

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND TALLINNAS
Eraõiguse instituut

Kadi Milva

**NOTAR AVALIKU AMETI KANDJANA EESTI
ÕIGUSKORRAS JA EUROOPA KOHTU PRAKTIKAS**

Magistritöö

Juhendaja
Dr.iur. Priidu Pärna

Tallinn
2013

SISUKORD

SISSEJUHATUS	4
1. NOTARI ÕIGUSLIK SEISUND EESTI VABARIIGIS	9
1.1 Avalik – õigusliku ameti kandja	9
1.2 Vaba elukutse esindaja.....	15
1.3 Notariameti iseseisvus ja selle tagamine	17
1.3.1 Iseseisvuse alus	17
1.3.2 Saladuse hoidmise kohustus.....	19
1.3.3 Sõltumatus kohustus.....	20
1.3.4 Erapooletuse kohustus.....	21
1.3.5 Usaldusväarsuse kohustus	22
1.3.6 Selgitamis-, hoiatamis- ja kontrollimiskohustus	23
1.4 Esimese peatüki vahekokkuvõte	24
2. NOTARIAMETI PIDAMISE ERIPÄRAD	26
2.1 Ametisse nimetamise menetlus.....	26
2.1.1 Eeldused kandidaadi isikule	26
2.1.2 Hariduslikud eeldused	26
2.1.3 Kodakondsusnõue	29
2.1.4 Kindel ametikohtade arv ja tööpiirkond.....	31
2.2 Vastutus	32
2.2.1 Isiklik vastutus.....	32
2.2.2 Riigivastutus.....	34
2.2.2.1 Riigivastutusõigus	34
2.2.2.2 Riigivastutuse eriregulatsioon	36
2.3 Ametikindlustus	38
2.4 Teise peatüki vahekokkuvõte.....	39
3. NOTARI AMETITEGEVUS	41
3.1 Ametitegevuse analüüs	41
3.2 Notari ametitoimingute analüüs	42
3.2.1 Ametitoimingud kui avaliku võimu teostamine	42
3.2.2 Tõestamistoimingud	44
3.2.2.1 Notariaalne tõestamine	44
3.2.2.2 Notariaalne kinnitamine	49

3.2.3 Pärimisasjade menetlemine	50
3.3 Ametiteenuste osutamise analüüs	52
3.4 Eesti võimalikud seisukohad käsitletud Euroopa Kohtu otsustele	56
3.5 Kolmanda peatüki vahekokkuvõte.....	60
KOKKUVÕTE	63
NOTARY, AS THE BARER OF PUBLIC SERVICES, IN ESTONIAN LEGISLATION AND IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT	67
LÜHENDID	72
KASUTATUD KIRJANDUS	73
KASUTATUD ÕIGUSAKTID	76
KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA	77
KASUTATUD MUU MATERJAL.....	79

SISSEJUHATUS

„Notar on avalik tegelane. Ta on andnud vande pidada saladust ja olla õiglane. Ei sõprus ega valu, omakasu ega isiklik tulu saa sundida teda täitma oma kohust ebaausalt.“

M. de Cervantes

Notariameti pidamine Eesti Vabariigis sai praeguse ilmingu aastal 1993, kui Eestis hakati peale taasiseseisvumist tegelema õigusreformiga, mille üheks osaks sai notariaadireform. Õigusreformi aluseks sai Mandri-Euroopa õigussüsteem ja notariaadireform oli vajalik õigusreformiga loodava uue õigussüsteemi toetamiseks, sest oli ilmne, et seni kehtinud riiklik notariaat ei ole sobiv täitmaks talle riigi poolt delegeeritud ülesandeid¹.

Nagu mainitud, kehtis enne seda Eestis riiklik notariaat ja notareid peeti riigiametnikeks, selliste eranditega, et notar riigikassast palka ei saanud ja samas vastutas oma teenistuskohustuste rikkumise eest kogu varaga². Vaatamata sellele, et notareid peeti riigiametnikeks, ei olnud siiski tegemist ametnikuga tänapäeva õiguslikus tähenduses. Avaliku teenistuse seaduse³ kohaselt loetakse ametnikuks isikut, kes on riigi või kohaliku omavalitsuse üksusega avalik-õiguslikus teenistus- ja usaldussuhtes (§ 7 lg 1), teostab avalikku võimu (§ 7 lg 2) ja saab palka ametiasutuselt (§ 62 lg 1). Kirjeldatu on kõige laiahaardelisem ja lihtsam määratlus hetkel kehtiva avaliku teenistuja, kitsamalt riigiametniku, olemusest. Lisaks on oluline mainida, et riigiametnik on see, kes täidab riigi ülesandeid, olles sellisena riigi esindaja ja riigi funktsioneerimiseks hädavajalik mutriku suures kellavärgis.

¹ K. Sepp. Notariaadireformist Eestis. – Eesti notariaadi 5. aastapäev. Konverentsi materjale. Tallinn: Eesti Vabariigi Notarite Koda 1998, lk 16

² Samas

³ RT I, 26.03.2013, 5

Peale notariaadireformi ja 1993. aastal vastu võetud notariaadiseadusega⁴, pandi alus Mandri-Euroopa õigussüsteemile omase ning õiguslikul järjepidevusel vaba ladina tüüpi notariaadi taasloomisele Eesti Vabariigis⁵. Taasloomisele sellepärast, et ladina tüüpi notariaat oli algselt Eestis kehtestatud ka 1918.-1940. aastal, kuid selle õiguslik määratlus ei olnud samane hetkel kehtiva ladina notariaadiga. Ladina tüüpi notariaadi põhiprintsiipideks on notari sõltumatus, erapooletus ja ametisaladuse hoidmise kohustus, lisaks kõgendatud tsiviilvastutus ja kohustuslik ametikindlustus, kindlaks määratud notarite arv ja riiklik järelevalve notarite ametitegevuse üle⁶. Koos uue seaduse vastuvõtmisega sai Eesti Vabariigis endisest riiklikust notariaadist vaba notariaat, milles notar oli vaba riigiametniku staatuses⁷. Uus süsteem ehitati algusest peale üles Saksa notariaadisüsteemi järgi, mis sobis Eesti õiguskorda tulenevalt Saksa ja Eesti õiguskorra sarnasusest⁸. Peale notariaadiseaduse jõustumist võeti vastu ka rida teisi notari ametipidamist reguleerivaid õigusakte, milledeks olid notari tasu seadus⁹, notari distsiplinaarvastutuse seadus¹⁰, notari teenistuskord, järelevalve teostamise kord notari ametitegevuse üle ja lisaks veel mitmed teised õigusaktid¹¹.

1. novembril 1993. aastal jõustunud seadus taastas Eesti notari, kui vaba elukutse, ladina notariaadi põhimõtete järgi. Taas nõuti Eesti notarilt sõltumatust, erapooletust, isemajandamist ehk iseseisvust tehnilistes asjaajamistes ehk ja loomulikult ametisaladuse hoidmist.¹²

Vaatamata selle, et notarit on Eesti õigussüsteemis määratletud kui riigiteenistajat ja kui vaba elukutse esindajat on senimaani selgusetu, kes ta siis tegelikult on: kas ta esindab pigem riigiteenistajat või on ta vaba elukutse kandja ja talle peaksid kehtima vaba ettevõtluse reeglid? Sellisena on Eestis notariameti määratlemiseks mitu erinevat võimalust. Autor otsustas magistritöös analüüsida notariameti olemust Eesti Vabariigis, lähtudes Euroopa Liidus kehtestatud nõuetest, Euroopa Kohtu praktikast ja vaba ladina notariaadi olemusest. Kirjeldatud analüüsi põhistab see, et Euroopa Liidu liikmeriikidest enamuses kehtib notaritele ladina notariaadi reeglistik, mis teeb ametipidamise liikmesriikides võrreldavaks. Vaatamata sellele ei ole kõik riigid kehtestanud EL-i liikmeriikides sätestatud asutamisvabadust, mis

⁴ RT I 2000, 104, 684

⁵ Eesti Notariaadi X aastapäev. Tallinn: Notarite Koda 2003, lk 5

⁶ Samas

⁷ Sepp, lk 17

⁸ L. Vahre. Eesti notariaadi ajalugu. Tallinn: Juura 2008, lk 185

⁹ RT I 1996, 23, 456

¹⁰ RT I 1995, 75, 1322

¹¹ Sepp, lk 17

¹² Vahre, lk 188

ilmneb eelkõige kodakondsusnõude kehtestamisel notariameti pidajale, toetudes notari sarnasusele riigiteenistujaga ning notari vahetule riigiülesannete täitmisele.

Käesolevas magistritöös püstatab autor järgmise hüpoteesi: „Kas Eesti õiguskorras peaks notarit pidama pigem riigiametnikuks või ettevõtjaks lähtuvalt tema ametitegevuse eripärast?“ Autor lähtub oma uurimuses siseriiklikust ja Euroopa Liidu õigusest, Euroopa Kohtu otsustest ja antud hinnangust notari olemuse määramisel, lisaks ladina tüüpi notariaadile kehtestatud tingimustest. Euroopa Kohtu otsused sellise teema käsitlemisel on olulised, kuivõrd Euroopa Kohus on hinnanud ja põhjalikult otsustes määranud notari olemuse ja kuuluvuse kindlas liikmesriigis ning samuti kirjeldanud viisi, kuidas notari olemust mingis liikmesriigis kohaselt määratleda.

Uurimisprobleemi lahendamiseks püstatab autor töös järgmised uurimisülesanded:

1. Kas on võimalik määratleda notarit kui riigiametnikku või ettevõtjat?
2. Milliste iseloomulike tunnuste alusel on võimalik määratleda notari olemust Eesti õiguskorras?
3. Kas notari ametitegevus on seotud avaliku võimu teostamisega ELTL-i artikli 51 lg 1 tähenduses?
4. Kas on õigustatud notari kodakondsusnõude kaotamine Eesti õiguskorras?

Uurimistöö eesmärgiks on teha kindlaks notari olemus Eesti õiguskorras ja jõuda lisaks ametitegevuse analüüsi baasil järeldusele, kas on õigustatult kaotatud kodakondsusnõue Eesti notaritelt ehk kas Eesti notar teostab avalikku võimu Euroopa Liidu õiguse alusel ja kas oleks õigustatud kehtestada Eestis tegutsevatele notaritele riigi kodakondsuse nõue. Kodakondsusnõude kaotamine Eesti õiguskorras on aktuaalne, kuivõrd selle vastu on mitmed EL liikmesriigid Euroopa Kohtu hinnangul eksinud, sätestades notarile liikmesriigi kodakondsusnõude. Lisaks eelnevale toob autor töös välja Euroopa Kohtu otsuste põhjal selle, mis oleks olnud Eesti vastuargumendid, kui ka Eesti oleks aktiivselt osalenud notari olemusega seotud kohtuvaidlustes ja analüüsib Eesti seisukohtade vastavust Eestis kehtestatud määratlusele kohtuvaidluses, kuhu Eesti kostja toetajana sekkus. Sellisena kannavad töös tehtud järeldused endas praktilist väärtust riigisisese õiguse vastavusest ja suhetest Euroopa Liidu õigusega, sealhulgas selle koos- ja ebakõlast.

Töö on jagatud kolmeks omavahel seotud peatükiks. Esimeses peatükis toob autor välja notari õigusliku staatuse avaliku - ameti kandjana, võrreldes teda riigiteenistujaga ja avaliku teenistusega üldiselt. Selleks, et oleks võimalik edasi analüüsida notari tegelikku olemust, on oluline määratleda notari tegevuse seotus avaliku võimu teostamisega. Seda sellepärast, et kui notar teostaks avalikku võimu selle otseses tähenduses, oleks alusetu pidada teda vaba elukutse esindajaks ja mitte riigiteenistujaks. Samas saaks sellisel juhul kaaluda teatud EL-i õiguses avaliku võimu teostajale sätestatud hüvesid, põhimõtteid. Lisaks esitab autor selles peatükis notari, kui vaba elukutse esindaja, võrdluse füüsilisest isikust ettevõtjaga. Autor soovib teada saada, kas notarit saab pidada pigem teatud kindla tegevuse läbi ettevõtjaks, selles valguses, et talle on delegeeritud teatud riigiülesannete täitmine, mida ta teostab füüsilisest isikust ettevõtjana. Viimasena toob autor välja notari iseseisvuse alused ja tagamise Eesti õiguskultuuris. Nimetatud peatükis, toetudes riigisisese ja liidusisesele õiguskorraldusele, jõuab autor järeldusele, kas Eesti notarit võib pidada *sui generis* ametikandjaks ehk siis unikaalse ameti kandjaks temale kehtestatud nõuete osas või on teda õigem määratleda kui riigiametnikku või füüsilisest isikust ettevõtjat.

Teine uurimistöö peatükk keskendub notariks saamisele ja kandidaadi isiku eeldustele, samuti võrdlusele riigiteenistujaks saamisega ning lühidalt ka ettevõtjaks saamise nõuetega. Selles peatükis on teemade analüüs üles ehitatud eelkõige Euroopa Kohtu otsustele, mis käsitlevad liikmeriikide poolt Euroopa Liidus sätestatud õigusaktide rikkumist, kehtestades notariameti pidamisele teatud eeldused, mille kehtestamine on liikmesriikides keelatud. Nimetatud keeldu põhistab diskrimineeriv käitumine teistest liikmeriikidest tulnud ametikandjate suhtes ja seoses sellega ka asutamisevabaduse ja Euroopa Liidu alussätete rikkumisene.

Kolmandas peatükis analüüsib autor notari olemust tema ametitegevuse kontekstis. Seda selleks, et notari õigeks määratlemiseks ei piisa ainult tema õigusliku olemuse analüüsist. Sellisele järeldusele on jõudnud ka Euroopa Kohus, kes enda otsustes notariameti olemusele hinnangut andes analüüsis liikmesriigis notariametile kehtestatud reeglistiku ja ametitegevuse tegelikku seotust avaliku võimu teostamisega. Viimasena analüüsib autor selles peatükis Eesti Vabariigi poolt kohtuvaidlusesse sekkumise õiguspärasust kostja toetajana ja selle vajalikkust või mittevajalikkust, kuivõrd Eesti riigi vastu notari olemuse alastes küsimustes kohtusse ei mindud ja samas on Eesti vajalikud nõuded õiguskorda sisse võtnud ning tunnustanud EL-s kehtestatud asutamisevabadust.

Lõputöö eesmärgi saavutamiseks on kasutatud ajaloolist-, süsteemset-, analüütilist-, ja võrdlevat uurimismeetodit. Töö teoreetiline osa tugineb notariameti õigusliku määratluse leidmisele Eesti õiguskorras ja Euroopa Liidu õiguspraktikast lähtuvalt. Töö analüüsi osas keskendub autor notari ametitegevuse analüüsile, mille läbi on Euroopa Kohtu hinnangul võimalik jõuda järeldusele, kellena notar kindlas riigis on määratletav. Seega analüüsib töö autor notari ametitegevust Eestis selle avaliku võimu teostamise aspektist lähtudes ning teeb järeldused, kas notarit on võimalik määratleda avaliku võimu teostajana ELTL-i artikli 51 lg 1 kohaselt, mis annaks aluse kehtestada notariameti pidajale teatud eeldused, mis on omased ka riigiametnikule. Allikatena on töös kasutatud teoreetilises osas teemakohaseid Eesti seadusi ja seaduseelnõude seletuskirju, erialaasjatundjate arvamusi ning muud teemakohast teadusmaterjali, mis annab hea ülevaate notariameti määratlemiseks. Lisaks sellele on suur tähelepanu notari olemusele Euroopa Kohtu otsustes ning vähemal määral ka Eesti kohtute poolt antud otsustes. Lisaks eelnevale on autor töös kasutanud ka materjali kirjeldamaks EL-i õiguse ülimuslikkuse põhimõtet, mis on aluseks Euroopa Kohtu praktika olulisusele selle positsiooni suhtes liikmesriikide õiguskordade üle.

1. NOTARI ÕIGUSLIK SEISUND EESTI VABARIIGIS

1.1 Avalik – õigusliku ameti kandja

Eesti Vabariigi Põhiseadus¹³ sätestab õiguste ja vabaduste tagamise Eesti Vabariigis seadusandliku, täidesaatva ja kohtuvõimu kohustusena (§ 14). See seab Eestile kohustuse luua nimetatud funktsioonide täitmiseks vastavad ja vajalikud institutsioonid, mis võimaldaksid inimestel realiseerida neile õiguskorra poolt omistatud õigusi ja vabadusi¹⁴. Riigi ülesandeid täidavad riigiga teenistussuhtes olevad avalikud teenistujad, kes jagunevad vastavalt avaliku teenistuse seadusele riigiametnikeks ja kohaliku omavalistuse ametnikeks, olenevalt sellest, millise ametiasutusega nad teenistussuhtes on (ATS § 7 lg 1). Lisaks teenistussuhtele ametiasutusega on avalikule teenistujale omane ka palga saamine ametiasutuselt (ATS § 62 lg 1). Seega on avalikule teenistujale omane riigi ülesannete täitmine palga eest ning seda teostab ta olles riigiga teenistuslikus usaldussuhtes.

Õiguste ja vabaduste rikkumise korral on igal inimesel õigus pöörduda kohtusse (PS § 15). Õiguste ja vabaduste rikkumiseks on olemas loetlematu arv võimalusi. Tekkinud õigusvaidlusi lahendavad üldjuhul kohtud. Kaitsmaks isikute õiguslikke positsioone võimalikult ulatuslikult on üheks võimaluseks õigusvaidlusi juba ennetavalt lahendada. Järelikult on lisaks riiklikele institutsioonidele, üheks oluliseks õiguskorra stabiilsust tugevdavaks ametikandjaks loodud notar¹⁵. Notar tegutseb erapooletu isikuna, tänu millele ta täidab konflikte vältivat funktsiooni (ing k *avoidance of conflict*)¹⁶. Konfliktide vältimine algstaadiumis on aga õigusvaidlusi ennetav vahend, tänu millele väheneb läbi notari tegevuse kohtu koormus õigusvaidluste lahendamisel.

