

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
KARISTUSÕIGUSE OSAKOND

Martin Ziehr

KarS § 217² ehk usalduse kuritarvitamise ning § 201 lg 1 alt 2 ehk võõra vara omastamise
koosseisude vaheteo analüüs

Magistritöö

Juhendajad

Erkki Hirsnik; Prof. Jaan Sootak

Tartu

2018

SISUKORD

1. KARS § 217²	5
1.1. Ajalugu	5
1.1.1. Koosseisu üldiseloostus	7
1.1.2. Koosseisuga seonduvad vaidlused Saksamaal	7
1.2. ÄRAKASUTAMISKOOSSEIS	9
1.2.1. Ärakasutamisseisund	9
1.2.2. Ärakasutamine	11
1.2.3. Tehingu kehtivus	13
1.2.4. Sisesuhet rikkuv tehing	16
1.2.5. Varaline kahju	25
1.2.6. Kahju omistamine	31
1.3. USALDUSE MURDMISE KOOSSEIS	32
2.0 Usaldatud võõra vara omastamine	35
2.1. Võõras vara	35
2.2. Enda või kolmanda isiku kasuks pööramine	36
2.3. Usaldusseisund	39
2.4. Varaline kahju	41
3. Omastamise ja usalduse kuritarvitamise paragrahvide suhestumine	43
4. Muudatusettepanekud	47
The analysis and comparison of KarS § 217² (abuse of trust) and KarS § 210 (embezzlement) section 1 alternative 2	55
KASUTATUD ALLIKAD	57

SISSEJUHATUS

15. märtsil 2007. aastal tunnistati kehtetuks karistusseadustiku paragrahvid 289 ning 290, s.o vastavalt ametiseisundi kuritarvitamise ning ametialase lohakuse koosseisud. Kehtinud regulatsiooni problem seisnes selle liialt laias ning ebamäärases sõnastuses, mida lugedes ei olnud ametiisikule selge, millist õiguspärast käitumist temalt oodatakse ning millise tegevuse puhul võidakse teda karistada. Olgugi, et seadusandja sõnastas nimetatud koosseisu niivõrd laiahaardelisena tahtlikult, et vältida olukordi, kus süütegu ei oleks võimalik klassifitseerida ühegi teokoosseisu alla kuuluvaks, selgus hiljem, et ebatäpne sõnastus on vastuolus Eesti Vabariigi põhiseaduses ja Euroopa Inimõiguste Konventsioonis sätestatud õigusselguse põhimõttega.

Õigusselgust püüti saavutada nii olemasolevate süüteokoosseisude muutmise ja täiendamise kui ka täiesti uute koosseisude lisamise teel, millest tähtsaim oli karistusseadustikku kehtetuks kuulutatud paragrahvide asemele paragrahv 217², s.o usalduse kuritarvitamise, koosseissu lisamine. Paragrahvi kohaselt on kriminaliseeritud seadusest või tehingut tuleneva teise isiku vara käsutamine või teisele isikule kohustuse võtmise õiguse ebaseadusliku ärakasutamine, kui sellega on põhjustatud suur varaline kahju ja kui puudub KarS § 201 sätestatud süüteokoosseis.

Lisatud sätte eeskujuks oli Saksa karistusseadustiku – *Strafgesetzbuch* (StGB) – paragrahv 266. Nimetatud sätte eeskujul lõi seadusandja ka KarS § 217² nii, et selles sisaldub kaks alamkoosseisu – ärakasutamiskoosseis ning usalduse murdmise koosseis. Märkima peab, et sätte, millest seadusandja karistusseadustiku täiendades juhindus, oli esile kutsunud eriarvamusi ja kriitikat juba aastaid oma päritoluriigis.

Otsuse, millega võeti üle vastuoluline sätte, mõistlikkus võib olla juba iseenesest küsitav, kuid Eesti puhul võis sätte rakendamise tulevikus näha veel ühte suurt probleemi. Juba 1. jaanuaril 2004 jõustunud seadusemuudatusega täiendati karistusseadustiku paragrahvi 201, s.o omastamise koosseisu, alternatiiviga, mis muutis karistatavaks isikule usaldatud võõra vara ebaseaduslikult enda kasuks pööramise. Seadusandja jättis 2007. aasta seadusemuudatust tehes aga arvestamata tõsiasi, et n-ö eeskujuriigis, Saksamaal, omastamise koosseisus (StGB

§ 246) vara omastamise alternatiiv puudus, mistõttu oli tulemuseks kahe erinevast süsteemist pärit koosseisu kollisioon samas seadustikus.

Ilmselt päriselt seadusandja siiski kahe normi kollisiooni ohtu endale teadvustamata ei jätanud: vältimaks koosseisude läbisegi rakendamist ning ebaühtlast kohtupraktikat, lisati KarS § 217² ka välistav klausel, mille kohaselt ei tohi sätte rakendamiseks esineda KarS § 201 sätestatud koosseisu. Kuna normide kaitsealad on suuresti kattuvad, on nüüd tekkinud olukord, kus usalduse kuritarvitamise koosseisu olemasolu vajalikkuse võib autori arvates seada kahtluse alla – paragrahvil, mida ei saa rakendada, pole õigusruumis kohta.

Käesoleva töö eesmärgiks on analüüsida KarS § 201 lg 1 alt 2 ning § 217² koosseise ja välja selgitada, kuidas suhestuvad omavahel usalduse kuritarvitamise ja usaldatud võõra vara omastamise koosseisud ning mil määral on emma-kumma sätte rakendamine praktikas võimalik. Ühtlasi püüab autor leida vastust küsimusele, milliseid muudatusi oleks võimalik koosseisudes läbi viia, et sätete rakendamisel ei esineks kattuvust.

1. KARS § 217²

1.1. Ajalugu

Usalduse kuritarvitamise koosseisu ajalugu on saksakeelses õigusruumis pikk ning selle juured ulatuvad tagasi Rooma impeeriumi päevile. Sel ajal tõi aga lojaalsuskohustuse rikkumine kaasa peamiselt tsiviilõiguslikud tagajärjed. Kriminaalkorras karistatavus tuli kõne alla üksnes ränkade rikkumiste puhul nagu näiteks riigi raha omastamise korral riigiametnike poolt¹.

1532. aasta Karl V koodeksis on esmakordselt muudetud karistatavaks kellelegi usaldatud tähtsa info reeturliku ärakasutamine. Sel ajal hakkasid varasematest individuaalaktidest, mis reguleerisid eestkostjate ja ametnike usalduse kuritarvitamist, välja arenema mitmed riiklikud regulatsioonid, kuhu olid koondatud mitmed süüteod nagu omastamine, pettus, reetmine ning isegi abielurikkumine, kusjuures sageli võis olla keeruline norme üksteisest eristada².

1851. aasta Preisi karistusseadustik vahetas aga need arvukad riiklikud regulatsioonid välja ning koondas säärased süüteod ühe katuse alla, täpsemalt paragrahvidesse 246 ja 266 ehk vastavalt omastamise ning usalduse kuritarvitamise sätted. Norme iseloomustavaks tunnusteks oli võimalike toimepanijate grupi piiritlemine kindlatel alustel nagu isikud ja ametid³.

Paragrahvi 266 sõnastus oli järgnev:

Usalduse murdmise eest karistatakse vanglakaristusega, millele võib lisanduda kodanikuõiguste äravõtmine, järgnevaid isikuid:

- 1. Eestkostjaid, kuraatoreid, hooldajaid, vahendajaid, massihaldajaid, testamenditüütjaid ning fondide haldajaid, kui nad kahjustavad teadlikult nendele vara usaldanud isikuid või nende hoolde usaldatud vara;*
- 2. Volitatud isikuid, kes tahtlikult vabanevad volitaja nõudest või teistest vahenditest;*

¹Hefendehl, Hohmann. Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, München 2014, § 266, Rn 17.

²Ibid, Rn 18.

³Ibid. Rn 19.

3. *Maamõõtjaid, oksjonipidajaid, maaklereid, kaupade kinnitajaid, kaalujaid, mõõtjaid, stividore ja muid isikud, kes on võimude poolt ametisse seatud ja kes teadlikult teevad nendele usaldatud toimingutes isikutele ülekohut⁴.*

Normi teine lõige lisas täiendava võimaluse isiku karistamiseks: Kui usalduse murdmine pannakse toime omakasu motiivil või kolmanda isiku soodustamise eesmärgil, võidakse lisaks vangistusele isikut ka trahvida.

See regulatsioon kehtis Saksamaal kuni 1933. aastani, mil koosseisu muudeti selle ebatäieliku toimepanijate ringi asendamisel koosseisuga, mis nägi kindlad koosseisu täitmise tingimused, mis ei sõltunud toimepanija isikust või ametist. Sätte järgi karistati vangistuse või rahalise karistusega isikuid, kes kasutasid ära oma seadusest, lepingust, tehingust vms tulenevat õigust selleks, et vabaneda või kohustada kedagi teist vabanema talle usaldatud vahenditest või neid kes rikkusid oma usaldusseisundit, et pöörata võõras vara enda kasuks. Lisaks võidi isikult ära võtta kodanikuõigused. Eriti rasketel juhtudel võis vangistuse määraks mõista kuni kümme aastat⁵.

1953. aastaks eemaldati kvalifikatsioon raskete juhtude kohta ning lisati klausel vanemlike eestkostjate kohta. 1969. aastal kaotati kodanikuõiguste äravõtmise karistus koosseisust. 1974. aastal eemaldati koosseisust võimalus mõista karistuseks nii vangistus kui ka rahaline karistus⁶.

Eesti karistusseadustikku lisati Saksa karistusseadustiku eeskujul usalduse kuritarvitamise säte 2007. aastal, pärast karistusseadustiku paragrahvide 289 ning 290 (vastavalt ametiseisundi kuritarvitamine ning ametialane lohakus), kehtetuks tunnistamist. Kehtetuks tunnistati need sätted õigusselguse huvides, kuivõrd sätted oli sõnastatud niivõrd ebamääraselt, et neid lugedes ei olnud selge, millist õiguspärast käitumist ametiisikult oodatakse ning millise tegevuse puhul võidakse teda karistada⁷.

⁴ Hefendehl, Hohmann. Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, München 2014, vnr 20.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ Karistusseadustiku ja selle muutmisega seonduvate seaduste muutmise seadus 931 SE, Riigikogu X koosseis, lk 22.

Nagu StGB § 266, loodi ka KarS § 217² nii, et selles sisaldub kaks alamkoosseisu. Paragrahvi kohaselt on kriminaliseeritud seadusest või tehingut tuleneva teise isiku vara käsutamine või teisele isikule kohustuse võtmise õiguse ebaseadusliku ärakasutamine, kui sellega on põhjustatud suur varaline kahju ja kui puudub KarS § 201 sätestatud süüteo koosseis.

1.1.1. Koosseisu üldiseloostus

Kaitstav õigushüve on vara. Kriminaalpoliitiline vajadus uue koosseisu järele oli tingitud muudatustest ametialaste süütegude peatükis seoses § 289 kehtetuks tunnistamisega, mis nägi ette vastutuse kahju tekitamise eest ametiisiku poolt. Koosseis peab katma võimaliku karistatavuslünka, mis võib tekkida varalise kahju tekitamisega kui tegu ei vasta omastamise ega kelmuse tunnustele⁸.

Paragrahv sisaldab kahte koosseisu: ärakasutamiskoosseisu ning usalduse murdmise koosseisu. Valitseva arvamuse kohaselt on ärakasutamiskoosseis usalduse murdmise koosseisu suhtes *lex specialis*. Mõlema koosseisu puhul peab süüdistuses ja kohtuotsuses olema näidatud ja põhjendatud süüdistatava pädevus kannatanule kuuluva vara suhtes, selle tekkimise alus ning konkreetne sisu⁹.

1.1.2. Koosseisuga seonduvad vaidlused Saksamaal

Sarnaselt Eesti regulatsiooniga, koosneb ka Saksa usalduse kuritarvitamise säte kahest koosseisualternatiivist: ärakasutamiskoosseisust ning usalduse murdmise koosseisust. Usalduse kuritarvitamise koosseisu juures on üheks vaidluste allikaks olnud varaliste kohustuste järgimise kohustus. Nimetatud kohustust on tõlgendatud mitmel erineval viisil ning erinevate käsitluste järgi on õigusteadlased jagunenud eri leeridesse. Dualistliku kontseptsiooni kohaselt ei eelda ärakasutamine isiku varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumist – see on kohustuslikuks koosseisuelemendiks üksnes usalduse murdmise koosseisu puhul¹⁰.

⁸ M. Kairjak, J. Sootak. Varavastased süüteod. Tallinn. Juura 2012, lk 207, p 1.

⁹ RKKKo otsus nr 3-1-1-4-08 p 25; Arvutivõrgus kättesaadaval: <https://www.riigiteataja.ee/akt/12947146>.

¹⁰ Kindhäuser, Neumann, Paeffgen. Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage § 266, vnr 18.

Dualistlikule kontseptsioonile vastandub monistlik õpetus, mille kohaselt iseloomustatakse usalduse kuritarvitamise alamkoosseise teise isiku varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumise läbi. Monistliku teooria pooldajad nõuavad ärakasutamise ja usalduse murdmise juhtudeks samasugust ühist kohustust, mille peamine ülesanne seisneb teise isiku varaliste huvide järgimises, ja eeldavad isikult teatud omavastutust ja iseseisvust. Selline lähenemine võimaldab teooria pooldajate hinnangul ära hoida olukorrad, kus ärakasutamise alla langevad ka rikkumised, mis peaksid tegelikult käima usalduse murdmise alla, aidates seeläbi alamkoosseise üksteisest eristada. Siiski tuleb nentida, et kirjeldatud ühist kohustuse süsteemi pole kuigi täpselt lahti seletatud¹¹.

Modifitseeritud dualistliku kontseptsiooni järgi peab kurjategija mõlema teokoosseisu puhul rikkuma isiku varaliste huvide järgimise kohustust. Vahetegu seisneb aga selles, et nimetatud kohustusel peab olema spetsiifiline huvide järgimise iseloom ainult usalduse murdmise puhul. Ärakasutamise puhul piisab sellest, et kurjategijal on kehtiva õiguse järgi olemas volitus mingit vara käsutada või teisele isikule kohustusi võtta¹².

Välja on kujunenud ka modifitseeritud monistlik teooria, mille kohaselt on nii ärakasutamine kui usalduse murdmine miinimumnõudena seotud teise isiku varaliste huvide järgimise kohustusega, samal ajal kui teised piirangud – tehingu iseseisvus ja tähenduslikkus – puudutavad ainult usalduse murdmist. Selle seisukoha järgi piisab ärakasutamise teokoosseisuks isiku varalise huvide järgimise kohustusest, mis on madalama intensiivsusega ja mille riiveks piisab isiku vara käsutamisest või teisele kohustuste võtmisest, millega rikutakse varaliste huvide järgimise kohustust, olgugi, et ärakasutaja tegutsemine polnud kantud omakasumotiivist¹³.

Nagu eelnevast näha, on koosseisude tõlgendamisel välja kujunenud mitmeid erinevaid teooriaid, mille üle on vaieldud aastaid. Selle sätte Eesti õigusruumi ülevõtmine kätkes endas sellest tulenevalt riski, eriti veel kui karistusseadustikus oli väga sarnase regulatsioonialaga säte juba olemas. Sellel peatutakse töös detailsemalt hiljem.

¹¹ Kindhäuser, Neumann, Paeffgen. Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage § 266, vnr 19.

¹² Ibid., vnr 20.

¹³ Ibid., vnr 21.

1.2. ÄRAKASUTAMISKOOSSEIS

Lõike 1 alt 1 (seadusest või tehingust tuleneva teise isiku vara käsutamise või teisele isikule varalise kohustuse võtmise õiguse ebaseaduslik ärakasutamine) on nn ärakasutamiskoosseis. Koosseisu selle alternatiivi alus on kannatanu ja süüdlase vahel seaduse (nt ametissenimetamine, esindajaks seadmine või tehing (nt töö- või käsundusleping)) alusel tekkinud tsiviilõiguslik või avalik-õiguslik suhe, mis õigustab teo toimepannud isikut mingit kannatanule kuuluvat vara käsutama või kohustust võtma¹⁴. Koosseis on täidetud näiteks juhtudel, kui äriühingu juhatuse liige sõlmib ühingule kahjuliku tehingu teise ühingu, kellele see tehing on kasulik ja kellega juhatuse liige on isiklikult seotud, rikkudes seega lojaalsuskohustust¹⁵ või kui äriühingu juhatuse liige vähendab ühingu kasuks seatud hoonestusõiguse tähtaega¹⁶.

1.2.1. Ärakasutamisseisund

KarS § 217² sätestatud koosseisud eeldavad erisubjekti: isikut, kellel on õigus käsutada teise isiku vara, võtta talle varalisi kohustusi või järgida varalisi huve. See õigus või kohustus võib tuleneda seadusest (nt piiratud teovõimega isiku seaduslik esindaja) või tehingust (nt ametisse nimetamisest avalikus teenistuses, töö-, käsundus-, töövõtu- või muust esinduslepingust).

Juriidilise isiku juhatuse või nõukogu liikme õiguspädevus juriidilise isiku asjade ajamisel tuleneb nii seadusest (nt äriseadustikust) kui ka lepingust. Juriidilise isiku juhtorgani liikmel on üldine kohustus täita oma seadusest või põhikirjast tulenevaid kohustusi juhtorgani liikmelt tavaliselt oodatava hoolega ning olla lojaalne juriidilisele isikule¹⁷. Äriühingu juhatuse liikmel on kohustus järgida äriühingu nimel tehingute tegemisel äriühingu huve.

Avalikke ülesandeid täitva isiku puhul tuleneb õigus teise isiku nimel tegutseda ning kohustus teise isiku varalisi huvisid järgida tema tegevust reguleerivatest seadustest (nt ATS¹⁸, KVS¹⁹ jt), samuti teistest tema ametikoha ja ametiülesandeid reguleerivatest aktidest,

¹⁴ M. Kairjak, J. Sootak. Varavastased süüteod. Tallinn. Juura 2012, lk 207, p 4.

¹⁵ RK otsus nr 3-1-1-61-09; Arvuti võrgus kättesaadaval: <https://www.riigiteataja.ee/akt/13221597>.

¹⁶ RK otsus nr 3-1-1-55-09; Arvuti võrgus kättesaadaval: <https://www.riigiteataja.ee/akt/13240044?tegevus=salvesta-link>.

¹⁷ Tsiviilseadustiku üldosa seadus § 35; Arvuti võrgus kättesaadaval: <https://www.riigiteataja.ee/akt/106122010012>.

¹⁸ Avaliku teenistuse seadus § 51, Arvuti võrgus kättesaadaval: <https://www.riigiteataja.ee/akt/126032013005?leiaKehtiv#para51>.

sealhulgas ametijuhendist või töölepingust. Teise isiku all tuleb siinkohal mõista eelkõige riiki või kohaliku omavalitsuse üksust.

