



EESTI ADVOKATUUR
ESTONIAN BAR ASSOCIATION

Hr Väino Linde, esimees
Õiguskomisjon
Riigikogu
Lossi plats 1a
15165 Tallinn

12.12.2006.a nr 1-8/149

Hr Rein Lang, minister
Justiitsministeerium
Tõnismägi 5A
15191 Tallinn

Eesti Advokatuuri
ARVAMUS

„Autoriõiguse seaduse, patendiseaduse, kasuliku mudeli seaduse, tööstusdisaini kaitse seaduse, mikrolülituse topoloogia kaitse seaduse, rahapesu ja terrorismi rahastamise tõkestamise seaduse, korruptsioonivastase seaduse, konkurentsiseaduse, karistusseadustiku, relvaseaduse, alkoholiseaduse, maksukorralduse seaduse, väärteomenetluse seadustiku, karistusseadustiku rakendamise seaduse ja elektrituruseaduse muutmise seadus” (931SE) kohta

Lugupeetud härra Linde ja härra Lang,

käesolevaga soovib Eesti Advokatuur juhtida Riigikogu õiguskomisjoni ja kõnealuse seaduseelnõu ettevalmistajate tähelepanu kahele probleemile Vabariigi Valitsuse poolt algatatud seaduseelnõus, mis kannab Riigikogu menetluses numbrit 931SE. Eesti Advokatuuri pöördumise ajend on Riigikogu õiguskomisjoni 21.11.2006.a. istungil justiitsministri ja justiitsministeeriumi asekancleri poolt väljaöeldud mõtted, millega Eesti Advokatuur ei saa nõustuda ning mis annavad alust oletada, et kõiki eelnõuga seonduvaid aspekte ei ole küllaldaselt analüüsitud.

1. Ametiisiku mõiste karistusseadustikus

Eelnõu 931SE § 9 p 37 näeb ette karistusseadustiku (KarS) § 288 lg 1 muutmise ja kehtestamise järgmises sõnastuses:

Ametiisik karistusseadustiku eriosa tähenduses on isik, kellel on ametiseisund, mis seisneb õiguspädevuses võtta vastu õiguslikult siduvaid otsuseid või osaleda sellise otsuse sisulises ettevalmistamises või teha toiminguid riigi või kohaliku omavalitsuse asutuse või organi või avalik-õigusliku või eraõigusliku juriidilise isiku või teise füüsilise isiku nimel, kui temale on pandud haldamis-, järelevalve- või juhtimisülesanded või varaliste väärtuste liikumist korraldavad või võimuesindaja ülesanded.

Kehtiva seadusega võrreldes näeb eelnõu 931SE ette KarS eriosa tähenduses ametiisiku mõiste muutmise kahel viisil:

- a) mõiste „ametiseisund“ avamine KarS § 288 lg 1 tekstis; ja
- b) ametiisiku mõiste täiendamine selliselt, et see hõlmab ka ametiseisundit füüsilises isikus.

Eesti Advokatuur peab vajalikuks juhtida asjaosaliste tähelepanu järgmistele asjaoludele seoses kõnealuste muudatustega.

1.1. Iga seaduse ja eriti karistusseaduse kui õiguskorras eriti konservatiivse seaduse muutmise eeldus on põhjendatud muutmisevajadus. Teisiti öeldes: materiaalse karistusõiguse muutmine on lubatud üksnes siis, kui kehtiv seadus ei võimalda lahendada praktikas esilekerkinud probleeme. Eelkõige on muutmisevajadus põhjendatud juhul, kui õiguskorras on ilmnenud seaduslünk või normi rakendamist välistav asjaolu (vastuolu õiguse üldpõhimõtetega, põhiseaduse, Euroopa Liidu õiguse või rahvusvahelise õigusega). Ametiseisundi mõiste avamise aspektist sellist muutmisevajadust eelnõu seletuskirjas põhjendatud ei ole ning Eesti Advokatuur on seisukohal, et vastav vajadus puudub. Mõiste „ametiseisund“ on kehtivas õiguskorras sisustatav tõlgendamise teel ning selles küsimuses on Riigikohtu kriminaalkolleegiumi 19.12.2005.a. otsuse nr 3-1-1-68-05 näol olemas ka selgeid juhiseid andev praktika. Seaduslõnga täitmisest saab rääkida üksnes eelnõuga taotletava ametiisiku mõiste täiendamisega seoses, millega nähakse ette ametiseisund füüsilises isikus. Selle lõnga täitmiseks on Eesti Advokatuuri arvates eelnõus valitud ebakohane viis.

