to 2021, the average reference rate has grown to over four times per year. Despite the

recent indications of an upwards trend, overall references to foreign law, by the court, remains relatively rare.

The basis on which Estonian courts have the right to reference law in countries abroad has not been regulated by the Estonian legislature. The 2004 Supreme Court decision of case No 3-2-1-145-04, p 39 has highlighted that considering foreign law with the aim of interpreting the content of certain national legal provisions is allowed; however, it was also discovered through various court decisions that courts had also been referencing foreign law with aims distinct from that set out in the Supreme Court decision (approximately 11% of decisions). Further, in half of the court decisions it was not entirely clear what aims were pursued by the court when using comparative law. First and foremost, it was not possible to distinguish whether the court consulted foreign law for purposes of interpretation of national law or whether other aims were pursued, thus, it is impossible to provide a sufficient assessment of the aims sought in the context of each court decision incorporating comparative law. Notwithstanding, from the decisions that the intent can be derived from, various aims have been pursued by the courts, but the main aim was for purposes of interpretation of the content and objective of national law.

Resorting to comparative law with the purpose of determining the content and intent of national law is, however, not always allowed. The Supreme Court has highlighted that consulting foreign law with the aim of interpreting national legal provisions is possible insofar as practice for the application of the respective legal provision is lacking in Estonia but analogous application practice has been developed in another country with a similar legal system and legal provision (pursuant to the Supreme Court criteria). Although courts are not obligated to explain their reason for using comparative law, such reasoning was provided in half of the cases. Most often the courts deemed it necessary, due to one of the following reasons: Estonia lacks the application practice of a certain provision, another country has a similar legal system, another country has a similar legal provision practice, another country has an analogue provision, another country has developed certain legal provision practice. Evidently, the courts' purposes for using comparative law were largely based on the criteria provided by the Supreme Court, but the courts seemingly deemed it necessary to note only one or a few of the criteria set forth by the Supreme Court decision. Whether lower courts also considered other criteria but decided to note only the most essential prerequisite

to them, based on which comparative law is relevant, cannot be determined from the court decisions.

Based on the 2004 Supreme Court decision of case No 3-2-1-145-04, p 39 the automatic adaption of other country court practice is not allowed. However, approximately 27 % of court decisions, it is not possible to determine if the court even considered to discuss the possibility of the decision being appropriate in Estonia's context. Such decisions were mostly found in county courts.

Based on court justifications, it seems that if the criteria allowing use of comparative law is fulfilled, it automatically enables courts to consider court decisions from other countries. Tallinn District Court has also made a remark to county courts in reference to this, stating that county courts should include in their decisions why it is appropriate in Estonia to consider foreign court decisions in the particular context. On the contrary, the Supreme Court case No. 3-2-1-103-08, p 20 draws attention to the fact that only the existence of stated criteria renders the use of comparative law appropriate and the result of comparative law cannot be to implement another country's law.

The Supreme Court decision of case No. 3-2-1-145-04, p 39 which addresses the aims and circumstances under which it is allowed to consider foreign law, assumes that Estonian courts use comparative law. Applying comparative law in turn, however, assumes that certain stages have been completed and passed: firstly, the analysis of legal texts of the other respective country and, secondly, their comparison with the aim to identify similarities and differences. Based on the Estonian court decisions, it was not possible to evaluate the completion and processing of these steps.

The analysis of legal texts of another country entails familiarization of various legal texts, based on which the court should be able to receive a full and coherent understanding of the rules and their background. According to Estonian court decisions, however, it is clear that the courts have only worked through one or two legal texts of a respective foreign countries. Therefore, based on Estonian court decisions, it is impossible to determine if courts have had a multifaceted and thorough approach to familiarizing themselves with legal texts of another country. It was also not

possible to determine if courts had compared the legal texts from another country to national provisions to highlight similarities and differences appropriately. In court decisions, where the rules were compared, both county courts and district courts focused mainly on how certain rules were applied in courts in Germany.

