

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND TALLINNAS

Eraõiguse Instituut

Riin Bonder

**LAPSENDAMISSALADUSE AVALDAMINE
AVALIKES HUVIDES**

Magistritöö

Juhendaja: T. Göttig, LL.M.

Tallinn 2012

Olen koostanud magistritöö iseseisvalt.

Kõik töö koostamisel kasutatud teiste autorite tööd, olulised seisukohad, kirjandusallikad ja mujalt pärinevad andmed on viidatud.

..... (töö autori allkiri ja kuupäev)

Töö vastab magistritööle esitatud nõuetele

..... (juhendaja allkiri ja kuupäev)

.....

Kaitsmisele lubatud (kuupäev)

Kaitsmiskomisjoni esimees (allkiri)

Sisukord

Sissejuhatus	3
1. Lapsendamissaladuse avaldamise regulatsioon.....	11
1.1. Lapsendamissaladuse avaldamist puudutava regulatsiooni muutused 2010. aasta perekonnaseaduses – muutuste kehtestamise vajadus ja põhjendatus	11
1.2. Lapsendamissaladust puudutavad põhiõigused ja nende võimalik riive lapsendamissaladuse avaldamise kontekstis.....	18
1.3. Lapsendamissaladuse avaldamine rahvusvahelise regulatsiooni kontekstis	27
1.3.1. Lapse Õiguste Konventsioon.....	27
1.3.2. Euroopa Nõukogu Lapsendamise Konventsioon	30
1.3.3. Euroopa Inimõiguste ja Põhivabaduste Kaitse Konventsioon.....	31
2. Avalik huvi ja lapse huvi lapsendamissaladuse kontekstis Eesti ja teiste Euroopa riikide võrdluses	33
2.1. Avalik huvi kui määratlemata õigusmõiste	33
2.2. Avalik huvi ja lapse huvi lapsendamissaladuse avaldamise piirangu põhjusena	44
2.3. Eesti lapsendamissaladuse avaldamise regulatsiooni võrdlus teiste Euroopa riikidega	46
2.3.1. Saksamaa Liitvabariigi käsitus lapsendamissaladuse avaldamisel ja võrdlus Eesti Vabariigi vastava regulatsiooniga.....	47
2.3.2. Erinevate Euroopa riikide käsitlused lapsendamissaladuse avaldamisest.....	58
3. Põhjendused ja ettepanekud perekonnaseaduse lapsendamissaladuse hoidmist puudutava sätte muutmiseks.....	62
3.1. Lapsendamissaladuse avalikustamise regulatsiooni muutmise vajalikkus ja otstarbekus	62
3.2. Ettepanekud perekonnaseaduse § 164 lõike 2 muutmiseks.....	69
3.3. Avaliku huvi mõiste avamine seaduse seletuskirjas.....	73
Kokkuvõte	75
Kasutatud kirjandus	83
Kasutatud normatiivmaterjalid	88
Kasutatud Eesti Vabariigi kohtupraktika.....	89
Kasutatud rahvusvaheline kohtupraktika.....	90

Sissejuhatus

Sotsioloogilisest aspektist on perekond inimeste liit, mille aluseks on abielu, sugulus või lapsendamine¹. Sotsioloogia uurib seoseid inimeste ja ühiskonna vahel ning selle teaduse üheks uurimisobjektiks on ka lapsendamise temaatika käsitlemine. Võõra *persona sui iuris* e perekonda võtmine toimus esialgselt näiteks Roomas rahvakoosolekul lapsendamise laiemas mõttes (*arrogatio*) ülempreestri osavõtul ja nii lapsendaja kui ka lapsendatava juuresolekul ja hiljem toimus see avaliku tahte teel ning lapsendamise kitsamas mõttes (*adotpio*) lapse näilise kolmekordse müümisega isa poolt.² Seega lapsendatud on ammustest aegadest alates kuni tänaseni. Lapsendatud laps ja lapsendajate bioloogiline laps omavad perekonnas samasuguseid õigusi (Eesti Vabariigi lastekaitse seaduse³ § 10).

Täna on lapsendamise protsessi põhiprintsiibid reguleeritud nii rahvusvahelisel tasandil kui ka täpsustatud riiklikes õigusaktides (nt perekonnaseadus⁴, rahvusvahelise eraõiguse seadus⁵, perekonnaseisutoimingute seadus⁶, nimeseadus⁷, Eesti Vabariigi lastekaitse seadus⁸).

Lapsendamise üks kindlaid tingimusi on selle saladuse hoidmine⁹. Lapsendamissaladus ning selle hoidmine lapsendamise menetluse ajal ja peale seda ehk lapsendamisega seotud isikute (lapsendatud lapse, lapsendajate, bioloogiliste vanemate) õiguste tagamine on peamiseks ja olulisimaks probleemi kaitsealaks, kuna see puudutab Eesti Vabariigi põhiseaduse¹⁰ (edaspidi PS) §-s 26 reguleeritud isikute era- ja perekonnaelu kaitset ning põhiõigust nimetatud õiguste puutumatusetele.

Kuigi lapsendamise teema on Eestis veel õrn ja sõnu tuleb hoolikalt valida, on erinevus mõnekümne aasta taguse ajaga, mil lapsendamisest tehti suur saladus, märgatav, kuna ühiskond ei toetanud sel ajal lapsendajate peresid ja lapsendajaid ei julgenud seda saladust avaldada.¹¹

¹ M. Ivanov. Abielu, perekond, lapsed. Tallinn: Valgus, 1987, lk 3.

² E. Ilus. Rooma eraõiguse alused. Tallinn: Kirjastus Ilo, 2000, lk 93-94.

³ Eesti Vabariigi lastekaitse seadus. 8. juuni 1992. - RT 1992, 28, 370.

⁴ Perekonnaseadus. 18. november 2009. - RT I 2009, 60, 395.

⁵ Rahvusvahelise eraõiguse seadus. 27. märts 2002. - RT I 2002, 35, 217.

⁶ Perekonnatoimingute seadus. 20.05.2009. - RT I 2010, 30, 177.

⁷ Nimeseadus. 15.12.2004. - RT I 2005, 1, 1.

⁸ Eesti Vabariigi lastekaitse seadus. 8. juuni 1992. - RT 1992, 28, 370.

⁹ M. Ivanov. Op.cit., lk 107.

¹⁰ Eesti Vabariigi põhiseadus. 28.06.2002. - RT 1992, 26, 349.

¹¹ P. Maffucci. Lapsendamise saladus. - Eesti Naine, 2011/1, lk 36-38.

Kuna varasemalt tehti lapsendamisest saladus, sealhulgas varjasid lapsendajad lapsendamise fakti ka lapsendatud lapse eest, kuid lähtuvalt magistritöö käigus läbiviidud küsitlusest on täna enamik lapsendajaid pigem arvamusel, et lapse eest nad seda varjata ei soovi. Kuid soov valida aega ja kohta sellel teemal vestlemiseks peaks endiselt jääma lapsendaja valida ning seda tuleks ülejäänud ühiskonna liikmetel ning riigil aktsepteerida. Sellisel seisukohal on lapsendajad ja ka autor.

Autorile andis tõuke antud teemal kirjutada käsitletava teema emotsionaalsus ja lapsendamisega otseselt kokkupuutuvate isikute kaitsetus ning küsimused ja probleemid, mis on esile kerkinud seoses lapsendamissaladuse avaldamisega erinevate ametiisikute poolt. Nimetatud isikutele on ebaselge, kes, kellele ja millal võib lapsendamissaladuse avalikustada.

Autor tunneb teema vastu huvi seoses teema aktuaalsuse, tundlikkuse ja olulisusega lapsendamise protsessiga seotud isikute seisukohast. Magistritöö teema on aktuaalne, kuna käsitletavat teemat ei ole Eesti ühiskonnast ja õigusruumist lähtuvalt juriidiliselt analüüsitud. Magistritöös väljatoodud probleemid on olulised ja tundlikud inimesele, kes vahetult osalevad lapsendamise protsessis ehk lapsendatud lapsele, lapsendajatele ning lapsendatud lapse bioloogilistele vanematele ning lisaks ametiisikutele, kes selle teemaga teiselt poolt kokku puutuvad.

Teema muudab aktuaalseks 2010.aasta 1.juulil jõustunud perekonnaseaduse regulatsioon, käsitledes perekonnaseaduse § 164 lõikes 2 lapsendamissaladuse kontekstis esmakordselt avaliku huvi mõistet, mis on Eesti õigusruumis uus vaade, olles lapsendamissaladuse riive aluseks. Uuenenud käsitlus tekitab küsimusi selle kohaldamises, otstarbekuses ja tõlgendamisruumis igapäeva elu vaatepunktist tulenevalt, mida antud juhul peavad eelkõige mõistma lapsendamise protsessiga seotud isikud ehk lapsendatud laps, lapsendajad ja bioloogilised vanemad ning analüüsivast saladusest teadvad ametiisikud.

Teema käsitluse vajalikkusele viitab ka õigusteadusliku ajakirja Juridica toimetuskolleegiumi poolt 2010. aasta lõpus korraldatud lugejaküsitlus. Vastajad märkisid teemade hulgas, millest artikleid edaspidi soovitakse lugeda, ka lapsendamissaladuse temaatikat. Omakorda avaldas ajakirja Juridica toimetuskolleegium lootust, et nimetatud, sealhulgas lapsendamissaladuse,

teemad, leiaksid peagi käsitlemist ning vastavad artiklid leiaksid tee Juridica toimetusse¹². Eeltoodust järeldub, et lapsendamine ja sealhulgas lapsendamissaladuse temaatika ei ole Eestis leidnud piisavat kajastamist ning seda ka õiguskirjanduses, kuna nimetatud ajakirja lugejad moodustavad märkimisväärse osa Eesti õigusalasest kompetentsist, kes omakorda nõustavad inimesi, kes vajavad vastavatel teemadel juriidilist tuge.

Lisaks eeltoodule on lapsendamissaladuse hoidmise ja avalikustamise teema aktuaalne ja tundlik lapsendajate, lapsendatute ja bioloogiliste vanemate seisukohast, kuna nende põhiseaduslik õigus era- ja perekonnaelu puutumatusel on see, mis võib kaalukal määral saada riivatud. Olulise tõuke autorile teemat analüüsida andsid mitmete lapsendajate kirjeldused olukordadest, kus ametiisikud on lapsendamissaladusega väga hooletult ja avalikult ümberkäinud.

Käesoleva magistritöö objektiks on lapsendamissaladuse avaldamine avalikes huvides nii, et lapsendatud lapse huvid saaksid võimalikult vähe kahjustatud. Kuna täna kehtiv lapsendamissaladuse avalikustamise regulatsioon kasutab mõistet avalik huvi ja juhindub selle vajalikkusest, siis on nii sätte sihtgruppi kui ka autori hinnangul põhiprobleemiks avaliku huvi mõiste ebamäärasus ning küsitavus selle mõiste kasutamises lapsendamise ning lapsendamissaladuse kontekstis. Arvestades, et lapsendamine ja lapsendamissaladuse hoidmine on seotud isikute era- ja perekonnaelu puutumatusel, on tegemist ühe olulisema põhiõiguse kaitseala ja selle riivega.

Riigikohtu üldkogu 28. oktoobri 2002. aasta otsuses nr 3-4-1-5-02¹³ on kohus leidnud, et PS § 13 lõikest 2 tuleneb õigusselguse põhimõte, mille kohaselt peavad õigusnormid olema piisavalt selged ja arusaadavad, et üksikisikul oleks võimalik avaliku võimu organi käitumist teatava tõenäosusega ette näha ja oma käitumist reguleerida.

Avaliku huvi mõiste on määratlemata õigusmõiste ning erinevates õigusaktides on avaliku huvi mõiste sisustatud erinevalt või jäetud üldse sisustamata. Kuna ühiskond on pidevalt muutuv ja arenev, siis selle koosmõjus on pidevalt muutuv ka avaliku huvi mõiste sisustamine ja kasutusala. Ühiskonna liikmetele ei anna määratlemata õigusmõiste kasutamine aga

¹² P. Pruks. Juridica uue kümnendi alguses. - Juridica 2011/1, lk 78-83.

¹³ Riigikohtu üldkogu otsus 28. oktoobrist 2002 nr 3-4-1-5-02. Tallinna Halduskohtu taotlus kontrollida ORAS § 7 lõike 3 vastavust Põhiseadusele. - RT III 2002, 28, 308.

kindlustunnet, et tema subjektiivsed õigused oleksid kaitstud, sest need on sõltuvuses millestki ebamäärasest.

Magistritöö põhiprobleemi hetkeseis õigusteaduslikul tasandil on järgmine: käesoleval hetkel ei ole teada, et keegi oleks konkreetselt eespool nimetatud põhiprobleemi uurinud ning seda autori poolt valitud aspektist lähtuvalt. Magistritöö probleemistikuga seonduvat eestikeelset õiguskirjandust on väga vähe. Lapsendamissaladust ja selle avaldamist on Eesti allikates käsitletud vaid põgusalt. Rahvusvahelised õiguskirjanduslikud allikad käsitlevad lapsendamisega seotud informatsiooni avaldamist, rõhutades eranditult, et esikohal on lapse huvid ja sellest tuleb lähtuda. Lapsendamist puudutavatest võõrkeelsetest materjalidest olulisemateks peab autor Richard J. Blauwhoff'i „Foundational facts, relative truths: a comparative law study on children's right to know their genetic origins“, J. von Staudingers „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen“ ning Palandt „Bürgerliches Gesetzbuch“.

Avaliku huvi mõiste on samuti Eesti õiguskirjanduslikes allikates kajastamist leidnud autori hinnangul ettevaatlikult ja väheses ulatuses. Üheks huvitavamaks materjaliks peab autor siinkohal Kadriann Ikkonen'i Juridicas avaldatud artiklit „Avalik huvi kui määratlemata õigusmõiste“.

Põhiprobleemi hetkeseisundi analüüsist tulenevalt võib järeldada, et autori poolt valitud teema on uudne. Uudsust ja teema käsitlemise vajadust rõhutab asjaolu, et taasiseseisvunud Eesti Vabariik on noor riik, mistõttu on mõistetav, et Eesti õigusteadlased ei ole jõudnud süüvida probleemidesse, mis puudutavad vaid teatud osa ühiskonnast.

Põhiprobleemist tulenevalt on magistritöö eesmärgiks analüüsida lapsendamissaladuse hoidmise ja avaldamise regulatsiooni Eesti Vabariigis ning selle teema raames käsitleda ka avaliku huvi mõiste sisustamise problemaatikat Eesti õiguskorras, seda eelkõige lapsendamissaladuse kontekstist lähtuvalt, ning teha ettepanekuid lapsendamissaladuse avaldamise regulatsiooni muutmiseks, lähtuvalt õigusselguse põhimõttest.

Magistritöös ei keskendu autor lapsendamise protsessile, sh isikute ringi analüüsimisele, kes puutuvad lapsendamise protsessi raames kokku lapsega, lapsevanemate ja bioloogiliste vanemate andmetega ning lapsendamise faktiga. Lapsendamise protsessi kirjeldatakse töö raames niivõrd, kuivõrd see on vajalik töö mõistmiseks.

Lähtuvalt käesoleva magistritöö eesmärgist püstitas autor järgmise hüpoteesi: perekonnaseaduse § 164 lõige 2 on ebaselge, et tagada lapsendamissaladuse efektiivne kaitse.

Töö eesmärkide saavutamiseks ja hüpoteesi tõestamiseks on vajalik selgitada, millistes õigusaktides lapsendamissaladust ja selle hoidmise kohustust on reguleeritud ning millises kontekstis ning eesmärkidel avaliku huvi mõistet kasutatud. Oluline on analüüsida avaliku huvi mõiste kasutamist Eesti õigusruumis ning seeläbi õigusnormide kaudu mõista, kuidas avaliku huvi mõiste võiks olla sisustatud lapsendamissaladuse kontekstis. Lisaks omab olulist osa analüüsis ka teiste riikide õiguskordade analüüsimine ning nendega paralleelide tõmbamine ja võrdlemine, võttes arvesse riikide eripärasid. Saadud tulemuste põhjal saab välja pakkuda lahenduse, kuidas võiks lapsendamissaladuse avaldamine olla reguleeritud Eesti õigusruumis nii, et see regulatsioon oleks üheselt selge, reaalselt kohaldatav ja täidaks eesmärki eelkõige lapsendatust lähtuvalt.

Autor on seisukohal, et lapsendamissaladuse avaldamise alus peab olema selgemalt määratletud ja üheselt arusaadav kõigile, sest ainult sellisel juhul saab rääkida põhiõiguste kaitsest, õigusselgusest jms. Ainult läbi põhiõiguste tagamise kaitse, sealhulgas ka õigus era- ja perekonnaelu puutumatusel, saab riik täita oma kohustuse ja anda inimestele kindlustunde, et kehtestatud õigusnormid tagavad turvalisuse.

Magistritöö põhiülesande kaudu, milleks on avaliku huvi mõiste analüüsimine ja sisustamine lapsendamissaladuse kontekstis ning lapsendatu huvi kõrvutamise antud konteksti, jõuab autor selgusele, kas püstitatud hüpotees leiab tõestamist või mitte.

Lähtuvalt magistritöö eesmärgist ja hüpoteesist on uurimisülesanded järgmised:

1. analüüsida lapsendamissaladuse hoidmise ja avalikustamise regulatsiooni;
2. analüüsida avaliku huvi mõistet lapsendamissaladuse kontekstis;
3. kõrvutada avaliku huvi ja lapse huvi ning neid võrrelda põhiõiguste kaitsest lähtuvalt;
4. pakkuda välja lahendused, kuidas lapsendamissaladuse avaldamine võiks olla reguleeritud nii, et seadusandlus oleks mõistetav ja kohaldatav ning tagaks lapsendamissaladuse avaldamise sätte õigusselguse.

Käesolev magistritöö kujutab endast empiirilist uurimust, sest nagu empiiriline uurimus nii on ka antud uurimustöö eesmärgiks seletada, mõista ja tõlgendada; kirjeldada ja võrrelda uuritavaid nähtusi, kasutades sobivaid meetodeid. Magistritöös on autor kasutanud

empiiriliste andmete kogumise meetoditena nii küsitlust, mis autor viis läbi küsimustiku näol lapsendajate hulgas kui ka intervjuud lapsendajaga. Magistritöö kirjutamisel juhendus autor positivistlikust õigusparadigmast, kuna käesolev magistritöö lähtub eelkõige positiivsest õigusest ja õiguse loogilisest struktuurist.

Oluline on rõhutada ka seda, et autor vaatleb kõiki teemasid eelkõige kehtiva õiguse seisukohast ning analüüsib lähtuvalt positiivsest õigusest, kuidas teatud küsimused võiksid olla lahendatud.

Magistritöö ülesehitamisel on kasutatud teadusliku mõtlemise viisidest eelkõige induktiivset meetodit, liikudes üksikult üldisele ja tehes üksikuid olukordi analüüsides üldisi järeldusi.

Uurimismeetoditest kasutab autor traditsioonilisi ühiskonnateaduste poolt kasutatavaid vahendeid. Magistritöös on autor kasutanud kriitilist, kohati ka võrdlevat meetodit ning loogilistest meetoditest analüütilist meetodit. Kasutatud on normatiivse materjali ja erialase kirjanduse, aga ka kohtulahendite analüüsi. Võrdlev meetod annab võimaluse analüüsida lapsendamissaladuse avalikustamise regulatsiooni teistes Euroopa riikides, mis on ühtlasi meie eeskujudeks (Saksamaa Liitvabariik, Soome Vabariik, Rootsi Kuningriik, Itaalia), samuti võrrelda rahvusvahelisel tasandil kõnealust valdkonda reguleerivaid õigusakte ning arvamusi siseriikliku regulatsiooniga.

Materjalid, mida uurimustöös kasutatakse ja millega esitatud seisukohti põhjendatakse, on mitmekülgsed. Olulise osa kasutatavatest allikatest moodustavad siseriiklikud normatiivid ja nende väljatöötamist kajastavad materjalid (nt seletuskiri, protokoll). Lisaks on kasutatud erinevaid õpikuid, õiguskirjanduslikke artikleid, seaduste kommentaare ja kohtupraktikat. Üldisemate teema käsitluste juures on kasutatud nii Eesti õigusteoreetikute (nt Maruste, Merusk, Narits, Uusen-Nacke, Ernits, Göttig) seisukohti kui ka rahvusvahelisel tasandil tunnustatud teadlaste seisukohta (nt Palandt, Staudingers, Alexy, Rebmann, Säcker, Schmidt-Salzer). Teema käsitus, mis puudutab avaliku huvi mõistet, on rajatud nii Eesti kui rahvusvahelises õiguskirjanduses avaldatud seisukohtadele.

Eesti kohtupraktika on käesolevas töös leidnud suhteliselt vähest kasutamist, kuna antud valdkonnas on selle alane praktika õnneks või kahjuks peaaegu olematu. Autor on töö kirjutamisel kasutanud ka Euroopa Inimõiguste Kohtu kohtulahendeid ja neis avaldatud seisukohti ning tõlgendusi.

Tingituna püstitatud eesmärkidest ja ülesannetest on magistritöö jaotatud kolmeks peatükiks. Igal peatükil on kindel eesmärk ja ülesanne.

Esimene peatükk on jaotatud kolmeks alapeatükiks. Magistritöö esimese peatüki eesmärgiks on käsitleda põhilisi teoreetilisi lähtekohti – anda ülevaade ja võrrelda kehtinud ja kehtivat lapsendamissaladust puudutavat õigust Eesti õigusruumis alates Eesti Vabariigi taasiseseisvumisest, analüüsida lapsendamissaladuse kontekstis olulisi põhiõigusi ja nende toimet ning vaadelda rahvusvahelist regulatsiooni. Teoreetilise tausta selgitamine aitab mõista magistritöö objekti.

Teine peatükk on jaotatud neljaks alapeatükiks. Teise peatüki eesmärgiks on lapsendamissaladuse kontekstis käsitleda paralleelselt nii avaliku huvi mõistet kui ka lapse huvidest lähtuvat käsitlust. Teises peatükis toodu annab vastuse küsimustele, kas ja kuidas on avalikku huvi lapsendamissaladuse avaldamisel üldse võimalik aluseks seada ning kas ei peaks lähtuma pigem lapse huvist. Lisaks käsitleb autor teises peatükis ka teiste riikide õigust lapsendamissaladuse raames, vaadeldes Saksamaa Liitvabariigi, Soome Vabariigi, Rootsi Kuningriigi ja Itaalia õiguskordasid ning kõrvutades neid omavahel ja võrrelduna Eestiga.

Kolmanda peatüki eesmärgiks on teha järeldused kehtiva perekonnaseaduse lapsendamissaladust reguleeriva sätte osas ning järeldustest lähtuvalt ettepanekud nimetatud regulatsiooni muutmiseks, lähtuvalt eesmärgist tagada põhiõiguste kaitse.

Kolmas peatükk aitab mõista, milliseid kitsaskohti sisaldab täna kehtiv perekonnaseaduse § 164 lõige 2. Nimetatud sätte analüüsimise tulemusena pakub autor välja põhjendatud lahendused, kuidas nimetatud säte võiks olla sõnastatud nii, et oleks piisavalt tagatud inimeste subjektiivsete õiguste kaitse.

Kuna magistritöö kirjutamisel on lisaks levinud juriidilistele terminitele kasutatud ka selliseid mõisteid, millele Eesti õigusterminoloogias- ja teoorias ei ole välja kujunenud ühest adekvaatset vastet ega selgepiirilisi sisukäsitlusi, loob autor metakeele, määratledes töös kasutatavad terminid. Loodud metakeel ei pretendeeri üldisele heakskiidule, kuid loob autorile argumenteerimisvahendi, millele tuginedes on kirjutatud kogu tekst.

Arvestades, et enamikel juhtudel, mil lapsendamisest ja sellega seonduvast kõneldakse, peetakse lapsendatuna silmas last, siis autor käsitleb käesolevas magistritöös lapsendatut lapse mõistes. Autor on pidanud vajalikuks sellist käsitlust, kuna lapsendatav on laps, kes on east sõltuvalt kaitsetumas positsioonis, mistõttu sisaldab käesolev magistritöö norme, mis kaitsevad last, sealhulgas ka lapsendatud last.

Lisaks on autor läbivalt asendanud järgmised mõisted: adoptiivvanem on asendatud mõistega lapsendaja ning adoptiivpere on asendatud lapsendajate pere.

Lähtudes püstitatud eesmärkidest, loodab autor, et käesoleva magistritöö näol on tegemist kergesti loetava ning mõistetava materjaliga, mis ühelt poolt aitab mõista kehtiva lapsendamissaladuse regulatsiooni kitsaskohti ja ohte ning teiselt poolt kujuneb lähtekohaks edasistel samateemalistel diskussioonidel.

Autor tänab oma juhendajat Triin Göttig`it mitmekülgse ja professionaalse abi ning nõuannete eest käesoleva magistritöö koostamisel.

1. Lapsendamissaladuse avaldamise regulatsioon

1.1. Lapsendamissaladuse avaldamist puudutava regulatsiooni muutused 2010. aasta perekonnaseaduses – muutuste kehtestamise vajadus ja põhjendatus

Taasiseseisvunud Eesti Vabariigi õigusruumis käsitleti esmakordselt lapsendamissaladuse temaatikat 12. oktoobril 1994. aastal vastu võetud ja 1. jaanuaril 1995. aastal jõustunud perekonnaseaduses, mille kohaselt oli isikul, kes teadis lapsendamissaladust, kohustus seda hoida.¹⁴

Kõnealune säte oli sõnastatud iga isiku, kes teadis lapsendamissaladust, kohutusena nimetatud saladust hoida, jätmata võimalust seda teatud kaalutlustel avaldada. Tollane vaadeldav seadusesõnastus oli paindumatu, kuna sellises sõnastuses oleks lapsendamisest kõnelemine keelatud justkui ka lapsendaja(te)le. Seega oli õigusakti kohaselt välistatud võimalus, et lapsendaja võiks avaldada enda lapsele, kelle ta oli lapsendanud, lapsendamise fakti. Lapsendajatelt oleks seeläbi justkui võetud võimalus omavahelistes suhetes ise otsustada enda eraeluliste faktide avaldamine inimestele, kellele seda teha soovitakse ja vajalikuks peetakse. Selline piirang mõjutab otseselt puudutatud isikute ehk lapsendajate ja lapsendatud isiku era- ja perekonnaelu ning selle puutumatus ja õigust selle üle otsustada.

Perekonnaseaduse seletuskirja¹⁵ kohaselt tuginesid 1995. aasta perekonnaseaduse reguleerimismeetodid ja läbiv ideoloogia suures ulatuses 1969. aasta Eesti NSV abielu- ja perekonnakoodeksile¹⁶ ning uue ehk täna kehtiva perekonnaseaduse väljatöötamise vajalikkus tulenes esmajoones Eesti Vabariigi õigusruumi reguleerivate õigusaktide osas toimunud kiiretest ja põhjapanevatest arengutest, kuna seaduse madala regulatiivsusastme tõttu oli praktikas esile kerkinud arvukalt kitsaskohti.

Eesti oli eelnevalt aastakümneid olnud Nõukogude Liidu osa ning võrreldes eelpool nimetatud ajaga on tänaseks muutunud nii Eesti Vabariigi mastaabid kui ka eesmärgid vaba riigina. Arvestades Eesti territoriaalse väiksusega, on lapsendamine ja sellega seonduva

¹⁴ Perekonnaseadus. 12. oktoober 1994. – [RT I 1994, 75, 1326](#).

¹⁵ Perekonnaseaduse eelnõu 55 SE III seletuskiri. 28. mai 2007, lk 1. – Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems&emshelp=true&eid=95322&u=20110303154420>. 25. aprill 2012.

¹⁶ Eesti NSV abielu- ja perekonnakoodeks. 31. juuli 1969. Tallinn: Eesti Raamat, 1969.

saladuse hoidmine ning võimalikud avaldamise põhjused väikeriigis erinevad suurriikidest, kus rahvaarv on kordades suurem ja elanike paiknemine oluliselt hajutatam, mis tagab isikutele suurema privaatsuse ning võimaluse oma otsustes ja tegemistes säilitada isiklikum tasand ning seeläbi tõenäolisemalt ka era- ja perekonnaelu puutumatus.

Noore Eesti Vabariigi arenedes tekkis seadusandjal üha enam aega ja võimalusi tegeleda kohati taasiseseisvumise järgsel perioodil ehk kiirustatult kehtestatud regulatsioonide analüüsi, täiendamise ning asja- ja ajakohastamisega. Nii jõutigi käesoleva sajandi esimese kümnendi viimastel aastatel uue perekonnaseaduseni.

18. novembril 2009. aastal vastu võetud ja 1. juulil 2010. aastal jõustunud perekonnaseaduse § 164 lõikes 1 on avatud lapsendamissaladuse mõiste Eesti Vabariigi õigusruumi mõistes. Nimetatud sätte kohaselt on lapsendamissaladuseks lapsendamise kohtueelse ning kohtumenetlusega seonduv informatsioon ja andmed, sealhulgas lapsendamise fakt, millest võib järeldada, et laps on lapsendatud või et lapsendajad on lapse lapsendanud või et bioloogiline vanem või eestkostja on andnud lapse lapsendada. Lapsendamissaladuse eesmärk on tagada lapsendatud lapse, bioloogilise vanema ning lapsendaja era- ja perekonnaelu kaitse ning ära hoida soovimatut sekkumist ja diskrimineerimist päritolu või muul alusel.

Kehtivas perekonnaseaduses on täpsemalt reguleeritud või vähemalt püütud reguleerida lapsendamissaladuse avaldamist puudutavad kitsaskohad. Igapäevases elus oli tekitanud küsimusi senine (kuni 2010. aastani) lapsendamissaladuse avaldamise säte, jäädes ebaselgeks ja kohaldamise osas küsitavaks nii lapsendatud lapsele, lapsendajatele, lapse bioloogilistele vanematele kui ka ametiisikutele, kes on lapsendamissaladusest teada saanud teenistusülesandeid täites.

Vastavalt kehtiva perekonnaseaduse § 164 lõikele 2 ei tohi isik, kes teab lapsendamissaladust, seda avaldada, kui selle avaldamine ei ole vajalik avalikes huvides. Selline sõnastus küll keelab lapsendamissaladuse avaldamise, kuid jätab võimaluse erandiks, milleks on avalikust huvist tulenev vajadus. Mis võiks olla selline avalik huvi, mis kaalub üles teised võimalikud huvid, ei ole vaadeldava perekonnaseaduse seletuskirjades selgitatud. Samuti ei ole kirjeldatud või konstrueeritud ühtegi võimalikku näidet või olukorda. Nimetatud seletuskirjades ei ole välja toodud ka asjaolusid, millisest vajadusest on seadusandja lähtunud analüüsitava erandi kehtestamisel ning milliste nüanssidega erandit kehtestades arvestanud.

Eesti NSV abielu- ja perekonnakoodeksi § 114 sätestas, et lapsendamist teostavad või registreerivad ametiisikud, samuti kõik kodanikud, kes teavad lapsendamisest, on kohustatud hoidma lapsendamise saladust. Isikuid, kes on avaldanud lapsendamise saladuse lapsendajate tahte vastaselt, võib vastutusele seaduses ettenähtud korras. Eesti NSV abielu- ja perekonnakoodeksi kommenteeritud väljaanne¹⁷ rõhutab, et koodeksis sätestatud lapsendamise saladuse säilitamine on kehtestatud lapsendatu huvides, kohustades kõiki lapsendamise saladust teadvaid isikuid, nii kodanikke kui ka ametiisikuid, kes on teadlikud lapsendamise saladusefaktist, seda saladust hoidma. Samuti selgitatakse, et ametiisikud, eks on lapsendajate tahte vastaselt avaldanud lapsendamise saladuse fakti, võidakse võtta kriminaalvastutusele Eesti NSV kriminaalkoodeksi¹⁸ § 167 alusel.¹⁹ Eesti NSV kriminaalkoodeksi § 167 reguleeris avaldamisele mittekuuluvate andmete avaldamist ning selle kohaselt riiklikku saladust mittekujutavate, kuid avaldamisele mittekuuluvate andmete avaldamise eest ametiisiku poolt karistati parandusliku tööga või teatavatel ametikohtadel töötamise või teataval tegevusalal tegutsemise äravõtmisega või ühiskondliku laitusega. Vaadeldav kuritegu eeldas ettevaatamatust või tahtlust.²⁰

Võrreldes Eesti NSV abielu- ja perekonnakoodeksi regulatsiooni täna kehtiva regulatsiooniga on peamiseks erinevuseks täna kehtivast sättest tulenev võimalus lapsendamissaladuse avaldamiseks avaliku huvi vajadusest tingituna, mida Eesti NSV koodeks ei võimaldanud. Eesti NSV abielu- ja perekonnakoodeksi kohaselt oli lapsendamise saladuse avaldamine õigustatud, kui selleks on lapsendajate tahe. Lisaks rõhutab Eesti NSV abielu- ja perekonnakoodeksi kommenteeritud väljaanne lapse huvidest lähtumist. Samas Eesti NSV abielu- ja perekonnakoodeksi normi lugedes ei selgu, et vastutusele saaks lapsendamise saladuse lapsendajate tahte vastasest avaldamisest võtta vaid ametiisikuid, nagu selgitab nimetatud koodeksi kommenteeritud väljaanne.