Esmakordselt anti notaritele riigi teatud avalik-õiguslike ülesannete täitmise õigus 1993. aastal vastu võetud notariaadiseadusega¹⁷. Esimesest notariaadiseaduse vastuvõtmisest kuni tänaseni on notarit nimetatud mitmeti ja võib järeldada, et sellele ametikandjale koha leidmisega on raskusi olnud juba algusaastatest. 1993. aastal vastu võetud NotS-e kohaselt peeti notarit isikuks, kes peab riigiametit vabakutselisena. Järgmine terminoloogiline

¹³ RT 1992, 26, 349

¹⁴ Eesti Notariaadi X aastapäev, lk 7

¹⁵ Samas

¹⁶ R. Wagner, R. The notarial function in avoiding disputes: Notarial advice and mediation as techniques. Arvutivõrgus: http://www.bnotk.de/_downloads/UINL_Kongress/Athen/WAGNER_ENGLISH.pdf, 10.01.2012

¹⁷ P. Press. Notari ametitoimingud ja vastutus. Magistritöö. Tallinn: TÜ Õigusteaduskond 2006, lk 9

muudatus toimus 1998. aasta redaktsioonis, kus notarit hakati nimetama riigiametit pidavaks sõltumatuks isikuks. Hetkel kehtiv NotS redaktsioon sätestab notarit kui avalik-õigusliku ameti kandjat, lisaks veel kui sõltumatut ametiisikut (§ 2 lg 1).

NotS sätestab, et notaritele on delegeeritud riigi ülesannete täitmine õigussuhete turvalisuse tagamiseks ja õigusvaidluste ennetamiseks (§ 2 lg 1). Eestis kehtiv notariaadisüsteem on omane enamuses Mandri-Euroopa riikides ja vastab ladina notariaadi süsteemile, mis tähendab, et notar täidab talle antud pädevuse piires riiklikke ülesandeid, olles seejuures majanduslikult iseseivaks isikuks¹⁸. Notariamet Eestis on riigiteenistusest eraldatud, mis on iseloomulik vaba ladina notariaadi tunnusjoon. Samas on notaril kohustus tegutseda põhiseaduse ning teiste õiguskorras kehtestatud seaduste alusel. Lisaks on riik see, kes on delegeerinud notarile teatud avaliku halduse ülesannete täitmise ning nimetanud ta avaliku võimu kandjaks ilma riigiga teenistussuhtes olevana. Notari eraldamine riigiparaadist täidab eesmärgi, et notar ei oleks ametitoimingute tegemisel seotud riigi täitevvõimu juhistega, vaid tegutseks talle usaldatud ülesannetes üksnes seadusele tuginedes erapooletult ja riigist ning muust mõjutada võivast sõltumatult¹⁹. Mõistmaks, kas notarit saab pidada riigiteenistujaks on oluline välja selgitada, kas notari ametitegevus on seotud avaliku võimu teostamisega. Kusjuures Euroopa Kohtu hinnangul tähendab avalik võim eelkõige sunnimeetmete kohaldamise õiguse teostamist²⁰.

Haldusmenetluse seaduse²¹ kohaselt on haldusorgan Eesti õiguskorras seadusega, selle alusel antud määrusega või halduslepinguga avaliku halduse ülesandeid täitma volitatud isik, kogu või asutus (§ 8 lg 1). Seega haldusorgani sellise määratluse põhjal on võimalik teha järeldus, et haldusorgani pädevus määratakse kindlaks õigusaktides: nt seaduses, määruses või halduslepingus ja teda iseloomustavaks põhitunnuseks on avaliku halduse ülesannete täitmine²². Kusjuures haldusorganit defineerides ei ole oluline lähtuda mitte organisatsioonilisest, vaid funktsionaalsest aspektist: peale riigi või kohalike omavalitsuse struktuuris olevate isikute võib haldusorganiks olla ka mõni muu eraõiguslik isik eeldusel, et ta täidab avaliku halduse ülesandeid²³. Lähtudes eelnevast on Eesti Vabariigis tegutsev notar haldusorgan tema funktsionaalses tähenduses: ta täidab avaliku halduse ülesandeid ja tema pädevus on kindlaks määratud erinevates seadustes.

¹⁸ Press, lk 10

¹⁹ Eesti Notariaadi X aastapäev, lk 7

²⁰ EKo 29.10.1998, C-114/97, komisjon vs. Hispaania

²¹ RT I 2001, 58, 354

²² N. Parrest, A. Aedmaa. Ülevaatlük õppematerjal haldusõigusest. Tallinn: Riigikantselei 2005, lk 15

²³ Parrest, lk 15

Avalikke ülesandeid ehk avaliku halduse ülesandeid võib Eesti õigusruumis määratleda, kui seadusega või seaduse alusel haldusorganitele pandud ülesandeid²⁴. Sellised ülesanded võib tinglikult jagada kaheks: avaliku võimu teostamisega seonduvad ülesanded ja avalike teenuste osutamine elanikkonnale²⁵. Avaliku võimu teostamist selle klassikalises tähenduses ei saa edasi delegeerida, kuivõrd see oleks vastuolus demokraatia põhimõtetega, muutes küsitavaks kodanike põhiõiguste kaitse²⁶. Võimalik on üksnes osaline haldusvõimu sisaldavate ülesannete üleandmine, kus eraõiguslikud isikud täidavad sisuliselt abistavat funktsiooni, kuigi esinevad selles õigussuhtes enda nimel²⁷. Sellisena on erialakirjanduses määratletud, et notarile, kui sellisele on delegeeritud avalik-õiguslikud ülesanded, mis täidavad sisuliselt abistavat funktsiooni, mitte ei teosta aga otseselt avalikku võimu. Seega ei saa öelda, et notarid teostavad riigivõimu, vaid notarid on riigivõimu teostamisel abistavaks organiks.

Mõistmaks notarite tegevust avaliku teenistuse kontekstis, tuleb teha selgeks mõiste „avalik ülesanne“ sisu. PS-s sellist mõistet nagu „avalik ülesanne“ ei kasuta, küll aga leidub seda eriseadustes ja neid ülesandeid võib olemuslikult käsitleda kui avalike huvide poolt determineeritud, objektiivselt eksisteerivaid ülesandeid, mis on seadusandja poolt seaduses sätestatud kui riigiülesanded. Sellised ülesanded võivad olla antud täitmiseks ühiskonna erinevatele institutsioonidele või siis nende poolt vabatahtlikult täitmiseks võetud – olemuslikult on sellised ülesanded avalikud ka siis, kui riik neist loobub ja delegeerib eraõiguslikele isikutele. Saksa õigusteadlane U. Di Fabio on määratlenud avalikke ülesandeid, kui ülesandeid, mis on selgesõnaliselt selliselt seaduses määratletud või seadusest tõlgendamise teel tuletatavad²⁸. Samas Austria õpetlane J. Hengstschläger ei räägi selles kontekstis avalikest ülesannetest, vaid üksnes haldusülesannetest ja tema seisukoht on antud probleemi uurimisel, et haldusülesanded on kõik haldusorganile vahetult seaduse poolt antud või teda on seaduse alusel vastava õigusnormi mõttest ja eesmärgist tulenevalt nende täitmise eest vastutavaks tehtud²⁹. PS § 3 lg 1 sätestab seadusel baseeruva range legaalsuse nõude ja sellega seotud legislatuuri reservatsiooni põhimõtte, mille kohaselt riigivõimu teostatakse üksnes PS-e ja sellega kooskõlas olevate seaduste alusel ja seega tuleb avalike ülesannete üleandmisel järgida seda PS-s sätestatud nõuet³⁰. Võttes aluseks Eestis kehtestatud õiguskorra

²⁴ R. Altnurme. Avalike teenuste lepinguline delegeerimine kolmandale sektorile. Tallinn: Tänapäev 2002, lk 22

²⁵ Samas, lk 23

²⁶ Samas, lk 23

²⁷ K. Merusk. Avalike ülesannete eraõiguslikele isikutele üleandmise piirid, lk 500

²⁸ Vt ka U. Di Fabio. Privatisierung und Staatsvorbehalt. Juristen Zeitung, 1999, 12

²⁹ Vt ka Hengstschläger. Privatisierung von Verwaltungsaufgaben. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Berlin, New York 1995

³⁰ Vt ka K Merusk, R. Narits. Eesti konstitutsiooniõigusest. Tallinn: Juura 1998, lk 15

põhimõtteid võib avalikke ülesandeid määratleda, kui vahetult seadusest tuletatud või interpreteerimise teel tuletatud ja haldusorganile pandud ülesandeid.³¹

Kalle Meruski hinnangul peab riik üldjuhul teostama võimuhaldust ise ja täies ulatuses selliste ülesannete üleandmine eraõiguslikele isikutele on lubamatu³². Tekib küsimus: millise piirini võib riik võimuhaldus üle anda, kui üldse? PS § 3 lg 1 tõlgendamise teel võib riigivõimu, sh haldusvõimu teostada üksnes põhiseaduse ja sellega kooskõlas olevate seaduste alusel, kuid samas eeldab see seadusesäte mitte ainult õiguslikku alust, vaid ka riiklikku organisatsioonilist vormi, milline lisaks esineb riigi nimel³³. Samas on K. Meruski hinnangul teatud võimupädevusega ülesannete üleandmine võimalik ilma PS-st tulenevaid põhimõtteid rikkumata ja seda selliselt, et ülesanded antakse eraõiguslikele isikutele üle osaliselt ning seega täidavad nad eelkõige abistavat funktsiooni, kuigi esinevad õigussuhtes enda nimel³⁴. Euroopa Kohtu hinnangul ei kuulu avaliku võimu teostamise alla tegevused, mis on avaliku võimu teostamise suhtes abistavad või ettevalmistavad või teatavad tegevused, mille juurde kuulub küll regulaarne ja süsteemisisene suhtlemine riigiasutuste ja kohtuga või kohustuslik osalemine nende tegevuses, kuid mis ei mõjuta nende kaalutus- ega otsustusõigust või tegevused, mis ei hõlma otsustusõiguse, sunniõiguse või sunnimeetmete kohaldamise õiguse teostamist³⁵. Selleks, et leida, kas notari tegevus kuulub avaliku võimu teostamise alla, tuleb analüüsida notari tegevust eelpool nimetatud aspektidest lähtudes. Notariameti tegevust analüüsib autor töö kolmandas peatükis.

Nagu eelnevast tuleneb on avaliku teenistuse üheks iseloomulikuks tunnuseks riigivõimu teostamine. Mõiste „avaliku võimu teostamine“ on laia kõnepinda leidnud ka Euroopa Kohtus, kus arutleti selle üle, kas notarit saab nimetada avalikuks teenistujaks ja kooskõlas EL-i õigusega kehtestada talle riigi kodakondsusnõuet. Notari olemuse määratlemise olulisus on seotud notarile kohaldatava EL-i õiguse mõistes, kuivõrd EL on sätestanud erinevad nõuded liikmeriigis tegutsevatele riigiteenistujatele ja ettevõtjatele. Kuivõrd notari olemus on selles mõttes ebaselge, et tema kohta ei saa üldjuhul öelda riigiteenistuja ega ettevõtja ja samas ei ole talle kehtestatud ka erireeglistikku, siis tekitab segadust, millist ja kellele mõeldud õigust talle kohaldada. Selleks, et notarit nimetada avaliku võimu teostajaks ja seeläbi riigiteenistujaks peab analüüsima notari ametitegevusega seotud aspekte. Üks selline

³¹ Merusk. Avalike ülesannete eraõiguslikele isikutele üleandmise piirid, lk 501

³² Samas, lk 502

³³ Samas, lk 502

³⁴ Samas, lk 503

³⁵ EKo 24.05.2011, C-53/08, *komisjon vs. Austria*

võimalus on analüüsida nõudeid ametitegevuse alustamiseks ning teisalt ka ametitegevusega seotud nõudeid. Kui analüüsi tulemusena selgub, et notari ametitegevusele on omane sunnimeetmete kohaldamise õiguse teostamine, saab notarit Euroopa Kohtu praktika valguses nimetada avalikuks teenistujaks³⁶. Siinkohal olekski oluline teha kindlaks, mida tähendab sunnimeetmete kohaldamise õigus Eesti õiguskorras.

Riiklik sund on üks riikliku tegevuse meetodeid, mis tekib õiguslikult määratud riigi tahte ehk avaliku huvi ja selle adressaadi tahte konflikti korral. Riiklik sund sellisena on õiguskorra tagamise oluline vahend ja õigusriigis on selliseks sunniks ainult õiguslik sund. Riiklikku sundi kohaldatakse õigusaktides määratud alustel ja korras ning õiguslikult peavad olema sätestatud ka sunnivahendid. Sunni sisu on isiku õigusliku staatuse muutmine, talle täiendava kohustuse panemine või õiguste ja vabaduste piiramine. Selline piiramine peab toimuma kooskõlas põhiseadusega (PS § 11). Põhiseaduse mõttest tulenevalt saab selliseid piiranguid kehtestada seadusega. Haldussund on üks riikliku sunni liikidest, mis leiab kõige enam kasutamist. Selle tunnusteks on: kohaldamine eelkõige avaliku halduse sfääris kujunevate suhete kaitseks; kohaldavad seadusega või seaduse alusel määratud haldusorganid ja haldussundi kohaldav ametiisik esineb võimuesindaja staatuses. Haldussunni kohaldamise eesmärkideks võib olla õigusvastase käitumise lõpetamine ja selle kahjulike tagajärgede ärahoidmine, õiguserikkuja vastutusele võtmine ja õiguserikkumise asja menetluse tagamine ning õiguserikkuja karistamine. Haldussund võib omada ka üldpreventatiivset tähendust õiguserikkumiste ärahoidmisel. Haldussundi kohaldatakse vastavalt kehtestatud menetlusnormidele ja see põhineb spetsiifiliste õiguslikult kehtestatud vahendite kohaldamisel.³⁷

Sunnivahendit on võimalik kohaldada avalik-õiguslikust õigussuhtest tuleneva nõude täitmiseks³⁸. Sunnivahend on mittekarakteristlikku laadi (asendustäitmise ja sunniraha seadus³⁹ § 3 lg 2) ja seda käsitletakse mõjutusvahendina, mis peaks sundima isikut teatavat tegu toime panema või siis teatavate tegude toimepanemisest hoiduma⁴⁰. Siinkohal oleks oluline vahet teha sellel, kas notari tegevust saab mingist aspektist käsitleda kui sunnivahendi või sunnimeetme kohaldamist? Nimetatud küsimust analüüsib autor uurimistöös kolmandas peatükis.

³⁶ EKo 24.05.2011, C-47/08, *komisjon vs. Belgia*, EKo 29.10.1998, C-114/97, *komisjon vs. Hispaania*

³⁷ K. Merusk, I. Koolmeister. Haldusõigus. Õpik Tartu Ülikooli õigusteaduskonna üliõpilastele. Tallinn: Juura 1995, lk 165

³⁸ Parrest, lk 15

³⁹ RT I, 23.02.2011, 5

⁴⁰ Parrest, lk 16

Lisaks notari ametitegevusega seotud sunnimeetmete rakendamise õigusele, mis võiks olla kindel riigiteenistujale viitav tunnusjoon, võib notari olemuse juures leida ka teisi sarnaseid jooni riigiteenistujaga. Nimelt leidis Euroopa Kohtu vaidluses kohtuasjas C-52/08, *komisjon vs. Portugal*, kostja Portugali Vabariik, et lisaks ametitegevuse eritunnustele, nt sunnimeetmete rakendamise õigusele, on notari riigiteenistujaks nimetamiseks ka teised alused. Notarite ametiisiku staatus, tema suhtes kohalduv *numerus clausus* kord, ametivande andmine ja seaduses ette nähtud takistused on samuti tunnistuseks sellest, et notarid on seotud avaliku võimu teostamisega⁴¹. Nimetatud aspektide suhtes on Eesti notariaadi korraldus, mitmeti sarnane Portugali vastava korraldusega. Kõige üldisem sarnasus seisneb kasvõi selles, et mõlemas riigis kehtib Ladina notariaat ja mõlemad riigid on Rahvusvahelise Ladina Notariaatide Liidu liikmed, mis tähendab seda, et ka rahvusvahelisest on tunnustatud riigis toimivat ladina notariaati. Samuti kehtivad sarnased eeldused notariks saamisel: õigusteaduse kraadi omamine, konkursi läbimine, praktika läbimine, teise konkursi läbimine ja viimaseks ametivande andmine justiitsministrile⁴². Lisaks see, et Portugalis nagu ka Eestis tegutseb notar vaba elukutse esindajana. Portugalis nimetatakse notarit lisaks vaba elukutse kandjale ka ametiisikuks⁴³, võrdlusena Eestiga saab siinkohal tuua Eestis kasutatava avalik-õigusliku ameti kandja termini, mida siiski NotS kohaselt ei võrdsustata riigiametnikuga. Kui lähtuda eelnevast ja teha notari staatus riigisiseses õiguses sõltuvaks eelpool kirjeldatud aspektidest, võiks ka Eesti sätestada notarile riigiteenistuja staatuse, kuivõrd siin kehtib samuti *numerus clausus* põhimõte, ametivande andmise kohustus ja ka teatud ametiisiku staatus.

Nagu varasemalt öeldud on üks avalikule teenistujale omane tunnus notari ameti pidamisel ametivande andmise kohustus. Nimelt peab Eesti Vabariigi notar enne ametisse asumist andma justiitsministri ees ametivande, mis on sõnastatud järgmiselt: „Töotan oma au ja teadmiste juures olla truu Eesti Vabariigile, järgida tema põhiseadust ja alluda ainult seadusele. Notarina töotan pidada oma ametit ausalt, väärilt ja erapooletult.“ Notari ametivandest tulenevad ka notariametile iseloomulikud jooned: ausus, väärilt ja erapooletus, mis on samaselt sätestatud notariametis kohustusena ka notariaadiseaduses. Ametivande peab andma ka ametnik riigi või kohaliku omavalitsuse üksusega teenistussuhtesse astumisel. Ametniku ametivanne antakse kirjalikult ametnikku ametisse nimetanud isikule (ATS § 27 lg 1), allkirjastades vastavasisulise vandeteksti: „Mina, (ametniku nimi), töotan olla ustav Eesti

⁴¹ EKo 24.05.2011, C-52/08, *komisjon vs. Portugal*

⁴² Samas

⁴³ Samas

Vabariigile ja tema põhiseaduslikule korrale ning pidada mulle usaldatud ametit ausalt.” (ATS § 27 lg 1).

1.2 Vaba elukutse esindaja

Kui 1993. aastal võeti vastu Eesti Vabariigi esimene notariaadiseadus, sätestati notarit, kui vabakutselisena riigiametit pidavat isikut. Aastal 2000 esitatud NotS uus redaktsioon muutis notariameti terminoloogiat niipalju, et notariameti definitsioonis hakati kasutama vaba elukutse mõistet, mida põhjendati sellega, et juba alates keskajast on notariametit peetud vabade elukutsete hulka kuuluvaks (lad k *professiones liberales*, ingl k *liberal professions*, sks k *freie Berufe*)⁴⁴. Vaatamata määratluse muutumisele on tunnetuslikult tegemist ainult erineva õigusterminoloogiaga, mitte aga notari üldise ametitegevuse muutumisega.