1.2. Eelnõu seletuskiri viitab 27.01.1999.a. Strasbourgi korruptsiooni kriminaalõigusliku reguleerimise konventsioonile ja Euroopa Liidu Nõukogu 22.07.2003.a. raamotsusele 2003/568/JSK korruptsioonivastase võitluse kohta erasektoris. Tulenevalt Eesti liikmelisusest Euroopa Nõukogus ja Euroopa Liidus on riigil kohustus tagada oma siseriikliku õiguse vastavus nimetatud konventsioonile ja raamotsusele. Kahjuks ei ole eelnõu seletuskirjas konventsiooni ja raamotsusega seonduvat lünka piisavalt täpselt kirjeldatud ning seeläbi pole seadusandjale antud adekvaatset informatsiooni selle üle otsustamiseks, kas eelnõus pakutud lõnga täitmise viis on adekvaatne või mitte. Sellest tulenevalt peab Eesti Advokatuur vajalikuks selgitada kõnealuse lõnga sisu.

1.2.1. Korruptsiooni kriminaalõigusliku reguleerimise konventsioon nõuab järgmist:¹

<p>Art 7. Altkäemaksu andmine erasektoris</p> <p><i>Konventsiooniosaline rakendab seadusandlikke ja muid meetmeid, mis on vajalikud äritegevuse käigus iseenda või teise isiku eest isikule, kes juhib erasektori üksust või töötab selle heaks mistahes volitustega, tahtlikult mistahes põhjendamatu eelise otsese või kaudse</i></p>	<p>Art 7. Active bribery in the private sector</p> <p><i>Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally in the course of business activity, the promising, offering or giving, directly or indirectly, of any</i></p>
--	---

¹ Siinkohal on esitatud konventsiooni ametlik ingliskeelne tekst ja käesoleva arvamuse koostanud isiku tõlge eesti keelde, sest Riigi Teatajas (RTII, 16.11.2001, 28, 140) avaldatud mitteametlik tõlge on ebatäpne.

<p><i>lubamise, pakkumise või andmise, eesmärgiga panna teda oma kohustusi rikkudes tegutsema või tegutsemisest hoiduma, määratlemiseks kuriteona.</i></p>	<p><i>undue advantage to any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities, for themselves or for anyone else, for them to act, or refrain from acting, in breach of their duties.</i></p>
<p>Art 8. Altkäemaksu võtmine erasektoris</p>	<p>Art 8. Passive bribery in the private sector</p>
<p><i>Konventsiooniosaline rakendab seadusandlikke ja muid meetmeid, mis on vajalikud äritegevuse käigus isiku poolt, kes juhib erasektori üksust või töötab selle heaks mistahes volitustega, otseselt või kaudselt mistahes põhjendamatu eelise või selle andmise lubaduse tahtliku nõudmise või vastuvõtmise (iseendale või teisele isikule), samuti sellise hüve pakkumise või lubamisega nõustumise, et oma kohustusi rikkudes tegutseda või tegutsemisest hoiduda, määratlemiseks kuriteona.</i></p>	<p><i>Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, in the course of business activity, the request or receipt, directly or indirectly, by any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities, of any undue advantage or the promise thereof for themselves or for anyone else, or the acceptance of an offer or a promise of such an advantage, to act or refrain from acting in breach of their duties.</i></p>

Konventsiooni artiklite 7 ja 8 kohaselt on erasektori altkäemaksu karistatavusel järgmised olulised tunnused:

