

ERIK SEIM

Süü või ohtlikkus – karistusõiguse eetiline dilemma?

Bakalaureusetöö

Juhendaja: dots Pärtel Piirimäe

Tartu 2009

Tartu Ülikooli filosoofia ja semiootika osakond

1. SISSEJUHATUS.....	4
1.1 EELLUGU	7
1.2 TÖÖ ÜLESEHITUS	8
2. KASUTATAVAD MÕISTED.....	9
3. PRINTSIIBID	11
3.1 PRINTSIIPIDE KASUTUSEST ÜLDISELT	11
3.2 RAZ ÜLDISELT.....	12
3.3 VASTANDUVAD REEGLID, KONFLIKTSED PRINTSIIBID	13
3.4 PRINTSIIBID ÕIGUSES	16
3.5 KOKKUVÕTE.....	19
4. KARISTAMISE ALUSED.....	21
4.1 ALUSTEST ÜLDISELT. ENNUSTAV KINNIPIDAMINE	21
4.2 NELI ÜLDIST MUDELIT	22
4.3 LISAMÄRKUSED KOHALDATAVA SÜSTEEMI TUVASTAMISEKS	23
4.4 KOKKUVÕTE.....	24
5. EELNÕU	26
5.1 MUUDATUSED KARISTUSSEADUSTIKUS	26
5.2 MUUDATUSED KRIMINAALMENETLUSSEADUSTIKUS JA VANGISTUSSEADUSES.....	28
5.3 SELETUSKIRI ÜLDISELT	28
5.4 KÄITUMISKONTROLL JA KARISTUSJÄRGNE KINNIPIDAMINE, KARISTUSJÄRGNE MEEDE. KOHTUNIKU DISKRETSIOON	30
6. ANALÜÜS.....	33
6.1 ERIPREVENTSIOON	33
6.2 ÜLDPREVENTSIOON	34
6.2.1 Negatiivne üldpreventsioon.....	34
6.2.2 Positiivne üldpreventsioon.....	36
6.3 ABOLITSIONISTLIK KRIITIKA.....	38
6.3.1 Kuriteo mõiste ei sisalda endas alati karistust.....	38
6.3.2 Avaliku kuriteona käsitlemine võtab konfliktidelt nende esialgsed osapooled.....	39
6.3.3 Kokkuvõtlikult abolitsionistidest	41
6.4. KARISTUSE EESMÄRGID	41
6.4.1 Nozick.....	41
6.4.2 Duff	42
6.5 MÕJUTUSVAHENDI MÕISTE ANALÜÜS	44
7. SÜNTEES.....	48
7.1 VASTUOLU OLEMUS.....	48
7.2 KUIDAS LÄHTUDA OHTLIKKUSEST?	50
7.3 ÜHISKOND JA OHTLIKKUS – PRAGMAATILINE LÄHENEMINE.....	51
7.4 ÕIGUS JA MORAAL ERAIDI.....	53
7.5 EBAÕIGLANE ÕIGLUS?	54
7.6 DUFF, NOZICK JA KOMMUNIKATSIOONI KONFLIKTSUS.....	54
8. KOKKUVÕTE	56
9. ABSTRACT	57
10. KASUTATUD KIRJANDUS.....	58
10.1 KASUTATUD NORMATIIVMATERJAL.....	59

Süü või ohtlikkus?

Seim

11. TÄNUAVALDUSED	60
12. LISAMÄRKUSED	61

1. Sissejuhatus

Euroopa Liidu põhiõiguste harta¹ preambula sätestab: „[Euroopa] Liit teadvustab oma vaimset ja moraalselt pärandit ning rajaneb inimväärikuse, vabaduse, võrdsuse ja solidaarsuse jagamatutel ja universaalsetel põhiväärtustel; liidu aluseks on demokraatia ning õigusriigi põhimõte. Liidu kodakondsuse kehtestamise ning vabadusel, turvalisusel ja õigusel rajaneva ala loomisega seab liit üksikisiku oma tegevuse keskmesse.“ Sama harta artikkel 1 ütleb: „Inimväärikus on puutumatu. Seda tuleb austada ja kaitsta.“

Ühelt poolt on harta sisuks teha selgeks, missugustele väärtustele antud lepingupooled oma käitumises peaksid rajanema. Teisalt toob harta välja ja rõhutab üksikisiku tähtsust – see seostubki inimväärikuse artikliga.

Eesti Vabariigi põhiseaduse (PS) § 10 ütleb järgmist: „Käesolevas peatükis [põhiõigused, vabadused, kohustused – E.S.] loetletud õigused, vabadused ja kohustused ei välista muid õigusi, vabadusi ega kohustusi, mis tulenevad põhiseaduse mõttest või on sellega kooskõlas ja vastavad inimväärikuse ning sotsiaalse ja demokraatliku õigusriigi põhimõtetele.“ Antud põhiseaduslik säte viitab Eesti seadusliku korra väärtustele. Kui juhtub, et koostajad on jätnud mõne, nt Euroopas tunnustatud põhiväärtusele tugineva õiguse antud dokumenti – Eesti Vabariigi põhiseadus – lisamata, ei tähenda see veel, et sellele õigusele ei saa oma subjektiivseid õigusi nõudes tugineda. Kõik õigused, mis tulenevad inimväärikuse, õigus- ja sotsiaalriigi põhimõttest, on kohaldatavad ka Eestis. Nende najalt subjektiivsete õiguste kehtestamine võib väga edukas olla².

Antud sätet nimetatakse ka arenguklauslik, mis tähendab, et põhiseaduses loetletud õigused, vabadused, kohustused ei ole ammendavalt loetletud ja seega ei piirne põhiseaduses kehtestatu üksnes põhiseaduse tekstiga. Lähtudes põhiseaduse mõttest kooskõlas inimväärikuse ning sotsiaalse ja demokraatliku õigusriigi paradigmatel (Maruste 2004: 265) võib õigusi, vabadusi ja kohustusi (tõlgendades) tekstist erinevalt sisustada või isegi tuletada.

¹ Euroopa Liidu põhiõiguste harta sisu on siduvaks ka Eesti Vabariigile kui Euroopa Liidu liikmesriigile. (<http://eur-lex.europa.eu/et/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303ET.01000101.htm>)

² Edukas sõltub muidugi eeldusest, et õiguste saaja suudab seondada oma soovitud õiguse vastavate inimväärikusele iseloomulike tunnustega. Näited Euroopa Inimõiguste Kohtu praktikast ja Eestist seonduvad *kohtumenetluse mõistliku aja* põhimõtte rakendamiseks. (vt Mõtsnik vs. EESTI)

Maruste viitab sarnaselt ka PS §-le 18 – „Kedagi ei tohi piinata, julmalt või väärikut alandavalt kohelda ega karistada.“

Eesti Vabariigi Kriminaalmenetluse seadustik³ (KrMS) § 9 täpsustab, oma põhiseaduslikult aluselt, et „Uurimisasutus, prokuratuur ja kohus peavad menetlusosalist kohtlema tema au teotamata ja tema inimväärikut alandamata. Kedagi ei tohi piinata ega muul viisil julmalt või ebainimlikult kohelda.“⁴

Esildatud näidete põhjal peaks olema selge, missugustel põhiväärtustel seisab Eesti riik.

Üldiselt sõnastatud väärtustega kaasneb aga paraku nende mitmekülgne tõlgendamisvõimalus. Vastavalt tõlgendaja äranägemisele on võimalik jõuda vastakate tulemusteni⁵. Tihti peale räägib interpreteeritavate põhimõtete kahjuks just nende praktikas avaldumise vastuolulisus, s.t kui antud printsiipe igapäevasesse toimimisse rakendatakse, ilmnevad erinevad arusaamised ja nendest tulenevad tegelikkuses soovimatud käitumisviisid.

„Inimväärikut ei tohi ohverdada akuutsetele-pragmatilistele“ vajadustele sotsiaalpoliitilises elus (võitlus kuritegevusega, majandusraskused vmt). Väärikus on omane kõigile inimestele, sõltumata nende kehalisest seisundist ja vaimsest tasemest.“ Lisaks sisemisele mina-pildile (oma väärtussüsteem) esineb inimväärikus ka välises mastaabis ning avaldub paljudel juhtudel just suhetes teiste inimestega, olukordade ja avalikkusega. Seega inimväärikus ei avane vaid individuaalsuses, vaid ka sotsiaalsuses. „Sellest kõlbelisest imperatiivist võib taganeda, kuid seda saab teha väga piiratud ulatuses, ainult kooskõlas põhiseadusega; rakendatav piirang peab olema vajalik demokraatlikus ühiskonnas⁶ ega tohi moonutada piiratavate õiguste ja vabaduste olemust (Maruste 2004: 124-125).“

³ Tegu on Eesti õigusnormide hierarhias konstitutsioonilise normiga ehk seda seadust saab muuta vaid Riigikogu koosseisu häälteenamusega (PS § 104 p 14). See tähendab omakorda, et antud menetlusseaduse tähtsus on ilmne ka tema ülimuslikkuses teiste õigusnormide hierarhias madalamal seisvate õigustloovate aktide hulgas – neil on kõrgem juriidiline jõud tavaliste seadustega võrreldes, „kuid madalam põhiseadusest“ (Maruste 2004: 74). Seega nimetatud normides leiduvaid põhimõtteid tuleb (tõlgendamisel) tõsiselt võtta.

⁴ Antud KrMS-i sätet (§ 9) analüüsitakse küll pigem PS-i §-de 18, 20, 21, 26 seondult, kuid antud kirjutise huvides on oluline osa, mis ütleb, et *kohus peab menetlusosalist kohtlema inimväärikut alandamata*. Tekstis peaks ilmnema inimväärikuse küsimus ja selle kasutus karistamisõigusliku õigustamise (argumentatsiooni) žargoonis ning loogikas (muu analüüsi jaoks vt Kergandberg, Sillaots 2006: 78-89).

⁵ Muidugi ei räägi ma otseselt väärtusi ümberlukkavate tulemuste saavutamisest. Kuigi osavam sofist võiks ka sellega hakkama saada.

⁶ *Necessary in democratic society* – tegu mitmes Euroopa Inimõiguste Kohtu lahendis toonitatud põhimõttega, mis omakorda tuleneb Euroopa Inimõiguste ja Põhivabaduste Konventsiooni artiklist 8 lg-st 2.

Inimväärikuse mõiste mitmekülgsus avaldub üldistatult nõnda, et rääkida saab üksikisiku autonoomsusest, tõsta kõrgele tema iseloomuomaduste väljaarendamise õigust, vaba eneseteostust, tegevus-, mõtte- ja sõnavabadust; samas ei saa ümber ka üksikisiku kaitsest ühes terviklikus ühiskonnas. Kui ühiskond ei toimi hästi, ümberringi on ohtlik keskkond, ei saa ka üksikisik oma eelnimetatud vabadusi teostada ja nautida.

Problemaatika pidepunkt on ühiskonna kaitsevajaduse vastandamine üksikisiku õigustele, kaalukaussiks on seatud inimväärikus. Kuigi näide isiku vabaduste piiramise õigustusest enamuse huvides on mõneti kujunenud poliitilise filosoofia klišeeks, avab see konflikt taaskord ka antud uurimuse tagamaad. Minu teemakäsitlus püüab olla küll (õigus-) filosoofiline, kuid enda argumentatsiooni hõlbustamiseks kasutan abivahenditena ka karistusõiguse ja –poliitika teoreetilisi käsitlusi.

Kui ühel pool on *üksikisiku autonoomsus*, siis teisel pool võiks asetseda ühiskondlikkus kui eluviis, atomistlikumalt, *teiste – kõigi – isikute kaitse ja heaolu*. Nimetatud vastuolule rajanedes on tekkinud erinevad poliitilised jõud ja huvigrupid, kes vastavalt oma nägemusele ka üldsuse elutegevust juhtida üritavad (erakonnad, suurkorporatsioonid, rahvaste ühendused, NGO⁷, d).

Eetilisi piire on nimetatud temaatikasse juba sajandeid tõmmatud, kuid loodetavasti pakub see töö mingil määral teistsuguse lähenemisvõimaluse ning ärgitab lugejat ka õigusest kriitilisemalt mõtlema. Kesksel kohal on (inim-) väärtused ja nende kohaldamine; väärtuste indikaatorina (vt nt Nuotio 2008: 1)⁸ kasutan ma õigust, täpsemalt karistamisõigust. On levinud mõtte, et riigi väärtusi hinnates oleks kasulik vaadata seda, kuidas riik oma vange kohtleb ja mis õigused on isikutel kriminaalmenetluses – peaausjalikult sellest mõttest lähtuvalt on ajendatud ka järgnev.

Käesolev töö on oma sisult eetiline analüüs. Kasutades teema koondajana üht elavnevat debatti Eesti karistusõiguses, soovin anda karistusõiguse filosoofilistele teooriatele ja nende praktikatele ülevaatliliku analüüsi, mis võimaldaks lugejal huvi tekkimisel valdkonnas esialgselt orienteeruda ning soovi korral ise edasi süüvida. Mõtte analüüsi just nõnda üles ehitada andis mulle juhendaja Pärtel Piirimäe⁹.

⁷ NGO – *non-governmental organisation* (kolmas sektor, mittetulundusühingud jms)

⁸ „*Criminal procedure is a „seismograph“ or „barometer“ of the constitution of a state.*“ (Kriminaalmenetlus on riigi põhikorra baromeeter.) (Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*).

⁹ Suur tänu konstruktiivse kriitika ja heade tähelepanekute eest!

1.1 Eellugu

2008. aasta oktoobris saadeti Riigikokku „Karistusseadustiku, kriminaalmenetluse seadustiku ja vangistusseaduse muutmise seaduse eelnõu“¹⁰, mille sisuks on lühidalt see, et ühiskonnaohtlikku isikut võidakse ka pärast süü alusel mõistetud karistuse kandmist pelgalt tema ohtlikkuse tõttu jätkuvalt kinni hoida või talle järelvalvet teostada. *Ohtlikkuse eelnõu* sattus oma olemuslike küsitavuste tõttu kahe Tartu Ülikooli professori avalikkuses peetud vaidluse esemeks.

Kriminoloogia prof Jüri Saar, kes oli ilmselgelt antud eelnõu vastu, tuvastas antud eelnõus „sammu totalitarismi suunas“ ning nägi probleemi „karistamise olukorras, kus karistuse mõõt pole mitte kuritegu, vaid isik, kes selle toime pani (Saar 2008)“. Muuhulgas häiris Saart ka mõte vanglasse tekkivast kontingendist, kes tegelikkuses ei teagi oma väljalaskmise tähtaega, „kes küll viibib seal, ent kui kaua ja mille eest, seda ei tea täpselt keegi (Saar 2008)“¹¹. Saar jäi seisukoha juurde, et „normaalset, oma käitumist kontrollida suutvat inimest saab karistada üksnes tema juba toime pandud tegude eest. Mitte aga selle eest, et ta tundub kellelegi ohtlik või muidu kahtlane (Saar 2008).“

Kriminaalõiguse professor Jaan Sootak, kes oma akadeemilises tegevuses on korduvalt antud teemal kirjutanud (vt nt Sootak 2006; Sootak 2007b), on eelnõu ideoloogiale poolehoidu esildanud nii tema enda 60. juubeliks korraldatud konverentsil „Süü või ohtlikkus – karistusõiguse dilemma“ peetud lõpukõnes kui ka Saarele vastates (Sootak 2008): „Üks karistuse eesmärke on ühiskonna kaitsmine ohtlike kurjategijate eest. Mõnikord ei ole preventsiionide realiseerimine süü piires isiku mõjutamiseks ja ühiskonna enesekaitseks kas üldse võimalik või on ebapiisav. Riik peab oma inimesi kaitsma. Preventsiione tuleb rakendada mitte süü piires, vaid väljaspool süüd. Süüst sõltumatu mõjutusvahendi kohaldamist õigustab võimaliku tulevase ohu ärahoidmise vajadus. Selle mõte on isiku parandamine või ühiskonna turvalisuse kaitse(!).“

Nagu öeldud, peaks see bakalaureusetöö andma ülevaate selle debati eetilistest alustest, muuhulgas esitama vastuseid küsimustele: missugust moraaliteooriat eelistab süü pinnalt argumenteeriv isik, missugust teooriat ohtlikkuse pinnalt, mis on selliste teooriate

¹⁰ <http://www.just.ee/39236> ; eelnõu on kättesaadav: <http://eoigus.just.ee/>

¹¹ Andrew von Hirsch käsitleb vangistatud süüdlaste (*imprisoned offenders*) varajast teavitamist nende vabastamisest kui karistuse määramise formaalstruktuuri (*formal sentencing structure*) osa. (vt **von Hirsch** 1983: 209, 2nd footnote)

rakendumisvõimalused/-piirangud, loogilised võimalikud tagajärjed, mis on kohanduvate teooriate peamine sisu ja kriitika.

1.2 Töö ülesehitus

Kõigepealt esitan kasutatavate mõistete ülevaatliku sisu ja vaatlen printsiipide ja reeglite kohaldamise erisusi Joseph Raz'i näidete abil. Enne eelnõu analüüsi juurde asumist esitan Andrew von Hirsch'i järgi karistamisloogika üldskeemi koos ülevaatlike selgitustega (tasumisteooriast kuni täielikult preventatsioonile üles ehitatud skeemini). Seejärel asun kriitiliselt uurimusobjektiks oleva eelnõu juurde. Kirjeldades lühidalt eelnõu sisu, võrdlen saadud tulemusi eelnõu-eelse, praegu kohanduva õiguse loogikaga. Et nimetatud ettevõtmist hõlbustada, kasutan avalikult kättesaadavat eelnõu teksti ning selle juurde käivat seletuskirja.

Nimetatud deskriptiivse osa eesmärgiks on esitada kõik selgitamist vajavad teooriad, mille analüüs toimub töö teises pooles.

Peamiste teooriate kriitika kõrvale vaatlen põgusalt ka abolitsionistliku karistusteooria kui ühe suhteliselt äärmusliku alternatiivi argumente.¹² Enamus töös käsitlemist leidvate filosoofide juurde, näiteks R.A. Duff ja Andrew von Hirsch, juhatas mind Helsingi Ülikooli õigusteaduse prof Kimmo Nuotio (LL.D.).

Tehtud töö sünteesi juures üritan leida eetilisi argumente *süü* ja *ohtlikkuse* temaatikasse ning pakkuda ka filosoofilist laadi lahenduse.

¹² On ju üheks efektiivsemaks filosoofiliseks meetodiks käsitledava teooria vastandamine, kas selle enda loogiliste äärmuste või mõne teise radikaalse lähenemise argumentidega.

2. Kasutatavad mõisted

Järgnevad selgitused (vähemalt need, mis seotud täpsemalt karistusteooriate tutvustusega) on kokkuvõtlikud ja üldsõnalised ning tuginevad Jaan Sootak'i õpikus „Sanktsiooniõigus“ (Sootak 2007a) esitletud karistusteooriate tutvustusele ja Erich Samsoni „Kriminaalõiguse üldosa“ (Samson 2000) samale valdkonnale pühendatud sektsioonile. Need lahtisõnastused ei pretendeeri täielikkusele, vaid üritavad edasi anda vastava mõiste põhiosa; tekstis saavad nimetatud mõisted täpsemalt lahti seletatud.

Retributivism – teooria, mis lähtub isiku karistamisel tema süüst; seda valikut põhjendatakse viidetege üldiselt kohanduvatele inimväärikuse põhimõtetele (Kant'i kategooriline imperatiiv). Kasutatakse ka *tasumisteooria*¹³ (*desert* - tasu) nimetust.

Konsekventsialism – teooria, mis isiku karistamisel lähtub erinevatest eesmärkidest nagu preventioon, ümberkasvatamine, hirmutamine, normi sotsiaalne tagamine jt; õigustatakse (karistamisel) nimetatud eesmärkidega ka isiku süü piirest väljumist.

Abolitsionism – teooria, mis tekkis peegeldusena eelnevalt mainituile: abolitsionistide meelest tuleks näiteks riigi tasandil karistamine üleüldse ära jätta ning rõhuasetus peaks olema süüdlase ja kannataja vahelise lahenduse leidmisel.

Üldpreventatsioon – konsekventsialistliku teooria alaliik, mis omakorda jaguneb õigusteoreetiliselt kaheks: *negatiivne* ja *positiivne* üldpreventatsioon. Negatiivse all mõeldakse peaaesjalikult üldsuse (ühiskonna) mõjutamist, demonstreerides sanktsiooni kohaldamist süüdlasele, on eesmärgiks panna ühiskonna liikmeid ümber mõtlema ja hoiduma kuritegevusest (Feuerbach'i psühholoogilise sunni teooria). Positiivse üldpreventiooni puhul on eesmärgiks teenida ühiskonnas kehtivate normide ülalhoidmist, eeldatakse et isikut mõjutavad ühiskonnas tekkinud ja õiguse poolt hoitud väärtushinnangud (Mayer, Jakobs).