In Estonian court decisions from the period of 2004 to 2021, it becomes evident that in earlier years, courts referenced foreign law primarily in civil cases, whereas in recent years, courts have been open to including foreign law equally in civil and in criminal cases. The reason for the increase in use of comparative law in criminal cases is due to one active judge whose references to comparative law from all criminal cases account to over a half. In administrative matters, there has not been any reference to law in other countries in the last seven years. The questions which prompted courts to turn to the law in other countries have been diverse and belong to various areas of law.

As is presumed, Estonian courts most frequently reference German law, with some exceptions. Next to German law, courts have referenced Austrian, Swiss, and Swedish law. It is possible that due to the easier access to relevant sources, in addition to German law, there should be a rise in reference to other country legal systems as well. The main sources used in civil cases were the German civil code (BGB) and the German code of civil procedure (ZPO) and their commentaries, which were followed by references to the German Supreme Court. In addition to the German civil code, there were references to various other legal documents and their commentaries. In criminal cases, there were mostly references to the German penal law and its commentaries, and the German Constitutional Court, but also German code of criminal procedure.

Additional information to the court's reference about the origin of information is especially important to the parties of the proceedings who wish to get acquainted with the original source and wish to consent to the court's decision. Additionally, there were several decisions whereby the court did not find it necessary to specify where it included the law of a certain other country. In general, except in the case of legal provisions, court decisions included information on where the original source was from and, in many instances, the paragraph and page number - based on which it is possible to find the original source. Courts also managed to locate appropriate law in other

countries via legal literature found in Estonia, including educational literature, commentaries and Juridica articles. In the case of indirect references and general legal literature, caution is advised because changes to the law and changes to court practice may render certain references to another country's sources redundant.

KASUTATUD MATERJALID

Kasutatud kirjandus

1. Aarnio, A. Õiguse tõlgendamise teooria. Tallinn: Õigusteabe AS, Juura 1996.
2. Alexy, R. Põhiõigused Eesti põhiseaduses. – Justiitsministeerium. Tallinn: Põhiseaduse juriidilise ekspertiisi komisjoni dokument 1997. Arvutivõrgus: (26.12.2021) https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/article_files/prof_robert_alexey_pohioigused_eesti_pohiseaduses.pdf.
3. Andenas, M., and Fairgrieve, D. Courts and comparative law. Oxford: Oxford University Press 2015.
4. Basedow, J. Comparative Law and its Clients. American Journal of Comparative Law 2014.
5. Bell, J. Comparative law in the Supreme Court 2010-11. Cambridge Journal of International and Comparative Law 2012.
6. Canale, D. Comparative Reasoning in Legal Adjudication. Canadian Journal of Law and Jurisprudence, vol. 28, no. 1, 2015.
7. D'Andrea, jt. Asymmetric cross-citations in private law: an empirical study of 28 Supreme Courts in the EU. Italy: European University Institute - Paper LAW 2021.
8. Ellis, J. General Principles and Comparative Law. Oxford: the European Journal of International Law, vol. 22, no. 4. 2011.
9. Ernits, M., Pikamäe, P., Samson, E., ja Sootak, J. Karistusseadustiku üldosa eelnõu. – Eelnõu lähtealused ja põhjendus. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS 1999.
10. Feteris, M. Roadmap on Comparative Law in the Case-Law and Practice of the Supreme Courts of the EU. Utrecht Law Review 17(1), 2021.
11. Gelter, M., and Siems, M. M. Citations to Foreign Courts - Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable - Evidence from Europe. *Sine loco*: American Journal of Comparative Law, vol. 62, no. 1. 2014.
12. Jakab, A. Juridical reasoning in constitutional courts: a European perspective. Cambridge: German Law Journal 2013.
13. Janssen, A., Schulze, R. Legal Cultures and Legal Transplants in Germany. Kluwer Law International 2011.

