

Prof. dr. Erich Samson

**Kriminaalõiguse eriosa
2. osa**

**Abimaterjal kohtunike ja prokuröride järelkoolituse karistusõiguse
õppegrupile**

Saksa keelest tõlkinud Olavi Jaggo

Palun arvestada, et vahepeal omandatud lisateadmiste tõttu on paar terminit tõlgitud teistmoodi kui eelmistes osades. Sellest ei maksa segadusse sattuda.

Avastatud vigadest ja parandusettepanekutest palutakse teatada tõlkijale
meiliaadressil *lawless@hotpop.com*

Tallinn 2000

Sisukord

Seitsmes osa: Vara kriminaalõiguslik kaitse.....	6
§ 21. Ülevaade vara kriminaalõigusliku kaitse süsteemist ja printsiipidest.....	6
A. Vara mõiste.....	6
B. Vara kriminaalõigusliku kaitse vormid.....	6
I. Põhikriteerium.....	6
II. Eristamiskriteeriumi selgitus.....	7
C. Varavastaste kuritegude süsteemi põhiprobleemid.....	9
I. Tegeliku varalise kahju probleem.....	9
1. Formaalne koostis ja varaline kahju.....	9
2. Varalise kahju mõiste laiendamine.....	10
II. Varaliste õiguste ja varalise seisundi vastaste kuritegude kattumisalad.....	11
III. Varavastased kuriteod ja kaasaegsed müügimeetodid.....	12
D. Järeldused.....	13
§ 22. Ülevaade varaliste õiguste vastastest kuritegudest.....	14
A. Sissejuhatus.....	14
1. Lahendusskeem varguse korral.....	15
2. Varguse koosseisu üksikud elemendid.....	16
a) Varguse objektiivne külg.....	16
b) Subjektiivne külg.....	18
II. Röövimine (§ 249) ja röövvargus (§ 252).....	19
1. Röövimine (§ 249).....	19
2. Röövvargus (§ 252).....	20
III. Omastamine (§ 246).....	20
C. Varaliste õiguste vastased kuriteod ilma enda kasuks pööramiseta.....	21
I. Äravõtmisdeliktid.....	21
II. Kasutamiseliktid.....	22
1. Mootorsõiduki loata kasutamine (§ 248b).....	22
2. Loata kasutamine pandi vastu laenaja poolt (§ 290).....	22
§ 23. Ülevaade varavastastest kuritegudest laiemas mõttes.....	23
A. Probleem.....	23
B. Varalist seisundit kahjustavate kuritegude põhitüübid.....	24
1. Varalise kahju tekitamine kavalusega.....	25
2. Varalise kahju tekitamine sunniga.....	25
3. Varalise kahju tekitamine erikohustuste rikkumisega.....	25
4. Varalise kahju tekitamine liiakasuvõtmisega.....	25
5. Varalise kahju tekitamine muul viisil.....	25
C. Varalise seisundi vastased kuriteod väljaspool põhitüüpe.....	26
I. Täiendavad kuriteokoosseisud väljapressimise valdkonnas.....	26
II. Täiendavad kuriteokoosseisud kelmuse valdkonnas.....	26
1. Varalist seisundit kahjustavad kuriteod.....	26
a) Soorituse väljapetmine (§ 265a).....	27
b) Arvutikelmus (§ 263a).....	27
c) Tšeki- või krediitkaarde kuritarvitamine (§ 266b).....	27
2. Erikoosseisud kelmuse eelalas.....	28
§ 24. Ülevaade varalist seisundit kahjustavatest kuritegudest.....	28
A. Eelmärkus.....	28
B. Ülevaade kelmuse koosseisust.....	28
I. Objektiivne külg.....	28
1. Petmine.....	29
a) Petmise objekt.....	29
b) Petmistoiming.....	30
2. Eksimus.....	30
3. Varakäsitlus.....	31
a) Varakäsitluse ülddefinitsioon.....	31
b) Kriminaalõigusega kaitstav vara.....	32
c) Käsitamistoiming.....	33
4. Varaline kahju.....	33
a) Põhimõte.....	33
II. Subjektiivne külg.....	34

1. Tahtlus.....	34
2. Rikastumissoov.....	34
III. Kelmuse lahendusskeem.....	35
C. Väljapressimine ja röövväljapressimine (§-d 253 ja 255).....	36
1. Kirjanduse seisukoht.....	36
2. Kohtupraktika seisukoht.....	38
Kaheksas osa: Vargus.....	39
§ 25. Varguse objekt.....	39
A. Eelmärkus.....	39
B. Asja mõiste.....	39
1. Asja olek.....	40
2. Laip ja eraldatud kehaosad.....	41
C. Asi kui vallasasi.....	42
D. Asi kui võõras asi.....	43
1. Võõra asja põhidefinitsioon.....	43
2. Raskusi tekitavad kaasusetüübid.....	44
a) Väärtusetud asjad.....	44
b) Omand ja majanduslikud kaalutlused.....	44
c) Omandiõigus uimastite suhtes.....	45
3. Võõras asi ja tegu.....	45
§ 26. Hõivamine.....	46
A. Sissejuhatus.....	46
B. Valduse mõiste.....	46
I. Ülevaade probleemidest.....	46
II. Faktiline valdusemõiste.....	47
1. Valdus kriminaalõiguse ja tsiviilõiguse mõttes.....	47
2. Valduse definitsioon.....	48
a) Ülevaade.....	48
b) Tegelik võim asja üle.....	48
c) Valitsemissoov.....	49
3. Faktilise valdusemõistega seotud probleemid.....	49
a) Probleemid seoses valitsemissooviga.....	49
b) Probleemid seoses tegeliku võimuga asja üle.....	50
III. Sotsiaalne valdusemõiste.....	51
IV. Faktilis-sotsiaalne valdusemõiste.....	52
V. Üksikud valduse mõistega seotud küsimused.....	53
1. Valdus üldiselt valitsetavates ruumides.....	53
2. Valdus väljaspool üldiselt valitsetavaid ruume.....	55
3. Asjade käsitlemine õigussuhete raames.....	55
4. Kaasvaldus.....	55
C. Valduse lõpetamine ja kehtestamine.....	56
D. Valduse murdmine.....	57
I. Sissejuhatus probleemistikku.....	57
II. Nõusoleku põhimõtteline sisu hõivamise korral.....	57
1. Nõusolek.....	57
2. Nõusoleku objekt.....	58
3. Tingimuslik nõusolek.....	60
III. Komplitseeritud kaasused.....	62
1. Nõusoleku kehtivus kavaluse ja sunni korral.....	62
a) Probleem.....	62
b) Kavalus.....	62
c) Sund.....	63
2. Kelle nõusolekut on vaja?.....	64
a) Õigusliku volituse teooria.....	64
b) Leeriteooria.....	65
c) Segateooria.....	66
d) Seisukohavõtt.....	66
3. Automatiseeritud tehingud – ülevaade problemaatilistest kaasusetüüpidest.....	66
a) Sissejuhatus.....	66
b) Pangaautomaadid.....	67
c) Selvetanklad.....	68

d) Mänguautomaadid.....	69
4. Pangaautomaadid.....	69
a) Teised koosseisud peale varguse.....	69
b) Varguse koosseis.....	71
5. Selvetanklas tankimine.....	73
a) Lihtne juht.....	73
b) Keeruline juht.....	73
6. Mänguautomaadid.....	74
7. Kriitika ja seisukohavõtt.....	75
a) Tingimusliku nõusoleku teooria.....	75
b) Valdajale omistatav andmisakt.....	75
c) Seisukohavõtt.....	76
§ 27. Enda kasuks pööramise kavatsus.....	77
A. Sissejuhatus.....	77
I. Tunnuse otstarve.....	77
II. Varguse koosseisu struktuur.....	77
III. Enda kasuks pööramise kavatsuse struktuur.....	80
B. Enda kasuks pööramise mõiste.....	81
I. Probleem.....	81
II. Substantsiteooriast lähemalt.....	83
III. Väärtusteooriast lähemalt.....	84
1. Väärtusteooriate ühine lähtepunkt.....	84
2. Kitsas väärtusteooria.....	84
3. Lai väärtusteooria.....	84
IV. Endale võtmise eriprobleem.....	85
C. Kestva ilmajätmise üksikprobleemid.....	87
I. Ülevaade.....	87
II. Esimene kontrollsamm: asja tagasisattumine omaniku kätte.....	90
1. Tahtluse liik.....	90
2. Asja viimine «adressaadile».....	90
III. Teine kontrollsamm: kestvuse kestus.....	92
IV. Kolmas kontrollsamm: väärtuse vähenemine.....	92
V. Neljas kontrollsamm: omandiõiguse eitamine.....	94
VI. Viies kontrollsamm: <i>lucrum ex negotio cum re</i>	94
D. Endale võtmise üksikprobleemid.....	96
E. Iseendale või kolmandale isikule.....	97
I. Vana õiguslik regulatsioon.....	97
II. Uus õiguslik regulatsioon.....	97
1. Hanekuuri kaasuse probleem.....	97
2. Uued probleemid.....	98
a) Endalevõtmistoimingu struktuur.....	98
b) Kolmandale isikule võtmise struktuur.....	98
F. Kavatatava enda kasuks pööramise õigusvastatus.....	101
I. Sissejuhatus.....	101
1. Üldised õigustavad alused.....	101
2. Omandiõiguse formaalne kaitse ja omaniku materiaalsed huvid.....	102
a) Oletatav nõusolek.....	102
b) Võlaõiguslikud nõuded.....	102
c) Koguväärtuse teooria.....	102
II. Enda kasuks pööramise õigustamine üldiste õigustavate asjaoludega.....	103
III. Õigustamine võlaõigusliku nõudega.....	103
IV. Õigustus oletatava nõusoleku tõttu.....	105
1. Asi on väärtusetu.....	105
2. Omavoliline rahavahetamine.....	105
V. Koguväärtuse teooria.....	107
1. Raha käsitlemine valitseva arvamuse järgi.....	107
2. Koguväärtuse teooria.....	108
3. Seisukohavõtt.....	108
VI. Tahtlus kavatatava enda kasuks pööramise õigusvastasuse suhtes.....	108
Üheksas osa: Muud omastamisdeliktid.....	110
§ 28. Omastamine (§ 246).....	110

A. Omastamise koosseisu struktuur ja ülesehitus.....	110
I. Omastamise koosseisu tänapäevane kuju.....	110
1. Enda käes pidamise klausel.....	110
2. Kolmanda isiku kasuks pööramine.....	110
3. Subsidiaarsuse klausel.....	110
II. Omastamise sisemine struktuur.....	110
III. Lahenduskeemi puudutavad järeldused.....	111
1. Katseiseloomu rõhutamine.....	111
2. Omastamise käsitlemine lõpuleviidud kuriteona.....	112
B. Üksikud omastamise koosseisutunnused.....	113
I. Kuriteo objekt: võõras vallasasi.....	113
II. Enda kasuks pööramise toiming.....	113
1. Enda kasuks pööramise soov.....	113
2. Enda kasuks pööramise toiming.....	115
a) Lai ilmutamisteooria.....	115
b) Kitsas ilmutamisteooria.....	115
c) Kestva ilmajätmise oht.....	116
d) Endalevõtmistoimingu algus.....	116
e) Seisukohavõtt.....	116
3. Korduv enda kasuks pööramine ja subsidiaarsuse klausel.....	118
a) Vana õigus.....	118
b) Muudatused subsidiaarsuse klausli tõttu?.....	119
C. Omastamise õigusvastatus.....	120
D. Omastamise kvalifitseeritud koosseis.....	121

Seitsmes osa: Vara kriminaalõiguslik kaitse

§ 21. Ülevaade vara kriminaalõigusliku kaitse süsteemist ja printsiipidest

A. Vara mõiste

Inimese vara all mõistetakse kõikide tema asjade ja õiguste (varaühikute) kogumit, millel on **rahaline väärtus**. Varaühikuid iseloomustab üldjuhul võimalus neid teistele isikutele võõrandades raha vastu vahetada.

Siiski tuleb tähele panna, et isiku vara ei kaitsta üksikute varaühikute vahetu **omaväärtuse** pärast. Asi on hoopis selles, et vara olemasolu võimaldab isikul kasutada varaühikuid **tegutsemisvabaduse** teostamiseks. On selge, et jõukal inimesel on valida rohkem käitumisvariante kui vaesel. Nii võib vara käsitada ka «vabaduse reservuaarina», mida võib igal ajal vabaduse teostamiseks kasutada. Seega on vara kriminaalõiguslik kaitse sisuliselt vabaduse kaitse.

Kõikidel normaalsel juhul koosneb isiku vara väga mitmesugustest varaühikutest. Enamik nendest on tsiviilõigusega sätestatud kujul ning ka tsiviilõigusega (võla- või asjaõigusega) kaitstud. Kriminaalõigusega kaitstava vara hulka kuulub seega näiteks omandiõigus, valdus, võlaõiguslik nõue, pandiõigus, jahipidamisõigus, kalapüügiõigus, patendiõigus, autoriõigus jne.

Nende kõrval on ka puhtfaktilisi võimalusi rahalist väärtust omandada. Paljusid neist tsiviilõigus ei kaitse, kriminaalõigus aga küll. Siia kuulub näiteks tööjõud, aga ka professionaalne saladus (*know-how*).

B. Vara kriminaalõigusliku kaitse vormid

I. Põhikriteerium

StGB kaitseb vara **kahel** põhimõtteliselt erineval viisil. Esiteks on arvukalt kriminaalõigusnorme, mis sätestavad vastutuse **konkreetses varaühiku** ründamise eest. Näiteks varguse, omastamise, vara rikkumise ja loata kasutamisega (§ 248b ja § 290) rünnatakse eranditult **omandiõigust**.¹ Pandi rikkumise koosseis kaitseb teatavaid üksikuid õigusi võõra asja suhtes nagu kasutusvaldust ja pandiõigust, aga ka võlaõiguslikke kasutus- või kinnipidamisõigusi. Salaküttimise koosseis kaitseb jahipidamis- (§ 292) ja kalapüügiõigust (§ 293). Paragrahv 248c annab erilise kaitse elektrienergia kasutamise õigusele. Konkreetsete varaühikute ründamist puudutavaid koosseise leidub ka teistes kriminaalseadustes. Näiteks Autoriõiguse seaduse (*Urheberrechtsgesetz*) §-d 106 jj kaitsevad autoriõigust, Patendiseaduse (*Patentgesetz*) § 142 aga patendiõigust.

Esimeses varavastaste kuritegude grupis on seega ründed **konkreetsetele varaühikute** vastu.

¹ Eesti lugejal tasuks tähele panna, et Saksa käsitus erineb siin mõnevõrra meie omast, mille järgi varavastaste kuritegudega rünnatakse pigem valdust kui omandiõigust (vt. prof. Rebase kommentaaride (I. Rebane. Eesti NSV Kriminaalkodeks. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn 1980) § 139 komm. 1, lk. 426). Siiski, nagu ka prof. Samson märgib, mõeldakse omandiõiguse kaitse all õieti omandiõigusest tulenevate tegelike võimaluste kaitsmist. [*Kõik joonelaused märkused on tõlkijalt.*]

Nende kõrval on olemas ka teine grupp, mida nimetatakse **varavastasteks kuritegudeks kitsamas mõttes**. Nende koosseisudega ei kaitsta konkreetseid varaühikuid, vaid iga koosseisu üheks tunnuseks on isiku vara **koguväärtuse vähenemine**. See, millist varaühikut rünnati, ei ole tähtis. Loeb ainult vara väärtuse vähenemine.

Varavastased kuriteod kitsamas mõttes on kõik sellised, mille koosseisutunnuseks on **varaline kahju**. Tähtsamad neist on kelmus (§ 263), väljapressimine (§ 253), usalduse kuritarvitamine (§ 266) ja liiakasuvõtmine (§ 291). Need koosseisud on siiski ainult varavastaste kuritegude teise rühma põhiliigid. Nende kõrval on olemas arvukaid modifikatsioone, mis on konstrueeritud muuhulgas **abstraktsete ohudeliktidena**. Nende hulka kuuluvad näiteks kelmuse variatsioonid subventsioonikelmus (§ 264), investeeringukelmus (§ 264a) ja krediidikelmus (§ 265b). Abstraktsed varavastased ohudeliktid on ka näiteks kuritegelik pankrot (§-d 283 jj) ning § 142 (avariikohalt põgenemine). Need on abstraktsed varaohustamisdeliktid kitsamas mõttes, mille puhul ei eeldata konkreetse varalise kahju tekkimist. Viimane on varavastaste kuritegude kahjulik tagajärg, mida ohudeliktide puhul mõistagi ei pruugi realselt tekkida.

Kiire ülevaate varavastaste kuritegude liigitusest annab järgmine skeem.

Varavastased kuriteod laiemas mõttes

Kuriteod konkreetsete varaühikute vastu				Kuriteod vara kui terviku vastu (varavastased kuriteod kitsamas mõttes)		
rünnatav õigushüve				vara kahjustavad kuriteod	vara ohustavad kuriteod	
<u>Omandi-õigus</u>	<u>Omandamis-õigused</u>	<u>Pandi-õigus</u>	<u>Majanduslikud õigused</u>		<u>Kelmuse-laadsed</u>	<u>Muud</u>
–vargus –röövimine –rööv-vargus –omastamine –vara rikkumine –loata kasutamine	–sala-kütmine –rööv-püük	pandi rikkumine	–UrkG §-d 106 jj –PatentG § 142	–kelmus –väljapressimine –usalduse kuritarvitamine –liiakasuvõtmine	–subventsioonikelmus –investeeringukelmus –krediidikelmus	–maksejõuetuskuriteod –avariikohalt põgenemine

UrkG – Dokumentiseadus

PatentG – Patendiseadus

II. Eristamiskriteeriumi selgitus

Konkreetsete varaühikute vastaste kuritegude tunnuseks on niisiis asjaolu, et koosseisu realiseerimiseks piisab ründest **konkreetsse varaühiku** vastu. Sellel, kas varaühiku valdajale tekib ründe tagajärjel **kahju**, ei ole mitte mingit tähtsust.

Näide. T võtab O-lt ära pataka vanu armastuskirju, mis on O-le hingelähedased, kuid rahalise väärtuseta.

Siin on realiseeritud varguse koosseis (vt. aga lk. 44).

Näide. O-le kuulub originaalmaal väärtusega 20 000 Saksa marka. Ta on lükanud tagasi juba mitu T ostupakkumist, kuna ta ei taha maalist kuidagi loobuda. T tahaks aga maali väga endale saada. Seepärast hiilib ta O puhkusereisi ajal öösel selle majja, võtab maali ja paneb O kirjutuslauale nähtavale kohale 20 000 marka.

Kui maali väärtus on – nagu me eeldasime – tõepoolest 20 000 marka, siis ei kahjustanud toimunu O varalist seisundit: 20 000 marka maksva maali asemel on tal ju nüüd vastav summa sularahas. Sellegipoolest on T pannud toime varguse, sest varguse koosseis **ei eelda** varalise kahju tekkimist.

Lahendus on hoopis teine, kui T ei saa kirju või maali enda kätte neid ära võttes, vaid kasutab kavalust – ajendab omaniku **pettusega** vastavat asja üle andma.

Näide. T pakub O-le armastuskirjade eest 500 marka ja maksab valerahaga.

Kui kontrollida siin kelmuse koosseisu, siis tuleb nentida, et T on O pettusega eksitusse viinud ja O on **käsitunud** oma vara (omandiõigust armastuskirjade suhtes). Varalist kahju O aga saanud ei ole, sest armastuskirjadel ei ole rahalist väärtust. Tema vara koguväärtus seega vähenenud ei ole, nii et T ei vastuta kelmuse eest.

Näide. T-l õnnestub veenda O-d maali talle 20 000 marga eest müüma. Selleks räägib T O-le, et selle naisele on maal väga vastumeelt, kuid ta ei julge seda O-le ise öelda.

Siin pettis T O-d ja ajendas ta sellega oma vara käsutama – maali omandiõigust T-le andma. Ehkki O andis T-le üle 20 000 marka maksva vara, sai ta vastu samas väärtuses raha. Seega ei ole tema vara koguväärtus vähenenud, varalist kahju ei ole tekkinud ja vastutus kelmuse eest on välistatud.

Põhimõtteliselt erinevad konkreetsete varaühikute vastased kuriteod märgatavalt varavastastest kuritegudest kitsamas mõttes. Erinevuseks on varaline kahju. Juhtudel, kui mingi vara hõivati, kuid varalist kahju ei tekkinud, võib öelda, et kitsamas mõttes varavastane kuritegu on **kitsamalt kohaldatav** kui konkreetse varaühiku vastane kuritegu (vargus).

Muus mõttes on aga varavastased kuriteod kitsamas mõttes märksa **laiemalt kohaldatavad** kui konkreetsete varaühikute vastased kuriteod. See tuleb sellest, et konkreetseid varaühikuid kaitsvaid kuriteokoosseise on üsna lünklikult. Teisiti öeldes ei ole mitte iga rahalise väärtusega varaühik ühtlasi kaitstud konkreetset varaühikut kaitsva kuriteokoosseisuga.

Näide. T rendib O-lt kolmeks päevaks sellele kuuluva muruniitja, lubades maksta tasuks 60 marka. Ta maksab aga valerahaga.

Valerahas maksmisega viis T O eksiarvamusele, et renditasu makstakse ehtsas rahas. O käsutas oma vara, nimelt muruniitja valdust. O varaline kahju seisneb selles, et ta jäi kolmeks päevaks ilma muruniitja **kasutamise võimalusest**.

Sellega on kelmuse koosseis täidetud.

Lahendus on teistsugune, kui analoogilisel juhul ei kasuta toimija kavalust, vaid võtab asja ära.

Näide. T hiilib O ajamajakesse ja võtab muruniitja ära, et seda kolm päeva kasutada ja siis jälle tagasi viia.

Siin võttis T küll ära võõra vallasasja, s.t. realiseeris varguse objektiivse külje, kuid varguse subjektiivses küljes on nõutav **enda kasuks pööramise kavatsus**. Viimane koosneb kahest elemendist – senise valdaja kestvat ilmajätmist valdusest ja kavatsust asi vähemalt ajutiselt enda valdusse võtta.

Kuna T tahtis kasutada muruniitjat ainult kolm päeva, ei ole O muruniitjast **kestva** ilmajätmise nõue täidetud. Seega ei ole realiseeritud ka varguse koosseisu. Et aga **omandiõigust** kaitstakse **ajutise kahjustamise** vastu ainult erandjuhtudel – kui loata kasutatavaks asjaks on mootorsõiduk (§ 248b) või kui loata kasutajaks on **pandi vastu laenaja** (§ 290) – jääb T vaadeldud näites karistamata.

C. Varavastaste kuritegude süsteemi põhiprobleemid

Kuna konkreetsete varaühikute vastased kuriteod (vargus jm.) ja varavastased kuriteod kitsamas mõttes (kelmus, väljapressimine jm.) on erineva ulatusega, tekib süsteemis paratamatult ebakõlasid, mis avaldavad üksikute koosseisude tõlgendamisele kohati suurt mõju. Praegu on neid põhiprobleeme võimalik ainult nimetada. Lähemalt analüüsime neid üksikute koosseisude juures.

I. Tegelikult varalise kahju probleem

Tegelikult varalise kahju probleemi selgitatakse järgnevas varguse ja kelmuse näitel. Samad probleemid tekivad aga peaaegu kõikide konkreetsete varaühikute vastaste kuritegude ja teiste kitsamas mõttes varavastaste kuritegude puhul.

1. Formaalne koostis ja varaline kahju

Varguse koosseis kaitseb isiku vara formaalset koostist kui sellist. Varalise kahju tekkimisel ei ole tähtsust. Teatud tüüpi kaasuste puhul tundub see aga ebaõiglasena. Varguse koosseisu üle peetud mõttevahetustes on tehtud palju katseid teha vara formaalse kaitse printsiipi mööndusi, võttes arvesse ka varalist kahju. Selliseid mööndusi on püütud teha seoses kõige erinevamate koosseisutunnustega.

Näiteks on osa autoreid väitnud, et väärtusetu asja varastamine ei peaks vastama varguse koosseisule. See tulenevat juba sellest, et ülekaalus oleva arvamuse järgi ei saa vara rikkumise koosseisu kohaldada väärtusetu asja kahjustamise korral. Sel juhul ei peaks ka väärtusetu asja vargus varguse koosseisule vastama.

Peale selle uuritakse varalise kahjuga seotud asjaolusid näiteks seoses enda kasuks pööramise õigusvastasusega. On tõstatatud küsimus, kas tõesti võib varguse koosseisule vastata teisele isikule kuuluva asja vahetamine selle väärtusele vastava rahasumma vastu. Probleeme tekitab siin eelkõige omavoliline rahavahetamine.

Näide. T võtab O rahasahtlist kaks viiemargast metallraha ja paneb nende asemele kümnamargase paberraha. Münte on tal vaja sigaretiautomaadi jaoks.

Omavolilise rahavahetamise kaasuste lahendamiseks on terve rida erinevaid võimalusi, kuid neid kõiki iseloomustab püüd tuua vargusekaasuste lahendamisse sisse **varalise kahju** kaalutlused.

Seda ideed on mõned autorid edasi arendanud **asendatavate asjade** vahetamisele. Nendel juhtudel aga, kui toimijal on kannatanule kuuluva asja suhtes nõudeõigus, on enda kasuks pööramise õigusvastasus üldtunnustatud seisukoha järgi välistatud.

2. Varalise kahju mõiste laiendamine

Kui varguse puhul võib täheldada püüde kitsendada koosseisu varalise kahju aspektist lähtudes, s.t. taganeda vara formaalse koostise kaitse printsiibist väärtusaspekti nimel, siis kitsamas mõttes varavastaste kuritegude puhul on hämmastaval kombel täheldatav **vastupidine tendents**. Seal peetakse nimelt koosseisupärase tagajärje piiramist vara **koguväärtuse vähendamisega** ebapiisavaks.

Näide. O läheb reisibüroosse ja tahab broneerida kolmenädalase nn. klubireisi, mille sisuks on võimalus koos teiste noortega sportida. Reisibüroo töötaja T pistab O-le nina alla lepingu, millele O kirjutab alla. Lepingu järgi broneerib O kolmenädalase antiiksete kultuuriväärtustega tutvumise reisi. Sihtkohta jõudnud, märkab O, et ta viibib 30–60-aastaste naispedagoogide seltskonnas, kes tunnevad suurt huvi Akropoli jms. vaatamisväärsuste vastu.

O protesti peale teatab reisibüroo, et makstud 5000 marga eest sai ta õppereisi, mille väärtus on samuti 5000 marka.

Siin tuleb kõne alla ainult kelmuse koosseis. Selles, et O viidi eksitusse, et ole kahtlust. Ta tegi ka varakäsutuse, kandes reisibüroo arvele üle reisi hinna – 5000 marka. Varalist kahju talle aga ei tekkinud, sest talle osutati teenust turuväärtusega 5000 marka. Asjaolul, et O **ei soovinud** seda reisi, ei ole varalise kahju tekkimise seisukohalt mingit tähtsust.

Praegu suures ülekaalus oleva arvamuse järgi on isegi nii drastilises kaasuses vastutus kelmuse eest välistatud. Kuna muud kuriteokoosseisud ei tule üldse kõne alla, ei saa T-d kriminaalvastutusele võtta.

Selline tulemus on ilmselgelt ebarahuldav. Seepärast on kirjanduses tehtud esimesi ettevaatlikke katseid lõdvendada puhtformaalset käsitust varalisest kahjust, arvestades kannatanu saadu **subjektiivset kasutuskõlblikkust**. Siiski võib juba etteruttavalt öelda, et vaadeldud näitekaasust see ei lahenda.

Eelkõige aga ei ole seni veel süstemaatiliselt uuritud tendentsi, et kaasajal arenevad varguse ja kelmuse koosseis täpselt vastassuundades. Kui varguse koosseisu vara formaalset koostist kaitsvat iseloomu püütakse varalise kahju aspektist kitsendada, siis kaasaegne käsitlus kelmusest areneb täpselt vastassuunas – varalise kahju tunnust püütakse avardada, lähendades seda vara formaalse koostise kaitsele.

II. Varaliste õiguste ja varalise seisundi vastaste kuritegude² kattumisalad

Kuna kelmuse koosseis kaitseb kõiki isiku rahalise väärtusega varaühikuid, ei ole harvad juhud, mil kitsamas mõttes varavastase kuriteoga (siin niisiis kelmusega) kahjustatavaks õigushüveks on **omandiõigus** asja suhtes. Sellistel juhtudel on mõeldav, et **üks ja sama** tegu vastab nii kelmuse kui ka varguse koosseisule. Peale kelmuse ja varguse võivad niimoodi kattuda näiteks röövimine ja väljapressimine või vargus ja kuritegelikul teel saadud varaga kauplemine.

Neid probleeme vaatleme järgnevas vaid lühidalt kahe näite varal.

Näide. O on kümne lehma omanik. Need on talle kuuluval karjamaal. Karjavärav on lukus. T tahaks lehmad endale võtta, aga tal ei ole karjavärava võtit. Seepärast pöördub ta O sulase S poole. T valetab S-le, et ta ostis natuke aega tagasi lehmad O käest ära ja tuli neile nüüd järgi, kuid avastas oma ebameeldivaks üllatuseks, et karjavärav on lukus. Ta küsib, kas S ei saaks teda kuidagi aidata. Juhuslikult on S-l võti kaasas ja T-d uskuma jäädes avabki ta värava, võimaldades T-l lehmad ära viia.

Sellist tüüpi kaasustele on põhimõtteliselt võimalik läheneda kahel viisil.

Esiteks võib asuda seisukohale, et T viis S eksitusse. Värava lukust lahti keeramisega põhjustas S selle, et O jäi lehmadest ilma. Seeläbi kandis O varalist kahju, nii et kõne alla tuleb T vastutus **kelmuse** eest E suhtes.

Teiseks võib juhtunut käsitada vargusena ja asuda seisukohale, et S-i pettes kasutas T teda juhitavana ning on seetõttu varguse **vahendlik täideviija**.

Sõltuvalt lähenemisviisist tuleb seega kõne alla kas kelmus, vargus või koguni kelmus ja vargus **koos**.

See, et vargus ja kelmus üldse niimoodi kattuda võivad, tuleb sellest, et O vara väärtuse vähenemine toimub lehmade **omandi** kaotamise arvel. Omand on siin kaitstud varguse koosseisuga kui konkreetne varaühik ja kelmuse koosseisuga kui osa rahalise väärtusega koguarast.

² Prof. Samson kasutab kahe laiemas mõttes varavastaste kuritegude (*Vermögensdelikte im weiteren Sinne*) liikide – konkreetsete varaühikute vastaste kuritegude (*Delikte gegen spezielle Vermögenspositionen*) ja kitsamas mõttes varavastaste kuritegude (*Vermögensdelikte im engeren Sinne*) – kohta paralleeltermineid *Eigentumsdelikt* ja *Vermögensdelikt*. Õppevahendi eelmistes osades ei osanud ma neile sobivaid tõlkevasteid leida ja tõlkisin nad eesti keelde «omandivastane kuritegu» ja «varavastane kuritegu». (Viimane oli seega kahetähenduslik.) Sellest osast nähtub, et sisuliselt mõeldakse esimestega kuritegusid, mis ründavad konkreetseid varalisi õigusi, ja teistega kuritegusid, mis ründavad isiku vara koguväärtust, s.t. varalist seisundit. Seepärast valisin nende tähistamiseks tekstis toodud terminid, mis ei vasta sõna-sõnalt saksakeelsetele, kuid annavad asja sisu arusaadavamalt edasi. Kaht gruppi ühendavaks kogumõisteks jätsin «varavastased kuriteod», mis vastab Eestis praegu kasutatavale terminoloogiale.

Kui küsida, kas T on pannud toime **ni** varguse **kui ka** kelmuse, siis tuleb silmas pidada, et süüdimõistmine korraga varguses ja kelmuses jätab mulje, nagu oleks T pannud toime **kaks** laias mõttes varavastast kuritegu. Et ta aga tekitas ainult ühe kahju, eksiks selline lahendus **süüprintsibi** vastu. Seepärast on vaja otsustada emmakumma koosseisu kasuks.

Kogu probleem muutub veelgi keerukamaks juhtudel, kui võõras asi võeti ära vaid **ajutiselt**.

Näide. Rikkale lesknaisele L-le kuulub sõiduauto «Rolls-Royce», mida juhib tema autojuht A. T-l on kange tahtmine teha selle autoga kahepäevane lõbusõit. Seepärast valetab ta A-le, et L laenas talle autot. A jääb T-d uskuma ja annab talle autovõtmed. T sõidab autoga kaks päeva ringi ja toob ta siis tagasi.

Sellist tüüpi kaasuses omandab küsimus, kas tegu on varavastase kuriteoga kitsamas mõttes või kuriteoga konkreetse varaühiku vastu, palju suurema tähtsuse kui eelmises näites. See tuleb järgnevalt.

Kui tõlgendada T käitumist A petmisena ja öelda, et autovõtmeid T-le andes käsutas A oma perenaise vara, jättes selle kaheks päevaks auto kasutamise võimalusest ilma, siis on siin tegemist **kelmusega**, kuna võimatus autot kaks päeva kasutada tähendab, et L sai **varalist kahju**.

Kui aga pidada T käitumist **varguse** vahendlikuks täideviimiseks, näeb asi välja hoopis teisiti. Heauskset juhivat A-d kasutades võttis T küll auto ära, kuid kuna ta tõi selle kahe päeva pärast tagasi, puudus tal tahtlus L **kestvalt autost ilma jätta** ja seega enda kasuks pööramise kavatsus. Seetõttu on vargus välistatud ja üle jääb ainult vastutus sõiduki loata kasutamise eest (§ 248b). Selle eest ettenähtud karistus on aga kelmuse omast palju kergem.

On vast ütlematagi selge, et probleem muutub veelgi teravamaks, kui ajutiselt ei võeta ära sõidukit, vaid mingi muu asi. Siis määrab kelmuse koosseisu kohaldatavus selle, kas toimijat saab **üleüldse** vastutusele võtta.

Seepärast on tingimata vaja vargus ja kelmus piiritleda. Üldtunnustatud seisukoha järgi kasutatakse selleks üht varguse tunnust – **hõivamist** (valduse murdmist) ja üht kelmuse tunnust – **varakäsitust**. Keeruline süsteemiprobleem tekib aga seetõttu, et kitsamas mõttes varavastase kuriteo piiritlemine konkreetse varaühiku vastasest kuriteost ei ole vajalik mitte ainult kelmuse ja varguse, vaid ka näiteks röövimise ja väljapressimise ning varguse ja kuritegelikul teel saadud varaga kauplemise puhul.

III. Varavastased kuriteod ja kaasaegsed müügimeetodid

Erilise väljakutse laias mõttes varavastaste kuritegude süsteemile esitavad kaasaegsed müügimeetodid.

Esiteks tekib lihtsamal süsteemitasandil küsimus, kuidas lahendada juhte, kui **postimüügifirma** toimetab kauba ostjale, ilma et see oleks taganud ostuhinna tasumist. Tekib küsimus, kas kauba tellimine tähendab juba oma maksevõime ja

-valmiduse **kinnitamist**. Seda on vaja teada, et õigesti tuvastada pettuse tunnust kelmuse koosseisus.

Palju keerulisemad küsimused tekivad aga kaupade ostmisel **automaatidest**. Kõigepealt sattus kohtupraktika vastamisi **kaubaautomaatidega**, mille puhul on asi veel suhteliselt lihtne. Kohtud lahendasid vastavad kaasused varguse koosseisu abil, võttes abiks **tingimusliku nõusoleku** konstruktsiooni. Peagi tekkisid aga keerukamad kaasused seoses raha väljaandmisega pangautomaatidest ja eriti selvetanklatega (tankimine raha maksmata).

Probleemiks on seejuures üleulatuvad süsteemiseosed ühelt poolt varguse ning teiselt poolt kelmuse, arvutikelmuse (§ 263a) ja omastamise koosseisude vahel.

D. Järeldused

Need arvukad süsteemiprobleemid ei pane raskesse olukorda mitte ainult õpiku kirjutajat, vaid ka tudengi, kes püüab materjali omandada.

Katse püüda probleemidest jagu saada tavalisel viisil, koosseisude üksiktunnuseid vaadeldes, on paratamatult määratud nurjumisele. Ühe või teise varguse tunnuse sisustamine võib väga suuresti sõltuda mõne kelmuse või väljapressimise koosseisutunnuse sisustamisest. Tegelikuses sõltub ühe koosseisu tunnuste ja alltunnuste sisustamine olulisel määral hoopis teiste koosseisude tunnuste ja alltunnuste määratlemisest.

Järeldus sellest on nii õpiku kirjutaja kui ka üliõpilase jaoks õieti hirmus. Iga üksiku tunnuse selge defineerimine on tingimata vajalik, et tagada materjali esitamisel ja omandamisel nõutavat täpsust. Sellise definitsiooni sõnastamine, tema elementide sisustamine ja tema kriitiline hindamine on aga võimalik ainult siis, kui peetakse ühtlasi silmas süsteemiseoseid, s.t. hoopis teisi koosseise, mille tunnused on omakorda vaja täpselt defineerida.

Piltlikult öeldes on varavastaste kuritegude süsteemi ära õppida püüdja täbaras olukorras. Kujutlegem, et meil on vaja uurida 5 ruutmeetri suuruse pärsia vaiba mustrit. Kui vaadata vaipa mitme meetri kauguselt, on mustri üldine ülesehitus äratuntav. Sellises situatsioonis üliõpilane aga üldjuhul ei ole. Tema olukord meenutab pigem sipelga oma, kes püüab vaiba mustrit tuvastada üksikuid vaibakiude uurides. Dilemma seisnebki selles, et materjali läbitöötaja on kas kotka või sipelga olukorras. See, kes asub sipelga rolli, õpib küll iga detaili piisavalt täpselt selgeks, kuid ei taipa süsteemi. See, kes asub kotka rolli, saab aru vaiba mustrist, kuid mitte selle kujunduse detaile.

Selle probleemse olukorra tõttu valime siin järgneva esitusviisi.

Kõigepealt, järgmises paragrahvis, esitatakse ülevaade varaliste õiguste vastaste kuritegude – varguse, omastamise ja röövimise – koosseisudest.

Sellele järgneb ülevaade kelmuse ja väljapressimise olulistest koosseisutunnustest.

Alles pärast seda tulevad üksikasjades käsitlemisele algul varaliste õiguste ja seejärel varalise seisundi vastaste kuritegude koosseisud.

Autor on teadlik sellest, et sellinegi esitusviis on ainult kompromisslahendus raskest olukorrast väljatulemiseks. Loodetavasti teeb see lugejal siiski süsteemist arusaamise lihtsamaks.

§ 22. Ülevaade varaliste õiguste vastastest kuritegudest

A. Sissejuhatus

Kõikide Kriminaalkoodeksis (StGB) nimetatud varaliste õiguste vastaste kuritegude ühiseks tunnuseks on see, et teo objektiks on **võõras asi**. Kõikide varaliste õiguste vastaste kuritegude eelduseks on seega teise isiku omandiõiguse kahjustamine mingil viisil.

Veel üks varaliste õiguste vastastele kuritegudele iseloomulik joon on see, et Kriminaalkoodeks ei kehtesta vastutust mitte **igasuguse omandiõiguse kahjustamise** eest, vaid teeb suurema ja väiksema kahjustamise vahel olulist vahet. Lihtsustavalt võib öelda, et seadus eristab varaliste õiguste vastaseid kuritegusid **enda kasuks pööramisega** ja varaliste õiguste vastaseid kuritegusid **enda kasuks pööramiseta**.

Enda kasuks pööramist defineeritakse süsteemikaalutlustel **kahe alltunnuse** kaudu. Enda kasuks pööramine koosneb:

- kestvast ilmajätmisest ja
- vähemalt ajutisest endale võtmisest.

Seejuures – jällegi väga lihtsalt öeldes – ei tule ilmajätmist ja endale võtmist **kunagi** käsitada ründena **omandiõiguse** vastu. Tegemist on hoopis ründega omandiõigusest tulenevate **tegelike võimaluste** vastu, mis omanikul on. Rääkides ilmajätmisest, ei peeta seega silmas omandiõiguse äravõtmist, vaid ära võetakse tegelikud võimalused, mis omanikule õiguse järgi kuuluvad. Samamoodi ei tähenda **endale võtmine** seda, et toimija saaks **omandiõiguse**, vaid ta võtab endale tegelikud võimalused, mis õiguse järgi peaksid olema omanikul.

Kestva ilmajätmise tunnus on määrava tähtsusega, et otsustada, kas tegemist on omastamisdelikti³ või muu omandi vastu suunatud kuriteoga. Kui kestvast ilmajätmist ei toimu, on omastamisdelikti välistatud. Sama kehtib muide ka siis, kui ei toimu **vähemalt ajutist endale võtmist**. Ka siis ei saa toimijat omastamisdelikti eest vastutusele võtta.

³ Eesti teoorias nimetati enda kasuks pööramist (*Zueignung*) varem «omastamiseks». Paraku tekib siin terminoloogiline segadus seoses sellega, et Karistusseadustiku eelnõus on omastamiseks nimetatud praeguse riisumisega (§-ga 141¹) analoogiline kuritegu (*Unterschlagung*), kusjuures «omastamiseks» on jäänud ka enda kasuks pööramine kui varguse tunnus (s.t. seesama *Zueignung*). Prof. Samsoni õppevahendis on aga nendel kahel asjal vaja tingimata vahet teha. Sellepärast tähendab siin «omastamine» alati kuriteoliiki ja «enda kasuks pööramine» varguse (ja mõne muu kuriteo) koosseisutunnust. Erandina on *Zueignungsdelikti* tõlgitud «omastamisdelikti», sest «enda kasuks pööramise delikt» või «endakasuspööramisdelikti» ei kõla just eriti hästi.

Varaliste õiguste vastaste kuritegude süsteemist aru saamiseks on väga tähtis mõista, et omandiõiguse kaitse Kriminaalkodeksis seisneb üksnes ulatuslikus kaitses **ilmajätmise** eest. Omandiõiguse **muul viisil** kahjustamise eest **kriminaalvastutust ei ole**.

Juhte, kus omandiõigust rikutakse ilmajätmisega, reguleerib kriminaalseadus põhjalikult. Vastavat valdkonda puudutavad järgmised eriosa normid:

- vargus (§ 242) koos kvalifitseeritud koosseisudega §-s 244 ja eriti raskete juhtudega, mis on sätestatud §-s 243;
- omastamine (§ 246);
- röövimine, s.t. vargus, mis pannakse toime inimese vastu vägivalda kasutades või vahetu ohuga elule ja tervisele ähvardades;
- röövvargus (§ 252), mille korral varas pärast varguse lõpuleviimist kasutab vägivalda inimese vastu või ähvardab vahetu ohuga elule või tervisele, **et** varastatud asja enda valduses hoida.

Juhud, mil asja ei enda kasuks pööramine ei ole täielik, vaid ainult osaline, on aga Kriminaalkodeksis reguleeritud **mittetäielikult**.

Kui toimija ei jäta omanikku asjast **kestvalt** ilma või ei soovi seda (vt. selle kohta allpool), küll aga teostab või tahab teostada endale võtmise, s.t. tahab kasutada võõrast asja enda tarbeks, seda omanikult päriseks ära võtmata, paneb toime **loata kasutamise** (*furtum usus*). Pelk loata kasutamine **ei ole üldjuhul karistatav, erandina** on karistatav sõiduki loata kasutamine (§ 248b) ja loata kasutamine pandi vastu laenaja poolt (§ 290).

Sama kehtib vastupidisel juhul, kui toimija realiseerib või soovib realiseerida **ainult** kestva ilmajätmise, võtmata asja endale isegi mitte ajutiselt. Seda nimetatakse **asja äravõtmiseks**. Asja äravõtminegi **ei ole üldjuhul karistatav**. Erandina on sätestatud vastutus asja äravõtmise eest, kui see esineb **vara rikkumise** kujul.

Enda kasuks pööramise, loata kasutamise ja asja äravõtmise süsteemiseoseid saab kujutada järgmiselt:

[Saksakeelses originaalis puudub skeemiga lehekülg. – Tõlkija märkus]

1. Lahendusskeem varguse korral

Ehkki vargus on omastamisdeliikt, ei ole varguse objektiivses küljes **teoks** mitte enda kasuks pööramine, vaid **hõivamine**. Seega ei eelda vargus enda kasuks pööramise üksikute elementide tegelikku **realiseerimist**, vaid varguse koosseisu olemuseks on võõra vallasasja hõivamine **kavatsusega** (üleulatuva tahe) see õigusvastaselt enda kasuks pöörata. Enda kasuks pööramise puhul piisab seega toimija kavatsusest. Ainult hõivamine peab objektiivselt aset leidma.

Enda kasuks pööramise perspektiivist on vargus õieti **ettevõtmisdeliikt**. Pole tähtis, kas mõni enda kasuks pööramise element on tegelikult realiseeritud – piisab sellest, kui toimija **tahtis** asja enda kasuks pöörata.

Lihtsustatud ülevaade varguse skeemist on seega järgmine:

Koosseis

1. Objektiivne külg

a) kuriteo objekt

- asi
- võõras
- vallasasi

b) tegu

hõivamine

2. Subjektiivne külg

a) tahtlus (§-d 15 ja 16)

objektiivse külje 1a ja 1b suhtes

b) õigusvastase enda kasuks pööramise kavatsus

2. Varguse koosseisu üksikud elemendid

a) Varguse objektiivne külg

(1) Kuriteo objekt

Varguse objekt on **võõras vallasasi**. Esiteks peab kuriteo objekt seega olema **asi**. Asja **mõistega** on probleeme vähe. Need seonduvad eelkõige selliste materiaalsete objektidega,⁴ mis ei saa olla tsiviilkäibes (näiteks inimese surnukeha⁵).

Teiseks peab asi olema **võõras**. Asi on võõras, kui ta kuulub vähemalt ka kellelegi teisele. See tähendab, et varguse koosseisu määravaks elemendiks on **teise isiku omandiõigus** asja suhtes. Siin tuleb eelkõige silmas pidada **omandiõiguse regulatsiooni tsiviilõiguses**. Võõra asja kriteeriumi järgi piiritletakse vargus salaküttimisest ja röövpuugist, mille objektideks on **peremehetud asjad** (metsloomad ja kalad), s.t. asjad, mille suhtes ei ole omandiõigust **mitte kellelgi**⁶.