Eripreventatsioon – konsekventsialistliku teooria alaliik, mille rõhuasetus on üksikisiku mõjutamisel (vt üldpreventatsioon – üldsus). Isiku puhul võetakse arvesse kuriteo toimepanemise põhjuseid, isiku sotsiaalseid omadusi ja võimalikke riiklikke vahendeid (vangistamine, sotsiaalabi jt) järgnevate kuritegude vältimiseks (von Liszt).

KJKT – karistusjärgne käitumiskontroll

¹³ Nõnda kutsuvad teooriat ka Jaan Sootak (Sootak 2007a).

KJKP – karistusjärgne kinnipidamine

KJM – karistusjärgne meede

Reegel – konkreetse sisuga üldkohanduv õigustloov akt

Printsiip – üldisema sisuga üldiselt kohaldatav õigustloov akt või aktide ühildis

Seadus – õigustloov akt füüsilises, kirjapandud mõttes; nii terviklik seaduste kogum kui eraldi norm suuremas normide süsteemis. (Järgnevas seksioonis on vaatluse all see mõiste kui intellektuaalne ja ideaalne tervik (Raz 1972: 825)¹⁴).

Väärtus – inimeste ühiskonnalises sfääris (pragmaatiliselt) kehtiv sotsiaalne norm, millest peetakse kinni näiteks sentimentaalsusest või kohusetundest teiste vastu (filosoofilisest tõlgendusest kui *soovida soovimisest* jms käesolevas bakalaureusetöös suurt tähelepanu ei pöörata: täpsemalt vt nt Indrek Reilandi käsitlusi *Akadeemia's* (Reiland 2007))

Monistlik/ dualistlik (karistuskeem) – mõjutusvahendeid saab kohaldada nii üheskoos karistusega (monistlik), kui karistusest lahus, eraldi menetluse ja seadusliku aluse kaudu (dualistlik). Kuigi mõjutusvahendi mõistet tuntakse Eesti karistusõiguses pigem vaid psühhiaatrilise sundravi korras ja alaealistele kohaldamisel, ning eelnõus nimetatu on minu nägemusel samm senisest nägemusest kaugemale (ja lähemale sundravile?), siis võiks öelda, et Eesti eripreventiivsed kaalutlused isiku karistamisel on monistliku iseloomuga – kuid Eestis praegu süü-ülele *mõjutamist* otseselt ei tunnistata¹⁵.

Pariteet e tasu võrdsus – olukorras, kus kurjategijad on süüdimõistetud võrdse tõsidusastmega kuritegudes, väärivad nad vastavalt ka sama rangusega karistust (välja arvatud juhul, kui esineb kergendavaid või raskendavaid asjaolusid).

¹⁴ Raz teeb selle eristuse viidates J. Bentham'ile.

¹⁵ „Igal juhul ei tohi karistusmäära suurendamine viia süüist suurema karistuse mõistmiseni.“ (Sootak, Pikamäe 2002: 164, p 11)

3. Printsüübid

3.1 Printsüüptide kasutusest üldiselt

Käesolevas töös käsitlemist leidev konflikt on sisuliselt debatt väärtuste üle – *hinnates üksikisiku inimväärikuse hinda ja ühiskonna kaitset – millistest väärtustest lähtuda*,¹⁶. Konkreetsemalt on võimalik tuua sellesse debatti ka õiguspositivistide ja loomuõiguslaste vahelisi lahkkelisid. Enne Hart'i lähtus õiguspositivism näiteks küllaltki järgalt seisukohast, et väärtused, eetika on õigusvälised mõisted. Loomuõigus seevastu toetub just nimelt üldistele väärtustele ja aja jooksul arenenud põhimõtetele, et pakkuda materjali positiivse õiguse hindamiseks – just nimelt õiguse väärtuslikkuse ja eetilise hindamiseks (Maruste 2004: 26-36).

Tänane õigus (nii maailmas kui konkreetselt ka Eestis) on ilmselgelt pigem pragmaatiline süntees kui jätkuv vastuolu¹⁷, sestap ei pea kahe koolkonna vahelisse varasemasse debatti väga süüvima. Nimetatud sümbioosi selgituseks vaid nii palju, et õiguspositivistide jaoks leevendab *kooselu* ka asjaolu, et loomuõigus on leidnud tee kodifitseerimiseni, seda siis erinevatesse üldiselt kohanduvatesse konventsioonidesse¹⁸. Seega on loomuõiguslikele väärtustele tuginemist võimalik vaadelda samuti positivistlikus kontekstis.

Olukorras, kus loomuõiguslikud väärtused on (peaasjalikult tänu kodifitseerimisele) leidnud positivistliku tee õiguse rakendamisse, on kohtuotsustes või ametnike kaalutusõiguse juhtudel üldistele väärtustele lihtsam tugineda, vahest on nendele tuginemine isegi kohustuslik¹⁹. Lähtudes positivistlikust vaatest (ja eesmärgipärasusest käesoleva tööga), pean küsima: missuguses vormis nimetatud väärtused esinevad?

Konkreetne vastus sellele küsimusele on, et väärtused esinevad printsüüptide ja reeglitena ning need on leitavad ülepea kõikides õigustloovates aktides, vähemal või rohkemal määral.

¹⁶ Oluline on siinkohal ära märkida, et isikust lähtudes saab väärtustada ka ühiskonda – e ühiskond, mida hoiab koos üksikisiku väärtustamine (Kant); või vastupidi, ühiskonda väärtustades on kaitse all ka üksikisikute (ühine) heaolu ja sotsiaalne rahu.

¹⁷ Vähemalt mitte enam positivistide ja loomuõiguslaste vahel, ma arvan.

¹⁸ Nt Euroopa Inimõiguste konventsioon (1950), ÜRO Inimõiguste ülddeklaratsioon (1945), Piinamise ning muude julmade, ebainimlike või inimväärikust alandavate kohtlemis- ja karistamisviiside vastane konventsioon (1984).

¹⁹ Ametnikud peavad nt diskretsioonotsuste korral lähtuma õigusprotseduurilistest põhimõtetest, et leida kõige parem ja otstarbekam lahendus. Vt Haldusmenetluseadustiku 2. jagu, mis omakorda on tuletatud PS-e põhiõigustest, kohustustest, vabadustest ja Euroopa Liidus hinnatavatest põhimõtetest.

Isegi mõni tagasihoidlik määrus võib tõlgendamise korral olla pinnaseks mitmele kohanduvale printsiibile, millele küll otseselt viidatud ei ole.

Printsiipidest ja reeglitest räägin seetõttu, sest käsitlemisele tulev konflikt on, nagu öeldud, väärtuste konflikt. Täna õiguses tähendab see printsiipide ja reeglite konflikti. Selle vastasseisuni võib jõuda, kas seaduse teksti otse lugedes või selle sõna, mõtet tõlgendades. Järgnevalt esitan Joseph Raz'i poolseid mõtteid ja seoseid printsiipidest ja reeglitest – need on antud kontekstis olulised tegurid, mistõttu tuleb neid käsitleda ka siin.

3.2 Raz üldiselt

Printsiipe saab jagada nende vormi järgi peaausjalikult kaheks: tuletatud (*summary reference*) ja otsesed (*ius scriptum*) printsiibid. Üks isik võib viidata oma ühiskonna seadusandlusele ning väita, et tema riik tunnustab õiguslikult sõnavabadust. Nõudes seletust, vastab ta järgnevaga: vabadust piiravad seadused on loodud vaid laimamise takistamise, sõjaväeliste kohustuste, mõningate filmide ja raamatute tsenseerimiseks, viimane omakorda õigustatud laste kaitsmise seisukohast; lisaks eksisteerib lai normistik lubamaks laialdast ligipääsu massimeediale, mis omakorda võimaldab igast mõttemaailma nurgast pärit inimestel avalikes asjades oma arvamust avaldada jne. Kuid tema väide riigi sõnavabaduse hindamise põhimõttest rajaneb erinevate kohanduvate seaduste koondnimetuse alla toomisele (*summary reference to a great number of laws*) ning mitte väitele ühest kindlast seadusest – see on tuletatud erinevate seaduste koosmõjust; kuid seda printsiipi eraldi seadusena kuskil ei eksisteeri (Raz 1972: 828).

Kontrastiks on võimalik rääkida sõnavabaduse põhimõttest, mis on *seadusega inkorporeeritud* riigi seadusandlusesse – tegu on seadusega, mis kohustab kohtuid ja riigiametnikke sõnavabadust kaitsma.²⁰ Sel juhul on tegemist otsese põhimõttega; seadusandja

²⁰ Ronald Dworkin'i käsitluses pälvibki vaid viimane versioon printsiibi tähenduse, sest see põhineb kohustamisel (see on kirjas ja sellele saab seega rajaneda) ja, nagu öeldud, juhendab ka kohtuid ja ametnikke nende tegevuses (Raz 1972: 828).

on väljendanud põhimõtte olemasolu *expressis verbis*²¹. Nõnda sisaldab selle isiku väide ühe konkreetse seaduse sisu.

3.3 Vastanduvad reeglid, konfliktised printsiibid

Situatsioonis, kus kaks või enam õiguspärast normi omavahel konflikti satuvad, on lahenduseks õiguslike reeglite ja printsiipide kohaldamine, nt printsiip *lex posterior derogat priori* (kohaldamisele tuleb alati²² uus seadus).

Seaduste vaheliste vastuolude vältimiseks võidakse täiendada ka seaduse teksti, s.t seadusesse kirjutatakse *erandid*, mille puhul luuakse õiguspärased võimalused seaduse peaosaga vastuollu minemiseks (Raz 1972: 829). Peale nimetatud reservatsiooni sisse kirjutamise on vaadeldav ka vastanduvate normide koht normide terviksüsteemis (süsteemaatiline tõlgendamine) – kas üks asub nt üldosas, teine eriosas; või mis on seaduse mõte ja kas kohanduvad mingisugused põhimõtted.²³

Näiteks kehavigastuste tekitamine on KarS'i eriosas (mis viitab selle erinormi staatusele), võrreldes seda hädakaitsega võib teo õigusvastasus olla välistatud. Siiski on oluline vaadata hädakaitse piire – ega neid ei ole ületatud – kui on, siis kehavigastuste tekitamise regulatsioon prevaleerib. Eesti karistusõigus lahendab võimalikku seaduste konflikti kolmese deliktstruktuuri kohaldamisega. Isikule kehavigastuste tekitamine on sanktsiooniga karistatav delikt – karistusseadustik (KarS) § 121 – kuid kui politsei põgenevat relvastatud röövlit jalga tulistab (olles teda nimetatud sunnivahendi kohaldamisest eelnevalt hoiatanud) ei ole see karistatav. Nii objektiivse kui subjektiivse koosseisu tuvastamisel probleeme ei teki – politseinik tulistas jalga ja kehavigastus on tekitatud. Korrakaitseametnik tegutses ka kavatselt: politseinik plaanis (hetke diskretsioonotsustusega) isiku peatamiseks kasutada tulirelva ja tulistamisega vigastuste

²¹ PS §§-d 19, 40, 41, (eriti) 45 – kõik need sätted viitavad otseselt või kaudselt sõnavabadusele Eestis, kuid õhku jääb küsimus, kas nt § 45 on Eesti sõnavabaduse kehtestamise konkreetne norm või peaksime sõnavabaduse põhimõtet ikkagi kogumis vaatlema.

²² Selle erandiga, et nt karistusõiguses ei ole uut seadustel (enamasti) tagasiulatuvat jõudu ning seega ei saa me rääkida uue seaduse kohaldamisest juhtumites, mis toimusid enne selle uue seaduse kehtima hakkamist. Samas kui uus seadus annab sellele varasema seaduse kohaldamisajal tehtud süüteo kergema sanktsiooni, kohaldatakse just nimelt uut.

²³ *Lex specialis – lex generalis* vahekorda on analüüsinud ka R.A. Duff (vt Duff 2007), kusjuures osaliselt jõuti seisukohale, et üldosa on eriosa tõlgendamiseks ja eesmärgipäraseks kohaldamiseks.

tekitamine oli (üheks) tema eesmärgipäraseks vahendiks²⁴. Tegevteenistuses oleva politseiametniku puhul võib ka eeldada, et ta on süüvõimeline. Õigusvastasuse tuvastamisel tekivad politseiniku karistamise eelduste täitmisel küsimused – KarS § 27 sätestab, et „Õigusvastane on tegu, mis vastab seaduses sätestatud süüteo koosseisule ja mille õigusvastasus ei ole välistatud käesoleva seadustiku, muu seaduse, rahvusvahelise konventsiooni või rahvusvahelise tavaga.“ Politseiseaduse (PolS) §-de 14 lg 1, 2; 15 lg 1, 2 p 1, 2 koosmõjul ei ole politsei käitumine õigusvastane, sest tegu on KarS § 27-s nimetatud *muu seadusega*, mille tõttu õigusvastasus on välistatud.

Nimetatud näite puhul võib tekkida probleem vaid olukorras, kus politseiametniku käitumisele ei ole võimalik nii lihtsalt alust leida, vaid tuleb hakata asjaolusid hindama. Näiteks ei ole kindel, kas põgenev isik on ikkagi *seesama* tagaotsitud röövel; kas ta oli üldse relvastatud; tulistamisel lasi politseiametnik jalast mööda ning vigastas mitut elutähtsat piirkonda ja tagaetatav suri saadud vigastusse jne. Teise ja kolmanda näite koosmõjul on vastuolu esildamine lihtne: kas isiku võimalik (tingimusteta) kinnipidamine²⁵ kaalub üles inimelu kaitse põhimõtte²⁶? Vastus sellele küsimusele avaldub ühelt poolt kindlasti asjaolude täpsemas kirjelduses, kuid lõpuks ka pelgalt hindaja väärtushinnangutes ja siseveendumuses.

Kui politseiametnik kaitses tulistamisega enda elu – tegutses ta nii hädakaitse seisundis (KarS § 28) kui täitis ametikohustusi (PolS § 15 lg 2 p 1). Siinpuhul võib õigusvastasust välistava asjaoluna tuua välja juba kaks alust – üks PolS-st ja teine KarS-st.

Võrreldes seaduses sätestatud normide omavahelist käitumist (nagu viimase näite puhul) ja seejärel suunates sama tähelepanu printsiipide kohaldamisel tekkivatele küsimustele, võib öelda, et printsiipide kohaldamisel mängib suurt osa, esiteks, selle *kaal* õigussüsteemi hierarhias. Kuid kuna pole olemas alati samu olukordi ega ideaalset juhtumit, siis on vaja midagi lisatingimuseks. Printsiipide vahel otsustades tuleb arvestada, teiseks, ka võimalikku *kogust head või halba*, mida antud põhimõtte rakendamine endaga kaasa toob. Kaalukausil olevaid põhimõtteid tuleb

²⁴ Isik paneb teo toime kavatsetult, kui ta seab eesmärgiks süüteo koosseisule vastava asjaolu teostamise ja teab, et see saabub, või vähemalt peab seda võimalikuks (KarS § 16 lg 2).

²⁵ *Elektrišokirelva ja tulirelva kasutamine* - Politseiametnikul on õigus kasutada teenistusülesannete täitmisel elektrišokirelva ja tulirelva käesolevas seaduses sätestatud alustel ja korras. Tulirelva võib politseiametnik kasutada konkreetses olukorras äärmise abinõuna, kui teisiti ei ole elu ja tervist ohtu panemata võimalik täita temale pandud teenistuskohustust. Tulirelva võib kasutada relvastatud kurjategija relvitustamisel ja kinnipidamisel, samuti esimese astme kuriteo toimepannud isiku kinnipidamisel (PolS § 15).

²⁶ Igähele on õigus elule. Seda õigust kaitseb seadus. Meelevaldselt ei tohi kellelki elu võtta (PS § 16).

vaadelda just kohakuti vastavate edendavate eesmärkide ja nende tulemuslikkusega. Printsiiptide konfliktis tuleb hinnata nende vastastikust tähtsust süsteemis (kumb on tähtsam printsiipt) koos edendatava hea või halvaga (Raz 1972: 838).

Teisisõnu on printsiiptide kasutamine konsekventsialistlik. Juhtumil, kus üks lahendus võib suurel määral edendada kaalult vähem tähtsa põhimõtte eesmärki, tehes ainult natuke kahju kaalult tähtsama põhimõtte eesmärgile, peaksime eelistama just vähem tähtsat printsiipt. Eriti olukorras, kus alternatiivne lahendus tooks tähtsama printsiipti eesmärki vaid natuke edendades kaasa suure kahju vähem tähtsale printsiiptile.

Reeglit ja printsiipti eristab konflikti tasandil see, et esimesel juhul on lahendus pigem *kaaluga* lahendatav, teisel aga selle *tulemuslikkusega*, kuigi Raz'i jaoks on ilmne, et konfliktsete reeglite puhul on võimalik nende sarnane kohtlemine printsiiptidega. Printsiiptide ja reeglite erinev kohtlemine ei sisaldu aga nende loogilistes erinevustes, vaid on otsene õiguspoliitika tulemus. (Raz 1972: 833)²⁷

Vastandades end Dworkin'i *loogilisele* eristusele (printsiiptid ja reeglid on loogiliselt erisorti õigustloovad aktid), märetleb Raz printsiiptide ja reeglite erinevust nende otstarve kaudu. Õigustloovad aktid, mis ei ole konkreetset kohustust reguleerivad normid, juhivad meie käitumist kaudselt läbi teiste normide (*guide behaviour indirectly through their logical relations with other laws which are norms*). Seda nähtust õiguses kutsutaksegi tihtipeale printsiiptiks (Raz 1972: 835-836).

Lähtudes Dworkin'i käsitlusest, läheneb Raz nimetatud eristamise küsimusele just *kohustavate* printsiiptide (*principles of obligation*) kaudu, sest kohustavate printsiiptide ja reeglite eristamine toob kaasa enamasti kõige rohkem segadust – nad on enam-jaolt sarnased.

Lähtuvalt hüpotees(H)-dispositsioon(D) mudelist (Narits 2002) võib mõlema ülesehitust kirjeldada nõnda: isikud (normi subjektid) peaksid (*ought*) käituma mingis situatsioonis (H) mingil kindlal viisil (D). Kusjuures see „peaksid“ on seotud mingi kindla tegevuse alusega ja ei kehti ükskõik, mis juhul (*not an „ought all-things-considered“*). Nii reegleid kui printsiipte saab teisi reegleid ja printsiipte kohaldades (ning teisi aluseid arvesse võttes) vastavatel juhtudel

²⁷ Kusjuures poliitika sisu selgineb jällegi printsiiptide ja reeglite kohaldamise loogilistest erinevustest (mis täpsustub omakorda konfliktisituatsioonis).

kohaldamata jätta – mõnel juhtumil võib vastavalt tõlgendamisele jõuda hoopis teiste printsiipide ja reeglite kohaldamiseni (Raz 1972: 836).

Reeglite ja printsiipide eristamisel on põhjanevaks H-D iseloom – ehk kui spetsiifiliseks on kirjutatud H või D. Printsiibid jätavad tihtipeale oma adressaadi konkretiseerimata. Ettekirjutus on konkretiseerimata olukorras, kus selle alla võib liigitada suure hulga (erinevaid) üldiseid tegevusvõimalusi. Spetsiifilisus esineb aga siis, kui kohaldada saab vaid mõningaid täpselt määratletud tegevusi. Näiteks suitsetamine on spetsiifiline aktsioon: suitsetatakse piipu, sigaretti või sigarit, kuid peaaesjalikult mitte midagi muud. Ka mõrv, isikuvastane rünne on spetsiifilised tegevused. Samas inimeste *õnnelikkuse edendamine*, *inimvääriskuse austamine*, produktiivsuse tõstmine või hooletul viisil käitumine²⁸ on väga ebaspetsiifilised aktsioonid. Seega printsiipide ja reeglite erisus seisneb nende täpsustavuse tasemes (*degree*), kuid konkreetset piiri ei saa vaid tasemele tuginedes tõmmata (Raz 1972: 838).

3.4 Printsiibid õiguses

Raz jagab printsiipide kasutuse viie juhtumi vahel. Jätkuvalt on teemaks just kohustava iseloomuga põhimõtted.

