

Kahju koosseisutunnusena karistusõiguses *versus* kahju tsiviilõiguses¹

Juhan Sarv

Riigikohtu kriminaalkollegiumi nõunik

1.1 Kehtivast õigusest leiame hulganisti materiaalseid süüteoosseise, mille koosseisuliseks tagajärjeks on „olulise“ või „suure“ kahju tekitamine. Järelikult on karistusõiguse jaoks ühtviisi tähtis nii see, mida üldse pidada kahjuks, kui ka probleem, kuidas mõõta tekitatud kahju suurust.

Näide. Huligaan lõhub tänavalseisva auto. Auto remont läheks maksma 32 000 krooni. Umbkaudu samaväärselt (ent omanikule omaduste ja vigade poolest tundmatu ning „emotsionaalselt võõra“) sõiduki saaks turult 28 000 krooni eest. Vanarauana maksaks lõhutud neljarattaline 4000 krooni. Remondiks või uue auto soetamiseks kuluva aja vältel peab kannatanu kasutama takso- ja ühistransporti, mis läheb maksma 2000 krooni. Samas säästab ta 500 krooni ulatuses bensiinikulusid. Kas autolõhkuja on tekitanud KarS §-s 203 nõutava vähemalt 30 000 krooni suuruse kahju?

Karistusõiguslikust normistikust me nende küsimuste lahendamiseks pidepunkte ei leia. Kummatigi ei ole tegemist lüngaga, sest aktsessoorsuse põhimõtte kohaselt ei loo karistusõigus ise kaitstavaid õigushüvesid, vaid leiab need eest teistest õigusharudest.²

1.2 Iseenesest ei ole küll välistatud, et karistusõiguses käsitatakse mõnd juriidilist terminit teisiti kui mõnes teises õigusharus. Kuid tulenevalt õiguskorra ühtsuse ja õigusselguse põhimõtetest peaks selline karistusõiguslik eritähendus olema otseselt seaduses ette nähtud (olgu siis legaaldefiniitsiooni või vähemalt seaduses sätestatud tõlgendusreegli³ kaudu). Rõhutagem, et juba PS-st ja EIÕK-ist tulenevalt ei ole üheski teises õigusharus õigusselgusel ja määratlatusnõudel sedavõrd prominentset kohta nagu karistusõiguses (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

1.3 Meenutagem sedagi, et tulenevalt PS § 3 lg 1 esimesest lausest peab igasugusel põhiõiguste riivel olema seaduslik alus. On küsitav, kas selle sättega oleks kooskõlas olukord, kus karistusõiguse dogmaatika laiendaks vaatamata selgesõnalise seadusandliku regulatsiooni puudumisele isiku karistamise aluseks olevat kahju mõistet võrreldes seaduses otseselt kirjeldatud tsiviilõigusliku kahju mõistega.

1.4 Seega ei ole karistusõiguse pädevuses vastata sellele, kas konkreetsel juhtumil on tekkinud juriidiliselt arvestatav kahju ja kui suur see kahju on. Need küsimused tuleb ka kahju kui süüteoosseisu tunnuse tuvastamisel lahendada tsiviilõiguslike (teatud juhtudel ka haldusõiguslike) kahju hüvitamise sätete ja teooria alusel. Sellisele järeldusele võib tuge leida ka järgnevalt.

Nimelt sätestab PS § 25, et igapähe on õigus talle ükskõik kelle poolt õigusvastaselt tekitatud moraalse ja materiaalse kahju hüvitamisele. Sellest sättest järeldub muu hulgas, et reeglina peab igasugune hüvedekaotus, mida õiguskord tunnustab kahjuna, tooma kaasa kahju hüvitamise kohustuse tekkimise. Seega on hüvitamiskohustuse tekkimine kahju õigusvastase põhjustamise primaarne – ja paljudel juhtudel ka ainukene – õiguslik tagajärg. Kriminaal- või väärteokaristus saab olla üksnes kahju tekitamise sekundaarne õigusjärelm, mis on ette nähtud juhaks, kui kahju tekitatakse õiguskorra toimimisele eriti ohtlikul viisil (nt tahtlikult vägivald või pettuse teel). Karistus ei tohi asendada kahju hüvitamise kohustuse tekkimist, vaid võib üksnes astuda hüvitamiskohustuse kõrvale. Sellest järeldub, et seadusandja poolt õiguspoliitilistel kaalutlustel kahju hüvitamise nõude tekkimisele ja ulatusele kehtestatud tingimusi ja piiranguid tuleb arvestada ka kahju kui süüteoosseisu tunnuse kindlakstegemisel.

Pidades silmas PS §-st 11 tulenevat proportsionaalsuse põhimõtet ja karistusõiguse toimimist *ultima ratio* printsiibil, ei tohiks koosseisulise ehk n.ö karistatava kahju mõiste olla avaram kui hüvitatava kahju mõiste. Kui teatud asjaoludel tekkinud hüvedekaotus ei ole piisav esmase õigusjärelmi – kahju hüvitamise kohustuse – tekkimiseks, ei saa see ka olla piisav teisese ja intensiivsemalt põhiõigusi riivava järeلمي – kriminaalkaristuse – kohaldamiseks.

¹ Ettekanne kajastab autori isiklike vaateid.

² Sootak, J. Karistusõiguse alused. Tallinn: Juura, 2003, lk 57.

³ Selliseks õigusmõistete ümberhindamist lubavaks tõlgendusreeglis võib pidada näiteks MKS §-s 84 ette nähtud majandusliku tõlgendamise põhimõtet, mis võimaldab anda paljudele tsiviilõiguslikele terminitele maksuõiguses eritähenduse.

1.5 Eeltoodust tulenevalt ei tohi koosseisulise kahju suurus üldjuhul ületada maksimaalset kahjuhüvitist, mida kahjustatu või kolmas isik (nt regressinõude omandanud kindlustusandja) oleks samadel asjaoludel õigustatud rikkujalt nõudma. Mõistetavalt ei ole kahju kui koosseisutunnuse tuvastamisel oluline, kas kahjustatu tegelikult nõuab kahju tekitajalt kahju hüvitamist või mitte.