Aastal 2002 kehtestatud NotS-e seletuskiri kirjeldab kasutusele võetud terminoloogiat ja sätestab notarit kui vaba elukutse esindajat, kes peab vastama kõrgendatud kvalifikatsiooninõuetele ja kellele on usaldatud vastutusrikka ameti pidamine enda nimel ja vastutusel. Kuigi vaba elukutse mõistet kasutatakse tihtilugu mitmete Mandri-Euroopa õiguskultuuri kuuluvate riikide õiguskirjanduses, pole see üldiselt kasutusel nende maade õigusaktides. Põhjus võib peituda eelkõige selles, et vaba elukutse mõiste näol on tegemist pigem sotsioloogilise kui õigusterminiga, millele aga ei omistata normatiivset sisu. Samuti jääb selgusetuks, milliseid elukutseid ja tunnuseid nimetatud termin endas hõlmab. Üks tunnustatumaid Saksa notariaalõiguse asjatundjaid Helmut Schippel, on väitnud, et kui notarit nimetatakse vaba elukutse esindajaks, siis selle all on silmas peetud lihtsalt seda, et notar ei ole avalik teenistuja ning tema tegevust saab vabade elukutsetega võrrelda vaid niipalju, kui võrd notari poolt teenitav tulu kuulub pärast üldist maksustamist ja kulude mahaarvamist notarile endale. Sellisena leiab Schippel, et kuivõrd notariameti määratlemine vaba elukutsena on äärmiselt ebaselge, siis ei tasuks notarit üldse sellena käsitleda.⁴⁵

Euroopa Liidu õiguse kohalt rakendatakse notaritele asutamisevabaduse sätete tulenevalt ettevõtjatele ja töötajatele sätestatud, kuivõrd Euroopa Kohus on oma 24.05.2011 lahendites

⁴⁴ Notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri. Arvutivõrgus: http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain&page=pub_file&file_id=891c385f-6554-208b-94b7-15e81451c1be&, 28.01.2012

⁴⁵ Eesti Notariaadi X aastapäev, lk 10

C-54/08, komisjon vs. Saksamaa; C-50/08, komisjon vs. Prantsusmaa; C-47/08, komisjon vs. Belgia jt, öelnud, et kuivõrd notari ametitegevus nendes liikmesriikides ei ole seotud avaliku võimu teostamisega, ei kehti notariameti pidajatele avalikele teenistujatele asutamisvabaduse sätetes kohaldatavad erandid.

Eesti õiguskord sätestab notariametit, kui ametit, mida selle kandja peab enda nimel ja vaba elukutsena (NotS § 2 lg 3). Notar vastutab enda ametipidamise eest isikuliselt (NotS § 2 lg 3). Notari tegutsemine enese nimel ja vaba elukutsena viitab paljuski ettevõtja tunnustele. Notar tegutseb füüsilise isikuna nagu ka ettevõtjast füüsiline isik. Ettevõtjana määratletud füüsilisel isikul peab äriseadustiku kohaselt olema teatud tegevus (nt kaupade ja teenuste pakkumine) püsivaks tegevuseks, et isik kvalifitseeruks ettevõtja alla (§ 1). Lisaks püsivale tegevusele peab ettevõtja olema kantud äriregistrisse, mida peavad maakohtute registriosakonnad oma tööpiirkonnas asuvate ettevõtjate kohta (ÄS § 22 lg 1).

Notareid ühendab alates notariaadiseaduse vastuvõtmisest avalik-õiguslik kutseühendus – Notarite Koda, mille ülesandeks on notarite kutsehuvide esindamine ja kaitsmine, notariaaltoimingute tegemise praktika ühtlustamine, notarite ametialase tegevuse koordineerimine, notarite täiendõppe reguleerimine ja notarikandidaatide väljaõppe läbiviimine⁴⁶. Notarite Koda on ladina notariaadile omane tunnus, kuivõrd selline kutseühendus, on asutatud igal maal, kus notariaat on läinud ladina notariaadi sätestamise teed⁴⁷. Notarite puhul peab nende üle arvestust Notarite Koda, ettevõtjatel on selliseks asutuseks äriregister.

Äriregistrit peavad maa- ja linnakohtute registriosakonnad ja selle eesmärgiks on avalikustada äriettevõtete ärisuhtlemises olulised õigussuhted. Seega peab äriregister andma igale huvitatud isikule usaldusväärset informatsiooni ettevõtja ärinime kohta, tooma välja selle, kes vastutab ettevõtte võetud kohustuste eest ja kes võib seda esindada. Niisiis saab lühidalt öelda, et äriregister täidab ärisuhtlemise lihtsustamise, tagamise ja kaitse eesmärki. Äriregistri eesmärgist tuleneb ka piiramatu avalikkuse põhimõte, mis tähendab seda, et kui teised avalikud registrid on üldjuhul avatud vaid neile, kellel esineb tõendatav õigustatud huvi, on

⁴⁶ Sepp, lk 17

⁴⁷ P. Malavet. Counsel for the Situation: The Latin Notary, A Historical and Comparative Model. Florida, 1996. Arvutivõrgust: http://works.bepress.com/pedro_malavet/2/, 15.01.2012

äriregister piiramatult avalik ja samas sunnib ta oma sisu puudutatud isikutele formaalselt peale.⁴⁸

Ettevõtja tegutseb enda äriregistrisse kantud nime all (ÄS § 7). FIE ärinimi peab sisaldama füüsilise isiku ees- ja perekonnanime. Notar vaba elukutse esindajana töötab samuti enda nime all. Lisaks notari enese nimele koosneb tema ametinimi veel ka tööpiirkonnast ja sõnast „notar“, mis liidetakse tema nime algusesse.

1.3 Notariameti iseseisvus ja selle tagamine

1.3.1 Iseseisvuse alus

Notariametit määratletakse seaduses, kohtupraktikas kui ka erialases kirjanduses mitmeti: teda nimetatakse sõltumatuks eraisikuks, sõltumatuks isikuks või ka lihtsalt ameti kandjaks, mida ei muuda ka asjaolu, et notariameti kandja on füüsiline isik, kellele tegelikult riik on delegeerinud teatud avalik-õiguslike ülesannete teostamise õiguse ja kohustuse⁴⁹. Notariameti pidamisele on iseloomulik selle iseseisvus. Vaatamata sellele, et notari nimetab ametisse, teostab järelevalvet ja vabastab või tagandab ametist justiitsminister, on notar ametoimingute tegemisel siiski riigist sõltumatu⁵⁰. Selline sõltumatuse kohustus on notariameti puhul kõige enam iseseisvusele viitav tunnusjoon.

Lisaks sõltumatusele viitab notari iseseisvusele ka see, et notariametit peetakse enda nimel ja vastutusel. Kui 2000. aastal hakati muutma seni kehtinud NotS-st, tehti mitmed muudatused, kuivõrd seni kehtinud notariaadiseaduses ei olnud sätestatud notarite kohustust teha ametitoiminguid iseseisvalt. Enne nimetatud redaktsiooni jõustumist tuli tihtilugu ette olukordi, kus notarid delegeerisid ametitoimingutest tulenevaid ülesandeid edasi enda büroo töötajatele. Selline areng oli aga ohtlik, kuivõrd riik oli küll põhjalikult kontrollinud notariks pürgija sobivust läbi kandidaaditeenistus ja notarieksami sooritamise, kuid samad nõuded ei kehtinud notaribüroo teistele töötajatele. Selliste ametitoimingute tegemise üleandmisega palgalistele töötajatele kaoks ära traditsiooniline oma nimel ja vastutusel tegutseva vaba

⁴⁸ E. Gustavus. Äriühinguõigus. Tallinn: Pakett 2001, lk 25

⁴⁹ Press, lk 11

⁵⁰ Press, lk 11

elukutse olemus ning notar muutuks tavaliseks ettevõtjaks, kes delegerib enda ülesandeid enda alluvatele palgalistele töötajatele.⁵¹

Uue redaktsiooni vastuvõtmisega asi lahenes ja tänu nõudele, et notarid pidid tegema oma ametitoiminguid iseseisvalt, hakkas juurde tekkima ka notarikandidaate, kuivõrd tollane õiguskäive vajab uusi notareid.

Vaatamata sellele, et notar ei tee ametitoiminguid enda initsiatiivil, on ta ametitoimingu tegemisel siiski iseseisev. See tähendab seda, et kuigi ta on kohustatud ametitoiminguid sooritama, teostab ta neid sõltumata teistest ametiasutustest ja lähtub ainult kehtivatest seadustest. Seadusekuulekus on omadus, mis on oluline kõigile, aga eelkõige notaritele⁵².

Riigi poolt delegeritud ülesandeid täites peab notar tagama enda ametitegevuse seaduslikkuse ning ametitegevuse käigus tekitatud süülise kahju eest vastutab ta isikuliselt⁵³. Lisaks seaduse järgimisele on notariameti pidamise tunnuseks ka institutsiooniliste ametikohustuste järgimine. Notari institutsioonilised ametikohustused on saladuse hoidmise ja erapooletuse kohustus, nõustamis-, hoiatamis- ja kontrollikohustused, samuti usaldusvääruse kohustus.

⁵¹ Notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri

⁵² K. Burns. Notaries, Truth, and Consequences. – American historical Review 2005, lk 352

⁵³ Press, lk 13

1.3.2 Saladuse hoidmise kohustus

Notar on kohustatud saladuses hoidma talle ametitegevuse käigus teatavaks saanud andmed (NotS § 3 lg 1). Andmeid võib avaldada ainult seaduses sätestatud juhtudel (NotS § 3 lg 1) ja korras. Saladuse hoidmise kohustus tuleneb lisaks ametivandest, mille notar annab enne ametisse asumist. Notari saladuse hoidmise kohustus peab tagama notari usaldatavuse säilivuse tema ametitegevuse käigus. Usaldatavuse olemasolu kliendi ja notari vahel on oluline, et säiliks avalikkuse usaldatavus notarite suhtes nende ametitegevuse käigus teada saanud andmetele ja seega tagab sellise usaldatavuse olemasolu läbi saladuse hoidmise kohustuse ka õigusriigi printsiipidest kinnipidamise.

Notari saladuse hoidmise kohustus ei laiene aga kogu ametitegevusele. Nimelt on *apostille*⁵⁴ väljaandmisega seotud kohustuste täitmisel notar saladuse hoidmise kohustusest vabastatud (NotS § 3 lg 2³). Samuti võib notari saladuse hoidmise kohustusest vabastada isik, kelle nimel notar ametitoimingu tegi ning selle isiku õigusjärglane või esindaja (NotS § 3 lg 4).

Lisaks notarile on saladuse hoidmise kohustust laiendatud ka teistele notaribüroo töötajatele, ametist lahkunud notarile, tõlgile ja isikutele, kellel on juurdepääs notari ametitegevuse käigus teada saadud andmetele (NotS § 3 lg 1).

Notari saladuse hoidmise kohustuse rikkumiseks ei peeta andmete avaldamist NotS-s sätestatud alusel riiklikku järelevalvet teostavale organile või notari distsiplinaarsüüteo tuvastamise komisjonile (NotS § 3 lg 2²). Samuti on notaril õigus avaldada andmeid testamendi sisu kohta peale testaatori⁵⁵ surma (NotS § 3 lg 2), seda muidugi juhul, kui testaator on teinud testamendi selle notari juures või on esitanud testamendi sellele notarile tõestamiseks (pärimisseadus⁵⁶ § 21 lg 1). Nii nagu notaril ei ole lubatud avaldada temale ametitegevuse käigus teatavaks saanud andmeid (va mis seaduses sätestatud), nii ei tohi ka ametnik avaldada talle töö käigus teatavaks saanud riigi- ja ärisaladust, teiste inimeste perekonna- ja eraelu puudutavaid andmeid ning muud konfidentsiaalset informatsiooni (ATS § 55). Nõue kehtib nii teenistussuhte ajal kui ka peale teenistussuhte lõppemist (ATS § 55).

⁵⁴ *Apostille* - tunnistus, millega kinnitatakse dokumendile alla kirjutatud isiku pädevus. *Apostille* kinnitatakse püsivalt dokumendi külge

⁵⁵ Testaator ehk pärandaja, kes teeb ühepoolse tehingu ehk testamendi (PärS § 19 lg 1)

⁵⁶ RT I 2008, 7, 52

1.3.3 Sõltumatuse kohustus

Ladina notariaadi üheks alustalaks loetakse notari sõltumatust ameti pidamisel. Notar on toimingute tegemisel sõltumatu, mis tähendab, et keegi ei saa notarile teha konkreetse ametitoimingute tegemisel ettekirjutusi⁵⁷. Notar ei või enda ametitegevuses alluda avaliku arvamuse, riigi- ja kohaliku võimu ega ametiisikute survele, samuti asjaosaliste otsesele või kaudsele mõjutamisele⁵⁸.

Notar on kohustatud olema enda ametitoimingute sooritamisel sõltumatu (NotS § 2 lg 1). Notari sõltumatus tuleneb õigusriikluse põhimõttest, mille kohaselt on notari ameti sõltumatuse eesmärgiks tagada õigusriigile vastav õigusemõistmine⁵⁹. Ka NotS sätestab endas notari ameti eesmärgina õigusvaidluste ennetamise ja õigussuhete turvalisuse tagamise ülesande (§ 2). Sellisena on notari roll õigusriigile vastaval õigusemõistmisel pigem ennetav ehk õigusvaidlusi ärahoidev, mistõttu ongi vajalik notari sõltumatus nii täitevvõimust kui ametitoimingute sooritamise osalistest (viide?). Seega ainuke, millest notar sõltub on Eesti Vabariigi Põhiseadus ja teised kehtestatud seadused ning sellisena on notari kohustus sätestatud ka ametivandes (NotS § 9 lg 1). Enda ametipidamisel juhendub notar lisaks seadustele ka Notarite Koja organite otsustest, headest tavadest ja südametunnistusest⁶⁰.

Sõltumatuse põhimõtte eesmärgiks ei ole luua notarile absoluutne sõltumatus, vaid see on oluline tagamaks notari ametitegevusega riigi poolt delegeeritud ülesannete täitmine. Notari sõltumatuse kohustuse sätestab ka Eesti notarite eetikakoodeks, mille § 2 kohaselt on notar oma ametitoimingute tegemisel sõltumatu, erapooletu ja õiglane.

Notari sõltumatuse puhul on eristatavad kolm erinevat suunda: organisatsiooniline, isiklik ja materiaalne sõltumatus. Materiaalne sõltumatus tähendab notari sõltumatust tõestamistoimingute tegemisel ja samuti notariaalsete dokumentide sisu osas. Sellest tulenevalt kuulub õiguse tõlgendamine ja rakendamine notari materiaalse sõltumatuse sfääri ja kellelgi peale kohtu ei ole õigus anda notarile juhiseid, kuidas õigust rakendada või tõlgendada. Isegi juhul, kui kohtumenetluse käigus leitakse, et notari seisukoht osutus ebaõigeks, pole täitevvõimu sekkumine lubatav niikaua, kui notari arvamus kujunes välja ametitegevuse kohusetundlikul sooritamisel ja mõistlikul kaalutlusel. Organisatsioonilise

⁵⁷ Eesti Notariaadi X aastapäev, lk 18

⁵⁸ Eesti notarite eetikakoodeks. Arvutivõrgus: www.notar.ee/5948, 22.01.2012

⁵⁹ Press, lk 29

⁶⁰ Eesti notarite eetikakoodeks

sõltumatuse aspekt kerkib üles, kuivõrd notar tegutseb enda nimel ja vastutusel. Notar teostab oma ametitoiminguid ja täidab ametiteenuseid iseseisvalt, sealjuures kuulumata mitte ühegi riigiasutuse või kohaliku ametiasutuse koosseisu.⁶¹

1.3.4 Erapooletuse kohustus

Erapooletuse kohustus täidab notariameti pidamise juures poolte huve võrdse kaitsemise eesmärki, mille tulemusena saavutatakse tasakaalus olev tehing, kus mõlemad pooled on võrdselt koheldud (viide?). Notar peab jääma erapooletuks ja usaldatavaks kõigi isikute suhtes, kelle huve ja õigusi tehtav ametitoiming puudutab⁶². Ladina notariaadile omase tunnuseks on notar erapooletuks ja sõltumatuks nõuandjaks mõlemale lepingupooltele. See tähendab, et ta mitte ei esinda „klienti“, vaid kaitseb kõiki „huvitatud pooli“ (ingl. k. *interested parties*), kuivõrd tema eesmärgiks on tagada tehingu õiguskindlus ja kõigi osapoolte võrdsed huvid⁶³.

Notariameti pidamisel on oluline vahetegu erapooletu (ing k *impartial*) ja erapooliku (ing k *partial*) nõuandja osas. Notaritegevus erapooletu nõuandjana tähendab, et notar ei anna vaid ühele tehingu poolele nõu, vaid ta on „erapooletu isik, kes on volitatud osapoolte poolt“, mis omakorda tähendab seda, et kui näiteks advokaat kaitseb enda kliendi huve ja nõustab ainult enda klienti, mis teeb ta erapoolikuks nõuandjaks, siis notar tegutseb kõikide osapoolte hüvanguks ja heaolu tagamiseks⁶⁴. Selline notari erapooletuse nõue on märgitud ka NotS-s (§ 2 lg 4).

Erapooletuse kohustuse on ära märkinud ka Riigikohtu halduskolleegium, kes leidis, et notar peab oma eesmärgi saavutamiseks olema erapooletu nii kliendist kui ka riigist⁶⁵. Sellisena tuleneb erapooletuse nõue eelkõige notari ametitoimingulistest suhetest selles kindlas suhtes osalejatega⁶⁶. Erapooletuse kohustus hõlmab kogu notarite ametitoimingute ringi, alustades sellest, et notaril ei ole õigus endale ise kliente valida ja lõpetades ametitoimingu sooritamise kohustuslikkusega. Mõnevõrra erineb notari ametiteenuse osutamise õigus: kuivõrd

⁶¹ Press, lk 30

⁶² Eesti notarite eetikakoodeks

⁶³ Malavet

⁶⁴ K. – R. Wagner. The notarial function in avoiding disputes: Notarial advice and mediation as techniques. Arvutivõrgus: www.bnotk.de/_downloads/UINL_Kongress/Athen/WAGNER_ENGLISH.pdf, 10.01.2012

⁶⁵ RKHKo 3-3-1-35-00

⁶⁶ Press, lk 32

ametiteenuse osutamisel võib notar valida, kellele ja mis tingimustel ta nimetatud teenust osutab. Nagu eelpool mainitud on ametiteenuse osutamine notari poolt vabatahtlik välja arvatud juhul, kui ta on juba nõustunud teenust osutama ja soovib selle teenuse osutamisest hiljem loobuda.