I. *Printsiibid seaduste tõlgendamiseks*

Tõlgendamisel esineb printsiipide kasutus kõige intensiivsemalt – tegu on hädavajaliku meetmega kindlustamiseks sama valdkonda puudutavate, kuid vastuollu sattunud normide kohaldamise koherentsust seaduse eesmärkidega. Vaadeldes eri riikide õigusregulatsioone, võib ühtpidi leida väga palju sarnasusi meie enda normidega, kuid põhjus, miks nende riikide kohtud ei jõua meie kohtutega samadele arusaamistele sarnaste normide kohaldamisel, on tihtipeale erisuguste printsiipide rakenduses (Raz 1972: 839).

II. *Printsiibid seaduste muutmiseks*

Kuigi piir eelmise punktiga võib olla mõneti hägune, on tegu eraldi aspektiga. Siinkohal on üheks põhialuseks pretsedendi nähtus, mis Eestis veel otseselt nii suurt õiguslikku jõudu ei oma nagu üldise õiguse riikides. Sisuliselt tõusetud käesolevas punktis printsiibi tähtsus seaduse

²⁸ Vt käibes vajaminev hool Võlaõigusseadus nt § 104.

muutmises, täpsemalt, kohandatakse seadust vastavalt õigele printsiibile (kui see näiteks varasemalt kahe silma vahele on jäänud). (Raz 1972: 839)

Samas võib rääkida Riigikohtu poolt õiguspoliitika suunamisest ühe eraõigusest pärit näite abil. Nimelt ebaproportsionaalsete viiviste puhuks laenulepingus on Riigikohus loonud mitmeid pretsedente selle jaoks, *kuidas ja millest lähtudes* võib viivist alandada kuni põhivõlani²⁹. Lisaks on Eesti riigis ka Riigikohtus tegutsev riigikohtunikest koosnev Põhiseaduslikkuse Järelevalve Kolleegium (PSJK), kelle menetluskord on küll vastava seadusega määratletud (põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seadus), kuid see ei takista neil põhiseaduse printsiipe ja reegleid (seaduse mõtet) interpreteerides ja kohaldades kuulutada oma lahendites valitud põhimõtetele mitte vastavaid seaduseid või üksikuid akte põhiseaduse vastaseks. Samas PSJK võib lähtuda peale *expressis verbis* põhimõtete põhiseaduses, ka Euroopa Liidu põhimõtetest³⁰, millel on meie õigusele otsekohanduvus³¹ – kuid see oleneb juba suuresti asjaoludest.

III. *Printsiibid erandiks seadusele erilistel asjaoludel*

Olukorras, kus konkreetse seaduse kehtestamisega võidakse minna vastuollu mõne väärtusliku printsiibiga, kohaldatakse printsiipi. USA näide, mis Eesti pärimisseaduse ja tsiviilosa üldosa seaduse koosmõjul enam küsimuse alla ei tuleks, esineb kohtuasjas *Riggs vs Palmer*³². 1889. aastal oli pärijal absoluutne õigus talle pärandatud pärandile, kuid olukorras, kus tulevane pärija oli mõrvanud pärandaja, kohaldas kohus levinud printsiipi „keegi ei tohi oma halva tekitamisega (süüteoga) rikastuda“ (*no one may benefit from his own wrong*) – sellist tõlgendust sisaldav otsus muutis seega toonast pärimiskorda. (Raz 1972: 840)

IV. *Printsiibid uute seaduste tegemisel*

Raz, olles mõjutatud üldise õiguse süsteemist, räägib võimalusest luua printsiipide mõjul uusi seaduseid situatsioonides, mis on seni seadustega reguleerimata [kuid reguleerimise vajadus

²⁹ vt nt Riigikohtu otsused [3-2-1-66-05](#) ja [3-2-1-137-06](#). Kui on tegu tühistatavate tüüptingimustega või hoopis on võlausaldaja viiviseid määrates käitunud hea tahte põhimõtte vastaselt jne.

³⁰ Nendest põhimõtetest, mida meie oma põhiseaduse tekst ei ole haaranud – kuigi tõenäosus sellise põhimõtte leidmiseks on väike.

³¹ Ka Raz räägib *kohtuniku diskretsiooni* juures (kritiseerides Dworkini käsitlust), et juhul, kui täpselt kohanduvat reeglit ei ole, võib kohtunik oma otsuse põhjendusse märkida ka rahvusvaheliselt tunnustatud printsiipe (Raz 1972: 844). Seejuures ei tohi ära unustada, et Raz räägib peaausjalikult üldise õiguse süsteemis, kus kohtuniku roll õiguses on mandri-euroopa õigusmudelilt tunduvalt teistsugune.

³² 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889) (Raz 1972: 837).

esineb – E.S.) (Raz 1972: 840). See on üldise õiguse riikidele omane seadusandluse viis, kus kohtuvõimu sekkub aktiivselt seadusandlusesse. Eestis saab sellist nähtust tuvastada vaid menetluslike hall-alade korrigeerimisel Riigikohtu poolt (vt Kergandberg, Sillaots 2006: 35), mis *otseselt* seadusandlusse võib jõuda läbi seadusmuudatuste ettepanekute tegemise ja kooskõlastusringil arvamuse avaldamise.

V. Printsiibid kui (spetsiifilistel juhtumitel) tegevuse alused

Selle punkti all mõeldakse enamasti ametnike diskretsioonotsustusel kohanduvaid põhimõtteid. Olukorras, kus riigiametnikule on jäetud, kas *valikukaalutus* või *otsustuskaalutus*, peab see isik lõpplahenduse otsinguil analüüsima ka kohanduvaid printsiipe ja reegleid. Diskretsioonotsuste langetamine on üks läbivamaid ametnike õiguseid, mida võib tuvastada nii prokuröride, politseinike kui ka maksuametnike jne töökohustuste täitmisel³³. Näiteks, kas algatada süüasi või mitte – legaliteedi põhimõtte järgi peab prokurör algatama igas olukorras menetluse, kui seadusega ettenähtud süüteo koosseis on täidetud; samas peab prokurör kaaluma ka menetluse otstarbekust ja avalikku menetlushuvi ning kokkuvõttes tegema otsuse lähtuvalt riigi eesmärkidest.

Loomulikult eelistatakse reeglid, kuna spetsiifiliste asjaolude õnnestunud subsummeerimisel kohanduva reeglina on leitud sisuliselt ka lahendus; printsiibid lähevad käiku pigem olukorras, kus muud vahendid on juba ammendatud. Printsiibid on tõlgendusastmelt paindlikumad ning kuna riik peaks loomult püüdlema rohkem konkreetsuse poole, on mõistlik poliitika kasutada nii palju reegleid kui võimalik – nad on konkreetsamad, selgemad ja seega on nende kasutuse tulemused ka paremini ette ennustatavad (Raz 1972: 841-842).

Raz nimetab kahte ohtlikku müüti, mida tihtipeale võib printsiiptide kasutamisel praktikas kohata. Nendest esimene räägib sellest, et suures ja kaasaegses ühiskonnas on arvestatav hulk jagatud väärtusi. Selline *ühise moraalsuse* müüt võib anda alust nt mingisuguse vähemuse arvamuse allasurumiseks. Teine müüt räägib, et meil kõigil on üldisemate väärtuste nagu rikkus, progress, kultuur, õiglus jne järele vajadus – me soovime täpselt samu asju ja *toetame samu ideaale*. Ühiskonnas tihti esinevad arvamuste erisused on tingitud väärtusi rakendatavate konkreetsete tegutsemisviiside valikust – lahkkelid tekivad vahendite valikul (Raz 1972: 850-

³³ vt haldusmenetlusseadustik (HMS) § 4 lg 1 - Kaalutusõigus (diskretsioon) on haldusorganile seadusega antud volitus kaaluda otsustuse tegemist või valida erinevate otsustuste vahel.

851). Nimetatud müüdid on tõenäoliselt igapäevane nähtus nii mõnegi päevakohase vaidluse argumentide hulgas – lähtuvalt oma agendast tõlgendan neid „üldisi väärtusi“ ning neile (mugavalt) toetudes väldin reaalse tõepinna otsimist³⁴. Eesti kohtuvõim pole minu hinnangul müütidest nõnda ohustatud – kohtunikud lähtuvad oma otsuste tegemisel *ius scriptum*’ist ning äärmuslike ja üldsõnaliste põhimõtete kohaldamisest (reeglina) hoidutakse. Kuid kas seadusesõnas kirjapandu hoiab ära müütide rakendamise? Kahtlen, ka kirjutatud õiguse laiemalt tõlgendamise juhtumitel (printsiiptide kohaldamisel nt) võidakse kokkuvõttes juhinduda just nimelt sellistest kinnitamata „tõdedest“.³⁵

3.5 Kokkuvõte

- väärtused peegelduvad printsiiptideks ja reegliteks (väärtused kui põhimõtted)
- printsiibid võivad olla normiga *expressis verbis* sõnastatud või erinevate normide koosmõjust ja mõttest tuletatud (käesolevas töös oluline pigem esimene variant)
- seaduste põrkumisel kohaldatakse printsiipe ja reegleid; printsiiptide ja reeglite vastuolu korral vaadatakse aga viimaste *kaalu* ja eesmärkide saavutatavust (nii heas kui halvas) ehk printsiiptide kohaldamine on seotud paratamatute konsekventsialistlike kaalutlustega – mis on „kasulikum“ või „väärtuslikum“ otsustatakse riigi õiguspoliitikast lähtudes
- reegleid tuleks konkreetsuse tõttu eelistada (kui see on võimalik ja vastavad reeglid on loodud); printsiipidel on seevastu sõltumata olemuslikust ebaspetsiifilisusest õiguses lai kohaldamisala (seaduste tõlgendamisel ja muutmisel, erandite õigustamisel, diskretsioonotsustuste juhtimistel)
- printsiiptide tõlgendamisel ja kohaldamisel tuleks olla ettevaatlik ja aus enda võimalike (varjatud) dispositsioonide suhtes – need ei pruugi minna kokku reaalsete üldiste väärtushinnangute või empiiriliste faktidega.

³⁴ Sotsiaalpsühholoogia tunneb nimetatud viisil Raz’i müüte tõlgendades mõistet – fundamentaalne omistamise viga (*fundamental attribution error*). Selle sisuks on inimese kalduvus tõlgendada endas toimuv ka ümbritsevale keskkonnale – mina olen selline, seega on ka teised. Näiteks kui suitsetaja läidab bussiootepaviljonis sigareti, eeldab ta (kui ta sellist kaalumisprotsessi peaks üldse oma peas tegema), et ka ülejäänud inimesed on suitsetajad või vähemalt neil ei ole suitsetamise vastu midagi. Veaks nimetatakse seda (loomulikult) seetõttu, et selline subjektiivne asjaolude tõlgendus ei vasta reeglina tõe.

³⁵ Eriti on minu hinnangul ohustatud riigiametnikud, kelle õlgadel on igapäevaselt diskretsioonotsuste tegemine, viimane käib ka poliitilisi otsuseid vastuvõtivate isikute kohta.

Edasi liigun karistusõiguse juurde täpsemalt ja vaatlen (üldiselt) teosüüga samaväärse tasu (*commensurable desert*) ning preventiivsetel kaalutlustel kinnipidamise erisusi, seda selleks, et eelnõu juurde asudes oleks olemas minimaalsed vahendid uurimisobjekti konteksti asetamiseks.

4. Karistamise alused

4.1 Alustest üldiselt. Ennustav kinnipidamine

Karistusõiguse formaalsed karistussüsteemid (*formal sentencing structures*) koosnevad tihtipeale erinevate filosoofiliste teooriate omavahelisest kompromissist. Ühel (filosoofilisel) küljel soovitakse rakendada teole samaväärseid, väljateenitud karistusi (*commensurable deserts*), teisel pool on tahe maksimeerida kuritegevuse kontrolli (*maximizing the crime-control effectiveness of criminal penalties*) (von Hirsch 1983: 232)³⁶. Seadusandja jätab enamasti otsese viite loodud seadusele alust rajavale filosoofilisele teooriale märkimata [sestap ka võimalus minul seda tööd kirjutada – E.S.].

Kuna *õigluse* nimel lähtutakse just tasumisteooria vaatenurgast (von Hirsch 1992: 56)³⁷ ning viimast kasutatakse võrdlemaks uute teooriate kohaldamisvõimalusi sotsiaalsesse väärtuskonteksti asetamisel – mis jääb või mis langeb ära seetõttu, et ei ole piisavalt inimväärikusele kohane – siis ka sinne liigitus hakkab pihta tasumisteooriast ja lõpetab preventiivse mudeliga.

Karistuse määramine teosüüst väljumisel utilitaristlike tulemuste saavutamiseks võimaldab rääkida mitmetest asjakohastest eesmärkidest. Kuigi töö järgnevas sektsioonides vaadeldakse rohkem kui ühte eesmärki (nt hirmutamise, rehabilitatsioon jt), on praegune piiritlus seotud just isiku kinnipidamise prognoosiga – *ennustav kinnipidamine* (*predictive restraint*) ehk üks preventiivne meede. Ka järgnevas osas esitamisele tuleva eelnõu KJM-i materiaalseks eelduseks on prognoos isiku tulevases käitumisest.

Ennustav kinnipidamine tähendab meetme kasutust sõltuvalt prognoosist, mille tulemus annab vastuse: kas üldse ja kui pikaks ajaks peaks süüdimõistetut vangistuses hoidma või mõne muu meetmega³⁸ mõjutama. Ennustamistehnikad tuginevad faktoritele nagu kuriteo tüüp, varasem karistus, isiku vanus, töökoht, meelemürkide kasutamise sagedus jt (von Hirsch 1983:

³⁶ Järgnev ülevaade põhineb peamiselt Andrew von Hirsch'i artiklile „Commensurability and Crime Prevention: Evaluating Formal Sentencing Structures and their Rationale“ (von Hirsch 1983)

³⁷ Inimesed peavad süü raskusele taandatavaid karistusi õiglasemaks (von Hirsch 1992: 56). (*People have a sense that punishment scaled to the gravity of offences are fairer than punishments that are not.*)

³⁸ Peale otsese füüsilise kinnipidamise on võimalus kohaldada ka veel käitumiskontrolli, sellest allpool eelnõu analüüsi juures.

233).³⁹ Von Hirsch annab nimetatud artiklis ka mõista, et lähtuvalt erinevatest sotsiaalsetest uuringutest ei ole ükski teine eesmärk (peale ennustava preventiivsuse) ennast statistiliselt väga õigustanud – jätkuvalt jääb selgusetuks, mis inimesi kuritegevusest piisavalt eemale peletaks ning ka rehabilitatsioonilised karistusmeetodid ei andvat soovitud preventiivseid tulemusi (von Hirsch 1983: 234-235).

4.2 Neli üldist mudelit

Von Hirsch eristab tasumisteooriat preventiivsega kõrvutades nelja mudelit:

1. *Tasu*-mudel (*desert*)

Karistuskeem, mis hoiab jäigalt kinni:

- a. **pariteedi** (*parity*) eeldustest – võrdsuse kriteeriumiks on süüdlase kuritegeliku käitumise süü (*blameworthiness of the offender's criminal conduct*) – need, kelle käitumisel lasub võrdne süü, on karistatavad samuti võrdselt (von Hirsch 1983: 212);
- b. **ordinaalsest proportsionaalsusest** – karistuse määra mõõdetakse lähtuvalt nende järjestusest sanktsiooni süsteemis ja omavahelisest suhestumisest ehk ordinaalne süsteem ei ütle, missugune kuritegu on mõnest teisest kuriteos kordades suurem (ordinaalne süst. ütleb vaid, et mõrv > vargus, vargus > liiklussüütegu); ja
- c. **kardinaalsest proportsionaalsusest** – karistuse määra arvestatakse mingist absoluutsest määrast lähtuvalt – nt kaks korda suurem kuritegu = kaks korda suurem karistus ehk kardinaalne süsteem ütleb, missugune tegu on mitu korda raskem (mõrv on 3x > vargus, vargus 2x > liiklussüütegu jne).

Tuleviku eesmärkidega motiveeritud kõrvalekalded tavapärasest, välja teenitud karistusest, ei ole lubatud; eriti olukorras, kus isikute süü on sama (von Hirsch 1983: 235-236).

2. Modifitseeritud *tasu*-mudel

Tasu samaväärsus teosüüga (*commensurate deserts*) omab karistuse ranguse relatiivsuse mõiste sissetoomisel ikkagi suuremat tähtsust. Sanktsiooni mõõdukas variatiivsus on lubatud mõningatel preventiivsetel kaalutlustel, kuid suured kõrvalekalded on jätkuvalt ebaõiglased – tegu on tagasihoidliku kompromissiga (rõhuasetus *tasu* samaväärsusel) (von Hirsch 1983: 236).

3. Modifitseeritud *ennustav* (*predictive*) mudel

³⁹ Ka *ohtlikkuse* eelnõu, nagu allpool saab näha, tugineb peaausjalikult sarnastele mõjuteguritele.

Eesmärgiks on retsidiivsuse preventioon – isiku ennustatav tulevane käitumine määratleb sanktsiooni, isegi siis, kui see tähendab teistsugust (rangemat või kergemat) karistust võrreldes sama teo toimepannud isikute karistustega. Tekib võimalus karistada vähem tähtsaid kuritegusid rangemalt. Täielikust ennustavast mudelist eristub see mudel aga karistuse piirmäärade (karistuse raamid) tõttu, eriti kohaldades sanktsiooni ülempiiri. Ülem- ja alampiiri kohaldamine tähendab seega tasumisteooria kasutust (von Hirsch 1983: 236). Ka Eesti praeguses karistamissüsteemis on ülem- ja alampiirmäärade doktriin, kuid nende kohaldamine on üksjagu komplitseeritud ning seotud kuriteo asjaolude hindamisega (kohtuniku veendumused k.a). Eestis kasutatakse asjaolude tõlgendamisel kergendavate ja raskendavate faktorite⁴⁰ põhimõtet: „kergendav asjaolu annab kohtule aluse vähendada eriosa sanktsiooni konkreetse karistusraami piiridesse jäävast keskmisest karistusmäärast allapoole kuni sanktsiooni miinimumini (Sootak, Pikamäe 2002: 166)⁴¹“.

4. Ennustav mudel

Tasumisteooria rakmetest on täielikult vabanatud. Karistuse rakendamine üldse, ja kui kauaks, sõltub vaid preventiivsest ennustusest (von Hirsch 1983: 236-237). (Preventiivsetel eesmärkidel argumenteerides võib rääkida ka täiesti tähtajatust kinnipidamisest.)

4.3 Lisamärkused kohaldatava süsteemi tuvastamiseks

Lähtuvalt monistlikust skeemist räägib von Hirsch karistamise kahedimensioonilisusest (*two-dimensional sentencing grid*) ning vastav konkreetne sanktsioon võib paigutada vastavalt tasumisteooria ja preventiivse mudeli spektrisse. Oluline on preventiivse mudeli puhul aga meeles pidada, et ennustamisel peab arvestama kõiki võimalikke asjaolusid – peale karistusregistrist väljavõtte tegemise, on vajalik uurida süvitsi ka isiku sotsiaalseid faktoreid (inimene ei ole vaid üks statistiline number registris, vaid on mõjutatud väga erinevatest mõjuritest – *kogukond, haridus, töökoht*). Von Hirsch'i hinnangul on süsteem, milles kohaldatakse süü-üleseid faktoreid, (pigem) orienteerunud ennustatavusele (von Hirsch 1983: 238).

⁴⁰ KarS § 57, 58

⁴¹ vt ka KarS § 60 kommentaare (Sootak, Pikamäe 2002: 172 jj).

Vaagides kergendavaid ja raskendavaid asjaolusid, tõusetub kokkuvõttes küsimus: kas kahju (*harm*) ja süü (*culpability*) või edasise kriminoogensuse võimalikkus? Olukorras, kus isiku kahju tekitamine ja süü selles on väga suur (raskendavad asjaolud), on lubatud ka vastavalt seadusandja taatele kehtestada rangemat sanktsiooni. Preventsiooni korral kohaldatakse raskemat karistust edasise retsidiivsuse vältimiseks. Kui nt kannatajapoolset provokatsiooni⁴² vaadatakse kui kergendavat asjaolu, on tegu süüdlase süü hindamisel tehtava argumendiga. Näiteks väite „Kriminaalset laadi olukorra uuesti tekkimise võimalikkus isiku puhul on ebatõenäoline“ korral on tegu preventiivse kaalutlusega (von Hirsch 1983: 242-243).

Kas süüdlasele tingimisi vabastamise ja seerjuures käitumiskontrolli (*parole supervision*) kohaldamine on preventiivne või saab seda kohaldada ka tasumistooria kohaselt? Vastus peitub kontrolli koormavuse kontrollimises:

- (1.) puhta *tasu* puhul ei saa rääkida järelvalvest
- (2.) järelvalvetingimustest üleastumisel kergete sanktsioonide rakendamist saab liigitada modifitseeritud *tasu*-mudeli alla
- (3.) väga ellusekkivate järelvalvetingimustega käitumiskontroll koos sanktsioonide taaskohaldamisega (*revocation sanctions*) käib kindlalt utilitaristlike karistamisparadigmade juurde (von Hirsch 1983: 243-244).