1.5.1 Vähemalt esmapilgul torkab silma vaid üks erand, mil isikule karistusõiguslikult süüksarvatava kahju suurus võib ületada maksimaalset potentsiaalset kahjuhüvitist. See erand seondub VÕS §-ga 140, mille esimese lõike esimene lause sätestab, et kohus võib kahjuhüvitist vähendada, kui kahju hüvitamine täies ulatuses oleks kohustatud isiku suhtes äärmiselt ebaõiglane või muudel põhjustel mõistlikult vastuvõtmatu. Kahjuhüvitise vähendamine VÕS § 140 lg 1 alusel ei mõjuta hinnangut õiguslikult relevantse kahju ulatusele ehk kahju *hüvitamisväärsusele*, vaid lähtub eeskätt kahju tekitaja majandusliku eksistentsi kaitsmise vajadusest. Põhimõtteliselt sama kehtib ka VÕS § 140 lg-s 2 sätestatu kohta. Kahju kui süüteoosseisu tunnuse puhul pole aga sellistel aspektidel tähtsust, kuna isiku vastutust saab paindlikustada karistuse mõistmise sätete alusel.

1.5.2 Samas vastupidine olukord, kus kahju süüteoosseisu tunnuseks on hüvitatavast kahjust väiksem, peaks olema tunduvalt sagedasem. Alljärgnevalt mõned näited.

1.5.2.1 Karistusõiguslikult on arvestatav üksnes see osa tekitatud kahjust, mis on kaetud toimepanija tahtlusega, ettevaatamatusdeliktide puhul vähemalt hooletusega. Seevastu tsiviilõiguses on vähemalt ettevaatamatusest tekitatud kahju hüvitamine reegel, teatud juhtudel tekib hüvitamiskohustus sõltumata kahju põhjustaja süüst.⁴

Juhul, kui kahju põhjustamine on tahtlust eeldava kuriteoosseisu kvalifitseerivaks tunnuseks, tuleb siiski arvestada KarS §-ga 19, mis sätestab, et isik vastutab seaduses sätestatud enamohtliku tagajärje eest, kui ta põhjustas selle vähemalt ettevaatamatusest.

1.5.2.2 Teatud juhtudel, kui kahju täpset suurust või selle tekitajate ringi pole võimalik üheselt kindlaks teha, võimaldab tsiviilõiguses määrata hüvitatava kahju suuruse või hüvitamiskohustuslikud isikud kindlaks kohtu kaalutusõiguse alusel. Nii annab VÕS § 127 lg 6 kohtule diskretsiooniõiguse kahjuhüvitise suuruse määramisel, kui kahju tekitamine on kindlaks tehtud, kuid kahju täpset suurust ei saa näiteks tõenduslike raskuste tõttu kindlaks teha.⁵ Muu hulgas on see säte kohaldatav mittevahalise kahju tekitamise ja tulevikus tekkiva kahju korral. VÕS § 138 lg 1 näeb ette, et kui tekkinud kahju eest võivad vastutada erinevad isikud ja on kindlaks tehtud, et kahju võis tekitada neist igaüks, võib kahju hüvitamist nõuda neilt kõigilt (s.t tuvastamata, kes konkreetselt kahju põhjustas).

Isiku karistamisel ei ole aga taolise ebamäärasusega võimalik leppida. Kahju kui süüteoosseisu tunnuse tuvastamine näiteks kohtu prognoosi alusel ei ole ilmselt kooskõlas kriminaalmenetlusliku tõendamisstandardiga. On selge, et oodatav kahju, mis pole kohtuotsuse tegemise ajaks veel tekkinud, ei ole karistusõiguse jaoks käsitatav saabunud koosseisulise tagajärjena. Ükskõik kui tõenäoline kahju saabumine tulevikus ka pole, ei saa see olla täiesti kindel (nt saamata jäänud tulu puhul võib see sõltuda tooraine turuhinnast tulevikus).⁶ Küll võib tulevikus saabuda võiv kahju olla käsitatav konkreetse ohudelikti koosseisulise tagajärjena – seda juhul, kui tegemist on süüteoosseisuga, mille tagajärjena on nimetatud *ohu* varale (nt KarS § 96, § 151 lg 1, § 331², § 405).

Kui tekitatud kahju täpne suurus ei ole teada, võib isiku lõpuleviidud materiaalse kahjustusdelikti koosseisu järgi süüdi tunnustada üksnes siis, kui on kindlalt tuvastatud kahju saabumine vähemalt koosseisulise kahju alammäära ulatuses.⁷ Olukorras, kus isik on süüteoosseisupärase käitumisega loonud reaalse tõenäosuse kahju tekkimiseks tulevikus, võiks samuti kaaluda tema karistamist materiaalse kahjustusdelikti katse eest. Seda muidugi siis, et ülejäänud süüteokatse eeldused

⁴ Teatavasti loeb VÕS § 104 erinevalt Karistusseadustikust tahtluse, raske hooletuse ja hooletuse süü vormideks.

⁵ Vt ka RKTko 3-2-1-123-05, p 33.

⁶ Tunduvalt vähemprobleemsem on see, kui karistusõiguses võtab arvesse saamatajäänud tulu, mis tekib süüteo toimepanemise ja kohtuotsuse tegemise vahelisel ajal. Sellise saamata jäänud tulu karistusõiguslik inkrimineerimine ei tohiks olla välistatud – tingimusel et selle kahju põhjustamise osas on täidetud ka süüteoosseisu subjektiivsed tunnused. Vt ka RKKKo 3-1-1-58-03.

⁷ Näiteks kui konkreetne süüteoosseis eeldab vähemalt "olulist kahju", piisab sellest kui on kindel, et toimepanija tahtlusest hõlmatud saabunud kahju suurus on minimaalselt 30 000 krooni. Sellises olukorras ei välista isiku karistamist ebaselgus küsimuses, kas kahju täpne suurus on 100 000, 200 000 või 300 000 krooni.

(eelkõige subjektiivne koosseis) on täidetud. Kirjeldatud situatsioonis võiks süüteokatses rääkida vaatamata asjaolule, et koosseisuline kahju ei pruugi jääda saabumata. Lihtsalt kohtuotsuse tegemise ajaks pole see veel realiseerunud.

2. Kui vaadata kriminaalpraktikat, siis võib märkida, et **varalise kahju** kui süüteokoosseisu tunnuse ulatuse ja sisu kindlaksmääramisel ei ole üldjuhul tsiviilõiguslike kahju arvestamise põhimõtete siduvust kahtluse alla seatud.

