

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
ÕIGUSE AJALOO ÕPPETOOL

Hesi Siimets - Gross

ASJA MÕISTE JA LIIGITUS
KLASSIKALISE AJASTU ROOMA
ÕIGUSES GAIUSE INSTITUTSIOONIDE
NÄITEL

Magistritöö

Juhendaja dr M. Luts

2002

Sisukord

Sissejuhatus

Käesolevas magistritöös käsitletakse Gaiuse Institutsioonide näitel Rooma klassikalise ajastu õigusteaduse asja mõistet ja selle liigitust. Senine eestikeelne kirjandus põhineb peamiselt 20. sajandi alguse uurimistöödel ja seega selleaegsetel küsimustel, probleemiasetustel ja seisukohtadel. Kuigi tavaliselt arvatakse, et Rooma õiguse alases kirjanduses võib suuri muutusi põhjustada vaid uute allikate leidmine, ei ole see päris nii. Ka juba olemasolevates ning käsitletud allikates on võimalik leida uusi ja olulisi nüansse.

Nii Saksamaal kui ka teistes Rooma õigusest mõjutatud maades lähtuti kogu Rooma õiguse kehtivusajal (Saksamaal näiteks 1. jaanuarini 1900) Rooma õiguse allikate sisemisest ühtsusest. Seega usuti suurel määral Justinianuse ütlust konstitutsioonis *Deo Auctore* (p. 8): "Üheski nimetatud kodifikatsiooni osas ei tohi esineda vastuolusid /.../, vastupidi, kodifikatsioonis valitseb täielik sisuline ühtsus ning selgus, sest lubatud pole ühtegi vastupidist arvamust".

20. sajandi algul oli roomaõigusliku uurimise põhiprobleemiks, kas ja kuivõrd tsiteeriti Justinianuse kodifikatsioonis tõepoolest klassikalise ajastu juriste ja kuivõrd oli tegemist hilisemate (Justinianuse-aegsete või järelklassikalise perioodi) lisanduste ehk interpolatsioonidega.¹ Ka interpolatsioonide uurimisel lähtuti veendumusest, et klassikalise ajastu allikatekstides on ehtne ainult õiguslik formalism ja kõik, mis sarnaneb väärtushinnangutele ehk diskretsiooniotsustele, on kas järelklassikaliste või lausa Justinianuse aegsete juristide looming. Isegi 20. sajandi lõpus leitakse vahel, et Rooma õiguses kui sellises puudusid vastuolud ja kuigi Rooma juristid võisid mõistetega erinevalt ümber käia, võib üldiselt lähtuda allikate harmooniast.² Seejuures olevat Rooma juristidel puudunud teooria ja süsteem - oma otsuseid tehes olevat nad lähtunud oma geniaalsest intuitsioonist. Deduktsiooni olevat nad kasutanud vaid abivahendina, kuid peamiselt tegid nad otsuseid oma seniste kogemuste alusel. Teooria ning süsteem olevat esinenud ainult Gaiuse Institutsioonidega sarnastes õpikutes.³

¹ Interpolatsioon tähendabki hilisemat, kavatsuslikku lisandust või muudatust, mida ei ole äratuntavaks tehtud. Interpolatsioonide kohta eesti keeles Bonfante, Rooma õiguse ajalugu. lk 496jj. Hilisemat hinnangut interpolatsiooniteadusele ja interpolatsiooniuurimise kriitikat vt Wieacker, F. Römische Rechtsgeschichte. lk 154-182.

² Kaser, M. Zur Methode der römischen Rechtsfindung, 1962, lk 63jj, ka Kaser, M. Römisches Privatrecht I, lk 212jj. Vt selle seisukoha kriitikat Behrends, O. Institutionelles und prinzipielles Denken, lk 195.

³ Kaser, M. Römisches Privatrecht I, lk 3 jj.

Üks olulisemaid muutusi Rooma õiguse uurimises on muutus õiguse periodiseeringus. Kõige levinum on Rooma õiguse periodiseerimine poliitilise ajaloo etappide alusel, kusjuures selle järgi iseloomustatakse õigusteadust. Vastavalt sellele nimetatakse eelklassikaliseks õigusteaduse perioodiks vabariigi perioodi umbes 500/470 eKr - 49/44 eKr. Klassikaliseks printsipaadi aega umbes 27 eKr-3. saj lõpp pKr, millest 3. sajand on kõrg- ehk hilisklassikaline periood.⁴

20. sajandi algust iseloomustas Bonfante periodiseering: Rooma kogukond ja kviriitlik õigus (754-200 eKr), Rooma riik ja rahvaste õigus⁵ (146 eKr - 235) ning helleeni-orientaalne monarhia ja rooma helleeni õigus (305-565). Seejuures on Bonfante võtnud küll aluseks õiguse iseloomu, kuid see põhineb ikkagi poliitilises ajaloos toimunud murrangutel.

Käesoleva töö seisukohalt on periodiseering poliitilise ajaloo perioodide järgi eksitav. Kui lähtuda Okko Behrendsi periodiseeringust õigusteaduse sisemiste muudatuste alusel, siis näiteks Bonfante mõttes klassikalisel ajastul tegutsesid nii eelklassikud kui ka klassikud (st institutsionaalse mõtteviisi esindajad). Samuti koolkonnad ning nende järgijad kõrgklassikud (või hilisklassikud) Gaius, Ulpianus ja Paulus.

Minu arvates on oluline arvestada Rooma õigusteaduse sisemiste muudatustega, mis võivad erineda poliitilise ajaloo murrangutest ning olla seotud hoopis õigusteadlaste isikutega. Seepärast olen oma periodiseeringu aluseks võtnud Okko Behrendsi jaotuse, mis põhineb õigusteaduse sisemistel muudatustel. Sellest tulenevalt on religioosse õiguse periood kuni 3. sajandini eKr, eelklassikaline õigusteaduse periood 3. saj keskpaik eKr - 82 eKr, klassikaline 82 eKr - 27 eKr /250 pKr.⁶ Klassikalise õigusteaduse siseselt tuleks eristada spetsiifiliselt klassikalist, klassikalist, kõrg- ja hilisklassikalist. Behrendsi periodiseeringu aluseks on muutused õigusteaduslikus mõtlemises. Kõige olulisemaks on muutus eelklassikalise ja klassikalise õigusteaduse vahel, kus printsipiiline õigusteooria asendus institutsionaalse õigusteooriaga.

Sellise periodiseeringu puhul tuleb eristada ajastuid (ajastud, millest räägime, on eelklassikaline, klassikaline ja kõrg- või hilisklassikaline) ning üksikuid juriste (klassikud vastanduvad eelklassikutele, hiljem prokuliaanid sabiniaanidele). Kusjuures klassikuteks

⁴ Dulckeit, G., Römische, lk 243. D. Tamm nimetab klassikaliseks perioodi vabariigi lõpust a. 44. eKr kuni 3. saj lõpuni. Tamm, D. European law and legal history, lk 6.

⁵ Rooma riigi ja rahvaste õiguse perioodi jääb ka klassikaline õigusteadus. Bonfante klassikalise ajajärgu aastaid ei nimeta, kuid neid võib oletada isikute järgi, keda ta sel ajal mainib - umbes 140. eKr-3. saj lõpp). (Bonfante, P. Rooma, lk 350-356).

⁶ Behrends, O. Skript, lk 22-24.

nimetab Behrends vaid institutsionaalse mõtteviisi esindajaid olenemata nende ajalisest kuuluvusest (nii Serviust (106-43 eKr) kui Ulpianust (surnud 223 pKr)). Seepärast on sellise klassikalise õigusteaduse piir väga liikuv.

Kõrgklassikalisel ajastul - 1. saj pKr (koolkondade teke) - 3. saj pKr tegutsesid sabiniaanid (eelklassikalise õigusteaduse pärijad) ja prokuliaanid (klassikalise õigusteaduse esindajad). Klassikalise, kõrg- ja hilisklassikalise ajastu piir pole Behrendsi järgi niivõrd oluline. Gaius on veel kõrgklassikalise ajastu jurist, Ulpianus, Paulus, Modestinus ja Papinianus pigem hilisklassikalise ajastu juristid.⁷

Kui lähtuda sellest, et teatud ajal toimusid Rooma õigusteaduses olulised murrangud, mis olid aluseks 1. sajandi koolkondadele, muutub oluliseks ka see, et kes Rooma juristidest midagi väitis ning millise mõtteviisi ehk õigusteooria esindaja ta oli.

Gaiuse Institutsioonid on ainus peaaegu täielikult meieni jõudnud rooma õiguse klassikalisel ajastul kirjutatud teos. Institutsioonid on mõjutanud olulisel määral nii Justinianuse ajastu õigusteadust kui ka hilisemat, Rooma õigusele toetuvat germaani-romaani õigussüsteemi ning jätnud jälgi ka anglo-ameerika õigussüsteemile. Seega võib Institutsioone pidada Euroopa ühtse õiguskultuuri aluseks. Kahjuks ei võimalda käesoleva uurimistöö maht käsitleda Institutsioonide retseptsiooni Euroopa õiguse ajaloos üldse, kuid olen siiski andnud ülevaate Institutsioonide retseptsioonist ja kasutusest hilisemas Rooma õiguses kuni Justinianuse Institutsioonideni, samuti Institutsioonide käsikirjadest.

Käesoleva töö eesmärgiks ongi näidata, millised olid kõigepealt klassikalisel ajastul tegutsenud jurist Gaiuse vaated asja mõiste ja asjade liigituse juures ning nende põhjal näidata, kuivõrd erinesid teiste klassikalise ajastu juristide vaated Gaiuse omadest. Samuti milliseks kujunesid nii sabiniaanide kui ka prokuliaanide vaateid ühendanud Justinianuse Institutsioonid ja seadusandlus. Ühtlasi olen puudutanud eestikeelsete Rooma õiguse alaste teoste asja mõiste ja liigituse käsitlusi. Seejuures olen näidanud, kuivõrd oluline on teha vahet vähemalt erinevatel ajastutel, tegelikult ka erinevate koolkondade vaadetel. Loomulikult tekib siis küsimus, kas õpikus, mis käsitleb Rooma eraõigust, tuleb aluseks võtta klassikalise ajastu õigusteadus või Justinianuse seadusandlus, eristades seejuures hilisemaid lisandusi ning erinevaid teooriaid.

⁷ Behrends, O. Skript, lk 22-24; Institutionelles, lk 192-196.

Töö koosneb kahest suurest osast. Esimeses osas käsitlen kõigepealt Gaiuse kui minu töö alusautori elu ja loomingut üldisemalt ning seejärel tema õigusteaduse õpikut algajaile, Institutsioone - nende olemust ja süstemaatikat.

Töö teises osas käsitlen kõigepealt senist eestikeelset kirjandust Rooma õiguse asja mõiste ja liigituse kohta. Põhitähelepanu olen suunanud teaduslikus käibes olevale kirjandusele, mis on mõjutanud teisi autoreid. Seejärel käsitlen Gaiuse Institutsioonide asja mõistet, pidades silmas ka tänapäevast ja võrreldes seda Justinianuse Institutsioonides esinevaga. Nii Gaiuse kui ka Justinianuse Institutsioonid on sissejuhatavad õpikud ning seepärast on enamik sissejuhatustest Rooma õigusesse järginud põhilises osas neid. Seepärast on õige asetada käsitluse põhirõhk Institutsioonidele.

Järgnevalt analüüsin Gaiuse asjade liigitusi, kuid lisaks vaadeldud muid asjade jaotusi, mida esitavad erinevad Rooma õiguse õpikud. Gaiuse Institutsioonide alusel olen püüdnud näidata, et erinevate juristide töödes leidub põhimõttelisi erinevusi. Justinianus oma Institutsioonides on peamiselt lähtunud oma kaasaegsest õigusest ning kuigi tema Institutsioonide aluseks on Gaiuse Institutsioonid, erinevad ka need kaks teost üksteisest märgatavalt.

Kasutatud teostele olen viidanud järgmisi reegleid kasutades. Esimest korda viidates olen ära toonud teose pealkirja osa. Kasutades ainult ühte ühe autori teost, olen nimetanud teost vaid esimeses viites ning edaspidi viidanud nime ja lehekülje järgi. Mitut sama autori teost kasutades olen viites toonud ära sellise osa teose pealkirjast, mis võimaldaks töö lugejal kasutatud teose kergesti kindlaks määrata. Kui see on antud kontekstis oluline, olen toonud ära ka teose avaldamise aastaarvu, vajadusel terve kirje.

Gaiuse Institutsioonide ladinakeelse teksti alusena kasutan väljaannet *Studia Gaiana*. Ed M. David, R. Feenestra ja H. L. W. Nelson. Volumen I. *Gai Institutiones secundum Codicis Veronensis apographum studemundianum et reliqias in Aegypto repertas*. Editio minor. Leiden. 1964.

1. Gaiuse elu ja looming

1.1. Elulugu

Gaius on üks kõige salapärasemaid Rooma juriste, kellest me ei tea isegi täit nime. Erinevalt Rooma tavalisest nimetraditsioonist⁸ on meile antud juhul teada ainult Gaius. Seejuures on tõstatatud isegi küsimus, kas Gaius oli üldse olemas (vt allpool), ja kui oli, siis milline kolmest võimalikust nimest oli Gaius. Kas teadsid juba Gaiuse kaasaegsed temast vaid ühte nime või pole see säilinud vaid meie, hilisemate jaoks.⁹

On olemas kolm eriti põhjalikku uurimust Gaiuse kohta, mis esindavad erinevaid vaateid eri aegadel ning on aluseks eri suundumustele: Theodor Mommseni „Gaius – Provinzialjurist“ (1905)¹⁰, Wolfgang Kunkeli „Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen“ (1952)¹¹, milles ta esitab põhjaliku uurimuse ja oma seisukoha ühtlasi ka Gaiuse kohta, ning Anthony M. Honoré „Gaius“ (1962)¹².

T. Mommseni arvates oli kreeklastel komme nimetada roomlasi eesnime pidi – ta toetas ühtlasi teooriat, et hiljem provintsi elama asunud Gaius oli pärit Roomast.¹³ Kunkel arvas, et see kreeklaste komme oli Gaiuse ajaks juba kadunud ning seepärast pidas ta Mommseni teesi Gaiuse kohta põhjendamatuks.¹⁴ Kunkeli arvates oli Gaius kas perekonnanimi või hüüdnimi. Nimelt olevat piisavalt tõendus selle kohta, et Gaiust kasutati ka perekonnanimena, samuti polevat võimatu hüüdnime teooria (tema toetab pigem ühte

⁸ Roomlastel oli traditsiooniliselt vähemalt kaks nime: eesnimi (*praenomen*) ja perekonnanimi (*nomen gentile*). Enamikel juhtudel, kuna eesnimede ning perekonnanimede hulk oli üsna väike ning seega inimeste segiajamise võimalus üsna suur, oli roomlastel ka kolmas nimi - nn hüüdnimi (*cognomen*).

⁹ Näiteks Franz Wieacker peab tõenäoliseks, et Gaiuse täielik nimi kadus hiljemalt enne 3. sajandi lõppu ning järjest suureneva populaarsusega õiguse õpetamises omandas ta „familiarse“ nimetuse, mis on klassikaliste juristide puhul küll haruldane, kuid pole võimatu kõigil aegadel sarnases koolikõnepruugis. Wieacker, F. Oströmische Gaiusexemplare. lk 104.

¹⁰ Mommsen, T. Gaius als Provinzialjurist (Gaius - provintsijurist). - Gesammelte Schriften. Bd. 2. Berlin, 1905, lk 26-38.

¹¹ Kunkel, W. Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen (Rooma juristide päritolu ja sotsiaalne seisund). Weimar, 1952, lk 186-213.

¹² Honoré, A. M. Gaius. Oxford, 1962.

¹³ Mommsen, T. Gaius, lk 27-28; Diosdi, G. Gaius, der Rechtsgelehrte, lk 606-607 jagab samuti nii Mommseni kui Honoré arvamust, et Gaius oli pigem eesnimi.

¹⁴ Kunkel, W. Herkunft, lk 194-196. Kunkeli arvates võis Gaius eesnimena olla sel ajal kasutusel vaid peregriinidel ning selles osas ollakse küll üksmeelel, et Institutsioonide autor pidi olema Rooma kodanik.

neist, aga mitte seda, et Gaius oli eesnimi).¹⁵ Honoré leiab, et Gaiuse nime mõistatus on võimatu lahendada ning eelistab Gaiust lihtsalt Gaiuseks nimetada.¹⁶

Lisaks eelnevatele arvamustele, et Gaiuse isiku olemasolu on väljaspool kahtlust ning segadus on ainult tema nime ümber, on leitud, et Gaiust iseseisva isikuna polnud olemas. Tegemist olevat hoopis Gaius Cassius Longinusega, sabiniaanide koolkonna ühe tähtsaima esindajaga, kes kirjutas ühtlasi ka Gaiuse teosed.¹⁷ See hüpotees põhineb muuhulgas asjaolul, et aeg-ajalt nimetatakse Cassiust Digestades lihtsalt Gaiuseks. Viimase teooria pooldajaid pole aga romanistide hulgas kuigi palju ning mullegi tundub see teooria nimetatuist kõige ebatõenäolisem.

Kergema vastupanu teed minnes jätavadki mõned selle küsimuse lahtiseks, piirdudes lihtsalt väitega: Gaius – Rooma jurist, kelle täielik nimi on teadmata.¹⁸ Mullegi tundub nii olevat selgem ja ausam. Argumente ühe või teise seisukoha kasuks on liiga vähe, et midagi kindlat öelda. Igatahes eeldan, et Gaius eksisteeris reaalse isikuna.

Gaiuse teostes leiame autori nimena ainult Gaius'e. Võimalik, et meieni pole enamast säilinud ja võimalik, et see oli tahtlik – igatahes pole neist põhjustest midagi teada. Ka Justinianuse aja juristid ei teadnud tema nimest rohkem, kui sellest praegu teatakse. Isegi 20. sajandi alguses leitud pärgamendid ei lisanud tänapäevasesse teadmisse Gaiusest midagi uut.¹⁹ Selle põhjal võiks eeldada, et tegemist oli Gaiuse teadliku sooviga end just nii nimetada.

Gaiuse eluloo kohta on esitatud mitmeid ja tundub, et vähemalt osaliselt tõenäolisemaid ning põhjendatumaid teooriaid kui tema nime kohta. Tema teostes esinevate ediktide ning keisrikonstitutsioonide ja -nimetuste järgi on võimalik öelda, et Gaius sündis tõenäoliselt 2. saj pKr keiser Hadrianuse (98-117. pKr) valitsusajal. Tema tegevus juristina langes keisrite Antoninus Piuse²⁰, Marcus Aureliuse²¹ ning Commoduse²² valitsusajale.

¹⁵ *Ibidem*. lk 197-200.

¹⁶ Honoré, A. M. Gaius, lk 12.

¹⁷ Saksakeelses kirjanduses on sellist seisukohta esindanud näiteks Longinescu. Autorile ei olnud Longinescu töö kahjuks kättesaadav, kuid Kunkeli artiklis oli muuhulgas käsitletud ka Longinescu seisukohti. Longinescu, Gaius, der Rechtsgelehrte. Diss.iur. Berlin 1896. (viidatud Kunkel, W. Herkunft, lk 189).

¹⁸ Behrends, O. Gaius. lk 221-223.

¹⁹ Levy, E. Neue Juristenfragmente aus Oxyrynchos, lk 532-549; Levy, E. Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius, lk 258-311.

²⁰ Antoninus Pius valitses 117-138 pKr.

²¹ Marcus Aurelius valitses 161-180 pKr.

²² Commodus valitses 180-192 pKr.

Kindlasti elas ta veel 178. aastal pKr.²³ Palju täpsemalt on raske midagi öelda. Honoré poolt välja pakutud Gaiuse eluloolised daatumid (110/15 – 180+ a. pKr)²⁴ tunduvad mulle liiga hüpoteetilised, et neid siin käsitleda.

Üsna üheselt ollakse veendunud, et Gaius oli Rooma kodanik. Põhjenduseks tuuakse tema meieni säilinud teosed. Näiteks kasutab ta Institutsioonides ja teistes teostes nii mitmelgi korral sõna *nos* tähenduses „meie, roomlased“ nii vastandavana kui seletavana, mida ei teeks keegi, kes pole roomlane. Arvatakse, et tema teosed lähtuvad põhiliselt roomlase vaatepunktist.²⁵ Lisaks sellele tunnistab Gaius end sabiniaaniks²⁶, mis tähendab, et ta pidi oma hariduse saama Roomas, mis oli ainus koht, kus nii sabiniaanide kui ka prokuliaanide²⁷ koolkonnad tegutsesid.

Küsimus, milles sugugi sel määral üksmeelel ei olda – pigem on see teaduskirjanduses üks olulisemaid vaidlusküsimusi – on see, kas Gaius tegutses Roomas või provintsis.²⁸ Mommseni arvates oli Gaius roomlane, kes kirjutas ning õpetas Rooma

²³ Toon paar näidet, mil moel saab Gaiuse eluaastate kohta mingeidki oletusi teha: G. 1, 53, 74, 102; 2, 120, 126 on viidatud *imperator Antoninus*'ele. G. 2, 195 ütleb Gaius *ex divi Pii Antonini constitutione* (jumaliku Pius Antoninuse konstitutsiooni alusel). Nimelt keisri surres ta jumalikustati ning seepärast kasutati peale keisri surma tema nime vaid koos *divus*'ega. Kuna *SC Orfitianum* võeti vastu aastal 178 ning Gaiuselt pärineb veel kommentaar *Ad SC Orfitianum*, siis pidi ta sel ajal veel elama.

²⁴ Gaius elas küll tõesti umbes nimetatud ajal ja tunnustust vääriv on Honoré katse tema eluaastaid rekonstrueerida. Samas ei veennud Honoré'i rekonstruktsioon mind piisavalt selleks, et peaksin vajalikuks sel teemal diskuteerida. Honoré, A. M. Gaius. lk 46-69. Eriti protesteerib Honoré poolt välja pakutud Gaiuse eluaastate tõestuse vastu Detlef Liebs. Gaius und Pomponius, lk 64-65.

²⁵ Honoré, A.M. Gaius. lk 70-73; Liebs, D. Gaius und Pomponius. lk 62; Liebs, D. Römische Provinzialjurisprudenz. lk 288-310. Mommsen, T. Gaius, lk 26-38; ja kogu W. Kunkeli Gaiust puudutav osa *Herkunft*, lk 186-213.

²⁶ 1. saj. pKr tekkis Roomas kaks õigusteaduslikku koolkonda. Sabiniaanide koolkonna rajajaks nimetab Pomponius (D. 1, 2, 2, 47; 48) Capito. Nime sai koolkond teise juhtiva juristi Masurius Sabinuse järgi. Traditsiooniliselt peetakse sabiniaane pigem konservatiivseteks. Seda sellepärast, et sabiniaanid töid eelklassikalisele õigusteadusele tuginedes kaasaegsesse õigusteadusse tagasi mõtlemise printsiipides ja põhjendasid oma arvamusi ka loomuõigusele toetudes. Üheks oluliseks näiteks sellest on *bona fides*'e (hea usu) põhimõtete tagasitoomine juriidilisse argumentatsiooni. 2. saj keskpaigaks olid koolkondade põhimõttelised erinevused suurel määral ühtlustunud ning koolkonnad praktiliselt kadunud. Siiski võib ka hilisemate juristide puhul (Gaius, Ulpianus, Paulus, Modestinus) eristada nende kuuluvust pigem ühte või teise koolkonda. Nii kuulus Gaius pigem sabiniaanide hulka. Hausmaninger, H. Selb, W., *Römisches Privatrecht*, lk 73; Behrends, O. *Institutionelles und prinzipielles Denken*, lk 187-231.

See, et Gaius kuulus sabiniaanide hulka, mõjutas tõenäoliselt teda ka sellist õpikut kirjutama. Nii järgis Gaius sabiniaanide koolkonna traditsiooni, kes erinevalt prokuliaanidest tegelesid rohkem süstemaatilise õpetamise ning sellele aluseks olevate teoste kirjutamisega. Liebs, D. *Rechtsschulen und Rechtsunterricht*, lk 215-216.

²⁷ Prokuliaanid, teine 1. saj koolkond, rajati Labeo poolt, kuid oma nime sai see tema õpilase Proculuse järgi (D. 1, 2, 2, 52; 53). Ka näiteks Celsus kuulus prokuliaanide hulka. Prokuliaane peetakse uuendusmeelsemateks, sest nende kaudu tuli rooma õigusteadusesse süstemaatiline mõtlemine. Nad võtsid Kreeka skeptikute filosoofiliselt koolkonnalt üle mõtlemise instituutides, loogilised tuletused, aga ka grammatilise tõlgendamiseviisi (lähtumine ainult seadus tekstist). Seega nimetaksin neid hilisema seaduspositivismi eelkäijateks. Hausmaninger, H. Selb, W, lk. 73; Behrends, O. *Institutionelles*, lk 187-231.

²⁸ Vt Gaiuse kohta senises eestikeelses kirjanduses Bonfantet, kelle aramus ühtib Mommseni omaga. Nimelt arvab ta, et Gaius oli “jurist-provintslane Oriendist” (Rooma, lk 349). E. Ilusa ja I. Pereterski tekstid Gaiuse kohta ühtivad peaaegu täielikult ning nad käsitlevad ainult Institutsioone ja nende käsikirja leidmisloogu, aga

provintsis – kuskil kreeka keele levikualadel, näiteks Väike-Aasias. Oma väite põhjenduseks toob ta esile Gaiuse teostes kasutatud kreeka keelele omaseid konstruktsioone, väljendeid jms, mis Roomas, puhta ladina keele alal poleks saanud tekkida.²⁹

W. Kunkel esindas oma monograafias seisukohta, et Gaius võis elada ja töötada ning pidigi seda tegema ainult Roomas.³⁰ Selle arvamusega liitus suur hulk teisigi Gaiuse uurijaid. Sarnaseid mõtteid oli loomulikult avaldatud ka juba enne Kunkelit, kuid mitte nii veenva põhjendusega. Kunkeli arvates polnud kreeka keele mõjud Gaiuse puhul sellised, mis ei oleks olnud võimalikud iga roomlase puhul: klassikalisel ajastul hariduse saanud roomlased pidid oskama vabalt ka kreeka keelt. Seetõttu olid kreeka laenud võimalikud ja tõenäolised. Ka teised selle ajastu Rooma juristid kasutasid kreeka keelt ning esitasid tsitaate kreeka keeles. Selles mõttes ei olnud Gaius sugugi erandlik.³¹

Üks põhilisemaid Gaiuse lauseid, mis on olnud tema elukoha määramisel ühe ja teise tõlgenduse aluseks, on *si navis ex Asia venerit* (kui laev tuleb Aasiast).³² Kunkel arvas, et kui Gaius nõnda kirjutas, pidi ta olema roomlane Roomas, vastasel juhul ei oleks ta saanud kasutada *venerit ex Asia*.³³

A. Honoré väidab oma monograafias, et väljendi *navis ex Asia venerit* puhul oli tegemist standardnäitega. See tähendab, et esiteks kasutas igauks, kes oli Roomas hariduse saanud (ning Gaiuse puhul selles ei kahelda) üsna tõenäoliselt just sarnaseid standardnäiteid. Teiseks ei ole selle näite puhul vaja elada tingimata Roomas, sest ka Kreekasse tulevad laevad Aasiast. Pigem vastupidi, võibolla just siis, kui Gaius oleks elanud provintsis terve elu, oleks talle see näide imelikuna tundunud ning ta oleks seda muutnud.³⁴

Samuti järeldeb Honoré, lähtudes jällegi Gaiuse enda sõnastusest *urbs Roma* kasutuse kohta, et kui Gaius oleks elanud Roomas, oleks ta kirjutanud lihtsalt *urbs*. Provintside elanikud oleks pigem kasutanud lihtsalt *Roma*’t. Sellest teeb Honoré järelduse,

Gaiuse isiku kohta ütlevad nad, et tema kohta pole midagi teada. (Ilus, E. Rooma eraõiguse alused, lk 41-42; Pereterski, I. Üldine riigi ja õiguse ajalugu, lk 73-74).

²⁹ Mommsen, T. Gaius, lk 32-35.

³⁰ Kunkel, W. Herkunft, lk 186-213.

³¹ *Ibidem*. Enne W. Kunkelit juba Huschke, P. E. Gaius, lk 116jj; Kübler, B. Geschichte, lk 269.

³² Palingenesia Iuris Civilis. G. 10. D 28, 5, 33. Samuti *De Verborum Obligationibus*. D. 46, 1, 72.

³³ Kunkel, W. Herkunft, lk 197.

³⁴ Honoré. A. M. Gaius, lk 75-76.

et Gaius kirjutas Institutsioonides algselt küll *urbs*, kuid minnes provintsi ning oma tööd üle töötades lisas ta sellele selguse mõttes *Roma*.³⁵

Minu jaoks kõlavad Honoré' põhjendused, miks Gaius võis algul elada Roomas ning hiljem provintsis, veenvalt. Teisedki on lasknud Honoré'l end viimasel ajal veenda.³⁶

Ikka ja jälle kerkib Rooma õiguse alases kirjanduses esile õigustatud ja oluline küsimus: miks ei tsiteeritud Gaiust üsna mitu sajandit ning miks kerkis ta Justinianuse ajal esile kui *Gaius noster*.³⁷ Väga tõenäoline, et kui Gaius ei elanud enam Roomas ning ei kuulunud ühtlasi nende hulka (kas seepärast või mitte), kellele kuulus *ius respondendi*, siis ei peetudki teda tsiteerimisvääriliseks. Selle küsimuse on endale esitanud kõik uurijad, eriti pidades silmas hilisemate Rooma juristide tsiteerimisarmastust.

A. Honoré ja T. Mommseni arvamusi, et Gaius elas provintsis, põhjendaks ka see, et Justinianus, Ida-Rooma keiser nimetas teda *Gaius noster*. Samuti toetaks arvamust, et Gaius elas provintsis, väide, et Gaius ei käsitletud oma Institutsioonides viimaseid keisrikonstitutsioone seepärast, et need ei olnud jõudnud provintsis aktuaalseks muutuda või seal lihtsalt ei tuntud neid veel.

Gaius on ka ainus klassikalise aja jurist, kes kirjutas kommentaari provintsiediktide kohta – tõenäoliselt tunnetas ta kohapeal elades selle vajadust.

Kui väita, et Gaius elas Rooma provintsis, kerkib iseenesest üles küsimus, kus siis ikkagi. Ka sellele on otsitud vastust Gaiuse enda teostest - nimelt Digestades tsiteeritud fragmendist „*iuris Italici sunt Troas Berytus Dyrrachium* (Itaalia õigus kehtib nii Troas'es,

³⁵ *Ibidem*. Lk 76-77. Selle väitega nõustumine eeldab nõusolemist ka teise Honoré teesiga, et Gaius töötas oma Institutsioonide käsikirja üle mitu korda. Viimase suhtes ei tahaks ma aga olla ei eitaval ega jaataval positsioonil.

³⁶ Behrends, O. Gaius, lk 221; Liebs, D. Römische Provinzialjurisprudenz, lk 288-310, edasiste viidetega. Ühtlasi toob ta veenva väite, et „kui Gaius oleks Roomas tegutsenud, oleks ta suurema osa oma teostest nõ turunõudlusest mööda kirjutanud“ (lk 309), erinevalt veel tema avaldatud arvamusest 1967. aasta artiklis „Gaius und Pomponius“, lk 61-75.

³⁷ Näiteks *Constitutio Imperatoriam* p.6-s, seletavas konstitutsioonis Justinianuse Institutsioonide juurde on kirjas:

Quas ex omnibus antiquorum institutionibus et praecipue ex commentariis Gaii nostri tam institutionum quam rerum cottidianarum aliisque multis commentariis compositas cum tres praedicti viri prudentes nobis optulerunt, et legimus et cognovimus et plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus.

(Nad (Institutsioonid) on koostatud kõikide vanade Institutsioonide põhjal, iseäranis aga meie Gaiuse teoste põhjal; nii tema Institutsioonide kui ka Igapäevaste asjade ning paljude teiste alusel; ja kui meie poolt eespool nimetatud kolm meest (meie kantsler ja varasem justiitsminister Tribonianus, õigusteaduse õppejõud Theophilus ja Dorotheus) need Institutsioonid meile esitasid, siis me lugesime ja kontrollisime nad üle ning andsime neile kõigi meie seadustega võrdse seadusjõu).

Beirutis kui ka Dyrrachiumis)”.³⁸ Nendest kolmest linnast on otsitud Gaiuse elukohta.³⁹ Honoré väidab koguni, et Gaius elas neist ühes ja teises linnas.⁴⁰

On tõenäoline, et kui on tegemist *ius Italicum*’ga (Itaalia õigusega), siis valis Gaius elamiseks just sellise linna, kus oli võimalik kasutada ka Rooma õigust. Ning pole võimatu, et ta ühe näitena võis tuua just sellesama enda elukohaks valitud linna. Selles suhtes leian, et Honoré väited on veenvad. Mis puutub aga ühest teise edasi-tagasi rändamisse, siis tundub see mulle vaatamata kõigile Honoré veenmiskatsetele väga kahtlane.

Pole võimatu, et Gaius elas mingil ajal tänases Beirutis, mis ainult veidi hiljem sai üheks kuulsamaiks õigusteaduse keskuseks ja et Gaius oma sealviibimisega võis sellist arengut mõjutada. Igatahes kõlab selline hüpotees väga kaunilt. Tõe suhtes on siiski suur enamus sellest, mis Gaiust puudutab, väga hüpoteetiline ehk ainult vähemal või rohkemal määral tõenäoline.

1.2. Ülevaade loomingust

Gaiuse, nii nagu teistegi klassikalise ajastu juristide töid tunneme peamiselt *Corpus Iuris Civilis (CIC)* Digestade vahendusel.⁴¹ Nagu ütleb Elmar Ilus, on Digestad klassikalise ajastu juriidilise kirjanduse kokkuvõte.⁴² Samas vahendavad Digestad ainult varasemate juristide teoste fragmente ja seetõttu jäävad meie teadmised ka Gaiuse töödest suhteliselt napiks.

Gaiuse kirjutatud teostest teame tänapäeval järgmisi:

- *Ad Quintum Mucium* (Kommentaar Quintus Muciuse teosele *Ius civile*),
- *Ad Edictum Praetoris Urbani* (Rooma linna preetori ediktide kommentaar),
- *Ad Edictum Provinciale* (Provintsi ediktide kommentaar),

³⁸ D. 50, 15, 7. Troas oli maakond Väike-Aasia loodeosas Egeuse mere ja Hellespontose (Dardanellide) kaldal, Trooja ümbruses (*Troas* - Antiigileksikon, lk 581); Dyrrachium oli rooma-aegne Epidamnose nimetus. Epidamnos (nüüd Albaania sadamalinn Durrës) asus Illüüria rannikul (*Dyrrachium, Epidamnos* - Antiigileksikon, lk 124, 137).

³⁹ Mommsen, T. Gaius, lk 35 leiab, et kõik niidid viivad Troas’esse, ...

⁴⁰ Honoré, A.M. Gaius. lk 85 jj.

⁴¹ Iseseisva, st väljapool Digestasid säilinud õiguskirjanduse kohta loe Wenger, L. Die Quellen, lk 523-525. Gaiuse kohta lisaks Krüger, P. Geschichte, lk 276 jj.

⁴² E. Ilus, lk 45.

- *Aurea sive Rerum Cottidianarum* (Kuldsete sõnad⁴³ ehk Loomulikest asjadest),
- *Ad senatus consultum (SC) Orfitianum* (Orfitianuse senati otsuse kommentaar⁴⁴),
- *Ad SC Tertullianum* (Tertullianuse senati otsuse kommentaar⁴⁵),
- *De Manumissionibus* (Orjade vabastamisest),
- *De verborum obligationibus* (Verbaalsetest lepingutest),
- *De fideicommissis* (Fideikomissidest),
- *De tacitis fideicommissis* (Vaikivalt tehtud fideikomissidest),
- *De formula hypothecaria* (Asjaõiguslikust pandihagist),
- *De casibus*⁴⁶ (Juhtumitest),
- *Dotalicium* (Kaasavara õigusest),
- *Regularum libri tres* (Reeglitest⁴⁷ kolmes raamatus)
- *Regularum liber singularis* (Reeglitest ühes raamatus).

Lisaks sellele kirjutas Gaius mõned üksikute seaduste kommentaarid nagu

- *Ad legem XII tabularum* (XII tahvli seaduse kommentaar),
- *Ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam* (Juliuse ja Papius Poppaeuse seaduse kommentaar),
- *Ad legem Glitiam* (Glituse seaduse kommentaar).⁴⁸

Peale Digestade vahendusel tuntud Gaiuse teoste on ainsa klassikalise ajastu juriidilise teosena meieni iseseisvalt säilinud

- *Institutiones* (Institutsioonid), mis on ühtlasi Gaiuse peateos.

Siinkohal võib teatava kurioosumina märkida, et Gaiuse teoste loetelu pole olnud peamine, mis tema puhul on eri uurijate tähelepanu pälvinud. Põhilist huvi on pakkunud

⁴³ Kuldsete sõnade all mõeldakse reegleid, mis tulenevad kõrgematest loomuõiguslikest printsiipidest.

⁴⁴ *SC Orfitianum* käis pärimisõiguse kohta ja nimelt ema surma korral antakse sellega eelispärimisõigus lastele, mitte edasistele järeltulijatele, kõigi muude agnaatide ees. Kaser, M. Römischeres Privatrecht I, lk 702.

⁴⁵ Sarnaselt eelmisele reguleerib naise, kellel on *ius liberorum*, pärimisõigust. Kaser, M. Römischeres Privatrecht I, lk 702.

⁴⁶ Kasutusel on ka nimetus *Species*.

⁴⁷ *Regulae* oli mõeldud sissejuhatava õppekirjandusena ning sisaldas lühikesi juriidilisi aforisme (E. Ilus, lk 40). Nii nimetati aga ka juristide poolt välja arendatud reegleid, mis olid normatiivsed, sest juristid käsitlesid neid sarnaselt seadustele (Kaser, M. Römischeres Privatrecht I, lk 211).

⁴⁸ Palingenesia, Bd. 2, Indices. I. Auctorum et liberorum index alphabeticus. Samas on mitmete teoste puhul Gaiuse autorsuses kaheldud. Nagu juba alguses mainisin, on kaheldud ka Gaiuse eksistentsis üldse.

hoopis tema salapärase elukäik. Näiteks isegi selline juristide biograafiline leksikon nagu “Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert”, käsitleb Gaiuse biograafiat kolmel leheküljel, tema teostest nimetab aga vaid kahte.⁴⁹

Gaiuse tööde dateerimisel kerkivad üles samasugused raskused nagu tema isikuandmete puhul. Tõenäoliselt on see põhjuseks, miks teised Rooma õiguse uurijad enne Honoré’i ei püüdnudki Gaiuse teoseid dateerida ega ajaliselt järjestada.⁵⁰ Honoré’i “Gaiusest” nähtub aga eriti ilmekalt, kui mahukas ja raske on selline töö, mille tulemus jääb samas täiesti hüpoteetiliseks. Honoré on koostanud Gaiuse tööde kronoloogilise tabeli. Kuid selles tabelis toodud tulemustest julgen mina tõenäoliseks ja usaldusväärseks pidada ainult seda, et *Res cottidiana*e on kirjutatud hiljem kui Institutsioonid ning et teosed *De Fideicommissis* ja *Ad Legem Iuliam et Papiam* on kirjutatud pärast 160. aastat. Aastal 180 või hiljem on kirjutatud *Ad SC Orfitianum*.⁵¹

1.3. Gaiuse Institutsioonid

1.3.1. Institutsioonide autorsuse ja olemuse probleem

Gaius on hilisematele tuntud põhiliselt tema kirjutatud esimese algajaile mõeldud süstemaatilise õigusteaduse õpiku kaudu.⁵² Gaiusele eelnenud õigusteaduslikus kirjanduses oli materjal süstematiseeritud kas seaduste vm õigusallikate järgi, millel puudus omavaheline seos või oli see väga nõrk. Institutsioonid olid aga esimene katse süstematiseerida õigust üldistest seisukohtadest lähtuvalt.⁵³ Sellega seoses on palju vaieldud, miks oli Gaius esimene, kas selline õpik oli tema enda idee või järgis ta juba olemasolevat õpikutraditsiooni, mis meieni ei ole jõudnud jne. 20. sajandi keskpaigani arvati, et kuigi tegemist ei olnud sisuliselt millegi uuega, vaid kehtiva õiguse esitamisega, oli uus vorm, milles see esitati.

⁴⁹ Behrends, O. Gaius. - Juristen, lk 221-223; Samuti Kunkel, W. Herkunft, lk 186-213.

⁵⁰ Honoré, A. M. Gaius, lk 46-69.

⁵¹ Vt ka Honoré’i tabel. Honoré, A. M. Gaius, lk 69.

⁵² Tuleb küll lisada, et meie teadaoleva esimese süstematiseeritud õpiku autor, sest näiteks Nelson (vt allpool ptk 1.3.2) leiab, et Gaius tugines varasemate õpikute traditsioonile ja ei olnud ise kuigi uuenduslik.

⁵³ Krüger, P. Geschichte der Quellen, lk 209.

Nüüd on seegi kahtluse all. Juba Paul Krüger leidis, et eriti Institutsioonide kolmandas raamatus tundub, nagu poleks Gaius enda kirjavandavast süsteemist alati aru saanud, sest mõned üleminekud süstemaatilises jaotuses on ähmased⁵⁴. Samuti, et *Res Cottidianae* sisaldab paljude Institutsioonides leiduvate vigade parandusi.⁵⁵ Lisaks viitab Krüger sellele, et oletatakse isegi, nagu oleksid Institutsioonid mõne varasema juristi teose töötlus, ja et ka Institutsioonide tekst pärinevat suures osas sealt.⁵⁶ Samas ei tee Krüger ise selles suhtes mingeid oletusi ning ei ühine otseselt nende seisukohtadega, piirdudes vaid vastavate teooriate tutvustamisega.

Detlef Liebsi arvates anti Institutsioonid ja *Res Cottidianae* välja erinevate isikute poolt. Nimelt olevat Institutsioonid avaldatud Gaiuse õpilaste poolt õppimist hõlbustava loengukonspektina. Gaius olevat selle küll eelnevalt läbi lugenud, kuid piirdunud põhiliselt stilistiliste parandustega.⁵⁷ See seletaks enamikku vigu, mida Institutsioonidele ette heidetakse. Gaius ise olevat siiski samuti andnud välja õpiku ja nimelt *Res Cottidianae*, mille puhul on kõik uurijad veendunud, et selles on parandatud mitmeid Institutsioonides esinevaid vigu ja ebakõlasid.⁵⁸

Okko Behrendsi meelest on Gaius küll ise Institutsioonide autor, kuid seejuures on ta suurel määral toetunud oma koolkonna traditsioonile nii õpetamise meetodikas kui ka

⁵⁴ G. 4, 69; 3, 90; 91. jne. Krüger, P. Geschichte der Quellen, lk 208-210., nii ka Kübler, B. Geschichte, lk 272, samas väidab ta siiski, et Institutsioonide süsteem on „... hästi põhjendatud ning seesmiselt seotud“.

⁵⁵ Igatahes tuleb *Res Cottidianae* dateerida hilisemaks kui Institutsioonid ja kindlasti on autor sarnast teksti teistkordselt kirjutades seda teksti töötlenud ning parandanud. Selles mõttes on kindlasti tegemist parandatud väljaandega. Samas on *Res Cottidianae*'st meieni säilinud vaid üksikud fragmendid ja paranduste, täienduste ja muudatuste hulga kohta on raske nende põhjal midagi täpsemat öelda. Krüger, P. Geschichte der Quellen, lk 209-210. *Res Cottidianae* on üks neist teostest, mille puhul on arvatud, et tegemist ei ole mitte Gaiuse enda, vaid kellegi teise töötlusega Institutsioonidest. Mulle ei tundu see arvamus veenev. Nõustun seda probleemi põhjalikult käsitletud D. Liebsiga, kellele see arvamus ei tundu samuti veenev (vt Liebs, D. Gaius und Pomponius, lk 61-75).

⁵⁶ Krüger, P. Geschichte der Quellen, lk 210, märkus 57.

⁵⁷ Liebs, D. Rechtsschulen, lk 229-230. Sama ka Schulz, F. Geschichte, lk 194 ja Hausmaninger, H., lk 80-81. Igatahes olevat see olnud just printsipaadi ajal tavaks, et vaimustunud õpilased oma õpetaja loengukonspekte autoriseerimata kujul välja andsid. Heinrich Dernburgi arvates on tegemist siiski Gaiuse enda väljaandega. Samas, hoolimata oma eelnevatest viidetest sellele, kuidas ta ei arva, et õpilased oleks ise Institutsioonid välja andnud, pakub ta kohe välja võimaluse, et võibolla kasutas Gaius selle juures siiski ühe oma kuulaja „korrektset ning sõnasõnaliselt ülestähendatud loenguteksti“. Igal juhul olevat tegemist siiski puhtalt õpilaste abistamiseks mõeldud loengutekstiga, mille väljaandjaks on Gaius ise. Dernburg, H. Die Institutionen, lk 33-35. Kübler, B. Geschichte, lk 272, 273, leiab, et Institutsioonide stiil on liiga elegantne selleks, et teos oleks õpilaste poolt välja antud ja lisaks olevat veel muid kahtlusi.

⁵⁸ Liebs, D. Rechtsschulen, lk 230.

süsteemis.⁵⁹ Otseselt on Gaius saanud mõjutusi oma õpetajalt ja sabiniaanide koolkonna ühelt olulisemalt esindajalt Salvius Iulianuselt⁶⁰.

Sabiniaan Salvius Iulianusele andis keiser Hadrianus korralduse võtta kokku kõik eelnevad preetorite ediktid ning koostada edikti lõplik redaktsioon, mis kandis nime *Edictum perpetuum* (Igavene edikt, u 130 pKr)⁶¹. Seda koostades ühendas Iulianus suurepäraselt mitu erinevat asja. Esiteks käsitles ta *ius honorarium*'it, preetorite õigust koos *ius civile*'ga ühtse õigusena (*ius*).⁶² See võimaldas Gaiusel käsitleda kogu eraõigust tervikuna. Teiseks ühendas Iulianus ediktiredaktsiooni koostades kahe õigusteadusliku koolkonna põhimõtted. Nimelt võttis ta üle hilisest vabariigist (Serviuselt⁶³) pärineva õigusemõtlemise formaalsetes instituutides ning ühendas selle sabiniaanide loomuõiguslike põhimõtetega. See võimaldas Gaiusel esitada õigust vabana tegelikest, faktilistest normidest, vormelitest ja õiguse sisemistest süsteemidest (*ius civile - ius honorarium*).⁶⁴

Kuigi ka see polnud originaalne – rooma õigusteadust (nagu rooma kultuuri üldse) mõjutas kreeka filosoofia. Antud kontekstis on olulised kaks filosoofilist koolkonda – stoikud ja skeptikud.