Seega, mida rangemad karistused on käitumiskontrolli tingimuste rikkumisel, seda kaugemal on kohaldatav praktika *tasu*-mudelist.

4.4 Kokkuvõte

Analüüsides *ohtlikkuse* eelnõu peaks kokkuvõtlikult meeles pidama, et:

- isiku karistamist saab põhimõtteliselt jagada kahe äärmuse vahel: kas *tasu* või mingite *eesmärkide saavutamine*
- mida kaugemale liigutakse isiku teosüüst, seda lähemale jõutakse utilitaristlikele eesmärkidele

⁴² nt KarS § 115 näeb *provotseeritud tapmise* puhul ette kergemad karistuseraamid, kuna kannatajapoolne provokatsioon kehtib süüdlase jaoks kergendava asjaoluna.

Selleks, et eelnevaid valikuid teha, peab toetuma mingile väärtuse mõistele ja/või õiguspoliitilistele kaalutlustele – need on aga omakorda põhistatud reeglite ja printsiipidega:

- reeglite ja printsiipide põrkumisel olukorras, kus küsimuse all:
 - a. kas *isiku süü e autonoomia väärtustamine*⁴³ **või**
 - b. *eesmärgid ühiskonna kaitseks retsidiivsusele kalduva isiku eest;*

- tuleb vaadata vastanduvate reeglite ja printsiipide omavahelist (I) *kaalu* õigussüsteemis (samuti ühiskonnas – sotsiaalsed normid) ning reeglite ja printsiipide olemuslike (II) eesmärkide saavutatavust: mis head või mis halba, ja kui palju vastava printsiibi kohaldamine kaasa toob
- printsiipide ja reeglitega argumenteerimisel tuleb olla ettevaatlik levinud ühiskondlike müütide suhtes.

Järgnevalt eelnõu ja selle analüüs.

⁴³ Nendest täpsemalt allpool.

5. Eelnõu

5.1 Muudatused karistusseadustikus

§ 87¹. Karistusjärgne käitumiskontroll

Kohus kohaldab isiku suhtes pärast vangistuse ärakandmist käitumiskontrolli vastavalt käesoleva seadustiku §-s 75 [KarS 5.ptk – karistusest vabastamisel kohaldamisele tulevad sätted –E.S.] sätestatule, kui:

- 1) isikut on karistatud tahtliku kuriteo eest vähemalt kaheaastase vangistusega ning ta on ära kandnud mõistetud vangistuse täies ulatuses;
- 2) teda on enne käesoleva lõike punktis 1 nimetatud kuriteo toimepanemist samuti karistatud tahtliku kuriteo eest vähemalt üheaastase vangistusega ja
- 3) arvestades kuriteo toimepanemise asjaolusid, süüdimõistetu isikut, varasemat elukäiku ja elutingimusi ning käitumist karistuse kandmise ajal, on alust arvata, et ta võib toime panna uusi kuritegusid⁴⁴
- (1) Kui isikut on karistatud 9. peatüki 1., 2., 6. ja 7 jaos, 11. peatüki 2. jaos või 22. peatüki 1. ja 4. jaos sätestatud tahtliku kuriteo eest või muus peatükis sätestatud tahtliku kuriteo eest, mille koosseisutunnus on vägivald kasutamine⁴⁵, vähemalt kaheaastase vangistusega, ei eelda karistusjärgse käitumiskontrolli kohaldamine käesoleva paragrahvi lõike 1 punktis 2 sätestatud eelnevat karistatust.
- (2) Karistusjärgse käitumiskontrolli tähtajaks määratakse kaksteist kuud kuni kolm aastat.
- (3) Kui süüdimõistetu ei järgi kontrollnõudeid või ei täida talle pandud kohustusi, võib kohus kriminaalhooldusametniku ettekande alusel pikendada käitumiskontrolli tähtaega korraga kuni ühe aasta võrra või määrata täiendavaid kohustusi vastavalt käesoleva seadustiku § 75 lõikes 2 sätestatule.
- (4) Kohus võib kriminaalhooldusametniku ettekande alusel kergendada või tühistada süüdimõistetule käitumiskontrolli ajaks määratud kohustusi.
- (5) Karistusjärgne käitumiskontroll lõpeb enne tähtaja möödumist järgmistel juhtudel:
 - 1) vangistust kandma asumisel või psühhiaatrilisele sundravile paigutamisel või
 - 2) uue käitumiskontrolli kohaldamisel vastavalt käesoleva seadustiku §-s 74 sätestatule.

§ 87². Karistusjärgne kinnipidamine

- (1) Karistusjärgne kinnipidamine on mittekaristuslik mõjutusvahend, mille peamine eesmärk on takistada uute kuritegude toimepanemist teise isiku füüsilist, psüühilist või seksuaalset puutumatust raskelt ohustanud või kahjustanud kuriteos süüdi mõistetud poolt, kelle puhul on alust arvata, et ta võib vabaduses viibides panna toime uusi samalaadseid kuritegusid.
- (2) Kohus määrab lisaks karistusele karistusjärgse kinnipidamise, kui:
 - 1) isik mõistetakse süüdi käesoleva seadustiku 9. peatüki 1., 2., 6. ja 7. jaos, 11. peatüki 2. jaos või 22. peatüki 1. ja 4. jaos sätestatud tahtliku kuriteo eest või muus peatükis sätestatud tahtliku kuriteo eest, mille koosseisutunnuseks on vägivalla kasutamine, ning teda karistatakse vähemalt kaheaastase vangistusega ilma karistusest tingimisi vabastamata vastavalt käesoleva seadustiku §-s 73 või 74 sätestatule;
 - 2) süüdimõistetut on varem vähemalt kahel korral karistatud käesoleva lõike punktis 1 nimetatud tegude eest iga kord vähemalt üheaastase vangistusega ja

⁴⁴ Allajoonitud osadele soovitatakse erilist tähelepanu pöörata.

⁴⁵ Nimistu on allpool detailsemalt lahti kirjutatud.

3) arvestades süüdimõistetu isikut, sealhulgas varasemat elukäiku ja elutingimusi ning kuritegude toimepanemise asjaolusid, on alust arvata, et isik paneb kuritegeliku kalduvuse tõttu vabaduses viibides toime uusi käesoleva lõike punktis 1 nimetatud kuritegusid.

(3) Varem karistamata isiku suhtes võib kohus kohaldada karistusjärgset kinnipidamist juhul, kui:

1) isik mõistetakse süüdi käesoleva paragrahvi lõike 2 punktis 1 nimetatud kuriteos, mille eest ettenähtud karistuse ülemmäär on vähemalt kümneaastane või eluaegne vangistus;

2) isik on pannud toime vähemalt kolm käesoleva lõike punktis 1 nimetatud kuritegu;

3) kohus karistab teda vähemalt kuueaastase vangistusega ja

4) arvestades süüdimõistetu isikut, sealhulgas varasemat elukäiku ja elutingimusi ning kuritegude toimepanemise asjaolusid, on alust arvata, et isik paneb kuritegeliku kalduvuse tõttu vabaduses viibides toime uusi käesoleva lõike punktis 1 nimetatud kuritegusid.

(4) Varem ühel korral vangistusega karistatud isiku suhtes võib kohus kohaldada karistusjärgset kinnipidamist juhul, kui:

1) isik mõistetakse süüdi käesoleva paragrahvi lõike 2 punktis 1 nimetatud kuriteos, mille eest ettenähtud karistuse ülemmäär on vähemalt viieaastane või eluaegne vangistus, mille eest kohus karistab teda vähemalt kolmeaastase vangistusega;

2) süüdimõistetu on varem ühel korral karistatud käesoleva lõike punktis 1 nimetatud kuriteo eest vangistusega ja isik on tegelikult kandnud ära vähemalt ühe aasta vangistust ning

3) arvestades süüdimõistetu isikut, sealhulgas varasemat elukäiku ja elutingimusi ning kuritegude toimepanemise asjaolusid, on alust arvata, et isik paneb kuritegeliku kalduvuse tõttu vabaduses viibides toime uusi käesoleva lõike punktis 1 nimetatud kuritegusid.

(5) Karistusjärgset kinnipidamist ei kohaldata isikule, kes oli viimase kuriteo toimepanemise ajal noorem kui kaheksateistkümnepäevane.

(6) Karistusjärgne kinnipidamine täidetakse pärast vangistuse ärakandmist.

§ 87³. Karistusjärgse kinnipidamise lõpetamine

(1) Karistusjärgset kinnipidamist kohaldatakse isiku ohtlikkuse äralangemiseni. Karistusjärgse kinnipidamise lõpetamise määrab kohus, kohaldades sellisel juhul süüdimõistetu suhtes käitumiskontrolli vastavalt käesoleva seadustiku §-s 75 sätestatule. Käitumiskontrolli tähtajaks määratakse kaksteist kuud kuni kolm aastat.

(2) Üle kümne aasta võib karistusjärgset kinnipidamist kohaldada ainult juhul, kui isik on süüdi mõistetud käesoleva seadustiku § 87² lõike 2 punktis 1 nimetatud kuriteos, mille eest ettenähtud karistuse ülemmäär on vähemalt kümneaastane või eluaegne vangistus, ja esineb suur oht, et isik võib vabaduses viibides uusi samalaadseid tegusid toime panna.

(3) Kohus võib kriminaalhooldusametniku ettekande alusel pikendada käitumiskontrolli tähtaega iga kord kuni ühe aasta võrra või määrata täiendavaid kohustusi vastavalt käesoleva seadustiku § 75 lõikes 2 sätestatule, kui:

1) süüdimõistetu ei järgi kontrollinõudeid või ei täida talle pandud kohustusi või

2) käitumiskontrolli jätkamine on vajalik, et vältida uute kuritegude toimepanemist süüdimõistetu poolt.

(4) Kui karistusjärgsest kinnipidamisest tingimisi vabastatu käitumisest tulenevalt on alust arvata, et ta võib panna toime uusi § 87¹ lõikes 1 nimetatud kuritegusid, määrab kohus isikule uuesti karistusjärgse kinnipidamise.

5.2 Muudatused kriminaalmenetlusseadustikus ja vangistusseaduses

§ 426¹. Karistusjärgse käitumiskontrolli kohaldamine (KrMS)

Karistusjärgse käitumiskontrolli kohaldamise otsustab karistuse täitmise asukoha järgse maakohtu täitmiskohtunik toimiku kohtusse saabumisest alates ühe kuu jooksul. Karistusjärgse käitumiskontrolli kohaldamiseks arvestab kohus karistusseadustiku §-s 87¹ sätestatud karistusjärgse käitumiskontrolli kohaldamise aluseid ning isiku käitumist karistuse kandmise ajal.

§ 426². Karistusjärgse kinnipidamise põhjendatuse kontroll ja kohaldamise lõpetamine (KrMS)

(1) Kohus lõpetab karistusjärgse kinnipidamise kohaldamise, kui kohtu hinnangul on ära langenud karistusjärgse kinnipidamise aluseks olev isiku ohtlikkus. Ohtlikkust hinnatakse karistusseadustiku §-s 87² sätestatud alustest lähtudes, samuti arvestades isiku käitumist karistuse kandmise ning karistusjärgse kinnipidamise ajal.

(2) Karistusjärgse kinnipidamise täitmise asukoha järgne täitmiskohtunik kontrollib karistusjärgse kinnipidamise põhjendatust vähemalt ühe korra aastas kontrollimise taotlemisest sõltumata. Esmakordselt kontrollib karistusjärgse kinnipidamise kohaldamise põhjendatust karistuse kandmise asukoha järgne täitmiskohtunik süüdimõistetu karistuse kandmiselt vabastamisel.

(3) Süüdimõistetu või tema kaitsja võib karistusjärgse kinnipidamise täitmise algusest kuue kuu möödumisel esitada täitmiskohtunikule taotluse kontrollida karistusjärgse kinnipidamise põhjendatust. Uue taotluse võib esitada pärast ühe aasta möödumist eelmise taotluse läbivaatamisest.

(4) Karistusjärgset kinnipidamist kohaldava asutuse juht võib igal ajal esitada täitmiskohtunikule taotluse kontrollida süüdimõistetu karistusjärgse kinnipidamise põhjendatust, kui tema hinnangul on ära langenud karistusjärgse kinnipidamise aluseks olev isiku ohtlikkus.

§ 104¹. Karistusjärgse kinnipidamise eesmärk (VangistusS)

Karistusjärgse kinnipidamise täideviimise eesmärk on ühiskonna turvalisuse tagamine. Isikut aidatakse ühiskonda tagasipöördumiseks valmistumisel.

Et esitatut efektiivsemalt ja otstarbekamalt haarata, järgneb allpool (kriitiline) refereering seaduse eelnõuga kaasas käivale seletuskirjale. (Kuigi eelnõu väärriks säte-sättelt muudetud seaduste kaupa analüüsi – nii sotsiaalset kui juriidilist, siis praeguse töö eesmärke ja etteantud mahtu silmas pidades ei ole see otstarbekas ega võimalik – sellegipoolest annab järgnev ülevaate põhilisest.)

5.3 Seletuskiri üldiselt

Enamjaolt Sten Lind'i (endine Riigikohtu kriminaalkolleeegiumi nõunik, praegune Harju maakohtu kohtunik) poolt koostatud seletuskirjas on läbiv motiiv see, et *karistusjärgne käitumiskontroll* (KJKT) ja *karistusjärgne kinnipidamine* (KJKP) ei ole karistuslikud meetmed. KJKT eesmärk on süüdimõistetu järelvalve ning rehabiliteerimine ühiskonda. KJKP puhul

väärtustatakse ühiskonnast lähtuvat argumenti – kaitse ohtlike kalduvuskurjategijate eest. (NB! Seega on lühidalt antud ka dogmaatiline *vastus* püstitatud probleemile ohtlikkuse ja isiku süü vahekorra!)

Nii KJKT-d kui KJKP-d eristab karistusest see, et mõlemat meetet kasutatakse pärast karistuse ärakandmist, s.t süü pinnalt mõistetud karistuse järgselt.

Üldise probleemistiku ja eelnõu loome põhjuste täpsustamiseks üks suunav näide õiguspraktikast. Miks mitmeid kurjategijaid ennetähtaegselt välja lastakse? Varasemat kohtupraktikat, mida mõneti iseloomustab süstemaatiline isikute ennetähtaegne vangistusest vabastamine, ja mida seetõttu mõneti ka kritiseeritakse, aitab lugejal võib-olla mõista järgnev eelnõu vajadust õigustav seletus.

Tegu ei ole pelgalt kokkuhoiupoliitikaga, vaid seadusandja on riigi jõustruktuuride käed piltlikult öeldes kinni sidunud. Praeguste reeglite järgi ei saa isikule pärast kohtu poolt mõistetud karistust enam järelvalvet teostada. Ainult varasem süüdimõistetu tingimisi vanglast vabastamine võimaldab kriminaalhooldaja järelvalve kohaldamist ning seega *abi* osutamist isiku rehabiliteerimisel.

Eelnõu viib seega karistamisõigusliku ja -õigustatavuse olukorra (ühiskonna-) kaitse-eesmärgist lähtuvalt efektiivsemale tasemele. Isik saab oma süü pinnalt mõistetud aja „ära istuda“ ning jõustruktuurid on õigustatud, kui on alust eeldada jätkuvalt isiku kriminogeensust, teostama talle järelvalvet – isikut kas hoitakse pärast karistuse ära kandmist kinni või allutatakse ta vabadusse laskmisel (pärast oma aja ära kandmist) käitumiskontrollile.

Veelkord, nagu ülal selgitatud, on senine Eesti karistamise alus isiku süü. Kuid pelgalt *süü piires* üld- ja eripreventiivsete meetmete kohaldamine ei pruugi olla piisav „mõjutamiseks süüdimõistetu uusi kuritegusid mitte toime panema. Süüdimõistetu kannab karistuse ära, sellest hoolimata on alust oodata temalt uute kuritegude toimepanemist (seletuskiri, lk 2).⁴⁶“ Isiku kinnipidamine (KJKP) lähtub eelnõu kohaselt otseselt riigi kohustusest kaitsta oma kodanikke ohtude, sealhulgas ohtlike kurjategijate eest. Seletuskirjas leidub ka alus eelnõu deklaratiivsele

⁴⁶ Seletuskirja sisene (lk 2) viide J. Sootaki (Sootak 2006) artiklile „Mida teha, kui isiku ohtlikkus on süüst suurem? Saksamaa kogemus mittekariistusõiguslike mõjutusvahendite osas.“

määratlusele: „mõlemad meetmed täidavad üksnes preventiivseid eesmärke ega sõltu isiku süüist.“ (seletuskiri, lk 5)⁴⁷

Ühiskond on nähtavalt õigustatud eeldama riigiinstitutsioonide poolt kaitset isikute vastu, kelle käitumisest on ilmne kooselu põhimõtete mitte-austamine ja nende printsiipide süstemaatiline rikkumine – see on eelnõu alus. Edasi vaatlen KJKT ja KJKP erisusi ning sarnasusi; ja siis analüüsin *mõjutusvahendi* mõistet, ühelt poolt eelnõus kirjas olevat ja teisalt seda kritiseerides.

5.4 Käitumiskontroll ja karistusjärgne kinnipidamine, karistusjärgne meede. Kohtuniku diskretsioon

Käesolevas kirjutises käsitlen ma mõlemat meetet enamasti ühe nimetaja all – karistusjärgne meede (KJM) – ning toon vaid asjakohastel juhtudel välja mõningaid erinevusi. Peaasjalikult põhjendatakse mõlema meetme kasutust sarnaste argumentidega. Kuigi mõlema raskusaste on erinev⁴⁸, siis sellegi poolest on KJKT ja KJKP formaalsed eeldused on väliselt suhteliselt samad.

KJKT formaalsed eeldused:

- 1) isik on süüdi mõistetud tahtlikus kuriteos;
- 2) teda on selle teo eest karistatud reaalse vähemalt kaheaastase vangistusega;
- 3) süüdimõistetut on kandnud ära mõistetud vangistuse täies ulatuses;
- 4) isik on enne* loetelu esimeses punktis nimetatud kuriteo toimepanemist vähemalt ühel korral mõistetud süüdi tahtlikus kuriteos

[*KJKT ja KJKP näevad mõlemad ette erisätte, milles lubatakse teatud liiki raskematel juhtumitel ka varem karistamata isikule KJM-i rakendada – E.S.];

- 5) varem on teda samuti karistatud tahtliku kuriteo eest vähemalt üheaastase vangistusega (seletuskiri, lk 5).

KJKP formaalsed eeldused:

- 1) Isik mõistetakse süüdi seaduses nimetatud kuriteo eest. Need teod, mille puhul karistusjärgset kinnipidamist võib kohaldada, määrab ära kahjustatav õigushüve – karistusjärgse kinnipidamise kohaldamine on põhjendatud

⁴⁷ Antud juhul on tehtud viide karistamise konsekventsialistlikule lähenemisele, seejuures sellele karistusteoreetilist mõistelist määratlust (konsekventsialistlik teooria) tegemata. Kuigi antud meetme rakendamist ei nimetata karistamiseks on see üks analüüsitavaks aspektiks eelnõu argumentatsioonis (vt „Mõjutusvahendi mõiste analüüs“).

⁴⁸ Kord nädalas kriminaalhooldaja juures käia on midagi teistsugust kui trellide tagant vabadusest unistada.

sellisel juhul, kui ohvrile põhjustatakse raskeid kannatusi või tekitatakse olulist materiaalselt kahju. Loetellu kuuluvad olulisimate õigushüvede⁴⁹ vastu suunatud kuriteod:

[Järgnev kuritegude liigitus joonistab seega välja üldsuse poolt kõige taunitavamate süütegude nimekirja. Just sellisesse valdkonda liigituvad teod annavad riigi institutsioonidele õigustuse sunnimeetmete kasutamisel väljuda isiku teosüüst ja lähtuda puhtalt ühiskonna kaitse eesmärkidest, konsekventsialistlikest kaalutlustest. Õigustatuna asjaolust, et need süüteod kahjustavad kõige väärtuslikumaid hüvesid. – E.S.]