- 1) karistatav on üksnes „äritegevuse käigus“ (ingl k *in the course of business activity*) toimepandud tegu, s.t. teadlikult on konventsiooni reguleerimisalast välja jäetud isikute tegevus, millel puudub kasumit taotlev iseloom;
- 2) subjektide ring on määratletud laialt ning see hõlmab mitte ainult töösuhtes olevaid (töölepingu alusel töötavaid) isikuid, vaid ka kõikvõimalike muude (sh ajutiste) lepinguliste sidemete kaudu seotud isikuid, sh konsultante, agente jne;
- 3) termin „erasektori üksus“ (ingl k *private sector entity*) hõlmab kõiki üksusi, mis on otseselt või kaudselt eraõigusliku isiku omandis (sh juriidilised isikud, näiteks äriühingud, aga ka juriidiliseks isikuks mittekvalifitseeruvad struktuurid);
- 4) olulisena erinevusena avaliku sektori altkäemaksu andmisest/võtmisest, mida reguleerivad konventsiooni art 2 ja 3, nõuavad art 7 ja 8, et altkäemaksu saav isik käituks või peaks käituma oma kohustusi rikkudes (ingl k *in breach of his duties*). Avalikus sektoris ei ole kohustuste rikkumine teo koosseisuline tunnus, s.t. altkäemaksu andmise ja võtmise karistatavuse seisukohast pole oluline, kas altkäemaksuga seotud tegevus oli õiguspärane või mitte.

Eesti karistusõiguse kontekstis saab Korruptsiooni kriminaalõigusliku reguleerimise konventsiooni artiklitest 7 ja 8 tuletada alljärgnevad järeldused:

- 1) karistatav peab olema altkäemaksu andmine ja võtmine erasektoris, s.t. pistise andmise ja võtmise (KarS §§ 293 ja 297) karistatavust erasektoris konventsioon ei nõua²;
- 2) altkäemaksu andmine ja võtmine peab olema karistatav, kui tegu on toime pandud äritegevuse käigus.

² Altkäemaksu ja pistise eristamine KarS-is põhineb sellel, et altkäemaksu puhul ametiisik tegutseb ebaseaduslikult, pistise puhul on aga soovitatav tegu iseenesest õiguspärane.

Ülaltooduga seonduvalt ei soovi Eesti Advokatuur väita, et pistise andmine ja võtmine erasektoris ei peaks Eesti karistusõiguse kohaselt olema karistatav, vaid sellega soovime me näidata, et rahvusvahelise ja Euroopa Liidu õiguse tasandil on korrupsioonil avalikus sektoris ja erasektoris olemuselt erinevad tunnused.

Tuleb rõhutada, et konventsioonist ei tulene kohustust laiendada ametiisiku mõistet selliselt, et see hõlmaks ka mistahes erasektori isikute heaks töötavaid isikuid. Vastupidi, konventsioon eristab üheselt ja selgelt ühelt poolt altkäemaksu andmist ametiisikutele ning altkäemaksu võtmist ametiisikute poolt (konventsiooni artiklid 2 ja 3) ning teiselt poolt analoogseid tegusid erasektoris (konventsiooni artiklid 7 ja 8).

1.2.2. Euroopa Liidu Nõukogu 22.07.2003.a. raamotsus 2003/568/JSK korrupsioonivastase võitluse kohta erasektoris sätestab kõnealuses küsimuses järgmist:

Artikkel 2

Aktiivne ja passiivne korrupsioon erasektoris

1. Liikmesriigid võtavad vajalikud meetmed selle tagamiseks, et järgmist tahtlikku käitumist käsitatakse kuriteona, kui see toimub äritegevuse käigus:

a) ükskõik kellena erasektori üksust juhtivale või selle heaks töötavale isikule selle isiku või kolmanda isiku jaoks otse või vahendaja kaudu igasuguse põhjendamatu eelise lubamine, pakkumine või andmine, et see isik oma kohustust rikkudes teeks või jätkaks tegemata ükskõik millise teo;

b) otse või vahendaja kaudu igasuguse põhjendamatu eelise nõudmine või vastuvõtmine iseendale või kolmandale isikule või sellise eelise lubaduse vastuvõtmine, juhtides ükskõik kellena erasektori üksust või selle heaks töötades, et oma kohustust rikkudes teha või tegemata jätta ükskõik milline tegu.

2. Lõiget 1 kohaldatakse majandustegevuse suhtes tulundus- ja mittetulundusüksustes.

Raamotsuse tekstist nähtub, et karistatavuse tingimused on siin sisuliselt samad, mida näevad ette Korrupsiooni kriminaalõigusliku reguleerimise konventsiooni artiklid 7 ja 8, sh teo toimepanemine äritegevuse käigus ning taotletava teo ehk vastusoorituse obligatoorne õigusvastasus (isik peab toimima oma kohustust rikkudes). Ka siin tuleb rõhutada asjaolu, et raamotsus 2003/568/JSK käsitleb nn erasektori korrupsiooni eraldi nähtusena ega nõua mingil viisil selle samastamist analoogsete tegudega avalikus sektoris (sh ametiisiku mõiste laiendamist).