2.1 Näiteks on kohtupraktikas selgitatud, et kahju kui süüteokoosseisu tunnuse sisustamisel saamata jäänud tuluga peab olema tuvastatud, et saamata jäänud tulu nõue oleks olnud tõenäoliselt tasutav.⁸ Koosseisulise kahju tuvastamisel on järgitud (praegu VÕS § 127 lg-s 5 sätestatud) üldpõhimõtet, mille kohaselt tuleb kahjusummast maha arvata igasugune kasu, mida kahjustatud isik sai kahju tekitamise tõttu.⁹ Samuti on silmas peetud selle printsiibi suhtes kehtivat erandit, mis keelab kahju vähendamisel arvesse võtta kolmandate isikute poolt kahju kõrvaldamiseks tehtud sooritusi, kui nende eesmärk pole rikkuja olukorra kergendamine.¹⁰

2.2 Siiski ei saa eitada, et keerulisematel juhtudel võib koosseisulise varalise kahju tuvastamine praktikas probleeme tekitada. Mõnikord on need tingitud lihtsalt diferentsihüpoteesi ebapiisavast tundmisest. Näiteks on kohtupraktikas ette tulnud järgmine juhtum.

Aktsiaseltsi juhatuse liige võõrandas ebaseaduslikult nõukogu nõusolekuta ja turuhinnast odavamalt äriühingu kogu tootmisotstarbelise vara, et rahuldada ühe võlausaldaja nõue, mis tegelikult ei olnud veel sissenõutavaks muutunud. Selle teo eest tunnustati endine juhatuse liige süüdi ametiseisundi kuritarvitamises (KrK § 161), kusjuures ametiseisundi ärakasutamisega tekitatud koosseisuliseks kahjuks loeti äriühingu pankrotimenetluses tunnustatud võlausaldajate nõuete summa. Lahendades pankrotipesa tsiviilhagi, mis oli jäetud kriminaalmenetluses läbi vaatamata, lükkas tsiviilkohus sellise kahjuarvestuse ümber.¹¹

Toodud näites rajanes võlausaldajate rahuldamata nõuete summal põhinev kahjuarvestus oletuslikul eeldusel, et kui juhatuse liige ei oleks aktsiaseltsi vara võõrandanud, oleksid saanud rahuldatud kõik aktsiaseltsi kohustused, mida hiljem pankrotimenetluses tunnustati. On ju aga selge, et kui äriühingul on näiteks 50 miljoni krooni eest võlgu ja 10 miljoni krooni väärtuses vara, mille juhatuse liige võõrandab 5 miljoni eest, tasudes saadud rahaga ühe võlausaldaja nõude, puudub apriorselt alus rääkida 45 miljoni krooni suurusest kahjust. Sest vaevalt õnnestuks võlausaldajatel ka 10 miljonist 50 miljonit "välja pigistada" (see oleks võimalik üksnes juhul, kui äriühingule kuuluva ettevõtte tegevus oleks sedavõrd rentaaabel, et võimaldaks võlasumma mõistliku aja jooksul tasa teenida). Nagu ka Riigikohtu tsiviilkolleegium on selgitanud, väljendub diferentsihüpoteesile vastav kahju kirjeldatud situatsioonis vara turuhinna ja tegeliku müügihinna vahes, vara põhjendamatust müügist tekkinud kulutustes ja – eeldusel, et vara müük tõi kaasa aktsiaseltsile kuulunud ettevõtte seiskumise – saamata jäänud tulus, mida aktsiaselts oleks tegevuse jätkamisel eeldatavasti teeninud.¹² Saamata jäänud tulu tulnuks seejuures välja arvestada lähtudes ettevõtte hüpoteetilisest väärtusest, mille hindamine põhineb üldjuhul ettevõtte tulevikus tekkiva kasu tõenäosuslikul prognoosimisel, lähtudes olemasolevast varast, innovatsioonivõimest, tootmise kujundatusest, turupositsioonist, sisemisest ülesehitusest ja juhtimiskorraldusest.¹³ On aga väga küsitav, kas selline kahjuarvestus ei ole karistusõiguse jaoks liialt spekulatiivne. Seega on vaadeldud kaasuses ilmselt tegemist olukorraga, kus mitte kogu hüvitamisele kuuluv kahju ei ole karistusõiguslikult arvessevõetav.

2.3 Praktika pinnalt võib nimetada probleemseks ka küsimust, kas ja kuivõrd peab kahju kui süüteokoosseisu tunnuse tuvastamisel arvestama kahjustatud isiku osaga kahju tekitamisel.

⁸ RKKKo 3-1-1-58-03, p 13; RKKKo 3-1-1-109-04, p 20.

⁹ RKKKo 3-1-1-109-04, p 24.

¹⁰ RKKKo 3-1-1-75-05, p 15. Viidatud kohtuasjas oli tegemist olukorraga, kus isik lõi aktsiisilaopidajale väärkujutluse, et ta esindab teist aktsiisilaopidajat, kellele alkoholi väljastades müüjal riigi ees aktsiisimaksukohustust ei teki. Sel viisil õnnestus petturil osta aktsiisilaopidajalt ajutise aktsiisivabastusega alkoholi, mille hind ei sisaldanud aktsiisi maksimisega seotud kulusid. Kuna alkohol teise aktsiisilattu ei jõudnud, tekkis selle väljastanud aktsiisilaopidajal riigi ees aktsiisimaksukohustust. Seega tekitas pettur aktsiisilaopidajale kahju, mille suurus võrdus aktsiisiga maksustatud ja aktsiisiga maksustamata piirituse hinnavahega. Pettuse ilmsikstulekul loobus riik oma maksunõudest aktsiisilaopidaja vastu. Sellele vaatamata jaatas Riigikohus aktsiisilaopidajale kahju tekitamist. Vastasel korral oleks kahju põhjustajal tänu kolmanda isiku (riigi) sooritusele tekkinud põhjendamatult eelis.

¹¹ Vt lähemalt RKTCo 3-2-1-41-05.

¹² RKTCo 3-2-1-41-05, p 54.

¹³ Vt lähemalt RKTCo 3-2-1-145-04, p 34.