Kolmandaks peab asi olema **vallasasi**. See ei ole õieti küll asja oluline omadus, vaid abitunnus, mis puudutab tegu – asja **hõivamist**.

(2) Tegu – hõivamine

Kui kuriteo objektiga on asi võrdlemisi lihtne, siis teoga on teisiti. Sellel on kaks põhjust:

– Esiteks valitseb üksmeel selles, et hõivamine kujutab endast **rahurikkumist** – toimija tungib teise isiku mõjusfääri ja viib varastatava asja sellest välja enda mõjusfääri. Seda mõjusfääri nimetatakse **valduseks**, kuid see ei tähenda tsiviilõiguslikku valdust.⁷ Valdusel kriminaalõiguse mõttes on mõned erinevused valdusest tsiviilõiguse mõttes.

⁴ Kehtiv õigus kasutab asja defineerimiseks saksa seadusest sõna-sõnalt valesti tõlgitud väljendit «kehaline ese», millel puudub eesti keeles tähendus. Sisuliselt õiget vastet ei olegi niisama lihtne leida, aga «materiaalne objekt» tundub asja mõtet enam-vähem edasi andvat.

⁵ Saksa teoorias valitseva arvamuse järgi on inimese surnukeha peremehetu asi, mille valdamise, kasutamise ja käsutamise võimalused on teiste peremehetute asjadega võrreldes väga piiratud.

⁶ Ka Eesti kehtiva õiguse järgi on looduslikus vabaduses olevad metsloomad peremehetud asjad (AÕS § 96 lg 4).

Valduse mõiste definitsioon kriminaalõiguses on ülimalt vaieldav, mistõttu tema üksikjuhul sisustamine on praktikas väga raske.

– Kuna hõivamine tähendab, nagu öeldud, asja **üleviimist** kannatanu valdusest toimija omasse, on ta jagatav kaheks osaks. See tähendab, et hõivamist võib defineerida kui

kannatanu valduse lõpetamist
koos
oma valduse kehtestamisega.

Kui hõivamise defineerimisel piirduks nende kahe elemendi, s.t. **valduse nihutamisega**, tekitaks suuri probleeme varguse koosseisu osaline kattumine kelmuse ja väljapressimisega.

Näide. T lepib O-ga kokku, et see müüb talle oma auto. O annab auto üle, aga T maksab valerahaga.

See on kelmus, sest T viis O eksitusse raha ehtsuses, ajendas ta sellega oma vara käsutama (auto omandiõigust üle andma) ja tekitas talle varalise kahju.

Kui aga hõivamine seisneks üksnes kannatanu valduse lõpetamises ja enda oma kehtestamises, siis tuleks T käitumine kvalifitseerida ka vargusena, sest T põhjustas ju O valduse lõppemise ja endale üleminemise.

Sarnane probleem tekiks siis, kui T poleks vaadeldud näites ajendanud O-d auto valdust üle andma mitte valerahas maksimisega (s.t. pettusega), vaid püstoliga ähvardades. Sel juhul on tegemist väljapressimisega (siin röövväljapressimisena – § 255), sest T kahjustas O vara, ähvardades vahetu ohuga O elule ja tervisele. Samal ajal saaks siin aga rääkida ka vargusest ja ühtlasi röövimisest, sest jällegi toimus valduse üleminek O-lt T-le.

Vältimaks sellist varavastaste kuritegude kattumist, on hõivamise mõistele lisatud **kolmas tunnus**.

Peale valduse ülekandmise kannatanult kellelegi teisele (üldjuhul toimijale) on nõutav ka, et valduse nihutamine toimuks valduse «**murdmise**» teel. Valduse murdmisest saab rääkida siis, kui vana valduse lõpetamine toimub valdaja **nõusolekuta**.

⁷ Saksa keeles kasutatakse siin kaht eri terminit *Besitz* ja *Gewahrsam*, mis kumbki tähendavad eesti keeles valdust. Esimene on valdus kui õiguslik olukord asjaõiguse mõttes, teine asja tegelik enda käes pidamine. Et aga ka Eesti teoorias räägitakse vargusega seoses *valduse* murdmisest jms., siis kasutasin selles tõlkes ka *Gewahrsam*'i vastena «enda käes pidamise» kõrval «valdust», lisades vajaduse korral juurde täpsustavad sõnad «kriminaalõiguse mõttes». Sellel on ka keelelised põhjused, sest saksa keeles võib *Gewahrsam* tähendada nii seisundit (asja enda käes pidamist) kui ka inimese teatavat mõjusfääri – kõikide asjade kogumit, mida ta antud hetkel enda käes peab. Viimase tähistamiseks on raske leida terminit, mida oleks mugav kasutada. Asja teeb veelgi segasemaks see, et eesti teooria järgi on vargus kuritegu just nimelt valduse vastu – vargus on ka see, kui omanik palub kellelgi ajutiselt oma asjade järgi vaadata, see aga (olemata muutunud valdajaks) hõivab asja enda kasuks pööramise eesmärgil (vt. Rebase kommentaarid, § 139 komm. 2, lk. 426). Nagu edaspidi näeme, ei ole see küsimus saksa õiguse järgi sugugi nii selge, sest ehkki valdus ei ole üle läinud, tekib küsimus, kas üle on läinud *Gewahrsam*.

Olgugi see põhimõtte loogiline ja mõistlik, tekivad arvukatel üksikjuhtudel ometi piiritlemiskasused. Sisuliselt tähendab ju valduse murdmise tunnus, et **valdaja nõusoleku** korral on hõivamine välistatud.

Sellest tõdemusest järelduvad aga mitmed probleemid.

Esmalt tekib küsimus, kelle nõusolek (nõustuv tahe) on nõutav. On selge, et valdaja enda tahtest piisab. Probleem tekib aga siis, kui nõusolekut ei anna valdaja ise, vaid **tema eest tegutsev isik**. Tuleb niisiis selgitada, kelle nõusolekut saab lugeda piisavaks.

Kui on tuvastatud, et nõusoleku andmiseks pädeva isiku nõusolek oli olemas, tekib kohe uus küsimus, kas ja millistel tingimustel on nõusolek **kehtiv**. Kahtlust nõusoleku kehtivuses võib tekitada selle saamine **pettuse** või **sunniga**. Nii on süstemaatilise lähenemise korral vaja määrata **kehtiva nõusoleku piirid** pettuse või sunni puhul.

Kõikide nende probleemide korral on küsimus alati omastamisdelikti piiritlemises varavastastest kuriteost kitsamas mõttes (kelmusest ja väljapressimisest).

b) Subjektiivne külg

Vastavalt §-le 15 on subjektiivses küljes kõigepealt nõutav **tahtlus**. Vastavalt §-le 16 peab tahtlus hõlmama seaduses sätestatud **koosseisutunnustele** vastavaid tehilolusid. See tähendab, et varguse tahtlus ei eelda midagi enam kui **tahtlust võõra vallasasja hõivamise suhtes**.

Lisaks sellele nõuab seadus aga, et toimija oleks tegutsenud kavatsusega asi õigusvastaselt iseenda või kolmanda isiku kasuks pöörata⁸. See nn. **enda kasuks pööramise kavatsus** kujutab endast üleulatuvat tahet.

Nagu juba öeldud, koosneb enda kasuks pööramine kahest elemendist – **püsiv ilmajätmine** ja **vähemalt ajutine endale võtmine**.

Need kaks enda kasuks pööramise tunnust piiritlevad omastamisdelikti loata kasutamisest ja asja hõivamisest. Kuna viimased ei ole üldjuhul karistatavad, määrab teo karistatavuse ilmajätmise ja endale võtmise mõistete sisustamine. See ongi peapõhjus, miks nende kahe mõiste sisu on ülimal määral vaieldav. On terve rida kaasusetüüpe, milles erinevad enda kasuks pööramise mõiste käsitused viivad väga erinevatele tulemustele.

⁸ Nagu öeldud, nimetatakse saksa keeles endale kasuks pööramist «omastamiseks» (*Zueignung*) nagu ka meie nõukogudeaegses koodeksis ja räägitakse «endale omastamisest» või «kolmandale isikule omastamisest». Eesti teoorias käsitatakse enda kasuks pööramisena hõivatud asja pööramist iseenda või kolmanda isiku vara hulka (vt. J. Sootak. Varavastased kuriteod. Tartu 1997, lk. 28). Rääkides *enda* kasuks pööramisest, ei täpsustata, et see hõlmab ka asja pööramist *kellegi kolmanda* vara hulka. Selline kõnepruuk on meil üldlevinud ega tekita arusaamisraskusi. Saksamaal on nende kahe asja vahel siiski oluline vahe, sest varasema õiguse järgi eeldas vastutus varguse eest, et isik pööraks asja just nimelt enda, mitte aga kolmanda isiku vara hulka. Praegu kehtiva seaduse järgi on koosseisuga hõlmatud ka viimane (*Drittueignung*). Selles tõlkes kasutatakse vahetegemiseks parema puudumisel väljendeid «*iseenda* kasuks pööramine» ja «*kolmanda isiku* kasuks pööramine», mis koos moodustavad «*enda* kasuks pööramise».

Peale selle peab kavatsetav enda kasuks pööramine olema **õigusvastane**. Õigusvastasuse võivad kõigepealt välistada üldised õigustavad asjaolud (sh. omaabi – BGB § 229). Peale selle on kohtupraktikas ja kirjanduses suures ülekaalus seisukoht, mille järgi enda kasuks pööramise õigusvastasuse välistab ka olemasolev vaidlustamata individuaalnõue.

Viimasena tuleb tähele panna, et nii enda kasuks pööramine kui ka selle õigusvastasus peavad olema **üleulatuva tahtega** hõlmatud. See tähendab eelkõige, et enda kasuks pööramine ei pea olema tegelikult aset leidnud – piisab, kui toimija soovis seda. Sellele vastavalt on üldise seisukoha järgi vähemalt ajutise **endale võtmise** suhtes nõutav **esimese astme otsene tahtlus**, sest see tunnus näitab tema omakasulist motivatsiooni. Kestva **ilmajätmise** suhtes piisab seevastu **kaudsest tahtlusest**. Ka kavandatud enda kasuks pööramise **õigusvastasuse** suhtes piisab **kaudsest tahtlusest**.

Üksikasjalikult näeb varguse kontrolliskeem seega välja nii:

Koosseis

I Objektiivne külg

1. kuriteo objekt

- a) asi
- b) võõras
- c) vallasasi

2. tegu

hõivamine:

- a) vana valduse lõpetamine
- b) uue valduse loomine
- c) valduse mürdmisega: valdaja nõusolekuta (arvukad probleemid – piiritlemine varavastastest kuritegudest kitsamas mõttes)

II Subjektiivne külg

a) tahtlus (§-d 15 ja 16)

objektiivse külje I 1 ja 2 suhtes

b) õigusvastase omandamise kavatsus

- a) kaudne tahtlus kestva ilmajätmise suhtes
- b) 1. astme otsene tahtlus vähemalt ajutise endale võtmise suhtes
- c) kavatsetava enda kasuks pööramise (objektiivne) õigusvastasus
- d) kaudne tahtlus kavatsetava enda kasuks pööramise õigusvastasuse suhtes

II. Röövimine (§ 249) ja röövvargus (§ 252)

Kahes koosseisus esineb vargus kogumis **kvalifitseeritud sundimisvahenditega**.

1. Röövimine (§ 249)

Röövimine on kaheelemendiline kuritegu. Esiteks peab toimija realiseerima kõik varguse koosseisutunnused, s.t. **enda kasuks pööramise kavatsusega hõivama** võõra asja. Teiseks peab ta sellel eesmärgil kasutama vägivalda inimese kallal või ähvardama vahetu ohuga elule või tervisele (kvalifitseeritud sundimisvahend).

Üksmeel valitseb selles, et sundimisvahendit peab kasutatama varguse **võimaldamiseks**. See tähendab eelkõige seda, et pärast varguse lõpuleviimist kasutatav sundimisvahend ei tee tegu röövimiseks, sest pärast varguse lõpuleviimist ei saa sundimisvahendit enam kasutada varguse **võimaldamiseks**.

Vaieldav on röövimise puhul vaid see, kas kasutatud sundimisvahend peab olema varguse võimalikukssaamisega tõesti **põhjuslikus seoses**, või piisab sellest, kui toimija kasutas teda lihtsalt sellel **eesmärgil**. Vaidlus käib seega selle üle, milline peab olema sundimisvahendi ja varguse vaheline suhe – kas nõutav on **kausaalsus** või piisab **fiinaalsusest**.

Näide. T tungib võõrasse majja ja näeb, et majaomanik O magab magamistoas sügavalt. Kindluse mõttes keerab T magamistoa ukse lukku, et O, kui ta ärkama peaks, teda varguse toimepanemisel takistada ei saaks. O ei märka aga midagi, vaid avastab alles hommikul imestusega, et magamistoa uks on väljastpoolt lukku pandud.

Siin pani T toime varguse. Kui nõustuda ülekaalus oleva vägivaldlikkusega, mille kohaselt inimese luku taha panemine on vägivald, siis on siin tarvitatud ka vägivalda. Kuna aga O ei märganud vargust, ei olnud vägivald **põhjuslikus seoses** varguse võimalikukssaamisega. Ent T kasutas seda vahendit, **et** vargus võimalikuks saaks (s.t. vältimaks selle takistamise võimalust). Seega oli olemas **fiinaalsus**.

Vaieldav on küsimus, kas selles näites pani T toime lõpuleviidud röövimise või lõpuleviidud varguse koos röövimiskatsega.

2. Röövvargus (§ 252)

Röövvarguse **esimeseks** eelduseks on lõpuleviidud vargus. Lisaks sellele peab varas olema **teolt tabatud** ja kasutama vägivalda inimese vastu või ähvardama vahetu ohuga elule või tervisele, et varastatut enda käes hoida.

Röövvargus on seega vargus, mille korral vastutust raskendab sundimisvahendi kasutamine varguse toimepanemise järel, eesmärgiga vältida varastatust ilmajäämist.

III. Omastamine (§ 246)

Väga lihtsustatult võib kõigepealt öelda, et omastamine on üldine omastamisdeliit, mida eristab vargusest vaid see, et ei nõuta asja **hõivamist**.

Sellest järeldub kõigepealt, et **kuriteo objektiks** on võõras vallasasi ja selle kohta kehtivad samad reeglid, mis varguse puhul. **Teoks** ei ole siin aga hõivamine, vaid enda kasuks pööramine. Erinevalt vargusest paistab omastamise koosseisus aga nõutav olevat, et enda kasuks pööramine oleks **tegelikult aset leidnud**.

Kui seda tõepoolest nõuda, tekiksid omastamise koosseisu kohaldamisel olulised probleemid. See tuleb sellest, et enda kasuks pööramine on ju defineeritud kui **kestev ilmajätmine**. Et ilmajätmise kestvusest rääkimiseks peab see kestma teatava aja, poleks omastamine seega lõpule viidud enne **teatava aja** möödumist.

Vältimaks seda probleemi, käsitatakse omastamist üldtunnustatud seisukoha järgi **ettevõtmisdeliktina**. Seejuures on siin tegemist **mitteheitsa** ettevõtmisdeliktina, mille puhul tuleb normi sõnastusest järeldada, et nii katset kui lõpuleviidud tegu tuleb ühtemoodi käsitada lõpuleviidud kuriteona.

Seepärast tuleb §-s 246 kirjeldatud **omastamist** sisustada järgnevalt.

Toimijal peab kõigepealt olema **enda kasuks pööramise kavatsus**. See tähendab, et nagu vargusegi korral, peab tal olema otsene tahtlus endale võtmise ja vähemalt kaudne tahtlus kestva ilmajätmise suhtes.

Edasi peab ta olema selle kavatsuse **mingil viisil** teos realiseerinud. Vaieldav on kirjanduses ja kohtupraktikas vaid küsimus, mil määral peab enda kasuks pööramise kavatsus teos realiseerunud olema. Näiteks kohtupraktika on seisukohal, et piisab mistahes – ka väliselt neutraalsest – toimingust, samal ajal kui kirjanduses püütakse enamasti seada sellele lisanõudeid.

Enda kasuks pööramise toimingu õigusvastasus ei kuulu erinevalt §-st 242 subjektiivsesse külge, vaid langeb kokku **üldise õigusvastasusega** kuriteoskeemis. Ka § 246 puhul kehtib põhimõte, et peale üldiste õigustavate asjaolude välistab õigusvastasuse ka olemasolev vaidlustamata individuaalnõue.

C. Varaliste õiguste vastased kuriteod ilma enda kasuks pööramiseta

I. Äravõtmisdeliktid

Nagu juba kirjeldatud õpiku §-s 21, ei ole asja lihtne äravõtmine, s.t. kestev ilmajätmine **ilma enda kasuks pööramise soovita** üldjuhul karistatav. Ainult siis, kui asja äravõtmine on seotud selle kahjustamisega materiaalse mõjutuse teel, on tema eest §-s 303 (üldjuht) ja reas vara rikkumise koosseisudes sätestatud vastutus.

Üldise äravõtmisdelikti puudumist võib seletada järgmiselt.

Näide. Üliõpilast T-d häirib lärm, mida ööl ja päeval teeb tema üürileandja O papagoi. Ühel päeval, kui O on välja läinud, avab T linnupuuri ukse ja elutoa akna. Papagoi lendab ära.

Selles näites pani T toime O **kestva ilmajätmise** papagoist. Kuna ta aga ei soovinud mingil viisil kasutada omandiõigusest tulenevaid tegelikke võimalusi papagoi suhtes, puudus tal **endale võtmise** kavatsus. Seega pani ta toime vaid äravõtmisdelikti.

Küsimus, kas T käitumine on karistatav, sõltub papagoi edasisest saatusest. Kui papagoi saab järgmisel ööl külma ilma tõttu surma, on T pannud toime vara rikkumise. Kui tal oli vara rikkumise suhtes tahtlus, kannab ta kriminaalvastutust.

Kui aga papagoi ei saa surma, vaid tõuseb varblaseparve liidriks ja elab lõbusalt edasi, siis on O omand samamoodi hävitatud, kuid kuna papagoid kui asja füüsiliselt ei kahjustatud, on T pannud toime **asja äravõtmise** ja teda kriminaalvastutusele ei võeta.

II. Kasutamisdeliktid

Loata kasutamisega (*furtum usus*) on tegemist siis, kui toimija löikab küll võõrast asjast kasu, seega **võtab asja endale**, kuid ei kavatse kannatanut sellest **kestvalt** ilma jätta. Loata kasutamine ei ole üldjuhul karistatav. Erandeid on vaid kaks.

Näide. T kadestab oma sõbratari O-d juba ammu selle hinnalise teemantkee pärast. Ühel õhtul ballile minnes võtab T kaelakee salaja ära, kavatsedes seda ballil kanda ja siis salaja tagasi panna.

T ebaõnneks on ballil ka O, kes märkab T kaelas enda keed ja kutsub politsei.

Siin hõivas T võõra vallasasja – O kaelakee. Tal oli soov see vähemalt ajutiselt **endale võtta**, kuna ta kavatses kasutada keed nagu omanik. Teisest küljest kavatses ta aga kee järgmisel päeval tagastada, nii et **kestva ilmajätmise** suhtes polnud tal kaudsetki tahtlust.

Kuna asja loata kasutamise kohta spetsiaalset kuriteokoosseisu ei ole ja varguse koosseisu ei saa kohaldada kestva ilmajätmise ja seega enda kasuks pööramise kavatsuse puudumise tõttu, ei kannata T kriminaalvastutust.

Loata kasutamise karistamatuse üldpõhimõttest kehtestavad erandid ainult kaks eriosa normi.

1. Mootorsõiduki loata kasutamine (§ 248b)⁹

Rööbasteta mootorsõiduki puhul piisab kriminaalvastutuseks juba loata kasutamisest. Sama paragrahvi järgi on karistatav ka jalgratta loata kasutamine.

2. Loata kasutamine pandi vastu laenaja poolt (§ 290)

Mitte eriti otstarbeka erandi loata kasutamise karistamatusest teeb § 290. Selle järgi võetakse vastutusele pandi vastu laenu andja, kes kasutab pandiks võetud asja.

Näide. Pandimajapidaja T annab O-le laenu, võttes pandiks kirjutusmasina. Kuna T enda kirjutusmasin on rikkis, kirjutab ta oma kirju O omaga.

Siin on tegemist võõra asja loata kasutamisega, mille eest § 290 näeb ette kriminaalvastutuse. Pole vist vaja öeldagi, et selline karistusähvardus ei ole mitte ainult ebapraktiline, vaid ka vastava teo ebaõigus on nii väike, et see asub

⁹ StGB § 248b pealkiri on tegelikult «Sõiduki loata kasutamine» ja paragrahv sätestab vastutuse «mootorsõiduki või jalgratta» loata kasutamise eest.

vastuvõetava skaala alumises otsas, nii et T käitumise karistusväärsus on ülimal määral kaheldav.

Et seadusandja, kes on uhke selle üle, et viis Kuuenda kriminaalõiguse reformi seadusega (1.4.1998) läbi ulatusliku eriosa korrastamise, jättis selle koosseisu koodeksisse alles, on väga imelik.

§ 23. Ülevaade varavastastest kuritegudest laiemas mõttes

A. Probleem

Nagu juba öeldud, kaitsevad kitsamas mõttes varavastaste kuritegude koosseisud vara selle **rahalisel koguväärtuses**. Kõikide varavastaste kuritegudega on aga probleem, et kaasaegses majandussüsteemis ei saa kunagi olla eesmärki kaitsta inimese vara väärtust mistahes vähenemise eest. Suur osa meie majanduselust ei tegele nimelt varaliste väärtuste hankimise, vaid nende **käibega**. Vara omandamise ja võõrandamise motiiviks on üldjuhul oma varalise seisundi parandamine. See aga toimub sageli teiste isikute varalise seisundi arvel. Nii kaasneb inimese osalemisega majanduselus sageli paratamatult teise inimese varalise seisundi halvenemine.

Näide. O on meeste päevasärkide hulgimüüja. Särke valmistatakse Itaalias ja nende omahind O-le on 25 Saksa marka tükk. Jaemüüjatele müüb O särke hinnaga 40 marka tükk. Kuna äri läheb hiilgavalt, ostab ta kokku 100 000 särki suuruse tagavara, mille oodatav müügiväärtus on 4 miljonit marka.

Leidlik T, kes tahab samuti päevasärkidega kaubelda, astub kontakti särgitootjatega Hiina Rahvavabariigis. Ta ostab sealt särke, mis on sama hea kvaliteediga kui O omad. O maksab aga särkide eest ainult 3 marka tükk. Jaemüüjatele pakub ta neid 20 margaga.

Selle tagajärjel ei õnnestu O-l enam särke müüa ilma müügihinda 20 margale alandamata. Kuna T ujutab turu oma särkidega üle, on O sunnitud alandama müügihinda veelgi – 19 margale. Tema 100 000 särki väärtus langeb seega 4 miljonilt margalt 1,9-le miljonile.

Selles näites põhjustas T äritegevus O-le 2,1 miljoni marga suuruse kahju. Stabiilses turusituatsioonis olid tema särgid alguses väärt 4 miljonit marka, pärast T turuletulekut aga ainult 1,9 miljonit.

Kui StGB sisaldaks normi, mille järgi tuleks vastutusele võtta «see, kes tekitab teisele varalist kahju», oleks T käitumine karistatav. Sellist koosseisu muidugi ei ole ja põhjus on selles, et kapitalistlikus majandussüsteemis, kus majandustegevuses osalemise põhimotiiviks on oma varalise seisundi parandamine, on teiste varale kahju tekitamine vältimatu. See on majanduslikel kaalutlustel isegi soovitatav, kui seeläbi tulevad turule paremad tooted või otstarbekam turustussüsteem alandab hindu.

Seepärast ei saa kriminaalseadus näha ette karistust pelga varalise kahju tekitamise eest.

Teiselt poolt on aga olemas arvukalt käitumisviise, millega kahjustatakse teiste isikute vara ja mis ei ole soovitud ega isegi mitte sotsiaalselt aktsepteeritavad.

Kriminaalseaduse ülesanne seisneb selles, et määratleda varalise kahju tekitamise viisid, mis on sotsiaalselt vastuvõetamatud, ja seega otsustada ühtlasi, millised varalise kahju tekitamise viisid on majanduslikult aktsepteeritavad.

On selge, et sellega sekkub seadusandja olulisel määral riigi majandussüsteemi. Samuti on selge, et arusaamad sellest, milline varalise kahju tekitamine on veel käsitatav sotsiaalselt vastuvõetavana, võib ajas muutuda.

Nii tekkiva majanduspoliitilise ülesande võib seadusandja lahendada sellega, et kirjeldab aktsepteeritavaid ja aktsepteerimatuid kahjutekitamisviise majandusharude kaupa. Siis võiks mingi varalise kahju tekitamise viis olla ühes majandusharus lubatav ja teises mitte. Sedasi toimimise suureks puuduseks oleks aga see, et kui mõni majandusharu jäetakse reguleerimata, siis oleks selles lubatud igauhe piiramatult võitlemine igauhega.

Sellepärast ei läinud seadusandja seda teed, vaid valis teise meetodi majandustegevusega varalise kahju tekitamise sotsiaalselt soovimatute viiside eraldamiseks aktsepteeritustest või isegi soovitudest.

Meetod seisneb selles, et varalise kahju tekitamine **üksinda** ei ole kunagi ja mitte mingitel asjaoludel karistatav. Kriminaalkoodeks kehtestab varalise kahju tekitamise eest vastutuse ainult siis, kui seda tehakse **teatavate vahenditega**. Varavastaseid kuritegusid kitsamas mõttes eristavad ainult võõra vara **ründamise vahendid**. Näiteks kelmuse eest kannab vastutust see, kes tekitab varalist kahju **pettusega**, väljapressimise paragrahvides sätestatakse aga karistus varalise kahju tekitamise eest **sundimisvahenditega**.

Sotsiaalselt vastuvõetavate ja vastuvõetamatute varalise kahju tekitamise viiside eristamiseks ei piisa aga üksikute kahjustamisvahendite loetlemisest. Põhjus on selles, et **pettuse** või **sundimise** abstraktne kirjeldus sisaldab ikkagi veel **liiga palju**. Sellepärast on **õiguse rakendaja** ülesandeks leida sotsiaalselt vastuvõetamatute varalise kahju tekitamise viiside piirid normi **tõlgendamisega**.

Selle tõdemuse pinnalt on selge, et suurema osa kitsamas mõttes varavastaste kuritegude koosseisutunnuste tõlgendamisel tuleb mängu **majanduspoliitiline aspekt**. Sõnastades kitsamas mõttes varavastaste kuritegude üksikute koosseisutunnuste abstraktsed definitsioonid, määrab õiguse rakendaja ühtlasi, milline näeb konkreetselt välja veel aktsepteeritav majandustegevus. Peaks olema selge, et kriminaalõiguspraktikutele, keda ei ole üldjuhul õpetatud majanduslikult mõtlema, käib see ülesanne piirjuhtudel üle jõu.

B. Varalist seisundit kahjustavate kuritegude põhitüübid

Varalise kahju tekitamise keelatud viise kirjeldab StGB kahe varalise seisundi vastaste kuritegude põhiliigi kaudu. Esimeseks on **varalist seisundit kahjustavad kuriteod**. Neid iseloomustab see, et nad eeldavad objektiivses küljes, et tegelikult oleks tekkinud varaline kahju varalise seisundi halvenemise näol. Peale selle on aga olemas palju varalise seisundi vastaseid kuritegusid, mille puhul varalise kahju tegelikku tekkimist ei eeldata, vaid tõkestatakse varavastased ründed juba **eelalal**. Suurem osa nendest on **abstraktsed varalist seisundit ohustavad kuriteod**.

Varalist seisundit kahjustavad kuriteod on konstrueeritud nii, et iga koosseisu põhituumaks on mingi kindel **ründeviis**. Kriminaalkoodeksiga hõlmatud ründeviise on ainult **neli**.

1. Varalise kahju tekitamine kavalusega

Tegelikus elus esineb kõige sagedamini võõra vara ründamist kavalusega. Selle vastu on suunatud **kelmuse** koosseis. Seda koosseisu iseloomustab eeldus, et teise isiku varalist seisundit oleks kahjustatud **pettusega**.

2. Varalise kahju tekitamine sunniga

Teine varalise seisundi vastaste kuritegude tüüp hõlmab varalise kahju tekitamist **sunniga**. Sellised kuriteod on **väljapressimine** ja **röövväljapressimine**, mille puhul varaline kahju tekitatakse vastavalt ähvarduse või vägivallaga.

3. Varalise kahju tekitamine erikohustuste rikkumisega

Kolmandat tüüpi kuriteoga varalise seisundi vastu tegemist siis, kui toimijal on kannatanu vara suhtes teatav eriline **hoolitsemiskohustus** ja ta rikub seda, tekitades kannatanule kahju. Vastav kuritegu on **usalduse kuritarvitamine** (§ 266).

4. Varalise kahju tekitamine liiakasuvõtmisega

Liiakasuvõtmise koosseisu iseloomustab see, et toimija ei põhjusta kannatanu **rasket olukorda** ise, vaid **leiab selle eest ja kasutab seda ära**.

Liiakasuvõtmise koosseis (§ 291), mis eeldab näiteks kogenematuse või otsustamisvõime puudulikkuse ärakasutamist, on õigupoolest sarnane kelmuse omaga. Liiakasuvõtmise praegu vaadeldava variandi ja kelmuse erisuseks on aga see, et kelmuse toimepanija viib kannatanu eksitusse pettusega, liiakasuvõtmise puhul on aga kannatanu juba kogenematu või puuduliku otsustamisvõimega, ilma et toimija selleks midagi teinud oleks – viimane kasutab seda olukorda lihtsalt kannatanule varalise kahju tekitamiseks ära.

Sarnasel viisil sisaldab liiakasuvõtmise koosseis (§ 291) ka väljapressimise sarnaseid juhte. Kui väljapressimine eeldab, et toimija **paneks** kannatanu **sundolukorda**, kasutades sundimisvahendeid – vägivalda või ähvardamist, siis liiakasuvõtmise puhul piisab sellest, kui toimija kasutab juba **olemasolevat** sundolukorda enda huvides ära.

5. Varalise kahju tekitamine muul viisil

Võlgade maksmatajätmist StGB normid üldjuhul ei hõlma. Isik, kes ei maksa oma võlgu, käitub õigusvastaselt tsiviilõiguse mõttes, kuna ta ei täida oma võlaõiguslikke kohustusi. Kriminaalvastutust sellisele käitumisele meie õiguskorras üldjuhul siiski ei järgne. Erandiks on ainult kaks kuriteokoosseisu.

Juba ammu on Kriminaalkoodeksis § 170 (ülalpidamiskohustuse rikkumine), mille sisuks on see, et toimija ei täida oma ülalpidamiskohustust.

Uueks kuriteokoosseisuks on mõne aasta eest lisandunud § 266a. Selle, ebaõigesti usalduse kuritarvitamise jaotisse paigutatud paragrahvi järgi kannab vastutust tööandja, kes näiteks jätab pädevale asutusele (tavaliselt haigekassale) õigeaegselt tasumata töötajalt kinnipidamisele kuuluvad sotsiaalkindlustusmaksed.

Kummalgi juhul on kuritegeliku käitumise sisuks üksnes võlaõigusliku kohustuse täitmatajätmine. Seepärast on need kaks koosseisu ka õiguspoliitiliselt natuke problemaatilised.

C. Varalise seisundi vastased kuriteod väljaspool põhitüüpe

Peale nimetatud viie põhitüübi on veel terve rida varalist kahju tekitavaid kuritegusid, mis on üsna süsteemilt paigutatud põhitüüpide ümber. Neil on kõigil seosed asja esitatud põhitüüpidega.

Selliseid täiendavaid kuriteotüüpe on ainult kelmuse ja väljapressimise valdkonnas, liiakasuvõtmise ja usalduse kuritarvitamise valdkonnas aga mitte.

I. Täiendavad kuriteokoosseisud väljapressimise valdkonnas

Tavalist ja röövväljapressimist kui sunniga varalise kahju tekitamise põhiliike täiendavad veel kaks kuriteokoosseisu.

Paragrahv 316a näeb ette palju raskema karistuse isikule, kes muuhulgas röövväljapressimise toimepanemiseks ründab mootorsõiduki juhi või sõitja elu, tervist või otsustamisvabadust, kasutades ära liikluse erilist olukorda. Tegemist on seega sisuliselt röövväljapressimist ettevalmistava toiminguga, mille eest on aga kehtestatud palju raskem karistus kui röövväljapressimise enda eest.

Sarnaselt kirjeldab § 239a (väljapressiv inimrööv) väljapressimist ettevalmistavat tegu ja kehtestab selle eest palju raskema karistuse kui väljapressimise enda eest. Selle paragrahvi järgi võetakse vastutusele isik, kes röövib inimese või võtab ta oma võimu alla, et kasutada väljapressimiseks ära kannatanu muret oma käekäigu pärast või kolmanda isiku muret kannatanu käekäigu pärast, või kes kasutab inimese viibimist sellise teoga tekitatud olukorras ära selliseks väljapressimiseks.

II. Täiendavad kuriteokoosseisud kelmuse valdkonnas

Õiguskaitseüsteemi praktilises tegevuses on kelmuse koosseisul väga tähtis osa. Näiteks aastal 1996 viidi kelmuse tõttu läbi 650 000 eeluurimismenetlust.

Kelmuse sagedase esinemise ja kelmuse koosseisu keerulise struktuuri paratamatuks tagajärjeks on see, et ikka ja jälle esineb juhte, kus üksikud kelmuse tunnused ei ole kas täidetud või vähemalt valmistab subsumeerimine suuri raskusi. Seadusandja on viimase kahekümne aasta jooksul teinud suuri jõupingutusi, sulgemaks kelmuse koosseisu tegelikke või arvatavaid lünki **erikoosseisudega**. Neid võib eristada järgmiselt.

1. Varalist seisundit kahjustavad kuriteod

On terve rida kelmuse erivorme, mille puhul eeldatakse varalise kahju tegelikku tekkimist. Kuna aga teiste kelmuse tunnuste tuvastamine osutus raskeks, pidas seadusandja vajalikuks luua nende jaoks erikoosseisud.

a) Soorituse väljapetmine (§ 265a)

Selle rühma kuriteokoosseisudest vanim on soorituse väljapetmine (§ 265a). Selle kuriteo põhijuhuks on automaadi kasutamine ilma raha maksmata, sama koosseisu alla kuulub aga ka ühissõidukis piletitä sõitmine ja tasulisel üritusel osalemine ilma piletitä.

Isik, kes paneb automaati (näiteks kaaluautomaati) valeraha, ei realiseeri kelmuse koosseisu, sest ta ei vii ühtegi teist inimest eksitusse. Puudub seega petmistoiming, aga ka kelmuse koosseisus nõutud kannatanu eksitusse viimine. Siiski on tegemist **pettusesarnase käitumisega**, mida hõlmab § 265a. Sama kehtib siis, kui toimija hiilib «jänesena» laevale ja laseb ennast vedada, või sõidab ühissõidukit ilma piletitä. Siin võib üksikjuhul petmistoiming olemaski olla, kuid konkreetseks eksitusse viidud konkreetset isikut ei ole sageli võimalik tuvastada.

Nende kelmuse koosseisu kohaldamise raskuste ületamiseks ongi mõeldud § 265a.

b) Arvutikelmus (§ 263a)

Arvutikelmuse koosseis eeldab samuti konkreetse varalise kahju tekkimist. Petmistoimingut ja sellega inimese eksitusse viimist siiski ei nõuta. Tingimuseks on ainult pettusesarnaste manipulatsioonide tegemine arvutil.

c) Tšeki- või krediitkaarde kuritarvitamine (§ 266b)

Kui isik ostab jaemüüjalt mingi asja ja maksab tšekikaardi abil garanteeritud tšekiga,¹⁰ siis kohustab ta sellega tšekiblanketi väljaandnud panka tšekile märgitud summa tasumiseks kaubandusettevõttele. See kohustus tekib pangal ka siis, kui toimijal ei ole pangaarvel piisavalt palju raha.

Sellises situatsioonis on aga kaheldav, kas toimijat saab süüdistada kelmuses või usalduse kuritarvitamises. Müüja petmist on väga raske tõendada, sest tal võib olla ükskõik, kas kliendi pangaarvel on raha või mitte – tšekikaart garanteerib ju tšeki väljalunastamise igal juhul. Kelmus ei tohiks seega kõne alla tulla.

Kuna varem valitsesid kirjanduse ja kohtupraktika vahel petmistoimingu ja eksitusseviimise sisustamises tohutud lahkavused, lõi seadusandja § 266b kehtestamisega uue kuriteokoosseisu.

Need kolm kelmuselaadse käitumisega varalise kahju tekitamise erivormi toovad paratamatult kaasa vajaduse piiritleda nad kelmusest. Kuna karistus kelmuse eest on

¹⁰ Saksamaal kasutatakse ühe sularahata arveldamise viisina tšekke, millega käib kaasas pangakliendile väljastatud nn. tšekikaart (*Scheckkarte*). Maksja täidab tšekiblanketi, kinnitab saajale selle ehtsust tšekikaardi näitamise ja pank maksab tšeki saajale raha välja. Ühtlasi saab tšekikaarti kasutada pangaautomaadist sularaha väljavõtmiseks.

palju raskem kui §-s 266b sätestatud karistus, on väga oluline selgeks teha, kas §-s 266b nimetatud kuriteo toimepanemisel on täidetud ka (või ainult) kelmuse koosseis.

2. Erikoosseisud kelmuse eelalas

Teine grupp koosseise sarnanevad kelmusega, kuid ei eelda kannatanul varalise kahju tekkimist. Siin on aga seadusandja loobunud nõudmast petmistoimingu kõrval eksimust, varakäsitust ja varalist kahju. Peaaegu kõikides koosseisudes piisab petmistoimingust. Lisaks sellele on nende kohaldamisala üldjuhul piiratud teatud majandustegevuse valdkondadega.

Siia kuuluvad subventsioonikelmus (§ 264), investeeringukelmus (§ 264a) ja krediidikelmus (§ 265b). Teatavate eripäradega on kindlustuspettus (§ 265).

Nimetatud koosseisudest kolme esimese puhul on tingimuseks ainult **petmistoiming**. Kui toiming on aset leidnud, on koosseis täidetud. Eksimuse tekkimisel, varakäsitusel või varalise kahju tekkimisel ei ole tähtsust. Seepärast nimetatakse neid kuritegusid ka «kärbitud kelmusdeliktideks».

Paragrahvi 265 koosseis on aga täidetud kindlustatud asja kahjustamise, hävitamise, kasutamiskõlblikkuse vähendamise, kõrvaletõimamise või äraandmisega, kui selle eesmärgiks on toimijale või kolmandale isikule kindlustushüvituse saamine.

See koosseis kehtestati Kuuenda kriminaalõiguse reformi seadusega ja tema sisustamine ei ole üksikasjades veel selge.

§ 24. Ülevaade varalist seisundit kahjustavatest kuritegudest

A. Eelmärkus

Kui õpiku 8. ja 9. osas käsitletakse üksikasjalikult varaliste õiguste ja varalise seisundi vastaseid kuritegusid, siis tekib seal, nagu juba öeldud, arvukalt süsteemiseoseid teiste koosseisude ja nende üksiktunnustega. Näiteks ei ole võimalik korralikult selgitada valduse murdmist §-s 242, kui samaaegselt ei ole teada kelmuse ja väljapressimise koosseisu põhistruktuurid. Kuna enamikel problemaatilistel juhtudel tekivad vastavad seosed ainult kelmuse ja väljapressimisega, siis esitame siinkohal üldise ülevaate kelmuse ja väljapressimise üksikutest koosseisutunnustest.

B. Ülevaade kelmuse koosseisust

I. Objektivne külg

Paragrahvi 263 tekst on kukkunud välja üsna ebaülevaatlik. Selles ongi põhjus, miks õigusteadlased ja kohtupraktika on ühel arvamusel selles, et kelmuse tunnused tuleb struktureerida teisiti kui seaduse tekstis. Sellist toimimisviisi tuleb lugeda õigeaks, kuna kirjanduses ja kohtupraktikas väljatöötatud kelmuse tunnused on kitsamad kui § 263 sõnastus.

Nii näiteks loetakse kelmuse üheks tunnuseks varakäsitust, mida seaduses otsesõnu kirjas ei ole. See tähendab karistatavate tegude ringi kitsendamist seaduse kirjatahest tulenevaga võrreldes, nii et GG § 103 lg-t 2 rikutud ei ole.

Nii loetakse kelmuse koosseis koosnevaks neljast elemendist. Need on:

- petmine;
- eksimus;
- varakäsitust;
- **varaline kahju**.

Need neli elementi peavad olema põhjuslikus seoses. Petmine peab seega kannatanu eksitusse viima, eksimus peab olema kannatanu poolt oma varakäsituse põhjuseks ja see peab omakorda olema põhjuslikus seoses varalise kahjuga.

1. Petmine

Põhimõtteliselt tähendab petmine **väära faktiväite esitamist**. Eristada tuleb kahte petmise elementi.

– Esiteks on küsimus selles, mis on petmise **objekt**, s.t. mida tuleb mõista väära faktiväite all.

– Teiseks tuleb lahendada küsimus, millist **käitumist** saab pidada petmiseks.

a) Petmise objekt

Põhimõtteliselt valitseb üksmeel selles, et petmine on võimalik ainult **faktiväitega hetkel esinevate asjaolude suhtes**. See definitsioon välistab **väärtushinnangud** ja **faktiväited tulevaste asjaolude suhtes**.

Faktiväite all mõistetakse väidet, mida tõesust on põhimõtteliselt võimalik tõestada või ümber lükata. See faktiväite määratlus langeb kokku faktiväite definitsiooniga §-s 186.

Arvukate üksikkaasuste lahendamisel on kohtupraktikas seda faktiväite mõistet üha enam avardatud. Nii käsitatakse faktiväidetena ka väärtushinnanguid, mille tuumaks on faktilised asjaolud.

Näide. T pakub O-le müüa maali ja väidab, et on selle omanik.

Ühest küljest on väide, et isik on maali omanik, juriidilise subsumptsiooniprotsessi tulemus ja seega väärtushinnang. Tavakeeles sisaldab selline väide aga ühtlasi väidet **faktiliste asjaolude** kohta, mis tõid kaasa omandi tekkimise.

Ka tulevaste faktiliste asjaolude välistamise põhimõttest on praktiliselt loobutud, lugedes koosseisule vastavaks ka tulevase asjaolusid, mis on inimese sisemaailmas olemas juba praegu.

Näide. T väidab O-le, et kui O teeb teatava soorituse, siis maksab tema, T, talle kokkulepitud rahasumma.

Lubadus tulevikus raha maksta on õigupoolest väide tulevase faktilise asjaolu kohta, mis ei vasta koosseisule. Samas aga väidavad kohtud, et raha maksmise lubadus väljendab ühtlasi sisemist valmisolekut maksta, nii et see väide võib vastata § 263 tunnustele.

Faktiväite mõiste edasise laiendamise tendentside kohta vt. üksikasjalikku käsitlust kelmuse juures.

b) Petmistoiming

Petmistoimingu prototüübiks on **sõnaselge ütlus**, mille korral toimija viitab üldtuntud **märke** kasutades teatavatele asjaoludele. Selle kõrval tunnustatakse ka võimalust esitada ütlus **tähenduslike tegudega**. Need kujutavad endast välist käitumist, mille korral toimija ei viita enda väidetavale asjaolule märke kasutades, vaid millest saab järeldada mingit asjaolu.

Näide. T-l on pangas arveldusarve. Panga vea tõttu on sellele kantud 20 000 marka, millele T-l tegelikult õigust ei ole. T märkab seda ja võtab 20 000 marka sularahas välja.

Arutusel all on küsimus, kas selles olukorras võib korraldust 20 000 marka sularahas välja maksta käsitada **ühtlasi** tähendusliku teona, mille sisuks on T väide, et tal ongi õigus sellele rahasummale.

On selge, et kui tunnustada petmise võimalust tähendusliku teoga, tooks see kelmuse koosseisu suurt ebakindlust.

Peale selle peetakse võimalikuks ka petmist tegevusetusega, kui toimija jätab täitmata oma kohustuse kõrvaldada kannatanul olemasolev või tekkima hakkav eksiarvamus. Kelmuse koosseisu venitamisega tegevusetust (§ 13) kaasates seonduvad suured probleemid, sest kohtupraktika loeb **garandikohustusi** kelmuse korral väga ulatuslikeks, tuletades kohati garandikohustusi isegi BGB §-s 242 sätestatud heausksuse põhimõttest.

2. Eksimus

Üksmeel valitseb selles, et petmistoimingu tagajärjel peab kannatanul tekkima **eksimus**. Selles aga, mida eksimuse all mõista, lähevad seisukohad suuresti lahku.

Kõige lihtsam on selline juht, kui kannatanul on tekkinud ettekujutus, mis ei vasta tegelikkusele. See on tegelik eksiarvamus – eksimuse klassikaline esinemisvorm.

Küsitav on aga, kas koosseisutunnusele «eksimus» vastab ka kannatanu üldine ettekujutus, et «kõik on korras».

Näide. T sõidab rongis ilma piletita. Kui piletikontrolör astub kupeesse ja küsib, kas keegi on pärast eelmist piletikontrolli peale tulnud, raputab T pead. Kontrolör arvab, et T on oma piletit juba tema kolleegile näidanud.

Siin pettis T selgesti kontrolöri. Kontrolöril tekkis tegelik eksiarvamus, sest ta arvas, et T-l on pilet.

Järgmine juht ei ole seevastu selge.

Näide. Ehkki T-l ei ole raha, läheb ta restorani ja tellib seal kõige kallima roa.

Sellises kaasuses on kõigepealt küsitav, kas T on teinud petmistoimingut. Sellele on võimalik vastata jaatavalt ainult siis, kui esiteks käsitada sisemist maksevalmidust hetkel esinevaks asjaoluks inimese sisemaailmas ja teiseks väita, et toidu tellimine on maksevalmidust näitav **tähenduslik tegu**.

Edasi tekib aga raskusi kelneri eksimusega. Kelneril võis tekkida konkreetne eksiarvamus, et T on valmis arve tasuma, kuid mõeldav on ka, et ta ei mõelnud üldse selle peale, vaid tal oli lihtsalt üldine ettekujutus, et saalis istuvad kliendid on valmis oma arved tasuma.