Võrreldes kahe erineva perekonnaseaduse redaktsioone lapsendamissaladuse kontekstis on peamiseks erinevuseks hilisemas ehk täna kehtivas õigusakti redaktsioonis sisalduv täpsem regulatsioon, mille raames on avatud kasutatavad mõisted ning täpsustatud normide sisu ja kaitsealadid.

¹⁷ J. Ananjeva. E. Salumaa. Eesti NSV abielu- ja perekonnakoodeks. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Eesti Raamat, 1974, lk 151-152.

¹⁸ Eesti NSV kriminaalkoodeks. 8. juuni 1961. Tallinn: Eesti Riiklik Kirjastus, 1961.

¹⁹ J. Ananjeva. E. Salumaa. Op.cit., lk 151.

²⁰ I. Rebane. Eesti NSV kriminaalkoodeks. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Eesti Raamat, 1980. lk 500.

1995. aasta perekonnaseadus seadis kohustuse lapsendamissaladust hoida igale isikule, kes lapsendamisesaladusest teadis. Seadus ei näinud ette erandeid ühelgi juhul lapsendamissaladust avaldada.

Kõige problemaatilisemaks sellise kaalumisõiguse puudumise juures peab autor lapsendatu ja lapsendaja vahelist suhet ehk seaduse sõnastusest tulenevalt oli jäetud reguleerimata ka see, kas lapsendaja võib lapsendatule avaldada lapsendamise fakti või mitte. Tollane seadusandja oli normi sõnastanud absoluutse keeluna ning kehtinud sättes ei olnud jätnud kaalumisruumi avaldada lapsendamissaladust ka lapsendatule endile.

Autor märgib siinkohal, et perekonnaseaduse eelnõu väljatöötaja oleks pidanud või vähemalt oleks võinud seaduse seletuskirjas lahti kirjutada objektiivsed põhjused ja põhjendused, millest lähtuti käsitletava sätte kehtestamisel. Samuti oleks tulnud vaadelda õigusloome protsessis sätte võimalikku kohaldamisala ja kontrollitavust, et adressaatidel oleks võimalus mõista selle olemust ja rakendusala.

Pigem on seadusandja perekonnaseaduse seletuskirjas vastupidiselt rõhutanud, et lapsendamise osas otsuste tegemisel on esmaseks kriteeriumiks lapse huvid.²¹ Kuid avalik huvi ja lapse ehk lapsendatu huvi ei pruugi olla alati sarnased huvid. Pigem on tõenäolisem, et need huvid on vastassuunalised.

Autor kahtleb perekonnaseaduse § 164 lõike 2 kooskõlas lapsendamissaladuse eesmärgi saavutamise, kuna sätte peaks ühelt poolt kaitsma eelkõige lapsendatut, kuid teisest küljest jätab piiramatu tõlgendamisruumi. Piiramatu tõlgendusruum seab autori hinnangul kahtluse alla lapsendamissaladuse eesmärgi täitmise tagada lapse, bioloogilise vanema ja lapsendaja eraelu kaitse, ära hoida soovimatut sekkumist ning diskrimineerimist päritolu või muul alusel, kuna jääb piiramatu võimalus argumenteerida, miks lapsendamissaladuse avaldamine oli vajalik avalikes huvides. Seeläbi jääb kaitseta lapsendamise protsessis otseselt osalenud ja lapsendamissaladusega seotud isik, eelkõige aga laps, kes enda teadlikkusest ja tagasihoidlikumatest võimalustest ennast kaitsta ei suuda.

²¹ Perekonnaseaduse eelnõu 55 SE III seletuskiri. Op.cit., lk 35.

22. oktoobri 2007. aasta Riigikogu õiguskomisjoni istungi protokollist nr 24²² nähtuvalt on nimetatud komisjonil palutud pöörata tähelepanu asjaolule, et täitevvõim ei soovi hoida lapsendamissaladust. Andmete kaitse probleemi näidetena toodi komisjonile kaasused, kus 2007. aasta mais andis kohalik omavalitsus vanemale tunnistus ravisandaalide ostmiseks, millele oli märgitud lapsendatud lapse endine isikukood. Teiseks nimetati juhtumeid, mil rahvastikuregistri kohaselt on lapsel kaks ema ja isa.

Siinkohal tuleks küsida, kas ametiisikud, kes enda teenistusülesannete täitmisel on teada saanud lapsendamise faktist, on kursis ka lapsendamissaladuse regulatsiooniga ja mõistavad selle kaitseala. Lapsendajate ja lapsendamisega igapäevaselt tegelevate ametiisikute arvamustele tuginedes saab autor järeldada, et nii nagu ei tea lapsed, teised lapsendajad ja lapse bioloogilised vanemad, millal on lapsendamissaladuse avaldamine põhjendatud ja lubatud, nii ei tea seda ka teenistusülesannete käigus lapsendamissaladusega kokkupuutuvad ametiisikud. Kuna puudub vastav kohtupraktika, mis annaks tõlgenduse perekonnaseaduses lapsendamissaladust ja selle avaldamist reguleerivatele sätetele, millele tuginedes võiks käituda, siis ei pruugi ametiisikud, kellel on ligipääs lapsendamisega seotud andmetele, lapsendamissaladust avaldada pahatahtlikult, vaid pigem teadmatuses, millised on juhud, millal on selline tegevus legaalne ja õigustatud.

Kehtiva perekonnaseaduse § 164 lõige 5 sätestab, et lapsendamise andmeid kasutades tuleb lähtuda isikuandmete kaitse seaduses²³ sätestatud eesmärgipärasuse põhimõttest ning tagada, et lapsendamise ja sellele viitavatele andmetele on ligipääs üksnes ametiisikul, kellele see on ametiülesannete täitmiseks vajalik. On mõistetav, et ametiisik saab avaldada andmeid, millest ta on teadlik ja selle saab omakorda tagada võimalus ligi pääseda andmetele. Täna infoühiskonnas on seega suur roll andmebaasidel ja neile ligipääsu omavate ametiisikutega otseselt seonduvatel konkreetsetel juurdepääsu õigustel. Eelkõige võivad lapsendamissaladust puudutavate andmetega kokku puutuda ametiisikud, kes oma töös kasutavad rahvastikuregistrit, näiteks notaribüroode töötajad, riigiasutuste teenistujad, kohalike omavalitsuste ametiisikud. Kuid kuna lapsendamise seotud andmed on väga isiklikud,

²² Riigikogu õiguskomisjoni istungi protokoll nr 24. 22. oktoober 2007, lk 1. - Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain&content_type=text/html&page=pub_ooc_file&file_id=435511&u=20110303162534&mnspl=22.10.2007&fd=07.12.2008&komisjon=OIK. 25. aprill 2012.

²³ Isikuandmete kaitse seadus. 15. veebruar 2007. – [RT I 2007, 24, 127](#).

peaks isikute ring, kes üldse neid andmeid rahvastikuregistri andmebaasist näevad, olema vägagi piiratud, et oleksid tagatud igäühe põhiõigused.

Rahvastikuregistri andmebaasi piirangute olemasolu kinnitab ka Siseministeerium vastuses autori järelpärimisele, mille eesmärgiks oli teada saada, kuidas on tagatud lapsendamisega seotud andmete ligipääs minimaalsele ringile isikutele. Nimetatud vastuses rõhutatakse, et lapsendamisega seotud andmeid näeb piiratud hulk ametiisikuid ja nende andmete seaduslikku kasutamist kontrollib Siseministeerium. Lisaks rõhutatakse, et lapsendamisandmetele ei ole ligipääsu notaritel ega notaribüroode juristidel.²⁴

Igapäevaelu kinnitab midagi muud ning lapsendajad on pidanud kokku puutama ebameeldivate olukordadega. Intervjuust lapsendajaga, kes palus tagada anonüümsuse, selgus, et olles tegemas notaribüroos äriühingu tegevusega seonduvat tehingut, sattus ta olukorda, millesse sattumist ei osanud kartagi. Nimelt küsis notar tehingu pooltelt, kas ta võib projektoriga seinale kuvada lisaks lepingu projektile ka isikute tehinguks vajalikud andmed (nimi, isikukood, elukoha aadress). Kuna notar soovis kuvada tehinguks vajalikke andmeid, anti paha aimamata selleks ka luba. Intervjueeritava rahvastikuregistri väljavõtet vaadates kuvas notar äkki kõigile vaatamiseks ka andmed lapsendamise fakti kohta, sealhulgas lapsendatud lapse praeguse ja endise nime ja isikukoodi ning bioloogiliste vanemate andmed (sealhulgas nimi ja isikukood).

Autor peab siinkohal vajalikuks selgitada, et tehinguks vajalikud isikuandmed asuvad rahvastikuregistri väljavõttel lehe alguses ja lapsendamist puudutavad andmed sama väljavõtte lõpus. Ehk notar oleks saanud kõik tehinguks vajalikud andmed kontrollida, vaadates väljavõtte algust ja seda allapoole kerimata. Notar keris väljavõtet aga korduvalt algusest lõpuni ja vastupidi, kuni kõnealune intervjueeritav oli ehmatusest toibunud ja palunud selle sulgeda. Notar antud juhul enda viga kas ei avastanud, ei pidanud seda oluliseks või ei olnud teadlik lapsendamissaladuse hoidmise kohustusest, mis loomulikult ei vabasta teda selle kohustuse järgimisest.

Kirjeldatud tegu on selge näide, kuidas kõrgete juriidiliste teadmistega ametiisik avaldas lapsendamissaladuse. Kui küsida, kas see oli ehk vajalik avalikes huvides, mis annab erandi

²⁴ Siseministeeriumi rahvastiku toimingute osakonna nõunik Kristi Joamets`a 4. märtsi 2011 vastus autori 3. veebruaril 2011 esitatud päringule. E-kirjaga saadetud vastuskiri on autori valduses.

lapsendamissaladuse avaldamiseks, siis on ilmne, et seda ei ole põhjust analüüsida, kuna tegemist oli eraõigusliku tehinguga, milles lapsendamise fakt ei omanud antud juhul absoluutselt mitte mingisugust tähendust.

Samuti ei ole kirjeldatud kaasuses võimalik konstrueerida võimalikku kolmanda isiku huvi, mis võiks omakorda areneda avalikuks huviks, kuna nimetatud eraõiguslik tehing puudutas ärielist tegevust, mis ei riiva kellegi eraelu nii isiklikul tasandil kui seda on põlvnemise teema. On üheselt mõistetav, et selline tegu riivas puudutatud isiku era- ja perekonnaelu puutumatus.

Autori poolt lapsendajate hulgas läbiviidud küsitluse vastuste analüüsist selgub, et juhtumeid, mil ametiisik on lapsendamissaladuse avalikustanud, on mitmeid. Lapsendajate seas läbi viidud anonüümses küsitluses leidsid mitmel korral nimetamist juhtumid, kus erinevates riigiasutustes (nt endises Kodakondsus- ja Migratsiooniametis, Sotsiaalkindlustusametis) rääkisid ametiisikud teenindussaalis valjuhäälselt või hõikasid klienti ehk lapsendajat üle ootesaali, rõhutades tema erisust iseloomustavat tunnust. Kuid kindlasti on sama märkimisväärsed lapsendamissaladuse hoidmise kohustuse rikkumised olukorrad, kus kooliarst kutsub last koolis arsti juurde lapse endise nime järgi või kui linnavalitsuse ametiisik annab bioloogilisele vanemale andmed lapsendatud lapse uue elukoha kohta.

Samuti mainiti vastustes olukorrad, kus perearst märkis lapsendamislehele lapse endise nime ning nimetatud lapsendamisleht jõudis tööandjani või kui maavalitsuse ametnik küsis lapsendajate kohta iseloomustust tööandjalt.

Nagu selgub, on isikute ring, kes rahvastikuregistri andmebaasis omab juurdepääsu ka lapsendamise seotud andmetele, märkimisväärselt lai. Eeltoodust nähtub, et esineb vastuolu Siseministeriumi seisukoha ja reaalse elu vahel, kuna konkreetne kirjeldatud juhtum tõendab, et notaritel, vähemalt teatud osal neist, on juurdepääs lapsendamise seotud andmetele. Kuid kuna andmete kaitse teema ei ole käesoleva magistr töö objektiks, siis jätab autor sellel teemal pikemalt peatumata, kuid märgib, et magistr töö püstitatud hüpoteesi ja selles kajastuva probleemi paremaks mõistmiseks pidas vajalikuks konkreetsete juhtumite välja toomist.

Lapsendamise saladuse rikkumine võib tuua lapsele tõsisid tagajärgi. Eelkõige saades sellest teada kelleltki kolmandalt, mitte enda vanematelt ehk lapsendajatelt, võib lapsel tekkida

kahtlus enda kohast perekonnas ehk lapsendajate peres. Eriti lubamatu on selline tegu ametiisiku poolt, kes oma ametiseisundi tõttu osales lapsendamise vormistamises.²⁵

Kui eelpool kirjeldatud notaribüroos toimunud juhtumit analüüsida, siis oleks tehingu tegemise juures võinud kaasas olla ka lapsendatud laps, kes oleks teda puudutavast lapsendamisfaktist võinud teada saada väga kummalisel ja ootamatul moel, lugedes vastavaid andmeid, sealhulgas oma bioloogiliste vanemate isikuandmeid, kolmanda isiku poolt näidatavast väljavõttest.

1.2. Lapsendamissaladust puudutavad põhiõigused ja nende võimalik riive lapsendamissaladuse avaldamise kontekstis

PS § 3 kohaselt teostatakse riigivõimu üksnes PS'i ja sellega kooskõlas olevate seaduste alusel. Selleks, et käesoleva magistritöö raames lapsendamissaladuse avaldamisega seonduvat sätet analüüsida, on tarvilik mõista PS'i põhimõtteid ning hinnata perekonnaseaduse lapsendamissaladuse regulatsiooni põhiõiguslikust aspektist.

PS § 11 sätestab, et õigusi ja vabadusi tohib piirata ainult kooskõlas PS'iga. Need piirangud peavad olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud ega tohi moonutada piiratavate õiguste ja vabaduste olemust.

Paragrahv 11 on PS'i üks olulisemaid ning kujutab endast printsiibi tähendusega üldnormi. Põhiseaduse Assambleel märgiti, et see on „üldnorm ja suunav printsiip kõigi teiste sätete jaoks“.²⁶ Selles paragrahvis on sätestatud põhiõiguse riivamise tingimused.²⁷ Piirangud ei tohi moonutada piiratavate õiguste ja vabaduste olemust. See on üldnorm ja suunav printsiip kõigi teiste sätete jaoks.²⁸ Ehk teisisõnu riivel peab olema alati seaduslik alus ning tuleb arvestada, et seadusliku aluse olemasolu ei tähenda veel automaatselt riive põhiseaduspärasust ega ka seadusliku aluse enda kooskõla põhiseadusega.²⁹

²⁵ M. Ivanov. Op.cit., lk 109.

²⁶ R. Maruste. Konstitutsionalism ning põhiõiguste- ja vabaduste kaitse. Tallinn: Kirjastus Juura, 2004, lk 268.

²⁷ E-J. Truuväli. jt. Eesti Vabariigi põhiseadus: kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 2002, lk 110.

²⁸ L. Hänni. Põhiseadus ja Põhiseaduse Assamblee. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 1997, lk 762.

²⁹ R. Maruste. Op.cit., lk 270.

PS § 11 esimese lause kohaselt peab põhiõiguse riive olema põhiseadusega kooskõlas. Riive on põhiseadusega kooskõlas siis, kui see vastab nii formaalselt kui ka materiaalselt põhiseadusele.³⁰ Põhiõiguste piiramise formaalne põhiseaduspärasus eeldab esiteks põhiseaduses sätestatud pädevuse-, vormi- ja menetlusnõuete järgimist, teiseks PS'i § 13 lõikest 2 tuleneva õigusselguse tagamist ning kolmandaks PS'i § 3 lõike 1 lausest 1 tulenevast üldisest seadusereservatsioonist kinnipidamist. Riive materiaalse õiguspärasuse eeldused on seaduse legitiimne eesmärk ning PS'i § 11 lausest 2 tuleneva proportsionaalsuse põhimõtte järgimine: sobivus, vajalikkus, mõõdukus.³¹

„Proportsionaalsuse põhimõtte ehk ülemäärasuse keeld seob riigivõimu, sellega peab arvestama õiguse kohaldaja kui seadusandja. See on üks õigusriigi keskne põhimõtte ja selle aluseks on idee, et riik tohib isiku vabadussfääri üldistes huvides piirata üksnes niivõrd, kui võrd see on mõõdapääsmatu.“³² Samuti peavad põhiõiguste piirangud olema vajalikud demokraatlikus ühiskonnas ning siinkohal ei piirdu Euroopa Inimõiguste Kohus kitsamas tähenduses vajalikkuse tuvastamisega, vaid rakendab proportsionaalsuse põhimõtte tuvastamise kõiki kolme astet.³³ Riive proportsionaalsuse kaalumisel tuleb kaalukaasile asetada riivatud põhiõigus ühelt ja riivet õigustavad legitiimsed põhjused teiselt poolt.³⁴

Käesoleva magistritöö raames on kaalukaasidel ühest küljest avalik huvi ja sellest tulenev tegutsemine ning teisest küljest lapsendamissaladuse avaldamisest tulenev võimalik eraelu riive, arvestades samal ajal nii konstitutsiooniliste piiride kui ka ühiskonna ootustega. Arvestades, et antud juhul tuleneb põhiõiguse riive perekonnaseadusest, mis on kehtestatud Riigikogu poolt ning avaldatud Riigi Teatajas, vastab perekonnaseaduse § 164 lõige 2 formaalse põhiseaduspärasuse nõuetele.

Olulisuse põhimõttest tulenevalt peavad eraelu puutumatus põhiõiguste seisukohalt olulised küsimused olema reguleeritud seadusega.³⁵ Riigikohus on olulisuse põhimõtte kontekstis viidanud Euroopa Inimõiguste Kohtu kaasusele *Malone vs Ühendatud Kuningriik* (1984), kus

³⁰ M. Ernits. Põhiõigused, demokraatia, õigusriik. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus, 2011, lk 170.

³¹ Õiguskantsleri 2008.a. aprilli märgukiri nr 6-8/080597/00802747 „Märgukiri rahvastikuregistri seaduse põhiseadusega kooskõlla viimiseks“. Märgukiri on autori valduses.

³² E-J.Truuväli. jt. Op.cit., lk 111.

³³ E-J.Truuväli. jt. Op.cit., lk 111.

³⁴ E-J.Truuväli. jt. Op.cit., lk 113.

³⁵ Õiguskantsleri 2008.a. aprilli märgukiri nr 6-8/080597/00802747 „Märgukiri rahvastikuregistri seaduse põhiseadusega kooskõlla viimiseks“. Märgukiri on autori valduses.

märgiti, et seadus peab määrama vajaliku selgusega kindlaks kompetentsetele organitele delegeeritud otsustusõiguse ulatuse ja teostamise viisi, pidades silmas käsitatava abinõu seaduslikku eesmärki anda üksikisikule vajalik kaitse meelevaldse sekkumise eest.³⁶

Antud juhul on perekonnaseaduse § 164 lõikes 2 sätestatud õigus lapsendamissaladuse avaldamiseks ehk õigus kellegi eraelu puutumatus riiveks määratlemata õigusmõiste pinnalt, nimetades avalikust huvist tulenevat vajadust. Eelnevast nähtub, et määratlemata õigusmõistet on erinevates seadustes mõistena avatud erinevalt ning ka hilisemas õiguse rakendamise protsessis sisustatud erinevalt. Lisaks arvestades asjaolu, et täna kehtiva perekonnaseaduse seletuskiri analüüsi avaliku huvi mõiste kasutamist ei lapsendamissaladuse avaldamise ega kogu perekonnaseaduse kontekstis. Seega jätab täna kehtiv perekonnaseadus nimetatud mõiste sisustamiseks laia tõlgendusruumi, kuna vastav regulatsioon puudub. Seega ei ole antud juhul perekonnaseaduse § 164 lõikes 2 reguleeritud põhiõiguste seisukohalt olulised küsimused, mistõttu ei vasta analüüsiv norm olulisuse põhimõttele.

Eeltoodule tuginedes saab väita, et mida olulisem on riive kellegi eraellu, seda põhjendatum ja selgem peab olema ka vastav sekkumise alus, et vältida mitmetimõistmisi ja sellest tulenevaid võimalikke vaidlusi. Autor nõustub, et kõik olukorrad ei ole ega saagi olla ettenähtavad, kuid teatud piirid, mis aitaksid uutes olukordades konstrueerida õiglasi ja ootuspäraseid lahendusi, peaksid olema paigas. Nimetatud piirid aitaksid tagada normi adressaatidele, kuid ka normi rakendajatele, teatud ootused ning minimaalsed ebamugavused.

PS'i § 13 lõike 1 kohaselt on igapäev õigus riigi ja seaduse kaitsele. See on üldine põhimõte, mida võib seetõttu nimetada üldiseks kaitsepõhiõiguseks, mis vajab rakendamiseks veel mõnda põhiõigust, et määrata kindlaks õigushüve, mida kaitsta.³⁷ See on õigus saada riigipoolset kaitset ennekõike teiste inimeste, aga ka organisatsioonide ja teiste riikide, nende ametiisikute ja asutuste eest. Riigina tuleb mõista avaliku võimu asutusi ja ametiisikuid, kellel lasub avaliku võimu teostamise funktsioon. Sellest, et lause eristab riigi ja seaduse, tuleks aru

³⁶ Riigikohtu Halduskolleegiumi otsus 20. detsembrist 1996 nr 3-4-1-3-96 punkt 1. Kaebuse tunnistada kehtetuks Vabariigi Valitsuse 28. detsembri 1994 määruse nr 486 «Vabariigi Valitsuse 21. detsembri 1993 määruse nr 408 täiendamine ja viina sisseveo ning hulgi- ja jaemüügi korralduses tehtavad muudatused» punktid 2 ja 3 ning lisa, samuti Vabariigi Valitsuse 7. jaanuari 1994 määrusega nr 4 kinnitatud «Alkoholi, tubaka ja tubakatoodete sisse- ja väljaveo, tootmise ning müügi korraldamise juhendi» punkt 5 vastuolu tõttu põhiseaduse §-ga 87 punktiga 6 läbivaatamine. - RT I 1997, 4, 28.

³⁷ E-J. Truuväli. jt. Op.cit., lk 125.

saada nii, et riigi all tuleb mõista esmajoones selle täitevharu asutusi ja institutsioone ning seaduslik kaitse hõlmab seaduslikku kaitset laias mõttes.³⁸

Käesolevas magistritöös on kaitstava õigushüvena uurimisel PS §-s 26 kehtestatud era- ja perekonnaelu puutumatus ja selle võimalik riive, mille osas on igapäev õigus riigi kaitsele ning seda nii seadusandliku-, täidesaatva- kui kohtuvõimu poolt. Perekonna legaaldefiniitsiooni ei ole Eesti seadustes antud, kuid õiguspraktika pinnalt tehtud üldistuste kohaselt kuuluvad perekonnaelu kaitsealasse ka suhted lapsendaja ja lapsendatu vahel³⁹. Perekonnaseaduse lapsendamist puudutava regulatsiooni sätestamisel pidi seadusandja seega hindama, kas kehtestatav regulatsioon tagab lapsendamisega otseselt kokkupuutuvatele isikutele ehk lapsendatule, lapsendajale ja lapsendatu bioloogilistele vanematele piisava ja efektiivse kaitse vastava saladuse hoidmisel.

PS'i § 13 lõike 2 kohaselt kaitseb seadus igapäev riigivõimu omavoli eest. Täna valitseb üksmeel, et kaitseõigus ei tähenda kaitset riigi eest, vaid õigust riigipoolsele kaitsele. Vastavalt sellele on õigus kaitsele põhiõiguse kandja õigus sellele, et riik teda kolmandate isikute rünnete eest kaitseks⁴⁰.

Ebapiisav regulatsioon põhiõiguste ja vabaduste piirangute kehtestamisel ei kaitse igapäev riigivõimu omavoli eest.⁴¹ Seadus ei tohi olla umbmäärane⁴² ning mida olulisem on rünnata võidav ehk kaitstav väärtus, seda suurem on ka avaliku võimu vastutus ja kitsam tema suvamäär ning piiratum tegevusetuse õigustus.⁴³ Riigivõimu omavoli on välistatud, kui seaduse adressaadil on seaduse teksti alusel võimalik piisava kindlusega selgusele jõuda, millist käitumist temalt oodatakse. See puudutab nii normi koosseisu kui ka õiguslikke tagajärgi.⁴⁴ Autor ei ole veendunud, et määramata õigusmõistet sisaldav norm, mis annab aluse kellegi era- ja perekonnaelu riiveks, kaitseb selle adressaate ehk kas riik on nimetatud adressaate kaitsnud riigile kohase hoolsusega, kuna norm on oma tänases sõnastuses ebaselge.

³⁸ R. Maruste. Op.cit., lk 287-288.

³⁹ E-J. Truuväli. jt. Op.cit., lk 227.

⁴⁰ E-J. Truuväli. jt. Op.cit., lk 125.

⁴¹ Riigikohtu Põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus 12. jaanuarist 1994. Õiguskantsleri poolt põhiseaduse § 142 lg. 2 korras esitatud ettepaneku, tunnistada põhiseaduse § 152 lg. 2 alusel Eesti Vabariigi poliitiseaduse muutmise ja täiendamise seaduse II osa lg. 4 kehtetuks, läbivaatamine. – RT I 194, 8, 129.

⁴² Riigikohtu Põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus 5. oktoobrist 2000 nr 3-4-1-8-2000. AS'i Eesti Telefon ja Konkurentsiameti asjas - taotlus kontrollida konkurentsiseaduse § 18 lg 1 p 3 vastavust põhiseadusele läbivaatamine. – RT III 2000, 21, 232.

⁴³ R. Maruste. Op.cit., lk 287- 289.

⁴⁴ E-J. Truuväli. jt. Op.cit., lk 127.

Avaliku võimu tegevuse suhtes kehtivat seadusliku aluse nõuet täiendab õigusselguse põhimõte, mis tuleneb viimati nimetatud sättest, mille kohaselt peab põhiõigust piirav seadus olema piisavalt määratletud.⁴⁵

Määratuse ehk õigusselguse põhimõte nõuab, et õigusaktid oleksid sõnastatud piisavalt mõistetavalt ja selgelt, et üksikisikul oleks võimalik haldusorganite käitumist teatava tõenäosusega ette näha ja sellega arvestada.⁴⁶

Õigusselgus on vajalik seetõttu, et isikutel oleks võimalik aru saada, millised kohustused ja õigused õiguskorras eksisteerivad. Igaüks peab aru saama, mida temalt nõutakse, mis on tema kohustused ning kuidas võib toimuda tema õiguste riive.⁴⁷ Õigusnormid peavad olema piisavalt selged ja arusaadavad, et nii rakendajatel oleks võimalik teatava tõenäosusega ette näha normi kohaldamist realselt ja oma käitumist vastavalt kohandada. Kodanik peab asjakohase nõustamise abiga, asjaolusid arvestades, mõistlikul määral ette näha tagajärgi, mida teatud tegevus võib kaasa tuua ning need tagajärjed ei pea olema absoluutse kindlusega ettenähtavad: kogemus näitab, et see on saavutamatu⁴⁸ Seega ei pea norm olema absoluutne, kuid andma teatud määral võimaluse tõlgenduspiiride mõtestamiseks.

PS § 13 lõikest 2 tuleneva õigusselguse põhimõtte kohaselt peab põhiõigust piirav seadus olema piisavalt määratletud. Põhiseaduses on nimetatud juhud, mil seadusandja võib eraelu puutumatus põhiõigust riivata.⁴⁹ Tuginedes õiguskantsleri märgukirjas⁵⁰ esitatud seisukohale, mille kohaselt rahvastikuregistris sisalduv „õigustatud huvi“ kriteerium taga nõutavat õigusselgust isikuandmete edastamise regulatsioonis, ning tuues paralleele perekonnaseaduse § 164 lõikes 2 kasutatud „avaliku huvi“ mõistega, leiab kinnitust autori kahtlus, et perekonnaseaduse § 164 lõige 2 ei vasta õigusselguse põhimõttele, kuna ei ole piisavalt määratletud.

Lisaks ei täpsusta perekonnaseaduse § 164 lõige 2, kellele võib avalikes huvides lapsendamissaladuse ja sellega seonduva informatsiooni avaldada. Tänapäevases sõnastuses ei ole

⁴⁵ Õiguskantsleri 2008.a. aprilli märgukiri nr 6-8/080597/00802747 „Märgukiri rahvastikuregistri seaduse põhiseadusega kooskõlla viimiseks“. Märgukiri on autori valduses.

⁴⁶ E-J. Truuväli. jt. Op.cit., lk 127.

⁴⁷ T. Annus. Riigiõigus. Tallinn: Kirjastus Juura. 2006: lk 100.

⁴⁸ RKÜKo 28.10.2002, 3-4-1-5-02.

⁴⁹ Õiguskantsleri 2008.a. aprilli märgukiri nr 6-8/080597/00802747 „Märgukiri rahvastikuregistri seaduse põhiseadusega kooskõlla viimiseks“. Märgukiri on autori valduses.

⁵⁰ Õiguskantsleri 2008.a. aprilli märgukiri nr 6-8/080597/00802747 „Märgukiri rahvastikuregistri seaduse põhiseadusega kooskõlla viimiseks“. Märgukiri on autori valduses.

isikute ring piiratud, mistõttu tõlgendus, et avaliku huvi vajadusel võiks lapsendamise fakti avaldada igapähele.

Oluliste isiklike küsimuste otsustamise privaatsuse põhimõtte aluseks on õigus eraelule.⁵¹ Traditsiooniliselt isiksusõiguse kaitsealasse langev valdkond, eraelu puutumatus, on kaitstud PS'i § 26 lõikega 1.⁵² Paragrahvi sõnastamisel on eeskujuks olnud Euroopa Inimõiguste Konventsiooni⁵³ artikkel 8, millest erinevalt on põhiseaduses sätestatud perekonna- ja eraelu puutumatus kaitstva vabadusõiguse kaitseala kitsam.⁵⁴

PS'i § 26 kohaselt on igapähel õigus perekonna- ja eraelu puutumatus. Riigiasutused, kohalikud omavalitsused ja nende ametiisikud ei tohi kellegi perekonna- ega eraellu sekkuda muidu, kui seaduses sätestatud juhtudel ja korras tervise, kõlbluse, avaliku korra või teiste inimeste õiguste ja vabaduste kaitseks, kuriteo tõkestamiseks või kurjategija tabamiseks.

Kõnealuse paragrahvi põhieesmärk on kaitsta isikut riigivõimuasutuste meelevaldse sekkumise eest era- ja perekonnaellu, kuid sellele võib lisanduda riigivõimu positiivne kohustus tagada perekonna- ja eraelu puutumatus.⁵⁵ PS'i §-s 26 sätestatu annab igapähele õiguse eeldada, et riigiasutused, kohalikud omavalitsused ja nende ametiisikud ei sekku perekonna- ja eraellu muidu, kui põhiseaduses nimetatud eesmärkide saavutamiseks.⁵⁶

Paragrahvi 26 teine lause nimetab alused, mille kohaselt võib sekkuda era- ja perekonnaellu. PS'i § 26 lause 2 lubab põhiõiguse adressaatidel sekkuda perekonna- ja eraellu tervise, kõlbluse, avaliku korra või teiste inimeste õiguste ja vabaduste kaitseks, kuriteo tõkestamiseks või kurjategija tabamiseks. Toodud loetelu on laiaulatuslik, sest on raske ette kujutada mõistlikku seletust regulatsioonile, mis võimaldab tungida üksikisiku perekonnaellu kõlbluse kaitseks, samal ajal kui riikliku julgeoleku kaitseks ettevõetav sekkumine ei mahuks ühegi nimetatud punkti alla.⁵⁷

⁵¹ R.J. Blauwhoff. Foundational facts, relative truths: a comparative law study on children's right to know their genetic origins. Intersentia, 2009, lk 368.