⁵⁹ Behrends, O. Gaius. - Juristen. lk 222.

⁶⁰ Iulianus Salvius I, (u. 100 – 170). Rooma kõrgklassikalise ajastu jurist, üks sabiniaanide koolkonna peadest. Tema põhiteos on *Digesta* (90 raamatut), H. Seileri hinnangul võibolla kõige tähtsam Rooma juristide kirjutis. Iulianuse seisukohad leidsid sageli tunnustamist ning mõjutasid olulisel määral Rooma eraõigust. Hadrianus andis talle koostada preetorite edikti lõpliku redaktsiooni. H. H. Seiler, Juristen lk 317-318. Behrends leiab, et Iulianus ja tema koostatud *Edictum perpetuum* oli eeskujuks Justinianuse kodifitseerimistöele. Behrends, O. Skript, lk 28.

⁶¹ Igavese edikti rekonstrueerimiskatse tegi O. Lenel. Vt Lenel, O. *Edictum Perpetuum*. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung. 1883.

⁶² Alates Serviusest võime märgata selle vahe vähenemist – või õigemini vähemalt kõrvuti käsitlemist õigusteaduslikus kirjanduses. Behrends, Skript, lk 23.

⁶³ Servius Sulpicius Rufus (u. 106-43 eKr) oli rooma õigusteaduse klassikalise-instituutsionaalse suuna rajaja ning saanud filosoofilis-retoorilise (dialektilise) hariduse skeptikute akadeemias. Sellel põhines Serviuse poolt õiguspraktikasse toodud süsteemi-idee (et õigus on inimeste poolt loodud, läbi mõeldud mõistetesüsteemi abil kujundatud mõtteline instituut). Korduvad kujundid ning laused, mis moodustavad selle süsteemi ehk õiguse, pidid Serviuse arvates täiendama inimeste bioloogilist loomust ning kindlustama tsiviliseeritud kooselu huve ja väärtusi. O. Behrends. Servius Sulpicius Rufus. - Juristen. lk 562-563.

⁶⁴ Liebs, D. *Rechtsschulen*, lk 222. Ka prokuliaanid tegelesid sel ajal tervikliku institutsioonide süsteemi väljatöötamisega, kuid teisel moel. *Ibidem*. Lk 222. Ning kuigi koolkondade põhimõtted olid selleks ajaks ühtlustunud, leidis küllalt ka erinevusi, mis mõjutasid juriste isegi siis, kui koolkonnad ise olid peaaegu kadunud. Nii näiteks prokuliaan Ulpianus (vt allpool ptk. 2, 2), kes jaotas oma Institutsioonides õpetuse õiguse allikatest kolmeks: *ius civile*, *ius gentium* ja *ius naturale*. Gaiuse Institutsioonides *ius naturale* ei esine, sest vastavalt printsipiilisele õigusteooriale võrdub *ius gentium* praktiliselt *ius naturale*'ga (vt allpool ptk 2.3.2.2.). Lisaks vt Gaiuse Institutsioonide süsteemi teooriate kohta Nelson, H. *Überlieferung*, lk 335-337.

Stoa filosoofia mõjul tekkis rooma nn eelklassikalisse õigusteadusesse (*veteres*)⁶⁵ õpetus loomuõigusest. Eelkõige oli selline loomuõigus aluseks *ius gentium*'ile. Stoikud õpetasid, et kogu kosmost, sh inimkonda valitsevad jumalikud tunnetusprintsiihid. Inimesed on võimelised neid printsiipe loogika abil tunnetama, sõnastama ning peavad neile kuuletuma.⁶⁶

Õiguse kehtivusaluseks sai religiooni asemel niisiis filosoofia või täpsemalt eetika. See tähendab, et õigus kehtib seepärast, et ta on mõistlik ja mõistusepärane. Inimene kui mõistusega olend järgib mõistlikke reegleid just sellepärast, et nad on mõistlikud. Eelklassikaline õigusteadus leidis, et õigus on mõistlik seepärast, et ta põhineb loodusel, mis on täidetud jumalike printsiiptidega ja on inimeste suhtes heatahtlikult meelestatud (Inst. 1, 2, 11).

Eelklassikaliste juristide poolt viljeldud tõlgendamine vastavalt seadusesätte mõttele ning eesmärgile asendus klassikutel⁶⁷ – skeptikute mõjul - institutsionaalse mõtlemisega, mis lähtus vaid seaduse tekstist. Teistsugused tõlgendusviisid olid sel ajal lubatud ainult preetoritele.⁶⁸

Just hellenistlikus Skeptikute akadeemias õpetatud dialektilis-retoorilisele traditsioonile tugineb süstemaatiline õpik kui selline. Skeptikud püüdsid esitatavat lihtsustada, jagades ainese *definitio*'teks (definiitsioonid), *partitio*'teks (loetelud), *divisio*'teks (analüüsivad jaotused), *genus*'teks (liigitused) ning *species*'teks (liigid).

⁶⁵ 3. saj keskpaik eKr kuni 82 eKr. Eelklassikalist õigusteadust mõjutas nõ esimene kreeka filosoofia laine. Selle tulemusena astus ühise religioosse riituse abil ühendatud, õigusrahul põhineva sugukonna (kelle jaoks väljasseisjad oli lindpriid) asemele "inimkond" oma riikliku organisatsiooniga. See eelklassikaline loomuõigus tõi õigusse nn usalduse printsiihi - näiteks hea usu (*bona fides*) põhimõtte. Selle ja teiste loomuõiguslike põhimõtete ehk *ius aequum*'i tagamine õiguses (nii õiguse täiendamine kui ka korrigeerimine) oli magistraadi ülesanne. Behrends, O. Skript, lk 20-21.

⁶⁶ Vt eesti keeles stoa õigusfilosoofia kohta ka M. Luts, Sissejuhatus, lk 64-66.

⁶⁷ Eristan üksikuid juriste - klassikud vastanduvad eelklassikutele, hiljem prokuliaanid sabiniaanidele. Samas kuuluvad ka prokuliaanid klassikute hulka, esindades institutsionaalset õigusteooriat. Eelklassikuid ja sabiniaane sarnaselt samastada ei saa (kuigi mõlemad esindavad printsiiibilist õigusteooriat), sest puudub jätkuv traditsioon.

Ajavahemikus 82. eKr - 1. saj koolkondade tekkeni tegutsenud juriste ning õigusteooriat nimetatakse spetsiifiliselt klassikaliseks. Seejuures on tegemist klassikalise ajastuga (82. eKr - 27 eKr/250 pKr). Alates koolkondade tekkest võime seda ajastut nimetada ka kõrgklassikaliseks ning näiteks Gaius on veel kõrgklassikalise ajastu jurist. Seejärel tuleb hilisklassikaline ajastu. Ulpianus, Paulus, Modestinus ja Papinianus pigem hilisklassikalise ajastu juristid. Piir nende perioodide vahel ei ole väga selge ning pole selles mõttes oluline. Behrends, O. Skript, lk 22-24; Institutionelles, lk 192-196.

⁶⁸ O. Behrends. *Fraus legis*, lk 79-109.

Skeptikute õpetuse võttis õigusteaduses kasutusele Servius. Servius õppis koos Ciceroga⁶⁹, kes ülistab Serviust kui alusepanijat õigusteadusele kui teadusele oma teoses *Brutus*.⁷⁰ Ühtlasi saame just Cicero teostest teada, millised täpselt olid rooma õigusteaduse jaoks uued, Serviuse poolt esmakordselt rakendatud meetodid. Neid ja Serviuse skeptikute meetodist lähtuvaid oskusi kirjeldab järgmine tekstilõik Cicero *Brutus*'est:

/.../ quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partis, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia. (41, 152) Hic enim attulit hanc artem omnium artium maxumam quasi lucem ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur.

“Dialecticam mihi videris dicere,” inquit.

“Recte” inquam “intellegis; sed adiunxit etiam et litterarum scientiam et loquendi elegantiam, quae ex scriptis eius, quorum similia nulla sunt, facillume perspicere potest.” (41-42, 153)

(/.../ Seda ei oleks ta aga ainult õigusteadusega kunagi saavutanud, kui ta peale selle poleks ka veel seda kunsti õppinud, mis õpetab mingit üldist mõistet osadeks jagama, ebaselget tõlgendamise teel seletama; kahemõttelisusi kõigepealt märkama ja siis eristama; viimaks omandama reeglit, mille järgi tõe ja vale üle otsustada ja samuti, mida teatud eeldustest järeldada saab ja mida mitte. Tema oli see, kes selle kunsti, mis on kõikide kunstide hulgast kõige tähelepanuväärsem, tõi sarnaselt tulele sinna, kus teised ilma meetodita vastuseid andsid ning kohtus käisid.

“See on kindlasti dialektika, millest sa mulle räägid,” ütles Brutus.

“Õige,” ütlesin ma, “sa mõistad mind. Lisaks sidus Servius dialektikaga teaduse ning stilistilise elegantsuse. Seda mõistab kergesti tema teoste põhjal, millele ei ole sarnaseid.”)

Cicero on oraatorina pannud kirja palju õpetussõnu argumenteerimise kunstist. Üheks neist on ka *Topica* (Üldised kohad) ja samuti *Partitiones oratoriae* (Kõnekunst loeteludes). Oraatorite ülesanne Vana-Roomas oli osapoolte esindamine kohtus (juristid seda ei teinud). Seepärast on argumenteerimisnäited Cicero teostes sageli õiguslikud ja

⁶⁹ Marcus Tullius Cicero (106-43 eKr), Rooma vabariigi riigimees ning olulisemaid kohtuoraatoreid polnud küll professionaalne jurist, kuid tundis hästi kaasaegset positiivset õigust ja selle arengut. Ta oli oma aja tippjuristide õpilane ja institutsionaalse õigusteaduse looja Servius Sulpiciuse kaasaegne ja õpingukaaslane. Cicero vahendusel ja abil võeti rooma õigusteaduses üle kreeka õigusfilosoofias leiduvaid vorme, jaotusi jm. Eriti oluline allikas temalt õigusteaduse muutmise kohta on *Partitiones oratoriae*, 37, 129-131. (Õigusfilosoofia ajaloo õpikutes seda teost tavaliselt ei nimetata. Vrd näiteks M. Luts, lk 65. Ilmselt on seda teost peetud puhtretooriliseks, kuigi Cicero õigusteaduse seisukohalt on ta väga oluline) Kõnes *Pro Caecina* kasutab Cicero eelklassikalise jurisprudenti teooriat. Behrends, O. Marcus Tullius Cicero - Juristen. lk 125-127.

⁷⁰ M. T. Cicero. *Brutus*. Vt näiteks 41, 151-42, 156.

seepärast õppisid jurist Servius ja oraator Cicero koos. Nii kirjutas Cicero oma kõnekunsti õpetuses *Partitiones oratoriae*⁷¹ kogu õigussüsteemi kohta:

./.../ Quod (ius) dividitur in duas primas partis, naturam atque legem, et utriusque generis vis in divinum et humanum ius est distributa; quorum aequitas est unum, alterum religionis. (37, 129) ./.../ sed propria legis ea, quae scripta sunt, et ea, quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur. Scriptorum autem privatum aliud est, publica aliud ./.../ (37, 130)

(See (õigus) jaguneb kahte peamisse ossa: loomuõigus ja seadustatud õigus ning mõlemad jaotused jagunevad vastavalt oma loomusele jumalikuks ja inimlikuks õiguseks; seejuures kuulub üks neist õigluse, teine religiooni valdkonda. ./.../ Seadusele on iseloomulik aga see, mis on kirja pandud, ja seda, mida ei ole kirja pandud, säilitatakse rahvasteõiguses või esivanemate tavades. Kirjutatud õigusest on aga üks osa eraõigus, teine avalik õigus. ./.../)

Oma õigussüsteemi kirjelduses kasutab Cicero õiguse sisu avamiseks just sedasama skeptikute meetodit. Enamasti kasutab ta jaotusi, mille kaudu ta defineerib ühtlasi õiguse sisu. Meiegi saame tänapäeval aru, et õigust kui süsteemi mõista on tunduvalt kergem kui lihtsalt seadusi ja senati otsuseid pähe õppida ning seda erinevates süsteemides (nagu *ius civile*, *ius honorarium* ja *ius gentium*) üheaegselt.

Võrreldes Cicero süsteemi Gaiuse Institutsioonide asjade jaotusega, võime näha küll erinevaid liigitusi, kuid sarnast süsteemi.⁷²

Serviuse süsteemi arendas edasi tema õpilane Trebatius⁷³, kes omakorda oli prokuliaanide koolkonna rajaja Labeo õpetaja.

Hetkest, mil sabiniaan Iulianus ühendas oma ediktiredaktsioonis kaks seni eraldi seisnud õigussüsteemi - *ius civile* ja *ius honorarium*'i, tuginedes selles nii prokuliaanide süstemaatilisele käsitlusele kui ka sabiniaanide õigusprintsipiidele, sai võimalikuks sarnase õpiku kirjutamine, nagu seda tegi Gaius.

Manfred Fuhrmanni arvates võttiski Gaius süstemaatilise õpiku kasutusele peaaegu „suletud tervikuna, mis ühendab selgelt eristatavaid loogilisi abivahendeid samavõrd püsiva hulga esituskeemidega“⁷⁴. Samas tuleks süstemaatilise õpiku enda kasutuselevõtmist

⁷¹ M. T. Cicero. *Partitiones oratoriae.*, 37, 129; 130;

⁷² Võrdle Lisa nr 2 Gaiuse asjade skeemiga nende kuuluvuse alusel ptk-s 2.3.2.

⁷³ Trebatius (u 1. saj pKr) muide pühendas Cicero oma teose *Topica*. Ühtlasi pehmendas ta oma õpetustes veidi Serviuse formalismi. Behrends, O. Skript, lk 26.

⁷⁴ Fuhrmann, M. *Das systematische*, lk 183-184, lisaks selle retsensioon Franz Wieackerilt: IURA 12 (1961), lk 282-287.

eristada mõistete retseptsioonist või väljatöötamisest.⁷⁵ Seejuures toetus Gaius loomulikult kõigile eelnevaile õigusteaduse saavutustele.

Minu arvates⁷⁶ on see, mida Gaius tegi, olemasoleva süsteemi esitamine õpikuna. Tõenäoliselt ei teinud ta sellesse süsteemi ise suuremaid muudatusi, kuid siiski teatavaid uuendusi, proovides olemasolevat täiendada, korrastada ning parandada.

Eelneva kokkuvõtteks tuleb nentida, et ka õigusteaduses ei toimu miski korruga. Eelduseks Gaiuse õpikuvormi kasutuselevõtmisele oli muutus õigusteaduslikus mõtlemises. Ilma Serviuse poolt õigusteaduses kasutusele võetud (ja esmakordselt kirja pandud) institutsionaalse mõtlemiseta poleks olnud võimalik õigusteadusliku süsteemi loomine. Viimane omakorda mõjutas õiguse arengut materiaalõiguslikul tasandil. Enne seda ei kujutatud ette võimalust käsitleda koos *ius civile*'t ja *ius honorarium*'i.

Gaius, nagu tema eelkäijadki, toetus ka mõistete puhul teistest teadustest pärinevatele reeglitele ja mõttevormelitele.⁷⁷ Samas ei puudunud jaotused ka rooma enda varasemas õigusteaduslikus traditsioonis. Näiteks *potestas - manus - mancipium*, mis töötati välja põlvkondade vältel alates Quintus Muciusest⁷⁸ Sabiniuseni.⁷⁹

⁷⁵ Fuhrmann, M. Das systematische, lk. 184; Wieacker, F. Retsensioon. lk 285.

⁷⁶ Ka näiteks Behrendsi, Fuhrmanni ja Wieackeri arvates. Behrends, O. Juristen, lk 222; Fuhrmann, M. Das systematische, lk 184; Wieacker, F. Retsensioon, lk 285.

Liebs leiab, et Gaiuselt pärineb Institutsioonides sisalduv materjali korraldus, kuid et õigusteadusliku algajate õpiku traditsioon pärineb hoopis õpilaste poolt välja antud loengukonspektidest ning et Gaiuse õpikus kasutatud süsteem oli osa sel ajal kasutusel olnud õpetussüsteemidest. (Liebs, D. Rechtsschulen, lk 231-235). Võib-olla on see, mida me mõlemad silmas peame, üsna sama. Kuigi päriselt ma ei nõustuks Liebsi väitega, nagu oleksid ka teised Rooma juristid kasutanud enne Gaiust õpikut sellisel kujul.

⁷⁷ Wieacker peab siin silmas näiteks jaotusi *personae*, *res*, *actiones* ning *res corporales-incorporales*, mis tema arvates pärinevad filosoofilisest traditsioonist (ka Stroux arvates pärinevad need retoorikast. Stroux, J. Römische, lk 94jj). Wieacker, F. Retsensioon. lk 285-286. Kuigi sellised jaotused võisid olla ka osa filosoofilisest traditsioonist (vt just *res corporales - res incorporales* kohta Becker, C. Die res bei Gaius, lk 55-68), ei tähenda see, et sel jaotusel poleks olnud praktilist tähtsust õigusteaduses. Vt selle kohta allpool ptk. 2.3.3.2.

⁷⁸ Quintus Mucius Scaevola (u 140-82 eKr) oli rooma eelklassikalise õigusteaduse viimaseid esindajaid. Tema põhiteos *De iure civili* (18-s raamatus) on viimane vabariigi-aegne kirjutis, mida mõjutas tugevalt *ius civile* (individuaalse vabaduse tsiviilõigus) ja *ius gentium*'i (rahvaste loomuõigus) vastandus. Q. Muciuse õigusteaduslikus süsteemis oli kesksel kohal *bona fides* kui loov ning parandav õigusprintsip. Samas oli ta *ius civile* tõlgendamisel väga range ning sõnastusest kinnipidav. Klassikaline institutsionaalne süsteem lükkas Q. Muciuse oma kõrvale. Sabiniaanide koolkonna kaudu mõjutas Mucius oluliselt printsipaadiaegset ning hilisemat õigusteadust. Sabinus lähtus temast oma 3-kõitelise *Ius civile* koostamisel, mis oli sabiniaanide koolkonna alustalaks. O. Behrends. Quintus Mucius Scaevola. - Juristen. lk 444-445.

Schulz arvab, et Gaius on ilmselgelt kasutanud Q. Muciuse süsteemi, tehes selles väikseid, tema arvates mitte just teosele hästi mõjunud muudatusi. Enamik Gaiuse-uurijaid nii ilmselgelt seda ei väida ning minu arvates ei ole Schulzi väide piisavalt tõestatud. Schulz, F. Geschichte, lk 191-192.

⁷⁹ Wieacker. F. Retsensioon, lk 286.

Selles, et Institutsioonid kujunesid just selliseks nagu me neid tunneme, mängis kindlasti teatud rolli ka Gaiuse nõ ajalooline teadvus ning arusaamine ülevaate vajalikkusest, mis enamikul Rooma juristidel puudus.⁸⁰ Sellise ülevaate vajadus seletab, miks just Gaius võis olla Institutsioonide autor ning ühtlasi kinnitab seda. Selline ajalooline teadvus on oluline ka sisulisest küljest – Institutsioonides on ära toodud paljud õigusinstituudid, millest teame vaid Gaiuse kaudu ja mis temagi ajal olid juba kadumas või kadunud.

1.3.2. Institutsioonide süstemaatika

Gaiuse teose pealkiri *Institutiones* on lihtne, kuid teravmeelselt kahemõtteline ja Institutsioonide süsteemi iseloomustav. *Institutio* tähendab nii õiguse instituuti, inimeste poolt väljamõeldud abstraktset osa õigusest, kui ka teooria õpetamist. Nimelt esimest osa õigusõpetusest, nõ õiguse põhimõistete, õiguse entsüklopeedia omandamist, mida hiljem tehti just Gaiuse õpiku abil. Teist osa õigusõpetusest nimetati *instructio*, mis tähendas materjali praktilist omandamist.⁸¹ Selles mõttes kajastab Gaiuse õpiku pealkiri täielikult tema mõlemat eesmärki – nii õiguse süstemaatilist esitamist kui ka selle kaudu juristide õpetamist.

Õpikulik süstemaatika ei ole sugugi ainus, mida Rooma juristid kreeka filosoofiast õppisid. Eelklassikalised juristid olid esimesed, kes said kreeka filosoofiast, stoa koolkonnalt mõjutusi loomuõigusliku printsiibilise mõtlemise näol.

Pärast seda kui vahepeal oli valitsevaks institutsionaalne mõtteviis, võtsid sabiniaanid eelklassikalisest õigusest taas kasutusele printsiibilise mõtlemise ja loomuõiguse. Koolkondade kokkusulamise tulemusena tekkis ka Gaiuse Institutsioonides nähtav rooma õigusteaduse süsteem, mis oli põhiliselt üles ehitatud institutsionaalselt, kuid mida täiendasid sabiniaanide loomuõiguslikud printsiibid nagu näiteks *bona fides*. Pärast äärmuslikku, Serviusele omast formalismi mõistsid ka institutsionaalse mõtteviisi esindajad, et vaid seadusi grammatiliselt tõlgendav ning institutsionaalsel süsteemil põhinev

⁸⁰ Näiteks on Gaius ainuke, kellelt pärineb kommentaar XII tahvli seadustele. Samuti esineb Institutsioonides õigusinstituute, mille kohta on teistelt autoritelt teada, et selleks ajaks oli see praktiliselt kadunud. Gaiuse ajaloolise teadvuse olulisuse toob esile Bauman, R. A. *Laywers in Roman Transitional Politics*, lk 13.

⁸¹ Behrends, O. *Die Institutionen*. lk 281.

õigusteadus ei toimi õiglaselt, sest pole olemas lünkadeta seadusi. Nii et seaduspositivismi luua ei õnnestunud juba Rooma juristidel. Sabiniaanide loomuõigusel põhinev täiendus *bona fides* on kasutusel tänaseni.⁸²

Institutsioonide süstemaatika põhineb dialektilisel argumentatsioonimeetodil. Cicero selgitab neid oma *Topica*'s Trebatiusele täpsemalt:

/.../Definitio est oratio quae id quod definitur explicat quid sit. Definitionum autem duo genera prima: unum earum rerum quae sunt, alterum earum quae intelleguntur. (5, 26)

Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; /.../ (5, 28).

In partitione quasi membra sunt, ut corporis, caput, umeri, manus latera, crura pedes et cetera. In divisione formae, quas Graeci εἶδη vocant, nostri, si qui haec forte tractant, species appellant, /.../ (7, 30)

Genus et formam definiunt hoc modo: Genus est notio ad pluris differentias pertinens; forma est notio cuius differentia ad caput generis et quasi fontem referri potest. /.../ (7, 31)

(/.../ Definiitsioon on lause, mis seletab defineeritavat tulenevalt selle mõistest. On olemas kaks definiitsiooni põhiliiki: üks käib nende asjade kohta, mis tõeliselt eksisteerivad, teine nende kohta, mida ette kujutatakse.

Definiitsioonidest on ühed loetelud ja teised analüüsivad jaotused; /.../

Loetelulises definiitsioonis loetletakse üles selle asja koostisosad, näiteks nagu keha juures pea, õlad, käed, küljed, jalad, jalalabad ja kõik ülejäänud; analüüsiv definiitsioon koosneb aga liikidest, mida kreeklased tähistavad sõnaga εἶδη, meie autorid aga, kui nad midagi sellist käsitlevad, nimetavad seda liigiks (species), /.../

Mõisteid "liigitus" ja "liik" defineeritakse järgneval viisil: liigitus on mõiste, mis käsitleb erinevaid tunnuseid; liik on mõiste, mille teda teistest eristav tunnus on tuletatud liigituse põhitunnusest ja seega on teatud mõttes selle allikani tagasi viidav. /.../

Institutsioonide keskpunktis on inimene. Idee, et isik, *persona* või *caput* kui õigussuhte subjekt on käsitluse keskpunktiks, tõi rooma õigusteadusesse Servius.⁸³ Gaius on seda rakendanud üsna järjekindlalt. Tema Institutsioonide esimene raamat on pühendatud isikutele ja ka kõik järgnevad raamatud algavad alati isikuga.⁸⁴ Gaiuse Institutsioonide süsteemi teised kaks olulist mõistet - asjad ja hagid (G. 1, 8) on õigussuhte objektid, need, millele on isiku tegevus suunatud.

⁸² Behrends, O. Institutionelles, lk 187-231, kokkuvõtlikult lk 229-231; samuti Behrends, O. Fraus legis. lk 86-110.

⁸³ Behrends, O. Die Person, lk 42-43.

⁸⁴ Lisaks Institutsioonide esimesele raamatule vt ka G. 2, 1 - *res in nostro patrimonio* - *res extra nostrum patrimonium* (meie eraomandis olevad ja väljaspool meie eraomandit olevad asjad); aga ka hagide juures G. 4, 3; 4, 183. Vt ka allpool ptk. 2.2 ning Behrends, O. Die Institutionen, lk 287jj.

Uus on Gaiuse Institutsioonides orjade käsitlemine isikutena.⁸⁵ Siit on näha ka vahe klassikute ning sabiniaanide hilisemate esindajate vahel. Vastavalt klassikalisele Rooma õigusele sai orje käsitleda ainult kõnelevate tööriistadena.⁸⁶ Stoa õpetuses ja rooma õigusteaduse loomuõiguslikus lähenemises olid ka orjad õigussubjektid, kellel võis oma isandatega olla õigussuhteid. Seda küll mitte vastavalt *ius civile*'le, vaid vastavalt loomuõigusele.⁸⁷ Gaius oli oma loomuõiguslike vaadete väljendamisel tagasihoidlik, käsitledes lihtsalt orje isikuteõiguses:

Et quidem summa diuisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut serui. (G. 1, 9)⁸⁸.

(*Isikuteõiguse peamine jaotus on see, et kõik inimesed on kas vabad või orjad.*)

Loomuõiguslikud vaated avaldusid palju selgemalt Justinianuse Institutsioonides⁸⁹:

/.../Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi consistuerunt: bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae. Iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur./.../ (Inst. 1, 2, 2)

(*Sest käibe nõudmiste ning inimlike vajaduste tõttu on inimsool juurdunud teatud instituudid: puhkesid nimelt sõjad ja neile järgnesid vangivõtmised ning orjus, mis ei vasta loomuõiguslikele põhimõtetele. Vastavalt loomuõigusele sündisid ju kõik inimesed alguses vabadena.*)

Siiski ei olnud Gaiuse käsitus isikust, kelle hulka olid arvatud ka orjad, 2. saj pKr veel iseenesestmõistetav ja loomulik. Pigem oli see sel ajal isegi üsna ebatavaline.

⁸⁵ Näiteks G. 1, 3.

⁸⁶ Behrends, O. Skript, lk 32.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Siin ja edaspidi on Gaiuse tekst püstkirjas, teiste autorite tekst kursiivis.

Gaiuse Institutsioonide ladinakeelse teksti alusena on kasutatud Studia Gaianat. (Ed David, M. Feenestra, R. Nelson, H, L, W. Vol I. Gai Institutiones secundum. Editio minor. Leiden. 1964.) Et selles väljaandes on kasutusel klassikaline ladina keel (vastavalt kasutatud käsikirjale), milles puudub vahe tähtedel *U* ja *V*, jätsin ka mina vastavalt originaalile vahe tegemata. Samuti on nimetatud väljaandes kasutusel järgmised märgid: [] = sõnad, mis on tunnistatud Gaiuse käsikirjades kadunuks; < > = sõnad, mis puuduvad Verona käsikirjast ja mida ei ole tähistatud tühiku märgiga; = väljaloetamatud tähed; || = Verona käsikirja lehtede piirid (lehenumbri asuvad sõnast vasakul küljes); *kursiiv* näitab täiendusi Verona käsikirjas (tulevad suuruse poolest esile) või käsikirja parandusi.

⁸⁹ Vt ka Pohlenz, M. Die Stoa, lk 263-264. Siin ja edaspidi on Justinianuse Institutsioonide ja Digestade ladinakeelse teksti alusena kasutatud väljaannet Corpus Iuris Civilis. (Ed. P. Krüger, T. Mommsen) Vol. I. Berlin. 1922.

Gaiuse enda nimetatud põhijaotus Institutsioonides on küll jaotus isikud (1. rmt), asjad (2; 3. rmt) ja hagid (4. rmt). Siiski võib nende jaotuste siseselt eristada veel teisigi õigusinstituute. Nimelt algab Gaiuse Institutsioonide esimene raamat lühikese sissejuhatusega ja seejärel käsitleb nii isiku- kui ka perekonnaõigust.

Teine raamat käsitleb kõigepealt asju ja nende liike ning seejärel asjade omandamist. Asjade omandamise siseselt eristatakse üksikute asjade omandamist ehk tänapäevaselt asjaõigust ning asjade kogumi ehk pärandi omandamist testamendi teel ehk tänapäevaselt pärimisõigust. Ja et testamendiga saab määrata ka legaate ja fideikomisse, siis käsitletakse neidki teises raamatus.

Kolmas raamat algab seadusejärgse pärimisega, kuid suurem osa raamatust on pühendatud tänapäevasele võlaõigusele. Seega on asjaõiguse siseselt käsitletud nii kehalisi kui ka kehatuid asju ja nendega toimuvat.⁹⁰

Neljas raamat on pühendatud tänapäevasele protsessiõigusele, mis Vana-Roomas ei olnud materiaalsoigusest eraldatud. Protsessiõigus võimaldas isikel kaitsta oma õigusi, mis olid seotud nii teiste isikute kui ka asjadega.

Hein Nelson leiab, et kuigi Gaius on üritanud Institutsioonide õpikut koostades järgida institutsionaalset süstemaatikat, ei ole see tal alati õnnestunud. Nelsoni arvates on Gaius enamasti kasutanud kirjanduses juba varem esinenud jaotusi. Materjali süstematiseerimine ise jaotusi luues ei ole tal nii hästi õnnestunud, sest teatud kohtades on Gaius liiga kinni varasemas esituslaadis. Näiteks on ta suurepäraselt liigitanud asjad kolme peamisse jaotusse: *res divini iuris - res humani iuris* (G. 2, 2), *res corporales - res incorporales* (G. 2, 12), *res mancipi - res nec mancipi* (G. 2, 14a); nende omandamise võimalusi (*traditio, mancipatio, in iure cessio, usucapio* - G. 2, 18-61) ei ole ta aga esitanud vastavalt dialektika reeglitele, vaid on neid käsitletud lihtsalt üksteise järel.⁹¹

Võrdleva analüüsi tulemusena⁹² leiab Nelson, et tõenäoliselt järgis Gaius juba pikemat aega eksisteerinud õigusõpetuse traditsiooni. Loomulikult tegi ta katseid muuta oma käsitlust ülevaatlikumaks ja selgemaks, jagades ka ise ainest liikideks ning luues jaotusi ja alajaotusi. Üldiselt aga valmistas see Gaiusele raskusi ja enamasti eelistas ta

⁹⁰ Vt selle kohta allpool pkt 2.2., aga ka Gaiuse kehaliste ja kehatute asjade definitsiooni G. 2, 12-17.

⁹¹ Nelson, H. Überlieferung, lk 376-383.

⁹² Nelson käsitleb veel Ulpianuse algajateõpikut *Liber singularis regularum* ehk *Regulae* ning nn *Fragmentum Dositheanum*'it ehk *Hermeneumata Pseudodositheana, liber 5*, mis pärinevad suhteliselt lähedasest ajast. Vt Nelson, Überlieferung, lk 338 jj.

traditsioonilist käsitusviisi. Kokkuvõtteks leiab Nelson, et oleks liialdus väita, et Gaius tõi oma õpikuga murrangu institutsioonilisse õpetussüsteemi.⁹³

Arvan, et Nelsonil on kindlasti õigus, kui ta väidab, et Gaius ei olnud oma õpiku koostamisel kuigi iseseisev. Iseküsimus on see, kui kaua oli sellise õigusõpetuse traditsioon nagu seda esitab Gaius enne teda üldse olemas olnud. Kindlasti ei saanud see olla enne Iulianust. Sest vaatamata sellele, et printsipaadi ajal kujunesid välja õigusteaduslikud koolkonnad, st õpilased ja õpetajad, oli olemas teatud õpetussüsteem ja ka juba enne Iulianust olid mõlemad õigussüsteemid - *ius civile* ja *ius honorarium* - teataval määral lähenenud, ühendas nad lõplikult siiski alles Iulianus. Seega võis Gaius oma õpikut kirjutades toetuda varasematele, ehk isegi Iulianuse enda õpetustele ja loengukonspektidele. Gaiusest palju varem polnud aga aeg sarnase õpiku kirjutamiseks küps.

Loomulikult on Gaiuse Institutsioonide ülesehituses ja sisus puudusi⁹⁴ ning seda ka tema enda hilisema *Res cottidianae*'ga võrreldes. See näitab aga minu arvates, et võis tõesti olla tegemist esimese katsega kirjutada selline õpik ja et seda kirjutades õppis ka autor ise. Tulemuseks oli teine ja juba tunduvalt parem teos *Res cottidianae*.

Võib vist küll öelda, et Gaiuse teene oli kogu oma ajastu teadmistest parima ja sobivaima kokkukogumine ning selle valamine vastavasse vormi. Kuigi kõik ei pruugi seejuures olla originaalne, oli originaalne ja järeltulevaid põlvi aastasadu mõjutav selle kõige esitamine just sel moel.

1.3.3. Institutsioonide tähendus hilisemale Rooma õigusele

1.3.3.1. Õpetus õigusteaduslikes koolides

Õigusteaduse õpetamine oli esialgu – vähemalt paar sajandit - Rooma kui pealinna privileeg. Rooma säilitas oma privilegeeritud seisundi õigusteaduse õppimiskohana ka peale Konstantinoopolis kõrgkooli asutamist⁹⁵, kuhu sageli ka Kreekast mindi.⁹⁶ Tegelikult on

⁹³ *Ibidem*, lk 393-394.

⁹⁴ H. Hausmaninger ja W. Selb iseloomustavad Gaiuse Institutsioone järgmiselt: “Õiguse süstemaatilise liigitusena on Gaiuse Institutsioonid tähelepanuväärne loominguiline saavutus. Seevastu sisuliselt ei ole nad midagi erilist, kohati isegi puudulikud.” (lk 80).

⁹⁵ Konstantinoopoli kõrgkooli täpne asutamisaeg on teadmata, see asutati ajavahemikus 414-425. Krüger, P. Geschichte, lk 392.

⁹⁶ Wenger, L. Die Quellen, lk 616.

õigusteaduse õpetamise kohta Roomas täpsemalt säilinud vaid paar fragmenti erinevatest teostest.⁹⁷ Õnneks on veidi rohkem teada hilisema õigusõpetuse sisu kohta.

Gaiuse ajal ja järgneval perioodil alustati õigusteaduse õpetamist lühiülevaatega eraõigusest⁹⁸, millele lisandusid seletused ediktide ning *ius civile* kohta. Järgnes *disputationes*, mis kujutas endast õpilaste osaliselt avalikke ja kõigile küsimustele avatud vabu ettekandeid. Krüger oletab, et viimane langeb kokku *ius publice respondere*'ga (õiguslike küsimuste avalik vastamine), mis toimuski *stationes*'tes.⁹⁹ Lühidalt öeldes oli tegemist õpetuse jagamisega *instituere* ja *instruere* vormis.

Lisaks Roomale oli kuulsaim õigusteaduse kool Beirutis (Berytos)¹⁰⁰, millele järgnes Konstantinuse asutatud kool Konstantinoopolis. Teateid on ka õigusteaduse õpetamisest Aleksandrias, Caesareas (alates 212), Kartaagos, Ateenas ja Antiookias. Kuid viimastes kujutas see endast pigem ettevalmistavat õpetust muuhulgas ka õigusteaduses. Põhirõhk neis koolides oli pigem grammatikal, retoorikal ja ladina keelel.¹⁰¹ See oli ka põhjus, miks näiteks Justinianus keelas oma konstitutsiooniga ära õigusteaduse õpetamise Aleksandrias, Caesareas ning teistes linnades ja jättis selle vaid tunnustatud koolide privileegiks

⁹⁷ Näiteks „*ipse dies pulchro distinguitur ordine rerum: sportula, deinde forum iurisque peritus Apollo*“ (Päeval on kaunike kord, asjatoimetus nii nagu nõuab: andide korv, siis foorum, kus seisab juristist Apollo) – Juvenalis, *Saturae* 1, 127j. (Tõlge A. Sang. Rooma kirjanduse, lk 498-499) Sellesama juurde kuuluvatelt skolionidelt (raskesti mõistetava tekstilõigu seletus) võib lisaks teada saada, et õpetust jagati Apollo templi juures uuel foorumil, kus oli kohtunike tribüün ning selle lähedal elevantiluust Apollo kuju. Liebs, D. *Rechtsschulen*, lk 236; Rooma kirjanduse, lk 663.

Kokkuvõtlikult on õigusteaduse õpetamise kohta Roomas arvatud järgmist: Õpetamine ja klientidega suhtlemine toimus avalikult kindlates *stationes*'tes (Gellius. *Noctae Atticae*. 13, 13, 1) või *auditoria*'tes (D. 23, 3, 78, 4; 40, 15, 1, 4; 12, 1, 40. Kas *stationes* ja *auditoria* olid erinevad või pigem sama asja erinevad nimetused, on raske ütleda. Kübler, B. *Geschichte*, lk 258 arvab, et neid võib samastada.) Tõenäoliselt olid need küll kõigile ligipääsetavad, kuid siiski suletud või vähemalt katusega kaetud ruumid. Praktiline küsimustele vastamine toimus tõenäoliselt Apollo templi juures. Samas jagasid juristid konsultatsioone edasi ka kodus ning tõenäoliselt õpetasid nad seal ka oma õpilasi, kuid et tegemist oleks kindla sellise korraldusega, pole meil ka alust oletada. Liebs, D. *Rechtsschulen*, lk 237 jj. Sealtsamast vt edasise kirjanduse ja püstitatud hüpoteeside kohta.

⁹⁸ Seda võib oletada Institutsioonide nimeliste õpikute sisu järgi, mis tõenäoliselt olid sellele tegevusele nii aluseks kui abiks. Krüger, P. *Geschichte der Quellen*, lk 151.

⁹⁹ Krüger, P. *Geschichte der Quellen*, lk 151jj.

¹⁰⁰ Kusjuures Demandt, A. *Die Spätantike*, nimetab Beirutit ainsana õigusteaduslikuks kooliks, Rooma ning Konstantinoopoli jm puhul kasutab ta nime kõrgkool. lk 362-368

¹⁰¹ Wenger, L. *Die Quellen*, lk 616. Samas pole kõik uurijad (näiteks Schulz, F. *Geschichte*, lk 347) sugugi nii kindlad muude õigusteaduslike koolide olemasolus – pigem leiavad nad, et osana retoorikast võidi õpetada veidi ka õigust. Kuid on kahtlane, kas need väärksid eraldi nimetamist koolidena. Minu arvates võiks kasvõi Institutsioonidega papüüruste leidmine Egiptusest näidata, et õigusteaduslik õpik polnud seal mitte niisama, vaid seoses õiguse õpetamisega. Kuna aga Institutsioonid on siiski õpik täiesti algajatele, on tõenäoline ka tema kasutamine lihtsalt sissejuhatuseses õigusse.

pealinnades Roomas, Konstantinoopolis ning ainsana provintsilinnadest Beirutis.¹⁰² Lääne-Rooma riigi territooriumi kohta pole peale Rooma andmeid teistest linnadest, kus oleks õpetatud õigusteadust. Kui seda siiski tehti, siis kindlasti mitte kuigi kõrgel tasemel.¹⁰³

Eeldatavasti rajanes õpetus kõigis neis linnades ladina keelel. Samas leiab Krüger, et Justinianuse eelse ja järgse juriidilise kirjanduse alusel võib väita, et Ida-Rooma riigis jagati õpetust juba kreeka keeles.¹⁰⁴

Beirutis õigusteadusliku kooli kohta on kõige enam andmeid, kuigi selle asutamisaasta on täpselt teadmata. Kuna Beirut oli juba aastal 238 tuntud Rooma õiguse õpetamise kohana¹⁰⁵, on tõenäoline, et kool asutati kas 2. saj lõpul või 3. saj alguses.¹⁰⁶ See asjaolu võiks ühtlasi toetada Gaiuse asumist Beirutis, mis ühtlasi võis kaasa aidata kooli tuntuks saamisele.

Pole teada, kas Beirut sai kunagi ka keiserliku kõrgkooli privileegi. Kui ta selle sai, siis võis see P. Collinet' arvates toimuda aastate 238 ja 450 vahel.¹⁰⁷ Tõenäoliselt tekkis õigusteaduslik kool Beirutis seepärast, et tegemist oli ladinakeelse Rooma kolooniaga, seega oli tegemist läbi ja lõhki Rooma linnaga.¹⁰⁸ Beirutis kuulsuse lõpetas 16. juulil 551 toimunud maavärin. Kool küll taastati, aga samasugust tuntuust ta enam ei saavutanud.¹⁰⁹

Justinianuse konstitutsioon *Omnem* korraldas ümber õigusteaduse õpetamise, andes teateid olemasoleva (ümbermuudetava) kohta. Nõnda on see peamiseks allikaks ka Justinianusele eelnenud aja kohta. Gaiust puudutab juba konstitutsiooni *Omnem* 1. punkt, kus Justinianus ütleb, et esimesel aastal õpiti õpetaja ettekandes kuuest raamatust, millest esimese moodustasid *meie Gaiuse* Institutsioonid.¹¹⁰

¹⁰² *Constitutio Omnem*, p 7. Justinianuse konstitutsioonidest, eelkõige õigusteaduslikku õpetust reguleerivast *Constitutio Omnem*'ist saab peaaegu et kõige rohkem teada nii Justinianuse eelse kui järgse aja õigusteadusliku õpetuse kohta. Teisi allikaid selle kohal peaaegu ei ole.

¹⁰³ Vastupidisel arvamisel on Kübler, B. *Geschichte*, lk 427, kes arvab, et kindlasti pidi leiduma õigusteaduslikke koole ka näiteks Gallias ning et arvamus, nagu oleks õigust õpetatud grammatikakoolides vaid dialektika osana, ei ole tõenäoline.

¹⁰⁴ Krüger, P. *Geschichte der Quellen*, lk 394.

¹⁰⁵ Gregorios Thaumaturgose tänukõne Origenesele, milles ta räägib kuulsast Beirutis koolist. Bardenhewer II, 315jj. (viidatud Wenger, L. *Die Quellen*, lk 620.)

¹⁰⁶ *Ibidem*. Lk 620. Demandt, A. *Die Spätantike*, kirjutab, et kõige vanemad andmed Beirutis õigusteaduse kooli kohta pärinevad 2. saj. lõpust (lk 368).

¹⁰⁷ Wenger, L. *Die Quellen*, lk 620.

¹⁰⁸ Demandt, A. *Die Spätantike*, lk 368.

¹⁰⁹ Wenger, L. *Die Quellen*, lk 621.

¹¹⁰ *Constitutio Omnem* p 1. „... in his autem sex libris Gaii nostri institutiones et libri singulares quattuor...“

Seega olid Gaiuse Institutsioonid 6. sajandil¹¹¹ sedavõrd üldtunnustatud õpik, et Justinianus tõi selle ära esimese ja ainsa nimelise sissejuhatusena õigusse. Sellisel juhul on eriti mõisteta, miks olid Gaiuse Institutsioonid ühtlasi ka Justinianuse Institutsioonide aluseks.¹¹² Igal juhul tähendab see, et Gaiuse õpikut sellisel kujul, nagu ta olemas oli, tunti terves impeeriumis. Sel juhul tundub tõesti veenev, et hiljem kuulsaimaks õigusteaduse kooliks saanud Beirutis õpetanud Gaiuse traditsiooni jätkasid hiljem tema õpilased ning koos Beiruti kuulsuse kasvuga sai tuntumaks ka Gaiuse õpik. Ning saavutas sellisena tuntuse terves impeeriumis mitmeks aastasajaks.

Justinianuse Institutsioonid olid esimene osa seaduseraamatust ja korraga nii seadus kui õpik. Konstitutsiooni *Omnem* alguses ütleb ta: *itaque dubio procul quidem est necesse esse institutiones in omnibus studiis primum sibi vindicare locum...* (ja nii on väljaspool kahtlust vajadus, et Institutsioonid nõutaksid endale igas õiguse studiumis esimese koha).

Sama konstitutsiooniga korraldas Justinianus tulevase õigusõppe impeeriumis, mille tulemusena pidid “tudengid esimesel aastal õppima Institutsioonidest, mis on kokku pandud kõigest vanadest Institutsioonidest, olles justkui paljudest sogastest allikatest tekkinud üksainus selge järjv”.¹¹³

Nõnda jäi Gaiuse süsteemil põhinev õpik ka pärast Justinianuse reformi õigusteadusliku õpetuse aluseks ning just Justinianuse Institutsioonide kaudu toimus Gaiuse Institutsioonide retseptioon.

¹¹¹ Tegelikult oli Gaius küll juba varem üldtunnustatud autor, hiljemalt 426, kui Theodosius II ja Valentinianus III andsid välja nn Tsiteerimisseaduse (C. Th. I 4, 3), milles sätestati, et Papinianuse, Pauluse, Gaiuse, Ulpianuse ja Modestinuse teosed on seaduse jõuga ning eriti rõhutati, et Gaiuse arvamus on teiste arvamustega võrdne: *Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium, quae Paulum, Ulpianum et cunctos, comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius opere recitentur.*

¹¹² Pole muidugi võimatu, et keisrite hariduse hulka kuulus ka õpetus õigusest ning et Justinianus õppis just Gaiuse järgi, leides seetõttu, et sama õpik peab olema aluseks ka teiste õpetamisel. Kuid mulle ei tundu usutav, et ilma Gaiuse üldise tuntuse ning aktsepteerituseta oleks see võimalik olnud. Minu väidet toetaks ka *Constitutio Omnem* p. 2, milles Justinianus esimese aasta õigusteaduse õppijatele oma nime annab: *novi Justiniani*, ning ütleb, et need, kes algajatena õigusteaduse poole püüdlevald ning esimese aasta teadmisi saada soovivad, vääriksid tema nime. Peale selle eelnes Justinianuse Institutsioonidele ka mitmeid teisi Gaiuse töölusi nagu näiteks *Epitome Gai* (506). P. Collinet arvates on Justinianuse Institutsioone kõvasti mõjutanud Justinianuse eelne hellenistlik-orientaalne õigusteadus ning selle poolt välja töötatud skolionid, kuid seda pole veel piisavalt uuritud. The General Problems, lk 29.