Küsitav on, kas selline üldine ettekujutus on piisav, et rääkida eksimusest.

Lõpuks võib arutleda ka selle üle, kas eksimusena saab käsitada **tõese ettekujutuse puudumist** (*ignorantia facti*).

3. Varakäsutus

Kõige raskemini sisustatav kelmuse tunnus on varakäsutus. Seaduse tekstis seda tunnust ei ole, kuid tema vajalikkus on üldaktsepteeritud. Varakäsutus on ühenduslülil petetu eksimuse kui sisemise protsessi ja varalise kahju kui välise mõju vahel.

Ka varakäsutuse **ülldefinitsiooni** osas valitseb üksmeel. Selle tunnuse alltunnuste sisustamise üle vaieldakse aga elavalt, võttes appi arvukaid problemaatilisi kaasusetüüpe.

a) Varakäsutuse ülddefinitsioon

Varakäsutuse esimeseks ja põhiliseks tunnuseks on see, et varakäsutus on **vara mõjutamine mingil viisil**.

Üksmeel valitseb selles, et seda mõjutust saab teha ainult **eksinu**. Eksimusse viidu ja vara käsutaja peavad seega olema üks ja sama isik.

Edasi valitseb üksmeel selles, et varakäsutus on **vara tegelik mõjutamine**. Sellega öeldakse ühtlasi, et varakäsutusel **ei ole mitte midagi pistmist** varakäsutusega **tsiviilõiguse** mõttes. Tsiiviilõiguses loetakse ju varakäsutuseks mistahes õiguse

lõpetamist, sisulist muutmist, ülekandmist või koormamist. Varakäsutuse mõiste kriminaalõiguses erineb sellest kahes suhtes:

– Tsiviilõiguslik varakäsutus saab olla ainult olemasoleva õiguse **juuriidiline mõjutamine**. See tähendab, et tegelik käitumine, millega kaasneb varalise seisundi halvenemine, ei pruugi iseenesest veel varakäsutus olla.

Näide. Majaomanik T lubab möödakõndivale üliõpilasele O-le 100 marka oma aiamaa üleskaevamise eest. Kui O on töö ära teinud, ütleb T, et tal ei olnud algusest peale kavatsustki O-le maksta.

Selles kaasuses käsutas O oma tööjõudu ja seega kriminaalõiguse mõttes oma vara. **Tsiviilõiguse** mõttes ta aga oma vara ei käsutanud, sest ta ei mõjutanud ühtegi **õigust**.

– Peale selle eeldab tsiviilõiguslik varakäsutus **õiguse olemasolu**, mida oleks võimalik muuta, koormata, üle kanda või lõpetada. Õiguse ja sellele vastava kohustuse **loomine** ei ole aga varakäsutus tsiviilõiguse mõttes.

Kriminaalõiguses on teisiti. Siin valitseb üksmeel selles, et ka võlakohustuse loomine kannatanu poolt on varakäsutus.

Kui siiani valitseb üksmeel, siis varakäsutuse kriminaalõigusliku mõiste kahe tunnuse osas valitsevad olulised lahkarvamused. Kõigepealt on ebaselge, mis on varakäsutuse **objekt**. Vaidluse all on küsimus, millist **vara** kriminaalõigus kaitseb. Teiseks on vaieldav **käsitamistoiming** täpne sisustamine.

b) Kriminaalõigusega kaitstav vara

Praegusel ajal valitseb üksmeel selles, et kriminaalõigusega kaitstava vara hulka kuuluvad ainult **majandusliku väärtusega varaühikud**. See seisukoht väljendab seda, et:

– kriminaalõigusega kaitstava vara hulka ei kuulu varaühikud, millel **ei ole rahalist väärtust**;

– **reaalselt** väärtuslikud varaühikud on kaitse all ka siis, kui neil ei ole **õiguslikku staatust**.

Vaieldav on küsimus, kas kriminaalõigus kaitseb ka tegeliku majandusliku väärtusega varaühikuid, **mida õiguskord mõistab hukka**.

Näide. T võtab ühendust palgamõrvar O-ga ja lubab talle X tapmise eest 20 000 marka. Poole sellest rahast tasub ta kohe. Kui O on X tapnud, nõuab ta ülejäänud 10 000 marka. T aga ütleb, et tal polnud lavatsustki seda maksta.

Selles näites valetas T oma sisemise maksmisvalmiduse kohta. O-l tekkis selles suhtes eksimus. O võis teha varakäsutuse oma tööjõudu rakendamiseks X tapmiseks. Tekib küsimus, kas palgamõrvari tööjõud kuulub tema kriminaalõigusega kaitstava vara hulka. Sellel, et tegu ei ole O subjektiivse õiguse, vaid üksnes faktilise teenimisvõimalusega, ei ole tähtsust, sest vara tsiviilõiguslik mõiste ei puutu asjasse.

Küsitav on aga, kas õiguslikult hukkamõistetav võimalus vara omandamiseks kuulub kriminaalõigusega kaitstava vara hulka.

Selles küsimuses käib nii kirjanduses kui ka kohtupraktikas üliäge vaidlus.

c) Käsutamistoiming

Ülddefinitsioonist, et varakäsusutus on igasugune tegelik vara mõjutamine, tuleneb terve rida ülikeerulisi probleeme.

Põhimõtteliselt on kõigepealt küsimus käsutamiskäitumise abstraktses defineerimises ja tema suhtes varalise seisundi halvenemisega. Siinkohal tekivad juba kirjeldatud probleemid kelmuse piiritlemisega vargusest.

Esiteks tekib küsimus, **kes** võib kehtiva varakäsusutuse teha. See on vallasasja puhul kõigepealt valdaja, kes võib tegeliku käitumisega asja valduse üle anda. Arvesse tulevad ka teised isikud, kes võivad tegutseda valdaja ülesandel, volitusel või asemel. Sedamööda, kui kitsa või laiana käsutusõigusega kolmandate isikute ringi käsitada, sõltub kelmuse ja varguse vaheline piir. See tuleb sellest, et üldjuhul (vähemasti suure enamuse arvates) piiravad varakäsusutuse defineerimiseks kasutatavad tunnused ühtlasi **valduse murdmise** ja seega hõivamise mõistet.

Samasuguseid probleeme tekitab küsimus, kas on olemas mingi teatav petmise määr, mis seab varakäsusutuse nõude täidetuse kahtluse alla. Kui näiteks pettus on nii ulatuslik, et kannatanu **ei saa arugi**, et ta asja valduse üle annab, siis võib toimija käitumist tõlgendada ka asja hõivamisena. Kui asuda seisukohale, et asja hõivamine ja varakäsusutus välistavad teineteise, tuleks mitteteadliku käsutamise korral rääkida vara hõivamisest.

Sellesse valdkonda kuuluvad ka rasked kaasused seoses kaasaegsete müügimeetoditega. Maksmata tankimise või pangaautomaatide kuritarvitamise korral tekib probleem soorituse väljapetmise või kelmuse piiritlemisega vargusest. Ühtlasi on vaja kindlaks määrata piir arvutikelmusega (§ 263a).

4. Varaline kahju

a) Põhimõte

Varalise kahju põhimõtteline olemus on lihtne. Varakäsusutuse tagajärjel peab vara koguväärtus muutuma väiksemaks kui enne. Praktiliselt tähendab see, et arvesse tuleb võtta kõik varauhikud, millel on rahaline väärtus, olgu see siis positiivne või negatiivne. Seega tuleb leida vara väärtus enne varakäsusutust – aktiva miinus passiva (kohustused). Samamoodi tuleb leida vara koguväärtus pärast varakäsusutust. Kui pärast varakäsusutust on vara väärtus väiksem kui enne varakäsusutust, on isik saanud varalist kahju.

Nii lihtne, kui see printsiip on, nii raske on tema praktiline teostamine. See tuleb eelkõige sellest, et **hindamise mõõdupuu** osas ei ole üksmeelest juttugi. Kõik on küll nõus põhireegluga, et määrav on varaühiku väärtus turul, s.t. **turuhind**, raskusi tekitavad aga kolm küsimust:

- kuidas hinnata varaühikuid, millel **puudub turuhind**, kuna nad **ei ole tsiviilkäibes**?
- kas asja turuhinda tuleb korrigeerida vastavalt selle **isiklikule kasutusväärtusele** omaniku jaoks?
- kuidas hinnata kannatanu kohustuste väärtust – kas määrav on nõude olemasolu või selle reaalne teostatavus?

Need kolm küsimust muutuvad veel keerulisemateks, kui kannatanu ei ole mingist varaühikust ilma jäänud, vaid ilmajäämine seisab suurema või väiksema tõenäosusega ees. Siis tuleb otsustada, kuidas hinnata ohtu varalisele seisundile.

II. Subjekttiivne külg

1. Tahtlus

Kelmuse toimepanija tahtlus peab vastavalt §-dele 15 ja 16 hõlmama kõiki objektiivse külje asjaolusid. Toimija peab seega pidama vähemalt võimalikuks, et tema petmistoiming viib kannatanu eksitusse, nii et kannatanu käsutab oma vara ja kannab seeläbi varalist kahju.

2. Rikastumissoov

Sellele lisaks eeldab kelmuse koosseis, et toimija tegutseks enda või kolmanda isiku rikastamiseks.

See tunnus on mõeldud vältima võimalust, et kelmusena kvalifitseeritaks kavalusega varalise kahju tekitamine, mille tagajärjel keegi ei saa kasu.

Näide. T sõber O kollektsioneerib maale. Kui O näitab T-le uhkusega hiljuti 500 000 marga eest ostetud kuulsa kunstniku originaalmaali, tahab T talle vingerpussi mängida ja valetab, et see maal on tegelikult vilets võltsing. Nagu T ette nägi, pettub O nii, et hävitab maali.

Selles kaasuses on kelmuse objektiivne külg täidetud. T pettis O-d, viies ta eksitusse. See ajendas O oma vara käsutama, mille tagajärjel tema vara koguväärtus vähenes. Siiski on subjektiivses küljes puudu rikastumissoov.

See tunnus viib koosseisu paremasse vastavusse tavaettekujutusega kelmist. Koosseis, mis hõlmaks igasugust kavalusega varalise kahju tekitamist, ei vastaks sellele.

On aga kaasusetüüpe, kus toimija käitumine on küll kantud rikastumissoovist, kuid ei vasta ometigi tavaettekujutusele kelmusest.

Näide. T tahab jällegi ajendada O maali hävitama. Kuna ta aga ei ole O petmiseks piisavalt kompetentne, kutsub ta kohale töötu kunstieksperti K, lubades talle 1000 marka, kui ta kinnitab O-le, et maal ei ole ehtne. K petabki O-d edukalt, O hävitab maali ja T maksab K-le lubatud 1000 marka.

Kui küsida, kas K on pannud toime kelmuse, siis tuleb kõigepealt nagu eelmiseski kaasuses nentida, et K on täielikult realiseerinud kelmuse koosseisu objektiivse külje ja tal oli selle suhtes ka tahtlus. Samuti tegutses K siin **enda rikastamiseks**.

Siin on toime pandud varalise kahju tekitamine kavalusega, mille eest maksab tasu **kolmas isik**. Seegi ei ole tüüpiline kelmusejuht. Seepärast loetakse, et rikastumiskavatsuse tunnus sisaldab alltunnust «**allikasamasus**».

Allikasamasuse all peetakse kõigepealt silmas seda, et kelmus on **varaülekanndmisdelikt**, mille puhul sihiks seatud rikastumine on tekitatava kahju antipood. Teisisõnu ja tugevasti lihtsustades võib öelda, et rikastuja varalise seisundi paranemine peab tulema kannatanu varalise seisundi halvenemise arvel.

Viimases näites ei ole see tingimus täidetud, sest K tegutses T rikastamiseks. O varalise seisundi halvenemisel ei olnud K varalisele seisundile **vahetut** mõju.

On selge, et allikasamasuse tunnus tekitab suuri probleeme. Neid käsitleme lähemalt kelmuse koosseisu üksikasjalikult selgitades.

III. Kelmuse lahenduskeem

Eelneva põhjal võib öelda, et kelmuse kaasusi tuleb lahendada järgmise skeemi järgi.

Koosseis

I. Objektiivne külg

1. Pettus

- a) pettuse objekt
- b) petmistoiming
 - sõnaselge petmine
 - petmine tähendusliku teoga
 - petmine tegevusetusega

2. Eksimus

- a) tegelik valearvamus
- b) ettekujutus, et kõik on korras
- c) *ignorantia facti*

3. Varakäsutus

- a) **vara mõiste**
 - kriminaalõigusega kaitstava vara mõiste
- b) **käsitamistoiming**

- kes võib käsutada?
- teadlikkus käsutamisest?
- varakäsitlus kaasaegsete müügimeetodite korral

4. Varaline kahju

- a) vara koguväärtus enne ja pärast varakäsitlust
- b) hindamisraskused
 - turuhinda ei ole
 - isiklik kasutamiseväärtus
 - normatiivne modifitseerimine

II. Subjektiivne külg

1. Tahtlus objektiivse külje suhtes

2. Rikastumissoov

a) enda rikastamine

- 1. astme otsene tahtlus enda rikastamise suhtes
- kavatsetava rikastumise allikasamasus
- rikastumise õigusvastasus
- tahtlus rikastumise õigusvastasuse suhtes

b) kolmanda isiku rikastamine

- 1. astme otsene tahtlus kolmanda isiku rikastamise suhtes
- allikasamasus varalise kahju ja kolmanda isiku rikastamise vahel
- sihiks seatud rikastamise õigusvastasus
- tahtlus sihiks seatud rikastumise õigusvastasuse suhtes

C. Väljapressimine ja röövväljapressimine (§-d 253 ja 255)

Paragrahvis 253 nimetatud väljapressimise lihtkoosseisu kvalifitseerib § 255 (röövväljapressimine). Kui väljapressimine pannakse toime tavaliste sundimisvahenditega, siis röövväljapressimine eeldab kvalifitseeritud sundimisvahendite kasutamist. (Vt. eriosa 1, lk. 73.)

Sellele lisaks eeldab väljapressimine nagu röövväljapressiminegi **varalist kahju**. Kriminaalõigusega kaitstava vara mõistet tuleb siin sisustada samamoodi nagu kahju mõistet §-s 263. Selles osas ei ole väljapressimise ja kelmuse vahel mingit vahet.

Peale selle eeldavad väljapressimine ja röövväljapressimine **subjektiivses küljes** lisaks tahtlusele kavatsust ennast või kolmandat isikut õiguseta rikastada. Siingi tuleb lahendada samad probleemid, mis kelmuse juures.

Järgi jääb ainus väljapressimise koosseisule eriomane probleem – kuidas määratleda sundimisvahendi suhe varalise kahjuga. Selles küsimuses on kaks diametraalselt erinevat seisukohta.

1. Kirjanduse seisukoht

Kirjanduses on ülekaalus seisukoht, et sundimisvahendi kasutamise ja varalise kahju tekkimise vahel peab toimuma **varakäsitlus** nagu kelmusegi korral.

Sellise lähenemise korral on raske piiritleda röövimist, mis eeldab vara hõivamist, ja väljapressimist, mis eeldab varakäsitlust. Kirjanduses piiritletakse röövimist ja väljapressimist samade põhimõtete järgi nagu vargust ja kelmust. Sealgi tuleb ju

tõmmata piir vara hõivamise (võõra valduse murdmise) ja varakäsituse vahel. Analoogiliselt tuleb siin saada selgeks:

- **kes** võib vara käsutada ja
- millisest sunni määrast alates ei saa enam rääkida varakäsitusest, vaid röövimise koosseisule vastavast vara hõivamisest.

Näide. T varitseb O-d pimedas kõrvaltänavas, sihhib teda püstoliga ja ütleb: «Raha või elu!». O annab talle oma rahakoti.

Kui lähtuda kirjanduses valitsevast käsitusest, siis tuleb siin otsustada, kas T **hõivas** O rahakoti või pani ta vahetu ohuga elule ja tervisele ähvardades toime röövväljapressimise, kuna ajendas kvalifitseeritud sundimisvahendit kasutades O oma rahakotti **käsitama**.

Põhimõtteliselt tehakse siin vahet järgneval viisil.

Varakäsituse jaoks on määrav see, et toimija **sõltub** kannatanu käsitamistoimingust. Kui toimijal on võimalik asi ise ära võtta, siis ei saa varakäsitusest rääkida. Kui aga kannatanult on võimalik valida, kas ta annab asja ära või mitte, siis on tegemist varakäsitusega.

Vaadeldud näites on olukord selline, et T võiks rahakoti enda kätte saada ka siis, kui O keelduks seda ära andmast. T võiks ju O surnuks või piisaval määral vigaseks lasta ja siis rahakoti ära võtta.

Kuna siin ei ole O koostöövalmidus rahakoti valduse ülemineku eelduseks, on kirjanduses valitseva arvamuse järgi siin tegemist vara hõivamise, mitte käsitamisega.

Teisiti on järgmises kaasuses.

Näide. T läheb pärast panga sulgemisaega ootamatult pangakontori juhataja O juurde, sihhib teda püstoliga ning nõuab, et ta sisestaks pangaseifi avamiseks vajaliku koodi ja annaks seifis oleva raha talle. O teeb seda.

Sellises olukorras on T sõltuv O koostöövalmidusest. Nii imelikult, kui see ka ei kõla, on O-l siin valida, kas anda raha üle või mitte. Isegi kui T laseks O maha, ei saaks ta ju raha hõivata.

Siin on kirjanduse seisukoha järgi tegemist varakäsituse ja seega väljapressimisega.

Sellel piiritlemisprobleemil on suur praktiline tähtsus.

Kui toimija ei taha enda kätte saadud asja püsivalt endale võtta, s.t. kannatanut sellest püsivalt ilma jätta, vaid üksnes ajutiselt kasutada, sõltub karistumäär oluliselt sellest, kas tegu on vara hõivamise või käsitamisega.

Näide. T laseb taksojuht O-l sõita kõrvalisele metsavahetele. Seal ähvardab T taksojuhti püstoliga ja sunnib ta taksost väljuma. T sõidab taksoga ära, kusjuures tal on algusest peale plaanis kasutada taksot ainult nii kaua, kuni bensiin otsa saab. Siis kavatseb ta takso tee äärde seisma jätta ja hoolitseda selle eest, et O selle tagasi saaks.

Kui asuda seisukohale, et O käsutas vara, siis on tegemist väljapressimisega (siin isegi röövväljapressimisega). Varalise kahju tingimus on täidetud, sest selleks ajaks, kui taksoga sõidab T, jääb O ilma selle **kasutamise võimalusest**. Sellele vastab T rikastumine ja allikasamasus on olemas.

T käitumine on niisiis röövväljapressimine, mille eest karistatakse «nagu röövimise eest», s.t. siin isegi röövimise kvalifitseeritud koosseisu (§ 250) järgi.

Kui aga asuda seisukohale, et O ei käsutanud oma vara, vaid T **hõivas** auto, siis on röövväljapressimine välistatud varakäsituse puudumise tõttu. Vargus või röövimine aga kõne alla ei tule, sest kuna T ei soovinud O-d autost **kestvalt** ilma jätta, puudus tal omastamiskavatsus. T pani toime «kõigest» mootorsõiduki loata kasutamise (§ 248b) ideaalkonkurentsivõidumise.

Sellise käitumise eest on ette nähtud palju kergem karistus kui §-s 250.

Näitekaasuses ei olnud O-l tegelikult valikut. T võimalus auto enda valdusse võtta sõltus ainult temast endast. Seepärast puudus siin kirjanduse arusaama järgi varakäsituse ja seega röövväljapressimine, nii et tegu tuleb kvalifitseerida mootorsõiduki loata kasutamiseks ideaalkonkurentsivõidumise ja mõista selle eest ettenähtud võrdlemisi kerge karistus.

2. Kohtupraktika seisukoht

Kohtupraktika järgib seevastu seisukohta, et ei väljapressimine ega röövväljapressimine ei eelda varakäsitust. Ainsaks sundimisvahendi ja varalise kahju **ühenduslülilik** on kohtupraktika järgi **põhjuslik seos**.

Sellest tuleneb, et vaadeldud näidetes on toimija käitumine **alati** kvalifitseeritav ka röövväljapressimisena. Ka taksokaasuses saaks T raske karistuse vastavalt §-le 255 koos §-ga 250.

Mõistagi tuleneb siit kohtupraktika jaoks küsimus, mis funktsioon jääb siis **röövimise** koosseisule.

Kohtupraktika on selles küsimuses seisukohal, et röövväljapressimine on röövimise suhtes **lihtkoosseisuks**. Sõltumata sellest, kas toimija võtab asja ära või laseb selle endale anda, realiseerib ta röövväljapressimise koosseisu. Röövimist erineb röövväljapressimisest üksnes **väline mulje hõivamisest**.

Siin teevad eksamineeritavad sageli vigu. Kohtupraktika seisukoht, et röövimist ja väljapressimist eristab ainult **väline mulje**, ajendab nii mõnegi üliõpilase, eriti kirjalikes töödes, väitma, et kohtupraktika seisukoha järgi ei eelda mitte ainult röövimine välist muljet hõivamisest, vaid ka väljapressimine eeldab välist muljet **andmisest**.

Selline käsitlus on **täiesti vale**. Ta näitab valet arusaamist kohtupraktika seisukohast. Selle järgi on ju välise mulje korral hõivamisest **lisaks röövimisele** alati täidetud **ka väljapressimise** koosseis. Röövimine on lihtsalt väljapressimise suhtes kvalifitseeritud koosseis, nii et hõivamise korral astub väljapressimine

seaduskonkurentsi¹¹ korras tagasi ja karistus tuleb mõista röövimise eest. Kui röövimine on mingitel teistel põhjustel (näiteks enda kasuks pööramise kavatsuse puudumise tõttu) välistatud, siis on ka **hõivamise** korral täidetud väljapressimise koosseis kasutamisevõimaluste äravõtmise tõttu.

Kummagi käsituse poolt- ja vastuargumente käsitletakse põhjalikult väljapressimise peatükis.

Kaheksas osa: Vargus

§ 25. Varguse objekt

A. Eelmärkus

Varguse kõlblik objekt on ainult **võõras vallasasi**. Selle määratlusega seotakse varguse koosseis omandiõigusega **asjaõiguse** mõttes. Asja ja selle võõraks olemise mõistet tuleb sisustada tsiviilõiguse järgi (aktsessoorsus), pidades ühtlasi silmas omandi kaitse põhimõtteid kriminaalõiguses.

Asja vallasasjaks olemisel on tähtsust ainult omastamisdeltide puhul. Vara rikkumise korral ei ole nõutav, et objektiks oleks vallasasi. Kahjustada või hävitada on seega võimalik ka **kinnisasja**.

Põhjus, miks asja vallasasjaks olemisel on tähtsust ainult omastamisdeltide korral, on see, et omastamisdeltide puhul on teoks asja **hõivamine** või enda kasuks pööramine ise (§ 246), nii et sisuliselt on asja vallasasjaks olemine varguse või omastamise puhul teo tunnuseks. (Lähemalt vt. allpool.)

B. Asja mõiste.

Traditsiooniliselt määratletakse asja mõiste legaaldefiniitsiooni järgi BGB §-s 90, mis sätestab, et asi on «**materiaalne objekt**».

See traditsiooniline definiitsioon ei lahenda aga kaugelki kõike probleeme. See tuleb sellest, et määratledes asja kui materiaalet objekti, tuleb selgusele jõuda, mida mõista **objekti** all. Tsiviilõiguse objektideks on asjad ja õigused. Seega kordub asja mõiste objekti definiitsioonis, nii et selline defineerimine ei vii kuhugi.

Seepärast tuleb kriminaalõiguses defineerida asi kui välismaailma fenomen, mis on **omandiõiguse** kõlblik objekt. Teisisõnu on asjad kõik need, mille suhtes võib isikul olla omandiõigus. Nii saab asja defineerida ainult **negatiivselt, välistades** asjade hulgast kõik **õigused** ja sellised välismaailma fenomenid, mida ei saa omada.

Välismaailma objektide hulka, mida ei saa omada, kuuluvad üldiselt **üksnes inimesed**. Et inimene ei saa olla omandiõiguse objekt, vaid on hoopis ise õigussubjekt, ei saa ta olla asi.

¹¹ Saksa kriminaalõigusteoorias eristatakse ideaalkonkurentsi (*Idealkonkurrenz*) ja reaalkonkurentsi (*Realkonkurrenz*) kõrval kolmanda konkurentsiiliigina nn. seaduskonkurentsi (*Gesetzeskonkurrenz*). Seaduskonkurentsi puhul on ühel teol korraga vähemalt kahes kriminaalõigusnormis nimetatud kuritegude tunnused, millest üks neelab teise. Eesti teoorias ei loeta «seaduskonkurentsi» üldse konkurentsiiks. (Vt. Rebase kommentaaride § 40 komm. 3, lk. 152.)

Muud välismaailma objektid on kõik omandiõiguse kõlblikud objektid ja seega asjad.

Probleemaatilisteks jäävad nüüd vaid järgmised olukorrad.

1. Asja olek

Asja mõiste seisukohalt ei ole tähtsust välismaailma objekti agregaatolekul. See tähendab, et asjad võib olla **tahked, vedelad või gaasilised**. Ka vedelikud ja gaasid on StGB mõttes asjad. See tuleb lihtsalt sellest, et nad võivad olla isiku omandis. Sellepärast on võimalik varastada ka näiteks valgustusgaasi või küttauru.

Raskusi tekib vaid **elektriga**. Selle eripära tuleb üksnes sellest, et ajaloolistel põhjustel on elektrienergia omavoliline tarbimine reguleeritud eraldi §-s 248c.

Selle regulatsiooni tagamaad on järgmised.

Kui XIX sajandil ei olnud elektrienergia olemusest veel õiget arusaamist, pidi Riigikohus lahendama küsimuse, kas elektrienergia omavolilist kasutamist saab kvalifitseerida vargusena.

Tänapäeval on teada, et elektrienergiat kannavad elektronid, mis vastavad täiesti asja definitsioonile. See tähendab, et **alalisvooluga** vooluringis liiguvad elektronid mööda elektrijuhti (tavaliselt vasktraati) ühelt vooluallika pooluselt läbi tarbija teisele vooluallika poolusele.

Kui nüüd kujutleda, et toimija võtab omavoliliselt akumulaatorist voolu, siis võib tänapäeva teadmiste järgi konstateerida, et elektronid kui elektrienergia kandjad asuvad kõigepealt võõras akumulaatoris, olles seega selle valdaja valduses. Kui toimija ühendab oma energiatarbija vooluringi, siis liiguvad elektronid akumulaatorist toimija valduses olevasse **elektrijuhti**. Nii võiks täiesti öelda, et on toimunud võõraste asjade – elektronide – hõivamine.

See, et elektronid jõuavad vooluringi läbinuna tagasi akumulaatorisse, ei muuda tõsiasja, et nad jäävad niikauaks võõrasse valdusse, kui nad on toimija elektrijuhtis.

Tänapäevase ettekujutuse järgi oleks seega vähemasti alalisvoolu puhul mõeldav konstrueerida elektrienergia omavolilisest kasutamisest võõra asja hõivamine.

XIX sajandil, kui veel ei teatud, et elektrienergiat kannavad materiaalsed objektid, ei pidanud Riigikohus võimalikuks kvalifitseerida elektrienergia omavolilist tarbimist võõra vallasasja hõivamise ja seega vargusena.

Nii asuski Riigikohus ühes oma lahendis seisukohale, et elektrienergia omavoliline tarbija ei ole vargust toime pannud.

See ajendas seadusandjat kehtestama aastal 1900 eraldi karistusähvardust elektrienergia omavolilise tarbimise eest.

Asjaolu, et kaasajal on elektrienergia kandjate materiaalsus teada, ei muuda õiguslikku regulatsiooni. Kuna elektrienergia omavolilise tarbimise jaoks on olemas erisäte – § 248c, ei saa seda tegu subsumeerida varguse koosseisu alla. Seejuures on

juba üsna ükskõik, kas pidada §-de 242 ja 248c koosseise teineteist välistavateks põhjusel, et elektronid ei ole **asjad** § 242 mõttes, või asuda seisukohale, et ehkki nad on asjad, **taganeb** iseenesest realiseeritud varguse koosseis § 248c ees.

2. Laip ja eraldatud kehaosad

Üldtunnustatud seisukoha järgi ei ole elava inimese keha asi. Kui inimkehasse viiakse ravivahendeid (nagu näiteks südamestimulaator või puusaliigeseprotees), siis on paljud seisukohal, et püsiva ühenduse tõttu kehaga lakkavad need olemast asjad.

Kui elava inimese kehast eraldatakse kehaosi, muutuvad nad ülekaalus oleva arvumuse järgi asjadeks. Sama kehtib kehasse viidud ja siis sealt jälle välja võetud ravivahendite kohta.

Käsitus, et inimkehha viiduna lakkab ravivahend olemast asi, ei ole veenev. Juba asjaks olemise ja mitteolemise vahetumine kehasse sisseviimisega ja sealt väljavõtmisega paistab kunstlikuna. Pealegi ei ole argumendid kehasse viidud ravivahendi asjaks lugemise vastu kuigi veenvad. Peaargument on see, et ainult nii saab tagada, et südamestimulaatorile või kunstliigesele ei saa pöörata sundtäitmist. Selle eest kaitseb aga juba tõsiasi, et sellise sundtäitmise jaoks läheks vaja kehalise puutumatus rikkumist, mis saaks olla lubatud ainult siis, kui mõni õigusnorm seda spetsiaalselt sätestaks.

Vaieldav on, kas laip ja laiba küljest eraldatud kehaosad on asjad. Osa autoritest loeb neid asjadeks, suurem osa mitte. Viimased soovivad vältida võimalust, et inimese surnukeha või selle küljest eraldatud kehaosad saaksid olla omandiõiguse objektiks. Kui aga samal ajal tunnistada anatoomiainstituutide omandiõigust uurimiseks omandatud laipade suhtes, siis tekib vastuolu. Ei ole mitte mingit põhjust laipa ja selle küljest eraldatud kehaosi asjadeks mitte lugeda. Kui soovida välistada õigustehinguid nendega, siis saab seda teha, välistades omandiõiguse tekkimise nendele. (Lähemalt vt. allpool.)

Laipa ja selle osi kaitseb hõivamise eest § 168 (surnu rahu rikkumine). Elundite omavolilist eemaldamist **siirdamiseks** reguleerib Siirdamise seadus (*Transplantationsgesetz*). Seevastu laiba omavolilist – s.t. õigustatud isiku nõusolekuta teostatud – tükeldamist patoloogilistel eesmärkidel kriminaalõigus ei reguleeri.

See tuleb sellest, et StGB § 168 eeldab õigustatud isiku valduses oleva laiba **hõivamist**. Seda koosseisutunnust tõlgendatakse ülekaalukalt kui valduse murdmist § 242 mõttes. Sellest tulenevalt on omavolilise lahkamise korral hõivamine välistatud, kuna laip jääb edasi haigla valdusse, mis välistab § 168 kohaldamise.

3. Keegi ei vaidle vastu sellele, et **loomad** on asjad. Selles ei muuda midagi ka BGB § 90a, mille kohaselt loomad ei ole asjad, kuid nende suhtes kohaldatakse asjade kohta sätestatud, kui seadus seda ei välista.

Tsiviilõiguses on ainult kaks normi, mis teevad loomade suhtes erandi. Kogu ülejäanud **asjaõigus** on loomade suhtes kohaldatav. Need kaks erandit on BGB § 251

lg 2, mis räägib kahjustatud asja taastamisest¹² ja ZPO § 811c lg 1, mis sätestab, et sissenõuet ei saa pöörata koduses majapidamises peetavale loomale, keda ei kasutata tulu saamiseks.

Et varaliste õiguste vastaste kuritegude käsitlemisel tuleb aluseks võtta tsiviilõiguse nõuded, siis tuleb § 242 mõttes asjadena käsitada kõiki objekte, mis võivad olla omandiõiguse objektideks. Järelikult on ka loomad StGB mõttes asjad. See ei tulene mitte alles BGB §-st 90a, mille järgi loomade suhtes kohaldatakse analoogia alusel asjade kohta sätestatud, vaid juba vahetult asja mõiste sisustamisest StGB mõttes.

C. Asi kui vallasasi

Ikka veel kasutatav definitsioon «vallasasi on asi, mida saab liigutada» on ebaõnnestunud.

Arvestamata seda, et definitsioonis esineb defineeritav mõiste ise,¹³ nii et tegemist on kasutamiskõlbmatu ringdefinitsiooniga, on vastav sõnastus ka sisuliselt ebaõige. See tuleneb alljärgnevast.

Omastamisdelikti objektide piiramisel vallasasjadega on **kaks eesmärki**. Esiteks tahetakse sellega välistada varguse objektide seast **maatükid**. Kuna maatükki saab enda käes pidada, on ju teoreetiliselt mõeldav ka tema hõivamine. Seadusandja ei pea aga vajalikuks sellistel juhtudel varguse sätteid kohaldada, sest kuna maatükki ei saa teise kohta viia, riivab selle hõivamine ainult omaniku tsiviilõiguslikke huve. Üldjuhul ei ole karta, et maatüki omanik ei saaks oma õigusi tsiviilõiguse vahenditega piisavalt teostada. Hoopis teisiti on vallasasjaga, sest selle hõivamisega muutub tema asukoht, millega vähenevad omaniku võimalused oma õigusi teostada.

Teiseks soovis seadusandja välistada varguse kõlblike objektide seast asjad, mis on **maatükkidega püsivalt ühendatud**. Selle kitsenduse põhjus on sama, mis maatüki enda välistamisel. **Seni**, kui asi on maatükiga püsivalt ühendatud, saab teda küll hõivata, kuid omandiõiguse kaitseks piisab hagi, sest asi on ju maatüki küljes. Omaniku võimalused oma õiguste teostamiseks vähenevad alles siis, kui asi eraldatakse maatükist. Sellistel juhtudel saab võimalikuks ka vastutus varguse eest.

Näide. T «hõivab» võõra tühja maja. Ta barrikadeerib ukсед ja aknad, takistades omanikku majja pääsemast.

T tegevus ei ole vastuolus hõivamise mõistega StGB-s. Enne oli kinnistu, millel maja asub, omaniku valduses, nüüd aga T omas.

Kui hõivati kinnistu ise, on vargus välistatud, sest kinnistu ei ole vallasasi.

Kinnistu koosneb aga esiteks vahetult kinnistu juurde kuuluvast maast ja teiseks ehitusdetailidest, millest koosneb maja. Kui jääda alguses toodud definitsiooni juurde, mille järgi vallasasi on asi, mida saab liigutada, siis tuleks T käitumist käsitada ~~asemel maksta rahalist hüvitust~~, kui asja taastamine on võimatu või seotud ebamõistlikult suurte kulutustega. Lõike 2 lause 2 sätestab aga, et vigastatud looma ravimiseks tehtud kulutusi ei saa lugeda ebamõistlikult suurteks ainuüksi sellepärast, et nad ületavad tunduvalt looma väärtust.

¹³ Saksa keeles nimetatakse vallasasja «liikuvaks asjaks» ja definitsioon kõlab «liikuv on asi, mida saab teha liikuvaks» («beweglich ist eine Sache, die beweglich gemacht werden kann»).

võõraste vallasasjade hõivamisena, sest ta murdis omaniku valduse maja ja pinnase suhtes. Neid **saab** ju teise kohta viia.

Selline lahendus ei vasta aga varguse koosseisu eesmärgile. Seni, kui nimetatud osad on maatükiga püsivalt ühendatud, on omanikul piisavad võimalused kaitsta oma õigusi tsiviilkohtumenetluse vahenditega. Varaliste õiguste vastasest kuriteost on põhjust rääkida alles siis, kui T eemaldab üksikuid osi maja küljest.

Näide. Pärast maja hõivamist kisub T seinast lahti puitplaate. Seda teeb ta selleks, et kaminasse tuld teha, kuna majas on külm.

Niisuguseid kaasusi lahendades tuleb olla ettevaatlik. Kuna O juurdepääsu takistamisega võttis T maja enda valdusse, läksid tema valdusse ka seinaplaadid. Maja hõivamine ei teinud aga seinaplaate vallasasjadeks.

Plaatide lahtikiskumisega ei pannud T aga toime **hõivamist**, sest ta oli nende suhtes oma valduse kehtestanud juba varem. Vargus seega kõne alla ei tule, vaid T pani toime puitplaatide omastamise.

Sellest kõigest nähtub, et asja olemine vallasasjaks ei ole õieti asja tunnus, vaid tunnus, mis iseloomustab tegu – äravõtmist või enda kasuks pööramist §-s 246.

Kokkuvõte.

Asjad, mis **ei ole maaga püsivalt ühendatud**, on alati omastamisdelikti kõlblikud objektid.

Asjad aga, mis on maatükiga püsivalt ühendatud, tuleb teoga sellest eraldada. Asja eraldamiseta maatüki küljest ei ole hõivamine või enda kasuks pööramine võimalik.

D. Asi kui võõras asi

Seadus nõuab, et asi oleks **võõras**. Nii seotakse kriminaalõigus asjaõiguse sätetega. Selline seostamine on otstarbekas, sest varaliste õiguste vastaseid kuritegusid käsitlevate kriminaalõiguse sätete eesmärgiks on just nimelt tsiviilõigusliku omandiõiguse kaitsmine.

1. Võõra asja põhidefinitsioon

Võõrast asja defineeritakse sageli kui asja, mis ei ole ei toimija oma ega peremeheta.

See definitsioon äratav tõsiseid kõhklusid, mis ei tulene mitte ainult sellest, et võõrast asja püütakse määratleda ainult negatiivsete tunnuste kaudu. Toodud definitsiooni ohuks on see, et närvesöövas eksamiolukorras kipuvad üliõpilased üht osa definitsioonist ära unustada. Kirjalikest töödest võib tihti lugeda, et võõras on asi, mis ei ole toimija oma. Selline definitsioon on aga täiesti vale, sest ta hõlmab ka **peremeheta** asju – need ei ole kellegi omad.

Sellepärast tuleb eelistada positiivset määratlust – asi on võõras, kui ta on kellegi teise kui toimija oma. Selline definitsioon on seaduse mõttega täielikus kooskõlas.

Õeldes, et asi on kellegi «oma» või «kuulub» kellelegi, peetakse silmas isiku omandiõigust asja suhtes. Tuleb siiski silmas pidada, et omandi vormideks on ka kaas- ja ühisomand. Seega võib väga vabalt varguse eest vastutada ka isik, kes kuulub ise asja kaas- või ühisomanike hulka, sest siis on omandiõigus asja suhtes **ka** teisel isikul.

Kuna võõra asja mõiste kriminaalõiguses on tihedalt seotud omandi mõistega tsiviilõiguses, tuleb kaasuste lahendamisel järgida asjaõiguse sätteid. Kahjuks jäävad mõned eksamineeritavad sellega jänni, arvates ilmselt, et kriminaalõiguse eksamitöös ei ole tsiviilõiguse korralikul tundmisel tähtsust. Selline suhtumine on täiesti vale, sest tunnuse «võõras asi» kaudu määravad just nimelt tsiviilõiguse normid kuriteokoosseisu ulatuse.

2. Raskusi tekitavad kaasusetüübid

Mõne kaasusetüübi puhul on võetud ette katseid lahutada võõra asja mõiste teatud määral omandi mõistest tsiviilõiguses. Siin on eelkõige tegemist alljärgnevate juhtudega.

a) Väärtusetud asjad

Õigusteadlaste suure enamuse arvates ei ole asja majanduslikul väärtusel tähtsust. Seega kaitseb varguse koosseis ka asju, mis on omanikule üksnes südamelähedased. Mõne autori arvates ei ole aga **majandusliku väärtuseta asjad** omandikuritegude objektideks.¹⁴

Sellist lähenemist ei saa siiski päris õigeks pidada, sest esiteks ei ole vargus varalise seisundi vastane kuritegu, mis eeldaks varalise kahju tekkimist, ja teiseks annab BGB §-st 903 tulenev omandiõigus omanikule õiguse talitada asjaga oma äranägemise järgi. Seetõttu on ka vanad armastuskirjad, päevikud või majandusliku väärtuseta mälestusesemed igati kõlblikud varguse objektid.

Omandi kaitse kitsendamine võib olla õigustatud ainult siis, kui asi ei ole mitte ainult majandusliku väärtuseta, vaid ka omanikul ei ole tema vastu mingit huvi. Seda kaalutlust ei saa aga siduda võõra asja mõistega, vaid tal võib olla tähtsust ainult enda kasuks pööramise õigusvastasusega seoses. Ülekaalus ongi seisukoht, et omaniku huvi ilmsel puudumisel on õigusvastasus välistatud kannatanu oletatava nõusoleku tõttu.

b) Omand ja majanduslikud kaalutlused

Kui asja järeelmaksuga müüja on teinud **omandireservatsiooni**, muutub ostja BGB § 455 järgi omanikuks alles pärast viimase osamaksu tasumist. Isik, kes võtab laenu ja kellel on tagatiseks pakkuda ainult tootmisseedmeid, mida tal läheb endal vaja tootmise jätkamiseks, võib laenuandjaga leppida kokku nende **tagatisvõõrandamises** – pank muutub seadmete omanikuks, kuid need jäävad võlgniku valdusse.

¹⁴ Huvitav on märkida, et ka prof. Rebase kommentaaride järgi (2. ptk. komm. 4d, lk. 295) järgi ei ole varguse kõlblikuks objektiks objektiivse sotsiaalmajandusliku väärtuseta asi.

Majanduslikust seisukohast ei ole omandireservatsioon ja tagatisvõõrandamine midagi muud kui **laenu tagamise** vahendid. Neid kahte konstruktsiooni on vaja sellepärast, et BGB ei võimalda tehinguga seada panti ilma valduse üleminekuta. Vastavalt BGB §-le 1204 loovad ju pandiõiguse kokkulepe ja asja valduse üleandmine pandipidajale.

Asjaolust, et omandireservatsioon ja tagatisvõõrandamine on sisuliselt puuduva instituudi – valduseta pandi – aseaineks, teeb Baumann järelduse, et asi, mis kuulub teisele isikule omandireservatsiooni või tagatisvõõrandamise alusel, **ei saa olla** võlgniku jaoks **võõrad**.

See käsitlus ei ole läbi löönud, sest esiteks tähendaks see lahtiütlemist võõra asja mõiste tsiviilõiguse reeglitele allumise põhimõttest ja teiseks jätkaks Baumann lahendus võlausaldaja vaadeldud olukordades täiesti kaitseta. Paragrahvi 289 (pandi rikkumine) ju kohaldada ei saa, sest kummalgi juhul just nimelt ei ole tegemist pandiga, garantiidõigusi kui selliseid aga § 289 ei kaitse.

Sellepärast tuleb ühineda valitseva arvamusega, lugedes omandiõigust omandireservatsiooni ja tagatisvõõrandamise alusel täisväärtuslikuks omandiõiguseks, mille puhul selle üle, kas asi on võõras, otsustatakse üldises korras.

Sarnane probleem tekib siis, kui küsida, kas asi, mis on juriidilise isiku – näiteks osahinguga – oma, on selle ühingu **osaniku** jaoks võõras. Siingi on ülekaalus seisukoht, et juriidilist isikut tuleb vaadelda füüsilisest isikust (ka ainuosanikust) lahus. See tähendab, et osahinguga ainuosanik võib väga vabalt panna osahinguga vastu toime varaliste õiguste vastase kuriteo. Seevastu võib asuda ka vastuseisukohale, et sellises olukorras tuleks **majanduslikest kaalutlustest** lähtudes öelda, et asi ei ole võõras.

Siingi tuleb nentida, et õiguskindluse huvides on parem järgida võõra asja mõiste täielikku kooskõla tsiviilõiguse reeglitega.

c) Omandiõigus uimastite suhtes

Kaalumisväärt ettepaneku kitsendada võõra asja mõistet uimastite puhul tegi Engel. Ta asus seisukohale, et kaitsmist väärivast omandist ei saa rääkida siis, kui spetsiaalsete õigusnormidega piirneb omaniku õiguslik võim asja üle puhtformaalse omandiõigusega. Selline on olukord teatud uimastite valdamise korral, kui Uimastiseaduse (*Betäubungsmittelgesetz*) järgi ei ole keelatud ja karistatav mitte ainult vastava aine võõrandamine, vaid juba valdaminegi. Ehkki mõnedel juhtudel on valdajal tsiviilõiguse mõttes omandiõigus olemas, muudab Uimastiseadus selle sisuliselt tühjaks, nii et ei saa olla juttugi sellest, et omanikul oleks kooskõlas BGB §-ga 903 voli talitada asjaga oma äranägemise järgi.

Võõra asja mõiste kitsendamine selliste omandiõiguse piirangute korral on mõistlik.

3. Võõras asi ja tegu

Kriminaalõiguslikus kirjanduses on olnud vähe juttu sellest, milline peab olema asja hõivamise ja tema võõraks olemise ajaline seos. Küllap tuleb see sellest, et tavaliselt ei muuda asja hõivamine selle omanikku.

Siiski on mõeldavad kaasused, kus nii juhtub. Hõivatud asja segamisel teisega küll nii ei ole, sest siis tekib üksnes kaasomand koos asja esialgsete omanikega, nii et ka uus asi on ikkagi veel kellegi teise (kaas)omandis ja seega toimija jaoks võõras.

Sedalaadi juhte võib siiski esineda, kui hõivamine langeb kokku töötlemisega. BGB § 950 sätestab, et kui asja väärtus töötlemisega suureneb, saab asi töötleja omaks. Muuhulgas maksmata tankimisega seoses väidetakse aeg-ajalt, et tuleb välja selgitada, kas toimija paagis olev bensiin on **veel** tema jaoks **võõras**. Isegi kui mitte arvestada seda, et siin saab rääkida üksnes segamisest, mistõttu vastus on alati eitav, on küsimus algusest peale valesti püstitatud.

Kui varguse või (sagedamini) omastamise toimepanijal õnnestub teoga kahjustada mitte ainult omaniku faktilisi võimalusi, vaid ka sellelt **omandiõigus** ära võtta, ei anna see veel põhjust öelda, et ta ei ole varaliste õiguste vastast kuritegu toime pannud. Vastupidi – kui toimijal õnnestub võtta oma teoga kannatanult ära isegi omandiõigus, siis on see ohtlikum rünne kannatanu omandile kui pelk tegelike võimaluste äravõtmine.