⁵² E-J. Truuväli. jt. Op.cit., lk 161.

⁵³ Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon. 5. november 1950. – RT II 2000, 11, 57.

⁵⁴ E-J. Truuväli. jt. Op.cit., lk 226.

⁵⁵ E-J. Truuväli. jt. Op.cit., lk 231.

⁵⁶ E-J. Truuväli. jt. Op.cit., lk 231.

⁵⁷ Justiitsministeerium. Eesti Vabariigi Põhiseaduse Ekspertiisikomisjoni lõpparuanne. 2005. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.just.ee/10716>. 25.aprill 2012.

PS § 26 lauses 2 sisalduvatest põhiõiguse riive alustest on autori hinnangul kõige suurema tõlgendusruumiga avaliku korra alusel sekkumine perekonna- ja eraellu.

Avaliku korra mõistet üldises mõistes Eesti Vabariigi seadused ei ava, küll aga on see avatud teatud õigusaktide, näiteks rahvusvahelise eraõiguse seaduse, konteksti põhiselt. Samuti ei ole analüüsitavat mõistet avatud rahvusvahelises õiguses, küll aga on seda kasutatudnäiteks Euroopa Inimõiguste Konventsiooni 4. lisaprotokolli artiklis 2 ning 7. lisaprotokolli artiklis 1.⁵⁸ Riigikohus on avaliku korra mõiste defineerinud ning definitsiooni kohaselt hõlmab see tavade, heade kommete, normide või reeglitega kinnistatud isikutevahelisi suhteid ühiskonnas, mis tagavad igäühe avaliku kindlustunde ning võimaluse realiseerida oma õigusi, vabadusi ja kohustusi.⁵⁹

Eraelu puutumatus põhiõigus on kvalifitseeritud seadusreservatsiooniga põhiõigus⁶⁰ ning eraelu puutumatus riivet õigustavaks asjaoluks võib olla ka mõni muu põhiseaduslikku järku õigusväärtus⁶¹. Rait Maruste on viidanud, et põhiseadusest on riive õigustatud alustena välja jäetud demokraatlikus ühiskonnas vajalikkuse, riigi julgeoleku, ühiskondliku turvalisuse või riigi majandusliku heaolu huvid, pidades neid väga olulisteks ja kaalukateks huvideks, mida tingimata tuleb hinnata ja kaaluda.⁶² Sellise õiguse sätestab ka Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon, mis lisab sellele loetelule veel riigi julgeoleku, ühiskondliku turvalisuse või riigi majandusliku heaolu huvid. Seega on üldse välistatud inimeste era- ja perekonnaellu sekkumine eraõiguslike isikute poolt.⁶³

Riigikohus on leidnud, et PS'i §-s 26 kaitstud eraelu puutumatus õigustatud riiveks võib olla ka eesti rahvuse ja kultuuri säilimine ning inimeste õigus rahvuslikule identiteedile tulenevalt põhiseaduse preambulas sätestatud riikluse eesmärgist tagada eesti rahvuse ja kultuuri säilimine läbi aegade.⁶⁴

⁵⁸ E-J. Truuväli. jt. Op.cit., lk 232.

⁵⁹ Riigikohtu Kriminaalkolleegiumi otsus 10.09.1996 nr 3-1-1-89-96. – RT III 1996, 25, 334.

⁶⁰ Õiguskantsleri 2008.a. aprilli märgukiri nr 6-8/080597/00802747 „Märgukiri rahvastikuregistri seaduse põhiseadusega kooskõlla viimiseks“. Märgukiri on autori valduses.

⁶¹ Õiguskantsleri 2008.a. aprilli märgukiri nr 6-8/080597/00802747 „Märgukiri rahvastikuregistri seaduse põhiseadusega kooskõlla viimiseks“. 25.aprill 2012. Märgukiri on autori valduses.

⁶² R. Maruste. Op.cit., lk 287- 438.

⁶³ M. Žmenja. Geenivaramu loomise ja pidamisega seonduvad õiguslikud probleemid. - Juridica 2001/9, lk 655.

⁶⁴ Riigikohtu Põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus 3. maist 2001 nr 3-4-1-6-01 punkt 18. Taotlus tunnistada kehtetuks perekonnaseaduse § 140 lg 1.– RT III, 2001, 15, 154.

Erinevalt Euroopa Inimõiguste Konventsiooni artikkel 8 lõikest 2 ei nimeta PS piirangu alusena riigi julgeolekut ja riigi majanduslikku huvi. Ometi võimaldab PS §-s 26 loetletud mõistete avar tõlgendus paigutada iga mõistliku piirangupõhjuse mõne loetletud põhjuse alla.⁶⁵

Eeltoodud regulatsioonides ja tõlgendustes ei ole nimetatud piirangu alusena avalikku huvi. Autor mõõnab, et piirangute alustena nimetatud tervise, kõlbluse, avaliku korra või teiste inimeste õiguste ja vabaduste kaitset, kuriteo tõkestamist või kurjategija tabamist võivad teatud tingimustel ja põhjendustel olla avaliku huvi osaks. Samas on autor veendunud, et avalik huvi on märksa laiem määratlus, kui ükskõik milline eelpool nimetatud piirangu alustest, mistõttu ei mahu avalik huvi loetletud põhjuste alla, vaid on teatud tõlgenduste kaudu neid kõiki hõlmav.

Euroopa Inimõiguste Kohus on rõhutanud, et eraelu mõiste ammendava definitsiooni andmine ei ole võimalik.⁶⁶ Euroopa Nõukogu parlamentaarse Assamblee resolutsioonis nr 428 (1970) määratletakse eraelu kui õigust elada omaenda elu minimaalse sekkumisega. Sellele lisati resolutsiooniga nr 1165 (1998) õigus kontrollida enda kohta käivat informatsiooni.⁶⁷ Eraelu ei piirdu Euroopa Inimõiguste Kohtu praktika järgi üksnes isiku sisemise sfääriga, vaid see hõlmab ka⁶⁸ võimude poolt isiku kohta käiva informatsiooni kogumise ja talletamise.⁶⁹

Seega on eraelu mõiste ja sinna alla käiv raskesti määratletav ja väga lai, hõlmates ka perekonnelu ja enda kohta käivat informatsiooni, mille hulka kuulub ka lapsendamissaladuse alla käiv informatsioon.

Isikuandmete kogumine, säilitamine ja avaldamine nii riigi kui ka eraisikute poolt ohustavad eraelu puutumatus.⁷⁰ Tallinna Ringkonnakohus on 30. juuni 2004.aasta haldusasja nr 2-3/378/04 otsuses jõudnud seisukohale, et isikuandmete töötlemine, sealhulgas nende

⁶⁵ E-J. Truuväli. jt. Op.cit., lk 232.

⁶⁶ Euroopa Inimõiguste Kohtu 16. detsembri 1992 otsus asjas nr 13710/88, Niemetz vs Saksamaa.

⁶⁷ Euroopa Nõukogu Parlamentaarne Assamblee regulatsioon nr 1165. „In wiew of the new communication technologies make it possible to store and use personal data, the right to control one`s own data should be added to this definition.“ „Right to privacy“ punkt 5. 1998. - Arvutivõrgus kättesaadav: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta98/eres1165.htm>. 25.aprill 2012.

⁶⁸ Euroopa Inimõiguste Kohtu 06.09.1978 otsus asjas nr 5029/71, Klass jt; Euroopa Inimõiguste Kohtu 26.03.1987 otsus asjas nr 9248/81, Leander vs Rootsi; Euroopa Inimõiguste Kohtu 25.09.2001 otsus asjas nr 44787/98, P.G. and J.H. v Ühendatud Kuningriigid.

⁶⁹ Euroopa Inimõiguste Kohtu 04.05.2000 otsus asjas nr 28341/95, Rotaru vs Rumeenia.

⁷⁰ E-J. Truuväli. jt. Op.cit., lk 230.

kättesaadavaks tegemine kolmandatele isikutele, võib riivata PS §-s 26 sätestatud igäihe õigust perekonna- ja eraelu puutumatusel.⁷¹

Seega lapsendamise fakti kohta kogutud informatsioon, on üks osa eraelu puudutavast sfäärist, mis peab olema kaitstud kooskõlas PS'is sätestatuga. Eelpool kirjeldatud kaasus notaribüroos toimunud kinnitab, et täna on Eesti Vabariigis reaalselt ligipääs lapsendamist puudutavatele andmetele suuremal hulgal inimestel, kui riiklike institutsioonide poolt tegelikkuses on ette nähtud ja vajadus eeldaks.

Euroopa Inimõiguste Kohus on 13. juuni 1979. aasta otsuses *Marckx vs Belgia* ning 9. oktoobri 1979. aasta otsuses *Airey vs Iirimaa* leidnud, et Euroopa Inimõiguste Konventsiooni artikli 8 eesmärk kaitsta isikuid avaliku võimu omavalilise sekkumise eest ei tähenda üksnes riigi kohustust hoiduda sellisest rikkumisest: niisuguse eelkõige negatiivse kohustuse kõrval võivad selles loomupäraselt sisalduda positiivsed kohustused era- ja perekonnaelu tegelikult austamiseks. Seega lisaks vabadus- ja võrdsusõigustele võib eristada õigust riigi positiivsele tegevusele.⁷² Autor on seisukohal, et riigi võimalus positiivseks käitumiseks seisneb eelkõige selgesti sõnastatud ja põhjendatud õigusloomes, mis esmalt isikut kaitseb.

PS'i normid on oma õigusjõult baasilisteks normideks kõikidele teistele õigusharudele, nende normidega ei või olla vastuolus seadused ja teised õigusaktid.⁷³ Tuginedes eeltoodule peab ka perekonnaseadus ja selles sisalduv lapsendamissaladuse regulatsioon olema kooskõlas põhiõigustega ehk nendest lähtumine peab olema primaarne ning seda nii sisuliselt kui ka formaalselt. Autori hinnangul on sisulise kooskõla kõrval oluline ka normi selgus, et tagada adressaatide õiguste efektiivne kaitse.

Arvestades eeltoodut ei ole perekonnaseaduse § 164 lõige 2, andes määratlemata õigusmõiste läbi aluse põhiõiguse riiveks, formaalselt kooskõlas põhiseadusega, kuna ei vasta olulisuse ega ka õigusselguse põhimõttele.

⁷¹ Tallinna Ringkonnkohtu otsus 30.juunist 2004 haldusasjas nr 2-3/378/04. OÜ Eesti Isikulo Keskuse kaebus Tallinna Perekonnaseisumeti teabe väljastamise toimingust keeldumise õigusvastaseks tunnistamise ja toimingu sooritamiseks kohustamise asjas. – Arvutivõrgus kättesaadav: http://kola.just.ee/docs/public/dokument_189696.pdf. 25.aprill 2012.

⁷² E-J. Truuväli. jt. Op.cit., lk 231.

⁷³ K. Merusk. Kehtiv õigus ja õigusakti teooria põhiküsimusi. Tartu: Avatud Eesti fond, 1995, lk 9.

1.3. Lapsendamissaladuse avaldamine rahvusvahelise regulatsiooni kontekstis

Laste õiguste rahvusvaheline õiguskeskkond võlgneb palju Lääne õigussüsteemide arengule, tänu laste tajumises Lääne ühiskondades ja inimõiguste praktikas.⁷⁴

Laste kaitset reguleerivad mitmed rahvusvahelised konventsioonid, millega Eesti on ühinenud, sealhulgas Lapse Õiguste Konventsioon⁷⁵, Euroopa Nõukogu Lapsendamise Konventsioon⁷⁶ ning Inimõiguste ja Põhivabaduste Kaitse Konventsioon⁷⁷, mis leiavad käsitlemist ka käesoleva magistritöö raames.

1.3.1. Lapse Õiguste Konventsioon

Lapse Õiguste Konventsiooni artiklis 3 on esitatud aluspõhimõtte, mis rõhutab kõiki olulisi sätteid ja kinnitab, et kõigis lapsi puudutavates toimingutes, kas siis avalike või eraõiguslike hoolekandeesutuste, kohtute, täidesaatvate või seadusandlike organite poolt, tuleb lapse parimad huvid esikohale panna.⁷⁸ Lapse Õiguste Konventsiooni artikkel 3 seab esikohale lapse parimad huvid ja formuleerib konventsiooni kõige tähtsama põhimõtte, nõudes, et kõikides lastega seotud tegevustes, ka avalik- ja eraõiguslikes hoolekandeesutustes, kohtutes, täidesaatvates või seadusandlikes institutsioonides peavad lapse parimad huvid olema esikohal.⁷⁹

Tuginedes eeltoodule lasub autori hinnangul põhiohk lapse huvidel ning nendest lähtumisel ja nende kaitsmisel. Seda põhimõtet peab järgima eranditult kõikides lapsi puudutavates regulatsioonides ja nende sätetes, sealhulgas ka käesoleva magistritöö raames käsitletavas perekonnaseaduse § 164 lõikes 2.

Lapse Õiguste Konventsiooni artikli 8 lõike 1 kohaselt kohustuvad osalisriigid austama lapse õigust säilitada oma seadusega tunnustatud identiteet, sealhulgas kodakondsus, nimi ja

⁷⁴ S. Goonesekere. Children, law and justice – A South Asian Perspective. Florence: UNICEF, 1998, lk 17.

⁷⁵ Lapse õiguste konventsioon. 20. november 1989. - RT II 1996, 16, 56. Mitteametlik tõlge arutivõrgus kättesaadav: <https://www.riigiteataja.ee/akt/24016>. 15. aprill 2012.

⁷⁶ European Convention on the Adoption of Children. 27. november 2008. Arutivõrgus kättesaadav: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/202.htm>. 15. aprill 2012.

⁷⁷ Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon. 5. november 1950. – RT II 2000, 11, 57.

⁷⁸ R.J. Blauwhoff. Op.cit., lk 46.

⁷⁹ K. O'Halloran. The politics of adoption: international perspectives on law, policy & practice. Dordrecht: Springer Science, 2009, lk 104.

perekondlikud suhted ilma ebaseadusliku vahelesegamiseta. Lapse Õiguste Konventsiooni artikkel 8 nõuab austust isiku privaatsusele ja perekonnaelule, nende kodule ja kirjavahetusele. Sisuliselt on selle õiguse eesmärgiks pakkuda kaitset omavoli vastu riigiasutustes, ka kohalikes omavalitsustes. Samuti kohustab see kohut tagama, et üksikisiku õigused oleksid korralikult kaitstud ja seda ka teiste isikute rikkumiste eest.⁸⁰

Kuid kui siiski on tehtud erand avaliku võimu poolt sekkuda, siis saab see olla seaduse alusel ja see peab olema vajalik demokraatlikus ühiskonnas, mis tähendab, et see peab olema kas riikliku julgeoleku, riigikaitse või riigi majanduse huvides, kuritegevuse ja korratuse tõkestamiseks, tervise ja moraali kaitseks või teiste isikute õiguste ja vabaduste kaitseks.⁸¹

Inimõiguste kohus mõonab, et Euroopa Inimõiguste ja Põhivabaduste Kaitse Konventsiooni osalisriigid erinevad kultuuriliselt ja nende siseriiklik õigus on aegade jooksul arenenud eri radu pidi. Teisest küljest näeb kohus oma missiooni põhiõiguste kaitse ühtsete euroopalike standardite kehtestamises.⁸² Autor mõonab, et ühest küljest võiksid ja peaksid kõikides riikides kehtida ühetaolised aluspõhimõtted, mis oleksid aluseks siseriiklikele normidele, kuid vastavate normide kehtestamisel peaks iga riigi seadusandja lähtume eelkõige enda riigi, ühiskonna ja rahva eripäradest. Kirjutaja hinnangul võib erinevate regulatsioonide vajadus olla tingitud ajaloolistest, territoriaalsetest ning ühiskonnas valitsevatest üldistest arusaamadest lähtuvalt. Nimetatud erinevused peaksid laias vaates tagama riikides üldiste euroopalike aluspõhimõtete järgimise.

Kohtuasjas *Hendricks vs Holland* on kohus Lapse Õiguste Konventsiooni artikli 8 lõike 2 kontekstis leidnud, et kui on vastuolu lapse huvide ja õiguste ning vanemate õiguste ja huvide vahel ning lahendus saab olla ainult ühe või teise kasuks, peavad esikohale jääma lapse huvid.⁸³ Seega on kohus seadnud lapse huvid vanemate huvidest kõrgemale, mis ei tähenda, et neid kaalumisel ei arvestataks.

Lapse Õiguste Konventsiooni artikli 16 lõige 1 sätestab, et mitte ühegi lapse eraellu, perekonnaellu, kodusse ega kirjavahetusse ei või meelevaldselt ega ebaseaduslikult sekkuda,

⁸⁰ K. O'Halloran. Op.cit., lk 113.

⁸¹ K. O'Halloran. Op.cit., lk 113.

⁸² U. Lõhmus. Inimõigused ja nende kaitse Euroopas. Tartu: Sihtasutus Iuridicum, 2003, lk 206.

⁸³ Euroopa inimõiguste kohtu 1998.a. otsus asjas *Hendrics vs Holland*. – Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.bayefsky.com/docs.php/area/jurisprudence/treaty/ccpr/opt/0/node/4/filename/110_netherlands201_1_985. 25. aprill 2012.

samuti ei tohi ebaseaduslikult rünnata tema au ja head mainet. Nimetatud artikli lõige 2 rõhutab, et lapsel on õigus seaduslikule kaitsele niisuguse vahelesegamise ja rünnakute vastu.⁸⁴

Lapse Õiguste Konventsiooni artikkel 16 kohaselt peavad osalisriigid, kes tunnustavad ja/või lubavad lapsendamist, kindlustama, et esikohale oleksid seatud lapse huvid. Seega Lapse Õiguste Konventsiooni artikkel 16 peaks autori arvates olema primaarne, kehtestades riiklikke õigusakte, mis puudutavad lapsi ning nende õiguste ja vabaduste kaitset. Perekonnaseaduse § 164 lõige 2 taga täna Lapse Õiguste Konventsioonis sätestatud põhimõtteid tagada lapsendatud lapse parimate huvide kaitse, andes võimaluse lapsendamissaladuse avaldamiseks ulatuses, mis on määratlemata.

Riigid on laste õiguste paremaks kaitseks teinud oma seadusandlustes olulisi muutusi. Ülekaalukas trend tundub olevat „sektoriaalne lähenemine“ õigusreformile, mis tähendab järg-järgulist olemasolevate erinevaid valdkondi käsitletavate seaduste ülevaatamist, et identifitseerida ja teha vajalikke muutusi kooskõlastamiseks seda Lapse Õiguste Konventsiooniga. Samal ajal kui Lapse Õiguste Konventsiooni ühte liitmine riigiseadusega, on Kesk- ja Ida-Euroopa maades laialt levinud, siis tsiviilõigust tunnustavates Lääne-Euroopa riikides on see olnud vähem somaatiline. Mõnedes maades, kus kodusesse seaduskorraldusse on hõlmatud Lapse Õiguste Konventsiooni põhimõtted, on kohtud tähtsaid otsuseid vastu võtnud, põhinedes just Lapse Õiguste Konventsioonile.⁸⁵

Lapse Õiguste Konventsiooni adopteerimist puudutav artikkel 21 viitab laste huvide kaitse printsiibile kui kõige olulisemale kaalutlusele. Vastavalt asjaoludele võib printsiibi tähtsus varieeruda, aga lapse huvid peavad vähemalt olema kas tähtsad või esmatähtsad.⁸⁶ Seega on nimetatud artikli kohaselt võimalikud kõrvalekalded lapse huvide kaitse ülimuslikkusest, jättes võimaluse kaalumiseks ka teiste võimalike huvidega.

⁸⁴ ÜRO lapse õiguste konventsioon. 20. november 1989. - Mitteametlik tõlge arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.riigiteataja.ee/akt/24016>. 25. aprill 2012.

⁸⁵ UNICEF Innocenti Research Centre. Op.cit., lk 13.

⁸⁶ P. Alston. B. Gilmour-Walsh. The Best Interest of the Child. Towards a synthesis of children`s rights and cultural values. Florence: UNICEF, 1996, lk 11.

Suurem osa viimase aja seadusandlusest sisaldab endas Lapse Õiguste Konventsiooni poolt tunnustatud põhimõtteid ja järelvaatajad, sealhulgas lapse huvide parima kaitse põhimõtet.⁸⁷ Arvestades, et Eesti on üks Euroopa Liidu liikmesriikidest ning eeltoodud seisukohti on autor seisukohal, et ka perekonnaseadus vajaks kooskõlla viimist nii Eesti Vabariigi põhiseaduse kui ka Euroopas kehtivate põhimõtetega, et tagatud oleks kooskõla kehtivate regulatsioonide ja üldiste seisukohtadega. Lapse Õiguste Konventsioon rõhutab lapse parimate huvide kaitset, kuid jätab teatava ruumi, mille kohaselt ei pea need alati olema primaarsed.

1.3.2. Euroopa Nõukogu Lapsendamise Konventsioon

Euroopa Nõukogu Lapsendamise Konventsiooni artikli 4 kohaselt ei anna pädev asutus last lapsendada, kuni ta on veendunud, et lapsendamine ei toimu lapse parimates huvides.⁸⁸

Nimetatud konventsiooni selgitavas raportis on märgitud, et sõna „huvi“ on kasutatud pigem „heaolu“ tähenduse, vältimaks väärarvamusi.⁸⁹

Seega ka lapsendamise puhul tuleb seada esikohale lapse huvid ja heaolu ning lähtuda lapsendamise igas faasis lapse parimatest huvidest.

Euroopa Nõukogu Lapsendamise Konventsiooni artiklis 22, mis reguleerib teabele juurdepääsu ja selle avalikustamist, on kajastatud lapse ja asjakohaste asutuste ligipääs lapsendamisega seotud andmetele, kuid sätestatud ei ole mingisuguselgi määral lapsendamissaladuse avaldamine huvides, mis ei ole seotud lapse huvidega.

Seega püüeldes Eestis lapsendamist reguleerivate õigusaktide ja vastava rahvusvahelise konventsiooni omavahelise kooskõla poole, peaks meie riigi õiguses olema väga põhjalikult kaalutud ning põhjendatud iga säte, mis vähimalgi määral toob sisse erisusi võrreldes rahvusvahelise õiguse ja kehtivate väärtustega.

⁸⁷ UNICEF Innocenti Research Centre. Op.cit., lk 9.

⁸⁸ European Convention on the Adoption of Children. 27. november 2008. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/202.htm>. 25.aprill 2012.

⁸⁹ European Convention on the Adoption of Children. Explanatory Report. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/202.htm>. 25.aprill 2012.

1.3.3. Euroopa Inimõiguste ja Põhivabaduste Kaitse Konventsioon

Euroopa Inimõiguste ja Põhivabaduste Kaitse Konventsioon üks paljudest inimõigusi ja põhivabadusi käsitletavatest rahvusvahelistest lepingutest, mis on eestimaalasele enam tuttav kui ükskõik milline muu taoline leping. Nimetatud konventsioon sisaldab loetelu inimõigustest ja määrab nende piiramise tingimused.⁹⁰

Adopteerimise kontekstis mängivad õigused hindamatut rolli kaitsetute ja tähtsusetuks muudetute kaitsmisel, kinnitades, et nende huvid ja vajadused on õiglaselt ja korralikult arvesse võetud. Euroopa konventsiooni artiklit 8 saab edukalt kogu adopteerimise protsessi vältel kasutada, et mõjutada üha rangemaid otsustajate normatiive, tugevdades ja laiendades osariigi kohustusi ja vastutust kõigi kolme adopteerimise osapoole ees ja valgustades kehtiva seaduse olulisi puudusi.⁹¹ Arvestades, et laps on juba enda ea tõttu nõrgemas ja kaitsetumas positsioonis ning lapsendatud laps on tõenäoliselt enda ebakindlamast positsioonist veelgi enam, siis kannab viimati nimetatud artikkel endas juhtmõtet, millest riigid peaksid lähtuma.

Riik kannab vastutust, tagamaks kõikide poolte individuaalsete õiguste ja huvide korrektset väljendamist ja arvestamist enne kui lapsendamisotsus saab olla õigustatud. See vastutus on põhjendatud ja tugevdatud inimõiguste paradigma poolt ja eriti Euroopa inimõiguste konventsiooni artikkel 8 nõuete poolt.⁹² Järelikult lasub riigil otsene vastutus iga tema juristiksiooni järgima kohustatud indiviidi ees ning seda mitte ainult lapsendamisotsuse tegemisel, vaid ka hilisemas etapis, et arvestatud oleksid kõigi huvid igas lapsendamise etapis.

Euroopa Inimõiguste ja Põhivabaduste Kaitse Konventsioon⁹³ artikli 8 lõike 1 kohaselt on igapäevane õigus, et austataks tema era- ja perekonnaelu ning kodu ja korrespondentsi saladust. Artikli 8 lõige 2 sätestab, et võimud ei sekku selle õiguse kasutamisse muidu, kui kooskõlas seadusega ja kui see on demokraatlikus ühiskonnas vajalik riigi julgeoleku, ühiskondliku turvalisuse või riigi majandusliku heaolu huvides, korratuse või kuriteo ärahoidmiseks, tervise või kõlbluse või kaasinimeste õiguste ja vabaduste kaitseks.

⁹⁰ U. Lõhmus. *Op.cit.*, lk 5.

⁹¹ C. Lind. H. Keating. *Children, family responsibilities, and the state*. Oxford: Malden, MA, Wiley-Blackwell, 2008, lk 51.

⁹² C. Lind and H. Keating. *Op.cit.*, lk 30.

⁹³ Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon. 5. november 1950. – RT II 2000, 11, 57.

Autori hinnangul on põhjendatud, et teatud juhtudel on riigil õigus sekkuda isikute isiklikku ellu, tagamaks ühiskonna üldine areng ja heaolu, kuid alati peaks sellisel juhulgi olema tagatud, et võimalikult väheste üksikisikute üksikhuvid saaksid kahjustatud. Kuid erinevate huvide kaalumisel ei tohiks kaalumise lähtekohaks olla riigi ja ühiskonna huvid, vaid isikute kõige isiklikumat sfääri puudutavad huvid, sest riigi ja selles eksisteeriva ühiskonna tervikpildi moodustavad eelkõige selle liikmed, mistõttu on iga ühiskonnaliikme rahulolu olulise tähtsusega kogu riigi mõistes. Eriti Eesti riigi kui väikeriigi mõistes, kus iga inimene ning tema heaolu ja huvid mõjutavad kogu riigi heaolu enam, vähemalt näiliselt.

Artikli 8 kohaselt on eraelu mõiste ülimalt lai. Seda on kirjeldatud kohtuasjas *Bensaid v UK* järgnevalt: „Artikkel 8 kaitseb isiksuse ja isikliku arengu õigust ja õigust luua ning arendada suhteid teiste inimeste ja välise maailmaga“.⁹⁴

Artiklis 8 sisalduv „õigus perekonnaelu austusele“ põhjustab riigile nii positiivseid kui negatiivseid, nii sisulisi kui ka menetluslikke kohustusi. Inimõiguste paradigma, nagu see on Euroopa Konventsiooni Artikkel 8-s kujunenud, kutsub seega erinevaid õigusi ja huve esile, millega riik peab läbi adopteerimise protsessi arvestama ja austama. Artikkel 8 lõige 1 nõuab, et vanemate õigused ja huvid kaalutakse eraldiseisvalt.⁹⁵

Sarnaselt PS-ile on ka Euroopa Inimõiguste ja Põhivabaduste Kaitse Konventsioon artiklis 8 sätestatud alused, millal võib riik sekkuda inimese eraellu.

Euroopa Inimõiguste ja Põhivabaduste Kaitse Konventsioon artiklis 8 toodud loetelu ei anna riiveks õigust avalike huvide kaalutlustel ning see kinnitab, et PS on kooskõlas rahvusvahelise õigusega. Kuidas aga suhtuda perekonnaseaduse § 164 lõikesse 2 ning selles toodud võimalusse, on küsitav.

Tuginedes eeltoodule saab väita pigem vastupidist. Rahvusvahelistes laste õigusi puudutavates regulatsioonides rõhutatakse eranditult lähtumist laste parimatest huvidest, seades need esiplaanile. Seega erinevate huvide kaalumisel peaks ka Eesti õigusruumis lapsi ja nende õigusi puudutavates regulatsioonides olema lähtekohaks laps ja tema huvid.

⁹⁴ C. Lind and H. Keating. *Op.cit.*, lk 39.

⁹⁵ C. Lind and H. Keating. *Op.cit.*, lk 31-37.

2. Avalik huvi ja lapse huvi lapsendamissaladuse kontekstis Eesti ja teiste Euroopa riikide võrdluses

2.1. Avalik huvi kui määratlemata õigusmõiste

Terminile „huvi“ ei ole suudetud ühest tähendust anda. Tihti seostatakse seda vajadusega, kuid neid ei samastata. Huvi on dünaamilise ühiskondlike suhete süsteemi üks osa. Kirjanduses kasutatakse terminit „huvi“ nii üksikust (erahuvi) kui ka ühiskonnast tervikuna (avalik huvi) rääkides. Seega on võimalik eristada huve, mis kannavad endas enam individuaalseid eesmärke ja huve, mis kannavad endas enam avalikke (üldisi) eesmärke. Õiguskirjanduses märgitakse, et piisavalt suur hulk avaliku iseloomuga huvi annab aluse rääkida avalikust huvist, mida tänapäeval vaadeldakse sotsiaalse riigi kohustusliku elemendina.⁹⁶

Avalik huvi on määratlemata õigusmõiste, nagu on seda ka mõisted hea usk, head kombed, ebalojaalne, tunnustatud jurist, mis on suunatud avaliku hüve loomisele või säilitamisele. Seega on avalik hüve avaliku huvi esemeks ja eesmärgiks. Avalik huvi kui õigusmõiste olulisemaks tunnuseks on asjaolu, et avaliku huvi sihtmärk – avalik hüve – on ühiskonnaliikmete vahel jagamatu. Avalik huvi ei ole tingimata ühiskonna enamiku huvi, sest see ei tähenda ühiskonnas eksisteerivate erahuvide summat. Avalikud huvid seavad üksikisikutele teatud kohustusi, mille tõttu keegi ei saa teostada oma õigusi ja vabadusi piiramatult⁹⁷, kuid seda ei saa käsitleda kui staatilist, üheselt mõistetavat põhimõtet, isegi kui avalikkuse mõiste areneb.⁹⁸

Avalikku huvi saab juriidilises argumentatsioonis kasutada siis, kui vastav norm on sellise argumenti kasutamise võimaluse ette näinud. Juriidilises argumentatsioonis kasutatakse avaliku huvi mõistet enamasti põhiõiguste piiramise õigustusena.⁹⁹ Avaliku huvi sisu saab aga täpsemalt määratleda kindlaks konkreetse juhtumiga seoses, mille juures tuleb arvestada, et selline määrang on muutuv nii ajas kui ruumis. Selles kontekstis saab seadusandjal olla vaid suunav roll, õigusaktides avaliku huvi mõiste ammendav edasiandmine ei ole võimalik. Nii tuleb ette leppida asjaoluga, et mõisted „avalik“ ja „avalik huvi“ on olemuselt määratlemata

⁹⁶ K. Ikkonen. Avalik huvi kui määratlemata õigusmõiste. – *Juridica*, 2005/3, lk 187-199.

⁹⁷ K. Ikkonen. *Op.cit.*, lk 187-199.

⁹⁸ S. Buckley. K. Duer. T. Mendel. etc. *Broadcasting, Voice, and accountability: A Public Interest Approach to Policy, Law, and Regulation*. Washington: The World Bank Group, 2008, lk 9.

⁹⁹ K. Ikkonen. *Op.cit.*, lk 187-199.