¹¹³ ... *primo quidem anno nostras hauriant institutiones ex omni paene veterum institutionum corpore elimatas et ab omnibus turbidis fontibus in unum liquidum stagnum contrivatas...* *Constitutio Omnem*, p 2.

1.3.3.2. Gaiuse Institutsioonid järgnevates käsitlustes

Lisaks Justinianuse kodifikatsioonile olid Gaiuse Institutsioonid aluseks veel mitmele seadusekogule.

Lääne-Rooma riigis oli üheks selliseks Moosese seadusi ja Rooma õiguse (põhiliselt kriminaalõiguslikke) norme võrdlev kogu, mille nimi käsikirjades on *Lex die quam praecepit dominus ad Moysen*. Tänapäeval kasutatakse nimetust *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* ehk *Collatio*. Tõenäoliselt koostati *Collatio* millalgi 390. ja 438. aasta vahel.¹¹⁴ Andmeid *Collatio* konkreetse kasutamise kohta pole, kuid on teada, et seda tunti veel 860. aasta paiku.¹¹⁵

Moosesele antud ja tema vahendatud õiguse jaoks on *Collatio*'s kasutatud Deuteronomiumi 5, 7 jj. Rooma õiguse normid pärinevad Gaiuselt (tõenäoliselt sel juhul ka Institutsioonidest), Papinianuse, Pauluse, Ulpianuse ning Modestinuse töödest ja Gregorianuse ning Hermogenianuse keisrikonstitutsioonide kogumikest. Seejuures on fragmendid nendest teostest võetud *Collatio*'sse otse, ilma lühendamiste, väljavõtete või muu selliseta. *Collatio* põhiliseks eesmärgiks on näidata, millised roomaõiguslikud normid ja osalt ka karistused esinevad juba Moosese seadustes.¹¹⁶

Gaiuse Institutsioone on kasutatud ka *Lex Romana Visigothorum*'is ehk *Breviarium Alarici*'is.¹¹⁷ *Breviarium Alarici* oli lääne-gootide¹¹⁸ kuninga Alarich II poolt välja antud kodifikatsioon riigis elavate roomlaste jaoks. See põhines Rooma õiguse allikatel ja selle eesmärgiks oli kõrvaldada allikate vastuolulisus ning hägusus.¹¹⁹ Krügeri arvates oli

¹¹⁴ Krüger, P. Geschichte der Quellen, lk 344. F. Schulz arvab, et tegemist pidi olema eri autorite poolt eri aegadel kirjutatud ja täiendatud teosega – Rooma õiguse normid olevat juba eelnevalt kogutud ning alles millalgi hiljem olevat lisatud võrdlus Moosese seadustega. Geschichte, lk 396.

¹¹⁵ Hincmar von Rheims, Opp. I 627 (viidatud Krüger, P. Geschichte der Quellen, lk 345).

¹¹⁶ Krüger, P. Geschichte der Quellen, lk 342, 343. Tegemist võis olla püüdega näidata kristlastele, et Rooma õiguse ning kristlaste püha raamatu normid ei erinegi väga teineteisest, ja veel paganlikele roomlastele, et Kristuse õpetus sarnaneb klassikute õpetusega. Kübler, B. Geschichte, lk 390 arvab aga, et „autor oli fanaatiline kristlane, kes üritas tõestada, et kõik, mis paljukiidetud paganlike juristide teostes esineb, sõnastas Mooses palju paremini ning lühemalt“. F. Schulzi arvates oli tegemist puhtalt juriidilise kirjatükiga praktikas või õpetuses kasutamiseks, mis töötati hiljem ümber mõne teoloogi poolt. Geschichte, lk 397-398.

¹¹⁷ Esinevad ka teised nimed nagu *Lex Romana, Liber legum, Liber iuris*. Nimi *Breviarium Alarici* (*Alaricianum*) oli esimest korda kasutusel 16. saj. P. Krüger. Geschichte der Quellen, lk 351. Vt *Lex Romana Visigothorum*. (ed. Hänel, G). Aalen, 1962.

¹¹⁸ Tänapäevase Hispaania, vahepeal ka Edela-Prantsusmaa territooriumil.

¹¹⁹ *Communitorium Alarici regis, Supplementa*. I.1.2. lk 465, 466.

tõenäoliselt vaja kindlustada teatud normide kehtivus, sest olemasolevate suurest massist ei käinud juristide võimed enam üle.¹²⁰

Lex Romana Visigothorum'i kinnitas Alarich 506. aastal. See sisaldas väljavõtteid kolmest Justinianuse eelsest keisrikonstitutsioonide kogust, nende konstitutsioonide novellidest, Pauluse sententsidest, Papinianuse *Responsa*'st ning Gaiuse Institutsioonidest, mis on edasi antud omaette blokkidena.¹²¹

Gaiuse Institutsioonid on *Lex Romana Visigothorum*'is koondatud kahte raamatusse, mida selles seaduseraamatus nimetati *Epitome Gai*.¹²² Selle teine ja kolmas raamat on seejuures võetud üheks kokku ja neljas osa on täiesti ära jäetud. Põhiliselt on tegemist Gaiuse teksti ümberjutustamisega, kusjuures Gaiusel esinevad vastuolulisused on kas välja jäetud või on lähtunud ühest alternatiivist.

P. Krüger arvab, et *Lex Romana Visigothorum*'i *Epitome Gai* aluseks oli¹²³ kodifitseerijate käsutuses olnud Gaiuse Institutsioonide mingi ümbertöötatud variant. Seda olevat näha ka sisu osas - silma torkab mõningate kehtivate õiguse instituutide välja jätmine nagu näiteks *traditio, occupatio* jne.¹²⁴

Lääne-gooti Gaiuse teaduslik väärtus on üsna väike ja originaali on paljuski valesti mõistetud.¹²⁵ Schulz arvab, et *Epitome* tekkis õigusteaduslikus koolis, sest Gaiuse Institutsioonid polnud mõeldud praktikas kasutamiseks.¹²⁶

Seadustikuna kaotas *Lex Romana Visigothorum*'i kehtivuse aastal 654 kuningas Recceswind, samas kasutati seda edasi õiguse õpetamisel. Ka Prantsusmaal, Inglismaal ja Saksamaal kasutati *Breviarium Alarici*'t Rooma õiguse allikana kuni 12. sajandini.¹²⁷ Laialdast kasutust peaks näitama ka sellest rohkete ümbertöötluste olemasolu iseseisvate

¹²⁰ Krüger, P. Geschichte der Quellen, lk 350.

¹²¹ Lex Romana Visigothorum. 1962.

¹²² Olenevalt käsikirjast võib jaotus raamatutesse ka puududa. G. Häneli väljaandes *Epitome*' on tegemist 10 tiitliga, millesse on Gaiuse Institutsioonid kokku võetud. *Epitome* põhitekst ei anna seejuures viidet esimesele raamatule, teise raamatu algusele on viidatud sulgudes.

¹²³ Erinevalt ülejäänud *Lex Romana Visigothorum*'ist, mille puhul on tegemist väljavõtetega tekstist ja selle juurde ning allmärkustesse koondatud lisandustega, sh ka uute õiguslike, teksti mõtet sisuliselt laiendavate põhimõtete ning seletustega. Gaiuse puhul on lähenemisviis teistsugune. Ümbertöötlemise käigus on teksti lisatud uusi põhimõtteid, ka olulisi laiendusi jne. P. Krüger. Geschichte der Quellen, lk 355-356.

¹²⁴ Krüger, P. Geschichte der Quellen, lk 355. Sama Schulz, F. Geschichte, lk 382.

¹²⁵ Krüger, P. Geschichte der Quellen, lk 357.

¹²⁶ Schulz, F. Geschichte, lk 382-383.

¹²⁷ Krüger, P. Geschichte der Quellen, lk 357.

käsikirjadena. Neis on küll lähtunud *Breviarium*'i tekstist, kuid loobutud sõna-sõnalisest mahakirjutamisest ja teksti täiendatud, nii et on tekkinud täiesti iseseisvad tekstit.¹²⁸

Teine Lääne-Rooma riigi territooriumil koostatud hõimuseadus, milles on kasutatud Gaiuse Institutsioone, on *Lex Romana Burgundionum*.¹²⁹ See seadustekogu koostati tõenäoliselt Burgundia kuninga Gundobadi ajal (surnud 516), kõige hiljemalt aga 534. Ka see oli mõeldud riigis elavate roomlaste omavaheliste vaidluste lahendamiseks ja tugines *Lex Romana Visigothorum*'ile, erines aga viimasest nii ülesehituse kui sisu poolest.

Lex Romana Burgundiorum'is on Rooma õiguse normid segatud burgundide omadega. Rooma õiguse norme pole sageli nimetatud, aga kui on, siis on neile väga täpselt viidatud.¹³⁰ Neid norme ei ole kasutatud sõna-sõnaliselt, vaid töödeldud kujul. Kasutatud on Gaiuse *Regulae*'d või *Species*'t, aga tõenäoliselt on siiski tegemist Institutsioonidega.¹³¹

Põhiliselt on tuginetud *Codex Theodosianus*'ele ning teistele keisrite konstitutsioonidele. Institutsioonide osakaal on selles kodifikatsioonis üsna väike. Subsidiaarselt jäid *Lex Romana Burgundionum*'i kõrval siiski kehtima ka Rooma õiguse allikad *ius* ja *leges*. Burgundide riigi kadumisel tõrjus *Breviarium Alarici* kõrvale *Lex Romana Burgundiorum*'i. Siiski jäi see, nagu varem Rooma õigus, kehtima subsidiaarselt.¹³²

Justinianuse kodifikatsiooni järgsesse aega kuuluvaks, kuigi veel Justinianuse valitsusajal koostatud on Institutsioonide skolionide aparaat, mis on 10. sajandil kirjutatud ühe Torino Institutsioonide käsikirja servale ning mida nimetatakse *Torino Institutsioonide glossiks*.¹³³ Selle puhul on kasutatud meile osaliselt tundmatuid allikaid ning tundub, nagu oleks autor Justinianuse-eelseid allikaid tundnud ja käsitsenud palju paremini kui Justinianuse uuendusi.

¹²⁸ *Lex Romana Visigothorum*. Häneli väljaandes, 1962, lk 314-337, on paralleeltekstina välja toodud ka mõned käsikirjad, näiteks *Epitome Aegidii*, *Codicis Guelpherbytani* jne.

¹²⁹ *Lex Romana (LRB) sive forma et expositio legum Romanarum. Leges Burgundionum*. (väljaandja Salis, Ludwig Rudolf de). *Leges Nationum Germanicarum*. Tomus II, pars I. Hannover, lk 123-163.

¹³⁰ P. Krüger. *Geschichte der Quellen*, lk 359-361.

¹³¹ *Secundum Gai regulam (LRB 5, 1. 10, 1)* ja *secundum Gai speciem (LRB 12, 2)*. Gaiuse Institutsioonidele toetuvad järgmised normid: LR 36,1 – Gai I, 155, 156; LR 36,2 – Gai I, 165; LR 45, 3,4 – Gai II, 109, 123, 124; LR 10,1,6-9 – Gai III, 1-16; LR 12 – Gai III, 188, 192; LR 8,5 – Gai III, 209; LR 5,1 – Gai III, 200jj. *Leges Burgundionum*. lk 169.

¹³² Wenger, L. *Die Quellen*, lk 559, 560.

¹³³ See aga ei tähenda, et Glossi (raskesti mõistetavate sõnade seletus) tekkimisaeg oleks 10. saj. Glossis nr 10 (Inst. 1, 20, 5) viidatakse nimelt ühele Justinianuse konstitutsioonile aastast 531 (CJ. 1,4, 30), kusjuures selles konstitutsioonis nimetatakse Justinianust *dominus noster*. Wenger, L. *Die Quellen*, lk 730. Seega võiks Glossi tekkeaja paigutada pigem Justinianuse enda valitsusaega. Sellega oleks põhjendatud ka eeskätt varasemate allikate kasutamine, sest Justinianuse kodifikatsiooni ei olnud autor veel suutnud omandada. Wenger, L. toob välja A. Alberti oletuse, et tegemist on kahe glossi liitmisega, millest üks on tekkinud Justinianuse ajal ning teine hiljem. *Ibidem*.

Pole võimatu, et põhjus peitub näiteks Gaiuse Institutsioonide kasutamises vanema õiguse puhul.¹³⁴ Samas on leitud, et kohati on *Glossi* tekst tähelepanuväärselt sarnane Theophiluse *Parafraasiga* ja et sarnasus on nii suur, et tegemist ei saa olla juhusega. Tehtud on mitmeid oletusi¹³⁵, kuid kõige enam kaldutakse arvama, et autor tundis ja kasutas *Parafraasi Glossi* koostamisel. Wengeri arvates on *Glossi* täiendatud jooksvalt kuni 11. sajandini, mis tõestaks kõige tõenäolisemalt õigusteaduse järjepidevust Itaalia alal.¹³⁶

Võibolla seletaks see veidi ka Bologna kooli järsku tekkimist 11. sajandil – minu arvates võiks eeldada teatavat sellele eelnenud õigusteaduslikku traditsiooni, mis ei pruukinud küll olla kõrgel tasemel, kuid ilma milleta polnuks Bologna taolise kooli tekkimine tõenäoline. Et Bologna esimesed suured juristid olid pigem filoloogid, kandus ka õigusteaduslik traditsioon edasi eeskätt retoorika, grammatika ja muude sarnaste ainete kaudu.¹³⁷

Lisaks eespool nimetatud seadusekogudele ja kommentaaridele on olemas veel õigusteaduse väliseid kommentaare, kirjeldusi jne, kus samuti on kasutatud Gaiuse Institutsioone¹³⁸, kuid käesoleva töö seisukohalt ei ole neil tähtsust. Justinianuse-eelne õigus, st ka Gaiuse Institutsioonid, jäid Prantsusmaal ning Hispaanias kehtima tegelikult kuni 9. sajandini, osaliselt ka kauem.

Kõige olulisemaks Gaiuse Institutsioonide retseptiooniks oli loomulikult Justinianuse kodifikatsioon, eriti selle osa *Institutiones*, mis suurel määral järgis Gaiuse Institutsioone.

Täpselt on teadmata see aeg, millal Justinianus otsustas oma kodifikatsiooniga liita ka Institutsioonid.¹³⁹ Igatahes kuulutas ta 21. novembril 529 Institutsioonid seadusena välja. Esmajoones olid Justinianuse Institutsioonid küll algajatele mõeldud õpik, kuid samas oli selles sisalduvatel reeglitel seadusjõud, sest nagu ütles Justinianus Institutsioonide

¹³⁴ Krüger, P. Geschichte der Quellen, lk 419.

¹³⁵ Samade allikate kasutamine, sarnase Gaiuse Institutsioonide kommentaari kasutamine jne. Vt Wenger, L. Die Quellen, lk 730.

¹³⁶ *Ibidem*, lk 731.

¹³⁷ Seda väidet põhjendas F. C. v. Savigny oma teoses “Rooma õiguse ajalugu keskajal” (Savigny, v. F. C. Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter.)

¹³⁸ Näiteks nagu Boethiuse kommentaar (4. saj lõpp, 5. saj algus), milles ta kasutas ka Gaiuse Institutsioone; Sevilla Isidoruse *Origines* (6.saj algus), milles samuti on kasutatud Gaiuse Institutsioone vabas tõõtluses; samuti sõnaraamatutes. Täpsemalt vt P. Krüger. Geschichte der Quellen, lk 423, 424.

¹³⁹ *Constitutio Imperatoriam maiestatem*’i punktist 3 saame teada, et see pidi toimuma peale Digestade valmimist. Igal juhul koostati Institutsioonid hämmastava kiirusega ja kuulutati välja umbes kuu aega enne Digestasid. Wenger, L. Die Quellen, lk 600-601.

rakenduskonstitutsioonis *Imperatoriam* tudengitele: ...*has leges nostras accipite* /.../ (p. 7) (võtke need meie seadused vastu /.../), mõeldes seaduste all võrdselt nii Institutsioone, Digestasid kui ka Koodeksit.¹⁴⁰

Institutsioonide koostajateks olid Justinianuse kantsler ja varasem justiitsminister Tribonianus ning õigusteaduse õppejõud Theophilus ja Dorotheus, kes ühtlasi koostasid ka kodifikatsiooni teisi osi.¹⁴¹

Erinevalt Digestadest, kuhu klassikalise ajastu juristide tekstidest võeti vaid see, mis oli asjakohane ja muudeti sageli ka nende tekstide sisu, jäeti Institutsioonide alustekst suurel määral samaks. Sellest jäeti küll välja kõik, mis oli Justinianuse ajaks vananenud, kuid alusteksti muudeti ja täiendati tunduvalt vähem. Interpolatsioonid on Institutsioonides siiski kergemini märgatavad kui Digestades.

Institutsioonid seaduseraamatuna olid mõeldud süstemaatiliseks alustuseks kahele järgnevale kodifikatsiooni osale - Digestadele ja Koodeksile. Kuigi enamasti viidatakse Institutsioonides Digestade ja Koodeksi täpsemale ja põhjalikumale regulatsioonile, on võimalik, et Institutsioonides oli midagi esmakordselt reguleeritud. Igatahes käsitleb Justinianus ise oma kodifikatsiooni ühtse seadustikuna.¹⁴²

Justinianuse Institutsioonide süsteem tugineb oma põhiosas Gaiuse Institutsioonidele ning nende süsteemile. Samamoodi nagu Gaiusel on Justinianuse Institutsioonide põhimõisteteks isikud, asjad ja hagid (Inst. 1, 2, 12). Seejuures on näha, et eriti oluliseks on peetud just nimelt Gaiuse süsteemi ja tema süstemaatilise stiili säilitamist. Neis osades, mida Justinianus on asendanud, on seda üsna õnnestunult järgitud.¹⁴³ Samas olid Justinianuse-eelses ja tema aegses õiguses kasutusel kord prokuliaanide, kord sabiniaanide vaated. Ka Justinianusel tuli järgida oma ajastu õigust ning kui Gaiuse põhiliselt sabiniaanlike vaadete asemel kehtisid selles prokuliaanide põhimõtted, tuli ka Institutsioonides asendada esimesed teistega. Kõrgklassikalisel ajal ja hiljem oli tegelikult valitsev institutsionaalne õigusteooria.¹⁴⁴ Seepärast võib ka Institutsioonides sees esineda aeg-ajalt vastuoksusi. Rohkem kui Institutsioonides, olid sabiniaanide ja prokuliaanide vaated esindatud Digestades. Digestades on sageli ära toodud mõlema koolkonna

¹⁴⁰ *Ibidem*, lk 602.

¹⁴¹ *Imperatoriam*, p 3.

¹⁴² Behrends, O. Die Institutionen, lk 282-283.

¹⁴³ Näiteks päriliku rendi, *emphyteusis*'e puhul. Aga ka Institutsioonide neljas raamat, mis puudutas hagisid, on suures osas muudetud. Behrends, O. Die Institutionen, lk 287. Vt ka Wenger, L. Die Quellen, lk 604.

¹⁴⁴ Kõrg- ja hilisklassikaline, aga tegelikult juba esimese ja teise sajandi õigusteadus oli (näiteks Ulpianuse ja Pauluse tööd) tugevalt domineeritud institutsionaalsest mõtteviisist. Behrends, O: Institutionelles, lk 192-193.

arvamused, kusjuures vahel ühineb Justinianus neist ühega, vahel aga jätab lahenduse lahtiseks.

Kogu Justinianuse kodifikatsioon, sh Institutsioonid, kehtis riigis pärast Justinianuse surma edasi ladinakeelsena ja seda muudeti hilisema seadusandlusega. Õiguse rakendamisel ja õpetamisel kasutati ka kodifikatsiooni kreekakeelseid tõlkeid jm, mida ka Justinianus kodifikatsiooni sissejuhatavates konstitutsioonides ära ei keelanud.

Hiljem retsipeeriti ja töödeldi ka Justinianuse Institutsioone¹⁴⁵, kuid selle käsitlemine ei ole enam selle töö teema.

1.3.4. Institutsioonide käsikirjad tänapäevases uurimises

Lisaks Justinianuse kodifikatsioonile on meieni rooma klassikalise ajastu õiguskirjandusest jõudnud niisiis vaid Gaiuse Institutsioonid. Euroopa õigusteadust mõjutasid siiski põhiliselt Justinianuse Institutsioonid, sest vahepealsetel sajanditel oli Gaiuse Institutsioonide tekst kadunud.

Gaiuse Institutsioonide teksti taasavastas 1816. aastal saksa õigusteadlane B. G. Niebuhr¹⁴⁶ Itaalias Verona katedraali raamatukogus. Institutsioonide käsikirja peale olid kirjutatud kirikuisa Hieronymuse tööd *Epistulae* ja *Polemica*, vana tekst oli maha kraabitud. Ülekirjutamisest oli pääsenud ainult üks Gaiuse käsikirja leht.¹⁴⁷

Institutsioonide teksti väljalugemise võttis esimesena ette J. F. L. Göschen, selle tulemus avaldati 1820. aastal. Järgnevatel aastatel uuris käsikirja F. Bluhme, kes parandas Göscheni teksti, kuid samas rikkus käsikirja sel määral, et teksti hilisem lugemine tundus

¹⁴⁵ Näiteks Theophiluse, ühe Justinianuse kodifikatsiooni juures kaasa töötanud professori kreekakeelne *Paraphrasis Institutionum* 6. sajandist. Peetakse tõenäoliseks, et selle autor kasutas põhiliselt hoopis Gaiuse Institutsioonide varasemat kreekakeelset varianti, sest on leitud mitmeid erinevusi Justinianuse Institutsioonidest. Wenger, L. Die Quellen, lk 683-685.

Samuti kasutati Justinianuse Institutsioone *Collectio constitutionum ecclesiasticarum tripartita* (578-610) koostamisel, mis iseenesest koondas Institutsioonides, Digestades, Koodeksis ning Novellides sisalduvaid kirikuõigusliku sätteid. Krüger, P. Geschichte der Quellen, lk 414-415. Leidus ka teisi Justinianuse Institutsioonide töötlusi, kuid käesolevas töös piirdun nende nimetamisega.

¹⁴⁶ Barthold Georg Niebuhr (1776-1831) sündis Taanis ja oli aastatel 1800-1806 Taani riigi teenistuses. 1806 kutsuti ta Preisi riigi teenistusse, kus ta ühtlasi oli saadikuks paavsti kuuriasse Rooma. Selle reisi ajal avastaski ta Veronast Gaiuse käsikirja. Niebuhr oli ka ajaloolane, tema peateos oli viieköiteline "Rooma ajalugu" (1811-1832). Erler, A. Barthold Georg Niebuhr, vrg 978-980.

¹⁴⁷ E. Ilus, lk 41; Krüger, P. Geschichte der Quellen, lk 277-278.

olevat välistatud. Bluhme parandused Göscheni käsikirja avaldati aga käsikirja teises trükis 1824. Aastatel 1866-1868 võrdles W. Studemund trükivarianti käsikirjaga ja avaldas tulemused 1874, muutes varasemad väljaanded sellega väärtusetuteks. Lisaks sellele uuris ta aastatel 1878 ja 1883 uuesti käsikirja üksikuid kohti ning selle uurimise tulemused avaldati 1884.¹⁴⁸

Arvatakse, et Veronas leitud käsikiri oli Gaiuse Institutsioonide umbes 5. sajandil tehtud peaaegu täielik koopia, mis sisaldas muidugi muudatusi, vigu ja vahelekirjutusi. Käsikirjast on kadunud neli lehte.¹⁴⁹ Põhiraskuseks käsikirja teksti lugemisel on õiguskeelelised lühendid, mida suuremalt jaolt nähti esimest korda Verona käsikirjas.

20. sajandi algul leiti Egiptusest Oxyrinchusest kolm papüüruserullidele kirjutatud Gaiuse Institutsioonide fragmenti. See on tänaseni kõige vanem Gaiuse Institutsioonide käsikiri, mis pärineb umbes 3. sajandi keskpaigast.¹⁵⁰

Umbes 4. sajandi lõpust või 5. sajandi algusest pärineb kolm ja pool pärgamendilehte, mille ostis Firenze papüroloog M. Norsa ühe kaupmehe käest Kairost. Nende leiukohta ei teata, kuigi oletatakse Antinoed. Neid pärgamendilehti nimetatakse nende nüüdse asukoha järgi Firenze tekstiks ehk *Florentina*'ks.¹⁵¹

Kuigi viimased leiud on suhteliselt väikesed, ei saa nende tähtsust alahinnata. Kõigepealt näitavad nende leiukohad Gaiuse käsikirjade levikuala ja annavad teatud ülevaate Gaiuse Institutsioonide käsikirjade vanusest. Ühtlasi tõendavad nad Verona käsikirja ehtsust ning võimaldavad parandada selles leiduvaid vigu.¹⁵²

Lisaks eelnimetatutele on Gaiuse Institutsioonide teksti rekonstrueerimisel kasutatud nn kaudseid allikaid. Üheks neist on Firenze Digestade koodeks, mis on kirjutatud veidi pärast 533. aastat.¹⁵³ Võrdluseks kasutakse ka *Epitome Gai* teksti *Lex Romana Visigothorum*'ist¹⁵⁴, *Lex Romana Burgundiorum*'it ja nn Autuni Gaiuse eksemplari¹⁵⁵; *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio*'t, hilisemate kirjanike (Boethius, Isidorus,

¹⁴⁸ Collectio librorum iuris Anteustiniani. (ed. Krüger, Mommsen, Studemund) Tom I. Lk 27jj. (viidatud Krüger, P. Geschichte der Quellen, lk 278).

¹⁴⁹ Ilus, E, lk 41; Krüger, P. Geschichte der Quellen, lk 178. Vt ka lisa nr 3.

¹⁵⁰ Schulz, F. Geschichte, lk 199.

¹⁵¹ *Ibidem*, lk 199-200; samuti Nelson, H. Überlieferung, lk 17-18, 57 jj.

¹⁵² Nelson, H. Überlieferung, lk 18-19.

¹⁵³ *Ibidem*, lk 42 jj.

¹⁵⁴ Wenger, L. Die Quellen, lk 524. Vt eespool ptk. 1.3.3.2.

¹⁵⁵ Autuni (*Augustodunensis*'e) Gaiuse parafras, mille avastas 1898 E. Chatelain. See on võrreldav Theophiluse *Parafrasiga*, sest mõlemad sisaldavad Institutsioonide ümberjutustust. Otseselt tsiteerib selle autor Gaiust väljaloetatavatest ainult viies kohas. Nelson, H. Überlieferung, lk 96jj.

Priscianus) Gaiuse tsitaate ning Justinianuse aegseid kirjutisi (Institutsioonid, Digestad, Theophiluse *Parafraas*).¹⁵⁶

Gaiuse Institutsioonide uue, kommenteeritud ja tekstikriitilise väljaande toimetamisega seerias *Studia Gaiana* tegeletakse ka praegu. Publitseerimisel on põhjalik, kommenteeritud ja kriitilise aparaadiga Gaiuse Institutsioonide tekst, millest tänaseks on olemas esimesed neli osa.¹⁵⁷ Samas sarjas on ilmunud minu poolt juba tsiteeritud H. Nelsoni “Gaiuse Institutsioonide tekstid, ülesehitus ja stiil” aastast 1981. Käesolevas töös esitatud Gaiuse tsitaatide puhul olen kasutanud 1964. aastal avaldatud teksti *Gai Institutiones. Editio minor* (toim M. David ja R. Feenstra), mis on mõeldud tavalugejale.

¹⁵⁶ Nelson, H. Überlieferung, lk 80.

¹⁵⁷ Gai Institutionum. Commentarii IV. (Ed. David, M. Nelson, H. L. W). - Studia Gaiana. Vol. II. 1, 2, 3 Lieferung. Vol III. 1. Lieferung. Leiden, 1954, 1960, 1968.

2. Asja mõiste ja liigitus Gaiusel

2.1. Senine eestikeelne kirjandus asja mõistest ja liigitusest Rooma õiguses

Senine eestikeelne Rooma õigust käsitlev kirjandus on suhteliselt napp. Ilmunud on kaks tõlketest: Pietro Bonfante “Rooma õiguse ajalugu” 1930. aastal ja Ivan Pereterski “Üldise riigi ja õiguse ajaloo” osa “Vana Rooma” 1946. aastal. Esimene neist on pigem teaduslik käsitus kui ainult üliõpilastele mõeldud õpik. Teine on mõeldud vaid õpikuks. Vastavalt sellele on nende raamatute maht ja sisu üsna erinevad. Eestikeelse Tartu Ülikooli algusaastatel mõeldi palju õppematerjalide kirjastamisele, ehkki ülikooli enda õppejõudude panus piirdus autoriseeritud konspektide avaldamisega¹⁵⁸, millele hiljem lisandusid tõlketesed. Esimene ja seni ainus eesti autori, Elmar Ilusa õpik “Rooma eraõiguse alused” ilmus 1960. aastal.

Autoriseeritud konspektidest esimene oli Jüri Uluotsa “Rooma õiguse ajalugu” (1923)¹⁵⁹. Seejärel ilmus pandektiõpikute järgi koostatud “Rooma õiguse süsteem” (1932)¹⁶⁰. Viimases asja käsitus puudub ning selles käsitletakse pandektistlikku Rooma õiguse süsteemi, mis on modernse eraõiguse süsteem¹⁶¹ ja erineb seetõttu Vana-Rooma eraõigusest. Pandektiõpikutest lähtus ka prof. Ernst Ein oma loenguid pidades. Nende loengute alusel on samuti koostatud “Rooma õiguse süsteemi konspekt” (1938).¹⁶² 1940. aastast pärineb Leo Leesmendi “Rooma õigusloo põhijooned”, milles asjadele tähelepanu ei pööratud.

¹⁵⁸ Vrd P. Järvelaid, 360 aastat õigusteaduskonda, lk 346-349.

¹⁵⁹ Uluots, J. Rooma õiguse ajalugu. Dots. Uluotsa loengute järele programmile vastavalt kokku seadnud Tartu Ülikooli juura üliõpilased. Tartu. 1923. Lisaks sellele oli olemas ka varasem “Rooma õiguse ajalugu”. Kava dots. J. Uluotsa loengute järgi 1920/21 õ.a. See oli aga pigem loengute kava laiendatud variant 14-1 leheküljel ning seepärast piirdus tekst mainimisega, et käsitletakse asja mõistet ning asju *res extra commercium* ja *res in commercio*.

¹⁶⁰ Rooma õiguse süsteem. Koostatud Grimmi, Dernburgi, Windscheidi, Seeleri ja Barowi õpperaamatute järgi vastavalt prof. Grimmi kavale Koost. Laaneste, E. Pettai, A. Paljundatud. Tartu. (1932).

¹⁶¹ Nn tänase (ehk modernse) Rooma õiguse süsteemi looja oli F. C. v. Savigny, kes tegeles õiguse süsteemiteoreetiliste probleemide ning eraõiguse süsteemi konkreetse väljaarendamisega. Tänapäevasele Rooma õiguse süsteemile andis nime Savigny 8-köiteline teos “System des heutigen Römischen Rechts” (Tänapäevase Rooma õiguse süsteem), mis ilmus aastatel 1840-1849. Lähemalt vt M. Luts, F. C. v. Savigny, lk 65-74.

¹⁶² Rooma õiguse süsteemi konspekt. Prof. Dr. iur. E. Eini loengute järgi koost. A. Rammul. Tartu, 1938.

Rooma õiguse alased eestikeelsed uurimused on peamiselt piirdunud diplomi- ja auhinnatöödega.¹⁶³ 1938. aasta auhinnatöö teema oli samuti seotud asjadega ja nimelt “Asjade tähtsamaid liigitusi Rooma õiguse arenguloos (*res Mancipi - res nec Mancipi; res mobiles - res immobiles*)”.¹⁶⁴ Tartu Ülikooli raamatukogus on neli selleteemalist tööd,¹⁶⁵ mis on tõepoolest väga heal tasemel. Palju on lähtunud allikatest ning kasutatud selle aja standardkirjandust. Analüüsitud on ka kaasaegses kirjanduses väljapakutud teooriaid. Näiteks annab Karl Aun oma töös ülevaate jaotuse *res Mancipi - res nec Mancipi* tekketeooriatest.¹⁶⁶ Lisaks sellele on Lucia Regina Visnapuu kirjutanud oma diplomitöö teemal “Asjade kogumid Rooma õiguses ja võrdlevalt Eesti tsiviilõiguses”.¹⁶⁷ Siiski on mõned neis töödes esitatud seisukohad nüüdseks vananenud ja puuduvad tänapäevases kirjanduses. Kahjuks aga ei ole neid töid kusagil avaldatud ning seega pole nad läinud teaduslikku käibesse. Seepärast ma neid täpsemalt käsitlenud ei ole. Eeskätt olengi piirdunud trükis avaldatud teostega, mis on mõjutanud edaspidiseid uurimusi.

E. Ilusa “Rooma eraõiguse alused” on kahtlemata õpik, mis on mõjutanud terveid juristide generatsioone.¹⁶⁸ Õpikust on ilmunud neli trükki (neist osa täiendatud P. Kase poolt)¹⁶⁹, mis teeb selle enim välja antud õigusteaduslikuks õpikuks Eestis. Kahjuks aga ei ole autor ise aastate jooksul oma õpikut täiendanud ning kohati on tema käsitlus pealiskaudne või suisa ekslik. Lisaks sellele on roomaõiguslikus uurimises toimunud muutusi, mis vajaksid kajastamist ja äramärkimist.

Oma uurimuses tahangi näidata Rooma õiguse uurimise senist seisut Gaiuse Institutsioonide asja mõiste ja liigituse näitel ühtlasi korrigeerides selles osas olemasolevat

¹⁶³ Nimelt kuulutati Tartu Ülikoolis aastatel 1921 - 1940 välja üliõpilastööde konkursse kindlal etteantud teemal. Vt EV Tartu Ülikooli ettelugemiste ehk loengute ja praktiliste tööde kava 1920 - 1940. Lisaks neile kirjutati Rooma õiguse kohta ka mõned diplomitööd.

¹⁶⁴ EV Tartu Ülikooli loengute ja praktiliste tööde kava 1938. I. poolaasta.

¹⁶⁵ E. Tarkpea, H. Okas'e, K. Auni ja N. Jallajase tööd, millest mõned oli hiljem vormistatud diplomitöödeks.

¹⁶⁶ Aun, K., lk 29-38.

¹⁶⁷ L. R. Visnapuu. Asjade kogumid Rooma õiguses ja võrdlevalt Eesti tsiviilõiguses. Diplomitöö. Tartu. 1939.

¹⁶⁸ Üleliiduline, ametliku programmi järgne Rooma õiguse õpik oli Novitski, I. B. Osnovõ rimskovo prava. Moskva, 1956.

Sellest hoolimata kasutati Rooma õiguse õpetamisel Tartu Ülikoolis E. Ilusa õpikut.

¹⁶⁹ Aastatel 1960, 1969, 1987 ja 2000. Et aastate jooksul välja antud õpikud sisuliselt kattuvad, siis olen üldjuhul tsiteerinud viimast, st E. Ilusa 2000. a. õpikut. Loomulikult olen seda pidevalt kõrvutanud ka tema varasemate õpikutega, mida osaliselt on täiendanud P. Kask (Rooma tsiviilõiguse alused. (Koost. P. Kask, E. Ilus.) TRÜ 1987.) Sellisel juhul olen ma autoritena maininud mõlemaid. Ilus oli ka Pereterski õpiku toimetaja. Samal aastal Pereterski õpikuga, st 1946 ilmus ka Ilusa autoriseeritud konspekt: E. Ilus. Rooma õigus: Loengute konspekt, 1946. Seepärast pole üllatav, et Ilusa õpik järgib pigem Pereterski kui Bonfante traditsiooni.

eestikeelset kirjandust. Seejuures olen piirdunud Bonfante, Pereterski ja Ilusa töödega, kuna need on ainsad eestikeelsed trükis ilmunud ning vähemalt teatud määral Vana-Rooma asjade mõistet ja liigitust käsitlevad teosed. Eespool nimetatud autoriseeritud konspektides asja mõistet ja liigitust käsitletud ei ole või siis käsitletakse neis modernset Rooma õiguse süsteemi ja seepärast ei ole mina oma uurimuses neid kasutanud. Et üliõpilaste auhinnaööd ei ole avaldatud ega seega avalikult kasutatavad ja mõju avaldavad, pole ma ka neid käsitletud.

Nagu öeldud, ei ole Bonfante teos “Rooma õiguse ajalugu”¹⁷⁰ mõeldud ainult õpikuks, vaid see on ühtlasi ja eeskätt teaduslik käsitlus.¹⁷¹ Nii ei ole ta tahtnudki anda ammendavat ülevaadet erinevatest Rooma õiguse instituutidest, vaid on lähtunud tema jaoks huvitavatest probleemidest ja pühendanud asjaõiguses tähelepanu näiteks omandile ja valdusele, mitte asja mõistele ja liigitusele.¹⁷² Kuigi Bonfante teos on tegelikult ainus eestikeelne Rooma õiguse teaduslik käsitlus, on ta selleks, et olla teaduslik standardteos praegusel ajal, ühest küljest liialt teda ennast huvitava probleemi keskne, teisest küljest ka juba vananenud. Bonfante on suurepäraselt analüüsinud teda huvitavaid probleeme, kuid sellest kõrvalejäävaid küsimusi mitte. Seepärast ei saa alati Bonfantest lähtuda.

Illustreerimaks oma väidet, esitan järgnevalt mõned näited Bonfante asjade liigitusest, sest asja mõiste analüüs puudub Bonfantel selles õpikus hoopiski. Puudulik on ka asjade liigituse analüüs. Oma väite põhistamiseks pean juba siinkohal käsitlema aga mõningaid probleeme põhjalikkusega, mida historiograafiline ülevaade üldjuhul ei eelda.

Kõigepealt näide asjade liigitusest *res sanctae*. Selle liigituse olemasolu on Bonfante maininud vaid seetõttu, et see seostub teda huvitava probleemiga *limitatio* kui Rooma

¹⁷⁰ Bonfante, P. Rooma õiguse ajalugu. Tartu, 1930.

¹⁷¹ Autor ise nimetab seda käsiraamatuks: “Käesolev käsiraamat taotleb eesmärki - pakkuda Rooma õiguse arenemise üldist kavastist nii tema allikais kui ka tema avalikes ja erainstituutides.” (Autori eessõna, lk III). Käsiraamatu vorm aga võikski tähendada, et autoril on eesmärgi poole liikudes üsna vaba voli materjaliga selle koostamisel ümber käia.

Õpiku tõlkija E. Ein, kes luges aastatel 1929 - 1935 Tartu Ülikoolis Rooma õiguse ja Rooma õiguse ajaloo loenguid (alates 1935. a. oli E. Ein Rooma õiguse süsteemi professor ning luges vaid Rooma õiguse süsteemi loenguid - EV TÜ loengute ja praktiliste tööde kava 1929 - 1940), iseloomustas Bonfante teost eessõnas järgmiselt: “... see pole mitte teiste arvamuste kompilatsioon, nagu seda mõnel pool valmistatakse üliõpilaste tarvituseks, vaid täitsa omapärane teaduslik teos, kus sirgjooneliselt läbi viidud kindel uurimis- ja ka esitamismeetod ja kus autori vaated pole nõ esmakordselt ega järsku proovile pandud, vaid ette valmistatud mingi uurimuste reaga” (Rooma, lk IV).

¹⁷² See omakorda tuleneb sellest, et Bonfante luges lisaks Rooma õiguse loengutele ka Institutsioonide jm loenguid, mis kõik olid selle aja Itaalias kohustuslikeks õppeaineteks. Sellisel juhul võis ta selles käsitluses loomulikult piirduda Rooma õiguse ajaloo probleemidega ning võibolla iseloomustada rohkem ka välist ajalugu ning perioode. Järgnevates aga tegeleda rohkem materiaalõigusega. Eestikeelses väljaandes on prof. E. Ein isegi klassikalise materiaalse õiguse osa suurendanud (Ein, E. Tõlkija eessõna lk IV-V).

õiguse erijoone tähendusest Rooma kodanikele: “Võib olla, et ka põllupiirid loeti nagu müürid ja pomeerium *res sanctae* hulka; kindlasti ei allunud nad iganemisele ega kuulunud üldse eraomandisse”.¹⁷³ See on väide, millega muidugi võib nõustuda. Üldiselt ei kuulu asja mõiste ja liigitus Bonfante jaoks Rooma õiguse huvitavate probleemide hulka. Küll aga kuulub Bonfante huviorbiiti Rooma õiguse esimene etapp - Rooma kogukond ja kviriitlik õigus, mida ta on kõige põhjalikumalt käsitlenud¹⁷⁴ hoolimata sellest, et Rooma õiguse sisemisest arengust lähtudes see periood sedavõrd põhjalikku käsitlust ehk ei vääriski.

Seepärast on mõisteta, et minu teiseks näiteks Bonfante asjade liigitusest on jaotus *res Mancipi* ja *res nec Mancipi*, millega Bonfante on ainsana asjade liigitusest selles teoses pikemalt tegelenud. Tegemist on “ülima asjade liigiteluga (Bonfante kursiiv), mis eristab asju ühiskondliku tähtsusega, milles poliitilise organismi vaheleastumine on elavam, asjadest, mis on jäetud vabaks individuaalseks käsutamiseks, mis riigi vaheleastumine on vähim. Mõnel antud hetkel (harilikult primitiivses eposhis) võime tähele panna, et selline sotsiaalsete varade kategooria on grupi, kollektiivsuse või selle esindajana selle pealiku tõeliseks sotsiaalseks omandiks.”¹⁷⁵

Tundub, et vahel on Bonfante siiski *res Mancipi* - *res nec Mancipi* tähtsuse rõhutamisega ülemäära hoogu sattunud. Nimelt tema väitele, nagu oleks ka veel Gaius nimetanud *res Mancipi*’eid “väärtuslikumaiks asjaks”¹⁷⁶ ei suutnud ma allikaist kinnitust leida. Kindlasti oli *res Mancipi* - *res nec Mancipi* teatud ajal kõige tähtsam ning olulisem asjade liigitus. Kindlasti võõrandati *res Mancipi*’na kõige olulisemat osa varandusest, kuid *res Mancipi* liigitus (mitte *res Mancipi* hulka kuuluvad asjad ise) hakkas oma olulisust kaotama juba alates 2. saj eKr.¹⁷⁷ 2. saj pKr ei olnud selle tähtsus enam endine, kuigi see liigitus oli veel kasutusel. Samuti ei saa väita, et asjadel *res Mancipi* oleks olnud erinev staatus muudes eraõiguslikes suhetes peale võõrandamistingute.¹⁷⁸ Nii võib julgesti öelda, et kuigi asjade jaotust *res Mancipi* ja *res nec Mancipi* on Bonfante asjadest kaugelt kõige põhjalikumalt käsitlenud, on tema väited siiski kohati puudulikud ja vananenud.

¹⁷³ *Ibidem*, lk 165.

¹⁷⁴ Esimest osa - Rooma kogukond ja kviriitlik õigus, käsitleb Bonfante lehekülgedel 24 - 208; teise perioodi, mis sisaldab endas ühtlasi klassikalise õigusteaduse - Rooma riik ja rahvaste õigus, leiame lehekülgedelt 209 - 436 ja helleeni-orientaalse monarhia ja rooma-helleeni õiguse leiame lehekülgedelt 437 - 495.

¹⁷⁵ Bonfante, P, Rooma, lk 169.

¹⁷⁶ Bonfante, Rooma, lk 170.

¹⁷⁷ Vt allpool *res Mancipi* 2.3.3.1. Sarnaselt ka Kaser, M. Römischeres Privatrecht. I, lk 381.

¹⁷⁸ Lähemalt vt Bonfante kriitikat: Kaser, M. Römischeres Privatrecht I, lk 121-124, aga ka lk 96-98, kus ta samuti leiab, et Bonfante väiteid ei kinnita alati allikad ning kohati viivad ta väited ebapraktiliste tulemusteni.

Lisaks eelmainitud kahele asjade liigitusele toon veel ühe näite, mis samuti annab tunnistust Bonfante käsitluse ebapiisavusest. Bonfante on maininud ka kolmandat asjade liiki: *res publicae*, käsitledes avalikku omandit ning selle regulatsiooni: “/.../ avalik omand oli oma mitmesugusteis vormes väga laia ulatusega ja majanduslik korraldus pehmendab või kõrvaldab raskused paremini kui tänapäeva õigus oma kitsendustega: meri ja mererand on avalikud varad *res publicae* (Marcianus¹⁷⁹, laiendades mõistet, hüüab neid *res communes omnium*), /.../.”¹⁸⁰

Bonfante on siinkohal tegelenud vaid küsimusega, mil määral oli rooma avalik omand tänapäevasest ulatuslikum ja vaagunud rooma omandi häid ja halbu külgi. Samuti on ta käsitlenud Rooma õiguse avalike asjade liigituse mõju tänapäevastele regulatsioonidele. Seejuures pole ta aga vaadelnud Rooma juristide endi seisukohti, uurinud, miks kasutas Marcianus erinevat mõistet jne. Katsun seda teha nii siinkohal kui ka allpool asjade liigituse juures.

Kõigepealt tooksin ära erinevad liigituste kirjeldused allikates:

Marcianus libro tertio institutionum: Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare et per hoc litora maris. (D. 1, 8, 2)

(Marcianus, Institutsioonide kolmas raamat: *Mõned asjad kuuluvad vastavalt loomuõigusele ühiselt kõigile, mõned kuuluvad kogukonnale, mõned mitte kellelegi, enamik asju kuuluvad aga üksikutele inimestele ning neid omandatakse erinevatel alustel. Vastavalt loomuõigusele on kõigile ühiselt kuuluvad asjad need: õhk, voolav vesi ja meri ja seega ka mere kallas.*)

Justinianuse Institutsioonides:

/.../ Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur /.../. (Inst. 2, 1, pr)

(/.../ *Sest mõned asjad kuuluvad vastavalt loomuõigusele kõigile, mõned on avalikud, mõned kuuluvad kogukonnale, mõned mitte kellelegi; enamik asju kuuluvad aga üksikutele inimestele ning neid omandatakse erinevatel alustel /.../.*)

¹⁷⁹ Aelius Marcianus (2. saj lõpp - 3. saj algus / 217+ pKr). Bonfante, P. Rooma, lk 353.

¹⁸⁰ Bonfante, Rooma, lk 388.