Kui advokaadid on pigem kliendikeskse eetika järgijad, siis notarite puhul on oluline tehingu õigsus ja pooltevaheline võrdne suhtlus, mis omakorda tähendab, et advokaadid õigusprofessiooni esindajatena on erapoolikud, sellal, kui notar jääb enda töös erapooletuks. Ladina tüüpi notariaadi esindajat on nimetatud pigem „kaitsjaks olenevalt olukorrast“ (ing k *counsel for the situation*)⁶⁷. Siit ka järeldus, et notar õigusprofessiooni esindajana peab tagama ja tagabki kaitse mõlemale osapooltele võrdselt, sest tema kohustus erapooletuna on kaitsta selle huve, kes võib selles tehingulises situatsioonis olla nõrgem ja rohkem, või siis eelkõige, kaitset vajada. Notar on kohustatud järgima tehingu õiguspärasust poolte tahte väljaselgitamisega: oluline on kindlustada, et pooled saaksid aru enda antud nõusoleku õiguslikust tagajärjest⁶⁸. Notar nõustab erapooletult kõiki osalisi ja tema põhiline huvi ei ole mitte kindel tehingu pool, vaid see kindel õiguslikult korrektne tehing⁶⁹. Siit tuleb ka vajadus väljendada notarit kui riigiga teatud suhtes olevaks: notar on riigi struktuuris õiguskindluse tagajaks, seaduse järgijaks ja ainult seadusele allujaks.

Erapooletuse kohustuse tagamiseks on notaril keelatud tegeleda muu tasustava ametiga peale notariameti (NotS § 12 lg 1). Samuti on kehtestatud keeld tegeleda ettevõtlusega või poliitilise tegevusega (NotS § 12 lg-d 2, 3). Sellist piirangut on laiendatud niivõrd, et notar tohib tegeleda õppe-, teadus- ja loometööga (NotS § 12 lg 1).

1.3.5 Usaldusväarsuse kohustus

Olemas olevatest notariaati puudutavatest seadustest määratleb notari usaldusmissiooni kõige paremini kuulsa 25. Ventoosi XI. aasta seaduse motiivide loetelust kirjutanud nõunik Real`i lause, mille kohaselt ta kirjeldab notarit, kui osapoolte erapooletu nõuandja, kes, olles nende tahte neutraalseks kirjapanijaks, selgitab neile nende poolt võetavate kohustuste kogu ulatust

⁶⁷ Malavet

⁶⁸ Samas

⁶⁹ Samas

ning paneb need kohustused selgelt kirja täites sellega usaldusmissiooni⁷⁰. Sellisena on usaldusvääruse kohustus mitmeti seotud ka erapooletuse kohustusega.

NotS-s sätestab notariameti pidajale nõude järgida ametivannet ja käituda väärικalt nii ametitegevuse käigus kui ka väljaspool seda. Notari ametivanne kohustab teda olema truu õiguskorrale ja järgima põhiseadust ja selle alusel kehtestatud seadusi. Lisaks nimetatule peab notar olema lojaalne ka riigile kui organisatsioonile, kes talle avaliku võimu teostamise üldse võimaldas⁷¹.

Notari usaldusvääruse kohustuse sätestab ka Eesti notarite eetikakoodeks, mille kohaselt peab notar avalik-õigusliku ameti kandjana käituma ja tegutsema viisil, mis tagab talle isikute, avalikkuse ja võimude usalduse. Samuti peab notar pidama ametit ausalt, väärικalt ja säilitama töös rahu, väljapeetuse ning viisakuse ning hoiduma tegudest, mis seaksid kahtluse alla tema usaldatavuse ja sõltumatuse⁷². Lisaks eelpool mainitud üldisele usalduskohustusele peab notar enda ametitegevuse käigus käituma ja olema usaldatav ka nende isikute suhtes, kes temaga läbi tema ametitegevuse kokku puutuvad.

1.3.6 Selgitamis-, hoiatamis- ja kontrollimiskohustus

Vältimaks ebatäiuslikkust või ebatäpsest aktist sündivaid erimeelsusi, on notari esmaseks ülesandeks nõuandmine ja tema usaldusmissioonist tuleneb ka see, et ta peab juriidilistes läbirääkimistes aktiivselt tegutsema harmoonia saavutamise nimel⁷³.

Notaril on kohustus selgitada tehingu osalistele tehingu tähendust ja sellest tulenevaid õiguslikke tagajärgi, samuti erinevaid tehingu tegemise võimalusi. Kõige väärtuslikuma kaaluga on kindlasti notari selgitused ja nõuanded tõestamistoimingus osalejatele, kuivõrd notaril on kohustus olla kõigi osalejate suhtes erapooletu ja seega võivad olla kõik osapooled kindlad, et notar võtab õiguslike lahenduste kaalumisel arvesse kõiki asjaolusid ning hindab neid objektiivselt⁷⁴.

⁷⁰ A. Schwachtgen. Notariaadi rollist tänapäeval ja tulevikus. – Eesti notariaadi 5. aastapäev. Konverentsi materjale. Tallinn: Eesti Vabariigi Notarite Koda 1998, lk 23

⁷¹ Eesti Notariaadi X aastapäev. Tallinn: Notarite Koda 2006, lk 13

⁷² Eesti notarite eetikakoodeks

⁷³ Schwachtgen, lk 23

⁷⁴ Eesti Notariaadi X aastapäev, lk 15

Notari nõustamis- ja selgitamiskohustuse sätestab ka eetikakoodeks, mille kohaselt on notar kohustatud ametitoimingus osalejaid õiguslikult nõustama ja selgitama neile toimingu sisu, olemust ja selle õiguslikke tagajärgi (§ 8).

1.4 Esimese peatüki vahekokkuvõte

Eestis õiguskorras võib notarit pidada haldusorganiks tema funktsionaalses tähenduses. Mis tähendab, et talle on delegeeritud teatud avaliku halduse ülesanded ja tema pädevus on kirjas erinevates seadustes. Sellised ülesanded saab omakorda liigitada avaliku võimu teostamisega seonduvateks ülesanneteks ja avalike teenuste osutamiseks elanikkonnale. Notarite tegevust saab liigitada avaliku võimu teostamisega seonduvateks ülesanneteks, kuid nende delegeerimine klassikalises tähenduses oleks vastuolus demokraatia põhimõtetega. Sellisena on Eesti õiguskirjanduses sätestatud, et võimalik on üksnes osaline haldusvõimu sisaldavate ülesannete üleandmine, kus eraõiguslikud isikud täidavad sisuliselt abistavat funktsiooni ja esinevad selles õigussuhtes enda nimel. Järelikult ei teosta notar mitte riigivõimu, vaid on selle teostamisel abistavaks organiks.

Siinkohal saaks notari õigusliku olemuse aspektist üle minna ettevõtja määratlusele, kuivõrd eelneva analüüsi põhjal selgus, et õiguskorra sätestuses ei teosta notar mitte riigivõimu, vaid on selles abistavaks organiks. Üks tunnustatumaid Saksa notariaalõiguse asjatundjaid Helmut Schippel on väitnud, et kui notarit nimetatakse vaba elukutse esindajaks, siis selle all on silmas peetud lihtsalt seda, et notar ei ole avalik teenistuja ning tema tegevust saab vabade elukutsetega võrrelda vaid niipalju, kuivõrd notari poolt teenitav tulu kuulub pärast üldist maksustamist ja kulude mahaarvamist notarile endale. Sellisena leiab Schippel, et notari ameti määratlemine vaba elukutsena on äärmiselt ebaselge ja notarit ei tasuks üldse käsitleda vaba elukutse esindajana.

Eestis ei peeta notarit siiski ei riigiteenistujaks ega ettevõtjaks. Riigiga alluvussuhtes olevaks notarit ei peeta ja rõhutatakse tema iseseisvust, vaatamata sellele, et notari üle teostab järelevalvet justiitsministeerium. Sellisena ei saa unustada notarite institutsionaalseid ametikohustusi, mille nimetamine käesolevas peatükis on oluline, kuivõrd see selgitab, millised olulised kohustused seovad notarit tema ametitegevuses. Institutsionaalsete ametikohustuste järgimine tagab notari iseseisvuse ja määratleb talle iseloomulikud tunnused,

mida notar ei saa täita riigiametnikuna riigiga teenistussuhtes olles ja samas ei ole õigus siseriiklikult ka ettevõtjale selliseid kohustusi määrata.

Euroopa Liidu õiguse kohaselt rakendatakse notarile just ettevõtjate kohta sätestatud. See tuleneb kasvõi sellest, et Euroopa Kohus on mitmes notari olemust käsitlevas otsuses toonud välja puudused liikmeriikides notaritele kehtestamata ettevõtjate kohta käivaid EL-i asutamislepingu alussätteid. Sellisena näeb EL-i õigus notarit pigem ettevõtja staatuses. Samas kehtestab ka Eesti siseriiklik õigus mitmed ettevõtja sätteid: tegutsemine enese nimel ja vastutusel, maksustamine ja raamatupidamine.

2. NOTARIAMETI PIDAMISE ERIPÄRAD

2.1 Ametisse nimetamise menetlus

2.1.1 Eeldused kandidaadi isikule

Notariks saamise juures omavad tähtsust nii isikuomadused, hariduslike nõuete täitmine kui ka teatud lisaelduste sooritamine. Üks selline lisaeldus on kandidaaditeenistuse läbimine, mida ei esine riigiteenistujaks ega ettevõtjaks saada soovijal. Et saada notariks, tuleb kandidaadil lisaks kandidaaditeenistusele sooritada edukalt ka notariksam (NotS § 25 lg 1). Sellised eeldused kandidaadile on sätestatud igal ladina tüüpi notariaati omaval maal erinevalt, kuid sarnasus esinebki eelkõige selles, et on kehtestatud kindlad reeglid isikute ringile, kes võivad saada notariteks, millised eksamid nad peavad läbima ja millise aja jooksul kandidaaditeenistuses olema⁷⁵.

Notarikandidaadile pole kehtestatud vanusenõuet, kuivõrd on ilmne, et alaealine isik ei oma vastavat hariduslikku kvalifikatsiooni. Isikuomadustest on notariks pürgijal oluline teovõimelisus, kõlbelisus ja ausus. Tsiviilseadustiku üldosa seaduse kohaselt loetakse füüsilise isiku teovõimeks teha iseseisvalt tehinguid (§ 8 lg 1) ja täieliku teovõime saab isik 18 aastaseks ehk täisealiseks saades (TsÜS § 8 lg 2). Kõlbelisus ja ausus seevastu on abstraktsed mõisted, mida üheselt seletada ja kirja panna pole võimalik.

2.1.2 Hariduslikud eeldused

Eesti Vabariigis kehtib notariks saada soovijale kohtute seaduses⁷⁶ sätestatud haridusnõue: notarikandidaat peab vastama kohtunikuametile esitatud haridusnõudele, milleks on vähemalt magistrikraadi olemasolu riiklikult tunnustatud õppeasutusest õigusteaduse õppesuunal või sellele vastav välisriigi kvalifikatsioon (KS § 47 lg 1 p 1).

Kutsekvalifikatsioonide tunnustamise kohta kehtib Eestis kui Euroopa Liidu liikmesriigis Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. septembri 2005. aasta direktiiv 2005/36/EÜ

⁷⁵ The International Union of Notaries. Arvutivõrgus: http://www.uinl.org/notariado_mundo.asp?idioma=ing&submenu=NOTAIRE, 19.01.2012

⁷⁶ RT I 2002, 64, 390

kutsekvalifikatsioonide tunnustamise kohta⁷⁷. Selle direktiivi eelkäijaks oli Euroopa nõukogu 21. detsembri direktiiv 89/48/EMÜ täiendava tööalase koolituse tunnustamise teise üldsüsteemi kohta⁷⁸, mis kehtestas vähemalt kolmeaastase kutseõppe läbimisel antavate kõrgharidusdiplomite tunnustamise üldsüsteemi. Oluline on direktiivi 89/48/EMÜ nimetada põhjusel, et direktiivi 2005/36 põhjendus 14 näeb ette, et direktiivis 89/48/EMÜ sätestatud ja eelpool nimetatud tunnustamismehhanismi uue direktiivi vastuvõtmisega ei muudetud. Kuivõrd notari kutseala ei ole reguleeritud ühegi direktiivis 2005/36/EÜ art 2 lg 3 sätestatud kutseala suhtes kehtestatud eraldi regulatsiooniga, sätestatakse notari kutsealale direktiivi 2005/36/EÜ⁷⁹.

Nimetatud direktiiv on siseriiklikus õiguskorras kohaldatav juhul, kui riigisiselt ei ole notarile kehtestatud avaliku teenistuja staatust. KS kohaselt arvestab Eesti riik lisaks riiklikult tunnustatud õppekaval õigusteaduse magistriõppe läbinud kandidaadile ka vastavat välisriigi kvalifikatsiooni ja sellisena ei ole haridusnõuete koha pealt Eestis notarikutsele kehtestatud avaliku teenistuja staatust, mis on selgesõnaliselt väljendatud ka NotS-s. Selline vahetegu direktiiviga loodud kõrgharidusdiplomite tunnustamise üldsüsteemi kohta ei piira Euroopa Kohtu hinnangul mitte mingil määral ELTL-i⁸⁰ artikli 51 kohaldamist (Sellisena jätab EL-i õigus siseriiklikult võimaluse kehtestada notarile siseriiklikult riigiteenistuja staatus. Samas Euroopa Kohtu hinnangul väljendab selline reservatsioon seadusandja tahet jätta ELTL-i artikli 51 esimese lõigu alla kuuluv tegevus direktiivi 89/48/EMÜ kohaldamisalast välja⁸¹. ELTL-i artiklis 51 lg-s 1 sätestatud kohaldatakse tegevustele, mis selles riigis tegelevad avaliku võimu ülesannete teostamisega. Sellisena tekib olukord, mis jätab üpris laialdase tõlgendamisruumi EL-i õigusele.

Siinkohal oleks asjakohane teha lühike ülevaade sellest, mida Euroopa Liit arvab liidusisest liikumisvabadusest ja kui tähtsal kohal see liidu õiguses on. Tööjõu liikumisvabadus kujutab endast Euroopa Kohtu seisukoha järgi ühenduse ühte põhialustest ja sellisena pannakse liikmesriikidele üheselt mõistetav kohustus, mis ei vaja enam täiendavaid abinõusid ei ühenduse instantsidelt ega liikmesriikidelt⁸². Teatud juhtudel on Euroopa Kohus toonitanud, et vaba juurdepääs töökohale on põhiõigus, mis on Euroopa Ühenduse lepingu alusel

⁷⁷ ELT L 255/22, 30.09.2005

⁷⁸ EÜT L 209, 24.07.1992

⁷⁹ EKo 24.05.2011, C-52/08, *komisjon vs. Portugal*

⁸⁰ ELT C 326, 26.10.2012, lk 47—390

⁸¹ EKo 24.05.2011, C-52/08, *komisjon vs. Portugal*

⁸² G. Tavits. Võõrtöötajate sotsiaalse kaitse põhijooned Euroopa Liidus. Tallinn: Juura 2004, lk 9

garanteeritud igale töötajale⁸³. Samas on nimetatud „põhiõiguse“ kohaldamiseks oluline sisustada töötaja mõiste Euroopa Liidus. Töötaja mõiste sisustamisel ei tule lähtuda mitte siseriiklikust õigusest, vaid just Euroopa Liidu õigusest, kuivõrd ainult nii on võimalik kindlustada, et tööjõu liikumisvabadus on EL raames üheselt garanteeritud⁸⁴. Siinkohal tulebki välja Euroopa Liidu seisukoht selle raames, miks on vaja märgistada notariameti olemus ja tema staatus.

Samas võiks peatuda lühidalt ka sellel, miks me tunnistame EL-i õiguse ja Euroopa Kohtu otsuste ülimuslikkust? Euroopa õigust saab pidada kinniseks õigussüsteemiks, mis tähendab seda, et ühenduse siseselt selline õigus kehtib ja sellisena peavad selle liikmed seda ka aksepteerima⁸⁵. Sellisena on Euroopa Liidu õigus saanud oma *sui generis* ehk isemoodi staatuse pärast paljude kommentaaride osaliseks⁸⁶. Euroopa Liidul on iseseisev õigussüsteem, mis ühtlustab selle liikmesriikide õigussüsteeme ja sellisena võib tekkida mitmeid konflikte Euroopa Liidu ja liikmesriikide siseriiklike õigussüsteemide vahel⁸⁷. Tekkinud konfliktide lahendamiseks on loodud Euroopa Kohus, kellele on antud viimane „sõna“ Euroopa Liidu õiguse tõlgendamisel. Õigusliku arusaama järgi, mida Euroopa Kohus väljendas juba 1964. aastal kohtuasjas *Costa vs ENEL*⁸⁸ on Euroopa Liidu õigusel ülimuslik mõju ja kui tekib konflikt liikmesriigi õigusega, rakendatakse liidu õigust⁸⁹. Vaatamata sellele, et Euroopa Kohus on enda vastavat arvamust avaldanud juba päris kaua aega tagasi ja Euroopa Liiduga ühinejad on sellest teadlikud, esineb liidu ja riigisisese õiguse vahel siiski konflikte. Sellised konfliktid võivad tekkida erinevatel põhjustel ja üks selline põhjus võib olla riigisisese ja Euroopa õiguse erinevas tõlgendamises või siis erinevas arusaamas sellest, kellele ja mille jaoks teatud Euroopa Liidu õigusaktid vastu on võetud.