õigusmõisted, millele ammendavat definitsiooni anda ei saa. See ei tähenda aga, nagu ei oleks avaliku huvi mõiste olemust üldse võimalik analüüsida. Avaliku huvi mõistet kasutatakse juriidilises argumentatsioonis küllalt tihti, kuid vähesed juristid on üritanud põhjalikumalt lahti mõtestada selle mõiste sisu.¹⁰⁰

Perekonnaseaduse § 164 lõige 2 lubab lapsendamissaladuse avaldamise juriidilise argumentatsiooni kontekstis kasutada avaliku huvi mõistet. Nimetatud õigusmõiste ulatus on lai ja määratlemata ning kaaludes riive põhjendatust iga üksikjuhtumi kontekstis on autor veendunud, et positiivselt võivad argumenteeritud saada ka lahendid, mis võivad omada negatiivset mõju peamiselt lapsendamissaladuse kaitsealas olevatele isikutele - lapsele ning teistele lapsendamise protsessis otseselt osalevatele isikutele ehk lapsendajatele ja bioloogilistele vanematele. Lähenedes üksikjuhtumi põhiselt mõistele, mis jätab väga avatud tõlgendusruumi, on lapsendamissaladuse hoidmise kohustus sõltuvuses pigem argumenteerija võimetest ja oskustest, kui objektiivselt hinnatud vajadusest.

Selleks, et analüüsida avaliku huvi kui mõiste kasutamist lapsendamissaladuse regulatsioonis erandit võimaldava tingimusena, on eelnevalt vajalik avada selle mõiste sisu ja olemus.

Levinud on mõiste „avalik huvi“ samastamine mõistega „üldine huvi“. Sõnale „avalikkus“ (ka üldsus) antakse sõnaraamatutes kolm tähendust: esiteks tähendab see avatust publikule, mittevarjamist (eelkõige teabe osas), teiseks tähistatakse sellega kindlaksmääramata arvu isikuid, kes moodustavad kriitilise massi. Siin tähendab avalikkus maksimaalselt laia isikute ringi. Kolmandaks tähendab avalikkus orienteeritust ühiskondlike eesmärkide saavutamisele. Selles tähenduses kasutatakse terminit „avalik“ eelkõige individuaalsete ja ühiskonna kui terviku eesmärkide eristamiseks. Selles tähenduses tähendab avalikkus tegutsemist riigi nimel. Avalike (ehk üldiste) huvide mõiste puhul on vajalik lähtuda just viimasest käsitlusest.¹⁰¹

Avaliku huvi sihiks on teatud avalik (üldine, ühiskondlik) hüve. Lihtsam, kui öelda, mis on ühiskondlik hüve, on tuua näiteid asjade kohta, mis kuuluvad ühiskondliku hüve mõiste alla. Näiteks on need riigi sisemine ja välimine rahu, majanduse õitseng, keskkonna puutumatus ja kõrge kultuuritase.¹⁰² Professor Kalle Merusk on leidnud: „Avalikud huvid on riigi kui

¹⁰⁰ K. Ikkonen. Op.cit., lk 187-199.

¹⁰¹ K. Ikkonen. Op.cit., lk 187-199.

¹⁰² K. Ikkonen. Op.cit., lk 187-199.

kogukonna liikmete huvid. Täpsemalt öeldes on need kõige avalikumal kujul kogukonna liikmete erahuvide teatud summa.¹⁰³

Avalik hüve on miski, millest on huvitatud riigi kui kogukonna liikmed tervikuna. Seejuures ei ole oluline, et see hüve puudutaks kõiki kogukonna liikmeid. Ilmselt ei ole vale väita, et hüve on avalik siis, kui see puudutab enamiku ühiskonnaliikmete heaolu. K. Ikkoneni hinnangul on just jagamatus selleks faktoriks, mis annab üldisele huvile erilise kvaliteedi ja eristab seda nõnda erahuvist.¹⁰⁴ R. Alexy on leidnud, et avalik hüve on teatud hulga indiviidide selline hüve, mida ei ole mõisteliselt, faktiliselt või õiguslikult võimalik osadeks jaotada ja neid osi indiviidide vahel laiali jaotada.¹⁰⁵ Tulenevalt oma jagamatust olemusest ei saa avalik hüve olla üksikisikute erahuvide summa¹⁰⁶.

R. Ihering nimetas avalikuks kõike seda, mis puudutab kõikide eesmärgi ja kutsu esile kõikide ühise tegutsemise¹⁰⁷. Saksa õigusteadlane Wiefelspütz nimetab avaliku huvi mõistet (kohtu poolt) konkretiseerimist vajavaks ebakonkreetses õigusmõistes, mida „tõlgendatakse objektiivsete kriteeriumite abil konkreetsete asjaolude kontekstis”.¹⁰⁸

Avalik huvi on Eesti õiguskorras üldises käsitluses samuti määratlemata õigusmõiste. Kuid Eesti õigusruumis on erinevates õigusaktides antud avaliku huvi mõistele ka teatav tähendus, mis määrab kindlaks mingisugusedki piirid, millest õigusakti adressaatidel, kohaldajatel ja tõlgendajatel oleks hiljem võimalik lähtuda. Loomulikult eeldab see seadusandjalt ja seaduse eelnõu autoritelt õigusloome etapis põhjalikumat analüüsi ja suuremat pingutust vaadata sügavamalt normi sisusse ja selle tähendusesse ning selle raames ette näha võimalikud tõlgendused sellele määratlemata õigusmõistele. Näiteid võib leida väga erinevaid valdkondi reguleerivatest õigusaktidest, nagu keeleseaduses, riigilõivuseaduses, Euroopa Liidu direktiivi rakendamise seadus või lepitusseadus, kus on avatud avaliku huvi mõiste konkreetse seaduse tähenduses.

¹⁰³ K. Merusk. Avalik-õiguslik juriidiline isik avaliku halduse organisatsioonis. - *Juridica* 1996/4, lk 174.

¹⁰⁴ K. Ikkonen. *Op.cit.*, lk 194.

¹⁰⁵ R. Alexy. *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Mein. Germany: Suhrkamp Verlag, 1995, lk 241.

¹⁰⁶ K. Ikkonen. *Op.cit.*, lk 194.

¹⁰⁷ K. Ikkonen. *Op.cit.*, lk 191.

¹⁰⁸ D. Wiefelspütz. *Untersuchungsausschuss und öffentliches Interesse*. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1, 2002, lk12-13.

Keeleseaduse¹⁰⁹ tähenduses on keeleseaduse § 2¹ lõike 2 kohaselt avalikuks huviks ühiskonna turvalisus, avalik kord, avalik haldus, haridus, tervishoid, tarbijakaitse ja tööohutus.

Riigilõivuseaduse¹¹⁰ § 4 lõikest 2 lähtudes on nimetatud seaduse mõttes lähtub avalik huvi eelkõige sotsiaal- ja majanduspoliitilistest kaalutlustest.

Euroopa Liidu direktiivi rakendamise seaduse¹¹¹ § 3 lõike 5 punktide 1 kuni 13 kohaselt hõlmab oluline avalik huvi nimetatud seaduse tähenduses Euroopa Kohtu praktikaga tunnustatud mõiste kohaselt järgmisi valdkondi: avalik kord, avalik julgeolek, avalik ohutus, rahvatervis, sotsiaalkindlustussüsteemi finantstasakaalu säilitamine, tarbijate, teenuste ja töötajate kaitse, kaubandustehingute ausus, pettusevastane võitlus, loomatervis, keskkonna- ja linnakeskkonna kaitse, intellektuaalomand, rahvusliku ajaloo- ja kunstipärandi säilitamine ning sotsiaal- ja kultuuripoliitika.

Lepitusseaduse¹¹² § 4 lõikes 5 on teatud ulatuses avatud mõiste avalik huvi, kui eeskätt on tegu lapse huvide kaitsega või ohuga isiku elule ja tervisele.

Võrreldes keeleseaduse, lepitusseaduse, riigilõivuseaduse ja Euroopa Liidu direktiivi rakendamise seaduse käsitlusi avaliku huvi mõiste sisustamisel tuleb tõdeda, et oodatult on nendes avatud mõiste olemus erinevalt. Erinevus on ka arusaadav, kuna seadusandja on iga õigusakti puhul seaduse eesmärgist ja reguleerimisalast lähtuvalt avanud mõiste sisu vastavalt vajadusele ja õigusselgusele.

Erinevus on ka selles, et teatud juhtudel on seadusandja jätnud avaliku huvi tähenduse lahtiseks, sõnastades peamised piirjooned, millest on võimalik lähtuda, kuid teistel juhtudel on seadusandja resoluutselt nimetanud, mida on antud õigusaktide kontekstides mõeldud vastavat mõistet kasutades.

Šveitsi õigusteadlane B. Knapp on esitanud avaliku huvi mõiste avamiseks kaks teesi. Esimese kohaselt vastab avalik huvi teatud ajahetkel eksisteeriva õigus- ja sotsiaalkorra avalikule mõttele ja vaimule. Teine tees lähtub avaliku huvi positiivsest tähendusest, mille kohaselt seadusandja ise otsustab, mis on avalik huvi ja mis mitte.¹¹³ Paralleele tõmmates võiks eelnevast tulenevalt olla avalik huvi seadusandja poolt teatud juhtumite puhuks kas

¹⁰⁹ Keeleseadus. 21. veebruar 1995. – RT I 1995, 23, 334.

¹¹⁰ Riigilõivuseadus. 22. aprill 2010. - RT I, 2010, 21, 107.

¹¹¹ Euroopa Liidu teenuste direktiivi rakendamise seadus. 10. detsember 2009. – RT I 2009, 63, 408.

¹¹² Lepitusseadus. 18. november 2009. – RT I 2009, 59, 385.

¹¹³ K. Ikkonen. Op.cit., lk 187-199.

üheselt või erinevalt kirjeldatud mõiste, mille avamisel on lähtunud teatud ajahetkel ühiskonnas valitsevatest väärtustest ja põhimõtetest.

Millised need huvid konkreetselt on, seda peabki otsustama seadusandja, kui ta vastavaid piiranguid võimaldavat seadust vastu võtab.¹¹⁴ Avaliku huvi määratlemine ei ole kahtlemata lihtne, ent siiski on võimalik välja tuua paar elementi. Avalikes huvides on nt kuritegude ja õiguserikkumiste avalikustamine. Avalikes huvides võib olla ka silmakirjalikkuse paljastamine. Siinkohal ei tuleks silmas pidada väikseid ja erilist mõju mitteomavaid valesid, vaid eeskätt ikkagi olukordi, kus isik on end seadnud eeskujuks või on avalikult rääkinud valet.¹¹⁵

Avalikku huvi analüüsinud Kadriann Ikkonen`i arvates annab üldisele huvile erilise kvaliteedi just jagamatuse põhimõte, mistõttu peab üldiste huvide määratlemisel alati arvestama üldise huvi jagamatuse põhimõttega. Huvi taga peitub hüve: hüve on see, mistõttu millegi vastu huvi tuntakse, ta on huvi põhjustajaks. Üldiste ehk avalike huvide kohta on Lia Hänni öelnud, et formuleeringu täpset definitsiooni olevat raske anda, teiste sõnadega võidavat seda nimetada kui Eesti ühiskonna huvides.¹¹⁶

Autor nõustub, et avaliku huvi mõiste on ajas ja ruumis muutuv ning seda eelkõige seetõttu, et ühiskond areneb pidevalt, millega kaasnevad muutused ühiskonnaliikmete väärtushinnangutes ja eetikanormides. Lisaks on autor seisukohal, et määratlemata õigusmõistete sisustamisel peaks lähtuma konkreetse piirkonna ajaloolistest, kultuurilistest ja geograafilistest iseärasustest, kuna need on olulised mõjutajad inimkonnas eksisteerivate väärtuste kujunemisel.

Juba Rudolf Ihering tõdes, et see, mis on ühiskonna jaoks oluline siin ja praegu, ei pruugi seda olla kuskil mujal ja mõnel teisel ajahetkel¹¹⁷. Seega tuleb mõtestada avaliku huvi mõiste lahti konkreetse üksikjuhtumi kontekstis, lähtudes just selles asjas tähtsust omavatest

¹¹⁴ Isikuandmete kaitse seaduse, avaliku teabe seaduse ja arhiiviseaduse muutmise seaduse eelnõu 564 SE III seletuskiri, 14. september 2009, lk 9. – Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems&emshelp=true&eid=758092&u=20110303163053>. 25. aprill 2012.

¹¹⁵ Isikuandmete kaitse seaduse, avaliku teabe seaduse ja arhiiviseaduse muutmise seaduse eelnõu 564 SE III seletuskiri. Op.cit., lk 9.

¹¹⁶ Riigikogu riigikaitse komisjoni istungi protokoll nr 167. 19. september 2009, lk 3. Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.riigikogu.ee/?page=pub_ooc_file&op=emsplain&content_type=text/html&u=20091027181858&file_id=798394&etapp=19.10.2009&fd=22.10.2009. 25.aprill 2012.

¹¹⁷ A. Aarnio. Õiguse tõlgendamise teooria. Tallinn: Õigusteabe AS Juura, 1996, lk 102.

asjaoludest. Selles valguses tulebki tõdeda, et universaalse, kõikidel juhtudel kehtiva ja seejuures ammendava avaliku huvi definitsiooni andmine on võimatu ülesanne.¹¹⁸

Eraisiku hüvele ja huvile vastanduvat hüve ja huvi võib nimetada nii avalikuks, üldiseks, kollektiivseks kui ka ühiskondlikuks. Õigusleksikon samastab avaliku ja üldise huvi, defineerides üldist huvi kui „avalikku huvi, mis hõlmab mingi inimkoosluse ühist, üksikisiku huvist avalikumat huvi“, samuti kui „õiguslikult määratletud riigi tahet“.¹¹⁹

Seaduslikkuse põhimõtte kui õigusriigi alusprintsipi eesmärk on pakkuda isikutele kaitset riigivõimuorganite omavoli eest ja tagada isikute õiguskindlus.¹²⁰ Õigusliku aluse võib jaotada neljaks, mille kohaselt peab piirang olema küllaldaselt sätestatud, piirav õigusnorm peab olema kättesaadav ja piisavalt selge ning selle normi või normi rakendamise õiguspärasus peab olema kontrollitav.¹²¹ Piirangut seadva määratlemata õigusmõiste sisustamiseks peavad olema siiski mingid objektiivsed kriteeriumid.¹²²

Kuna võrreldes määratletud õigusmõistetega puudub määratlemata õigusmõistetel konkreetne mõõdetav sisu, siis enne vastava normi rakendamist tuleb määratlemata õigusmõiste sisule anda kindlad kontuurid, mõõdetavad tunnused, et teda oleks võimalik seostada konkreetsete eluliste asjaoludega.¹²³ Ette antud kontuurid ja tunnused oleksid oluliseks abiks määratlemata õigusmõiste sisustamisel, mis aitaksid vältida mitmetimõistmist ja vähendaksid tõlgendusruumi. See omakorda tagaks normi, mis sisaldab määratlemata õigusmõistet, õigusselguse ja selles sisalduva hüve kaitse efektiivsuse, kuna vähendaks argumenteerimisruumi ja sellest tulenevat määramatust.

Avalikku huvi ei saa üldiselt samastada riigi huviga. Õigusriigis peab selgelt väljendatud avalik huvi saama riigi huviks, kuid riigi huvi eeldab traditsioonilises käsitluses selle vahetut teostamist riigivõimu kandjate poolt.¹²⁴ Selles kontekstis saab seadusandjal olla vaid suunav

¹¹⁸ K. Ikkonen. Op.cit., lk 198.

¹¹⁹ K. Maures. Õigusleksikon. Tallinn: Interlex 2000, lk 89.

¹²⁰ U. Lõhmus. Op.cit., lk 184.

¹²¹ U. Lõhmus. Op.cit., lk 184.

¹²² U. Lõhmus. Op.cit., lk 190.

¹²³ Schmidt-Salzer. Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden. Berlin: 1968: lk 13.

¹²⁴ U. Mereste. Majandusleksikon. Tallinn: Eesti Entsüklopeediakirjastus, 2003, lk 181.

roll.¹²⁵ Eeltoodust tulenevalt oleks seadusandjal suunanäitajana võimalik avaliku huvi mõiste avada või anda vähemalt teatud piirjooned kasvõi iga konkreetse õigusakti kontekstis, arvestades konkreetset valdkonda ja reguleerimisala ning sellest tulenevat vajadust tõlgendada seadusandja eesmärki ja tahet normi kehtestamisel .

Piirangu ettenähtavuse kohta sedastas kohus asjas *The Sunday Times vs Ühendkuningriigid* (1979): „Normi ei saa pidada seaduseks, kui see ei ole sõnastatud piisavalt selgelt, võimaldamaks kodanikul reguleerida oma käitumist: tal peab olema võimalus – vajadusel asjakohase nõuande toel – antud asjaoludel mõistlikus ulatuses ette näha tagajärgi, mida tema tegevus kaasa võib tuua.“ Kohus möönab samas, et ettenähtavus ei saa olla absoluutne.¹²⁶

Euroopa Inimõiguste kohus on leidnud, et määratlemata õigusmõisted on olemuselt dünaamilised ja vajalikud sellises valdkonnas, kus olukord pidevalt muutub. Isiku subjektiivsetele õigustele piirangut seadva määratlemata õigusmõiste sisustamiseks peavad olema siiski mingisugused objektiivsed kriteeriumid.¹²⁷

Seega ei saa välistada määratlemata õigusmõiste kasutamist normides, mis võivad kellegi põhiõigusi riivata, kuid vastavas normis sisalduv ebamäärane mõiste peab olema püütud sisustada kasvõi teatud kriteeriumite pinnalt.

Kehtiva perekonnaseaduse seletuskirjast ei nähtu, millised olid seaduse väljatöötajate ja vastuvõtjate objektiivsed kriteeriumid ja põhjendused perekonnaseaduse § 164 lõike 2 kehtestamisel sõnastuses, mis võimaldab lapsendamissaladuse avalikustamise avalike huvide vajadusest tingituna. Normi kehtestamine oleks mõistetavam, kui selle oleks tinginud mõni lahendamata või ühiskonnas pahameelt tekitanud reaalne juhtum või lapsendamisega seotud inimeste (lapsendajate, lapsendatute, bioloogiliste vanemate, lapsendamismenetluses osalevate või sellele järgneval perioodil kokkupuutuvate ametiisikute) tähelepanekud vastavasisulise muudatuse vajalikkuse kohta. Perekonnaseaduse seletuskirjast ei nähtu ühtegi eelpool nimetatud võimalikest põhjustest.

Perekonnaseaduse väljatöötamise eest vastutav ministerium ehk Justiitsministeeriumi esindaja on pigem seisukohal, et perekonnaseaduse § 164 lõike 2 kehtestamise vajadus või põhjendamine, millistel juhtudel võiks olla lapsendamissaladuse avaldamine vajalik avalikes

¹²⁵ A. Mõttus. Seaduse sõnastamine ja terminoloogia. – *Õiguskeel*, 1997/4, lk 39.

¹²⁶ U. Lõhmus. *Op.cit.*, lk 189.

¹²⁷ H. Vallikivi. Põhiõiguste ja -vabaduste piiramise alused. Inimõigused ja nende kaitse Euroopas. Koostas U. Lõhmus. Tartu: Sihtasutus Iuridicum, 2003, lk 190.

huvides, võiksid oma rakenduspiirid leidagi esmalt teoreetilistes töödes ja seejärel praktikas. Kuid samas ka viidates, et perekonnaseaduse eelnõu väljatöötamisel uuriti põhjalikult Saksamaa õiguskirjandust.¹²⁸

Siinkohal leiab kinnitust, et seadusandja võib olla olnud Eesti õigusruumi normi kehtestades lähtunud mõne teise riigi õigusest, pööramata tähelepanu sätte õigusselgusele ja kohaldatavusele Eesti riigis. Lisaks on jäetud selgitamata, mis on sätte eesmärk ja kohaldamisala.

Kuna lapsendamissaladuse hoidmine on üks osa eraelu puutumatusest, siis on lapsendamissaladuse avaldamine paratamatult eraelu puutumatuse kui ühe põhiõiguse riive, mida õigustab avalik huvi. Avaliku huvi kui kõrge abstraktsusastmega määratlemata õigusmõiste sisustamisel (kas konkreetne asjaolu on kandud avalikust huvist) on kandev roll kohtul¹²⁹. Põhiõiguse piirang peab olema proportsionaalne konkreetse kohtu poolt aktsepteeritud eesmärgiga¹³⁰. Proportsionaalsuse põhimõte, mis algselt arenes välja Saksa konstitutsiooniõiguses, tähendab, et rakendatavad abinõud peavad olema tasakaalus ehk vastavuses taotletava eesmärgiga. Nii võivad üldreegli kitsendused olla vaid sellised, mis on vajalikud kitsenduse eesmärgi saavutamiseks.¹³¹

Lääne-Euroopa maades pole kinnitatud seadusi, mis tunnustaksid laste parimate huvide printsiibi täielikku mahtu ja asjakohasust. Siiski, on jõustunud uus seadusandlus, tugevdamaks laste parimate huvide printsiipi ning laiendamaks seda uutele aladele ja valdkondadesse.¹³² Lapse huvide edendamine on oluline igasugustes lapsi puudutavates ettevõtmistes ning see põhimõte läbib erinevates kontekstides terve Laste Õiguste Konventsiooni, eriti aga leiab kajastamist artiklite juures, mis reguleerivad lapse eraldamist vanematest, mõlema vanema poolset ühist vastutust lapse üleskasvatamisel ja arendamisel, lapsendamist, laste osalust politsei- ja juriidilises süsteemis.¹³³ Eeltoodu kinnitab, et lähtumine lapse parimatest huvidest on Euroopas juhtmõtteks ning seda eriti lastega seonduvates juriidilistes küsimustes, mille osaks on ka lapsendamine.

¹²⁸ Justiitsministeeriumi eraõiguse talituse juhataja Indrek Niklus`e 04.04.2011 vastus autori 04.04.2011 esitatud päringule. E-kirjaga saadetud vastuskiri on autori valduses.

¹²⁹ D. Wiefelspütz. Op.cit., lk 15.

¹³⁰ U. Lõhmus. Op.cit., lk 196.

¹³¹ R. Maruste. Op.cit., lk 113.

¹³² UNICEF Innocenti Research Centre. Op.cit., lk 4.

¹³³ P. Alston. B. Gilmour-Walsh. Op.cit., lk 1.

Kuigi lapse huvide kaitse printsiip ei sisaldu selgesõnaliselt Ühinenud Rahvaste inimõiguste dokumentides, ei ole see takistanud riigi järelvalveorganitel, kes kontrollivad riigile lepingutega sätestatud kohustuste täitmist, seda printsiipi järgimast. Inimõiguste Komitee on mitmetel juhtudel Rahvusvahelise Tsiviil- ja Poliitiliste Õiguste Lepingus oma „üldistes kommentaarides“ viidanud lapse huvide olulisusele.¹³⁴

Ka Euroopas ei leia printsiip kajastust Euroopa Inimõiguste Konventsioonis, kuid sellest hoolimata arvestab Euroopa Inimõiguste Komisjon sellega siiski lastega seotud otsuste vastuvõtmisel. Nii ka Hendriks'i juhtumi puhul 1982. aastal öeldi, et olukordades, kus esineb tõsine konflikt lapse ja ühe tema vanema huvide vahel ning kui lahendus saab olema kindlalt ühele poolele ebasoodne, siis lapse huvid on alati tähtsamad.¹³⁵ Seega ei ole lapse parimate huvide printsiip rõhutat nii seadusandlikul tasandil kui ka leiab igapäevaselt kajastust erinevates õiguskaitseorganites, olles suures osas kirjutamata seadus.

Tuginedes eeltoodule on võimalik väita, et laste huvide kaitse on ka kirjutamata seadusena printsiip, millest lähtuvad oma seisukohtades erinevad õiguskaitseorganid. Arvestades Euroopas võetud suunda, tugevdada laste parimate huvide printsiipi ning laiendada seda põhimõtet uutele aladele ja valdkondadele, peaks käsitletav printsiip olema primaarne ka erinevate riikide õigussüsteemis ja iga üksikjuhtumi juures olema lähtekohaks, olgu siis kirjutatud või kirjutamata seadusena.

Lapsendamise peaesmärk on laste huvide kaitse, mistõttu toimub see riigi range kontrolli all ning peab olema juriidiliselt vormistatud.¹³⁶ Enamike riikide õigusruumides on informatsiooni avalikustamine seotud pigem lapsendatud isiku õigusega kui lapsendajate või bioloogiliste vanemate õigustega.¹³⁷ Õigustepõhine lähenemine sunnib otsustajaid keskenduma lapsele, mitte ainult kui pereliikmele, vaid kui autonoomsele isikule, kellel on eraldi ja võib-olla konkureerivad õigused ja huvid, mille eest riik peab hoolitsema.¹³⁸ Seega on olulised kõigi huvid ja erinevate huvide kaalumine.

¹³⁴ P. Alston. B. Gilmour-Walsh. Op.cit., lk 6.

¹³⁵ P. Alston. B. Gilmour-Walsh. Op.cit., lk 6.

¹³⁶ M. Ivanov. Op.cit., lk 97.

¹³⁷ K. O'Halloran. Op.cit., lk 94.

¹³⁸ Lind C. Lind and H. Keating. Op.cit., lk 38.

Lapsendamise andmete salastatuse on seadusandja kehtestanud eeskätt lapse huvidest lähtuvalt¹³⁹ ning lapse parimate huvide pärast muretsemine on seotud vanemlike õiguste austamisega, millesse ükski riik ei tohi meelevaldselt sekkuda.¹⁴⁰ Laste õiguse tunnustus hõlmab vanemate, kogukondade, riigi ja laste endi vastutuse kehtestamist. Selliste vastutuste loomine näitab, et seaduseid ja õigussüsteeme kasutatakse mõjutamiseks sotsiaalseid tavasid ning tugevdamiseks jätkuvaid jõupingutusi laste nimel.¹⁴¹

Lapse huvide kaitse printsiibi kehtestamine rahvusvahelisse õigusesse on põhjutanud asjaolu, et see on olnud paljude maade perekonnaõiguse keskseks jooneks riiklikul tasemel. Lapse Õiguste Konventsioon kehtestab lapse parimate huvide printsiibi kui juhtprintsiibi, mitte ainult hooldusküsimustes, vaid kõigis lastega seotud ettevõtmistes.¹⁴²

Iga riik, mis tunnustab või lubab adopteerimise süsteemi, peab tagama, et lapse parimad huvid on ülimald. On laialdaselt aktsepteeritud, et termin „ülim“ („*paramount*“) tähendab, et lapse huvid peavad olema otsustajate ainumotiiv. Teiste õigused ja huvid on seega olulised ainult siis kui need puudutavad lapse heaolu.¹⁴³ Leiab kinnitust autori seisukoht, et lapse heaolu puudutavates küsimustes on olulised nii lapse enda kui ka teiste õigused ja huvid.

Eesti Vabariigi lastekaitse seaduse § 3 kohaselt on lastekaitse põhimõtteks alati ja igal pool seada esikohale lapse huvid. Normist nähtub, et eranditeta, olenemata ruumist, ajast ja kontekstist, on võrreldes teiste võimalike huvigruppide huvidega esikohale seatud lapse huvid. Esikohale seadmine ei tähenda, et sellega võiksid saada riivatud teiste isikute põhiõigused ja –vabadused, kuid legaalsel tasandil tuleks alati ja kõikjal eelisjärjekorras lähtuda laste huvidest. Selleks, et õigustada lapsendamist, nõuab õigustel põhinev arutlus, et poolte kõik erinevad õigused ja huvid on tähelepanelikult väljendatud ning korralikult ja õiglaselt arvesse võetud igas otsustamise protsessi etapis¹⁴⁴.

Suurbritannias 1989.aastal vastu võetud Laste Akt väidab, et lapse parimate huvide kaitse peab omama kõrgeimat kaalutlust laste kasvatamisega seotud otsuste tegemisel kohtu,

¹³⁹ V. Turkin. Perekonnaseadus: kommentaarid ja selgitused. Tallinn: Agitaator, 2007, lk 95.

¹⁴⁰ G. John DeWitt. Understanding Family Law. Newark: LexisNexis, 2001, lk 180.

¹⁴¹ S. Goonesekere. Op.cit., lk 17.

¹⁴² P. Alston. B. Gilmour-Walsh. Op.cit., lk 6-9.

¹⁴³ C. Lind and H. Keating. Op.cit., lk 36.

¹⁴⁴ C. Lind and H. Keating. Op.cit., lk 29.

lasteasutuste ja kohaliku võimuorganite poolt.¹⁴⁵ Põhimõte, et lapsendamist tuleb kaitsta ja edendada lapse heaolu huvides kogu tema elu aja, tunnistab eluaegset lapsendamist ja vajadust tagada, et lapsendatud isiku huvid oleksid alati eelisjärjekorras teiste huvidest.¹⁴⁶ Laste kasvatamisega seotud otsuste tegemisel peavad erinevad institutsioonid lähtuma lapse parimatest huvidest, mis on riigi kaitse tagada võimalikult vähene sekkumine isikute era-ja perekonnaellu.

Õigusnormide tõlgendamise eesmärk on õigusnormist aru saada. R. Ihering iseloomustas interpreteerivat tegevust kui „vahendamist, mis toimub kirjutatud õiguse ja elu vahel”¹⁴⁷. Teiste sõnadega, tõlgendamine on tegevus, mille käigus tõlgendaja hakkab mõistma probleemse õigusliku teksti sisu. Ilma selleta on võimatu teha otsuseid, mis oleksid kooskõlas õigusega¹⁴⁸. Seega on arusaamisel ja mõistmisel õigusnormi ning samavõrd ka õigusruumi mõistmisel kõrgeim tähendus, mille pinnalt on võimalik teha õigusnormidega kooskõlas olevat ning põhjendatud otsust.

Tõlgendamine on määratlemata õigusmõistete sisustamisel olulise tähtsusega, sest määratlemata õigusmõisted kalduvad kõrvale õigustloova akti terminoloogia täpsuse nõudest (määratletuse põhimõttest)¹⁴⁹. Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium on oma 22. veebruari 2001.aasta otsuse nr 3-4-1-4-01 punktis 17 väljendanud siiski seisukohta, et ettenähtavuse põhimõtet ei rikuta, kui sõnastuse ebaselgust on võimalik ületada tõlgendamise teel¹⁵⁰. Õigusakt, mis sisaldab määratlemata õigusmõistet ilma ühegi piirjooneta või suunaviidata, mis annaks aimu seadusandja mõtetest, ei taga puudutatud isikutele ettenähtavuse põhimõtte tagamist, sest tõlgendusruum on lai ja ebaselge.

Mida vähem konkreetne on mõiste, seda suurem on kohtu otsustamisruum selle mõiste sisustamisel. Seejuures saab kohus teha seda vaid konkreetsete asjaolude valguses. Käesoleva magistritöö peamise vaatlusobjekti osas ei ole Eesti kohtud saanud enda seisukohta avaldada. Tõdeda, et lapsendamissaladust on hoitud vastavalt regulatsioonidele, kahjuks ei saa, kuna on

¹⁴⁵ UNICEF Innocenti Research Centre. Op.cit., lk 4.

¹⁴⁶ K. O'Halloran. Op.cit., lk 154.

¹⁴⁷ R. Dubischar. Vorstudium zur Rectswissenschaft. Mainz: 1974: lk. 99.

¹⁴⁸ R. Narits. Interpretation of Law in the Estonian Legal System. - Juridica International 1996/1, lk 11-15.

¹⁴⁹ K. Merusk. V. Olle. A. Mõttus. Õigusriigi printsiip ja normitehnika. Tartu: Sihtasutus Eesti Õiguskeskus, 1999, lk 149.

¹⁵⁰ Riigikohtu Põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus 22. veebruarist 2001 nr 3-4-1-4-01. Taivo Ruus'i ja Tallinna Liikluskorralduskeskuse vahelises asjas - taotluse kontrollida haldusõiguserikkumiste seadustiku § 231 lg 6 vastavust põhiseadusele läbivaatamine. - RT III 2001, 6, 63.

teada erinevaid juhtumeid, kui ametiisikud on selle avaldanud teenistusülesannete täitmisel. Teisest küljest tekitab see põhjendatud küsimuse, kas perekonnaseaduse § 164 lõige 2 täidab eesmärki, on selge ja rakendatav.