- **eluvastased** süüteod (KarS-i 9.ptk, 1.jagu);
 - **tervisevastased** süüteod (KarS-i 9.ptk, 2. ja 3.jagu);
 - **vabadusevastased** süüteod (KarS-i 9.ptk, 6.jagu);
 - **seksuaalse enesemääramise vastased** süüteod (KarS-i 9.ptk, 7.jagu);
 - süüteod **alaealise vastu** (KarS-i 11.ptk, 2.jagu);
 - **üldohtlikud** süüteod (KarS-i 22.ptk, 1. ja 4.jagu);
 - muud tahtlikud kuriteod, mille koosseisutunnuseks on **vägivalla kasutamine** (nt röövimine – KarS § 200) (seletuskiri, lk 6).
- 2) Kuritegu peab olema toime pandud tahtlikult.
 - 3) Selle teo eest karistatakse teda vähemalt kaheaastase vangistusega. Karistusjärgse kinnipidamise kohaldamine eeldab tegelikku vangistust. Karistuse mõistmisel peab kohus lähtuma KarS § 56 lg-st 1 ning mõistetatav karistuse ülemmäära määrab ära isiku süü.
 - 4) Süüdimõistetut on varem vähemalt kahel korral karistatud punktis 1 nimetatud tegude eest iga kord vähemalt üheaastase vangistusega. Varasemate karistuste olemasolu näitab, et karistused, sealhulgas vangistused, ei ole suutnud mõjutada süüdimõistetut edasiste kuritegude toimepanemisest loobuma, mistõttu säilib oht, et isik paneb vabanedes toime uusi kuritegusid. Arvesse lähevad ainult karistused punktis 1 nimetatud tegude eest, samas ei ole nõutav, et süüdimõistetut varasemad teod vastaksid samale süüteokoosseisule või oleksid suunatud sama õigushüve vastu. Arvesse ei tohi võtta [karistusregistrist – E.S.] kustunud karistusi. Varasematest karistustest lähevad arvesse ka need, mille puhul on isik vangistusest tingimisi vabastatud.
 - 5) Arvestades süüdimõistetut isikut ja kuritegude toimepanemise asjaolusid, peab olema alust arvata, et isik paneb kuritegeliku kalduvuse tõttu vabaduses viibides toime uusi punktis 1 nimetatud kuritegusid. Eelkõige tuleb arvesse võtta isiku varasemat kuritegelikku käitumist – nt tegude iseloomu, aga ka karistuste hulka ja seda, kui kiiresti pärast karistuse ärakandmist on isik uuesti kuritegusid toime panema asunud. Isik ei pea olema toime pannud samale süüteokoosseisule vastavaid tegusid, kuid samas peab karistusjärgse kinnipidamise kohaldamiseks olema erinevate tegude vahel mingi seos, ühine joon, mis annaks alust rääkida kalduvusest

⁴⁹ Kuigi vähemalt käesoleva õiguse kohaselt ei tohi kohtunik raskendava asjaoluna sellist regulatsioonialust – „konkreetne õigushüve on eriti oluline“ – välja tuua. (vt Sootak 2007a: 127.)

teatud tüüpi tegudele. Arvestada tuleks ka seda, kui noorelt isik kuritegusid toime panema hakkas⁵⁰. Lisaks tuleks tähelepanu pöörata näiteks isiku iseloomule ja intelligentsusele, üldisele käitumisele, aga ka perekonnale ja suhtlusringkonnale (seletuskiri, lk 8-9).

KJKP kohaldamiseks varem karistamata isiku suhtes, mida sätestab KarS-i eelnõu § 87² lg 3, on esitatud eeldusteks vähemalt kümneaastase vabadusekaotusega karistuse ülemmäära kõrval ka eeldus, et isik on pannud toime vähemalt kolm sellist kuritegu (nõutav ei ole, et isik oleks pannud toime kolm samale koosseisule vastavat kuritegu) (seletuskiri, lk 9). Selle koosseisu tähendus seisneb selles, et kui näiteks isik, kes mõistetakse korraga süüdi nii röövimises (I), tapmises (II) kui süüteo alaealise vastu (III), siis KJKP kohaldamiseks ei ole vaja lisanduvalt isiku varasemat karistatust tuvastada.

Konkreetse KJM-i valik jääb pärast nimetatud eelduste esinemist prokuröri ettepaneku ja kohtuniku diskretsiooni meelevalda. Lähtudes vaid seaduse eelnõu sõnastusest on muidugi ilmne, et kui eelnõus määratletud formaalsed eeldused on täidetud, pole kohtul otsest otsustusvabadust KJM-i mitte kohaldada. Seda näitab eelkõige normi dispositiooni regulatiivsuse (kohustuslikkuse) aste, mis antud juhul on obligatoorses sõnastuses – kohus *kohaldab*, kohus *määrab*. Diskretsioonilise normiga lisandunuks sõnastusse *võib* – kohus *võib kohaldada*, kohus *võib määrata*.

Nagu mainitud, näeb eelnõu neljandale eeldusele ette ka erandid. Eelduse enda sõnastuse – „isik on enne loetelu esimeses punktis nimetatud kuriteo toimepanemist vähemalt ühel korral [KJKT puhul – E.S.]/ vähemalt kahel korral [KJKP puhul – E.S.] mõistatud süüdi tahtlikus kuriteos“ – sisu eesmärk on viidata asjaolule, et varem karistatud isik ei ole uut kuritegu sooritades mõistnud talle määratud karistuse tähendust ega õppinud sellest (seletuskiri, lk 6). Täpsel sõnastusel on suur tähtsus: „uue kuriteo toimepanemine pärast eelmise eest süüdi mõistmist näitab, süüdimõistmine ei ole isikut mõjutanud uut kuritegu mitte toime panema“.

Edasi liigungi eelnõu analüüsi osa juurde. Nimetatud argumenti: „ei ole uut kuritegu sooritades mõistnud talle määratud karistuse tähendusest ega õppinud sellest“ saab kasutada võrdlusmaterjalina kahe karistumudeli, üld- ja eripreventsiooni, eristusel. Nendest järgnevalt.

⁵⁰ Noorus, erakordne sotsiaalse läheduse deprivatsioon jms asjaolud võiksid liigitada *tasu*-mudeli suuna järgi kergendavateks asjaoludeks, lähtuvalt preventioonilisest mudelist võib neid tõlgendada ka raskendavate asjaoludena - mida noorem on kurjategija (ja teda ei karistata *piisavalt*), siis seda suurem võimalus on tema retsidiivsuseks tulevikus (von Hirsch 1983: 243).

6. Analüüs

Kuidas eelnõu saaks täita oma eesmärged? Kas konsekventsialismi puhul on võimalik eetilisusest kinni pidada? Nendele ja muudele küsimustele otsib vastuseid järgnev sektsioon.

6.1 Eripreventsioon

Antud teooria alusepanija Franz von Liszt leidis, et esmalt on riigi ülesanne kuritegevuse vältimine ning teisalt kõige paremini saab seda teha mõjutades üksikkurjategijaid. Selline vältimise viis eeldab teadmisi isiku poolt sooritatud kuriteo põhjustest ja sobivatest riiklikest vahenditest tulevaste kuritegude vältimiseks (Samson 2000: 25).

Kurjategijad tuleb diferentseerida:

- i. **juhukurjategija** – kuritegelikuks tegutsemiseks ajendas ainulaadne olukord ja tema karistamiseks piisab ühekordsest lühikesest ja mõjusast karistusest meenutamaks talle tema kohustusi (nõ õpetlik karistus)
- ii. (**parandatav**) retsidiivist – kuritegelikule tegutsemisele kalduvus, tema mõjutamiseks on vaja pikaajalist kasvatuslikku mõjutamist
- iii. (**parandamatu**) retsidiivist – parandamise püüd lootusetu ning asjakohane on vaid ühiskonnakaitse (Samson 2000: 25).

Eripreventsiooni saab teoreetiliselt jagada seega ka kaheks: negatiivne eripreventsioon tegeleb isiku kahjutustamises (eelkõige vangistusena) või hirmutamises; positiivne eripreventsioon parandab ja toob süüdlase tagasi ühiskonda (Sootak 2007a: 54).

Ka käesoleva eelnõu loogika ja mõjutused pärinevad von Liszti eripreventsioonist – Saksamaa võttis nn *ohtlikkuse* eelnõu (nemad nimetasid seda kindlasti teisiti) vastu 1933.a ja õiguskorra kaitseks ja süüdlase parandamiseks kuulusid süü kõrvalisteks meetmeteks kaitsekinnipidamine (julgestusvangistus⁵¹), kinnipidamine sotsiaalteraapiaasutuses, võõrutusasutuses (Samson 2000: 26).

⁵¹ Nõnda nimetas eelnõu eelsel perioodil seda ka eelnõu üks autoritest Sten Lind oma ettekandes (Lind 2008), mis oli osa 2008. aastal toimunud vanglate ja kriminaalhoolduse konverentsist „Vaenlane piiril: keda karistab praegune karistussüsteem?“

Eripreventiivset prognoosi andes karistatakse isikut ette – selle kuriteo eest, mida ta tulevikus sooritada võib. Kuna kurjategija paranemist on raske ennustada, võib see olukord viia ka tähtajatute karistuste (peaasjalikult vangistuste) kohaldamiseni (Sootak 2007a: 55) (vt ülalpool nimetatud preventsiiooni/*ennustav*-mudel). Kritiseerida võiks seda mudelit veel mitmeti, kui luubi all oleks eripreventiivne mudel üksinda ning me oleks valiku ees, kas seda kohaldada või mitte. Seda mudelit kasutatakse niikuinii, kuid ainult mõõdukas koguses⁵².

Eesti tänane vanglasüsteem toimib samuti ühtpidi haridus- ja sotsialiseerimisasutusena⁵³, erinevus seisneb muidugi selles, et isikul ei ole võimalik sealt lahkuda, kui talle see ei meeldi. Ka käitumiskontrolli idee on sotsialiseerimise aspektidest lähtuvalt eripreventiivse iseloomuga⁵⁴.

6.2 Üldpreventsiioon

6.2.1 Negatiivne üldpreventsiioon

Kurjategija on süüteohetkel erinevate motiivide mõju all, osa nendest on teo tegemise poolt (viha, ahnus), osa vastu (väärtuskasvatus, vastumeelsus vägivallale). Otsustamishetkel, mil motiivide kogumi koosmõju tulemust esildab, peaks karistusõigussüsteem olema avaldanud isikule sellist mõju, mis sunniks teda kuritegu sooritamata jätma (sellest ka teine nimetus – *psühholoogilise sunni teooria*). Mõju avaldajaks on õiguse karistusähvardus, mis kujutab endast tugevat vastumotiivi (Samson 2000: 20).

Kriminaalprotsessil, -jälitusel ja karistuse täideviimisel on antud olukorras sekundaarne tugifunktsioon: peamine mõjutegur on kriminaalseadus, mille motiivi esiletõusu tingimused on:

- i. karistusnormi arusaadavus kurjategijale
- ii. sõnastuse täpsusest on ennustatav ka tulevase karistuse iseloom
- iii. karistusnorm peab eksisteerima enne kuriteo toimepanemist (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)
- iv. kriminaalseadus peab olema teada (avalik) (Samson 2000: 20).

⁵² „Ilma karistatava isiku positiivse mõjutamiseta, oleks tema tavaline kinnihoidmine vanglas tänapäeva ühiskonnas lihtsalt barbaarsus.“ (Sootak 2007a: 55) Tegu on tekstisisese viitega: W. Hassemer, *Darf der strafende Staat*, lk 229.

⁵³ Vt vangistusseadus §-d 4¹, 6, 23, 34, 57 – kõik need paragrahvid viitavad vangi sotsialiseerimise edendamisele.

⁵⁴ Vt nt kriminaalhooldusseadus § 26.

Antud mõtteviis on oma mõningase psühholoogilise naiivsuse tõttu küll kõrvale heidetud, kuid sellegipoolest on see jätnud jälje mõne karistusõiguslikuks printsiibiks kujunenud idee näol. Näiteks loobumine süüteokatses (KarS § 40-43) – isik vabaneb süüst, kui ta vabatahtlikult loobub süüteokatses. See doktriin lähtub mõneti eelnevalt kirjeldatud motiivide kaalumise läbiteinud isikust. Olles tegu sooritamas, leiab isik, et seda tegu ta lõpuni ei vii ning vabatahtlikult loobub tegevusest sellises staadiumis, kus tagajärgi pole veel saabunud või ta asub koheselt tekkinud tagajärgi heastama ning ta ei vastuta enam *suurema* teo eest, vaid pelgalt selle eest, mille objektiivne teokoosseis sai täidetud.

Negatiivse üldpreventsiooni suureks nõrkuseks on toetumine *homo oeconomicus*-mudelile, mille puhul eeldatakse, et inimene otsustab igas käitumisolukorras nii, nagu talle näib kasulik. See hoiak on ebarealistlik, sest inimene ei suuda igas situatsioonis käituda nõnda kalkuleerivalt (Sootak 2007a: 45). Ühiskonnas eksisteerib ka inimesi, kelle puhul ratsionaalne lähenemine mitte kunagi tulemust ei paku. Teda võib hirmutada, õpetada, hukka mõista – kuid mõju ei ole: ikkagi leiab see isik kuritegeliku tee. Karistades sellist isikut, ilmnebki negatiivse üldpreventsiooni üks nõrkus: kõigilt ei saa mõistuspärasust oodata ning sestap on vaja teisi lähenemisviise. Inimene ei ole ainult mõtlej masin, vaid tema käitumist mõjutavad ka muud tegurid (nt sotsiaalne keskkond), mille mõju võib vastavates olukordades olla kordades suurem. Kalkuleerivat inimest eeldades kanname kõigile üle Kant'i mõistuslikele olenditele kohased moraalireeglid. Inimene ei ole puhas mõistuslik olend (Kant 2008 (1785): külgpaginatsioon 389-390), seega on rumal temalt eeldada ka igakordset mõistuspärasust käitumist.

Üldpreventsiooni sisu seisneb üldsusele mõju avaldamises: eesmärk on inimesed kuritegelikest motiividest eemale saada. Eemale saamine seisneb alternatiivsete, õigete motiivide jõustamises. Üldpreventsiooni mudeli sisuks on *isik valikute ristteel* – eeldatakse kalkuleerivat inimest. Isikule, kes vaatamata üldpreventsiooni tooniga väärtuste jõustamisele ikkagi korda rikub, kohaldatakse karistust sellisel moel, mis üldsuse prognoositavat käitumist kriminogeensusest eemale peletaks.

Samas süüdlase seisukohast võib üldsuse käitumise prognoosist sõltuv karistuse määr olla täiesti eripreventsiooni mõjuta. Isik ei saa aru, et ta on kurja teinud, aga karistame teda veel ja veel, seejuures süüvimate tema individuaalsesse isikusse. Lähtudes KJM-i kohaldamisel argumendist: ei ole uut kuritegu sooritades mõistnud talle määratud karistuse tähendust ega

õppinud sellest, on nähtavad seoseid *homo oeconomicus*-mudeliga. Seega karistatakse ühtpidi selle eest, millega isik nüüd hakkama on saanud ja seejärel tuletame talle meelde ka varem tehtut, seda nii palju, et ta *õpiks* sellest. Minu hinnangul on KJKP puhul mõistmise aspekti sissetoomine igal juhul formaalse iseloomuga ning üleliigne, eetiline oleks rääkida vaid ühiskonnaohtlikkusest.

Eelnõu oma loomult ei põhine ainult *homo oeconomicus*'ele: KJKP ongi tegelikkuses konstrueeritud mitte-mõistva inimese ohjeldamiseks. Võib paratamatult väita, et ühiskonnas on palju inimesi, kes ei saa aru ega hakkagi kunagi aru saama (ei riigi ega karistusõiguse tähendusest) ning neid sellisest argumentatsioonist lähtuvalt süüdistada oma varasema karistuse mitte-mõistmises oleks lihtsalt silmakirjalik⁵⁵.

6.2.2 Positiivne üldpreventsioon

Nimetatud käsitlus vaatleb karistusõigust kui väärtushinnangute alahoidjat ja nende kultiveerijat. Ühiskonnaliikmed hoiduvad kuritegevusest usust inimese elu, kehalise puutumatus ja vara väärtuslikkusesse. Kuritegude toimepanemine õõnestab seda väärtussüsteemi ning riiklik sekkumine kriminaaljälituse, tseremoniaalse kriminaalprotsessi ja karistuse läbi (süüdlasele) kahju põhjustamisega püüab kinnitada õiguskuulekale kodanikule tema väärtushinnangute õigsust (Samson 2000: 21-22).

Karistusõigus edendab kodanike väärtusteadlikkust. Kuid positiivse üldpreventsiooni funktsiooni tulemus ei sõltu karistusähvardusest, vaid ühiskonnaliikmete põhilistest väärtushinnangutest. Seega on peatselt võib-olla mõttetu rääkida maksukuritegudest, kui ühiskond ei näe maksudest kõrvale hoidumises probleemi ega mõista seda ka hukka, vähemalt mitte nii palju kui näiteks röövli või kelmi käitumist. Saab kaitsta seda, mida ühiskonnas hinnatakse, karistusõigus võib sanktsioonijõuga säilitada vaid mõõdukas koguses neid väärtusi, mis igapäevaelus juba hääbuma kipuvad (Samson 2000: 21-22).

Üldpreventsioonile saab läheneda ka sotsioloogiliselt (Luhmann; Jakobs). Selle lähenemise eelduseks on konstateering, et meie ühiskondlik elu on läbipõimunud käitumisreeglitest (millest osade järgimist ei pane me enam tähelegi). Normid tekivad kas ühiskondlikul või õiguslikul

⁵⁵ Tänan Kadri-Liis Kül'm'a sellele tähelepanu pööramast.

tasandil. Nende tugevust garanteerib iga asjaosalise õiguspärane ootus, et ka teised seda normi järgivad. Samson (Samson 2000: 23) ja Duff (Duff 2007: 24) toovad mõlemad sarnase näite isiku rollidest ühiskonnas ning kui palju normijärgimist vastava rolli täitmisel isikult oodatakse.

„Kui teaduskonna üliõpilaste ja õppejõudude vahel ei oleks mingeid sotsiaalseid ega õiguslikke norme, siis oleks nende suhtlemine ja vastasmõju võimatu. Kui mulle tuleks näiteks ülikooli territooriumil vastu üliõpilane ja ma peaksin aru, kas teda teretada või mitte, peaksin ma igasuguste normide puudumise korral arvestama paljusid võimalusi. Kui ma üliõpilast teretaksin, siis võib-olla teretaks ta sõbralikult vastu, võib-olla aga läheks vaikides edasi, müksaks mind või lööks koguni jalaga. Kuna norme ei ole, siis oleksid kõik need võimalused võrdselt mõeldavad. Seetõttu oleks situatsioon nii keerukas, et mul oleks praktiliselt võimatu jõuda otsusele, kas üliõpilast teretada või mitte. Kui kõik nimetatud reaktsioonid oleksid võimalikud, siis peaksin lisaks veel mõtlema, kuidas ma käituksin, kui üliõpilane ühe või teise käitumisvariandi valib. Kuna mul on omakorda võimalik vastata mitmesuguse käitumisega ja teisel samuti, siis tekiks valikupuu, mis muutuks ebaülevaatlikuks. Alles asjaolu, et viisakusreeglid nõuavad teiselt just nimelt sõbralikult vastuteretamist, vähendab olukorra kompleksust. Ainult tänu sellele saan ma võtta vastu otsuse. Olukorra kompleksuse vähenemise toovad kaasa normid, mis sätestavad, kuidas üliõpilane peab käituma, kui õppejõud teda teretab.“ (Samson 2000: 23)

Olukorras, kus norme rikutakse, võib ühiskond käituda järgnevalt:

- i. **süsteem võib normist loobuda** – seda kohaldatakse kogu aeg (tuleb olla vaid ettenägelik, et süsteem end laiali ei saadaks)
- ii. **üksiksubjektid võivad normirikkumisega ette arvestada** – inimesed ostavad kuritegevuse ennetamiseks endale koju signalisatsioonisüsteeme, panevad raudkuse (kuigi ka selline käitumine on sage, ei sobi see üldiseks reegliks, sest nõnda ei oleks ses süsteemis suhtlemine enam võimalik)
- iii. **rikkumine kuulutatakse normi rikkuva subjekti veaks** – rikkumised defineeritakse ümber üksiksündmusteks ning kriminaalmenetluse raames kuulutatakse normi rikkumine millekski, mis ei ole mitte süsteemi defekt, vaid mille eest vastutab vaid toimepanija (Samson 2000: 23-24).

Nimetatud süsteemis määratletakse süüna see, mida on vaja normi stabiliseerimiseks – süüist kõneldakse siis kui ühiskonnal ei ole võimalik normi teisiti stabiliseerida. Samson toob näite ebasoodsatest sotsialiseerumistingimustest, mille puhul ei saa neid süüd välistava faktorina kasutada, sest (I) neid tuleb ette väga sageli ja (II) neid ei ole võimalik kõrvaldada (Samson 2000: 24).