14. Kelli, A., Väriv, A., Kull, I. Aleksei Kelli. Tööstusomandi litsentsilepingu registreerimise regulatsioon de lege lata et ferenda. Tallinn: Juridica 2021/X.
15. Koopmans, T. Comparative law and the courts. Cambridge: International & Comparative Law Quarterly, 45(3) 1996.
16. Kull, I. Comparative Law in Developing Court Practice in Small Jurisdiction - Mission Possible. *Revue de Droit de l'Universite de Sherbrooke*, Vol. 43, Issue 1-2, 2013.
17. Kull, I. Eesti tsiviilõiguse allikate tugev ja nõrk kohustuslikkus. Tallinn: Juridica 2010/VII.
18. Laffranque, Julia. Judicial Borrowing: International & Comparative Law as Nonbinding Tools of Domestic Legal Adjudication with Particular Reference to Estonia. *International Lawyer (ABA)*, vol. 42, no. 4, 2008.
19. Mak, E. Why do Dutch and UK judges cite foreign law? *Cambridge Law Journal* 70 (2) 2011.
20. Markesinis, B., Fedtke, J. The Judge as Comparatist. *Tulane Law Review*, vol. 80, no.1, 2005.
21. Markesinis, B. Judicial Style and Judicial Reasoning in England and Germany. *The Cambridge Law Journal*, volume 59 , issue 2, 2000.
22. Mercescu, A. Comparative Law in the Negative: How Not to Compare Now. *Romanian Journal of Comparative Law*, vol. 5, no. 2, 2014.
23. Örücü, E. Methodological Aspects of Comparative Law. *European Journal of Law Reform*, vol. 8, no. 1, 2006.
24. Pärnamägi, I. Saksa mõju Eesti õiguses. Tallinn: Õiguskeel 2014. Arvutivõrgus: https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/illimar_parnamagi_saksa_moju_eesti_oiguses.pdf (03.10.2021).
25. Reimann, M., Zimmermann, R. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Second edition. Oxford University Press 2019.
26. Reitz, J. How to do Comparataive Law. *AJCL*, 1998.
27. Saare, K. Kapitaliühingu juhatuse liikme esindusõigus. Seadusjärgsed piirangud sisesuhetes. Tallinn: Juridica 2020/IX.
28. Sootak, J. Õigus igapähele. Tallinn: Juura 2017.
29. Sootak, J. Analooogia karistusõiguses – mitte ainult keelatud. Tallinn: Juridica 2021/5.
30. Tupay, P. K. Opositsioon kui demokraatia. Kas Eesti õigusel on Saksa Bundestag'ilt õppida? Tallinn: Juridica 2019/II.

31. Tushnet, M. The boundaries of comparative law. Cambridge: European Constitutional Law Review 13 (1) 2017.
32. Van Hoecke, M. Methodology of Comparative Legal Research. *Sine loco*: Law and Method 2015.
33. Watson, A. Comparative Law and Legal Change. The Cambridge Law Journal 1987.
34. Zweigert, K., ja Kötz, H. An Introduction to Comparative Law. Third Edition. Translated by Tony Weir. Oxford: Clarendon Press 1998.

Kasutatud õigusaktid

35. Eesti Vabariigi Põhiseadus. - RT I, 15.05.2015, 2.
36. Haldusmenetluse seadus. - RT I, 13.03.2019, 55.
37. Hea õigusloome ja normitehnika eeskiri - RT I, 29.12.2011, 228.
38. Kriminaalmenetluse seadustik. - RT I, 22.12.2021, 45.
39. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. - RT I, 22.03.2021, 8.
40. Vangistusseadus. - RT I, 08.07.2021, 15.