2.2. Avalik huvi ja lapse huvi lapsendamissaladuse avaldamise piirangu põhjusena

Lapsendamise saladuse avaldamine ei ole lihtsalt tavaline üleastumine. Selline tegevus rikub lapsendajate ja lapsendatute moraalseid huvisid, on kallaletung nende hingerahule.¹⁵¹ Konfidentsiaalse teabe avalikustamise vältimiseks saab piirata ainult väljendusvabadust ja seda on inimõiguste kohus piiranguluseks aktsepteerinud vaid mõnel korral. Seda alust on kohus kõige põhjalikumalt käsitletud hoopis seoses eraelu kaitsega asjas *Gaskin vs Ühendkuningriigid* (1989).¹⁵²

Rohkem kui ükski teine eraõiguse valdkond on perekonnaõigus seotud ühiskonnas hetkel valitsevate moraal- ja kõlblusnormidega ning sõltuvuses ühiskonna arengust. Perekonna struktuur ja funktsioon on pidevas muutumises. Seega ei saa perekonnaõigus oma valdavalt imperatiivsusele ja rangetele vorminõuetele vaatamata ka edaspidi kõlblusnormidega kindlaks määratud perekonnasuhteid lõpuni normatiivselt kujundada.¹⁵³ Lapsendamisel tuleks siiski järgida lapse põhiliste õiguste kaitset ehk usulist, kultuurilist ja muud päritolu.¹⁵⁴

Õiguskantsler on rahvastikuregistri seaduses sisalduva „õigustatud huvi“ kriteeriumi osas jõudnud seisukohale, et kuna põhiseaduses on loetletud need juhud, mil seadusandja võib eraelu puumatuse põhiõigust piirata, siis „õigustatud huvi“ kriteerium ei loo nõutavat õigusselgust.¹⁵⁵

PS'is ei ole loetletud „õigustatud huvi“ ja „avalikku huvi“ põhjustena, mil seadusandja võib eraelu puutumast piirata. Seega tuues paralleeli perekonnaseaduse lapsendamissaladuse

¹⁵¹ M. Ivanov. Op.cit., lk 109.

¹⁵² U. Lõhmus. Op.cit., lk 199.

¹⁵³ T. Uusen-Nacke. T. Göttig. Perekonnaõiguse seosed teiste tsiviilõiguse valdkondadega. - *Juridica* 2010/2, lk 86-101.

¹⁵⁴ Riigikogu õiguskomisjoni istungi protokoll nr 24. 22. oktoober 2007, lk 1. - Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain&content_type=text/html&page=pub_ooc_file&file_id=435511&u=20110303162534&mnspl=22.10.2007&fd=07.12.2008&komisjon=OIK. 25. aprill 2012.

¹⁵⁵ Õiguskantsleri 2008.a. aprilli märgukiri nr 6-8/080597/00802747 „Märgukiri rahvastikuregistri seaduse põhiseadusega kooskõlla viimiseks“. Märgukiri on autori valduses.

avaldamise kontekstis kasutatava „avaliku huvi“ mõiste ning õiguskantsleri seisukoha rahvastikuregistri seaduses kasutatava „õigustatud huvi“ mõiste vahel, saab kinnitust eelpool analüüsitut, et määratlemata õigusmõiste kasutamine eraelu puutumatusse kui ühe põhiõiguse riive võimaluse määratlejana ei taga normidele vajalikku õigusselgust ning seetõttu ei ole põhiseaduspärane.

Erinevate huvigruppide konkureerivate huvide kontekstis on avaliku huvi lähenemisviisi eesmärk tagada, et avalikkuse kui terviku heaolu jääks esiplaanile õiguspoliitika sõnastamisel ja rakendamisel.¹⁵⁶ Õiguste põhine lähenemine sunnib otsustajaid keskenduma lapsele, mitte ainult kui pereliikmele, vaid kui autonoomsele isikule, kellel on eraldi ja võib-olla konkureerivad õigused ja huvid, mille eest riik peab hoolitsema.¹⁵⁷

Autor mõnab, et avalik huvi on piisavalt lai mõiste, et selle alla mahub tõlgendusena ka lapse huvi. Arvestades aga, et alati ei pruugi selle mõiste määratlemine tagada lapse huvide kaitsmise eesmärki, vaid võib pigem omandada vastupidise tähenduse, siis ei pruugi olla tagatud lapse parimate huvide kaitse.

Õigusakti keel on spetsiifiline formaliseeritud keel, kus igal mõistel on talle omane juriidiliselt eriline ja kindel tähendus. Tõlgendamisel, mille käigus selgitatakse välja õigusnormi tegelik sisu, kasutatakse spetsiifilisi viise ja võtteid, mis kõik peavad rajanema üksnes legaalsuse põhimõttel, st tõlgendada tohib üksnes reaalseid positiivse õiguse õigusakte.¹⁵⁸

Kohtuasjas *Silver vs Ühendkuningriigid* osutas Euroopa Inimõiguste Kohus, et juhul kui seadus näeb ette diskretsiooni, peab ta ka piisava selgusega andma selle piirid¹⁵⁹. Seega piirangu reguleerimata jätmine ei oleks kooskõlas põhiseaduse enda eesmärkide ning demokraatia ja õigusriigi põhimõtetega.¹⁶⁰ Paraku ei selgu täna ühestki perekonnaseadusega seonduvast materjalist, millised võiksid olla piirid perekonnaseaduse või vähemalt lapsendamissaladuse kontekstis avaliku huvi mõiste sisustamisel. Samuti puuduvad Eesti kohtute tõlgendused, millest lähtuda võiks.

¹⁵⁶ S. Buckley. K. Duer. T. Mendel. S. O. Siochru. With Raboy, M and E. Price, M. Op.cit., lk 8.

¹⁵⁷ C. Lind and H. Keating. Op.cit., lk 38.

¹⁵⁸ J. Liventaal. Riik ja õigus: põhimõtete õpetus. Tallinn: Sisekaitseakadeemia. 1999, lk 140.

¹⁵⁹ Euroopa Inimõiguste Kohtu 25. märtsi 1983 otsus asjas *Silver vs Ühendkuningriigid*.

¹⁶⁰ R. Maruste. Op.cit., lk 269.

Euroopa Inimõiguste Kohus on Johansen vs Norra lahendis märkinud, et „Avaliku võimu poolt perekonnaellu sekkumise sobivus ja õigustatus varieerub osalisriikides, sõltudes perekonnaelu ja riigi sekkumise traditsioonidest ning avalikuks sekkumiseks vajalike ressursside olemasolust konkreetses kohas. Kuid lapse parimad huvid on igal juhul otsustava tähtsusega“.¹⁶¹ Seega on Euroopa Inimõiguste Kohus nentinud, et teatud juhtudel võib olla perekonnaellu sekkumine õigustatud, sõltuvalt riigist ja konkreetsetest asjaoludest, kuid otsustava tähtsusega on siiski lapse parimad huvid. Inimõigusi väärtustav maailm on üha enam liikumas selgesõnalise lapse parimate huvide kaitse kajastamise suunas, et saavutada eesmärk ja õigusselgus ning võimalikult vähene sekkumine isikute eraellu.

2.3. Eesti lapsendamissaladuse avaldamise regulatsiooni võrdlus teiste Euroopa riikidega

Kontinentaalses õigussüsteemis eristatakse õiguse perekondi, mis on põhimõtteliselt rajatud ühtsetele alustele, kuid kus kohtame ka erinevusi. Saksa perekonnast, millesse kuuluvad Saksamaa Liitvabariigi kõrval ka Austria, Šveitsi, Kreeka, Türgi ja Lichtenstein, ei asu kaugel ka Skandinaaviamaad: Soome, Rootsi, Norra, Taani ja Island. Eesti koht kontinentaalses õigussüsteemis on ehk lähemal germaani perekonnale kui mõnele teisele selle süsteemi struktuurile.¹⁶²

Pole kahtlust Eesti kuulumises Kontinentaal-Euroopa õigusruumi ning Eesti mõjustatuses rooma-germaani õigustraditsioonist.¹⁶³ Rooma õiguse retseptatsioon algas Itaalias ja kandus sealt edasi, haarates peaaegu kõik Lääne-Euroopa riigid. Kõige viimati tungis Rooma õigus Saksamaale, kus ta saavutas kõige ulatuslikuma rakenduse.¹⁶⁴

See on meieni kandunud läbi pikaajalise religioosse, samuti Saksa, Vene ja Skandinaavia kultuurilise, administratiivse ja majandusliku mõju. Ometi pole see mõju ehk nii sügav ja ühene kui meile meeldiks uskuda, sest oleme oma geopoliitiliselt asukohalt siiski lääne tsivilisatsiooni äärealal¹⁶⁵ ning tsivilisatsioonide kokkupõrgete tallermaal koos kõigi sellest tulenevate tagajärgedega.¹⁶⁶

¹⁶¹ Euroopa Inimõiguste Kohtu 7. juuli 1996 otsus asjas Johansen vs Norra.

¹⁶² R. Narits. Õiguse entsüklopeedia. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 2004, lk 95.

¹⁶³ K. Merusk. R. Narits. Eesti konstitutsiooniõigusest. Tallinn: Juura, 1998, lk 9.

¹⁶⁴ E. Ilus. Rooma õigus – loengute konspekt. Tartu: 1946, lk 27.

¹⁶⁵ S. Huntington. The clash of civilizations and the remarking of world order. New York : Simon & Schuster, 1996.

¹⁶⁶ R. Maruste. Op.cit., lk 69.

Õigusnormi ülesanne on kontinentaalses õigusruumis anda küllaldaselt üldised, kättesaadavad ja mõistetavad käitumisreeglid, mille alusel kohtunikud ja kodanikud minimaalselt pingutades võiksid määratleda, millisel viisil tuleb probleem lahendada.¹⁶⁷ Lähtuvalt eeltoodust kuulub Eesti Vabariik õigusruumi, kus õigusselgus peaks olema oluline nii probleemide lahendamisel kuid veelgi olulisem ennetamisel.

2.3.1. Saksamaa Liitvabariigi käsitus lapsendamissaladuse avaldamisel ja võrdlus Eesti Vabariigi vastava regulatsiooniga

Igapäevases keeles räägitaks Saksamaal pigem demokraatlik-pluralistlikust avalike huvide kontseptsioonist. Seaduses tuleb määratlemata õigusmõiste „avalik heaolu“ määratleda vähemalt kindlate juhtumikategooriatega. Kuigi asjaomast mõistemääratlust ei saa üks-ühele kõigile juhtumitele üle kanda, on nende piirid siiski üldistatavad. Avalike huvide mõiste täpsustamise või mingites piirides käsitlemise katset tuleb mõista samaaegselt nii hädavajalikuna kui ka hädapärase lahendusena.¹⁶⁸ Eeltoodust nähtub, et Saksamaal peetakse oluliseks kitsamas vaates avaliku huvi mõistele piiride käsitlemist, mida peetakse küll hädapäraseks, kuid samas hädavajalikuks lahenduseks.

Võimude lahususe printsiibi kohaselt on nii seadusandjal, täidesaatval kui ka kohtuvõimul oma õigusaktide osas konkreetne roll, mis peaksid eelduslikult tagama riigi efektiivse toimimise.

Argumenteerides üldise heaolu demokraatliku kontseptsiooni alusel, tuleks ometi lasta demokraatlikul protsessil üldist heaolu täpsustada – niisama vähe kui täidesaatev võim saab kohtuvõimu asetada seadusandliku võimu kohale. Seal, kus üldise huvi mõiste jääb nõrgaks, nõuab kohus seadusandjalt selgitusi või selget eesmärgi määratlemist. Seda piiri põhjendati kontseptsioonide läbiarutamisel: demokraatlikus haldusriigis on valitud seadusandjale omistatud eelisõigus defineerida üldise heaolu mõiste.¹⁶⁹

¹⁶⁷ R. Narits. Op.cit., lk 94-95.

¹⁶⁸ A. Fisahn. Der begriff des öffentlichen interessses im fachplanungs- und naturschutzrecht. Kapitel II, punkte 3-4. – Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Fisahn/Veroeffentlichungen_Vortraege/RechtuDemokratie/oeffentlichesinteresse.html. 25. aprill 2012.

¹⁶⁹ A. Fisahn. Op.cit., Peatükk II punkt 4.

Seega eelisõiguse andmine defineerida määratlemata õigusmõisteid, sealhulgas ka avaliku huvi mõistet, ei ole seadusandjale antud võimalus. See on seadusandja kohustus. Ning alles siis, kui seadusandja ei ole temale pandud kohustust täitnud kvaliteetselt ehk kehtestatud norm võimaldab mitmeid tõlgendusi või jääb üldse arusaamatuks, sekkub kohtuvõim. Kohtuvõimu ülesandeks oleks õigusnormi mõtte selgitamine ja sisu avamine selle adressaatidele, kohaldajatele ja rakendajatele.

Hans Kelsen`i jaoks ei ole olemas õiguse kõrval ei avalikku huvi ega riiki kui selliseid. Traditsiooniline struktuur olevat puhas ideoloogia, mis (peab) riigile ja tema haldusaparaadile tagama asja olemusest tuleneva vabaduse eh seadusest, rahvaesindusest või selle kaasmõjul loodud üldistest normidest tuleneva vabaduse, mitte õigusest tuleneva vabaduse. See on suunatud otseselt avalike huvide riigikeskse kontseptsiooni vastu. Kelsen`i monistlik ja radikaalpositivistlik õiguse ja riigi struktuur suudab leida üldist heaolu või avalikke huvisid ainult parlamendi poolt kehtestatud üldistes õigusnormides.¹⁷⁰

Tuginedes eeltoodule on autor seisukohal, et kirjutatud õigus peab olema suunatud inimesele. Seadusandjal on küll võimalus riigi aktsepteeritavaks toimimiseks kehtestada õigusaktide abil reegleid, kuid selliste normistike kehtestamine peab lähtuma inimese huvidest ja olema suunatud nimetatud huvide kaitseks. Õigusaktides avaldatud käitumisjuhised peavad olema seega kujunenud väärtustele ja ühiskonnas valitsevatele põhimõtetele tuginedes, mitte autoriteetsete riikide õiguslikke regulatsioone, kohati pimesi, järgides.

Eesti ja Saksamaa perekonnaõigus on paljudes aspektides vägagi erinevad. Seetõttu ei ole Saksamaal omaksvõetud teooriate üks-ühene ülekandmine meie õigusele võimalik.¹⁷¹ Ometi võib Eesti õiguses tuua välja palju paralleele Saksa Liitvabariigi õigusega ning Saksamaa väga vana ja välja kujunenud õigusruum on Eesti Vabariigi seadusandjatele olnud eeskujuks erinevates valdkondades ning seda ka täna kehtiva perekonnaseaduse sätete puhul. Lähtuvalt eeltoodust on ühest küljest oluline hinnata Saksa õigusteadlaste poolt toodud põhjendusi, kuid teiselt poolt tuleb keskenduda ka Eesti riigi kontekstile ja hinnata normi kehtivust ja rakenduvust Eesti Vabariigis.

¹⁷⁰ A. Fisahn. Op.cit. Peatükk II punkt 3.

¹⁷¹ U. Volens. Eessõna eestikeelsele väljaandele. 1. august 2005. Kirjutatud õpikule: A. Lüderitz. Perekonnaõigus. Tallinn: Kirjastus Juura, 2005, lk VI.

Saksamaa Liitvabariigi tsiviilseadustiku¹⁷² (saksa keeles Bürgerliches Gesetzbuch) § 1758 lõige 1 sätestab, et ilma lapsendaja ja lapse nõusolekuta ei tohi lapsendamise ning sellega seotud asjaolude kohta midagi avaldada ega välja uurida, kuivõrd selleks ei esine avalikku huvi pakkuvaid erilisi põhjuseid. Lapsendamine allub erilisele saladuse kaitsele, et takistada ootamatuid konfrontatsioone lihaste vanemate, kes võib-olla asuvad oma loovutatud lapsi otsima ja lapse lapsendanud perekonna vahel.¹⁷³ Saksamaa Liitvabariigi tsiviilseadustiku (edaspidi BGB) § 1758 lõige 2 sätestab, et lõige 1 kehtib vastavalt, kui nõusolek anti vastavuses BGB §-ga 1747. Perekonnakohus võib teha ettekirjutuse, et BGB § 1758 lõike 1 toime jõustub juhul, kui on esitatud taotlus ühe vanema nõusoleku asendamiseks.

BGB § 1758 regulatsioon oli samas sõnastuses sätestatud juba (Saksa) valitsuse esitatud seaduseelnõus. BGB § 1758 lõikes 2 sätestatu lülitati regulatsiooni parlamendi õiguskomisjoni taotlusel. Selle eesmärgiks oli BGB § 1758 lõikes 1 sätestatud kaitse nihutamine lapsendushoolduse perioodile, kui bioloogilised vanemad annavad selleks loa või kui esitatakse asendusmenetluse taotlus. Lõikes 2 sätestatust oleks võinud ka loobuda. Praktikas ei mängi see mingit rolli, sest juba enne 1976. aasta reformi polnud isegi lapsendamismenetluse käigus mingeid raskusi soovitud inkognito säilitamiseks.¹⁷⁴

Tsiviilseadustiku § 1758 lg 1 kohaselt ei tohi – ajaliste piiranguteta - fakte, mis võiksid lapsendamist ja selle asjaolusid ilma lapsendajate ja lapse nõusolekuta avaldada või välja uurida, kui pole just tegemist olukorraga, et seda nõuavad erilised avaliku huvi põhjused.¹⁷⁵

Seega on Saksa õiguse kohaselt lapsendamissaladuse avaldamine võimalik kas lapsendatu ja lapsendajate nõusolekul, eeldades samaaegselt mõlemat nõusolekut, või juhul kui lapsendamissaladuse avaldamist nõuavad erilised avaliku huvi põhjused.

Muuhulgas on § 1758 lõikel 1 täita kasvatuslik teadlikkust tõstev funktsioon - lapsendamisest saavad ju teada mitte ainult ise menetluses osalevad isikud, vaid ka tuttavad, naabrid ja eeskätt terve rida asutusi ja ametkondi (perekonnaseisumet, politseiamet, religioossed ühendused, maksuamet, tervishoiuosakond, haridusosakond, haigekassa, sotsiaalamet,

¹⁷² Saksamaa Liitvabariigi tsiviilseadustik (saksa keeles Bürgerliches Gesetzbuch). 18.august 1896. Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1758.html. 25.aprill 2012.

¹⁷³ A. Lüderitz. Perekonnaõigus. Tallinn: Kirjastus Juura, 2005, lk 371.

¹⁷⁴ J. von Staudingers. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 4. Familienrecht §1741-1772 (Adoption). Berlin: Sellier – de Gruyter, 2007, lk 277.

¹⁷⁵ OVG Lüneburg: Auskunftsanspruch der Kindesmutter nach Inkognitoadoption. NJW, 1994, 2634. – Arvutivõrgus kättesaadav: <http://beck-online.beck.de.ezproxy.utlib.ee/Default.aspx?typ=reference&y=300&z=NJW&b=1994&s=2634>. 14. märts 2012.

pensioniamet jne).¹⁷⁶ Fakte, mis sobivad lapsendamise ja selle asjaolude paljastamiseks, ei tohi ilma lapsendajate ja lapsendatu loata avaldada. Avaldamiskeeld kehtib igäühe kohta, kes ametlikult või eraviisiliselt on teadlik faktidest, mille teadaandmine võib aidata kaasa lapsendamissaladuse paljastamisele, sealhulgas bioloogilistele vanematele, sest vastavalt lõikele 1 ei kehti avaldamiskeeld vaid siis, kui lapsendaja ja laps on andnud lapsendamissuhte avaldamiseks nõusoleku.¹⁷⁷ Isikud, kes on lapsendamissaladusest teada saanud ükskõik millisel põhjusel, ei tohi seda avaldada ilma vastavate nõusolekuteta või eriliste avaliku huvi põhjendusteta ehk nad on sisuliselt lapsendamise faktist teadlikud, kuid vastavat teadmist edasi levitada ei tohi.

Täislapsendamise eesmärk pole küll mitte alati, kuid siiski sageli „geneetiliselt abielulise“ lapse saamise faktilise näilisuse loomine ja selle seadustamine. Seepärast teostatakse sellist lapsendamist väga sageli (ehkki viimasel ajal mitte enam nii tihti) inkognito-lapsendamise vormis, kui pole tegemist täiendava või peresisese lapsendamisega. Kas ja mil määral võib (ei pea) tugineda saladuse kaitsele, sätestab BGB § 1758, kuid seda sätet tuleb vaadelda osapoolte üldise isikuõiguse laiemas mõttelises kontekstis (ja sellest lähtuvalt ka interpreteerida). Tõlgendamine kui üldiste isikuõiguste konkretiseerimine näitab ära ka võimalike sanktsioonide vormid. Alati võib nõuda tegevusest hoidumist ja moraalse kahju hüvitamist pärast rasket süülist sekkumist, mida muul moel pole võimalik kompenseerida.¹⁷⁸ Seega on saladuse kaitse peamiseks eesmärgiks asetada laps samasugusesse positsiooni nagu ta oleks lapsendajate bioloogiline laps, lahutades lapsendatu enda bioloogilistest vanematest.

Saladuse kaitse all on kõik „asjaolud, mis sobivad, et lapsendamist ja selle asjaolusid avalikustada“: rikutakse lapsendaja ja lapse isikuõigusi, kui nende nõusolekuta (lapse nõusolekut sätestab BGB § 1746) just nimetatud asjaolusid „avaldatakse või välja uuritakse“. „Avaliku huvi erilisi põhjuseid“ võib õigustada, samas ei maini seadus erahuve ja sellega jäetakse need kui ilmselt ebaolulised kõrvale.¹⁷⁹ Leiab kinnitust autori kahtlus, et kui säte mainib pelgalt avalikku huvi, jättes erahuvi kõrvale, on olemas risk, et erahuvid jäetakse ka lapsendamissaladuse avaldamiseks vajalikus kaalutusprotsessis tagaplaanile, mistõttu võivad kahjustada saada nii lapsendatu, lapsendajate, lapsendatu bioloogiliste vanemate kui ka kolmandate isikute huvid.

¹⁷⁶ J. von Staudingers. Op.cit., lk 278.

¹⁷⁷ J. von Staudingers. Op.cit., lk 277-278.

¹⁷⁸ Dr. J. Gernhuber. Dr D. Coester-Waltjen. Familienrecht. München: Verlag C.H.Beck, 2006, lk 876 (ääremärkus 119).

¹⁷⁹ Dr. J. Gernhuber. Dr D. Coester-Waltjen. Op.cit., lk 876 (ääremärkus 120).

Kolmandate isikute erahuvi seadus ei maini. Kaasused, mille puhul on mängus kaitsmist väärivad kolmandate isikute huvid, mis samaaegselt ei riiva avaliku huvi erilisi põhjuseid, ei pruugigi olla haruldased.¹⁸⁰

Avaldamis- ja väljaurimiskeeld ei kehti, kui lapsendaja ja lapsendatu on andnud nõusoleku lapsendamissuhte paljastamiseks¹⁸¹ või kui avaliku huvi erilised põhjused nõuavad avaldamist või väljaurimist¹⁸² (näiteks veresugulusest tingitud abielukeeld, veresugulus kohtuasjas ning kohtulikes ja haldusmenetlustes).¹⁸³

Käsitlusõigus lapsendamisasjaolude üle kuulub ainuüksi lapsendajatele ja lapsele endale. Kui nimetatud annavad oma nõusoleku, siis langeb ära saladuse avaldamise keeld.¹⁸⁴ Lapsendamise lähemate üksikasjade väljaselgitamine ja valdamine sõltub ainuüksi lapsendajate ja lapse nõusolekust, kusjuures reeglina eeldatakse mõlema osapoole, lapsendajate ja lapse, nõusolekut. Erandjuhul piisab ka erilisest avalikust huvist, mille olemasolu tuleb jaatada kuritegude avastamise ja kriminaaljälituse, kuid mitte näiteks kriminoloogiliste või antropoloogiliste uurimuste puhul, siinkohal on niisiis vajalik saada nõusolek.¹⁸⁵ Seega eeldab Saksa õigus, et lapsendamissaladuse avaldamiseks annavad nõusoleku nii lapsendajad kui ka lapsendatu, lisades avaldamise erandjuhuna avaliku huvi erilised põhjused.

Avaldamine on õigustatud ainult juhul, kui selleks annavad nõusoleku nii lapsendaja kui ka laps või kui on olemas valdav avalik huvi. Kui lapsendaja avalikustab lapsendamise kõigile (nt lapsendamiskuulutuse kaudu) või teatud isikutele, väljendamata seejuures palvet pidada kinni vaikimisenõudest, siis langeb avaldamiskeeld ära (kuid see ei hõlma jätkuvalt saladuses hoitavat või vaid usalduslikult jagatud teavet lapsendamise lähemate asjaolude nagu näiteks

¹⁸⁰ J. von Staudingers. Op.cit., lk 281-282.

¹⁸¹ Baieri liidumaa ülemkohtu 07.02.1996 otsus nr 1Z BR 72/95. http://beck-online.beck.de.ezproxy.utlib.ee/Default.aspx?vpath=bibdata\ents\urteile2\lfg05\1996\cont\beckrs_1996_3092186_7.htm&pos=0. 25. aprill 2012.

¹⁸² J. von Staudingers. Op.cit., lk 280.

¹⁸³ Bundesarbeitsgemeinschaft der landesjugendämter Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung, punkt 4.2. – arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.adoptions-forum.com/Offenbarungs-undAusforschungsverbot.htm>. 25. aprill 2012.

¹⁸⁴ Baieri liidumaa ülemkohtu 07.02.1996 otsus nr 1Z BR 72/95. http://beck-online.beck.de.ezproxy.utlib.ee/Default.aspx?vpath=bibdata\ents\urteile2\lfg05\1996\cont\beckrs_1996_3092186_7.htm&pos=0. 25. aprill 2012.

¹⁸⁵ Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. München: Verlag C.H.Beck, 2007, lk 2007-2008.

lapse päritolu kohta vms).¹⁸⁶ Seega on Saksa õiguses sisalduv säte kohaldatav ka eraisikutele. Seda juhul, kui isik, kes lapsendamissaladust teadis, lisas selle avaldamise juurde soovi pidada kinni vaikimishõudest.

BGB § 1758 järgse avalikustamise ja väljaselgitamise keelu eesmärgiks on lapse ja adopteerijate isiku kaitse lihaste vanemate, nende sugulaste või kolmandate isikute eest.¹⁸⁷ Laps peab teda lapsendanud perekonnas mitte ainult õiguslikus mõttes, vaid ka tegelikult segamatult arenema.¹⁸⁸ Kaasaegne lapsendamine, iseäranis inkognito-lapsendamine, peab reeglina tagama, et laps vabastatakse senistest perekondlikest sidemetest ja tema käsutusse antakse täiesti uus perekondlik suhetesüsteem.¹⁸⁹ Lapsendamise põhinõuded on, et adopteerimine toimub lapse huvides ning et lapsendajate ja lapse vahel areneb vanema-lapse suhe.¹⁹⁰

Väljauurimiskeelu kohaselt on põhimõtteliselt keelatud kõik ametkondlikud juurdlused või kohtulikud eeluurimised. Kui eraõiguslikule juriidilisele isikule (tööandjale, üürileandjale) või ametkonnale tehakse järelepärimine, kas tegemist on lapsendatud isikuga, siis on lapsendajatel õigus mitte ainult teabe andmisest keelduda, sellega oleks ju nende suhe lapsesse ilmne. Neil on täielik õigus küsimusele eitavalt vastata või last abieluliselt sündinuks või lihaseks lapseks nimetada.¹⁹¹

Väljauurimiskeelu adressaat on igaüks, nii eraisik kui ka ametiasutuste ametnikud.¹⁹² Väljauurimiskeeld nagu ka avaldamiskeeld kehtib igaühe kohta. Pärast täislapsendamise sisseviimist pole ametkondadel, tööandjatel, ruumide rentijatel jne enam mingit põhjust esitada formularide täitmisel eraldi küsimust, ka laps on lihane või lapsendatud.¹⁹³ Ükski

¹⁸⁶ K. Rebmann. F.J. Säcker. Op.cit., lk 1008.

¹⁸⁷ Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung, artikkel 4.2. – Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.adoptions-forum.com/Offenbarungs-undAusforschungsverbot.htm>. 25. aprill 2012.

¹⁸⁸ K. Rebmann. F.J. Säcker. Op.cit., lk 1007.

¹⁸⁹ Palandt. Op.cit., lk 2007.

¹⁹⁰ R.J. Blauwhoff. Op.cit., lk 293.

¹⁹¹ K. Rebmann. F.J. Säcker. Op.cit., lk 1008.

¹⁹² B.V. Dickscheid. K. Ernst. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes Deutschland. 1999, lk 114. – Arvutivõrgus kättesaadav: http://books.google.ee/books?id=9ciBnRei99AC&pg=PA115&lpg=PA115&dq=offenbarungs-+und+ausforschungsverbot&source=bl&ots=dD0BXY5zJ3&sig=UiGV8yZtPQTQhqS5bFYB7fszkMU&hl=et&ei=9PWOTafMPP7rObvmpKEC&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CCMQ6AEwAjk#v=onepage&q=offenbarungs-%20und%20ausforschungsverbot&f=false. 25. aprill 2012.

¹⁹³ J. von Staudingers. Op.cit., lk 279.

avalik-õiguslik üksus või eraõiguslik isik ei tohi uurida või küsida perelt, kas laps on lapsendatud, välja arvatud väga harvadel ja erijuhtudel. Kui küsitakse, on lapsevanemal ja lapsel õigus eitada, et laps on lapsendatud, st nad võivad valetada.¹⁹⁴ Näiteks on lubamatu küsimustikus küsida, kas laps on küsitletu bioloogiline laps või perre võetud laps.¹⁹⁵ Väljauurimiskeeld põhimõtteliselt keelab isegi lapsendamist puudutavad küsimused ja nende esitamise.

Ranget salajasuse reeglit on pehmendatud adopteeritute jaoks. Saksamaa Liitvabariigi konstitutsioonikohus on leidnud, et igal inimesel on põhiseaduslik õigus teada enda bioloogilist päritolu.¹⁹⁶ Selline õigus puudutab lapsendatud ja tema võimalikke emotsionaalseid suhteid, isegi mitte juriidilisi, bioloogiliste vanematega ning ei ole seotud kolmandate isikute või avalike huvidega. Autor on seisukohal, et nimetatud Saksamaa Liitvabariigi konstitutsioonikohtu seisukoht teenib eesmärgipäraselt lapse parimaid huve ning tema põhiseaduslikke õigusi.

Vaikimisnõue seisneb selles, et kuivõrd on keelatud avaldada lapsendamisega seotud asjaolusid, siis seadus pelgalt sätestab asja juba olemasoleva juriidilise külje.¹⁹⁷ Lapsendamiseprotsessis osaleb lisaks lapsendamisbüroole palju teisi ametkondi, nagu näiteks perekonnaseisumamet, registreerimisbüroo, maksuamet, tervisekaitseamet, kooliasutused jne.¹⁹⁸ Eelnimetatud säte on suunatud kõigile lapsendamise või selle ettevalmistamisega seotud ametkondadele ja kohtutele, iseäranis ka registreerimisega seotud ametkondadele (passilaudadele). Noorsooametite ja lapsendamist vahendavate avalik-õiguslike juriidiliste isikute suhtes kehtib vastavalt karistusseadustiku sätetele vaikimisnõue, sest lapsendamine kuulub isikliku elu saladuste hulka. Vaikimiskohustusest kinnipidamist võib nõuda ka eraisikutelt.¹⁹⁹ Tuginedes eeltoodule saab järeldada, et Saksa õiguse kohaselt on vaikimisnõue lapsendamissaladuse kohta teavet omaval igal isikul, nii juriidilisel isikul ja tema esindajal kui ka füüsilisel isikul.

¹⁹⁴ Overview of German Adoptin law: lk 8. – Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-germany.pdf>. 25. aprill 2012.

¹⁹⁵ B.V. Dickscheid. K. Ernst. Op.cit., lk 115.

¹⁹⁶ Overview of German Adoptin law: lk 8. – Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-germany.pdf>. 25. aprill 2012.

¹⁹⁷ K. Rebmann. F.J. Säcker. Op.cit., lk 1007.

¹⁹⁸ Offenbarungs- und Ausforschungsverbot. – Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.adoptions-forum.com/Adoption.htm>. 25. aprill 2012.

¹⁹⁹ K. Rebmann. F.J. Säcker. Op.cit., lk 1007-1008.

Avalikustamise ja juurdepääsu keelu ületamisest on esimeses järgus mõjutatud need, kes lapsendamismenetluses osalised olid, sealhulgas ka laps.²⁰⁰ Faktid muutuvad avalikuks siis, kui isik, kellele faktid teatavaks tehakse, pole neid kuni selle hetkeni teadnud. Keelatud pole mitte ainult teatavaks tegemine, vaid iga viide, mis avalikustamise juurde kuulub.²⁰¹ Seega leiab kinnitust autori seisukoht, et iga lapsendamise kohta avaldatud fakt või viide vastava fakti võimaliku olemasolu kohta võib mõjutada lapsendamismenetluse otseseid osalisi ja kindlasti ka lapsendatut.