Siit järeldub, et pärast tegu ei pea asi enam võõras olema. Piisab sellest, kui tegu tehakse hetkel, mil asi on võõras.

§ 26. Hõivamine

A. Sissejuhatus

Teo – hõivamise – võib jagada kolmeks elemendiks:

- toimija peab **lõpetama võõra valduse**;
- seejärel peab ta **kehkestama uue valduse**;
- see valduse nihutamine peab toimuma **valduse murdmisega**, s.t. vana valdaja nõusolekuta.

Kõigil kolmel hõivamise elemendil on erinev otstarve. **Võõra valduse lõpetamise** kriteerium määrab ära, kas vargus tuleb üldse kõne alla või saab toimijat süüdistada ainult **omastamises**.

Uue valduse kehkestamise elemendist sõltub – tingimusel, et kannatanu nõusolekut pole – see, kas ettevõetud hõivamistoiming on lõpule viidud ja seega, kas tegemist on lõpuleviidud varguse või ainult katsega.

Mõlemas elemendis tähendab **valdus** üht ja sedasama.

Valduse murdmise tunnuse funktsioon on eelkõige **süsteemaatiline**. See tunnus on määrava kaaluga, otsustamaks, kas kuritegu tuleb kvalifitseerida varguse või varalise seisundi vastase kuriteona (eelkõige kelmuse, arvutikelmuse või väljapressimisena).

B. Valduse mõiste

I. Ülevaade probleemidest

Viimase 40 aasta jooksul on arusaam valduse mõistest kriminaalõiguses põhjalikult muutunud. See puudutab eelkõige valduse **põhidefinitsiooni**. Eelkõige on vaatevinkel nihkunud pigem **faktiliselt** orienteeritud perspektiivist rohkem **sotsiaalsele** tõlgendamisele.

Hoolimata elavast mõttevahetusest valduse mõiste üle kriminaalõiguses ei ole tänini õnnestunud defineerida valduse mõistet nii, et seda saaks kasutada vahetuks **subsumeerimiseks**. Pigem esineb valduse definitsioonis rida tähtsaid kriteeriume, mida seni ei ole õnnestunud paigutada ei loogilisse süsteemi ega tähtsuse järjekorda. Seepärast on valdus kriminaalõiguse mõttes **avatud mõiste**, mille sisustamisel on suur kaal õiguse rakendaja isiklikel **väärtushinnangutel**.

Ometi on väga tähtis teha endale esmalt selgeks vähemasti valduse defineerimisega seotud **põhiküsimused**. Samal ajal on möödapääsmatu ka lähem tutvumine valduse definitsiooni ajaloolise arengu ja selle põhjustega, sest muidu jääb praegune diskussioon kohtupraktikas ja kirjanduses arusaamatuks.

Sellepärast on järgnev käsitus üles ehitatud nii, et esmalt kirjeldatakse tänaseks tähtsuse kaotanud **faktilist valdusemõistet**. Ühtlasi selgitatakse praktilisi raskusi, mida faktiline valdusemõiste toob kaasa iseäranis iseteenindusega seotud uute müügimeetoditega seoses.

Seejärel tutvustatakse **sotsiaalset valdusemõistet**, mis kujutab endast reageeringut faktilise valdusemõistega seotud probleemidele.

Kolmanda sammuna selgitatakse kaasajal domineerivat **faktilis-sotsiaalset valdusemõistet**.

II. Faktiline valdusemõiste

1. Valdus kriminaalõiguse ja tsiviilõiguse mõttes

See, et valdus kriminaalõiguse mõttes ei ole sama, mis valdus tsiviilõiguse mõttes, on alati olnud ja on praegugi **üksmeelne seisukoht**. Valdus on iseseisev **kriminaalõiguslik mõiste**. Erinevusi valduse tsiviilõiguslikust mõistest ei maksa siiski üle hinnata.

Kriminaalõigusliku ja tsiviilõigusliku valduse peamised erinevused on alljärgnevad.

– Tsiviilõigus tunneb **kaudset valdust**. Seda iseloomustab see, et ehkki üks isik on asja vahetu valdaja, valdab teine isik seda nn. kaudse valdamise suhte (BGB § 868) kaudu. Teine kaudse valdamise suhte osapool on **kaudne valdaja**.

Näide. A laenab oma jalgratta kuueks nädalaks B-le. B on jalgratta otsene valdaja. Et aga A ja B vahel on rendileping, tuleneb BGB §-st 868, et A on kaudne valdaja.

Kriminaalõiguses kaudset valdust ei ole.

– BGB § 857 sätestab pärija **fiktiivse** valduse. Selle paragrahvi järgi läheb valdus üle pärijale, sõltumata sellest, kas see pärandi avanemisest midagi teab või asja läheduses viibib.

Näide. A sureb ja pärandab kogu vara oma pojale P-le. P ei tea, et tema isa on surnud ja on ise parajasti Austraalias matkamas.

Selles kaasuses muutub P kõikide A valduses olnud asjade valdajaks.

BGB § 857 mõte on selles, et A surmaga lõpeb ju tema valdus oma vara suhtes. Kui valdus pärijale üle ei läheks, võiks majapidajanna M võtta A hinnalise mündikogu ja müüa heausksele kolmandale isikule. Vastavalt BGB §-le 932 muutub heauskne kolmas isik omanikuks, välja arvatud siis, kui asi on valdaja nõusolekuta tema valdusest väljunud (BGB § 935). Kuna BGB § 857 sätestab valduse automaatse ülemineku pärijale, võtab majapidajanna mündikogu ära valdaja nõusolekuta ja tulenevalt BGB §-st 935 ei saa kolmas isik asja heauskselt omandada.

Kuna kriminaalõigusel on hoopis teised ülesanded kui omandiõiguse tekkimist reguleerida, ei ole mingit põhjust BGB §-s 857 sätestatud automaatset valduse üleminekut kriminaalõiguslikku valdusemõistesse üle võtta.

Sellest järeldub, et viimases näites ei pannud majapidajanna toime vargust, sest ta ei murdnud võõrast valdust. A valdus lõppes ju tema surmaga ja P-l kriminaalõiguse mõttes valdust ei olnud. M pani toime omastamise (StGB § 246).

2. Valduse definitsioon

a) Ülevaade

Faktiline valdusemõiste defineeritakse kahe elemendi abil. Selle definitsiooni järgi on valdus

- tegelik võim asja üle pluss
- asja üle võimu teostamise soov.

b) Tegelik võim asja üle

Tegeliku võimu all mõistetakse isiku võimalust asja valitseda. Selleks ei ole ilmtingimata vaja, et isik asuks asja **läheduses**. Piisab ju asja valitsemise **võimalusest**.

Seepärast ei ole inimesel tegelik võim mitte ainult asjade üle, mida ta kannab oma keha küljes või hoiab oma majas või autos. Tegelik võim asja üle on ka talumehel, kes on parkinud oma sõiduauto põllu äärde, ja autoomanikul, kes asub parkitud autost kaugel.

Üleüldse ei sõltu tegelik võim asja üle sellest, kui kaugel valdaja asjadest on. Majaomanikul säilib valdus maja suhtes ka siis, kui ta läheb ümbermaailmareisile.

c) Valitsemissoov

Asja tegelikule valitsemisele peab vaadeldava käsituse järgi lisanduma **valitsemissoov**. Tegelikust **võimalusest** asja valitseda niisiis ei piisa. Isik peab seda ka soovima.

See ongi põhjus, miks näiteks inimene, kes jalutades möödub adrast, mille talumees on põllu äärde jätnud, ei muutu adra valdajaks, ehkki tal on sel hetkel tegelik võimalus asja valitseda. Ta ei **taha** adra üle võimu teostada.

3. Faktilise valdusemõistega seotud probleemid

Faktilise valdusemõiste kasutamine viis peagi suurte probleemideni nii faktiliste valitsemisvõimaluste kui ka valitsemissooviga seoses.

a) Probleemid seoses valitsemissooviga

Probleemid seoses valitsemissooviga tekivad paratamatult siis, kui inimene ei olnud **teadlik** asjadest, mida ta tegelikult võinuks valitseda. Teadlikkuse puudumine võib ilmnedas kahel viisil:

– Inimene mõtleb parajasti millestki muust kui oma kodus, kaasavõetud kotis või parklas seisvas autos olevatest asjadest;

– Teadlikkuse puudumine on veel selgem siis, kui inimene mitte ainult et ei mõtle nendele asjadele, vaid ei saakski seda teha, kuna ta näiteks magab, on teadvuseta või narkoosi all.

Valitsemissoovi teooria püüab seda probleemi lahendada, öeldes, et valitsemissoov võib olla:

- üldine või
- potentsiaalne.

Sellega peetakse silmas järgmist. Kes on teadvusel ja mingile tööle keskendunud, võib siiski olla ühtlasi teadlik ka oma asjadest. Seepärast piisab valitsemissooviks sellest, kui valdajal on üldiselt olemas soov teostada oma võimu asjade üle, mis on tema kodus, kotis või autos. Konkreetne mõtlemine üksikutele asjadele ei ole vajalik.

Sellega ei ole veel lahendatud juhud, mil inimene magab või on teadvuseta. Nende vastu püüab valitsemissoovi teooria rohtu leida, selgitades, et piisab **potentsiaalse** valitsemissoovi olemasolust. Sellega mõeldakse seda, et valitsemissoovi loetakse olemasolevaks ka siis, kui ta võib kohe – s.t. pärast ärkamist või narkoosi mõju lõppemist – jälle tekkida.

On ilmne, et vähemasti siitmaalt opereeritakse juba pelkade fiktsioonidega. Asja lähemalt uurides on näha, et potentsiaalse valitsemissoovi teooria ütleb, et

valitsemissoovi olemasolu **just nimelt ei ole vaja**, vaid piisab sellest, kui see on kohe tekkimas.

Peale selle satub see teooria ka üksikjuhtudel kummalistesse keerukustesse. Baieri Ülemkohus lahendas kaasust, kus meelemärkusetu inimene oli teadvusele tulemata surnud. Kohus leidis, et juba teadvuseta olles puudus isikul **potentsiaalne** valitsemissoov, sest, nagu asjade edasine kulg näitas, ei olnud ta võimeline pärast teadvuseta oleku lõppemist uut valitsemissoovi kujundama.

Niisiis peaks potentsiaalse valitsemissoovi olemasolu sõltuma sellest, kas inimene tuleb **hiljem** (s.t. pärast teo tegemist) jälle teadvusele ja tal tekib seeläbi valitsemissoov. Nii satub teo kvalifitseerimine varguseks või omastamiseks sõltuvusse asjaoludest, mis saabuvad alles pärast kuriteo toimepanemist. Kui kannatanu on teadvuseta kaua aega – kaasaegsete reanimatsioonivõtete kasutamisel võib see kesta kuid ja aastaid – ei saa valduse olemasolu üle otsustada enne, kui kannatanu on ära surnud.

Seda probleemi ei ole õnnestunud lahendada. Sellegipoolest on faktilise valdusemõiste pooldajad valitsemissoovi eeldamisele kindlaks jäänud.

b) Probleemid seoses tegeliku võimuga asja üle

Kui kaks inimest on asja ruumilises läheduses, siis on kummalgi neist võimalus asi füüsiliselt enda kätte võtta. Seega võiks nentida, et kummalgi on tegelik võim asja üle. Seda, kumma valduses asi siis ikkagi on, otsustatakse vaid selle järgi, kummal on **valitsemissoov**.

Probleemaatiliseks muutub olukord siis, kui kaks inimest on asja lähedal, aga üks neist on palju tugevam, nii et tema võib üksi, teise tahet eirates otsustada, mis asjast saab.

Näide. Nõrga tervisega vanal naisel N-l on külas meesterahvas M, kes on temast füüsiliselt selgesti üle.

Sellises olukorras ei olegi enam kerge otsustada, kas N-l on tegelik võim korteris olevate asjade üle või on see selge jõudude vahekorra tõttu juba M-le üle läinud. Vähemasti aga siis, kui M-l tekib (sisimas) soov N korteris olevaid asju valitseda, läheb valdus lõplikult temale üle. Asjade hõivamisena saaks siis käsitada juba valitsemissoovini jõudmist ja M-i tuleks käsitada asjade hõivajana, ehkki ta istub edasi oma tugitoolis ja on süvenenud sõbralikku vestlusse N-ga.

Hämmastust ei tekita aga mitte ainult see lahendus, vaid faktiline valdusemõiste satub raskustesse ka siis, kui varguse toimepanija võimalused asja mõjutada on väiksemad kui esialgsel valdajal.

Näide. Koduperenaine T võtab selvekaupluses külmutatud pardi ja paneb selle ostukorvi asemel kandekotti. Seda märkab kaupluse juhataja O.

Küsimust, kas T on võõra asja kandekotti panemisega selle juba hõivanud, on faktilise valdusemõiste pinnalt lihtne lahendada. Kuna T asus veel kaupluses ja O-l oli võimalus kohe abi kutsuda, olid tema võimalused pardi üle võimu teostada **paremad**,

nii et faktiline võim asja üle ja seega ka valdus olid endiselt tema käes. Järelikult ei olnud T veel enda valdust kehtestanud ega seega hõivamist lõpule viinud.

Kui jääda truuks faktilisele valdusemõistele, saaks siin rääkida ainult varguse katsest.

Enne 1975. aastat olid faktilisest valdusemõistest tulenevad tagajärjed aga märksa kahtlasemad. Enne Teise kriminaalõiguse reformi seaduse jõustumist 2. jaanuaril 1975 sisaldas StGB esimese ja teise astme kuritegude kõrval ka kolmanda astme omi. Nende eripäraks oli, et **katse ei olnud kunagi karistatav**.

Koduse majapidamise tarbeesemete varguse või omastamise puhul väikeses väärtuses nägi § 370 p 5 vana redaktsioon ette privilegeeritud koosseisu – nn. **pisiriisumise**. See oli kolmanda astme kuritegu.

Vaadeldud näites oluks selle tagajärg järgmine. Kuna T ei olnud parti kandekotti pannes ei murdnud O valdust ega kehtestanud enda oma, siis tulnuks tema tegu kvalifitseerida pisiriisumise katsena ja ta ei oleks kandnud kriminaalvastutust.

Kui kohtud olid korduvalt sellisele seisukohale asunud, püüdsid selvekaupluste omanikud lahendada probleemi sellega, et andsid oma töötajatele juhised varguse märkamisel klienti takistamatult jälitada kuni poest väljumiseni.

Sellistel juhtudel tegi kohtupraktika järgmise lahenduse.

Kui T lahkus poest, siis võis ta olla kehtestanud oma valduse. Ta võis ka lõpetada O valduse. Kuna aga O toiminut jälgis ja talus, oli ta valduse üleminekuga nõus. Seega puudub valduse **murdmine**, järelikult ei ole pisiriisumine lõpule viidud.

Faktilise valdusemõiste abil ei saanud seda tulemust vältida. Õiguspoliitiliselt oli see tulemus aga vastuvõetamatu, sest nii ei saanud vastutusele võtta **praktiliselt ühtegi** selvekauplusest varastajat: kui vargust ei märgatud, ei õnnestunud varast enam leida, kui aga märgati, siis ei olnud valdust murtud ja vastutus oli välistatud.

See kriminaalpoliitiliselt mitte just eriti rahuldav olukord ajendas uue valdusemõiste väljatöötamise.

III. Sotsiaalne valdusemõiste

Aastal 1960 lõi Welzel täiesti uue käsituse hõivamisest, vabastades valduse mõiste täielikult faktilistest elementidest. Ta lähtus sellest, et võrreldes omastamisega lisandub varguse korral enda kasuks pööramisele raurikkumine asja hõivamisega. Raurikkumist hõivamisega ei käsitanud Welzel aga enam mitte faktiliste võimuteostamisvõimaluste äravõtmisena, vaid hoopis teisiti.

Welzel leidis nimelt, et igale inimesele on omistatud teatavad **tabualad**, millesse sekkumiseks on sotsiaalse – ja, see tähendab, eelkõige õiguse suhtes primaarse – käsituse järgi vaja erilist põhjust. Igasugune tungimine inimest ümbritsevasse tabualasse on sotsiaalse arusaama järgi **taburikkumine**.

Ideed tabu rikkumisest tabualasse tungimisega on kerge endale arusaadavaks teha, kui kujutleda, et A pistab lihtsalt ilma mingi põhjendusega ja ilma, et talle oleks selleks spetsiaalselt luba antud, oma käe vestluskaaslase pintsakutaskusse ning võtab sealt tema rahakoti. Sõltumata õiguslikust hinnangust on selline kehaga seotud tabualasse tungimine sotsiaalse arusaama järgi taburikkumine.

Hõivamise tunnuseks on seega tabualasse tungimine ja valdus langeb kokku tabualaga.

Selle, sotsiaalse definitsiooni järgi on valdus asja sotsiaalse käsitatuse kohane omistatus isikule, mille tõttu teiste isikute sekkumine asjasse on käsitatav sotsiaalse häirena.

Seda mõtet arendab Welzel edasi, nimetades sotsiaalse arusaama järgi konstrueeritud tabualasid juriidilises keeles **valdussfäärideks**. Seejuures on Welzeli järgi olemas kitsamad ja laiemad valdussfäärid. Kitsaim valdussfäär on keha valdussfäär. Natuke laiem valdussfäär hõlmab ka kaasaskantavat kotti. Veel laiem valdussfäär hõlmab korterit või kontorit. Valdussfääriks on ka näiteks inimesele kuuluv auto.

Nendes valdussfäärides asuvad asjad on valdussfääri valdaja valduses. See, kas valdussfääri valdajal on tegelik võimalus asja mõjutada, ei ole tähtis. Samuti ei ole oluline, kas tal on valitsemissoov – valdussfäär on ka magajal ja teadvuseta isikul, järelikult on neil kõikide selles olevate asjade valdus.

Sellise lähenemise korral võib tekkida **valdussfääride konflikt**. Nii on alati siis, kui ühe isiku valdussfäär kattub teise omaga.

Tüüpiliseks valdussfääride konflikti juhuks on A sisenemine B korterisse. A tungib ju oma keha valdussfääri B korteri valdussfääri. Welzel püstitab loogilise põhimõtte, et valdussfääride kollisiooni korral need ei kao, vaid säilivad. Külalise A keha valdussfäär moodustab korteriomaniku B korteri valdussfääris nii-öelda valdusenklaavi.

Kuna mõlemad valdussfäärid jäävad alles, tähendab asja hõivamine selle üleviimist ühest valdussfäärist teise. Kui külaline võtab korterist näiteks hõbekahvli ja paneb selle taskusse, siis viib ta kahvli korteri valdussfäärist keha valdussfääri. Ta lõpetab senise valduse ja kehtestab uue.

Selvekaupluses pealtnähtud varguse korral tähendab see, et sel hetkel, kui koduperenaine võtab pardi külmkambrist ja paneb oma kotti, on kaup kaupluse valdussfäärist tema valdussfääri üle viidud ning seega uus valdus loodud ja hõivamine lõpule viidud.

IV. Faktilis-sotsiaalne valdusemõiste

See Welzeli loodud valdusemõiste oli nii loogiline ja veenev, et isegi kohtupraktika ei suutnud hoiduda selle lummusse langemast. Pealegi lahenes nüüd kriminaalpoliitiline probleem, mida teha selvekauplustest varastajatega.

Siiski ei suutnud kohtupraktika faktilisest valdusemõistest täielikult loobuda. Selle asemel võeti kasutusele järgmine võte.

Väliselt jäi kohtupraktika faktilise valdusemõiste juurde, jäädes nagu varemgi (ja seda tänini) kindlaks käsitusele, et valdus eeldab tegelikku võimu asja üle ja valitsemissoovi.

Mis puutub aga faktilisse võimu asja üle või faktilistesse võimu teostamise võimalustesse, siis tehakse teoriasse selline parandus, et faktilisi võimu teostamise võimalusi tuleb hinnata ja vajadusel kohendada **sotsiaalse arusaama järgi**.

See tähendab praktikas, et sisuliselt on kohtud võtnud omaks sotsiaalse valdusemõiste, kuid **sõnades** on jäänud kindlaks faktilisele.

Eriti selgesti on seda näha ühes Liidukohtu 1975. aasta lahendis. Pangaröövel oli pannud pangast saadud raha kaasasolevasse portfelli. Ehkki politsei oli panga ammu ümber piiranud, nii et toimijal ei olnud vähimatki võimalust rahaga minema pääseda, asus BGH seisukohale, et raha kottipanemisega oli toimija loonud uue valduse.

On selge, et faktilisest perspektiivist ei saa sellist lahendust kuidagi õigustada. Kui küsida, kas toimijal olid tegelik võimalus raha üle võimu teostada, tuleb tunnistada, et raha ei olnud veel toimija, vaid endiselt panga valduses. Lahendust õigustab üksnes valduse käsitlemine Welzeli teooria järgi sotsiaalselt defineerituna.

Mis puutub **valitsemissoovi**, siis hoiab kohtupraktika muutumatult kinni senisest käsitusest. Nii jäävad eespool kirjeldatud faktilisest valdusemõistest tulenevad probleemid alles. Juba kasvõi sellel põhjusel tuleb sotsiaalset valdusemõistet eelistada.

Kui valitsemissoovi temaatikat mitte arvestada, viivad sotsiaalne ja faktilis-sotsiaalne valdusemõiste praktiliselt samadele tulemustele.

V. Üksikud valduse mõistega seotud küsimused

Otsustades üksikjuhul asja sotsiaalse kuuluvuse üle, võetakse arvesse väga erinevaid asjaolusid. Peale tüüpiliste valdussfääride on üksikjuhul tähtsust ka teistel konkreetse kaasuse asjaoludel, näiteks sotsiaalsetel sõltuvussuhetel inimeste vahel, isiku teadmisel asja asukohast ja ka tegelikel takistustel, mis raskendavad isikul asja kasutamist. Nii kerkib jälle pinnale **tegelik valitsemisvõimalus**, ent see ei ole mitte primaarne – ja sageli korrigeerimist vajav – **mõõdupuu** (nagu valitseva arvamuse järgi), vaid ainult üks sotsiaalset omistamist mõjutavatest näitajatest. Üksikkaasuste lahendamisel tulevad arvesse järgmised pidepunktid.

1. Valdus üldiselt valitsetavates ruumides

Kõige selgem on olukord üldiselt valitsetavates ruumides. Kõik asjad, mis asuvad korteris, majas, sõidukis, kaasaskantavas kotis või seljasolevates riietusesemetes, on – kui pole vastupidist näitavaid asjaolusid – selle inimese valduses (RGSt 30, 88, 89 jj.;

BGHSt 10, 401; 16, 271, 274; BGH GA 1962, 77, 78 (poe ette ärapandud asjad); BGH allikas Dallinger MDR 1967, 896; 1969, 359; Ruß LK, änr 19). See kehtib ka siis, kui vastavad sfäärid asuvad ümbritsevates võõrastes üldiselt valitsetavates ruumides. Seega loob oma valduse isik, kes paneb selvekaupluses kaupu oma kotti või taskusse, isegi siis, kui teda jälgitakse (BGHSt 16, 271, 274; 17, 205; BGH Dallinger MDR 1969, 359, 862; GA 1963, 147; OLG Düsseldorf, NJW 1990, 1492; Welzel GA 1960, 257; Maurach–Schroeder BT/1, § 33 lg 2 änr 17; teisel seisukohal on pealtvaatamise suhtes OLG Hamm NJW 1954, 523; H. Mayer, JZ 1962, 617; Schönke–Schröder–Eser, änr 40; samuti turvakleebistega kaupadel Seier JA 1985, 387). Ka võõras majas viibiv varas kehtestab oma valduse asjade suhtes, mis ta oma kotti paneb (BGHSt 20, 194, 196; BGH Dallinger MDR 1969, 359; NJW 1975, 320 (raha, mille politsei poolt ümber piiratud panga ruumides viibiv röövel pani kotti); Geilen JR 1963, 447; teisel seisukohal on BGH JR 1963, 466, 467; Schönke–Schröder–Eser, änr 39).

Asja valdus ei kao, kui ruumi valdaja ei tea, kus see asi ruumis täpselt asub (Schönke–Schröder–Eser, änr 28; Ruß LK, änr 20; BGH NJW 1953, 1272). Seega säilib korteriomaniikul valdus korterisse kaotatud või unustatud asjade suhtes (Maurach–Schroeder BT/1, § 33 lg 2 änr 21; Lackner, 3 a cc). Isik, kes kaotab oma asja kõrtsis, võõras korteris, teatris või rongis, kaotab ka valduse. Asjad ei muutu siiski valdajatuteks, vaid valduse omandab ruumi valdaja, seda ka siis, kui ta ei ole asju veel leidnud (RGSt 54, 231; RG JW 1930, 3222; GA Bd. 65, 371; OLG Hamm NJW 1969, 620; eristav lahendus BGH GA 1969, 25; Ruß LK, änr 20; Schönke–Schröder–Eser, änr 28).

Teistsugune on lahendus valitseva arvamuse järgi siis, kui toimija peidab üldiselt valitsetava ruumi valdaja asja sellesse ruumi nii, et ruumi valdaja ei suuda seda leida, kuid toimija ise võib selle kergesti võtta ja ära viia (BGH LM nr. 9 § 243 lg 1 p 2 juurde; KG JR 1966, 308; RGSt 53, 180, 181; Ruß LK, änr 20; Schönke–Schröder–Eser, änr 39). Nii on valduse omandanud koduabiline, kes peidab ehte kohta, kust ta võib selle kergesti ära viia, või isikud, kes peidavad kaupu tarastatud vabrikuterritooriumile peatseks ära viimiseks, kui ära viimine on tõepoolest lihtne (Schönke–Schröder–Eser, änr 39). Selle seisukohaga ei saa siiski nõustuda. Kui jätta arvesse võtmata kahtlane kriminaalpoliitiline vajadus võtta teatud laadi tegude toimepanijad vastutusele just nimelt lõpuleviidud kuriteo eest, siis tuleb määravaks lugeda seda, et kui korteri jms. valdaja leiab peidetud asja ja selle jälle endale võtab, ei tungi ta sotsiaalse arusaama järgi võõrasse tabualasse. Järelikult ei ole toimija taolistel juhtudel veel valdust endale saanud (Maurach–Schroeder BT/1, § 33, änr 27).

Valdussfääri mõju valduse tekkimisele võib aga muutuda **sotsiaalsete sõltuvussuhete** raames. Nii juhtub esiteks siis, kui tööandjale antakse tööruumides asju iseseisvaks ja isikliku vastutuse aluseks haldamiseks. Kui kassapidaja peab kassat iseseisvalt haldama ja **puudujäägi eest vastutama**, siis tekib tal ainuvaldus ka raha omaniku suhtes (BGHSt 8, 273, 276; Ruß LK, änr 29; Dreher–Tröndle, änr 10). Vastupidiselt ei teki koduabilisel või tehasetöölisel valdust töövahendite suhtes isegi mitte siis, kui ta hoiab neid taskutes (**asevaldaja**, Ruß LK, änr 29). See tuleneb sellest, et kokkuleppe või vastava tegevusala tavade kohaselt muutub tüüpiliselt valdussfääriga seotud sekkumisvõimalus. Tulenevalt kassiiri vastutusest, ei tohi kaupluse omanik võtta kassast raha ilma kassiiri nõusolekuta, töövahendi kasutamine toimub aga, vastupidi, eranditult tööandja huvides ja tema juhtnööride järgi.

2. Valdus väljaspool üldiselt valitsetavaid ruume

Väljapoole üldiselt valitsetavaid ruume pandud asi jääb selle valdusse, kes asja sinna pani, seniks, kuni ta mäletab, kuhu ta selle pani. Isik, kes jätab oma jalgratta jaamahoone ette, koera lihapoe ette või koti telefoniputka ette, jääb asja valdajaks niikaua, kui ta teab, kus asi asub (Schönke–Schröder–Eser, änr 28; Dreher–Tröndle, änr 12).

Valdus lõpeb aga siis, kui tekib **väline mulje**, et asi on oma asukohta unustatud või teadlikult maha jäetud (BGH NJW 1953, 1271, 1272 aastaid endises lahingutegevuse piirkonnas vedeleva sõjatehnika kohta; Ruß LK, änr 20). Millal selline mulje tekib, sõltub sotsiaalsest arusaamast. Kuudeks põllule jäetud ader jääb taluniku valdusse, kuid majaukse ette jäetud asjade valdus lõpeb mõne tunni pärast. Valduse kaotab ka see, kes jätab lukustamata jalgratta nädalateks jaamahoone ette. Valdusest ilmajäämise hetke ei saa alati täpselt määratleda, sest asja sotsiaalne omistatus isikule kaob pikkamööda. Sellest tulenevaid probleeme saab lahendamisel korrigeerida kuriteokoosseisu subjektiivse külje raames.

3. Asjade käsitlemine õigussuhete raames

Kui asju käsitletakse õigussuhete raames, orienteerub asjade sotsiaalne omistamine alati **osapoolte tahtele**.

Seega ei kaota isik valdust, kui ta annab asja ära mitmeetapilise tehingu raames ja on näha, et ta ootab teise osapoolte vastusooritust. Inimene, kes paneb raha lauale, soovides seda peeneks vahetada, ei kaota valdust enne, kui ta on saanud vahetusraha või nõustunud sellega, et teine võtab raha enda kätte ja toob talle vahetusraha hiljem (RG GA kd. 74, 205). Samuti ei kaota valdust isik, kes annab asja teisele vaatamiseks või lühiajaliseks hoidmiseks (OLG Köln MDR 1973, 866–867; vastu vaidleb õigustamatult Bittner, JuS 1974, 159). Valdus säilib ka müüjal, kes annab ostjale riietuseseme selgaproovimiseks (BGH LM nr. 11 § 242 juurde; GA 1966, 244; Maurach–Schroeder BT/1, § 33 änr 17). Nagu eelnevate kaasusetüüpide puhul, ei ole siingi tähtsust sellel, kas teine isik jõudude ebavõrdsuse tõttu omandab ainuvõimaluse asja mõjutada.

4. Kaasvaldus

Asja võivad korraga vallata mitu inimest (**kaasvaldajat**). Valitseva arvamuse järgi tuleb teha vahet võrdväärsetel, allutatud ja prioriteetsel kaasvaldusel. Võrdväärse kaasvalduse korral võib iga kaasvaldaja murda teiste kaasvaldajate kaasvalduse. Mittevõrdväärse kaasvalduse korral võib asja teistelt hõivata ainult allutatud kaasvaldaja. Kui asja võtab ära prioriteetne kaasvaldaja, ei saa rääkida asja hõivamisest (see on valitsev arvamus, vt. nt. Ruß LK, änr 26; Dreher–Tröndle, änr 10; Lackner, 3 a ee; Maurach–Schroeder BT/1, § 33 änr 23; Welzel Lb, 349).

Kui arvestada, et valduse kriminaalõiguslikul mõistel on otstarve üksnes asja hõivamisest rääkides, siis saab selgeks, et mittevõrdväärse kaasvalduse mõiste sissetoomisel ei ole mõtet. Kui sellest konstruktsioonist loobuda, võib prioriteetse kaasvaldaja kohta lihtsalt öelda, et tal on kaasvaldus, ja allutatud kaasvaldaja kohta, et

ei ole. Nii jõuame samadele tulemustele nagu valitsev arvamus. Kaasvalduse liigitamise lükkavad tagasi ka Bittner teoses «Valduse mõiste» («*Gewahrsamsbegriff*») lk. 188 jj; Haffke GA 1972, 225; kriitilised on ka Schönke–Schröder–Eser, § 242 änr 33.

Kaasvaldusest saab rääkida ainult siis, kui mitu isikut saavad faktilistel põhjustel käsutada asja ainult ühiselt või on õiguslikel põhjustel (seadusest või kokkuleppest tulenevalt) lubatud üksnes ühine käsutamine. Näiteks kui pangaseifi on võimalik avada ainult kahe võtme üheaegse kasutamisega, millest üks on ühe ja teine teise pangatöötaja käes, siis on seifi sisu nende kaasvalduses. Kaasvaldus on ka kaasomanikel, kui ei ole kokku lepitud, et asja kasutab või hoiab ainult üks neist. Postisaadetised, mis asuvad Saksa Liiduposti ruumides, on Liiduposti ja tema töötajate kaasvalduses (BGH wistra 1989, 19). Üüritud eluruumis loetakse asjad olevat üürniku ainuvalduses, hotellitoas seevastu külalise ja hotellipidaja kaasvalduses (RG GA kd. 64, 371; kd. 68, 276; BGH NJW 1960, 1357; Ruß LK, änr 28).

Raske on aga lahendada kaasusi, kus ühel isikul on parem **tegelik** võimalus asja mõjutada, teisel aga selleks parem **õiguslik** alus. Enamikel juhtudel loetakse valitseva arvamuse järgi määravaks paremat õiguslikku alust. Nii on näiteks koduabiliste ja vabrikutöötajate puhul. Sarnaste kriteeriumide järgi hinnatakse kauba- või rahavedaja valdust (RGSt 54, 32, 33; 56, 152, 155; Ruß LK, änr 20; Bockelmann BT/1, 15). Kui marsruut on kindlaks määratud, nii et omanik või ülemus võib kindlaks teha, kus saadeti parajasti asub, on tal valdus, vedaja on aga nn. ase- abi abivaldaja – õieti tarbetu mõiste. Kui vedajal on ka marsruudi valikul teatav iseseisva valiku võimalus, siis on ta valdaja. Liidukohtu (GH 1979, 390) seisukoha järgi on määravaks pideva järelevalve võimalus. Sama põhimõtte järgi langetas BGHSt otsuse kaasuses, kus ühe isiku käes on suletud laegas ja teisel selle võti, kuid võtme valdaja pääseb laeka juurde ainult laeka hoidja loal. Laeka hoidja faktilist tugevat seisundit tugevdab siin veel see, et ta **ei ole kohustatud** laekale juurdepääsu lubama. Seega on temal valdus ja võtme valdajal mitte (nii otsustas BGHSt 22, 180, 183–184 televisiooniautomaadi ja RGSt 47, 210, 213; RG JW 1937, 3392 pangaseifi puhul; teisel seisukohal on näiteks Schönke–Schröder–Eser, änr 34 ja RGSt 45, 249, 252, rõhutades võtme valdaja tegelikke võimalusi).

C. Valduse lõpetamine ja kehtestamine

Hõivamine on teoks tehtud ja seega vargus lõpule viidud, kui toimija on lõpetanud võõra valduse ja loonud uue. Millal see nii on, tuleneb **valduse mõistest**. Vana valdus on lõpetatud siis, kui senine valdaja ei asu enam olukorras, milles valdust saaks omistada temale. Siin lähtutakse üksnes valdusemõiste elementidest.

Sama kehtib uue valduse kehtestamise kohta. Siin tuleb küsida ainult seda, kas asi asub nüüd teise isiku valduses. Siingi on määravad üksnes valdusemõiste elemendid. Vaid ühte asja tuleb **esile tõsta**. Ei ole nõutav, toimija kehtestaks asja suhtes **enda** valduse. Piisab täiesti, kui teoga luuakse **kolmanda isiku** valdus.

Näide. T sõidab kaubarongis ja viskab vagunist rööbaste kõrvale maha kaubapakke. Seal seisab osavõtja A, kes viib pakid oma sõiduautosse.

Siin muutis raudtee-ettevõtte valduse T. Ta ei kehtestanud küll **enda** valdust, kuid kuna ta aitas kaasa sellele, et A kehtestas oma valduse, siis on vargus lõpule viidud.

Näide. Taskuvaras T pistab käe O taskusse, võtab sellest rahatähe ja paneb selle kohe osaleja A taskusse.

Isegi kui siin mitte asuda seisukohale, et T kehtestas oma valduse rahatähe enda kätte võtmisega (ka seda seisukohta on võimalik kaitsta), on ta teise kuriteos osaleja valduse kehtestamisega igal juhul kuriteo lõpule viinud.

D. Valduse murdmine

I. Sissejuhatus probleemistikku

Asja hõivamine on valduse ülekandmine **ilma valdaja nõusolekuta**. Nagu juba öeldud, on see tunnus vajalik selleks, et varguse koosseisule ei vastaks asja üleandmiseni viinud **kelmus**.

Näide. T maksab O-le suure rahasumma, ajendamaks teda üle andma maali. Tegelikult on T makstud raha võltsitud.

Siin on kõigepealt tegemist kelmusega. Samal ajal aga tõi T kasutatud pettus kaasa selle, et lõppes O valdus maali suhtes ja tekkis uus, T valdus. Kui hõivamine oleks defineeritud kui senise valduse lõpetamine ja uue kehtestamine, siis oleks T pannud toime varguse.

Vältimaks sellist varguse ja kelmuse kattumist, täiendatakse hõivamise definitsiooni valduse **murdmise** tunnusega. Vaadeldud näites tähendab see, et valdust küll nihutati, kuid kuna see toimus O nõusolekul, on valduse **murdmine** välistatud ja T vastutab üksnes kelmuse eest.

Ehkki see põhimõte ja tema vajalikkus varguse ja kelmuse kattumise välistamiseks on arusaadav, võib tunnuse «valduse murdmine» üksikjuhul sisustamine raskusi valmistada.

Siin on küsimus äravõtmise piiritlemises ja seega varaliste õiguste vastaste kuritegude piiritlemises varalise seisundi vastastest. Kuna viimaste hulka kuulub lisaks kelmusele ka väljapressimine, on siin tegemist ka röövimise ja väljapressimise piiritlemisega.

Sellega, ja juba sissejuhatuses puudutatud kaasaegsete müügimeetoditega seoses on valduse murdmine (või vastupidi – kehtiva nõusoleku) täpne defineerimine väga raske. Need esitatakse siin järgneval viisil.

Esmalt, II osas esitatakse nõusoleku defineerimise põhimõtte lihtsates kaasustes.

Seejärel käsitletakse III osas keerulisemaid kaasusi.

II. Nõusoleku põhimõtteline sisu hõivamise korral

1. Nõusolek

Nõusolek välistab ühe hõivamise tunnuse – valduse murdmise – ja on seega ehtne **negatiivne koosseisutunnus**.

Erinevalt kannatanu nõusolekust kui üldisest kriminaalvastust välistavast alusest valitseb siin üksmeel selles, et nõusolek valduse üleminekuks seisneb **üksnes nõustuvast tahtes**. See tähendab, et ei ole vaja nõusoleku väljendamist ega ammugi mitte selle kohalejõudmist toimija või kellegi kolmandani.

Et nõusolek on negatiivne koosseisutunnus, tuleb eksituse juhud lahendada koosseisutunnuste kohta kehtivate reeglite järgi. See tähendab, et kui toimija arvab ekslikult, et kannatanu on valduse üleminekuks nõus, siis puudub tal § 16 järgi tahtlus. Kui toimija ei tea nõusolekust, paneb ta toime kuriteokatse.

Näide. O kontoris on toime pandud vargusi. Sellepärast märgistab O politsei abiga mitu rahatähte nn. vargapüüdmisvahendiga ja paneb nad sahtlisse. T võtab rahatähed enda kasuks pööramise kavatsusega ära.

Siin lõpetas T võõra valduse ja kehtestas rahatähtede oma taskusse panemisega uue, siin enda valduse.

Kuna aga varast paljastada prooviv O just sellist T käitumist sooviski, oli ta valduse üleminekuks nõus, mistõttu valduse murdmine ja seega hõivamine on välistatud. Järelikult ei ole varguse objektiivne külg täidetud.

Et aga T ei teadnud, et O on valduse üleminekuks nõus, uskus ta end tegutsevat valdaja nõusolekuta, s.t. arvas, et hõivab võõra asja. Seega realiseeris ta varguse subjektiivse külje. Kuna ta oli ületanud § 22 piiri, vastutab ta vargusekatse eest. (See on nn. **vargalõksu** juhtum.)

Nõusolek valduse üleminekuks tähendab **loomulikku** nõustuvat tahet. See tähendab, et kehtiva nõusoleku võib anda ka laps või vaimuhaige.

2. Nõusoleku objekt

Nõusolek peab olema suunatud **oma valduse lõpetamisele**.

See enesestmõistetav põhimõte valmistab praktikas vahel raskusi, mis on seotud valduse mõiste endaga.

Näide. T tahab abielupaar O majja sisse murda. Sellepärast saadab ta anonüümkirjas O-dele kaks raskestisaadavat piletit ooperiteatrisse. Nagu T arvaski, röömustavad O-d tundmatu sõbra kingituse üle ja lähevad etendusele. T kasutab seda ära, et murda majja sisse ja viia ära proua O väärtuslikud karusnahad.

Siin lahkusid O-d küll vabatahtlikult oma majast, et ooperisse minna, kuid see **tahe** ei olnud suunatud valdusest loobumisele. T tegevuse suhtes ei saanud nad nõustuvat tahet kujundada, kuna nad ei näinud seda üldse ette. Majast lahkumine oli nende tahtega hõlmatud, kuid ei tähendanud valdusest loobumist, kuna nii sotsiaalse kui ka faktilis-sotsiaalse valdusemõiste järgi jäid nad oma majas olevate asjade valdajateks.

Järelikult **hõivas** T proua O karusnahad.

Kui sedasama kaasust kontrollida kelmuse seisukohast, siis jõuame järgmistele tulemustele.

T on küll eksitanud O-sid, et panna nad arvama, et tundmatu sõber on heade kavatsustega neile piletid kinkinud. O-d jäid seda ka uskuma, sattudes seega eksitusse. Küsitav on, kas nad **käutasid oma vara**.

Kui rahulduda üldise definitsiooniga, mille järgi varakäsusutus on vara mistahes mõjutamine, siis võiks arvata, et majast lahkudes mõjutasid O-d oma vara sellega, et andsid T-le võimaluse valduse nihutamiseks.

Sellest järeldub, et lisaks enne nimetatud vargusele on realiseeritud ka kelmuse koosseis. Sellise kattumise vältimiseks on **asjaga** seotud kelmuse korral varakäsusutuse lisatingimuseks **vahetus**. Asja käsutamisest räägitakse seega ainult siis, kui valdaja tegevus toob valduse lõppemise kaasa **vahetult**. See on nii üksnes siis, kui valdus lõpeb **ilma**, et selleks oleks vaja toimija või kolmanda isiku täiendavat tegutsemist.

Nii on võimalik eitada siin varakäsusutust ja saab võimalikuks täpne piiri tõmbamine varguse ja kelmuse vahel sellistes kaasustes.

Näide. Klient T läheb kaubamaja naiste valmisriiete osakonda. Ta laseb müüjal anda endale kleidi, et seda proovikabiinis selga proovida. Ta paneb kleidi selga, ootab, kuni müüja asub tegelema muude asjadega, ja lahkub siis kaubamajast võõra kleidiga.

Vastus küsimusele, kas T pani toime varguse, sõltub sellest, kas kannatanu (siin müüja) oli andnud kehtiva nõusoleku valduse üleminekuks. Vähemasti selleks ajaks, kui T kaubamajast lahkus, oli vana valdus lõppenud ja uus kehtestatud.

Valduse üleminekuga T kaubamajast lahkumise tagajärjel ei olnud müüja kindlasti nõus. Ta nõustus ainult sellega, et T kleidi proovimiseks selga paneb.

Kui lugeda kleidi proovimiseks selgapanemist kaubamaja valduse lõpetamiseks, siis oleks valduse üleminekuks olemas nõusolek. Järelikult oleks vargus välistatud hõivamise puudumise tõttu.

Siit oleks loogiline järeldada, et T pani toime kelmuse. Müüja nõusolek valduse lõpetamiseks oleks ju käsitatav eksimusest (sisemine valmisolek kauba eest maksta) tingitud vahetu kaubamaja vara käsutamine.

Ülekaalus oleva seisukoha järgi **ei saa** aga näitekaasuses öelda, et sotsiaalse arusaama järgi oleks müüja valduse üle andnud. Kleiti selga pannes ei kehtestanud T seega veel oma valdust ja kaubamaja valdus ei lõppenud.

Et aga müüja nõusolek hõlmas ainult tegelikult toimunut, mida ei saa valduse lõpetamisena käsitada, puudus valduse lõpetamiseks nõusolek. Järelikult lõppes kaubamaja valdus alles siis, kui T kaubamajast lahkus – sellega aga müüja nõus ei olnud.

Niisiis hõivas T võõra asja ja pani toime varguse.

Samasse teemaderingi kuulub nn. **vahetusrahatrikk**.

Näide. T läheb poodi ja küsib tuubi hambapastat. Müüja O võtab riulist hambapastatuubi, paneb selle letile ja nimetab hinna – 2 marka. Samal hetkel paneb T letile 20-margase raha. Müüja jätab hambapasta ja 20-margase letile ning pöörab ümber, et võtta kassast 18 marka vahetusraha.

Sel hetkel teeb T kaks asja. Esiteks võtab ta hambapastatuubi ja 20-margase enda kätte. Teiseks küsib ta müüjalt veel ühe seebi.

O paneb 18 marka ja 3 marka maksva seebi letile. T võtab 18 margast 3 marka ja lükkab O ette, siis aga võtab ülejäänud vahetusraha – 15 marka – ja seebi ning läheb ära.

Selles keerulises kaasuses on ainult pealtnäha probleem hõivamises ja nõusolekus. Kui asja lähemalt vaadata, siis tekib juba küsimus, kas asi on võõras.

Kui vaadelda esmalt T esimest toimingut – 20-margase ja hambapastatuubi enda kätte võtmist, siis tuleb varguse koosseisu kontrollida eraldi hambapasta ja rahatähe suhtes.

Alustame 20-margasega. Kõigepealt tekib küsimus, kas see oli T jaoks võõras. Kindel on, et alguses oli just tema rahatähe omanik. Võõraks oleks raha muutunud siis, kui ta oleks O-le õiguspäraselt võõrandatud. Omandi üleandmise kokkulepe BGB § 929 järgi on ilmselt olemas, küsitavaks jääb vaid, kas rahatäht on **üle antud**. Elulähedase lähenemisviisi korral peab ütlema, et siin on kokku lepitud mitmeetapilises tehingus. See tähendab, et hambapasta ja rahatähe valduse üleminekut ei saa hinnata erinevate kriteeriumide järgi. See tähendab järgmist.