Kasutatud kohtupraktika

- | | | | |
|-----|--------|------------|--------------|
| 41. | RKTKo | 21.12.2004 | 3-2-1-145-04 |
| 42. | RKTKo | 30.03.2006 | 3-2-1-4-06 |
| 43. | RKTKo | 09.12.2008 | 3-2-1-103-08 |
| 44. | RKTKo | 10.06.2009 | 3-2-1-43-09 |
| 45. | RKTKo | 8.12.2009 | 3-2-1-126-09 |
| 46. | RKTKo | 26.10.2010 | 3-2-1-76-10; |
| 47. | RKTKo | 26.10.2010 | 3-2-1-76-10 |
| 48. | RKPJKo | 4.04.2011 | 3-4-1-9-10 |
| 49. | RKTKo | 12.10.2011 | 3-2-1-90-11 |
| 50. | RKTKo | 07.12.2011 | 3-2-1-123-11 |
| 51. | RKTKo | 11.12.2013 | 3-2-1-129-13 |
| 52. | RKTKo | 29.10.2014 | 3-2-1-89-14 |
| 53. | RKPJKo | 11.03.2015 | 3-4-1-51-14 |
| 54. | RKTKo | 24.11.2015 | 3-2-1-135-15 |

55.	RKTKo	30.03.2016	3-2-1-157-15
56.	RKTKo	06.06.2018	2-15-4981/106
57.	RKTKo	05.06.2019	2-17-17217
58.	RKTKo	16.10.2019	2-15-12032
59.	RKTKo	19.02.2020	2-15-7163/191
60.	TlnRnKo	13.12.2005	2-2/1714/05
61.	TlnRnKo	26.09.2007	2-06-15503/25
62.	TlnRnKo	16.12.2008	2-06-9067/32
63.	TlnRnKo	17.02.2009	2-06-20673/25
64.	TlnRnKo	15.03.2010	2-08-23901/46
65.	TlnRnKo	27.04.2010	2-08-4366/28
66.	TlnRnKo	18.06.2010	2-08-13577/29
67.	TlnRnKo	26.04.2011	2-09-3757
68.	TlnRnKo	14.06.2013	2-12-18857/27
69.	TlnRnKo	31.10.2013	2-12-21081/27
70.	TlnRnKo	30.12.2013	2-12-10643/36
71.	TlnRnKo	20.11.2014	2-13-49298/25
72.	TlnRnKo	25.03.2015	2-13-3378/47
73.	TlnRnKo	15.05.2015	2-14-13417/72
74.	TlnRnKo	30.06.2015	2-13-50257/36
75.	TlnRnKo	30.06.2015	2-12-50785/312
76.	TlnRnKo	07.12.2015	2-13-20300/93
77.	TlnRnKo	08.01.2016	2-14-60582/39
78.	TlnRnKo	11.02.2016	3-14-51779
79.	TlnRnKo	29.03.2016	2-14-54671/48
80.	TlnRnKo	04.05.2016	2-14-9038/73
81.	TlnRnKo	26.05.2016	1-12-7518
82.	TlnRnKo	07.09.2016	2-14-61392/29
83.	TlnRnKo	05.12.2016	2-14-60372/50
84.	TlnRnKo	23.05.2017	2-16-11715/26
85.	TlnRnKo	22.06.2017	2-15-4981