Gaiuse jaoks on oluline vaid eristus avalikeks ja eraasjadeks ja seepärast ta ei erista kõigile kuuluvaid asju avalikest asjadest. Ka võrdsustab ta avalikud asjad (*res publicae*) kogukonnale kuuluvate asjadega (*res universitatis*):

Hae autem, quae humani iuris sunt, *aut publicae* sunt aut priuatae. (G. 2, 10)
Quae publicae sunt, nullius uidentur in bonis esse; ipsius enim uniuersitatis esse creduntur. priuatae sunt, quae singulorum hominum sunt. (G. 2, 11)

(*Need asjad, mis on inimliku õiguse omad, on kas avalikud või eraisikutele kuuluvad. Asju, mis on avalikud, peetakse mitte kellegi omandis olevateks; sest usutakse, et nad kuuluvad kogukonnale. Eraomandis olevad asjad kuuluvad üksikisikutele.*)

Marcianuse asjade liigitus põhineb rangelt institutsionaalsel süsteemil. Vastavalt sellele on avalikud asjad need, mis kuuluvad *universitas*'ele ehk antud juhul Rooma rahvale.¹⁸¹ Institutsionaalne süsteem omakorda põhineb bioloogilis-naturalistlikul arusaamal loomuõigusest (*ius naturale*). Vastavalt sellele on *res communes omnium* asjad algses, "loomulikus" olukorras, mis on ühised nii inimestele kui ka loomadele. *Res universitatis* on asjad, mis kuuluvad riigile, *res publica*'le. *Res nullius* on peremeheta asjad, mis muidu korrastatud õiguslikus maailmas ei kuulu hetkel kellelegi, aga ei ole enam "algolukorras".¹⁸²

Justinianuse Institutsioonides esinev liigitus *res communes omnium*, *res publicae* ja *res universitatis* Marcianusel puudub, samuti Gaiusel.¹⁸³ Gaiuse *ius naturale* - loomuõigus võrdub praktiliselt *ius gentium*'i, rahvasteõigusega ja kujutab endast nimelt tsiviliseeritud inimestele suunatud loomuõiguslikke printsiipe, millel ei ole midagi ühist loomadega. Justinianus ühendas enda seadusandluses mõlemad traditsioonid.¹⁸⁴ Tõenäoliselt peitub põhjus, miks ta soovis Gaiuse jaotusi täiendada institutsionaalse süsteemi elementidega, selles, et Justinianuse kristliku maailmapildiga sobis rohkem kokku institutsionaalse süsteemi bioloogis-naturalistlik käsitlus, mille kohaselt inimene ja loom on võrdsed ning algolukorras kuuluvad asjad neile võrdselt.¹⁸⁵ Samas on Justinianuse Institutsioonidest näha püüdlus Gaiuse jaotusele kindlaks jääda.

Kuigi Bonfante ajal ei olnud roomaõiguslik uurimine jõudnud eelklassikalise ja klassikalise õigusteaduse, nende erinevate põhimõtete ning teooria osas sellistele

¹⁸¹ Behrends, Die allen Lebewesen, lk 9.

¹⁸² *Ibidem*, lk 10-11.

¹⁸³ Gaiuse asjade liigitusest vt lähemalt allpool pkt 2.3.

¹⁸⁴ Ühendamisest kergendas asjaolu, et aja jooksul olid erinevatest lähenemisest põhjustatud praktilised erinevused juba ühtlustunud. Vt lähemalt Behrends, O. Die allen Lebewesen, lk 12-14.

¹⁸⁵ Behrends, O. Die allen Lebewesen, lk 15.

järeldustele nagu tänapäeval¹⁸⁶ ning seega ta ei saanudki veel seda kõike seletada, oleks siiski ka Bonfante jaoks võinud üles kerkida küsimus erinevate asjade jaotuste põhjustest.¹⁸⁷ Tõenäoliselt ei olnud see aga seotud tema hetketeemaga ja kõike ammendavalt seletada ei olegi ju võimalik.

Bonfante “Rooma õiguse ajalugu” on hea käsitlus teemast. Siiski on ta õpikuna raskesti kasutatav ja praeguseks ka standardteosena vananenud. Kuigi eemalseisjale võib jääda arusaamatuks, kuidas on võimalik nii ammu uuritud ning muutumatus valdkonnas nagu seda on Rooma õigus, toimuda veel avastusi ning uudseid käsitlusi, on see siiski võimalik. Et põhistada oma sellist väidet, pidin ma juba historiograafilises osas Bonfante teost käsitledes pikemalt ning süvitsi tegelema mõningate asja liigituse probleemidega. Kuigi Bonfante teos on hetkel ainuke arvestatav eestikeelne Rooma õiguse teaduslik (*sic!*) käsitlus, ei ole see asja mõiste ja liikide osas käesoleva töö jaoks tõsiseltvõetav.

Pereterski oma õpiku Vana-Rooma kohta käivas osas asja mõistet ei käsitle. Õigemini piirdub ta möönmisega, et “Rooma juristid töötasid välja asjade üksikasjalise klassifikatsiooni olenevalt tunnustest, millel on juriidiline tähtsus”¹⁸⁸. Seejärel jätkab ta asja mõistel pikemalt peatumata asjade liikidega.

E. Ilusa 2000. a. õpikus “Rooma eraõiguse alused” on öeldud: “Asi on õigusteoreetiliselt õigusobjektide üks liike. Ka Vana-Roomas oli see nii, kusjuures terminil *res* oli väga lai tähendus. Siin käsitletakse asja tavalises õigusobjektide ühe liigi tähenduses.”¹⁸⁹ Neis tsitaatides ei ole sellega küll midagi valesti väidetud, kuid samas on ka üsna vähe öeldud. Eesmärgiks on tõenäoliselt üliõpilasi mitte üle koormata, ehkki oleks raske öelda midagi veel keerulisemat ning ebaselgemat. Enamat ei paku ka E. Ilusa raamatu teised väljaanded.¹⁹⁰ Võimalik, et kuna allikates asja otseselt defineeritud pole, siis ei ole peetud vajalikuks sellele teemale rohkem tähelepanu pöörata ning on mindud edasi asja

¹⁸⁶ Bonfante seisukohtade ning tema kaasaegse uurimise seisukohta vt Bonfante, P. Rooma, lk 328-357.

¹⁸⁷ Sama kehtib ka C. Beckeri kohta, kes oma töös asjadest Gaiusel ütleb (*Die res bei Gaius*, lk 39-40): “*Res publicae*’id peetakse üldsuse kogukonna omandiks (*universitatis esse creduntur*); sel moel on nad selgelt kõrvaldatud vaid üksikisikutele kuuluva vara hulgast. *Res privatae* kuuluvad aga üksikutele isikutele. Justinianuse Institutsioonides aga ei rahulduta avalike asjade puhul enam hädalahendusega, et need asjad kuuluvad kogukonnale. Neis kirjutatakse lihtsalt, et kogukonnale kuuluvad need asjad (*universitatis sunt*), mis asuvad linnades (*civitates*), nimelt teatrid või staadionid.” Erinevalt Bonfantest aga on tema probleemiasetus suunatud just nimelt asjade liigitusele. Seega peaks olema suunatud ka sellele, miks erineb üks asjade liigitus teisest, nagu antud juhul. Ja isegi kui ta ei nõustu teiste avaldatud arvamustega, võiks seda põhjendada. C. Becker on selle asemel valinud kirjeldava lähenemisviisi, mis enamikel juhtudel ei üritagi süüvida asjade liigituse põhjustesse ning olemusse.

¹⁸⁸ Pereterski, I, lk 137.

¹⁸⁹ Ilus, E, lk 100.

¹⁹⁰ P. Kask, E. Ilus. lk 105.

liikide juurde. Võimalik, et kuna tegemist on õpikutega, pole tõepoolest tahetud üliõpilasi üle koormata. Või vahest on koguni otsustatud, et Rooma õigus oli väga praktiline õigus, kus definitsioonidele kohta ei leidunud. Käsitletud autorid neile küsimustele ise vastust ei anna.

Järgnevalt annan ülevaate Ilusa ja Pereterski asjade liigitusest. Nende õpikuteks mõeldud teosed loetlevad erinevaid Rooma õiguse asjade liike. Ühtlasi iseloomustab kummagi autori asjade liigitus vastavat asjade käsitlust. Need seisukohad toon ära ka allpool, analüüsisid eraldi iga asjade liigituse juures nimetatud autorite vastavaid seisukohti.

E. Ilus alustab asjade jaotusega *res Mancipi* ja *res nec Mancipi*, iseloomustades seda jaotust, selle eripära ning tähtsust.¹⁹¹ Minu arvates teeb ta seda hästi, sest see jaotus oli *ius strictum*'i ehk vana kviriitliku õiguse instituut ning seisab selles mõttes eraldi. Samas oli see liigitus Gaiuse (näiteks G. 2, 14a; 15; 16; 17) asjade süsteemi sisene liigitus. *Res Mancipi* ja *nec Mancipi* olid loomulikult nii inimliku kui jumaliku õiguse asjad.

Ka I. Pereterski käsitleb jaotust *res Mancipi - res nec Mancipi* pikalt. Tema jaoks "kuulub asjade säärase jaotuse tekkimise küsimus Rooma õiguse ajaloo kõige tumedamate küsimuste hulka"¹⁹². Pereterski arvates on *res Mancipi* puhul tegemist "ühiskondliku omandi jäämustega, mis kõigist teistest varaliikidest viimastena eraldusid ühiskondlikust omandist üksikisikute omandiks"¹⁹³. See on arvamus, millega põhimõtteliselt ühineb ka Ilus.¹⁹⁴ Lähemalt ma sellesse hetkel ei süüvi, kuid tegemist on väga vaieldava seisukohaga. Max Kaser ei eita seda otseselt, kuid leiab, et kui üldse, siis oli tegemist väga varajase nähtusega ja meile teadaolevate andmete põhjal on mõlemale raske lõplikku kinnitust leida.¹⁹⁵ Uuematest käsitlustest sellist väidet enamasti ei leiagi.¹⁹⁶

Omandi üldist iseloomustamist alustab Pereterski jaotusega *res in commercio* ja *res extra commercium*, kusjuures ta defineerib neid kui asju, mis võivad olla eraomandi esemeks ning võrdsustab *res in patrimonio*'ga.¹⁹⁷ Seda tehes on ta aluseks võtnud Justinianuse asjade jaotuse¹⁹⁸, ent nimetanud seda *res in commercio*'ks. Ilus leiab, et asjad

¹⁹¹ Ilus, E, lk 100.

¹⁹² I. Pereterski, lk 112, *res Mancipi - nec Mancipi* käsitlus punktis 99 - Vanima omandi üldine iseloomustus. lk 111-113.

¹⁹³ Pereterski, I. lk 112.

¹⁹⁴ Ilus, E. lk 100.

¹⁹⁵ Kaser, M. Römische Privatrecht I, lk 121-122, koos viidetega erinevatele vaidlevatele autoritele.

¹⁹⁶ Becker, C. lk 42-43; Behrends, O. Skript, lk 43. Hausmaninger, H., lk 171.

¹⁹⁷ Vrd Pereterski, I. lk 137.

¹⁹⁸ Seda võib oletada järgnevast *res extra commercium* jaotuse sisustamisest. - Pereterski, I. lk 137.

jaotatigi käibelisteks ning käibevälisteks (seega *res in commercio* ja *res extra commercium*) ja et selle liigituse aluseks on vahetegemine, kas asi võib olla eraomandi ja õigustehingute objektiks või mitte.¹⁹⁹

Esiteks on antud jaotustest raske mõista, mis ajajärkudest me räägime - kas see on Gaiuse või Justinianuse Institutsioonide või hoopis Digestade jaotus. Teiseks kasutatakse mõisteid, mida Rooma õigus ei tundnudki või ei kasutatud neid sellisel moel. Isegi kui tegemist on esimese kursuse üliõpilastele mõeldud Rooma õiguse õpikuga, ei tohiks seal Rooma õigust esitada nii, nagu oleks see terve oma ajaloo vältel olnud ühesugune ja muutumatu. Rooma õigus on välja kujunenud pika perioodi vältel ning sisaldab palju erineva sisuga mõisteid, kuigi nende nimetus võib olla jäänud samaks. Loomulikult on eri ajaperioodidel juurde tekkinud uusi mõisteid, mida ei tohiks samuti lihtsalt liita varasematele.²⁰⁰

Käibeväliste asjade mõistet sisustades on nii Pereterski kui ka Ilus²⁰¹ võtnud aluseks Justinianuse Institutsioonide jaotuse, sest ainult seal liigitatakse asju *res communes omnium*, *res publicae* ja *res universitatis*. Seejuures pole Ilus viimase kahe eristamises kindel: “Seda liiki asjadele on lähedased ka *res universitatis*”.²⁰² Tõenäoliselt tuleneb tema ebakindlus eri autorite erinevatest käsitlustest. Tegelikult on isegi Gaiuse ja Justinianuse jaotusi tundes Ilusa ja Pereterski jaotuste alusest raske aru saada. Nimelt käsitledes jumalikke asju ei maini kumbki autor, et Gaiuse ajal oli valitsev polüteistlik, peamiselt 12 põhijumala kultus, kuid Justinianuse ajal oli üle 200 aasta olnud riigiusuks ristiusk ning loomulikult jättis see oma jälje ka jumalike asjade sisule.²⁰³ Kui Ilus lähtub Justinianusest, siis ei saa ta väita, et *res religiosae* on asjad, mis on pühendatud maa-alustele jumalatele.²⁰⁴ Nii kirjutas küll Gaius, kuid Justinianuse Institutsioonides seisis sama koha peal järgmine tsitaat:

Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. (Inst. 2, 1, 9.)

(Religioosseks teeb ühe koha igäiüks vastavalt oma tahtele, kui ta matab surnu talle endale kuuluvasse kohta.)

¹⁹⁹ Ilus, E. lk 101.

²⁰⁰ Lähemalt selle kohta vaata ptk 2.3. asjade liigituse juures, kus ma olen seletanud erinevusi Gaiusel ning Justinianusel ning käsitlenud mõistete päritolu. Näiteks puudus Gaiusel asjade liik *res communes omnium*.

²⁰¹ Pereterski, I. lk 137-138, Ilus, E. lk 101-102.

²⁰² Ilus, E. lk 101.

²⁰³ Selle ja religioossete asjade sisu kohta vt Kaser, M. Römischeres Privatrecht II, lk 242-245.

²⁰⁴ Vt ka Kaser, M. Römischeres Privatrecht II, lk 244-245.

I. Pereterski kehaliste ning kehatute asjade kirjeldusest võib välja lugeda, et ka tema arvates iseloomustavad need asjade liigid asja mõiste sisu: “(Asjad jagunesid) kehalised /.../ ja kehatud /.../ asjad. Viimaste hulka kuuluvad õigused, *ususfructus*, nõudeõigus. Sellest nähtub, et Roomas anti asjale lai mõiste ning real juhtumeil mahutasid asjade kategooriad enesesse kõik eraõiguse objektid, millel on varanduslik iseloom”.²⁰⁵

Seevastu E. Ilus arvab, et “Rooma juristide töödes tavatsetakse asju veel liigitada kehalisteks ja kehatuteks. /.../ See klassifikatsioon arvatakse olevat tekkinud kreeka filosoofia mõjul.”²⁰⁶ Otseselt ta seda klassifikatsiooni ei iseloomusta, ent öeldes, et “hilisemas õiguses saab *res Mancipi - nec Mancipi* asemel oluliseks liigituseks *res immobiles* ja *res mobiles*”, on selge, et tema jaoks on liigitus kinnis- ja vallasasjadeks võrdselt oluline Rooma *ius strictum* liigitusega *res Mancipi - nec Mancipi*. Väljendid “... tekkinud kreeka filosoofia mõjul” ja “...veel tavatsetakse liigitada” vihjavad minu arvates sellele, et Ilus antud jaotusele erilist tähtsust ei omistanud ning sarnaselt Kaserile pidas seda pigem vaid filosoofiliseks ja mitte praktiliseks jaotuseks.²⁰⁷

Peab ütlema, et Rooma õiguse liigitust kinnis- ja vallasasjadeks I. Pereterski ei maini. Ka minu arvates ei teinud ei Gaius ega Justinianus nende vahel selget õiguslikku vahet.²⁰⁸ Seevastu Ilusa arvates oli see Rooma õiguse teiseks oluliseks jaotuseks peale *res Mancipi* ja *res nec Mancipi* jaotuse kadumist. “Hilisemas õiguses vahetegemine *res Mancipi* ja *res nec Mancipi* vahel kaob ja selle asemel saab oluliseks liigituseks *res immobiles* ja *res mobiles* /.../ Õiguslikku vahet *res mobiles*’e ja *res immobiles*’e vahel hakati tegema imperaatorite reskriptides. /.../ Oluliseks saab see Justinianuse õiguses.”²⁰⁹ Antud juhul on Ilus jaotust ajalisel vähemalt määratlenud, mida ta teiste jaotuste (va *res Mancipi* ja *res nec Mancipi*) puhul ei tee. Samas tekitab tema ajaline määratlus segadust, sest hoolimata hilisemast seletusest ei ole siiski selge, kas hilisem õigus on klassikalise ajastu õigus või tõepoolest alles imperaatorite reskriptidest tulenev. Tõenäoliselt on üks selle väite alustest just Bonfante teos, kus ta käsitledes Justinianuse õigust, väidab: “Kuid vana *res Mancipi* ja *nec Mancipi* eristamise /.../ asemele astub uus jaotus liikumatute ja liikuvate (kinnis- ja

²⁰⁵ Pereterski, I. lk 138.

²⁰⁶ Ilus, E, lk 102.

²⁰⁷ Kaser, M. Römischeres Privatrecht I, lk 376.

²⁰⁸ Vt allpool ptk 2.3.3.3.

²⁰⁹ Ilus, E, lk 100-101.

vallas)asjade vahel /.../'²¹⁰. Selline väide vastab tõe küll majanduslikult, kuid see ei pea tähendama, et ta õiguslikult selle asemele astus. Faktiline (mitte õiguslik) jaotus vallasasjadeks ja maatükkideks eksisteeris paralleelselt jaotusega *res Mancipi* - *res nec Mancipi* õiguses väga pikka aega.²¹¹

E. Ilus on rohkem tähelepanu pööranud sellistele asja olemust ning mõistet iseloomustavatele kategooriatele nagu jagatavad ja jagamatud asjad, lihtasjad ja koostatud asjad, asjade kogum, pea- ja lisaasi ning vili.²¹² Ka minu arvates iseloomustavad need kategooriad asja mõistet ja loomust ning nende käsitlemine on vajalik. Pereterski käsitus on antud juhul puudulik, sest ta on välja jätnud nii pea- ja lisaasjad kui ka jagatavad ja jagamatud asjad.²¹³

Nii asendatavate kui ka äratarvitatavate asjade kohta kasutab Pereterski nende ladinakeelseid iseloomustusi, mis esinevad nii Gaiusel kui ka Justinianusel.²¹⁴ Ilus²¹⁵ kasutab asendatavate asjade kohta aga alles 16. sajandil kasutusele võetud ladinakeelse mõisteid *res fungibiles* ja *res non fungibiles*.²¹⁶ Ei Ilus ega Pereterski ütle midagi nende mõistete kasutamise aja kohta. Periodiseeringud piirduvad kas “vanema Rooma õigusega”²¹⁷ või siis “vanima õigusega”²¹⁸, mille puhul on silmas peetud XII tahvli seadustes sisalduvat või siis veidi hilisemat, aga kindlasti mitte enam klassikalise ajastu õigust.

Leian, et kuna Vana-Rooma ajajärk oli üsna pikk ja isegi selle poliitilise ajaloo perioodid üksteisest väga erinevad - alates linnriigist ja vabariigist lõpetades impeeriumiga - tuleks ka õpikutes neid ajastuid eristada. Tegelikult tuleks lisaks Gaiusele ning Justinianusele eristada mõisteid ning neid sisustada vastavalt Rooma õiguse sisemistele ajaperioodidele. Samuti on eksitav kasutada ladinakeelseid mõisteid, mida roomlased ei tundnud. Iga uus mõiste loob ka uue sisu ja uus sisu ei ole enam see, mida me tahame edasi anda. See ei tähenda, et ei võiks üldistada, kuid tehtud üldistusele tuleks ka alati lugeja tähelepanu juhtida ning seda põhjendada.

²¹⁰ Bonfante, P. Rooma, lk 470. Bonfante ei ole mõjutanud mitte ainult E. Ilusat, vaid ka kõiki auhinnatöid, mis nõustuvad Bonfante arvamusega ning püüavad seda põhjendada ning täiendada.

²¹¹ Vt lähemalt allpool ptk-d 2.3.3.1. ja 2.3.3.3.

²¹² Ilus, E. lk 103.

²¹³ Pereterski, I. lk 138.

²¹⁴ *Ibidem*. lk 138.

²¹⁵ Ilus, E. lk 102.

²¹⁶ Sandström, M. lk 271. Vt allpool 2.3.3.4.

²¹⁷ Ilus, E. lk 100.

²¹⁸ Pereterski, I. lk 111.

2.2. Asja mõiste Gaiuse Institutsioonides

Gaius ja teised Rooma juristid ei defineeri asja (*res*) mõistet *expressis verbis*. Ometi on asi Gaiuse Institutsioonide süsteemis üks keskseist mõisteist ja on selleks jäänud kogu eraõiguses tänapäevani. Täpsemalt öeldes oli Gaiuse eraõiguse süsteemis keskseid mõisteid kolm:

Omne ius autem, quo utimur, uel ad personas pertinet uel ad res uel ad actiones (G. 1, 8).

(Aga kogu õigus²¹⁹, mida me kasutame, on seotud isikute, asjade või hagidega.)²²⁰

Ladina keeles puudub vahe asjal ja esemel – mõlemat tähistatakse terminiga *res*. Sõna *res* tähendab veel lisaks asjale ning esemele varandust, omandit, valdust, tehingut, kasu, tulu, fakti, sündmust jne.²²¹ Seepärast tutvustan kõigepealt asja ja eseme tänapäevast käsitlust ning seejärel pöördun tagasi Gaiuse juurde.

Tänapäeva õigusteooria seisukohalt on ese (sks *Gegenstand*) õigussuhte objektiks. Ese võib omakorda olla nii kehaline (st asi - *Sache*) kui ka kehatu (õigused²²²). Seejuures lähtutakse eseme mõiste määratlemisel kahest erinevast alusest.

Esimene neist, formaalne, defineerib õigussuhet kui isikutevahelist õiguslikult korrastatud suhet. Õigussuhte õiguslik korrastatus seisneb käskudes, keeldudes ja lubades, millest igapäevase jaoks on vajalik teatud kindel sisuline suund, objekt. Sellisel juhul tulevad kõne alla nii kinnis- kui vallasasjad, loodusjõud ja loodud teosed, samuti töö tulemus jne.

²¹⁹ Siinkohal on mõeldud eraõigust.

²²⁰ Antud jaotus, isikud - asjad - hagd, on kindlasti üks kuulsamaid Euroopa õigusajaloos ning mõjutab ka tänaseid seadusi. Vt Saksa Tsiviilseadustiku (BGB) §-d 1 jj - isikud, §-d 90 jj - asjad ja Eestis TsÜS eelnõus isikud (2. Osa § 7jj), nüüd ka asjad (§ 47jj) (121 SE II-2 - www.riigikogu.ee/ems/plsql/matrom.active. 05.07.01). Asjad olid BGB esimeses eelnõu variandis eriosas (Mudgan, B, Die gesamten Materialien, I - V), kuid hiljem lisati üldosasse. Selle üle vaieldi ägedalt BGB koostamiskomisjonides (vt Mudgan, Die gesamten Materialien, lk 486; Wieling, lk 49-50; Becker, C. lk 18-25) Siiani veel on asjad Eestis asjaõiguse seaduses (RT I 1993, 39, 590). Kehtivas TsÜS-s (RT I 1994, 53, 889) on isikud §-s 5jj. Selles mõttes on Institutsioonide süsteem BGB-s nähtavam. Hagd on tänapäeval protsessiõiguse osa ning seepärast puuduvad Tsiviilseadustiku osadest, kuigi nii BGB-s kui ka Lepinguliste suhete ja lepinguväliste kohustuste seaduses (RT I 2001, 81, 487) on deliktiõigust reguleerivad sätted lähedased Rooma õiguse hagidele.

²²¹ *res* - Ladina-Eesti sõnaraamat. Tallinn 1986, lk 576.

²²² Näiteks nõudeõigused asja suhtes. Need võrduvad Gaiuse obligatsioonidega (*obligationes*).

Eseme materiaalne määratlus on seotud vara mõistega. Varana (hüvena) võib käsitada kõike, mis võib inimest tema materiaalses ning vaimses arengus teenida ja mida seetõttu hinnatakse. Seega on ese see, mis on kontrollitav (valitsetav), millel on majanduslik väärtus ja mis on sellisena kasutatav.

Nende mõlema ühildamisel saame terviklikult määratletud mõiste: formaalne määratlus defineerib eseme mõiste loogilise asukoha ning materiaalne määratlus eseme mõiste sisu. Samas ei ole “eseme” mõiste tingimuseks mitte ainult selle rahaliselt mõõdetav väärtus, vaid ese kui hüve peab olema õiguslikult kaitstud.²²³

Gaiuse puhul tähendab *res* sisuliselt kord asja, kord eset. Võib siiski väita, et Gaius teeb *res*'i mõiste siseselt vahet selle sõna erinevatel tähendustel – *res corporales* on eesti (ka saksa) õiguskeeles kehalised asjad, *res incorporales* nõ varaga seotud asjad, nõuded jne. Sellise jaotuse ülemmõisteks on vara või ese (*res*).²²⁴

Tõlkimisel olen lähtunud traditsioonilisest *res*'i tõlkeviisist ning (nii siin kui järgnevalt) tõlkinud *res* peamiselt asjana (va. juhud, kui tava on teistsugune). Loomulikult võiks selle jätta teatud juhtudel ka tõlkimata või tõesti asendada erinevate mõistetega, ent eriti viimane variant põhjustaks liiga suurt segadust. Igatahes tuleb Gaiuse asja mõistet eristada kehtiva asjaõiguseaduse omast.

Kui vaadata lähemalt Gaiuse asjade jaotusi – diferentseerides neid toodud selgituste alusel –²²⁵, tuleb ilmsiks hämmastav sarnasus tänapäevase asjade jaotusega, mille algus ongi sellesamas Gaiuse asjade jaotuses. Lihtsustatult võib öelda, et aegade jooksul on Gaiuse asjaõigus jaotatud kaheks: üks pool kujutab endast peaaegu tänapäevast asjaõigust, teine pool võlaõigust. Tänapäeval esineb vara mõiste küll seadustes, kuid tegemist on eelkõige majandusliku terminiga ning reeglina ei ole vara asjaõiguse esemeks.²²⁶

Saksa Tsiiviilseadustiku (BGB) mõistet (§ 90: Asjad seaduse tähenduses on ainult kehalised esemed.²²⁷) kritiseeris F. Wieacker, kelle ettepanek oli lähtuda Gaiuse asja

²²³ J.v. Staudinger. Kommentar. I AT §§ 21-103. 1995. lk 516-518. *Gegenstand*. - Creifelds, lk 441.

²²⁴ Sarnaselt ka Holthöfer, E. Sachteil, lk 7-8.

²²⁵ Vt käesoleva töö ptk 2.3.jj.

²²⁶ Pärna. Kõve, lk 55. AÕS § 30 lg 1 sätestab: Vara on isikule kuuluvad asjad, rahaliselt hinnatavad õigused ja kohustused, kui seaduses ei ole sätestatud teisiti. Vara mõistet kasutatakse AÕS-s ka seoses kommertspandiga (§-d 311-312; lk 432-437). Vastavalt AÕS kommentaarile kasutatakse vara kui kogumi mõistet eelkõige pärimis- ja perekonnaõiguses. Asjaõiguste esemeks saavad olla vaid konkreetsed asjad (lk 55). Seega meie kehtivas õiguses puudub varal praktiliselt asjaõiguslik tähendus. Vrd lisaks BGB §-d 310, 311. Staudinger, lk 522-527; MüKo, 2001, lk 913-914.

²²⁷ Tõlge: Saksa tsiiviilseadustik. BGB, Tln, 2001. § 90: *Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände*.

mõistest (ehkki ta seda selleks otseselt ei nimetanud): „...lähtuda sisuliselt laiast asja mõistest (= ese) ja asendada tänase asjaõiguse varalise korraldusega.”²²⁸ BGB-s sarnaseid muudatusi ei tehtud. Kindlast osalt ka seetõttu, et Wieackeri ettepanek oli tehtud ajastu vaimus, st vastavalt kolmekümnendatel aastatel Saksamaal valitsevale ideoloogiale ning enne BGB uut redaktsiooni jõudis kätte Teine maailmasõda.²²⁹

Samas tundub, et just tänapäeval muutub Gaiuse asja mõistega sarnane asja defineerimine taas aktuaalseks. Esiteks tekitab ainult kehaliste asjade hõlmamine asjaõiguses tuntud raskusi, näiteks millena käsitleda elektrit ning arvuti tarkvara. Teiseks on tänapäeval suund sellele, et füüsiliste asjade asemel muutuvad üha olulisemaks varaks ideed ja nende realiseeritav väärtus.²³⁰ Sellise dogmaatika raames, kus “asi” tähendab kitsalt kehalist eset, on raske seda probleemi lahendada. Defineerides asjaõiguse objekti esemena või varana, oleks see aga mõeldav.

Eelnevast teen järelduse, et Gaius ei jätnud asja (*res*) mõistet defineerimata mitte seepärast, et tal polnud asja kui õigusliku mõiste olemusest selget ettekujutust, vaid et tuleb otsida teisi põhjuseid. Tõenäoliselt oli selleks ettekujutus, et asja (*res*) mõistet on võimalik defineerida lootelude (*partitiones*) või jaotuste (*divisio*) kaudu, mida Gaius tegigi. Eraldi seletavat definitsiooni (*definitio*) ei pidanud ta vajalikuks.²³¹

Gaius väidab Institutsioonide 1, 8-s teisi võimalusi välistavalt²³², et kõik, mis on seotud õigusega, peab kuuluma kas isikute või hagide või asjadega seotud õigusvaldkonda. Ka isiku mõiste määratles Gaius jaotuse G. 1, 8 kaudu, samuti sellele järgnevate alajaotuste kaudu (vabad ja orjad (G. 1, 9)). Vabad jällegi jagunevad vabaltsündinuteks ja vabakslastuteks (G. 1,10).

Justinianus oma Institutsioonides järgib Gaiust eriti just Institutsioonide ülesehituses. Ka temal on kogu õigus seotud isikute, asjade või hagidega. Lisaks sellele seletab ta, miks peab just isik olema õiguse keskpunktis:

Omne ius autem, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. Ac prius de personis videamus. Nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur. (Inst. 1, 2, 12.)

²²⁸ Wieacker, F. Sachbegriff, lk 58jj.

²²⁹ See ei tähendanud ainult natsionaalsotsialistlikku ideoloogiat, vaid Wieacker rõhutas pigem sotsiaalsust õiguses. Selle kohta vt lähemalt Rückert, J. Geschichte des Privatrechts als Apologie des Juristen - Franz Wieacker zum Gedächtnis. lk 531-562.

²³⁰ Selle kohta vt H. de Soto. The mystery of Capital. 2000, New York.

²³¹ Vt näiteks Cicero Topica, 5, 26 jj, ja eespool ptk 1.3.2.

²³² Retoorika võte *divisio*, vt eespool ptk. 1.3.2.

(Aga kogu õigus, mida me kasutame, on seotud kas isikute, asjade või hagidega. Esmalt käsitleme me isikuid. Sest õigusest saadakse väga vähe aru seni, kuni ei ole käsitletud isikuid, kelle jaoks on õigus loodud.)

Gaius defineerib asju samamoodi nagu isikuid, kusjuures defineerides asja kui õigussuhte sisulist objekti on tal asja mõiste põhijaotuseks *res corporales* ja *res incorporales* (kehalised asjad ja kehatud asjad).²³³ Sellest hoolimata, et Institutsioonide teine raamat algab jaotusest *res in nostro patrimonio* ja *res extra nostrum patrimonium* (eraomandis olevad asjad ja väljaspool eraomandit olevad asjad - G. 2, 1). Nimelt on Gaius siin lähtunud asjade omanikust – st isikust, mis on tema õpiku süsteemis keskne mõiste.²³⁴ Seepärast alustab ta ka asjade jaotust lähtuvalt sellest, kas need kuuluvad isikule (eraõiguslikul alusel) või mitte.

Sarnaselt Gaiusele defineerib asja mõistet Justinianuski - iga õigusega tegeleja peab peamiselt Institutsioonide teise raamatu esimesest ja teisest peatükist tulenevalt selle sisu ise mõistma.²³⁵

Gaiusel järgneb *res in nostro patrimonio* ja *res extra nostrum patrimonium* jaotusele tema enda põhijaotuseks nimetatud “jumaliku õiguse asjad ning inimliku õiguse asjad” (*res divini iuris - res humani iuris* - G. 2, 2). Antud jaotuse nimetamine põhijaotuseks on seotud kultuurilis-religioosete tavade, mis tegi selle põhijaotuse eriti varasemal ajal tähtsamaks ükskõik millisest teisest jaotusest.²³⁶ Asjade jaotus kehalisteks ning kehatuteks (kõrvuti jaotusega *res Mancipi* ja *res nec Mancipi*) on aga asjade sisuline põhijaotus.²³⁷

Asja (vara) sisu avab meile just Gaiuse definitsioon kehalistest ja kehatutest asjadest:

²³³ Sarnaselt ka J.v. Staudinger. Kommentar, lk 515-516; Hausmaninger, H., lk 169. Kaser, Max. Gaius und die Klassiker, lk 142-143.

Teisiti näiteks Ilus, E, lk 100-101. Ilus väidab, et “Hilisemas õiguses vahetegemine *res Mancipi* ja *res nec Mancipi* vahel kaob ja selle asemel saab oluliseks liigituseks *res immobiles* ja *res mobiles*.” Lk 102 ei omista Ilus klassifikatsioonile kehalised ja kehatud asjad erilist tähtsust, sest ta peab seda tekkinuks kreeka filosoofia mõjul. *Res mobiles* ja *res immobiles* jaotuse kohta vt allpool ptk 2.3.3.3.

²³⁴ Isiku ja asja mõiste kohta vt Behrends, O. Die Person oder die Sache? lk 26-60. Ka selle artikli kohaselt järgib Gaius siin süsteemi, milles inimene on keskmis ja millest lähtuvad ka süsteemid süsteemides.

²³⁵ Esimene kannab pealkirja *De rerum divisione* - (Asjade jaotusest) ja teine *De rebus incorporalibus* - (Kehalistest asjadest) (Inst, 2, 1; 2).

²³⁶ Võrreldes seda Justinianuse asjade jaotusega selgub, et Justinianuse Institutsioonides ei ole asjade jaotamine jumaliku ja inimliku õiguse asjadeks sugugi peamine, vaid lihtsalt üks jaotus teiste kõrval. (Pikemalt vt allpool ptk 2.3.2.1.)

²³⁷ Sarnaselt ka Justinianus, kes on kehaliste ja kehatute asjade liigitusele on lausa eraldi peatüki pühendanud (Inst. 2, 2, 1; 2). Jaotus *res Mancipi - res nec Mancipi* oli Justinianuse ajaks sisuliselt kadunud ning Justinianus tunnistas selle lõplikult kehtetuks. Vt allpool ptk. 2.3.3.1.

<Corporales> hae, quae tangi possunt, uelut fundus, homo, uestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. (G. 2,13) Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae <in> iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. (G.2,14)

(<Kehalised> asjad on need, mida saab puudutada, nii nagu maatiikk, ori²³⁸, rõivad, kuld, hõbe ja igasugused muud lugematud asjad. Kehatud on need, mida puudutada ei saa, nii nagu need, mis on olemas ainult õiguslikult, näiteks pärand, kasutusvaldus ja mistahes viisil omandatud obligatsioonid.)

Vastandades asju isikutele²³⁹ ning hagidele²⁴⁰, on Gaiuse asja mõiste tänapäeva teooria seisukohalt võttes äärmiselt lai. Seda sellepärast, et tegemist on esemetega, mis võivad moodustada isiku vara²⁴¹, st tõepoolest objektiga, millele on suunatud isikute õigused ja kohustused eraõiguses. Vara sisaldab *expressis verbis* (G. 2, 13-14) nii varas olevaid kehalisi asju kui ka vara tekkimise aluseks olevaid õigusi: võlaõigusi (st kokkuleppeid või ühepoolseid tehinguid nagu testament) ja piiratud asjaõigusi (kasutusvaldus).²⁴² Siiski on Gaiuse laia asja mõiste üle võtnud ka Justinianus (Inst 2, 1; 2, 2).

Gaiuse Institutsioonide teine raamat käsitleb rohkem seda, mida meie nimetame asjaõiguseks (pigem kehalisi asju) ning kolmas pigem võlaõigust (kehatud asju, vt ka punkti 2.1. eespoolt), kuigi Gaiuse süsteemi mõttes käsitlevad need mõlemad raamatud ehk

²³⁸ Vanemates tekstides, eriti 12 tahvli seadustes, aga ka klassikute juures kasutatakse sõna *homo* põhiliselt orja, st ainult bioloogilise inimese tähenduses (*homo* - Heumanns, lk 237). Inimest kui niisugust tähistati põhiliselt sõnadega *caput* või *persona*. Gaius kasutab *homo* aga nii inimese kui orja tähenduses (vt ka G. 2, 11) vastavalt sellele, kuidas kasutati mõistet tema poolt kasutatavas allikas.

²³⁹ Orja seisund oli eriline. Teatud mõttes ta oli inimene, st isik (G. 1, 52 jj). Kuid Vana-Rooma õiguses polnud see meile nii selge tõsiasi sugugi selge. Gaius käsitles esimese meile teadaoleva autorina orje ühtlasi isikutena. See saigi õiguslikult võimalikuks alles printsipaadi ajal. Vastavalt sabiniaanide koolkonna poolt esindatavale printsibiilisele õigusteooriale hakkas tekkima arusaam, et ori võib tõepoolest olla isik. Klassikud käsitasid teda looduse poolt loodud (täiendatud näiteks keelega) olendina, kes oli küll bioloogiliselt inimene (=homo), kuid mitte õiguslikult inimene st isik (*caput, persona*). Printsipaadi ajal hakati printsibiilise õigusteooria mõjul välja andma näiteks orjade kaitse seadusi. Et Gaius oli esimene, kes orje isikutena käsitles, võis tal juhtuda ka süstemaatilisi segadusi orja nimetuste osas. Vormelite puhul aga ei olnudki võimalik muuta orja nimetust ning seega ka seda põhjendavat teooriat. (vt lisaks ka Behrends, O. Die Person, lk 41 jj, eriti märkus 23).

²⁴⁰ *Actio* võimaldab isikutel kaitsta oma vara ja sellega seotud õigusi teiste isikute poolt toimepandud õigusrikkumiste vastu. Rooma õiguses ei tuntud materiaalõigusest eraldiolevat protsessiõigust.

²⁴¹ Vara jaoks on ladina keeles ka teisi termineid: *patrimonium, bona, peculium, pecunia* (Heumanns, lk 410 - *patrimonium*, lk 412 - *peculium*, lk 413 - *pecunia*, lk 48 - *bona*), kuid samas on ka need mõeldud teatud kitsa vara liigi jaoks.

²⁴² Sellest on valesiti aru saanud H. Okas, kes oma diplomitöös "Tähtsamaid asjade liigitusi Rooma õiguse arenguloos" on leidnud, et "üksnes kehalised asjad olid roomlaste juures mõeldud asjadena juriidilises mõttes. Nii elektrienergia kui gaas ei saaks olla Rooma õiguse allikate järgi asjad" (lk 1). Seejuures lähtus H. Okas oma töös E. Eini loengus esitatud asja mõistest: "Res oma konkreetse ja spetsiifilises mõttes on välismaailma piiratud osa, mis on sotsiaalses teadvuses eraldunud ja mida mõeldakse kui iseseisvat majanduslikku üksust." (H. Okas, lk 1). Minu arvates on Rooma õiguse asja mõiste just nimelt nii lai, et selle alla saaks mahutada ka gaasi ja elektrienergia ning sellist tõlgendust võimaldab igal juhul ka E. Eini esitatud asja mõiste.

alajaotused ülemmõistet “vara”. Vastavalt Gaiuse Institutsioonide teisele ja kolmandale raamatule kuulub isegi omand kui absoluutne asjaõigus siin vara tekkimise aluseks olevate õiguste hulka,²⁴³ kuigi seda siin eraldi ei nimetata. Seega sisaldas juba Gaiuse kehaliste ja kehatute asjade jaotus algeid eristamiseks tänapäevast asjaõigust ning võlaõigust.²⁴⁴ Selgemalt eristub asjaõigus võlaõigusest näiteks Paulusel:

Paulus libro secundo institutionum: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. (D. 44, 7, 3, pr)

(Paulus Institutsioonide teises raamatus: Obligatsioonide olemus ei seisne mitte selles, et keegi mingi asja või servituudi meie omaks teeks, vaid selles, et teine isik on kohustatud meile midagi andma või tegema või oma kohustust täitma²⁴⁵.)

Selle Pauluse fragmendi alusel on E. Ilus väitnud, et “Rooma õigus on arendanud vahetegemise asjaõiguste ja obligatsiooniõiguste vahel täieliku teravuseni”.²⁴⁶ Samas pole ei Gaiuse Institutsioonide, Justinianuse Institutsioonide ega Digestade ülesehituses ja teemade käsitlemises näha selget piiri asja- ja võlaõiguse vahel ning pärimisõiguski on küll juba temaatilise grupina eristunud, kuid on siiski pigem osa asjaõigusest. Kui arvestada asja laia mõistet, on see ka täiesti arusaadav ning aktsepteeritav.

Kehaliste ja kehatute asjade erinevust rõhutab erinevate hagiliikide olemasolu nende kaitseks. Obligatsioonid kui kehatud asjad on aluseks vaid nõudeõigustele kohustatud isiku suhtes ning neid saab kaitsta *actio in personam*²⁴⁷ abil.

Superest, ut de actionibus loquamur. Et si quaeramus (?), quot genera actionum sint, uerius uidetur duo esse, in rem et in personam. /.../ (G. 4, 1) In personam actio est, qua

²⁴³ Gaius ei tee sageli selget vahet asjal ja omandiõigusel asja üle, näiteks:

Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem

(G. 2, 19 – *Sest res nec Mancipi võivad saada teise isiku omaks (=neid võib võõrandada) lihtsa üleandmise teel, kui nad vaid on kehalised ja seepärast võõrandatavad üleandmise (traditio) teel.*)

Sest eristades asja ja omandiõigust asja üle peaks see lause kõlama järgmiselt: Täielikku omandiõigust *res nec Mancipi* üle võib üle anda lihtsalt võõrandamisega *traditio* teel, kui need *res nec Mancipi* on kehalised.

²⁴⁴ Nii ka Hausmaninger, H. lk 169.

²⁴⁵ Vaieldakse selle üle, kas *praestare* kui kohustuse sisu element tähendab *dare* ja *facere* kõrval midagi erilist ja kui, siis mida (*praestare* - Heumanns, lk 452-453).

²⁴⁶ P. Kask, E. Ilus, lk 104.

²⁴⁷ *Actio in personam* tõlkimisel on eesti õigusajaloolises kirjanduses kasutusel kaks erinevat varianti: E. Ilus, *Rooma...* lk 64 j.j. kasutab mõistet isiklikud hagid; Pereterski, I. S. Üldine riigi ja õiguse ajalugu. Tartu 1946, lk 91 tõlkes on kasutatud mõistet isikulised hagid. Minu arvates on eesti keeles sõnal “isiklik” tähendus “minu oma” või “minusse puutuv” ja mitte “teise isiku vastu suunatud” ning seepärast eelistan tõlget “isikuline hagi”. Samas on *actio in rem* kohta käibel termin “asjaõiguslik hagi”, kuigi võiks olla ka “asjaline” vastandina “isikulisele”. Isikuõigusliku hagiga aga *actio in personam* puhul tegemist ei ole. Tänapäeval nimetame me seda võlaõiguslikuks.

Hagide jaotuse isikulisteks ja asjaõiguslikeks võttis üle ka Justinianus - vt näiteks Inst. 4, 6, pr; 1; 2; 3.

agimus [quotiens] cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE. (G. 4, 2)

(Jääb üle käsitleda hagisid. Ja kui küsime, milline on hagide jaotus, siis näib õigem öelda, et neid on kaks, asjaõiguslikud ja isikulised /.../ (1) Isikuline hagi on see, mille alusel me mingi isikuga kohtus käime; st selle isikuga, kellel on meie ees kohustus kas lepingust või deliktist tulenevalt, st kellelt me soovime, et ta PEAB midagi kas ANDMA, TEGEMA või SOORITAMA.(2)

Seevastu õigusi kehalistele asjadele saab kaitsta *actio in rem* abil.

In *rem* actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, uelut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamue ducendi uel altius tollendi prospiciendiue <aut cum> actio ex diuerso aduersario est negatiua. (G. 4, 3)

(Asjaõiguslik hagi on see, mille puhul me väidame, et mingi kehaline asi on meie oma või et meil on teatud õigus, näiteks kasutus-(usus) või viljakasutusõigus või käimise või karjaajamise või veejuhtimise või kõrgemale ehitamise õigus või õigus vaadata välja (juhul kui naaber soovib varjata või on varjanud väljavaate); või kui tegemist on pooli ümber vahetades negatoorse hagiaga.)

Vanemates käsitlustes, näiteks M. Kaseril²⁴⁸, kohtab sageli seisukohta, et Gaiuse Institutsioonide süsteem sisaldas vaid õpetamise eesmärgil loodud jaotusi. Need olevat olnud maha kirjutatud kreeka filosoofiat õppinud reetorite, näiteks Cicero töödest. Ja seepärast polevat neil olnud praktikas tähtsust. Sel põhjusel puuduvat sarnane süsteem klassikalise aja praktiliste juristide teostes ning mõned hilisemad autorid olevat oma õpikutes selle Gaiuse pealt lihtsalt maha kirjutanud.²⁴⁹

²⁴⁸ Vt kõigi asemel Kaser, Max. Das Römische Privatrecht. I München. 1971. Lk 376-377. Täpsemalt, põhjenduste ja selgitustega Kaser, Max. Gaius und die Klassiker. Lk 127-178.