⁸³ Samas, lk 10

⁸⁴ Samas

⁸⁵ A. Orakhelashvili. The Idea of European International Law. The European Journal of International Law Vol. 17 no. 2 EJIL 2006. Arvutivõrgus: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/17/2/315.full.pdf+html?sid=f95bd183-987a-4cea-8cae-feede9b29114>, 15.04.2012

⁸⁶ G. Conway. Breaches of EC Law and the International Responsibility of Member States. – European Journal of International Law Vol. 13 No. 3 2002, lk 679

⁸⁷ M. Parish. International Courts and the European Legal Order. The European Journal on International Law Vol. 23 no. 1 2012. Arvutivõrgus: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/23/1/141.full.pdf+html?sid=f95bd183-987a-4cea-8cae-feede9b29114>, 15.04.2012

⁸⁸ EKo 15.07.1964, C-6/64

⁸⁹ C. Tomuschat. Saksa Liidukonstitutsioonikohus ja Euroopa õiguse ülimuslikkus. – *Juridica* 2010/V, lk 317

2.1.3 Kodakondsusnõue

Eesti Vabariigis võib notariks saada Euroopa Liidu liikmesriigi kodanik, kes vastab seaduses sätestatud nõuetele (NotS § 6 lg 1) ja Eestis kehtestatud Euroopa Liidu kodakondsuse nõue notariameti pidajatele vastab ELTL-i artiklile 49, mis sätestab asutamisvabaduse liidusiseselt. Oluline on selline vastavus, kuivõrd ELTL-i artiklit 49 loetakse üheks liidu õiguse alussäteteks, mille eesmärk on tagada igale liikmesriigi kodanikule, kes soovib kasutada asutamisvabadust teises liikmesriigis füüsilisest isikust ettevõtjana tegutsemiseks, võrdne kohtlemine selle teise riigi kodanikega ning keelab igasuguse diskrimineerimise kodakondsuse alusel⁹⁰. Eestis kaotati notari kodakondsusnõue aastal 2008 ja sellise nõude kaotamist nähti seaduse muudatuse seletuskirjas ette kui kodakondsusnõude liberaliseerimist. Samas ei kirjutanud tollane seaduslooja pikemalt põhjuseid, miks muudatus tehti ja mis selliseks muudatuseks tõuke andis. Notarikandidaadilt kaotati Eesti kodakondsusnõue aastal 2009 vastu võetud notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seadusega, mille põhjenduseks oli notari kodakondsusnõude muutumisel tähelepanuta jäänud notarikandidaadi kodakondsusnõue⁹¹. Kummagi muudatuse kohta pikemat seletust ei ole ja sellisena tundub, et riigi kodakondsusnõude kaotamine on tehtud rutakalt ja korralikult läbi analüüsimata.

Samas on sellel probleemil ka teine võimalik kitsaskoht: nimelt kui 2008. aastal võeti vastu muudatus notari kodakondsusnõude kaotamise kohta, ei olnud notarile antud praegu kehtivaid õiguseid ametiteenuste osutamiseks ja kui 2009. aastal muudeti notarikandidaadi kodakondsusnõue, tehti seda pelgalt lähtudes sellise nõude muutmise notarite kohta ja võeti aluseks notari Euroopa Liidu kodakondsuse nõue. Siinkohal sooviks autor juhtida tähelepanu, et ametiteenuste osutamise õigus ja võimalus lisandus notaritele 2009. aastal ja notari kodakondsusnõue kaotati aastal 2008. Olulisus nimetatud faktille tähelepanu juhtida selgub töö kolmandas peatükis, kus autor analüüsib notari ametitegevust ja sealhulgas ka ametiteenuste osutamist avaliku võimu teostamise valguses.

Riigi kodakondsuse nõude aluseks saab olla ELTL-i artikkel 51 lg 1, mis sätestab endas erandit asutamisvabadusest nende tegevuste osas, mis on seotud avaliku võimu teostamisega. Euroopa komisjoni hinnangul tähendab avaliku võimu mõiste üldnormidest kõrvale kalduva otsustusõiguse teostamist, mis väljendub õiguses tegutseda teiste õigussubjektide tahtest

⁹⁰ EKo24.05.2011, C-53/08, *komisjon vs Austria*

⁹¹ Notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri

sõltumatult või isegi selle tahte vastaselt ja Euroopa Kohtu praktika kohaselt väljendub avalik võim eeskätt sunnimeetmete kohaldamise õiguse teostamises⁹². Samas leidis Euroopa Komisjon vastavasisulise kohtuvaidluses, et avaliku võimu teostamisega seotud tegevust tuleb eristada tegevusest üldistes huvides ja sellisena ei saa avaliku võimu teostamiseks lugeda mitmesugustele kutsealadele antud eripädevust üldistes huvides⁹³.

Euroopa Kohus lahendas 24.05.2011 kohtuasjas C-53/08, komisjon vs. Austria, Austria Vabariigis notari ametipidajale kehtestatud kodakondsusnõude küsimuse, mille kohaselt sai Austrias notarina töötada vaid Austria kodakondne. Eelneva arutluse põhjal saab väita, et Euroopa Komisjon ja Euroopa Kohus peavad notarit pigem ettevõtjaks, kuna nad analüüsisid notarit kui avalikes huvides tegutsevat ametiisikut, mitte kui avaliku võimu teostajat. Samas otsuses märkis kohus, et vaatamata asjaolule, et notarit peetakse Austria õiguskorras ennetava õiguse valdkonda kuuluvaks ning ülesanded on delegeerinud notarile riik, et vähendada kohtute koormust, ei tähenda see seda, et notari tegevus on sarnane avaliku võimu kandja ülesannetega.

Lisaks sellele eristab Euroopa Kohus notareid avaliku võimu kandjatest, tunnustades, et ametliku dokumendi koostajaks võib olla avaliku võimu kandja või riigi volitatud muu institutsioon⁹⁴. Selle lahendi valguses saab analüüsida Euroopa Kohtu seisukohta ka Eestis tegutseva notari suhtes, kuivõrd Eestis tegutsevale notarile on samuti sätestatud võrreldav regulatsioon. Esiteks peetakse Eestis notareid õigusvaidlusi ennetavaks institutsiooniks. Teiseks on ka Eesti riik delegeerinud notaritele teatud avalik-õiguslike ülesannete täitmise (NotS § 1 lg 1). Kolmandaks koostavad ka Eestis tegutsevad notarid ametlikke dokumente ja selle ülesande on neile delegeerinud riik. Komisjon leidis, et tegemist on küll riigi üleannete delegeerimisega, kuid mitte avaliku võimu teostamisega ja nii on sätestatud ka Eesti seadusandluses ehk siis notarid tegustevad ka Eestis, täites riigi delegeeritud ülesandeid.

Sellisena võiks ka Eesti Vabariik toetada vaidluses Komisjoni, kuivõrd sellise erandi tegemisega, millega piiratakse ELTL-is kehtestatud asutamisõigust on tegemist Austria Vabariigi poolt diskrimineeriva käitumisega teiste liikmesriikide vastu, kes on riigisiseseks nõudeks sätestanud notaritele EL-i kodakondsusnõude, mitte riigi enda kodakondsuse olemasolu kohustuslikkuse.

⁹² EKo 24.05.2011, C-53/08, *komisjon vs. Austria*

⁹³ Samas

⁹⁴ Samas

2.1.4 Kindel ametikohtade arv ja tööpiirkond

Taaskord ladina notariaadile omane tunnus on kindel ametikohtade arv ehk *numerus clausus* põhimõte⁹⁵. Notarite ametikohtade arv ning tööpiirkond sõltub õiguskäibe vajadusest ja see määratakse justiitsministri poolt (NotS § 8 lg 1). Notarikandidaat saab notarina tööle asuda alles siis, kui vabaneb mõni notarikoht või tulenevalt õiguskäibe vajadusest luuakse selline koht juurde (NotS § 8 lg 1). Kui on vabanenud mõni notarikoht, täidetakse see konkursi alusel, mille tingimused ja korra määrab samuti justiitsminister (NotS § 7).

Läbides edukalt konkursi, asub notar tööle kindlas tööpiirkonnas, kus ta hakkab notariaalteenust osutama kindla piirkonna elanikele. Notar on kohustatud tegutsema ainult oma tööpiirkonnaks olevas maakonnas (NotS § 8 lg 3) ja seda sellepärast, et vältida notarite koondumist üksnes suurematesse keskustesse ning tagamaks notariteenuse ühtlase kättesaadavuse üle riigi⁹⁶. Kusjuures kindel tööpiirkond ei laiene kõigile ametiteenuste osutamistele: teatud ametiteenuseid võib notar osutada ka väljaspool oma tööpiirkonnaks olevat maakonda (NotS § 36 lg 5).

Kliendil on võimalik pöörduda ükskõik millise Eesti notari poole, kuid notar on ametitoimingute osutamisel seotud oma tööpiirkonnaga ja reeglina ka enda bürooga⁹⁷. Vaatamata sellele, et pooltel on õigus notarit valida on valik üldjuhul territoriaalselt piiratud, kuivõrd pooltel on üldjuhul mugavam pöörduda oma elukoha maakonna notari poole. Seega on selge see, et sellistel asjaoludel on osalistel põhimõtteliselt õigus notarit vabalt valida, kuid vaatamata sellele võib erinevate notarite poolt osutatav teenuste kvaliteet varieeruda sõltuvalt asjaomaste isikute – notarite, kutseoskusest⁹⁸. Sellise territoriaalse pädevuse piires peavad notarid oma ametit konkurentsitingimustes, mis ei ole iseloomulik avaliku võimu teostamisele⁹⁹.

Ametiteenuseid võib notar samuti osutada enda tööpiirkonnas, kuid teatud eranditega. Nimelt võib notar lepitamis- ja vahekohtumenetluse teenust osutada ka väljaspool oma tööpiirkonda, kuivõrd vahekohtumenetluse puhul ei ole kitsas tööpiirkond üldse võimalik, sest vahekohtumenetluse teenuse osutamine toimub Notarite Koja kaudu¹⁰⁰. Lisaks sellele ei

⁹⁵ Eesti Notariaadi X aastapäev, lk 18

⁹⁶ T. Puri. Notari ametiteenused ning notar vahekohtunikuna. *Juridica* VI/2011, lk 453

⁹⁷ Notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri

⁹⁸ EKo 24.05.2011, C-54/08, *komisjon vs Saksamaa*

⁹⁹ Samas

¹⁰⁰ Notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri

tuleks lepitus- ja vahekohtumenetluse läbiviimisele seada rangeid piiranguid läbiviimise asukoha kohta, kuivõrd lepitus- ja vahekohtumenetluse kasutamise soodustamiseks tuleks selleks luua isikutele võimalikult mugavad ja sobivad võimalused¹⁰¹. Samuti ei kehti kindel tööpiirkonna piirang abielu sõlmimise kinnitamise kohta. Seda sellepärast, et kuivõrd väljaspool bürood abielu sõlmimine on notari ametitegevuse hulka kuuluv nn vabatahtlik teenus, ei ole seda mõistlik piirata kindla tööpiirkonnaga¹⁰². Sellisena võib notar klientide soovil teha abielu kinnitamiseks väljasõidu, kus vormistatakse abielu lõplikult: kirjutatakse alla protokollile. Vaatamata sellele, et abielu saab enda õigusliku tähenduse alles peale protokollilise allkirjastamise, näeb abielu sõlmimise protsess välja hoopis pikemaajalisem ja protokollilise allkirjastamisele eelnevad mitmed selle jaoks vajalikud toimingud nagu abiellujate poolt avalduse vastuvõtmine ja notari poolt selgitustöö, mida sooritatakse siiski notari büroos.

2.2 Vastutus

2.2.1 Isiklik vastutus

Jurist Goethe`lt pärineb ütlus, mille kohaselt tuleb eksimuse eest kallilt maksta, kui neist tahetakse lahti saada ja tõepoolest nii see on: notar peab vastutama oma eksimuste eest, sest eksimuste kaudu tekitatud kahju kujutab endast tõsist probleemi¹⁰³. Kuna notari ameti üheks funktsiooniks on õigusvaidluste ennetamine, on paratamatus, et tihti peale tuleb notaril olla õiguse esmarakendajaks¹⁰⁴. Samas on notar üks neist avalik-õigusliku ameti kandjatest, kes vastutab oma ametikohustuste süülise rikkumisega tekitatud kahju eest isiklikult (NotS § 14). Samuti on notar vastutav enda koostatud notariaalaktide eest ja selle asjaolu tõttu on ta sarnane mitme vaba elukutse esindajaga nagu näiteks advokaadid, arstid ja arhitektid, kes vastutavad samuti oma tegevuse eest isiklikult¹⁰⁵. Kahju hüvitamise kohustuse täitmise tagamiseks on notar kohustatud sõlmima ametikindlustuslepingu (NotS § 15).

Notari isikliku vastutuse tõttu toimus ka 2000. aastal vastu võetud uue notariaadiseaduse redaktsiooni korrigeerimine, kuivõrd enne nimetatud muudatuse vastuvõtmist oli kasvanud tendents delegeerida enda palgalistele töötajatel teatud notarile isiklikuks täitmiseks pandud

¹⁰¹ Samas

¹⁰² Notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri

¹⁰³ H. – D. Vaasen. Saksa ja Eesti Notarite kodade koostööst. – Eesti notariaadi 5. aastapäev. Konverentsi materjale. Tallinn: Eesti Vabariigi Notarite Koda 1998, lk 40

¹⁰⁴ Eesti notariaadi X aastapäev, lk 13

¹⁰⁵ EKo 24.05.2011, C-50/08, komisjon vs. Prantsusmaa

ülesanded. Notariaadiseaduse mõtte ja vaba elukutse kandjale kohaselt peab aga notar kõik olulised ametiülesanded täitma isiklikult. Notar peab isiklikult andma asjaosalistele selgitusi, lugema neile notariaalakti ette ja viibima personaalselt nende poolt protokollil allkirjastamisel¹⁰⁶. Selliste toimingute üleandmine palgalistele on lubamatu, kuivõrd palgatud tööliste teadmisi ja pädevust ei ole riik kontrollinud ja ametitoimingute üleandmisega palgatud abilistele kaob ära traditsiooniline enda nimel ja vastutusel tegutseva vaba elukutse olemus ja notar muutub tavaliseks ettevõtjaks, kes võib delegeerida enda poolt osutatava teenuse täitmise palgalisele töötajale¹⁰⁷.

Aastal 2000 kehtestatud NotS uus redaktsioon sätestas täpsemalt notari vastutuse nii varalise kui ka mittevaralise kahju eest, kuivõrd senimaani oli sätestatud ainult vastutus varalise kahju eest, mis oli ilmses vastuolus põhiseaduse §-ga 25¹⁰⁸. Uus notari ametialase vastutuse regulatsioon on range, aga samas õiglane: igaüks vastutab igasuguse kahju eest, mille ta ise on põhjustanud¹⁰⁹. Sellisena vastutab ka ettevõtja enda kohustuste rikkumise eest tekitatud kahju eest kogu oma varaga (ÄS § 78). FIE vastutus on isiklik ja piiramatu, mis tähendab, et füüsilise isiku enda vara ja füüsilisest isikust ettevõtja vara ei ole äriühinguõiguse järgi iseseisvad varamassid, vaid moodustavad ühe terviku¹¹⁰. Eelkõige just tema, kui ettevõtja vara ei moodusta vastutusõiguslikult piiritletud erivara¹¹¹. Nii nagu füüsiline isik vastutab enda tegevuses füüsilisest isikust ettevõtjana kogu oma varaga, saab öelda ka ümberpööratult: tema, kui eraisiku võlausaldaja võib teostada täitmist ka tema, kui ettevõtja varast¹¹².

Viimasel ajal on avalikkuse ette kerkinud mitmed juhtumid, mis sätestavad notari vastutust. Tuntuim ja ka huvitavaim juhtum on nn Tiesenhauseni maja juhtum, kus notar tõestas kinnistu omaniku teadmata ning juuresolekuta volikirja, millega kinnistu omanik volitas kolmandat isikut talle kuuluvat kinnistut müüma¹¹³. Kohtuasjas süüdistati notarit selles, et ta ei võtnud tarvidusele piisavalt meetmeid kontrollimaks esitatud passi kehtivust ja sellisena peeti notari tegevust õigusvastaseks. Kohus uuris kaebuse põhjendatust, kuid leidis vaatamata tekkinud kahjule, et notar ei olnud oma ametitegevuses hooletu ja ei tegutsenud

¹⁰⁶ Notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri

¹⁰⁷ Samas

¹⁰⁸ Samas

¹⁰⁹ Samas

¹¹⁰ Gustavus, lk 18

¹¹¹ Samas

¹¹² Samas

¹¹³ TlnHK 06.09.2006, 3-1321/2004

õigusvastaselt, kuivõrd ta rakendas vajalikul määral hoolsus- ja kontrollkohustust isikusamasuse tuvastamisel isikuttõendava dokumendi – passi, alusel¹¹⁴.

Notari vastutus NotS alusel sõltub sellest, kas notar rikkus seadust tahtlikult või raskest ettevaatamatusest ja kas selle tagajärjel tekkis kannatanul otsene varaline kahju¹¹⁵. Seega tuleb Riigikohtu hinnangul tuvastada notari süü vorm kohustuse rikkumise suhtes ning põhjuslik seos või selle puudumine kahju ja süüalise kohustuse rikkumise vahel¹¹⁶. Kohtuasjas Johansson vs Tehver ja Ergo Kindlustuse AS leidis Riigikohus notari vastutuse küsimuses, et kohus peab “eelkõige kindlaks tegema, kas notar on hagejale oma ametialase tegevusega kahju tekitanud, ja kui on, siis millise süü vormi ja astmega on kahju tekitatud; kas notar on tekinud kahju hüvitamiseks oma vastutuse kindlustanud ja kui on, siis kas kindlustusandjal on kohustus hüvitada kolmandale isikule tekinud kahju ja millises ulatuses”¹¹⁷. Samuti on Riigikohus varalise kahju tekitamise kohta öelnud, et kui on tuvastatud, et notar ei kontrollinud esindaja volitust tehingu tegemiseks piisavalt, “tuleb hinnata, kas kaasuses nõutav hüvitis on otsene varaline kahju, mis tekkis kostja õigusvastase teo tagajärjel ning kas õigusvastases teos esineb kostja süü ettevaatatusena või raske ettevaatatusena”¹¹⁸. Kaasuses Ühisliisingu AS vs Ambrosius ja Sepp II¹¹⁹ defineeris Riigikohus mõiste “raske ettevaatatus” NotS-e § 20 lg 1 tähenduses: „sellena tuleb mõista käibes vajaliku hoole olulisel määral järgimata jätmist oma kohustuste täitmisel”. Samuti nagu käesolevas kaasuses, ei nõustunud Riigikohus eelneva kohtu seisukohaga ja kuna notaril oli oma kliendiga varasem koostöö olemas, ei pidanudki notar oma ametikohustusi sellisena täitma.