86.	TlnRnKo	05.12.2017	2-16-14871/25
87.	TlnRnKo	31.01.2018	2-16-13943
88.	TlnRnKo	14.03.2018	2-14-18577/174
89.	TlnRnKo	28.11.2018	1-16-6137/235
90.	TlnRnKo	29.11.2018	2-18-3358/20
91.	TlnRnKo	04.06.2019	2-15-7163/169
92.	TlnRnKo	03.05.2019	2-18-3637/70
93.	TlnRnKo	20.09.2019	2-19-12332/4
94.	TlnRnKo	18.03.2020	2-18-6678/30
95.	TlnRnKo	29.05.2020	2-19-9029/26
96.	TlnRnKo	06.05.2021	3-20-452
97.	TlnRnKo	19.08.2021	2-20-19040
98.	TrRnKo	26.10.2010	3-09-2365/33
99.	TrRnKo	30.09.2015	1-14-9728/43
100.	TrRnKo	23.10.2015	4-15-7133/8
101.	TrRnKo	11.12.2015	1-14-1873/115
102.	TrRnKo	18.05.2017	1-16-7906/37
103.	TrRnKo	06.11.2017	2-17-12298/13
104.	TrRnKo	09.11.2017	1-16-68/46
105.	TrRnKo	22.02.2018	4-17-6479/13
106.	TrRnKo	26.02.2018	2-15-13876
107.	TrRnKo	21.06.2018	2-14-20932/84
108.	TrRnKo	20.03.2019	2-14-60590
109.	TrRnKo	02.07.2019	2-16-9491/73
110.	TrRnKo	19.06.2020	1-18-2796/121
111.	TrRnKo	07.09.2020	1-19-1820/85
112.	TrRnKo	22.09.2020	1-14-34/92
113.	TrRnKo	19.10.2020	1-18-3710/42
114.	TrRnKo	14.10.2021	2-19-17530
115.	TrRnKo	20.10.2021	1-20-9212
116.	HMKo	20.11.2006	2-05-1896/9

117.	HMKo 12.02.2007	3-06-310/39
118.	HMKo 03.01.2008	2-07-3514/8
119.	HMKo 27.06.2008	2-06-9067/17
120.	HMKo 03.04.2009	2-08-57186/5
121.	HMKo 30.04.2009	3-08-1465
122.	HMKo 05.05.2009	3-08-1783
123.	HMKo 27.05.2009	3-09-6
124.	HMKo 29.06.2009	2-08-71824/18
125.	HMKo 21.10.2009	2-08-24325/17
126.	HMKo 30.06.2010	3-09-2708
127.	HMKo 09.07.2010	2-09-43011/20
128.	HMKo 12.08.2010	3-09-2579
129.	HMKo 02.11.2010	3-10-3425/26
130.	HMKo 08.12.2010	2-09-3757/11
131.	HMKo 08.11.2011	2-07-44566
132.	HMKo 21.11.2011	3-11-1131
133.	HMKo 27.01.2012	3-11-148
134.	HMKo 17.10.2012	3-12-588
135.	HMKo 10.04.2013	211914
136.	HMKo 14.03.2013	2-12-9560/17
137.	HMKo 03.11.2015	2-15-1641/16
138.	HMKo 31.03.2016	2-15-15916/10
139.	HMKo 10.11.2017	2-17-10080/21
140.	HMKo 14.02.2019	2-17-17539
141.	HMKo 03.04.2020	2-18-14923/50
142.	HMKo 19.02.2021	2-19-17530/46
143.	HMKo 08.03.2021	2-15-7471/125
144.	PMKo 10.06.2010	2-09-42687
145.	PMKo 26.11.2012	2-10-43806/40
146.	PMKo 01.12.2020	1-20-1651
147.	TMKo 25.06.2012	2-11-64432

- | | | | |
|------|------|------------|---------------|
| 148. | TMKo | 17.10.2012 | 3-12-588 |
| 149. | TMKo | 05.08.2014 | 3-14-50988 |
| 150. | TMKo | 15.03.2017 | 1-09-2625/33 |
| 151. | TMKo | 02.10.2017 | 1-17-2941/10 |
| 152. | TMKo | 20.11.2017 | 4-17-3959/16 |
| 153. | TMKo | 11.01.2018 | 1-16-7948/52 |
| 154. | TMKo | 31.05.2018 | 1-17-1804/101 |
| 155. | TMKo | 06.11.2018 | 1-17-105/49 |
| 156. | TMKo | 21.11.2018 | 1-17-6337/62 |
| 157. | TMKo | 11.03.2019 | 1-18-7222/51 |
| 158. | TMKo | 03.05.2019 | 3-18-468 |
| 159. | VMKo | 19.02.2018 | 2-14-20932 |