²⁴⁹ Vt eespool ptk 1.3.1; 1.3.2. Probleemiks on, miks just Gaius kirjutas sarnase Institutsioonide õpiku ja miks sarnaseid jaotusi ei leidu teiste klassikaliste juristide teostes. M. Kaser (Das römische Privatrecht I lk 376) toob näiteks fragmente Ulpianuselt: Dig.5, 3, 18, 2; 37, 1, 3 pr/1; 39, 2, 13, 1; 43, 26, 2, 3; jne. Ulpianuse teostes esinevad Gaiusega sarnased mõisted ja jaotused, kuid kuna meieni on säilinud ainult fragmendid Digestade kaudu, on raske midagi öelda nende konteksti kohta.

Ulpianus (surnud 223 pKr) on ühtlasi hea näide selle kohta, et ka praktikaga tegelevad juristid teadsid ning kasutasid sarnast süsteemi. Ulpianus oli pidevalt riigiametites: Rooma sõjaväeprefekti abi, eraisikute maksudega tegeleva keiserliku kantselei juhataja, mitmeid kordi erinevates prefektiametites ja keisri nõukogu liige. Seega üks mõjuvõimsamaid isikuid riigis. Knütel, R. Ulpianus Domitius. - Juristen. Lk 625-626. Selle alusel võib küll väita, et Ulpianus oli põhiliselt praktik. Digestade kaudu on meieni jõudnud mitmed fragmendid tema praktika jaoks kirjutatud käsiraamatutest. Samuti kuulus ta *ius respondendi* ga juristide hulka. Kuigi Ulpianus kuulub juba hilisklassikute juristide hulka, on tegemist siiski klassikalise ajastuga ning teooria ja jurisprudents arenesid ka Vana-Roomas. See tähendab et ei saa nõuda nimetatud jaotusi kõigilt juristidelt terve klassikalise ajastu vältel. Teiseks ei ole suur hulk Vana-Rooma juriidilist kirjandust meieni lihtsalt säilinud ning juba seepärast ei saa antud jaotuste puudumist klassikalise ajastu juristide töödes üheselt väita.

Tänapäevase uurimise seisukohalt ei pea see enam paika. Esiteks eeldaks see ju, et Rooma juristid oleksid loonud ilma igasuguse tuginemiseta teooriale kasvõi sellesama praktikas kasutusel olnud jaotuse *actio in personam* ja *actio in rem*. See süsteem omakorda eeldab aga asjade jaotamist *res corporalis*'eks ja *incorporalis*'eks. Tegelikult põhineb kogu Institutsioonide süsteem siiski kehaliste ja kehatute asjade eristamisel. Ühesõnaga, ei saa väita, et praktikas poleks olnud antud jaotustel tähtsust. Samuti ei ole kujuteldav sarnase süsteemi loomine ilma vastava lähtealuseta, st teoreetilise põhistuseta.

Teiseks on nüüd allikate põhjal, mida varem nendes küsimustes ei arvestatud nagu näiteks Cicero, teada, kuidas arenes eelklassikalisest õigusteadusest klassikaline ning institutsionaalse ja printsiibilise õigusteooria põhimõttelised erinevused. Sellest on võimalik tuletada, mida oma ediktikommentaari kirjutades võttis ühest ja teisest süsteemist üle Iulianus ja tema järel ta õpilane Gaius. Samuti seda, mis moodustas sel ajal üldise standardteadmise, millest sissejuhatavaid õpikuid õigusteadusesse kirjutades lähtusid ka teised, hilisemad autorid.²⁵⁰ Seega võib öelda, et Gaiuse asjade jaotusel ning mõistel oli klassikalisel ajal ning hiljem praktiline väärtus ning kasutus. Sellise jaotuse jätkuvat tähtsust näitab ka kehaliste ja kehatute asjade jaotuse ülevõtmine Justinianuse Institutsioonidesse eraldi peatükina (Inst. 2, 2).

Asja mõiste oluliseks koostisosaks on ka asjade kogumi, üksikute asjade, asja osade ning vilja mõisted. Neid ei ole Gaius eraldi defineerinud. Antud mõistete definitsioone tuleb jällegi otsida erinevate juhtumite kirjeldusest. Sellele viitab Institutsioonide ülesehitus. On näha, et tähtsust pole olnud definitsioonil kui sellisel, vaid tema praktilisel kasutusel. Üksikute asjade ning asjade kogumi eristamisest saame teada näiteks pärimisõiguse kaudu:

Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulae res nobis acquirantur: nam legatorum ius, quo et ipso singulas res acquirimus, opportunius alio loco referemus. Uideamus itaque nunc, quibus modis per uniuersitatem res nobis acquirantur (G.2, 97).

(Nüüd oleme küllalt rääkinud sellest, millisel viisil üksikud asjad meie omaks saavad; sest legaaside õigust, mille alusel samuti üksikud asjad meie omandiks saavad, käsitleme me edaspidi teises kohas. Praegu aga vaatame, millisel moel omandame asju asjade kogumina.)

²⁵⁰ Põhjendustega, ülevaadetega ning viidetega Behrends, O. Institutionelles... ja Fraus legis, eriti lk 39-59; ka Die Person.

Õiguslikult ongi asjade kogum näiteks pärand, mis koosneb üksikutest asjadest,²⁵¹ ning üksikuid asju on võimalik pärandist ka eraldada, näiteks legaatide ja fideikomissidega.²⁵²

Vilju ei määratle Gaius Institutsioonides sõnaselgelt, puudutades neid peamiselt seoses hagidega²⁵³. Tema vilja mõistet iseloomustavad teataval määral järgmised lõigud:

... nec ad rem per<tinet, quod in hereditate res corporales con>tinentur; et fructus qui ex fundo percipiuntur; corporales sunt ... (G. 2, 14)

(... pole oluline, et pärand sisaldab kehalisi asju, ja et viljad, mida maatükist saadakse, on kehalised...)

Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, uelut fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit. (G. 2, 203)

(Ka see asi, mis ei ole veel asi vastavalt asjade loomusele, kuid kui ta tulevikus saab seda olema, siis on võimalik kedagi legaadiga kohustada²⁵⁴ seda andma, nagu näiteks vilja, mis hakkab sellel maatükil kasvama või seda, kes sellest orjatarist sünnib.)

Viljade ja viljakasutuse kohta on Gaius kirjutanud põhjalikult teostes *Rerum Cottidianarum*'is ning *Ad edictum provinciale*'s (lib VII),²⁵⁵ mis ühtlasi on osa Justinianuse seadusandlusest ja seega kehtiv ka Justinianuse ajal.

Asja osade eraldamist mõttelisteks ja reaalsseteks – nagu seda teevad hilisemad juristid²⁵⁶ ja institutsionaalse mõtteviisi esindajad nagu näiteks Servius või Celsus²⁵⁷ -

²⁵¹ Vt ka G. 2, 14.

²⁵² G. 2, 191-223; 246-289.

²⁵³ Lisaks põhitekstis järgnevale G. 2,280; 4,16; 4,166; 4,167; 4,168; 4,169; 4,171.

²⁵⁴ *Per damnationem legare* on vanemas Rooma õiguses teatud legaadi liik, mille puhul testaator kohustab pärijat teatud kindla vormeliga midagi tegema – näiteks *heres meus damnas esto dare* (Vt *damnare* - Heumanns, lk 119).

²⁵⁵ D. 22,1,8,1; 7,1,6,1-2; 7,1,74; 7,2,5; 7,4,30; 7,7,3; 7,1,45; 7,1,39; 7,4,19; 7,5,2; 7,5,7; 21,2,49; 7,8,1; 7,8,13; jne.

²⁵⁶ Vt Kaser, M. *Römisches Privatrecht I*, lk 382-383. See on seotud jällegi mõtteviisi erinevusega prokuliaanide ning sabiniaanide vahel ning ühtlasi eelklassikalise ja klassikalise õigusteooria vahel. Vt Behrends, O. *Institutionelles....; Die Person....; Fraus legis; Die lebendige Natur...* Küsimus on selles, milline on ühel või teisel juhul aktsepteeritav abstraktsuse aste. Sabiniaanid tunnistasid erinevalt prokuliaanidest kaasomandi võimalikkust, st mõistes kaasomandit vaid mõtteliste, mitte reaalsete osadena. Sama kehtis ka asja kohta, mis võis koosneda erinevatest mõttelistest, kuid samaaegselt mitte reaalsetest osadest.

²⁵⁷ Selle kohta Behrends, O. *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*. Index. Nr. 12, 1983/84 lk 189-225. Näiteks D. 13,6,5,15; 45,3,5; 50, 16, 25,1; Toon siin ära neist vaid esimese: *Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum: ./.../ Et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere./.../ (D. 13, 6, 5, 15).*

(Ulpianus 28. raamatus edikti kohta: ./.../ Ja ta (Celsus noorem) ütleb, et kahest isikust mõlemal ei saa olla asja suhtes tervikuna omandit ja valdust: ja samuti ei saa kumbki neist olla ühe kehalise asja osa omanik, vaid

Gaiusel ette ei tule. Institutsioonides on küll kasutatud võtet võtta osa asjast sümboliseerimaks tervet asja, kuid sellel puudub asjaõiguslik vahe mõttelise ja reaalse osa vahel.

Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri uel adduci, uelut si colomna aut nauis aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur, eaque in ius adferebatur, deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat uindicatio; (G. 4, 17)

(Kui mingi asi oli selline, et ilma kahju tekitamata ei olnud võimalik seda preetori juurde kohtusse tuua või juhtida nagu näiteks sammas või laev või mingi veisekari, siis võeti sellest mingi osa ja see toodi kohtusse ning seejärel vinditseeriti seda osa, nii nagu oleks olnud kohal kogu asi;)

Justinianusel oli võimalik valida nii sabiniaanide kui ka prokuliaanide poolt väljapakutud lahenduste vahel ning sageli on mõlemad arusaamad tema seadusandluses, eriti Digestades esindatud. Gaius 4, 17-le sarnane väide Justinianuse Institutsioonides puudub. Küll esineb peamiselt pärimise juures osa eraldamist tervikust.²⁵⁸ Pärandist osa eraldamisel on eraldatud reaalne osa, mis võib olla ühtlasi ka mõtteline, kuid samas on selline eristamine ka faktiline. Seepärast ei saa Justinianuse Institutsioonide kohta üheselt väita, et seal eristatakse reaalseid ja mõttelisi osi. Pigem väidaksin ma, et reaalseid ja mõttelisi osi eristatakse kindlasti Justinianuse seadusandluses, kuigi võibolla mitte Justinianuse Institutsioonides.

Kokkuvõtvalt võib öelda, et Gaiuse asja - *res corporalis* mõiste (asi sarnaselt TsÜS-i eelnõu § 48 lg 1 mõttes) kattub tänapäevase asja mõistega. Samas tähendab Gaiuse *res* ka eset või vara, mis on tunduvalt laiemad mõisted. Kuna aga tavapärase tõlkeviis mõiste *res* puhul on "asi", siis tekitab see segadust. Vaid asja mõttelise ning reaalse osa puhul võib öelda, et Gaiuse jaoks polnud selline vahetegemine oluline ning seepärast seda tema juures ka ei leia.

2.3. Asjade liigitus

2.3.1. Res in nostro patrimonio – res extra nostrum patrimonium jaotuse tähtsusest Gaiusel ja Rooma õiguses üldse

kummalgi on jagamatu kaasomand terve kehalise asja suhtes./.../)

²⁵⁸ Inst. 2, 14, 3; 5; 6; 2, 16, 7; 2, 18, 2; 7; jne.

Isik on Gaiuse Institutsioonides esikohal. Seepärast lähtub ta uut raamatut alustades jällegi põhijaotusest isikud - asjad - hagid ning käsitleb kõigepealt isikut ja sellest tulenevalt tema omandit²⁵⁹. Sest asjad on kas meie eraomandis (*res in nostro patrimonio*) või on nad väljaspool meie eraomandit (*res extra nostrum patrimonium*):

... Modo uideamus de rebus, quae uel in nostro patrimonio sunt uel extra nostrum patrimonium habeantur. (G. 2, 1)

(Nüüd käsitleme asju (asjaõigust): mis on meie (era)omandis²⁶⁰ või mis on väljaspool meie (era)omandit.)

Sellest jaotusest tulenevalt ei kuulu (ei saagi kuuluda) teatud asjad üksikisikute omandisse, vaid nad on väljaspool eraomandit ehk mitte kellegi omandis. Meie eraomandis olevaid asju defineerib Gaius negatiivselt: kõik, mida ei ole loetletud nende asjade seas, mis ei kuulu meie eraomandisse, kuulub järelikult meie eraomandisse. Asjade, mis ei kuulu meie eraomandisse, mõiste siseselt eristab Gaius veel inimlikku õigust jumaliku õigusest.²⁶¹

Summa itaque rerum diuisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt diuini iuris, aliae humani. (G.2,2.)

(Peamiselt jaotatakse asjad kahte liiki: ühed on jumaliku õiguse, teised inimliku õiguse omad.)

Gaius ise nimetab seda jaotust peamiseks. Vana-Roomas oli õigus ju algselt seotud religiooniga ning esimesteks juristideks olid preestrid. Kuigi Rooma õigus kaotas oma religioosse iseloomu suhteliselt vara²⁶², jäi sinna kindlasti alles religiooniga seotud elemente. Üheks näiteks on tõenäoliselt ka nimetatud jaotuse pidamine peamiseks.

²⁵⁹ C. Beckeri arvates, kes ei mõistnud Gaiuse süsteemi süsteemi sees, on siin põhiküsimus omamises või mitteomamises. (Die "res"... lk 38) Antud juhul alustab Gaius tõepoolest uuesti põhijaotusega: isikud - asjad - hagid.

²⁶⁰ *Patrimonium*'i tõlkimiseks on kasutatud ka sõna "pärusvara", tähistamaks isalt päritud vara. Kuid *patrimonium* võis tähendada ka lihtsalt eraomandit (Heumanns, lk 410). Seepärast ei tundu vaste "pärusvara" mulle kõige sobivam, vaid tänapäevase keele seisukohalt pigem eksitav. Minu arvates on selgem kasutada ladinakeelset sõna või eestikeelset "omandit".

²⁶¹ Jaotus jumaliku ja inimliku õiguse asjadeks tuleneb jaotusest *res in nostro patrimonio – extra nostrum patrimonium*. See jaotus ei kattu päriselt *res in commercio – extra commercium*'iga. Mitte kellelegi kuuluvad asjad – *res nullius* – on küll *res in commercio*, aga ühtlasi ka *res extra nostrum patrimonium*, sest hetkel on nad peremehta. Vt ka Kaser, M. Römische Privatrecht I, lk 377. Kuigi näiteks I. Pereterski neid võrdsustab (I. Pereterski, lk 137). Vt eespool ptk 2.1.

²⁶² Ilus, E, lk 29.

Jumaliku õiguse asjad (*res divini iuris*) ei ole kellegi omad. Inimliku õiguse asjad (*res humani iuris*) võivad olla kas avalikud, hoopis peremeheta (need mõlemad kokku on mitte kellegi omandis olevad asjad) või siis (meie) eraomandis (G. 2, 9-11).²⁶³

Justinianus on oma Institutsioonides (Inst. 2, 1 pr ja 1-11) järginud põhiliselt Gaiust, kuid mitte ainult. Esitatud jaotused on tõstetud ümber nii, kuidas talle sobivam tundus ning arvestatud on ka teisi arvamusi, millest osa on ära toodud Digestades.

... modo videamus de rebus. Quae vel in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium habentur. Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur, sicut ex subiectis apparebit. (Inst 2, 1, pr)

(...Nüüd vaatleme asju. Need on kas meie (era)omandis või väljaspool meie (era)omandit. Sest mõned asjad kuuluvad vastavalt loomuõigusele kõigile, mõned on avalikud, mõned kuuluvad kogukonnale, mõned mitte kellelegi; enamik asju kuulub aga üksikutele inimestele ning neid omandatakse erinevatel alustel, nagu alljärgnevalt ilmneb.)

Nagu näha, on Justinianuse Institutsioonides peamiseks hoopis teised jaotused. Jaotus jumaliku ning inimliku õiguse asjadeks on kaotanud oma senise tähtsuse. Ka selle jaotuse suhteliselt hiline käsitlemine (Inst. 2, 1, 7) näitab seda:

Nullius autem sunt res sacrae et religiosae et sanctae: quod enim divini iuris est, id nullius in bonis est. (Inst. 2, 1, 7)

(Mitte kellelegi ei kuulu sakraalsed ja religioossed ja pühad asjad: mis on jumaliku õiguse oma, ei ole kellegi omandis.)

Kuigi esialgu tundub olevat muutunud vähe, erineb Justinianuse rõhuasetus oluliselt Gaiuse omast. Ka Justinianus käsitleb kõigepealt neid asju, mis on väljaspool eraomandit, kuid ta ei ole seejuures kasutanud mitte Gaiuse ega ka teiste klassikalise ajastu juristide jaotusi, kus jumaliku õiguse asjad on üks esimesi ning rõhutatult olulisi asjade jaotusi. Selle asemel on jumaliku õiguse asjad tema Institutsioonides üks mitte kuigi tähtis mitte kellelegi kuuluvatest asjade alajaotus. See erineb tunduvalt Gaiuse lausest: “jumaliku õiguse asjad ei kuulu kellelegi” (G. 2, 9), milles rõhutatakse jumalike õiguse asju. Need on tulenevalt jaotusest *res in nostro patrimonio - res extra nostrum patrimonium* ühtlasi ka mitte kellelegi kuuluvad asjad, kuid jaotuses ei ole rõhuasetus mitte kellelegi kuuluvatel asjadel. Küll aga rõhutatakse mitte kellelegi kuuluvaid asju Justinianuse Institutsioonides, mille alajaotus on

²⁶³ Kõige selle kohta vt pikemalt allpool ptk-d 2.3. 2. 2 ja 2.3. 3.

jumaliku õiguse asjad. Sellise muutuse põhjustas tõenäoliselt religiooni ja õigusteaduse muutunud suhe võrreldes Gaiuse ja talle eelneva ajaga.

Digestades kohtame samuti peatükki pealkirjaga *De rerum divisione* (1, 8), mis on kokku pandud eri koolkondade ning aegade eri juristide töödest. Seepärast neis esitatud jaotused osalt ühtivad, osalt erinevad Gaiuse omadest. Mõned juristid pole asjade osas vajalikuks pidanud mingit ülemjaotust *res in nostro patrimonio* ja *res extra nostrum patrimonium* (Ulpianus D. 1, 8, 9)²⁶⁴ või on kasutanud teisi asjade jaotusi (Marcianus D. 1, 8, 2, ka Pomponius D, 18, 1, 6 pr). Loomulikult ei või me tänapäeval täie kindlusega väita, et Justinianus jättis välja midagi, mis oli küll juristide vastavates töödes olemas, kuid ei sobinud tema poolt loodud süsteemi ega ka seda, et ta midagi välja ei jätnud. Ent arvestades erinevaid retsipeeritud arvamusid ning Digestadesse võetud fragmente, on Justinianus pidanud paremaks ühendada oma kodifikatsioonis võimalikult rohkem seisukohti ning variante. Seepärast olen seisukohal, et meil on erinevatest asjade jaotustest suhteliselt hea ülevaade.

Nii Gaiuse kui Justinianuse Institutsioonid tunnevad vaid jaotust – *res in nostro patrimonio* ja *res extra nostrum patrimonium*.²⁶⁵ Erinevalt sellest on Ilus sama koha peal kasutanud termineid *res in commercio* ja *res extra commercium*,²⁶⁶ mis on loodud alles hiljem ning seega sobimatud Rooma õiguse õpikusse. Samuti väidab Pereterski, et “... /Rooma juristidel/ kujunesid järgmised jaotused: a) *res in commercio* (ehk *in patrimonio*) /.../ ja *res extra commercium* /.../.”²⁶⁷ Ka Becker kasutab käibeliste asjade kategooriat, tunnistades, et ei Gaius ega Justinianus seda ei kasutanud.²⁶⁸ Kuigi Kaser on Gaiuse puhul nimetanud samuti mõisteid *res in nostro patrimonio* - *res extra nostrum patrimonium*, on ta pidanud seda vaid õpetamise jaoks loodud süsteemiks.²⁶⁹

Tegelikult arendasid *res in commercio* kategooria välja põhiliselt 19. saj pandektistid.²⁷⁰ Gaius ning Justinianus kasutasid Institutsioonides küll mõistet *commercium*,

²⁶⁴ Ulpianus kasutas teistsugust ülemjaotust, mis pole asjade ülemjaotus - jaotus avalikuks ja eraõiguseks (D. 1, 1, 1, 2).

²⁶⁵ Sõna-sõnalises tõlkes tähendavad küll “meie” omandis olevaid asju jne, kuid kuna silmas on peetud siiski eraomandit, olen seda ka sel viisil tõlkinud (vt ka Heumanns, lk 410 – *patrimonium*).

²⁶⁶ Ilus, E. lk 101.

²⁶⁷ Pereterski, I. lk 137.

²⁶⁸ Becker, C. lk 39, märkus 153. See vastuolu aga ei näi teda üldse häirivat.

²⁶⁹ Kaser, M. *Römisches Privatrecht* I, lk 377.

²⁷⁰ Õigustust pandektistide välja töötatud süsteemile üritas leida M. Kaser: vt Kaser, M. *Römisches Privatrecht* I, lk 377 ja Kaser, M. *Vom Begriff des ‚commercium‘*. lk 161-167. Kaseri arvates on asjade iseloomustamine läbi mõiste *commercium* õiguslikum, sest see on abstraktsem. Kuigi ta leiab ka ise, et allikates sellist jaotust ei

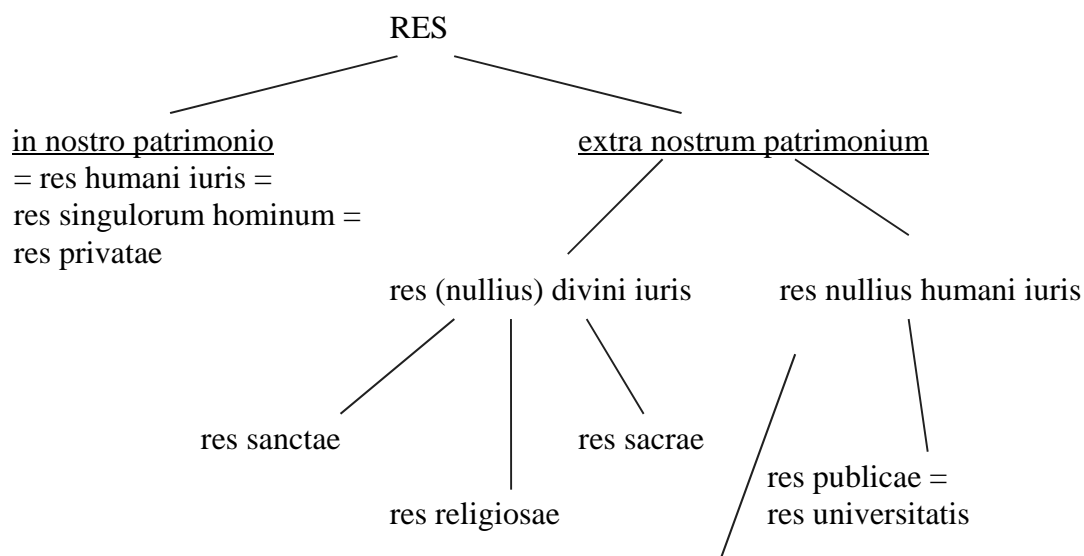
ja viimases võiks see selles seoses isegi kõne alla tulla (Inst. 2, 20, 4). Ka Digestades on mainitud *res quarum commercium est* (asju, mille on *commercium*)²⁷¹, kuid antud allikate põhjal julgen väita, et Rooma juristidel ei olnud sellist asjade jaotust välja töötatud.

Lisaks leian, et *commercium*'ist tuletatud asjade jaotus on vastuolus Rooma õiguse sisemise süsteemiga – *commercium* oli ju *ius strictum*'i puhul isikute võime osaleda asjadega seotud käibes. *Commercium*'it polnud aga mitte igatüüpi – näiteks orjadel või peregriinidel. Järelikult poleks need isikud olnud üldse võimelised asju müüma, ostma jne, ka mitte omavahel. *Res in commercio*'ga ei saa olla faktiline suhe, vaid see oleks puhtalt *ius strictum*i suhe. Vastupidiselt sellele on *res in nostro patrimonio* võimelised olema ka *ius gentium*'ist lähtuvas õiguskäibes.

2.3.2. Res extra nostrum patrimonium

Gaius jaotas asjad vastavalt sellele, kas neil oli võime kuuluda isikute omandisse või mitte. Alljärgnev skeem annab ülevaate peamiselt asjadest, mis ei kuulu üksikisikute eraomandisse (*res extra nostrum patrimonium*). Üksikisikute eraomandis olevad asjad nagu kehalised ja kehatud asjad, *res Mancipi* ja *res nec Mancipi* jaotuvad juba teistel alustel.

Skeem 1.



olnud. (Kaser, M. Vom Begriff des "commercium", lk 161-164.

²⁷¹ Vt ka D. 18, 1, 6 pr; 31, 49,2; D 30, 39, 10.

res nullius singularis

2.3.2.1. Res (nullius) divini iuris

Jumaliku õiguse asju (*res divini iuris*)²⁷² pidas Gaius kõige tähtsamaks *res extra nostrum patrimonium* jaotuseks, seetõttu alustangi nendest. Gaius ütleb jumaliku õiguse asjade kohta järgmist (G. 2...) :

Diuini iuris sunt ueluti *res sacrae* et *religiosae*. (3) *Sacrae* sunt, quae diis superis consecratae sunt; *religiosae*, quae diis Manibus relictæ sunt. (4) Sed *sacrum* quidem hoc solum existimatur, quod *ex* auctoritate populi Romani consecratum est, ueluti lege de ea re lata aut senatus consulto facto. (5) *Religiosum* uero nostra uoluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo eius mortui funus *ad* nos pertineat. (6) Sed in prouinciali solo placet plerisque locum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est uel Caesaris, nos autem possessionem tantum uel usumfructum habere uidemur; utique tamen, etiamsi non sit religiosum, pro religioso habetur. Item quod in prouinciis non ex auctoritate populi Romani consecratum est, proprie *sacrum* non est, tamen pro sacro habetur. (7) *Sanctæ* quoque *res*, uelut muri et portæ, quodam modo diuini iuris sunt. (8)

(Jumaliku õiguse asjad on need, mis on sakraalsed ja religioossed²⁷³. Sakraalsed on pühitsetud taevastele jumalatele (jumalatele ülal); religioossed on jäetud maalustele jumalatele²⁷⁴. Aga sakraalseks peetakse sellist maatiikki, mis on pühaks kuulutatud Rooma rahva käsul ja volitusel (rahvakoosolekul), näiteks selle kohta vastu võetud seadusega või Senati otsusega. Religioosseks teeme omaenda tahtega, mattes surnu meile kuuluvasse kohta, kui ainult selle surnu matus on meie korraldada (meid puudutab, kohustab). Kuid provintssides asuvaid maatiikke ei saa paljude arvates religioosseks paigaks muuta, sest nende maatiikkide omanikuks on kas Rooma rahvas või keiser; sest arvatakse, et meil on vaid valdus või kasutusvaldus nende maatiikkide üle; igatahes on siiski nii, et kuigi need kohad ei ole religioossed, käsitletakse neid religioossetena. Samuti see, mida ei ole Rooma rahva käsul ja volitusel pühitsetud nagu provintssides asuvad asjad või maatiikid. Seepärast ei ole need tegelikult sakraalsed, kuid neid käsitletakse siiski sakraalsetena. Teatud viisil kuuluvad jumaliku õiguse alla ka pühad asjad, näiteks linnamüürid ning väravad.)

²⁷² Vt ka põhjalikult Wissowa, G. Religion und Kultus der Römer. München, 1971.

²⁷³ *Religare* tähendab seotust, selle kaudu tagasihoidmist, kuigi on vaieldav, kas *religio* hoopis mitte *relegere*'st (hoolikus, tähelepanemine) ei tulene. Wissowa, G. Religion, lk 380.

²⁷⁴ *Manes* on tegelikult surnute vaimud, siinkohal on mõeldud jumalaid, kes valitsevad surnute hingede üle ning on nendega seotud (*manes* - Heumanns, lk 332).

Seega jaotab Gaius jumaliku õiguse asjad sakraalseteks (*res sacrae*), religioosseteks (*res religiosae*) ja pühadeks (*res sanctae*) ning tema eeskujul teeb seda ka Justinianus.²⁷⁵ Siiski sisustavad nad neid mõisteid religiooni muutumise tõttu kohati erinevalt. Pühade asjade suhtes on nad küll üksmeelel ja seda isegi sõnastuses.

Pühadeks asjadeks (*res sanctae*) on niisiis linnamüürid ja väravad.²⁷⁶ Pühad asjad on küll ainult teatud viisil jumaliku õiguse asjad, sest nad ei kuulu nn jumalate omandisse, ei ole neile pühitsetud, kuid seisavad jumalate kaitse all. Neid, kes pühade asjadega (*res sanctae*) seotud eeskirju rikuvad, karistatakse.²⁷⁷ Sellest tulenevat ka mõiste “sanktsioon”.²⁷⁸

Karistamise kohta ütleb Pomponius järgmist:

²⁷⁵ Justinianuse Institutsioonide (Inst. 2, 1, 7) kaudu on see jaotus jõudnud tänapäeva õigussüsteemidesse ning eriti dogmaatikasse, näiteks Saksamaal. Sealsetele praktikutele mõeldud Palandti Tsiviilseadustiku kommentaarid olid 54. trükini sees mõisted *res sacrae*, *res religiosae* ja *res publicae* (lk 57-58). Hilisemates trükkides (Palandt, 60. tr, lk 58-59) need mõisted puuduvad, kuid liigitus on jäänud ning hoolimata sellest, et tänapäeval puudub sellise liigituse järele vajadus, püütakse seda siiski sisustada. Vt ka Staudinger, lk 533-538, kus *res sacrae* mõiste on pealkirjaks. Vt ka Wieling, lk 57-58. See näitab, et konservatiivsed ei ole olnud mitte ainult Rooma, vaid ka tänapäeva juristid. Eesti AÕS-s see liigitus puudub (vt AÕS-e 2. ptk).

Sisuliselt on tänapäevane asjade jaotus lähedasem pigem *Epitome Gai* vastavale jaotusele:

Omne itaque res aut nostri iuris sunt, aut divini, aut publici. Nostri iuris sunt, quae in proprietate nostra esse noscuntur. Divini iuris sunt ecclesiae, id est, templa Dei, vel ea patrimonialia ac substantiae, quae ad ecclesiastica iura pertinent. Publici iuris sunt muri, fora, portae, theatra, circus, arena, quae antiqui sancta appellaverunt, /.../. Lex Romana Visigothorum (II, 1, 1).

(Kõik asjad kuuluvad jällegi kas meie õiguse või jumaliku või avaliku õiguse alla. Meie õiguse alla kuuluvad need asjad, mille kohta teatakse, et need on meie omandis. Jumaliku õiguse asjad on kirikud, st jumalale määratud pühad kohad või ka kirikuõiguse alla kuuluv vara ning vahendid. Avaliku õiguse alla kuuluvad müürid, väljakud, väravad, teatrid, tsirkus ja areen, mida vanad autorid kutsusid pühadeks.)

²⁷⁶ P. Bonfante oletab, et ka piduliku ning pühaliku *limitatio*-tseremooniaga tõmmatud põllupiirid ja piiridevaheline vaba ruum võisid nagu linnamüürid ja pomeerium kuuluda *res sanctae* hulka. Kindlasti polevat nad allunud iganemisele ega kuulunud üldse eraomandisse (Rooma, lk 165). Samuti ka Ilus (kes dateerib selle vanemasse aega), lk 102 ja Pereterski, lk 138, kes rõhutab, et piiripeenarde puhul näeme maaomandi rikkumatause erilist kaitset, aga ei dateeri. Kaser ei nimeta piiripeenraid *res sanctae* käsitluse juures, kuid väidab hiljem hoopiski, et maal asuvate maade piirid on kindlaks määratud (algselt sakraalse) *limitatio* aktiga. Seega valitseb piiripeenarde kuuluvuse osas segadus, kas nad olid *res sanctae* või hoopis tulenevalt sakraalsest aktist *res sacrae*. Kindel on see, et Gaiuse ajal ei kuulunud piiripeenrad enam ei ühe ega teise hulka. Selles mõttes ajavad segadusse nii Pereterski kui ka Ilus, kes jumaliku õiguse asjade teatavas osas Justinianusest lähtudes segavad omavahel ära Rooma õiguse erinevad ajastud. Lisaks piiripeenardele nimetavad Ilus (lk 102) ja Pereterski (lk 138) ka linnamüüre.

²⁷⁷ Tõenäoliselt on see seotud arhailise õiguse ettekujutusega maailma korrast: kui keegi rikub korda, siis tuleb see rikkumine objektiivse menetluse teel kõrvaldada. Seepärast tuli õiguserikkujal heastada kahju, isegi kui ta polnud süüdi. Sest kuritegu – õiguskorra rikkumine – on maailma tulnud ning tuleb heastada. Vt Hattenhauer, lk 42-48. Hilisemaks ajaks oli selline arusaam kadunud, kuid norm jäänud.

²⁷⁸ D. 1, 8, 9, 3. *Ulpianus libro sexagesimo octavo ad edictum: Proprie dicimus sancta, quae neque sacra neque profana sunt, sed sanctione quadam confirmata: ut leges sanctae sunt, sanctione enim quadam sunt subnixae. Quod enim sanctione quadam subnixum est, id sanctum est, etsi deo non sit consecratum: et interdum in sanctionibus adicitur, ut qui ibi aliquid commisit, capite puniatur.*

(Ulpianus 68. raamatus edikti kohta: Pühaks nimetatakse tegelikult seda, mis ei ole ei sakraalne ega pühitsemata, vaid millele annab mõjuvuse mingisugune sanktsioon. Nii on seadused pühad, sest neile annavad sanktsioonid tugevust juurde. Mis nimelt mingisuguse sanktsiooniga on kaitstud, on püha, kuigi see ei ole pühitsetud ühelegi jumalale: ja mõnikord on sanktsiooniga määratud, et kes mingi teatud teo toime paneb, seda karistatakse surmanuhtlusega.) Sarnaselt seletab püha mõiste tekkimist ka Inst. 2, 1, 10.

Pomponius libro secundo ex variis lectionibus: Si quis violaverit muros, capite puniatur; sicuti si quis transcendet scalis admotis vel alia qualibet ratione. Nam cives Romanos alia quam per portas egredi non licet, cum illud hostile et abominandum sit: nam et Romuli frater Remus occisus traditur ob id, quod murum transcendere voluerit. (D. 1, 8, 11)

(Pomponius Kireva tekstivalimiku teises raamatus: Seda, kes rikkus müüride kohta kehtivat korda, karistatakse surmaga, nagu ka seda, kes nendest redeli abil või mingil muul viisil üle ronib. Sest Rooma kodanikud ei tohi linnast väljuda muul viisil kui ainult läbi väravate, kuna teistsugune moodus oleks vaenulik ja jälestusväärne: sest ka Remus, Romuluse vend tapeti seepärast, et ta tahtis ületada linnamüüri.)

Algselt, Gaiusel olid sakraalsed (*res sacrae*) näiteks templid ning maatükid, millel templid asusid, kultusesemed, altarid jne.²⁷⁹ Maa, millele oli ehitatud sakraalne hoone, jäi sakraalseks ka peale hoone kokkuvarisemist (D. 1, 8, 6, 3).²⁸⁰ Sakraalseks muudeti asju piduliku ja ametliku toiminguga *consecratio*²⁸¹ teel magistraadi poolt, kes oli selleks volitatud kas seaduse või Senati otsusega, hiljem ka keisri otsusega. Eraviisiline pühitsemine polnud võimalik.²⁸² Provintsis asuvat maad ei olnud võimalik *consecratio* teel pühitseda, seega üldse mitte. Seepärast tuli selliseid maatükke käsitleda sakraalsetena, kuigi nad seda vastavalt *ius strictum*'ile ei olnud. Kord sakraalseks pühitsetud asjad jäid igaveseks jumaliku õiguse asjadeks. Selline korraldus muutus aga vabariigi lõpp-perioodil. Sellest ajast alates oli võimalik sakraalseid asju tagantjärele taas pühitsemata asjadeks kuulutada.²⁸³

Roomlaste senine ettekujutus *res sacrae* olemusest ei sobinud kokku kristliku ainujumala-ideega. Piiskopi poolt pühitsetud asjad, kultusekohad ning kultusega seotud

²⁷⁹ Kaser, M. Römischeres Privatrecht I, lk 378. Umbes sarnaselt ka Pereterski, I, lk 138 ja Ilus, E, lk 102. Ilus lisab, et templit võis müüa ainult siis, kui oli vaja Rooma kodaniku välja osta sõjavangistusest. Mina seda Gaiuse puhul ei leidnud - nii väideti hoopis Justinianuse Institutsioonides. Templitest saab samas aga rääkida vaid mittekristlike kultushoonete puhul.

²⁸⁰ See tähendab, et jumalatele omistati teatud sorti omandiõigust, mille üle valitsemisõigust oli riigil ehk *populus Romanus*'el. Mommsen, T. Römischeres Staatsrecht, lk 60.

²⁸¹ *Consecratio* tähendas asja riigi poolt jumalatele pühitsemist ja selle toiminguga tulemusena muutus asi sakraalseks. Kuid roomlased tundsid veel teistki võimalust, kuidas asja jumalatele pühendada. Seda nimetati *dedicatio*'ks ning see tähendas, et isik, kellele kuulus asja omandiõigust, loobus sellest ning andis selle üle jumalatele. *Dedicatio* teel võidi üle anda näiteks mingi asi, aga ka rajada uus altar või kultusekoht. Selline asi aga ei muutunud sakraalseks, vaid jäi profaanseks. Samas hakkas ta sellest hetkest kuuluma *res religiosae* hulka ning oli sellisena jumalate kaitse all. Kes aga asja varastas vms, ei pannud siiski toime *sacrilegium*'i – pühaduse rüvetamist ehk jumalatele pühitsetud asjade varastamist, mida karistati surmanuhtlusega, vaid tavalise varguse (*furtum*) (D. 48, 13, 11,1). Erandiks oli *dedicatio* maa-alustele jumalatele, st hauda kaasapandud asjad (raha), mida mainitakse koos sakraalsete ja riigile kuuluvate asjadega (Inst. 4, 18, 9). Samas hauas olevate kujude kohta see ei käi (D. 47, 12, 2). Wissowa, G. Religion, lk 385. Mommsen, T. Römischeres Strafrecht, lk 761-763.

²⁸² D. 1, 8, 6, 3. Seda vähemalt alates 4. saj eKr. Kaser, M. Römischeres Privatrecht I, lk 378.

²⁸³ Kaser, M. Römischeres Privatrecht I, lk 378.

asjad said nüüd üksikute kirikute sihtotstarbeliseks omandiks.²⁸⁴ Sellest hoolimata võttis Justinianus Gaiuselt koos muude liigitustega üle ka asjade liigi *res sacrae*, sisustades selle vastavalt kristluse vajadustele²⁸⁵:

Sacrae sunt, quae rite et per pontifices deo consecrata sunt, veluti aedes sacrae et dona, quae rite ad ministerium dei dedicata sunt, /.../ si quis vero auctoritate sua quasi sacrum sibi consistuerit, sacrum non est, sed profanum. /.../ (Inst. 2, 1, 8)

(Sakraalsed asjad on need, mis on ettenähtud korras ja preestri poolt jumalale pühitsetud, nagu pühad hooned ja kingitused, mis on vormikohaselt jumala teenimisele pühendatud, /.../ kui aga keegi on oma autoriteedist tulenevalt mingi asja endale sakraalseks määranud, ei ole see sakraalne, vaid pühitsemata. /.../)

Sakraalseid asju ei tohtinud ei võõrandada ega pantida, välja arvatud sõjavangide vabaksostmise jaoks (Inst. 2, 1, 8). Sakraalsete asjade kohta käivad korraldused puudutasid kristluse ajal enamasti ka kloostreid ning vagadel eesmärkidel moodustatud sihtasutusi.²⁸⁶

Klassikalise ajastul ja seega ka Gaiusel olid religioossed (*res religiosae*) maa-alustele jumalatele jäetud kohad - matmispaiku (G. 2, 3). Justinianuselgi olid religioossed kohad need, kuhu oli maetud surnu (Inst. 2, 1, 9).²⁸⁷ Mõlemal juhul tegid koha religioosseks inimesed oma tahtega, mattes sinna kedagi. Samas ei tohi valitud matusepaik rikkuda teiste inimeste omandiõigust (Inst. 2, 1, 9). Gelliuselt pärineb suurepärase *res religiosae* definitsioon: “Religioossed on esemed ning kohad, mis oma pühaduse pärast on meist kaugenenud ja eraldatud.”²⁸⁸ Nii et lisaks matmispaikadele võivad religioossed olla ka sellised esemed, mis olid eraisikute poolt jumalatele annetatud või lihtsalt hauda kaasa pandud. Matmispaigad muutusid neisse surnu matmisega religioosseks ja väljusid eraomandist²⁸⁹ – neid ei saanud enam võõrandada ega igada.²⁹⁰

²⁸⁴ Kaser, M. Römische Privatrecht II, lk 243.

²⁸⁵ Väga tõenäoliselt on ka Digestades vastvad kohad interpoleeritud, et nad oleksid kooskõlas kristliku maailmapildiga.

²⁸⁶ Kaser, M. Römische Privatrecht II, lk 243, viidetega CJ, 1, 2, 17, 4; Nov. 7 praef. pr; Nov. 120, 5, 1.

²⁸⁷ I. Pereterski ütleb religioossete asjade kohta vaid, et need olid näiteks hauad (lk 138). Ilus ütleb, et religioossed olid esemed, mis on pühendatud maa-alustele jumalatele - matusepaigad, hauakääpad jne (lk 102). Kui Ilus on oma ülemjaotust *res extra commercium* sisustanud Justinianust järgides, siis jumalike asjade puhul on ta järginud peamiselt pigem Gaiust, samas ei ole ta ka seda teinud järjekindlalt, vaid seganud seda nii Justinianuse kui kviriitliku õiguse elementidega.

²⁸⁸ Gellius. Noctae Atticae. Lib XX. IV, 9, 8: *religiosum est, quod propter sanctitatem aliquam remotum ac depositum a nobis est.*

²⁸⁹ Siin võib kasutada ka väljendit “muutuvad käibeväljeks”.

²⁹⁰ Lisaks religioossetele normidele keelati matmispaikadega maatükkide võõrandamine ka hauakirjades. Vt *Fontes iuris romani antiqui* (koost. Bruns, K, G.) 7. trk. Tübingen. 1909. 172 A. *Iura sepulcrorum. Prohibitiones alienandi.*

Õigus matmispaigale maetud saada või kedagi matta (*ius sepulchri*) kuulus sarnaselt tavalisele omandiõigusele kas üksikisikule või kolleegiumile²⁹¹. Omavalitsusele kuuluvaid avalikke surnuaedu Vana-Roomas ei tuntud. Üldiselt oli õigus matmispaigale piiratud sugulaste ning pärijatega, kuid vahel koonduti ka matuseplatsi-ühisusteks. Otseselt religiooseks jäi hauaplats seni, kuni mullas leidus veel surnu säilmeid.²⁹² Kuna aga sarnastele kohtadele maeti edaspidigi, siis jäigi koht tavaliselt religioosseks.

Kõigi nende asjade - *res sacrae*, *res religiosae* ja *res sanctae* - nimeks oli ka *res nullius divini iuris*, “mitte kellelegi kuuluvad jumaliku õiguse asjad”.

2.3.2.2. Res nullius humani iuris

Res nullius on minu arvates Gaiusel võrdsustatud asjadega, mis on väljaspool eraomandit. Seejuures jaotab ta nad omakorda mitte kellelegi kuuluvateks jumaliku õiguse asjadeks (*res nullius divini iuris*) ja mitte kellelegi kuuluvateks inimliku õiguse asjadeks (*res nullius humani iuris*):

Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est; id uero, quod humani // iuris est, plerumque alicuius in bonis est. Potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt (G. 2, 9).²⁹³

(Aga asjad, mis on jumaliku õiguse omad, ei kuulu kellegi omandi (vara) hulka; ent see, mis on inimliku õiguse oma, on enamasti kellegi omandis, võib aga olla, et asi ei kuulu kellegi omandisse: sest pärand(atud asjad) pole, enne kui keegi on pärijaks saanud, kellegi omandis.)

Nagu juba öeldud, olid ka jumaliku õiguse asjad mitte kellelegi kuuluvad. Inimliku õiguse asjad *extra nostrum patrimonium* olid samuti *res nullius*. Need oli Gaiusel kõigepealt avaliku õiguse asjad ehk *res universitatis* ja teiseks kõige algsem *res nullius* liik, st asjad, millel ei ole peremeest, st omanikku.

²⁹¹ Eristatakse matuse kolleegiume (Ilus nimetab neid *collegia funeratica*, lk 82) ning sama ametit pidavate isikute ühingut (*collegium* - Ladina-Eesti, lk 145), millele samuti võis kuuluda matmispaik, kuhu maeti kõik ühingu liikmed.

²⁹² Kaser, M. Römischeres Privatrecht I, lk 379, Mommsen, T. Zum Römischen Grabrecht, lk 207j. Harva oli matmispaik mõeldud vaid ühe inimese matmiseks. Leidus ka hauakirju, mis keelasid matta perekonna hauaplatsile võõraid pärijaid. *Ibidem*. lk 209-210.

²⁹³ *Italic* kirjas koht ladinakeelses tekstis on täiendatud D. 1, 8, 1 pr-st.

a) Avaliku õiguse asjad ehk *res publicae* võrdustas Gaius *res universitatis*'ega:

Quae publicae sunt, nullius uidentur in bonis esse; ipsius enim uniuersitatis esse creduntur... (G. 2, 11).

(Asju, mis on avalikud, peetakse mitte kellegi omandisse kuuluvaks; sest usutakse, et nad kuuluvad kogukonnale endale²⁹⁴.)

Tõenäoliselt on ta silmas pidanud, et *res publica* – mis tähendab Rooma rahvast ühendavat riiki - on *res universitatis*. Ja Rooma rahva poolt ühiselt kasutatavad asjad on *res publicae* – kõigi ja mitte kellegi omandis. Tegelikult ei olnud nad päris võrdsed, sest *res publicae* on alati *res universitatis*, aga *res universitatis* võib olla ka midagi muud peale *res publicae*, näiteks *municipium* või *collegium*.