2.2.2 Riigivastutus

2.2.2.1 Riigivastutusõigus

Avalike ülesannete täitmise käigus tekitatud kahju hüvitamist reguleerib üldseadusena 2002. aastal jõustunud riigivastutuse seadus¹²⁰. Eesti riigivastutusõiguses rakendatakse vahetu riigivastutuse mudelit, mille kohaselt omistatakse ametniku või muu avalikke ülesandeid täitva isiku õigusvastane tegu riigile või muule avaliku võimu kandjale, kelle alluvuses see

¹¹⁴ Gustavus, lk 18

¹¹⁵ RKTko 3-2-1-129-02

¹¹⁶ RKTko 3-2-1-129-02

¹¹⁷ RKTko 3-2-1-49-02

¹¹⁸ RKTko 3-2-1-77-01

¹¹⁹ RKTko 3-2-1-81-02

¹²⁰ E. Andresen. Riigivastutus ilma riigi vastutusega: notati, kohtutäituri ja vandetõlgi isiklik ametivastutus Euroopa õiguse ja riigiõiguse vaatepunktist. Juridica IX/2009, lk 602

kahju tekitanud isik tegutses¹²¹. Riigivastutusõigus annab kannatajale õiguskaitsevahendid, mis peavad tagama isiku õiguste tõhusa kaitse ja rikutud õiguste heastamise avaliku võimu kandja õigusvastase tegevuse korral¹²². Ametnik või kirjeldatud füüsiline isik kannatanu ees reeglina ei vastuta (Riigivastutuse seadus¹²³ § 12 lg-d 1, 2, 3).

RVast alusel on võimalik esitada järgnevad riigivastutusnõuded: haldusakti kehtetuks tunnistamise nõue (§ 3), toimingu lõpetamise nõue (§ 4), haldusakti andmisest või toimingu sooritamise hoidumise nõue (§ 5), haldusakti andmise või toimingu sooritamise nõue (§ 6), kahju hüvitamise nõue (paragrahvid 7, 9, 14, 15, 16) ja alusetu rikastumise nõue (§ 22). Lisaks RvastS on võimalik leida avaliku võimu õigusvastase tegevuse korral täiendavaid õiguskaitsevahendeid ka teistest õigusaktidest, milledeks on põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seadus¹²⁴, õiguskantsleri seadus¹²⁵ ja halduskohtumenetluse seadustik¹²⁶.

Selleks, et saaks üldse esitada riigivastutusnõuet, peavad olema täidetud mitmed eeltingimused. Esimene neist on nõude aluseks oleva õigussuhte avalik-õiguslik iseloom, mis tähendab, et ülesanne, mille täitmise käigus tekkis riigivastutusnõue, peab toimuma avalik-õiguslikus vormis. Nii ei laiene riigivastutusõigus avaliku võimu kandja eraõiguslikus vormis tegutsemisele (RvastS § 5). Teiseks nimetatud nõude tekkimise eelduseks on isiku subjektiivse õiguse rikkumine, erandina ka tulevane rikkumine. Kolmandaks reguleerib riigivastutusõigus vaid neid juhtumeid, kus nõue on suunatud avaliku võimu kandja vastu, kus avaliku võimu kandjaks on riik, Kohaliku omavalitsuse üksus, muu avalik-õiguslik juriidiline isik või muu avalikke ülesandeid avalik-õiguslikul alusel väljaspool alluvussuhet teostav isik (RvastS § 2 lg 1). Juhul, kui avaliku võimu kandja soovib esitada avalik-õiguslikust suhtest tekkinud nõuet eraõigusliku subjekti vastu, kuuluvad kohaldamisele eraõiguse normid.¹²⁷

PS § 3 lõike 1 ning paragrahvide 14 ja 25 koosmõjust tuleneb, et avalik-õiguslike ülesannete õiguspärase teostamise eest lasub vastutus eelkõige riigil või muul avalik-õiguslikul juriidilisel isikul. Erandid on lubatavad vaid juhul, kui kannatanu õiguste kaitse seejuures ei halvene. Riigivastutusseaduse vastuvõtmisel 2002. aastal täiendati ka avaliku teenistuse seadust paragrahvidega 89¹-89², mis reguleerivad ametniku varalist vastutus. Kui avalike ülesannete täitmisel tekitatakse isikutele kahju, ei loeta kahju tekitajaks mitte riiki, vaid seda

¹²¹ Samas, lk 602

¹²² Andresen, E. Riigivastutusõigus. Tartu: Riigikohus 2009, lk 3

¹²³ RT I, 13.09.2011, 11

¹²⁴ RT I, 01.11.2012, 11

¹²⁵ RT I, 29.12.2012, 39

¹²⁶ RT I, 25.10.2012, 10

¹²⁷ Andresen, lk 4

füüsilist isikut, kes selle kahju tekitas ja kes riigi nimel tegutseb. Sellest tekib küsimus, et kes peab siis nimetatud kahju hüvitama? Kahju hüvitamiseks sellisel juhul on kolm varianti: vastutab füüsiline isik, kes selle kahju vahetult põhjustas; vastutab üksnes avaliku võimu kandja ehk riik või KOV või esineb segavastutus. Eesti RvastS-e väljatöötamisel otsustati valida kolmas variant, kuivõrd sellega püütakse ühest küljest kaitsta kannatanut, tagades talle maksejõulise võlausaldaja ja teisest küljest kaitsta ametnikku, jättes siiski võimaluse ametniku isiklikuks vastutuseks. See tähendab, et RvastS-e kohaselt peab kannatanu esitama kahju hüvitamise nõude avaliku võimu kandja vastu, kes pärast kahju hüvitamist omab tagasinõude- ehk regressiõigust kahju vahetult põhjustanud isiku vastu.¹²⁸

Eesti riigivastutusõiguses on rakendatud mudel, mille kohaselt vastutab avalik-õiguslikus suhtes tekkinud kahju eest üldjuhul riik, mitte aga see füüsiline isik, kes vahetult selle kahju tekitas. Selline käsitus annab kannatanule parimad võimalused tema õiguste kaitseks ning samas kaitseb ka riik enda ametnikke avalike ülesannete täitmisega kaasnevate riskide eest. Sellist riigivastutust rakendatakse ka siis, kui kahju tekitajaks on eraõiguslikust isikust avaliku võimu kandja, kes on kahju tekitanud riigi poolt delegeeritud avalik-õiguslike ülesannete täitmisel (RvastS § 12 lg 3). Siinkohal on huvitav aga see, et RvastS-e § 12 lg 2 ja 3 võimaldavad teha nimetatud reeglitest eriseadustes erandeid. Nii näiteks vastutavad avalik-õiguslikku ametit pidavad notar, vandetõlk ja kohtutäitur isiklikult oma ametikohustuste rikkumisest tekkinud kahju eest. Notar vastutab eelkõige tema ametipidamist reguleeriva NotS kohaselt, kuid täiendavalt kuulub kohaldamisele ka riigivastutuse seadus¹²⁹. Notarile on määratud ka vastutuskindlustulepingu sõlmimise kohustus, et oleks tagatud enda poolt tekitatud kahju hüvitamise nõude realiseeritavuse.¹³⁰

2.2.2.2 Riigivastutuse eriregulatsioon

Peamine notari erinevus ametnikust ongi see, et notar vastutab oma ametikohustuste rikkumise tagajärjel tekkinud kahju eest isiklikult¹³¹. Kuigi notari vastutust reguleerib NotS, siis osaliselt tuleb notari vastutuse alus ka RvastS-st, sest notar vastutab kui avaliku võimu kandja ja notari ja ametitoimingus osalejate vahel on avalik-õiguslikud suhted. Seega saab notari vastutust käsitleda kui riigivastutuse eriregulatsiooni. Avalik-õiguslikus suhtes

¹²⁸ N. Siitam. Riigi ja ametniku vastutus. Avaliku teenistuse aastaraamat: Rahandusministeerium 2002, lk 29

¹²⁹ Andresen. Riigivastutus ilma riigi vastutusest, lk 603

¹³⁰ Andresen. Riigivastutusõigus, lk 19

¹³¹ Andresen. Riigivastutus ilma riigi vastutusest, lk 603

tekitatud kahju hüvitamist reguleerib riigivastutusõigus ja sellisena on ka notari ametivastutus osa riigivastutusõigusest¹³². Asjaolu, et neid ameteid peavad füüsilised isikud ja nende eest ei vastuta mitte riik, vaid nad isiklikult, ei muuda seda avalik-õiguslikku suhet eraõigussuhteks ja sellisena ei saa ka notari vastutust pidada tsiviilõiguslikuks vastutuseks¹³³. Notari vastutus võib lisaks olla jaotatud ka tehinguosalise või kolmanda isikuga ja sellisel juhul vastutab notar ametikohustuste süülise rikkumise eest tekitatud kahju eest vaid ulatuses, mis jääb hüvitamata selle kahju tekitanud muude isikute poolt (NotS § 14 lg 2). Kui nimetatud kahju ulatub suurusesse, mida ei ole võimalik hüvitada selle tekitanud isiku ja/ või notari poolt, hüvitab puuduva osa riik, kellele jääb ka tagasinõude õigus kahju tekitajate poolt (NotS § 14 lg 4).

Notari vastutus erineb riigivastutuse seaduse regulatsioonist lisaks ka selle poolest, et notar vastutab üksnes ametikohustuste süülisest rikkumisest tekkinud kahju eest (NotS § 14 lg 1). Riigivastutuse seadus näeb seevastu ette, et avaliku võimu kandja vastutus kannatanu ees sõltub teo süülisusest üksnes juhul, kui kannatanul on saamata jäänud tulu ja/ või on tekkinud mittevaraline kahju (RvastS § 13 lg 2, § 9 lg 1).

Selline isiklik ametivastutus avalike ülesannete täitmisel võib kaasa tuua mitmeid probleeme ja mitte ainult riigisiseseid. Lisaks riigisisese õiguse rikkumisele võib notari ametikohustuste rikkumine tuua kaasa ka eksimuse Euroopa Liidu õiguses ja sellisena võib tekkida kahjuhüvitisnõue ka EL-i õiguse alusel¹³⁴. Kui notari tegevus on läinud vastuollu Euroopa ühenduse õigusega, võib tekkida küsimus, kes peab nüüd sellise eksimusega tekitatud kahju eest vastutama: kas liikmesriik, kus notar tegutseb või kuivõrd riigisiseselt on sätestatud notari isiklik ametivastutus, vastutabki notar ka selle rikkumise eest isiklikult? Sellisele küsimusele on Euroopa Kohus vastanud järgnevalt: nimelt lahendis *Konle vs. Austria*, kus asus seisukohale, et liikmeriik võib oma seadustega ise määrata, milline avaliku võimu kandja kannatanu ees vastutab, samas aga otsuses *Haim vs. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein* rõhutas Euroopa Kohus, et lõplik vastutus lasub ikkagi liikmesriigil¹³⁵. Vaatamata sellele, et samas lahendis leiti vastutavaks oleva avalik-õigusliku juriidilise isiku, kinnitas Euroopa Kohus, et vastutavaks isikuks võib olla ka mistahes riigist lahus seisev avaliku võimu kandja¹³⁶. Järelikult on ka Eesti seadusandjal õigus määrata avaliku võimu kandja, kes kannatanu ees Euroopa Liidu õiguse rikkumise eest vastutab ja selliseks isikuks võib olla ka

¹³² Samas, lk 602

¹³³ Samas

¹³⁴ Andresen. Riigivastutus ilma riigi vastutusest, lk 600

¹³⁵ Samas, lk 600; vt ka kohtuasi C-302/97: *Konle vs Austria* ja kohtuasi C-424/97: *Haim vs Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*

¹³⁶ Andresen. Riigivastutus ilma riigi vastutusest, lk 600

füüsilisest isikust avaliku võimu kandja¹³⁷. Määravaks jääb see, et riik looks õigusnormistiku, mille alusel kannatanu saaks kahju tekitamise korral hüvitise¹³⁸. Sellisena saab lähtudes Euroopa õiguse ülimuslikkusest pidada notari vastutuse määratlust selgelt ka üheks riigivastutuse osaks ja eriregulatsiooniks.

2.3 Ametikindlustus

Üksikisiku õiguste kaitse kohustus ja riigivõimu õiguspärase teostamise põhimõte on õigusriigi keskseteks elementideks ja riigivastutusõigus peab need põhimõtted ellu viima ning neile praktilise tähenduse andma¹³⁹. Notarid täidavad küll avalikke ülesandeid, kuid nende poolt tekitatud kahju eest riik ei vastuta, kuivõrd notarid ei ole riigi vastutusel olevad¹⁴⁰.

Eestis on notarid iseseisvad avaliku ameti kandjad, kes vastutavad oma ametikohustuste süülise rikkumise eest. Seega on notari ametipidamise kohustuslikuks osaks tsiviilvastutuskindlustuse olemasolu (NotS § 15), garanteerimaks võimalike ametitegevuses tehtud vigade puhul kahjuhüvitise maksmise¹⁴¹. Vastutuskindlustuse olemasolu on notariametisse asumise eelduseks (NotS § 10 lg 2) ja selle kehtivuse jätkumist ameti pidamise kestel kontrollib justiitsminister riikliku järelevalve raames¹⁴². Kindlustuslepinguga katmata ametiteenuseid on keelatud notaril osutada. Samas ei ole Notar kohustatud kindlustama vastutust tahtliku kohustuse rikkumise eest (NotS § 15). Notari ametikindlustuse mõte on tagada notari võimelisus hüvitada kannatanule ametitegevuse käigus tekitatud kahju, kui sellist peaks ette tulema. Kusjuures NotS-e § 14 lg 1 kohaselt on notar vastutav ja kohustatud kindlustama vaid süüliselt tekitatud kahju (NotS § 15 lg 1). Ametikindlustus sellisel kujul on vajalik, kuivõrd füüsiline isik ei ole üldjuhul võimeline täitma kahju hüvitamise kohustust üksnes oma isikliku varaga. Notari ametikindlustuse tingimusena peab kindlustuseandjaks olema Eestis kindlustustegevuseks luba omav äriühing, kindlustusleping peab katma kogu NotS-e § 14 sätestatud vastutust ning hõlmama ka neid isikuid, kelle eest notar ametialaselt vastutab. PS-e § 113 kohaselt peavad sundkindlustuse maksed olema kehtestatud seadusega¹⁴³ ja sellisena on sätestatud ka notari vastutuskindlustus. Notari kindlustuslepinguga ei

¹³⁷ Samas, lk 601

¹³⁸ Samas, lk 601

¹³⁹ Andresen. Riigivastutus ilma riigi vastutuseta, lk 601

¹⁴⁰ Samas, lk 601

¹⁴¹ T. Puri.. Notari ametiteenused ning notar vahekohtunikuna. – Juridica 2011/VI, lk 453

¹⁴² Andresen. Riigivastutus ilma riigi vastutuseta, lk 601

¹⁴³ Notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri

kindlustata tsiviilvastutust, mis tuleneb kindlustatu tegevusest väljaspool notari ametitoiminguid ja ametiteenuseid.

Siinkohal võib tekkida olukord, kus notari vastutuskindlustus ei kata tekitatud kahju. Üks võimalus sellise tekitatud kahju mitte katmiseks on võimalik juhul, kui notari poolt tekitatud kahju ületab ametikindlustusega tagatud hüvitamisele kuuluva kahju ülempiiri (NotS § 15 lg 1 p 3 sätestatud vähemalt 191 700 eurot). Teine võimalus tekib siis, kui kahju tekib notari ametitegevuse süülise rikkumise tõttu ja kuivõrd süüline ametikohustuste rikkumine ei pea olema kindlustatud ei aitaks siin olukorras ka kindlustus. Seda sellepärast, et kindlustusandja vabaneb võlaõigusseaduse kohaselt vastutusest, kui kahju tekkis süülisest rikkumisest. Sellised riskid, mis jäävad katmata notari poolt sõlmitava vastutuskindlustuslepinguga tulekski kanda kas Notarite Koja või riigi poolt, kuid samas on seadusandja NotS § 14 lõikes 4 sõnaselgelt väljendanud, et riik notari poolt tekitatud kahju eest ei vastuta¹⁴⁴. Samas, kas peaks siis sellise kahju hüvitamise eest vastutust kandma Notarite Koda, kellel lasub Eesti notariaadi hea nime ja maine hoidmise kohustus? Seadusandja ei ole sellise täiendava kindlustuslepingu kohustust pannud ka Notarite Kojale, kuid samas on NotS § 15 lg 3 kohaselt Notarite Kojale antud õigus sõlmida täiendav kindlustusleping notarite poolt ametikohustuste süülise rikkumisega tekitatud kahju hüvitamise tagamiseks¹⁴⁵.

Sellised juhtumid, kui ametikandja ei ole kannatanule võimeline hüvitama tekitatud kahju, ei oleks õigusriigis vastuvõetavad ning annaksid avalikkuse silmis kogu ameti usaldusväärsele valusa õppetunni, vaatamata sellele on hetkel notari ametikindlustuse puhul sellise olukorra tekkimine võimalik, kuivõrd vastutuskindlustus ei kata kogu vastutusulatust¹⁴⁶. Sellisena tuleb siinkohal välja ka eelpool kirjeldatud riigivastutuse eriregulatsiooni mõiste ja mõte.

2.4 Teise peatüki vahekokkuvõte

Selles peatükis tulid eriti teravalt välja kaks olulist notarile esitatavat eeldust, mis on kõneainet leidnud Euroopa Kohtus. Nendeks on: kodakondsusnõue ja haridusnõue. Sellised eeldused on oluline välja tuua, kuivõrd nende vastu on Euroopa Liidu liikmesriigid siseriiklikus õiguskorras olulisel eksinud. Eksinud selles mõttes, et kohaldanud ebaõiget Euroopa Liidu õigust.

¹⁴⁴ Andresen. Riigivastutus ilma riigi vastutuseta, lk 601

¹⁴⁵ Samas

¹⁴⁶ Samas

Enim kõneainet on andnud kodakondsusnõue: mitmed liikmeriigid on notaritele kehtestanud liikmesriigi kodakondsuse nõude ja sellega rikkunud ELTL-i artikli 49 vastu, mis sätestab selgesõnaliselt asutamisvabaduse teistest liikmesriikidest tulnud isikute suhtes. Sellise asutamisvabaduse rikkumisega, rikutakse kaudset ka aluslepingus sätestatud töötajate liikumisvabadust. Nii asutamis- kui ka liikumisvabadust peetakse Euroopa Liidus kehtivaks liidu põhiõiguseks.