Positiivse üldpreventsiooni alusena võiks näha kahe mudeli paremate osade sünteesi: ühel pool on *homo oeconomicus* (välditakse idealistlikku arusaama piiritult vormitavast ja täielikult ühiskonnale kohandatavatest inimestest) ja teisel *homo sociologicus* (normijärgimine on omandatud eelkõige lapse- ja noorukieas, seega tuleb rõhutada kestvat väärtuskasvatust) – ühendatult tähendavad need teooriad aga põhimõtteliselt seda, et eeldatakse inimesel olevat dispositsiooniline baas käitumiseks, millele tuginetakse olukorras, kus kalkuleerimine ei tule kõne alla (Sootak 2007a: 45). Muudel juhtudel kohanduvad aga nii *oeconomicus*'ele kui *sociologicus*'ele omased kriteeriumid.

Antud preventsiooni võiks näha KJKT kohaldamisel, kus isikul *hoitakse käest kinni* kuni tema täieliku rehabilitatsioonini – ühiskond saab sellest osa võtta (tugiisikud jne) ning näha oma silmaga, kuidas riik kodanikke kaitseb ja õpetab, mis omakorda tagab üldist normikäitumist. Olles ise riigi institutsioonide toime tunnistajaks, tunnevad kodanikud end kindlalt⁵⁶.

6.3 Abolitsionistlik kriitika⁵⁷

Kuivõrd abolitsionistlik teooria vastandub julgelt mõlemale käesolevas uurimuses esitatud teooriale – retributivism ja konsekventsialism – siis käsitlen (põgusalt) samuti ka seda aspekti karistusõiguse teoorias.⁵⁸ Järgneva kolme paragrahvi sisu kandub küll natuke eelnõu küsimustest kõrvale, kuid on oluline mõistmaks eelnõu sisese kahe suure teooria (retributivism ja konsekventsialism) üleste probleemide adumiseks.

6.3.1 Kuriteo mõiste ei sisalda endas alati karistust

Abolitsionistide meelest tuleks kuriteo mõiste elimineerida meie ühiskondlikust sõnavarast: mõelda ja rääkida tuleks pigem *konfliktidest* ja *muredest*, mitte kuritegudest (Duff 2008: Punishment, Crime, 2.)⁵⁹ Motiveerides antud ideed näeme, et igapäevases tegelikkuses kuriteo mõiste sisaldab endas karistust kui kohast vastust kuriteole: see ei pea nõnda olema, kuna

⁵⁶ Kahjuks ei suuda riik aga sarnasel viisil (käitumiskontrolli kaudu) alati oma eesmäärke täita – nii mõnigi äärmuslikum kriminaalhooldusele lastud isik (praeguse skeemi järgi!) jätkab kuritegelikku käitumist.

⁵⁷ Alljärgnev tugineb R.A.Duff'i artiklile „*Legal Punishment*“. (Duff 2008).

⁵⁸ Ilma abolitsionistlike provokatsioonideta ei oleks see kirjatükk ilmselt ka piisavalt filosoofiline – alternatiivseks mõtteaineks saab vähemalt pinnast.

⁵⁹ Tekstisisene viide (Christie 1977; Hulsman 1986).

suudame loogiliselt mõelda ka kuriteo defineerimisele ilma karistuse mõisteta. Olukorras, kus esineb kuriteona määratletav käitumisviis ja see tõepoolest mõjutab tervet kogukonda, siis miks ei võiks seda hukkamõistu esindada kohtuasi, kus isik mõistetakse küll süüdi, kuid süüdimõist ei sisalda endas mingisugust eraldi karistust (Duff 2008: Punishment, Crime, 2.). (Me pelgalt nimetame avaliku protsessi kaudu antud teo kuriteoks ja mõistame selle hukka.)

Esmapilgul tundub antud mõtteviis vastuvõetamatu: mis mõttes me üleüldse räägime sellest, et karistust ei järgne. Kuid moraaliteooriate ja ühiskonna põhiväärtuste vahel ilmneb tõsiasi, et tõepoolest on kummaline, et miks peab avalikule hukkamõistule järgnema ka mingi lisakaristus? Sellele vastates ilmnevad väga hästi retributiivsete ja konsekventsialistlike teooriate erinevused ja seosed. Esimeste puhul soovib üldsuse *õiglustunne*, et kurjategija peab vastavalt oma teole kannatama (või nii mõnigi kord ka natuke rohkem – sest „kuidas ta ikka julges Meie rahu rikkuda?“). Konsekventsialistlikul alusel argumenteerijad leiavad, et süüdimõistva otsuse järgne karistus teenib preventiivset eesmärki, olgu see siis eri- või üldpreventiivne.

6.3.2 Avaliku kuriteona käsitlemine võtab konfliktidelt nende esialgsed osapooled

Vaadeldes käitumisviisi kuriteo vaatenurgast, on oht, et seadus eemaldab *konfliktist* selle õiguspärased osapooled (Duff 2008: Punishment, Crime, 2.).⁶⁰ Selle asemel, et aidata konfliktsetel osapooltel leida lahendusi, võtab seadus olukorra üle ning tõlgendab selle professionaalsesse kriminaalõigussüsteemi, mille puhul ei kannatajal ega kurjategijal pole enam konstruktiivset rolli.

Ka Eesti kriminaalmenetluses on asjaolud nõnda. Seadusest üleastujat (süüdlast) karistab riik.⁶¹ Vastava paragrahvi kvalifikatsiooni karakteristikute ilmnedes on riigi jõustruktuuridel (prokuratuur, politsei) otsene seadusest tulenev kohustus reageerida vastavalt kvalifikatsioonis määratletule: kui prokurör näeb kuriteo ilminguid, peab ta alustama kriminaalmenetlust – nn legaliteedi põhimõte.⁶²

⁶⁰ Tekstisisene viide (Christie 1977).

⁶¹ KrMS § 5

⁶² KrMS § 6

Prokurörile on küll jäetud kriminaalmenetluseadustikus diskretsioon otsustada, millist süütegu menetleda ja millise menetluse võib ta lõpetada⁶³, kuid menetlust peab ta alustama sellegi poolest.

Pärast nõ *vahete jäämist* ei ole süüdlasel kriminaalmenetluses enam suurt sõnaõigust: loomulikult on tal vastavalt põhiseaduslikele kaitsekohustustele (-õigustele) võimalus tuua süüdistuse tõenditele vastukaaluks oma tõendeid (eksperthinnangud, asitõendid jt)⁶⁴, kuid kui asjaolud on juba algusest peale üsnagi selged ja otsene vaidlus süü osas puudub, on süüdlasel võimalik enda karistuse leevendamiseks kasutada vaid kriminaalmenetluses võimaldatavaid lihtmenetluse vorme (kokkuleppemenetlus, lühimenetlus, kiirmenetlus jt).⁶⁵

Ka kannataja osa süüdlase süüdi mõistmisel ja karistamisel on sisult olematu, võiks lausa öelda, et mitte konkreetne isik ei ole kannataja, vaid riik; ja riigi nimel toimub protsess, mille esindajaks on riigi palgal olev prokurör. Sellist julget väidet kinnitab tõsiasi, et peale politseis või prokuratuuris avalduse kirjutamise, prokuratuuris formaalse sisuga arvamuse avaldamise karistuse osas ja kohtusaali vaatajaks tulemise ei ole kannatajal pärast süüdlase *vahete jäämist* enam rolli. Karistusõigusliku kvalifikatsiooni tunnuste ilmnedes ei ole näiteks avalduse tagasivõtmisest süüdlasele mingit otsest kasu, mõnel juhul võiks prokurör kohtusaalis (kui asi üldmenetluses kohtusaali on jõudnud) isegi väita, et „näe, süüdistatav jõudis juba mõjutada kannatajat“ vms.⁶⁶

Abolitsionistid leiavad, et adekvaatses vastuses kriminaalsele ebaõigusele peaks kindlasti olema esindatud nii kannataja kui kurjategija – olid ometigi just need osapooled. Mõned abolitsionistid väidavad nimelt, et kuritegu peaks seisnema kannataja ja kurjategija vahelise suhtluse vahendamises või taastamises, mitte karistamises. Duffi nägemus ühest võimalikust vastusest kuriteole oleks, et säilitada küll tänapäevane kriminaalprotsessi ja protseduuride vorm, milles riigikord/kogukond tervikuna nii kannataja kui iseenda (s.t riigi) vajadustest lähtuvalt

⁶³ Nt KrMS § 202 - prokurörile on antud kaalutusõigus otsustada, kas on mõtet süüdlast *süsteemi kadalipust* läbi viija või on võimalik asjaolude tõttu ka menetlus lõpetada; ka siis peab süüdlane tasuma vastavalt süüteoga kaasaskäiva sunniraha riigikassase ja loomulikult hüvitama tekitatud kahju. Antud kaalutlust saab kasutada ainult piiratud arv süütegudele – neile, mille vastu *avalikkuse suur huvi puudub* (teise astme kuriteod ehk need teod, mille karistuse ülemmäär on 5 aastat vangistust või rahaline karistus – KarS § 4 lg 3)

⁶⁴ KrMS § 34, 35

⁶⁵ KrMS-u 9.ptk (§§-d 233 - 256⁵)

⁶⁶ Lisanduvast kannatanu õigustest kriminaalmenetlust mõjutada veel nii palju, et Eesti KrMS tunneb kaht liiki menetlust: süüdistuskohustus- ja uurimiskaebemenetlus (vt täpsemalt ka Kergandberg, Sillaots 2006)

pahategijat vastutusele võtab, kuid mõlemale, nii kannatajale kui kurjategijale, antaks aktiivsem roll (Duff 2008: Punishment, Crime, 2.)⁶⁷.

Selline rõhusasetus avalikul kriminaalprotsessil peegeldab kahte kuriteo mõiste aspekti:

- i. **Kuritegu hõlmab ka kannatajat ja kurjategijat** – oluline on märkida, et situatsioonis on ebaõigust kannatanud kannataja ja ebaõigust loonud (*wronged*) kurjategija, mitte ainult *inimesed konfliktis*;
- ii. **Osad kuriteod on avalikud** – mõned pahateod on avalikud pahateod (need on pahateod, mis ei mõjuta vaid otseselt puudutatud isikuid, vaid tervet poliitilist kogukonda).⁶⁸

6.3.3 Kokkuvõtlikult abolitsionistidest

Säilitades karistuse mõiste ja kriminaalõigussüsteemi, mis defineerib ning mõistab hukka *avalikud pahategemised*, ei tähenda veel karistava (hukkamõistmine + karistus) kriminaalõigussüsteemi alles hoidmist: karistusõiguse süsteem vajab küll autoriteetse iseloomuga kriminaalprotsesse (*criminal trials*) identifitseerimaks ning seejärel hukka mõistmaks kriminaalseid pahategijaid (*criminal wrongdoers*), kuid selliste protsesside olemuslik järelm ei ole hukkamõistu järgselt isikut ka sunnimehhanismidele allutamine.

Abolitsionistliku kriitikale vastamise ilmingud on tuvastatavad ka Robert Nozick'u ja R.A. Duff'i enda nägemustest – järgnevalt räägingi karistuse eesmärkidest.

6.4. Karistuse eesmärgid

6.4.1 Nozick

Retributiivne karistamine liigendub kommunikatiivse tegevuse alla. Lähtuvalt proportsionaalsuse põhimõttest (süüdlasele tehtav kahju peab olema tasakaalus tema poolt tekitatud kahjuga) saab *tasumise* kokku võtta sellise lausega: (karistades süüdlast, ütleme talle, et) „täpselt nii palju oli sinu käitumine vale“ (Nozick 1981: 370-371). „Võimsaim viis öelda

⁶⁷ Tekstisisene viide (Duff 2007).

⁶⁸ Antud aspekte selgitavaks võrdluseks võiks tuua näiteid ühest küljest tülitsevatest naabritest ja teisest näiteks röövlis ja röövitust – (retooriliselt) kumb käib avaliku pahategemise klassifikatsiooni alla?

süüdlasele kui valesti ta käitus, on vastata talle samaga⁶⁹“ (Nozick: 1981: ibid). Aga kas see edendab süüdlases ikkagi soovitud tulemust: samaga vastav karistuse sisu seisneb lootuses, et süüdlane seega mõistab oma teo väärust. (Nozick: 1981: 372)

Erinevad karistusteooriad lähtuvad erinevatest kommunikatsiooni-mudelitest, kusjuures karistuse ekspressiivne funktsioon ilmneb just süüteo hukkamõistus: süüdlasele näidatakse tema eksimust (*wrongness*) (Nozick: 1981: 372). Eksimuse näitamisel on eesmärk süüdlase moraalne paranemine. Kuid selliselt läheneb *tasu* konsekventsialismile?

Retributiivne karistus rajaneb eelnevat silmas pidades seega optimistlikule hüpoteesile sellest, mida isik suudab või hakkab aru saada. Kui isik on ühiskondliku moraali kogukonnast täiesti eemaldunud – jääb üle seda isikut vaid hirmutada (*deterrence*). Hirmutamiseiga koheldakse süüdlast kui väljaspool moraalset kogukonda olevat isikut (Nozick 1981: 372). Peamisele hirmutamise kriitikale (isikut koheldakse kui *vahendit* – vt Kanti ja deontoloogilise eetika peamisi kriitikautilitaarse suhtes) pakub Nozick välja (s sofistlikku laadi) lahenduse: vahendina kasutamine võibki olla osa tema väljateenitud *tasust*. See isik on kasutanud teist isikut vahendina, nüüd tehakse sama talle.

Teleoloogilisele retributiivsusele pakub Nozick välja ka *mitteteleoloogilise* variandi (Nozick 1981: 374), mille puhul toob ta esile väärtuste küsimuse. Süüdlane on eemaldunud õigetest väärtustest ning karistuse eesmärk on ta nendega uuesti ühendusse viia. Retributiivse karistamise (mitteteleoloogiline) eesmärk on anda *õigetele* väärtustele koht selle pahategija elus, ja seda samaväärselt tempoolse väärtustest lahtiütlemisega: *väärtuste asendamine* peab olema proportsionaalne.

6.4.2 Duff

Sarnaselt Nozick'iga näeb Duff karistuse eesmärgina süüdlase tegevusele hinnangu andmist või hukkamõistu – karistus *kommunikeerib* ühise tahte süüdlasele (Duff 2008: Punishment as, 6.). Hukkamõistev hinnang edastatakse ametliku süüdimõistmise teel kriminaalkohtu menetluses.

⁶⁹ *If an act is wrong because of what it does to someone else, the most powerful way to show him [offender] what it does is to do the same to him.*

Duff eristab hukkamõistva hinnangu andmist üldisest karistusest, kuid vastupidiselt abolitsionistlikule mõttelaadile leiab Duff järgnevat. Hukkamõist on küll üldsuse hinnang, millest mõneti peakski piisama, kuid *karistamine vangistuse või muu klassikalise meetmega (hard treatment)* on samuti üks viis hinnangut kommunikeerida. Hukkamõistule lisandub karistus mõjususe tõhustamise eesmärgil – hinnangule lisanduv karistav protseduur koos oma reaalse järelmiga jääb paremini meelde ja isik õpib (Duff 2008: Punishment as, 6.). Duff'i süsteemil on eripreventiivse iseloomuga sotsiaalne osa ning negatiivse üldpreventsioonile omane *karistusähvardus*. Hinnangute ning karistuste jagamise läbi toimub kommunikatsioon süüdlastega; kui süüdlane on aga tõrges sellisele suhtlusele, kohaldatakse pigem hirmutavaid meetmeid (Duff 2008: Punishment as, 6.).

Hirmutavale efektile lisanduvalt omab karistamine ka süüdlast veenvat meedet: talle tehakse selgeks, et on vaja tuvastada ja kahetseda tehtut (*recognise and repent the wrong*). Sel viisil saaks seda suhtlust vaadata ka kui moraalset õpetamist.

Moraalsete väärtusteni jõudmine ja nende mõjutamine läheb jällegi otseselt süüdlase autonoomia kallale: Kanti moraalset riigi ja õiguse nõue, kohelda inimesi vastutavate isikutena, on seega vahetunud problemaatilise hirmutava funktsiooniga. Range karistamine ei tohi olla kommunikatiivse hukkamõistu hädavajalik osa – vaatamata isiku omadustele, on vajalik kohelda süüdlast vastutavate (teovõimeliste) ja ratsionaalsete agentidena. Igasugune reparatsioon süüdlaselt peab olema vabatahtlik, kui see ka mõnd väärtust esindama peaks. (Duff 2008: Punishment as, 6.)

Abolitsionistliku teooria osast – kriitika üldiste kuritegude suhtes, et nad eemaldavad süüteo selle algupärased osapooled – võtab Duff üle *taastava õigluse mõiste (restorative justice)*, mille puhul on kriminaalprotsessi ja karistamise eesmärk reparatsioon või taastamine süüdlase, kannatanu ja teiste puudutatud osapoolte vahel. Metoodiliselt tuleks kasutada nt erinevaid lepitusprogramme toomaks kokku süüteo tegelikud osapooled⁷⁰. (Duff 2008: Restorative, 7.)

⁷⁰ Vt ka *lepitusmenetlust* KrMS-st (§§-d 203¹ ja 203²).

6.5 Mõjutusvahendi mõiste analüüs

Mõjutusvahendi kui *mittekaristusliku meetme* sisu ei erine minu arvates karistuse omast – me nimetame karistamise ümber mõjutusvahendiks, ja seejärel õigustame seda konsekventsialistlike argumentidega. Oma loomu poolest on tegu ikkagi karistusega. Kuigi seadusandja võib sõnastada nimetatud meetme kasutust millekski muuks, on vähemalt igale juristile teada see, et kõik ei ole alati täpselt see, mis pealkiri deklareerib⁷¹. Süüdlase vaatenurgast on KJM tõenäoliselt ikkagi konkreetne karistuse – tema tegevusvabadust piiratakse.

Selgitus peitub karistuse mõiste juures. Antud töö ei tegele küll karistuse mõistega nõnda süvitsi, kuid mõneti on karistuse sisu välja loetav karistuse eesmärkide seksioonist (ning mõneti ka abolitsionistlikust kriitikast). Praeguse õigustuse jaoks kokkuvõtlikult on **karistus** – *isiku tegude eest riikliku legitimatsiooniga rakendatav hukkamõist, millele võivad järgneda erinevad sunnimehanismid*. (Kriitilisemalt küsides peaks küsima, et kas nt tingimisi vabastatud isiku karistus kätkeb endas ka sunnimehanisme? Mõneti peaks kindlasti vastama jaatavalt, sest terve temale määratud katseaja peab ta end eriti valvsalt ülal hoidma – tegu on psühholoogilise sunnivahendiga.)

Sisult on nii tänane karistuse mõiste (kõige üldisemas mõttes) kui eelnõus nimetatud karistusjärgne mõjutusvahend samad. Lähtuvalt mõjutusvahendi iseloomust: kas karistusjärgne kinnipidamine või käitumiskontroll, on ilmne, et isikule on ikkagi rakendatud tema tegude eest sündi. Mõjutusvahendi ja tehtud teo iseloomust lähtuvalt määratakse sunni määr.

Juriidiliste mõistete järgi on ka karistamise ja mõjutusvahendi rakendamise eeldused peaaegu samad – ainult rõhuasetus on teine. Sisu on neil sama – isik „läheb kinni“ või talle kohaldatakse käitumiskontrolli. (Vahemärkusena võib öelda, et mõjutusvahendina ei ole ette nähtud rahalise karistuse võimalus nagu seda on „karistamisel“.) Sisu järgi samasuse võtab minu hinnangul parimalt kokku varem tsiteeritud lõik Riigikohtu arvamusest, mis anti kooskõlastusringil. Refereeritult on see veelkord nõnda: *mõjutusvahendi kohaldamine läheb isiku põhiõiguste vastu*. Mida Riigikohus sellega öelda tahtis? Minu äranägemisel on nende hinnangu

⁷¹ Eraõiguses sõnastatakse näiteks töölepinguid sageli oma olemusest erinevalt: tööleping nimetatakse ümber *töövõtulepinguks* (sest võlaõigusseaduse järgse lepingu alusel töötav isik – töövõtuleping (VÕS § 635) – on vähem tööandja poolt kindlustatud ja tööandja peab vähem lisanduvaid kulusid kandma. Probleemide tekkel on just nimelt jurist see, kes peab ebaõigele sõnastusele juriidilist analüüsi kohaldama ning antud juhul lepingu olemuse ümber hindama töölepinguks (TLS § 8), kui isiku töökohustused ja õigused töökohas vastavad töölepingu seaduse alusel töötava isiku kohustuste tunnustele.

sisuks see, et mõjutusvahend riivab, jah, põhiõigusi ning sel riivel tundub olevat karistamise alatoon. Kohtu määratud sanktsioon on juba ise isiku põhiõigusi riivav, üritades nüüd legitimeerida veel lisanduvaid meetmeid on selge, et õigusi rikutakse jätkuvalt. Kuna rikutakse neid samu õigusi, on tegu ka karistusliku meetmega, kuid karistamisel on meil juba eraldiseisev legitimeeritud institutsioon.⁷²

Me kohaldame mõjutusvahendit (s.t karistame) kahest vaatenurgast: mõlemale jagub rohkesti kriitikat, esitan lühidalt mõnda.