Saksa tsiviilseadustiku § 1758 ei puuduta õiguslikke suhteid lapsendatu ja lapsendaja vahel. Teabe jagamise ajahetke määratleb lapsendaja kasvatuslik äranägemine, mitte aga noorsooamet või lapsendamist vahendav asutus, kes on jätkuvalt kohustatud saladust hoidma. Kolmandate isikute ütlused võivad last šokeerida, eeskätt puberteedieas halvendada suhteid lapsendajatega.²⁰² Tänapäeval valitseb küll üksmeel selles osas, et lapsendajad peaksid oma lastele avameelselt, muidugi lastepärasel viisil tutvustama nende päritoluga seonduvaid asjaolusid, sest täielikku saladuses hoidmist pole niikuinii tagada võimalik ja päritolu hilinenud avaldamine võib põhjustada raskeid psüühilisi häireid. Vaatamata sellele jääb vanemate kasvatusliku äranägemise pärusmaaks, kas ja kuidas päritolu avaldada. Seni pole õnneks keegi tulnud mõttele, nõuda täiskasvanuks saanud lapsendatud lapsele ametikohustuste tõttu saladuse avaldamist, nagu Saksamaa Sotsiaaldemokraatliku Partei eestseisuse juurde moodustatud sise- ja õiguspoliitika komisjon soovitas 1985.aastal kunstliku viljastamise tagajärjel sündinud laste puhul.²⁰³ Õigel ajal vanemate avaldatud saladus on lapse huvides, sest see säästab teda kolmandate isikute (kõigist mõeldavatest juhuslikest) illusioone purustavatest paljastustest.²⁰⁴ Lapsendaja(te) ja lapsendatu vahelises suhtes on lapsele lapsendamise fakti avaldamisel otsustusõigus lapsendatul ning sellise informatsiooni varjamine pigem taunitav, kuna enda isiku osas lapsendamisest teadasaamine on lapsendatu huvides, aidates vältida võimalikke ebamugavusi ja šokeerivaid olukordi, mis võivad tuleneda kolmandatelt isikutelt vastava teabe kuulmisel. Samas kohustust lapsendajal lapsendamisest rääkida, ka lapsendatule, ei ole. Lähtudes õiguslikust alusest rajaneb lapsendamissaladuse avaldamine siiski lapsendajate vabatahtlikkusel²⁰⁵.

²⁰⁰ B.V. Dickscheid. K. Ernst. Op.cit., lk 115.

²⁰¹ B.V. Dickscheid. K. Ernst. Op.cit., lk 115.

²⁰² K. Rebmann. F.J. Säcker. Op.cit., lk 1009.

²⁰³ B. Von F.W. Bosch. Familienrecht. FamRZ 1988, Heft 2, lk 117.

²⁰⁴ Dr. J. Gernhuber. Dr D. Coester-Waltjen. Op.cit., lk 877 (ääremärkus 122-124).

²⁰⁵ Lapsendamise õiguslikest alustest. Bayerisches Landesjugendamt Baieri - Liidumaa noorsooameti kodulehekülj. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.blja.bayern.de/themen/adoption>. 25. aprill 2012.

Saksa tsiviilseadustiku § 1758 sätestatud avaliku huvi rakendamisuhtumid on määratletud perekonnaseisu(registri)seaduse²⁰⁶ (vastavates sätetes (päritolutunnistus abielu sõlmimiseks), aga ka raskete kuritegude või haiguste uurimise juhtudega, mille puhul on inimese päritolu määrava tähtsusega.²⁰⁷ Seega on Saksa õiguses avatud avaliku huvi eriliste põhjenduste mõiste teatud võimalike situatsioonide kirjelduste pinnalt ning lisaks on erinevad õigusteadlased andnud vaadeldava mõiste tõlgendusi.

Lähtudes erinevatest kaalutlustest on lapsendamissaladuse avaldamine Saksamaal lubatud lisaks nõusolekute korral avaldamisele ka avaliku huvi eriliste põhjuste olemasolul ehk sisuliselt on Saksamaa seadusandja jätnud võimaluse, mil lapsendaja ja/või lapsendatu vastavate nõusolekute puudumisel oleks võimalik lapsendamise fakti avaldada. Kuid erinevalt Eesti õigusruumist on Saksa õigusruumis õigusteadlased erinevates kommenteeritud väljaannetes ning teadulikes kirjutistes sätet, selle eesmärke ja rakendusala, mõtestanud ja põhjendanud.

Lapsendamissuhte avaldamine on lubatav, kui seda nõuavad avaliku huvi erilised põhjused. Niisiis peab lapsendamissuhtes avalikustamine olema vajalik, et saavutada avalikule huvile vastavat eesmärki. Käepärast ei tohi olla ühtki teist asjast puudutatud isiku saladuses hoidmise huvi vähem puudutatavat vahendit ning avaldada ja välja uurida tohib vaid asjaolusid, mille avaldamine on otsustava tähtsusega. Lisaks sellele peab olema tegemist avaliku huvi „eriliste“ põhjustega: seega tuleb alati kaaluda saladuses hoidmise huvi ühelt ja avaldamisega püüeldavat eesmärki teiselt poolt. Ka pärast lapsendamissaladuse avaldamist avaliku huvi erilistel põhjustel seob uurimist läbiviivaid isikuid ja ametkondi BGB § 1758 lõige 1. Neil on õigus kasutada saadud teavet vaid eesmärgipäraselt.²⁰⁸ Rõhutatud on eesmärgipärasust ning erinevate huvide kaalumist, et kahjustatud ei saaks avaliku huvi tõttu ühegi teise isiku erahuvid. Toonitatakse, et isegi avaliku huvi valguses avaldatud informatsioon seob edaspidi sellest teadasaanuid vastava saladuse hoidmise kohustusega, mis on sätestatud BGB § 1758 lõikes 1.

²⁰⁶ Personenstandsgesetz (PStG). Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.gesetze-im-internet.de/pstg/BJNR012210007.html>. 25. aprill 2012.

²⁰⁷ K. Rebmann. F.J. Säcker. Op.cit., lk 1008.

²⁰⁸ J. von Staudingers. Op.cit., lk 281.

Lisaks on Saksa õiguses välja toodud suunad, kuidas vaadeldavat sätet tõlgendada, mis omakorda annab mingisugusedki piirjooned sätte rakendamisel. Toodud konkreetset näited selgitavad regulatsiooni rakendusala veelgi, kuna neid igapäevaeluga kõrvutades ja võrreldes, on tagatud sätte adressaatidele teatav õiguspärane ootus ning kindlus, et nende isiklikku elu puudutav teave võib kolmandate isikuteni jõuda äga eriliste ajendite olemasolul.

Avaliku huvi „erilised“ ja kitsalt tõlgendatavad põhjused peavad hõlmama lapsendamissaladuse avaldamise vajadust seoses saladuse avaldamise abil saavutatava eesmärgiga. Tulemus peab õigustama saladuse avaldamist ja kõiki sellega lapsendajate ja lapse jaoks tekkivaid tagajärgi.²⁰⁹ Selliste juhtumitena, mil Saksa õigusruumis on lapsendamissaladuse avaldamine lubatud ehk lubatud on era- ja perekonnaelu riive, on vaadeldava suurriigi õigusteadlased muuhulgas nimetanud abielu sõlmimist lähisugulasega ning raskete kuritegude või haiguste uurimist.

Avaliku huvi erilised põhjused võivad eeskätt tuleneda bioloogilise suguluse jätkumisest. Vastavaid taustauuringuid lubab seaduses sätestatud (BGB § 1307) abiellumiskeeld lihaste sugulastega, mistõttu tuleb perekonnaseisuametnikule abielu sõlmimisel esitada päritolutunnistus.²¹⁰ Lapsendamisega ei tohi rikkuda sugulastevahelist abiellu astumise keeldu.²¹¹ Tänapäeval ollakse BGB §-st 1758 rääkides õigustatult seisukohal, et perekonnaseisuametnik, rääkides kihlujatega läbi abiellumisteedaannet, ei tohi ühele kihlatule avaldada temaga kihluja lapsendamise fakti²¹² (Nied, StAZ, 1982, 257). Abielu sõlmimiseks on kohustus esitada päritolutunnistus vastavalt PStG § 5 lg-le 1, mis tähendab, et laps saab niikuinii hiljem lapsendamise faktist teada.²¹³ Samuti tuleb perekonnaseisuameti jaoks perekonnaraamatute köitjaid teavitada vajadusest järgida § 1758 sätestatut.²¹⁴ Seega on perekonnaseisuametnikel erinevate ülesannete täitmisel võimalus teada saada lapsendamise fakti ning teatud juhtudel seda ka avaldada. Kuid siinjuures tuleb järgida saladuse hoidmise üldisi põhimõtteid ning avaldada vaid lubatud ulatuses ja isikule, et tagada avaldamiseks õigustatud eesmärk.

²⁰⁹ OVG Münster: Auskunftsanspruch der Kindesmutter nach Inkognitoadoption. NJW 1985, 1107. – Arvutivõrgus kättesaadav - <http://beck-online.beck.de.ezproxy.utlib.ee/Default.aspx?vpath=bibdata\zeits\njw\1985\cont\njw.1985.1107.1.htm&pos=10&hlwords=Auskunftsanspruch%20der%20Kindesmutter%20nach%20Inkognitoadoption#xhllht>. 14. märts 2012.

²¹⁰ J. von Staudingers. Op.cit., lk 281.

²¹¹ B. Von F.W. Bosch. Familienrecht. FamRZ 1988, Heft 2, lk 117.

²¹² Palandt. Op.cit., lk 2008. Viide: Nied, StAZ, 1982, 257.

²¹³ Palandt. Op.cit., lk 2008.

²¹⁴ J. von Staudingers. Op.cit., lk 278.

Nimetatud näite puhul, mille kohaselt on taunitav lähisugulaste vahel abieluliste suhete loomine ning lapsendamissaladuse avaldamine on seega lubatud, on tegemist avalikkuse poolt heaks kiidetud ja kehtivate väärtuste olulise rikkumisega ehk ühiskonnas ulatuslikku vastuseisu nii moraalselt, meditsiiniliselt kui ka füsioloogiliselt pinnalt omava küsimusega. Kuid siin on kõrvuti nii avalikud huvid, kolmanda isiku huvi kui ka lapse enda huvid. Mistõttu on taaskord tegemist näitega, kus erinevaid huve tuleb kaaluda konkreetse kaasuse pinnalt ning seejuures ei pruugi alati olla ülekaal lapse parimatel huvidel.

BGB § 1758 mõte ei seisne isiku kaitses kolmandate isikute õiguste arvel. Kuid luba ei ulatu iialgi oma otstarbest kaugemale: riigil ja eraisikutest kolmandatel isikutel võivad selgusele jõuda ja vastavalt tegutseda, kuid neil pole enam lubatud teada saadud täiendavalt levitamist.²¹⁵ Seega ei ole isikul, kes on lapsendamisfaktist teada saanud teatavatel põhjendatud põhjustel, õigus seda saladust edasi avaldada, välja arvatud juhul, kui selleks on nõudoleku andnud lapsendaja ja lapsendatu.

Samas haiguse uurimise kaalutlusel lapsendamissaladuse avaldamine on autori hinnangul esmalt isiku enda huvi, seejärel võimaliku kolmanda isiku huvi ning alles siis laiema üldsuse ehk avalikkuse huvi, kuna tervislik seisund on eelkõige iga isikuga otseselt seotud.

Vastupidist võib väita pigem raskete kuritegude tõkestamise osas, kus selliste taunitavate tegude ärahoidmine omab tähendust eelisjärjekorras pigem üldsuse jaoks.

Lapsendamist avalikuks tegevad uurimised võivad osutada vajalikuks niivõrd, kui võrd bioloogilisel sugulusel on karistusõiguses osaliselt privilegeeriv, osaliselt karistust põhjendav tähtsus. Sama kehtib kohtuliku ja haldusmenetluse korral, kus menetlusosalise lihane sugulane, näiteks kohtunik, notar, haldusametnik, jäetakse teatud tegevustest välja. Esialgsesse perekonda kuuluvusest tuletatud tunnistusest andmise keeldumise õiguse suhtes ollakse käesoleval ajal seisukohal, et saladuses hoidmise huvi peab taanduma vaid erandkorras, näiteks vajaduse puhul avastada raskeid kuritegusid. Kui võrd aga avaldamiskeeldu, kui konkreetne menetlus kõrvale jätta, pole tühistatud, tuleb erilist avalikku huvi üldiselt jaatada.²¹⁶ Seega ei ole avalikes huvides, kuid autori hinnangul ka lapse enda huvides, et erinevates institutsioonides oleks tagatud tema suhtes õiglane menetlus, olgu see siis erinevates kohtumenetlustes või teistes võimalikes suhetes avalik-õiguslike isikutega.

²¹⁵ Dr. J. Gernhuber. Dr D. Coester-Waltjen. Op.cit., lk 876 (ääremärkus 120).

²¹⁶ J. von Staudingers. Op.cit., lk 281.

2.3.2. Erinevate Euroopa riikide käsitletud lapsendamissaladuse avaldamisest

Rootsi Kuningriigis kehtib konfidentsiaalsuse põhimõte, mille järgi lapsendamise korraldaja või sellega seotud sotsiaaltöötaja jagab infot ainult lapsendajatele, lapsendatud lapsele või bioloogilistele vanematele. Rahvastikuregistris on lapsendatul võimalik pääseda ligi tema lapsendamist puudutavale informatsioonile, kus sisalduv informatsioon lapsendamise kohta on osaliselt avalik ja osaliselt varjatud.²¹⁷

Rootsi Sotsiaalhoolekande Akt, täiendatud 1998. aastal, märgib ära, et parimate huvide printsiip nõuab täielikku keskendumist, võttes vastu ükskõik, milliseid lapse elu ja staatust mõjutavaid otsuseid.²¹⁸ Rootsi põhimõttelist seisukohta iseloomustavad lapse inimväärikuse austamine ja erilise kaitse vajamine tänu nende nõrgemale positsioonile ning lapse parimate huvide hindamine, lähtudes üksikjuhtumi asjaoludest.²¹⁹

Rootsi valitsus on teatanud, et lapsendamise poliitikas on oluline osa laste suhtes see, et lapse parimad huvid on suunatud kõikidesse otsustusprotsessidesse ja meetmetesse, mis on seotud laste ja noortega.²²⁰ Lapse parimad huvid peavad olema igal ajal fookuses.²²¹ Ei ole esitatud ühtegi konkreetset määratlust, kuidas mõistet lapse parimates huvides tuleb mõista, sest selle sisu võib varieeruda sõltuvalt valitsevatest ühiskonna väärtustest ja moraalist, samuti üksikjuhtumi asjaoludest. Lähtekoht on, et lastel on õigus hoolitsusele, turvalisusele ja heale kasvatussele.²²²

Eeltoodust nähtub, et Rootsi Kuningriigis avaldatakse lapsendamissaladus vaid lapsendamise protsessis osalevatele isikutele, eelkõige lapsele tulenevalt tema õigusest teada enda päritolu. Seega on Rootsi regulatsioonis oluline, et määratletud on isikute ring, kellele lapsendamissaladus üldse avaldatakse.

Vaadeldavas riigis on korduvalt rõhutatud lapse parimate huvide olulisust lapsega seotud otsustusprotsesside kontekstis. Meie naaberriik Rootsi ei rõhuta lapsendamissaladuse regulatsiooni juures avaliku huvi mõistet, nagu see on tänases Eesti regulatsioonis. Pigem jääb Rootsi osas domineerima lapse parimate huvide kaitse põhimõte ning seda piiramatult ehk iga

²¹⁷ P. Maffucci. Lapsendamise saladus. Sotsiaalministeeriumi peaspetsialisti Kristi Puhk'i kommentaar. - Eesti Naine 2011/1, lk 36-38.

²¹⁸ UNICEF Innocenti Research Centre. Op.cit., lk 4.

²¹⁹ K. Boele-Woelki. B. Braat. I. Curry-Sumner. European Family law in action: volume III: Parental Responsibilities. New York: Intersentia, 2005: lk 489.

²²⁰ K. O'Halloran. Op.cit., lk 337.

²²¹ M. Bolgdan. Swedish Law in the New Millennium. Stockholm: Norstedts Juridik, 2000, lk 266.

²²² K. Boele-Woelki. B. Braat. I. Curry-Sumner. Op.cit., lk 489.

kaasuse puhul peab jääma võimalikult lai tõlgendusruum lapse parimate huvide mõiste sisustamisele, et tagatud oleks eesmärgipärane kaitstus.

Soome Vabariigis on lapsendatul õigus saada juurdepääs tema lapsendamist puudutavatele asjakohastele dokumentidele. Lapsendamisega kokku puutuvad ametiisikud peavad lapsendamise saladust hoidma vastavalt seaduses ette nähtud korrale.²²³ Eraldi normi lapsendamissaladuse hoidmiseks lapsendamist reguleerivate sätete juures ei ole, vaid laieneb üldine isikuandmete kaitse kohustus. Vastavat arusaama on kinnitanud ka vanemliku hoolitsuseta lastega (sh lapsendamisega) tegeleva MTÜ Oma Pere asutaja Jane Snaith.²²⁴

Soome lastekaitse seadus väärtustab parimates huvides põhimõtet.²²⁵ Meie põhja suunas asuva naaberriigi õigusaktid ei tunne mõistet „lapsendamissaladus“, vaid lähtutakse eelkõige üldistest sätetest ja Soome lastekaitse seaduses esile toodud parimate huvide põhimõttest. Tuginedes sellele seisukohale, võib eeldada, et ka lapsendamist puudutavate andmete ning lapsendamise protsessis osalevate isikute isikuandmete kaitseks lähtutakse Soome Vabariigis väärtustatud huvidest ehk laste huvidest.

Soome Vabariik ja Rootsi Kuningriik on lapsendamissaladust puudutava regulatsiooni osas omavahel võrreldavamad kui Eesti Vabariik eelpool nimetatud riikidega. Lapsendamissaladuse puhul on Eesti, Soome ja Rootsi õigusruumides esile toodud rõhuasetused erinevad. Soome ei ole enda õigusruumis pidanud vajalikuks lapsendamissaladuse eraldi reguleerimist, vaid viitab üldistele regulatsioonidele. Samal ajal korduvalt välja tuues, et eelkõige väärtustatakse ning lähtutakse lapse parimate huvide põhimõttest. Rootsis on sarnaselt Soomega rõhutatud eelkõige lähtumist lapse parimatest huvidest. Nii Rootsi kui Soome rõhutavad lähtumist lapse parimatest huvidest, jättes selle mõiste sisustamiseks laia tõlgendusruumi, et tagatud oleks kaitse eesmärk. Seega on meie põhja ja lääne suunal asuvad naaberriigid oma seisukohtadelt ja põhimõtetest sarnased.

Lähtuvalt eeltoodust on autori hinnangul Eesti õigusruumi võrdlemine eelpool nimetatud naaberriikidega raskendatud, kuna rõhuasetused on erinevad. Meie riigis on täna kehtiva

²²³ P. Maffucci. Op.cit., lk 36-38.

²²⁴ Jane Snaith`i 8. aprilli 2011 vastuskiri autorile. E-kirjaga saadetud vastuskiri on autori valduses.

²²⁵ K. Boele-Woelki. B. Braat. I. Curry-Sumner. Op.cit., lk 489.

perekonnaseaduse ja selles sisalduva lapsendamissaladuse avaldamise sätte kohaselt avaldamise vajalikkuse kaalumise lähtekohaks avalik huvi, kui võrreldavatel naaberriikidel on lähtekohaks kaalumisel lapse parimad huvid. Seega on lähtekohtade osas märgata põhimõttelist erinevust.

Rooma perekonda kuuluva Itaalia regulatsioon on autori hinnangul võrdluste ja hinnangute loomiseks oluline, kuna põhiline alus – lapse huvidest lähtumine – on sarnane eelpool käsitletud Rootsi ja Soome õigusruumides kehtivaga, kuid regulatsioon mõnevõrra erinev.

Itaalia alaealiste lapsendamise ja hoole alla andmise korra artikkel 28 lõige 2 sätestab, et perekonnaseisu ametnik ja perekonnaseisuaktide ametnik peavad keelduma väljastamast andmeid, informatsiooni, tõendeid, väljavõtteid ja koopiaid, millest võib järeldada lapsendamist, välja arvatud kohtuvõimude poolt väljastatud loal.²²⁶ Seega eeldab igasugune lapsendamisega seonduva informatsiooni avaldamine kohtu luba, mis annab kohtule võimaluse kaaluda, kelle huvides on selle informatsiooni küsimine, kelle huve võib kahjustada informatsiooni väljastamine ning kellele vastavat informatsiooni üldse avaldatakse. Nimetatud kohtu antav luba tagab piiratuma ligipääsu lapsendamise fakti puudutavatele andmetele ja nende avaldamisele.

Itaalia Konstitutsioonikohus on kinnitanud, et parimate huvide printsiip sisaldub tingimusteta konstitutsiooni sätetes, mis puudutavad inimõigusi ja laste kaitset.²²⁷ Seega on parimate huvide printsiip ja sellest lähtumine Itaalia kohtusüsteemi üldiseks kaalumise aluseks, mis tagab väärrika kaitse lastele ja nende huvidele.

Eesti ja Itaalia lapsendamissaladuse hoidmisega seonduvad regulatsioonid erinevad olulisel määral. Erinevad on nii otsustustasandid kui ka eeldused huvide kaalumiseks. Eesti puhul on otsustajaks iga lapsendamissaladust teadev isik personaalselt, Itaalias on see kohtuvõimu pädevuses. Ühel juhul on lapsendamissaladuse avalikustamise eelduseks avalikust huvist tulenev vajadus, teisel juhul on kohus oma kaalutlustes vaba.

Eelpool nimetatud kriteeriumeid hinnates on autor seisukohal, et lapse huvid on paremini kaitstud Itaalias. Arvestades, et kultuurilises ja ajaloolises plaanis on Eesti ja Itaalia

²²⁶ Itaalia alaealiste lapsendamise ja hoole alla andmise kord. *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, 1983. – Arvutivõrgus kättesaadav: <http://libri.freenfo.net/D/D000070.html>. 25. aprill 2012.

²²⁷ UNICEF Innocenti Research Centre. *Op.cit.*, lk 4.

õigusruumide ajalise arengu vahe sadu aastaid, võib uskuda, et Eesti õigusruumi areng, sealhulgas lapsendamisega seonduva regulatsiooni areng, saab lähiajal olema oluline ja positiivses suunas.

3. Põhjendused ja ettepanekud perekonnaseaduse lapsendamissaladuse hoidmist puudutava sätte muutmiseks

3.1. Lapsendamissaladuse avalikustamise regulatsiooni muutmise vajalikkus ja otstarbekus

Õigust võivad realiseerida kõik isikud, nii füüsilised kui ka juriidilised isikud, ning see toimub õiguse kasutamisel ja õigusest kinnipidamisel paljukordsete inimkäitumise aktide kaudu. Mida „täpsemalt“ on õigus formuleeritud, seda kindlamini ta inimkäitumises realiseerub ning vastupidi – mida ebatäpsemad on õiguslikud formuleeringud, seda ebakindlam on ka õiguse tegelik realiseerumine.²²⁸ Õiguse efektiivsuse saavutatud tase antud riigis näitab piltlikult selle riigi rahva õiguskultuuri üldist taset ning ofitsiaalse õigusloome kooskõla õiglusega.²²⁹ Seega riigi ja tema rahva üheks iseloomustajaks on vastava riigi õigussüsteemi kvaliteet. Mida kvaliteetsem on õigus, seda suurem on tõenäosus, et vastava ühiskonna liikmed seda reaalselt järgivad ning seeläbi saavutab riik õigusloomes püstitatud eesmärgi, mis läbi on kõrgemal tasemel riigi õiguskultuuri tase.

Õigusnorm, millest tulenevad kohustused seisnevad selles, et teatav isik on kohustatud midagi tegema või teatavatest tegudest hoiduma²³⁰, on vastus ühiskonnas esinevale problemaatilisele olukorrale.²³¹ Õiguslikult on reguleeritud valdkonnad või küsimused, mis inimeste igapäevases käitumises võivad tekitada vastuolusid ja probleeme ehk sisuliselt on õigusnorm tingitud vajadusest võimalik probleemkoht reguleerida ning seeläbi kõikidele isikutele üheselt mõistetavaks käitumisnormiks kujundada. Norm, mis on formaalselt olemas, kuid mida ei järgita, ei saa täita eesmärki. Norm on efektiivne ehk omab tegelikku mõju ühiskonnas siis ja vaid siis, kui kodanikud sellest üldreeglina juhivad ja lisaks peavad juhinduma sellest ka ametivõimud²³². Õigusnorm on efektiivne, kui seda reaalselt järgitakse, milleks omakorda on vajalik normi mõtte ja sisu mõistmine ning seda võimalikult täpselt, et vältida erimeelsusi tõlgendamisel ja sellest tulenevaid võimalikke riiveid kellegi põhiõigustele.

Normid loovad malli, millele tuginedes on võimalik igal üksikjuhtumil kaaluda, mis on juriidiliselt õige ja mis väär ning väga oluliseks õigusnormi ülesandeks on peetud füüsilise ja

²²⁸ R. Narits. Op.cit., lk 136.

²²⁹ J. Liventaal. Op.cit., lk 168.

²³⁰ V.E. Muhel. Õiguse üldõpetus. Koostatud J. Uluots`a loengute põhjal. Tartu: Reta, 1939, lk 26.

²³¹ A. Aarnio. Op.cit., lk 30.

²³² A. Aarnio. Op.cit., lk 77.

sotsiaalse kaitse tagamist üksikisikule.²³³ Normist tulenev mall kujundab teatavad piirid, millest normi kohaldamisel lähtuda.

Lapsendamine on tõsine sekkumine loomulikku ja sotsiaalsesse korda, mida ei saa jätta ainult asjaosaliste endi hooleks ja mis peab olema hoolikalt läbi mõeldud.²³⁴ Pärast lapse ja sünnipere vahelist pereelu katkestamist „sünnib“ laps juriidiliselt uude adoptiivperre. Läbi lapsendamise on riik seega üheselt osaline pereelu hävitamise ja loomise protsessis. Riigi roll lapse peresidemete aluste muutmises toob endaga kaasa olulisi kohustusi riigi poolt mitte ainult lapse vaid kõigi kolme lapsendamise osapoole ees.²³⁵ Arvestades eeltoodut on riigi võimalus oma kohustusi täita, luues läbi efektiivse õigusliku regulatsiooni malle ja käitumisjuhiseid, mis tagaksid normi adreessatidele nende põhiõiguste, sh era- ja perekonnaelu, kaitse.

Laps on eraisik, kes vajab riigi kaitset ehk enamgi, kuna temal endal puuduvad piisavad teadmised ja oskused enda eest seista ning igal lapsel ei ole kõrval täiskasvanud isikut, kes tema eest välja astuks. Lapsel on kindlad õigused olla kaitstud: saada seaduslikku kaitset asjakohaste seadusandlike, administratiivsete, sotsiaalsete ja hariduslike meetmete kaudu; olla kaitstud meelevaldse või ebaseadusliku sekkumise eest lapse eraellu, perekonda, kodusse, kirjavahetusse²³⁶. Lapse õiguste tagamise alane töö on kompleksne, kätkedes endas erinevaid valdkondi ja institutsioone. Lapse õiguste kaitse tulemuslikuma korraldamise ja järelevalve, samuti erinevate haldustasandite koostöö tagamiseks on oluline koordineeritud lähenemisviis, mis keskendub eelkõige süsteemsele ennetustegevusele, seejärel lapse abistamisele ning toetamisele.²³⁷ Lapse õiguste kaitse tagamine peaks olema üks riigi prioriteetidest, mida viiakse ellu läbi erinevate institutsioonide ning rõhuasetus peaks olema ennetaval tegevusel, mitte tagajärgede kõrvaldamisel ja probleemide lahendamisel, sest sellisel juhul on kahju juba tehtud, olgu see siis juriidilises või emotsionaalses plaanis.

Lisaks peaks riik tagama erinevate institutsioonide ühtse tegutsemise, mida omakorda aitavad tagada eelkõige selged ja põhjendatud õigusaktid, millest institutsioonid saavad enda

²³³ A. Aarnio. Op.cit., lk 57-58.

²³⁴ A. Lüderitz. Op.cit., lk 357.

²³⁵ C. Lind and H. Keating. Op.cit., lk 29.

²³⁶ Y. Beigbeder. Op.cit., lk 149.

²³⁷ Lapse õiguste tagamise strateegia. Tallinn: 2003, lk 8. – Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.childcentre.info/laws/plan_of_action/estonia/dbaFile10835.doc. 25.aprill 2012.

tegevustes üheselt lähtuda. Õigusaktid, mis võimaldavad laia tõlgendamist või ei ole nende rakendajatele arusaadavad piisava õigusliku analüüsi puudumise tõttu, võivad tekitada arvamuste paljusust, mis omakorda võib kahjustada kellegi põhiõigusi.

Praktikas esineb juhtumeid, kus isegi üks ja sama organ annab ühe ja sama normatiivakti kohta eri aegadel erinevaid tõlgendusi. Siin on vaieldamatult selge, et ainult üks neist tõlgendustest võis olla õige. Kuid ei ole välistatud ka võimalus, et kõik tõlgendused olid väärad. Kui ebaõiget tõlgendust siiski arvestati, muutis tõlgendaja vähemalt osaliselt seda õigusnormi õigusvastaseks.²³⁸ Seega võivad ebaõige tõlgenduse puhul kahjustatud saada kellegi huvid ja riivatud kellegi õigused, seda kindlasti ka lapsendamissaladuse avaldamise kontekstis, kus normi kohaselt on tõlgendusruumi piisavalt.

R. Ihering on tabavalt öelnud, et seadusandja peab mõtlema nagu filosoof, aga rääkima nagu talupoeg. See tähendab, et seadusandja poolt formuleeritud kirjalik õigus tuleb esitada lihtsalt ja arusaadavalt.²³⁹ Kasutades määratlemata õigusmõistet nii tundliku teema regulatsioonis, nagu seda on lapsendatud lapse eraelu, kes tõenäoliselt on läbi elanud hingelise trauma, on kaheldav, kas isegi filosoofiliselt ja sätet õigustavalt lähenedes on kaitstud hüve, mida kaitsta sooviti. Seda enam, et perekonnaseaduse § 164 lõige 2 annab võimaluse lapsendamisega otseselt seotud isikute põhiõiguste riiveks, ei tohiks säte olla ebaselge.

Autor on seisukohal, et täna kehtiv perekonnaseaduse § 164 lõige 2 ei taga piisavalt lapsendamissaladuse kaitset, kuna nimetatud norm ei ole selge. Seadusandja ei ole avaliku huvi mõistet kasutades piiritlenud või täpsustanud normi rakendusala ja selleks vajalikke võimalikke põhjendusi, mis võiksid tagada normi rakendajatele teatavad suunised eesmärgipäraseks tõlgenduseks.

Isik, kes teab lapsendamissaladust, peab seda saladust hoidma, kuid lapsendamissaladuse hoidmine on kõikide täna kehtivate protseduurireeglite juures küsitav. On terve rida isikuid, kes soovimatult pere ja pere sooviga kokku puutuvad: omavalitsuse ametnik, maavalitsuse ametnik, asenduskodu töötajad ja asenduskodus elavad lapsed, koolitusgrupis osalejad ja koolitajad, kohtunik ja istungi sekretär, õpetaja, perearst, kasvataja, naabrid, sugulased,

²³⁸ J. Liventaal. Op.cit., lk 148.

²³⁹ R. Narits. Op.cit., lk 133.

töökaaslased, haigekassa ja sotsiaalkindlustusameti ametnik, politsei jne.²⁴⁰ Lapsendamissaladusega kokkupuutuvate isikute ring on lai, seega on lai ka isikute ring, kes peaksid võimalikult sarnaselt mõistma lapsendamissaladuse avaldamist kaitsvat regulatsiooni.