Kui 20-margane oli juba üle antud, siis oli ta T-le võõras ja seega kõlblik varguse objekt. Hõivamist kontrollides tuleb valdust hinnata sama mõõdupuuga. Seega tuleb eeldada, et O on muutunud valdajaks (vt. eespool B V 3). Siis oleks T hõivanud rahatähe kui võõra vallasasja. Siit järeldub, et hambapastatuub ei olnud kõlblik varguse objekt, sest omandiõigus selle suhtes oli läinud üle T-le, samamoodi nagu omandiõigus rahatähe suhtes O-le.

Võib aga asuda ka vastupidisele seisukohale, et rahatähe omandiõigus ei olnud veel üle läinud. Siis ei varastanud T raha, küll aga hambapastatuubi.

Otsustava tähtsusega on seda kaasust lahendades see, et mingil juhul ei saa T-d süüdistada nii rahatähe kui hambapastatuubi varguses. See tähendaks ju, et T oleks tekitanud 22 marga suuruse kahju, mis ei vasta majanduslikule tegelikkusele.

Seepi ja 15 marka vahetusraha ei saanud T varastada sel põhjusel, et nende kummagi valdus läks üle O **nõusolekul**. Küsimus, kas tegemist on kelmusega, sõltub sellest, kuidas lahendada hambapastatuubi või 20-margase varguse küsimus.

3. Tingimuslik nõusolek

Suures enamuses on seisukoht, mille järgi nõusolek võib olla seotud **tingimusega**. Sel juhul on valduse murdmine välistatud vaid siis, kui tingimus on saabunud.

Minevikus rakendati seda konstruktsiooni nii kohtupraktikas kui ka kirjanduses **kaubaautomaatide** puhul.

Näide. O on pannud välja sigaretiautomaadi. T kasutab automaati, kuid ei viska sellesse 5-margast münti, vaid sama suuruse ja kaaluga metallitüki. Nii saab ta tasuta paki 20 sigaretiga.¹⁵

Hetkel, kui T tegutsema hakkas, oli sigaretipakk tema jaoks võõras vallasasi. Kuni see oli automaadis, oli valdajaks O. Hiljemalt sigaretipaki kaubapesast väljavõtmisega lõpetas T senise valduse ja kehtestas enda oma. Küsitav on ainult, kas ta **murdis** O valduse.

O on nõus sigaretipaki valdust üle andma – kui klient paneb vastutasuks automaati raha. Mõistagi seab O valduse üleminekule kaks eeldust:

- klient paneb automaati **ehtsa** raha;
- automaat töötab nii nagu vaja.

Teise eelduse mõtte on vältida (iseenesest mõeldavat) juhtu, kui automaat väljastab 5-margase ehtsa münti sisseviskamise peale näiteks kakskümmend pakki sigarette. Siis on esimene eeldus täidetud, kuid teine mitte. Vähemasti ülejäänud 19 paki valduse üleandmiseks puudub O nõusolek.

Sellisel juhul on võimalik hõlmata §-ga 242 ka suhteliselt lihtsat juhtu, kui manipuleeritakse kaubaautomaati.

Selles ongi põhjus, miks §-s 265a nimetatud **soorituse** all ei mõelda asja väljastamist automaadi poolt, vaid üksnes **mittemateriaalset** sooritust.

Ainult mõni üksik autor asus varem seisukohal, et selline vahetegemine ei ole õige. Nad leidsid, et kaubaautomaatide suhtes ei tule kunagi kohaldada §-i 242, vaid ainult §-i 265a. Need seisukohad ei leidnud aga pooldajaid.

Juba siin võime juhtida tähelepanu sellele, et tingimusliku nõusoleku konstruktsiooni kohaldamine kaubaautomaatide puhul ei ole päris probleemitu. See tuleb alljärgnevalt.

Nõusolek kui sisemine nõustuv tahe peab olema olema valduse ülemineku hetkel. Nii aga tekib probleem, kui kaubaautomaati kasutatakse öösel, kui automaati väljapanija tõenäoliselt magab ja tal ei saa nõustuvat tahet tekkida. Raskusi tekitab ka juht, kui automaadi väljapanija on surnud ja tal puudub pärija, kellel võiks nõustuv tahe tekkida.

¹⁵ Vastavalt autori selgitusele on tegemist vana kaasusega, mille tegevus toimus ajal, kui automaadist ostetud sigaretipakis oli tõepoolest 20 sigaretti. Praeguseks ajaks on sigarettide hind tõusnud ja automaatidesse pandavates pakkides on vähem sigarette, et neid saaks endiselt 5 marga eest osta.

Näide. T sõidab öösel autoga raudteejaama, et osta ehtsa raha eest pakk sigarette. Teel jaama kuuleb ta raadiost, et kuulus kaubaautomaatide firma omanik O on surnud. Tema pärijaks on raadio andmetel kaheaastane poeg.

Kui võtta tingimusliku nõusoleku konstruktsiooni tõsiselt, siis tuleks niisugustes kaasustes asuda seisukohale, et T varastab paki sigarette, kuna talle oli selge, et antud hetkel ei olnud ühelgi inimesel nõustuvat tahet. Kuna aga keegi sellist lahendust ei poolda, tekivad tingimusliku nõusoleku teooria suhtes tõsised kahtlused.

Nagu järgnevas (alajaotus III) näeme, süvendavad neid kahtlusi kaasaegsed müügimeetodid – selvekauplused ja pangaautomaadid.

III. Komplitseeritud kaasused

1. Nõusoleku kehtivus kavaluse ja sunni korral

a) Probleem

Kui eeldada, et valdaja on valduse üleminekuga nõus, siis tekib küsimus, kas nõusolek on kehtiv ka siis, kui selle ajendas kavalus või sund. Siin on küsimus varavastase kuriteo piiritlemises vastavalt kelmusest ja väljapressimisest.

b) Kavalus

Nõusoleku kehtivuse hindamise suhtes kavaluse kasutamise korral on kohtupraktika ja kirjandus üksmeelel. Valdaja **motiivieksimused** sisemist nõustuvat tahet kehtetuks ei muuda. Nõustuv tahe on tähenduseta vaid siis, kui valdaja kujutleb, et tal ei ole mingit võimalust asja enda valdusse jätta – ükskõik, kuidas ta ka ei käituks, jääb ta valdusest ilma.

Näide. Sissemurdja O on varastanud ehteid ja hoiab neid oma korteris. T saab sellest teada, otsib O üles ja esitleb ennast võltsitud politseimärki näidates politseinik P-na. Ta nõuab O-lt ehete äraandmist, ähvardades vastasel korral võetusega. O lööb kartma ja annabki ehted ära.

Siin ajendas valduse ülemineku O-lt T-le viimase kasutatud pettus. O oli valduse üleminekuga nõus, kuid üldaktsepteeritava seisukoha järgi on nõusolek tähenduseta, kuna O arvas, et ta jääb valdusest igal juhul ilma, ükskõik, kuidas ta ka ei käituks.

Järelikult on tegemist hõivamisega ja T on pannud toime varguse.

Siin tuleb tõsiselt kõne alla ka kelmus. Sellega seoses saab argumenteerida alljärgnevalt.

T pettis O-d ja viis ta eksitusse. O ei ole aga oma vara käsutanud, sest varakäsutus kelmuse koosseisus eeldab valdaja kujutlust, et vara üleminek sõltub temast. Kuna siin uskus O, et ta jääb valdusest ilma igal juhul, siis puudus tema käitumises isegi minimaalne vabatahtlikkus, nii et varakäsutusest ei saa rääkida ja kelmus on välistatud.

c) Sund

Kui nõusolek antakse sunni mõjul, sõltub tema kehtivusest, kas tegu tuleb kvalifitseerida röövimise või väljapressimisena. Kui nõusolek on sunni tõttu kehtetu, on toimija hõivanud võõra asja ja pannud seega toime röövimise. Kui nõusolek on aga sunnile vaatamata kehtiv, on tegemist väljapressimisega, sest hõivamine puudub.

Näide. T läheb pimedas metsas jalutaja O juurde, ähvardab teda püstoliga ja ütleb: «Raha või elu!». O annab talle oma rahakoti.

Uurides röövimise koosseisu, tuleb kõigepealt nentida, et T ähvardab O-d vahetu ohuga elule ja tervisele, s.t. kasutab koosseisus nõutavat kvalifitseeritud sundimisvahendit. O rahakott on T jaoks võõras vallasasi. Rahakott oli algul O valduses, pärast aga T valduses. Valduse nihutamine on seega aset leidnud. Küsitav on, kas valdaja muutus valduse **murdmise** tõttu.

Selles võib tekitada kahtlust see, et O mitte ainult ei nõustunud valduse üleminekinga, vaid tegi selle lausa oma käega teoks.

Peaaegu üksmeelse seisukoha järgi kirjanduses tuleb nõusoleku kehtivust hinnata sunni korral samade kriteeriumide järgi nagu kavaluse korral. Selle käsituse järgi on siingi määrav see, kas O kujutles endal olevat valikuvabadust või uskus, et jääb valdusest igal juhul ilma. Vaadeldavas kaasuses tuleks arutleda nii.

Ehkki T annab O-le sõnades valiku «raha või elu», väljendub ta tegelikult ebatäpselt. Rahast ilmajäämise osas ei ole O-l mingit valikuvabadust. Väljendunuks T täpselt, pidanuks ta ütleva: «Raha või raha ja elu!» sest tegelikult mõtleb ta ju: «Sa kas annad mulle raha – siis jääd sa ellu, või sa ei anna mulle raha – siis kaotad sa elu ja ma võtan raha ikkagi ära.»

Valduse kaotamise osas O-l niisiis valikuvabadust ei olnud. Seega on kirjanduse seisukoha järgi O nõusolek kehtetu, T on hõivanud võõra vallasasja ja pannud toime röövimise.

Sootuks teisiti tõlgendab seda olukorda Liidukohus. BGH seisukoha järgi ei ole röövimise puhul tähtis, kas nõusolek on sunni tõttu kehtetu. Määrav on hoopis see, kuidas kannatanu pealtnäha käitub – «**väline mulje**». Röövimine eeldab, et toimija **võtab** asja. Kui aga kannatanu selle annab, siis on röövimine välistatud.

Seejuures tuleb tähele panna, et **ainult röövimine** eeldab, et toimija asja **võtaks**. **Väljapressimine** seevastu ei eelda asja **andmist**. See tuleb sellest, et kohtupraktika järgi ei eelda väljapressimine ja isegi mitte röövväljapressimine **varakäsutust**. Vastupidi, kui toimija võtab asja ära, paneb ta lisaks röövimisele toime ka röövväljapressimise. Kuna röövimine on kohtupraktika järgi röövväljapressimise

suhtes erikoosseis, taganeb viimane esimese ees. Kui aga röövimine on välistatud selle tõttu, et toimija ei võtnud asja ära, kvalifitseeritakse tegu röövväljapressimisena.

Selles ongi muuseas põhjus, miks kohtud ei kvalifitseeri enamikku pangaröövidest röövimise, vaid röövväljapressimisena. Üldjuhul **annavad** ju pangatöötajad raha üle leti toimija kätte, see aga ei ole välise mulje järgi röövimiseks vajalik võtmine. Nii ei jäägi üle muud kui kvalifitseerida tegu röövväljapressimisena.

Kohtupraktika seisukohale võib vastu väita muuhulgas seda, et üksikjuhul on äärmiselt raske toimunud välise mulje järgi hinnata. Kui näiteks toimija ähvardab taksojuhti püstoliga ja sunnib ta taksost väljuma, et siis sellega ise minema sõita, on väga raske öelda, kas T võttis takso või taksojuht andis talle selle. Muidu sõltub vahetegemine sellest, kas eeldada väljapressimise korral varakäsitust (nagu kirjandus) või mitte. (Vt. lähemalt väljapressimise juurest.)

2. Kelle nõusolekut on vaja?

Teine keeruline küsimus nõusoleku juures on: **kelle** nõusolek on määrav?

Üldjuhul, kui valduse üleminekuga on nõus valdaja, on asi lihtne. Pole kahtlust, et valdaja enda nõusolekul on tähtsus. Tekib aga küsimus, kas hõivamist välistava kehtiva nõusoleku võib anda ka **keegi teine** peale valdaja.

Lihtsam juht, mille lahenduse osas valitseb üksmeel, on see, kui nõusoleku annab isik, kellel on **õigus** valdaja esindajana tema tahet väljendada. See õigus võib tuleneda tehingust. Kui valdaja volitab teise isiku asja enda nimel valdama ja ise selle üleandmise üle otsustama, siis välistab ka voliniku nõustuv tahe hõivamise. Esindusõigus võib aga tuleneda ka seadusest. Nii on näiteks siis, kui vanemad haldavad oma alaealise lapse vara. Haldamisõiguse raames saavad nad anda kehtiva nõusoleku valduse üleminekuks.

Siiamaani on kohtupraktika ja kirjandus ühel meelel.

Vaieldav on vaid küsimus, kas kehtiva nõusoleku võib anda veel keegi peale valdaja enda ja teda esindama õigustatud isikute. Siin on väljendatud erinevaid seisukohti.

a) Õigusliku volituse teooria

Õigusliku volituse teooria ütleb, et kehtivat nõusolekut ei saa anda **mitte keegi** peale valdaja ja õiguslikult volitatud isikute. Kui kolmas isik ajendatakse asja välja andma, on tegemist võõra valduse murdmisega. Vastavalt asjaoludele tuleb siis kõne alla selle kolmanda isiku kihutamise vargusele või varguse vahendlik täideviimine.

Näide (ühisgaraaži kaasus).

T on võitnud O usalduse. O-l on hinnaline sõiduauto ja ta hoiab seda ühisgaraažis. Õhtul viib ta auto garaaži ja paneb lukku. Garaaživalvuritele on antud autode tagavaravõtmed, aga neil on keelatud sõidukeid käsutada. Tagavaravõtmeid tohivad nad kasutada ainult autode ümberpaigutamiseks ruumipuuduse või tulekahjuuho korral.

Garaaživalvur V on mitu korda näinud O-d koos T-ga autot ära toomas, kusjuures nende vahel paistab valitsevat täielik usaldus. Ühel päeval tuleb T üksi ja ütleb, et O palus tal auto ära tuua, aga rumalal kombel unustas ta (T) võtme maha. Sellepärast palub ta V-lt varuvõtit. V täidab palve heas usus.

T võtab auto ja sõidab sellega, nagu algusest peale planeeritud, igaveseks minema.

Selles kaasuses, mida puudutab tuntud ja paljudiskuteeritud BGH lahend, on küsimus selles, kas T on pannud toime varguse (vahendliku täideviijana) või kelmuse. Kaasuse tehioolud on omavahel alljärgnevas seoses.

Varguse koosseisu kontrollides tuleb kõigepealt tuvastada, kas auto oli T jaoks võõras vallasasi. Auto oli algul O valduses, ehkki O ei viibinud ise garaažis. Sotsiaalse arusaama järgi omistatakse auto valdus O-le organisatoorsete suhete põhjal. V-l auto valdust ei olnud, sest ta tegutses sotsiaalse sõltuvussuhte raames O heaks (asevaldaja).

Kui V andis auto T-le, lõppes O valdus ja tekkis T oma. Valduse ülekandmise tingimus on seega täidetud. Küsitav on valduse **murdmine**. Kuna ei O ega tema volinik ei andnud kehtivat nõusolekut, on määrav vaid see, kes V nõusolekul valduse üleminekuks saab siin mingit tähtsust olla. V-le oli auto väljaandmine sõnaselgelt keelatud – ta tohtis seda ainult ruumipuudusel või hädaolukorras ümber paigutada.

Õigusliku volituse teooria järgi ei ole siin kehtivat nõusolekut antud. Seega on valdust murtud ja järelikult asi hõivatud. Varguse koosseis on täidetud.

Siit tulenevad järeldused kelmuse koosseisu kontrolliks. Ehkki T tegi petmistoimingut ja W sattus eksitusse, puudus õigusliku volituse teooria järgi **varakäsusutus**. Selle teooria järgi saab ju vara kasutada isik, kellel on selleks õiguslik volitus. Kuna V-l seda polnud, on kelmus välistatud.

Rääkides vargusest, tuleb arvestada, et V oli heauskne, uskudes, et O on andnud kehtiva nõusoleku. See välistab tema tahtluse varguse toimepanemiseks. Nii on T varguse vahendlik täideviija, kuna ta valitseb V-d domineeriva teadmiseiga.

b) Leeriteooria

Kohtupraktika ei järgi õigusliku volituse teooriat, vaid käsitab kehtivat nõusolekut anda võivate isikute ringi laiemana. See defineeritakse esmalt kelmusest lähtudes. Kohtupraktika järgi võib kehtiva **varakäsusutuse** teha lisaks valdajale iga isik, kes asub **õigustatud isiku leeris**. Nendeks võib lugeda ka isikuid, keda valdaja on teinud **valduse hoidjateks** (nt. asevaldajateks).

Vaadeldud näites asus BGH seisukohale, et V käsutas O vara ja mõistis T süüdi kelmuses.

Vältimaks kelmuse kattumist vargusega, kandis BGH seejärel varakäsusutuse defineerimisel kasutatud põhimõtted üle nõusolekule. Sellest järeldub tees, et lisaks valdajale ja teistele õigusliku volitusega isikutele võib kehtiva nõusoleku anda ka **valduse hoidja**. Vaadeldud kaasuses on vara hõivamine seega välistatud seetõttu, et V oli valduse üleminekuks nõus.

c) Segateooria

Kirjanduses on olemas ka kolmas teooria, mis kohaldab õigusliku volituse teooriat varguse, kuid mitte kelmuse korral ja leeriteooriat varakäsituse, mitte aga varguse suhtes.

Selle teooria järgi ei andnud V vaadeldud näites kehtivat nõusolekut, järelikult on vara hõivatud ja vargus toime pandud. Mis puutub kelmusse, siis asus V segateooria järgi O leeris ja võis vara käsutada. Järelikult on lisaks vargusele pandud toime ka kelmus. Sellistel juhtudel on kelmus ja vargus **ideaalkonkurents**.

d) Seisukohavõtt

Leeriteooriaga ei saa nõustuda ja sellepärast tuleb eelistada õigusliku volituse teooriat. See tuleb eelkõige sellest, et varguse puhul viib leeriteooria päris kentsakatele tulemustele. Ühisgaraaži kaasuses on vaja põhjendada, miks V **nõusolek** valduse üleminekuks oli **kehtiv**. V-l oli ometi töölepingu järgi **sõnaselgelt keelatud** auto valdust üle anda. Kuidas seda keeldu ühitada väitega nõusoleku kehtivusest, on arusaamatu.

3. Automatiseeritud tehingud – ülevaade problemaatilistest kaasusetüüpidest

a) Sissejuhatus

Tänapäeva majandusele on iseloomulik, et varem iseenesestmõistetavaid isiklikke kontakte äripartnerite vahel ja sõlmitud tehingute isiklikku ettevalmistamist asendavad üha sagedamini suuremal või vähemal määral automaatselt töötavad seadmed. Jutt on eelkõige automatiseeritud andmetöötluse kasutamisest majanduselus. Tänapäeval võimaliku automatiseerituse taseme kõrval näib juba ajast aega kriminaalõiguslike arutluste objektiks olnud kaubaautomaat lausa fossiilina. Arvestades majanduselus asetleidvate automaatiseeritud protsesside keerukust, oli oodata, et kaubaautomaatide lubamatute manipuleerimiste puhul kasutatav vana ja auväärne tingimusliku nõusoleku konstruktsioon peagi üles ütleb.

Kriminaalõigustealdisliku diskussiooni areng viimasel kahekümnel aastal ei ole seda ootust petnud. Juba eespool tutvustatud **kolme kaasusetüübi** puhul ilmnes, et tingimuslik nõusoleku instituut ei kõlba uuema aja probleemide lahendamiseks. Selle tagajärjel paiskusid kohtupraktika ja kirjandus esmalt kaosesse, milles oli vaevu võimalik orienteeruda. Kriminaalõiguslikke lahendusettepanekuid tekkis nagu seeni pärast vihma. Ehkki praegu on märgata teatavat seisukohtade lähenemist, ei tohi unustada, et faktiliste olude põhjalik muutumine on alles algusstaadiumis, nii et need lahendused, mis seni on õnnestunud leida, ei pruugi tulevikus laitmatult töötada.

Senises mõttevahetuses probleemsete kaasuste lahendamise üle on suur tähtsus olnud kahel perspektiivil:

– Ühelt poolt esitab tehnika areng kaasajal suure väljakutse **kriminaalõigussüsteemile**. Kõikide probleemsete kaasuste lahendamisel tuli kõne alla terve rida eri kuriteokoosseise, mille omavaheliste suhete selgestegemiseks tuli üksikjuhtudel leida vastused ülikeerulistele teoreetilistele küsimustele.

– Selle kõrval ei tohi ära unustada, et kriminaalõigusteaduslikus diskussioonis probleemsete kaasuste kohase lahendamise üle on suure tähtsusega ka **kriminaalpoliitiline perspektiiv**. Kaasaja majanduselus esinevate automaatide ebasoovitatav manipuleerimine on ju võimalik üksnes seetõttu, et automaatidel ei ole piisavat tehnilist kaitset lubamatu käsitlemise vastu. Nii seadusandja kui ka õiguse rakendaja ees on seetõttu kriminaalpoliitiline küsimus, kas ja mil määral peaks kriminaalõiguslike vahenditega kaitstama majandustegevust automaatide abil, mis ei ole veel saavutanud piisavalt täiuslikku tehnilist taset. See perspektiiv paistab välja paljudest seisukohavõtudest probleemsete kaasuste kohta. Asjaolu, et automaate oli ja on võimalik manipuleerida, provotseerib märgatava hulga kuritegude toimepanemise. Teisest küljest loob automaatide kasutamisest saadav suur personalikulude sääst suure stiimuli automaatide kasutamiseks. Kui kriminaalõigus nõustuks rutakalt kompenseerima automaatide mistahes tehnilist ebatäiuslikkust karistusähvardustega, väheneks majandustegevuses osalejate valmidus teha kulutusi automaatide kasutuskindluse tõstmiseks.

Otsuse, mil määral peaks kriminaalõigus kompenseerima kasutatavate automaatide nõrkust, peaks õieti langetama seadusandja. Kahjuks aga on ta õiguse rakendaja suuremalt jaolt saatuse hooleks jätanud.

Edasises selgitame neid probleeme järgmise skeemi järgi.

Esmalt esitatakse alajaotistes b kuni d ülevaade problemaatilistest kaasusetüüpidest. Seejärel käsitletakse jaotistes 4 jj neid kaasusetüüpe üksteise järel, erinevaid kriminaalõiguse aspekte silmas pidades. Iga kord tuuakse esimesena välja ja jäetakse edasisest vaatlusest kõrvale need probleemid, millel ei ole varguse koosseisuga midagi pistmist. Siis järgneb hõivamise probleemi käsitus.

Käsitluse lõpus (jaotis 7) esitab autor praeguseks olemasolevate lahendustettepanekute head ja halvad küljed ning oma seisukoha.

b) Pangaautomaadid

Pangaautomaadid on pankade väljapandud automaadid, mis võimaldavad kliendil võtta oma arve pealt raha ka ajal, mil pank on kinni. Selleks antakse kliendile tšekikaart või pangakaart koos isikliku identifitseerimisnumbriga (PIN-kood). Pank ja klient sõlmivad lepingu, mille üksikasjad on määratud üldtingimustega. Viimased seavad kliendile mitmesugused piirangud:

– Klient võib raha välja võtta ainult siis, kui tema arvel on piisavalt raha või tal on vastav krediidilimiit. Seda nõuet on vaja selleks, et üldjuhul ei ole pangautomaadil juurdepääsu kliendi kontoseisule, mistõttu ta ei ole võimeline eelnimetatud asjaolusid ise kontrollima.

– Kliendile on keelatud anda oma kaarti raha väljavõtmiseks teisele isikule, samuti teatada teisele isikule oma PIN-koodi.

Kriminaalõigusliku tähendusega manipulatsioonid pangautomaatidega esineb väga erisugustes vormides.

Esimene juht, mida tuleb vaadelda, on selline, kus kurjategija saab kaardi ja PIN-koodi kuidagi enda kätte. Siin on arutletud selle üle, kas juba pangakaardi hõivamist saab käsitada vargusena. See on kahtlane eelkõige siis, kui toimija kavatses kaardi pärast kasutamist tagastada. Nii satub kahtluse alla üks enda kasuks pööramise kavatsuse element – kestev ilmajätmine.

Kui krediitkaardi¹⁶ äravõtmine varguseks lugeda, siis tekib küsimus, millises seoses on selle vargusega hilisem pangautomaadi manipuleerimine. Osa autoritest leiab, et kaardi enda vargus **taganeb** seaduskonkurentsi alusel.

Pangautomaadi manipuleerimine ise võib esineda järgmistes vormides:

(1) Kõige lihtsam ja raskusteta lahendatav juhtum on selline, kus toimija murrab automaadi jõuga lahti ja võtab selles oleva raha ära.

(2) Teine võimalus on selline, et toimija võltsib pangakliendi pangakaardi, s.t. teeb selle ise valmis ja kodeerib selle magnetribale enda väljamõeldud PIN-koodi.¹⁷ Seda kaarti ja enda sisestatud PIN-koodi kasutades võtab ta pangautomaadist sularaha.

(3) Kolmandal juhul võtab toimija ära võõra pangakaardi, muretseb PIN-koodi ja kasutab neid sularaha väljavõtmiseks.

(4) Toimijaks on pangaklient ise, kes kasutab ehtsat pangakaarti ja õiget PIN-koodi ning võtab välja rohkem sularaha kui tema kontoseis ja krediidilimiit lubaksid.

(5) Pangaklient annab tuttavale oma pangakaardi ja PIN-koodi ning palub tal enda eest raha välja võtta.

Nende kaasusetüüpide eraldi väljatoomine on vajalik sellepärast, et neid lahendatakse kirjanduses ja kohtupraktikas väga erinevalt.

c) Selvetanklad

Klient sõidab autoga selvetankla tankuri juurde ja laseb sellest oma auto bensiinipaaki teatud koguse kütust.

Siin on võimalikud kaks varianti:

(1) kliendil tekib alles pärast tankimist mõtte maksmata jätta ja selle otsuse mõjul sõidab ta minema;

(2) kliendil oli juba tankimist alustades kavatsus maksmata minema sõita.

¹⁶ Autor kasutab siin ja edaspidi sõnu «krediitkaart», «pangakaart» ja «tšekikaart» sünonüümidenä. Kui rääkida pangautomaadist sularaha väljavõtmisest, siis polegi neil tegelikult vahet.

¹⁷ Nagu autor selgitas, ei ole pangakaardi magnetribal mitte PIN-kood ise, vaid teatud teiseiduse tulemusena saadud arv. Kui klient sisestab automaati oma PIN-koodi, teeb automaat sellega vastava teiseiduse ja kui tulemus on sama, mis magnetribale kantud kood, siis laseb kliendil tehinguid teha. Sellist süsteemi kasutatakse selleks, et PIN-kood püsiks kergemini saladuses.

d) Mänguautomaadid

Mänguautomaat on aparaat, millesse münte sisse pannes on võimalik vastavalt pöörlevate rullide asenditele võita suurem rahasumma.

Kaasaegsete rahamänguautomaatide eripära on selles, et nad on töötavad elektrooniliselt, kindlaksmääratud programmi järgi. Selle, kas rullid näitavad seisma jäädes võitu või kaotust, määrab programm. Seadme küljes oleva kangi tõmbamine mõjutab tulemust väga vähe või üldse mitte.

Mänguautomaate saab manipuleerida kahel viisil:

(1) Toimija muudab välise elektroonilise lisaseadme abil programmi, nii et ta võidab.

(2) Teine, kavalam võimalus on programmi tööpõhimõtte väljaselgitamine. Selleks jälgitakse pikka aega automaadi tööd või hangitakse tootjafirmalt programmi algtekstid. Sellisel juhul võib toimija saada suuri võite, asudes alati mängima just siis, kui programmi järgi on peagi võitu oodata.

4. Pangaautomaadid

Kui jätta kõrvale pangakaardi enda hõivamine, siis tuleb lahendada küsimus, kas eelloetletud variantides on realiseeritud kuriteokoosseis. Siin tuleb teha vahet järgmistel variantidel:

– Esiteks tuleb küsida, kas rahatähtede suhtes on realiseeritud **varguse** koosseis. See küsimus on siin käsitletava hõivamise mõiste keskpunktis.

– Teiseks on mõeldavad ka teised koosseisud peale varguse. Neid käsitleme siin kõigepealt, ehkki lühidalt.

a) Teised koosseisud peale varguse

Enne seda, kui Teise majanduskuritegevuse vastu võitlemise seadusega (2. *Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*) kehtestati §-d 263a (arvutikelmus) ja 266b (krediidi- või tšekikaardi kuritarvitamine), tuli juhtudel, kui varguse eeldused ei olnud täidetud, kõne alla veel ainult omastamine (§ 246). Nüüd aga tuleb §-e 263a ja 266b kontrollida enne. Vähemasti § 263a puhul tuleneb see nõue § 246 subsidiaarsuseklausli (mille kohaldamisala on õieti veel ebaselge) uuest sõnastusest.

(1) Arvutikelmus (§ 263a)

Tänapäeval loetakse enamikel pangaautomaatide manipuleerimise juhtudel arvutikelmuse koosseis täidetuks. Päris vaieldamatu see ei ole.

Paragrahv 263a sisaldab nelja toimingut, millest kolmas on «andmete loata kasutamine». Igasugust koodiga kaardi kasutamist loetakse andmete kasutamiseks. Loa puudumine tuleb valitseva arvamuse järgi pankade üldtingimustest. See tähendab,

et eespool alajaotuses 3 b kirjeldatud kaasustes on toime pandud andmete loata kasutamine.

Osa autoritest väidab sellele vastu, et kriminaalõiguse ülesandeks ei saa olla pankade üldtingimuste täitmise tagamine. Seepärast asuvad need autorid seisukohale, et andmete loata kasutamisest ei saa rääkida siis, kui loa puudumine tuleneb üksnes panga ja kliendi **omavahelistest suhetest**. Järelikult ei ole arvutikelmusega tegemist krediidilimiidi ületamise korral ega ka siis, kui klient palub – arvel piisavalt raha omades, kuid üldtingimusi rikkudes – tuttavalt enda eest raha välja võtta. Luba puudub ainult siis, kui kasutatakse võltsitud või varastatud kaarti.

Sellele lisaks väidavad mõned autorid, et §-s 263a sisalduv abitunnus «andmetöötlusprotsessi tulemuse mõjutamine» eeldab, et toimija sekkub juba käimasolevasse andmetöötlusprotsessi ja muudab seda. See tunnus ei olevat täidetud siis, kui toimija ise **käivitab** andmetöötlusprotsessi. Kui see väheveenev vahetegemine kõrvale jätta, siis jääb § 263a tõsise kitsendamiskatsena alles püüd välistada loa puudumise üle otsustamisest panga ja kliendi omavahelised suhted. Sisuliselt on siin tegemist kriminaalpoliitilise põhimõtteküsimisega.

(2) Tšeki- või krediitkaardi kuritarvitamine (§ 266b)

Paragrahvi 266b tekst kõlab nii:

«Kes kuritarvitab talle tšeki- või krediitkaardi andmisega antud võimalust väljaandjat maksmiseks kohustada, ja viimasele sellega kahju tekitab, seda karistatakse vabadusekaotusega kuni kolme aastani või trahviga.»

Juba § 266b sõnastusest on näha, et tegemist on **erideliktiga**. Kaarti saab kuritarvitada ainult isik, **kellele** on antud õigus teist isikut maksmiseks kohustada. Siit järeldub loogiliselt, et § 266b koosseisu ei saa realiseerida isik, kes näiteks varastab võõra krediitkaardi, sest temale sellist volitust antud ei ole.

Kuriteo toimepanijana tuleb niisiis kõne alla ainult kaarti kasutama **õigustatud** isik. Kui selline isik võtab pangaautomaadist välja rohkem sularaha, kui tema kontoseis ja krediidilimiit võimaldavad, siis leiab üks osa kohtupraktikast ja kirjandusest, et see vastab juba § 266b koosseisule.

Suurem osa autoritest arvab aga, et see ei ole nii. Tšekikaardi kuritarvitamine eeldab nimelt tšekikaardi kasutamist tema **spetsiifilises funktsioonis**. Tšekikaardi otstarve on selles, et tema kolmandale isikule (näiteks jaekauplejale) esitamisega saab pangale tekitada kohustuse tasuda tšekile märgitud summa. Kui kaardiomanik kasutab kaarti rahaautomaadis omaenda arvelt raha võtmiseks, ei kasutata tšekikaarti tema spetsiifilisel otstarbel ja §-i 266b kohaldada ei saa.

(3) Omastamine (§ 246)

Juhul, kui tegu ei saa kvalifitseerida ei varguse, arvutikelmuse ega kaardi kuritarvitamisena, jääb üle ainult omastamine (§ 246). Selle eelduseks on, et raha, mille toimija endale võtaks, oleks **võõras**.

Määrav on seega vähemasti mõnda liiki juhtudel küsimus, kas raha omandiõigus on toimijale üle antud. Suure enamuse arvates ei ole see pangautomaadist liiga suure rahasumma väljavõtmise korral kunagi nii, seega on vähemalt omastamine toime pandud. Vastav tsiviilõiguslik konstruktsioon on päris lihtne.

Hetkel, mil raha ilmub rahapilusse, teeb pank kliendile võõrandamisettepaneku ja klient aktsepteerib selle. Privaatautonoomia printsiibist tulenevalt võib pank seada ettepaneku sõltuvusse mistahes tingimustest või muudest eeldustest. Vaadeldaval juhul soovib pank aga raha võõrandada ainult tšekikaardi õigustatud kasutajale. Järelikult ei omanda raha see klient, kelle krediidilimiit on ületatud. Siit järeldub, et kui mõni panga seatud tingimustest ei ole täidetud, on raha käsitatav kliendi jaoks võõra asjana.

Üksikud autorid on proovinud põhjendada ainult üldtingimustes olevate tingimuste kehtetust. See on aga tsiviilõiguse perspektiivist ebaeenev. Seepärast tuleb esialgu leppida sellega, et omastamise koosseis on täidetud.

b) Varguse koosseis

Kui lähtuda eeldusest, et kõikidel pangautomaadi manipuleerimise juhtudel on pandud toime vähemalt omastamine, siis sõltub hõivamise olemasolust, kas omastamise asemel on tegemist vargusega.

Et varguseks piisab sellest, kui asi oli võõras hõivamistoimingu algamise hetkel (vt. lk. 45 jj), ja kuna rahaautomaadi manipuleerimisega kaasneb raha üleminek panga valdusest toimija omasse, siis sõltub hõivamine ainult sellest, kas tegemist on **valduse murdmisega**.

Kuna ausa pangakliendi tegevust ei saa hõivamiseks lugeda, siis on manipuleerimise juhte lahendades väga oluline konstrueerida hõivamise põhjendus nii, et ausaid kliente vastutusele võtta ei saaks.

Kohtupraktikas ja kirjanduses on selleks välja pakutud kaks väga erinevat lahendusteed.

(1) Tingimusliku nõusoleku teooria

Kirjanduses on suures ülekaalus püüd lahendada probleemi eaka tingimusliku nõusoleku teooria abil. Seda tehakse väga erinevatel viisidel. Eristada tuleb kolme seisukohtade gruppi.

(a) Modifitseerimata tingimuslik nõusolek

Ühe osa kirjanduse järgi tuleb tingimusliku nõusoleku teooriat rakendada nii, et valdajale jääb õigus seada oma nõusolek valduse üleminekuks sõltuvusse mistahes tingimustest. Sellest järeldub, et kõikidel alajaotuses 3 b nimetatud problemaatilistel juhtudel puudub nõusolek ja tegemist on võõra asja **hõivamisega**.

(b) Objektiseeritud valdusetõke

Teine osa autoritest piirab tingimusliku nõusoleku teooriat väitega, et tingimustel, millega valdaja oma nõusoleku seob, on tähtsust ainult niivõrd, kui need väljenduvad **automaadi välisehituses**. Selle seisukoha järgi peab automaadi ülespanija seega objektiviseerima oma mittendõustuva tahte «**valdusetõkete**» paigaldamisega.

See konstruktsioon toob kõigepealt kaasa nende juhtude välistamise, kui klient kasutab omaenda kaarti, kuid võtab välja rohkem raha kui **krediidilimiit** lubaks. Kuna automaat ei kontrolli, kas arvel on piisavalt raha, siis puudub objektiviseeritud valdusetõke.

Välistatud on selle teooria järgi aga ka sellised juhud, kui varas kasutab ehtsat tšekikaarti, mis on õigustatud kliendilt varastatud. Kuna siin kasutatakse ehtsat kaarti ja automaat ei kontrolli kliendi õigust kaarti kasutada, ei ole nõusoleku sõltuvusseadmine kaardi kasutaja isikust kehtiv ja võõra vara hõivamine on välistatud.

Teisiti on võltsitud tšekikaardi kasutamise korral. Paigaldades kaardi ehtsust kontrolliva seadme, loob automaadi väljapanija võltsitud kaartide kasutamise vastu objektiviseeritud valdusetõkke. Sellisel juhul **on** tegemist võõra vara hõivamisega.

Ammugi tuleb võõra vara hõivamisena käsitada pangaautomaadi mehaanilist lahtimurdmist.

(c) Tingimuse saabumise äratuntavus

Teise käsituse järgi kirjanduses on lubatavad vaid sellised tingimused, mille täidetuses valdaja oleks võinud veenduda, kui ta oleks valduse ülemineku juures viibinud.

Ehkki see käsitus loodi eelkõige maksmata tankimist silmas pidades, võib teda võtta ka üldise teooriana. Millised järeldused sellest aga pangaautomaatide puhul tulenevad, seda selle seisukoha pooldajad siiski ei selgita.

(2) Väline mulje

Pärast äsjakirjeldatud põhiseisukohtade kõikvõimalike variantide käsitlemist arvukates artiklites ja kohtulahendites võttis Liidukohus hämmastaval kombel aluseks täiesti teistsuguse lähenemise. Nii maksmata tankimise kui ka pangaautomaatide manipuleerimise korral hülgas BGH tingimusliku nõusoleku teooria täielikult ja lõi hõivamise kontrollimiseks kriteeriumi, mida ta oli juba varem kasutanud röövimise ja väljapressimise piiritlemiseks.

Liidukohtu arvates ei ole tähtis, milliste tingimustega automaadi väljapanija raha väljaandmise sidus. Ainus määrav asjaolu on see, kas valduse üleminek toimus pangapoolse andmistoiminguga või kliendipoolse võtmistoiminguga. Määrav on seega **väline mulje**.

Kuna pangaautomaadis ei anna raha välja pangatöötaja, siis tuleb vaadata, kuidas automaadi teostatav valduse üleandmise toiming välja näeb. Sellele lisaks on tähtis see, kas automaadi andmistoimingut saab **omistada** automaadi väljapanijale.

Siit järeldub, et BGH seisukoha järgi on pangaautomaadi väliselt korrektsena paistval kasutamisel alati tegemist pangale omistatava andmistoiminguga ja vara hõivamine on välistatud. See ei kehti mitte ainult siis, kui õiget pangakaarti kasutatakse üldtingimusi rikkudes, vaid ka siis, kui kasutatakse varastatud või võltsitud kaarti. Kõikidel nendel juhtudel on vargus välistatud ja kui tegu ei saa kvalifitseerida § 263a või § 266b järgi, jääb üle omastamine.

5. Selvetanklas tankimine

a) Lihtne juht

Nagu eespool öeldud, võib maksmata tankimist ette tulla kahtemoodi. Esimene juht on lihtne: klient otsustab pärast tankimise lõpetamist maksmata minema sõita.

Siin ei ole tankimisel endal mingit kriminaalõiguslikku tähendust. Ärasõitmist saab kvalifitseerida kõige rohkem omastamisena. See eeldaks, et tangitud bensiin on veel võõras. Kuna tankla võõrandab bensiini omandireservatsiooniga (BGB § 455), s.t. omandiõigus läheb üle alles pärast maksmist, on bensiin ka paagis veel võõras. See kehtib ka siis, kui paagis oli juba enne bensiini, mis kuulus kliendile. Asjade segunemisel tekib BGB § 948 järgi kliendi ja tanklaomaniku **kaasomand**. Omastada saab aga ka kaasomandis olnud vara (vt. lk. 43).

Sellisel juhul on seega toime pandud ainult omastamine.

b) Keeruline juht

Kui kliendil on juba tankimist alustades tahtlus hiljem maksmata ära sõita, tuleb kriminaalõiguslik hinnang anda ka tankimisele endale.

(1) Hõivamisega seotud probleemid

Sarnaselt pangaautomaadiga püütakse kirjanduses ka selvetanklas tankimise probleem valdavalt lahendada tingimusliku nõusoleku teooria abil. Siin tehakse samasuguseid eristusi nagu pangaautomaatide puhul. Osa autoreid leiab, et tanklapidaja kui valdaja on valduse üleminekuga nõus ainult tingimusel, et klient on maksevõimeline ja maksmisvalmis. Kui üks nendest tingimustest on täitmata, ei ole ka nõusolekut. Kui klient on seega algusest peale ebaaus, läheb valdus üle valdaja nõusolekuta, mistõttu klient on hõivanud võõra asja ja pannud toime varguse.

Objektiviseeritud valdusetõkke teoorial ei ole tankimise puhul tähtsust või vähemasti ei ole selle teooria esindajad tankimisekaasuste kohta arvamust avaldanud. Teine tingimusliku nõusoleku teooria modifikatsioon, mille järgi nõusolekut saab sõltuvusse seada üksnes väliselt äratuntavatest asjaoludest, jõuab siin tulemusele, et kliendi maksevalmiduse puudumine ei ole **äratuntav**, nii et nõusolek on **tingimusteta** ja hõivamist ei ole.

Liidukohus kasutab siingi oma **välise mulje** teooriat. Automaatse tankuri kasutamine olevat «tanklapidajale omistatav andmistoiming», nii et võõra asja hõivamine ja vargus ei ole mõeldavad.

(2) Kelmus?

Modifitseerimata tingimusliku nõusoleku teooria järgi on siin tegemist vargusega, järelikult on kelmus välistatud, sest need kaks kuritegu välistavad teineteise.

Kui aga BGH eitab võtmist, tekib küsimus, kas kõne alla tuleb kelmus.

Selle eelduseks oleks petmistoimingu ettevõtmine kliendi poolt. Selle olemasolu konstrueeritakse nii, et tankuri tavapärase kasutamine on maksevalmidust ja maksevõimet väljendav tähenduslik tegu. Tanklapidaja eksimusest saab aga rääkida üksnes siis, kui see tankimist pealt näeb. Varakäsitlus eeldab omakorda, et tanklapidaja tankimist pealt näeks ja **taluks**.

Nii satub kohtupraktika probleemi ette, sest selvetanklas tankimist tanklapidaja või tema töötajad sageli pealt ei vaatagi. Sellisel juhul on aga kelmus välistatud eksimuse ja varakäsitluse puudumise tõttu.

Et aga klient ei saa üldjuhul välistada võimalust, et tema käitumist jälgitakse, asuvad kohtud siin seisukohale, et kliendil oli eksimuse, varakäsitluse ja varalise kahju suhtes **kaudne tahtlus**, järelikult pani ta toime **kelmuse katse**.

Märkus.

Selles ongi vast põhjus, miks paljudes selvetanklates on väljas sildid, et tankimist jälgivad videokaamerad. Sellised sildid on välja pandud ka tanklates, kus tegelikult videokaameraid ei ole. Tegemist on tanklapidajate katsega teatada ebaausatele klientidele, et neid jälgitakse, millest BGH praktika järgi piisab kelmuse tahtluse ja seega kelmuse katse jaoks.

Muidu tuleb aga nagu lihtsalgi juhul (a) kõne alla omastamine.

6. Mänguautomaadid

Ka juht, kus mänguautomaati «tüssatakse» programmi kohta saadud informatsiooni ära kasutades, on väga vaieldav.

Mis puutub **vargusse**, siis suure enamuse seisukoha järgi võõra asja **hõivamisega** tegemist ei ole. BGH seisukohast lähtudes on see loogiline, sest automaadi programmi ärakasutamisel on olemas väline mulje **andmisest**. Ka objektiviseeritud valdusetõkke teooria järgi on hõivamine välistatud. Nõusoleku puudumist võimaldab siin väita ainult modifitseerimata tingimusliku nõusoleku teooria, sest automaadi väljapanija tahet saab mõista nii, et ta ei nõustu valduse üleandmisega mängijale, kes tunneb programmi.

Rääkides arvutikelmusest (§ 263a), tekib küsimus, kas mänguautomaadi käivitamist programmi tundva mängija poolt saab käsitada andmete loata kasutamiseks. Liidukohtu seisukoht, et saab küll, on põrkunud ägedale vastuseisule.

7. Kriitika ja seisukohavõtt

Järgnev käsitlus, milles kriitiliselt vaadeldakse eespool esitatud lahendusi, piirdub **hõivamise** probleemiga. Seisukohavõtt §-de 263a, 266b ja 263 osas tuleb vastavate koosseisude juures.

a) Tingimusliku nõusoleku teooria

Tänapäeval esinevate kaasuste lahendamisel on kiiresti ilmnunud tingimusliku nõusoleku teooria piiratud võimalused. Sellele teorialle võib esitada eelkõige kaks vastuväidet:

(1) Tingimusliku nõusoleku teooria töötab õieti **fiktsiooniga**. Ta järeldab automaadi ülespanemisest nõustuva tahte olemasolu, aga seda ei pruugi tegelikult olla. Seda näitab juba eespool (lk. 61) esitatud näitekaasus, kus automaadi ülespanija oli surnud ja kellelgi teisel ei olnud veel tema eest mingit tahet tekkinud. Seisukoht, et juhul, kui automaadi ülespanijal tegelikult nõustuvat tahet ei ole, on tegemist vara hõivamisega, on eluvõõras ja kunstlik ning seda tingimusliku nõusoleku teooria pooldajad tegelikult ei taotlegi.

Kuid ka tingimusliku nõusoleku teoriasse minevikus tehtud muudatused ei ole üldse veenvad.