Kokkuvõtvalt tuleb asuda seisukohale, et nii konventsioon kui raamotsus nõuavad erasektori korrupsiooni kui spetsiifilise süüteo liigi sätestamist riikide karistusseadustes, kusjuures on selgelt välja toodud ka selle süüteo liigi eritunnused võrreldes avaliku sektori korrupsiooniga. Lünk kehtivas karistusseadustikus, mis konventsioonist ja raamotsusest tulenevalt kuulub täitmisele, seonduvalt üksnes altkäemaksu andmisega isikule, kes töötab füüsilisele isikule kuuluva ettevõtte heaks, ning sellise isiku poolt altkäemaksu võtmisega. On ilmselge, et kõnealune lünk on väga kitsa iseloomuga ning samal ajal omab KarS § 288 lg 1 sätestatud ametiisiku mõiste hoopis laiemat tähendust. Seega ei ole ametiisiku mõiste muutmine eelnõu 931SE § 9 p 37 sätestatud viisil kohane konventsioonist ja raamotsusest tuleneva lünga täitmiseks.

1.3. Eesti Advokatuur peab oluliseks märkida, et olukord, kus ühel mõistel on erinev tähendus ühelt poolt primaarses ehk käitumisnorme sisaldavas materiaalõiguses ja teiselt poolt sekundaarses ehk sanktsioone sätestavas karistusõiguses eriosas, kahjustab iseenesest õigusselguse põhimõtet. Üldpreventsiooni seisukohalt on tähtis, et sanktsiooninormide koosseis ei kasutataks kunstlikult määratletud õigusmõisteid, mis oluliselt erinevad nende mõistete tavatähendusest. Karistusõiguses sõnade üldlevinud tähendusest erinevate mõistete kasutamisest tulenevate probleemide seast väärib erilist tähelepanu tõsiasi, et see võib teatud juhtudel tekitada raskusi tahtluse tuvastamisel isiku tegevuses, sest tahtlus nõuab KarS § 16 lg 2-4 järgi isiku *teadmist* karistusõiguslikult relevantsetest asjaoludest³. Kui ametiisiku mõiste KarS eriosa tähenduses on selline, millel pole väga palju ühist selle sõna tavatähendusega, siis võib konkreetsetel juhtudel isiku tegevuses tahtluse tuvastamine olla enam kui küsitav. Eeltoodud silmas pidades teeb Eesti Advokatuur ettepaneku kaaluda võimalust loobuda üldse ametiisiku erimõiste sätestamist KarS-is ning samastada see Korruptsioonivastase seaduse §-is 4 toodud ametiisiku mõistega.