Oluline on teise isiku juures märkida, et kui vara kuulub osäühingule, tuleb varaomaniku nõusoleku kindlakstegemisel arvestada, et juriidiline isik kui õiguslik fiktsioon ei saa ise millekski nõusolekut anda ega vara käsutada, vaid temale tuleb omistada inimese antud nõusolek. Et osäühingu puhul on oluliste otsuste tegemine osanike pädevuses (vt äriseadustiku § 168), tuleb osäühingu nõusoleku tuvastamisel vara käsutuseks lähtuda sellest, kas varakäsutusega on nõus ühingu osanikud. Muu hulgas ütleb Riigikohtu viimane praktika, et kui osäühingul on vaid üks osanik, tuleb tema nõusolek varakäsutuseks omistada ka osäühingule²⁰, mis tähendab, et ainuosanik ei saa rikkuda vara käsutamise õigust ühingu suhtes. See otsus kujutab endast senise kohtupraktika muutmist, sest varasemalt leidis Riigikohus, et osäühingu vara võib omastada (seega loogiliselt mõeldes ühtlasi “ära kasutada”) ka osanik, kellele kuulub ühingu ainukene osa. Vastupidisel juhul puuduks juriidilise isiku võlausaldajate huvidel sisuliselt igasugune kaitse²¹.

Veel üks erisubjektsusega seotud küsimus seondub faktiliste ühingujuhtidega. Kohtupraktika on mitmel korral kokku puutunud olukorraga, kus süütegude toimepanemisega seotud juriidilist isikut või süütegusid toime pannud juriidilist isikut (KarS § 14 tähenduses) juhtis isik, kes ei olnud juhatuse liikmena äriregistrisse kantud: asjas kogutud tõendid viitasid sellele, et faktiliselt langetas kõik ühinguga seotud otsused just nimelt näiliselt ühinguga mitte mingit seost omanud isik. Selliste mitteformaalsete ehk faktiliste ühingujuhtide näol on tegemist isikutega, kes formaalselt ei ole küll juhatuse liikmed, ent tegelikkuses tüürivad ühingut kas formaalse juhatuse liikme kõrval või siis täies ulatuses iseseisvalt²².

Siiski on faktilise ühingujuhi vastutus KarS § 217² alusel kaheldav. On avaldatud arvamust, et erinevalt Saksa karistusseadustikust on nii ärakasutamisseisund ärakasutamiskoosseisu kui ka varaliste huvide järgimise kohustus usalduse murdmise koosseisu puhul võimalik vaid kas

¹⁹ Korruptsioonivastane seadus § 3; Arvutivõrgus kättesaadaval: <https://www.riigiteataja.ee/akt/117112017029?leiaKehtiv#para3>.

²⁰ RKKKo otsus nr 3-1-1-52-14 p 16; Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.riigikohus.ee/et/lahendid?asjaNr=3-1-1-52-14>.

²¹ RKKKo otsus nr 3-1-1-74-05 p 19, Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.riigikohus.ee/et/lahendid?asjaNr=3-1-1-74-05&sortVaartus=LahendiKuulutamiseAeg&sortAsc=false&kuvadaVaartus=Pealkiri&pageSize=25&defaultPageSize=25>.

²² M.Kairjak. Faktilise ühingujuhi karistusõiguslik vastutus. – *Juridica* 2011, VII, lk 541.

lepingust või seadusest tulenevalt, seega mitte kehtetust õigussuhtest tulenevalt²³ Selle seisukohaga ei saa siiski nõustuda, sest autori hinnangul on kehtiva õigussuhte nõude näol tegemist puhtalt formaalsusega – isik käitub nagu ühingujuht, kuid ei saa nt dokumentatsiooni puudulikkuse tõttu sellena vastutada. Kui seda seisukohta aga siiski jaatada, võiks oma laiahaardelise iseloomu tõttu kõne alla tulla usalduse murdmise koosseis (eriti kui faktilise ühingujuhi roll oli reaalse juhatuse liikmete otsuste mõjutamine).

Etteruttavalt võib öelda, et vastutus ka KarS § 201 teise alternatiivi eest (usaldatud muu võõra vara omastamine) võib olla võimalik, kui leida, et faktilise ühingujuhi kätte on usaldatud ühingu vara KarS § 201 teise alternatiivi tähenduses²⁴. Sellest aga täpsemalt usaldatud võõra vara omastamise paragrahvi all.

1.2.2. Ärakasutamine

Koosseisupärane tegu on esmajoones sisesuhte tingimusi rikkuva lepingu sõlmimine. Kui isikul on õigus teise isiku vara käsutada, võib selle kuritarvitamiseks pidada teise isiku nimel tema teadmata või kehtestatud kooskõlastamiskorda rikkudes tehingute tegemist, samuti selliste kohustuste võtmist, mida teine isik ei saa täita. Usaldatud võõra vara ebaseaduslik kolmanda isiku kasuks pööramine ei eelda teo omakasu motiivi²⁵.

Ärakasutamiskoosseisu puhul rikub koosseisupärase teo toimepanija talle antud õigust teise isiku vara käsutada. Tegemist on n-ö lubatu ületamisega võimaldatu piires. Teise isiku vara saab teise isiku nimel kehtivalt käsutada selle isiku esindaja, seega saab koosseisu realiseerida esindajapoolse sisesuhte rikkumise ehk kehtivalt teise isiku vara käsutamisega²⁶.

Esitatud mõttekäik vastab Saksa StGB § 266 puudutavas kirjanduses toodule: erinevalt usalduse murdmise koosseisust on ärakasutamiskoosseisu puhul koosseisuteona vaja spetsiifilist tegu ehk tehingut. Ühes sellega on Saksa StGB § 266 kohtupraktika üle võtnud mõiste “äarakasutamine” sisustamise kui “tehingu”, olgugi, et säte ise (ega ka StGB § 266 sks k mõiste „*Missbrauch*”) kui selline mõistele “tehing” otse ei viita. Kui mõistet tõlgendada äarakasutamisseisundi kaudu, peaks tegelikkuses „äarakasutamise” asemel teokirjelduses olema

²³ M.Kairjak. Faktilise ühingujuhi karistusõiguslik vastutus. – *Juridica* 2011, VII, lk 541.

²⁴ *Ibid.* Lk 544.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ M. Kairjak; Keerukuse redutseerimine Eesti õiguses karistusseadustiku § 217² objektiivse koosseisu relatiivsete õigumõistete sisustamise näitel, Tartu Ülikooli kirjastus, 2014, lk 79.

toodud mõisted “käsutus” või “kohustamine”, st tegemist on tegudega, millega „teise isiku vara käsutamise õigust või varaliste kohustuste võtmise õigust saab ebaseaduslikult „ära kasutada”. Nii nagu ei tunne tsiviilõigus näiteks KarS § 217² usalduse murdmise koosseisu sisalduvat mõistet “varaliste huvide järgmise kohustus”, ei tunne tsiviilõigus mõistetavalt ka mõistet “ärakasutamine”. Eelnevale vaatamata puudub iseenesest vaidlus selles, et ärakasutamine kui selline viitab tehingule: ärakasutamisseisundi ärakasutamine on võimalik tehinguga²⁷. Riigikohus on juba varajastes KarS § 217² ärakasutamiskoosseisu puudutanud lahendites võtnud seisukoha, et sisu poolest on ärakasutamise koosseisu puhul koosseisuteoks tehingu tegemine²⁸. TsÜS § 67 lg-st 1 tulenevalt on tehing toiming või omavahel seotud toimingute kogum, milles sisaldub kindla õigusliku tagajärje kaasatoomisele suunatud tahteavaldus.

Ärakasutamiskoosseisu on võimalik realiseerida ka tegevusetusega. (Teoreetiliselt loob sellise võimaluse juba TsÜS § 68 lg 4, mille kohaselt loetakse ka vaikimist või tegevusetust tahteavalduseks (st ka ühepoolseks tehinguks), kui vaikimise või tegevusetuse lugemine tahteavalduseks tuleneb seadusest, isikute kokkuleppes või nendevahelisest praktikast, mis tähendab aga omakorda, et tehinguid on tsiviilõiguslikus mõttes võimalik teha ka tegevusetuseks jäädes).

Üldreeglina tuleb teo tegevusetusdeliktile vastavust kontrollida KarS § 13 järgi. Selle sätte kohaselt vastutab isik tegevusetuse eest, kui ta oli õiguslikult kohustatud tegutsema. Kuna KarS § 217² on mitteehtne tegevusetusdelikt (kirjeldataud nii, et seda on võimalik toime panna nii tegevuse kui tegevusetusega²⁹) tuleb isikul tuvastada garandiseisund. Kui seda reeglit järgida, siis võiks sellise kohustuse tuletada seadusest (TsÜS § 35), mis kohustab juriidilise isiku juhatuse juhtorgani liikmeid tegutsema hoolikalt ja ühingule lojaalselt. Nii mõeldes on täidetud ka KarS § 13 nõuded.

Siiski maksab märkida, et Saksa õiguses on StGB § 13 (Saksa analoog KarS §-le 13) rakendamise nõude üle vaieldud: kirjanduses on leitud³⁰, et garandikohustust pole oma üldise formuleeringu tõttu tarvis läbi selle sätte sisustada, samas kui Saksa Liidukohus arvas

²⁷M. Kairjak; Keerukuse redutseerimine Eesti õiguses karistusseadustiku § 217² objektiivse koosseisu relatiivsete õigusmõistete sisustamise näitel, Tartu Ülikooli kirjastus, 2014, lk 79.

²⁸RKKKo 3-1-1-4-08, p 25.

²⁹P. Pikamäe, J. Sootak; Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn. Juura 2009, § 13/5.3.

³⁰StGB § 13 (Wittig – BeckOK StGB, v. Heintschel-Heinegg, 37. Edition, § 266/15).

vastupidist³¹. Samas on Saksa õiguskirjanduses nenditud, et tegelikkuses pole vaidlusel mingeid praktilisi tagajärgi ning vaidlus küsimuse üle on üksnes dogmaatiliselt laadi³². Autori arvates võib kohtupraktika ühtluse huvides ehk olla § 13 sätte rakendamise nõudmine õigustatud, sest selgem on nõue, et § 13 on nõutav kõigi tegevusetusdeliktide korral, mitte suvaliselt üksnes mõnede korral.

1.2.3. Tehingu kehtivus

KarS § 217² eeskujuks olnud StGB § 266 puudutavas õiguskirjanduses ja kohtupraktikas on valitsevaks saanud seisukoht, et ärakasutamise koosseisu saab realiseerida vaid kehtiva tehinguga, sest selle seisukoha pooldajate hinnangul on ärakasutamiskoosseisu tuum pakkuda isikutele kaitset olukorras, kus esindaja teeb küll sisesuhet³³ rikkuva, ent väljapoole täies ulatuses kehtiva tehingu³⁴.

Järelikult on alamkoosseisu eesmärk võimaldada lisakaitset olukorras, kus tsiviilõigus käsitab esindaja kohustusevastast käitumist esindatava riskina, võimaldades esindataval kahju hüvitamist esindatava suhtes, ent majanduskäibe huvides ei puuduta tehingu kehtivust. Seega on võimalik ärakasutamiskoosseisu realiseerida viisil, mille kohaselt toimepanija teeb sisesuhtest tulenevaid kohustusi rikkuva, ent välissuhtes kehtiva tehingu. Kui toimepanija ületab temale välissuhtest tulenevat õigust, st esindusõigust, ei ole tegu ärakasutamisega ja kõne alla võib tulla usalduse murdmise koosseis³⁵.

Ärakasutamiskoosseisu täitmise hindamine sõltub küsimusest, kuidas sisustada mõistet “ärakasutamine”. Kui seda teha teise isiku vara käsutamise ja kohustuste võtmise õiguse kaudu, on ilmne, et ärakasutamine saab tähendada vaid tegu, mis realselt toob ka kaasa

³¹ <http://www.strafrecht.de/kanzlei-fuer-unternehmensstrafrecht/aktuelles/artikel/untreue-durch-unterlassen/84c5dd0abebd8ac087eefc0b93dbc88a/>.

³² <http://www.strafrecht.de/kanzlei-fuer-unternehmensstrafrecht/aktuelles/artikel/untreue-durch-unterlassen/84c5dd0abebd8ac087eefc0b93dbc88a/>.

³³ Sisesuhe on suhe esindaja ja esindatava vahel, välissuhe aga suhe esindatava ja teise tehingu poole vahel, kus esindaja teeb tehingu esindatava nimel, kellele tulenevad nimetatud tehingust tulenevad õiguslikud tagajärjed.

³⁴ M. Kairjak; Keerukuse redutseerimine Eesti õiguses karistusseadustiku § 217² objektiivse koosseisu relatiivsete õigusemõistete sisustamise näitel, Tartu Ülikooli kirjastus, 2014, lk 82.

³⁵ Ibid.

käsituse. „Ärakasutamist” tuleks seega sisustada kehtiva käsutus- või kohustamistehingu sõlmimist, kehtivusnõude mittetäitmisel võiks aga kõne alla tulla vastutus katse eest.³⁶

Kui sisustada mõistet ärakasutamine koosseisu teise tunnuse, kahju, kaudu, ei ole oluline, kas koosseisupäraseks teoks olev tehing kehtib või mitte – ka tühistatav või tühine tehing võib põhjustada mingi kahju, nt tehingu ettevalmistamiseks tehtud kulutused, sõidukulud jms³⁷.

Eelnevatele süstemaatilistele argumentidele vaatamata põhineb vähemusarvamus, mida eelkõige esindavad B. Schünemann ja G. Arzt, peasjalikult pigem kriminaalpoliitilise sisuga kaalutlustel. Tehingu kehtivuse nõuet eitava seisukoha paraadnäide pärineb G. Arztilt aastast 1977: kui ärakasutamiskoosseisu saaks realiseerida vaid tsiviilõiguslikult kehtiva tehinguga, võetaks kaitse esindatavatelt, kes on andnud volituse esindajatele, kes teadlikult on esindusõigust soovinud vaid selleks, et hiljem teha tehinguid, mis rikuvad kokkuleppel tehingu vastaspoolega süstemaatiliselt sisesuhet.³⁸

Sisuliselt on sellisel juhul tegu teise isiku vara tahtliku kahjustamisega, mistõttu jääb väheks vaid pelgast võimalusest kasutada tsiviilõiguslikke õiguskaitsevahendeid nagu kahju hüvitamise nõue jts.³⁹ Vähemusarvamuse pooldajate hinnangul peaks täiendavat karistusõiguslikku kaitset pakkuma ärakasutamiskoosseis.

Nagu märgitud, on süstemaatilistele ja kriminaalpoliitilistele viidetele vaatamata tegemist Saksa StGB § 266 tõlgenduspraktikas vähemusarvamusega ja valitsev on seisukoht, et ärakasutamiskoosseisu ebaõigussisu on kitsalt vaid sisesuhet rikkuva, ent välissuhtes igati kehtiva tehingu puhul esindatava kaitse⁴⁰.

Eesti õiguskirjanduse kohaselt pole ükski toiming, mis ei ole käsitatav tehinguna, käsitatav ärakasutamiskoosseisu realiseeriva teona (näiliku tehingu tegemine, esindaja tehing iseendaga, heade kommete või seadusega vastuolus olev tehing). Nii ei realiseeri

³⁶ M. Kairjak; Keerukuse redutseerimine Eesti õiguses karistusseadustiku § 217² objektiivse koosseisu relatiivsete õigumõistete sisustamise näitel, Tartu Ülikooli kirjastus, 2014, lk 83.

³⁷ StGB § 266 kohaldamise praktikas omaks võetud nn kahjuga võrdse vara ohustamise instituuti, millest tuleb töös juttu hiljem, ei ole Eesti kohtupraktika veel omaks võtnud.

³⁸ M. Kairjak; Keerukuse redutseerimine Eesti õiguses karistusseadustiku § 217² objektiivse koosseisu relatiivsete õigumõistete sisustamise näitel, Tartu Ülikooli kirjastus, 2014, lk 83.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

ärakasutamiskoosseisu krediidasutuse suhtes advokaat, kellel on krediidasutusega sõlmitud kokkuleppe järgi õigus väljastada tšekke vaid ametiülesannete täitmisega seoses, mitte aga isiklike asjade ajamiseks. Samuti ei realiseeri koosseisu inkassoteenust osutav isik, kes nõude sissenõudmise tulemusena saadud kliendile edasi ei kann⁴¹.

Tehingule esitatavad nõudeid on Riigikohus käsitletud kriminaalasjas nr 3-1-1-100-09. Nimelt oli äriühingu juhatuse liikmele esitatud süüdistus ühingu arveldusarvelt väljamaksete tegemises, kasutades näilike maksealustena selleks maksete saajatega sõlmitud töövõtulepinguid. Tegelikuses mingeid teenuseid ei osutatud. Otsuses keskenduti KarS § 217² lg 1 ja § 201 lg 1 vaheteole ning leiti, et juhul kui näiliku lepingu alusel tehtav sooritus on ühepoolne ja selle eesmärk pole pooltele siduvate kohustuste tekitamine, vaid pelgalt ebaseaduslikuks varakäsituseks näiliku õigusliku aluse loomine, võib olla tegemist vara pööramisega kolmanda isiku kasuks KarS § 201 tähenduses⁴². Sellega andis Riigikohus ilmselt mõista, et näilike tehingute juhud võidakse sõeluda välja juba § 201-le vastavust kontrollides ning sellisel juhul ei jõuaks analüüs üldse suure tõenäosusega usalduse kuritarvitamise sätte juurde.

Kolleegium jätkas seletust sedastades, et ärakasutamiskoosseisu aluseks kannatanu ja teo toimepanija vahel seaduse või tehingu alusel tekkinud tsiviilõiguslik või avalik-õiguslik suhe, mis õigustab teo toimepanijat alternatiivselt kas mingit kannatanule kuuluvat vara käsutama või kohustusi võtma. Seejuures on koosseisupäraseks teoks eeskätt sisesuhte tingimusi rikkuva tehingu sõlmimine⁴³. Otsuse punktis 31 tõi kolleegium *obiter dictum* 'i korras välja, et süüdlase käitumise kvalifitseerimisel ärakasutamisenähtena KarS § 217² lg 1 järgi ei sõltu teo koosseisupärasus sellest, kas varakäsituse või kohustuste võtmise aluseks olev tehing on pooltele õiguslikult siduv või mitte. Riigikohus näib seega tehingu kehtivusnõuet eitades olevat võtnud omaks Saksa kirjanduses välja toodud vähemusarvamuse positsiooni.

Tehingu näilikkus võib Riigikohtu sõnul mõjutada üsknes koosseisus kirjeldatud kahju tuvastamist, kuna usalduse kuritarvitamine kujutab endast materiaalsel kahjustusdeliktil. Kolleegium märkis, et kuni 1. juulini 2002 kehtinud tsiviilseadustiku üldosa seaduse (TsÜS) § 66 lg-st 5 tulenes, et tühise tehingu järgi saadu peavad pooled tagastama, selle võimatuse korral aga hüvitama saadu rahas. Analoogiline regulatsioon sisaldub ka 1. juulil 2002

⁴¹ M. Kairjak; Keerukuse redutseerimine Eesti õiguses karistusseadustiku § 217² objektiivse koosseisu relatiivsete õigusmõistete sisustamise näitel, Tartu Ülikooli kirjastus, 2014, lk 83.

⁴² RKKKo otsus nr 3-1-1-100-09, p 29; Arvutivõrgus kättesaadaval: <https://www.riigiteataja.ee/akt/13262628>.