Eesti Vabariigis on vastu võetud direktiiv 2005/36/EÜ kutsekvalifikatsioonide tunnustamise kohta ja sellisena on see väljendatud ka KS-s § 47 lg 1 p 1, mis sätestab endas kohtunikuametile ja sellisena ka notariametile esitatavad hariduslikud nõuded Eesti Vabariigis. Seega Eestis ei tohiks tulla probleeme kutsekvalifikatsioonide tunnustamise osas. Teisena on oluline pöörduda kodakondsusnõude poole. Eestis muudeti notari kodakondsusnõuet aastal 2008, mil notariaadiseaduse uues redaktsioonis sätestati EL-i kodakondsuse nõue. Aasta hiljem muudeti samaselt ka notarikandidaadi kodakondsusnõuet. Põhjenduseks toodi notari puhul kodakondsusnõude liberaliseerimine ja notarikandidaadi puhul, kui vastavusse viimist notarile esitatud nõuetega.

Hiljuti toimus Euroopa Kohtus mitmeid vaidlusi kodakondsusnõude teemadel. Suuremaks valupunktiks sai riigi kodakondsusnõude küsimus, mille lahendas Euroopa Kohus mitmes kohtuasjas 24.05.2011 tehtud otsustega. Nimetatud otsustes analüüsis kohus liikmesriikides notari ametitegevust ja leidis sellisena, et liikmesriikides ei kuulunud notari ametitegevus sellise tegevuse alla, mis oleks otseselt ja ainuomaselt seotud avaliku võimu teostamisega, mis saaks olla aluseks riigi kodakondsusnõude kehtestamisele. Nende kohtulahendite valguses ja kasutades sarnaselt Euroopa Kohtuga sellist analüüsimise varianti, on töö järgmises peatükis analüüsitud ka Eestis notari ametitegevust saamaks vastust Euroopa Liidus päevakorral olevale küsimusele. Kusjuures huvitav on see, et vaatamata Eestis kehtestatud EL-i kodakondsusnõudele notari ametipidajate suhtes, ei pruugi see olla õigustatud ja selle põhjuseni soovibki töö autor edasise analüüsiga jõuda.

3. NOTARI AMETITEGEVUS

3.1 Ametitegevuse analüüs

Selleks, et mõista notari ametitegevuse seotust avaliku võimu teostamise kontekstis, tuleb seda kontrollida läbi tema tegevuse seotuse otsese ja eriomase osalemisega avaliku võimu teostamisel¹⁴⁷. Ametitegevuse analüüs on oluline, sest lisaks siseriiklikule ametikandja õiguslikule määratlusele annab Euroopa Kohtu hinnangul notari õigest olemusest pildi tema ametitegevuse sisu analüüs. Lisaks on notariameti koha määratlemiseks siseriiklikus õiguskorras oluline analüüsida avaliku võimu teostamise mõiste ulatust ELTL-i art 51 lg 1 tähenduses ja seejärel kontrollida, kas notari tegevus siseriiklikus õiguskorras kuulub selle mõiste alla¹⁴⁸.

Mis puudutab mõistet „Avaliku võimu teostamine“ ELTL-i art 51 lg 1 tähenduses, tuleb rõhutada, et selle mõiste hindamisel tuleb väljakujunenud kohtupraktika kohaselt võtta arvesse, et see säte näeb lubatavate asutamisevabaduse erandite puhul ette liidu õigusele omased piirid, vältimaks asutamisevabaduse osas asutamislepingu kasuliku mõju kaotamist liikmesriigi ühepoolsete sätetega¹⁴⁹. Välja kujunenud kohtupraktikast tuleneb ühtlasi ka see, et ELTL-i art 51 esimene lõik kujutab endast erandit asutamisevabaduse aluspõhimõttest ja seega tuleb seda erandit tõlgendada nii, et selle reguleerimisala piirdub sellega, mis on rangelt vajalik nende huvide kaitseks, mida see säte võimaldab liikmesriikidel kaitsta¹⁵⁰.

Selleks, et defineerida notari ametitegevust Eesti õiguskorras, analüüsib autor notari ametitegevuse seotust avalike ülesannete täitmise ja otsese ja eriomase avaliku võimu teostamise kontekstis, kuivõrd Euroopa Kohus on jõudnud enda hiljutistes lahendites seisukohale, et kui riigisiselt on notarile kehtestatud ülesannete täitmine seotud avaliku võimu teostamisega, siis on riigisiselt õigus kehtestada notaritele teatud piiranguid, mida muidu on võimalik kehtestada ainult avalikele teenistujatele ehk isikutele, kes enda töös puutuvad kokku avaliku võimu otsese ja eriomase teostamisega.

¹⁴⁷ EKo 24.05.2011, C-51/08, komisjon vs. Luksemburg

¹⁴⁸ EKo 24.05.2011, C-54/08, komisjon vs. Saksamaa

¹⁴⁹ EKo 21.06.1974, C- 2/74, *Reyners*; vt ka EKo 15.03.1988, C-147/86 komisjon vs. *Kreeka*; vt ka EKo 22.10.2009, C-438/08, komisjon vs. *Portugal*

¹⁵⁰ EKo 24.05.2011, C-54/08, komisjon vs. Saksamaa; vt ka EKo 30.03.2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*; EKo 29.11.2007, C-393/05, komisjon vs. *Austria*; EKo 29.11.2007, C-404/05, komisjon vs. *Saksamaa*; EKo 22.10.2009, C-438/08, komisjon vs. *Portugal*

Mõistmaks, kas notari ametitegevus on seotud avaliku võimu teostamisega Euroopa Kohtu praktika valguses, tuleb analüüsida notari ametitegevuse kohaldatavust avaliku võimu teostamisele või sellele kaasaaitamisele. Kusjuures mõiste "avalik võim" Euroopa Kohtu hinnangul tähendab eeskätt sunnimeetmete kohaldamise õiguse teostamist¹⁵¹. Seega notariameti määratlemiseks Euroopa Liidu õiguse kontekstis tuleb kontrollida, kas Eesti õiguskorras on notarite tegevus seotud otsese ja eriomase osalemisega avaliku võimu ja sunnimeetmete kohaldamise õiguse teostamisel ja selleks tuleb võtta arvesse kõnealuse ameti esindajate tegevuse olemust¹⁵².

Euroopa Kohtu hinnangul ei kuulu avaliku võimu teostamise alla tegevused, mis on avaliku võimu teostamise suhtes abistavad või ettevalmistavad või teatavad tegevused, mille juurde kuulub küll regulaarne ja süsteemisisene suhtlemine riigiasutuste ja kohtuga või kohustuslik osalemine nende tegevuses, kuid mis ei mõjuta nende kaalutus- ega otsustusõigust või tegevused, mis ei hõlma otsustusõiguse, sunniõiguse või sunnimeetmetekohaldamise õiguse teostamist¹⁵³. Selleks, et leida, kas notari tegevus kuulub avaliku võimu teostamise alla, tuleb analüüsida notari tegevust eelpool nimetatud aspektidest lähtudes.

3.2 Notari ametitoimingute analüüs

3.2.1 Ametitoimingud kui avaliku võimu teostamine

Riik on notarile delegeeritud õiguse tõestada isikute soovil õigusliku tähendusega asjaolusid ja sündmusi ning teha muid õiguskindlust tagavaid ametitoiminguid¹⁵⁴. Sellised tehingud on õiguskindlust tagavad ja riigipoolse kehtetusena eeldavad kindla vorminõude – notariaalse vorminõude järgmist. Lepingu notariaalne tõestamine on lepingu sõlmimise kõige tugevam vorm (TsÜS §§ 78, 81)¹⁵⁵.

Kuivõrd sellise riigifunktsiooni täitmise puhul on tegemist monopoolse seisundiga tõestamistoimingute teostamisel, saab seda lugeda põhjuseks, miks notarile antud õigus

¹⁵¹ EKo 24.05.2011, C-52/08, komisjon vs. Portugal

¹⁵² EKo 24.05.2011, C-54/08, komisjon vs. Saksamaa

¹⁵³ EKo 24.05.2011, C-53/08, komisjon vs. Austria

¹⁵⁴ Press, lk 43

¹⁵⁵ A. Alekand. *Quo vadis*, notariaalne leping täitedokumendina? Avalik kiri justiitsministrile. – Juridica 2011/VI, lk 458

selliste tehingute tegemisel kannab endal kohustuslikkuse märki ehk notar ei saa sellise tehingu tegemisest keelduda, va seaduses sätestatud juhul.

Notar teeb ametitoiminguid seda toimingut sooviva isiku või isikute taotlusel. Kuivõrd riik on kehtestanud teatud tehingute kehtivuse alusena notariaalse tehingu vorminõude, ei saa notar valida, kelle jaoks ta tehinguid tõestab või kelle jaoks mitte ja sellise tehingu tõestamisest saab notar keelduda ainult NotS-s sätestatud juhul. See tähendab, et notaril on piiratud võimalused valida enda nn „kliente“. Tõestamise tulemusena annab notar tehingutele suurema õiguskindluse, samas ka avalikkuse usaldusväarsuse ja ennetab sellega võimalike vaidluste teket, mis ongi sellisena notari tegevuse oluliseks tunnuseks¹⁵⁶. Vaatamata sellele, et Eestis kehtib teatud tehingutele notariaalne vorminõue, ei saa seda siseriikliku õiguskorra kehtestust ja notari kaasamise kohustust teatud tehingute täitmisel lugeda piisavaks, et notareid määratleda avaliku teenistujana, kuivõrd siseriiklikus õiguskorras on tavaline kehtestada teatud tehingutele kindel vorminõue¹⁵⁷. Lisaks sellele eristab Euroopa kohtu praktika notareid avalike võimu kandjatest, tunnustades, et ametliku dokumendi koostajaks võib olla avaliku võimu kandja või muu institutsioon¹⁵⁸.

Notariametis tehtavad klassikalised ametitoimingud jagunevad laias laastus tõestamiseks (täistõestusega lepingud) ja kinnitamiseks (lihttõestused)¹⁵⁹. Tõestamine ja kinnitamine notari ametitegevusena on täpselt reglementeeritud¹⁶⁰. Lisaks sellele tegeleb notar ka pärimisasjade menetlemisega. Seega notari peamine ülesanne Eesti õiguskorras on koostada ametlikke dokumente, mis tagaksid õiguskindluse ja omaksid õiguslikke tagajärgi. Notari sekkumine võib olla vabatahtlik või kohustuslik, olenevalt sellest ametliku dokumendi liigist, mida notar tõestab. Enda sekkumisega tõestab notar, et tehing vastab seaduses ette nähtud nõuetele ja asjaosalistel on olemas õigus- ja teovõime ja juriidilise isiku puhul ka esindusõigus.

¹⁵⁶ Eesti Notariaadi X aastapäev, lk 18

¹⁵⁷ EKO 17.06.1999, C-260/97, *Unibank*

¹⁵⁸ Samas

¹⁵⁹ Puri, lk 452

¹⁶⁰ Puri, lk 453

3.2.2 Tõestamistoimingud

3.2.2.1 Notariaalne tõestamine

Peamiseks notari ametitoiminguks on tehingute tõestamine. Sinna hulka kuuluvad kinnistu, ehitise või korteri omandamise või võõrandamise lepingud; hüpoteegi seadmise lepingud, pandilepingud; muud piiratud asjaõiguste seadmise lepingud; hooneühistu liikmesuse võõrandamise ja pandilepingud; äriühingute asutamislepingud, ühinemis- ja jagunemislepingud, osaühingu osa võõrandamise- ja pandilepingud; abieluvara ning abikaasade ühisvara jagamise lepingud; testamendid; volikirjad.¹⁶¹

Kinnisasjaga seotud tehingutele on Eesti õiguskorras kehtestatud notariaalne vorminõue. Sellisena on nimetatud tehingute puhul tegemist põhimõtteliselt ettenähtud vormis ametliku dokumendi koostamisega. Selline menetlus peab toimuma vastavalt TõS-s sätestatud normidele. Tõestamismenetluse käigus peab notar eelkõige kontrollima, kas on täidetud kõik dokumendi koostamiseks seaduses ettenähtud tingimused. Notariaalsel tõestamisel on kindlad protseduurireeglid nagu näiteks isikusamasuse, teo- ja otsusevõime tuvastamine, käsutusõiguste kontroll ning õiguste-kohustuste selgitamine¹⁶². Selliseid menetlusreegleid järgides ja vastavalt sellele dokumenti koostades, omab nimetatud dokument tõendusjõudu ja see dokument on täitmisele pööratav¹⁶³. Sellise dokumendi või kokkuleppe puhul on tegemist olukorraga, kus pooled otsustavad ise oma kohustuste ja õiguste ulatuse nimel seaduses sätestatud piirides, valivad omale siduvaks saava tehingu tingimused ja seejärel kirjutavad sellele põhimõtteliselt enda poolt koostatud tehingule alla¹⁶⁴. Notari sekkumine eeldab poolte varasema nõusoleku ja tahteavalduse ühtelangevuse olemasolu ja notarite tõestamistegevus ei ole sellisena seotud otsese ja eriomase osalemisega avaliku võimu teostamisel ELTL-i artikli 51 lg 1 tähenduses¹⁶⁵. Euroopa Kohtu hinnangul ei oma ka notariaalse vormi nõue tehingu kehtivuse alusena sellisel juhul tähtsust, kuivõrd siseriiklikus õiguskorras on tavaline, et erinevate dokumentide kehtivuse suhtes on ette nähtud kindlad vorminõuded ja menetlusreeglid¹⁶⁶.

¹⁶¹ Notarite Koja kodulehekülj. Arvutivõrgus: www.notar.ee/19794, 24.03.2012

¹⁶² Alekand. *Quo vadis*, notariaalne leping täitedokumendina, lk 458

¹⁶³ EKO 24.05.2011, C-54/08, komisjon vs. Saksamaa

¹⁶⁴ EKO 24.05.2011, C-61/08, komisjon vs. Kreeka

¹⁶⁵ EKO 24.05.2011, C-54/08, komisjon vs. Saksamaa

¹⁶⁶ Samas

Tõestamismenetluse käigus peab notar kõigepealt tuvastama toimingus osaleva isiku¹⁶⁷. Notariaalakti tuleb märkida nii täpsed isikuandmed, et kahtlus ja segiajamine oleks välistatud (TõS § 9). Sellise tuvastamistoimingu puhul on tegemist rangelt notari isikliku ametikohustusega, mida ta ei saa delegeerida enda büroo töötajatele¹⁶⁸. Samuti peab notar tuvastama isiku teo ja otsustusõiguse, mis on defineeritud TsÜS-is paragrahvides 8 ja 13. Mõlema olemasolul probleeme ei esine ja isik võib tehingut sõlmida. Kui isikul puudub teo- või otsustusvõime, tuleks notaril sellise tehingu tõestamisest keelduda TõS § 11 lg 1 kohaselt või kui ta pole veendunud sellistes puudustes, saab ta koostada kahtluse märkega notariaalakti TõS § 11 lg 2 kohaselt¹⁶⁹. Juriidilise isiku puhul peab notar lisaks tõestama esindaja esindusõiguse olemasolu (TõS § 12 lg 1).

Hüpoteegi seadmiseks sõlmitavale asjaõiguslepingule on samuti ette nähtud notariaalne vorminõue (AÕS¹⁷⁰ § 326). Hüpoteegiga koormatakse kinnisasja selliselt, et isikul, kelle kasuks hüpoteek on seatud, on õigus hüpoteegiga tagatud nõude rahuldamisele panditud kinnisasja arvel (AÕS § 325 lg 1). Sellise tehingu ja tehinguvormi puhul on järelikult tegemist ametliku dokumendiga ja selliste ametlike dokumentide koostamisele kehtivad samad sätted, mis eelpool kirjeldatud kinnisasjaga seotud toimingutele.

Pandiõiguse puhul koormatakse asi pandiga selliselt, et isikul, kelle kasuks pant on seatud, on õigus pandiga tagatud nõude rahuldamisele panditud vara arvelt, kui selline nõue ei ole kohaselt täidetud (AÕS § 276 lg 1). Pandiks võib olla vallas- või kinnispant (AÕS § 276 lg 2) ja pantida võib asju ja varalisi õigusi, mille pantimine ei ole seadusega keelatud (AÕS § 277 lg 1). Piiratud asjaõiguste puhul on tegemist servituudide, reaalkoormatiste, hoonestusõiguse, ostueesõiguse ja pandiõigusega (AÕS § 5 lg 1). Seega notar peab osapoolte soovil sellise tehingu tõestama ja järgima eelpool kirjeldatud reeglistikku ja tõestamiseseaduses sätestatud.

Notari institutsionaalsete kohustuste hulka tõestamistoimingute puhul kuulub ka tehingus osalejate nõustamine. Nõustamisfunktsioon kui vorminõude sätestamise eesmärk on osalejate õiguslane nõustamine juriidiliselt keeruliste tehingute juures ja seega omane notariaalse tõestamise nõudele¹⁷¹. Selline nõustamisfunktsioon on TõS-s sätestatud peaaesjalikult notari kontrollimis- ja selgitamiskohustusena. Euroopa Kohtu hinnangul ei ole selline notari tegevus

¹⁶⁷ Press, lk 45

¹⁶⁸ Press, lk 45

¹⁶⁹ Press, lk 45

¹⁷⁰ RT I 1993, 39, 590

¹⁷¹ U. Volens. Mütigileping. Tallinn: Äripäeva Kirjastus 2005, lk 45

õigusnõustamisel ja abistamisel nimetatud dokumentide koostamisel või kokkulepete tõestamisel omistatav avaliku võimu teostamisele, seda ka mitte juhul, kui notar on seaduse alusel selliseks nõustamiseks või abi andmiseks kohustatud¹⁷². Mis puutub nimetatud tehingute tõestamisel koostatud notariaalakti tõendusjõudu ja täitmisele pööratavust, siis on notariaalaktil selle õiguslike tagajärgede tõttu kindlasti olulised õiguslikud tagajärjed. Vaatamata sellele ei piisa Euroopa Kohtu hinnangul asjaolust, et notari tegevuse ühe tagajärjedena on selliste dokumentide koostamine, et seda tegevust saaks pidada otseselt ja eriomaselt seotuks avaliku võimu teostamisega ELTL-i artikli 51 esimese lõigu tähenduses.