(2) Seda võib öelda juba Herzbergi käsituse kohta, mille järgi tingimusteks võivad olla vaid sellised asjaolud, mis oleksid valdaja jaoks äratuntavad, kui see kohal viibiks. Tulemuste üle, milleni see seisukoht viib, kuid mida teooria pooldajad ise välja ei ole toonud, võib ainult ironiseerida. Kui näiteks isik läheb varastatud tšekikaardiga pangautomaadist raha võtma, siis ei ole kõrvalt vaadates üldjuhul märgata, et tal ei ole õigust seda teha. Mis saab aga siis, kui kaart on väljastatud hr. Alfons Maieri nimele, seda kasutav isik pole aga mees, vaid naine? Kas tõesti peaks määravaks olema see, et valdaja suudaks, kui ta automaadi kõrval seisaks, märgata, et kaardi kasutaja on «valest» soost?

Või kas selvetanklas peaks isiku tegevuse võõra vara hõivamiseks lugemine tõesti sõltuma sellest, kas kõrvaltvaataja saaks aru, et kliendil puudub maksevalmidus? Siis omandaks tähtsuse asjaolu, kas tanklaklient mõjub puruvaesena. Kui ta on aga korralikult riides, jääks kõrvaltvaatajale mulje, et ta on maksevõimeline. Mis saab aga siis, kui valjusti mõtlema kalduv klient endamisi mitu korda ütleb, et ta ei kavatse bensiini eest maksta? Kas siis tuleks omaette rääkiv klient lugeda varguse toimepannuks, endassesulgunud klient aga mitte?

Ka objektiviseeritud valdusetõkete teooria ei ole veenev, sest tema tehnilised kriteeriumid seavad hõivamise sõltuvusse juhuslikest asjaoludest automaadi ehituses.

Kõige selle põhjal võib öelda, et aeg on küps tingimusliku nõusoleku teooriast lahtiütlemiseks.

b) Valdajale omistatav andmisakt

Välise mulje ainsaks määravaks kriteeriumiks kuulutamise astus Liidukohus esimese sammu, mida selle probleemi lahendamisel vältimatuks peetakse: ta praktiliselt hülgas tingimusliku nõusoleku teooria. Väga problemaatiline on aga küsimus, kas varguse ja kelmuse eristamine peaks tõesti sõltuma sellest, kuidas müüja on valduse ülemineku mehaaniliselt korraldanud.

Selle kriitilise mõtte näitlikustamiseks vaatleme järgmist näidet.

Ajalehekirjastused levitavad tihti oma lehti läbipaistvate plaststendide abil. Need toimivad tavaliselt ilma automaatse mehhanismiga: klient paneb läbipaistvasse suletud mahutisse raha, avab seejärel kaane ja võtab ajalehe. Stendi juures on silt, millel palutakse enne ajalehe võtmist ostuhind ära maksta.

Klient, kes võtab ajalehe ilma raha maksmata, peaks BGH seisukoha järgi olema varas, sest väliselt kujutab tema käitumine endast **võtmisakti**. Võtmisaktiga on aga tegemist ka siis, kui klient on enne raha maksnud. Kuidas siis öelda, et aus klient ei ole võõrast vallasasja hõivanud? See jääb arusaamatuks – välja arvatud juhul, kui võtta ikkagi appi tingimusliku nõusoleku teooria.

Kujutleme järgmisi variatsioone.

Esimeses variandis on rahamahuti konstrueeritud nii, et raha sisseviskamisel vabaneb riiv, mis kaant kinni hoiab. Siis saab klient kaane avada ja ajalehe võtta.

Teine variant võiks olla selline, et raha sisseviskamisel rakendub mehhanism, mis lükkab väljastuspilusse üheainsa ajalehe.

Kui viimasel juhul visatakse rahamahutisse valeraha, peaks BGH oma põhiseisukohast lähtuvalt ikkagi hõivamist eitama, sest automaat **annab** ju inimesele lehe.

Esimeses variandis, kui aga raha sissepanemisega tuleb ainult riiv lahti ja lehe võtab välja klient ise, peaks BGH asuma seisukohale, et välise mulje järgi on tegemist **võtmise** ja seega vargusega.

Ei saa tõsimeeli väita, et nii seda vahet teha tulekski. Küsimus, kas tegu on vargus või omastamine, ei saa sõltuda automaadi mehhaniseerituse astmest.

Seega võib öelda, et ka välise mulje teooria ei vii vähemasti üksikjuhtudel veenvatele lahendustele.

c) Seisukohavõtt

Probleemi lahendust tuleb arvatavasti otsida hoopis teiselt tasandilt.

Kui nõustuda Welzeliga, et hõivamine on sissetung tabutsooniks olevasse valdussfääri ja tabu rikkumise üle otsustada tuleb valdavalt sotsiaalse arusaama järgi, on loogiline hinnata ka **valduse murdmist** sotsiaalse arusaama järgi.

Kui nii teha, siis jõuame paratamatult järgmisele lahendusele.

Bensiin või rahatähed on selvetankla, pangaautomaadi või mänguautomaadi valdaja valduses, kui need on tema valdussfääris. Hõivamise olemuseks olev rahurikkumine on sellesse sfääri **sissetungimine**.

Kolme problemaatilise kaasusetüübi eripära on aga selles, et automaadi ülespanija ei ole oma valdussfääri **täielikult varjanud**, vaid osaliselt **avatuks** jätnud. Sellega on mõeldud seda, et automaadi väljapanemine on ju ühtlasi käsitatav ettepanekuna seda ettenähtud viisil kasutada. Nii pole aga käitumine, mis väliselt paistab lubatud kasutamisenähtud, sotsiaalse arusaama järgi enam taburikkumine. Isik, kes võtab asja enda kätte, sisenedes valdussfääri **avatuks jäetud** teed mööda, ei riku tabu ega hõiva asja.

See lahendus on väga lähedane Liidukohtu praktikale ja objektiviseeritud valdusetõkete teooriale. Siin aga on määravaks automaadi väljapanemisega esitatud kasutamissetpanek. Hõivamine on välistatud siis, kui toimija väline käitumine vastab objektiivselt tõlgendades automaadi kasutamissetpanekuga ettenähtud käitumisele.

Kaks viimatinimetatud teooriat on üldjoontes selle põhimõttega nõus, kuid nende lähtepunktid on erinevad. Otto rajatud teooria objektiviseeritud valdusetõketest tabab tegelikult probleemi tõelist olemust. Tema viga seisneb aga selles, et ta lähtub tingimuslikust nõusolekust. Meie kaitstava seisukoha järgi ei ole määrav aga automaadi väljapanija **tahe**, vaid automaadi väljapanemisest objektiivselt tulenev kasutamissetpanek. BGH võtmisaktiteooria lähtub õigusega sellest, kuidas toimuv välisele vaatlejale paistab. Viga on ainult selles, et lahenduskriteeriumiks on võetud juba röövimise ja väljapressimise juures kõlbmatuks osutunud vahetegemine andmise ja võtmise vahel (vt. lk. 63 jj.). Määrav ei ole väline mulje **võtmisest**, vaid üksnes rahurikkumine **tabutsooni tungimise** teel. Viimast ei määra see, kas toimija võtab või kannatanu annab, vaid see, kas valduse üleminek toimub viisil, mis vastab automaadi väljapanemisest tulenevale kasutamissetpanekule.

§ 27. Enda kasuks pööramise kavatsus

A. Sissejuhatus

I. Tunnuse otstarve

[Siinkohal paistab käsikirjast paar lehekülge puudu olevat.]

II. Varguse koosseisu struktuur

A. Koosseis

I. Hõivamine (lõpule viidud) 1. Objektiivne külg – võõras vallasasi – hõivamine 2. Subjektiivne külg tahtlus võõra vallasasja hõivamise suhtes	II. Enda kasuks pööramine (katse) 1. Subjektiivne külg Enda kasuks pööramise soov 2. Objektiivne külg = hõivamine
B. Õigusvastatus	
I. Hõivamise õigusvastatus – ei ole üldiseid õigustavaid aluseid	II. Soovitud enda kasuks pööramise õigusvastatus – ei ole üldiseid õigustavaid aluseid – ei ole nõudeid

Joonis 1

Sellest tabelist on näha, et juba varguse koosseis koosneb kahest osast. Esimene neist on lõpuleviidud tahtlik hõivamine. Kuna vargus eeldab, et hõivamine oleks lõpule viidud, tuleb siin järgida üldist lõpuleviidud kuriteo lahendusskeemi. See tähendab, et kõigepealt kontrollitakse kuriteokoosseisu objektiivset ja subjektiivset külge.

Lisaks sellele sisaldab varguse koosseis enda kasuks pööramise katset. See on tabeli parempoolses veerus. Et tegemist on katsega, algab kontroll nagu katse puhul ikka subjektiivsest küljest. Erinevus tavapärasest katse kontrollskeemist seisneb selles, et enda kasuks pööramine ei pea olema jõudnud mingisse kindlasse staadiumi (§-s 22 nimetatud vahetu asumine), vaid selle asemel nõutakse objektiivses küljes ainult hõivamist.

Varguse koosseisu eripära tõttu tuleb ka õigusvastasuse all kontrollida kaht asja. Esiteks on vaja tuvastada, kas lõpuleviidud hõivamine oli õigusvastane. Siin tuleb kontrollida vaid üldisi õigusvastasust välistavaid asjaolusid. Teiseks kontrollitakse kavatsetud enda kasuks pööramise õigusvastasust. Viimase välistavad jällegi üldised õigustavad asjaolud (hädakaitse jne.). Eripäraks on aga see, et üldtunnustatud seisukoha järgi välistab enda kasuks pööramise õigusvastasuse ka olemasolev vaidlustamata individuaalnõue.

Varguse kontrolliskeemi võib aga kokku võtta ka järgmiselt:

A. Koosseis

I. Objektiivne külg

1. võõras vallasasi
2. hõivamine

II. Subjektiivne külg

1. tahtlus võõra vallasasja hõivamise suhtes
2. enda kasuks pööramise kavatsus

B. Õigusvastatus

I. Hõivamise õigusvastatus

- üldised õigustavad alused

II. Kavatsetud enda kasuks pööramise õigusvastatus

1. üldised õigustavad alused
2. nõuded

Joonis 2

Kui kahte joonist võrrelda, siis on näha, et joonisel 2 on kõik joonise 1 elemendid, ainult teisiti paigutatud. Sisuliselt kahel joonisel kujutatud lahenduskeemid ei erine, kuid viimane on üldise lahenduskeemiga juba palju sarnasem.

Kui ehitada lahendus üles teise skeemi järgi, on kavatsetava enda kasuks pööramise õigusvastatus siingi üldine kuriteotunnus.

Seda skeemi tavaliselt siiski ei kasutata. Põhjus ei ole sisuline, varguse koosseisuga seotud erilistest kaalutlustest tulenev, vaid traditsiooniline. Klassikaline varguse koosseisu kontrolliskeem on järgmine:

A. Koosseis

I. Objektiivne külg

1. võõras vallasasi
2. hõivamine

II. Subjektiivne külg

1. tahtlus

– võõra vallasasja hõivamise suhtes

2. enda kasuks pööramise kavatus

- a) tahtlus enda kasuks pööramise suhtes
- b) kavatsetud enda kasuks pööramise objektiivne õigusvastatus
 - (1) üldised õigustavad alused
 - (2) nõuded

c) tahtlus

kavatsetud enda kasuks pööramise õigusvastatuse suhtes

III. Õigusvastatus

hõivamise õigusvastatus

– üldised õigustavad alused

Joonis 3

Kui võrrelda üldkasutatavat kontrolliskeemi joonisel 3 skeemiga, mis on joonisel 2, saab selgeks, et erinevusi on ainult kavatsetava enda kasuks pööramise õigusvastatuse osas. Kõik **hõivamise** puutuv on sama.

Kui kavatsetavat enda kasuks pööramist kontrollitakse subjektiivses küljes, muutub teise skeemiga võrreldes vaid kontrollimise järjekord. Traditsioonilises skeemis kasutatav järjekord väga loogiline siiski ei ole. Seda on näha juba sellest, et subjektiivse külje raames, enda kasuks pööramise kavatsust kontrollides tuleb kavatsetud enda kasuks pööramise õigusvastatus tuvastada **objektiivselt**. Kavatsetava enda kasuks pööramise objektiivne õigusvastatus on **subjektiivses** küljes võõrkeha.

Peale selle oleks teise skeemi järgi **eksimus** kavatsetava enda kasuks pööramise õigusvastatuses kas eksimus õigustavas asjaolus (eksimus õigustuse eeldustes) või puhas keelueksimus (eksimus õigustuses). Traditsioonilise, kolmanda skeemi järgi jääb aga mulje, et toimija peab subjektiivses küljes kontrollsammu «enda kasuks

pööramine» all olema enda kasuks pööramise **õigusvastasust** täiel määral tahtnud. See tähendaks, et ta peaks olema mitte ainult teadnud **asjaolusid**, mis enda kasuks pööramise tingivad, vaid tema tahtlus peaks hõlmama ka **õiguslikku hinnangut**, et tema kavatsetav enda kasuks pööramine on **keelatud**.

Sellist seisukohta ei poolda aga keegi. Sisuliselt käsitatakse kavatsetava enda kasuks pööramise õigusvastasust hoopis üldise kuriteotunnusena nagu teise skeemi järgigi. Sellest tuleneb, et ka kolmanda skeemi kasutamise korral loetakse eksimused kavatsetava enda kasuks pööramise õigusvastasuses kas eksimusteks õigustuse eeldustes või eksimusteks õigustuses (lähemalt vt. allpool).

Sisuliselt võib seega öelda, et valitseb suur üksmeel selles, et **materiaalselt** kujutab enda kasuks pööramine varguse puhul endast **katset**.

III. Enda kasuks pööramise kavatsuse struktuur

Praegune (alates 1. aprillist 1998) kehtiv seadus eeldab, et toimija tegutseks kavatsusega pöörata asi enda **või kolmanda isiku** kasuks. See on seaduse varasema redaktsiooniga võrreldes suur muutus. Kuni 31. märtsini 1998 oli nõutav, et varas tegutseks eesmärgiga pöörata asi **iseenda** kasuks. Kolmanda isiku kasuks pööramist see ei hõlmanud.

Nagu juba korduvalt öeldud, on enda kasuks pööramine jagatav vähemalt ajutiseks endale võtmiseks (see tunnus piiritleb vargust asja äravõtmisest) ja kestvaks ilmajätmiseks (see tunnus piiritleb vargust loata kasutamisest).

Seejuures väljendab kestav ilmajätmine toimija poolt soovitud **õigushüve kahjustamist**. Kestva ilmajätmise tahtlus on seega tahtlus õigushüve kahjustamise suhtes.

Seevastu **endale võtmise** soovil **ei ole õigushüve kahjustamisega mitte midagi pistmist**.

Näide. T võtab ära O kuldsõrmuse. Tal on plaanis:

- hakata sõrmust ise kandma või
- visata sõrmus otsekohe merre.

Endale võtmist ja seega enda kasuks pööramist soovib T ainult siis, kui ta kavatseb hakata sõrmust **kasutama**. Kui ta aga kavatseb sõrmuse merre visata, puudub enda kasule võtmine ja T tegu on kvalifitseeritav asja äravõtmisena, mis ei ole karistatav. Kuna kuldsõrmus ei saa merevees kahjustada, on vara rikkumine välistatud.

On ilmne, et O varale tekkinud kahju on mõlemal juhul võrdne. Siit on näha, et endale võtmise tahtlusel ei ole O vara kahjustamise ja seega õigushüve rikkumisega midagi pistmist. Endale võtmise soov väljendab hoopis toimija **motiivi**. Sellise kitsenduse materiaalse õigustuse üle on võimalik vaielda. Seni, kui seadus nõudis üksnes omakasulist enda kasuks pööramist (iseendale), võis endale võtmise tunnust käsitada kui märki **omakasulisest motiivist**. Kui aga seadus lubab nüüd ka asja kolmanda

isiku kasuks pööramist, ei ole enam sellist tõlgendusvõimalust. Siin piiritletakse vargus asja äravõtmisest viisil, mida on raske sisuliselt põhjendada.

Võiks ju asuda ka seisukohale, et pelk kestev ilmajätmine ilma endale võtmise soovita realiseerib just nimelt suurema ebaõiguse. Taolistel juhtudel kahjustatakse kannatanu vara ju üldjuhul täiesti mõttetult, samal ajal kui endale võtmise kavatsuse korral on toimijal plaanis toimida asjaga vähemasti majanduslikult mõistlikul viisil.

Mida ka keegi endale võtmise tunnusest ei arvaks, on kindel, et õigushüve kahjustamist väljendab ainult ilmajätmine tunnus, samal ajal kui endale võtmine iseloomustab toimija motiivi. Selle tõttu tuleb üleulatuva tahtega seotud üldiste kaalutluste kohaselt nõuda endale võtmise suhtes **1. astme otsesest tahtlust**. Selles on kõik ühel meelel.

Ilmajätmine suhtes, mis puudutab õigushüve kahjustamist, ei nõuta 1. astme otsesest tahtlust. Ülekaalus oleva arvamuse järgi piisab siin **kaudsest tahtlusest**.

Kavatsetava enda kasuks pööramise **õigusvastatus** peab hõlmama **ainult** ilmajätmine komponenti. Kui juba ilmajätmine on õigustatud, siis ei ole endale võtmise õigusvastasusel enam tähtsust. Vastupidine juht, kus ilmajätmine on õigusvastane, endale võtmine aga õigustatud, on praktiliselt mõeldamatu. Seepärast piisab **ilmajätmine** õigusvastasuse tuvastamisest.

Seega võib enda kasuks pööramise kui § 242 tunnuse sisemise struktuuri esitada nii:

Enda kasuks pööramise kavatsus

1. Vähemalt kaudne tahtlus kestva ilmajätmine suhtes
2. Esimese astme otsene tahtlus vähemalt ajutise endale võtmise suhtes
3. Soovitud ilmajätmine objektiivne õigusvastatus
4. Tahtlus soovitud ilmajätmine õigusvastasuse suhtes

B. Enda kasuks pööramise mõiste

I. Probleem

Varguse üldjuhul hõivab toimija võõra vallasasja selleks, et teda mingil viisil enda huvides kasutada. See tähendab, et ta kavatseb asja endale kasulikult kasutada või võõrandada. Taolistes olukordades ei tohiks enda kasuks pööramise kavatsuses kahtlust tekkida.

Nagu aga juba öeldud, on mõeldav suur hulk teistsuguseid, kohati «eksootilisi» kaasusetüüpe, mis seavad kohtupraktika ja kirjanduse ette ikka ja jälle ülesande defineerida enda kasuks pööramise **üldmõiste**, mis annaks kõikvõimalike kaasusetüüpide puhul vastuvõetava lahenduse. Üldise enda kasuks pööramise teooria loomise püüdlused ei ole seni viinud üksmeelse seisukoha väljakujunemiseni. Enda

kasuks pööramise mõiste sisustamises on arvukalt erinevaid seisukohti üksikasjades, ent ka põhimõttelisi erinevusi definitsioonides. Üksmeelest on kohtupraktika ja kirjandus veel kaugel. Peale selle ei kõlba ka seni väljapakutud põhidefinitsioonid kõikide problemaatiliste juhtude rahuldavaks lahendamiseks. Selle tagajärjel on üksikutesse teooriatesse tehtud arvukalt *ad-hoc*-modifitseeringuid, need aga on uute kaasusevariantide ilmnedes peagi jälle problemaatilisteks osutunud.

Sellele lisandus järgmine probleem: ehkki ilmajätmine puudutab tegelikku õigushüve kahjustamist ja endale võtmine toimija motiivi, püüavad kohtupraktika ja kirjandus ikkagi leida ilmajätmisele ja endale võtmisele **ühist definitsiooni**. Nagu järgnevast näha, on need katsed arvatavasti määratud läbi kukkuma.

Kui vaadelda esialgu üksnes kestvat ilmajätmist, siis võib tõdeda, et seda defineeritakse kahest väga erinevast põhimõttest lähtudes.

Üks osa autoritest on seisukohal, et kestva ilmajätmise korral on määrav ainult see, et asja füüsiline substants võetakse omaniku käest kestvalt ära. Seda lähtepunkti aluseks võtvat teooriat nimetatakse **substantsiteooriaks**.

Põhimõtteliselt teistsugune on seisukoht, et küsimus ei ole mitte selles, et omanik jääb ilma asja substantsist, vaid selle **väärtusest**.

Näide. Toimija hõivab võõra aku¹⁸, kavatsedes sellesse salvestatud energia ära kasutada ja tühja aku omanikule tagastada.

Siin ei soovi toimija jätta omanikku ilma akumulaatori füüsilisest substantsist. Ta kavatseb ju asja pärast tagasi anda. Tühi akumulaator on aga kaotanud oma **väärtuse**. Seepärast tuleks väärtusteooria järgi lugeda küllaldaseks, kui omanik on ilma jäetud asja väärtusest.

Näide. T hõivab O hoiuraamatu, kavatsedes selle pärast raha väljavõtmist tagastada.

Siingi ei jäeta omanikku kestvalt ilma raamatu füüsilisest substantsist, vaid üksnes selle materiaalsest väärtusest.

Edasiste kriminaalõigusteaduslike diskussioonide käigus selgus väga kiiresti, et väärtusteoorias on võimalikud mitmed eri variandid. Muuhulgas tekkis küsimus, kas asi peab pärast omanikule tagastamist **ise vähem väärt** olema või piisab sellest, kui asi küll tagastatakse täisväärtuslikuna, kuid omanik saab **muud varalist kahju**.

Näide. T viib salaja minema O koera. Ta kavatseb kahe päeva pärast koera tagasi tuua, väites et on selle leidnud, ja leiutasu nõuda.

Siin peab asi vastavalt toimija plaanidele omaniku kätte tagasi jõudma, nii et muutunud ei ole ei tema füüsiline olemus ega väärtus. Siiski tahab T kasutada hõivatud koera O-le **kahju tekitamiseks**. Nii tuleb eristada **kitsast väärtusteooriat**, mille järgi on nõutav, et asja enda väärtus väheneks, ja **laia väärtusteooriat**, mille järgi piisab sellest, kui toimija tahab kasutada hõivatud asja varalise kahju tekitamiseks.

¹⁸ Autor kasutab järgnevas sõnu «aku» ja «patarei» sünonüümidena, kusjuures ei ole päris hästi aru saada, kumba ta siis ikkagi silmas peab.

Suures ülekaalus on seisukoht, mille järgi tuleb aluseks võtta **ühendteooria**. Selle kohaselt võib ilmajätmine seisneda asja materiaalse substantsi **või** selle väärtuse kaotamises. Ühendteooria ühendab seega nii substantsi- kui ka väärtusteooria seisukohti.

II. Substantsiteooriast lähemalt

Puhtal substantsiteoorial praegu enam pooldajaid ei ole. Olekski ju imelik, kui lihtsalt asja tühja kesta tagastamine (vt. patarei kaasust) välistaks enda kasuks põõramise.

Seepärast eksisteerib substantsiteooria tänapäeval **modifitseerituna**. Modifitseeritud substantsiteooria on jäänud kindlaks seisukohale, et omanik tuleb kehtvalt ilma jätta just nimelt **asjast endast**. Seejuures ei ole aga määrav mitte **aines**, vaid asjas peituvad **kasutamisevõimalused**. Sellega peetakse silmas järgmist.

Patarei funktsiooniks on elektrienergia andmine. Kui omanikult võetakse võimalus patareist voolu saada, siis on patarei füüsiliselt küll alles, kuid tema kasutamise funktsioon on kadunud. Seega on tegemist asjast ilmajätmisega.

Selle tunnuse abil olevat võimalik kestev ilmajätmine pelgast loata kasutamisest täpselt piiritleda.

Isik, kes hõivab võõra mopeedi, et sellega mitu tuhat kilomeetrit maha sõita ja sõiduk siis omanikule tagastada, ei võta asja füüsiliselt ära. Loata kasutamisele ongi iseloomulik, et omanik jääb teatud ajaks ilma võimalusest asja kasutada. Kuid ka asja füüsilise substantsi lõplikul äravõtmisel ei jää omanik (päriseks) ilma millestki enamast kui võimalusest asja kasutada. Sellest tõdemusest lähtuvalt sõltub loata kasutamise ja asjast ilmajätmise eristamine sellest, **kui pikaks ajaks** tuleb kasutamisevõimalus ära võtta, et saaks rääkida ilmajätmisest. Kui kasutada Welzeli näidet, siis kas kanuu hõivamine on tõesti vargus ainult siis, kui toimija ei kavatse seda kunagi tagasi anda, või saaks kehtvast ilmajätmisest rääkida ka siis, kui omanik jääb kanuust ilma kuudeks või isegi aastateks?

Seega tekib kvantitatiivse piiritlemisega raske probleem. Nõutavat ilmajätmise kestust on raske täpselt määratleda.

Sellistesse raskustesse sattununa pakub modifitseeritud substantsiteooria välja, et ilmajätmise kestuseks peab ikkagi olema igavik, kuid see, millest ilma jäetakse, võib olla ka asja kasutamisevõimalus või üks osa sellest. Kanuukaasuses on tegemist loata kasutamisega, kuid kui mopeediga sõidetakse tuhandeid kilomeetreid, võiks rääkida kehtvast ilmajätmisest näiteks siis, kui tema kasutamise tagajärjel on rehvid nii kulunud või summuti nii roostes, et nad tuleks välja vahetada.

Modifitseeritud substantsiteooria väidab, et nii saab võimalikuks puhas füüsilisest substantsist lähtumine (olguigi et kasutamisevõimaluste mõistet appi tuues), mis võimaldab eelkõige loobuda **väärtushinnangutest**. Igasugune väärtushinnangute arvessevõtmine tekitab nimelt ohu, et varaliste õiguste vastasest kuriteost saab varalise seisundi vastane kuritegu. See olevat aga lubamatu, sest vargus ei eelda varalist kahju.

III. Väärtusteooriast lähemalt

Nagu juba öeldud, esineb väärtusteooria kahel kujul – kitsa ja laia väärtusteooriana.

1. Väärtusteooriate ühine lähtepunkt

Väärtusteooriate ühiseks lähtepunktiks on käsitlus, et suure osa problemaatiliste kaasuste lahendamiseks substantsiteooriast ei piisa.

Kui pooldada modifitseerimata substantsiteooriat, puudub ilmajätmine, kui toimija plaanide järgi peaks asi omaniku kätte tagasi sattuma. Siis tekivad probleemsed juhud nagu näiteks tühja patarei kaasus.

Ent modifitseeritudki substantsiteooria ei suuda suurele paljudele kaasustele rahuldavaid lahendusi anda. Iseäranis on probleem väärtusdokumentide ja varalisi õigusi kinnitavate dokumentidega, mis füüsilisel kujul tagastatakse.

Näide. T hõivab O hoiuraamatu, kavatsedes selle pärast raha väljavõtmist tagastada.

Sellises kaasuses võib kõhklusi tekitada juba modifitseeritud substantsiteooriast tulenev väide, et O on ühest hoiuraamatu kasutamisevõimalusest kehtvalt ilma jäetud. Kõik sõltub sellest, mida käsitada hoiuraamatu funktsioonidena. Kui asuda seisukohale, et hoiuraamatu otstarve on ainult antud hetke kontoseisu kajastamine, siis ei kahjusta raha väljavõtmine hoiuraamatu kasutamist tema otstarbele vastavalt. Väita, et üks hoiuraamatu kasutamisevõimalus on ära võetud, saab ainult siis, kui asuda seisukohale, et tema otstarve on teatava **nõudeõiguse kinnitamine**.

Siiski ei tohi modifitseeritud substantsiteooria erinevust väärtusteooria lähtepunktist üle hinnata. Kui modifitseeritud substantsiteooria loeb asja väärtuse vähenemist tema kasutamisevõimaluste osaliseks äravõtmiseks, siis on selge, et tulemus on sama.

2. Kitsas väärtusteooria

Väärtusteooria pooldajad toetavad tänapäeval valdavalt kitsast väärtusteooriat. Selle järgi saab asja väärtuse äravõtmisest rääkida ainult siis, kui **pärast ilmajätmistõimingut on asja enda väärtus vähenenud**. Asja väärtuse all mõistetakse seega **asjas endas peituvat** väärtust. Seda nimetatakse ka «*lucrum ex re*».

Asja kasutamist omaniku kahjustamiseks ilma asjas endas peituva väärtuse vähendamiseta kitsas väärtusteooria seevastu ei hõlma.

3. Lai väärtusteooria

Lai väärtusteooria järgi pole kestva ilmajätmisega tegemist mitte ainult siis, kui omanik jääb ilma asjas peituvast väärtusest, vaid ka siis, kui ta saab asja küll **samasuguse** ja **samaväärsena tagasi**, kuid talle tekitatakse asja kasutades varalist kahju.

Näide (mundrisaabaste kaasus). T saab sõjaväeteenistuse alguses Liidu Kaitsevält mundrisaapad, mille peab teenistusaja lõppedes tagastama. Kuna aga saapad kaovad ära, hõivab ta kahjutasunõudest hoidumiseks kaasajateenija saapad ja tagastab need sõjaväele enda omade pähe.

Saksamaa Liitvabariigile kuuluvaid mundrisaapaid hõivates oli T-l plaanis anda nad pärast jälle omanikule üle. Tal ei olnud ka kavatsust saabaste väärtust vähendada. Siiski tahtis ta petta omanikku saabaste identiteedi suhtes ja nurjata nii kahjutasunõude enda vastu.

Näide. T varastab koera, ootab, kuni omanik kuulutab, et maksab leidjale tasu ja läheb siis koeraga kui «aus leidja» omaniku juurde ja laseb endale leiutasu välja maksta.

Siingi ei hõivatud võõrast vara kavatsusega asja füüsilist substantsi tagastamata jätta või alles pärast asja väärtuse vähenemist tagastada. T kavatses koera omanikule samasugusena ja samaväärsena tagasi anda. Ta tahtis vaid koera omanikku koera abil eksitada ja kahjulikku varakäsitust tegema ajendada.

Näide. T hõivab originaalmaali turuväärtusega 100 000 marka. Vastavalt oma plaanile võtab ta kolm päeva hiljem ühendust omanikuga ja pakub talle maali 30 000 marga eest tagasi. Omanik nõustub, maksab T-le nõutud summa ja saab maali tagasi. T oli algusest peale kindel, et asi just nii läheb.

Siingi oli T-l plaanis tagastada asi omanikule endisel füüsilisel kujul ja muutumatu väärtusega. Ta tahtis lihtsalt asja abil, ja seekord mitte pettuse, vaid sundimise abil omanikule varalist kahju tekitada.

Niisugustes kaasustes ei ole kehtvat ilmajätmist ei substantsiteooria ega kitsa väärtusteooria järgi. Vaid lai väärtusteooria konstateerib, et omanik on asja väärtusest kehtvalt ilma jäetud. Seda õnnestub teha vaid väites, et asja väärtus ei piirdu asjas endas peituva väärtusega, vaid sisaldab ka võimalust asja abil varalist kahju tekitada. Seda asjas peituvat võimalust nimetatakse «*lucrum ex negotio cum re*». Küsimus on kasus, mida võib saada asjaga tehtud **tehingust** (*negotio*).

Lai väärtusteooriat kaasajal peaaegu enam ei toetata. Isegi BGH ei ole seda järginud, vaid leidis näiteks mundrisaabaste kaasuses, et kehtvat ilmajätmist ja seega ka vargust ei ole. Põhjenduseks viidatakse tavaliselt sellele, et *lucrum ex negotio cum re* arvestamine ei ole kooskõlas varguse kui omandiõiguse vastase ründe olemusega ja teeb temast sisuliselt varalise seisundi vastase kuriteo. Võimalused asja abil varalist kasu saada kuuluvad juba kitsamas mõttes varavastaste kuritegude – kelmuse ja väljapressimise – juurde.

IV. Endale võtmise eriprobleem

Lai väärtusteooria tagasilükkamisega tekib praegu valitseva, substantsi- ja kitsast väärtusteooriat ühendava käsituse teooria jaoks keeruline probleem **endale võtmisega**, millest räägitakse aga vähe.

Kui asuda seisukohale, et enda kasuks pööramise teooriatel on võrdne mõju nii ilmajätmisele kui endale võtmisele, tekib mõistetavalt küsimus, mida teha varguse tavajuhul, kui toimija kavatseb varastatud asja hangeldajale müüa.

On selge, et vara väärtuse perspektiivist taotleb toimija siin *lucrum ex negotio cum re'd*, mitte *lucrum ex re'd*. Laia väärtusteooriaga mittenõustuja peab siin seega **asja väärtusest lähtuvalt** eitama ka endale võtmist.

Et aga varastatud asja hangeldajale edasiandmine, mis on varguse tüüpiline juht, oleks ikkagi enda kasuks pööramise mõistega hõlmatud, selgitatakse, et seda endale võtmise juhtu saab lahendada substantsiteooria abiga. Argumentatsioon kulgeb järgmiselt.

Substantsiteooria järgi mõistetakse endale võtmise all «omanikulaadse seisundi omavolilist võtmist». Vastav ladinakeelne termin on «*se ut dominum gerere*».

Harva aga täpsustatakse, mida «*se ut dominum gerere*» all mõista. Probleem peitub selles, et ka isik, kes asja hävitab või ära viskab (s.t. teostab ilmajätmise ebaõiguse viisil, mis just nimelt **ei anna** enda kasuks pööramist välja), käitub nagu omanik – ta teeb ju toiminguid, mida õiguse järgi tohib teha ainult omanik.

Autorid, mis sellegipoolest peavad põhimõtet «*se ut dominum gerere*» määravaks, satuvad siin suurde kimbatusse. Tüüpiliseks näiteks on Mitschi arutlused teoses *Strafrecht, Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte/Teilband 1*, lk. 70–71. Mitsch püüab seal põhjendada väidet, et võõra asja äraviskamine ei ole endale võtmine, kuid ärakinkimine on. Ta argumenteerib nii:

«Nendes hülgamiselaadsetes toimingutes võiks samuti näha omaniku võimu teostamist. Tegelikult aga ei väljenda toimija nende asja valitsemist lõpetavate tegudega oma omanikuseisundit. Omanikuna esineb toimija neid toiminguid tehes ainult niivõrd, kui tavaarusaama järgi seostatakse nendega oletust, et hävitamisele vms. on eelnenud mingisugune endalevõtmine, mis pani toimija võimuseisundile aluse. Viimane puudub näiteks siis, kui hõivatakse ja kohe hävitatakse trahvikviitung, mille politseinik on pannud valesti pargitud auto klaasipuhasti alla. Keegi ei arvaks, et toimijal on enne tekkinud trahvikviitungi suhtes omandiõigus. Kui aga mees viskab vana jalgratta heakorraettevõtte poolt väljapandud prügikonteinerisse, kujutleb pealtvaataja paratamatult, et see mees on kunagi varem selle jalgratta ostnud, pärinud, kingiks saanud või muul viisil omandanud. Ainult niivõrd viitab äraviskamisakt äraviskaja omanikuseisundile. Ta viitab varasemale endalevõtmisaktile, olemata ise endalevõtmisakt. Erinevus kinkimisega endale võtmisest seisneb selles, et kinkimisakti endaga esineb toimija – viimast korda – omaniku rollis, andes omandiõiguse teisele üle või vähemasti teeseldes end seda tegevat.»

Selle arutluse ebaselgust on raske ületada. Arusaamatuks jääb juba see, miks ja millega seoses peaks olema tähtsust sellel, kas toimija jätab mulje, et ta on kunagi varem saanud omandiõiguse. Kui see oleks määrav, siis ei oleks pahausksele hangeldajale müümine kunagi endale võtmine. Peale selle ei püüa Mitsch natukenegi selgitada, miks äraviskamine ei ole omanikulaadse seisundi kuulutamine, kolmandale isikule kinkimine aga on. Vaevalt saab oluline erinevus tulla sellest, et toimija jätab mulje, et võõrandab asja kingisaajale. Kui see nii oleks, siis oleks just selsamal põhjusel endale võtmine välistatud asja üleandmisel pahausksele hangeldajale.

Kõigest sellest tulenevalt tuleb teha järgmised eristused.

Rääkides **kestvast ilmajätmisest**, tuleb arvestada eeltoodud teooriaid. Niivõrd aga, kui jutt on **endale võtmisest**, ei ole kas teooriatel üldse tähtsust või tuleb vähemasti siin lähtuda laia väärtusteooriast. See aga kõigutab meetodilist lähtepunkti, et ilmajätmist ja endale võtmist tuleb hinnata ühe ja sama teooria järgi – selleks kõlbaks siis parimal juhul lai väärtusteooria. Kui aga laia väärtusteooria üldise kasutamiseks mitte nõustuda, siis saab teooriaid rakendada ainult ilmajätmise suhtes.

Järgnevas toimime nii, et alguses selgitame üksikasjalikult ilmajätmise eriprobleeme, sellele järgneb endale võtmise käsitlus ja viimaks vaatleme asja pööramist iseenda või kolmanda isiku kasuks.

C. Kestva ilmajätmise üksikprobleemid

I. Ülevaade

Kestva ilmajätmise üksikprobleemidele on kõige parem läheneda nii, et unustada kõigepealt enda kasuks pööramise teooriad ja seada lihtsalt kokku kõik kaasusetüübid, mille lahendused kipuvad imelikud välja kukkuma. Kui nii teha, siis saab kiiresti selgeks, et sisulisi probleeme on vaid mõni üksik ja neid saab näitlikustada tüüpiliste kaasuste abil.

Selliselt toimides on ühtlasi võimalik paigutada sisulised probleemid hierarhilisse süsteemi, mis võimaldab koostada kontrolliskeemi praktiliste kaasuste lahendamiseks.

Lühidalt öeldes tuleb kaasuste liigitada alljärgnevalt.

Enda kasuks pööramise kavatsust tuvastades on otstarbekas alustada **kestva ilmajätmise** kontrollimisest. Selline lähenemine on mõistlik ka seepärast, et kestev ilmajätmine puudutab ju õigushüve kahjustamist, endale võtmine aga ainult toimija motiivi.

Kestvat ilmajätmist kontrollides on võimalik toimida nii:

1. Kõigepealt kontrollitakse, kas toimija soovib, et omanik saaks tagasi **asja selle füüsilisel kujul**. Kui see nii ei ole, on tal kindlasti kestva ilmajätmise tahtlus.
2. Kui toimija on kindel, et omanik saab asja enda tagasi, tuleb vaadelda, **kui kauaks** omanik asjast ilma jääb. Siin tuleb otsustada, kas juhul, kui toimija kavatsetud ilmajätmissaeg ületab teatud määra, saab rääkida kestvast ilmajätmisest.
3. Kui toimija plaanide järgi peaks asi peagi omaniku kätte tagasi minema, tuleb küsida, kas toimija näeb ette asja **väärtuse** või **kasutamisevõimaluste** vähenemist. Samas tuleb otsustada, millisest **väärtuse vähenemise määrast** alates võib öelda, et omanik on asjast kestvalt ilma jäetud.
4. Kui omanik peaks asja tagasi saama **peagi ja ilma**, et selle **väärtus oluliselt väheneks**, tuleb uurida, kas asja tagastamine toimub **senist omandiõigust tunnustades** või **salates**. Kui omanikule jäetakse mulje, et ta omandab asja uuesti, s.t.

tema eest varjatakse senist omandiõigust, siis on ta samuti asjast kestvalt ilma jäetud (vt. lk. 93).

5. Viimaks tuleb uurida, kas asja tagasimineku omaniku kätte (peagi, samaväärsena ja omandiõigust tunnustades) peaks toimija plaanide järgi põhjustama omanikule **varalist kahju**. Kui toimija ei kavatse omanikule varalist kahju tekitada, siis on kõikide üksmeelse seisukoha järgi kestav ilmajätmine välistatud. Kui toimija aga soovib varalist kahju tekitada, siis on laia väärtusteooria järgi tegemist kestva ilmajätmisega, teiste teooriate järgi aga mitte. Teoreetilist vaidlust tuleb seega valgustada siin.

Järgneval joonisel on see kontrolliskeem esitatud skemaatilisel. Sellel ei räägita aga kestva ilmajätmise tahtlusest, vaid kestavast ilmajätmisest endast. See on lihtsalt skeemi lihtsuse huvides. Kõikide omastamisdeltide puhul piisab pelgast kestva ilmajätmise kavatsusest.

Järgne ei ole ilmajätmine llsamme. Seejuures sel ilmajätmine
abil, n upraktikast. Omandar
seotud probleeme, peab üliõpilane tegema endale selgeks need kaasused ja tähtsamad
lahendusettepanekud.

II. Esimene kontroll samm: asja tagasisattumine omaniku kätte

Kui toimija arvab, et omanik ei saa asja **mitte kunagi** tagasi, siis on tal vähemalt kestva ilmajätmise tahtlus. Kui tal sellist plaani ei ole, siis ei järeldu sellest veel kestva ilmajätmise puudumine, vaid kaasuse lahendamist tuleb jätkata järgmiste kontrollsammudega.

Asja tagasipöördumisega omaniku kätte oma füüsilisel kujul on seotud kaks üksikküsimust.

1. Tahtluse liik

Sageli kavatseb toimija asja oma tarbeks kasutada ja natukese aja pärast kuhugi maha jätta. Kui ta peab võimalikuks, et politsei leiab asja (näiteks sõiduauto) ja annab omanikule tagasi, siis puudub tal 2. astme otsene tahtlus (kindel teadmine) asja füüsilisest substantsist kestva ilmajätmise suhtes.

Peaaegu üksmeelse seisukoha järgi piisab aga kestvaks ilmajätmiseks **kaudsest tahtlusest**. See tähendab praktiliselt, et omaniku asjast füüsiliselt kujul kestvalt ilmajätmise tahtlus puudub vaid siis, kui toimija on **kindel**, et omanik saab asja tagasi. Muudel juhtudel on tal kaudne tahtlus kestva ilmajätmise suhtes.

Sedalaadi juhtudel, kui toimija hõivab näiteks võõra takso, et seda nii kaua kasutada, kui bensiini jätkub, ja siis tee äärde seisma jätta, olemata kindel, kas omanik saab auto tagasi või mitte, arvab osa autoritest, et toimijal on kaudne tahtlus kestva ilmajätmise suhtes, kuid eitavad enda kasuks pööramist teistel põhjustel. Nimelt nõuavad nad, et kestev ilmajätmine toimuks **endale võtmise teel**. Juhtudel, kui toimija kasutab taksot ainult lõbusõiduks ja siis hävitab selle näiteks kuristikku lükates, ei olevat tegemist enda kasuks pööramisega, vaid lihtsalt loata kasutamise ja asja äravõtmisega. Omastamisdelikti eripära väljendab selle käsituse järgi üksnes see, et kestva ilmajätmise toob kaasa just nimelt endale võtmine. Enda kasuks pööramine on seega omandiõigusest tulenevate võimaluste kestev ülekandmine.

Sellele, valitsevast arvamusest erineva käsitusele saab hinnangu anda ainult pärast seda, kui on põhjalikumalt käsitletud endale võtmise probleemi.

2. Asja viimine «adressaadile»

Asja füüsilisest substantsist kestva ilmajätmisega tekib eriprobleem ühes Baieri Liidumaa Ülemkohtu lahendatud kaasuses (MDR 1964, 776).

Näide. Proua N ostis kaubamajast suurema koguse voodipesu ja leppis kokku, et kaubamaja toimetaks ostetu talle autoga koju, kusjuures ta maksab kauba hinna sularahas autojuhi kätte. Kaubamaja töötajad pakivad ostu ära ja panevad laadimisplatvormile koos arvega.

Enne, kui autojuht paki auto peale jõuab panna, avastab selle T. Ta võtab paki, viib N-le, esitleb ennast kaubamaja autojuhina, saab N käest raha ja annab talle paki.

Seda kaasust lahendades võiks minna lihtsama vastupanu teed ja öelda, et T hõivas võõra asja enda kasuks pööramise kavatsusega, kuna ta soovis omaniku kaubapaki füüsilisest substantsist kehtvalt ilma jätta. Ta kavatses ju paki N-le anda, mis takistanuks selle sattumist tagasi kaubamajja. Kui asuda sellisele seisukohale, on kestva ilmajätmise tahtlus kahtlemata olemas.

Mõnu autori jaoks tekib siin aga probleem vähemalt ajutise **endale võtmisega**, sest T ei esinenud pealtnäha nagu omanik. Ta kasutas pakki küll petmiseks ja põhjustas sellega kaubamajale varalise kahju (vt. allpool), kuid ei saanud sellest kahjust vahetult varalist kasu.

Vastuseisukoha järgi ei teki siin vähemalt ajutise endale võtmisega probleeme, kuna endale võtmisena tuleb käsitada igasugust **majanduslikult otstarbekat kasutamist** (vt. ka selle kohta allpool).

Võimalik ka asuda seisukohale, et kestvat ilmajätmist ei ole, kuna T viis paki just nimelt sellele inimesele, kelle kätte kaubamaja seda toimetada tahtiski («adressaadile»).

Sellele küsimusele on valgust heidetud veel vähe, kuid teda ei tasuks ka üle hinnata, sest ka siis, kui me ütleksime, et enda kasuks pööramine on toimunud, tekib suuri probleeme soovitud enda kasuks pööramise **õigusvastasusega**. Kui N maksis T-le raha, oli tema kohustus kaubamaja vastu BGB § 370 kohaselt lõppenud.¹⁹ Seega oli tal kaubamaja vastu kehtiv ja vaidlustamata individuaalnõue pakk üle anda. Hiljemalt see peaks õigusvastase enda kasuks pööramise kavatsuse välistama. (Enda kasuks pööramise õigusvastasuse probleemi kohta vt. lk. 100 jj.)

See kaasus on eriti tähtis selle poolest, et kui asuda seisukohale, et vargust toime pandud ei ole, on ka T käitumist **kelmusena** kvalifitseerida üliiraske.

T petab kõigepealt N-i oma identiteedi osas ja N usub teda, sattudes seega eksitusse. N teeb varakäsituse, andes T-le raha, kuid tal ei teki **varalist kahju**, sest ta saab T-lt paki voodipesuga ja vabaneb BGB § 370 kohaselt oma kohustusest kaubamaja ees. Seega ei ole N suhtes kelmust toime pandud.

Kontrollime nüüd kelmust kaubamaja suhtes. Kuna N maksis kauba ostuhinna kviitungi esitajale, ei saa kaubamaja enam temalt seda nõuda. Kuna kaubamaja raha ei saanud, kandis ta varalist kahju. Kui selle põhjal öelda, et kelmuse objektiivne külg on täidetud (sellega seotud kõhkluste kohta vt. lähemalt kelmuse all), tekib küsimus, kas T-l oli **rikastumissoov**. T tegutses küll enda õiguseta rikastamiseks, kuid tema rikastumine (raha omandamine) ei ole kaubamaja kantud kahjuga allikasamane (vt. lk. 34 ja üksikasjalikku käsitlust kelmuse juures). Seega ei ole kaubamaja suhtes kelmust toime pandud.