⁴³ RKKKo otsus nr 3-1-1-4-08 p 25.

jõustunud TsÜS § 84 lg-s 1. Seega tuleb kahju kui KarS § 217² lg 1 dispositsioonis kirjeldatud ühe objektiivse tunnuse tuvastamiseks muuhulgas selgitada, kas kannatanul on säilinud näiteks alusetust rikastumisest tuleneva nõude esitamise võimalus või on tehingute alusel üleantu tagastamine faktilisi asjaolusid arvesse võttes osutunud võimatuks. Tagajärje mittesaabumisel on aga võimalik süüdlase vastutus süüteokitse eest⁴⁴.

Kokkuvõttes tuvastas autor kaks vastanduvat arvamust tehingu kehtivuse nõude kohta: õiguskirjanduses väljapakutu kohaselt peab ärakasutamiskooseisu täitmiseks olema tegemist kehtiva tehinguga (viidatud teose autor toetab Saksa õiguse valitsevat arvamust). Sellele vastanduva Saksa õiguse vähemusarvamuse kohaselt ei pea aga tehing ärakasutamiskooseisu täitmiseks olema kehtiv (seisukohta toetab ka Riigikohus).

Käesoleva töö autor nõustub samuti vähemusarvamusega, sest tehingu kehtivusnõuet jaatades võiks tekkida (tõsi, väga kitsas) karistatavuslünk. Lünk seisneks selles, et kui tehing poleks kehtiv, ei kohalduks sellele ärakasutamiskooseis, kuid usalduse murdmise koosseis eeldab varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumist vara käsutamisest või kohustuste võtmisest (ehk sisuliselt tehingust) erineval viisil, mille alla oma iseloomust tulenevalt tühised tehingud ei mahuks – vaatamata tühisusele on tegemist ikkagi tehinguga (ümbersõnastatult vara käsutamisest või kohustuste võtmisega). Seega ei oleks isikut võimalik karistada kummagi 217² alternatiivi järgi, samuti oli juba enne 217² alternatiivideni jõudmist välistatud § 201 kohaldamine.

1.2.4. Sisesuhet rikkuv tehing

Kooseisupärane tegu on esmajoones sisesuhte tingimusi rikkuva lepingu sõlmimine⁴⁵. Kui isikul on õigus teise isiku vara käsutada, võib selle kuritarvitamiseks pidada teise isiku nimel tema teadmata või kehtestatud kooskõlastamiskorda rikkudes tehingute tegemist, samuti selliste kohustuste võtmist, mida teine isik ei saa täita.

Sisesuhetest tulenevad piirangud võivad tuleneda osäühingu põhikirjast, juhatuse liikme lepingust ning juhatuse kui ka juhatusest kõrgemalseisva organi otsustest. Sellise sisemise esindusõiguse piirangu näitena võib nimetada osäühingu põhikirjas või osanike otsusega

⁴⁴ RKKKo otsus nr 3-1-1-100-09, p 31.

⁴⁵ M. Kairjak, J. Sootak. Varavastased süüteod. Tallinn. Juura 2012, lk 208, vnr 5.

kehtestatud piirangut, mille kohaselt on osahingu juhatusel keelatud osahingu igapäevasest majandustegevusest väljuvate või teatud summalist piirmäära ületavate tehingute tegemine iseseisvalt (nõutav võib olla nt osanike sellekohane otsus)⁴⁶. Kui selline piirang on põhikirjas olemas, siis on rikkumise tuvastamine lihtne – tuleb lihtsalt hinnata, kas juhatuse liikme poolt isepäi tehtud tehing ületas summa piirmäära või kas tehingut saab pidada igapäevasest majandustegevusest väljuvaks tehinguks. Jaatava vastuse korral saabki sisesuhte piirangu rikkumist jaatada ning sõltuvalt kahju tekkimisest võib tegu olla kas usalduse kuritarvitamise ärakasutamiskooseisuga või selle katsega. Tõsi, piirsumma ületamise tuvastamine võib üldjuhul olla lihtsam kui majandustegevusest väljuvate tehingute tuvastamine, kuid ka selliseid tehinguid on võimalik kas või põhikirjas teatud määral välja tuua (tehingud kinnisasjadega, välisfiliaali asutamine, tütarettevõtte asutamine jne).

Autori arvates tuleks sisesuhtet rikkuvaks tehinguks pidada ka tehingut, mis esmapilgul tundub olevat sisesuhtet mitteületav ehk isiku pädevuses, ent see pädevus tuleneb tühisest alusest. Näiteks olukord, kus ühingul on kaks osanikku, nad mõlemad on ühtlasi juhatuse liikmed ning üks neist teeb tehingu, mis baseerub tühisel osanike koosoleku otsusel. Osanike otsuse tühisusega võib olla tegemist sel juhul, kui rikutakse oluliselt osanike koosoleku kokkukutsumise korda. Oluliseks rikkumiseks peetakse eelkõige selliseid rikkumisi, mis takistavad osanikul koosolekust osa võtta või seal informeeritult hääletada. Oluliseks rikkumisega on tegemist näiteks siis kui osanikule pole koosoleku toimumisest nõuetekohaselt teatatud – kas pole üldse teadet saadetud (võrdsustatud mittesaatmisega on teate saatmine valele aadressile) või on saadetud hilinemisega (absoluutnõue on teavitada vähemalt üks nädal ette)⁴⁷.

Kui põhikirjast tulenevalt on mingisuguse tehingu tegemine lubatud näiteks ainult osanike konsensuse korral ning selleks, et vältida teise osaniku negatiivset häälet, otsustatakse teda koosolekust mitte teavitada või teavitatakse vahetult enne koosolekut, et mitte anda talle reaalselt võimalust osalemiseks, on koosolekul tehtud otsus tühine. Kui tehing (mis tugines tühisele osanike koosoleku otsusele) aga ära tehti ja selle tagajärjel tekkis ühingule suur varaline kahju, siis autori hinnangul peaks järgnema vastutus ärakasutamiskooseisu järgi. Seda seetõttu, et sisesuhte kohaselt oli tehingu tegemine lubatud üksnes osanike konsensuse korral ja kui see otsus on tühine ning tehing ära tehti, siis langeb alus tehingu tegemise

⁴⁶ K. Saare, U. Volens, A. Vutt, M. Vutt; Ühinguõigus I, Tallinn, Juura, 2015, lk 155.

⁴⁷ Ibid. lk 208.

õiguseks ära ning tehinguga ületatati ikkagi sisesuhtest tulenevat pädevust. Nii toimides tuleb jaatada, sõltuvalt tehingu resultaadist, ühingu vara kahjustamist või vähemalt (kasumliku tehingu korral) ühingu varasse sekkumist.

Kui aga põhikirja ega osanike otsusega ei ole kehtestatud juhatusele kohustust saada osanikelt nõusolek igapäevase majandustegevuse raamest väljuvate tehingute tegemiseks, siis selline piirang juhatuse liikmetele tehingu tegemisel ka ei laiene. Kas siis sellisel juhul tuleb täielikult eitada osaühingu igasugust karistusõiguslikku kaitset, isegi kui juhatuse liige tahtlikult ühingu nõ põhja laseb? Vastus on eitav.

Eesti kohtupraktikas välja toodud keskse idee kohaselt kannab majandusliku tegutsemisega, sh lepingute sõlmimise ja nende täitmisega kaasnevat tavapärast riski, küll juriidiline isik, mitte juhatuse liige⁴⁸, ent juhatuse liikmel tuleb siiski arvestada tema suhtes kehtiva üldise hoolsuskohustusega. Nimetatud kohustuse raames on juhatuse liikme ülesandeks riskide maandamine ja ülemääraste riskide võtmisest keeldumine, rakendades professionaalselt ärijuhilt oodatavat hoolsust.⁴⁹

Riskide maandamise näiteks on nt madala krediidireitinguga lepingupoolega ettevalmistatavast lepingust osaühingule tuleneva nõude mõistlikul määral tagamine. Igal juhul on juhatuse liige kohustatud vältima riskide võtmist osaühingule määras, mille realiseerumine võib seada ohtu osaühingu tegevuse jätkumise (või põhjustada osaühingu maksejõuetuse). Niisugusel juhul oleks võetav risk põhjendamatu ehk selgelt ülemäärane⁵⁰.

Selgelt ülemääraste riskide võtmist äriliste otsuste tegemisel aitab vältida otsuste vastuvõtmiseks piisaval määral asjakohase informatsiooni kogumine. Võetud riskide põhjendatuse üle hindamisel tuleb arvestada ka üldist ärilist käitumist ja tavasid samas sfääris tegutsevate äriühingute puhul. Näiteks olukorras, kus ostjal on müüja ees suur võlg, peab otsus ostjale tarneid jätkata olema müüja juhatuse poolt eriliselt põhjendatud. Tarnete jätkamine sellises olukorras on äririsk, mida tuleb juhatuse liikmetel hoolega kaaluda. Tarnete jätkamine on riskantne, kuid võib olla põhjendatud, kui see aitab kokkuvõttes ostja

⁴⁸ RKTko 3-2-1-169-14 p 21; Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.riigikohus.ee/et/lahendid?asjaNr=3-2-1-169-14&sortVaartus=LahendiKuulutamiseAeg&sortAsc=false&kuvadaVaartus=Pealkiri&pageSize=25&defaultPageSize=25>.

⁴⁹ K. Saare, U. Volens, A. Vutt, M. Vutt; Ühinguõigus I, Tallinn, Juura, 2015, lk 141.

⁵⁰ Ibid.

võlga müüja ees vähendada. Kohtupraktikas on märgitud, et lepingu sõlmimine nõuetekohase pädevusega tegutseva ettevõtjaga ja lepingu täitmine, arvestades juriidilise isiku vajadusi ja võimalusi, ei ole käsitletav ülemäärase riski võtmisena.⁵¹ See tähendab, et riski, mille kohaselt lepingupartner, kellega juhatuse liige lepingu sõlmib, rikub lepingut, ei saa vähemalt üldjuhul panna juhatuse liikmele, kui juhatuse liige on lepingupartneri valikul ja lepingu sõlmimisel järginud juhatuse liikmelt tavapäraselt oodatavat hoolsust: kui ta on tegutsenud informeeritult, kooskõlas seaduse, põhikirja ja üldkoosoleku õiguspärase otsustega ning ühingu huvides.

Ühinguõiguslikus kirjanduses on välja pakutud ka kriteeriumid hoolsuskohustuse täitmise hindamiseks. Juhatuse liige tuleb lugeda korraliku ettevõtja hoolsuskohustust järginuks eelkõige nendel juhtudel, kui ta on täitnud ärilise kaalutluse reegli nõudeid. Ärilise kaalutluse reegli nõudeid saab lugeda täidetuks juhul, kui:

- a) Juhatuse liige ei ole oma tegevusest isiklikult huvitatud;
- b) Juhatuse liige on informeeritud määral, mida saab pidada antud asjaoludel tegevuseks (otsuse tegemiseks) mõistlikuks;
- c) Sarnases olukorras tegutsev heauskne juhatuse liige võib ratsionaalselt uskuda, et tema otsus on ühingu parimates huvides.⁵²

Kui eelnimetatud nõuded on täidetud, tuleks juhatuse liikme tegevus lugeda osahingu suhtes majanduslikult optimaalseks ja põhjendatuks, sõltumata tegevuse reaalsetest tulemustest. Seega on ärilise kaalutluse reegli järgimisel keskse tähendusega otsuste tegemise protsess, mitte aga otsuse resultaat⁵³.

Nendele reeglitele vastavust saab nädisena kontrollida Riigikohtu lahendis 3-1-1-43-13, mis on tänaseni ainus Riigikohtu lahend, kus isik tõepoolest usalduse kuritarvitamise (ärakasutamiskoosseisu) eest süüdi mõisteti. Süüdistatav kasutas 565 058 krooni 92 senti äriühingu raha kinnistu parendamiseks ajal, mil kinnistu kuulus veel ühingule, kuid samas oli ühistu nõukogu tööde tellimise ajal juba võtnud vastu otsuse kinnistu 900 000 krooni eest süüdistatavale müüa. Ühistu nimel ja arvel kinnistu parendamiseks 565 058 krooni 92 senti väärtuses kaupu ja teenuseid tellides, käskides ühistul nende eest tasuda, rikkus süüdistatav

⁵¹ RKTko 3-2-1-169-14 p 21.

⁵² K. Saare, U. Volens, A. Vutt, M. Vutt; Ühinguõigus I, Tallinn, Juura, 2015, lk 140.

⁵³ Ibid.

ühistu juhatajana TsÜS §-st 35 tulenevat hoolsus- ja lojaalsuskohustust⁵⁴. Seda seetõttu, et ühingu jaoks on kahjulik teha parendusi müügilepingu objektile, eriti veel sellises ulatuses, kui müügihind sellest ei tõuse ega lepingu täitmine ei sõltu. Sisult on selline teguviis võrreldav asja müügiga tegelikust väärtusest oluliselt madalama hinnaga.

Süüdistatava tegevuse tagajärjel vähenes ühistu vara 565 058 krooni 92 sendi võrra. See summa, mis on vaadeldav ühistule tekitatud otsese varalise kahjuna, ületas teo lõpuleviimise ajal (2008. a) kehtinud kuupalga alammäära (4350 krooni) enam kui sajakordselt. Seega oli KarSRS § 8 p 2 kohaselt tegemist suure varalise kahjuga, mis vastab KarS § 217² lg-s 1 ette nähtud koosseisulisele tagajärjele. Kohtute tuvastatu kohaselt kasutas süüdistatav nimetatud ühingu raha isiklikes huvides kavatselt, seega täitis tema käitumine ka usalduse kuritarvitamise subjektiivse koosseisu⁵⁵.

Hinnates selle kaasuse asjaolusid, võib märgata, et süüdistatav rikkus oma tegevusega vähemalt eelnimetatud kriteeriumide punkti a, sest ta oli oma tegevusest ise huvitatud (kinnistu pidi võõrandatama tema endaga seotud äriühingule), samuti punkti c, sest pole mõeldav, et sarnases olukorras tegutsev heauskne juhatuse liige võib ratsionaalselt uskuda, et tema otsus on ühingu parimates huvides. Punkti b ei saaks antud kaasuse korral arvesse võtta, sest süütegu eeldaski, et süüdistatav teadis täpselt, mida ta tegi.

Hoolsuskohustuse ja sellega seonduva ülemäärase riski taluvuse näol on tegemist siiski üsna raskesti sisustatavate mõistetega, mida on käsitletud ka Saksa õiguspraktikas. Saksa StGB § 266 puudutav kohtupraktika on n-õ keeruliste juhtumite jaoks asunud välja töötama eri vormeleid, võimaldamaks vähemalt mingitki etteennustatavust. Selleks, et maandada ühinguõiguslike reeglite ebamäärasusest põhjustatud riske, asuti koosseisu rakenduspraktikas esmajoonel võimalikult rangelt sisustama subjektiivse koosseisu (kaudse tahtluse) nõudeid. Sellist suundumust kritiseeriti tugevalt kui koosseisu süstemaatika poolset ebaõiget, kuna subjektiivsete nõuete täpsustamisel jääb endiselt üles küsimus, kuidas määrata objektiivse koosseisu elemendid, mida vastav tahtlus peab katma⁵⁶. Kui kohustuse rikkumise mõiste on ebaselge, ei vähenda ebaselgust kuidagiviisi, kui tahtluse nõudeid karmistada.

⁵⁴ RKKK otsus nr 3-1-1-43-13 p 30.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ M. Kairjak; Keerukuse redutseerimine Eesti õiguses karistusseadustiku § 217² objektiivse koosseisu relatiivsete õigusmõistete sisustamise näitel, Tartu Ülikooli kirjastus, 2014, lk 111.

2000. a alates hakati kohtupraktikas ja õiguskirjanduses keskenduma juhtorgani liikme otsuse tegemise reeglitele (või ka nn mängureeglitele). Nii saab sedastada rikkumist juhul, kui otsuse tegemisel on rikutud mingeid ühingusiseseid otsustamisega seonduvaid reegleid. Saksamaa kõrgeim üldkohus, *Bundesgerichtshof* (BGH), sedastas esmalt, et teatava otsustusruumi andmine juhatuse liikmetele ühingu vara käsutamisel on igati loomulik, samuti et mitte igasugune rikkumine ei ole käsitatav koosseisurelevantseks, vaid rikkumine peab olema oluline⁵⁷.

Oluliseks rikkumiseks saab Saksa õiguses välja toodu kohaselt pidada rikkumist siis, kui tehing vastab järgmistele kriteeriumitele:

- a) Tehingul puudub seos ühingu eesmärkidega;
- b) Tehing on vastuolus ühingu varalise seisundiga;
- c) Tehinguga on rikutud ühingusisest tehingute transparentsuse nõuet;
- d) Tehingu ebasobiv motiiv (mh ka isiklik motiiv)⁵⁸.

Nende kriteeriumide kohta on märgitud, et kõik neist ei pea olema täidetud samal ajal, ent eeldatavasti ei piisa ainuüksi ühe täitmisest. Nimetatud kriteeriumite täpne päritolu on ebaselge, olgugi et BGH on väitnud, justkui tegemist oleks ühinguõigusest tuletatud nõuetega⁵⁹. Pigem on nimetatud kriteeriumite näol tegemist kohtupraktika püüdega sisustada koosseisu majandustegevuse suhtes relevantsete rikkumistega⁶⁰.

Kui võrrelda nimetatud Saksa kohtupraktika (tuletatud Saksa ühinguõigusest) kriteeriume eelpool toodud Eesti (ühinguõiguslikus) õiguskirjanduses väljapakututega, siis võib märgata ühte erinevust selles, et kui Eesti kriteeriumite loetelu on sätestatud „positiivse loeteluna“ (sätestatud on nõuded, mille täitmise korral on rikkumine välistatud), siis Saksa loetlu on „negatiivne loetelu“, kus on sätestatud just vastupidiselt rikkumise esinemise tunnused. Märkimisväärne on ka see, et kui Eesti loetlus peavad olema rikkumise välistamiseks täidetud kõik punktid, siis Saksa loetelus ei pea rikkumise jaatamiseks sedastama kõikide punktide esinemist korraga.

⁵⁷ BGHSt 47, lk 197, Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs047187.html>; Vt ka M. Kubiciel. – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2005, 7, lk 357.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ M. Kairjak; Keerukuse redutseerimine Eesti õiguses karistusseadustiku § 217² objektiivse koosseisu relatiivsete õigumõistete sisustamise näitel, Tartu Ülikooli kirjastus, 2014, lk 113.

Loetelude ühiseks jooneks on see, et mõlemad käsitlused võtavad rikkumise korral arvesse motiivi (eriti omakasu motiivi). Mõlemad loetelud on käsitletud ka punkti, kus hinnatakse tehingu mõju ühingu käekäigule, kuigi erineva nurga alt (Eesti õiguskirjandus näib pidavat oluliseks heauskse juhatuse liikme kavatsusi, kuid Saksa kriteerium hindab tehingu kooskõla ühingu varalise seisuga). Saksa käsitluse järgi on oluline ka otsuse ühingusisene läbipaistvus, kuid Eesti õigusteoorias hinnatakse tehingu tegija informeeritust tehingu tegemisel. Lisaks on Saksa käsitluses eraldi hinnatav punkt selle kohta, kas tehingul oli seos ühingu eesmärkidega.