Nimelt sätestab VÕS § 139 lg 1, et kui kahju osaliselt tekkis kahjustatud isikust tulenevatel asjaoludel või ohu tagajärjel, mille eest kahjustatud isik vastutab, vähendatakse kahjuhüvitist ulatuses, milles need asjaolud või oht soodustasid kahju tekkimist. Sama põhimõtet kohaldatakse VÕS § 139 lg 2 kohaselt ka juhul, kui kahjustatud isik jättis kahju tekitaja tähelepanu juhtimata ebatavaliselt suurele kahju tekkimise ohule või jättis kahju tekkimise ohu tõrjumata või jättis tegemata toimingut, mis oleks tekkinud kahju vähendanud, kui kahjustatud isikult võis seda mõistlikult oodata.

On väga raske leida veenvaid argumente väitmaks, et kahju kui süüteoososseisu tunnuse kindlakstegemisel võiks VÕS §-s 139 sätestatu kõrvale jätta. Kui õiguskorras on omaks võetud arusaam, et see osa hüvedekaotusest, mis tuleneb kannatanu tegevusest, tema vastutusel olevast ohust või mida kahjustatu oleks saanud temalt mõistlikult eeldatava käitumisega vältida või vähendada, ei kuulu hüvitatava kahju hulka, ei saa ka karistusõigus sellist hüvedekaotust lugeda tekkinud ososseisuliseks kahjuks. Vastasel korral väljuks karistusõigus oma õigusriiklikest raamidest.

Muu hulgas välistab VÕS § 139 lg 2 hüvitatava kahju hulgast kahju, mida kahjustatud isik oleks saanud temalt **mõistlikult oodatava** käitumisega tõrjuda või vähendada. Sellest järeldub näiteks, et kui isikul on või oli kõrvuti rikkujalt kahju hüvitamise nõudega võimalus nõuda kolmandalt isikult tagasi rikkumise tõttu tema poolt tasuta või muul viisil üleantu tagastamist, mis oli üle antud õigusliku aluseta, tuleb seda kahju hüvitamise nõude puhul arvestada. Kahjuna saab olla vaadeldav vaid see osa väidetavast kahjust, mille võrra hageja tagasinõudeõiguse väärtus on kahjuna nõutavast summast väiksem.¹⁴

Näiteks kui juriidilise isiku esindajat süüdistatakse ametiseisundi kuritarvitamises – või *de lege ferenda* usalduse kuritarvitamises –, mis seisneb esindatava juriidilise isiku vara võõrandamises ebaseaduslikult ja ebasoodsatel tingimustel sõlmitud lepinguga, ei saa ososseisuliseks tagajärjeks olevat olulist/suurt kahju lugeda saabunuks enne, kui on selge, et kahjustatul on juriidiliselt või faktiliselt võimatu kaotsiläinud vara selle omandanud isikult tagasi saada. See tähendab, et ebasoodsast võõrandamistingimusest tulenev kahju (ososseisuline tagajärg) ei pruugi sugugi alati saabuda hetkel, mil leping on sõlmitud või võõrandatu omandiõigus uuele omanikule üle läheb. Kahju ja seega ka ososseisuline tagajärg on saabunud alles siis, kui lootus restitutsiooniks on kustunud.

Samas on oluline silmas pidada, et reaalselt teostatava tagasinõude olemasolu ei välista ebaseaduslikult toimunud juhatuse liikme karistamist **süüteokatse eest** – seda mõistetavalt tingimusel, et isik ebaseaduslikku teingut tehes vähemalt pidas võimalikuks ja möönis (KarS § 16 lg 4), et teingut tagajärjel võib esindataval tekkida kahju minimaalselt olulise/suure kahju määras.

Kui kriminaalmenetluses süüdistuse esitamisel või kohtuotsuse tegemisel pole selge, kas kahjustatud isikul tekkis tagasinõudeõigus ja kas see oli või on faktiliselt realiseeritav, tuleb põhimõttel *in dubio pro reo* kvalifitseerida isiku käitumine süüteokatsena. Puhtpraktiliselt peaks see vältima ka ohtu, et kriminaalmenetluses mõistetakse süüdimõistetut kuriteoga tekitatud kahjuna välja summa väidetava kahju eest, mille kannatanu saab hiljem tagasinõudeõiguse maksmapanekuga kõrvaldada (kahjustatud isiku alusetu rikastumine).

Põhimõtteliselt peaks olema võimalik lugeda "süüteoososseisuliseks" kahjuks kannatanul seoses tagasinõudeõiguse maksmapanekuga tekkinud kulud (vt ka VÕS § 128 lg 3).

3. Kõige drastilisemalt on karistusõiguslik praktika tsiviilõiguslikust kahju mõistest eemaldunud mittevaralise kahju puhul. Vähe sellest, et mittevaraline kahju kui olemuslikult ebamäärane ja objektiivselt mõõdetamatu kategooria on juba iseenesest sobimatu süüteoososseisu tagajärje sisustamiseks, on Eesti karistusõiguses asunud mittevaralist kahju tõlgendama tunduvalt laiemalt kui seda tehakse tsiviilõiguses.

3.1 Alustuseks tuleb küll märkida, et viimasel ajal on varem mõnede teoretikutele¹⁵ ja advokaatidele peavalu valmistanud küsimus mittevaralise kahju kohast karistusõiguses mõnevõrra laiemat tähelepanu leidnud. Seda ilmselt osaliselt ka tänu Riigikohtu kriminaalkollegiumi 28. juuni 2005. a määrusele asjas nr 3-1-1-24-05, ehkki Riigikohtu üldkogu viidatud kohtuasjas mittevaralise kahju kui süüteoososseisu tunnuse osas midagi sisulist ei öelnud. Küll on tänaseks päevaks

¹⁴ Vt RKTko 3-2-1-41-05, p 55; RKTko 3-2-1-69-05, p 31; RKTko 3-2-1-27-06, p 13; RKTko 3-2-1-36-06, p 14 – ehkki need kohtulahendid on tehtud enne 1. juulit 2002 kehtinud õiguse pinnalt, tuleneb sama põhimõtte ka VÕS § 139 lg-st 2.