Esiteks, kohaldame mõjutusvahendit selle eest, mida isik on varem teinud. Mõjutusvahendit põhistatakse viidates korduvalt karistatusele ja eelnevate karistuste mitte toimimisele. Karistusregistri mitte-arhiveeritud ehk jõus olevad kanded viitavad uuesti kuriteo sooritanud inimese puhul eelnõu järgi isikule, kes ei ole oma varasemast käitumisest õppinud ega võtnud vaevaks end ühiskonna väärtustega konformseks viia. Kuid kas sellises argumentatsioonis ei ole eksitud (lisaks eelpool nimetatud sotsiaalsetele põhitõdedele) põhiseaduse § 23 lg 3 määratletud topeltkaristamiskeelu – *ne bis in idem* – vastu⁷³? Selle põhimõtte puhul on räägitud pigem sama teo eest nt kriminaalkorras ja halduskorras karistamise korral: topeltkaristamise keeld laieneb olukordadele, kus isik on esmalt karistatud halduskorras ning sellele järgnevalt sama teo eest kriminaalkorras (Maruste 2004: 399).

Topeltkaristamise keelu küsimust on käsitletud KJM-i selgitamisel, kui räägiti eripreventiivsuse karistuse raamidesse mittemahtuvusest ja sellest, kuidas eripreventsioon on leidnud oma väljundi mõjutusvahendis (Sootak 2007a: 184); kuid see on juba teise tasandi küsimus. Kas *ne bis in idem* probleem ei teki juba KJM-i määramise menetluses? Lahendus seisneb tõenäoliselt selle põhimõtte tõlgendamise ranguses – süvitsi võttes, on igasugune varasema teo arvestamine uue teo karistuse puhul topeltkaristamine. Samas on see karistusregister ikkagi põhjusega: anda ülevaade isiku kuritegevuslikest käitumisharjumustest ning olla ka mingite kindlate omaduste näitajaks. Ning tõepoolest oleme sunnitud isikut kaudselt karistama ka eelneva teo eest uuesti, kui üldsuse poolt aktsepteeritavate normide mõju ei olnud piisav. Ühiskonnakaitse kaalul võib seda põhimõtet (vist) painutada (?).

⁷² Täna siinkohal oma retsensenti Marko Kairjak'i pööramast tähelepanu mõjutusvahendi kui karistuse argumendi suurema selgitamise vajadusele!

⁷³ „Kedagi ei tohi teist korda kohtu alla anda ega karistada teo eest, milles teda vastavalt seadusele on mõistetud lõplikult süüdi või õigeks.“ (PS § 23 lg 3)

Teiseks, KJM rakendub lähtuvalt prognoosist, mida vastav isik tulevikus tõenäoliselt teeks. Antud punkti eetilisele retributiivsuse (nt teo väljateenituse, tasumisteooria – *desert*) aspektist ja ühtlasi ka *meetmele rakendatavast* (e süüdlane, kellele meedet rakendatakse) lähtudes leiab valiitse kriitika tõenäoliselt ka põhikoolilaps, kes vähegi inimesi ja inimeste võimeid on jälginud. Inimesed ei oska tulevikku näha.

Tuleviku ennustus põhjendatakse viitega minevikule, argument on lihtsustatult järgnev: *kuna isik on sooritanud eelnevalt mingit laadi tegusid, siis tõenäosus, et isik tulevikus uuesti seda laadi tegusid sooritab, on piisavalt suur, et uskuda selle võimalikkuse realiseerumist*. Teisisõnu, isik jääb hinnatavaks varasema käitumise kaudu. Puht konsekventsialistlikust vaatepunktist on tegu väga usutava argumentiga ning ei tekita vähimatki kriitikanooti – ühiskond kui tervik võidab endale ohutuma keskkonna. Retributiivsusest lähtuvalt on aga tegu naeruväärse lähenemisega.

Kas isiku kriminogeense käitumise tõenäosusele viidates on *inimestele kohane* piirata isiku vabadust? Riigiprokuratuur andis teemaks oleva eelnõu kooskõlastusringil arvamuse (kooskõlastuste ja arvamuste tabel, lk 4, jrk 8)⁷⁴, millest oleks hetkel paslik välja noppida ühe teravama kriitikanoodi. Kuna mittekarakteristliku meetme kasutust tuleb eelnõu kohaselt otsustada samal ajal kui karistuse mõistmine, siis on kaheldav, võttes arvesse, et isikule võidakse määrata pikaajaline vangistus – näiteks 12 aastat – et „on võimalik ette näha, kas isik on nii pika aja möödudes ohtlik või mitte, ja seda otsust veenvalt põhjendada.“

KJM-i rakendamise prognoosi-kriitika võtab kokku Riigikohtu kooskõlastusest nähtav hinnang eelnõule: „Eelnõus väljapakutud regulatsioon riivab silmaga nähtavalt isikute põhiõigusi ja põhjustab ilmselgelt kohtuvaidlusi selle regulatsiooni põhiseaduspärasuse osas, mistõttu Riigikohus ei pea põhiseadusliku järelevalve kohtuna võimalikuks avaldada eelnõu osas sisulist arvamust (kooskõlastuste ja arvamuste tabel, lk 9, jrk 11).“

Kuid nagu esimesel juhul oli võimalik põhimõtet laiemalt ja eesmärgipäraselt tõlgendada, võib ka praegusele kriitikale leida lahendusi: kui prognoosi-kriitikud viitavad põhiõiguste rikkumisele, siis prognoosi-pooldajad viitavad statistikale varasematest sarnastest juhtumitest, kus kõrge riskiga isikute vabanemisel on toime pandud uusi kuritegusid; samas võib oma

⁷⁴ Kättesaadav seletuskirja juurest.

sotsiaaluurimusega välja tulla ka prognoosi-kriitik jne. Laialdasema KJM-i, täpsemalt just KJKP, kohaldamise soovi korral tuleb põhjendamiseks tõepoolest paremate argumentidega esile tulla.

„KJKP rakendumist eeldatakse praeguse seisuga vaid kuuele isikule“ (seletuskiri, lk 26) – on see argument? Tõenäosus muidugi on, et ka suurim prognoosi-kriitik, olles tutvunud nendest vähemalt ühe isiku toimikuga, võib oma range printsipiaalse mõttelaadi korraks kõrvale panna ja isiklikel pragmaatilistel kaalutlustel nõ silma kinni pigistada. Aga argumendina pädeb ilmselt see, et ei tohi unustada: KJKP näol on tegemist *ultima ratio* põhimõttel rakenduva meetmega (seletuskiri, lk 24).

7. Süntees

7.1 Vastuolu olemus

„Mõistes liberaalpoliitilise ja moraalse mõtteviisi ühispinnana seda, et väärtused võivad lahendamatu aspektideni vastanduda, peame samuti nõustuma võimalusega, et praktiline mõistus võibki rääkida konfliktis keeles ja et konflikteid väärtusi sisaldavad väited võivad tunda meie mõistusele meelepärased. Adekvaatse normatiivse karistusteooria käsitlus peaks tunnustama vastanduvaid väärtusi ja leidma nende vahel talutava kompromissi.“⁷⁵

(R.A. Duff, *Answering For Crime*)

Retributiivne teooria vastandub konsekventsialistlikule – see on üks käesoleva töö alusteese, selle najalt saame kritiseerida eelnõu ja teha järeldusi riigi kriminaalpoliitiliste suundade kohta. Võrreldes neid teooriaid ilmnevad vastuolud ja erinägemused vastates küsimusele – mis on tähtis minu või meie jaoks?

Kuidas saavad tuhanded ja miljonid inimesed ühise nimetaja all töötada, tegutseda? Me võime küll Aristotellikult rääkida inimesest kui *sotsiaalsest loomast* või bioloogiast lähtuvalt *karjainstinkti* prevaleerivast jõust, kuid suure kogukonna kirevates värvides on kokkupõrked paratamatud. Inimkonna ajalugu on jätnud jälje riigis elavate erinevate kogukondade näol. Mõelgem näiteks omasuguste tõekspidamiste ja kombetalitustega usulistele kogukondadele nagu kristlased, islamistid, budistid, taoistid, maausulised; või hoopis kireva omavahelise ajalooa rahvuste peale nagu inglased, iirlased ja prantslased, eestlased ja venelased, hiinlased, vietnamlased, sakslased ja türklased, itaallased, kreeklased – konflikti jaoks leidub pinnast piisavalt.

Riik ongi vastuolu. Tugev riik on see, mis suudab oma sisemised vastuolud muuta enda tugevuseks; nõrk riik aga laguneb nende tõttu. Seega ka retributiivsed teooriad ei saa hakkama

⁷⁵ „If we accept what is a commonplace of liberal political and moral thought, that values can conflict in ways that are rationally irresolvable, we must also accept that practical reason can speak with conflicting voices, and that we may find ourselves rationally drawn by the claims of conflicting values. An adequate normative theory of criminal law must then recognise the conflicting values that bear on the law, and the need to find a tolerable compromise between them.“ (Duff 2007: 8)

ilma mõningate konsekventsialistlike suundade kultiveerimiseta – vastasel juhul ei ole meil tegu reaalselt otstarbeka teooriaga, vaid ideaaliga. Kritiseerides ilmnevad küsimused, kuidas tõmmata piire ühe või teise teooria vahele – nende piiride tõmbamine aitab orienteeruda riigi väärtuste maastikul ning areneda vastavalt üldsuse tahtele. Ehk et rakendavate teooriate ratsionaalne piiritlemine on vajalik, seda mitte selleks, et koheselt ehitada üles ideaali, vaid pigem selleks, et töötada selle poole ning näha, kui kaugel me eesmärkidest veel oleme ning kas me üldse sennapoole liigume.

Retributiivse karistamise mudelit on tema printsiibiliku laia kõikehaaravuse tõttu lihtne eelistada – et ühiskonda koos hoida, tuleb pidada lugu aja jooksul kujunenud põhiväärtustest ning igapäevapraktikas ei tohiks minna nende samade kaitstavate väärtustega sisult silmakirjalikesse vastuoludesse. Retributiivse ideoloogia suurkuju Immanuel Kant pakub meile ideaalset, seda hüve, kuid mitte igapäevast praktikat. Tõsi, ka *kommene metafüüsika alusepanekus* (Kant 2008 (1785): külgpaginatsioon 389) räägib ta vajadusest üleüldise teooria järele, millel oleks ka rakenduslikud tulemid. Kahjuks peab tunnistama, et tema nägemus inimesest jääb liialt kitsaks. Kant isegi on möönnud inimese kahetisust – mõistuse ja bioloogilise olendi vahel (Kant 2008 (1785): külgpaginatsioon 389-390).

Inimeste maailm kohaldab teooriaid pragmaatilises võtmes. Praktika iseloom on selline, et isegi kui arutluses viia mõningate teooriate ühine kasutamine võimalike loogiliste vastuoludeni, on nende kasutus praktikas ikkagi otstarbekam kui kohaldamata jätmine. Kanti teooria on õigusriikliku süsteemi võrdpilt – ekseldes sobiva eetilise süsteemi otsinguil, on praktiliste lahenduste võrdlemine inimväärikuse ja sellest tulenevate põhimõtetega vähemalt tänase läänemaailma paradigmas orientiiriks õiglusele.

Nimetades end õigusriigiks, seob riik oma karistusmudeli absoluutse⁷⁶ teooriaga. Me elame retrospektiivis, kuid see ei tähenda, et peame ajahambale vastupidanud idealistliku teooria üks-ühele üle võtma. Klassikaline *tasu*-mudel jääb pinnaseks kõigele muule.

Retributiivne (absoluutne) teooria on tänini kriminaalseadusandluse ja -kohtupraktika põhialuseks. Vaid *õigluse nõudel* ja *riigi eesmärke arvestamata* karistamine on asendatud maise riigi ja selle olemuslikest eesmärkidest tingitud ülesannetega – näiteks teenida oma kodanike

⁷⁶ Absoluutne ehk lahutatud muust (nt riigi eesmärkidest) (Samson 2000: 18).

heaolu. Transsendentsed eesmärgid ei sobi 21. sajandi karistusteooria žargooni (Samson 2000: 26).

Eesti põhiseaduses on õigusriigi põhimõte väljendatud §-s 10, kuid absoluutse teooria kohaldamise konstandi nimetuse alla liigituvad ka veel §-d 18, 20, 22, 23. Absoluutse teooria ning õigusriigi sümbioosil ilmneb ka Bentham'i retributiivse alatooniga väide, millest *ennustava*-mudeli järgijad harva lähtuvad. Kuigi karistamise kahju süüdlasele on õigustatud üldise kasu alusel, siis lähtuvalt Bentham'i *ohjeldusprintsipi* (*restraining principle*), peab karistatu kahju olema proportsioonis saavutatavate preventiivsete eesmärkidega (von Hirsch 1983: 58).

7.2 Kuidas lähtuda ohtlikkusest?

Vastuolu on möödapääsmatu: me tahame oma kõrgeid väärtusi kaitsta meetoditega, mis satuvad nende sisuga konflikti. Kas on eetiline kaitsta väärtusi, neid samas ise eirates – kas see ei ole silmakirjalik? Kas see ei vii väärtuste eest võitlejaid olukorda, kus hoopis nende vastu peaks võitlema – õõnestavad nad ju ometigi tervet süsteemi käitudes *vastupidiselt esindatava* – riigi, õigluse – *soovidele*⁷⁷. Sel viisil küsivad peaksid enda käest küsima, kui kaugemale ollakse valmis väärtuste mõistet viima: ons vaja väärtusi müstifitseerida millekski enamaks kui nad on – inimeste poolt loodud ideaalid? Minu hinnangul ei tohiks minna antud mõiste mingil kindlal viisil õigustamisega üle piiri. See piir jookseb praktika ja teooria vahe peal. Üks asi on ajada taga ideaali, teine on nõuda selle otsekohanduvust igas elulises situatsioonis – teadagi jäävad ideaalid kaunite ideede maailma ning ka pelka varju ideaalist on üleöö võimatu kohaldada.

Ohtlikkuse eelnõu ei suuda tasuteooriast lähtuvalt sammu pidada nende kõrgete eetiliste ootustega – aga see ei olegi selle eesmärk. Tasuteooria õigluse ideaalid sobivad igapäevase kriminaalõiguse sisemise koherentsuse lakmuspaberiks ning seetõttu ei tohi praktilistel vajadustel tekkivate vastuolude tõttu väärtustest lahti öelda. Kaitseeesmärgil väärtuste

⁷⁷ Kujutleme eraõiguslikku olukorda, kus väärtused oleksid esindatava, põhimõtted esindamise reglemendi ja väärtuste kaitsjad esindajate rollis. Tõenäoliselt läheb väärtuse ideest üleastuv esindajapoolne käitumine vastuollu esindatav-esindaja vahelise sisesuhte ja seega esindatava soovidega – see omavoli lõppeks esindatavale kahjude hüvitamisega. Antud olukord tekitab mõningaid küsimusi. (1.) Keda panna kahjude eest ikkagi vastutama? Kas peaks vastutama ambivalentset tõlgendamist lubavad väärtused? Või neid väärtusi selgitavad, kirjapandud – põhimõtted? (2.) Kuidas korvata kahju väärtuste rikkumise eest olukorras, kus väärtuste kaitsja on kahju tekitanud väärtuste enda nimel (uskudes sellise käitumise vajalikkusesse ning pidades end seetõttu ka õigustatuks)? (3.) Mis kahju see on, mis korvamisele tuleb – kas see on rikutud inimõigus või seetõttu rikutud ühiskonna moraal (või midagi muud)? Näeme, et antud teoreetilises olukorras jagub ohtrasti erinevaid mõttelisi tupikeid.

rakendamisega vastuollu sattuv isik ei tohiks ära unustada neid ideaale, mille kaitseks (praktilistel kaalutlustel) nendest samadest ideaalidest eemaldutakse. Oluline on alati küsida endalt: *miks teekond üleüldse ette võeti?*

Praktiline lahendus tundub olevat intellektuaalne kompromiss. Paratamatult jõuab teelahkmel seisev inimene pragmaatiliste otsusteni. Teoorias saab rääkida väärtustest ja kaunistest ideaalidest, kuid reaalsuseks saanud ideaalse pildi taga on pikk teekond vastuolulist praktikat. Printsipiide tarvis peab rakendaja ühelt poolt arvestama (i.) ühiskonna hetkevajadusega (ilma müütide ja väärarusaamisteta) ja teisalt (ii.) poliitiliste suundumuste ning eesmärkidega.

7.3 Ühiskond ja ohtlikkus – pragmaatiline lähenemine

Isiku ohtlikkuse hindamine on jäetud suhteliselt meelevaldsele tasandile – oluline ei ole ilmingimata kaitsta isikut, kellele meedet rakendatakse, vaid ühiskonda, kelle kaitseks meedet kohaldatakse. Tulles tagasi käesoleva töö sissejuhatuses esitatud riigi põhiväärtuste juurde, saavad selgeks riigis elamise mõningased paratamatused:

- i. riik võib rajaneda õiglastele väärtustele (ka *expressis verbis*); kuid
- ii. väärtuste jaotamine võib toimuda väga *ebaõiglaselt* (ebaõiglus ilmneb sõltuvalt vaataja eelistustest ülal esitatud *tasu – eesmärk* spektris)

Kuid ka **ühiskonnale kui üksikisikute tervikule** on seaduslikud põhimõtted kohaldatavad. Meie põhiseadus on küll individualistlikus sõnastuses – *igaihel on õigus* – kuid inimese loomupärast sotsiaalsust silmas pidades saab väita, et mitmeid nimetatud põhiväärtusi saavad kanda isikute grupid, veel enam, kui on kogunenud ühiselt meelestatud seltskond ning nad soovivad oma vabadusi ohutus ning meeldivas ühiskonnas teostada. On isikuid, kelle jaoks mitmed põhiseaduslikud õigused ongi teostatavad vaid ühiselt – inimesed, kes seovad oma identiteedi sügavalt kogukonnaga. Grupi vaatenurgast saab üksikisikut kritiseerida mitmeti; laialdaselt on levinud kommunitaristlik ideoloogia ning selle pinnalt sarnasest eluvaldkonnast isikute grupi kui kogukonna väärtuste õigusliku prevaleerumise elujõulised legitimeerimise püüdlused.

Kes siis sattub kokkuvõttes kahe tule vahele? Nimetatud olukorras esineb ilmekalt kohtuniku ameti võib-olla üks keerulisemaid ülesandeid: kaaluda erinevate põhiväärtuste vahel ning tulla välja õiglase otsusega. See õiglase otsus baseerub aga karistamise õigustatusel, mida iseloomustavalt kategoriseerides jõuamegi karistusteooriate pärusmaale. Konkreetsed erinevused riigitasandil karistusvõimu põhjendamisel moodustavadki karistusteooriad.

Sootaki järgi jaguneb karistuste õigustamine kolme tahku:

- a. **Riigipoliitiline** – karistusvõim on vajalik õiguskorra kui inimeste sotsiaalse kooselu püsimiseks; õiguslik sund käib riigivõimu säilimise juurde (karistus kuulub iga õiguskorra juurde).
- b. **Sotsiaalpsühholoogiline** – karistusvõimu sotsiaalpsühholoogilise aspekti eesmärk: rahuldada ühikonna arusaamu õiglusest, st et riigi mitte-sekkumine õiguskorra tagamisse annab alust eraviisilisele karistusõigusele või omakohtule (kui argumenteeritakse sellist olukorda kritiseerides ning samas õigustades riikliku karistusvõimu, räägitakse sotsiaalpsühholoogilises võtmes).
- c. **Individuaalne** (individuaaleetiline aspekt) – inimene on oma loomuselt kõlbeline ning süütegija peab saama riigilt võimaluse oma tegu (autonoomselt) lunastada (Sootak 2007a: 25-26).