Siiski tuleb Saksa kriteeriumite puhul arvestada, et nende valitsevus kohtupraktikas ei ole samuti täies ulatuses kinnistunud. See tuleb hästi esile olulise rikkumise nõude puhul. Näiteks rõhutas BGH nn Mannesmanni otsuses, et olulise rikkumise nõue kui selline ei ole kõikide juhtorgani liikmete vastutuse juhtumitel määrav, ja piisab vaid sellest, et isik on rikkunud temal lasunud tsiviilõiguslikke kohustusi⁶¹.

Seda nõuet on kohus kohaldanud ka laenuandmisi puudutavate kaasuste puhul, eitanud aga nõukogu liikmete vastutust puudutavas eelviidatud olukorras. Juhatuse liikmete puhul on kohus küll möönnud, et rikkumine peab olema oluline, ent on kasutanud selleks eesitatud kriteeriumitega võrreldes lihtsustatud kriteeriume. Seega on selgelt näha, et need kriteeriumid on pigem orientiirid, mis aitavad sätte rakendajal koosseisule vastavust kontrollida, kuid ei hõlma endast iga konkreetse juhtumi eripärasid ning ei pruugi alati sajabrotsendiliselt kohalduda⁶².

Eesti õiguse seisukohalt on Riigikohtu tsiviilkolleegium andnud üldise suunise, mille kohaselt ei tohiks äriühingu juhatuse liige võtta ühingu põhjendamatuid riske⁶³. Vähene antud küsimust puudutav kohtupraktika on jaatanud juhatuse liikme vastutust KarS § 217² alusel tagatiseta laenu andmisel, kui hilisemalt kuulutati laenusaaaja suhtes välja püsiv maksejõuetus⁶⁴.

Hoosuskohustuse täitmise hindamine võib osutada tavalisest keerulisemaks nn riskitehingute korral. Autori hinnangul peaks siiski ka siin lähtuma ülal kirjeldatud ärilise kaalutuluse reeglistiku hindamise loogikast. Riskitehing on üldistatult iga tehing, mille puhul tehingu

⁶¹ M. Kairjak; Keerukuse redutseerimine Eesti õiguses karistusseadustiku § 217² objektiivse koosseisu relatiivsete õigusmõistete sisustamise näitel, Tartu Ülikooli kirjastus, 2014, lk 113.

⁶² Ibid.

⁶³ RKTK otsus nr 3-2-1-41-05, p 31, Arvutivõrgus kättesaadav: <https://rikos.rik.ee/?asjaNr=3-2-1-41-05>

⁶⁴ HMK 09.03.2012. a otsus kriminaalasjas 1-12-1652 kokkuleppemenetluses.

vastaspoole vastusooritus ei järgne kohe (kaupade ülekandmine hiljem, järelmaks jms). Peaasjalikult on seda mõistet laiendatud laenulepingutele, ent mõiste abstraktsuse tõttu on võimalike tehinguliikide arv üsna lõputu: tavalistest laenulepingutest kuni investeringuteni uutesse toodetesse või tundmatutele turgudele, vastutuse ülevõtmisele jne⁶⁵.

Riskitehingu mõistes ei sisaldu midagi etteheidetavat, majanduskäivet arvestades on tegemist sotsiaalselt adekvaatsete tehingutega, mille puhul on tehingu realiseerumise osas teatav ebakindlus. Olemuselt on riskitehing toimepanija poolt teostatud ettevõtlusega seotud otsus, mille raames ta ei tea, kas see viib varalise kasu või kahjuni. Kui vastav risk realiseerub, ei tohiks see omakorda kaasa tuua kohustuste rikkumist, kuna olemuselt on sellised tehingud igapäevaselt ettevõtluses adekvaatsed ja soovitud. Riskitehingute probleemsus koosseisu jaoks seisneb nimetatud tehingute puhul rikkumise määratlemises – nagu märgitud, on tegemist iseenesest sotsiaalselt adekvaatsete tehingutega, mistõttu nimetatud tehingute tegemise liigne kriminaliseerimine võib kujutada endast karistusõigusliku *ultima ratio* põhimõtte riivet. Seepärast tuleb kindlaks määrata lubamatu riski määr, millest üleastumine on käsitletav rikkumisena usalduse kuritarvitamise seisukohalt. Kui sisesuhtest tulenevalt on riskitehingu tegemine keelatud (näiteks on juhatuse liikmete lepingusse lisatud klausel, mille kohaselt on keelatud laenu andmine ilma tagatiseta), saab rikkumise määratleda kergesti: rikkumine ongi juba vastava tehingu sõlmimine. Kui sisesuhe võimaldab riskitehingute sõlmimist ja väga sageli eeldab seda – nt varahaldurite puhul kapitaliturgudel – on lubatamatu riski määratlemine keerulisem ja eeldab konkreetsete valdkonna alusnormide kindlaks tegemist⁶⁶.

Veel üks kaasuste liik, mida saab analüüsida ärakasutamiskoosseisu raames, on sponsorluse juhtumid. Usalduse kuritarvitamiseks (ärakasutamiseks) ei loeta igasugust sponsorlust. Saksa õiguses on juriidilistele isikutele teataval määral tegutsemisvabadust samade nimetatud eluvaldkondade (kunst, teadus, sport jne) edendamiseks, mis hõlmab ka sponsorlust. Sageli võib selle tegevuse taga olla ettevõtte reklaamimise eesmärk, kuna sponsorite logosid kujutatakse näiteks tihti sportlaste vormidel ning teistes toetatavates valdkondades pole harvad juhtumid, kus toetajaid nende panuse eest avalikult tänatakse⁶⁷.

⁶⁵ M. Kairjak; Keerukuse redutseerimine Eesti õiguses karistusseadustiku § 217² objektiivse koosseisu relatiivsete õigusmõistete sisustamise näitel, Tartu Ülikooli kirjastus, 2014, lk 107-108

⁶⁶ Ibid. lk 108.

⁶⁷ Kindhäuser, Neumann, Paeffgen. Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage § 266, vnr 79.

Sponsorlus pole Saksa õiguses taunitav isegi kui ei järgne mingit kohest vastusooritust või nt, nn patroonluse puhul, isegi siis, kui toetamist ei avalikustata.⁶⁸ Kui toetused jäävad mõistlikkuse piiresse (ei seata ohtu ettevõtte püsijäämist või ei tekitata makseraskusi) – kokkuvõtlikult – kui ei rikuta oma hoolsuskohustust ettevõtte ees ning püütakse ettevõtet üksnes positiivses valguses näidata, siis ei saa seda ka kriminaalkorras karistada.⁶⁹

Sakslastel on välja kujunenud omaette mõõdupuu, mille kohaselt hinnatakse toetust saanud isiku ja ühingu omavahelist seotust ning annetuse suurust, eeldades mõistlikku korrelatsiooni, samuti jälgitakse reeglit, mille kohaselt on omavahel seotud toetuse suurus ühingu juhatuse liikmete tegutsemisvabadus⁷⁰. Mida suurema summaga on tegemist, seda kõrgem on nõue, et otsusest tuleb teavitada kõiki otsustajaid, sh teisi organeid jms. Annetuste suurus peab vastama ühingu majanduslikule olukorrale. Usalduse kuritarvitamine tuleb kõne alla kui on tegu olulise hoolsuskohustuse rikkumisega, kusjuures luubi alla võetakse kõik need samad nimetatud faktorid – seotus isikuga, kellele annetati, ühingu majanduslik seis, annetuse suurus jne. Kui tegu läheb vastuollu kõigi nende kriteeriumidega, siis vähemalt Saksa õiguses eeldatakse, et usalduse kuritarvitamise koosseis on täidetud⁷¹.

⁶⁸ Kindhäuser, Neumann, Paeffgen. Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage § 266, vnr 79.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid. vnr 80.

⁷¹ Ibid.

1.2.5. Varaline kahju

1.2.5.1. Üldised kahju määratlemise põhimõtted

Ärakasutamiskoosseis eeldab suurt varalist kahju, mis on KarS § 12¹ punkti 2 kohaselt kahju, mis ületab 40 000 eurot. Latt on põhjenduse kohaselt seatud sedavõrd kõrgele seetõttu, et kriminaalasjades ei hakataks lahendama tsiviilvaidlusi⁷². Selline selgitus tekitab küsimusi seoses teiste varavastaste süüteo koosseisudega, sest varaline kahju pole nõutav näiteks kelmuse koosseisu korral ning varguse koosseisu juures on sätestatud kahju miinimummäär üksnes selleks, et kergendada kohtute töökoormust. Samuti ei nõuta kahju tekkimist omastamise korral, mis on ometigi väga tihedalt usalduse kuritarvitamise koosseisudega seotud⁷³. Lisaks kaasneb kõigi (varavastaste) kuritegudega niikuinii ka tsiviilmenetlus, kui kannatanu soovib esitada tsiviilhagi. Ilmselt pidas seadusandja silmas seda, et usalduse kuritarvitamise sätte reguleerimisala on tihedalt seotud erinevate juriidiliste isikutega, kes võiks oma õigusi kaitsta tsiviilhagi esitamisega (ent ilmselt unustas seadusandja oma valikut põhjendades, et sisuliselt sama reguleerimisala on ka omastamise koosseisul.)

Varalise kahju mõistet ennast ja selle tuvastamist on Riigikohtu kriminaalkolleegium selgitanud lahendis nr 3-1-1-23-14, kus märgitud kohaselt ei saa varalise kahju tekkimist jaatada pelgalt seetõttu, et süüdistatav kasutab ebaseaduslikult ära kannatanule kuuluva vara käsutamise õigust ja jätab kannatanu seeläbi käsutatud varast ilma⁷⁴.

KarS § 217² lg 1 ei kaitse vara omaniku õigust vara käsutada, vaid isiku vara tervikuna. Kolleegium on leidnud, et KarS § 217² lg-s 1 ette nähtud kuriteo koosseisulise kahju suuruse kindlaksmääramisel tuleb arvata kahjusummast maha kasu, mida kahjustatud isik sai talle kahju tekitamise tagajärjel. Seega on kohtupraktikas omaks võetud nn saldopõhimõte, mille kohaselt tuleb varalise kahju tuvastamisel võrrelda ühelt poolt kannatanu vara koguväärtust enne süüdistatavale ette heidetavat tegu ja teiselt poolt seda, kui palju on kannatanu vara väärt pärast tegu. Kui kannatanu saab teo tagajärjel mõne vastusoorituse, mis on väärt vähemalt sama palju kui teo teoimepanija poolt käsutatud vara, ei ole võimalik kõneleda

⁷² Karistusseadustiku ja selle muutmise seaduste muutmise seadus 931 SE, Riigikogu X koosseis, lk 22.

⁷³ Omastamise kahjuelemendist on juttu töö alapunktis 2.2.

⁷⁴ RKKKo otsus asjas nr 3-1-1-23-14 p 17; Arvuti võrgus kättesaadav:

[https://www.riigikohus.ee/et/lahendid?asjaNr=3-1-1-23-](https://www.riigikohus.ee/et/lahendid?asjaNr=3-1-1-23-14&sortVaartus=LahendiKuulutamiseAeg&sortAsc=false&kuvadaVaartus=Pealkiri&pageSize=25&defaultPageSize=25)

[14&sortVaartus=LahendiKuulutamiseAeg&sortAsc=false&kuvadaVaartus=Pealkiri&pageSize=25&defaultPageSize=25.](https://www.riigikohus.ee/et/lahendid?asjaNr=3-1-1-23-14&sortVaartus=LahendiKuulutamiseAeg&sortAsc=false&kuvadaVaartus=Pealkiri&pageSize=25&defaultPageSize=25)

varalise kahju tekkimisest, kuivõrd vastusooritus kompenseerib kannatanu jaoks kaduma läinud vara väärtuse ja kannatanu vara koguväärtuse vähenemisest ei saa kõneleda⁷⁵.

Iseenesest võib KarS §-ga 217² kaitstava vara hulka kuuluda ka saamata jäänud tulu⁷⁶. Varaks ei saa aga pidada kannatanu pelka lootust, et tema vara tulevikus suureneb, saati siis teoreetilist võimalust teenida olemasolevat varalt teatud tehingute tegemise teel raha. Vara suurenemise ootused saab lugeda varaks üksnes juhul, kui nende realiseerumine on sedavõrd kindel, et neile tuleb omistada majanduslik väärtus. Ka tsiviilõiguses on leitud, et saamata jäänud tulu tuleb hüvitada vaid siis, kui vara omanikul oli kavatsus ja võimalus tulu saada⁷⁷.

Konkreetselt investeerimisplaaniks ei saa lugeda ütlust selle kohta, raha oleks pandud usaldusväärsele pankale tähtajalisele deposiidile ja et oleks teinud kõik, et klubi oleks investeeritud raha arvelt teeninud suurt. Sellised on kolleegiumi hinnangul liialt üldsõnalised ja viitavad pigem konkreetse investeerimisplaanide puudumisele⁷⁸.

Oluline on märkida, et kahju tekkimist hinnates tuleb arvesse võtta mitte tulevikus aset leida võivaid sündmusi, vaid seda, kui palju on väärt vahetult varakäsituse tagajärjel saadud vastusooritus⁷⁹.

Kahju kindlakstegemisel ei saa arvesse võtta, kas kannatanu on käsutatud vara (või osa sellest) varakäsituse teinud isiku enda vabatahtliku tegevuse või mõne muu faktori tõttu (nt kohtuotsuse alusel) hiljem tagasi saanud. Selline hilisem kahju heastamine ei tee olematuks, et koosseisupärase teoga tekitati algul vara omanikule kahju.⁸⁰ Viimaks tähendab eelöeldu, et kahju tekkimist analüüsides ei saa toetuda käsutatud vara väärtuse hilisemale muutumisele.

Müügilepingu sõlmimisel tekib müügieseme üleandmisel müüjal nõue müügihinna tasumiseks. See, kas raha maksmise nõue kujutab endast majanduslikult täisväärtuslikku kompensatsiooni kaotatud vara eest, sõltub mitmest asjaolust. Vastusoorituse kohasus võib sõltuda näiteks sellest, millal on vastusoorituse tegemise kokkulepidud tähtaeg. Asjaolu, et

⁷⁵ RKKKo otsus asjas nr 3-1-1-55-09, p 17; Arvutivõrgus kättesaadav: <https://rikos.rik.ee/LahendiOtsingEriVaade?asjaNr=3-1-1-55-09>.

⁷⁶ RKKKo otsus asjas nr 3-1-1-58-03, p 12; Arvutivõrgus kättesaadav: <https://rikos.rik.ee/?asjaNr=3-1-1-58-03>.

⁷⁷ RKTko otsus asjas nr 3-2-1-46-09, p 14; Arvutivõrgus kättesaadav: <https://rikos.rik.ee/?asjaNr=3-2-1-46-09>.

⁷⁸ RKKKo otsus asjas nr 3-1-1-23-14 p 11.2.

⁷⁹ Ibid. p 12.

⁸⁰ P. Pikamäe, J. Sootak; Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn. Juura 2015, § 209/19.

ostja peab müügihinna tasuma müügieseme üleandmise hetkest oluliselt hiljem, võib viidata sellele, et nõudeõigus pole kohane kompensatsioon. Siiski ei pruugi alles tulevikus tekkiv maksmisnõue olla alati vähem väärt kui võõrandatud õigus (arvesse on võetud vara kasutuseelise kaotamist nimetatud ajavahemikuks). Kolleegiumi hinnangul tuleb sellises olukorras analüüsida ühelt poolt isikul tulevikus tekkiva nõude suurust ja teisalt nõude tekkimise aega. Kui võõrandatud vara omanikul tekib nõudeõigus, mis ületab vara tegelikku väärtust, võib olla kohane kompensatsioon ka selline nõue, mis muutub sissenõutavaks alles millalgi tulevikus⁸¹.

Nõude abstraktse väärtuse kõrval tuleb nõude tegelikku väärtust kindlaks tehes ka analüüsida, kas nõuet on võimalik maksuma panna või mitte⁸². Samuti ei saa maksuma panna nõuet, mida seda täitma kohustatud isik võib küll iseenesest täita soovida, aga mille täitmine ei ole tema jaoks võimalik seetõttu, et tal ei ole täitmiseks piisavalt vahendeid. Kui nõuet ei ole võimalik maksuma panna, võib teatud juhtudel siiski kahju tekkimisest kõnelemine olla välistatud. Näiteks olukorras, kus põhinõude kindlustamiseks on seatud mõni tagatis, mis on väärt vähemalt sama palju kui tehtud varakäsitlus ja mis on vara omaniku jaoks ilma oluliste probleemideta realiseeritav (üldjuhul on sel moel realiseeritavad nt asjaõiguslikud tagatised, mitte aga võlaõiguslik käendus), kompenseerib tagatis varakäsitlusest tingitud vara vähenemise ja varalisest kahjust kõneleda ei saa⁸³.

Küsitava väärtusega resultate võivad kaasa tuua juhud, mil isik mõistetakse süüdi usalduse kuritarvitamise katse eest. Põhimõtteliselt on võimalik olukord, kus isik ületab sisepädevuse piire ning teeb mingi tehingu, mis võib, olenemata isiku tegelikust tahtest, osutada kasumlikuks. Sellisel juhul langeb küll automaatselt varalise kahju elemendi tõttu ära vastutus täiskoosseisu eest, küll aga on võimalik isiku vastutus katse, täpsemalt kõlbmatu katse⁸⁴, eest süüteo viisi kõlbmatuse tõttu, sest kasumlik tehing ei saa viia kahju tekkeni.

⁸¹ P. Pikamäe, J. Sootak; Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn. Juura 2015, § 209/19.

⁸² RKKKo otsus asjas nr 3-1-1-98-09, p 13.2; Arvutivõrgus kättesaadav: <https://rikos.rik.ee/LahendiOtsingEriVaade?asjaNr=3-1-1-98-09>.

⁸³ P. Pikamäe, J. Sootak; Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn. Juura 2015, § 209/19.

⁸⁴ Ka kõlbmatu katse on karistatav.

1.2.5.2. Varalise kahjuga võõrdväärne vara ohustamine

Saksa praktikas rakendatakse ka kahjuga võrdväärse vara ohustamise põhimõtet, mille kandev idee seisneb selles, et otsest kahju ei ole veel tekitatud, aga on loodud tingimused selle tekkeks tulevikus. Näiteks võib olla tegu kahjuga võrdväärseks loetava vara ohustamisega kui võlanõude esitamisega jäädakse hiljaks või kui lepingut sõlmides ei nõuta tagatist, liiatigi veel isikult, kelle varalise seisu või varasema käitumise pinnalt on võimalik nentida, et isik võib sattuda makseraskustesse. Samuti võib olla tegu kahju tekitamisega võrdsustatud vara ohustamisega kui ärisaladus paljastatakse juba lepingu sõlmimise algusfaasis, ilma lepingut reaalselt allkirjastamata ning vastusoorituse saamist kindlustamata või kui isik käendab kaheldava usaldusväärusega isiku laenu. Siiski ei saa isikut süüdi mõista, kui tuleb välja, et laenu saajal on vara, millele on võimalik sissenõue pöörata või kui saab esitada hagi mõne kolmanda isiku vastu, kes laenu käendas või kelle käes juhtub olema võlgniku vara⁸⁵.