¹⁵ Vt Sootak, J. Kaks aastat karistusseadustikku – uus õigus ja uued probleemid? – *Juridica* 2005 nr 1, lk 36. Pikamäe, P. Karistusseadustiku eriosa probleeme: õiguspoliitilised lahendused ja edasine areng. – *Juridica* 2005 nr 2, lk 91–92.

valitsusest Riigikokku jõudnud seaduseelnõu (SE 931), millega üritatakse kõrvaldada mittevahaline kahju peamiste ametialaste kuritegude koosseisudest. Selle eelnõu vastuvõtmine oleks kindlasti suur samm õiges suunas. Kuid kahjuks mitte piisav. Nimelt on Karistusseadustikus veel hulgaliselt avara dispositsiooniga koosseise, mille puhul võib isiku karistamine sattuda sõltuvusse menetleja hinnangust küsimusele, kas isik on oma käitumisega tekitanud "olulise" või "suure" mittevahalise kahju.¹⁶ Märkimisväärne, et veel selle aasta 14. juunil vastuvõetud seadusega (RT I 2006, 31, 234) viidi Karistusseadustikku vaenu õhutamise (KarS § 151) ja võrdõiguslikkuse rikkumise (KarS § 152) koosseisud, kus väärteo- ja kriminaalvastutuse piiritlemine nõuab muu hulgas mittevahalise kahju olemasolu ja selle olulisuse hindamist.

3.2 VÕS § 128 lg 5 kohaselt hõlmab mittevahaline kahju eelkõige kahjustatud isiku füüsilist ja hingelist valu ning kannatusi. Mittevahalise kahju puhul ei ole kindlaid kriteeriumeid otsustamiseks, kust läheb õiguslikult relevantse kahju piir, samuti on väga komplitseeritud mittevahalise kahju olemasolu tõendamine. Seetõttu on seadusandja õiguskindluse tagamiseks sätestanud enam-vähem (ehkki mitte absoluutselt) ammendava kataloogi juhtumitest, mil eelduslikult võib tekkida hüvitamisele kuuluv mittevahaline kahju. Need juhtumid on järgmised.

- Isiku tervise kahjustamine või talle kehavigastuse tekitamine (VÕS § 130 lg 2).
- Lepingust tuleneva kohustuse rikkumine, kui kohustus oli suunatud mittevahalise huvi järgimisele (VÕS § 134 lg 1).
- Vabaduse võtmine, samuti muude isikuõiguste rikkumine, eelkõige isiku au teotamine (VÕS § 134 lg 2).
- Isiku lähedase surma põhjustamine või talle raske kehavigastuse või tervisekahjustuse tekitamine, kui hüvitise maksmist õigustavad erandlikud asjaolud (VÕS § 134 lg 3).
- Asja hävimine või kaotsimine, kui kahjustatud isikul on hävinud või kaotsiläänud asja suhtes eriline huvi, arvestamata asja kasulikkust, eelkõige isiklike põhjuste tõttu (VÕS § 134 lg 4).

Lisaks Võlaõigusseaduses sätestatule näeb mittevahalise kahju hüvitamise nõude ette ka Riigivastutuse seaduse § 9 lg 1, mille alusel võib füüsiline isik nõuda avaliku võimu volituste rakendamisel ja muude avalike ülesannete täitmisel (RVastS § 1 lg 1) tekitatud mittevahalise kahju rahalist hüvitamist süüliselt väärkuse alandamise, tervise kahjustamise, vabaduse võtmise, kodu või eraelu puutumatus või sõnumi saladuse rikkumise, au või hea nime teotamise korral. Samuti on mittevahalise kahju hüvitamise nõude esitamise võimalus seaduses otsesõnu ette nähtud tööelus soolise diskrimineerimise või diskrimineeriva töö- või koolituspakkumise tegemise korral (Soolise võrdõiguslikkuse seaduse § 13 lg 2); töötaja või töölesoojija ebavõrdsel kohtlemisel (Töölepinguseaduse § 10³ lg 1); isiku õiguste piiramisel tulenevalt tema ametiühingualasest tegevusest (Ametiühingute seaduse § 19 lg 4); ametiühingu õiguste rikkumisel (Ametiühingute seaduse § 26); teose või autori isiklike mittevahaliste õiguste rikkumisel autoriõigusega kaasnevate õiguste objekti õigusvastasel kasutamisel (Autoriõiguse seaduse § 12 ja § 81⁴ lg 1 p 1); kaubamärgiomaniku ainuõiguse rikkumisel (Kaubamärgiseaduse § 57 lg 1 p 2); Tarbijakaitseseaduse § 3 p 5.

Valitseb arusaam, et seaduses nimetatud juhtudel peaks mittevahalise kahju hüvitatavus olema äärmiselt erandlik.¹⁷ Järelikult on seadusandja asunud seisukohale, et reeglina pole seaduses loetlemata mittevahalised kahjustused piisavalt selgepiirilised või olulised, et saaks rääkida hüvitamisele kuuluvast mittevahalisest kahjust.

3.3 Võiks eeldada, et kui mingi mittevahalise iseloomuga hüvedekaotus on seadusandja hinnangul liiga ebamäärane või vähetähtis, et see saaks kaasa tuua kahju hüvitamise kohustuse, ei tohi see tingida ka isiku karistamist. Veel enamgi. *Ultima ratio* põhimõttega kooskõlas olevaks ei saaks pidada isegi seda, kui karistusõiguslikult "oluliseks" või "suureks" tunnistatakse mittevahaline kahju, mille eest kannatanule rahalist hüvitist ei mõisteta. Näiteks valitseb eraõiguses arusaam, et kohtumenetlus ja tehtav kohtulahend võivad olla piisavad selleks, et kõrvaldada au teotamisega põhjustatud negatiivsed tagajärjed ning et igale au teotamise juhtumile pole põhjust reageerida rahalise kompensatsiooni väljamõistmisega.¹⁸ Samuti võib tekitatud mittevahalise kahju rahalises väljenduses lugeda heastatuks kahjutekitaja vabandusega.¹⁹ On raske leida argumente, miks peaks karistusõiguslikult lugema oluliseks mittevahalise kahju, mis ei ole piisav süüdlaselt kannatanule rahalise kompensatsiooni mõistmiseks.

¹⁶ Nt KarS § 152 lg 2 p 2, § 153 lg 2 p 2, § 257 viimane alternatiiv, § 283, § 444 lg 1, § 446 lg 1, § 447 lg 1.