Avalikke asju pole võimalik okupeerida.²⁹⁵ Et tegemist on eraõiguse süsteemiga, ei käsitle Gaius avaliku õiguse asju pikemalt. Avalikust omandist teeb Gaius juttu veel hagide juures (G. 4, 146; 159). Seda, mida võis Gaius silmas pidada avaliku õiguse asjade all, saame teada tema teisest teosest *Res cottidianarum sive aurea*: näiteks kui jõgi hakkab voolama uues sängis, siis nii jõgi kui jõesäng on tulenevalt rahvasteõigusest avalikud (*publicus iuris gentium*) (D. 41, 1, 7, 5) ning nad mõlemad on avalikus kasutuses (*usus publicus*).²⁹⁶

Selle näite põhjal võib ka väita, et asju, mis kuulusid kõigile (*res communes omnium* - see kategooria Gaiusel Institutsioonides puudub) ja avalikke asju ei eristanud Gaius üksteisest kuigi teravalt.²⁹⁷ Selle põhjuseks on, nagu teeb selgeks Behrends, prokuliaanide ning sabiniaanide erinev arusaamine mõistetest *ius naturale*, *ius gentium*, *ius civile*. Kuna

²⁹⁴ *Res universitatis* ehk kogukond oli organiseerunud inimeste hulk, näiteks vald, aga ka tsunft, ühendus. – Heumanns, lk 601. Ilusa kasutatud sõna “kogukond” näib seda mõistet eesti keeles kõige paremini edasi andvat.

²⁹⁵ Vt ka Behrends, O. Die allen Lebewesen, lk 8-9. Okupeerimine (*occupatio*) on asja haaramine, vallutamine tahtega seda endale pidada. Vallutada saab mitte kellelegi kuuluvat eset (Ilus, E. lk 110).

²⁹⁶ D. 1, 8, 5 pr: *Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis.*

(Jõekalda avalik kasutamine tuleneb samuti rahvaste (ühis)õigusest nagu ka jõe enda kasutus).

Lisaks neile käib *res publicae* avalik kasutus Gaiusel ka järgmiste asjade kohta:

D. 1, 8, 5 pr: *itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare. Sed proprietates illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt.* D.1, 8, 5, 1: *In mare piscantibus liberum est casam in litore ponere, in qua se recipiant.*

(Sellest tulenevalt on igaiihe jaoks vaba laevaga kaldal peatumine, kõite kinnitamine kaldal kasvavate puude külge, võrkude kuivatamine ning nende merest välja tõmbamine, lasti mahapanemine, samuti nagu mööda jõge sõitmine. Aga jõekallaste omanikud on need, kelle maatiikke jõelained uhuvad. Seetõttu kuuluvad neile ka puud, mis kaldal seisavad. 1: Merel käivatel kaluritel on ka vabadus ehitada endale mererannale onn, milles nad saavad hinge tõmmata).

²⁹⁷ Vt ka Kaser, M. Römisches Privatrecht I, lk 380.

Gaiusel võrdsustus *ius naturale* sarnaselt stoikutele ja eelklassikalise õigusteaduse arusaamadele *ius gentium*'iga, siis oli tema jaoks oluline ainult vahe ühiste asjade ja eraasjade vahel.²⁹⁸

b) Mitte kellegi omandis olevad ehk peremehetud asjad, mis aga kuuluvad inimeste õiguse alla, on sellised, mida on võimalik okupeerida, st originaarselt omandada.²⁹⁹

... nullius essent, qualia sunt omnia, quae terra mari caelo capiuntur. 2, 67: Itaque si feram bestiam aut uolucrum aut piscem ceperimus, *quidquid* (?) *captum fuerit, id nostrum esse incipit* (?) *et eo usque nostrum esse intellegitur // donec nostra custodia coerceatur.* (G.2, 66)

(... mitte kellegi oma on kõik see, mis on maal, meres või taevas kinni püütud. Niisiis kui me metsiku looma või linnu või kala kinni püüame, siis sellest hetkest, kui ta on kinni püütud, saab ta meie omaks ja teda peetakse meie omaks niikaua //, kuni ta on meie vahetu võimu all.)

Okupeeritavad on niisiis hetkel lihtsalt peremeheta asjad nagu metsloomad, keda võib kinni püüda³⁰⁰, meres tekkinud saared³⁰¹ ja pärand (G. 2, 9). Pärandi puhul on Gaius klassikutelt üle võtnud ettekujutuse, et pärand on peremehetu.³⁰²

Justinianuse mitte kellelegi kuuluvate asjade jaotust iseloomustan skeemiga 2. (Inst. 2, 1, pr - 2, 1, 16 põhjal), andmaks ülevaadet Justinianuse jaotuse erinevust Gaiuse jaotusest:

Skeem 2.

RES



²⁹⁸ Vt Behrends, O. Die allen Lebewesen, lk 12-13. Vastupidiselt klassikutele, kes eristasid *ius naturale*'t ja *res communes omnium*'i, mis oli loomade ja inimeste ühiskasutuses ning *ius gentium*'i ja *ius civile*'t. Mõlemates leidis ruumi nii *res universitates*'e kui ka üksikisikutele kuuluvate asjade jaoks.

²⁹⁹ Selliselt defineerib Gaius. Et jaotus *res nullius humani iuris* on vajalik seoses *occupatio*'ga, siis on nad toodud ära põhiliselt selles osas, kus räägitakse erinevatest *occupatio* viisidest. Okupeeritakse ka sõjasaaki, kuid see ei kuulu *res nullius* hulka, vaid saab meie omaks vastavalt *naturali ratione*'le – üldkehtivatele printsiipidele (G. 2, 69). Vt ka Behrends, O. Die allen Lebewesen, lk 11. E. Ilusa kasutatud vaste *res nullius*'ele - peremehetud asjad on Gaiuse puhul väga täpne tõlge, kuid klassikute puhul pigem segadusttekitav. Sabiniaanide arvates oli tõesti tegemist asjadega, millel hetkel peremees puudus.

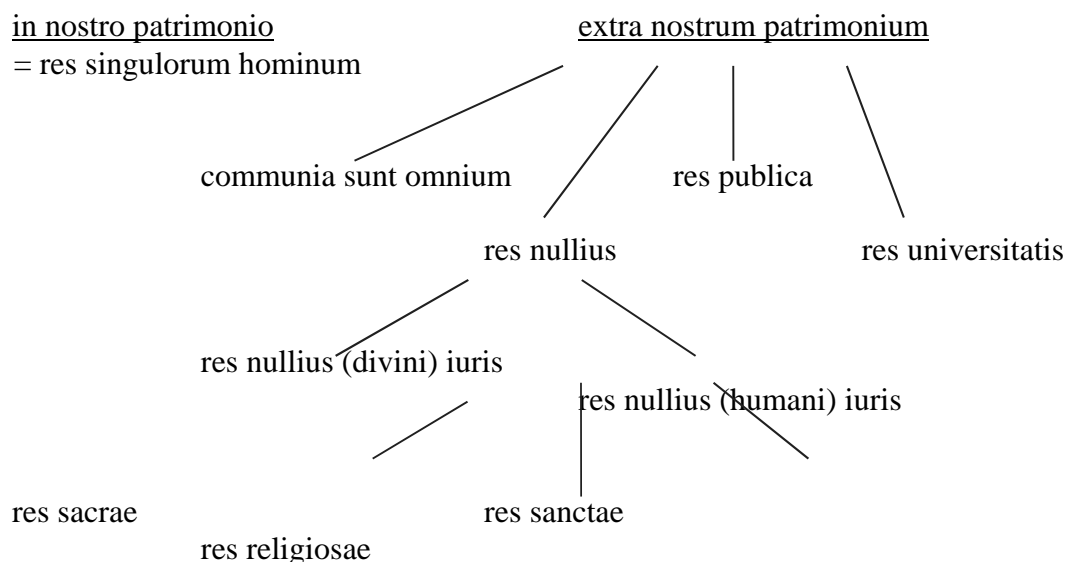
³⁰⁰ Gaius toob veel edaspidi näiteid metsloomade kohta nagu tuvid, mesilased ja hirved (G. 2, 68).

³⁰¹ Institutsioonides vastav koht puudub, aga teoses *Rerum cottidianarum sive aurea* ütleb Gaiuse selle kohta järgmist (D. 41, 1, 7, 3):

Insula quae in mari nascitur (quod raro accidit) occupantis fit: nullius enim esse creditur.

(Saar, mis meres tekib (mida juhtub küll harva), saab okupeerija omaks: neid peetakse ju mitte kellelegi kuuluvateks.)

³⁰² Sabiniaanid arvasid üldiselt, et kui pärija on pärandi vastu võtnud, loetakse ta pärijaks pärandaja surmamomendist peale. Vt D 45,3, 28, 4; Cicero, De legibus II, 19, 47. Behrends, O. Die allen Lebewesen, lk 11.



2.3.3. Res in nostro patrimonio

Meie omandis olevad asjad (*res in nostro patrimonio*) on niisiis kõik need, mis jäävad välja *res extra nostrum patrimonium* kategooriatest (G. 2, 1). Tegemist on inimliku õiguse asjadega – asjadega üksikisikute eraomandis:

Hae autem, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut priuatae. (G.2, 10) ... priuatae sunt, quae singulorum hominum sunt. (G. 2, 11)

(Need asjad, mis on inimliku õiguse omad, on kas avalikud või eraisikutele kuuluvad. ... eraomandis olevad asjad kuuluvad üksikisikutele.)

Need on asjad, millega tegeleb eraõigus, mille puhul muutuvad oluliseks jaotused *res Mancipi* – *nec Mancipi*, kehalised – kehatud asjad jne. Paljude jaotuste olemasolu Gaius eeldab (nagu tänapäevalgi seda tehakse AÕS § 10 asendatav asi, äratarvitatav asi §-d 50, 51). Meie omandis olevate asjade järjekorras avaldub nende tähtsus Rooma õiguse asja mõiste ning kogu eraõiguse jaoks. Sõltuvalt olulisusest on asjade liigitused leidnud koha Gaiuse asja (*res*) süsteemis. Seepärast on esikohal asja mõistet iseloomustav jaotus kehalisteks ning kehatuteks (G. 2, 12 jj) ning selle järel juba jaotused, mis on tähtsad näiteks võõrandamise puhul (*res Mancipi* – *nec Mancipi*).

2.3.3.1. Res Mancipi ja res nec Mancipi

Asjade jaotus *res Mancipi* ja *res nec Mancipi*³⁰³ on tõenäoliselt kõige vanem Rooma õiguses tuntud eristus, nii nagu *Mancipatio* ehk pidulik vormiline võõrandaminegi³⁰⁴ on kõige varasem tsiviilõiguslik omandi üleandmise liik.³⁰⁵ Meieni säilinud Kaheistkümne tahvli seaduste fragmendid³⁰⁶ küll ei sisalda *expressis verbis res Mancipi*'t ega *res nec Mancipi*'t, kuid XII tahvli kohta on teinud märkusi ning viiteid hilisemad juristid³⁰⁷ ja näiteks Gaius (G. 2, 47) on kasutatud ka mõistet *res Mancipi* viidates XII tahvli seadustele.³⁰⁸ Säilinud fragmentides on kasutatud ka sõnu *Mancipium* ja *manus*, mis samuti viitavad antud jaotuse olemasolule.³⁰⁹

Res Mancipi ja *res nec Mancipi* jaotus mõjutas Rooma õigust kaua. Ühtlasi on see koos *Mancipatio*'ga üheks parimaks näiteks erinevusest *ius civile proprium*'i (*strictum* - Rooma rahvale omase tsiviilõiguse ehk range õiguse) ja *ius gentium*'i (rahvaste õiguse) vahel. Mantsipatsioon on ilmselgelt vaid Rooma rahvale omane õiguse instituut³¹⁰:

³⁰³ Sõnapaari *res Mancipi* ja *res nec Mancipi* olen eelistanud kasutada ladina keeles, sest puuduvad eestikeelsed selged ning üheseltmõistetavad vasted.

³⁰⁴ Kasutada võib võrdelt nii *Mancipatio*'t, "mantsipatsiooni" kui eesti keelde tõlgitud varianti "pidulik vormiline võõrandamine" või "pidulik vormiline võõrandamistehing". Nagu ütleb Gaius ise (G 1, 119) on tegemist näilise müügitehinguga. Mina olen eelistanud kasutada sõna "mantsipatsioon", milles säilib ladina tüvi.

³⁰⁵ *Mancipatio*, *res Mancipi* tuleb sõnast *manu capere* – käega võtma. *Mancipare* – Heumanns, lk 329j.

³⁰⁶ Üks uuemaid ning paremaid XII tahvli seaduste väljaandeid on „Das Zwölftafelgesetz“. Texte, Übersetzungen und Erläuterungen. München. 1989. Selles väljaandes on ladina ja saksa keeles ära toodud nii säilinud fragmendid kui ka erinevate autorite tsitaadid Kaheteistkümne tahvli seaduste sisu kohta.

³⁰⁷ Kõige enam Gaius (G.: 1, 111; 1,122; 144-145; 1, 155; 2, 45; 2, 47; 3, 191; 4, 14; 17a; 28; 75-76; D. 8, 3, 8; 10, 1, 13; 10, 2, 1, pr; 44, 6,3; 47, 9, 9; 47, 22, 4; 50, 16, 236 pr;) tema kõrval Ulpianus (D. 9, 1, 1, pr; 19, 5, 14, 3; 26, 10, 1, 2; 27, 10, 1, pr; 47, 3, 1, pr; 50, 16, 195, 1;) ja Pomponius (D. 1, 2, 2, 23; 43, 27, 2 jne), kellelt on pärit ka kirjeldus XII tahvli sünni kohta (D.1, 2, 2-6).

³⁰⁸ G. 2, 47: *Res mulieris <quoque> quae in agnatorum tutela erat, [res Mancipi] usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore <auctore> traditae essent: et ita lege XII tabularum cautum est.* (*Isapoolsete sugulaste eestkoste all oleva naise asju (res Mancipi) ei ole võimalik igada. Välja arvatud siis, kui ta selle oma eestkostja loal ise üle andis. Ja nii on see XII tahvli seadustes ette nähtud.*)

³⁰⁹ Ka Gaius 1, 111 (6 tahvel 5) : *in manum mariti convenire* - mehevõimu (*manuse*= käe) alla minema; 6.tahvli 6a: *si qui in iure manum conserunt* - kui need, kes kohtus käsitsi kokku lähevad; 6. tahvel 6b (Paulus. Vat.fr.50): *et Mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat.* (*XII tahvli seadused kinnitavad nii pidulikku vormilist võõrandamist tunnustajate ees (Mancipatio) kui ka kohtus loovutamist (in iure cessione).*)

Abiks olen kasutatud K. Kolk'i tõlget (ning tahvlite järjekorda) Kaheteistkümne tahvli seadus. - Muinasaja seadusekogumike antoloogia. (koost Annus, A. jt) Varrak, 2001, kuid arvestades antud tõlke puudusi, olen seda kontrollinud ning vajadusel muutnud.

³¹⁰ Nagu ka kohtus loovutamine (*in iure cessione*), mis oli mantsipatsiooni kõrval teine formaalne kviriitlik omandiõiguse üleandmise viis.

Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, *imaginaria* quaedam uenditio; *quod* et ipsum ius proprium ciuium Romanum est. eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus ciuibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco (G. 1, 119)

(Mantsipatsioon, nagu me ka eelnevalt rääkisime, on teatud näiline müügitehing; see (mantsipatsioon) on vaid Rooma kodanikele omane õigus. Ja see toimub nii: kohal peab olema vähemalt viis täisealist Rooma kodakondsusega tunnistajat ja peale selle veel üks tunnistajatega samast staatusest isik, kes hoiab käes vaskset kaalu. Seda isikut nimetatakse kaalumeheks. See, kes võtab asja oma omandisse, hoiab asja käes ja ütleb: MINA VÄIDAN, ET SEE INIMENE³¹¹ KUULUB KVIRIITLIKU ÕIGUSE ALUSEL MULLE JA TA OLGU MINU POOLT OSTETUD SELLE VASE JA VASKSE KAALUGA; seejärel heidab ta vase kaalule ja annab selle vase hinna asemel sellele, kellelt ta omandi vastu võtab.)

Gaiuse Institutsioonides on jaotus *res Mancipi* – *res nec Mancipi* iseseisev teiste jaotuste kõrval. Nimelt kuulus jaotus *res Mancipi* – *nec Mancipi ius strictum*’i ehk *ius civile* alla ning seepärast ei olnud võimalik seda segada teistega.³¹²

Institutsioonide teises raamatus jaotas Gaius asjad *Mancipi*’teks ja *nec Mancipi*’teks järgmiselt:

Est et alia(?) rerum diuisio(?): nam aut Mancipi sunt aut nec Mancipi. Mancipi sunt --- (3/4 uersus) ---³¹³ item aedes in Italico solo --- (2 1/2 uersus) --- seruitutes praediorum urbanorum nec Mancipi sunt. item stipendiaria praedia et tributaria nec

³¹¹ Siinkohal tähendab *homo* siiski inimest ja mitte orja, nii sellele eelnevatest st G. 1, 113; 117; kui ka järgnevast tekstist (G 1, 120) tulenevalt. Nimelt on G 1, 120 algus järgmine:

Eo modo et seruiles et liberae personae Mancipantur. /.../
(Sel moel võõrandatakse nii orje kui ka vabu inimesi).

³¹² Siinkohal vaidlen vastu C. Beckeri mõttele, et Rooma juristid, iseäranis Gaius ei olnud oma ülesannete kõrgusel ning oleksid pidanud sellise jäänukjaotuse kvalifitseerima näiteks *res corporales* – *incorporales* alla: “Gaius greift nicht auf die zunächst getroffene Einteilung in *res corporales* und *res incorporales* zurück, um sie als Ausgangspunkt etwa für eine ausdrückliche weitere Unterteilung in *res corporales Mancipi* und *res incorporales tradendae* sowie in *res incorporales Mancipi* und *res incorporales alio modo transferendae* zu verwenden.” Becker, C. lk 44. Samuti lk 42 esitab C. Becker küsimuse, miks ei ole antud jaotust ühendatud teistega.

Minu arvates ei oleks see midagi andnud, sest *res Mancipi* hulgas leidis nii kehalisi asju kui ka kehatuid, jm, ja samuti *res nec Mancipi* puhul. Tegemist oleks olnud liigitusega liigituse pärast, mitte praktilise jaotusega. Vastupidiselt M. Kaserile (Römisches Privatrecht I, lk 376) väidan nagu ka Behrends (Die Person, lk 37-38), et Gaiuse asjade liigitusel oli praktiline tähtsus. Samuti ei tähenda Gaiuse kasutatud *partitio* – *diuisio* seda, et peab olema vaid üks ülemjaotus, millele alluvad kõik teised.

³¹³ Suures osas on G. 2, 14a algus rekonstrueeritud. Küsimärkidega (?) kohtades ei ole autorid päris kindlad ning --- (3/4 uersus) --- tähendab, et vastav tekst on olnud täiesti loetamatu või puudunud ¾ rea ulatuses. Leian, et M. Davidi ja H. L. W. Nelsoni kriitilise väljaande *Studia Gaiana* rekonstruktsioon vastab hästi Institutsioonide mõttele ning ülesehitusele - seetõttu kasutanud seda nimetatud väljaandes antud kujul.

mancipi sunt. (14a) Sed quod diximus *ea animalia, quae domari solent* (?), Mancipi esse, ---- (1 $\frac{3}{4}$ uersus) ---- /.../ (15) At ferae bestiae nec Mancipi sunt, /.../ (16) Item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec Mancipi sunt, exceptis seruitutibus praediorum rusticorum; nam eas Mancipi esse constat, quamuis sint ex numero rerum incorporalium. (17)

(On olemas ka teistsugune asjade jaotus³¹⁴: asjad on kas res Mancipi või res nec Mancipi. Res Mancipi on ... ka hooned Itaalias. Servituudid linnas asuvatel maatiikidel on res nec Mancipi. Ka provintsides asuvad maamaksuga maksustatavad maatiikid (stipendiaarsed ja tributaarsed)³¹⁵ kuuluvad res nec Mancipi hulka. Aga nagu me juba ütlesime, kuuluvad need loomad, kes tavaliselt on kodustatud, res Mancipi hulka... Aga metsikud loomad on res nec Mancipi... Samuti on peaaegu kõik asjad, mis on kehatud, res nec Mancipi, välja arvatud reaalsed külaservituudid; sest on teada, et need on res Mancipi, kuigi nad kuuluvad kehatute asjade hulka.)

Seega kuulusid *res Mancipi* hulka kõigepealt eraomandis olla võivad hooned (Itaalias, tegelikult kitsamalt Rooma linnriigi territooriumil asuvad hooned, aga loomulikult ka maatiikid) ning vanemad reaalsed külaservituudid³¹⁶, lisaks neile veel orjad³¹⁷ ja töö- ning tõuloomad – veised, hobused, eeslid ja muulad³¹⁸. Probleemiga, millised loomad millise jaotuse alla kuuluvad, tegeleb Gaius palju. Tõenäoliselt näitab see küsimuse aktuaalsust tema ning kaasaegse õigusteaduse jaoks.

Sisuliselt kuulusid *res Mancipi* hulka sellised asjad, mida peeti Vana-Rooma ühiskonnas eriti oluliseks ja väärtuslikuks ühiskonna säilimiseks, nagu ütleb Becker: "... Vana-Rooma talupoegade majanduselu korralduse alussambad"³¹⁹ või Pereterski: "Majanduslikust seisukohast kuulusid *res Mancipi* hulka tootmispõhivahendid /.../"³²⁰. *Res Mancipi* võõrandamiseks oli vajalik pidulik vormiline tehing *mancipatio* või *in iure cessio*, mis algselt oli mõeldud vaid asjade müügiks. Selline vormilise tehingu sõlmimine pidi

³¹⁴ Lisaks asjade jaotusele kehalisteks ja kehatuteks asjadeks.

³¹⁵ Vt G. 2, 21. Stipendiaarsed olid sellised provintsides asuvad maatiikid, mis kuulusid Rooma rahvale. Tributaarsed olid samuti provintsides asuvad maatiikid, kuid sellised, mis kuulusid keisrile. Mõlemad olid maamaksuga maksustatavad.

³¹⁶ *Iter* – õigus käia jalgsi läbi võõrast maatiikist, *actus* – õigus ajada loomi läbi võõra maatiiki ja sealt ise jalgsi läbi käia, *via* – õigus läbi võõra maatiiki sõita, jalgsi käia ja loomi ajada, *aquae ductus* – õigus läbi võõra maatiiki vett juhtida.

³¹⁷ G.1, 119: /.../ HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIVUM MEUM ESSE AIO; /.../ (*MINA VÄIDAN, ET SEE ORI KUULUB KVIRIITLIKU ÕIGUSE ALUSEL MULLE*).

³¹⁸ Eraldi välja toodud G. 1, 120: ... animalia quoque, quae Mancipi sunt, quo in numero habentur boues, equi, muli, asini... (ka loomad, kes kuuluvad *res Mancipi* hulka; nende hulka arvatakse veised, hobused, muulad, eeslid...). Ka Ilus ja Pereterski toovad välja asjad *res Mancipi* ja *res nec Mancipi*. Erinevalt tänasest (vt Kaser, M. Römische Privatrecht I, lk 123 jj) arvati veel 20. saj alguse kirjanduses, et *res nec Mancipi* t nimetati ka *pecunia* - nii ka Ilus (lk 100) ja Pereterski (lk 112).

³¹⁹ Becker, C. lk 43.

³²⁰ Pereterski, I. lk 112. Samas ei pea paika seisukoht, nagu oleks "*res Mancipi* puhul avaldunud kollektiivne valdus" (Ilus, E. lk 100, samuti Pereterski, I, lk 112).

tagama õiguskindluse³²¹, kuid ka selle, et need asjad jääksid Rooma kodanike kätte. Kõige olulisema varana olid *res Mancipi* aluseks Rooma kodaniku vara suuruse määramisel tsensususe (*census*)³²² käigus ning seega määrasid Rooma kodaniku seisuse.³²³ Rooma linna tugevuse võti oli selle aja roomlaste arvates just kodanikest sõjavägi, mis pidi aitama säilitada võimu linnas ja seda kaitsta.³²⁴ Seega oli just Rooma riigi algusperioodil oluline teada, millised asjad olid *res Mancipi*, et järgneksid soovitud õiguslikud tagajärjed.

Kõik teised asjad – nagu metsikud loomad, aga ka kuld, hõbe, riided jne – olid *nec Mancipi*.³²⁵ Neid võõrandati lihtsalt üleandmise – *traditio* – teel, mis oli vormivaba ja pigem faktiline kui õiguslik võõrandamistehing.³²⁶

Asjade jaotus *res Mancipi* – *res nec Mancipi* oli vajalik teadmaks, millisel viisil tuleb üht või teist asja võõrandada. Nimelt muutusid Rooma riigi laienemise ja kaubavahetuse suurenemisega ka õiguslikud suhted ja vajadused. Väga sageli oli tehingu teiseks pooleks võõramaalane või Rooma kodakondsuseta isik. Teisest küljest olid pidulikud vormilised rituaalid tülikad ning liiga keerulised ka roomlaste endi jaoks. Lisaks sellele mindi 3. sajandil eKr Vana-Roomas kaalutavalt rahalt üle loendatavale rahale ning mantsipatsiooni vorm kaotas sellega oma algse sisu.

Konservatiivsed Rooma juristid ei tahtnud aga mantsipatsiooni esiisadelt pärit vormist loobuda ning andsid talle uue, ritualiseeritud kuju. Mantsipatsioon muutus vormiliseks tahet arvestavaks tehinguks. Rituaalne mantsipatsioon võimaldas teha ka muid tehinguid peale müümise, tasu asemel võidi rahulduda maksejõulisuse uskumisega. Tavaline üleandmine, *traditio*, mis asendas mantsipatsiooni hiljem täielikult, eeldas pooltelt alati võõrandamistahet. Seepärast oli mantsipatsioon juristidele tänuväärseks instrumendiks laenu tagatiste puhul. Nimelt võimaldas mantsipatsioon asja omandiõiguse üleminekut ka juhul, kui tagatise andja tegelikult ei soovinudki asja omandi üleminekut. *Traditio* puhul eeldas omandiõiguse üleminek seevastu alati asja omaniku tahet asja omandiõigust üle anda.³²⁷ Peale algse sisu kadumise hakkas ajapikku kaduma siiski ka vorm ning

³²¹ *Mancipatio* ja *in iure cessio* tehinguid tehti avalikult ja pidulikult. Lihtsa vormivaba üleandmise – *traditio* – puhul, mis oli võõrandamistehing *res nec Mancipi* jaoks, ei olnud vajalik ei pidulikkus ega avalikkus.

³²² “Hindamine”, mis toimus iga viie aasta tagant. Selle käigus kontrolliti kodanike nimistut, mille järgi kodanikke maksustati ja võeti väeteenistusse (*tsensus* - Antiigileksikon, lk 582).

³²³ Kaser, M. Römische Privatrecht I, lk 123.

³²⁴ Kaser, M. Römische Privatrecht I, lk 123j.

³²⁵ G. 2, 16; 17; 19; 20 jne.

³²⁶ Kaser, M. Römische Privatrecht. I, lk 124.

³²⁷ Behrends, O. Skript, lk 43-44.

mantsipatsioon ja *in iure cessio* jäid üha enam tagaplaanile. Oluliselt vähenes *res Mancipi – nec Mancipi* tähtsus siis, kui preetor andis neile, kes omandasid kviriitlikku omandit (*res Mancipi*) lihtsalt üleandmise (*traditio*) teel, kaitseks *actio Publiciana*.³²⁸ Sestpeale oligi *res Mancipi – nec Mancipi* eristamine kadumisele määratud. *Actio Publiciana* tõttu puudus vajadus mantsipatsiooni ja *in iure cessio* ja koos vastavate võõrandamistingute kadumisega ka jaotuse *res Mancipi* ja *res nec Mancipi* järele.

Asjade jaotust *res Mancipi – nec Mancipi* tunti küll veel ka Konstantinus Suure valitsusajal³²⁹, kuid juba siis oli see kadumas ja Justinianus kõrvaldas selle üldse.³³⁰ Justinianuse Institutsioonides *res Mancipi – res nec Mancipi* jaotust enam ei esine.³³¹

2.3.3.2. Res corporales ja res incorporales

Pärast jumaliku õiguse asjade ja inimliku õiguse mitte kellelegi kuuluvate asjade defineerimist alustab Gaius üksikutele inimestele kuuluvate asjade iseloomustamisega:

Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales (G. 2, 12).

(Peale selle on mõned asjad kehalised, mõned kehatud.)

Liigitus kehalisteks ja kehatuteks asjadeks (*res corporales* ja *res incorporales*) on asja õigussuhte sisulise objektina defineerides asja mõiste põhijaotuseks.³³² Sellest põhijaotusest lähtub asjade käsitus üldse. Esmalt käsitleb Gaius nimelt kehalisi asju, nende

³²⁸ Sellised hagid said tavaliselt nime preetori järgi, kes lõi ediktiga vastava hagilise kaitse. *Actio Publiciana* viidi tõenäoliselt sisse preetor Q. Publiciuse poolt aastal 67 eKr – vt ka G. 4, 36 ja Inst. 4, 6, 4. Sellega andis preetor nn bonitaarsele omanikule kaitseks *exceptio rei venditae et traditae* (vaie müüdüd ja üleantud asja kohta) või *exceptio doli* (vaie pettuse kohta) ning tegi ta seega tugevamaks kui kviriitliku õiguse järgse omaniku. Viimane ei saanud siis enam asja *traditio* - omaniku käest tagasi nõuda. Nii ei olnud enam oluline see, kas asi oli *res Mancipi* ja kas sellisel juhul ikka toimus üleandmine *mancipatio* või *in iure cessio* teel. Kaser, M. Römisches Privatrecht I, lk 403; Kaser, M. Hackl, K. Das römisches Zivilprozessrecht, lk 107, 237.

³²⁹ Konstantinus Suur valitses aastatel 306-337. *Res Mancipi* ja *res nec Mancipi* esineb Konstantinuse konstitutsioonis: C.Th. 8, 12, 4, 5.

³³⁰ CJ. 7, 31, 1, 5 (531) vt ka Kaser, M. Römisches Privatrecht II, lk 245 ja 274-275.

³³¹ Siin on selgelt tegemist Justinianuse interpolatsioonidega. Nimelt nendes kohtades, kus Gaiusel esineb *mancipatio* või *in iure cessio*, on Justinianus asendanud need *traditio*'ga. Samuti on interpolatsioonidega tegemist kohtades, kus võis näiteks Gaiusel või ka teistel autoritel olla juttu *res Mancipi – res nec Mancipi*'st.

³³² Sarnaselt ka J.v. Staudinger. Kommentar, lk 515-516; Hausmaninger, H. lk 169. Kaser, Max. Gaius und die Klassiker, lk 142-143.

võõrandamist jms, seejärel asub ta käsitlema kehatuid asju.³³³ Siiski tuleb kõigepealt selgeks teha, millised on kehalised ja kehatud asjad:

<Corporales> hae, quae tangi possunt, uelut fundus, homo, uestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. (G. 2,13) Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae <in> iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. (G. 2, 14)

(<Kehalised> asjad on need, mida saab puudutada, nii nagu maatükk, ori, rõivad, kuld, hõbe ja lugematu hulk teisi asju. Kehatud on need, mida ei saa puudutada, nagu need, mis on olemas ainult õiguslikult, näiteks pärand, kasutusvaldus ja mistahes viisil omandatud obligatsioonid.)

Tänapäeval oleks Gaiuse käsitlus loomadest kui asjadest väga problemaatiline, kuid sel ajal ei olnud see küsimuseks. Loomad, samuti nagu orjad olid kehalised asjad.³³⁴

Gaiuse asjade jaotuse kehalisteks ja kehatuteks asjadeks on Justinianus üle võtnud nii Institutsioonidesse, kus ta on pühendanud neile terve eraldi peatüki (Inst. 2, 2) kui ka Digestadesse (D. 1, 8, 1, 1).

Mõisted *res corporales* ja *incorporales* ei esine Gaiuse Institutsioonides kuigi sageli.³³⁵ Oluline on see, et kui *res nec Mancipi* olid kehalised asjad³³⁶, siis võõrandati neid *traditio*, lihtsa üleandmise teel. Kehatuid asju ei olnud võimalik üleandmise teel võõrandada, sest nende üleandmine oli abstraktne - ainult meie ettekujutus:

Incorporales <res> traditionem non recipere manifestum est. (G. 2, 28) Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi possunt; rusticorum uero etiam Mancipari possunt. (G. 2, 29)

(On selge, et kehatuid asju ei ole võimalik vastu võtta üle antuna vaid traditio teel. Kuid linnaservituute on võimalik võõrandada in iure cessio teel, külaservituute aga jälle mantsipatsiooni teel.)

³³³ Selles Gaiuse asjade jaotuses leiduvad alged eristamiseks tänapäevast asjaõigust ning võlaõigust. Vt eespool Asja mõiste ptk. 2.2.

³³⁴ Tegelikult oli see samamoodi enamikes saksa õigusperekonna maades kuni 20. sajandi lõpuni. BGB-s viidi vastav seadusemuudatus sisse 20. 08. 1990: "Loomad ei ole asjad. Neid kaitstakse eri seadustega. Loomadele kohaldatakse asjade kohta kehtivaid sätteid niivõrd, kui võrd ei ole sätestatud teisiti" (BGB § 90a); Austrias juba 10.03.1988 (J.v. Staudinger. Kommentar, lk 556-557). Eesti AÕS § 7 lg 3 on sarnane BGB vastava paragrahviga.

³³⁵ Lisaks eelmainituile G. 2, 12; 13; 14 veel G. 2, 17; 19; 28; 38; 54; 3, 83; 85; 4, 3.

³³⁶ Sest nagu ütles Gaius, G. 2, 17:

Item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec Mancipi sunt, exceptis seruitutibus praediorum rusticorum; nam eas Mancipi esse constat, quomodo sint ex numero rerum incorporalium.

(Samuti on peaaegu kõik asjad, mis on kehatud, res nec Mancipi, välja arvatud reaalsed külaservituudid; sest on teada, et need on res Mancipi, kuigi nad kuuluvad kehatute asjade hulka.)

Järgnevalt on üles loetletud erinevad kehatud asjad, mida on võimalik üle anda *in iure cessio* teel, näiteks kasutusvaldus ja pärand (G. 2, 30-37). Obligatsioonid ei kuulu *in iure cessio* teel võõrandatavate kehatute asjade hulka, sest nad ei ole nõ asjaõiguslikud, vaid neid omandatakse nõ võlaõiguslikult:

Obligaciones quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si uelim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; /.../ (G. 2, 38).

(Ükskõik millisel moel omandatud obligatsioonid ei ole võimalik vastu võtta ühelgi nimetatud viisil: sest kui mulle keegi teine midagi võlgneb, ja kui mina tahan sulle võlgneda, ei ole ühelgi neist viisidest, millega kehalisi asju teisele isikule üle antakse, seda võimalik teostada; sest on vaja, et sina stipuleeriksid minu käsu peale võla alusel. /.../)

Kehaliste ja kehatute asjade vahelist vahet rõhutab Gaius veel hagide juures. Obligatsioonid kui kehatud asjad on aluseks vaid nõudeõigustele kohustatud isiku suhtes ning neid saab kaitsta isikulise hagi (*actio in personam*) abil (G. 4, 2). Seevastu õigusi kehalistele asjadele saab kaitsta asjaõigusliku hagi (*actio in rem*) abil (G. 3).

Rooma õiguse uurimises on asjade jaotus kehalisteks ja kehatuteks väga problemaatiline. Mõned autorid leiavad, et tegemist oli vaid filosoofiast sissejuhatavatesse õpikutesse üle võetud jaotusega, millel ei olnud praktilist tähtsust,³³⁷ sest meieni säilinud allikatekstidest esineb jaotus kehalisteks ja kehatuteks peamiselt Gaiusel. Nii Justinianuse Institutsioonides kui ka Digestades teistel juristidel selline jaotus puuduvat. Teiste uurijate arvates on see väide põhjendamata.³³⁸ Nende arvates ei ole Gaiuse eraõiguse süsteemi võimalik kujutleda ilma jaotuseta kehalisteks ja kehatuteks asjadeks.

C. Beckeri teos “Asjad Gaiusel - kodifikatsiooni süsteemiloomise eelaste”³³⁹ käsitleb Gaiuse asjade jaotust kehalisteks ja kehatuteks üsna põhjalikult. Becker leiab, et Gaiuse jaotus kehalisteks ja kehatuteks asjadeks on üsna õnnestunud, kuid samas ei tulene sellest jaotusest uued alajaotused ja nii seisab antud jaotus Gaiuse Institutsioonide süsteemis üsna omaette. Seejuures viitab Becker Kaseri ja F. Bona sarnastele arvamustele, kuid ei too ära

³³⁷ Ius, E. lk 102; Kaser, M. Römisches Privatrecht I, lk 376. Becker, C. lk 48jj. Bretone, M. Das “ironische Bewusstsein”, lk 187-201.

³³⁸ Pereterski näib lihtsalt eeldavat, et *res corporales - incorporales* oli praktiline jaotus (lk 138), samuti Hausmaninger, H., lk 169. Behrends vaidleb artiklis “Die Person oder die Sache” vastu M. Bretone’le (sest Beckeri teos polnud veel ilmunud) ning põhjendab oma seisukohta, miks *res corporales - incorporales* oli tema arvates praktiline liigitus. Behrends, O. Die Person, lk 36-47.

³³⁹ Becker, C. Die “res” bei Gaius - Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation? Köln, 1999. lk 40 jj.

ühtegi vastupidist seisukohta.³⁴⁰ Kokkuvõtteks leiab Becker, et tõenäoliselt oli *res corporales - res incorporales* jaotus Gaiuse Institutsioonides selleks, et anda algajale lugejale seoseid eelnevalt õpitudga³⁴¹ ning tekitada temas mõistmine, kuidas on õigusteaduses võimalik dialektika meetodeid kasutada. Lisaks sellele muutis selline süsteem ainese ülevaatlikumaks ja aitas õpitud kergemini omandada.³⁴²

O. Behrends on oma artiklis "Isik või asi"³⁴³ pööranud samuti tähelepanu asjade jaotusele *res corporales - res incorporales*. Erinevalt teistest põhjendab tema selle jaotuse olemasolu süstemaatiliselt. Tegemist on klassikalise institutsionaalse õigusteaduse põhisüsteemiga, mille kohaselt eksisteerivad faktiliselt looduses olemasolevad esemed ning inimõistuse poolt loodud kujundid - milleks on õiguses instituudid. Asjaõiguslikuks näiteks on faktiline valdus (kui see, mis on olemas) ja õiguskorrast tulenev omand.

Klassikalist institutsionaalset süsteemi kirjeldab *Topica*'s ka Cicero, kes oma juristist sõbrale Trebatiussele on valinud õiguslikud näited.³⁴⁴ Sellest tulenevalt esinevad *Topica*'s need asjad, mis on olemas ja need, mida ette kujutatakse. Cicero toob aga kogu õigussüsteemi haaravaid näiteid:

Definitionum autem duo genera prima: unum earum rerum quae sunt, alterum earum quae intelleguntur. Esse ea dico, quae cerni tangive possunt, ut fundum aedes, parietem stillicidium, mancipium pecudem, supellectilem penus et cetera; /.../ Non esse rursus ea dico, quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt, ut si usus capionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intellegentia, quam notionem voco. (5, 27)

(On olemas kaks definitsiooni põhiliiki: üks käib nende asjade kohta, mis tõeliselt eksisteerivad, teine nende kohta, mida ette kujutatakse. Tõepoolest eksisteerivaks nimetan neid, mida on võimalik näha ja puudutada, nagu näiteks maatükk ja maja, sein ja katuserenn, ori ja koduloom, majapidamisriistad ning toiduvarud jne. /.../ Ainult ettekujutatavaks nimetan ma neid asju, mida ei ole võimalik puudutada ega millele näpuga näidata, mida aga võib vaimus näha ja tunnetada, nii nagu kui tahad defineerida igamist, eestkostet, põlvnemist või agnaatilist sugulust, millel pole kehalist kuju, aga millest meil siiski on selge kujutus ja kindlakujuline mulje, mida ma nimetan mõisteks.)

³⁴⁰ Becker, C. lk 40 jj, lk 48; viidetega Kaser, M. Gaius und die Klassiker, lk 127, 142jj, ja Bona, F. Il coordinamento delle distinzioni "res corporales - res incorporales" e "res mancipi - res nec mancipi" nella sistematica gaiana, lk 407, 435jj.

³⁴¹ Õigusteaduslikule haridusele eelnes nn *artes liberales* (vabade kunstide) stuudium, kus muuhulgas õpiti ka dialektikat. Üks dialektikas tutvustatavaid olulisi ettekujutusi oli asjade jaotus kehalisteks ja kehatuteks, mis pärineb skeptikute õpetusest.

³⁴² Becker, C. lk 67-68.

³⁴³ Behrends, O. Die Person oder die Sache. Labeo 44 (1998).

³⁴⁴ Behrends, O. Die Person, lk 38-40.

See, mida Cicero nimetab mõisteks (*notio*), ongi klassikalise õigusteaduse instituut. Seda ei saa küll puudutada, aga sellest on olemas õiguslik kujutus. Institutsionaalne õigusteadus põhinebki faktilise (*natura*) ja õigusliku (*institutio*) vastandusel.

Selle vastanduse on Gaius oma Institutsioonides taandanud varalise õiguse õpetusele: ühed võimalikud vara moodustavad asjad on kehalised, mida meid ümbritsevas maailmas saab puutuda; teised võimalikud vara moodustavad asjad on kehatud – loodud õigusliku mõtlemise poolt.

Kui on tegemist nii põhimõttelise ja kogu õiguse aluseks oleva jaotusega, mis on kõigile ilmselge, ei ole vaja seda pidevalt rõhutada.³⁴⁵ Sellepärast Gaius sellest eriti tihti ei räägigi. Lisaks sellele tuleb kehaliste ja kehatute asjade tähtsus ning praktiline väärtus esile Institutsioonidest endist. Ei ole ju obligatsioonidki mitte midagi muud kui meie õigulik ettekujutus isikute vastastikustest õigustest ja kohustustest. Ilma ettekujutuseta kehalistest ja kehatutest asjadest oleks selline õigusinstituut mõeldamatu.

Leian, et Behrendsi argumentatsioon on võrreldes Beckeri omaga veenvam. Nii allikatekstide kui ka erinevate teooriate põhjal, mis käsitlevad asjade jaotust kehalisteks ja kehatuteks, oli ja on tänaseni sel jaotusel praktiline väärtus.

2.3.3.3. Res mobiles – res immobiles

Faktiliselt eristatakse kinnisasju (*res immobiles* - tegelikult maad) vallasasjadest (*res mobiles*) omandi tekkimisest peale. Õigusliku eristamise algus ei ole nii selge: see pidi toimuma millalgi hiljem ja igas õiguskorras võib-olla ei toimunudki. Et tänapäeval on asjade põhijaotuseks liigitus kinnis- ja vallasasjadeks, ei pea tähendama, et see on olnud tavaline alati ja igal pool. Iseenesest on liikuvus või liikumatus asja loomuomane tunnus. Õiguskord võib neid tunnuseid kas ignoreerida või anda sellele loomuomasele või faktilisele erinevusele õigusliku tähenduse. Viimasel juhul on liikuvus või liikumatus asja õiguslik tunnus.

³⁴⁵ Behrends, O. Die Person, lk 38, 40.

Tavaliselt järgib õigus looduse poolt ettenähtud eristust, kuid teatud majanduslike või sotsiaalsete vajaduste korral võib ta sellest kõrvale kalduda. Keskaegsel Saksamaal käsitleti näiteks pärisorje (*glebae adscripti, servi casati*) maa oluliste osadena ning seega võõrandati neid koos maaga. Samuti võrdsustati paljudest üksikutest vallasasjadest koosnevaid asjade kogumeid (näiteks kaubaladu, käsitöölise tööriistad, raamatukogu ja kunstikogu) kinnisasjadega; kinnisvarana käsitati ka naise omandit, et vähendada tema abikaasa käsutusvõimu selle üle. Laevu käsitati ja käsitatakse ka tänapäeval teataval määral ujuvate hoonetena. Saksa õigusteooria kohaselt on laevad küll vallasasjad, kuid neid käsitatakse kinnisasjadena.³⁴⁶

Vallas- ja kinnisasjade õiguslik eristamine eeldab teatud registrite olemasolu, mis tagaksid kinnisasjade kui majanduslikult tähtsama varaga tehtavate tehingute avalikkuse.³⁴⁷

Seega võib õiguskord tunnistada, et faktiliselt erineb maa vallasasjadest, kuid isegi juhul kui õiguses käsitletakse vallasasju ning maad, ei pea see alati tähendama, et tegemist on õigusliku eristamisega. Õiguslik eristamine eeldab kolme tunnust: esiteks, õigus eristab faktiliselt maad ja vallasasju üksteisest, teiseks, õigus võimaldab käsitleda vallasasju kinnisasjadena ja vastupidi ning kolmandaks, on olemas mingisugune õigusliku tähendusega kinnisasjade register või kataster.

Rooma õiguses leiame näiteid maa ja muude asjade faktilisest eristamisest juba XII tahvli seadustest. Sarnaselt eristab maatüki ja kõigi muude asjade igamist ka Gaius Institutsioonides:

... lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras uero anno. Ergo hereditas ceteris rebus uidebatur esse, quia soli non est [quia neque corporalis est]...(G. 2, 54)

(Nimelt on XII tahvli seadustes kästnud, et maatükk igatakse kahe aastaga, teised asjad vaid aastaga. Järelikult peetakse pärandit teisteks asjadeks, sest maatükk ta ei ole [seepärast, et ta ei ole ka kehaline asi]...)

Samuti eristab Gaius maatüki ja teiste asjade mantsipatsiooni:

In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae seruiiles et liberae, item animalia, quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt ----- adeo quidem ut eum, <qui> mancipio accipit, adprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur, necesse sit: unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur -----, praedia uero absentia solent mancipari. (G. 1, 121)

³⁴⁶ Ogris, W. *Fahris* - HRG I, vrg 1049-1051.

³⁴⁷ Hofmeister, H. *Liegenschaft* - HRG II, vrg 2012-2013.

(Maatükkide mantsipatsioon erineb teiste asjade mantsipatsioonist ainult selles, et ei orje ega vabasid isikuid, samuti loomi, kes on *res Mancipi*, ei ole võimalik mantsipatsiooni teel teiste isikute omandisse üle anda, kui nad ei viibi mantsipatsiooni juures ----- vastuvaidlematult on ju vajalik selle juuresviibimine, <kes> pidulikult võõrandatud asja vastu võtab, ta haarab selle asja enda kätte, mida talle võõrandades antakse: seepärast öeldaksegi “mantsipatsioon”, et asja võetakse käega -----, maatiiki võõrandamisel ei pea inimesed selle juures olema.)