Kahju peab olema piisavalt kvantifitseeritav, mitte lihtsalt summa, mille määratlus on suvaline, lisaks peab olema ära näidatud, et selle kahju tekkeks on tõepoolest loodud tugev tõenäosus⁸⁶. Täidetud peab olema ka subjektiivne koosseis – isikut ei saa karistada äriprojekti ebaõnnestumise eest, mis vaatamata hoolikale planeerimisele, kogutud infole ning otsuse kooskõlastamisele siiski vilja ei kandnud ning kahjumit tekitas. Vastutus pole aga välistatud, kui rikutud oli nõutavat hoolsuskohustust⁸⁷.

Sellist konstruktsiooni on Riigikohus puudutanud lahendis 3-1-1-23-14, kus väljatoodu kohaselt võib KarS §-ga 217² kaitstava vara hulka kuuluda ka saamata jäänud tulu. Riigikohtu sõnul ei saa varaks aga pidada kannatanu pelka lootust, et tema vara tulevikus suureneb, saati siis teoreetilist võimalust teenida olemasolevat varalt teatud tehingute tegemise teel raha. Vara suurenemise ootused saab lugeda varaks üksnes juhul, kui nende realiseerumine on sedavõrd kindel, et neile tuleb omistada majanduslik väärtus⁸⁸. Nimetatud

⁸⁵ Kindhäuser, Neumann, Paeffgen. Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage, § 266, vnr 110.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid, vnr 111.

⁸⁸ RKKKo otsus nr 3-1-1-23-14 p 11.1; Arvutivõrgus kättesaadav:

[https://www.riigikohus.ee/et/lahendid?asjaNr=3-1-1-23-](https://www.riigikohus.ee/et/lahendid?asjaNr=3-1-1-23-14&sortVaartus=LahendiKuulutamiseAeg&sortAsc=false&kuvadaVaartus=Pealkiri&pageSize=25&defaultPageSize=25)

[14&sortVaartus=LahendiKuulutamiseAeg&sortAsc=false&kuvadaVaartus=Pealkiri&pageSize=25&defaultPageSize=25.](https://www.riigikohus.ee/et/lahendid?asjaNr=3-1-1-23-14&sortVaartus=LahendiKuulutamiseAeg&sortAsc=false&kuvadaVaartus=Pealkiri&pageSize=25&defaultPageSize=25)

kaasuses aga selget investeerimisplaani ei tuvastatud, samuti polnud kindel, et investering ka tõepoolest oleks tulu toonud, seega see konstruktsioon aga rakendust ei leidnud.

1.2.5.3. Ühinguline restruktureerimine

Ärakasutamisest ei saa erandkorras rääkida kontserni kuuluvate äriühingute varakäsituse korral, isegi kui tehtud tehinguga kahjustati teadlikult ja suuresti kindlat ühingut (st rikuti kindla ühingu suhtes varaliste huvide järgimise kohustust)⁸⁹. Nimelt ei saa erandjuhtudel äriühingu juhatuse liige langetada otsuseid üksnes selle enda poolt juhutatava ühingu tulevikule mõeldes, vaid arvestada tuleb kontserni kui terviku huvidega. Ka Riigikohus on öelnud, et oma ühingu kahjustamine tehinguga on lubatav, kui see on vajalik, et säilitada kontserni kui terviku tegevus, mille üheks osaks ühing on⁹⁰.

Lihtsustatult öeldes on kontsern kahest või enamast ühingust koosnev majanduslik tervik. Oma eripärasest struktuurist tulenevalt tuleb ka ärakasutamiskoosseisu valguses suhtude kontsernidesse pisut teistmoodi kui tavalisse ühingusse. Näiteks kui see tervik ümber kujundatakse, siis ei saa restruktureerimise käigus antud laene vaadelda vaakumis, vaid tuleb arvestada tervikpilti, sest teatud juhtudel võib laen, mis tundub pealtnäha kahjulik, suures plaanis olla vajalik ning mõistlik tegevusplaan. Samuti võib olla vajalik näiteks kulukas reklaam, et turule siseneda, isegi kui need kulud ületavad esiti teenitavat kasumit.

Riigikohus on öelnud, et ekslik on seisukoht, mille kohaselt kontsernisisesed otsused ei saa üheski olukorras prevaleerida juhatuse liikmete kohustuste üle ja et iga juhatuse liige peab tegutsema alati vaid selle äriühingu huvides, mille juhatuse liige ta on. Õige on küll see, et seadus ei näe ette selgeid erandeid kontserni kuuluvate ühingute juhatuse liikmete hoolsuskohustuse kohta, kuid juhatuse liikme hoolsusstandardi sisustamisel tuleb arvestada ka kontsernisuhteid. Tegu peab aga olema selgelt tuvastatava kontsernisuhtega, ja eeldusel, et tegevus, mille hoolsusstandardile vastavust hinnatakse, on äratuntavalt kontserni kui terviku huvides (st ei piisa, kui see on ühe ühingu, nt ainult emaühingu huvides). Lisaks peab niisuguses olukorras tehtud tehing olema tehtud vastusooritusega. Kontsernihuvi järgimisega ei saa õigustada lojaalsuskohustust rikkuvaid kuritarvitusi ega ühtegi sellist tehingut, mis tehakse hoolsuskohustust rikkudes juba maksejõuetu ühingu arvel (vt ÄS § 180 lg 5¹) või

⁸⁹ Kuigi formaalselt ei ole varaliste huvide järgimise kohustus ärakasutamiskoosseisu element, ei ole võimalik tegelikkuses konstrueerida olukordi, kus koosseis täidetakse ilma nimetatud kohustust rikkumata.

⁹⁰ RKTko otsus nr 3-2-1-129-15 p 17.

millega põhjustatakse tütarühingu maksejõuetus. Seega võib kontserni kuuluva tütarühingu juhatuse liige vabaneda vastutusest, kui ta teeb tehingu, mis esmapilgul ei ole küll tütarühingu huvides, kuid mis kõiki asjaolusid kogumis kaaludes on kontserni kui terviku (ja seega lõppastmes ka tehingu teinud tütarühingu huvides), eeldusel et tehinguga ei tehta hoolsuskohustust rikkudes sooritust mõne teise kontserni kuuluva ühingu kasuks maksejõuetu tütarühingu arvel ega põhjustata tütarühingu maksejõuetust⁹¹.

1.2.5.4. Ebaseaduslikud tehingud

Illegaalsete tehingute puhul eksisteerib kaks seisukohta. Valitseva arvamuse kohaselt ei saa teha vahet, mille kohaselt üks varakogum nõuab kaitset ning teine mitte. Sellest tulenevalt on jaatatud mõttekäiku, et isegi illegaalses äris peaks kehtima hoolsuskohustus ja selle rikkumise korral peaks saama rakendada usalduse kuritarvitamise koosseisu⁹².

Teisalt on pakutud välja seisukoht, et koosseisu justnimelt ei pea ega tohigi rakendada, sest oleks mõeldamatu kriminaalkorras kaitsta illegaalset vara, mis peaks teoorias olema üldse konfiskeeritud. Kohaldamisele võivad tulla aga muud sätted, näiteks juhul, kui narkomüügist saadud tulu investeeritakse, siis võib see kaasa tuua rahapesusüüdistuse. Tuleb aga teha teravat vahet otsast lõpuni illegaalse äri ning selle vahel, kui pooltel oli kehtiv legaalne äri, millest tulenes ka hoolsuskohustus, ent hiljem tehti üks kindel tehing illegaalsete vahenditega. Sellisel juhul saab hoolsuskohustuse rikkumist jaatada ja isikut tuleb usalduse kuritarvitamise eest vastutusele võtta⁹³. Seda seisukohta toetab ka töö autor.

⁹¹RKTKo otsus nr 3-2-1-129-15 p 17.

⁹²Kindhäuser, Neumann, Paeffgen. Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage § 266, vnr 40.

⁹³Ibid., vnr 41.

1.2.6. Kahju omistamine

Tagajärje omistamist alustatakse põhjuslikkuse tuvastamisega karistusõiguse teoorias ja ka kohupraktikas üldlevinud vajaliku tingimuse ehk *conditio sine qua non* teooriaga. Sellele kohaselt on põhjuslik seos olemas, kui süüteo objektiivsesse koosseisu kuuluv tegu on tagajärje saabumise eeldus, st ilma selleta ei oleks tagajärge saanud. Tagajärg on põhjustatud antud teo poolt, kui ei ole võimalik tegu mõtteliselt kõrvaldada ehk ära mõelda, ilma et ka tagajärg ära langeks.

Vastuoluline võib aga olla kahju normatiivne omistamine toimepanijale⁹⁴. On küsitav, kas omistatav on näiteks kahju, mis tekkis küll sisepädevust ületava tehingu tagajärjel (tehing mis kätkes endas suurt riski) kuid osutus kahjumlikuks hoopis teistel täiesti ettenägematutel asjaoludel. Näiteks võib konstrueerida olukorra, kus juhatuse liige ületas oma pädevust, et osta suures koguses kaevandusettevõtte aktsiaid, lootuses, et uue võimaliku toorainelademe avastamisel tõuseb ka aktsiate väärtus. Kui aktsiate väärtus peaks langema näiteks seetõttu, et loodetud toorainet ei avastatud ning kaevandus end ammendas, siis pole kahtlust, et isik ärakasutamiskoosseisu täitnud on.

Kui peaks aga juhtuma, et aktsiate väärtus langeb etteennustamatu sündmuse tagajärel, näiteks kui maavärina tagajärel allmaakaevandus kokku peaks varisema, siis on eelduslikult täidetud sisepädevuse ületamine ning tekkinud ka kahju, kuid selle omistatavus on küsitav, liiatigi veel juhul, kui maavarade lademed sealt enne varingut tõepoolest ka avastati. Vastuargument sellisele mõttelaadile oleks aga see, et kui isik ületas teadlikult oma pädevuse piire ning tegi riskantse tehingu, siis pole vahet, mil viisil risk realiseerus ning tõsiasi on üksnes pädevuse ületamisest tekkinud kahju.

⁹⁴Normatiivse omistamise kohta vt: J. Sootak. Karistusõigus, Üldosa, Tallinn. Juura 2010, lk 249 jj.

1.3. USALDUSE MURDMISE KOOSSEIS

KarS § 217² lg 1 alt 2 (teise isiku varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumine) on nn usalduse murdmise koosseis. Kuna tegu on sama sätte teise koosseisualternatiiviga, jagab see koosseis samu koosseisuelemente ärakasutamiskoosseisuga: mõlemad eeldavad täideviimisel erisubjekti ning mõlema puhul on nõutav suure kahju olemasolu.

Seaduse sõnastuse kohaselt on usalduse murdmisena karistatav teise isiku varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumine. Sätet grammatiliselt tõlgendades mõistab autor seda kui teise isiku varaga mis tahes viisil lohakalt ümber käimist. Autor näeb usalduse murdmise koosseisul kahte piirangut. Esimene restriksioon on see, et tegu ei tohi vastata ärakasutamiskoosseisule (seadusest või tehingust tuleneva teise isiku vara käsutamise õiguse või isikule varaliste kohustuste võtmise õiguse ebaseaduslik ärakasutamine), sest vastasel juhul muutuks ärakasutamiskoosseisu alternatiiv tarbetuks. Eristavaks faktoriks on see, et erinevalt ärakasutamiskoosseisust, hõlmab usalduse murdmise koosseis juhtumeid, mil isik rikub varaliste huvide järgimise kohustust kannatanu vara käsutamisest või talle kohustuse võtmisest erineval viisil, mh ka tegevusetusega, mis viib kannatanu varalise olukorra halvenemiseni⁹⁵

Teine piirang on see, et isikul peab lasuma teise isiku varaliste huvide järgimise kohustus, st et usalduse kuritarvitamise koosseisu ei täida suvaline isik, kes kellegi poolt kaotatud rahatähga oma sigari süütab, vaid isikute vahel peab olema eriline usaldussuhe. Igatahes on märgata, et olemuselt on usalduse murdmise koosseis ärakasutamiskoosseisust oluliselt laiem ning teoreetiliselt võib selle alla mahtuda hulgaliselt olukordi. Õiguskirjanduses on usalduse kuritarvitamise näitena konstrueeritud olukord, kus õigus- või finantsnõustamise teenuse pakkuja kasutab kliendi nõustamisel saadud infot enda huvides, nt saab finantsnõustaja teada võimalusest soodsalt omandada kinnisvara ja ostab selle ise kliendi eest ära, tekitades sellega kliendile suure varalise kahju⁹⁶.

Ilmselt võiks veel ühe näitena konstrueerida olukorra, kus koosseisu täidaks nt kohaliku omavalitsuse ametnik, kes mingisugustel isiklikel põhjustel keeldub õiguspärasele taotluse

⁹⁵ RKKKo otsus nr 3-1-1-4-08 p 25; Arvuti võrgus kättesaadav: <https://www.riigikohus.ee/et/lahendid?asjaNr=3-1-1-4-08>.

⁹⁶ M. Kairjak, J. Sootak. Varavastased süüteod. Tallinn. Juura 2012, lk 210, vnr 10.

esitajale ehitusluba väljastamast. Kui näitele lisada juurde ka taotleja plaan rajada mingisugune lõbustusasutus või nt turimistalu, siis võib olla võimalik saamata jäänud tulu näol ära põhjendada ka tekkinud suur kahju, mis tekkis näiteks sel ajal, mil asi kohtus oma lahendust ootas.

Ka Saksa teoorias leiatakse, see koosseis on paragrahvi teisest alternatiivist oluliselt laeim. Nimelt peetakse usalduse murdmist on n-ö kinnipüüdvaks koosseisuks, mis tähendab, et kui tegu pole võimalik mahutada ärakasutamiskoosseisu alla, võib rakenduda usalduse murdmine. Seega peaksid selle alternatiivi puhul kõne alla tulema sellised olukorrad, kus tehingut vms sellist ei esine.

Sakslased on välja toonud selliseid näiteid:

Esmalt n-ö faktiline usaldussuhe: see ei baseeru tehingul, aga mingil põhjusel valitseb üks isik teise vara. Nt on see nii, kui vara valitsemise loonud tehing on tsiviilõiguslikult tühine ehk juriidilises mõttes tehingut ei olnud⁹⁷. Ka on viidatud sellele, et tehing on küll olnud, aga õigussuhe on juriidiliselt lõppenud, ent isik siiski jätkab faktiliselt vara valitsemist.

Teiseks on välja toodud ka heade kommete vastased tehingud: tsiviilõiguslikus mõttes ei ole neil tähendust, aga nad võivad rajada usaldussuhte.

Veel on viidatud äriühingute n-ö faktilistele juhtidele, kellel võib äriühinguga tekkida usaldussuhe⁹⁸.

Usalduse murdmise koosseisu sisustades võib isegi minna nii kaugele, et möönda võlgnikul lasuvat usalduskohustust võlausaldaja vara suhtes. See tähendab seda, et kui võlgnik ei toimi oma rahaga kõige targemal viisil (nt mängib hasartmänge või kulutab seda baarides), rikub ta seda kohustust ja teda tuleb usalduse murdmise eest karistada. Samuti võib usalduse murdmise koosseisu alla teoorias mahtuda olukord, kus isik käitub ennast ohustaval viisil (teeb langevarjuhüppe), rikkudes jällegi teoreetiliselt usalduskohustust, sest ta võib hüpatel surma saada ja seetõttu võib võlg tasumata jääda.

⁹⁷ Ärakasutamiskoosseisu juures tõi autor juba välja, et Saksa õigusteoorias valitseva seisukohaselt nõuab ärakasutamine kehtivat tehingut, seega Saksa õiguse järgi ei langeks kehtetu tehingu "vili" usalduse murdmise koosseisu alla.

⁹⁸ Wittig – BeckOK StGB, v. Heintschel-Heinegg, 37. Edition, § 266/26–28.

Saksa õiguses üritatakse siiski seda normi põhiseadusliku määratletuspõhimõtte tagamiseks tõlgendada restriktiivselt ja leitakse, et usaldussuhe saab tuleneda mõnest primaarsest, mitte aga sekundaarsest kohustusest ehk võlaõiguslik leping iseenesest (nt ülaltoodud näited võlgniku kohta) ei raja usaldussuhet.⁹⁹

Seega võib tulevikus, kui näiteks muudetakse praegu Eestis kehtivaid usalduse murdmise ning usaldatud vara omastamise koosseise, tõusetuda küsimus sellest, kuidas ja millisel viisil usalduse murdmise koosseisu mõistlikult kitsendada saab. Kindlasti peaks mingisugune risk jääma võlausaldamise näites võlausaldaja kanda, st laenu andmisel peab ka ise olema hoolikas ja mitte laenama n-ö riskigruppide esindajatele, vähemalt mitte piisava tagatiseta.

See, kuidas täpselt määratleda, milline tegu on karistatav ning milline mitte, on keeruline küsimus. Üks võimalus küsimusele vastata on kindla kahjunõude sätestamine. Kriminaalselt karistatavaks võib autori arvates pidada kindlasti suure kahju tekitamist (KarS § 12¹ kohaselt 40 000 eurot või rohkem), sest karistatud peaks kindlasti saama juhud, mil võlgnik näiteks laenu tagamiseks seatud autoga vihahoos merre sõidab, maja maha põletab vms. Igal juhul on 40 000 eurot summa, mida igapäevase elutegevuse käigus mõistlikult käituv inimene naljalt ära ei "pudista", seega näitab sellise kahju tekitamine isiku eriti hooletut suhtumist varasse ning võiks olla karistatav. Autor möönab, et tegelikkuses võiks lattu ehk olla madalamalgi (nt oluline kahju st 4000 eurot ja rohkem).

Karistusseadustiku sätteid saab mõnel juhul kitsendada ka näiteks kindla tahtluse liigi nõudega. Kui aga kehtestada usalduse murdmisele näiteks kavatsuse nõue, siis tunneb autor, et see korralduks võtaks ebaõiglaselt karistusõigusliku kaitse paljudelt võlausaldajatelt, sest kavatsuse esinemine toodud võlausaldamise näidete korral on pigem erandjuht (samad näited maja maha põletamise ja autoga merre sõitmise kohta). Palju tõenäolisemad on juhtumid, kus isik kaotab raha nt kaardilauas: keegi ei mängi ju õnnemänge kavatsusega kaotada. Küll aga peab see isik rahast ilmajäämist ning seega ka süüteo koosseisule vastava asjaolu saabumist ilmselt võimalikuks ning möönab seda. See on aga üksnes kaudne tahtlus.

⁹⁹Wittig – BeckOK StGB, v. Heintschel-Heinegg, 37. Edition, § 266/31.

2.0 Usaldatud võõra vara omastamine

2.1. Võõras vara

Usalduse kuritarvitamise koosseisualternatiividega on väga tihedalt seotud omastamise koosseis, sest KarS § 217² sisalduva klausli kohaselt tuleb alati enne KarS § 217² kontrolli juurde liikumist kontrollida KarS § 201 koosseisu mittekohaldumist (kusjuures keeluklausel on kohtupraktikas rohkem kui ühel korral takistanud § 217² rakendamist)¹⁰⁰. Samuti väärrib märkimist, et kahe sätte rakendamise võimalused on suures ulatuses kattuvad.