¹⁹ BGB § 370 sätestab: «Kviitungi esitajat loetakse õigustatuks sooritust vastu võtma, kui võlgnikule ei ole teada asjaolusid, mis kinnitavad vastupidist.»

Siin tekib probleem, mis kordub edasises veel sageli: kui eitada omastamisdelikti, siis ei saa tegu sageli ka kitsamas mõttes varavastase kuriteona kvalifitseerida või osutub see võimalikuks ainult kuriteotunnuste tavapäraseid definitsioone painutades.

III. Teine kontrollsamm: kestvuse kestus

Kestva ilmajätmise tuvastamine on lihtne ainult siis, kui toimija plaanide järgi ei pidanud omanik asja enam **mitte kunagi** tagasi saama. Kui aga toimija tahab, et omanik asja tagasi saaks, tuleb otsustada, kas see asjaolu üksinda välistab kestva ilmajätmise või on siiski juhte, mil ilmajätmise kestus on nii pikk, et seda tuleb lugeda võrdväärseks igaveseks ilmajätmisega.

Näide. O-le kuulub hinnaline briljantsõrmus, mida T ihaldab endale. Kui O suundub kolmeaastasele ümbermaailmareisile, hõivab T salaja sõrmuse. Ta kavatses seda kanda nii kaua, kui O ära on, ja siis tagasi anda.

Siin võiks jälle minna lihtsama vastupanu teed ja öelda, et kuna T kavatses kindlalt sõrmuse samaväärsena tagasi anda, ei jätnud ta O-d sellest kestvalt ilma.

Siis tuleks aga kestvat ilmajätmist eitada ka siis, kui asja tagasipöördumine omaniku kätte venib veel kauem või on isegi sõltuv tulevases ebakindlast sündmusest.

Näide. 50-aastane T hõivab oma tütrele O-le kuuluva hinnalise briljantsõrmuse, et seda kanda. T-le on selge, et kui ta sureb, saab O kui tema ainuke pärija jälle sõrmuse enda valdusse.

Siin on täiesti **teadmata**, millal omanik asja tagasi saab. Kas tõsiasi, et see **kunagi** juhtub, välistab tõepoolest kestva ilmajätmise, on ülimalt kahtlane.

Küsimust, kui pikk peab olema ilmajätmise kestus, ei ole kohtupraktikas käsitletud üldse ja kirjanduses üliharva. Näiteks Welzel (vt. näidet lk. 82–83) püstitas kord teesi, et kanuust ilmajäämine üheks veespordihooajaks on juba kestev (vrld. *Das deutsche Strafrecht*, 11. trükk, § 46 2.b). Teisel seisukohal on Rudolphi (GA 1965, 33, 47–48). Küsimus on selgitamata ja lahendada saab teda äärmisel juhul vaid järgneval viisil:

– On vaja lähtuda eeldusest, et **igaveseks** ilmajätmine ei ole nõutav;

– Järelikult saab loata kasutamist piiritleda omastamisdeliktilt vaid seeläbi, et kui ilmajätmise kestus on **oluline**, siis läheb üks teiseks üle. Konkreetsemalt seda kriteeriumi määratleda vaevalt et saab, sest tegemist on sujuva üleminekuga, milles täpset piiri tõmmata ei ole põhimõtteliselt võimalik.

IV. Kolmas kontrollsamm: väärtuse vähenemine

Üksmeel valitseb selles, et asjast (asja väärtusest) ilmajätmine toimub **vähemasti** siis, kui omanik jäetakse ilma asjas peituvast väärtusest (*lucrum ex re*). Nii on vaid siis, kui pärast ilmajätmistoimingut on asi **vähem väärt** kui enne.

Tüüpilisi näiteid esitasime juba eespool: patarei tühjakslaadimine, hoiuraamatuga raha väljavõtmine või garderoobinumbri kasutamine.

Siingi tekib raske **kvantitatiivne probleem**. Kuna igasuguse loata kasutamisega väheneb asja väärtus, tuleb siingi otsustada, **kui palju** peab väärtus vähenema, et loata kasutamine kasvaks üle enda kasuks pööramiseks.

Näide. T ärandab O sõiduauto. Ta kavatseb sellega 1000 km sõita ja siis jälle O maja ette jätta.

Kui käia läbi seni käsitletud kontrollsammud, võib nentida järgmist.

Kestvat ilmajätmist ei saa põhjendada sellega, et T tahaks O-d autost igaveseks ilma jätta. Kuna ilmajätmise kestab vaid mõne päeva, siis ei saa ka öelda, et O jäetaks autost ilma väga pikaks ajaks. Siiski võib öelda, et 1000 km läbisõitmisega väheneb auto väärtus mõõdetaval määral. Autojuhtide ühingute väljaantavate hinnakirjade järgi on võimalik lausa mõnemargase täpsusega öelda, kui palju kasutatud auto väärtus teatava vahemaa läbimisega langeb.

Seega tuleb nentida järgmist:

- See, et auto väärtus **üldse** vähenes, ei tähenda veel kestvat ilmajätmist.
- Ülekaalus oleva seisukoha järgi tuleb seega küsida, kas asja väärtus vähenes **oluliselt**. Näiteks Düsseldorfis liidumaa-ülemkohus otsustas, et kui kümme aastat vana mopeedi kasutatakse 2000 km mahasõitmiseks, siis on see käsitatav kestva ilmajätmisena. Täpsemaid kriteeriume ei ole aga välja töötatud.
- Modifitseeritud substantsiteooria pakub välja sellise lahenduse, et loata kasutamine läheb üle enda kasuks pööramiseks alles siis, kui äravõetud asi on täielikult kaotanud vähemalt ühe oma **funktsioonidest**. Seegi lahendustee ei ole veenev, kuna enda kasuks pööramisena käsitataks näiteks seda, kui sõiduauto kasutamise järel on rehvid nii ära kulunud, et auto ei ole enam sõidukõlblik. See aga sõltub ju sellest, millises seisundis olid rehvid sõiduki hõivamise hetkel. Kui toimija hõivab uute rehvidega auto, võib ta sellega sõita võib-olla 20 000–30 000 km. Kui aga rehvid olid juba enne kaunis kulunud, võidakse ta võib-olla varguse eest vastutusele võtta juba pärast 500 km läbisõitmist. Selline lahendus ei ole veenev.
- Seega tuleb ka siin (nagu ilmajätmise kestuse puhul) käed üles tõsta ja täpsest mõõdupuust loobuda, rahuldudes nõudega, et kestvaks ilmajätmiseks peab väärtuse vähenemine olema **oluline**. Olulist väärtuse vähenemist täpselt määratleda ei saa.

Näide. Üliõpilane T tabatakse raamatupoes müügiriulil seisvat uut raamatut ära peitmas. T väidab, et ta tahtis vaid raamatu kodus läbi lugeda ja siis tagasi tuua.

Selles kaasuses leidis Celle liidumaa-ülemkohus seisukohale, et tegemist on kestva ilmajätmisega, põhjendades seda sellega, et korra läbiloetud raamatut ei saa enam müüa uuena, vaid ainult kasutatuna. Seega oli T-l plaanis raamatu väärtuse oluline vähendamine ja järelikult kestev ilmajätmine.

Kui nõustuda kohtu väitega, et raamatut ei oleks enam uuena müüa saanud, siis tuleb lahendusega nõustuda. Raamatu väärtus on oluliselt vähenenud, sest uue ja kasutatud

raamatu hinnavahe on **oluline**. Modifitseeritud substantsiteooria viiks siin samale tulemusele põhjendusega, et raamat on kaotanud oma «uue raamatu» funktsiooni.

V. Neljas kontrollsamm: omandiõiguse eitamine

Raamatukaupluses toimub ka järgmise kaasuse tegevus.

Näide. T läheb raamatupoodi, milles on kaks osakonda: esimeses müüakse uusi raamatuid, teises (antikvariaadiosakonnas) aga ostetakse ja müüakse kasutatuid.

T võtab esimesest osakonnast uue raamatu ja läheb sellega teise osakonda, kus väidab, et see on tema enda kasutatud raamat, ja müüb selle kauplusele.

Siin ei ole T-l plaanis kauplust raamatust kehtvalt või isegi oluliseks ajaks ilma jätta. Ka raamatu väärtust ei taha ta tegelikult vähendada, kuna raamatul ei ole veel mingeid märke kasutamisest, järelilikult saab teda veel uuena müüa. Järelilikult ei vii senised kontrollsammud kestva ilmajätmise nentimisele.

Siiski tuleb nõustuda enamuse seisukohaga, et siin on kestva ilmajätmisega tegemist. Põhjused on järgmised.

Varguse koosseis kaitseb omandiõigust asja suhtes. See kaitse ei eelda, et toimija rikuks **omandiõigust** ennast. See on omandi tsiviilõigusliku olemuse tõttu üldjuhul vaevalt mõeldav. Varguse toimepanija ründab omandiõigust asjale hoopis sellisel viisil, et **katkestab** suhte asja ja omanikule allesjääva omandiõiguse vahel. Nii kaotab omanik omandiõigusest tulenevad tegelikud võimalused.

Vaadeldavas kaasuses antakse asi küll omanikule tagasi, kuid viimane usub, et raamat on tema valduses uue omandiõiguse tõttu, mille toimija on talle andnud. Sellise manipulatsiooniga likvideerib toimija alaliselt seose vana omandiõiguse ja asja vahel.

Seepärast on suure enamuse arvates selline teguviis käsitatav kestva ilmajätmisena.

VI. Viies kontrollsamm: *lucrum ex negotio cum re*

Kui toimija käitumine ei vasta kontrollsammude 1–4 eeldustele, siis võib tekkida üks väga vaieldav olukord. Tegemist on juhtudega, kui toimija tahab teha asja abil tehingu, mille tagajärjel omanik kannab varalist kahju. Seda probleemi on kohtupraktika seni käsitletud kolmes kaasuses (vrld. lk. 84).

Näide 1. T viib ära võõra koera, et see mõne päeva pärast omanikule tagasi tuua ja «ausa leidjana» tasu saada.

Näide 2. Sõdur T kaotas ära oma mundrisaapad. Hoidumaks teenistuse lõppedes kahjutasunõudest, võtab ta teise ajateenija O saapad, et anda need ajateenistuse lõpul enda kasutuses olevate pähe tagasi.

Näide 3. T ärandab sõiduauto, kavatsedes paar päeva hiljem omanikule helistada ja talle autot «lunarahaga» eest tagasi pakkuda.

Kõikides kaasustes peab asi toimija ettekujutuse järgi suhteliselt lühikese aja jooksul samasugusena, samaväärsena ja vana omandiõigust tunnustades omaniku kätte tagasi sattuma. Kuna asja väärtus pole vähenenud, ei ole kitsa väärtusteooria järgi asja väärtusest kehtvat ilmajätmist, kuna toimija ei võtnud ära *lucrum ex re*'d. Selle asemel tegi ta asja abil tehingu, põhjustades omanikule varalise kahju. Ta sai seega *lucrum ex negotio cum re*, pannes kestva ilmajätmise toime ainult laia väärtusteooria järgi, millel praegusel ajal pooldajaid peaaegu ei ole.

Ülekaalus on seisukoht, mida järgib ka kohtupraktika, et *lucrum ex negotio cum re* tunnistamine kestva ilmajätmise alusena teeks omastamisdeliktilist **rikastumisdelikti**. Varaline kahju on aga kitsamas mõttes varavastaste kuritegude tunnus ja omastamisdeliktilist tunnuseks seda teha ei saa.

Kui loogiline valitseva arvamuse argumentatsioon ka ei ole, ei saa siiski märkamata jätta, et mõningate kaasusetüüpide puhul tekitab selline lähenemine suuri probleeme. Iseäranis kolmandas näites esinev olukord tuleb elus väga tihti ette. Väärtuslike asjade varastajad on ammu aru saanud, et palju kasulikum on asi endisele omanikule tagasi müüa, sest sellelt saab palju rohkem raha kui hangeldajalt.

Näide 4. T hõivab hinnalise maali väärtusega 100 000 marka. Mõne päeva pärast pakub ta omanikule võimalust maal 30 000 marga eest tagasi osta. Omanik nõustub.

Kui siin nõustuda kohtupraktikaga ja autorite suure enamusega, et vargust toime pandud ei ole, tuleb kõne alla ainult väljapressimine. Viimast võib põhjendada sellega, et T ähvardas O-d tuntava ebameeldivuse, nimelt kestva ilmajätmisega. Küsitav on aga, kas O sai 30 000 marka makstes **varalist kahju**. Probleem tekib järgmisel põhjusel.

Varaliseks kahjuks nimetatakse vahet vara koguväärtuse vahel enne varakäsitust ja vara koguväärtuse vahel pärast varakäsitust.

Kui vaadelda O varalist seisundit enne varakäsitust, siis tuleb nentida, et tal oli 30 000 marka raha ja nõue T vastu BGB §-de 985, 1007, 861 jt. alusel. Pärast varakäsitust tal raha enam ei olnud, aga selle asemel oli tal maal väärtusega 100 000 marka.

Küsimus, kas 30 000 marga maksmine vähendas O vara koguväärtust, sõltub üksnes sellest, kuidas **hinnata** BGB §-le 985 jt-le tugineva nõude väärtust. Kuna väljapressimine on nagu kelmus varalise seisundi vastane kuritegu, mis on täielikult seotud majanduslike aspektidega, tuleks nõude hindamiseks küsida, mida asjatundlik asjassepuutumatu kolmas isik selle nõude üleandmise eest maksnud oleks. On ilmne, et enne, kui T endast märku andis, oli see nõue praktiliselt väärtusetu. Aga isegi pärast T ettepanekut oleks mõistlik kolmas isik maksnud nõude eest maksimaalselt 70 000 marka. Ta oleks ju saanud võimaluse saada 100 000 marka maksev maal 30 000 marga eest.

Liites seega 30 000 margale rahale nõude väärtusega **maksimaalselt** 70 000 marka, saame tulemuseks, et enne varakäsitust oli vara koguväärtus 100 000 marka. Pärast T-le raha maksmist oli O-l aga 100 000 marka väärt maal. Siit on näha, et tehtud tehinguga tema vara väärtus **ei vähenenud**. Varalist kahju ei ole seega tekkinud.

Niisuguse otsuse langetas Hamburgi liidumaa ülemkohus (JZ 1975, 101) ühes võrreldavas kaasuses. (Viimane erines selle poolest, et toimija võttis asja kõigepealt endale, pakkudes seda omanikule alles hiljem.) Kui hõivatud asi on mootorsõiduk, tuleb kõne alla vastutus loata kasutamise eest (§ 246b), muudel juhtudel jääks järele vaid sundimise katse.

BGH-l tuli seevastu langetada otsus maalikaasuses. Järgides kitsast väärtusteooriat ja eitades vargust, oleks ta pidanud edasi järeldama, et ka väljapressimist ei ole. Ka loata kasutamine ei tule kõne alla, sest see on karistatav ainult §-des 248b ja 290 sätestatud juhtudel. Nii saaks nentida ainult sundimist, kusjuures T käitumise varavastane aspekt jääks tähenduseta.

BGH püüdis kaasust lahendada varalise kahju mõistet korrigeerides. Kohus asus seisukohale, et varalist kahju arvutades tuleb nõuded võtta arvesse **nõutava soorituse enda väärtuses**, mitte nõude turuväärtuses. See tähendaks, et O-l oli 30 000 marka raha ja nõue, mille väärtust tuleb hinnata 100 000 margale. Pärast tehingut oli tal ainult 100 000 marka maksev maal. Järelikult oli ta BGH hinnangul saanud 30 000 marka varalist kahju.

Kahjuks ei suvatse BGH oma teesi, et kannatanu nõuet tuleb hinnata nõutava soorituse väärtusega, üldse põhjendada. See ei ole õieti midagi muud kui karistamissoovi väljendamine.

Nõude hindamise väärtuse kohta vt. lähemalt kelmuse juurest.

On näha, et hiljemalt siin satub õiguse rakendaja dilemma ette. Kui tahta «asjaga väljapressimise» juhtu vastuvõetavalt lahendada, siis jääb üle vaid võimalus lähtuda laiast väärtusteooriast, s.t. teha varaliste õiguste vastastest kuritegudest varalise seisundi vastased, või võtta toimija vastutusele väljapressimise või kelmuse eest, taganedes majandusliku kahju majandusliku hindamise põhimõttest.

D. Endale võtmise üksikprobleemid

Nagu juba märgitud, asub suur osa autoritest seisukohale, et endale võtmine on endale **omanikulaadse seisundi** omavoliline võtmine, s.t. toimija peab **pidama end üleval nagu omanik** (*ut dominum gerere*).

Samuti sai juba märgitud, et selline sõnastus ei kõlba äravõtmis- ja omastamisdeltide piiritlemiseks, kuna ka asja äraviskaja, kahjustaja või hävitaja teeb asjaga seda, mida tohib teha ainult omanik. Omandiõigus ei õigusta ju mitte ainult asja majanduslikult kasutama, vaid tema sisuks on just nimelt see, et omanik võib asjaga teha, **mida iganes heaks arvab** (BGB § 903).

Selleks, et endale võtmise tunnuse abil piiritleda asja äravõtmist enda kasuks pööramisest, ei piisa seega endale omavoliliselt omanikulaadse seisundi võtmisest.

Seepärast on õigusega esitatud seisukoht, et endale võtmisena tuleb käsitada üksnes sellist käitumist, millest endalevõtja saab **kasu**. Sellele seisukohale on asunud ka kohtupraktika, mis luges aga esialgu piisavaks **mistahes**, ka **mittemateriaalset** kasu.

Uuem kohtupraktika on siiski võtnud omaks kirjanduses esitatud seisukoha, mille järgi on nõutav **materiaalne kasu**.

Nii võib öelda, et endale võtmine tähendab sellist ümberkäimist asjaga, millest endalevõtja saab majanduslikku kasu. Lühemalt on endale võtmine asja **majanduslikult mõistlik käsitlemine**.

E. Iseendale või kolmandale isikule

I. Vana õiguslik regulatsioon

Kuni 31. märtsini 1998 (s.t. Kuuenda kriminaalõigusreformi seaduse jõustumiseni) eeldasid omastamisdeltide koosseisud, et toimija pööraks asja **iseenda**, mitte kolmanda isiku kasuks. Seejuures oli alati selge, et tunnus «iseendale» käis ainult endale võtmise kohta ja ilmajätmisega ei olnud tal midagi pistmist.

Peale selle valitses üksmeel, et endale võtmise suhtes on nõutav esimese astme otsene tahtlus, kuna tegemist on toimija **omakasulise** motiiviga.

Seaduse vana sõnastus tekitas aga probleemi, mis on saanud tuntuks hanekuuri kaasuse nime all.

Näide. O haned jooksevad üle külatänava. Seda märkab talumees T ja käsib sulasel S-l haned enda (T) hanekuuri ajada. T-l on plaanis haned endale jätta.

Siin tekkis teo valitsemise teooriast lähtudes raske probleem. S pani teo – hõivamise toime ise, kuid ta ei kavatsenud hanesid endale jätta. Seega puudus tal enda kasuks pööramise kavatsus. T-l oli küll kavatsus haned omastada, tal oli seega enda kasuks pööramise kavatsus, kuid ta ei **valitsenud** S-i. T vahendlik täideviimine tulnuks kõne alla vaid normatiivse ehk sotsiaalse teo valitsemise teooria järgi.

Kaasuse lahendusvõimalusi vt. üldosa 3, lk. 88 jj.

Selle probleemi lahendamiseks asendas seadusandja sõna «enda» sõnadega «enda või kolmanda isiku».

II. Uus õiguslik regulatsioon

1. Hanekuuri kaasuse probleem

Juba seadusandja ettekujutus, et üliharuldane õpikunäide tuleb lahendada seadusemuudatusega, näib kentsakas. Lisaks sellele on suurema osa õpikuautorite väide, et see probleem on nüüd lahendatud, täiesti vale.

See tuleb sellest, et kui hanekuuri kaasust natuke muuta, oleme uuesti sellesama probleemi ees, mis enne.

Näide. Kui S haned kuuri ajas, oli tal täiesti ükskõik, mida T nendega peale hakkab. Ainus, millest ta hoolis, oli haned kuuri ajada, et peremeest mitte käsu täitmatajätmisega pahandada.

Selles olukorras on äärmiselt kahtlane, kas S-l oli esimese astme otsene tahtlus hanede T kasuks pööramiseks. Esimese astme otsene tahtlus talunikul hanede suhtes uue valduse tekkimise suhtes ei tähenda veel esimese astme otsesest tahtlust kolmanda isiku kasuks pööramise suhtes. See järeldeb lihtsast teadmisesest, et endale võtmine on midagi enam kui valduse saamine. Kolmanda isiku valduse tekitamise käsitlemine kolmanda isiku kasuks pööramisena oleks trikk, mis sisuliselt likvideeriks kolmanda isiku kasuks pööramise tunnuse.

See tähendab, et vaadeldud näites ei olnud S-l esimese astme otsesest tahtlust kolmanda isiku kasuks pööramise suhtes. See-eest oli aga T-l esimese astme otsene tahtlus asi iseenda kasuks pöörata. Nii on jälle teineteisest eraldi tegu, mida valitseb S, ja enda kasuks pööramise kavatsus, mis on T-l, ja hanekuuri kaasuse probleem eksisteerib edasi.

2. Uued probleemid

Eelöeldule lisaks tekitab omastamisdeltide subjektiivsesse külge kolmanda isiku kasuks pööramise lisamine täiesti uusi, raskeid, seni kirjanduses täiesti käsitlemata probleeme. Viimaste tõttu on õige nimetada rutakat seadusemuutmist täielikuks ebaõnnestumiseks.

Põhjendamaks seda mõttekäiku, on vaja vahet teha järgmistel aspektidel:

a) Endalevõtmistoimingu struktuur

Endale võtmine on käsitatav **toiminguna**, mis peab tooma kaasa **tagajärje välismaailmas**.

Näide. T raiub võõra hinnalise tooli tükkideks ja põletab tükid kaminas.

Siin võib tegemist olla vara rikkumise lihtkoosseisuga (s.t. lihtsalt asja äravõtmisega). Siis ei oleks endale võtmist toime pandud.

Hoopis teine hinnang tuleb juhtunule anda siis, kui T tegi kirjeldatud teo selleks, et kaminas põlev puit tõestaks oluliselt õhutemperatuuri toas. Sellisel juhul võttis ta tooli endale, sest ta sai sellest majanduslikult otstarbekal viisil kasu.

Kui T aga põletab tooli kaminas ära, vaatamata sellele, et toas on juba niigi soe, siis ei ole ta majanduslikult otstarbekat efekti saanud ja jällegi on tegemist lihtsalt vara rikkumisega.

Üks ja sama toiming – tooli ärapõletamine – võib seega saavutatud tulemusest sõltuvalt olla kas endale võtmine või pelk asja äravõtmine.

b) Kolmandale isikule võtmise struktuur

Kui seda endalevõtmistoimingu struktuuri silmas pidada, siis tekivad kolmandale isikule võtmise puhul suured probleemid.

Nimelt tekib küsimus, kas kolmandale isikule võtmise puhul on vaja, et kolmas isik peaks **endalevõtmistoimingu** ise tegema, või piisab sellest, kui toimija plaanide järgi saab kolmas isik lihtsalt asja **endale**.

Näide. T hõivab võõra tooli kavatsusega anda see üle A-le, et see saaks sellega oma korterit kütta.

Siin peab võõra asja hõivanud T plaanide järgi kolmas isik A ise **endalevõtmistoimingu** tegema ning saama sellest tuleva kasu endale.

Näide. T hõivab võõra tooli, et kasutada seda A korteri kütmiseks.

Sellisel juhul kavatseb T teha **endalevõtmistoimingu** ise, kuid nii, et kasu saab sellest A.

Näide. T hõivab tooli, et A sellega kaminat kütaks. T plaanide järgi peab selle tagajärjel soojenema aga tema enda korter.

Siin on endalevõtmistoiming ja selle efekt jällegi lahutatud. Kolmas isik peab tegema vaid endalevõtmistoimingu, kasu sellest kavatseb toimija aga ise saada.

Tänapäevani on täiesti selgitamata, kas kolmandale isikule võtmine eeldab seda, et kolmas isik teeks nii endalevõtmistoimingu kui ka saaks sellest kasu, või piisab sellest, et kolmas isik saab kasu, või aitab sellest, kui kolmas isik teeb üksnes endalevõtmistoimingu.

Sellele küsimusele lahendust otsides tuleb arvatavasti arvestada järgmist.

Seni kolmandale isikule võtmise kohta väljendatust jääb mulje, nagu oleksid siin küsimused täiesti valesti püstitatud. Asi on selles, et üldjuhul jääb mulje, nagu peetakse kolmandale isikule võtmiseks piisavaks, kui toimija loob kolmandale isikule üksnes **võimaluse** asi endale võtta. Väide, et kolmandale isikule võtmise konstruktsioon lahendab hanekuuri kaasuse, tulebki just sellest. Sulane ei teinud seal ju midagi enam kui lõi talumehele **võimaluse** saada hanedest majanduslikult otstarbekal viisil kasu.

On aga selge, et sellise võimaluse loomisest ei saa piisata. Muidu tuleks ju kolmandale isikule võtmiseks lugeda ka seda, kui sulane teab, et peremees tahab haned lihtsalt maha tappa ja minema visata, et nende omanikku O-d vihastada. Sel juhul oleks T-l plaanis vara rikkumine, mitte aga endale võtmine.

Taibates, et kolmandale isikule asja endalevõtmise võimaluse loomisest ei piisa, tuleb tulla tagasi äsjase endalevõtmistoimingu struktuuri analüüsimise juurde.

Sellest tekib järgmine dilemma.

Kui nõuda, et endalevõtmistoimingu teeks toimija ja kolmas isik saaks sellest vaid kasu, siis ei anna kolmanda isiku kasuks pööramise sisseviimine kuigi palju. Ka hanekuuri kaasus jääks nii lahendamata. Kui nõuda, et toimija ise teeks **endalevõtmistoimingu**, ei oleks sulasel ju kolmanda isiku kasuks pööramise

kavatsust. Ta ei kavatsenud ju oma lasta enda toimingu tulemusena peremehel hanedest kasu saada – tal polnud plaanis hanesid ei tappa ja praadida ega üles kasvatada ja munele panna.

Tõeliselt oleks hanekuuri kaasust võimalik lahendada vaid siis, kui asuda seisukohale, et asja hõivava toimija ettekujutuse järgi teeb **endalevõtmistoiming** kolmas isik ise.

See iseenesest mõistlik lahendus on aga vastuolus uue seadusetekstiga. Kui normis on kirjas «Kes hõivab..., kavatsusega see enda või kolmanda isiku kasuks pöörata,» siis tuleb arvestada, et sisuliselt on siin tegemist selleks-et-konstruksiooniga. Kõik selleks-et-konstruksioonid on aga enesekohased selles mõttes, et selleks-et-lause **aluseks** on alati sama isik, kes on kavatsetava toimingu tegija.

Halvema keeleoskusega inimesed eksivad küll sageli selle põhimõtte vastu, aga siis tekivad teinekord pigem koomilised laused. Kui näiteks näljast ja janus ratsaniku teekonda hobusel läbi kõrbe kirjeldatakse järgmise lausega:

«Ratsanik surmas hobuse, et mitte janusse surra,»

siis ilmneb täpsel grammatilisel tõlgendamisel, et ratsanik tegutses omaenda surma ärahoidmiseks – näiteks kavatsedes hobuse verd juua. Kui aga kirjutaja tahab öelda, et selleks-et-konstruksiooni subjekt on hobune, s.t. ratsanik surmas hobuse, et **seda** janusse suremast päästa, siis on selge, et lause on grammatiliselt vale.

Lähtudes seega sellest triviaalsest põhimõttest, et selleks-et-konstruksiooni subjekt on alati pealause alus,²⁰ siis võib tõdeda, et kolmanda isiku kasuks pööramisest rääkides peetakse §-ga 242 silmas seda, et asja hõivav toimija teeks ka endalevõtmistoimingut ise. Nii ei jää üle muud kui võimalus, et endalevõtmistoimingust saadav kasu läheb kolmandale isikule.

Nii jäävad paraku lahenduseta kõik need juhud, mil isik, kes asja hõivab, toimetab selle kolmandale isikule sellisel viisil, et see peab endalevõtmistoimingut ise tegema või võib seda ise teha. Kolmandale isikule võtmise probleem nõuab niisiis endiselt lahendamist.

Ka hanekuuri kaasuses ei ole tegemist kolmanda isiku kasuks pööramisega, kuna sulasel ei olnud kunagi kavatsust endalevõtmistoimingut ise teha.

Seaduse rutakas täiendamine kõikide omastamisdeltide osas oli seega tühi töö.

Muide, et sarnast probleemi ei teki kolmanda isiku rikastamisega kelmuse korral, on põhjendatav sellega, et siin ei teki rikastamise toimepanijas kahtlust. Rikastumine peab ju olema varalise kahju tekkimise vahetu tagajärg (allikasamasus!). Viimase peab omakorda esile kutsuma varakäsusutus. Rikastumise «toimepanija» on seega alati see, kes varakäsusutuse tegija. Isikus, kes peab rikastumise põhjustanud toimingut tegema, ei ole seega kahtlust.

²⁰ Saksa keeles on see tõepoolest nii. Eesti keeles on laused «Ta surmas hobuse, et mitte janusse surra.» ja «Ta surmas hobuse, et see janusse ei sureks.» sarnased, kuid saksa keeles tuleb teine üles ehitada teistmoodi kui esimene.

Kui seadusandja lisas seadusse kolmandale isikule võtmise, jäid tal eelmainitud seosed kahjuks kahe silma vahele.

F. Kavatsetava enda kasuks pööramise õigusvastasus

I. Sissejuhatus

Nagu eespool juba öeldud, ei tohi **hõivamise** õigusvastasust mitte mingil juhul segi ajada kavatsetava **enda kasuks pööramise** õigusvastasusega.

Praegu räägime ainult enda kasuks pööramise õigusvastasusest. Kuna endale võtmine väljendab sellisena vaid toimija omakasulist motiivi, olemata seotud mingi õigushüve kahjustamisega, saab enda kasuks pööramise õigusvastasuse üle otsustamisel tähtsust olla vaid **ilmajätmise** õigusvastasusel.

Otsides vastust küsimusele, millistel tingimustel on ilmajätmine õigustatud, põimuvad väga erinevad aspektid. Olulised üksikküsimused on järgmised.

1. Üldised õigustavad alused

Üldised õigusvastasust välistavad asjaolud nagu hädakaitse, hädaseisund jms. välistavad ka ilmajätmise õigusvastasuse. Siiski tuleb tähele panna, et on mõeldavad juhud, kui õigustatud on küll hõivamine, kuid mitte ilmajätmine.

Näide. T garaaž põleb ja tulekahju ähvardab levida elumajale. Et T-l ei ole tulekustutit, jookseb ta naabri garaaži juurde ja võtab selle seinal rippuva kustuti. Ta kavatseb pärast tulekahju kustutamist tulekustuti endale jätta.

Sellises kaasuses on väga tähtis hõivamise ja ilmajätmise õigusvastasusel vahet teha.

Vargust tuvastades tuleb siin toimida järgmiselt.

Esmalt on vaja objektiivses küljes tuvastada, et T on hõivanud võõra vallasasja. Subjektiivses küljes tuleb tuvastada tahtlus.

Uurides enda kasuks pööramist, võime nentida, et T-l oli plaanis võtta E-lt päriseks ära nii kustutuspulber kui ka kustustusseade. Kestva ilmajätmise tahtlus on seega olemas. Kuna T kavatses kasutada mõlemat majanduslikult otstarbekal viisil, oli tal ka endale võtmise tahtlus.

Enda kasuks pööramise õigusvastasust uurides tuleb vahet teha kahel asjal. Kestev ilmajätmine pulbrist oli õigustatud § 34 tõttu. Elumaja oli vahetus ohus, kustutuspulbri kasutamine oli vajalik ja sobiv ning säästvat vahendit ei olnud käepärast. Ka proportsionaalsuse tingimus on täidetud.

Kustutusseadmest kestva ilmajätmisega on teisiti. Seda ei olnud tulekahju kustutamiseks vaja. Kustutusseadmest **kestev ilmajätmine** jääb seega õigusvastaseks. Ka vastav tahtlus on T-l olemas.

Edasi tuleb **õigusvastasuse** kui üldise kuriteotunnuse juures kontrollida, kas õigustada saab **hõivamist** kui koosseisupärast tegu. Siin on § 34 kohaldatav ka kustutusseadme suhtes, sest selle hõivamine (valduse ülekandmine) oli tulekahju kustutamiseks **vajalik**.

Kokkuvõttes ei ole vargust toime pandud ei seadme ega pulbri suhtes. Pulbri puhul oli õigustatud juba ilmajätmine koosseisu subjektiivse külje raames, kustuti enda puhul aga ainult hõivamine ja seda õigusvastasuse raames.

Edasi tuleb kontrollida **omastamist**. Hõivamise õiguspärasus ei välista omastamist, kuna hõivamine ei ole omastamise koosseisutunnus. Kustuti (õigusvastast) enda kasuks pööramist ei saagi käsitada **hõivamisena**, sest viimane oli õiguspärane. Sellele järgnenud toiming, mida võiks nimetada enda kasuks pööramise toiminguks (näiteks võõra tulekustuti panemine oma kappi luku taha) on aga enda kasuks pööramise tahtlusest kantud ja kujutab endast õigusvastast omastamist.

2. Omandiõiguse formaalne kaitse ja omaniku materiaalsed huvid

Aeg-ajalt tuleb ette olukordi, kus kõik varguse koosseisutunnused on realiseeritud, kuid ometi ei ole omaniku materiaalseid huve rikutud. Viimane võib tuleneda sellest, et omaniku vastupidiseid huve **tegelikult ei olegi**, ent ka sellest, et omaniku formaalsele seisundile vaatamata ei ole **normatiivsetel põhjustel** tema huvi käsitatav **kaitsmisväärse**na.

See, kuidas lahendada olukordi, kus koosseisu formaalsed eeldused põrkuvad omaniku materiaalsete huvidega, on väga vaieldav. Siin on kaks põhjalikult erinevat lahendusteed.

a) Oletatav nõusolek

Traditsiooniline teooria püüab formaalset koosseisu omaniku materiaalistest huvidest lähtudes kitsendada erilise õigustava aluse «oletatav nõusolek» abil. Sellega püütakse vargusejuhtudest kõrvale jätta väärtusetute asjade hõivamine ja omastamine (oletatav nõusolek ilmselt vähemtähtsa huvi tõttu). Kuid see konstruktsioon on kasutatav ka **omavolilise rahavahetamise** korral.

b) Võlaõiguslikud nõuded

Peaaegu üksmeelse seisukoha järgi tuleb enda kasuks pööramise õigusvastasuse üle otsustades võtta arvesse võlaõiguslikke nõudeid. Kui toimijal on hõivatud ja enda kasuks pööramise kavatsusega hõlmatud asjale olemasolev vaidlustamata individuaalnõue, siis ei loeta kehtvat ilmajätmist õigusvastaseks.

c) Koguväärtuse teooria

Sootuks teisiti läheneb asjale kirjanduses laialt levinud käsitlus, mis on esmajoones rakendatav **raha** suhtes. Selle pooldajad leiavad, et rahatäht kui vallasasi väljendab teatavat väärtust. Omaniku jaoks ei ole tähtis rahatähe kui sellise omamine, vaid selle väärtus. Osa autoreid lähevad veel kaugemale ja rakendavad koguväärtuse teooriat kõikide asendatavate asjade suhtes.

II. Enda kasuks pööramise õigustamine üldiste õigustavate asjaoludega

Enda kasuks pööramise õigusvastasuse võivad välistada ka üldised õigustavad asjaolud. Ehkki see jäetakse mõnikord kahe silma vahele (vt. Krey, Strafrecht BT 2, änr 93), ei ole kahtlust, et see nii on.

Arvesse tuleb võtta vaid seda, et üldist õigustavat alust sisaldab ka BGB § 229. See tähendab praktiliselt, et alati, kui toimijal on hõivatud asja suhtes nõudeõigus ning BGB §-s 229 sätestatud täiendavad nõuded on täidetud, on tegevus õiguspärane. Siin võlaõiguslike nõuete käsitlemises veel erimeelsusi ei ole. Need tekivad alles juhtudel, kui BGB § 229 nõuded ei ole täidetud.

III. Õigustamine võlaõigusliku nõudega

Enamuse seisukoha järgi õigustab ilmajätmist ka olemasolev, vaidlustamata ja individualiseeritud võlaõiguslik nõue. Selle kohtupraktikas ja suuremas osas kirjandusest aktsepteeritud põhimõtte vastu vaidlevad vaid vähesed autorid. Nad kardavad, et nii legitimeeritaks raurikkumised, mis ei vasta BGB § 229 eeldustele.

See aga ei ole õieti vastuväide kõnealusele põhimõttele, sest rääkides õigustamisest võlaõigusliku nõudega ei ole küsimus **hõivamise** õigustamises, vaid hoopis **omandiõiguse rikkumise** ebaõiguse välistamises. Selle kandvaks ideeks on tõsiasi, et saksa tsiviilõiguses kehtiva abstraktsiooniprintsiibi põhjal tehakse ranget vahet asjaõiguslikel ja võlaõiguslikel tehingutel. Selline regulatsioon ei ole iseenesestmõistetav ja paljudes teistes õiguskordades peetakse seda kunstlikuks.

Valitsev arvamus, et võlaõiguslikust nõudest piisab ilmajätmise õigustamiseks, tähendab vaid abstraktsiooniprintsiibi ületamist kriminaalõiguses. Kriminaalõiguslikult oluliseks ebaõiguseks ei tuleks lugeda pelgalt **formaalset** omanikuseisundit, mille omanik on võlaõiguslikel põhjustel niikuinii kohustatud toimijale üle andma.

Tähelepanu tuleb pöörata järgmistele üksikaspektidele:

- Nõue peab olema **individualiseeritud**. See tähendab, et võlaõigusliku nõude objektiks peab olema just see konkreetne asi, mis hõivati. **Liiginõudest** ei piisa, kui see ei ole BGB § 243 lg-le 2 vastavalt individualiseeritud.
- Nõude tähtpäev peab olema **saabunud**. Kui tähtpäev pole saabunud või võlausaldaja on nõustunud selle edasilükkamisega, siis ei ole käitumine õigustatud.
- Nõude suhtes ei tohi olla esitatud vastuväiteid. Praktikas tuleb siin kõne alla vastuväide, et nõue on aegunud, eelkõige aga vastuväide lepingu rikkumise (BGB § 320) või kinnipidamisõiguse (BGB § 273) tõttu. Siin on küsimus selles, et kuna nõue ei ole (veel) teostatav, on omanikule jäänud midagi pelgast formaalsest omanikuseisundist enam – reaalselt eksisteeriv materiaalne huvi.

Hoolega tuleb tähele panna ka seda, et see õigustav alus on kohaldatav piiratud ulatuses – ainult kestva ilmajätmise suhtes.

Näide. T ostab kasutatud autode müüjalt O-lt pruugitud sõiduauto väga soodsa hinnaga – 8000 marka. Kuna müügileping sõlmitakse laupäeval, maksab T raha kohe ära, kuid nad lepivad kokku, et O annab auto üle alles esmaspäeva hommikul. Kui T aga esmaspäeval kohale tuleb, vastab O põiklevalt. Kui T õhtupoolikul uuesti tuleb, märkab ta, et O demonstreerib tema ostetud autot X-le. T on väga kohkunud, seda enam, et O vabandab ennast seegi kord välja, et ta ei saa veel autot üle anda. Seepärast läheb T ööl vastu teisipäeva O kaupluseõuele, ronides üles lukustatud värava. Ta löikab osa traataiast katki, istub «oma» autosse ja käivitab mootori kaasatoodud varuvõtmega. Sel hetkel ilmub välja O ja püüab T-d ära sõitmast takistada, haarates läbi avatud akna roolirattast kinni. T lööb O-le vastu sõrmi, mille tõttu tal õnnestub autoga põgeneda.

Selles kaasuses tuleb kõigepealt kontrollida röövimist. Lüües O-le vastu sõrmi, kasutas T vägivalda. Ta hõivas võõra vallasasja, sest sõiduauto ei olnud veel temale üle antud. Tal oli ka plaanis O autost kehtvalt ilma jätta ja see vähemalt ajutiselt endale võtta. Kavatsedud ilmajätmise **õigusvastatus** on aga välistatud, kuna T-l oli olemasolev vaidlustamata individuaalnõue just selle auto suhtes. Järelikult on röövimine välistatud.

Samal põhjusel on välistatud kõik teised omastamisdeliktid nagu vargus või omastamine.

Kontrollides O võimalikku vastutust, tuleb kõne alla sundimiskatse, sest ta proovis roolirattast kinni haarates takistada T-d ära sõitmast. Sundimiskatset õigustaks hädakaitse tegutsemine. Kuna T soovis hõivata O asja, rünnates seega tema valdust, oli vahetu rünne olemas. See oli ka õigusvastane, kuna BGB § 229 eeldused ei olnud veel täidetud. Seepärast oli O sundimiskatse õiguspärane.

Siit järeldub omakorda, et T toimepandud vigastamine (sõrmede pihta löömine) ei olnud õiguspärane.

Veel tuleb seda kaasust lahendades tähele panna, et sõiduauto hõivamine võib olla ka röövväljapressimine.

Selle eelduseks on, et T tarvitaks vägivalda teise inimese vastu. Seda ta, nagu juba tõdetud, tegi. Peale selle pidi see käitumine tooma kaasa **varalise kahju**. Kirjanduses nõutakse § 255 puhul kvalifitseeriva sundimisvahendi ja varalise kahju ühenduslülina **varakäsitust** (vt. lähemalt väljapressimise all). Siin varakäsitust ei toimunud, kuna O-l polnud **valikuvõimalust**.

Kohtupraktika seevastu väljapressimise puhul varakäsitust ei eelda, rahuldudes põhjusliku seosega kvalifitseeriva sundimisvahendi ja varalise kahju vahel. Seepärast tuleb, kui järgida kohtupraktika seisukohta, kontrollida, kas O sai autost ilma jäädes varalist kahju.

Siin tuleb tähele panna, et kohtupraktikas kasutatava normatiivse iseloomuga kahjumõiste kohaselt, millega nõustub ka suur osa kirjandusest, on varaline kahju välistatud, kui kannatanu jäi ilma varast, mille suhtes toimijal oli võlaõiguslik nõue. Siin ongi see nii, nii et varaline kahju ja röövväljapressimine välistatud.

See arutus kinnitab, et arvestades võlaõiguslikke nõudeid ilmajätmist õigustavate alustena, luuakse õigusvastase ilmajätmise ja varalise kahju vahele teatav harmoonia.

IV. Õigustus oletatava nõusoleku tõttu

Nagu juba mainitud, paistab arvukatel juhtudel küll varguse koosseis formaalselt täidetud olevat, aga materiaalselt ei ole omaniku huve kahjustatud.

Ülekaalus oleva seisukoha järgi õigustab siin toimija käitumist eriline õigustav alus – oletatav nõusolek ilmselt vähemtähtsa huvi tõttu.

Seda õigustust saab kasutada peamiselt **kahel juhul**:

1. Asi on väärtusetu

Ülekaalus oleva seisukoha järgi loetakse oletatav nõusolek ilmselt vähemtähtsa huvi tõttu olemasolevaks siis, kui omanik on formaalselt küll omanikuseisundis, kuid tal ei ole asja vastu ei majanduslikku ega isiklikku huvi.

Näide. T kõnnib külavaheteed mööda. Tee ääres seisavad õunapuud, millel kasvavad täiesti väärtusetud metsõunad. Ta korjab mõned õunad, et nendega oma kodujäneseid toita.

Kõik seni käsitletud varguse tunnused on siin täidetud. T hõivas võõra asja. Need olid vallasjad, sest valduse nihutamisega eraldati õunad puu ja seega ka maa küljest. T soovis omanikku õuntest kestvalt ilma jätta ja ka õunu majanduslikult otstarbekal viisil kasutada (sellel, kas jäneseid oleks õunu söönud, ei ole tähtsust).

Siiski tuleb nentida, et teedevalitsusel, mis kohaliku omavalitsuse esindajana on kinnistu ja seega ka õunte omanik, ei ole nende õunte suhtes mitte mingisugust majanduslikku huvi.

Seepärast räägitakse metsõunte kaasustes jt. sarnastel juhtudel õigustusest oletatava nõusoleku alusel ilmselt vähemtähtsa huvi tõttu.

Tuleb aga tähele panna, et selle õigustava aluse korral tuleb lisaks **majanduslikele** huvidele arvestada mistahes isiklike huve. See tähendab, et vanade armastuskirjade või armastatu juuksesalgu hõivamist ei saa niimoodi õigustada, kui omanik on nendest veel emotsionaalselt huvitatud.

Märkus. Sellel kitsendusel ei ole suurt praktilist tähtsust. Meenutagem, et endale võtmise kavatsuse jaoks toimijal on ju vaja, et ta plaaniks asju majanduslikult otstarbekal viisil kasutada. See võib küll vahel harva kõne alla tulla, kui jutt on kuulsatest isikutest järelejäänud esemetest. Aga enamikel juhtudel see nii ei ole.

2. Omavoliline rahavahetamine

Teine juht, mil ülekaalus oleva seisukoha järgi saab rääkida oletatavast nõusolekust ilmselt vähemtähtsa huvi tõttu, on omavoliline rahavahetamine.

Näide. T on kaupluse töötaja, kelle ülesandeks on klientide sularahamaksete vastuvõtmine. Sellest tulenevalt on ta kohustatud klientidelt saadud raha kassasse panema. Kuna pood on väike ja sama kassat kasutab ka peremees O, ei pea T puudujääke omast taskust kinni maksma.

Kui O on ära, tahab T minna automaadist sigarette ostma, kuid tal ei ole peenraha. Sellepärast võtab ta kassast kaks viiemargast metallraha, pannes asemele kümnamargase paberraha.