¹⁷ Kull, I., Käerdi, M., Kõve, V. Võlaõigus I Üldosa. Tallinn: Juura, 2004, lk 262.

¹⁸ RKTko 3-2-1-11-04, p 17.

¹⁹ RKTko 3-2-1-17-05, p 29; RKHko 3-3-1-30-05, p 22.

3.4 Karistusõiguslikus praktikas ei ole tsiviilõigusest tulenevad piiranguid mittevaralise kahju mõistele senini siduvaiks peetud. Ja seda tegelikult seadusandja selgel heakskiidul, nagu võib järeldada näiteks Karistusseadustiku eelnõu seletuskirjast.²⁰

Valdaval osal juhtudest, kus isikut süüdistatakse olulise või suure mittevaralise kahju põhjustamises, nähakse kahju milleski sellises, mida tsiviilõigus hüvitatavaks või isegi muul viisil heastatavaks mittevaraliseks kahjuks ei loeks. Nii on karistusõiguslikus praktikas kujunenud peamiseks olulise või suure mittevaralise kahju liigiks riigi või kohaliku omavalitsuse autoriteedi ja prestiiži alandamine või nende tegevuse seaduslikkuse, aususe ja usaldusväarsuse kahtluse alla seadmine või ka riigiametniku aususe ja erapooletuse kahtluse alla seadmine. Kuid oluliseks või suureks mittevaraliseks kahjuks on peetud ka näiteks riigi huvide kahjustamist avaliku teenistuse instituudi maine diskrediteerimise teel.

3.5 Näiteks riigi või kohaliku omavalitsuse autoriteedi ja prestiiži alandamises seisneva mittevaralise kahju põhjustamist heidetakse tavaliselt ette mõnele ametiisikule, kes on pannud toime mingi ametialase rikkumise.

3.5.1 On üsna kindel, et kui riik või kohalik omavalitsus esitaks oma patustanud ametniku vastu hagi maine kahjustamises või usaldusväarsuse vähendamises seisneva mittevaralise kahju hüvitamiseks (või muul viisil heastamiseks), oleksid hageja eduvõimalused pehmelt öeldes kasinad. Isegi, kui jätta kõrvale tõik, et riigi või omavalitsuse sellisele nõudele oleks raske leida materiaaloiguslikku alust, kujuneks kaelamurdvaks asja tõenduslik külg. Kuidas tuvastada, et sedavõrd hoomamatu nähtus nagu riigi maine või usaldusväarsus on avalikkuse silmis realselt langenud ja seda just konkreetse ametniku ebaseadusliku käitumise tõttu?

Kõnealune probleem pole kuni viimase ajani saanud takistuseks riigi maine kahjustamises seisneva mittevaralise kahju kui süüteo koosseisu tunnuse tuvastamisel.

3.5.2 Kriminaalpraktikas üldlevinud arusaam lähtub sellest, et kui isikule inkrimineeritav ebaseaduslik tegu on n.ö keskmise normatiivse vaateleja jaoks riigi mainet kahjustav, ongi riigi maine kahjustamises seisnev mittevaraline kahju tuvastatud.²¹ Nii jäetakse aga tähelepanuta tõik, et koosseisuline kahju ei ole mitte teo osa, vaid teost ajalisel ja ruumiliselt eraldatud tagajärg, mis peab seisnema kas konkreetset välismaailma muudatuses või sellise põhjendatult ootuspärase muudatuse ärajäämises.²² Seisukohast, et rikkujale inkrimineeritav tegu on selline, mis vähendaks riigi mainet keskmise inimese silmis, ei saa kuidagi järeldada, et konkreetset juhtumil oli tõepoolest olemas piisav hulk isikuid, kes teadsid rikkuja tegevusest, ja kelle silmis riigi maine just rikkuja teo tagajärjel langes – s.t et tekkis reaalne muudatus välismaailmas.

Veelgi võimatum on taolise "eeldatava" mainekahju ulatuse ("olulisuse" või "suuruse") mõõtmine.

3.5.3 Üritades riigi mainelangust tuvastada ainukese mõeldava meetodi – sotsioloogilise uuringuga, mida küll seni kordagi proovitud ei ole, tekiks olukord, kus kahju olemasolu satuks sõltuvusse sellest, kas info rikkumisest on avalikkuseni jõudnud või mitte. Näiteks kui prokuratuur väljastab juhtumi kohta pressiteate ja ajakirjandus seda kajastab, siis saab riigi maine kannatada. Kui aga õiguskaitseorganid kaasust ei presenteerid ja/või ajakirjandus teemat "üles ei korja", ei saa ilmselt ka riigi mainele tegelikku kahju tekkida. On ülimal määral kaheldav, kas teo karistatavuse sõltuvusse seadmine selle meediakajastusest (või üldisemalt võttes avalikkusele teatavaks saamisest) oleks õige lähenemine. Samavõrd kummaline oleks seegi, kui riigi maine loetakse kahjustatuks pelgalt seetõttu, et uurija, prokuröri ja kohtuniku silmis on riigi tegevuse usaldusväarsus vähenenud.

²⁰ Karistusseadustiku eelnõu seletuskirjas ametiseisundi kuritarvitamise (algselt "ametiseisundi ärakasutamine") koosseisu kohta märgitust leiame järgmise seisukoha: *Ametiseisundi ärakasutamisega on tegemist juhul, kui eesmärk oli põhjustada või kui põhjustati oluline kahju teise isiku (füüsilise või juriidilise isiku) seadusega kaitstud õigustele või huvidele või riigi või kohaliku omavalitsuse (st avalikele) huvidele. Koosseis eeldab, et ametiisik on seejuures rikkunud seadust või muud õigusakti. Kahju võib olla nii varaline kui ka mittevaraline (riigiasutuse autoriteedile kahju tekitamine, inimese põhiõiguste või -vabaduste rikkumine jne). Kehtivas KrK-s vastab sellele § 161. Paragrahvi sõnastust on korrigeeritud, kuid mahult on koosseisud võrdsed.*

²¹ Sellise arusaama allikana võib oletada Kriminaalkoodeksi kommenteeritud väljaannet, kus muu hulgas märgitakse, et */.../ seejuures tuleb silmas pidada, et paljudel juhtudel on tegu ja kuritegelik tagajärg üksikest lahutamatud. Teos võib sisalduda ka kahjulik tagajärg (näit. on võimuesindaja ebaseaduslikud teod ühtlasi võimuorgani prestiiži ja autoriteedi alandamine)* – vt Rebane, I. (koost) Eesti NSV Kriminaalkoodeks. Kommenteeritud väljaanne. Eesti Raamat: Tallinn, 1980, lk 483.