Omastamise sättega kaitstav õigushüve on omandi koosseisus olev vallasasi (alt 1) või võõras vara (alt 2). Omastada saab vara, mis on isiku valduses või isikule usaldatud. KarS algregdaktsioon nägi § 201 ette vastutuse üksnes valduses oleva võõra vallasasja enda kasuks pööramise eest. Praktikas tähendas see regulatsioonilünk probleeme eelkõige juhtudel, kui isiku käsutuses oli võõras (nt ühingule kuuluv) arveldusarve, millele tal oli juurdepääs, kuid millel olev raha oli tema jaoks mõistagi võõras. Arveldusarvel olev raha ei ole käsitatav asjana TsÜS § 49 mõttes, vaid arvelduskonto omaniku varalise nõudena pangas vastu arvelduskontol näidatud ulatuses. Varaline nõue ei saa olla süüdistatava valduses, kuna valdus on tegelik võim asja üle. Vastutus omastamise eest oli välistatud, sest üldtunnustatud seisukoha järgi ei ole pangakontol olev rahasumma vallasasi. See lünk kõrvaldati 17. detsembri 2003. a seadusemuudatusega ning § 201 koosseis hõlmab objektina nüüd võõra vallasasja kõrval ka isikule usaldatud muu võõrast vara¹⁰¹.

¹⁰⁰ Vt Riigikohtu otsused nr 3-1-1-46-14 p 19 ja 3-1-1-23-14 p 19.

¹⁰¹ M. Kairjak, J. Sootak. Varavastased süüteod. Tallinn. Juura 2012, lk 110-111, p 14.

2.2. Enda või kolmanda isiku kasuks pööramine

Enda kasuks pööramine tähendab asja faktilist muutmist endale või kolmandale isikule kuuluvaks¹⁰². Kolmanda isiku kasuks pööramine tähendab isikule sellise seisundi loomist, mis väliselt näitab teda kui omanikku. See omakorda eeldab kolmanda isiku hea- või pahausketset nõusolekut sellise seisundi tekkeks. Seisund ise peab väljenduma asjaõiguslikuna, ei piisa võlaõiguslikku nõuet meenutavast seisundist¹⁰³.

Rääkides omastamisest, tuleb mõista, et koosseisu alla kuuluvate juhtumite hulk on mitmekesisem kui tüüpilised laenatud asja endale jätmise kaasused. Võõra vara omastamise koosseisu võib täita näiteks ka ühingust raha välja viimine seda nõ juhatusel liikme tasuks maskeerides. Tõsi, juhatusel liikmele tasu maksmises pole midagi kummalist, kuid kui juhtuse liige tõstab näiteks omavoliliselt ühingu üldkoosolekul kokkulepitud (enda või mõne oma sõbra) palganumbrit, võib seda käsitleda usaldatud võõra vara enda või kolmanda isiku kasuks pööramisena.

Lisaks võivad problemaatilised olla nn tulemustasud, mis on eraldiseisvad normaalpalgast. Tulemustasudes kokku leppimine ei ole tingimata ühingule kahjulik. Kohati võivad tulemustasud olla koguni ühingule kasulikud nt uute juhtide ja töötajate värbamisel jms¹⁰⁴. Samas, mida kosta selliste tulemustasude peale, milles pole varasemalt kokku lepitud ja mis ei too firmale kasu? Üks näide (tõsi, Saksa kohtupraktikast), mida võiks pidada võõra kolmanda isiku kasuks pööramiseks, tuleneb nn Mannesmanni kaasusest, kus ettevõttest lahkuvatele juhtidele maksti tulemustasu, mis ulatus miljonitesse¹⁰⁵. Sama resultaat võiks autori arvates lisaks rahaliste väljamaksete kaasustele kehtida ka nt kokkulepete korral, kus töötaja poolt tekitatud kahju ei nõuta hiljem töötajalt regressi korras välja või kui ühing maksab kinni töötaja tegevusest võrsunud kohtuasja kulud.

Märkima peab, et Saksa praktikas lahendati eeltoodud kaasus küll usalduse kuritarvitamise sätte järgi, ent Eestis langeks asi usalduse kuritarvitamise koosseisus sisalduva omastamise koosseisu kontrollimisele suunava klausli tõttu ilmselt omastamise alla. Ilma selle klauslita võiks ka Eestis kohalduda usalduse kuritarvitamise ärakasutamiskoosseis, kuid sel juhul

¹⁰² P. Pikamäe, J. Sootak; Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn. Juura 2015, § 201/4.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Kindhäuser, Neumann, Paeffgen. Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage § 266, vnr 80a.

¹⁰⁵ BGH 3 StR 470/04 - Urteil vom 21. Dezember 2005 (LG Düsseldorf); Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/04/3-470-04.php?referer=db>.

peaks esinema suur varaline kahju, mis eeldaks määratud tasu kahjulikkuse hindamist (mängu tuleks ilmselt kriteeriumid nagu ühingu rahaline võimekus, tegevusvaldkond, konkurentide palgapoliitika jms).

Eesti praktikast leiab ühe kaasuse, mis on mõneti sarnane Saksamaa Mannesmanni lahendiga. Lahendis 3-1-1-92-13 oli arutluse all süüdistus KarS § 217² lg 1 järgi, mille kohaselt seisnes usalduse kuritarvitamine ametnikele preemiate väljamaksmises. Nimelt määras süüdistatav, kes oli sel ajal Paldiski linnapea, käskkirju välja andes ametist vabastatavatele linnavalitsuse ametnikele Paldiski linna arvelt makstava ühekordse preemia kogusummas 30 140 eurot 73 senti, mis oli süüdistuse kohaselt linna vara kohusetundetult ja ebaotstarbekalt käsutamine.

Süüdistuses püüti esmalt välistada omastamise koosseis. Selgituseks, miks süüdistatava tegevus ei täida KarS § 201 koosseisu, oli toodud, et preemia määramisega ei ületanud süüdistatav oma linnapea ametist tulenevat pädevust. Siiski oli Riigikohus teist meelt, leides, et linnapea annab küll linnavalitsuse ja tema ametiasutuste sisemise töö korraldamiseks käskkirju, kuid sisemise töö korraldamise all sai silmas pidada üksnes selliseid kohaliku omavalitsuse töökorraldust puudutavaid – üldjuhul vähemolulisi – küsimusi, mille otsustamine ei olnud KOKS § 22 lg 1 kohaselt volikogu ainupädevuses. Seetõttu ületas linnapea ikkagi pädevust ning tegu tuleb kvalifitseerida omastamisena, mitte aga usalduse kuritarvitamisena¹⁰⁶.

Veel üks viis, kuidas usaldatud võõras vara võidakse pöörata kolmanda isiku kasuks, on sponsorlus. Sponsorluse korral toetab üks isik (sponsor) teist isikut (sponsoreeritav) materiaalselt (sh rahaliselt). Tavaliselt toimub sponsoreerimine sellistes valdkondades nagu sport, teadus, kunst jne.

Eesti õiguses, erinevalt Saksamaast, kus räägitakse sponsorlusest usalduse kuritarvitamise koosseisu raames, kohaldub sponsorlusele just omastamise koosseis. Selle põhjuseks on Eesti karistusseadustiku omastamise koosseisu lisatud “muu vara” klausel, mis sakslastel puudub. Koostoimes klausliga, mis keelab edasiliikumise usalduse kuritarvitamise koosseisu juurde enne omastamise koosseisu välistamist, ilmneb, et erinevalt sakslastest kohaldub Eestis ebaseadusliku sponsorluse korral omastamise koosseis.

¹⁰⁶ RKKKo otsus nr 3-1-1-92-13 p 15.2; 25 Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.riigikohus.ee/et/lahendid?asjaNr=3-1-1-92-13>.

Eesti kohtupraktikast võib leida ühe näite, kus sponsorlusega seotud süüdistuses siiski ei kohaldata omastamise koosseisu, vaid otsus lahendati teise sätte järgi. Juttu on Riigikohtu 2015. aasta lahendist nr 3-1-1-98-15¹⁰⁷, kus süüdistatav anti kohtu alla süüdistatuna karistusseadustiku § 300¹ lg 1 järgi selles, et ta AS-i Tallinna Sadam nõukogu liikmena osales nõukogu 31. oktoobri 2013. a koosolekul otsuse tegemisel tema endaga seotud isiku – MTÜ Eesti Olümpiakomitee – suhtes, rikkudes nii teadvalt suures ulatuses korruptsioonivastase seaduse (KVS) § 11 lg 1 p-s 1 kehtestatud toimingupiirangut.

Kuna Sadama nõukogu 31. oktoobri 2013. a otsusega rahuldati EOK sponsorlustaotlus summas 250 000 eurot, rikkus süüdistatav toimingupiirangut karistusseadustiku rakendamise seaduse § 8² kohaselt suures ulatuses. Riigikohus jättis kassatsioonis süüdistatava süüdi.

Kaasus on relevantne, sest olgugi, et süüdistus esitati KarS § 300¹ järgi, täitis see tegelikkuses ka KarS § 201 lg 1 alt 2 koosseisu, kuna võõras vara pöörati (vähemalt kavatseti pöörata) kolmanda isiku kasuks. Vara sai lugeda süüdistatavale usaldatuks, sest tal oli õiguspädevus vara üle (volitus teha kolmandate isikute suhtes siduvaid otsuseid, õigustoimingid või osaleda otsuse kujundamise protsessis¹⁰⁸). Kuna aga KarS § 201 koosseis neeldub KarS §-s 300¹, mõisteti karistus üksnes viimase sätte eest.

Samas, rääkides kolmanda isiku kasuks pööramisest, ei pidanud Riigikohus kolmanda isiku kasuks pööramiseks käitumist, mis seisnes selles, et süüdistatav kasutas 565 058 krooni 92 senti äriühingu raha kinnistu parendamiseks ajal, mil kinnistu kuulus veel ühingule. Riigikohtu põhjendust kohaselt ei saa käsitada selle raha pööramisena süüdistatava enda või mõne kolmanda isiku kasuks, sest nende isikute faktilise võimu all oleva vara koosseis ega väärtus ühingu kinnistu parendamise tõttu ei suurenenud. Seda vaatamata tõsiasjale, et parendused kinnistule tehti ajal, mil ühistu nõukogu oli juba võtnud vastu otsuse kinnistu 900 000 krooni eest süüdistatavale müüa. Niimoodi parenduste “külgepookimine” müügiobjektile ilma müügihinda tõstmata kujutas endast vara kasutamise õiguse ärakasutamisenä ning selle sätte eest isik ka süüdi mõisteti, mis on autori hinnangul korrektne lahendus¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Riigikohtu Kriminaalkolleeegiumi otsus nr 3-1-1-98-15; Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.riigikohus.ee/lahendid?asjaNr=3-1-1-98-15>.

¹⁰⁸ Riigikohtu otsus nr 3-1-1-68-05, p 8.

¹⁰⁹ Märkusena olgu öeldud, et tegemist on ainsa lahendiga Eesti kohtupraktikas, kus isik mõisteti süüdi KarS § 217² järgi.

2.3. Usaldusseisund

Usaldatud vara omastamine eeldab vara enda kasuks pööramist isiku poolt, kelle õiguspädevuses vara on. Õiguspädevus on õiguslik volitus vara osas – nt müüjal, laohoidjal jt. Usaldussuhe võib tekkida kolmel alusel: a) seadusest tulenevalt (nt vanema õigus esindada varalistes suhetes oma last) b) ametiseisundist, kus pädevus vara suhtes võib tuleneda seadusest või selle alusel antud õigusaktist, haldus- või töölepingust c) tehingust (nt volitus või käsundusleping)¹¹⁰.

Usaldatud vara enda kasuks pööramisega on tegu näiteks firma kontol oleva raha oma arvele kandmise, sellega oma arve maksmise vms korral (pangakontol olev raha on vaadeldav võõra vara, mitte aga asjana). Äriühingu juhatusel on küll seadusest ja lepingust tulenev õigus ning kohustus ühingu juhtida ja esindada, sh äriühingu nimel tema vara käsutada ja kohustusi võtta, kuid see ei anna juhatuse liikmele õigust ühingu vara enda või kolmanda isiku kasuks pöörata¹¹¹. Siiski kehtib sellest reeglist ka erand. Nimelt tuleb arvestada, et kui vara kuulub ühingule, tuleb vara omaniku nõusoleku kindlakstegemisel arvestada, et juriidiline isik kui õiguslik fiktsioon ei saa ise millekski nõusolekut anda, vaid temale tuleb omistada inimese antud nõusolek. Et ühingu puhul on oluliste otsuste tegemine osanike pädevuses, tuleb osahingude nõusoleku tuvastamisel vara käsutamiseks lähtuda sellest, kas varakäsitusega on nõus ühingu osanikud. Kui ühingul on vaid üks osanik, tuleb tema nõusolek varakäsituseks omistada ka ühingule. Sellisel juhul on varakäsitus § 201 tähenduses seaduslik ning omastamise koosseis puudub¹¹².

Kannatanu arvelduskontol olev raha võib olla süüdistatavale usaldatud, s.o antud tema pädevusse lepinguga või muul õiguslikul alusel. Vara usaldamise all tuleb mõista ka volitust internetipanka sisenemiseks ja kannatanu arvelduskontol oleva raha käsutamiseks¹¹³. Usaldamine hõlmab ka olukorda, kus juurdepääs kontole võimaldatakse vastuolus pangaga sõlmitud lepinguga, nt kui arvelduskonto omanik palub tuttavale või sugulasel teha tema eest ülekandeid. Seega hõlmab vara usaldamise mõiste juhtumeid, kus on arvelduskonto omaniku nõusolek teise isiku juurdepääsuks arvelduskontole ja sellel oleva raha käsutamiseks. Omastamisega on tegemist siis, kui isik teeb sellise toiminguga (nt rahaülekande), milleks teda

¹¹⁰ P. Pikamäe, J. Sootak; Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn. Juura 2015, § 201/10.1.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² RKKKo otsus nr 3-1-1-52-14 p 16.

¹¹³ P. Pikamäe, J. Sootak; Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn. Juura 2015, § 201/10.2.

volitatud ei ole, pöörates vara enda või kolmanda isiku kasuks. Näiteks isik, kes on määratud teisele isikule kuuluva konto kasutajaks või keda paluti teha konkreetseid ülekandeid, kannab ilma volitusega arvelduskontol oleva raha enda või tuttava arvele või maksab sellega isiklike arveid¹¹⁴.

Ka omastamise koosseisu juures võib mõelda selle üle, kas usaldusseisundis oleva isiku alla võiks mahutada faktilise ühingujuhi positsiooni. Faktiliste ühingujuhtide näol on tegemist isikutega, kes formaalselt ei ole küll juhatuse liikmed, ent tegelikkuses juhivad ühingut kas formaalse juhatuse liikme kõrval või siis täies ulatuses iseseisvalt¹¹⁵. Olemuselt võib faktiline ühingujuht olla igasugune teovõimeline isik. Reeglina on tegemist siiski ühinguga mingit seost omava isikuga: (enamus)osanik, töötaja, nõukogu liige, üldvolituse saanud isik, endine juhatuse liige, suurem võlausaldaja (krediitiasutuste esindaja), suur klient, advokaat, maksu- või finantsnõustamise teenust osutav isik, samuti võib isik teostada tegelikku kontrolli teatud ühingute grupi üle, olemata nendega formaalselt seotud¹¹⁶.

Autori arvates võiks faktilise ühingujuhi vastutus olla võimalik, kuid selle juures tuleks arvestada tema rolli. Ei tohiks välistada isiku vastutust üksnes seetõttu, et puudub formaalne leping või muu dokument, mis kinnitaks isiku staatust, vaid lähtuma peaks isiku tegevusest. Selline korraldus välistaks selliste olukordade tekke, kus isiku vastutus on välistatud seetõttu, et isik varjab tegelikke ühingusiseseid suhteid.

Lihtne on isiku tegevuse määrtlemine olukorras, kus ühingul juhatus üldse puudub. Siis on kõigi eelduste kohaselt faktiline ühingu juht see, kes süüteo toime pani (kui ei suudeta tõendada vastupidist) ning ta peaks vastutama kui täideviija. Kui aga faktilise ühingujuhi korraldada olid ainult mõne valdkonna küsimused, siis tuleb selgitada, kas kahju tekkimine oli just selle isiku tegevuse tagajärg.

¹¹⁴ P. Pikamäe, J. Sootak; Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn. Juura 2015, § 201/10.2.

¹¹⁵ M.Kairjak. Faktilise ühingujuhi karistusõiguslik vastutus. – Juridica 2011, VII, lk 540.

¹¹⁶ Ibid.

2.4. Varaline kahju

Usaldatud vara enda kasuks pööramisega, nagu ka asja enda kasuks pööramisega, ei pea kaasnema varaline kahju vara omanikule. Kui usalduse kuritarvitamise koosseis ei kaitse vara omaniku pelka õigust vara käsutada, siis omastamise puhul on karistatav juba ainuüksi ebaseadusliku varakäsituse tegemine. Isegi kui kannatanu vara väärtus tänu mõnele varakäsitust kompenseerivale vastusooritusele ei vähene (või isegi suureneb), ei tähenda see, et omastamise koosseis ei ole täidetud¹¹⁷.

Riigikohus on toonitanud, et omastamise koosseisu loetakse täidetuks hetkel, mil isik manifesteerib omastamistahte; manifesteerimistegu võib endaga kaasa tuua kahju (nt kui manifesteerimisteoks on võõra asja müümine heausksele kolmandale isikule), aga ei pruugi seda teha, mis tähendab, et KarS § 201 lg 1 puhul ei välista isiku vastutust asjaolu, et teo objektiks olnud vara omaniku varaline seis teo tagajärjel ei halvene¹¹⁸. Eelnev tähendab, et § 217² on materiaalne delikt, § 201 seevastu aga teodelikt. Omastamise koosseisu teodeliktina sätestamise loogikat võib ilmselt näha selles, et omastamise sätte kaitse alla peaksid kuuluma ka mõned isiklikud esemed, millel ei pruugi olla käibelist väärtust (vanad perekonnafotod, isiklikud kirjad vms).

Lisaks eeltoodule on Riigikohus välja toonud ka selle, et isegi kui kannatanu vara väärtus tänu mõne varakäsitust kompenseeriva vastusoorituse saamisele suureneb, ei tähenda see, et KarS § 201 koosseis ei ole täidetud¹¹⁹. Erinevalt kahju mittetekkimise juhtudest, on kasu saamise juures mõneti keerulisem näha omastamise koosseisu täitmise tagamaid. Ilmselt tuleb selgitust otsida teo enese ebaõigsuse käsitlusest, mille kohaselt peetakse karistatavaks juba teo toimepanemist kui sellist ning nõutav pole kahju kui tagajärje tekkimine. Iseenesest pole selline lähenemine eraldi võetuna midagi ennekuulmatut, kuigi võib küsida, kas omastamine on niivõrd ränk rikkumine, et tuleks lähtuda teo ebaõiguskäsitlusest.

Eelnevale lisaks võiks analüüsi lisada ka võrdluse mõttes usalduse kuritarvitamise koosseisust, mille korral on, erinevalt omastamisest, (suure!) kahju olemasolu nõutav – tegemist on kahe tihedalt seotud koosseisuga, mille juures on kahju tekkimise küsimus

¹¹⁷ RKKKo otsus asjas nr 3-1-1-23-14 p 19.