Asja formaalselt vaadates tuleb konstateerida, et T võttis O kassast kaks viiemargast münti, mis on O-le kuuluvad vallasasjad. Hõivamisega on tegemist seetõttu, et kuna T-l polnud varalist vastutust puudujääkide eest, ei saa teda kassa valdajaks lugeda (selle kriteeriumi kohta vt. eespool lk. 55–56).

Ta kavatseb ka O müntidest kestvalt ilma jätta ning neid ise majanduslikult otstarbekal viisil kasutada.

Ühtlasi tuleb siiski nentida, et omavolilise rahavahetamine ei põhjustanud O-le varalist kahju.

Kuna O majanduslikke huve siin ei kahjustatud, öeldaksegi, et T käitumine on õigustatud oletatava nõusolekuga omaniku ilmselt vähemväärtusliku huvi tõttu.

Ehkki see seisukoht on valitsev, ei ole ta päris probleemitu. Sellel on kaks põhjust:

a) Omanik võib väga vabalt olla huvitatud konkreetsete müntide endale hoidmisest. Kohtupraktika, mis opereerib pidevalt oletatava nõusolekuga, on seda ka niivõrd tunnustanud, et loeb **avalike kassade** puhul käitumise õigusvastaseks ja toimija käitumise varguseks, ehkki varalist kahju tekkinud ei ole. Kuid selline eriline huvi võib olla ka erakassade omanikel.

Näide. O on kakskümmend aastat kogunud ühepenniseid, et vastavalt vanale traditsioonile osta nende eest endale pulmakingad. Kui tal on 35000 ühepennist koos ja pulmad on kohe tulemas, võtab T tema 35000 penni ja paneb nende asemele 350 marka raha.

Siin ei saa tõsimeeli väita, et T käitumine ei kahjusta O omanikuhuve.

b) Selles lahenduses kahtlemiseks on ka teine, pigem põhimõtteline põhjus. Seda väljendab järgnev, hästi tuntud ning avalikel konkurssidel ikka ja jälle esinev eksamikaasus:

Näide. Üliõpilane T elab allüürnikuna O juures. Ühel ööl, kui ta on kõik oma sigaretid ära tõmmanud, avastab ta, et tal ei ole muud raha kui 10-margane, mida sigaretiautomaadis kasutada ei saa. Seepärast läheb ta O kööki (O on ise kodust ära), teades et O hoiab köögikapis karpi, milles on metallrahad. Ta leiab karbist kaks viiemargast münti ja paneb nende asemele oma kümnamargase paberraha.

Siia maani tundub tegemist olevat tüüpilise omavolilise rahavahetamisega, mille korral omaniku materiaalseid huve ei ole kahjustatud. Eksamikaasuse «alatus» peitub aga selles, et see läheb edasi nõnda:

Näide. Kolm päeva hiljem on T jälle üksi korteris ja tal läheb öösel kõht tühjaks. Kuna tal ei ole enam raha, läheb ta kööki ja võtab O rahakarbist sellesama 10-margase, mille ta varem ise sinna pani. Selle raha eest ostab ta pitsa ja sööb ära.

See teine episood viib lahendaja kiiresti kimbatusse. Kümnamargase hõivamisest rääkimine on kahtlane, sest ei ole võimalik tuvastada, et O oleks muutunud selle omanikuks (pole ei BGB §-le 929 vastavat kokkulepet ega seadusjärgset omandamist vastavalt BGB §-dele 947 jj). Ka pandi rikkumist (§ 289) on väga raske põhjendada, isegi kui arvestada, et ka selle koosseisu võib täita ka kinnipidamisõiguse rikkumine.

Sellest näitest on näha, et enamuse seisukoht, et omavoliline rahavahetamine ei kahjusta omaniku materiaalseid huve, on problemaatiline seetõttu, et äravõetud raha asemele pandud raha ei lähe kannatanu **omandisse**, mistõttu see ei ole varguse eest kaitstud.

See ei ole autorite enamust siiski takistanud asumast seisukohale, et omavoliline rahavahetamine on õigustatud oletatava nõusolekuga ilmselt vähemväärtusliku huvi tõttu.

V. Koguväärtuse teooria

1. Raha käsitlemine valitseva arvamuse järgi

Raha hõivamise korral tuleb valitseva arvamuse järgi käsitleda kõiki varguse koosseisutunnuseid seoses **rahamärkide**, s.t. paber- või metallrahadega. Ainult nii saab üldse rääkida **võõra vallasasja** hõivamisest.

Ka enda kasuks pööramist vaadeldakse rahamärkidega seoses. See tähendab, et toimija peab kavatsema omanikku just nimelt rahamärkidest kehtvalt ilma jätta. Ka endale võtta peab ta kavatsema neidsamu rahamärke.

Sellest käsitusest tulenevad järgmised järeldused.

Omavolilise rahavahetamise korral loetakse, et kestev ilmajätmine on olemas, kuid selle õigusvastasus on välistatud oletatava nõusolekuga ilmselt vähemväärtusliku huvi tõttu.

Kui toimijal on õigus kannatanult mingit rahasummat nõuda ja ta hõivab just nii palju kannatanu raha, siis käsitatakse nõudeõigust õigusena nõuda rahamärke tavalises vääringus ja kvaliteediga. See on **individualiseerimata nõue**, mis vastavalt BGB § 243 lg-le 2 muutub individuaalnõudeks alles siis, kui võlgnik on soorituseks määratud rahamärgid konkretiseerinud. Kuni seda pole toimunud, ei ole võlausaldajal individuaalnõuet ja teo õigustamine **nõudega** ei ole võimalik. BGH püüab neid kaasi vastuvõetavalt lahendada enda kasuks (vt. alajaotust VI).

2. Koguväärtuse teooria

Üks osa kirjandusest määratleb aga raha omastamise korral enda kasuks pööramise objekti teisiti. Et raha käibib alati ainult väärtusega, tuleb enda kasuks pööramise kavatsusest rääkides rahamärkide asjaidentiteet kõrvale jätta. Enda kasuks pööramise objekt ei ole mitte rahamärgid ise, vaid nende rahaline **väärtus**.

Sellest järeldub, et omavolilise rahavahetamise korral ei ole täidetud isegi **kestva ilmajätmise** tingimus, sest selle käsituse järgi jäetakse omanik konkreetsetest rahamärkidest küll ilma, kuid **rahasumma** jääb talle alles.

Juhtudel, kui raha hõivajal on kannatanu vastu vastav nõue, jääb kannatanu küll **rahasummast** ilma. Et aga toimijal oli õigus nõuda vastava rahasumma üleandmist, ei ole tema käitumine õigusvastane.

3. Seisukohavõtt

Ehkki koguväärtuse teooria kasuks tuleb tunnistada, et valitsev käsitus rahamärkidest on paljuski kunstlik, on tal tõsiseid puudusi.

– Esimene probleem tekib juba siis, kui omanikul on mingil põhjusel konkreetne huvi üksiku rahamärgi vastu. Nii võib olla näiteks ühepennilisi koguvate kihlatute puhul.

– Peale selle tuleb aru saada, et koguväärtuse teooria kohaselt ulatuvad võlausaldaja volitused kaugemale kui tema õigused täitemenetluse raames. See probleem tekib siis, kui rahalist nõuet ei ole võimalik täita seetõttu, et nõude täitmise järel jääks võlgnikule alles vähem raha kui eksistentsiiniimum. Sellistel juhtudel ei saa rahalist nõuet täita. Koguväärtuse teooria seda asjaolu arvestada ei saa, sest ta loeb oluliseks ainult nõude olemasolu.

Seepärast tuleb ühineda valitseva arvamusega, mis lähtub konkreetsest rahamärkidest ja peab konkreetse huvi puudumise korral võtma appi õigustuse ilmselt vähemväärtusliku huvi tõttu.

Selline lähenemine võimaldab ka võimalikke rahalisi nõudeid arvesse võtta. Siis saab ju õigustuse ilmselt vähemväärtusliku huvi tõttu konstrueerida nii, et raha omaniku huvidega arvestatakse niivõrd, kui need on **õiguslikult heakskiidetavad**. Kui võlausaldajal on teostatav nõue, siis saab tema käitumist lugeda õiguspäraseks. See ei ole siiski võimalik juhtudel, kui esineb riiklikku täitemenetlust takistavaid asjaolusid.

VI. Tahtlus kavatsetava enda kasuks pööramise õigusvastasuse suhtes

Nagu juba eespool öeldud, ei ole kavatsetava enda kasuks pööramise õigusvastasus midagi muud kui kavatsetava enda kasuks pööramise toimingu üldine õigusvastasus. See tähendab, et õigustavate aluste olemasolu suhtes kehtivad õigustuses eksimise reeglid. Seega tuleb siingi eristada eksimust õigustuse eeldustes ja eksimust õigustuses.

Just nii toimiski Liidukohus tuntud papp-lagedale-kaasuses (BGHSt 17, 87).

Näide. T-l on õigus nõuda O-lt 100 marga tasumist. Kui O ühel päeval tänavale astub, astub temast tugevam T tema juurde ja nõuab: «Papp lagedale!» Kui O selle peale ei reageeri, haarab T tema rahakoti, võtab sellest ühe sajamargase ja läheb ära.

Et siin hõivati võõras vallasasi, on selge. BGH ühineb valitseva arvamise ja rahaline nõue on individualiseerimata nõue ega õigusta rahatähe hõivamist.

Samas leidis BGH õigesti, et tavainimesele ei ole need õiguslikud asjaolud pikemata selged. Kohtu arvates arvab tavainimene, et tal on vahetu nõudeõigus konkreetse rahatähe suhtes. Seepärast tekib küsimus, mis laadi eksimusega on siin tegemist.

Siin tegi BGH järgmise eristuse.

Kui toimijal on tõepoolest **individuaalnõue** ja ta peab lihtsalt teist asja ekslikult selleks saamiseks, mida tal on õigus nõuda, siis eksib ta nõudeõigusest tuleneva õigustuse faktiliste eelduste osas. See on eksimus õigustuse eeldustes, mis välistab tahtluse.

Näide. T-l on O vastu olemasolev ja vaidlustamata nõue videokaamera üleandmise suhtes. Tegemist on kaameraga, mille O mõni päev tagasi T-le müüs ja mille eest T on ka juba maksnud.

Kui O kaamerat T kätte ei toimetata, läheb T tema juurde ja märkab tema korteris videokaamerat, mida peab selleks saamiseks, mis talle müüdi. Ta võtab kaamera kaasa. Pärast selgub, et T ei võtnud kaasa mitte enda ostetud kaamerat, vaid ühe teise.

Siin on tegemist juhu, mida BGH nimetab eksimuseks asja identiteedis. Kui isik eksib oma nõudeõiguse konkreetse objekti suhtes, on see eksimus õigustuse eeldustes ja tahtlus on välistatud.

Papp-lagedale-kaasuses on BGH arvates asi teisiti. T ei eksi nõude faktiliste eelduste osas, vaid eksimuse objektiks on nõude enda ulatus. Õigus ei anna T-le õigust nõuda konkreetset sajamargast rahatähte, kuid T saab õiguslikust regulatsioonist valesi aru, eksides seega õigustava asjaolu ulatuse osas.

Seepärast ei ole siin BGH arvates tegemist eksimusega õigustuse eeldustes, vaid ainult **õigustuses**. See tähendab keelueksimust.

BGH jätkab arutluskäiku nii: kuna mittejuristist tavainimesele ei ole erinevus individualiseerimata ja individuaalnõude vahel vähemalt raha puhul üldsegi loogiline, oli T eksimus **vältimatu**. Sellepärast tuleb T õigeks mõista.

Seda otsust on kirjanduses palju kritiseeritud, eelkõige koguväärtuse teooria aspektist. Valitseva arvamuse pooldatava rahamärkide teooria seisukohast peaks ta aga olema vastuvõetav.

Üheksas osa: Muud omastamisdeliktid

§ 28. Omastamine (§ 246)

A. Omastamise koosseisu struktuur ja ülesehitus

I. Omastamise koosseisu tänapäevane kuju

Kuues kriminaalõiguse reformi seadus, mis jõustus 1. aprillil 1998, tegi §-i 246 suuri muudatusi.

1. Enda käes pidamise klausel

Kuni 31. märtsini 1998 sätestas § 246:

«Seda, kes õigusvastaselt omastab enda valduses oleva või enda käes peetava²¹ asja, karistatakse...»

Paragrahvi 246 vana redaktsiooni järgi sai seega omastamise toimepanijaks olla ainult asja valdaja või enda käes pidaja. See nn. enda käes pidamise klausel piiras koosseisu oluliselt. Selle tagajärjeks oli eelkõige see, et omastada ei olnud võimalik asju, mida toimija enda käes ei pidanud.

2. Kolmanda isiku kasuks pööramine

Sarnaselt §-ga 242 (vt. lk. 96 jj) on ka omastamise koosseisu laiendatud sellega, et nüüd ei eelda enda kasuks pööramine enam **iseenda** kasuks pööramist, vaid hõlmab ka **kolmanda isiku** kasuks pööramist.

3. Subsidiaarsuse klausel

Paragrahvi 246 uue sõnastuse järgi võetakse isik omastamise eest vastutusele ainult siis, «kui teine õigusnorm ei näe selle teo eest ette raskemat vastutust». Siin on sõnaselgelt sätestatud omastamise subsidiaarsus, mida tuleb seaduskonkurentsi puhul arvesse võtta.

II. Omastamise sisemine struktuur

Erinevalt §-st 242 ei esine enda kasuks pööramine omastamise koosseisus üleulatuva tahtena. Toimija süüdimõistmiseks ei piisa seega sellest, et ta ainult kavatseb asja enda kasuks pöörata. Enda kasuks pööramine on siin koosseisupärane tegu.

Siiski jaguneb enda kasuks pööramine ka omastamise korral vähemalt ajutiseks endale võtmiseks ja kestvaks ilmajätmiseks.

Sellest tuleneb, et tegelikku õigushüve kahjustamist väljendab alltunnus «kestev ilmajätmine». Omastamisdelikti kui püsivate mõjudega rünne omandiõigusele on

²¹ Siin kasutatakse kõrvuti mõisteid *Besitz* ja *Gewahrsam*, millest esimene tähendab, nagu öeldud, eesti keeles valdust tsiviilõiguse mõttes ja teine valdust kriminaalõiguse mõttes. Nende kahe asja eristamiseks on siin viimane tõlgitud «enda käes pidamisena».

materiaalselt vaadates realiseeritud vaid siis, kui on toimunud kestav ilmajätmine. Enda kasuks pööramise kavatsus väljendab aga toimija **tegutsemismotiivi**.

Kui nüüd § 246 eeldab, et toimija oleks asja tõepoolest enda kasuks pööranud, võiks sellest järeldada, et lõpuleviidud omastamine eeldab tegelikult toimunud õigushüve kahjustamist – kestvat ilmajätmist.

Kohtupraktikas ja kirjanduses valitseb aga peaaegu üksmeelne seisukoht, et see ei saa olla mõistlik viis enda kasuks pööramise mõiste sisustamiseks. Omastamiseks piisavaks loetakse seda, kui toimija teeb «**enda kasuks pööramisele suunatud teo**». Ainult Kargl ja nüüd ka Hoyer nõuavad, et kestav ilmajätmine oleks tegelikult toimunud.

Nii saab omastamise koosseis aga täiesti üksmeelse arvamuse järgi tõlgenduse, mis muudab ta mitteheitsaks ettevõtmisdeliktiks. Omastamine on sellepärast ettevõtmisdelikt, et teo lõpuleviimine ei eelda tegelikku õigushüve kahjustamist (kestvat ilmajätmist), vaid sellele suunatud toimingust piisab. **Mittehehtne** on ta jälle sellepärast, et § 246 tekstis endas ei esine sõna «ettevõtmine» (sel juhul oleks ta ehtne ettevõtmisdelikt § 11 lg 1 p 6 mõttes), vaid omastamise ettevõtmisdelikti-iseloom saab selgeks seaduse tekstis kasutatud teokirjeldust tõlgendades.

Niisiis on § 246 materiaalses mõttes **kuriteokatse**. Siiski tuleb tähele panna, et mitteheitsate ettevõtmisdeliktide puhul on katseiseloomuga ainult **toiming** ise, mitte aga teised kuriteo tunnused (vt. üldosa 1, lk. 29).

Selle tagajärjeks on, et objektiivses küljes peab kuriteo objekt olema **tegelikult** võõras vallasasi. Vaid kestav ilmajätmine ei pea olema tegelikult aset leidnud – piisab, kui toimijal on tahtlus ja ta asub vahetult kestvat ilmajätmist teostama. (Üksikasjade kohta vt. allpool lk. 115–116.)

III. Lahenduskeemi puudutavad järeldused

Kui tahta teha omastamise koosseisu katselaadsusest järeldusi kaasuselahenduse ülesehituse kohta, siis on põhimõtteliselt mõeldavad kaks võimalust.

1. Katseiseloomu rõhutamine

Kui tahta lahenduskeemis eriti esile tõsta seda, et omastamine on oma materiaalselt olemuselt kuriteokatse, siis võiks kaaluda lahenduse koosseisuosa ülesehitamist kuriteokatse moodi. Siis tuleks alustada subjektiivse küljega ja minna seejärel objektiivse külje juurde.

Siiski peame siin tähelepanu juhtima ühele erinevusele tavalise katse struktuuriga võrreldes. Kui tavalise kuriteokatse puhul peavad kõik koosseisutunnused esinema vaid tahtluses, samal ajal kui objektiivses küljes ei ole vaja tuvastada muud kui vahetut asumist, siis mitteheitsa ettevõtmisdelikti puhul on asi teisiti. Subjektiivse külje ülesehitus on küll sama, kuid objektiivses küljes tuleb arvestada sellega, et kõik need asjaolud, mis ei kuulu vahetult teo täideviimise juurde, peavad olema objektiivselt realiseeritud. See tähendab, et koosseisu objektiivne külg eeldab seda, et

oleks tõepoolest olemas olnud võõras vallasasi. Ainult ilmajätmistoimingu korral piisab, kui tuvastatakse selle **algamine**.

Selline lahenduskeem võiks välja näha nii:

Omastamine (§ 246)

A. Koosseis

I. Subjektiivne külg

1. Tahtlus

- asi, võõras, vallas-
- kestev ilmajätmine

2. Subjektiivne element

esimese astme otsene tahtlus endale võtmise suhtes

II. Objektiivne külg

1. Objekt: asi, võõras, vallas-
2. Ilmajätmistoimingu algus

B. Õigusvastasus

1. Üldised õigustavad alused
2. Individuaalnõue, vaidlustamata

Ära ei tohi siiski unustada seda, et selline omastamise katselaadsust rõhutav lahenduskeem võib põhjustada arusaamiskusi. Paragrahvi 246 lõige 3 sätestab ju vastutuse ka omastamise **katse** eest. Omastamise katse on tõepoolest võimalik, kuid seda ainult niivõrd, kui objektiivses küljes eeldatakse tegelikult realiseeritud asjaolusid. Viimaseks on ainult võõra vallasasja olemasolu. Seega eeldab lõpuleviidud kelmus, et võõra vallasasjaga oleks tõepoolest tegemist, kuid omastamise katse tuleb kõne alla siis, kui toimija ekslikult arvab, et kuriteo objektiks on asi või võõras asi või vallasasi.

2. Omastamise käsitlemine lõpuleviidud kuriteona

Omastamise võib aga, nagu valitsev arvamus seda teeb, üles ehitada ka formaalselt lõpuleviidud kuriteona. Siis tuleb alustada objektiivsest küljest ja käsitleda seejärel subjektiivset.

Nii tekib muidugi probleem, mida ei saagi ilma struktuuri rikkumata lahendada.

Seda, kas kuriteoobjekt – võõras vallasasi – on tegelikult olemas, on objektiivses küljes võimalik raskusteta tuvastada. Uurides enda kasuks pööramise toimingut kui objektiivse külje osa, tuleb aga arvestada omastamise materiaalse katseiseloomu. See tähendab, et seda, kas toimija konkreetne käitumine on enda kasuks pööramise toiming või mitte, ei saa hinnata üksnes teo väliste tunnuste põhjal, s.t. eelkõige tahtlust eirates. See tähendab teisisõnu, et objektiivsesse külge kuuluvat enda kasuks pööramise toimingut saab kontrollida ainult siis, kui enne on tuvastatud enda kasuks pööramise kavatsus. Alles siis on võimalik kontrollida, kas toimija on alustanud selle kavatsuse teokstegemist.

Kui lahendus nii üles ehitada (ja, nagu öeldud, valitseva arvamuse järgi seda nii teha tulebki), siis tuleb lahenduskeem järgmine:

Omastamine (§ 246)

A. Koosseis

I. Objektiivne külg

1. Objekt: võõras vallasasi

2. Enda kasuks pööramise toiming

a) enda kasuks pööramise soov

(1) kaudne tahtlus kestva ilmajätmise suhtes

(2) esimese astme otsene tahtlus vähemalt
ajutise endale võtmise suhtes

b) enda kasuks pööramise toimingu algus

II. Subjektiivne külg

Tahtlus kuriteo objekti – võõra vallasasja – suhtes

B. Õigusvastasus

1. Üldised õigustavad alused

2. Individuaalnõue, vaidlustamata

Sellest skeemist on näha, et subjektiivses küljes jääb kontrollida ainult tahtlus võõra vallasasja suhtes. Tahtlust enda kasuks pööramise kavatsuse suhtes ei ole vaja uuesti kontrollida, teda kontrolliti juba objektiivses küljes enne enda kasuks pööramise toimingu algamise tuvastamist.

Üksmeel valitseb selles, et sellise ülesehituse korral on enda kasuks pööramise kavatsuse toomine objektiivsesse külge paratamatu. Vastuolu lahendussammu pealkirjaga «objektiivne külg» ei ole, sest koosseisu lahutamine objektiivseks ja subjektiivseks osaks on niikuinii ainult ülevaatlikkuse huvides.

Järgnevas käsitluses on aluseks võetud valitseva arvamuse lahendusskeem. Sellegipoolest on tähtis tähele panna, et niivõrd, kui asi puudutab enda kasuks pööramise toimingut, on omastamine **materiaalses mõttes kuriteokatse**.

B. Üksikud omastamise koosseisutunnused

I. Kuriteo objekt: võõras vallasasi

Omastamise objekt on defineeritud samamoodi nagu varguse oma. See tähendab, et kõik varguse peatükis toodud arutlused § 242 kohta kehtivad ka siin.

II. Enda kasuks pööramise toiming

1. Enda kasuks pööramise soov

Ka kestva ilmajätmise ja ajutise endale võtmise mõisteid sisustatakse omastamise puhul peaaegu samamoodi nagu varguse puhul.

Ainult kestva ilmajätmise puhul on arutuse all üks erinevus võrreldes varguse koosseisuga.

Kuna omastamise toimepanija on sageli asja valdaja (tsiviilõiguse mõttes), on ta üldjuhul võimeline õiguspäraselt teostama omanikuõigusi. Varguse puhul ei ole see üldjuhul võimalik, sest siis rakendub BGB § 935.²²

Juhul, kui toimija annab enda vallatava asja kolmandale isikule pandiks, s.t. loob õigusvastaselt pandiõiguse, mida ta BGB §-de 1204 ja 932 kohaselt teha võib, sõltub kestva ilmajätmise küsimus üksmeelse arvamuse järgi sellest, kas toimija arvab ennast suutvat panditud asja enne kestvaks ilmajätmiseks vajaliku olulise aja möödumist jälle välja lunastada ja omanikule tagastada.

Teisiti on valitseva arvamuse järgi siis, kui toimija mitte ei pandi võõrast asja kolmandale isikule, vaid annab selle tagatiseks tema omandisse.

Näide. T on laenanud O-lt kolmeks kuuks hinnalise briljantdiadeemi. O on samal ajal ümbermaailmareisil. Kui T mõni päev pärast O ärasõitu rahapuudusse satub, võtab ta A-lt laenu. A nõuab aga tagatist.

1. variant: T annab võõra diadeemi heausksele A-le pandiks.

2. variant: A ei taha panti, vaid nõuab, et diadeem antaks tagatiseks tema omandisse ja valdusse.²³

Esimeses variandis omandab A heauskselt pandiõiguse. Kui T usub, et ta suudab diadeemi O tagasituleku ajaks laenu tagasimaksmisega jälle välja lunastada, siis pole tal kestva ilmajätmise tahtlust.

Teises variandis saab A heauskselt tagatisomandi. Isegi juhul, kui T kujutleb, et maksab laenu õigeaegselt tagasi ja tagastab diadeemi O-le, soovib ta valitseva arvamuse järgi siiski kestvat ilmajätmist, sest **omandiõigus** läheb ju A-le üle.

Vastuseisukoha järgi ei saa pantimise ja tagatisvõõrandamise vahel niimoodi vahet teha. Ka siis, kui omandiõigus on küll tagatisvõõrandamise korras üle läinud, kuid toimija on kindel, et ta suudab asja õigeaegselt välja lunastada, ei ole kestva ilmajätmisega tegemist.

Muus suhtes ei ole enda kasuks pööramise soovi käsitlemises mingit vahet vargusega võrreldes, nii et seal esitatud käsitlus kehtib ka siin.

Sama võib öelda kolmandale isikule võtmise kohta.

²² Heauskset omandamist piirav säte, analoogiline AÕS § 95 lg-ga 3.

²³ Nagu juba eespool põgusalt mainitud, puudub Saksa õiguses registerpant (AÕS § 297). Vallasasja saab panti ainult käsipandina. Sellepärast kasutatakse olukorras, kus asja üleandmine ei ole mingil põhjusel soovitatav (näiteks asi on võlgnikule vajalik majandustegevuse jätkamiseks), väljapääsuna nn. tagatisvõõrandamist (*Sicherungsübereignung*), mille korral asi antakse formaalselt võlausaldaja omandisse kokkuleppega, et pärast tagatava kohustuse täitmist omandab võlgnik asja uuesti. Üldjuhul jääb asi võlgniku valdusse, kuid vaadeldavas näites ei olnud selleks majanduslikku vajadust ja võlausaldaja pidas paremaks nõuda ka valduse üleandmist.

2. Enda kasuks pööramise toiming

Küsimuse üle, milliste omadustega peab olema koosseisus eeldatav enda kasuks pööramise toiming, käib kohtupraktikas ja kirjanduses elav vaidlus. Põhilisi seisukohti on neli:

a) Lai ilmutamisteooria

Kohtupraktika ja osa kirjandusest pooldavad nn. laia ilmutamisteooriat. Selle järgi piisab, kui toimija võtab ette mingi enda kasuks pööramise tahtlusest kantud toimingu. Ei ole nõutav, et ilmajätmistahtlus oleks vaatlejale märgatav. Piisab seega täiesti neutraalsetest toimingutest, kui need vaid on kantud ilmajätmistahtlusest.

Juba vana õiguse ajal (s.t. enne 1. aprilli 1998) viis see põhimõtte kohtupraktikas vahel väga kahtlaste tulemusteni. Omastamisena kvalifitseeriti mitte ainult asja müümist ja pelka tarvitamist, võõrandamist ja isegi teisele isikule müügipakkumise tegemist, vaid isegi selliseid toiminguid, milleks toimija oli kohustatud.

Näide. T on firma F inkassaator. Ta külastab firma ülesandel selle kliente ja kasseerib neilt sisse makseid F kasuks, andes vastu kviitungi.

Õhtuti on F-l alati koos suur rahasumma. Ühel päeval otsustab ta veeta tööpäeva nagu tavaliselt makseid vastu võttes, õhtul aga raha mitte F-le üle anda, vaid endale jätta.

Sellisel juhul on kohtupraktika järgi tegemist omastamistoiminguga. Maksete vastuvõtmine on enda kasuks pööramise tahtlusest kantud tegu, järelikult enda kasuks pööramise toiming.

Sellele on õigusega esitatud vastuväide, et niisugusel juhul ei keelata õigupoolest ära mitte raha vastuvõtmine, vaid enda kasuks pööramise tahtluse omamine. Kui kohaldada siin §-i 246, siis tähendab see, et T ei oleks tohtinud makseid sisse kasseerida – see on keelatud enda kasuks pööramise toiming. Teiselt poolt oli T-l aga õiguslik kohustus raha sisse kasseerida. Kujutlegem, et üks klient oli peatselt maksejõuetuks muutumise ohus. Kui T jätaks sellises olukorras makse vastu võtmata, saaks teda võib-olla vastutusele võtta usalduse kuritarvitamise (§ 266) eest.

Siit nähtub, et kui omastamise koosseisu nii tõlgendada, ei ole keelunormi objektiks tegelikult mitte raha vastuvõtmine, vaid ilmajätmistahtluse omamine.

b) Kitsas ilmutamisteooria

Kitsas ilmutamisteooria lähtub samadest eeldustest nagu kohtupraktika, leides, et enda kasuks pööramise toiminguna on põhimõtteliselt käsitatav igasugune tegu, mis on kantud enda kasuks pööramise tahtlusest. Lisatingimuseks on siiski, et väline vaatleja, kes ei tea enda kasuks pööramise tahtlusest, peab toimingut vaadeldes aru saama, et see on enda kasuks pööramise tahtlusest kantud.

Paljude tüüpiliste omastamistoimingute puhul ei valmista see mingeid raskusi. Toimija hakkab asja kasutama või ära tarvitama, sõlmib selle kohta lepinguid või annab isegi omandiõiguse heausksele kolmandale isikule üle. Kui eeltoodud definitsiooni aga sõna-sõnalt võtta, siis peaks enda kasuks pööramise toiminguks

loetama ka asja asukohta sõitmist, kui toimija sõidu ajal kellelegi ütleb, et sõidab sinna selleks, et asi enda kasuks pöörata.

Siin piisaks seega pelgast ütlemisest, et asi kavatsetakse enda kasuks pöörata.

Selle tagajärjel on osa autoritest nüüd asunud seisukohale, et nõutav on väliselt enda kasuks pööramise toiminguna identifitseeritav toiming, mille sisuks on **ümberkäimine asja endaga**. Lihtsalt asjast rääkimine ei ole seega küllaldane, vaid enda kasuks pööramise toiming eeldab asja käsitlemist.

Korrigeeritud kitsa manifestatsiooniteooria puudus on siiski see, et jääb selgusetuks, mida loetakse asja käsitlemiseks ja mida mitte.

Seepärast on üksikud autorid esitanud veel kaks seisukohta:

c) Kestva ilmajätmise oht

Maiwald tegi esitatud dilemmast järelduse, et enda kasuks pööramise toiminguteks saab lugeda ainult selliseid toiminguid, mis tegelikult toovad kaasa kestva ilmajätmise reaalse ohu. Sellise konstruktsiooni korral saaks ettevõtmisdeliktist kestva ilmajätmise suhtes konkreetne ohudelik.

d) Endalevõtmistoimingu algus

Neljanda seisukoha järgi on kindlaid tugipunkte ainult üks ja selleks on selle toimingu algus, mis kujutab endast endale võtmist. Enda kasuks pööramise toimingust kui omastamise koosseisutunnusest saab rääkida ainult siis, kui toimija alustab asja majanduslikult mõistlikku kasutamist.

See tähendab siis asja kasutamise või äratarvitamisega alustamist, aga ka võõrandamisega alustamist. Enda kasuks pööramise toimingute hulka ei kuulu näiteks niisugused teod, millega toimija üksnes varjab asja omaniku eest, salgab selle valdamist või lihtsalt võtab asja enda kätte.

e) Seisukohavõtt

Kogu probleemi teeb tunduvalt raskemaks § 246 ümbersõnastamine ja eelkõige enda käes pidamise klausli väljajätmine. Seni, kuni omastada oli võimalik vaid asja, mida toimija valdas või enda käes pidas, oli toimijal vähemalt mingi loogiline seos asjaga. Kui nüüd aga toimija ei pea enam asja enda käes pidama, tekivad kohe juhud, kus suurem osa seni esitatud teooriatest ei anna mingeid mõistlikke tulemusi.

Näide. T tahaks omandada O-le kuuluvat maali väärtusega 20 000 marka ja on nõus andma O-le vastutasuks vastava rahasumma. O ei ole aga nõus maali müüma. Kuna aga fanaatiline kunstikollektsionäär T tahab just seda maali ilmtingimata endale, võltsib ta müügilepingu, millest nähtub, et O on maali temale müünud. Seejärel esitab ta O vastu hagi, nõudes maali üleandmist 20 000 marga vastu.

Kui jätta esialgu kõrvale see, et T on kahtlemata pannud toime dokumendivõltsimise, siis ei saa ta varalise seisundi vastase kuriteo eest vastutada. T tahab küll petta kohut

müügilepingu olemasolu suhtes ja ajendama kohut O vara käsutama, kuid kuna T nõuab maali üleandmist vaid 20 000 marga vastu, siis ei kavatse ta O-le varalist kahju tekitada. Seepärast on välistatud varavastane kuritegu kitsamas mõttes ja seega kelmus.

Kui küsida, kas T on hagi esitamisega võtnud ette maali omastamise, jõuame järgmistele tulemustele.

Vana õigus järgi oleks T hiljemalt enda kasuks pööramise toimingut ette võttes pidanud olema maali enda käes pidaja või selleks saama. Praegusel juhul see nii ei ole. Sellepärast ei saa T-d omastamise eest vastutusele võtta.

Uuest õigusest on aga enda käes pidamise klausel välja jäetud. Võimalus välistada vastutus omastamise eest enda käes pidamise puudumise tõttu langeb seega ära.

Kui nüüd rakendada hagi esitamise suhtes enda kasuks pööramise teooriaid, siis selgub:

– Laia ilmutamisteooria järgi piisab suvalisest toimingust, mis on katud enda kasuks pööramise tahtlusest. Ei ole kahtlust, et T tahtis O maalist kehtvalt ilma jätta ja tal oli ka endale võtmise kavatsus. Samuti on ilmne, et hagi esitamise eesmärgiks oli selle soovi teostamine. Laia ilmutamisteooria järgi peaks hagi esitamine seega kujutama endast omastamist.

– Ka kitsa ilmutamisteooria järgi on tulemus samasugune. Ka kõrvaltvaatav kolmas isik saab ju raskusteta aru, et T tahab O-d maalist kehtvalt ilma jätta, ja et tal on endale võtmise tahtlus. Sellel, et vaatleja ei tea võib-olla, et kavandatud enda kasuks pööramine oli õigusvastane, ei ole tähtsust, sest kitsa ilmutamisteooria järgi ei pea enda kasuks pööramise toimingu õigusvastasus äratuntav olema.

Siingi jõuame seega tulemusele, et hagi esitamine on omastamine.

– Ilmajätmisteoriat järgi eeldab omastamine reaalse ilmajätmisohu. Hetkel, mil T esitab hagi ja esitab oma nõude tõendamiseks võltsitud lepingu, loob ta kahtlemata reaalse kestva ilmajätmise ohu. Ka Maiwaldi järgi peaks niisiis tegemist olema omastamisega.

– Vaid **endale võtmise teooria** jõuab teisele lahendusele, kuna loeb enda kasuks pööramise toimingu alguseks vaid asja majanduslikult otstarbeka kasutamise algust. See on põhimõtteliselt võimatu, kuni T ei saa veel asja käsutada.

Selle käsituse järgi siin seega omastamist toime pandud ei ole.

Siiski ei tohi kahe silma vahele jätta seda, et endale võtmise teooria võib sattuda raskustesse seoses enda käes pidamise klausli väljajätmisega seadusest. Vaatleme näiteks järgmist olukorda:

Näide. T on jällegi võltsinud müügilepingu, kuid ta mõtleb ümber ja loovutab müügilepingust väidetavalt tuleneva nõude X-le. X omandab nõude ja esitab selle teostamiseks enda nimel hagi O vastu.

Selles olukorras on kolme esimese teooria järgi kahtlemata tegemist omastamisega. Endale võtmise teooria järgi saaks siin omastamisest rääkida siis, kui väidetava võõrandamisnõude üleandmises näha **asja** majanduslikult otstarbekat kasutamist. Seda saaks aga vältida, kui asuda seisukohale, et asja majanduslikult otstarbekas kasutamine tähendab **asja enda** käsitsemist, mitte aga väidetava võõrandamisnõude üleandmist.

Üldiselt tuleb tõdeda, et enda käes pidamise klausli väljajätmise tähtsusest enda kasuks pööramise toimingute definitsioonile ei ole veel peaaegu üldse aru saadud. Kui rakendada laia või ka kitsa ilmutamisteooria definitsiooni uuele § 246 tekstile, siis satub karistatavate enda kasuks pööramise toimingute hulka tohutu hulk tegusid omastamisdeltide **eelalast**.

Seda aitab vast veel paremini selgitada järgmine arutlus.

Inimene, kes on näiteks jõudnud otsusele panna toime sissemurdmine ja värbab selleks abilisi, ei ole veel jõudnud vargusekatse staadiumi, mistõttu teda kriminaalvastutusele võtta ei saa. Kui aga vaadelda varguse abiliste värbamist omastamise seisukohast, lähtudes seaduse uuest tekstist ja emmast-kummast ilmutamisteooriast, siis tuleb nentida järgmist.

Varastada kavatsetav asi on kõlblik omastamise objekt, kuna ta on võõras vallasasi. Kui vargust täide viija kavatseja otsib endale abilisi, on tal kindlasti juba tahtlus ja enda kasuks pööramise kavatsus. Kui nüüd ainsaks täiendavaks eelduseks on see, et toimija teeb mingi suvalise või väliselt äratuntava toimingute, mis on kantud enda kasuks pööramise tahtlusest, siis kujutab varguse jaoks abiliste otsimine endast juba lõpuleviidud omastamist.

Väljapääsu sellest olukorrast võimaldab ainult ilmutamisteooria kitsendamine asja konkreetsele käsitsemisele. Sellise piirangu puudus on aga selles, et asja konkreetset käsitsemist on võimalik mõista ainult nii, et asja ja isiku vahel on ruumiline lähedus ning isik mõjutab asja. See pole aga midagi muud kui nõue, et toimijal oleks asjaga asja enda käes pidamisele lähedane suhe. Nii võiks see teooria langeda süüdistuse alla, et ta ei võta tõsiselt enda kasuks pööramise klausli väljajätmist § 246 tekstist, s.t. ei kuuletu seadusandjale.

3. Korduv enda kasuks pööramine ja subsidiaarsuse klausel

a) Vana õigus

Kuna enamuse defineeris enda kasuks pööramise toimingut laialt, oli § 246 sageli konkurentsivastaste varaliste õiguste ja varalise seisundi vastaste kuritegudega. Seejuures oli põhiliselt võimalik eristada kaht kaasusetüüpi:

– Kui mingi toiminguga pandi toime varalise seisundi vastane kuritegu või mõni teine varaliste õiguste vastane kuritegu ja sama toiming vastas ka omastamise koosseisule, taganes omastamine seaduskonkurentsi korras.

Näide. T tungib võõrasse majja ja võtab O elutoast selle margikogu.

Siin pani T toime margikogu varguse. Kuna aga valitseva arvamuse järgi piisab, kui omastamise täideviija muutus asja enda käes pidajaks enda kasuks pööramise toiminguga **endaga**, siis on siin põhimõtteliselt realiseeritud ka omastamise koosseis. See taganeb aga seaduskonkurentsis vargusega või siis loeti omastamise koosseisu samaaegselt toime pandud omastamis- või rikastumisdelikti kõrval mittetäidetuks (BGHSt 14, 38 jj).

– Omastamine võidi toime panna ka **pärast** muud varavastast kuritegu **uue toiminguga**.

Näide. T tungib sisse O pagaritöökotta ja võtab sealt pätsi leiba. Ta läheb leivaga koju ja sööb selle seal ära.

Leiva hõivamine oli vargus. Sellega seotud omastamine taganeb seaduskonkurentsis. Tekib aga küsimus, millises seoses on leiva omastamine ärasöömise teel sellele eelnenud vargusega.

Siin oli esitatud kaks seisukohta.

Kirjanduse järgi vastas siingi vargusele järgnenud tegu omastamise koosseisule, kuid omastamine oli käsitatav eelneva vargusega seaduskonkurentsis olevana. Sama kehtis siis, kui eelnev varavastane kuritegu ei ole vargus, vaid näiteks kelmus, väljapressimine või ka kuritegelikul teel saadud varaga kauplemine.

Kohtupraktika oli seevastu asunud seisukohale, et sama asja **teistkordne enda kasuks pööramine** ei ole isegi **koosseisu** tasemel võimalik. Kes oli seega asja korra – olgu siis varguse või röövimise, või siis kitsamas mõttes varavastase kuriteo nagu kelmuse või väljapressimisega – enda kasuks pööranud, ei saanud kohtupraktika järgi seda asja enam teist korda enda kasuks pöörata. Juba omastamise koosseis oli siin kohtupraktika järgi täitmata.

Eelneva teo täideviija kohtlemisele ei olnud kirjanduse ja kohtupraktika seisukohtade erinevuselt tähtsust. Ühel juhul puudus juba koosseis, teisel juhul oli omastamise koosseis olemas, kuid omastamine taganes seaduskonkurentsi korras eelneva varavastase kuriteo ees kui sellega hõlmatu.

Erinevused tekkisid aga nendega, kes osalesid alles teises enda kasuks pööramises. Isik, kes ei osalenud leiva hõivamises pagaritöökojast, kuid aitas varguse täideviijat selle ärasöömises, lõigates leiba ja pannes selle peale vorsti, ei käitunud kohtupraktika järgi omastamise koosseisu päraselt, kuna leiba ära süües ei pannud varas toime omastamist. Abiline seega omastamisele kaasaaitamise eest vastutada ei saanud. Kirjanduse seisukoha järgi oli teisiti. Leiba ära süües pani varguse täideviija ju toime omastamise. Selle eest ei vastuta ta ainult seetõttu, et see tegu loetakse eelneva vargusega hõlmatuks. Abilise puhul on aga olemas koosseisupärane põhitegu, nii et ta vastutab omastamisele kaasaaitamise eest.

b) Muudatused subsidiaarsuse klausli tõttu?

Vastamaks küsimusele, milline mõju on subsidiaarsuse klauslil, on kõige tähtsam arvestada asjaolu, et seadusega sätestatud subsidiaarsus kuulub **seaduskonkurentsi**

valdkonda. See tähendab, et küsimuseni seaduskonkurentsist jõuab lahendaja alles pärast koosseisu tuvastamist. Kui koosseisu pole, ei rakendu ka subsidiaarsuse klausel.

Sellel on järgmised tagajärjed:

(1) Kui muu varavastane kuritegu ja omastamine pannakse mõlemad toime **ühe ja sama** teoga, sätestab subsidiaarsuse klausel vaid selle, mille juba varem lahendas üksmeelse seisukoha järgi niikuinii juba seaduskonkurents.

(2) Kui omastamine pannakse toime **uue teoga** pärast muud varavastast kuritegu, ei muutu samuti midagi. Kohtupraktika seisukoha järgi ei vasta uus enda kasuks pööramine omastamise **koosseisulegi**, nii et subsidiaarsuse klausli rakendamiseks ei ole põhjust. Kirjanduse seisukoha järgi vastab uus tegu küll omastamise koosseisule, kuid taganeb eelmise teo ees seaduskonkurentsi korras. Subsidiaarsuse klausli kohaldamine viib samale tulemusele. Osavõtja vastutuse suhtes ei muuda subsidiaarsuse klausel aga midagi, sest ta rakendub ainult seaduskonkurentsi puhul. Siin on aga olemas osavõtja vastutuseks piisav õigusvastane ja koosseisupärane põhitegu.

(3) Subsidiaarsuse klausel **rakendub ainult siis**, kui **sama tegu** vastab veel teisele koosseisule, mis senise arusaama järgi ei olnud piisavalt kaalukas, et omastamine võiks sama õigushüve vähemolulise rikkumisena taganeda.

Näide. T leiab tänavalt rahakoti ja võtab selle enda kätte sooviga see enda kasuks pöörata. Samal ajal kannab ta püstolit, ilma et tal oleks relvaluba.

Kui mitte järgida kitsamat käsitust, pani T selles näites toime omastamise ja eksis ühtlasi Relvaseaduse (WaffG) § 53 vastu. Kuna WaffG § 53 sätestab loata relvakandmise eest raskema karistuse kui StGB omastamise eest, taganeb omastamine seaduskonkurentsi korras loata relvakandmise ees.

Kuni 1. aprillini 1998 oleks T tulnud võtta vastutusele nii omastamise kui ka Relvaseaduse rikkumise eest **ideaalkonkurents**.

Uue regulatsiooniga on seadusandja loonud üldise subsidiaarsusklausli, mille rakendamine ei sõltu sellest, kas teine, raskema karistusahvardusega kriminaalõigusnorm kaitseb **sama õigushüve** või hoopis mõnda muud. Süüprintsibi tõttu tingib eri õigushüvede rikkumine või ohustamine üldjuhul neid õigushüvesid kaitsvate kriminaalõigusnormide **ideaalkonkurentsi**. Selle eesmärgiks on tagada, et kohtuotsuses kajastuksid kõik õigushüvede kahjustamised ja ohustamised. Üldise subsidiaarsusklausli mõjul taganeb omastamine aga ka **täiesti teistsuguste** kuritegude ees, mis ründavad **täiesti teistsuguseid** õigushüvesid.

On tõsine põhjus kahelda sellise lahenduse mõistlikkuses.

C. Omastamise õigusvastasus

Kõigepealt võib omastamise õigusvastasus olla välistatud siis, kui esinevad üldised õigusvastasust välistavad alused.

Ent õigustavaks asjaoluks on ka vaidlustamata individuaalnõue – sedakorda õigusvastasuse tasandil üldise kuriteotunnusena.

Eksimused vaidlustamata individuaalnõude koosseisueelduste osas on seega eksimused õigustuse eeldustes, eksimused nõude ulatuse osas on aga vaid eksimused õigustuses. (Vastavate probleemide kohta seoses §-ga 242 vt. eespool lk. 108 jj.)

D. Omastamise kvalifitseeritud koosseis

Vastavalt § 246 lg-le 2 on vastutus omastamise korral raskem, kui asi oli toimijale **usaldatud**.

Üksmeelse arvamuse järgi ei tule seda usaldamist käsitada vara hooldamise kohustusena § 266 mõttes. Vara usaldamisena toimija hooleks on tegemist juba siis, kui omanik on andnud asja talle üle kas selleks, et see kasutakse seda omaniku huvides või annaks pärast kasutamist tagasi.

See tähendab eelkõige, et see tunnus on täidetud ka siis, kui omanik on asja hilisemale omastamise täideviijale **laenanud** või **rentinud**.