1.4. Koos ametiisiku mõiste muutmisega punktis 1.3 kirjeldatud viisil (s.t. mõiste eritähendusest loobumine KarS-is) on vajalik KarS eriosa muutmine selliselt, et süüteod, mis seni olid sätestatud KarS 17. peatükis (ametialased süüteod), kuid mis pole tegelikult käsitletavad riigivastaste süütegudena laiemas tähenduses, sätestataks eraldi koosseisudena teistes KarS peatükkides, eelkõige 13. peatüki 2. jao 4. jaotis (usalduse kuritarvitamine) ja 21. peatükk (majandusalased süüteod). Selliste muudatuste tulemusena, mille eesmärk on KarS 17. peatüki sisu ja kaitstava õigushüve – täidesaatva võimu tegevuse usaldusväärsus – kooskõla tagamine, korrastuks terve KarS eriosa ülesehitus. Nii eelpool viidatud Euroopa Nõukogu konventsioon kui EL raamotsus, aga samuti praktiliselt kõigi kontinentaaleuroopa õigussüsteemi kuuluvate riikide karistusseadused lähtuvad põhimõttest, et korruptsioon avalikus sektoris ja erasektoris on olemuslikult erinevad ja suunatud erinevate õigushüvede vastu, samuti on vastavate süüteokoosseisude tunnused erinevad sõltuvalt sellest, kas tegu on toime pandud era- või avalikus sektoris. Kehtiv KarS § 288 lg 1 on Eesti Advokatuuri hinnangul jäänuk varem kehtinud Kriminaalkoodeksist (KrK § 160 lg 1 analoog)⁴ ning kannab seega paraku siiani kaudselt ideoloogiat, mille järgi vahetegu riikliku ja erasektori vahel puudus, mistahes organisatsioonid teenisid lõppastmes ühte riiklikku eesmärki ja moodustasid osa riigiaparaadist. Erinevalt kõigist teistest KarS eriosa peatükkidest on ametialaste süütegude peatükk määratlenud oma eseme mitte kaitstava õigushüve kaudu, vaid süüteo subjekti ehk ametiisiku kaudu⁵. Kuivõrd kaitstav õigushüve võib karistusseaduse kohaldamisel olla oluline tõlgendamiskriteerium, siis ei ole loogika puudumine selles küsimuses mitte üksnes seaduse struktuuri ja ülesehituse terviklikkuse teema, vaid õigusnormi rakendamisel otseselt praktilist tähtsust eviv asjaolu. Ülaltoodust tulenevalt kutsub Eesti Advokatuur kõnealuse eelnõu algatajaid üles loobuma KarS § 288 lg 1 muutmisest praegu väljapakutud kujul ja valmistama selle asemel ette KarS ametialaste süütegude peatüki reform selliselt, et see lähtuks klassikalisest õigushüvede kaitse põhimõttest. Koos KarS eriosa teiste peatükkide täiendustega looks selline reform

³ Vt P. Pikamäe. Teadmise lätete ja piiride otsinguil. Tahtluse piiride markeerimisega seotud probleemid karistusõiguses. *Juridica IV*, 2006, lk 262-272.

⁴ Selle kohta vt ka: P. Pikamäe. Karistusseadustiku eriosa probleeme: õiguspoliitilised lahendused ja edasine areng. *Juridica II*, 2005, lk 84-93.

⁵ Sealsamas.

kauaoodatud olukorra, kus karistusõigus määratleb ametialased süüteod kooskõlas õigusselguse põhimõttega ning ühtlasi näeksid KarS varavastaste ja majandusalaste süütegude peatükid ette vastutuse erasektori korrupsiooni eest viisil, mis on kooskõlas Eesti rahvusvaheliste kohustustega.

1.5. Eelnõu § 9 p 37 ettenähtud KarS § 288 lg 1 sõnastus on selline, mis ei võimalda Eesti Advokatuuri hinnangul rakendada karistusõiguslikku vastutust juhtudel, mida on näidetena nimetatud eelnõu seletuskirjas. Nii on seletuskirjas toodud näide, et advokaat, kes on pädev esindama oma klienti tsiviilasjas, võtab teiselt poolelt altkäemaksu ja loobub kliendi nimel hagist viimase tahte vastaselt või nõustub väiksema kahjuhüvitisega, kui on kliendiga kokku lepitud. Selle näite esitamisel on tähelepanuta jäetud, et KarS § 288 lg 1 sõnastus eelnõus fikseeritud kujul eeldab isiku kvalifitseerimisel ametiisikuks kahte tunnust – ametiseisundit ja teatud ülesannete täitmist. Antud juhul oleks advokaadi osas ametiseisundi tunnus täidetud, kuid koosseisus fikseeritud ülesandeid – haldamis-, järelevalve- või juhtimisülesandeid või varaliste väärtuste liikumist korraldavaid või võimuesindaja ülesandeid – advokaat kliendisuhetes ei täida (kui lähtuda haldamis-, järelevalve, juhtimis-, varaliste väärtuste liikumist korraldavate ülesannete tavapärasest tähendusest). Järelikult toob eelnõu seletuskiri normi rakendamise kohta näite, mis pole adekvaatne või nõuaks realiseerimise korral karistusseaduse laiendavat tõlgendamist. Viimane on vastuolus süüteo määratletuse nõudega (*nullum crimen sine lege stricta*).