PS'i § 13 tulenevalt on riigi kohustuseks kaitsta igäüht riigi enda eest. Analüüsid lapsendamissaladuse hoidmise sätet on autor seisukohal, et täna ei ole riik piisavalt kaitsnud isikuid, kes otseselt puutuvad kokku lapsendamismenetlusega ning seega ka lapsendatud lapsed, kes on lisaks juriidilisele ebakindlusele pidanud taluma hingelist ja sotsiaalset valu ning seetõttu kaitsetumas positsioonis kui hoolivas peres kasvav ja enda bioloogiliste vanemate poolt armastatud ja hoitud laps.

Tegelikult ei teeni eraõigus mitte mingil juhul vaid eraõiguslikke huvisid. Selle taga on samapalju kui avaliku õigusegi taga ka avalikke huvisid. Samamoodi ei ole ka avalikule õigusele võõras eraõiguslike huvide kaitsmine.²⁴¹ Lapse parimad huvid peavad olema ainult üheselt arvesse võetud, paljude teiste printsiipide hulgas, vaatamata sellele, et see huvi on väga tähtis, ei ole see veel seaduse viimane sõna.²⁴² Riik peab kaitsma iga huvi, nii erahuvi kui ka avalikku huvi. Seega iga eraisiku põhiõiguse kõrvale jääb alati avalik huvi, mis võib kaalumisel omandada olulise rolli.

Põhiõiguse kaitseala riive ei kujuta endast veel põhiõiguse rikkumist. Riive tähistab üksnes põhiõigust piiravat avaliku võimu abinõud, mis vajab põhiseaduslikku õigustamist. Kaitseala riive on definitiivselt õigustatud siis, kui seda õigustavad ülekaalukad põhjused, ning keelatud siis, kui sel puudub õigustus.²⁴³ Seega on põhiõiguse riive lubatud, kui selle õigustamiseks on ülekaalukad põhjused, mis teoreetiliselt võivad seisneda kolmanda isiku erahuvis või avalikus huvis, kuid seda ainult õigustatult.

²⁴⁰ Lastekaitse Liidu ja Tartu laste tugikeskuse kommentaarid ÜRO lapse õiguste konventsiooni laste müüki, lasteprostitutsiooni ja –pornograafiat käsitleva lisaprotokollit täitmise kohta Eestis, lk 15. – Arvutivõrgus kättesaadav:

http://www.lastekaitseliit.ee/public/kommentaariid_RO_l_k_i_laste_m_gi_lasteprostitutsiooni_ja_pornograafia_l_isaprotokollit_t_itmisest_lisaprotokollit.doc, 25.aprill 2012.

²⁴¹ R. Uerpmann. Das öffentliche Interesse: seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff. Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, lk 205-206. – Arvutivõrgus kättesaadav: http://books.google.ee/books?id=kxbcsfJigzIC&pg=PA205&lpg=PA205&dq=%C3%B6ffentlichen+interesses&source=bl&ots=jmX1i6rt70&sig=emLAHWQd5scsgLzfTysBHjsxyn4&hl=et&ei=3UuPTeObNYufOrSnzKAC&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=6&ved=0CEIQ6AEwBQ#v=onepage&q=%C3%B6ffentlichen%20interesses&f=false, 25.aprill 2012.

²⁴² P. Alston. B. Gilmour-Walsh. Op.cit., lk 11.

²⁴³ M. Ernits. Op.cit., lk 170.

Kaasaegses õigusteoorias valitseb ühtne seisukoht, et ühiskonnas ei saa olla absoluutseid – piiramatuid põhiõigusi. Mistahes põhiõiguse realiseerimisvõimalused saavad piiramatult kesta vaid seni, kuni seejuures ei takistata mingi teise põhiõiguse realiseerimist. Sellises põhiõiguste konkurentsi olukorras tekib paratamatult põhiõiguste piiramise vajadus.²⁴⁴ Põhiõiguse ja vabaduse piiramise põhjuseks võib olla mõni teine sama kaaluga õigusväärus. Piirangu põhjustena saab arvesse võtta teiste isikute põhiõigusi ja vabadusi või põhiseaduse norme, mis kaitsevad kollektiivseid huve.²⁴⁵

Autor on seisukohal, et kasutades õigusloomes määratlemata õigismõistet, võiks see olla seadusandja poolt sisustatud kasvõi lahtise loeteluna, mis annaks võimaluse mõista sätet ja sealset võimalust ning piire ehk mõiste oleks mingisuguselgi määral piiritletud. Tasakaalus avalikule huvile on mõnel juhtumil antud rohkem piiramatut tõlgendus²⁴⁶. Seda, milles seisnes seadusandja hinnangul vajadus perekonnaseaduse § 164 lõike 2 sõnastamiseks kujul, mis võimaldab era- ja perekonnaelu riivet avaliku huvi vajadusest tulenevalt, ei ole seadusandja põhjendanud. Arvestades lapsendamissaladuse eesmärki kaitsta lapsendamisega seotud eraelu, jääb autorile mõistetamatuks käesoleva magistritöö raames vaadeldav konkreetne säte nimetatud eesmärgi saavutamisel. Reaalsuses on olukord vastupidine ehk perekonnaseaduse § 164 lõige 2 ei taga lapsendamissaladuse avaldamise kaitset, vaid pigem annab võimalused perekonna- ja eraelu puutumatus riivamiseks. Lähtuvalt eeltoodust moonutab perekonnaseaduse § 164 lõikes 2 sisalduv mõte kaitstava põhiõiguse olemust, kuna annab võimaluse seada avalikud huvid erahuvidest kõrgemale ning seda piiramatult.

Perekonnaseaduse § 164 lõige 2 ei ole selge ja mõistetav nii lapsendamisega seotud isikutele ehk lapsendatud lapsele, lapsendajatele ja bioloogilistele vanematele kui ka lapsendamissaladusest enda teenistusülesannete raames teada saanud ametiisikutele. Esimesed ei mõista, mis võiks olla selline avalik huvi, ilma et see poleks samas lapse huvi ning teised ei tunneta piire, kus selline avalik huvi algab ja millega lõpeb.

Sõltumatud riiklikud inimõiguste institutsioonid on ühtviisi vajalikud nii täiskasvanutele kui lastele, kuid lisaks eksisteerivad veel täiendavad õigustused ja põhjendused kindlustamaks, et

²⁴⁴ Ernits lk 180 (vt viidet 121)

²⁴⁵ Ernits lk 180 (vt viidet 123)

²⁴⁶ R.J. Blauwhoff. Op.cit., lk 149.

just laste inimõigustele pöörataks erilist tähelepanu. Laste arengutase muudab nad eriti haavatavaks inimõiguste alaste rikkumiste osas. Piiratud on laste astumine nende endi õigusi kaitsvatesse organisatsioonidesse, oma õiguste kaitseks kohtusüsteemi kaudu või otsides vastuabinõud oma õiguste rikkumise puhul, tuleb lastel vastamisi seista mitmete oluliste probleemidega.²⁴⁷ Positivistliku teooria kohaselt tunnustatakse positiivset ehk sätestatud õigust ning kehiv õigus on riigiametnike (-organite) poolt kinnitatud riigi tahe, mis andis õigusnormidele nende pädevuse.²⁴⁸ Seega on riigi ülesanne enda institutsioonide kaudu kaitsta nii täiskasvanute, kuid eriti kaitsetumas positsioonis olevate laste, inimõigusi. Üheks peamiseks võimaluseks, mis oma iseloomult peaks olema ennetuslik, on õigusloome protsess, mille kaudu seadusandev institutsioon väljendab riigi tahet vastava valdkonna reguleerimisel.

Kui õigusaktis sisalduv säte ei ole kõigile selge ja ühtmoodi mõistetav, peavad inimõiguste peamised kaitsjad, riigid ja nende institutsioonid, õigusaktide rakendamisel tuvastama normi kehtestamisel ühiskonnas eksisteerivad väärtushinnangud ja sellest lähtuvalt seadusandja tegeliku tahte. Üheks esimeseks võimaluseks seadusandja tahte väljaselgitamiseks on seletuskirjast vastuste otsimine, mistõttu on väga oluline, et seaduse seletuskiri oleks põhjalik, selles sisalduvad seisukohad põhjendatud ning arusaadavad ehk põhineks analüüsil. Sellisel kujul on õigusakti seletuskiri väärtuslikuks abiks tõlgendamisel erinevatest aspektidest lähtuvalt.

Kui seadusandja soov oligi sätestada perekonnaseaduse § 164 lõige 2 täna kehtivas sõnastuses, oleks seadusandja võinud seletuskirjas põhjendada, milles seisnes sätte sellisel kujul kehtestamise vajalikkus. Sealhulgas oleks võinud olla kajastatud nii objektiivsed kriteeriumid, mis olid aluseks seadusandjale vaadeldava normi kehtestamisel ning võimalikud lahendamist vajavad juhtumid kui ka vastava huvigrupi, kelle eelkõige moodustavad lapsendatud lapsed, lapsendajad ja bioloogilised vanemad, seisukohad.

Täna kehtiva perekonnaseaduse seletuskirjast ei ole võimalik mõista avaliku huvi mõiste kasutamise põhjendatust lapsendamissaladust puudutava regulatsiooni osas. Samuti puuduvad viited erinevatele praktilistele kaasustele, õigusteadlaste seisukohtadele ning nende analüüs, arvestades Eesti riigi eripärasid, mis võiksid seada piirid sätte kohaldamiseks.

²⁴⁷ UNICEF Innocenti Research Centre. Op.cit., lk 8.

²⁴⁸ J. Liventaal. Op.cit., lk 115.

Sisuliselt oleks seadusandja õigusloome protsessis võinud seletuskirjas anda põhjendatud selgitused ja käitumisjuhised, mille raames peaksid olema kirjeldatud objektiivsed põhjused, millele seadusandja tugines käesoleva sätte kehtestamisel ning vajadused, millest tingitult vastav sätte kehtestati. Lisaks võiks olla avatud avaliku huvi mõiste määratlus lapsendamissaladuse avaldamise kontekstis, millest sätte rakendajatel oleks võimalik tuvastada seadusandja tahe ja eesmärk normi kehtestamisel. Autori hinnangul oleks põhjendatud, kui seletuskirjas oleksid välja toodud igapäeva elust tulenevad reaalsed juhtumid, mil lapsendamissaladuse avaldamine on vajalik avalikes huvides, koos vastavate põhjendustega.

Tuginedes eelnevatele peatükkidele ei ole autori hinnangul perekonnaseaduse § 164 lõike 2 sõnastusega tagatud normile vajalik selgus ning kaheldav on, kas sellise sõnastuse läbi on tagatud lapsendamissaladuse kaitse eesmärk.

Lisaks eeltoodule näeb autor võimalust lapsendamissaladuse avaldamise regulatsiooni täiendada, piirates isikute ringi, kellele lapsendamissaladuse avaldamine avalikes huvides üldse võimalik on. Vastav piirang tagaks lapsendamissaladusega otseselt seotud isikutele õiguspärase ootuse isikute ringi osas, kelle osas üldse võiks tulla kaalumisele lapsendamissaladuse avaldamine, seda siis kas kolmandate isikute erahuvides või avalikes huvides. Täna kehtiva perekonnaseaduse § 164 lõike 2 kohaselt oleks avaliku huvi vajadusest tingitud avaldamine lubatud igaühele, kuid selline normi avatus ei taga riigi kaitset sätte adreessaatidele.

Sellest lähtuvalt on autor teinud ettepanekud muuta perekonnaseaduse § 164 lõike 2 sõnastust ning täiendada perekonnaseaduse seletuskirja. Kõikide tehtud ettepanekute eesmärgiks on avada avaliku huvi mõiste sisu, andes mõistele teatud piirid ning selgitused.

Lisaks on autor teinud ettepaneku täiendada lapsendamissaladuse regulatsioonis isikute ringi määratlemisega, kellele lapsendamissaladuse avaldamine on üldse põhjendatud ükskõik milliste huvide kaalutlusel.

3.2. Ettepanekud perekonnaseaduse § 164 lõike 2 muutmiseks

Autor on seisukohal, et lapsendamissaladuse avaldamise kaalutusõiguse aluseks ja lähtepunktiks ei tohiks olla avaliku huvi vajadus niivõrd üldises sõnastuses nagu see on täna kehtivas perekonnaseaduses. Eelkõige peaks lapsendamissaladuse regulatsiooni eesmärgiks olema lapse parimate huvide kaitse, mis ei välista avaliku huvi kaalumise käsitlemist ning erinevate huvide kõrvutamist. Lisaks avalikule huvile võib lapsendamissaladuse kontekstis tõusetada kolmanda isiku huvi ja õiguste kaitse, mida samuti tuleks igal konkreetsel juhul kaaluda.

Põhiõigused ja –vabadused on inimkultuuris loodud objektiivsed väärtused. Õiguse esmane ja kõige üldisem eesmärk on inimese teenimine, mistõttu on iseenesest mõistetav, et kõik need asjaolud ja tegurid, mis kuuluvad inimese algse olemuse, vabaduse ja inimväärikuse juurde, peavad olema kaitstud igas õigussüsteemis.²⁴⁹ Nii peavad olema kaitstud ka era- ja perekonnaelu puutumatus, mida võib pidada üheks olulisemateks põhiõigusteks üldse, kuna need puudutavad inimese kõige privaatsemat ja tundlikumat sfääri.

Vaidluses „kohustuste“ perekonna puutumatus üle – riik, kohus ja vanemad – paistab, et põhiline vastutus nende teemadega tegelemiseks peab langema riigile ja riigi esindustele.²⁵⁰ Riik peab tagama igapäevase põhiõiguste kaitse ning seetõttu langeb ka peamine vastutus perekonnaelu puutumatus tagamise osas riigile. Esimeseks riigipoolseks tegevuseks, mida võib pidada ka ennetavaks tegevuseks, saab olla seadusandlikkus protsessis õigusaktide koostamisel läbi kaitsta igapäevase põhiõigusi, pöörates erilist tähelepanu kaitsetumatele, kelleks on ka lapsed kui ühiskonna noorimad liikmed.

Lähtuvalt eeltoodust tagaks autori hinnangul perekonnaseaduse § 164 lõike 2 õigusselguse kui nimetatud säte sõnastada järgmiselt: „Isik, kes oma teenistus- või tööülesannete täitmisest tulenevalt teab lapsendamissaladust, ei tohi seda avaldada, kui selle avaldamist ei nõua ülekaalukas avalik huvi.”

²⁴⁹ R. Maruste. Op.cit., lk 111.

²⁵⁰ C. Lind and H. Keating. Op.cit., lk 93.

Saksa õiguses on lapsendamissaladuse avaldamise kontekstis rõhutatud avaliku huvi erilisi põhjuseid ning erinevate huvide ja eesmärkide kaalumist, millest lähtuvalt peab olema õigustatud saladuse avaldamine ning selle võimalikud tagajärjed. Lisaks on Saksa õigusteadlased nimetanud erinevaid avaliku huvi erilise põhjuse alla käivaid reaalseid olukordi, nagu näiteks abielu sõlmimist lähisugulasega ning raskete kuritegude või haiguste uurimist.

Välja pakutud sõnastusel on autori hinnangul mitmeid eeliseid täna kehtiva sõnastuse ees. Esimeseks ja kõige olulisemaks on teatud piiride loomine ja juhiste andmine mõiste „avalik huvi“ sisustamiseks, rõhutades sarnaselt Saksa õigusega avaliku huvi ülekaalukaid põhjuseid. Erinevalt täna kehtivast sõnastusest ei oleks igasugune avalik huvi põhjendatud perekonna-ja eraelu riiveks lapsendamissaladuse avaldamise kontekstis. Pigem eeldaks sõna „ülekaaluka“ lisamine kõrgendatud tähelepanu avaliku huvi mõiste tõlgendamisel nimetatud sätte kontekstis. Selline lausestus ei välista erinevate huvide kaalumist, vaid pigem vastupidiselt rõhutab ka võimalikke teisi huve, sealhulgas kolmandate isikute huve, ja nende kaitsmist. Autori jaoks olulisim on siinkohal, et ka toodud sõnastus ei välista laste parimatest huvidest lähtumist, mis on üldine printsiip kõiki lapsi puudutavate otsuste kontekstis.

Toodud sõnastuse kohaselt ei ole lapsendamissaladuse avaldamine lubatud kui selle vajadus ei tulene ülekaalukast avalikust huvist, mis eelkõige saab seisneda kas kolmandate isikute põhiõiguste kaitse tagamisel või erinevate isikute huvide konflikti vältimises. Kaaludes erinevaid tavaelulisi olukordi, millal üldse võiks olla vajalik lapsendamissaladuse avaldamine ametiisiku poolt ja avaliku huvi põhjendusel, ei ole palju. Analoogselt Saksa õigusega on autori hinnangul ka täna kehtivas Eesti õigusruumis põhjendatud, et ülekaalukas avalik huvi, mille põhjendusel on lapsendamissaladuse avaldamine õigustatud, peaks seisnema eelkõige abielu mitte sõlmimises lähisugulasega, mis ühtlasi tähendaks ka ajalooliselt taunitud olnud verepilastust, on eelkõige lapsendatud ja tema väljavalitu ehk kolmanda isiku huvides ning seejärel avalikes huvides. Seega toodud sõnastus toetab võimalikku kaasust, kus lähisugulased võivad taunitavalt astuda abielulistesse suhetesse. See on ka üks näidetest, millal lapse huvid ja avalik huvi, mis hõlmab ka kolmandate isikute põhiõiguste kaitset, vajavad võrdselt kaitset ning ei välista üksteist.

Samuti võiks selliseks ülekaalukaks avalikuks huviks, millal lapsendamissaladust teadev isik ei oleks seotud saladuse hoidmisega kohustusega, olla aus ja mõjutamata kohtupidamine.

Üldise kohtumenetluse regulatsiooni kohaselt peab kohtunik end taandama kui kohtumenetluses on menetlusosaliseks tema lähisugulane, et oleks tagatud õiglase kohtupidamine. Kusjuures nimetatud taanduse juures ei saa prognoosida, millist mõju kohtunikku taandamata kohtumenetlus areneks, kas lapsele kasulikus või kahjulikus suunas. Seega on siinkohal kaitstavad taas nii avalik huvi, sealhulgas ka kolmanda isiku huvi lapsendatu vastaspooleks oleva menetlusosalise näol, ja lapse huvi. Samalaadne näide kui kohtupidamisel on ka erinevates alluvussuhetes, kus ülesannete ja vastutuse tõttu ei ole aktsepteeritav otsene alluvus lähisugulaste vahel.

Tänapäeval on konfidentsiaalsus erinevate rühmade ja üksikisikute, kes püüavad avada kõiki dokumente ning nõuda avatud lapsendamist kõigi paremates huvides, rünnakute all. Nad on suuresti vastu lapsendamise konfidentsiaalsusele. Konfidentsiaalsuse kriitikud usuvad, et lapsendamise "saladus" on vale ja väidavad, et kui lapsendatud isikul oleks mingil hetkel vaja oma sünnivanematega kontakteeruda, ei peaks ta selleks otsingut läbi viima, vaid ta teaks, kes tema sünnivanemad on ja arvatavasti saaks ka teada, kus nad asuvad. Konfidentsiaalsuse pooldajad väidavad, et kõik lapsendamise osalised, sealhulgas lapsendatu, sünnivanemad ja kasuvanemad, on kaitstud konfidentsiaalsusega. Nad usuvad, et neid saaks negatiivselt mõjutada, kui nende identiteet oleks avalikustatud.²⁵¹

Autor ei ühine siinkohal täielikult kummagi äärmusega, vaid on seisukohal, et konfidentsiaalsuse tagamise püüe või selle puudumine ei ole otsustamise küsimus, vaid pigem ühiskonnas eksisteerivate väärtushinnangute pinnalt kujunenud arusaam, mis peab olema kujunenud ühiskonna enda arenguga.

Perekondlikud suhted on oma loomult kõlbelist laadi, milliseid suhteid jäetakse suuremalt jaolt perekonna liikmete eneste korraldada. Erandjuhtudel, kui ilmnevad ühiskonnale ebasoovitavad (kohustuste mittetäitmine, kuritarvitamine jne) olukorrad, segab riigivõim end isikute perekondlikesse suhetesse.²⁵² Seega on täna valitsevaks seisukohaks, et isikutel enda levitatava teabe osas õigus ise otsustada, kas, kellele ja kui palju ta avaldab ning riigil õigus sekkuda vaid siis kui ilmnevad riigile ebasoovitavad olukorrad.

²⁵¹ C. Adamec. W. Pierce. Reprinted from The Encyclopedia of Adoption. Second Edition. 2000. – Arvutivõrgus kättesaadav: <http://encyclopedia.adoption.com/entry/confidentiality/90/1.html>, 25. aprill 2012.

²⁵² A. Rammul. E. Talvik. Tsiviilõiguse eriosa autoriseeritud konspekt Elmar Ilusa loengute järgi. Tartu: Akadeemilise kooperatiivi kirjastus, 1938, lk 6.

Kõnealusele sõnastusele annab lisandväärtuse isiku määratletus, kellele lapsendamissaladuse hoidmise kohustus laieneb. Kehtiva perekonnaseaduse § 164 lõige 2 on kehtiv teatud isikute ringi osas ehk spetsiaalsubjekti suhtes, kuna kehtib isikutele, kes on seotud lapsendamissaladuse ja selle hoidmisega ning seda siis kas kui hoidja või kui lapsendamissaladusega protsessis osalenud isik lapsendamise fakti kaudu. Sellega välistatakse vaidlused normi adressaadi osas, sest on konkreetselt öeldud, et sättest tulenev saladuse hoidmise kohustus laieneb isikutele, kes on lapsendamise faktist ja asjaoludest teada saanud teenistus- või tööülesannete täitmisel. Ühtlasi oleks lahendatud pikaajaline probleem ja vaidlus, kas laps või lapsendajad võivad ise otsustada, kellele lapsendamisest räägitakse ning kuidas võivad käituda lapsendajate sugulased ja sõbrad, kes on saladusest teada saanud lapsendajalt endalt. See kuidas viimati nimetatud isikud võivad lapsendamissaladust edasi avaldada on lapsendaja ja tema usaldatava isiku omavaheline suhe ja usaldus.

Alternatiivina eelpool toodud perekonnaseaduse § 164 lõike 2 sõnastusele pakub autor nimetatud sätte eelmisest määratlusest mõnevõrra erinevalt järgmiselt: „Isik, kes teab lapsendamissaladust, ei tohi seda avaldada, kui selle avaldamist ei nõua ülekaalukas avalik huvi.”

Eelmises lõikes toodud sõnastus on eelpool välja pakutud sõnastusega suures ja peamises osas sarnane. Erinevus seisneb normi adressaatide ringi määratlemise osas ehk analüüsiv versioon on lapsendamissaladust hoidma kohustatud isikute ringi suhtes vähem määratletum. Autor nendib, et selline sõnastus sisaldab ohte taaskord piirata isikute põhiõigusi, mis seisneks enda eraelu kohta andmete avaldamises enda soovi kohaselt.

Soovides pakutud lahendust toetada selle mõistmisel, on autori hinnangul üheks võimaluseks avada seaduse seletuskirjas seadusandja mõtte mõiste „isik“ sisustamisel, välistades lapsendamisega otseselt seotud isikud ehk lapse ja lapsendajad. Samas oleks seadusandjal sellises olukorras võimalik selgitada, et norm kehtib iga isiku suhtes, kes on lapsendamissaladusest teadlik, näiteks lapsendata sugulased ja sõbrad, kuid nende edasine vaikimiskohustus lapsendamisfakti osas on kokkuleppeline lapsendaja või lapsendatuga, kellelt vastav informatsiooni saadi ehk rõhutada nendevahelist suhet ja usaldust.

3.3. Avaliku huvi mõiste avamine seaduse seletuskirjas

Riigi julgeolek, majanduslikud huvid ja valitsemiskorda kaitsvad õigustused on piirangualused, mille alusel ei ole võimalik sekkuda näiteks perekonna- ja eraelu või kodu puutumatusse.²⁵³ Kui lisaks eeltoodud seisukohale arvestada ka PS`is toodud aluseid põhiõiguste riiveks, siis ei saa autor eitada, et teatud alustel on võimalik eraelu puutumatus piirata. Siinkohal on oluline, et selline piirang omaks konkreetsemaid piirjooni, millest oleks tõlgenduste loomisel võimalik vähemalt lähtuda.

Riigikohtu kui kõrgeima kohtu rolliga käib paratamatult kaasas ka võimalus ühiskonnas toimuvat õiguspoliitiliselt suunata ning seda kas siis õiguslünkade täitmise, seaduste täpsustamise või määratlemata õigusmõistete sisustamise teel.²⁵⁴ Lugematu arv kordi on kohus oma otsustes märkinud, et õiguste piiramine peab olema proportsionaalne taotletava legitiimse eesmärgiga.²⁵⁵ Seega on kohtu roll tõlgendada normi võimalikult õiglaselt, arvestades seejuures proportsionaalsust ja kaaludes erinevaid huve. Samas ei saa olla kohtu roll asuda seadusandja ülesannetesse, mis antud juhul võib kehtiva perekonnaseaduse § 164 lõike 2 tõlgendamisel nii juhtuda, kuna kohtul ei oleks võimalik tuvastada seadusandja mõtet ja tahet nimetatud sätte sisustamisel. Sisuliselt peaks kohus, asudes täitma lünki ning sisustades määratlemata õigusmõistet, täitma seadusandja rolli ning kujundama õigusliku regulatsiooni.

Jättes muutmata perekonnaseaduse § 164 lõike 2, võiks üheks õigusselguse tagamise instrumendiks olla perekonnaseaduse seletuskirja täiendamine. Selline täiendamine võiks seisneda avaliku huvi mõiste avamises perekonnaseaduse seletuskirjas perekonnaseaduse või lapsendamise kontekstis. Nimetatud variant oleks analoogne näiteks keeleseaduses või lepitusseaduses kasutatuga.

Siinkohal pakub autor välja, et seletuskiri võiks viidata, et avalik huvi perekonnaseaduse või perekonnaseaduse § 164 lõike 2 mõistes on eelkõige kolmanda isiku põhiõiguste kaitseks või erinevate huvide konflikti vältimiseks vajalik huvi. Sellega oleks seadusandja andnud määratlemata õigusmõistele teatud piirid, millel tõlgendamisel lähtuda saaks.

²⁵³ U. Lõhmus. Op.cit., lk 200.

²⁵⁴ I. Kull. J. Lahe. J. Ots. M. Torga. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi praktika seadusandja mõjutajana. - Juridica 2009/8, lk 555.

²⁵⁵ U. Lõhmus. Op.cit., lk 204.

Ühtlasi oleks autori ettepanekuks täiendada perekonnaseaduse seletuskirja, avades avaliku huvi mõiste lahtise loeteluna. Avatud loetelu omakorda jätkaks võimaluse tõlgendada ettenägematute olukordade puhul avaliku huvi mõiste sisu, seades samas ka suuna, millest mõiste avamisel lähtuda.

Autor nõustub, et Saksa õiguskirjanduses nimetatud näited, millised asjaolud liigituvad avaliku huvi mõiste alla, on asjakohased ja aktsepteeritavad – abielu sõlmimine lähisugulasega ehk verepilastus, huvide vastuolu kohtus ning huvide vastuolu teenistusülesannete täitmisel (sh korruptsioon). Nimetatud asjaolud on olulised ja vajalikud avalikes huvides, kuid veel enam on need lapse huvide seisukohalt, sest on tõenäolisem, et sellised olukorrad võivad konkreetsele isikule tuua pigem kahju kui kasu.

Arvestades, et lapsendamissaladuse avaldamise puhul on tegemist era- ja perekonnaelu puutumatus riivega, ei ole sellise avaliku huvi loetelu määratlemine isegi lahtise loetelu kaudu kerge ülesanne. Mistõttu autori välja pakutud näide ei pretendeeri absoluutselt ainuvõimalikule sõnastusele, kuid on üks variantidest, mida seadusandja võiks kaaluda.

Lisaks eeltoodud ettepanekutele, on autori hinnangul täna reguleerimata isikute ring, kellele üldse lapsendamissaladust avaldada lubatud on. Selline käsitlus välistaks, et avaliku huvi põhjendusel võiks lapsendamissaladusest teada saada iga isik, olenemata kas ja mil määral vastav informatsioon tema isikuga otseselt või kaudselt seotud on. Seeläbi võib lapsendamissaladus saada teatavaks isikutele, kellel puudub reaalne avalik huvi, vaid ajendiks võib olla vaid uudishimu või mõnel juhul omakasu. Autori hinnangul peaks seadusandja piiritlema isikute ringi eelkõige kolmandate isikute isiklike põhiõiguste kaitse vajadusega ning isiklike huvide kaitsega ning tooma vastavad näited.

Kokkuvõte

Lapsendamine on protsess, millega luuakse lapsendatud lapse ja lapsendajate vahele juriidilised sidemed. Seega on lapsendamise puhul tegemist protsessiga, mis puudutab isiklikul tasandil ning omab olulist tähendust era- ja perekonnaelu puutumatus kontekstis, eeldades seejuures nii õigust kui ka õiglust ning nende kaitset ka riiklikul tasandil.

Eesti Vabariigi põhiseaduse preambula teise lõike kohaselt on Eesti riik rajatud „vabadusele, õiglusele ja õigusele” ning § 11 kohaselt tohib õigusi ja vabadusi piirata ainult kooskõlas põhiseadusega ning need piirangud peavad olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud ega tohi moonutada piiratavate õiguste ja vabaduste olemust.

Riik peab tagama põhiseadusega ettenähtud kaitsehüvede kaitse igapähele. Sealhulgas on neist olulisim era- ja perekonnaelu puutumatus tagamine, mis puudutab igapäht meist isiklikul tasandil.

Lapsendajad, lapsendatud laps ja lapse bioloogilised vanemad moodustavad ühiskonnagrupi, keda ühisnimetajana seob mõiste „lapsendamine“ selle sõna ja protsessi kõige erinevatest varjunditest ning vaatepunktidest lähtuvalt. Seega on oluline, et riik tagaks ka eelpool nimetatud lapsendamisega seotud isikutele era- ja perekonnaelu puutumatus.

Magistritöös jõudis autor järeldusele, et mõiste „avalik huvi” on Eesti õiguskorras määratlemata õigustumõiste, millele seadusandja ammendavat legaaldefiniitsiooni andnud ei ole. Eesti õiguskord kasutab praegu mitmetest allikatest pärinevaid avaliku huvi mõiste sisustusi, mida ei saa pidada alati omavahel kattuvateks. Avaliku huvi mõiste sisustamine kehtivas õiguses on ebamäärane, lai ja mõneti vastukäiv. Positiivses õiguses hõlmab mõiste avalik huvi ka sellised eetilised kategooriad nagu tava, eetika, moraal, kõlblus jms. Avaliku huvi mõistet määratletakse enamasti lähtuvalt ühiskonnast tulenevatest ning vaadeldavas ajas ja ruumis kehtivatest väärtushinnangutest.

Täna kehtiva perekonnaseaduse raames mõistet „avalik huvi“ avatud ei ole. Ühtlasi ei ole selle mõiste sisu kasutusala avatud ka seaduse seletuskirjas, mis võiks anda teatud piirid vaadeldava mõiste sisustamiseks.

Magistritöö käigus jõudis autor seisukohale, et täna kehtiva perekonnaseaduse § 164 lõige 2 on sõnastatud kujul, mis võimaldab era- ja perekonnaelu riivet avaliku huvi vajadusest

tulenevalt, kuid millest sellise normi vajadus tuleneb, ei ole seadusandja põhjendanud. Arvestades lapsendamissaladuse eesmärki kaitsta lapsendamisega seotute eraelu, jääb autorile mõistetamatuks vaadeldav konkreetne säte ja selle sõnastus.

Perekonnaseaduse § 164 lõige 2 ei ole selge ning mõistetav nii lapsendamisega seotud isikutele ehk lapsendatud lapsele, lapsendajatele ja bioloogilistele vanematele kui ka lapsendamissaladusest enda teenistusülesannete raames teada saanud ametiisikutele. Lapsendatud lapsed, lapsendajad ja bioloogilised vanemad ei mõista, mis võiks olla selline avalik huvi, mille põhjendusel võiks lapsendamissaladuse avaldada ning ametiisikud, kes on lapsendamise faktist teada saanud teenistusülesannete täitmisel, ei tunnetata piire, kus selline avalik huvi algab ja millega lõpeb. Sisuliselt on mõlemad nimetatud grupid takerdunud avaliku huvi mõiste sisustamise problemaatika juures, sest neil puudub võimalus enda küsimustele vastuseid leida ka seaduse loomisel koostatud dokumentidest.