Gaius kasutab isegi sõnu *res mobiles* ja *mobilia*, aga ka *moventia* ehk iseliikuvad asjad:

Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adducue possent, in iure uindicabantur ad hunc modum: /.../ (G. 4, 16)

(Kui esitatakse asjaõiguslik hagi, kas vallasasjade või iseliikuvate asjade suhtes, mida ainult on võimalik magistraadi ette tuua või juhtida, siis vinditseeritakse magistraadi ees järgneval viisil: /.../)

Siiski vastandab Gaius neid ainult maatükkidele. Eraldi kinnisasjade (*res immobiles*) kategooriat tal ei esine:

Et quidem UTI POSSIDETIS interdictum de fundi uel aedium possessione redditur, UTRUBI uero de rerum mobilium possessione. (G. 4, 149)

(UTI POSSIDETIS interdikt antakse välja maatükkide ja hoonete valduse kaitseks, interdikt UTRUBI jällegi vallasasjade valduse kaitseks.)

Nii antud näidete kui ka ülejäänud *res mobiles* kasutamisuhtudel Gaiuse Institutsioonides³⁴⁸ on tegemist vaid faktilise eristamisega. On ju selge, et maad (*praedium*, *fundus*, *solum*³⁴⁹) ei kohelda täpselt samuti nagu asju, mida on võimalik ühest kohast teise paigutada. Leian, et õiguslikku kategooriat, mis tõepoolest eristaks kinnis- ja vallasasju, Gaius siiski ei tundnud.³⁵⁰ Samuti puudus Gaiusel mõiste *res immobiles* või *immobilia*.

³⁴⁸ Maad ja vallasasju eristab Gaius juhtudel, kus oleks vaja maatiiki kohalolu, kuid et see pole alati võimalik, on vaja eriregulatsioone: nimelt vindikatsiooni juures - G. 4, 16; igamise juures G. 2, 42; 50; 53; 54; 59; 204; ning interdiktide andmise juures 4, 149; 150.

³⁴⁹ *Praedium* on üksik maatükk, Ladina-Eesti sõnastikus ka maaomand, kinnisvara, mõis (*praedium*, lk 520); *fundus* on tegelikult terve majapidamine maapinna ja kõigi majapidamise juurde kuuluvate lisamaatükkidega, pigem põllumajanduslik majandusüksus, kuigi seda sõna kasutatakse ka ainult maatiiki või krundi kohta (vt viidetega Kaser, M. Römische Privatrecht I, lk 382). Ladina-Eesti sõnastik annab ainult “maapind, maa, maavaldu” (*fundus* - lk 301); *solum* on maatükk, eriti selline, millele on midagi ehitatud (Heumanns, lk 546). Et ladina keeles eristatakse maad kinnisasjadest sarnaselt eesti keelele, on võimalik sellist eristamist ka õiguslikku käsitlusse üle kanda. Saksa asjaõiguses ei esine mõiste “kinnisasjad” (*unbewegliche Sachen*), vaid ainult mõiste “maatükid” (*Grundstücke*) vastandina vallasasjadele (*bewegliche Sachen*). MüKo, lk 905.

³⁵⁰ Ka näiteks Becker ei maini oma teoses Gaiuse puhul kinnis- ja vallasasju. Vt lk 35-54.

Tegelikult võib Digestade alusel väita ka teiste klassikalise ajastu juristide kohta, et nad ei eristanud õiguslikult kinnis- ja vallasasju. Kuigi Digestades juba esineb mõiste *res immobiles*, on siiski peamine eristus vallasasjadeks ning maatükkideks, mõnikord ka loomadeks või iseliikuvateks asjadeks. *Res immobiles* mõiste kasutus on pigem juhuslik. Ainus fragment, milles tõepoolest *res mobiles* ja *immobiles* vastandusena kõrvuti on, on järgmine³⁵¹:

Modestinus libro sexto differentiarum: Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles vel immobiles neque servos sine speciali domini mandatu alienare potest, nisi fructus aut alias res, quae facile corrumpi possunt. (D. 3, 3, 63)

(Modestinus Erinevuste kuuendas raamatus: Kogu vara valitseja, kellele on ülesandeks tehtud vara haldamine, ei või omaniku asju, olgu nad vallas- või kinnisasjad või orjad, ilma omaniku spetsiaalse käsundita võõrandada, va vilju või teisi kergesti riknevaid asju.)

Lisaks sellele esineb mõiste *res immobiles* Digestades veel kolmes kohas ning seda kasutavad Gaiusest hilisemad autorid: Ulpianus (3. saj algus), Marcellus (2. saj II pool) ja Modestinus (Ulpianuse õpilane, samuti 3. saj I pool).³⁵² Aun toob oma töös ära arvamuse, et need kohad, kus kinnisasja (*res immobiles*) mõiste Digestades esineb, on interpoleeritud.³⁵³ Leian, et see võib tõepoolest nii olla, sest klassikalise ajastu juristid eelistavad pigem

³⁵¹ Ja seegi on tõenäoliselt olnud loetamatu ning täiendatud. Vt Mommsen, T. Krüger, P. CIC I, lk 71.

³⁵² Vt D. 2, 8, 15 pr; 19, 2, 48, 1; 33, 6, 3, 1; Dateeringute kohta vt Bonfante, P. Rooma, lk 350-356.

³⁵³ Kübler, B. *Res mobiles*, lk 247 ja Bonfante, Scritti, lk 256. (viidatud Aun, K. lk 43).

vastandust maatükid-vallasasjad³⁵⁴, ja kui mõistet *res immobiles* peaaegu ei esine, on võimalik, et teda nendes kohtades algselt polnudki.

K. Auni töös esitatud interpolatsioonide kahtlus põhineb muuhulgas ka asjaolul, et klassikalise õiguse asjade liigitused on abstraktsed, liigitus *res mobiles* - *res immobiles* aga on konkreetne ning seotud ainult kehaliste asjadega.³⁵⁵ Minu arvates on selline üldistus hüpoteetiline, kuid võimalik ja huvitav, kui seda toetavad ka teised asjaolud.

Leian, et klassikalise ajastu juristid ei erista veel õiguslikult kinnis- ja vallasasju, sest see eristus pole piisavalt abstraktne ja eeldaks ka vastavate katastrite olemasolu.³⁵⁶

Klassikalisel ajastul ei olnud Vana-Rooma tänapäevase Itaalia territooriumil õigusliku tähendusega maakatastreid ning seega ei olnud piisavalt kindlustatud tehingute avalikkus.³⁵⁷ Huvitav on, et roomlased ei võtnud hellenistlikust õigusest üle avalikkusele mõeldud ning eraisikute omandisuhteid kajastavaid maakatastreid *βιβλιοθηκη* *™γκτ≈σεων*. Nimelt oli Kreeka linnades, aga ka näiteks Aleksandrias (Egiptuses) juba 3. saj eKr eraisikutel kohustus registreerida kõik oma maatükke puudutavad tehingud.³⁵⁸ Siiski tundsid roomlased maakatastreid, millel polnud õiguslikku tähendust.³⁵⁹ Võib-olla takerdus

³⁵⁴ Vt D. 2, 3, 1, 1; 2, 8, 7, 2; 3, 3, 56; 5, 1, 38; 6, 1, 1, 1; 6, 1, 8; 6, 1, 10; 7, 1, 7, pr; 7, 1, 15, 3, 7, 9, 1, 1; 10, 3, 7, 10; 13, 3, 1, pr; 13, 6, 1, 1; 13, 7, 6, pr; 15, 1, 7, 3; 20, 3, 1, 2; 21, 1, 1, pr; 41, 2, 3, 13; 41, 2, 3, 13; 41, 2, 30, 4; 41, 2, 47; 41, 3, 23, pr; 41, 3, 23, 2; 41, 3, 23, 2; 41, 3, 30, 1; 42, 1, 15, 2; 42, 8, 24; 43, 16, 3, 15; 47, 2, 25, 1; 50, 16, 93; 50, 16, 222; 50, 16, 238, 2. Probleemaatiline on sellel teemal kirjutanud B. Kübleri seisukoht, kelle artiklit "Res mobiles und res immobiles" - Studi in onore di P. Bonfante II, Milano, 1930, ei õnnestunud mul kätte saada. Eespool nimetatud auhinnatöödes kajastuvad tema seisukohtade osas täiesti vastandlikud arvamused. Enamasti ei ole nimetatud allikaid Kübleri seisukohtade põhjendamiseks. Mõnikord siiski on, näiteks Digestadest toob K. Aun (lk 46-47) vallasasjade immobiliaarseteks tegemise näited - D. 6, 1, 44; 19, 1, 13, 10; 30, 112 pr; 44, 3, 3.

Neist ainult D. 30, 112, pr puhul tuleb aga kõne alla kahtlus, nagu oleks ka Rooma õiguses olnud võimalik vallasasju kinnisasjadena käsitada:

Marcianus libro sexto institutionum: Si quis inquilinos sine praediis quibus adhaerent legaverit, inutile est legatum: sed an aestimatio debeatur, ex voluntate defuncti statuendum esse divi Marcus et Commodus rescripserunt.

(*Marcianus Institutsioonide kuuendas raamatus: kui keegi määrab legaadi (v. pärandab) ilma maatükita maasõitlasele, kellel lasuvad koormatised, on legaati tühi: sest võlgnetakse selle rahaline väärtus; määrata tuleb surnu tahte põhjal, nagu märkisid jumalikud Marcus ja Commodus oma reskriptis.*)

Kübler on siin tõenäoliselt tõmmanud paralleele hilisema sunnismisusega. Seejuures pidades antud kohta sarnaseks Saksa keskaegses õiguses sätestatuga ning ühtlasi tehes kaugeleulatuvaid järeldusi, et sarnaselt Saksa keskaegsele õigusele (vt peatüki algus) käsitleti D. 30, 112, pr sõltlasi maa oluliste osadena ning seega laiienes neile ka *res immobiles* mõiste.

³⁵⁵ Aun, K. lk 43.

³⁵⁶ Nagu ütleb Wieling, seisneb kinnisasjade ja vallasasjade eristamise tähtsus asjaõiguse jaoks peamiselt selles, et kinnisasjade käsutamisel nõutakse sissekannet kinnistusraamatusse (lk 67).

³⁵⁷ Nii ja sarnaselt M. Kaser, *Römisches Privatrecht I*, lk 382.

³⁵⁸ Loe selle kohta Partsch, J. *Die griechische Publizität der Grundstücksverträge im Ptolemäerrechte*. - FS für Otto Lenel. Leipzig. 1921. lk 77-204.

³⁵⁹ Kaser, M. *Römisches Privatrecht I*, lk 375.

õigusliku tähendusega maakatastrite või kinnistusraamatute kasutuselevõtt just nimelt *res mobiles* - *res immobiles* õigusliku eristuse puudumise taha.

Võrreldes klassikalise ajaga esineb keisrite reskriptides palju enam mõisteid *res mobiles* ja *res se moventes* ning lisandub mõiste *res immobiles*.³⁶⁰ Samas kasutatakse *res immobiles* kõrval edasi ka mõisteid *solum, praedia* või *fundus*.³⁶¹ Jaotused ei ole aga enam välistavad nagu klassikalisel ajastul, vaid sageli on tegemist kattuvate liigitustega. Kinnis- ja vallasasju puudutab järgmine Justinianuse reskript:

Quicumque administrationem in hac florentissima urbe gerunt, emere quidem mobiles vel immobiles res vel domus extruere non aliter possint, nisi specialem nostri numinis hoc eis permittentem divinam rescriptionem meruerint. /.../ (CJ.1.53.1pr.)

(Igaüks, kes selles õitsvaimas linnas tehinguid teeb, ei või vallas- ega kinnisasju osta ega maja ehitada ilma, et nad oleksid saanud neile (tegevustele) meie tahteavalduse alusel erilise lubava jumaliku reskripti.)

Tunduvalt tavalisem on siiski järgmine jaotus:

In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, /.../ (CJ.5.29.5)

(Kaasavaras olevate asjade puhul või siis vallasasjade või kinnisasjade või iseliikuvate asjade puhul, /.../)

Näib üllatav, et selles liigituses on eraldi kategooriana välja toodud *res dotalibus* ehk kaasavaras olevad asjad.³⁶² Kaasavaras olevate asjade kohta võib loomulikult olla eriregulatsioone, aga kõik kaasavaras olevad asjad peaksid kuuluma kas kinnis- või vallasasjade hulka, ilma et neid oleks eraldi rõhutatud. Teisest küljest on sellised topeltliigitused ning erinevate klassikaliste liigituste omavaheline segamine ja kordamine keisrite reskriptidele tüüpiline:

Sin autem supersederit res mobiles vel se moventes vel incorporales post annale tempus restituere vel ceteras res statim post dissolutum matrimonium, etiam usuras aestimationis omnium rerum, quae extra immobiles sunt, usque ad tertiam partem centesimae ex bona fidei introducendas maritus praestet: /.../ (CJ.5.13.1.7b)

³⁶⁰ CJ. 1, 2, 14, pr; 1, 2, 14, 9; 1, 2, 23, 3; 1, 3, 48, 2; 3; 5, 12, 31, 8; 1, 53, 1, pr; 2; 3, 34, 13; 3, 36, 4; 4, 18, 2, 1; 5, 12, 30, pr; 5, 13, 1, 7a; 7b; 5, 29, 5; 5, 37, 22, 3; 6, 61, 6, 26; 6, 61, 7, 1; 8, 21, 1; 8, 53; 34, 1c; 9, 13, 1, 1; 7, 31, 1, 1; 2; 7, 37, 2 pr; 10, 35, 2, 2; 10, 35, 2, 4; 12, 19, 12, pr; 12, 21, 8, 1; 12, 21, 8, 1; 12, 36, 1, 1; 2; jne.

³⁶¹ Näiteks CJ 3, 34, 13; 3, 36, 4; 5, 37, 22, 3; 7, 31, 1, 1.

³⁶² Sarnane liigitus on ka näiteks CJ 5, 12, 30, pr.

(Ent kui keegi on kõrvale hoidnud vallasasjade või iseliikvate asjade või kehatute asjade tagastamisest aastase tähtaja järel või teiste asjade tagastamisest kohe pärast abielu lahutamist, sama käib kõikide asjade, mis ei ole kinnisasjad; ja hinna intresside kohta, vahetult kuni kolme sajandikuni, mille tagab abikaasa vastavalt hea usu põhimõtetele: /.../)³⁶³

Minu arvates on siin tegemist Justinianuse jt imperaatorite aegsete juristide püüdlusega olla väärilisteks järglasteks klassikalise ajastu juristidele. Samas pole neil sellist süstemaatilist järjekindlust ja välistavust, mis oli omane institutsionaalsele arusaamale õigusest.

Küsitav on ka liigi *res se moventes* ehk *moventia* vajalikkus Justinianuse jt imperaatorite reskriptides. Pidulike vormiliste tehingute puhul oli oluline eristada iseliikuvaid asju teistest vallasasjadest (vt G. 4, 16). Justinianuse ajal, kui on kaotatud tehingud *mancipatio* ja *in iure cessio* teel ning võõrandatakse vormivabalt, ei näi selliseks eristuseks aga otseselt põhjust olevat. Ka Tarkpea väidab, et iseliikuvate asjade liik polnud õiguslikult oluline.³⁶⁴ Võimalik, et tegemist oli harjumusega - leiti, et kui klassikalisel ajastul nii tehti, peab see hea olema. Samas aga esinevad mõiste *res se moventes* või *moventia* Codexis üsna sageli.³⁶⁵ On ka oletatud, et kolmikjaotus *res mobiles, immobiles* ja *se moventes* on tekkinud uusplatoonilise filosoofia mõjul.³⁶⁶

Kinnistusraamatuid ei tuntud ka Justinianuse ajal. Diocletianus kehtestas aastast 297 provintside elanikele küll maamaksu³⁶⁷ (mille aluseks oli tõenäoliselt mingisugune kataster), kuid andmed selle kasutuse kohta avaliku, asjaõiguslikult olulise kinnistusraamatuna puuduvad.

Jaotus *res mobiles* ja *res immobiles* oli isegi Justinianuse ajal veel pigem juhuslik kui süstemaatiline õiguslik jaotus. Enamikus eestikeelsetes töodes lähtutakse sellest, et *res mobiles* - *res immobiles* asendas jaotuse *res Mancipi* - *res nec Mancipi*.³⁶⁸ Sarnaselt rõhutavad teisedki 20. sajandi alguse autorid sageli, et asjade jaotus "*res mobiles* ja *res immobiles*" oli tähtis juba kviriitlikus õiguses.³⁶⁹

³⁶³ Vt lisaks CJ. 1, 2, 23, 3; 4, 18, 2, 1; 5, 12, 30, pr; 5, 13, 1, 7a; 7, 37, 2, pr; 10, 35, 2, 2.

³⁶⁴ Tarkpea, E. lk 22, viidetega Windscheid, B. Lehrbuch, lk 380, nota 1.

³⁶⁵ Vt näiteks CJ. 1, 2, 23, 3; 1, 3, 48, 2; 3; 3, 34, 23; 3, 36, 4; 4, 18, 2, 1; 5, 12, 30 pr; 5, 13, 1, 7a; 7b; 6, 61, 6, 26; 6, 61, 7, 1; 8, 21, 1; 8, 53, 34, 1c; 7, 37, 2pr; 10, 35, 2, 2.

³⁶⁶ Vt edasiste viidetega Kaser, M. Römisches Privatrecht II, lk 245 märkus 46.

³⁶⁷ *Diocletianus* - Antiigileksikon, lk 117.

³⁶⁸ Vt Bonfante, P. Rooma, lk 470; viimase alusel tõenäoliselt Ilus, E., lk 101-102; aga ka E. Tarkpea, lk 30; H. Okas, lk 4 ja 62; N. Jallajas, lk 25.

³⁶⁹ Kübler, 1925. Geschichte, lk 38. Bonfante, P. Rooma, lk 470. Siiski väidab nii ka Hausmaninger, H. 1981. lk 171, puudutamata küsimust, kas tegemist on faktilise või õigusliku jaotusega.

Minu arvates oli see jaotus vähemalt *res Mancipi - res nec Mancipi* kehtivusaajal peaaegu olematu ja ma ei võrdleks neid kahte omavahel. Kuid näiteks Kübler näib peaaegu kahetsusega möönvat, et “igal juhul oli jaotus *res Mancipi - res nec Mancipi* tähtsam kui jaotus *res mobiles* ja *res immobiles*.”³⁷⁰ Kaser leiab, et klassikalisel ajastul ei olnud see liigitus kuigi tähtis,³⁷¹ kuid peale seda kui jaotus *res Mancipi - res nec Mancipi* Justinianuse poolt kõrvaldati, tuli taas rohkem esile jaotus vallasasjadeks ning maatükkideks.³⁷² Ilusa arvates asendas *res mobiles - res immobiles* jaotus algse, *res Mancipi* ja *res nec Mancipi* ja oli majanduslikult tähtsaimaks asjade liigiks.³⁷³

Leian, et need väited kehtivad küll majanduslikult, aga mitte õiguslikult. Arvamus, et varasema liigituse *res Mancipi - res nec Mancipi* asendas hiljem liigitus *res mobiles - res immobiles*, põhineb tõenäoliselt sellel, et mõlema puhul käsitatakse hinnalist vara õiguses erinevalt ja selles on neil autoritel tõepoolest õigus. Kuid see ei tähenda tingimata nimetatud kategooriate õiguslikku eristamist. Faktiliselt eristatakse maad ja muid asju alates maa eraomandiks saamisest. Seda on näha näiteks XII tahvli seadustestki.

Siinkohal ühinen pigem Wielingi ja Hofmeisteri väidetega, et üldises õiguses (*ius commune*) sätestatud erilised reeglid maatükkide osas tulenevad germaani õigusest³⁷⁴ ning õiguskorrad, kus kinnis- ja vallasasjade eristamisel pole suurt tähtsust, nagu klassikalise ajastu ja Justinianuse aegses Rooma õiguses, lähtuvad asjade loomulikest omadustest.³⁷⁵ On isegi hüpoteetiline võimalus, et selle liigituse suurem tähtsus imperaatorite seadusandluses tuleneb germaani õiguse mõjudest. Kuulusid ju germaanlaste elualad alates 1. saj keskpaigast eKr Rooma impeeriumi koosseisu ja 3. saj pKr liideti terved germaani hõimud föderaatidena Rooma riigiga.³⁷⁶ Seepärast ei saa välistada, et germaani õiguse mõjul võis ka imperaatorite seadusandlusesse tulla kinnis- ja vallasasjade algeline õiguslik eristamine, kuid see on tõepoolest vaid hüpotees.

Kindlasti võib väita, et kinnis- ja vallasasjade liigitus muutus Justinianuse ajal tähtsamaks ja et need sõnapaarid esinevad Codexis võrreldes Digestadega üsna sageli. Siiski ei anna üksikasjalikum analüüs alust väiteks, et tegemist oli väljakujunenud õigusliku jaotusega.

³⁷⁰ Kübler, B. *Geschichte*, lk 38.

³⁷¹ Kaser, M. *Römisches Privatrecht I*, lk 382.

³⁷² Kaser, M. *Römisches Privatrecht II*, lk 245.

³⁷³ Ilus, E, lk 100-101.

³⁷⁴ Wieling, H. J, lk 67.

³⁷⁵ Hofmeister, H. *Liegenschaft - HRG II*, vrg 2008.

³⁷⁶ Germaania - Antiigileksikon, lk 165, germaanlased - *Ibidem*, lk 166-167.

Gaiuse ja klassikalise ajastu õiguse kohta ei saa sedagi väita. Gaius eristas maatükke (mitte kinnisasju) vallasasjadest ainult faktiliselt ja mitte õiguslikult. Hilisklassikalise ajastu juristid võisid küll ka kasutada kinnisasjade mõistet, kuid tõenäoliselt olid mõistega *res immobiles* allikatekstid interpoleeritud.

2.3.3.4. *Res quae pondere numero mensurae consistunt*

Tänapäevane mõiste “asendatavad asjad” kandis Rooma õiguses nime *res quae pondere numero mensurae consistunt* ehk asjad, mida määratletakse kaalu, arvu ja mõõdu järgi. See mõiste on ühtlasi nende asjade olemuse kirjeldus, st et nende asjade olemus seisneb nende omaduses olla määratletav kaalu, arvu ja mõõdu järgi. Asendamatute asjade mõistet ei kasutata, vaid selle olemasolu eeldatakse.

M. Kaseri arvates on tänapäevane väljend “asendatavad asjad” ladinakeelse *res fungibiles* ebaõnnestunud tõlge saksa keelde (*vertretbare Sachen*), mis on tuletatud Pauluse fragmendi osast ... *in genere suo functionem recipiunt...* (D. 12, 1, 2, 1 - samast liigist asjad täidavad).³⁷⁷ Et eestikeelne mõiste “asendatavad asjad” on otsene tõlge saksa keelest, võib öelda sama. Samas on mingi mõiste vajalik. Otsene eeskuju Rooma õigusest “asjad, mida määratletakse kaalu, arvu ja mõõdu järgi” oleks tänapäevaste vajaduste jaoks liialt pikk ja lohisev.

E. Ilus kasutab oma teoses “Rooma eraõiguse alused” nende asjade jaoks ladinakeelseid vasteid *res fungibiles* ja *res non fungibiles*.³⁷⁸ Ei klassikalise ajastu juristide teostes ega ka Justinianuse seadusandluses selliseid mõisteid ei esinenud - Rooma õiguses tunti vaid mõistet *res quae pondere numero mensurae consistunt*. Mõiste *res fungibiles* on

³⁷⁷ Kaser, M. Römischeres Privatrecht I, lk 382, märkus 7.

³⁷⁸ Ilus, E. lk 102. Seda teevad ka teised, vt näiteks Karlowa, lk 406 jj; Bonfante, P. Corso di diritto Romano, kasutab itaalia keeles samuti mõisteid “*cose fungibili e infungibili*” (fungibiilsed ja mittefungibiilsed asjad), lk 91-99.

hilisem - selle tuletatav nimetatud Pauluse fragmendist saksa humanist Zasius³⁷⁹ 16. sajandil³⁸⁰ ning seal on see läinud edasi teistesse keeltesse.

Mõistet *res fungibiles* on aja jooksul sisustatud väga erinevalt - näiteks 19. sajandi pandektistid pidasid seda relatiivseks mõisteks, mis iseloomustab asja välist vaatlust,³⁸¹ erinevalt Zasiusest, kes leidis, et “fungibiilsus on asja tõeline loomus”.³⁸²

Gaius kasutas Institutsioonides mõistet *res quae pondere numero mensurae consistunt* legaaside (G. 2, 196 ja 3, 175) ning muutlaenu juures (G. 3, 90). Tänapäevalgi on aktuaalne järgmine fragment:

Re contrahitur obligatio uelut mutui datione; <mutui autem datio> proprie in his [fere] (?) rebus contingit, quae res pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata uinum oleum frumentum aes argentum aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. /.../ (G. 3, 90).

(Reaalne leping sõlmitakse näiteks muutlaenu andmisega. <Muutlaenu andmine> on aga seotud ainult nende asjadega, mida määratletakse kaalu, arvu ja mõõdu järgi, nii nagu raha, vein, õli, teravili, vask, hõbe, kuld. Need asjad anname me teise isiku omandisse pärast mõõtmist, ülelugemist või kaalumist selleks, et teatud tähtajal ei tagastaks ta meile täpselt neidsamu asju, vaid teisi samast liigist. /.../)

Seega vastavalt Gaiusele on *res quae pondere numero mensurae consistunt* need, mida määratletakse kaalu, arvu ja mõõdu järgi. Näited nn asendatavatest asjadest on söögid, joogid, väärismetallid ning raha. Asendatavate asjade õiguslikult tähtsaks omaduseks on nende üleandmine teise isiku omandisse tehingute tegemisel, mille puhul asendamatute asjade omand üle ei lähe. Kui on tegemist näiteks laenuga, siis ei pea teine isik tagastama meile sedasama asja, vaid teise asja samast liigist, nn asendava asja.

Raha on eriline asendatavate asjade liik. Raha erilisus on tingitud peamiselt kahest tema omadusest. Esiteks väljendavad rahatähed raha väärtust, st vastava vääringu väärtust ja rahatähte võib vahetada nii teise, samast vääringust võrdse väärtusega rahatähe vastu kui ka teiste sama vääringu rahatähtede vastu. Teiseks on raha vahetuskaup, mõeldud olema pidevas käibes ja vahetatav kõikide kaupade ja teenuste vastu. Raha puhul ei ole olemas

³⁷⁹ Udalricus Zasius (Ulrich Zäs(y)i; 1461-1535) - humanist. Õppis pikalt Itaalia ja Saksamaa ülikoolides, 1500 sai Freiburgis linna sündikuseks, ja aastal 1503 Freiburgi ülikooli professoriks. Tegutses nii õppejõuna, eksperdina kui ka seadusandluses - tema looming oli Freiburgi Linnaõigus, üldise õiguse (*ius commune*) eksegeesid ja õigusajalooline *Lucubrationes*, mida iseloomustavad selgus, lihtsus ja elegantsus. Sturm, G. Zasius Udalricus (Ulrich Zäsi). - HRG III, vrg 1612-1614.

³⁸⁰ Sandström, M. lk 271.

³⁸¹ Vt Karlowa, O. lk 406jj.

³⁸² Sandström, M. lk 275.

lõpptarbijat, vaid ta vahetab omanikku sisuliselt lõpmatult. Raha väärtus on teada juba eelnevalt ning seda ei pea eraldi hindama, nii nagu teisi asendatavaid asju.³⁸³

Gaiuse Institutsioonide 3, 90 on peaaegu identne Justinianuse Institutsioonides *res quae pondere numero mensurae consistunt* kohta kirjutatuga (Inst. 3, 14, pr).³⁸⁴ Oma põhiolemuselt on see mõiste sarnane kehtiva õiguse omale ning asjaõigusseaduse kommentaargi sarnaneb Gaiuse kommentaarile.³⁸⁵ Kuid erinevalt Eesti kehtivast õigusest, kus asendatavaid ja asendamatu id asju on käsitletud eraldi paragrahvis ning on vastavalt dialektikareeglitele jaotatud, ei ole Gaius oma Institutsioonides käsitlenud neid oma asjade põhiliigituste juures (2. raamatu alguses) ning ei ole nende määratlemisel kasutanud analüüsivat jaotust, nii nagu näiteks *res corporales - res incorporales* iseloomustamisel. Ehk ei ole ta seda jaotust pidanud võrdselt oluliseks seal käsitletutega.

19. sajandi pandektistid on muuhulgas tegelenud asendatavate ja asendamatu te asjade mõiste ja kasutusega praktikas. Sellega tegeles Rooma õiguse allikate alusel, refereerides eelnevalt *res fungibiles*'t käsitlenud teadlaste seisukohti, näiteks Karlowa, kuid ka tema käsitlus on suunatud põhiliselt modernsele asendatavate asjade mõistele. Seejuures on ta üritanud tegeleda probleemidega³⁸⁶, mis asendatavate asjade puhul allikatekstidest ei ilmne. See ei tähenda muidugi, et Rooma juristid nende küsimustega ei tegelenud, kuid leiab, et tema väited lähevad Rooma õiguse osas liiga kaugele ning Karlowa käsitluse eesmärk oli luua arusaam modernsest asendatava asja mõistest ning sellega seotud probleemidest.

2.3.3.5. Res quae usu consumuntur

³⁸³ Kaser, M. Das Geld., lk 169-170.

³⁸⁴ Digestades on asendatavaid asju sarnaselt käsitletud neljas fragmendis (12, 1, 2, 1; 13, 3, 1, pr; 18, 1, 35, 5; 44, 7, 1, 2), kusjuures kahe neist autor on Gaius (18, 1, 35, 5; 44, 7, 1, 2).

³⁸⁵ AÕS § 10. Pärna, Kõve. lk 29.

³⁸⁶ Näiteks millised asjad ikkagi on asendatavad ja millal muutuvad nad asendamatu teks. Karlowa leiab, et põhikriteeriumiks on see, et need asjad oleksid õiguskäibes võõrandatavad vaid kaalutuna, mõõdetuna ja loendatuna, kusjuures ei ole oluline, kas tegemist on ühe või mitme asjaga. Samuti esitas ta küsimuse, kas kõik asendatavad asjad võivad muutuda asendamatu teks, jäädes kahtlevale seisukohale. Ka väidab ta, et teatud üksikuid asendatavaid asju võõrandada ei saa (nõ protsessuaalses mõttes), vaid asjade kogumit käsitletaksegi üksiku asjana, sest üht viljatera ei võõrandata jne. Karlowa, lk 410-413.

Äratarvitatavate asjade mõiste³⁸⁷ - *res quae usu consumuntur* - Gaiuse Institutsioonides ei esine. Tõenäoliselt tundis Gaius äratarvitavate asjade mõistet ja omadusi, kuigi pole ei Institutsioonide ega Digestade teksti põhjal teada, et tema oleks kasutanud mõistet *res quae usu consumuntur*.

Otto Lenel eeldas, et vahet äratarvitatavate ja äratarvitamatute asjade vahel tehti juba Masurius Sabinuse ajal. Nimelt kasutas ta oma Sabinuse süsteemi rekonstruktsioonis³⁸⁸ üht Ulpianuse fragmenti (XVIII, Nr 2589-2593), milles räägitakse ühtlasi nende asjade kasutusvaldusest³⁸⁹, mis kasutamiseks ära tarvitatakse (*de usu fructu earum rerum quae usu consumuntur*).

Justinianuse Institutsioonides käsitletakse äratarvitavaid asju samuti kasutusvalduse juures ning tuuakse ka näiteid:

Consistuitur autem usus fructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis et ceterisque rebus exceptis his quae ipso usu consumuntur: nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usum fructum. Quo numero sunt vinum oleum frumentum vestimenta. Quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguuntur. Sed utilitas causa senatus censiut posse etiam earum rerum usum fructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniae usus fructus legatus sit, ita datur legatario, ut eius fiat, et legatarius satisfacat heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur, tanta pecunia restituatur, quanti eae fuerint aestimatae. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usum fructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usum fructum constituit. (Inst. 2, 4, 2)

(Aga kasutusvaldust ei seata mitte ainult maatükile ja hoonetele, vaid ka orjadele, veoloomadele ja teistele asjadele, va sellised asjad, mis nende kasutamisel ära tarvitatakse. Sest sellistele asjadele ei saa ei loomu- ega ka õiguse poolest seada kasutusvaldust. Selliste hulka kuuluvad vein, õli, teravili ja riietus. Neile on väga lähedane raha. Sest raha hävitatakse teatud viisil pidevas ringluses kasutamisega. Aga Senat tegi otstarbekusest lähtudes otsuse, et ka neile asjadele on võimalik seada kasutusvaldust, eeldusel, et pärija huvid tagatakse. Kui siis on legaadiga seatud kasutusvaldus rahale, antakse see legataarile³⁹⁰ üle nii, et temast saab raha omanik ja legataar annab pärijale tagatise talle (legataarile) üle antud summa suuruses juhuks, kui ta sureb või tema staatus muutub. Ka teised äratarvitatavad asjad antakse

³⁸⁷ Enamasti kasutatakse vaid mõistet "äratarvitatav asi", äratarvitamatu asja olemasolu eeldatakse (vt BGB § 92). Tõenäoliselt on selle põhjuseks see, et äratarvitatavat asja on kergem defineerida. Eesti AÕS-s on küll § 11 1. lõikes sätestatud, et vallasasi on äratarvitatav või äratarvitamatu, kuid sisuliselt on määratletud ainult äratarvitatavat asja.

³⁸⁸ Lenel, O. Das Sabinussystem, lk 42.

³⁸⁹ Ilus räägib siinkohal viljakasutusest (Ilus, E. lk 117), mis on täpne eestikeelne tõlge ladina sõnast.

Tänapäeval on kasutusel mõiste "kasutusvaldus". AÕS § 201jj.

³⁹⁰ Tänapäeval (vt pärimisseadus § 54 jj) kasutatakse mõisteid "annak" ja "annakusaaja". Siiski olen mina jäänud E. Ilusa mõistete "legaat" ja "legataar" juurde, milles on säilitatud ladina tüvi ja seega eristab see vastavat Rooma õiguse instituuti tänapäevasest.

legataarile üle nii, et need lähevad tema omandisse. Kuid legataaril lastakse asjad ära hinnata ning anda asjade väärtuses tagatise, et juhul, kui ta sureb või tema staatus muutub, nii palju raha tagasi antakse, kui asjade hindamisel määrati. Järelikult ei seadnud Senat nendele asjadele sisse kasutusvaldust (sest seda ta ei saanud), vaid tagatise abil lõi kvaasi-kasutusvalduse instituudi³⁹¹.)

Seega Justinianuse Institutsioonides on äratarvitavad asjad teataval määral defineeritud - neid iseloomustab äratarvitatavus ja toodud on ka näited, mis kuuluvad selliste asjade hulka: vein, õli, teravili ja riietus. Neile sarnaneb ka raha, õigemini rahatähed.³⁹² Seejuures on jõutud järeldusele, et faktiliselt ei saa äratarvitavaid asju alati käsitseda sarnaselt äratarvitamatutele asjadele, näiteks kasutusvalduse puhul.

Õiguslikult on siiski võimalik kindlaks määrata, et kuigi neile asjadele ei saa määrata kasutusvaldust, võib praktilistest vajadustest lähtudes luua nn kvaasi-kasutusvalduse instituudi. See ei tähenda, et õiguslikult eiratakse nende asjade loomulikke omadusi - antud juhul ei saa seda lihtsalt teha. Kuid sellega tagatakse, et teatud juhtudel saavad äratarvitavad asjad olla sellises õiguslikus käibes, mis ei ole neile loomumane.

Digestade peatükis *De usu fructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur* (D. 7, 5 - nende asjade kasutusvaldusest, mis kasutamisel ära tarvitatakse või vähendatakse) on kasutatud ühtlasi ka fragmente Gaiuselt (D. 7, 5, 2, 1; 7). Nendest fragmentidest ilmneb, et ka Gaius tundis Justinianuse Institutsioonides nimetatud Senati otsust ja kirjutas, et “Senati otsusega ei olnud võimalik seada rahale kasutusvaldust tõelises mõttes (sest asjade loomust ei saa muuta Senati autoriteet), sellele asemel on loodud kvaasi-kasutusvaldus.”³⁹³ Järelikult on põhjendatud väide, et Gaius tundis vahet äratarvitavate ja äratarvitamatute asjade vahel, kuigi isegi neis fragmentides ei ole nimetatud “äratarvitava asja” mõistet.

Tõenäoliselt ei pidanud Gaius vajalikuks Institutsioonides, algajaile mõeldud õpikus seda jaotust eraldi käsitleda ja tegi seda oma teistes teostes. Neist ei ole jälle säilinud vastavaid allikatekste.

³⁹¹ Sarnane instituut on kasutusel ka tänapäeval. Näiteks on AÕS-e §-s 222 1. lõikes ette nähtud äratarvitav asi läheb kasutusvaldaja omandisse ning kasutusvalduse lõppemisel tuleb selle asja väärtus rahas hüvitada või see asendada. Vt ka Pärna. Kõve, lk 30.

³⁹² Põhimõtteliselt nii ka Ilus (lk 102-103) ja Pereterski (lk 138).

³⁹³ D. 7, 5, 2, 1.

2.3.3.6. Res quae sine interitu dividi non possunt

Mõistet *res quae sine interitu dividi non possunt* ehk “asjad, mida ei ole võimalik jagada ilma hävitamata”³⁹⁴ Gaius Institutsioonides ei kasuta. Tegelikult pärineb see ladinakeelne mõiste Pauluse fragmendist Digestades³⁹⁵:

Paulus libro vicensimo primo ad edictum: Eorum quoque, quae sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat. (D. 6, 1, 35, 3).

(Paulus kahekümne esimeses raamatus Edikti kohta: Sama kehtib nende asjade kohta, mida ilma hävitamata jagada ei ole võimalik; on teada, et neid on võimalik osadena välja nõuda.)

Asjade jagamise kohta on Gaius kirjutanud teoses *Ad edictum praetoris*, mille fragment on meieni jõudnud Digestade vahendusel:

Gaius libro tertio de legatis ad edictum praetoris: Quaedam legata divisionem non recipiunt, ut ecce legatum viae itineris actusve: ad nullum enim ea res pro parte pertinere. /.../ quorum omnium legatorum nomine, etsi plures heredes sint, singuli in solidum tenentur. Haec itaque legata, quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent. /.../ (D. 35, 2, 80, 1)

(Gaius Legaatidest kolmandas raamatus Preetori edikti kohta: Ei ole lubatud jagada mõningaid legaate, nagu neid, millega antakse õigus käia jalgsi läbi võõrast maatükist, millega antakse õigus ajada läbi maatüki loomi ja millega antakse õigus sealt läbi sõita: ükski neist ei kuulu asjade hulka, mida saab reaalseks osadeks jagada. /.../ Kõigi legaatide puhul on sätestatud, et olgugi palju pärijaid, kuuluvad legaadid üksikuile kogumina. Need legaadid, mille jagamine ei ole lubatud, kuuluvad legataarile tervikuna. /.../

Seega tundis Gaius asjade jagamist. Ja kuigi ta Institutsioonides vastavat mõistet ei kasuta, käsitleb ta omavahel segatud või ühendatud asjade kuuluvust kas siis materjali omanikule või ühendajale (G. 2, 73-79). Seejuures on ta paratamatult käsitlenud ka jagatavaid ja jagamatuid asju. Gaiuse ning teiste Rooma juristide sellisest käsitlusest on tõenäoliselt nii Kaser kui ka Ilus tuletanud jagamatud asjad - näiteks orjad, loomad, kunstiteosed³⁹⁶ ning jagatavad asjad - riidekangas, maatükk jne.³⁹⁷

³⁹⁴ Siinkohal võib eesti keeles kasutada lühemat varianti: jagamatud asjad, mille vastandiks on jagatavad asjad (*res quae sine interitu dividi possunt*). Mõistet “jagatavad ja jagamatud asjad” kasutab ka Ilus, E., lk 103.

³⁹⁵ Mõistet kasutab veel ka Marcellus, D. 50, 17, 192 pr.

³⁹⁶ Kaser, M. Römischeres Privatrecht I, lk 382.

³⁹⁷ Ilus, E., lk 103.

Kokkuvõte

Gaius on üks kõige salapärasemaid Rooma juriste, kellest me ei tea isegi täit nime ega seda, milline kolmest roomlastel kasutusel olevast nimest Gaius oli. Kuna argumente ühe ja teise seisukoha toetuseks on liiga vähe, tuleks piirduda lihtsalt Gaiusega eeldusel, et Gaius eksisteeris reaalse isikuna.

Gaius sündis tõenäoliselt 2. saj pKr keiser Hadrianuse (98-117. pKr) valitsusajal. Tema tegevus juristina langes keisrite Antoninus Piuse, Marcus Aureliuse ning Commoduse valitsusajale. Kindlasti elas ta veel 178. aastal pKr. Ta oli roomlane, kes õppis Roomas õigusteadust ning seejärel õpetas provintsis õigusteadust. Üsna raske on öelda, kus täpselt. Minu arvates kõlab väga kaunilt hüpotees, et Gaius elas mingil ajal tänases Beirutis, mis ainult veidi hiljem sai üheks kõige kuulsamaks õigusteaduse keskuseks ja et Gaius oma sealviibimisega võis sellist arengut mõjutada.

Gaiuse, nii nagu teistegi klassikalise ajastu juristide töid tunneme peamiselt *Corpus Iuris Civilise (CIC)* Digestade vahendusel. Lisaks sellele avastati 1816. aastal Veronast Gaiuse Institutsioonide käsikiri, mis on peaaegu ainus meieni säilinud klassikalise ajastu juriidiline teos.

Institutsioonides esitas Gaius Julianuse ediktiredaktsiooni süsteemi õpikuna. Tõenäoliselt ei teinud ta sellesse süsteemi ise suuremaid muudatusi, kuid siiski teatavaid uuendusi, proovides olemasolevat täiendada, korrastada ning parandada. Seejuures tugines ta oma koolkonna varasemale õpetustraditsioonile, oma õpetaja Salvius Iulianuse õpetusmeetodile ja konspektidele. Arvan, et Gaius kirjutas ilmselt oma Institutsioonid ise, parandades hiljem selles leiduvaid vigu teoses *Res cottidianae sive Aurea*.

Institutsioonid ei olnud iseseisev süstemaatiline saavutus, vaid selle loomise tegid võimalikuks muutused õigusteaduslikes teooriates. Ka Rooma õiguses oli õigusteaduslike murrangute aluseks retseptioon, mis põhjustas ühtlasi muutuse õigusteaduslikus mõtlemises. Eelklassikalised juristid olid esimesed, kes said kreeka filosoofiast, stoa koolkonnalt mõjutusi loomuõigusliku printsiibilise mõtlemise näol. Sellele järgnes peamiselt vaid seaduse tekstist lähtuva, kuid seejuures loogiliselt korrastatud süsteemiga institutsionaalse õigusteaduse ajajärk.

Pärast vahepealset institutsionaalse mõtteviisi ainuvalitsust tekkis Roomas kaks vastandlike vaadatega õigusteaduslikku koolkonda - sabiniaanid ja prokuliaanid. Prokuliaanid järgisid valitsevast, institutsionaalsest õigusteooriast tulenevaid põhimõtteid. Sabiniaanid võtsid eelklassikalisest õigusest taas kasutusele printsipiilise mõtlemise ja loomuõiguse. Sabiniaan Iulianus ühendas edikti lõplikku redaktsiooni koostades suurepäraselt mitu erinevat asja. Esiteks käsitles ta *ius honorarium*'it, preetorite õigust koos *ius civile*'ga ühtse õigusena (*ius*). Teiseks ühendas Iulianus ediktiredaktsiooni koostades kahe õigusteadusliku koolkonna põhimõtted. Nimelt võttis ta üle hilisest vabariigist (Serviuselt) pärineva õigusemõtlemise formaalsetes instituutides ning ühendas selle sabiniaanide loomuõiguslike põhimõtetega. See võimaldas Gaiusel Institutsioonides esitada õigust vabana tegelikest, faktilistest normidest, vormelitest ja õiguse sisemistest süsteemidest (*ius civile - ius honorarium*).

Koolkondade ja erinevate õiguse sisemiste süsteemide (*ius civile - ius honorarium*) kokkusulamise ja ühtlustamise tulemusena tekkis Gaiuse Institutsioonides nähtav ja Justinianuse Institutsioonides suurel määral järgitud Rooma õigusteaduse süsteem. See oli põhiliselt üles ehitatud institutsionaalselt, kuid seda täiendasid sabiniaanide loomuõiguslikud printsipiidid nagu näiteks *bona fides*.

Gaiuse Institutsioonide süsteemi iseloomustab kõigepealt jaotus isikud, asjad ja higid, kusjuures käsitluse keskpunktis on alati isik. Institutsioonide esimene raamat käsitlebki isiku- ja perekonnaõigust, teine ja kolmas varalisi õigusi. Varaliste õiguste all mõistab Gaius nii tänapäevast asja-, pärimis- kui ka võlaõigust. Neljas raamat on pühendatud protsessiõigusele ehk hagidele.

Gaiuse kasutas asja (*res*) mõistet defineerides dialektikas kasutatavaid võtteid loetelu (*partitiones*) ja jaotus (*divisio*). Sest vastavalt Cicero esitatatud argumenteerimismeetodile võis definitsioon seisneda ühes ja teises. Gaiuse asja mõiste on defineeritud jaotuse *res corporales - res incorporales* (kehalised ja kehatud asjad) kaudu. Selline asja mõiste on võrreldes tänapäevasega äärmiselt lai ja hõlmab tänapäevase asja-, pärimis- ja võlaõiguse. Tähendab ju *res corporales* õiguskeeles kehalisi asju, *res incorporales* aga nõ varaga seotud asju, nõudeid jne. Jaotuse ülemmõisteks ongi vara või ese (*res*). Varana defineeritud asja mõistet iseloomustavad ka Gaiuse asjade liigitused. Alles neid kõiki tundes on meil terviklik pilt asjast ehk varast.

Jagades kõik asjad kõigepealt isikute eraomandis olevateks ning väljaspool isikute (era)omandit olevateks, lähtub Gaius isikust kui oma süsteemi kesksest mõistest. Gaius ise nimetab peamiseks asjade jaotust jumaliku ja inimliku õiguse asjadeks, mis tuleneb religiooni veel suhteliselt suurest mõjust õigusele. Jumaliku õiguse asjad on ühtlasi mitte kellegi eraomandisse kuuluvad jumaliku õiguse asjad. Ka inimliku õiguse asjade hulgas on mitte kellegi eraomandisse kuuluvaid asju nagu avalikud asjad ning need, mis ei ole lihtsalt veel kellelegi kuulunud ja mida võib igäüks omandada. Siiski on ka need asjad (*res nullius singularis*) kuni nende omandamiseni väljapool eraomandit.