1.6. Eelmises punktis nimetatud näitega samas kontekstis peab Eesti Advokatuur vajalikuks märkida, et KarS § 288 lg 1 sõnastus eelnõus sätestatud kujul võib tekitada küsitavusi ka erasektori korrupsiooni kriminaliseerituse vastavusest 27.01.1999.a. Strasbourgi korrupsiooni kriminaalõigusliku reguleerimise konventsioonile ja Euroopa Liidu Nõukogu 22.07.2003.a. raamotsusele 2003/568/JSK korrupsioonivastase võitluse kohta erasektoris. Konventsioon ja raamotsus sätestavad kuriteo subjektina isiku, kes juhib erasektori üksust või töötab selle heaks mistahes volitustega. Selliselt määratletud erisubjekti tunnused on palju laiemad kui need, mida KarS § 288 lg 1 nõuab ametiseisundi kõrval teise ametiisiku kvalifitseerimise tingimusena ehk haldamis-, järelevalve- või juhtimisülesannete või varaliste väärtuste liikumist korraldavate või võimuesindaja ülesannete täitmine. Nii näiteks ei näe Eesti Advokatuur võimalust, et äriühingu juhtkonda või füüsilisest isikust ettevõtjat nõustav juhtimiskonsultant, kindlustusmaakler, finantsnõustaja, advokaat jms võiks olla kvalifitseeritud ametiisikuks KarS § 288 lg 1 järgi, sest selline isik ei täida üldjuhul ülesandeid, mida kõnealune õigusnorm obligatoorselt nõuab. Kuivõrd konventsioon ja raamotsus mingisuguste ülesannete täitmist erisubjekti tunnusena ei sätesta, siis võib asuda seisukohale, et kavandatav muudatus ei kõrvalda täielikult konventsioonist ja raamotsusest tulenevat lünka Eesti karistusõiguses.

1.7. Lisaks on kaitseõiguse ühe tagatisena tuntud advokaati seni nn „vaba elukutse” esindajana, kes on iseseisev ja sõltumatu riigist ning teistest õigusorganitest.

2. Justiitsministeeriumi ettepanek KarS täiendamisest §-iga 300³

21.11.2006.a. toimunud Riigikogu õiguskomisjoni istungil andis justiitsminister õiguskomisjonile üle ettepaneku eelnõu 931SE täiendamiseks § 9 punktiga 46¹, mis näeks ette järgmise sätte lisamist karistusseadustikku:

§ 300³. Advokaadi poolt kliendi huvide kahjustamine

(1) Advokaadi poolt tema kutsetegevuse raames teenuse osutamise eest isikule, kui ta on samas asjas osutanud või osutab teenust kliendi huvidega vastuolus olevale isikule – karistatakse rahalise karistuse või kuni kolmeaastase vangistusega.

(2) Sama teo eest, kui advokaat tegutseb enda kliendi kahjuks kokkuleppel isikuga, kelle huvid on vastuolus kliendi huvidega – karistatakse rahalise karistuse või kuni viieaastase vangistusega.

Eesti Advokatuur ei toeta kõnealuse ettepaneku seadusena vastuvõtmist järgmistel põhjustel:

2.1. Advokaadi poolt huvide konfliktis tegutsemise kriminaliseerimine pole kooskõlas *ultima ratio* põhimõttega, mille kohaselt on karistusõiguslik sekkumine põhjendatud ja lubatav üksnes siis, kui muud õiguskaitsevahendid on ebapiisavad. Advokaatide suhtes näeb Advokatuuriseaduse (AdvS) § 19 ette distsiplinaarvastutuse ning üheks kohaldatavaks distsiplinaarkaristuseks on advokatuurist väljaheitmine (AdvS, § 19 lg 2 p 4). Ainuüksi sellise distsiplinaarkaristuse ähvardus on vähemalt siiani olnud piisav preventiooniefekti saavutamiseks. Huvide konflikti vältimise kohustuse rikkumisel on kahjustatud isikul ehk kliendil õigus esitada advokaadi ja advokaadibüroo pidaja vastu kahju hüvitamise nõue vastavalt AdvS § 47, kusjuures advokaadi ja büroo pidaja vastutus on seaduse kohaselt solidaarne. Kliendi huve tagab seejuures täiendavalt AdvS §-is 47 sisalduv klausel, mille kohaselt kokkulepe, mis välistab advokaadibüroo pidaja või advokaadi vastutuse tahtluse või raske hooletusega tekitatud kahju eest, on tühine. Advokaadi ja advokaadibüroo pidaja tsiviilvastutus on kindlustatud kohustusliku tsiviilvastutuse kindlustusega vastavalt AdvS § 48. Kriminaal- ja väärteomenetluses on huvide konflikt kaitsja taandamise alus (Kriminaalmenetluse seadustik, § 54 p 2). Samuti ei või advokaat riigi õigusabi osutada, kui esineb AdvS § 44 lg 4 sätestatud asjaolu või kui tema enda või tema abikaasa või lähedase sugulase või tema abikaasa lähedase sugulase huvid samas asjas on vastuolus riigi õigusabi saaja huvidega. Justiitsministeerium ei ole oma ettepanekus selgitanud, miks ei ole olemasolevad vahendid piisavad tagamaks huvide konflikti vältimise kohustuse täitmist.