Seega jõudis autor magistritöö käigus seisukohale, et kuna avalik huvi on määratlemata õigusmõiste, siis selleks, et tagada isikutele, kellele kohaldub perekonnaseaduse § 164 lõige 2, põhiseaduslik õigus perekonna- ja eraelu puutumatusetele, peaks antud kontekstis olema „avaliku huvi“ mõiste mingilgi määral sisustatud lahtise loeteluna seaduses, et oleksid teatud piirid, millest tõlgendamisel lähtuda või äärmisel juhul olema sisustatud vähemalt seadusandja poolt kirjutatud perekonnaseaduse seletuskirjas. Välja toodud seisukohta toetab nii rahvusvaheline õigus kui ka Euroopa inimõiguste Kohtu lahendid, kus on lähtekohaks lapse õigused, huvid ja heaolu.

Lisaks on autor teinud täiendava ettepaneku määratleda lapsendamissaladuse regulatsiooni juures isikute ring kellel üldse võib lapsendamissaladuse avaldada, sest täna kehtiv sõnastus lubaks avaldamise piiramatule hulgal isikuringile ehk igäühele, kel on vastav avalik huvi.

Perekonnaseaduse § 164 lõike 2 oleks selgemaks võinud muuta korrektsem ja seadusandja poolt põhjendatum seletuskiri. Sealhulgas peaks seletuskiri kajastama objektiivseid kriteeriume, mis olid aluseks seadusandjale vaadeldava normi kehtestamisel, võimalikke lahendamist vajavaid juhtumeid ning kindlasti ka vastava huvigrupi, kelle eelkõige moodustavad lapsendatud lapsed, lapsendajad ja bioloogilised vanemad, seisukohti.

Täna kehtiva perekonnaseaduse seletuskirjast ei nähtu avaliku huvi mõiste kasutamise põhjendus lapsendamissaladuse kontekstis, mistõttu on autor välja pakkunud teatud

lausealgused, millede lõpetamisel oleks seletuskiri lapsendamissaladuse osas olnud mõistetavam ja selgem.

Magistritöö käigus on autor jõudnud seisukohale, et lapsendamissaladuse avaldamise kaalutusõiguse aluseks ja lähtepunktiks peaks eelkõige olema lapse parimate huvide kaitse. Lapse parimate huvide kaalumise ei välista avaliku huvi käsitlemist ning nende kõrvutamist, kuid õigusselguse huvides peaks olema põhiõiguse riivet sisaldav säte selgem ning konkreetsem ja seadusandja poolt põhjalikumalt selgitatum.

Ettepanekutest esimene ning autori hinnangul selguse ja õiguspärasuse seisukohalt olukorra parimaks lahenduseks on perekonnaseaduse § 164 lõike 2 muutmine ja sõnastamine järgmiselt: „Isik, kes oma teenistus- või tööülesannete täitmisest tulenevalt teab lapsendamissaladust, ei tohi seda avaldada, kui selle avaldamist ei nõua ülekaalukas avalik huvi”. Selline sõnastus rõhutab ülekaaluka avaliku huvi vajadust lapsendamissaladuse avaldamisel, mis samas ei välista erinevate, sealhulgas lapse parimate, huvide kaalumist, mis on teatud olukordades kindlasti vajalik. Arvestades lapsendamise eesmärki ja kehtivaid üldisi põhimõtteid, ei välista kõnealune sõnastus lapse parimate huvide kaitset ja primaarsust. Käesolevale sõnastusele annab lisandväärtuse isiku määratlus, kellele lapsendamissaladuse hoidmise kohustus laieneb, sest on konkreetsetel öeldud, et sättest tulenev lapsendamissaladuse hoidmise kohustus laieneb isikutele, kes on lapsendamise faktist ja asjaoludest teada saanud teenistus- või tööülesannete täitmisel.

Teiseks pakkus autor välja perekonnaseaduse § 164 lõike 2 sõnastuse alljärgnevalt: „Isik, kes teab lapsendamissaladust, ei tohi seda avaldada, kui selle avaldamist ei nõua ülekaalukas avalik huvi”. Erinevus esimesest ettepanekust seisneb normi adressaatide ringi määramise osas ehk analüüsitava versioon on lapsendamissaladust hoidma kohustatud isikute ringi suhtes vähem määratletum.

Kui seadusandja leiab põhjendatult, et perekonnaseaduse § 164 lõike 2 muutmine ei ole otstarbekas ja põhjendatud, siis jättes muutmata nimetatud sätte, võiks üheks õigusselguse tagamise instrumendiks olla nimetatud seaduse täiendamine. Selline täiendamine võiks ühest küljest piiritleda avaliku huvi mõiste perekonnaseaduse või perekonnaseaduse § 164 lõike 2 kontekstis eelkõige kui kolmanda isiku põhiõiguste kaitseks või erinevate huvide konflikti vältimiseks vajaliku huvina. Teiseks võiks avaliku huvi mõiste olla avatud lahtise loeteluna

perekonnaseaduse või lapsendamise kontekstis, tuues konkreetseid näiteid. Avatud loetelu jätab võimaluse tõlgendada ettenägematute olukordade puhul avaliku huvi mõiste sisu, seades samas ka suuna, millest mõiste avamisel lähtuda.

Lähtudes eeltoodust leiab autor, et sissejuhatuses püstitatud hüpotees leidis uurimuse käigus tõestamist. Avaliku huvi mõistel puudub legaaldefiniitsioon. Lapsendamine ning lapsendamissaladus on olulised era- ja perekonnaelu puutumatusse komponendid, mille riive peab olema põhiseadusega kooskõlas. Kaalumise lähtekohaks peab olema lapse huvi, mis ei välista avaliku huvi kaalumist.

Ka Eesti Vabariigi president on mitmel korral rõhutanud enda juurte teadmise ja tundmise olulisust, mis omab olulist tähendust enda juurte teadmise kontekstis. Selline huvi ei puuduta aga kolmandaid isikuid, vaid ikkagi inimest personaalselt. Antud juhul on isikuks eelkõige lapsendatud laps. Seega on lapsendamissaladuse avaldamine eelkõige lapse huvides ja nende avalikustamisel tuleks eelisjärjekorras ka sellest lähtuda.

Tuginedes eeltoodule on autor seisukohal, et lapsendamissaladuse avaldamise kontekstis on teatud juhte, mil lapsendatud lapse huvid ei pruugi olla kõnealuse saladuse avaldamisel primaarsed, näiteks kui kahjustada võivad saada kolmandate isikute õigused ja huvid. Lapsendamissaladuse avaldamise vajaduse võivad tingida teatud ülekaalukad avaliku huvi põhjused. Üldiselt on sellisel juhul lapsendamissaladuse avaldamine samavõrra ka lapse huvides, kuigi avaldamine ei pruugi olla ajendatud lapsendatu huvide pinnalt.

Disclosure of the confidentiality of adoption deriving from the public interest

Summary

The confidentiality of adoption and keeping it intact during and after the procedure of adoption on the protection of the persons connected with adoption (adopted child, adoptive parents, biological parents) is the main and most significant area of the protection of the confidentiality of adoption because it refers to the protection of the persons private and family life and the fundamental right to inviolability of these rights.

The object of the present Master's thesis is the disclosure of the confidentiality of adoption and its preservation. The main problem ascertained in the course of writing the thesis is the vagueness of the notion of public interest and the questionability of the use of this notion in the context of adoption and the confidentiality of adoption. Because of the main problem ascertained in writing the thesis, the goal of the Master's thesis is to provide an overview of preserving the confidentiality of adoption and the regulation of making adoption publicly known in the Republic of Estonia and in the framework of this theme to deal with the problems of the content of the notion of public interest in the Estonian rule of law and primarily proceeding from the context of the confidentiality of adoption.

The present treatment of the main problem fixed in the Master's thesis is the following: at the present moment it is not known whether anybody has studied in a particular manner the above mentioned main problem and proceeding from the aspect chosen by the author. In addition, the regulation connected with the preservation of the confidentiality of adoption has changed.

In the newly independent Republic of Estonia adoption was regulated in the Family Act of 1995 which established the regulation to preserve the confidentiality of adoption by every person who knew the confidentiality of adoption. The act did not provide any exceptions for disclosing the confidentiality of adoption.

In the year 2010 the new Family Act presently in effect, was enforced. It provides the definition of the confidentiality of adoption, gives the wording of its aim and establishment of the regulation for making public the confidentiality of adopting. In conformity with the Family Act, in effect today, § 164, section 2 any person who knows the confidentiality of

adoption, is not allowed to make it public if making it public is not necessary in public interest.

Comparing the two different editions of the Family Act, the main difference is the more exact regulation in the later edition in the framework of which the notions have been openly defined and the content and protection areas of norms are more exactly provided.

Although § 164 section 2 of the Family Act in force is a new regulation in the Estonian rule of law, the author has doubts about the harmony of the present provision and achieving the aim of the confidentiality of adoption because § 164 section 2 of the Family Act should, on the one hand, protect primarily the adopted child, but, on the other hand, gives unlimited space for its interpretation.

The circumstances given above and guaranteeing the confidentiality of adoption are the reasons why the author assesses the theme as novel and sensitive and consequently considers a more profound analysis important.

Proceeding from the goal of the present Master's thesis, the author raised the following hypothesis: the Family Law § 164 paragraph 2 is incomprehensible to be able to ensure the protection effective confidentiality of adoption.

To achieve the aim of the thesis and proving the hypothesis, it is which legal acts the confidentiality of adoption and the obligation to preserve it have been regulated and in which context and with which aims the notion of public interest has been used. On the basis of the obtained results it is possible to propose a solution how making the confidentiality of adoption public could be regulated in the Estonian legal space so that this regulation might be applied and would reach its aim primarily following the interests of the adopted child.

Proceeding from the goal of the Master's thesis and the hypothesis, the research tasks are the following:

1. to analyze the regulation of preserving and disclosing the confidentiality of adoption;
2. to analyze the notion of public interest in the context of the confidentiality of adoption;

3. to juxtapose public interest and the child's interest and compare them proceeding from the protection of fundamental rights;
4. to offer the solutions how the disclosure of the confidentiality of adoption could be regulated so that legislation might be understandable and applicable and would ensure the legal clarity of the confidentiality of adoption provision.

During writing the Master's thesis, the author has reached the conclusion that with the wording of § 164 section 2 of the Family Act legal clarity is not guaranteed and it can be doubted whether through such a wording the aim of the protection of the confidentiality of adoption is guaranteed. The best protection of the child's interests does not eliminate the possibility to weigh also the public interest but it is important to have the child's rights and their protection in the first place because the disclosure of the confidentiality of adoption is an infringement of inviolability of private and family life protected by the constitution. It is the main fundamental right in the legal space of the whole world.

Proceeding from the above said and the analysis presented in the thesis, the author has made proposals for changing: § 164 section 2 of the Family Act. In addition, the author has also described a possibility how to guarantee the legal clarity of § 164 section 2 of the Family Act in force today – if the exploitation letter of this Act were more profound and it could be idea of the commission, having worked out the Act, and the will of the legislator.

To solve the situation, from the point of view of clarity and lawfulness, the author considers the best solution changing the Family Act's § 164 section 2 and wording it in the following way: „The person, who due to his/her fulfilment of service and work tasks knows the confidentiality of adoption, is not allowed to make it public if making it public is not required by the majority of public interest“. Such a wording stresses the importance of public interest in making the confidentiality of adoption public which does not exclude considering different, including the best interests of the child, which are necessary in certain situations.

Similar to this proposal, but the variant which determines less the circle of persons obligated to keep the confidentiality of adoption, could be: „The person who knows the confidentiality of adoption is not allowed to make it public if making it public is not required by the majority of public interest“.

The third variant for a better protection of the confidentiality of adoption proceeding from the aim and idea of keeping it, would be the amendment Explanatory Memorandum of the Family

Act, where the definition of public interest is limited in the context of Family Law or § 164 paragraph 2, and defining the notion of public interest in a so-called open list. The list would be presented as an open list which could provide the limits but would not limit or the addresses of norms, appliers and interpreters would have the directions to start from but at the same time there remains a possibility to have a certain space for weighing.

Kasutatud materjalide loetelu

Kasutatud kirjandus

- 1) Aarnio, A. Õiguse tõlgendamise teooria. Tallinn: Õigusteabe AS Juura, 1996.
- 2) Adamec, C. Pierce, W. Reprinted from The Encyclopedia of Adoption. – Arvutivõrgus kättesaadav: <http://encyclopedia.adoption.com/entry/confidentiality/90/1.html>. 25.aprill 2012.
- 3) Alexy, R. Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main: Germany: Suhrkamp Verlag, 1995.
- 4) Alston, P. Gilmour-Walsh, B. The Best Interests of the Child. Towards a synthesis of children`s rights and cultural values. Florence: UNICEF, 1996.
- 5) Ananjeva, J. Salumaa, E. Eesti NSV abielu- ja perekonnakoodeks. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Eesti Raamat, 1974.
- 6) Annus, T. Riigiõigus. Tallinn: Kirjastus Juura, 2006.
- 7) Blauwhoff, R. J. Foundational facts, relative truths: a comparative law study on children's right to know their genetic origins. Intersentia, 2009.
- 8) Beigbeder, Y. New Challenges for UNICEF: children, women and human rights. Palgrave: Houndmills, 2001.
- 9) Boele-Woelki, K. Braat, B. Curry-Sumner, I. European Family law in action: volume III: Parental Responsibilities. New York: Intersentia, 2005.
- 10) Bolgdan, M. Swedish Law in the New Millennium. Stockholm: Norstedts Juridik, 2000.
- 11) Buckley, S. Duer, K. Mendel, T. etc. Broadcasting, Voice, and accountability: A Public Interest Approach to Polisy, Law, and Regulation. Washington: The World Bank Group, 2008.
- 12) Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung, artikel 4.2. – arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.adoptions-forum.com/Offenbarungs-undAusforschungsverbot.htm>. 25.aprill 2012.
- 13) Bosch, B. Von F.W. Familienrecht. FamRZ 1988, Heft 2.
- 14) DeWitt, G. J. Understanding Family Law. Newark: LexisNexis, 2001.
- 15) Dickscheid, B.V. Ernst, K. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes Deutschland. 1999.

http://books.google.ee/books?id=9ciBnRei99AC&pg=PA115&lpg=PA115&dq=offenbarungs-+und+ausforschungsverbot&source=bl&ots=dD0BXY5zJ3&sig=UiGV8yZtPQTQhqS5bFYB7fszkMU&hl=et&ei=9PWOTafMPM7rObvmpKEC&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CCMQ6AEwA#v=onepage&q=offenbarungs-%20und%20ausforschungsverbot&f=false. 15. aprill 2012.

- 16) Dubischar, R. Vorstudium zur Rectswissenschaft. Mainz: 1974.
- 17) Ernits, M. Põhiõigused, demokraatia, õigusriik. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus, 2011.
- 18) Euroopa Nõukogu Parlamentaarse Assamblee regulatsioon nr 1165. „In view of the new communication technologies make it possible to store and use personal data, the right to control one`s own data should be added to this definition.“ „Right to privacy“ punkt 5. 1998. – Arvutivõrgus kättesaadav: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta98/eres1165.htm>. 25. aprill 2012.
- 19) European Convention on the Adoption of Children. Explanatory Report. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/202.htm>. 25. aprill 2012.
- 20) Fisahn, A. Der begriff des öffentlichen interessses im fachplanungs- und naturschutzrecht. Kapitel II, punkte 3-4. – Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Fisahn/Veroeffentlichungen_Vortraege/RechtuDemokratie/oeffentlichesinteresse.html. 25. aprill 2012.
- 21) Gernhuber, Dr. J. Coester-Waltjen, Dr D.. Familienrecht. München: Verlag C.H.Beck, 2006.
- 22) Goonesekere, S. Children, law and justice – A South Asian Perspective. Florence: UNISEF, 1998.
- 23) Huntington, S. The clash of civilizations and the remarking of world order. New York : Simon & Schuster, 1996.
- 24) Hänni, L. Põhiseadus ja Põhiseaduse Assamblee. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 1997.
- 25) Ikkonen K. Avalik huvi kui määratlemata õigusmõiste. – Juridica, 2005/3, lk 187-199
- 26) Ilus, E. Rooma eraõiguse alused. Tallinn: Kirjastus Ilo, 2000.
- 27) Ilus, E. Rooma õigus – loengute konspekt. Tartu: 1946.
- 28) Isikuandmete kaitse seaduse, avaliku teabe seaduse ja arhiiviseaduse muutmise seaduse eelnõu 564 SE III seletuskiri. 14. september 2009. – Arvutivõrgus kättesaadav:

<http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems&emshelp=true&eid=758092&u=20110303163053>. 25. aprill 2012.

- 29) Ivanov M. Abielu, perekond, lapsed. Tallinn: Valgus, 1987.
- 30) Justiitsministeerium. Eesti Vabariigi Põhiseaduse Ekspertiisikomisjoni lõpparuanne. 2005. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.just.ee/10716>. 25. aprill 2012.
- 31) Kull, I. Lahe, J. Ots, J. Torga, M. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi praktika seadusandja mõjutajana. - Juridica 2009/8, lk 555-569.
- 32) Lapsendamise õiguslikest alustest. Bayerisches Landesjugendamt Baieri - Liidumaa noorsooameti kodulehekülg. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.blja.bayern.de/themen/adoption>. 25. aprill 2012.
- 33) Lapse õiguste tagamise strateegia. Tallinn: 2003. – Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.childcentre.info/laws/plan_of_action/estonia/dbaFile10835.doc. 25. aprill 2012.
- 34) Lastekaitse Liidu ja Tartu laste tugikeskuse kommentaarid ÜRO lapse õiguste konventsiooni laste müüki, lasteprostitutsiooni ja –pornograafiat käsitleva lisaprotokolli täitmise kohta Eestis. – Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.lastekaitseliit.ee/public/kommentaariid_RO_l_k_i_laste_m_gi_lasteprrotitutsiooni_ja_pornograafia_lisaprotokolli_t_itmisest_lisaprotokolli.doc. 25. aprill 2012.
- 35) Lind, C. Keating, H. . Children, family responsibilities, and the state. Oxford: Malden, MA, Wiley-Blackwell, 2008.
- 36) Liventaal, J. Riik ja õigus: põhimõistete õpetus. Tallinn: Sisekaitseakadeemia. 1999.
- 37) Lõhmus, U. Inimõigused ja nende kaitse Euroopas. Tartu: Sihtasutus Iuridicum, 2003.
- 38) Lüderitz, A. Perekonnaõigus. Tallinn: Kirjastus Juura, 2005.
- 39) Maffucci P. Lapsendamise saladus. Sotsiaalministeeriumi peaspetsialisti Krsti Puhk`i kommentaar. - Eesti Naine 2011/1, lk 36-38.
- 40) Maruste, R. Konstitutsionalism ning põhiõiguste- ja vabaduste kaitse. Tallinn: Kirjastus Juura, 2004.
- 41) Maures, K. Õigusleksikon. Tallinn: Interlex 2000.
- 42) Merusk, K. Avalik-õiguslik juriidiline isik avaliku halduse organisatsioonis. - Juridica 1996/4, lk 174-178.
- 43) Merusk, K. Kehtiv õigus ja õigusakti teooria põhiküsimusi. Tartu: Avatud Eesti fond, 1995.
- 44) Mereste, U. Majandusleksikon. Tallinn: Eesti Entsüklopeediakirjastus, 2003.
- 45) Merusk, K. Narits, R. Eesti konstitutsiooniõigusest. Tallinn: Juura, 1998.

- 46) Merusk, K. Olle, V. Mõttus, A. Õigusriigi printsiip ja normitehnika. Tartu: Sihtasutus Eesti Õiguskeskus, 1999.
- 47) Muhel, V.E. Õiguse üldõpetus. Koostatud J. Uluots`a loengute põhjal. Tartu: Reta, 1939.
- 48) Mõttus, A. Seaduse sõnastamine ja terminoloogia. – Õiguskeel, 1997/4.
- 49) Narits, R. Interpretation of Law in the Estonian Legal System. - Juridica International 1996/1, lk 11-16.
- 50) Narits, R. Õiguse entsüklopeedia. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 2004.
- 51) Offenbarungs- und Ausforschungsverbot. – Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.adoptions-forum.com/Adoption.htm>. 25. aprill 2012.
- 52) O'Halloran, Kerry. The politics of adoption : international perspectives on law, policy & practice. Springer Science 2009.
- 53) Overview of German Adoptin law: lk 8. – Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-germany.pdf>. 25.aprill 2012.
- 54) OVG Lüneburg: Auskunftsanspruch der Kindesmutter nach Inkognitoadoption. NJW, 1994, 2634. – Arvutivõrgus kättesaadav: <http://beck-online.beck.de.ezproxy.utlib.ee/Default.aspx?typ=reference&y=300&z=NJW&b=1994&s=2634>. 14. märts 2012.
- 55) OVG Münster: Auskunftsanspruch der Kindesmutter nach Inkognitoadoption. NJW 1985, 1107. – Arvutivõrgus kättesaadav - <http://beck-online.beck.de.ezproxy.utlib.ee/Default.aspx?vpath=bibdata\zeits\njw\1985\cont\njw.1985.1107.1.htm&pos=10&hlwords=Auskunftsanspruch%c3%90der%c3%90Kindesmutter%c3%90nach%c3%90Inkognitoadoption#xhlhit>. 14. märts 2012.
- 56) Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. München: Verlag C.H.Beck, 2007.
- 57) Perekonnaseaduse eelnõu 55 SE III seletuskiri. 28. mai 2007. – Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems&emshelp=true&eid=95322&u=20110303154420>. 25. aprill 2012.
- 58) Pruks, P. Juridica uue kümnendi alguses. - Juridica 2011/1.
- 59) Rammul, A. Talvik, E. Tsiviilõiguse eriosa autoriseeritud konspekt Elmar Ilusa loengute järgi. Tartu: Akadeemilise kooperatiivi kirjastus,1938.
- 60) Rebane, I. Eesti NSV kriminaalkoodeks. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Eesti Raamat, 1980.
- 61) Rebmam, K. Säcker, F.J. Münchene Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 8; Familienrecht II § 1589-1921. München: 1992.

- 62) Riigikogu riigikaitse komisjoni istungi protokoll nr 167. 19. september 2009. - Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.riigikogu.ee/?page=pub_ooc_file&op=emsplain&content_type=text/html&u=20091027181858&file_id=798394&etapp=19.10.2009&fd=22.10.2009. 25. aprill 2012.
- 63) Riigikogu õiguskomisjoni istungi protokoll nr 24. 22. oktoober 2007. - Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain&content_type=text/html&page=pub_ooc_file&file_id=435511&u=20110303162534&mnsplk=22.10.2007&fd=07.12.2008&komisjon=OIK. 25. aprill 2012.
- 64) Schmidt-Salzer. Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden. Berlin: 1968.
- 65) Staudingers, J von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 4. Familienrecht §1741-1772 (Adoption). Berlin: Sellier – de Gruyter, 2007.
- 66) Žmenja, M. Geenivaramu loomise ja pidamisega seonduvad õiguslikud probleemid. - Juridica 2001/9, lk 653-660.
- 67) Truuväli, E-J. jt. Eesti Vabariigi põhiseadus: kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 2002.
- 68) Turkin, V. Perekonnaseadus: kommentaarid ja selgitused. Tallinn: Agitaator, 2007.
- 69) Uerpmann, R. Das öffentliche Interesse: seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. – Arvutivõrgus kättesaadav: http://books.google.ee/books?id=kxbcsfJigzIC&pg=PA205&lpg=PA205&dq=%C3%B6ffentlichen+interesses&source=bl&ots=jmX1i6rt70&sig=emLAHWQd5scsgLzfTysBHjxyn4&hl=et&ei=3UuPTeObNYufOrSnzKAC&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=6&ved=0CEIQ6AEwBQ#v=onepage&q=%C3%B6ffentlichen%20interesses&f=false. 25. aprill 2012.
- 70) Uusen-Nacke, T. Göttig, T. Perekonnaõiguse seosed teiste tsiviilõiguse valdkondadega. - Juridica 2010/2, lk 86-101.
- 71) Vallikivi, H. Põhiõiguste ja -vabaduste piiramise alused. Inimõigused ja nende kaitse Euroopas. Koostas U. Lõhmus. Tartu: Sihtasutus Iuridicum, 2003.
- 72) Volens, U. Eessõna eestikeelsele väljaandele. 1. august 2005. Kirjutatud õpikule: A. Lüderitz. Perekonnaõigus. Tallinn: Kirjastus Juura, 2005.
- 73) Wiefelspütz, D. Untersuchungsausschuss und öffentliches Interesse. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1, 2002.

Kasutatud normatiivmaterjalid

- 74) Eesti NSV abielu- ja perekonnakoodeks. 31. juuli 1969. Tallinn: Eesti Raamat, 1969.
- 75) Eesti NSV kriminaalkoodeks. 8. juuni 1961. Tallinn: Eesti Riiklik Kirjastus, 1961
- 76) Eesti Vabariigi lastekaitse seadus. 8. juuni 1992. – RT 1992, 28, 370.
- 77) Eesti Vabariigi põhiseadus. 28.06.2002. – RT 1992, 26, 349.
- 78) Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon. 5. november 1950. – RT II 2000, 11, 57.
- 79) Euroopa Liidu teenuste direktiivi rakendamise seadus. 10. detsember 2009. – RT I 2009, 63, 408.
- 80) European Convention on the Adoption of Children. 27. november 2008. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/202.htm>. 25. aprill 2012.
- 81) Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon. 5. november 1950. – RT II 2000, 11, 57.
- 82) Isikuandmete kaitse seadus. 15. veebruar 2007. – RT I 2007, 24, 127.
- 83) Itaalia alaealiste lapsendamise ja hoole alla andmise kord. Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. 1983 – Arvutivõrgus kättesaadav: <http://libri.freenfo.net/D/D000070.html>. 25. aprill 2012.
- 84) Keeleseadus. 21. veebruar 1995. – RT I 1995, 23, 334.
- 85) Lepitusseadus. 18. november 2009. – RT I 2009, 59, 385.
- 86) Nimeseadus. 15.12.2004. - RT I 2005, 1, 1.
- 87) Perekonnaseadus. 12. oktoober 1994. – RT I 1994, 75, 1326.
- 88) Perekonnaseadus. 18. november 2009. - RT I 2009, 60, 395.
- 89) Perekonnatoimingute seadus. 20.05.2009. - RT I 2010, 30, 177.
- 90) Personenstandsgesetz (PStG). Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.gesetze-im-internet.de/pstg/BJNR012210007.html>. 25. aprill 2012.
- 91) Rahvusvahelise eraõiguse seadus. 27. märts 2002. - RT I 2002, 35, 217.
- 92) Riigilõivuseadus. 22. aprill 2010. - RT I, 2010, 21, 107.
- 93) Saksamaa Liitvabariigi tsiviilseadustik (saksa keeles Bürgerliches Gesetzbuch). 18. august 1896. Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1758.html. 25. aprill 2012.
- 94) ÜRO lapse õiguste konventsioon. 26. september 1991. - RT II 1996, 16, 56. - Mitteametlik tõlge arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.riigiteataja.ee/akt/24016>. 25. aprill 2012.

Kasutatud Eesti Vabariigi kohtupraktika

- 95) Riigikohtu Põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus 12. jaanuarist 1994. Õiguskantsleri poolt põhiseaduse § 142 lg. 2 korras esitatud ettepaneku, tunnistada põhiseaduse § 152 lg. 2 alusel Eesti Vabariigi politseiseaduse muutmise ja täiendamise seaduse II osa lg. 4 kehtetuks, läbivaatamine. – RT I 194, 8, 129.
- 96) Riigikohtu Halduskolleegiumi otsus 20. detsembrist 1996 nr 3-4-1-3-96 punkt 1. Kaebuse tunnistada kehtetuks Vabariigi Valitsuse 28. detsembri 1994 määruse nr 486 «Vabariigi Valitsuse 21. detsembri 1993 määruse nr 408 täiendamine ja viina sisseveo ning hulgi- ja jaemüügi korralduses tehtavad muudatused» punktid 2 ja 3 ning lisa, samuti Vabariigi Valitsuse 7. jaanuari 1994 määrusega nr 4 kinnitatud «Alkoholi, tubaka ja tubakatoodete sisse- ja väljaveo, tootmise ning müügi korraldamise juhendi» punkt 5 vastuolu tõttu põhiseaduse §-ga 87 punktiga 6 läbivaatamine. - RT I 1997, 4, 28.
- 97) Riigikohtu Põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus 5. oktoobrist 2000 nr 3-4-1-8-2000. AS'i Eesti Telefon ja Konkurentsiameti asjas - taotlus kontrollida konkurentsiseaduse § 18 lg 1 p 3 vastavust põhiseadusele läbivaatamine. – RT III 2000, 21, 232.
- 98) Riigikohtu Põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus 22. veebruarist 2001 nr 3-4-1-4-01. Taivo Ruus'i ja Tallinna Liikluskorralduskeskuse vahelises asjas - taotluse kontrollida haldusõiguserikkumiste seadustiku § 231 lg 6 vastavust põhiseadusele läbivaatamine. - RT III 2001, 6, 63.
- 99) Riigikohtu Põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsus 3. maist 2001 nr 3-4-1-6-01 punkt 18. Taotlus tunnistada kehtetuks perekonnaseaduse § 140 lg 1.– RT III, 2001, 15, 154.
- 100) Riigikohtu üldkogu otsus 28. oktoobrist 2002 nr 3-4-1-5-02. Tallinna Halduskohtu taotlus kontrollida ORAS § 7 lõike 3 vastavust Põhiseadusele. - RT III 2002, 28, 308.
- 101) Tallinna Ringkonnkohtu otsus 30.juunist 2004 haldusasjas nr 2-3/378/04. OÜ Eesti Isikuloo Keskuse kaebus Tallinna Perekonnaseisumeti teabe väljastamise toimingust keeldumise õigusvastaseks tunnistamise ja toimingu sooritamiseks kohustamise asjas. – Arvutivõrgus kättesaadav: http://kola.just.ee/docs/public/dokument_189696.pdf. 25. aprill 2012.

Kasutatud rahvusvaheline kohtupraktika

- 102) Baieri liidumaa ülemkohtu 07.02.1996 otsus nr 1Z BR 72/95. http://beck-online.beck.de.ezproxy.utlib.ee/Default.aspx?vpath=bibdata\ents\urteile2\lfg05\1996\cont\beckrs_1996_30921867.htm&pos=0. 25. aprill 2012.
- 103) Euroopa Inimõiguste Kohtu 6. septembri 1978 otsus asjas nr 5029/71, Klass jt.
- 104) Euroopa Inimõiguste Kohtu 25. märtsi 1983 otsus asjas Silver vs Ühendkuningriigid.
- 105) Euroopa Inimõiguste Kohtu 26.märtsi 1987 otsus asjas nr 9248/81, Leander vs Rootsi.
- 106) Euroopa Inimõiguste Kohtu 16. detsembri 1992 otsus asjas nr 13710/88, Niemetz vs Saksamaa.
- 107) Euroopa Inimõiguste Kohtu 7. Juuli otsus 1996 asjas Johansen vs Norra.
- 108) Euroopa inimõiguste kohtu 1998.a. otsus asjas Hendrics vs Holland. – Arvutivõrgus kättesaadav:
http://www.bayefsky.com/docs.php/area/jurisprudence/treaty/ccpr/opt/0/node/4/filename/110_netherlands201_1985. 25. aprill 2012.
- 109) Euroopa Inimõiguste Kohtu 4. mai 2000 otsus asjas nr 28341/95, Rotaru vs Rumeenia.
- 110) Euroopa Inimõiguste Kohtu 25. septembri 2001 otsus asjas nr 44787/98, P.G. and J.H. v Ühendatud Kuningriigid.

Avaldamata allikad

- 111) Jane Snaith`i 8. aprilli 2011 vastuskiri autorile. E-kirjaga saadetud vastuskiri on autori valduses.
- 112) Justiitsministeeriumi eraõiguse talituse juhataja Indrek Niklus`e 04.04.2011 vastus autori 04.04.2011 esitatud päringule. E-kirjaga saadetud vastuskiri on autori valduses.
- 113) Siseministeeriumi rahvastiku toimingute osakonna nõunik Kristi Joamets`a 4. märtsi 2011 vastus autori 3. veebruaril 2011 esitatud päringule. E-kirjaga saadetud vastuskiri on autori valduses.
- 114) Õiguskantsleri 2008.a. aprilli märgukiri nr 6-8/080597/00802747 „Märgukiri rahvastikuregistri seaduse põhiseadusega kooskõlla viimiseks“.