²² Vt RKKKo 10. 04. 2006 nr 3-1-1-117-05, p 26; RKKKo 05. 05. 2006 nr 3-1-1-21-06, p 17.1.

3.5.4 Kaks sellel aastal tehtud Riigikohtu otsust – asjades nr 3-1-1-117-05 ja nr 3-1-1-21-06 – annavad alust rääkida teatud nihkest kohtupraktikas. Viidatud otsustes on tõmmatud ühemõtteline piir teo ja tagajärje vahele ning selgitatud, et õigusvastase käitumise fakti ei saa samastada kahju tekitamisega.²³ Probleemi lõplik lahendus on aga veel ebaselge.

3.6 Tsiviilõiguses loetakse mittevaraliseks kahjuks üksnes mittevaralise iseloomuga õigushüvedele tekitatud kahju, mida pole põhimõtteliselt üleüldse võimalik rahaliselt mõõta (nt füüsilise valu talumine, hingeliste kannatuste läbielamine). Mittevaralist kahju saab põhjustada üksnes käitumisega, mis rikub normi, mille eesmärk on mittevaralise huvi kaitsmine. VÕS § 127 lg 2 sätestab, et kahju ei kuulu hüvitamisele ulatuses, milles kahju ärahoidmine ei olnud selle kohustuse või sätte eesmärgiks, mille rikkumise tagajärjel kahju hüvitamise kohustus tekkis.

Kriminaalmenetluses inkrimineeritakse isikule mittevaralise kahju põhjustamine aga pahatihti eesmärgiga hiilida kõrvale varalise kahjuga seotud tõendamisraskustest, rääkides mittevaralisest kahjust isegi olukordades, kus süüdistatav on rikkunud normi, mille eesmärk on üksnes varaliste huvide kaitsmine.

Näiteks on väga raske nõustuda seisukohaga, et aktsionäri ebaseaduslik eemalejätmine aktsionäride üldkoosolekust võib talle tekitada mittevaralise kahju. Seadus tagab aktsionäri õiguse osaleda üldkoosolekul selleks, et aktsionär saaks kaitsta ja edendada oma investeringut. Äriseadustik ega ükski teine seadus ei tunnista õigushüvena aktsionäri satisfikatsiooni, mille ta saab pelgalt üldkookoosolekul osalemisest või sellel hääletamisest.

Asjaolu, et varalise kahju suurust ei ole võimalik täpselt hinnata, ei muuda seda kahju veel mittevaraliseks. Samuti puudub igasugune alus lugeda kahju, mida tsiviilõigus käsitleb varalisena, karistusõiguses mittevaraliseks kahjuks.

3.7 Seda, et karistusõiguses on juurdunud sedavõrd omapärane ja avar mittevaralise kahju mõiste, võime seletada seadusandja lähenemisega mitmete eriosa koosseisude formuleerimisele, mis oli täheldatav juba Kriminaalkoodeksis ja on sujuvalt üle kandunud ka Karistusseadustikku. Nimelt on Karistusseadustiku eriosas – ilmselt selleks, et igal juhul vältida karistatavuslünkade tekkimist – sisse kirjutatud ridamisi väga laia dispoitsiooniga kuriteokoosseise. Et tulemust mõnevõrra pehmendada, on sellised koosseisud muudetud materiaalseteks deliktideks, nähes ette, et teo tagajärjeks peab olema olulise või suure kahju tekkimine "teise isiku seadusega kaitstud õigustele või huvidele või avalikele huvidele" vmt.²⁴

Tundub, et kirjeldatud kuriteokoosseisude puhul on seadusandja kas teadlikult või alateadlikult soovinud anda kriminaalasja menetlejale võimaluse hinnata konkreetse rikkumise raskust, et välistada vähemoluliste rikkumiste – mille hulk on dispoitsiooni avarust arvestades kindlasti märkimisväärne – materiaalõiguslik (kuriteo)koosseisupärasus. Sisuliselt on sedaviisi eriosas säilitatud süüteo materiaalne määratlus, millest üldosas loobuti juba 1992. aastal.

Probleem on aga selles, et paljudel juhtudel hõlmavad kõnealuste süüteokoosseisude dispoitsioonid tegusid, mis vaatamata oma hukkamõistetavusele ja karistamisväarsusele ei too endaga tüüpiliselt kaasa mingit adekvaatselt tuvastatavat ja mõõdetavat muudatust välismaailmas. Mõnikord isegi mitte sellist, mida oleks võimalik vaadelda mittevaralise kahjuna. Just taoliste olukordade pinnalt ongi välja kasvanud tänane karistusõiguslik mittevaralise kahju mõiste, mille abil üritatakse teoebaõigus (rikkumise raskus) vägisi moondada tagajärjeebaõiguseks. Paraku ei ole selline lähenemine teoreetiliselt vettpidav, sest rikkumise raskus ja kahju kui rikkumise tagajärg on kaks täiesti erinevat asja. Probleemi ei lahendaks seegi, kui me asendaksime olulise või suure kahju süüteokoosseisu tunnuseks nt raske tagajärjega (nagu seda on osades koosseisudes tehtud).

3.8 On vaieldamatu, et karistusõigus peab kaitsma ka selliseid õigushüvesid, mille kahjustamine ei ole täielikult või osaliselt rahaliselt hinnatav. Kuid arvestades selliste õigushüvede kõrget abstraktsuse astet ja väärtusrelatiivsust, ei saa seadusandja jätta kohtu otsustada, kas mingi

²³ Ka Riigikohtu halduskollegium on ühes distsiplinaarvaidluses märkinud, et *ametniku või ametiasutuse diskrediteerimine kui vääritud tegu on materiaalne teokoosseis, mis eeldab kahjuliku tagajärjena ametniku või ametiasutuse maine olulist ja tegelikku kahjustamist. Sellise teokoosseisu puhul on vastutuse tekkimiseks vajalik kausaalne seos ametniku õigus- või kõlblusnormide vastase süüülise teo ning saabunud tagajärje vahel* (RKHKo 3-3-1-70-03, p 16).