2.2. Eelmises punktis põhjendatud seisukohta, et kehtiv õigus sätestab piisavad meetmed huvide konflikti vältimise kohustuse tagamiseks, kinnitab kaudselt asjaolu, et kõnealuse kohustuse täitmine on olnud Eesti Advokatuuri ajaloos üks paremini järgitud kutsetegevuse norme. Aastatel 1995-2005 on Eesti Advokatuuri aukohus menetlenud ainult 3 distsiplinaarasja, milles advokaati süüdistati huvide konflikti vältimise kohustuse rikkumises. Võimekus huvide konflikti vältimise kohustuse rikkumise juhtumite menetlemiseks distsiplinaarkorras on Eesti Advokatuuril olemas ning seni ei ole miski osutanud sellele, et olemasolevad meetmed klientide huvide kaitseks oleksid ebapiisavad.

2.3. Kõnealuse normi sõnastus on peaaegu identne Saksa karistusseadustiku (StGB) § 356 sõnastusega, kuid ühe olulise erinevusega – StGB § 356 näeb erisubjektina ette nii advokaadi kui muu õigusteenust osutava isiku, KarS § 300³ nimetab erisubjektina ainult

advokaati. Kuivõrd õigusteenuse osutamine, sh isikute esindamine kohtumenetlustes, ei ole advokaatide monopol, on üksnes advokaatide tegevuse kriminaliseerimine ebaoproportsionaalne, eriti arvestades asjaolu, et advokaadiks mitteolevate õigusteenuse osutajate suhtes pole võimalik rakendada mitmeid kliendi huvide kaitse meetmeid, sh distsiplinaarvastutust, tsiviilnõuete kindlustamise kohustust ja lepinguvabaduse piirangut kliendi huve kahjustavate kokkulepete sõlmimisel.

2.4. KarS § 300³ eeskuju – StGB § 356 – kohta peab Eesti Advokatuur vajalikuks avaldada järgmise informatsiooni, mille allikaks on Saksamaa advokaadid dr Hilmar Erb, kes kaitses 2005.a. doktoritöö teemal „*Die strafrechtlichen Probleme des Parteiverrats*”, ja dr Matthias Kilian, kelle artikkel viimatinimetatud doktoritöö kohta on publitseeritud ajakirjas *Anwaltsblatt* 5/2006. StGB § 356 tuleneb algselt rooma õigusest ning tegemist on ajaloolise reliktiga. Ajal, mil norm antud sõnastuses saksa õigusesse tuli (1871.a.), olid Saksamaa advokaadid staatusest riigiametnikud. Normi rakendatakse küll kuni tänase päevani, kuid väga vähesel määral (erinevatel andmetel on ajavahemikul 1950 kuni 2002 langetatud alla 100 süüdimõistva otsuse, kusjuures sellel ajavahemikul on Saksamaal olnud igal ajahetkel keskmiselt 4000-6000 advokaati). Eesti Advokatuuri antud küsimuses konsulteerinud Saksa advokaadid on seisukohal, et StGB § 356 näol on tegemist „halva” õigusnormiga, mille rakendamise kohtupraktika on ebahütlane ja mille ülevõtmise eest tuleb tungivalt hoiatada. Saksamaal on olnud ka mõningane diskussioon selle üle kas antud norm üldse tühistada ja usaldada selles küsimuses advokatuuri isereguleerimist, kuid antud normi äärmiselt madala rakendamissageduse tõttu pole advokaadid vastavat organiseeritud algatust teinud.