¹¹⁸ RKKKo otsus asjas nr 3-1-1-92-13 p 16.

¹¹⁹ RKKKo otsus asjas nr 3-1-1-23-14 p 19.

lahendatud diametraalselt erinevalt. Usalduse kuritarvitamise koosseisule lisati suure kahju nõue selleks, et vältida kriminaalkohtute muutumist tsiviilvaidluste pärusmaaks, ent samast loogikast lähtudes saaks ka omastamisele seada (suure) kahjunõude piirangu, sest vara on võõrast valdusest võimalik välja nõuda tsiviilkohtu korras vindikatsioonihagi esitades.

Autori hinnangul pole tegude ebaõiguses märgatavat vahet, mis võiks sellist vahetegu kahju olemasolu mittenõutavuses õigustada. Ainsaks põhjuseks, miks võiks pidada üht koosseisu raskemaks kui teist, on paradoksaalselt just kahju suurus ja seegi kallutab kaalukaasi praegu kehtivate koosseisude juures hoopis usalduse kuritarvitamise poolele.

Alternatiivne mõttekäik ebaõigsuskäsitlusele oleks see, et usalduse kuritarvitamise koosseisu peetakse ehk n-ö valgekraede koosseisuks, kes suudavad oma õiguste eest omal jõul seista ega vaja sama tugevat riiklikku sekkumist kui tavakodanikud, kuigi tulenevalt omastamise koosseisus sätestatud välistavast klauslist tuleks ka neil valgekraedel enne usalduse kuritarvitamise koosseisuni jõudmist läbi käia omastamise koosseisu ristsed, mille läbimine praegust seadust ja praktikat arvestades on vähetõenäoline.

3. Omastamise ja usalduse kuritarvitamise paragrahvide suhestumine

Saksa õigust uurides saab aimu sellest, milline peaks olema sätete omavaheline suhe. Omastamise koosseis on ette nähtud vallasasjade enda või kolmanda isiku kasuks pööramise juhtumite lahendamiseks. Ärakasutamiskoosseis hõlmab vara käasutamise/kohustuste õiguse ärakasutamist ning usalduse murdmise koosseisu alla mahuvad sarnased süüteod, mis omastamise ning ärakasutamise koosseisude alla ei sobinud.

Eesti karistusseadustikus külvab segadust omastamise koosseisu täiendamine “võõra vara” klausliga, mis Saksa õiguses nimetatud koosseisude vahel esineval tasakaalul Eesti õiguses tekkida ei lase. Kuigi omastamise paragrahv on mõeldud kaitsma vallasasju, oli 2003. aasta seadusemuudatus toona õigustatud. Kui seadusandja hiljem seadusesse usalduse kuritarvitamise paragrahvi lisas, tekkis olukord, kus kahe paragrahvi rakendusala suures osas kattuvad ning erandeid sellest seaduspärasusest on Eesti õiguses raske leida.

Näiteks täidab isikule antud õigus teha välissuhtes kehtivaid tehinguid teise isiku esemetega nii ärakasutamise kui ka usaldatud vara omastamise koosseisu, sest usaldatud vara enda kasuks pööramine on käsitatav ka kui sisesuhtest tuleneva kohustuse rikkumine. Siiski võib leida eelnimetatud kattuvusest ühe erandi. Nimelt võttis Riigikohus lahendis 3-1-1-100-09 seisukoha, et kui isik on teinud õigusnäivuse tekitamise eesmärgil tehinguid (nt näilikke tehinguid) tema õiguspädevusse usaldatud, kuid kannatanule kuuluva varaga, mille tulemina läheb vara üle süüdlase või kolmanda isiku kasuks, vastutab ta vaid omastamise eest¹²⁰.

Kattuvus võib esineda ka KarS § 201 teise alternatiivi ja § 217² usalduse murdmise koosseisu vahel. Õiguskirjanduses väljapakutu kohaselt võib teisele vara usaldamine tähendada ka, et vara suhtes mingi õiguse saanud isikul on vara hoidmisele suunatud hoolsuskohustus, mis võib olemuselt olla ka varaliste huvide järgimise kohustus KarS § 217² tähenduses¹²¹. Siiski võib erand seisneda selles, et (vähemalt viidatud artikli kohaselt) ei saa välistada, et isikul on varaliste huvide järgimise kohustus isegi juhul, kui vara talle otseselt usaldatud ei ole, mistõttu on varaliste huvide järgimise kohustus olemuselt laiem, sest on sihitud vaid huvide järgimisele, mingit konkreetset õiguste kasutamise juurdepääsu andmist ehk usaldamist ei pea

¹²⁰ RKKKo otsus nr 3-1-1-100-09, p 29; Arvutivõrgus kättesaadaval: <https://www.riigiteataja.ee/akt/13262628>.

¹²¹ M. Kairjak, Varaliste huvide järgimise kohustus ja teisele isikule usaldatud vara. *Juridica* 2010, I, lk 33.

toimuma¹²². See aga tähendab seda, et siis pole koosseisude kattuvus sajabrotsendiline ning erandkorras võib rakendada usalduse murdmise koosseis nii, et omastamine kõne alla ei tule.

Kõneletud on eelkõige järgmistest olukordadest:

Esmalt juhud, mil tehingu tulemusena on isikul tekkinud varaliste huvide järgimise kohustus, ent talle ei ole üle antud mingeid esemeid (ehk midagi usaldatud). Isikul on vaid teavitamis-, järelevalve- või nõustamiskohustus¹²³.

Teiseks juhud, mil isikul on eelnevalt mainitud kohustus tekkinud eraldiseisvalt seaduse alusel. Sellise situatsiooni ilmsem näide võib olla aktsiaseltsi nõukogu, mille liikmetel on ühingu suhtes hoolsus- ja lojaalsuskohustus (TsÜS § 35) ning juhatuse üle järelevalve teostamise kohustus (ÄS § 316), ent nõukogu kätte ei ole usaldatud ühingu vara (nõukogul ei ole aktsiaseltsi esindamise õigust). Sealjuures tuleks võtta kindel seisukoht, et pelk õigus anda juhatusele korraldusi (ÄS § 317 lg 1 esimene lauseosa) ei ole käsitatav vara usaldamisena, küll aga võiks vara usaldamisega tegemist olla nõukogu nõusolekut eeldavate tehingute puhul (ÄS § 317 lg 1 teine lauseosa ja lg 1 kataloog)¹²⁴.

Eelnevate näidete puhul võib olla seega mõeldav, et teatud juhtudel on § 217² koosseis siiski laiem, kui 201, seega pole teoorias välistatud, et § 217² sätestatud välistav klausel ei blokeeri täielikult usalduse kuritarvitamise koosseisu rakendamist.

Eesti kohtupraktikast leiab ühe lahendi (3-1-1-43-13), kus kohaldamiseks ei kõlvanud Riigkohtu hinnangul omastamise koosseis ning eelistati usalduse kuritarvitamise paragrahvi. Järgnevalt toob autor välja pigem erandlikud tehilolud, mis tingisid isiku karistamise selle sätte alusel. Olgugi, et selles kriminaalasjas oli süüdistus esitatud KarS § 201 alusel, leidis Riigikohus, et süüdistuses on kvalifikatsiooniga eksitud. Nimelt tõi kohus välja, et käitumine, mis seisnes selles, et süüdistatav kasutas 565 058 krooni 92 senti äriühingu raha kinnistu parendamiseks ajal, mil kinnistu kuulus veel ühingule, ei saa käsitada selle raha pööramisena süüdistatava enda või mõne kolmanda isiku kasuks, sest nende isikute faktilise võimu all oleva vara koosseis ega väärtus ühingu kinnistu parendamise tõttu ei suurenenud.

¹²² M. Kairjak, Varaliste huvide järgimise kohustus ja teisele isikule usaldatud vara. *Juridica* 2010, I, lk 33.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*, lk 34.

Olgugi, et parendused tehti Ü-le kuuluvale kinnistule, oli ühistu nõukogu tööde tellimise ajal juba võtnud vastu otsuse kinnistu 900 000 krooni eest süüdistatavale müüa. Ühistu nimel ja arvel kinnistu parendamiseks 565 058 krooni 92 senti väärtuses kaupu ja teenuseid tellides, käskides ühistul nende eest tasuda, rikkus süüdistatav ühistu juhatajana TsÜS §-st 35 tulenevat hoolsus- ja lojaalsuskohustust. Seda seetõttu, et ühingu jaoks on kahjulik teha parendusi müügilepingu objektile, eriti veel sellises ulatuses, kui müügihind sellest ei tõuse ega lepingu täitmine ei sõltu. Sisult on selline teguviis võrreldav asja müügiga tegelikust väärtusest oluliselt madalama hinnaga. Trikk, mis välistas omastamise koosseisu, seisnes aga parenduste tegemises, mis tähendas, et seda parendustele kulunud summat ei võetud lihtsalt endale/antud ära, vaid see poogiti nõ müügilepingu esemele külge ning läks ühingu vara koosseisust hiljem välja. Seetõttu oli tema kõnealune tegevus vaadeldav ühistu vara käsutamise ja ühistule kohustuste võtmise õiguse ebaseadusliku ärakasutamisenä KarS § 217² lg 1 mõttes, mis oli autori hinnangul keeruline, ent korrektne lahendus.

Alternatiiv oleks olnud minna sama rada pidi, mida käis prokuratuur, kui formuleeris süüteo omastamise ettevalmistamisena, kuid Riigikohus ei kiitnud sellist lähenemist heaks, sest kohtu hinnangul ei saa võõrandamise ajaks kinnistu osaks muutunud parendusi kui selliseid ega nendest tingitud kinnistu väärtuse võimalikku tõusu ei saa käsitada iseseisva varana, mis võiks olla KarS §-s 201 nimetatud kuriteo objektiks¹²⁵.

KarS § 217² rakendusala on Eestis küll äärmiselt piiratud, kuid viimane kaasus on tõestus sellele, et lisaks teoreetilistele konstruktsioonidele leidub siiski olukordi, kus seda paragrahvi on võimalik rakendada ja on seda ka tehtud. Omaette küsimus on see, kas olukord peaks selline olema, sest Riigikohtusse on jõudnud mitmed lahendid, kus prokuratuur on esitanud (ilmselt piiritlemise keerukuse tõttu) süüdistuse vale sätte järgi.

Näiteks juhtis Riigikohus lahendis nr 3-1-1-46-14 tähelepanu, et lähtuvalt sätte sõnastusest saab isiku usalduse kuritarvitamises süüdi tunnistada üksnes juhul, kui tema tegu ei vasta vara omastamise koosseisule KarS § 201 tähenduses. Kuna puudusid asjaolud, mis välistanuks § 201 kohaldamise, muutis Riigikohus teo kvalifikatsiooni ning määras süüdistatavale karistuse hoopis omastamise eest, jättes usalduse kuritarvitamise koosseisu

¹²⁵ RKKK otsus nr 3-1-1-43-13 p 25; Arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.riigikohus.ee/et/lahendid?asjaNr=3-1-1-43-13>.

kohaldamata¹²⁶. Sama probleemi takerdus menetlus Riigikohtus lahendis 3-1-1-23-14, kus madalama astme kohtutes polnud välistatud isiku vastutust § 201 eest ning seetõttu saadeti asi arutamiseks tagasi maakohtusse¹²⁷.

Kuigi iseenesest viitavad need lahendused ühelt poolt prokuröride möödalaskmistele, oleks teisalt ehk mõistlikum praeguseid sätteid muuta. Üks võimalus oleks lähtuda Saksamaa õigusest ning viia KarS § 201 ning § 217² korrelatsiooni StGB § 266 ning 246-ga, et vältida hetkel esinevaid piiritlemisprobleeme ning teha sätete rakendamine lihtsamaks. Ettepanek muudatuste läbiviimiseks on seadusandjale ka tehtud ning muudatuste sisu käsitleb töö järgmine peatükk.

¹²⁶ RKKKo otsus nr 3-1-1-46-14 p 19, Arvuti võrgus kättesaadav: <https://www.riigikohus.ee/et/lahendid?asjaNr=3-1-1-46-14&sortVaartus=LahendiKuulutamiseAeg&sortAsc=false&kuvadaVaartus=Pealkiri&pageSize=25&defaultPageSize=25>.

¹²⁷ RKKKo otsus nr 3-1-1-23-14 p 19, Arvuti võrgus kättesaadav: <https://www.riigikohus.ee/et/lahendid?asjaNr=3-1-1-23-14&sortVaartus=LahendiKuulutamiseAeg&sortAsc=false&kuvadaVaartus=Pealkiri&pageSize=25&defaultPageSize=25>.

4. Muudatusettepanekud

Riigikohus on piiritlemisprobleemi märganud ning juhtinud sellele ka seadusandja tähelepanu¹²⁸, märkides, et omastamine ja usalduse kuritarvitamine on juba olemuslikult küllaltki sarnased koosseisud, mida ei eristatud ajalukku vaadates isegi Constitutio Criminalis Carolina's. Hilisemal ajal on aga tekkinud kaks eraldi koosseisu, mis on nii ka karistusseadustikus, kuigi kahe erineva sätte regulatsiooniobjekt peaks tegelikult olema erinev.

Esimene muudatusettepanek, mis tehti, oli nn ärakasutamiskoosseisu seadusest väljajätmine. Ettepaneku kohaselt tulnuks jätta KarS § 217² lõikest 1 välja sõnad "teise isiku vara käsutamise või teisele isikule kohustuse võtmise õiguse ebaseadusliku ärakasutamise eest või"¹²⁹.

Muudatust põhjendati sellega, et KarS § 217² lg 1 kehtivas redaktsioonis eristatakse nn ärakasutamiskoosseisu (alternatiiv 1) ja usalduse murdmise koosseisu (alternatiiv 2) ning seejuures on koosseisu esimene alternatiiv täielikult hõlmatud teisest. Nimelt ei olevat võimalik ette kujutada juhtumit, kus isik kasutab ebaseaduslikult ära seadusest või tehingust tulenevat teise isiku vara käsutamise või teisele isikule kohustuse võtmise õigust (alt 1) ilma, et ta seejuures ühtlasi rikuks selle teise isiku varaliste huvide järgimise kohustust (alt 2). Seda seetõttu, et seadusest või tehingust, mis annab isikule teise isiku vara käsutamise või teisele isikule kohustuste võtmise õiguse, tuleneb alati ka tema kohustus järgida selle teise isiku varalisi huve (käsundussuhete puhul tuleneb huvide järgimise kohustus mh nt VÕS §-st 620). Ühtlasi ei saa teise isiku vara käsutamise või teisele isikule kohustuse võtmise õiguse ärakasutamise "ebaseaduslikkus" seisneda sisuliselt mitte milleski muus, kui selle teise isiku varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumises. Küll võib esineda juhtumeid, kus isikul on teise isiku varaliste huvide järgimise kohustus olukorras, kus tal ei ole selle isiku vara käsutamise ega talle kohustuste võtmise õigust. Seega on ärakasutamiskoosseis usalduse murdmise koosseisu suhtes erinorm. Arvamuse esitajate hinnangul oleks ärakasutamiskoosseisu eristamine usalduse murdmise koosseisust põhjendatud juhul, kui tegemist oleks kvalifitseeritud koosseisuga ning praegu, kui tegemist on samas lõikes

¹²⁸ Arvamuste tabel, kättesaadaval justiitsministeeriumi kodulehel: https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/article_files/arvamuste_tabel_3.12.2013.pdf.

¹²⁹ Vt viidatud arvamuste tabel.

paiknevate võrdväärsete koosseisualternatiividega, tekitab ärakasutamiskoosseisu ja usalduse murdmise koosseisude eristamine asjatuid piiritlemisprobleeme, sest sellest, kummale alternatiivile tegu vastab, isiku vastutuse ulatus ei sõltu¹³⁰.

Arvamuse esitajad nendivad, et teatud juhtudel on nende alternatiivide eristamine õiguslikult küllaltki keerukas, koormates täiesti asjatult kriminaalmenetlust, märkides, et praegu peab ka süüdistuse tekstis kajastuma see, kumma KarS § 217² lg 1 koosseisualternatiivi järgi isikut süüdistatakse (vt nt RKKK 3-1-1- 89-11, p 20.1). Seetõttu võiks KarS § 217² lg-t 1 muuta nii, et selles säiliks üksnes usalduse murdmise koosseis, mis hõlmab ka kõiki sellised tegusid, mis kehtiva õiguse kohaselt tuleks paigutada ärakasutamiskoosseisu kui erinormi alla. Kuriteokoosseisu maht ärakasutamiskoosseisu väljajätmise tõttu ei muutuks¹³¹.

StGB § 266 sisaldab sarnaselt KarS §-le 217² alternatiividena ärakasutamiskoosseisu (*Missbrauchstatbestand*) ja usalduse murdmise koosseisu (*Treubruchstatbestand*). Selline kaksikjaotus lisati Saksa seadusesse 1933. a sooviga luua seaduse tasandil pidepunkte nii Saksa Keisririigi Riigikohtu kui ka õigusteadlase Karl Bindingi teoreetilisele käsitlusele. Tänapäeval ollakse seisukohal, et see seadusemuudatus tekitas terve hulga probleeme nende kahe alternatiivi piiritlemisel ning et selliste „ette programmeeritud“ probleemide teket võiks Eesti õiguses vältida¹³².

Autor nendib, et KarS § 217² praeguse sõnastuse juures on tõepoolest nii, et ärakasutamiskoosseisu ning usalduse murdmise koosseisu vahe tuleneb justkui sellest, et usalduse murdmise koosseisu puhul on eelduseks isiku varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumine. Sellisel juhul võiks tõesti argumenteerida, et ärakasutamiskoosseisu pole võimalik realiseerida ilma huvide järgimise kohustuse rikkumiseta ning see alternatiiv on täielikult hõlmatud usalduse murdmise koosseisust. Tegelikuses näib aga seadusandja sõnastus olevat ebaõnnestunud, sest on olemas veel üks eristamiskriteerium, kuigi seda on keeruline seaduse tekstist otsese välja lugeda.

Riigikohus on otsuses nr 3-1-1-4-08 p 25 selgitanud, et ärakasutamiskoosseisu korral on koosseisupärane tegu esmajoones sisesuhte tingimusi rikkuva tehingu sõlmimine, kuid usalduse murdmise koosseis hõlmab juhtumeid, mil isik rikub varaliste huvide järgimise kohustust kannatanu vara käsutamisest või talle kohustuse võtmisest erineval viisil, mh ka

¹³⁰ Vt viidatud arvamuste tabel.

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

tegevusetusega, mis viib kannatanu varalise olukorra halvenemiseni¹³³. Seega on teiseks eristamiskriteeriumiks teo toimepanemise viis ning usalduse kuritarvitamise paragrahvis on kaks koosseisualternatiivi, mille vahel valimine on seatud sõltuvusse sellest, mil viisil kahju tekitamine täpselt aset leidis.