Asjade sisuline põhijaotus oli kehalised ja kehatud asjad. Ehkki Gaius kasutab neid mõisteid suhteliselt harva, ei ole Institutsioonide süsteem ilma selle jaotuseta mõeldav. Tegemist on klassikalise institutsionaalse õiguseteaduse põhisüsteemiga, mille kohaselt eksisteerivad faktiliselt looduses olemasolevad esemed ning inimõiguse poolt loodud kujundid, milleks õiguses on instituudid.

Gaiuse Institutsioonides esineb veel jaotus *res Mancipi* ja *res nec Mancipi*. Selle jaotuse alusel toimus asjade võõrandamine. Gaiuse ajaks oli *res Mancipi* – *res nec Mancipi* tähtsus juba oluliselt vähenenud. Nimelt andis preetor alates aastast 67 eKr neile, kes omandasid kviriitlikku omandit (*res Mancipi*) lihtsalt üleandmise (*traditio*) teel, kaitseks *actio Publiciana*. Pereterski ja Ilus käsitlevad *res Mancipi*'eid ühiskondliku omandi jäänustena, mis eraldusid kõige viimasena ühiskondlikust omandist üksikisikute omandisse.. Tänapäeval on selline käsitlus väga vaieldav ja uuematest käsitlustest sellist väidet enam ei leia.

Vaieldav on ka seisukoht, et asjade jaotuse *res Mancipi* - *res nec Mancipi* kadumisega asendus see liigitus jaotusega kinnis- ja vallasasjadeks. Tegelikult eksisteerisid jaotused *res Mancipi* - *res nec Mancipi* ja maatükid - vallasasjad kõrvuti juba XII tahvli seadustes. Kuid seal oli tegemist faktilise ja mitte veel õigusliku eristamisega. Õiguslikult ei eristanud maatükke ja vallasasju ka klassikalise ajastu juristid. Kuigi imperaatorite reskriptides esines juba jaotus kinnis- ja vallasasjadeks, ei anna üksikasjalikum analüüs alust väiteks, et tegemist oli väljakujunenud õigusliku jaotusega.

Gaius tundis ka Rooma õiguse alases kirjanduses tavaliselt asjade liikidena käsitletavaid asju, mida määratletakse kaalu, arvu ja mõõdu järgi (*res quae pondere numero mensurae consistunt*), äratarvitatavaid asju (*res quae usu consumuntur*) ning jagamatuid

asju (*res quae sine interitu dividi non possunt*). Nende mõistete puhul eeldas ta ühtlasi vastupidiste mõistete olemasolu, järgimata siin dialektika reegleid. Seda tehtud on aga Eesti Asjaõigusseaduses, kus nimetatakse ära mõlemad asja jaotuse liigid. Samas ei nimetanud Gaius mõisteid “jagamatud ja äratarvitatavad asjad” Institutsioonides, vaid oma teistes teostes.

Rooma õiguse alases kirjanduses võib ette tulla, et roomaõiguslikena kasutatakse hiljem kasutusele võetud mõisteid. Käesolevas töös ilmestab seda väidet kirjanduses kasutatavat sõnapaar - *res fungibiles* - *res non fungibiles* ning Rooma õiguses tegelikult tuntud mõiste *res quae pondere numero mensurae consistunt*.

Mõisted *res fungibiles* ja *res non fungibiles* on tuletatud Pauluse fragmendist ... *in genere suo functionem recipiunt...* (D. 12, 1, 2, 1 - samast liigist asjad täidavad).” Need tuletas nimetatud fragmendist saksa humanist Zasius 16. sajandil ja temalt on need läinud Rooma õiguse alasesse kirjandusse. 19. sajandil ja ka 20. sajandi alguse kirjanduses tuntigi asju, mida määratletakse kaalu, arvu ja mõõdu järgi hoopis *res fungibiles* nime all. Sarnaselt sellele traditsioonile kasutas seda ka E. Ilus oma teoses “Rooma eraõiguse alused”.

Senised eestikeelsed Rooma õiguse alased teosed on nüüdseks kohati vananenud, puudulikud ning neis esineb ebatäpsusi. Bonfante “Rooma õiguse ajalugu” on hea käsitlus teemast, kuid õpikuna raskesti kasutatav ja praeguseks ei sobi ka enam standardteoseks. Pereterski ja Ilusa õpikutes lähtutakse periodiseerimisel peamiselt poliitilise ajaloo etappidest ning mitte õiguse sisemistest murranguperioodidest. Seejuures ei ole neist käsitlustest võimalik aru saada, millisest Rooma õiguse perioodist parasjagu räägitakse. Eriti jumaliku õiguse asjade juures on üksteisega ühendatud nii XII tahvli seaduste aegne asjade jaotus kui Gaiuse ja Justinianuse Institutsioonide jaotused. Seejuures täpsustamata, millisest parasjagu räägitakse või mis on aluseks võetud.

Klassikalisel ajastul ja Justinianuse ajal ei tuntud ka mõisteid *res in commercio* - *res extra commercium*, mida kasutasid nii Ilus kui ka Pereterski. Isikutele kuulumise võime alusel jagas Gaius ja temale sarnaselt Justinianus asjad *res in nostro patrimonio* ja *res extra nostrum patrimonium*. *Res in commercio* leiutasid Rooma õigust uurides 19. sajandi pandektistid. Seda traditsiooni järgisid ka Ilus ja Pereterski. Pereterski võrdsustas *res in commercio* *res in nostro patrimonio*’ga. Ilus ei nimeta *res in patrimonio*’t üldse.

Leian, et kuna Vana-Rooma ajajärk oli üsna pikk ja isegi selle poliitilise ajaloo perioodid üksteisest väga erinevad - alates linnriigist ja vabariigist lõpetades impeeriumiga -

tuleks ka õpikutes neid ajastuid eristada. Tegelikult tuleks Gaiuse ja Justinianuse Institutsioonides esitatu eristamisele lisaks eristada mõisteid ning neid sisustada vastavalt Rooma õiguse sisemistele ajaperioodidele. Samuti on eksitav kasutada ladinakeelseid mõisteid, mida roomlased ei tundnud. Loomulikult võib ka üldistada, kuid tehtud üldistusele tuleks alati juhtida lugeja tähelepanu ning seda põhjendada.

Kasutatud lühendid

AÕS	- Asjaõigusseadus
BGB	- Saksa Tsiviilseadustik
CJ	- Codex Justinianus
C. Th.	- Codex Theodosianus
D	- Justinianuse Digestad
FS	- <i>Festschrift</i> (pühendusteos)
G	- Gaiuse Institutsioonid
HRG	- Handbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
Inst	- Justinianuse Institutsioonid
MüKo	- Münchener Kommentar
Nov.	- Novellae
pr	- <i>principium</i>
RT	- Riigi Teataja
SZ RA	- Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung.
TsÜS	- Tsiviilseadustiku Üldosa Seadus

Kasutatud kirjandus

Antiigileksikon. 2. tr. Tallinn, 1985.

Aun, K. Asjade tähtsamaid liigitusi Rooma õiguse arenguloos. Tartu, 1938, (käsikiri).

Bauman, R. A. Lawyers in Roman Transitional Politics. A study of the Roman Jurists in their political Setting in the Late Republic and Triumvirate. (= Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte. 79. Heft.) München, 1985.

Becker, C. Die "res" bei Gaius - Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation? (= Beiträge zur Neueren Privatrechtsgeschichte. Hg. Hübner, H. Bd. 12). Köln, 1999.

Behrends, O. Cicero. M. T. - Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert. Hg. Stolleis, M. München, 1995, S. 125-127.

Behrends, O. Die allen Lebewesen gemeinsame Sachen (*res communes omnium*) nach den Glossatoren und dem klassischen römischen Recht. FS Hermann Lange. Hg. Medicus, D. ua). Stuttgart, 1992. S. 3-33.

Behrends, O. Die Institutionen Justinians als Lehrbuch, Gesetz und Ausdruck klassischen Rechtsdenkens. - Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung. Hg. Behrends, O. ua. Bd. 1. Heidelberg, 1997, S. 279-288.

Behrends, O. Die Person oder die Sache? - Labeo. Rassegna di diritto romano. N. 44. 1998, p. 26-60.

Behrends, O. Fraus legis. Zum Gegensatz von Wortlaut- und Sinn Geltung in der römischen Gesetzesinterpretation. Göttingen, 1982.

Behrends, O. Gaius. - Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert. Hg. Stolleis, M. München, 1995, S. 221-223.

Behrends, O. Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht. - SZ. RA. Bd. 95, 1978, S. 187-231.

Behrends, O. Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni. - Index. N. 12. 1983/84, p. 189-225.

Behrends, O. Quintus Mucius Scaevola - Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert. Hg. Stolleis, M. München, 1995, S. 444-445.

Behrends, O. Servius Sulpicius Rufus. - Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert. Hg. Stolleis, M. München, 1995, S. 562-563.

Behrends, O. Skript zur Vorlesung Römische Rechtsgeschichte. Göttingen, 1999.

Böhm, R. G. Gaiusstudien. (= Freiburger Beiträge zur Papyrusforschung und antike Rechtsgeschichte). Freiburg, 1968.

Bonfante, P. Corso di diritto Romano. Vol 2. Soz. I. Roma, 1926.

- Bonfante, P. Rooma õiguse ajalugu. Tartu, 1930.
- Bonfante, P. Scritti giuridici varii. Vol II, Torino, 1918 (viidatud Aun, K. Asjade tähtsamaid liigitusi Rooma õiguse arenguloos. Tartu, 1938 (käsikiri)).
- Bretone, M. Das "ironische Bewusstsein" der Romanistik. - Labeo. Rassegna di diritto romano. N. 4. 1997, p. 187-201.
- Collinet, P. The General Problems raised by the Codification of Justinian. - Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Revue d'Histoire du Droit. Nr 4. Haarlem, 1923, S. 56-103.
- Creifelds Rechtswörterbuch. Hg. Kauffmann, H. ua. 13. Aufl. München, 1996.
- „Das Zwölftafelgesetz“. Texte, Übersetzungen und Erläuterungen. Hg. Düll, R. München, 1989.
- Demandt, A. Die Spätantike. Römische Geschichte von Diocletian bis Justinian 284-565 n. Ch (= Handbuch der Altertumswissenschaften 3. Abt. 6. Teil). München, 1989.
- Dernburg, H. Die Institutionen des Gaius, ein Kollegienheft aus dem Jahre 161 n. Ch. Geburt. Halle, 1869.
- Diosdi, G. Gaius, der Rechtsgelehrte. - Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt. Bd. II.15. Berlin, 1976, S. 605-631.
- Dulckeit, G. Schwarz, F. Waldstein, W. Römische Rechtsgeschichte. 8. Aufl. München, 1989.
- Erler, A. Barthold Georg Niebuhr. - Handbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. Hg. Erler, A. Kaufmann, E. III Bd. Berlin, 1984, Sp.978-980.
- Fuhrmann, M. Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike. Göttingen, 1960.
- Hattenhauer, H. Euroopa õiguse ajalugu. I. Tartu, 1995.
- Hausmaninger, H., Selb, W. Römisches Privatrecht. 7. Aufl. Wien, 1994.
- Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9. Aufl. Hg. Seckel, E. Jena, 1914.
- Hofmeister, H. Liegenschaftsrecht. - Handbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. Hg. Erler, A. Kaufmann, E. I Bd. Berlin, 1978, Sp. 2008-2022.
- Holthöfer, E. Sachteil und Sachzubehör im Römischen und Gemeinen Recht (= Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft. Bd. 14). Berlin, 1972.
- Honoré, A. M. Gaius. Oxford, 1962.
- Huschke, P. E. Gaius: Beiträge zur Kritik und zum Verständniss seiner Institutionen. Leipzig, 1855.
- Huschke, P. E. Iurisprudentiae Antejustiniana, 6. Editione. 1; 2,1; 2,2. Lipsiae, 1908, 1911, 1927.
- Ilus, E. Rooma eraõiguse alused. Tallinn, 2000.
- Ilus, E. Rooma õigus: Loengute konspekt, 1946.

- Jallajas, N. *Res Mancipi et res nec Mancipi, res mobiles et res immobiles*. Tartu, 1938 (käsikiri).
- Järvelaid, P. 360 aastat Tartu Ülikooli õigusteaduskonda. - *Eesti Jurist*. 1992, Nr. 5, lk. 346 - 349.
- Karlowa, O. Über den Begriff der fungibilen Sachen und die Anwendung desselben bei den verschiedenen Rechtsverhältnissen und Rechtsgeschäften des römischen Rechts. - *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhut's Zeitschrift)*. 16. Bd, 1889, S. 406-460.
- Kaser, M. Gaius und die Klassiker. - *SZ. RA*. Bd. 70, 1953, S. 127-178.
- Kaser, M. Das Geld im römischen Sachenrecht. - *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. = Revue d'Histoire du Droit*. Bd. 29, 1961, S. 169-229.
- Kaser, M. *Das Römische Privatrecht*. I - II Abs. (= Handbuch der Altertumswissenschaften. 3. Teil, 3. Bd. 1, 2. Abs.) München, 1971, 1975.
- Kaser, M. Vom Begriff des ‚commercium‘.- *Ausgewählte Schriften I, Pubblicazioni della Facolta di Giurisprudenza dell'Univerista di Camerino*. Jovene, 1976, S. 161-167.
- Kaser, M. Zur Methode der römischen Rechtsfindung (= *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften Philologisch-Historische Klasse*. Nr. 2). Göttingen, 1962.
- Kaser, M. Hackl, K. *Das römische Zivilprozessrecht*. (= *Handbuch der Altertumswissenschaften*. 3. Teil, 4. Bd) 2. Aufl. München, 1996.
- Krüger, P. *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*. (= *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*. I. Abt. II Teil) 2. Aufl. München, 1912.
- Kunkel, W. Gaius. - *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*. (= *Forschungen zum römischen Recht*. Hg. Kaser, M. ua. 4. Abh.) Weimar, 1952, S. 186-213.
- Kübler, B. *Geschichte des Römischen Rechts*. Leipzig, 1925.
- Ladina - *Eesti sõnaraamat*. Koost Kleis, R. jt. Tallinn, 1986
- Leesment, L. *Rooma õigusloo põhijooned*. Tartu, 1940.
- Lenel, O. *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*. Leipzig, 1883.
- Lenel, O. *Das Sabinussystem*. Strassburg, 1892.
- Levy, E. Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius. - *SZ. RA*. Bd. 54, 1934, S. 258-311.
- Levy, E. Neue Juristenfragmente aus Oxyrynchos. - *SZ. RA*. Bd. 48, 1928, S. 532-549.
- Liebs, D. Gaius und Pomponius. - *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*. Bibliotheka di Labeo. III. Napoli, 1967, p.61-161.
- Liebs, D. Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat. - *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*. II.15. Berlin, 1976, S. 197-286.
- Liebs, D. Römische Provinzialjurisprudenz. - *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*. II.15, 1976. Berlin, S. 288-310.

- Luts, M. Friedrich Carl von Savigny meetodi- ja süsteemiõpetus. - Studia Juridico-Historica Estonica. Tartu, 1994.
- Luts, M. Sissejuhatus õigusfilosoofiasse. Tallinn, 1997.
- Mommsen, T. Gaius als Provinzialjurist. - Gesammelte Schriften. Bd. 2. Berlin, 1905, S. 26-38.
- Mommsen, T. Römisches Staatsrecht. Bd. 2. 1. Teil. - Handbuch der Römischen Alterthümer. 3. Aufl. Leipzig. 1887.
- Mommsen, T. Römisches Strafrecht. (= Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. Hg. Binding, K. I Abt., 4. Teil) Leipzig, 1899.
- Mommsen, T. Zum Römischem Grabrecht. - SZ. RA Bd. 16, 1895, S. 207-275.
- Mugdan, B. (Hg.) Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 3. Sachenrecht. Aachen, 1979.
- Münchener Kommentar zum BGB. Bd. 1. 4. Aufl. München, 2001.
- Nelson, H. L. W. Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones. - Studia Gaiana. Vol VI. Leiden, 1981.
- Novitski, I. B. Osnovõ rimskovo prava. Moskva, 1956.
- Ogris, W. Fahrnis, Fahrhabe. - Handbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. Hg. Erler, A. Kaufmann, E. I. Bd. Berlin, 1971, Sp.1049-1053.
- Okas, H. Tähtsamaid asjade liigitusi Rooma õiguse arenguloos. Diplomitöö. Tartu, 1942 (käsikiri).
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch. - Beck'sche Kurzkommentar. Bd. 7. 54. Aufl. München, 1995.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch. - Beck'sche Kurzkommentar. Bd. 7. 60. Aufl. München, 2001.
- Partsch, J. Die griechische Publizität der Grundstücksverträge im Ptolemäerrechte. - FS Otto Lenel. Leipzig, 1921, S. 77-204.
- Pereterski, I. S. Üldine riigi ja õiguse ajalugu. I kd, II vihik. Tartu, 1946.
- Pohlenz, M. Die Stoa. I. 7. Aufl. Göttingen, 1992.
- Pärna, P, Kõve, V. Asjaõigusseadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn, 1996.
- Rooma kirjanduse antoloogia. Tallinn, 1971.
- Rooma tsiviilõiguse alused. Koost. Kask, P, Ilus, E. Tartu, 1987.
- Rooma õiguse ajalugu. Kava dots. J. Uluotsa loengute järgi 1920/21 õ.a. Tartu, 1921.
- Rooma õiguse süsteem. Koostatud Grimmi, Dernburgi, Windscheidi, Seeleri ja Barowi õpperaamatute järgi vastavalt prof. Grimmi kavale. Koost. Laaneste, E. Pettai, A. Paljundatud. Tartu, (1932).
- Rooma õiguse süsteemi konspekt. Prof. Dr. iur. E. Eini loengute järgi koost. Rammul, A. Tartu, 1938.

- Rückert, J. Geschichte des Privatrechts als Apologie des Juristen - Franz Wieacker zum Gedächtnis. - Quaderni Fiorentini. N. 24. 1995, p. 531-562.
- Sandström, M. "Res fungibiles" und die produktive Rechtswissenschaft. - Quaderni Fiorentini. N. 21, 1992, p. 261-309.
- Savigny, v. F. C. Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter. 1-6. Bd, Heidelberg, 1815-1831.
- Schulz, F. Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. Weimar, 1961.
- Seiler, H. H. Iulianus. - Juristen. Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert. Hg. Stolleis, M. München, 1995, S. 317-318.
- Staudinger, J.v. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. I Buch. AT §§ 21-103. 13. Aufl. München, 1995.
- Stroux, J. Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik. Potsdam, 1949.
- Sturm, G. Zasius, Udalricus (Ulrich Zäsi). - Handbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. Hg. Erler, A. Kaufmann, E. V Bd. Berlin, 1998, Sp. 1612-1614.
- Tamm, D. Roman Law and European legal History. Copenhagen, 1997.
- Tarkpea, E. Asjade tähtsamaid liigitusi Rooma õiguse arenguloos (res Mancipi - res nec Mancipi, res mobiles - res immobiles). Tartu, 1938 (käsikiri).
- Uluots, J. Rooma õiguse ajalugu. Dots. Uluotsa loengute järele programme vastavalt kokku seadnud Tartu Ülikooli juura üliõpilased. Tartu, 1923.
- Visnapuu, L. R. Asjade kogumid Rooma õiguses ja võrdlevalt Eesti tsiviilõiguses. Diplomitöö. Tartu, 1939 (käsikiri).
- Wenger, L. Die Quellen des römischen Rechts. (= Österreichische Akademie der Wissenschaften. Denkschriften der Gesamtakademie. Bd. 2) Wien, 1953.
- Wieacker, F. Oströmische Gaiusexemplare. - FS Fritz Schulz. Weimar, 1951, S. 101-144.
- Wieacker, F. Rezension über das systematische Lehrbuch von M. Fuhrmann. - IURA Bd. 12, 1961. S. 282-287.
- Wieacker, F. Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur. - Handbuch der Altertumswissenschaft. 3. Teil, 1 Bd, 1 Abs. München, 1988.
- Wieacker, F. Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung. Archiv für die civilistische Praxis. (AcP) Bd 148. Tübingen, 1943, S. 57-104.
- Wieling, H. J. Sachenrecht. Bd. 1. - Enzyklopädie des Recht- und Staatswissenschaft. Abt. Rechtswissenschaft. Heidelberg, 1990.
- Windscheid, B. Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Bd. 3. Aufl. Düsseldorf, 1873.
- Wissowa, G. Religion und Kultus der Römer. 2. Aufl. München, 1971.

Allikmaterjal

Asjaõigusseadus. RT I 1993, 39, 590.

Cicero, M. T. De legibus. Hg. Ziegler, K. - Heidelberger Texte. Lateinische Reihe. 20. Heidelberg, 1950.

Cicero, M. T. Brutus. - Tusculum. 4. Aufl. München, 1990.

Cicero, M. T. Partitiones oratoriae. (Rhetorik in Frage und Antwort). Hg. Bayer, K, Bayer, G. - Tusculum. Darmstadt, 1994.

Cicero, M. T. Topica. (Die Kunst, richtig zu argumentieren). Hg. Bayer, K. - Tusculum. Darmstadt, 1993.

Corpus Iuris Civilis. Ed. Krüger, P, Mommsen, T. Vol. I. Berlin, 1922.

Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung. Hg. Behrends, O. ua. Bd. 1, 2, 3. Heidelberg, 1997, 1995, 1999.

172 A. Iura sepulcrorum. Prohibitiones alienandi. - Fontes iuris romani antiqui. Hg. Bruns, K, G. 7. Aufl. Tübingen, 1909.

Eesti Vabariigi Tartu Ülikooli ettelugemiste ehk loengute ja praktiliste tööde kava 1920 - 1940.

Gai Institutiones secundum. Codicis Veronensis apographum studemundianum et reliquias in Aegypto repertas. Editio minor. Vol I. - Ed. David, M. Feenestra, R. Nelson, H. L. W. Leiden, 1964.

Gai Institutionum. Commentarii IV. Ed. David, M. Nelson, H. L. W. - Studia Gaiana. Vol. II. 1, 2, 3 Lieferung. Vol III. 1. Lieferung. Leiden, 1954, 1960, 1968.

Gellius, A. Noctae Atticae (Die Attischen Naechte des Aulus Gellius). Hg. Weiss, F. Bd. 1, 2. Nachdr. von 1875/76. Darmstadt, 1965.

Juvenalis. Saturae. Ed. Wessner, P. Scholia in Iuvenalem vetustiora. Leipzig, 1931.

Kolk, K. Kaheteistkümne tahvli seadus. Muinasaja seadusekogumike antoloogia. VIja. Annus, A. Kolk, K. jt. Tallinn, 2001, lk. 259-288.

Lex Romana Visigothorum. (Communitorium Alarici regis, Supplementa). - Monumenta Germaniae Historica. Ed. Societas Aperiendis Fontibus rerum Germanicarum medii aevii. Zeumer, K. Legum Sectio I, Legum Nationum Germanicarum. Tomus I. Hannover, 1902.

Lex Romana Visigothorum. Ed. Hänel, G. Aalen, 1962.

Lepinguliste suhete ja lepinguväliste kohustuste seadus. RT I 2001, 81, 487.

Palingenesia Iuris Civilis. Hg. Lenel, O. I. Bd. Tauchnitz, 1889.

Pärimisseadus. RT I 1996, 38, 752.

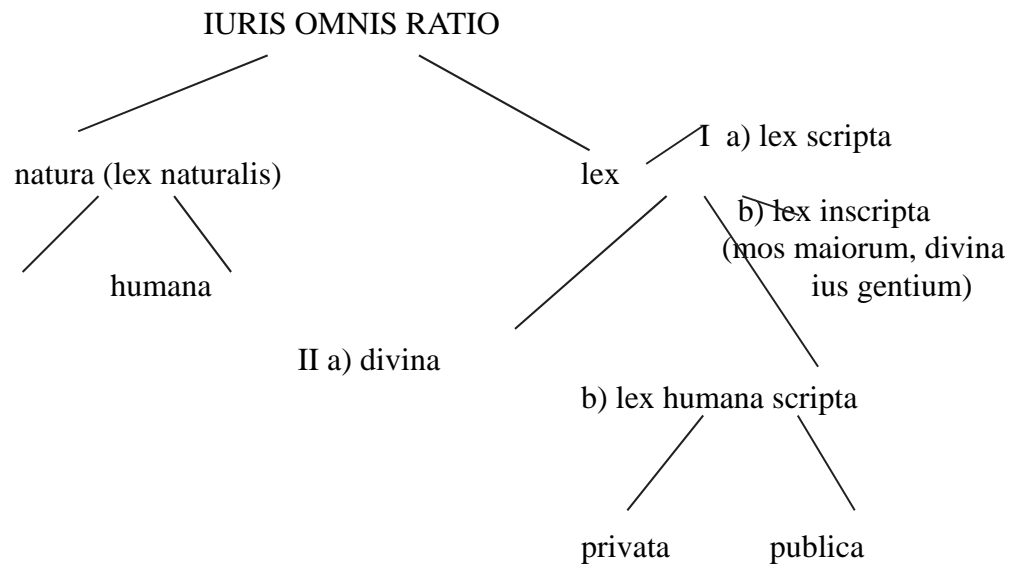
Saksa Tsiviilseadustik. BGB. Tallinn, 2001.

Tsiviilseadustiku Üldosa Seadus. RT I 1994, 53, 889.

Tsiviilseadustiku Üldosa Seadus - 121 SE II-2 - www.riigikogu.ee/ems/plsql/matrom.active. 05.07.2001.

Lisa nr 1

Cicero õiguse liigitus teoses *Partitiones oratoriae* (37, 129):



Lisa nr 2

Näidis Gaiuse Verona käsikirjast (teosest R. G. Böhm "Gaiusstudien", Freiburg, 1968)

Zusammenfassung

Diese Magisterarbeit behandelt am Beispiel der Institutionen des Gaius den Begriff der Sache und deren Einteilung in der klassischen römischen Rechtswissenschaft. Die bisherige estnischsprachige Literatur beruht hauptsächlich auf den Forschungsarbeiten des Anfangs von 20. Jahrhundert. Damit beruht es auch auf Fragen, Problemstellungen und Gesichtspunkten dieser Zeit. Üblich ist die Meinung, dass nur die Entdeckung neuer Quellen kann in der Romanistik grosse Änderungen mit sich bringen. In der Wirklichkeit ist es nicht so. Auch schon in vorhandenen und behandelten Quellen ist es möglich, neue und wesentlich Nuancen zu finden.

Sowohl in Deutschland als auch in den anderen Ländern, die das römische Recht beeinflusst hat, ist man während der ganzen Geltungszeit des römischen Rechts von der inneren Einheit der Quellen ausgegangen. Damit hat man grösstenteils Justinian in seiner Konstitution *Deo Auctore* (§. 8) geglaubt, wenn er sagt, dass in keinem Teil dieser Kodifikation können Widersprüche vorkommen, es herrscht vollkommene Einheit.

Das Hauptthema der Romanistik am Anfang des 20. Jahrhundert war das Interpolationenforschung. Auch in der Interpolationenforschung ist man von der Überzeugung ausgegangen, dass in den Quellen der klassischen Zeit nur das rechtliche Formalismus echt ist und alles, was sich an die Diskretionsentscheidungen ähnelt, ist interpoliert. Sogar am Ende des 20. Jahrhunderts erstrebt man der Sache nach ein harmonisches Gesamtbild.³⁹⁸ Dabei hätten die römischen Juristen keine Theorie und kein System gehabt - den Weg zur richtigen Rechtserkenntnis haben sie vornehmlich mit ihrer genialen Intuition gefunden. Die Deduktion, die sich häufiger auf die Erfahrungen der bisherigen Fallpraxis stützt als auf die Rechtsbegriffe, dient ihnen dabei als blosses Hilfsmittel. Theorie und System kam nur in den Lehrbüchern wie die Institutionen des Gaius vor.³⁹⁹

Eine der wichtigsten Änderungen in Romanistik ist mit der Periodisierung des römischen Rechts verbunden. Üblich ist die Periodisierung aufgrund der Abschnitten der politischen Geschichte. Dementsprechend ist die vorclassische Periode in der

³⁹⁸ Kaser, M. Zur Methode der römischen Rechtsfindung, 1962, S. 63f, auch Kaser, M. Römisches Privatrecht I, S 212ff. Zur Kritik dieser Ansicht siehe Behrends, O. Institutionelles und prinzipielles Denken, S 195.

³⁹⁹ Kaser, M. Römisches Privatrecht I, S 3ff.

Rechtswissenschaft während der Römischen Republik ca 500/470 v. Ch. bis 49/44 v. Cr. Die klassische Periode während der Prinzipat ca 27 v. Cr. bis Ende des 3. Jh. n. Ch., von dem das 3. Jh. hoch- oder spätklassische Periode ist.⁴⁰⁰

Die Periodisierung von Bonfante ist kennzeichnend für den Anfang des 20. Jahrhunderts: Die Römische Gemeinde und das Recht der Quiriten (754-200 v. Ch), Römisches Staat und Völkerrecht⁴⁰¹ (146 v. Ch. - 235) und die hellenistisch - orientalische Monarchie und römisch - hellenistisches Recht (305-565).

In dieser Arbeit ist diese Periodisierung irreführend. Wenn man von der Periodisierung von Okko Behrends aufgrund der inneren Änderungen im Rechtsdenken ausgeht, dann heisst es, dass in der klassischen Periode von Bonfante waren sowohl die Vorklassiker als auch die Klassiker (Vertreter des institutionellen Denkens) tätig. Aber auch die rechtswissenschaftlichen Schulen und Hoch- oder Spätklassiker Gaius, Ulpian und Paulus.

Meines Erachtens ist es notwendig, von den inneren Veränderungen der Rechtswissenschaft auszugehen, was statt politischen Ereignissen mit den Personen der Juristen verbunden sein kann. Deswegen gehe ich in meiner Arbeit von der Periodisierung von Okko Behrends aus. Demnach ist die Periode des religiösen Rechts bis 3. Jahrhundert v. Ch., die vorklassische ab Mitte des 3. Jahrhunderts bis 82 v. Ch., klassische 82 eKr bis 27 v. Ch./250 nCh.⁴⁰² In der klassischen Rechtswissenschaft sollte man zwischen spezifisch klassischen, klassischen, hoch- und spätklassischen Rechtswissenschaft unterscheiden. Die Periodisierung von Behrends beruht auf Änderungen im juristischen Denken. Das wesentlichste war der Bruch zwischen Vorklassik und Klassik, wo anstatt dem prinzipiellen Denken das institutionelle getreten hat.

In der Hochklassik - 1. Jh. n. Ch. (die Gründung der Schulen) bis 3. Jh n. Ch. Waren die sabinianischen (die Erben der vorklassischen Rechtswissenschaft) und prokulianischen (die Vertreter der klassischen Rechtswissenschaft) Schulen tätig. Die Grenze zwischen

⁴⁰⁰ Dulckeit, G., Römische, S 243. D. Tamm nennt klassisch die Periode vom Ende der Republik 44. V. Cr. bis Ende des 3. Jh. Tamm, D. European law and legal history, S 6.

⁴⁰¹ Die klassische Rechtswissenschaft wird von Bonfante in der Periode des römischen Staates und Völkerrechts behandelt. Die Zeit der klassischen Rechtswissenschaft wird nicht gegeben, aber aufgrund der behandelten Personen kann man es vermuten - ca 140. V. Ch. bis Ende des 3. Jh). (Bonfante, P. Rooma õiguse ajalugu, S. 350-356).

⁴⁰² Behrends, O. Skript, S. 22-24.

Klassik, Hoch und Spätclassik ist nach Behrends nicht so entscheidend. Gaius ist noch Hochklassiker, Ulpian, Paulus, Modestinus und Papinian eher Spätklassiker.⁴⁰³

Die Institutionen des Gaius ist die einzige erhaltene klassische Schrift. Die Institutionen haben wesentlich die Rechtswissenschaft in der Zeit des Justinians, aber auch das spätere, auf dem römischen Recht basierenden Rechtssysteme beeinflusst. Damit kann man die Institutionen zur Grundlage der gemeinen europäischen Rechtskultur nennen. Leider ermöglicht der Umfang einer Magisterarbeit nicht, auch die Rezeption der Institutionen in der europäischen Rechtsgeschichte zu behandeln. Doch habe ich einen Überblick von der Rezeption der Institutionen in das spätere römische Recht bis zu den Institutionen Justinians und auch von den Handschriften der Institutionen gegeben.

Ziel dieser Arbeit ist zu zeigen, welches Denken der klassische Jurist Gaius bei dem Begriff und bei der Einteilung der Sachen vertreten hat. Aufgrund dessen werden die Unterschiede im Gegensatz zu den anderen klassischen Juristen gezeigt, aber auch wie sahen die Institutionen Justinians und seine Gesetzgebung überhaupt aus, nachdem mal das institutionelle, mal das prinzipielle Denken übernommen wurde. In dieser Arbeit wurde auch die bisherige estnischsprachige Literatur zu dem Begriff der Sache und deren Einteilungen betrachtet. Dabei wurde gezeigt, wie wichtig ist es, wenigstens zwischen Zeitperioden zu unterscheiden. Natürlich entsteht gleich die Frage, ob in einem Lehrbuch zu dem römischen Rechts, die klassische Rechtswissenschaft oder die Gesetzgebung Justinians als Grundlage dienen soll.

Die Arbeit besteht aus zwei grossen Abschnitten. In der ersten Abschnitt wird zuerst der Lebenslauf und die Schriften des Gaius im allgemeinen, danach die Institutionen - das Lehrbuch für Anfänger, dessen Natur und die Systematik, behandelt.

In dem zweiten Abschnitt wird zuerst ein Überblick über die bisherige estnischsprachige Literatur gegeben. Danach wird der Begriff der Sache in den Institutionen des Gaius behandelt, es wird auch mit den heutigen und mit den, des Justinians Institutionen verglichen. Sowohl die Institutionen Gaius als auch die des Justinians sind für Anfänger gedacht und deswegen sind die zur Grundlage der meisten Einführungen in das römische Recht. Deswegen ist es richtig, die Gewicht auf die Institutionen zu legen. Im folgenden werden noch die Einteilungen der Sachen bei Gaius betrachtet, ergänzt von den Sacheinteilungen der verschiedenen Einführungen in das römische Recht. Aufgrund der

⁴⁰³ Behrends, O. Skript, S. 22-24; Institutionelles, S. 192-196.

Institutionen des Gaius habe ich versucht zu zeigen, dass es in den Arbeiten der verschiedenen Juristen grundlegende Unterschiede gibt. Justinian ist dabei von seinem zeitgenössischen Recht ausgegangen und obwohl die Institutionen von Gaius als Grundlage seiner Institutionen gedient haben, unterscheiden sich auch diese zwei Werke beträchtlich.

Als Grundlage des lateinischen Textes der Institutionen von Gaius habe ich die Ausgabe von Studia Gaiana, ed M. David, R. Feenstra ja H. L. W. Nelson. Volumen I. Gai Institutiones secundum Codicis Veronensis apographum studemundianum et reliqias in Aegypto repertas. Editio minor. Leiden. 1964. benutzt.

Gaius ist einer der rätselhaftesten römischen Juristen, von dem wir sogar den vollen Namen nicht kennen oder auch nicht dies, welches von den üblichen römischen Namen Gaius war. Da es zu wenig Argumente für Für und Wider gibt, sollte man ihn einfach Gaius nennen. Die Voraussetzung dafür ist, dass Gaius wirklich existiert hat.

Gaius wurde wahrscheinlich während der Regierungszeit von Hadrian (98-117), in der 2. Jh geboren. Als Jurist war er tätig unter Antoninus Pius, Mark Aurel und Commodus. Sicher hat er noch im Jahre 178 gelebt. Er war Römer, der in Rom Rechtswissenschaft gelernt hat und im Provinz es gelehrt hat.

Die Werke des Gaius kennen wir hauptsächlich aufgrund der Digesten des *Corpus Iuris Civilis*. Ausserdem wurde im Jahre 1816 die Handschrift der Institutionen des Gaius in Verona entdeckt.

In den Institutionen hat Gaius das System der Ediktredaktion von Julian als Lehrbuch verfasst. Wahrscheinlich hat er selber keine grossen Änderungen in dieses System gemacht, doch es einigermaßen erneuert, korrigiert, systematisiert und ergänzt. Dabei hat er sich auf die Tradition seiner Schule und auf die Lehrmethoden und Skripten seines Lehrers, Salvius Julianus gestützt. Mit grosser Wahrscheinlichkeit hat Gaius seine Institutionen selber geschrieben, dabei vorgekommene Fehler hat er später in dem Werk *Res cottidianae sive Aurea* verbessert.

Institutionen waren kein selbständiges systematisches Werk, sondern dessen Verwirklichung wurde durch die Veränderung in dem rechtswissenschaftlichen Denken möglich gemacht. Auch im römischen Recht war die Grundlage der Veränderungen Rezeption, was den Bruch im Denken verursacht hat. Vorklassiker haben zuerst Einflüsse von der griechischen Philosophie, von Stoa als prinzipielles Denken bekommen. Diesem folgte die Epoche des gesetzestreuen und logisch geordneten institutionellen Denkens.

Nach der zeitweiligen Alleinherrschaft des institutionellen Denkens sind in Rom zwei gegensätzliche Schulen entstanden - Sabinianer und Prokulianer. Prokulianer haben das herrschende, institutionelle Denken befolgt, Sabinianer haben das prinzipielle Denken und Naturrecht in die Rechtswissenschaft zurückgebracht. Sabinian Iulianus hat in dem endgültigen Ediktsredaktion die grossartig verschiedene Sachen miteinander verbunden. Zuerst hat er das *ius honorarium* mit *ius civile* als einheitliches Recht (*ius*) behandelt. Zweiten hat er unter Wahrung der naturrechtlichen Grundlehren seiner Schule die Hauptfiguren der institutionellen Rechtstheorie der Prokulianer rezipiert. Dies hat auch dem Gaius ermöglicht, seine Institutionen frei von faktischen Normen und Rechtssystemen zu erfassen.

Als Ergebnis dieser Entwicklung ist das System, was in den Institutionen Gaius ersichtlich wird und grösstenteils auch in der Institutionen Justinians befolgt wird, zur Tage gekommen. Es war hauptsächlich institutionell aufgebaut, aber wurde vervollständigt durch naturrechtlichen Prinzipien wie *bona fides*.

Das System der Institutionen charakterisiert die Einteilung zu Personen, Sachen und Klagen, wobei die Person immer im Mittelpunkt steht. Das erste Buch ist auch über Personen- und Familienrecht, das zweite und dritte über die Vermögensrechte. Unter Vermögensrecht versteht Gaius sowohl den heutigen Sachen- als auch Erb- und Familienrecht. In dem vierten Buch werden die Klagen behandelt.

Gaius hat bei der Definition der Sache (*res*) die Methoden der Dialektik - die Zerteilung (*partitiones*) und die Einteilung (*divisio*) - benutzt. Der Lehre des Cicero entsprechend konnte Definition in einem oder anderen bestehen. Den Begriff der Sache hat Gaius durch die Einteilung in die *res corporales* - *res incorporales* definiert. Dieser Begriff ist im Vergleich zu den heutigen sehr breit und erfasst auch das heutige Sachen-, Erb- und Schuldrecht. *Res corporales* bedeuten eben körperliche Sachen, *res incorporales* aber sogenannte mit Vermögen verbunden Sachen, Forderungen usw. Der Oberbegriff dieser

Teilung ist eben das Vermögen oder der Gegenstand (*res*). Auch die Einteilungen von Gaius charakterisieren diesen als Vermögen erfassten Sachbegriff. Erst als wir alle diese Einteilung kennen, haben wir einen vollständigen Überblick von der Sache oder Vermögen.

Wenn Gaius alle Sachen zuerst in die Sachen in unserem Vermögen und ausserhalb unseres Vermögens teilt, geht er von dem Mittelpunkt seines Systems, der Person aus. Gaius selber nennt aufgrund der noch ziemlich grossen Einfluss der Religion auf das Recht zur Oberteilung der Sachen die Teilung in die Sachen des göttlichen und des menschlichen Rechts. Die Sachen des göttlichen Rechts sind zugleich die Sachen die niemanden gehören. Auch unter Sachen des menschlichen Rechts gibt es Sachen, die niemandem gehören wie öffentliche Sachen oder die, die keiner noch innegehabt hat und die jeder sich aneignen kann. Auch diese Sachen (*res nullius singularis*) sind bis zu deren Aneignung ausserhalb des Privatvermögens.

Die innere Haupteinteilung ist die Teilung in die körperliche und unkörperliche Sachen. Obwohl Gaius diese Begriffe ziemlich selten gebraucht, ist das System der Institutionen ohne diese Einteilung undenkbar. Es ist das Hauptsystem der klassischen institutionellen Rechtswissenschaft, wonach die Welt in die faktisch in der Natur gegebene Sachen und die Gebilden der menschlichen Vernunft (im Recht die Institute) geteilt ist.

In der Institutionen des Gaius kommt auch noch die Teilung in die *res Mancipi* und *res nec Mancipi* vor. Aufgrund dieser Teilung wurden die Sachen in das andere Eigentum übergeben. In der Zeit des Gaius war die Bedeutung der *res Mancipi* – *res nec Mancipi* schon wesentlich geringer. Nämlich wurde vom Pretor seit dem Jahr 67 v. Ch. denen, die das quiritische Eigentum (*res Mancipi*) durch blosser Übergabe (*traditio*), erworben haben, zum Schutz *actio Publiciana* gegeben. Ivan Pereterski und Elmar Ilus behandeln die *res Mancipi* als ein letztes Zeichen vom gemeinschaftlichen Eigentum, was als letztes zum Eigentum der Einzelpersonen wurde. So eine Meinung ist heute sehr streitig und in den neueren Behandlungen kommt es nicht mehr vor.

Streitig ist auch, ob die nach dem Verschwinden der Teilung *res Mancipi* - *res nec Mancipi* es durch die Teilung *res mobiles* - *res immobiles* nicht ersetzt wurde. In der Wirklichkeit haben die Teilungen *res Mancipi* - *res nec Mancipi* und *res mobiles* - *solum* nebeneinander schon in dem Zwölftafelgesetz existiert. Da wurden die Sachen *res mobiles* - *solum* aber faktisch und nicht rechtlich unterschieden. Auch die klassischen Juristen haben

es nicht gemacht. Obwohl in den keiserlichen Reskripten kam die Teilung *res mobiles* - *res immobiles* schon vor, zeigt eine gründlichere Analyse, dass man auch über die Zeit nicht sagen kann, dass es eine fertige rechtliche Teilung war.

Gaius hat auch die Sachen gekannt, die in der romanistischen Literatur gewöhnlich als Sachteilungen der römischen Juristen genannt werden: *res quae pondere numero mensurae consistunt*, *res quae usu consumuntur* und *res quae sine interitu dividi non possunt*. Bei diesen Teilungen hat er das Gegenstück vorausgesetzt, ohne die Regeln der Dialektik hier zu folgen. Diese Regeln wurden aber z. B. in der Estnischen Sachenrechtsgesetz befolgt, wo beide Arten genannt werden. Die Sachen *quae usu consumuntur* und *quae sine interitu dividi non possunt* hat Gaius auch nicht in den Institutionen genannt, sondern in seinen anderen Schriften.

Es kann in der romanistischen Literatur vorkommen, dass später ausgedacht Begriffe als römische bezeichnet werden. In dieser Arbeit wird es zu den Begriffspaar *res fungibiles* - *res non fungibiles* behauptet, was die römischen Juristen unter *res quae pondere numero mensurae consistunt* gekannt haben.

Die Begriffe *res fungibiles* sind *res non fungibiles* abgeleiten aus einem Fragment von Paulus ... *in genere suo functionem recipiunt...* (D. 12, 1, 2, 1 - die Sachen aus derselben Gattung erfüllen).“ Es ist eine Erfindung des deutschen Humanisten Zasius aus dem 16. Jahrhundert und von da ab benutzt in der romanistischen Literatur. In der Literatur des 19. Jahrhunderts und auch des Anfangs von 20. Jahrhundert wurden die Sachen *quae pondere numero mensurae consistunt* als *res fungibiles* gekannt. Dieser Tradition entsprechend hat es auch E. Ilus in seinem Lehrbuch benutzt.

Bisherigen estnischsprachigen Behandlungen über das römische Recht sind für heute teils zu alt, teils fehlerhaft und ungenau. Bonfante “*Rooma õiguse ajalugu*” (Geschichte des römischen Rechts) ist zwar gut, aber als Lehrbuch schwer zu benutzen und ist nicht mehr als Standardwerk zu benutzen. In den Lehrbüchern von Pereterski und Ilus wird bei der Periodisierung hauptsächlich von den Perioden der politischen Geschichte ausgegangen und nicht von den inneren Epochen der Rechtswissenschaft. Dabei bleibt es unverständlich, von welchen Perioden der römischen Geschichte die Rede ist. Besonders bei der Sachen des göttlichen Rechts sind miteinander die Sachteilung des Zwölftafelrechts, des Gaius und des Justinians in Institutionen vermischt worden. Dabei wird nicht erkennbar gemacht, von welcher Zeit gerade die Rede ist.

In der klassischen Zeit und in der Zeit von Justinians kannte man auch nicht die Begriffe *res in commercio* - *res extra commercium*, was sowohl Ilus als auch Pereterski benutzt haben. Statt diesen hat Gaius die Sachen nach deren Zugehörigkeit an die Personen zu den *res in nostro patrimonio* und zu den *res extra nostrum patrimonium* geteilt. *Res in commercio* ist eine Erfindung der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts. Diese Tradition wurde auch von Ilus und Pereterski befolgt. Pereterski hat die *res in commercio* mit den *res in nostro patrimonio* gleichgestellt. Ilus nennt die *res in patrimonio* gar nicht. Da die Epoche des Römischen Reiches sehr lang war und da sogar die Epochen dessen politischen Geschichte - vom Stadtstaat bis Imperium - so unterschiedlich waren, müsste man in den Lehrbüchern auch die Perioden unterscheiden. Eigentlich wäre es auch notwendig, ausser der Unterscheidung zwischen den Stoff in Institutionen von Gaius und Justinian auch die Begriffe den inneren Entwicklungen des römischen Rechts zu unterscheiden. Auch ist es irreführend, die lateinischen Begriffe zu benutzen, die Römer gar nicht gekannt haben. Man kann natürlich verallgemeinern, aber man sollte dann die Aufmerksamkeit des Lesern darauf führen und dies begründen.