Isegi kõige retributiivsemal ideoloogial on oma (konsekventsialistlikud) eesmärgid (vt nt Sootak 2007a: 34)⁷⁸ – inimväärikuse kaitse muuhulgas. Retributivismi põhiidee on karistuse rakendamisel püsida isiku süü juures ning mitte kasutada selle isiku tegu ega seda isikut ennast mingisuguse vahendina teistele eeskuju näitamiseks või selle isiku enda ravimiseks. Seda väidet põhistataksegi inimväärikuse põhimõttega. Eeldades et retributivismi üheks alustalaks on inimeste nimetatud põhiväärtuste kõrgelt hindamine ja nende õiglase rakendamine igapäevaelus, siis on võimalik luua duaalne retributivistlik käsitlus antud väärtuste rakendamisest – kaitse negatiivses ja positiivses mõttes.

Inimväärikuse kaitse negatiivses mõttes tähendaks antud juhul olukorda, kus me ei rakenda isikutele teosüü kaudu välja teenitud *tasust* (*desert*) suuremat karistust. Samas positiivset kaitset iseloomustaks just see, et inimväärikuse põhimõtte ja selle tunnustatuse säilitamise kaitseks tuleb üleastunud isikuid õpetada ja mõnel juhul selle tarvis või hoopis teiste kaitseks ka rohkem kinni hoida nt raskendavatel asjaoludel.

⁷⁸ Õiglase tasu kui tasumisteooria eesmärk?

Retributivist on ideaalis vaid negatiivse käsitluse pooldaja. Samas *pragmaatiline retributivist* võiks nõustuda äärmuslikematel juhtumitel ka mõningate konsekventsialistlike kaalutlustega karistuste kohaldamisel.

7.4 Õigus ja moraal eraldi

Väärtuste rakendamine lahknub varasematest õiguspositivistlikest käsitlustest, kus õigusele peaks jääma oma, ja moraalile oma. Samas on vähemalt kodifitseeritud väärtustele ja õiguse üldpõhimõtetele tuginemine hädavajalik, et õigus ei kaotaks oma seost sellega, mida ta tegelikult reguleerib⁷⁹. Võõrandumine eesmärkidest ei saa olla normaalne käitumisviis õigusele, vastasel juhul ei saa me rääkida õiguse legitiimsusest ühiskonnas. Hart'i mõte nt üdini ebaproportsionaalsete karistuste kohaldamise ohtudest lähtub käsitlusest, et selline *õigus* riskerib *üldise moraaali segadusse ajamise* või lausa selle *pilkamise ja põlastusse viimisega* (von Hirsch 1992: 62-63).

Sellegipoolest, eelnevat silmas pidades, ei saa me rääkida ka kõrgetest väärtustest kinnipidamisest, kui ühiskond, kellele neid väärtusi rakendatakse, ei ole selleks valmis. *Ohtlikkuse* eelnõu sisuks on ühelt poolt ilmselgelt pakkuda kaitset, aga sellele lisanduvalt võib näha sellise eelnõu esildamisel nõrdimust ja allaandmist kindlate isikute suhtes ühiskonnas. On muidugi paratamatu, et kõik inimesed ei ole samasugused ja ei saagi kunagi selleks, olgu üheks põhjuseks kasvõi see, et inimesed ei kasva üles samadel tingimustel. Mõni laps ei tunne kunagi perekonna soojust ega saa täiskasvanuna seetõttu aru ka perekondlikest väärtustest või läheduse vajadusest – ta suunab selle energia kuskile mujale; tal ei pruugi olla intellektuaalseid vahendeid enda emotsioonide selgitamiseks ega taltsutamiseks jne. Inimese kriminogeensusele kaldumise põhjuseid on mitmeid. Antud uurimus ei käsitlenud kuritegevuse sotsiaalseid aspekte, vaid lähtus õigus- ja moraalifilosoofilistest vaatepunktidest. Samuti jätsin hindamata erinevate karistusmäärade proportsionaalsust – kuigi ka see valdkond peab olema pideva analüüsi objekt.

⁷⁹ Sarnase hinnangu on õigusele andnud ka H.L.A. Hart (Maruste 2004: 27).

7.5 Ebaõiglane õiglus?

Karistusteooriate spektris ei saa olla täielikult üks või teine. Ka retributivistil tuleb tunnistada olukordi ja isikuid, vähemalt praeguse reaalse maailma lõikes, kelle suhtes oleks ebaõiglane jääda *õiglaseks*. Ebaõiglus ilmneb kalduvuskurjategijate jultumuses sooritada korduvalt kuritegusid ja seeläbi mitte austada ühiskonna korda. Selline kurjategija ei hooli ega mõista või ei tahagi hoolida ega mõista, või ei suuda aduda kooselu peaprintsiipide väärtust ning nende positiivseid mõjusid inimkonna arengule – ta on *oma* väärtuste süsteemi nõnda sügavale ära kadunud, et ühiskonnapoolsed *õiglusest* lähtuvad väärtuste pinnalt vastamised tema käitumisele ei ole kohased ega teeni ka nimetatud eesmärke (vt ülalt Duff'i ja Nozick'u eesmärke). Retsidiivsete kalduvustega isiku inimväärikust tingimatult hinnates, ei saa see ühiskond, kus see isik elab ja tegutseb, endale täisväärtusliku kodanikku, vaid hoopis ohu terviku koospüsimisele.

Ühiskond on sümbioos, kalduvuskurjategija koht on määratletud sümbioosi vastandite kaudu. Retributivist ei saa endale lubada vaid ühtedel printsiipidel põhinevat elu, eriti siis, kui tervikus leidub isikuid, kes oma ümberõpetamatu käitumisega süstemaatiliselt õiguskorda õõnestavad. Pealtnäha väärtuste debatt on tegelikkuses olematu – sümbioos nõuab ohvreid, kuid antud juhul ei ole ohvriks mõni kõrge printsiipaalne väärtus, vaid vägivallatsev kalduvuskurjategija⁸⁰.

Retributivism puhtal kujul saab eksisteerida vaid ideaalis, nagu saavad toimida ka Kanti (kui retributivismi alusepanija) *Eesmärkide riik* ja selle pinnaseks olev *kategoriline imperatiiv*.

7.6 Duff, Nozick ja kommunikatsiooni konfliktus

Ka Nozick'i ja Duff'i kommunikatiivsed mudelid lähevad sisuliselt retributiivse ideaaliga vastuollu: igasugune süüdlase (väline ja sisemine) mõjutamine ei ole inimväärikas. Või kas ikka ei ole?

Inimväärikus on küll ühelt poolt see igäühe *a priori* väärtus, kuid selle olemuspäraseks kasutamiseks peab inimene olema ka inimväärikusega ratsionaalselt seotud. Isik peab oskama

⁸⁰ Näiteks Rodion R. Raskolnikov võrdleb „Kuritöö ja karistuses“ inimest rotiga, et teda oleks lihtsam tappa. (Sõnastus on küll äärmuslik, kuid leian, et on olukordi, kus peab idee edastamiseks ka emotsionaalsemat sõnavara rakendama.)

näha inimväärikuses peale vabaduste ka veel kohustusi. Kuigi kõrgelt hinnatud konventsioonid (kodifitseeritud loomuõigus) konstateerivad ühtsel foonil inimväärikuse esile seadmist, siis piirideta vabaduse propageerimisest on ikkagi asi kaugel. *Teen, mis tahan, sest mind kaitseb inimväärikuse klausel?* Nagu ka Eesti põhiseaduse teise peatüki nimetuses on peale vabaduste nimetatud ka veel õigused ja kohustused, ei ole ka inimväärikus õigus, mida õigesti kasutada mitte-suutev isik võiks pahategeva käitumise puhul karistusest pääsemise soovil enda õigustuseks tuua.

Põhimõtted tulenevad ratsionaalsuse võidukäigust. Ma ei väida, et intellektuaalselt vähem võimekad jäävad inimväärikuse kaitseta, aga igaüks peab pingutama oma ja teiste õiguste nimel. Kui isik ei suuda ise, mõistust kasutades, põhimõtete väärtuslikkuseni jõuda, tuleb õppida nende järgimist, võttes seejuures oskajaid eeskujuks⁸¹.

Kommunikatsiooni-mudelil on omad võlud, eriti kaasaegses liberaaldemokraatias, kuid kahjuks peab nentima, et kõik ei vasta Duff'i autonoomse agendi kõrgetele standarditele:

1. agent määratleb autonoomselt oma käitumise lähtudes ise välja töötatud eesmärkidest ja *hea*-ideest (otsustab ise, enda määratud reeglite järgi)
2. agendil on vabadus ise piiritleda *need* eesmärgid, „*head*” (*goods*) ja tegevused (*actions*)
3. agentidele on võimaldatud (nii lubamise kui ka **kaasaaitamise teel**) oma autonoomia võimeid arendada ja teostada (*develop and exercise*)
4. agente ei tohiks ohverdada *suurema ühiskondliku hea nimel*. (Duff 2001: 36)

Ei ole ootamatu, et eripreventiivsete meetmete arvestamine isiku süü juures on paratamatu. Retributiivse teooria jäikusest ja irratsionaalsest ühetaolisest rakendamisest üle saamiseks lähtubki praktika karistusteooriate rakendamisel pragmaatilistest kaalutlustest. Kõrged väärtused ei ole kusagile ära peidetud, vaid nende ühetaolise rakendamise keerukuse tõttu kohtamegi vastuolusid.

⁸¹ Ka Kanti *Eesmärkide riigis* on nenditud tõsiasja, et kõik ei suuda *mõistuslike olenditega* ratsionaalsuses sammu pidada, kuid see ei tähenda veel ebaõnnestumist, vaid rohkem tööd.

8. Kokkuvõte

Eesti on teel uuele karistamise põhimõttele (kuigi on ka neid, kes uudsuse suhtes eriarvamusele jäävad). Riigikogusse on esitatud karistusseadustiku uus eelnõu, mille sisuks on, lühidalt, võimalus hoida kinni ohtlikke isikuid ka pärast kuriteo eest mõistetud karistuse ära kandmist. Teisisõnu praegune retributiivse karistamise põhimõte on vahetumas konsekventsialistlikuga. Käesolev bakalaureusetöö tegeleski selle vahetumise eetiliste küsimustega. Andmaks teoreetilisele spektrile ülevaadet arutlesin printsiipide ja karistamise aluste üle, seejärel asusin eelnõu kirjelduse ja analüüsi juurde, mille eesmärgiks oli seega jõuda erinevate karistusteoriateni.

Antud töö eetiline vastuolu seisnes klassikalises karistusõiguse konfliktis: retributiivne versus konsekventsialistlik karistamine. Õigluse nimel võivad mitmed argumenteerida just retributiivse poolt, teised väidavad aga, et konkreetne *tasu* sooritatud süüteo eest ei pruugi olla piisav teenimaks riigi ja karistusõiguse eesmäärke. Korduvkurjategija jaoks tähendab see eelnõu eelkõige seda, et teda võidakse kinni hoida või allutada käitumiskontrollile pärast karistuse ära kandmist – tema jaoks on see karistus. Seetõttu arutlesin ka mõjutusvahendi mõiste üle üldiselt.

Kuigi esmapilgul võib selline meede tunduda kaugel inimõigustest ja –väärkusest, on see loodud kaitse eesmärgil. Nimetatud kaitse tagab seadusekuulekatele inimestele rahu ja turvalisuse ning mitte olla mõjutatud inimestest, kellele inimelu või –väärkuse vähimatki korda ei lähe. Probleem seisneb loomulikult selles, et seda kaitset teostatakse süüdlase arvelt – aga isegi neile peavad olema tagatud riigi põhiõigused. Vastasel juhul (vähemalt Kant'i silmas pidades) ei oleks see ülejäänud ühiskonna moraalne eluviis elamist väärt. Eelnevast ilmes paradoks: andes ühiskonnakaitsele suuremat kaalu karistusõiguses, liigume kaugemale seadusega kaitstavatest olulistest ühiskonna väärtustest.

Teema täpsustamiseks analüüsin nn *ohtlikkuse* eelnõu, kasutades Eesti kui ka rahvusvaheliste autorite teemakohast kriitikat. Olles sünteesinud poolt ja vastu argumendid, pakkusin välja klassikalise, kuid optimistliku vastuse (klassikalisele debatile): õigluse nimel on tarvis teha, mis iganes vajalik, k.a teda ennast kaitsta, kuid ühiskonnas oluliste väärtustega vastuollu minnes, ei tohi inimene võõranduda nendest üllatest eesmärkidest, mille jaoks ta üldse selle teekonna ette võttis. Inimene on küll moraalne olend, kuid teda tuleb selles aidata.

9. Abstract

Estonia is moving toward a *new* concept of punishment (although some might argue that Estonia is moving back to an old one). A new draft act of the penal code was presented to the parliament, which allows as a preventive measure the further detainment of offenders after the actual punishment for a crime committed has been served. In other words the formal retributivist ideology of Estonian criminal law will be changed if this new draft act will be followed through and become the new law. This bachelor's thesis deals with the ethical issues deriving from this change. The thesis theorizes over principles to give an overview of the theoretical spectrum, discusses on principles and then moves on to a critical account of the new draft act's most relevant provisions and analyzes the different essential punishment theories.

The ethical problem of the new draft comes from a classical criminal law dispute: retribution versus consequentialism. When some might argue (in the name of justice) for retributive theories, then others say that in certain cases plain deserts are not enough to serve the purposes of the state and criminal law. For a repeated offender the idea of the act is to control him by detainment or parole-like measures (after he has served the punishment for his current crime) – that still means punishment for him/her. That is also the reason why I discussed the concept of the 'post-detainment-means'.

Although *prima facie* the idea seems too far from human rights and dignity, these measures are taken in order to protect. Protection itself provides an opportunity for law-abiding citizens to enjoy their life and not be influenced by people, who could not care less of human life or the dignity it holds. The problem is that it is done at the expense of the rights of the offenders – even they must have their basic human rights guaranteed, otherwise (at least for Kant) the moral life of others is not worth living. That is the idealistic retributivist claim. Also giving crime prevention more relevance might take us too far from the values we so desperately want to protect.

For elaboration, I analyzed the draft act using criticism by Estonian and international authors. Having synthesised the previous arguments (for and against) I offered a rather classical, but optimistic answer to this discussion: we must use what-ever is necessary for justice, that also means protecting justice; but conflicting with fundamental values the person must not alienate himself from reasons that started the quest for justice.

10. Kasutatud kirjandus

- Christie, N.** (1977). Conflicts as Property. *British Journal of Criminology* **17**: 1-15.
- Duff, R.A.** (2008). Legal Punishment. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*. Edward N. Zalta (ed.). URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/legal-punishment/>.
- Duff, R.A.** (2007). *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Duff, R.A.** (2000). *Punishment, Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press.
- Hassemer, W.** (2002). *Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen?* Baden-Baden: Nomos
- Hulsman, L.** (1986). Critical Criminology and the Concept of Crime. *Contemporary Crises* **10**: 63-80.
- Kant, I.** (1785). *Alusepanek kommete metafüüsikale*. Tõlk. Eduard Parhomenko (2008)
- Kergandberg, E., Sillaots, E.** (2006). *Kriminaalmenetlus*. Tallinn: Juura.
- Lind, S.** (2008). Võimalik uus instituut Eesti karistusõiguses – julgestusvangistus. Vanglate ja kriminaalhoolduse konverents 2008 "Vaenlane piiril: keda karistab praegune karistussüsteem?" (avalik ettekanne, kirjapildis internetis kättesaadaval: http://www.vangla.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=35798/Julgestusvangistus_Sten+Lind.pdf)
- Maruste, R.** (2004). *Konstitutsionalism ning põhiõiguste ja –vabaduste kaitse*. Tallinn: Juura.
- Narits, R.** (2002). *Õiguse entsüklopeedia*. Tallinn: Juura.
- Nuotio, K.** (2006). The Ethics of Criminal Justice. (artikli ilmumise koht ja aeg teadmata; algupäraselt esitatud 2006. a Varssavi Ülikooli õigusteaduskonna konverentsil „Democratic Criminal Justice“).
- Raz, J.** (1972). Legal Principles and the Limits of Law. *The Yale Law Journal*, **Vol. 81, No. 5** (Apr., 1972), 823-854. The Yale Law Journal Company, Inc.
- Reiland, I.** (2007). Metaeetika põhiküsimus(ed). *Akadeemia*, **19**. aastakäik, 2007, nr **10** (223), 2190-2214. Tallinn: Akadeemia.
- Roxin, C.** (1987). *Strafverfahrensrecht*. 20. Auflage. C.H. Beck: München

- Saar, J.** (2008). Nõukogude aja külm hingus. *Postimees*. (30. september 2008). (<http://www.epl.ee/artikkel/443258>)
- Samson, E.** (2000). *Kriminaalõiguse üldosa. Abimaterjal kohtunike ja prokuröride järelkoolituse karistusõiguse õppegrupile*. (Tõlk. Olavi Jaggo).
- Sootak, J.** (2008). Nõukogude tont jälle platsis. *Postimees*. (06. oktoober 2008). (<http://www.epl.ee/artikkel/443964>)
- Sootak, J.** (2007a). *Sanktsiooniõigus*. Kirjastus Juura
- Sootak, J.** (2007b). Sõber, kodanik, vastane ja vaenlane. Kellele on suunatud tänapäeva karistusõigus? *Akadeemia*, **19**. aastakäik, 2007, nr **8** (221), 1714-1741. Tallinn: Akadeemia.
- Sootak, J.** (2006). Mida teha, kui isiku ohtlikkus on süüst suurem? Saksamaa kogemus mittekarakteristlike mõjutusvahendite osas. *Juridica*, 2006, nr. **8**, lk.519-529.
- von Hirsch, A.** (1992). Proportionality in the Philosophy of Punishment. *Crime and Justice*, Vol. **16**, 55-98. The University of Chicago Press.
- von Hirsch, A.** (1983). Commensurability and Crime Prevention: Evaluating Formal Sentencing Structures and their Rationale. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. **74**, No. **1**, 209-248. Northwestern University School of Law.

10.1 Kasutatud normatiivmaterjal

- Eesti Vabariigi põhiseadus (PS)
Haldusmenetluse seadus (HMS)
Karistusseadustik (KarS)
Kriminaalhooldusseadus (KrHS)
Kriminaalmenetluse seadustik (KrMS)
Vangistusseadus (VangS)
Politseiseadus (PolS)
Võlaõigusseadus (VÕS)
Eesti Vabariigi töölepingu seadus (TLS)
Euroopa põhiõiguste harta / Euroopa Inimõiguste ja Põhivabaduste Konventsioon
Karistusseadustiku, kriminaalmenetluse seadustiku ja vangistusseaduse muutmise seaduse eelnõu

11. Tänuavaldused

Käesoleva bakalaureuse töö raames soovin tänada: oma juhendajat dots Pärtel Piirimäe'd konstruktiivsete ideede (ja minu ajaarvestamise tolereerimise) eest; prof Kimmo Nuotio'd õigete autorite poole suunamise eest; Karl Gildemann'i, Mats Volberg'i, Aleksei Balõbin'it, Rasmus Eelsoo'd ja Indrek Luts'u heade diskussioonide eest; kõiki neid TÜ õppejõude, kes oma ainet armastades selle õppimise huvitavaks tegid (teiste seas: J. Sootak, S. Lind, J. Ginter, A. Kangur, E. Kergandberg, E. Andresen, K. Merusk, E. Kodar, P. Varul, P. Jerofejev, R. Narits, B. Aaviksoo, I. Kull, J. Lahe, M. Käerdi, M. Muda, A. Tool, P. McLaughlin, T. Hallap, E. Piirimäe, E. Parhomenko, Ü. Matjus, K. Simm, I. Reiland). Tänu ka Marko Kairjak'le selle töö retsenseerimise eest.

Eraldi tänu Tiina Seim'ile abi ja toetuse eest nendel aastatel (võimaldades mul oma vaimset-mina otsida).

Ja (eriti) eraldi tänu Kadri-Liis Kül'm'ale püsiva terava kriitika ja teksti-toimetamise eest.

Erik Seim

12.05.09

12. Lisamärkused

27. juulil 2009. a jõustus nimetatud eelnõu ja nimetatud seadusemuudatused on nüüdseks reaalsus. Kriminaalkohtunikud on arvamuse avaldamisel äraootaval seisukohal, ka prokurörid ei ole minu suviste (2008, 2009) praktikate jooksul osanud uuendustest midagi arvata. Seega jääb üle oodata, kas karistusõiguspoliitiline otsustus annab peatselt positiivseid või hoopis negatiivseid tulemusi. Kuna Eesti õigus on paljuski Saksa õigusega seotud ning seal on „julgestusvangistus“ juba pikka aega toiminud, ei tohiks ka meie õiguskaitseasutustel keerkas uue võimalusega harjuda. Aga käesoleva analüüsi põhituuma võiksid uuenduste rakendajad siiski meeles pidada ja mitte ära unustada uuenduste õiguspoliitilisi eesmärke.

Erik Seim

10.10.2009