Märkused selle kohta, et lõppastmes on karistuse liigid ning määrad emma-kumma koosseisu täitmise eest samad ning koosseisude vaheteo äranäitamine tähendab sätte rakendaja jaoks üksnes lisatööd, on iseenesest õiged. Siiski tuleb meeles pidada, et õiguse rakendamine on täppisteadus, mis tingib ka vajaduse koosseisu täpselt määratlemiseks. Mis puutub rakendaja lisatöösse, siis tegelikkuses tuleb piisavalt täpse subsumeerimise puhul niikuinii välja see, kumb koosseis on täidetud. See tuleb lihtsalt Riigikohtu selgitamislõpetuse täitmiseks *expressis verbis* ka välja öelda.

Teine muudatusettepanek seondus KarS §-ga 201. Ettepaneku sisuks oli jätta KarS § 201 lg-st 1 välja sõnad "või isikule usaldatud muu võõra vara". Usalduse kuritarvitamise koosseisu olemasolu tõttu ei ole enam põhjust säilitada omal ajal n-ö olude sunnil lisatud vara omastamise koosseisu (KarS § 201 lg 1 alt 2 – "võõra vara ebaseaduslik enda või kolmanda isiku kasuks pööramine"). Nimelt hõlmab usalduse kuritarvitamine – ka tehtud ettepaneku kohases sõnastuses – kõik vara omastamise juhtumid. Kahe erineva koosseisu olemasolu on problemaatiline juba tulenevalt tänapäevasest õigusdogmaatikast. Nimelt kujutab omastamine endast klassikalist omandi vastu suunatud süütegu, mille objektiks peaks olema asi – sellele viitab üheselt ka karistusseadustiku struktuur. Peale selle on usalduse kuritarvitamise ja vara omastamise koosseisu piiritlemine äärmiselt keeruline ja problemaatiline ning võib viia soovimatute tagajärgedeni – nt ei saa välistada, et karistamisväärse teo toime pannud isikut ei saa kohus menetlusõiguslike reeglite tõttu karistada seepärast, et prokuratuur on „valinud” vale paragrahvi. Seetõttu tehti ettepanek tunnistada KarS § 201 lg 1 alt 2 kehtetuks ja sõnastada normi dispositioon järgmiselt: „valduses oleva võõra vallasasja ebaseaduslikult enda või kolmanda isiku kasuks pööramise eest”¹³⁴.

KarS § 201 lg 1 alt 2 kehtetuks tunnistamine eeldab ettepaneku kohaselt veel paari muudatust KarS §-s 217². Esiteks tuleks kustutada koosseisuelement „kui puudub käesoleva seaduse §-s 201 sätestatud süüteo koosseis”. Teiseks ei saa vara omastamise alternatiivi puudumise tõttu

¹³³ RKKKo otsus nr 3-1-1-4-08 p 25.

¹³⁴ Vt viidatud arvamuste tabel.

enam olla rahuldav olukord, kus usalduse kuritarvitamine tuleb kõne alla üksnes siis, kui teoga tekitatakse suur varaline kahju. Piisama peaks igasugusest varalisest kahjust. Samas on põhjendatud see, et suure varalise kahju korral on sanktsioon karmim kui sellest allapoole jääva kahju korral. Seega võiks suure varalise kahju korral säilida tänane sanktsioon. Väiksema kahju korral peaks aga sanktsioon olema leebem. See eeldab täiendava lõike lisamist seadusesse. Eeltoodu pinnalt võiks kvalifikatsioon näha välja sarnane eelnõuga välja pakutud KarS § 201 lg-le 2 (siiski peab teise lõike esimeses punktis lisanduma muudele viidetele ka viide usalduse kuritarvitamisele endale, samuti võiks KarS § 201 lg 2 p 1 täiendada viitega usalduse kuritarvitamisele)¹³⁵.

Ettepanekus on märgitud, et KarS § 217² ja § 201 muutmise eeltoodud viisil kõrvaldaks ka ühe kehtivas õiguses eksisteeriva karistatavuslõnga. Jutt on olukorrast, kus näiteks korteriomanike ühisus või mõni muu juriidilise isiku staatust mitteomav isikute ühendus kasutab oma raha hoidmiseks mõne isiku (nt ühe korteriomaniku) pangakontot. Kuna pangakontol olev raha ehk kontoomaniku nõue panga vastu kuulub alati kontoomanikule (vt RKKK 3-1-1-89-11, p 19.1) ega ole seega tema jaoks KarS § 201 mõttes "võõras" vara, ei saa kontoomanikku ka KarS § 201 järgi karistada, kui ta ühenduse (nt korteriomanike ühisuse) tegevuseks mõeldud raha hoopis enda huvides kasutab. Kõne alla saab tulla üksnes tema vastutus usalduse kuritarvitamise eest, kuid kehtivas õiguses eeldab see vähemalt suure kahju põhjustamist. Seega kuni 40 000 euro suuruste summade "pihtapanemine" kontoomaniku jaoks karistatav ei oleks¹³⁶.

Sama probleem puudutab ka nn deposiit- ja ametikontosid (nt kohtutäituri ametikonto), millel olev raha ei ole kontoomanikule (nt täitur) juriidiliselt võõras ja seega ei saa isik seda ka omastada. Nimetatud ettepanek kõrvaldaks eelnevalt kirjeldatud probleemi, sest usalduse kuritarvitamine, mille järgi nii võõra kui ka kindla sihtotstarbega kontoraha ebakohane kasutamine ettepaneku kohaselt kvalifitseeruks, ei eeldaks enam suure kahju põhjustamist¹³⁷.

Kokkuvõttes võiks ettepaneku kohaselt KarS § 217² sõnastada järgmiselt:

§	217 ² .	Usalduse	kuritarvitamine
---	--------------------	----------	-----------------

(1) Teise isiku varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumise eest, kui sellega on tekitatud varaline kahju, – karistatakse rahalise karistuse või kuni üheaastase vangistusega.

¹³⁵ Vt viidatud arvamuste tabel.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid.

- (2) Sama teo eest, kui see on toime pandud:
- 1) isiku poolt, kes on varem toime pannud usalduse kuritarvitamise, varguse, röövimise, omastamise, süüteo toimepanemise tulemusena saadud vara omandamise, hoidmise või turustamise, asja tahtliku rikkumise või hävitamise, kelmuse või väljapressimise;
 - 2) suures ulatuses;
 - 3) ametiisiku poolt või
 - 4) grupi poolt, – karistatakse rahalise karistuse või kuni viieaastase vangistusega¹³⁸.

(3) Sama teo eest, kui selle on toime pannud juriidiline isik, – karistatakse rahalise karistusega."

Esimese lõike jaoks välja pakutud sanktsiooni – kuni üheaastane vangistus – puhul on lähtunud KarS § 201 lg 1 sanktsioonist. Tulenevalt teise lõike teisest punktist oleks tulevikus olulised kolm kahjumäära – kui on tegemist alla 200 euro jääva kahjuga, on vastavalt KarS §-le 218 tegu väärteoga; kui kahju ületab 200 eurot, ent jääb alla suure ulatuse määra, on tegemist KarS § 217² lg 1 järgi kvalifitseeritava kuriteoga; kui tekitatakse kahju suures ulatuses, rakendub KarS § 217² lg 2¹³⁹.

Selliste läbiviidavate muudatustega on autor päri. Vara omastamise alternatiivi lisamine omastamise koosseisu oli omal ajal vajalik samm seaduslõnga kõrvaldamiseks, kuid õiguskord ja karistuseseadustik on sellest ajast arvates edasi arenenud ning tänaseks on alternatiivist saanud tarbetu võõrelement normis, mille regulatsiooni esemeks on vallasasjade kaitse. Samuti on autori arvates igati tervitatav mõte, et pakutud muudatus kõrvaldaks karistatavuslõnga, mis seondub ühistu- ja deposiitkontodel olevate vahendite kuritarvitamisega.

On oluline märgata, et erinevalt esimesest muudatusettepanekust, tuleks teise ettepaneku puhul muuta mitte ainult omastamise paragrahvi, vaid ka usalduse kuritarvitamise sätet suure kahju nõude eraldamise näol teise (kvalifitseeritud koosseis) lõikesse, kusjuures väiksema kahju korral oleks karistus leebem. Ka selline muudatus oleks mõistlik, sest on ju ka omastamise koosseisul kvalifitseeritud koosseis sätestatud eraldi punktina ning tavakoosseisu karistuse määr sellest oluliselt leebem.

¹³⁸ Vt viidatud arvamuste tabel.

¹³⁹ Ibid.

Eeltoodud ettepanek ei läinud kahjuks karistusõiguse revisjoni käigus küll läbi, kuid autori hinnangul võiks seda uuesti kaaluda või vähemalt (ettepaneku osas negatiivse otsuse korral) mõelda selle peale, et omastamise sättele lisada kahju olemasolu nõue. Autori hinnangul pole põhjendatud olukord, kus kahe, praeguse olukorra järgi väga suures ulatuses kattuva, koosseisu (KarS § 217² ning 201) juures on mindud kahju elemendi juures täiesti erinevat teed. Kahju tekkimise nõue koosseisus aitaks vältida süüdistusi pelgalt varakäsituse tegemise eest, kui sellega mingit kahju ei tekitatud või kui see isegi kasumlikuks osutus. Näiteks võib sponsorluse korral puududa vara käsutusele otsene vastusooritus, kuid firma logo mõne sportlase vormil kannab endast ettevõtte reklaamimise eesmärki.

KOKKUVÕTE

15. märtsil 2007. aastal tunnistati kehtetuks karistusseadustiku paragrahvid 289 ning 290, s.o vastavalt ametiseisundi kuritarvitamise ning ametialase lohakuse koosseisud. Kehtinud regulatsioonile heideti eelkõige ette selle liialt laia ning ebamäärast sõnastust, mida lugedes ei olnud ametiisikule selge, millist õiguspärast käitumist temalt oodatakse ning millise tegevuse puhul võidakse teda karistada. Olgugi, et seadusandja sõnastas nimetatud koosseisu niivõrd laiahaardelisena tahtlikult, et vältida olukordi, kus süütegu ei oleks võimalik klassifitseerida ühegi teokoosseisu alla kuuluvaks, leiti hiljem, et ebatäpne sõnastus on vastuolus Eesti Vabariigi põhiseaduses ja Euroopa Inimõiguste Konventsioonis sätestatud õigusselguse põhimõttega.

Õigusselgust püüti saavutada nii olemasolevate süüteo koosseisude muutmise ja täiendamise kui ka täiesti uute koosseisude lisamise teel, millest tähtsaim oli karistusseadustikku kehtetuks kuulutatud paragrahvide asemele paragrahv 217², s.o usalduse kuritarvitamise koosseisu, lisamine. Paragrahvi kohaselt on kriminaliseeritud seadusest või teingut tuleneva teise isiku vara käsutamine või teisele isikule kohustuse võtmise õiguse ebaseadusliku ärakasutamine, kui sellega on põhjustatud suur varaline kahju ja kui puudub KarS § 201 sätestatud süüteo koosseis.

Lisatud sätte eeskujuks oli Saksa karistusseadustiku paragrahv 266. Nimetatud sätte eeskujul lõi seadusandja ka KarS § 217² nii, et selles sisaldub kaks alamkoosseisu.

Sätte rakendamisele võis prognoosida aga ühte suurt probleemi. Nimelt oli juba enne KarS § 217² koosseisu lisamist seadustikku, 1. jaanuaril 2004, karistusseadustiku paragrahvi 201, s.o omastamise koosseisu, täiendatud alternatiiviga, mis muutis karistatavaks isikule usaldatud võõra vara ebaseaduslikult enda kasuks pööramise. Seadusandja jättis aga arvestamata tõsiasi, et sakslastel omastamise koosseisus vara omastamise alternatiiv puudus, mistõttu oli tulemuseks kahe erinevast süsteemist pärit koosseisu kollisioon samas seadustikus.

Ilmselt märkas ka seadusandja siiski kahte sätet võrreldes nende sarnasust ning vältimaks koosseisude läbiseigi rakendamist ning ebaühtlast kohtupraktikat, lisati KarS § 217² ka välistav klausel, mille kohaselt ei tohi sätte rakendamiseks esineda KarS § 201 sätestatud

koosseisu. Kuna normide kaitsealad on sedavõrd kattuvad, on nüüd tekkinud olukord, kus usalduse kuritarvitamise koosseisu olemasolu vajalikkus on seatud kahtluse alla – paragrahvil, mida ei saa rakendada, pole õigusruumis kohta.

Koosseise analüüsid märkas autor koosseisude väga suurt kattuvusala, kuigi töö käigus selgus, et siiski on võimalik konstrueerida situatsioone, kus KarS § 201 ei kohaldu ning rakendub hoopis § 217². Selle kinnituseks leidis ka kohtupraktikas üks lahend.

Sellele vaatamata on autor päri Riigikohtu poolt seadusandjale esitatud seadusemuudatuse ettepanekuga, mille kohaselt eemaldataks omastamise koosseisust “muu vara omastamise” alternatiiv ning usalduse kuritarvitamise koosseisust suure varalise kahju nõue (lisades selle raskendava asjaoluna). Samuti ühtlustatakse paragrahvide 217² ja 201 eest mõistetavaid karistusemäärasid.

Selline muudatus ei aitaks mitte ainult parandada olukorda, kus omavahel on nõ kokku pandud sobimatud pusletükid, vaid muudaks sätete rakendamise selgemaks ja lihtsamaks. Samuti kõrvaldaks selline muudatus ühe karistatavuslünka.

The analysis and comparison of KarS § 217² (abuse of trust) and KarS § 210 (embezzlement) section 1 alternative 2

On the 15th of March 2007, the paragraphs 289 (malpractice) and 290 (negligence) of the Penal Code were repealed: the reason for that being its too expansive wording, which, when read, left unclear, what kind of behaviour was expected from a public servant and what kind of behavior was deemed liable to punishment. Although the parliament opted for an expansive wording deliberately to avoid any situations where an offence would not be able to be classified under any of the paragraphs of the Penal Code, it later became evident that the wording was in conflict with the principle of legal certainty found in both the Constitution of Estonia and the Convention of Human Rights.

An effort for legal certainty was made by changing the existing paragraphs of the Penal Code and by adding new paragraphs to it, most significant of which being § 217² (abuse of trust) that was added to replace the repealed paragraphs 289 and 290. The paragraph criminalized the illegal use of the right arising from law or transaction to dispose of assets of another person or assume obligations for another person, or violation of an obligation to comply with the financial interests of another person if such act results in significant material damage but does not contain the necessary elements of an offence provided for in § 201 of this Code

The paragraph in question was formulated after § 266 of the German Penal Code, which reflects both in the wording and in the fact that both paragraphs consist of two sub-regulations. This, however, gave rise to a significant problem – before § 217² was added to the Penal Code, the Code's § 201 (embezzlement) had already been amended with an alternative which criminalized illegal converting into his or her use or the use of a third person other assets belonging to another person which have been entrusted to the person. The problem, in the case of these two regulations, is that the § 266 of the German Penal Code does not include the alternative in question, which, in turn, means that the legislator added a paragraph that does not fully comply with Estonian Penal Code, causing a collision between the two paragraphs, since the alternative's object of regulation is practically identical.

It would seem that the resemblance of the paragraphs did not go fully unnoticed and with the purpose of the two paragraphs not being used randomly and/or unevenly, the legislator added a clause to the § 201 that prohibits the usage of § 217² until usage of § 201 has been ruled out. However, since the object of regulation for both of the paragraphs is so similar, the necessity of § 217² can be questioned, since there is no need for a paragraph that can not be used.

While going in depths with the analysis of the paragraphs, the author confirmed that the situations regulated by both of the paragraphs are very similar, yet some situations still can be constructed, where § 201 does not apply and § 217² can be used instead. This was also confirmed by a verdict of the Supreme Court of Estonia.

Regardless, the author agrees with the proposition made by the representatives of the Supreme Court of Estonia to the legislator that the alternative of converting into his or her use or the use of a third person other assets belonging to another person which have been entrusted to the person should be removed from the paragraph 201 since it would help solve the problem of two paragraphs colliding and makes the usage of the regulations more clear and convenient. Also, such a change would help remedy a certain gap in regulation

KASUTATUD ALLIKAD

Kasutatud kirjandus

1. Hefendehl, Hohmann. Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, München 2014
2. Karistusseadustiku ja selle muutmisega seonduvate seaduste muutmise seadus 931 SE, Riigikogu X koosseis
3. M. Kairjak, J. Sootak. Varavastased süüteod. Tallinn. Juura 2012
4. Kindhäuser, Neumann, Paeffgen. Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage
5. M.Kairjak. Faktilise ühingujuhi karistusõiguslik vastutus. – Juridica 2011, VII
6. P. Pikamäe, J. Sootak; Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn. Juura 2009
7. StGB § 13 (Wittig – BeckOK StGB, v. Heintschel-Heinegg, 37. Edition
8. M. Kairjak, J. Sootak. Varavastased süüteod. Tallinn. Juura 2012
9. K. Saare, U. Volens, A. Vutt, M. Vutt; Ühinguõigus I, Tallinn, Juura, 2015
10. M. Kubiciel. – Neue Zeitschrift für Strafrecht 2005, 7
11. J. Sootak. Karistusõigus, Üldosa, Tallinn. Juura 2010
12. M. Kairjak, Varaliste huvide järgimise kohustus ja teisele isikule usaldatud vara. Juridica 2010
13. Arvamuste tabel, kättesaadaval justiitsministeeriumi kodulehel: https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/article_files/arvamuste_tabel_3.12.2013.pdf.

Kasutatud normatiivmaterjal

Karistusseadustik RT I, 30.12.2017, 29

Tsiviilseadustiku üldosa seadus RT I, 20.04.2017, 21

Avaliku teenistuse seadus RT I, 28.12.2017, 48

Korruptsioonivastane seadus RT I, 17.11.2017, 29

Äriseadustik RT I, 17.11.2017, 22

Saksamaa karistusseadustik Strafgesetzbuch

Eesti Vabariigi Põhiseadus RT I, 15.05.2015, 2

Euroopa inimõiguste Konventsioon

Kasutatud kohtupraktika

Eesti kohtupraktika

RKKKo otsus nr 3-1-1-4-08

RK otsus nr 3-1-1-61-09

RK otsus nr 3-1-1-55-09

RKKKo otsus nr 3-1-1-52-14

RKKKo otsus nr 3-1-1-74-05

RKKKo otsus nr 3-1-1-100-09

RKTKo 3-2-1-169-14

RKKK otsus nr 3-1-1-43-13

RKTK otsus nr 3-2-1-41-05

HMK 09.03.2012. a otsus kriminaalasjas 1-12-1652

RKKKo otsus asjas nr 3-1-1-23-14

RKKKo otsus asjas nr 3-1-1-58-03

RKTKo otsus asjas nr 3-2-1-46-09

RKTKo otsus nr 3-2-1-129-15

RKKKo nr 3-1-1-46-14

RKKKo otsus nr 3-1-1-92-13

RKKKo otsus nr 3-1-1-98-15

RKKKo otsus nr 3-1-1-68-05

Saksa kohtupraktika

BGH 3 StR 470/04 - Urteil vom 21. Dezember 2005 (LG Düsseldorf)

BGHSt 47, lk 197

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Martin Ziehr,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „KarS § 217² ehk usalduse kuritarvitamise ning § 201 lg 1 alt 2 ehk võõra vara omastamise koosseisude vaheteo analüüs“ mille juhendajad on Erkki Hirsnik ja Prof. Jaan Sootak:
 - 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus **23.04.2018**