²⁴ Vt nt KarS § 152 lg 2 p 2, § 153 lg 2 p 2, § 257 viimane alternatiiv, § 283, §-d 289–290, § 292, § 300, § 444 lg 1, § 446 lg 1, § 447 lg 1.

mittevaralise iseloomuga hüvedekaotus on karistamisväärne või mitte. Seetõttu peab karistusõigus siin oma kaitseülesande täitmiseks kasutama kas piisavalt konkretiseeritud teokirjeldusega formaalseid süüteoosseise või materiaalseid delikte, milles on ette nähtud konkreetselt tuvastatav tagajärg, millega kaasneva mittevaralise hüvedekaotuse on seadusandja ise apriorselt karistamisväärsaks tunnistanud (nt surm, tervisekahjustus, raseduse katkemine).

Mittevaralise kahju kontseptsiooni abil materiaalse süüteomõiste säilitamine osades eriosa koosseisudes on vastuolus PS § 23 lg-st 1 tuleneva *nullum crimen...* põhimõttega. Selle asemel, et töötada põhjalikult läbi õiguspraktika ja teha üksnes tema pädevusse kuuluv otsustus ühe või teise mittevaralist huvi ründava rikkumise kriminaliseerimise vajalikkuse kohta, on olulise/suure mittevaralise kahju tunnustamine süüteoosseisu tunnuseks võimaldanud seadusandjal delegeerida mõnede süüteoosseisude täpne sõnastamine kohtuvõimule.

Ei saa salata, et mitmetel senises kohtupraktikas ettetulnud juhtudel, mil isikule on koosseisulise tagajärjena inkrimineeritud mittevaralise kahju põhjustamine, tundub toime pandud tegu tõepoolest karistamisväärne. Kuid sisuliselt ei ole sellist tegu karistamisväärsaks tunnistanud mitte seadusandja – nagu seda nõuab PS § 23 lg 1 – vaid kohus, rajades süüdimõistmise dogmaatiliste argumentide asemel üksnes õiguspoliitilistele. Senise kohtupraktika kohaselt tuleb küsimus, millises ulatuses mittevaralise kahjuga on igal konkreetsel juhul tegemist, lahendada lähtudes sellest, kuivõrd ohtlik oli toimepandud tegu üldist õiglustunnet ja ühiskonna õigusteadvust silmas pidades ning kuivõrd see kahjustas seadusega kaitstud õigushüve.²⁵ Kõik nimetatud kriteeriumid on aga puhtalt õiguspoliitilised, mitte dogmaatilised.

3.9 Seadusandja peaks juba materiaalse karistusõiguse kujundamisega sundima uurimisorganeid ja prokuratuuri tegelema tõsiste õigusrikkumistega, mitte looma n.ö igaks juhuks "tõenduslikult kergeid" süüteoosseise, jäädes lootma menetluslikule ratsionalismile. Eriti olukorras, kus menetlejaid survestatakse "mõõdikute", tulemuspalga ja muude sarnaste kvaliteedinäitajatega, võib menetluslik ratsionalism jääda väga kergelt alla statistilistele kaalutlustele. Seetõttu võib aga märkimisväärne osa riigi uurimisvõimekusest kuluda kolmandajärgulise tähtsusega rikkumiste menetlemisele. Rääkimata kriminaalkorras karistatava inimkäitumise ala ebaproportsionaalsest avarumisest ja kriminaalkaristuse devalveerimisest.

Lisaks on mittevaralise kahju aktsepteerimine koosseisulise tagajärjena toonud mõningatel juhtudel kaasa probleemi, et uurimine ei vaevugi rikkumisega tekitatud varalist kahju välja selgitama, ehkki asjas on ilmseid viiteid, et selline kahju on tekitatud. Seniste standardite kohaselt on mittevaralise kahju "tõendamine" (ehk siis mõne pateetilise formuleeringu fikseerimine süüdistuses) kaheldamatult lihtsam kui varalise kahju kindlakstegemine, mistõttu võidakse viimasest ka kergekäeliselt loobuda. Selle tulemus ei ole aga pahatihti mitte üksnes see, et kannatab süüdistuse konkretiseeritus, vaid ka asjaolu, et tegelikult tekitatud, ent uurimise tähelepanu alt välja jäänud varaline kahju jääb kurjategijalt välja mõistmata ja kannatanule hüvitamata.

4. Lõpetuseks tuleb tõdeda, et puudub alus tsiviilõigusliku kahju mõiste ja kahju kui süüteoosseisu tunnuse vastandamiseks. Aktseorsuse ja *ultima ratio* põhimõtete alusel töötav karistusõigus ei tohi näha kahju seal, kus tsiviilõigus selle olemasolu eitab. Pole olemas iseseisvat "karistusõiguslikku" kahju mõistet.

Samas tuleb arvestada asjaolu, et kahju mõiste osutub juba olemuslikult paljudel juhtudel võrdlemisi laialivalguvaks või isegi spekulatiivseks (nt tulevikus tekkiva kahju arvestamine). Kahju hüvitamise õigus peab taolise ebamäärasuse kui elulise paratamatusega leppima. Karistatavate tegude kirjeldamisel pole aga kahju mõiste möödapääsmatult vajalik, ka peaks määratluspõhimõte karistusõiguses erilise au sees seisma. Lisaks ei ole kriminaalasja lahendava kohtu käsutuses VÕS § 127 lg-s 7 ette nähtud võimalust lükata kahju suuruse üle otsustamine tulevikku. Seetõttu tuleks suhtuda suure ettevaatusega selliste süüteoosseisude kehtestamise, kus koosseisulise tagajärjena nimetatakse (teatud ulatuses) kahju tekitamist kui sellist. Süüteoosseisu tagajärje sisustamine varalise kahju abil võib teatud juhtudel siiski õigustatud olla. Küll peaks olema täielikult välistatud olukord, kus isiku teo karistatavus sõltub menetleja hinnangust teoga põhjustatud mittevaralise kahju olemasolule ja selle kvantitatiivsele mõõtmele.

²⁵ Vt RKKKo 3-1-1-100-00, p 11.5; RKKKo 3-1-1-24-01, p 7.5.2; RKKKo 3-1-1-138-03, p 13.2.