2.5. Enamikes Euroopa Liidu riikides advokaadi poolt huvide konfliktis tegutsemist kriminaliseeritud ei ole. Saksamaaga sarnane norm on olemas veel vaid Kreekas, Soomes (norm näeb koosseisulise tunnusena ette kahju tekitamise kliendile), Itaalias (piirdub üksnes esindamisega kohtus) ja Hispaanias (norm näeb ette, et kliendi nõusolek advokaadi tegutsemiseks huvide konfliktis vabastab vastutusest). Prantsusmaal oli analoogiline teokoosseis kriminaliseeritud lühikest aega, kuid tänaseks on tühistatud.

2.6. Eelnõus fikseeritud KarS § 300³ sõnastus ei võimalda võtta piisavalt arvesse asjaolu, et huvide konflikt ehk olukord millal loetakse kliendi huvid teise isiku huvidega vastuolus olevaks, on teatud juhtudel raskesti määratletavad ning sellest tulenevalt on Eesti Advokatuuri eetikakoodeksi § 13 sätestanud juhtumid, mida ei loeta huvide konflikti vältimise kohustuse rikkumiseks:

- a) nn potentsiaalne huvide konflikt – advokaat ei või osutada kliendile õigusteenust juhul, kui esineb asjaolu, mis kahjustab või võib kahjustada advokaadi võimet täita käesoleva koodeksi § 8 lg 1 nõudeid ja tegutseda üksnes kliendi huvides (huvide konflikt), välja arvatud juhul, kui advokaat on sellisest asjaolust klienti teavitanud ja klient siiski soovib, et advokaat talle õigusteenust osutaks (Eesti Advokatuuri eetikakoodeks, § 13 lg 1);
- b) klientide poolt välistatud huvide konflikt – advokaat võib osutada õigusteenust mitmele isikule samas asjas, kui ei esine huvide konflikti. Huvide konflikti ei esine muuhulgas juhul, kui kõik need isikud nõustuvad ja soovi avaldavad, et advokaat osutaks samas asjas õigusteenust ka teistele klientidele. Kui samas asjas hiljem tekib vaidlus, ei või advokaat osutada õigusteenust ühelegi nimetatud klientidest (Eesti Advokatuuri eetikakoodeks, § 13 lg 3).

2.7. KarS § 300³ rakendamine toob vältimatult kaasa teise olulise kliendi huvide kaitse meetme, milleks on kliendisaladuse hoidmise kohustus, rikkumine. Kui advokaati süüdistatakse KarS § 300³ järgi, siis aktiivse kaitsetaktika rakendamisel peab advokaat tõendama, et koosseisu objektiivset tunnust – vastuolu kliendi ja teise isiku huvide vahel – ei esinenud. Selleks peab advokaat kriminaalmenetluses avaldama klientide huvid ja nendele õigusteenuse osutamise asjaolud. Selline vältimatu kliendisaladuse rikkumine kinnitab veelkord, et huvide konfliktis tegutsemise kriminaliseerimine ei ole kohane ja proportsionaalne meede klientide huvide tagamiseks.

3. Kokkuvõte

Kokkuvõtvalt leiab Eesti Advokatuur, et Riigikogu menetluses oleva seaduseelnõu nr 931SE see osa, mis käsitleb ametiisiku mõistet karistusseadustiku eriosa tähenduses, ei ole piisava põhjalikkusega läbi töötatud ning see ei ole valmis seadusena vastuvõtmiseks. Eesti Advokatuur peab vajalikuks, et karistusseadustiku ametialaste süütegude peatükk viidaks kooskõlla õigushüvede kaitse põhimõttele rajatud karistusseadustiku eriosa struktuuriga, s.t. ametialaste süütegudena käsitletaks üksnes avaliku võimu vastu suunatud tegusid ning sarnased teod erasektoris oleksid määratletud varavastaste süütegude ja majandusalaste süütegude peatükis.

Eesti Advokatuur ei toeta karistusseadustiku täiendamist §-iga 300³, kuivõrd see ei vasta karistusõiguse *ultima ratio* ja proportsionaalsuse põhimõtetele.

Palume Eesti Advokatuuri seisukohti eelnõu edasisel menetlemisel arvestada.

Lugupidamisega,

Aivar Pilv
Esimees