Aastal 2009 tehtud notariaadiseaduse muudatustega lisandus notari ametitoimingutele abielu sõlmimise ja lahutamise kinnitamine. Muudatusega käigus täiendati seadust sättega, mille kohaselt kinnitab notar isikute taotlusel perekonnaseisutoimingute seaduses¹⁷³ sätestatud korras abielu sõlmimist ja lahutamist ning koostab abielukande ja abielulahutuse kande¹⁷⁴. Üldjuhul soovitakse notari juures sõlmida või lahutada abielu juhul, kui tulevased või praegused abikaasad on ühtlasi kokku leppinud mingi omavahelise tehingu tegemises. Sellisena on notari juures abielu sõlmimise või lahutamise võimalus pooltele kindlasti kõige sobivam ja mugavam variant, kuivõrd nad saavad samas korda ajada ka abieluga seotud muud dokumendid. Samas ei ole notari poolt abielu sõlmimine ega lahutamine seatud sõltuvusse notari juures tehingu tegemisest, kuivõrd isikud võivad soovida minna notari juurde abielu sõlmima või lahutama ka ilma olemasoleva tehingu tegemise soovita¹⁷⁵. Kuigi abielu sõlmimise kinnitamine ja lahutamine on notarile kohustuslik ametitoiming on abielluda soovijatel võimalus notari nõusolekul sõlmida abielu ka väljaspool notari ametiruumi¹⁷⁶. Selline võimalus on olemas tingimusel, et notar on nõus sõlmima abielu väljaspool bürood, millisena on abielu sõlmimine väljaspool ametiruumi notari vabatahtlik, mitte aga kohustuslik toiming. See on üks aspekt, mis eristab notareid perekonnaseisuametnikest, kelle põhirolliks abielude sõlmimine ja lahutamine muidu on.

Vaatamata sellisele ametitoimingu sooritamise kohustusele, ei ole notar perekonnaseisuametnik, vaid ta täidab abielu sõlmimise ja lahutamise seotud perekonnaseisuasutuse ülesandeid¹⁷⁷. Lisaks kõrgele riiklikult kontrollitud kvalifikatsioonile

¹⁷² EKo 24.05.2011, C-51/08, *komisjon vs. Luksemburg*; vt ka EKo 21.06.1974, C-2/74, *Reyners*

¹⁷³ RT I 2010, 30, 177

¹⁷⁴ Notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri

¹⁷⁵ Samas

¹⁷⁶ Samas

¹⁷⁷ Samas

on notaritel abielu kinnitamisel ja lahutamisel vajalik tunda ka nimeõigust ja kannete tegemiseks vastavaid rahvastikuregistri seaduse¹⁷⁸ norme ning osata kasutada rahvastikuregistri infosüsteemi¹⁷⁹. Perekonnaseisuametnik on avalik teenistuja, kuivõrd perekonnaseisutoiminguid võib teha isik, kes vastab avaliku teenistuse seaduses sätestatud nõuetele ja kes on sooritanud vastavasisulise eksami, peale mida regionaalminister on talle andnud õiguse teha perekonnaseisutoiminguid (perekonnaseisutoimingute seadus¹⁸⁰ § 4 lg 2). Perekonnaseisuametnikuks on perekonnaseisuasutuse ametnik (PKTS § 4 lg 1) ja perekonnaseisuasutusteks on valla- ja linnavalitsus, maavalitsus, Eesti välisesindus ja Siseministerium (PKTS § 3 lg 2).

Kuigi notar teeb ainult NotS § 29 p 7 nimetatud perekonnaseisutoiminguid, teeb ta neid toiminguid perekonnaseisutoimingute seaduse alusel ja korras. Ka perekonnaseaduses¹⁸¹ on sätestatud abielu kehtivuse aluseks see, et abielu sõlmimise peab kinnitama perekonnaseisuametniku pädevusega isik, kuivõrd vastasel juhul on abielu tühine (PKS § 10 p 2). Kas sellisel juhul ei täida notar mitte avalikke ülesandeid ja ei teosta avalikku võimu, kuivõrd abielus sõlmimine kui selline on olnud traditsiooniliselt riigi ülesanne ja pädevus? Ja kas sellisel juhul on kehtiv notari poolt kinnitatud abielu, kui notarit Eesti õiguskorras riigiametnikuks ei peeta? Vaatamata sellele, et abielu sõlmimine kui selline on Eestis olnud traditsiooniliselt riigi ülesanne loetakse perekonnaõigust eraõiguse haruks. Kuivõrd abielu puhul on tegemist kahe inimese vahelise tõestatud tehingu sõlmimisega, ei erine abielu kinnitamine kuigivõrd notari ametitegevuse raames tõestamistehingust: pooled pöörduvad notari poole, kui neil on olemas tahe sellist lepingut sõlmida; nad lepivad kokku tehingu tingimustes ja notar peab järgima ka sellise tehingu tõestamisel üldist seadusele vastavust jms, mis on notarile ametitegevuse käigus kohustuslik. Autori hinnangul pole notari ametitegevuse käigus abielu sõlmimise kinnitamine ja abielulahutus kuigivõrd erinev muust notari ametitegevuse käigus tehtud tõestamistoimingust.

Lähtudes eelnevast ja tõestamisõiguse sätetest saab öelda, et Eesti õigusnormide kohaselt on notarite peamine tegevus Eesti õiguskorras seaduses ettenähtud vormis ametlike dokumentide koostamine. Selleks, et koostada selline ametlik dokument peab notar kõigepealt kontrollima, et oleks täidetud kõik sellise dokumendi koostamiseks seaduses ette nähtud tingimused. Seega Eesti õiguskorras, tõestamistoimingu raames, tuvastab notar osalejate isikusamasuse,

¹⁷⁸ RT I 2000, 50, 317

¹⁷⁹ Notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri

¹⁸⁰ RT I, 19.12.2012, 10

¹⁸¹ RT I, 27.06.2012, 12

rakendab nõustamis- ja kontrollimiskohustust, koostab seaduses vorminõuete kohase dokumendi ning tuvastades poolte vaba tahte tehingu tegemiseks, laseb osalejatel tehingu enda juuresolekul allkirjastada. Arvestades eelnevat, sekkub notar alles pooltevahelise tahteavalduse ühtelangevuse olemasolul tehingu tõestamisse. Selline notarite tõestamistegevus ei ole Euroopa Kohtu hinnangul seotud otsese ja eriomase osalemisega avaliku võimu teostamisel ELTL-i artikli 51 esimese lõigu tähenduses¹⁸². Samas eristab Euroopa Kohus notareid ka avaliku võimu kandjatest, tunnustades, et ametliku dokumendi koostajaks võib olla avaliku võimu kandja või riigi volitatud muu institutsioon¹⁸³.

Teisalt võib tõusetuda küsimus, et kui teatud tehingutele on sätestatud notariaalne vorminõue, kas siis ei võiks olla tegemist otsese avaliku võimu teostamisega? Euroopa Kohtu hinnangul on siseriiklikus õiguses tavaline kehtestada erinevate dokumentide kehtivuse suhtes teatud tingimused vorminõuetele ja teatud kohustuslikud menetlusnõuded nende tehingute kehtivaks muutmiseks¹⁸⁴. Nimetatud seisukoht ei ole aga Euroopa Kohtu hinnangul piisav toetamaks väidet, et sellise menetlusõigusliku nõude täitmine on notari poolt avaliku võimu teostamine¹⁸⁵. Lisaks on ka Euroopa Komisjoni hinnangul tõestamine üksnes pooltevahelise eelneva kokkuleppe kinnitamine ja tähtsust ei oma asjaolu, et teatavate dokumentide puhul on tõestamine kohustuslik, kuna paljud menetlused on kohustuslikud, ilma et need oleksid avaliku võimu teostamise väljenduseks¹⁸⁶.

Eelneva arutluse põhjal ja Euroopa Kohtu praktika hinnangul täidab notari tõestamisõiguslik tegevus üldise huvi eesmärki, milleks on eraõiguslike isikute toimingute ja huvide õiguspärasuse ja õiguskindluse tagamine¹⁸⁷. Vaatamata sellele, et notari tegevusel on üldise huvi eesmärk ei saa konkreetset tegevust pidada otseselt ja eriomaselt seotuks avaliku võimu teostamisega, kuivõrd siseriiklikus õiguskorras kaasneb erinevate reguleeritud kutsealade tegevustega sageli kohustus järgida üldist huvi, ilma, et need tegevused oleksid siiski seotud avaliku võimu teostamisega¹⁸⁸.

¹⁸² EKo 24.05.2011, C-50/08, *komisjon vs. Prantsusmaa*

¹⁸³ EKo 24.05.2011, C-53/08, *komisjon vs. Austria*

¹⁸⁴ EKo 24.05.2011, C-54/08, *komisjon vs. Saksamaa*

¹⁸⁵ Samas

¹⁸⁶ EKo 24.05.2011, C-50/08, *komisjon vs. Prantsusmaa*

¹⁸⁷ EKo 24.05.2011, C-54/08, *komisjon vs Saksamaa*

¹⁸⁸ Samas

3.2.2.2 Notariaalne kinnitamine

Notariaalne kinnitamine on üks notari tõestamistegevuse vormidest. Notariaalset kinnitamist reguleerib samuti TõS ja seda eristab notariaalsest tõestamisest see, et kinnitamise puhul on põhimõtteliselt tegemist lihttõestusega. TõS § 38 kohaselt on asjaolude notariaalne kinnitamine nimetatud notariaalmärkena. Selliste kinnitamist vajavateks asjaoludeks võib olla allkirja, dokumendi esitamise aja, avaliku registri andmete, ära kirja õigsuse, isiku elusoleku, teatud kohas viibimise, avalduse ja teate edastamise, dokumendi tõlke õigsuse ja muude lihtsate asjaolude kinnitamine¹⁸⁹. Allkirjaõigsuse kinnitamisel on notaril TõS § 39 lg 2 kohaselt piiratud selgitamis- ja kontrollimiskohustus ja seega peab notar dokumenti, millel olevat allkirja kinnitatakse kontrollima vaid niipalju, et selgitada välja võimalik alus ametitoimingust keeldumiseks (TõS § 4)¹⁹⁰.

Seega kinnitamistoimingute puhul on veel enam tegemist kõigest kehtestatud notariaalse vorminõude ja menetluseeskirjade järgimisega, kuivõrd sellise notariaalse kinnitamistoimingu puhul ei pea notar isegi kontrollima selle akti sisu, millele antavate allkirjade õigsust ta kinnitab. Notar kinnitab vaid seda, et allkirja on andnud ikka see kindel inimene. Sellisena ei saa notariaalset kinnitamist kindlasti lugeda avaliku võimu teostamiseks ELTL-i art 51 lg 1 tähenduses, kuivõrd kinnitamise puhul ei sekku notar absoluutselt osapooltevahelisse tehingusse, vaid kinnitab kõigest nende allkirja õigust.

Aastal 2009 vastu võetud notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seadus lisas notarile ametitegevusse veel ühe kinnitamistoimingu, milleks on dokumendi kinnitamine tunnistuse ehk *apostille`ga*. *Apostille`* on tunnistus, millega kinnitatakse dokumendile alla kirjutatud isiku pädevust ning see kinnitatakse püsivalt dokumendi külge¹⁹¹. Apostillida võib avaliku dokumendi originaali, notariaalselt või ametlikult kinnitatud ära kirja ja väljatrükki või väljavõtet¹⁹². Avalik dokument tuleb apostillida riigis, kus see on välja antud¹⁹³. Kui varem kinnitasid Eestist välisriikidesse kasutusele minevaid dokumente erinevad ministeeriumid, millest enamus asus Tallinnas, siis 2009. aastal tehtud seadusmuudatusega anti apostillimispädevus notaritele. *Apostille`* väljastamine on reguleeritud Justiitministri 27.11.2009. aasta määrusega nr 38 „Eesti avaliku dokumendi tunnistuse ehk apostille`ga

¹⁸⁹ Press, lk 66

¹⁹⁰ Samas, lk 66

¹⁹¹ Notarite Koja kodulehekül, 3.04.2012

¹⁹² Samas, 3.04.2012

¹⁹³ Samas, 3.04.2012

kinnitamise ja kehtetuks tunnistamise kord¹⁹⁴. Erandina ei saa notar väljastada tunnistust enda poolt tõestatud või kinnitatud dokumendile¹⁹⁵. Selline vahetegu tagab dokumentide usaldusväärsuse, kuivõrd *apostille`* mõte seisnebki selles, et üks isik kinnitab teise isiku antud allkirja õigsust ja seda, et selline ametiisik tõepoolest eksisteerib¹⁹⁶. Oluline on siinkohal üle korrata, et *apostille`* ga ei kinnitata dokumendi sisu õigsust.

Siinkohal tekib küsimus, kas *apostille`* ga kinnitamise korral võiks olla tegemist avaliku võimu teostamisega, kuivõrd varem tegelesid sellise kinnitamistegevusega riigi institutsioonina vastavad ministeeriumid nagu Haridus- ja Teadusministeerium, Justiitsministeerium, Siseministeerium, Sotsiaalministeerium ja Välisministeerium? Autori hinnangul on dokumendi kinnitamine tunnistusega samaväärne muu notari ametitoiminguga, mille käigus kinnitatakse dokumendile alla kirjutanud isiku samasust ja allkirjastamise pädevust. Kuivõrd dokumendi kinnitamiseks *apostille`* ga tuleb esitatud dokumendil olevat dokumendi kinnitaja allkirja ja pitsarit võrrelda pädevale asutusele esitatud vastava isiku allkirja- ja pitserinäidisega¹⁹⁷, siis sellise kinnitamistoimingu puhul on tegemist natuke erineva regulatsiooniga, kui muidu isiku samasuse tuvastamisel, mille korral tuleb tuvastada isiku samasus esitatud dokumendi alusel. Vaatamata sellele ei erine *apostille`* ga kinnitamine muus osas, sest *apostille`* ga kinnitamisel kehtivad notarile samad ametikohustused, mis muul kinnitamistoimingul ja samas ei kinnita notar sellisel juhul ka dokumendi sisu õigsust, vaid ainult allkirja õigsust.

3.2.3 Pärimisasjade menetlemine

Pärimisasjade lahendamisel on notari poolt tehtavad tõestamistoimingud hõlmatud vastavate ametikohustustega. Lisaks tõestamistoimingu käigus tehtavale lasuvad notaril veel mitmed tehnilisemat laadi ametikohustused, milledeks on teatamiskohustused, pärandi inventuuri määramise otsus, pärimisõiguse tunnistuse väljaandmise käigus tehtavad toimingud jmt.

Pärimisasjade menetlemist reguleerib pärimisseadus¹⁹⁸ ja pärimisseadusest tulenevate notari ametitoimingute tegemise ja pärimisregistri pidamise kord¹⁹⁹. Mõlemad õigusaktid võeti vastu

¹⁹⁴ RTL 2009, 89, 1296

¹⁹⁵ Eesti avaliku dokumendi tunnistuse ehk *apostille`* ga kinnitamise ja kehtetuks tunnistamise kord § 2 lg 2

¹⁹⁶ Notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri

¹⁹⁷ Samas

¹⁹⁸ RT I 2008, 7, 52

aastal 2010 ja PärS sätestab pärimismenetluse läbiviijana notarit, juhul kui pärandaja viimane elukoht enne surma oli Eestis (PärS § 165 lg 2). Kusjuures huvitav on see, et nimetatud õigusaktide eelkäijad (pärimisseaduse eelmine redaktsioon ja pärimisseadusest tulenevate notari ametitoimingute tegemise kord) sätestasid pärimismenetluse läbiviijana kohtuvõimu²⁰⁰ ja selles valguses eeldab autor, et enne nimetatud aktide vastuvõtmist loeti pärimismenetlust kohtuvõimu pädevusse kuuluvaks avaliku võimu teostamiseks. Kusjuures Euroopa Komisjoni hinnangul on avalik võim võrdsustatud kohtuvõimuga²⁰¹. Selles valguses võiks mõeldav olla ka see, et kuivõrd Eestis oli varasemalt pärimismenetlus antud kohtute pädevusse, siis notarid kohtu ”õigusjärglastena” võiksid teostada avalikku võimu.

Euroopa Kohus on pärimisasjade menetlemise avalik-õigusliku võimu teostamise kontekstis võtnud kaks seisukohta: ühest küljest leiab ta, et testamendi täitmisega seotud tegevus kujutab endas osalemist avaliku võimu volituste teostamisel²⁰². Samas tuleb vaadata ka seda konteksti, kus toimub see kindel avaliku võimu volituste teostamine. Kui selline avaliku võimu volituste teostamine toimub teatud isikutele antud õiguste kogumis, kus sellistele isikutele ongi erandolukorras antud avaliku võimu teostamise volitused, siis ei pruugi see kohtu hinnangul tähendada sama, mis teistele isikutele antud õigused sisuliselt samade toimingute tegemisel. Seega Euroopa Kohtu hinnangul ei kuulu notari testamendi täitmise menetlus avaliku võimu teostamise hulka ja selles valguses võib ka Eesti õiguskorras notaritele antud õiguse pärimisasjade menetlemisel jätta avaliku võimu teostamise kontekstist välja, kuivõrd Euroopa Kohtu hinnangul pole notarite tegevus pärimisasjade menetlemisel seotud avaliku võimu teostamisega²⁰³.

¹⁹⁹ RTL 2008, 101, 1435

²⁰⁰ Press, lk 52

²⁰¹ EKo 24.05.2011, C-51/08, *komisjon vs. Luksemburg*

²⁰² EKo 30.09.2003, C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola*

²⁰³ EKo 24.05.2011, C-51/08, *komisjon vs Luksemburg*

3.3 Ametiteenuste osutamise analüüs

Võrreldes notari praegust tegevust tema esialgse riigiteenistuja funktsiooniga, võib selles täheldada järjest kiiremat arengut eraõigust puudutavate toimingute suunas²⁰⁴, mis võib omakorda olla aluseks notariameti pidajat vaba elukutse esindajana määratleda. Ametiteenuste osutamist loetaksegi pigem eraõigust puudutavate toimingute sooritamiseks, kuivõrd ametiteenuste osutamine on notarile vabatahtlik ja seega kaob ära riigi funktsiooni teostamisega seotud kohustuslikkus. Vaatamata sellele, et ametiteenuste osutamine on notari poolt vabatahtlik on oluline siinkohal märkida, et ka ametiteenuste osutamisele kehtivad notari ametitegevusele esitatud nõuded, sealhulgas ka institutsionaalsed ametikohustused, ja ka ametiteenuste ostuamisel on säilinud teatud ulatuses riigi kontrollifunktsioon, näiteks abielude sõlmimisel. Samas liigitades ametitegevust pigem eraõiguse valdkonda kuuluvaks seoses ametiteenuste osutamise vabatahtlikkusega, ei saa ära unustada seda, mis on eraõigus ja mis avalik-õigus või siis täpsemalt seda, millist ametitegevust me saame eraõiguse alla liigitada ja millist mitte. Seega avab autor selles alapeatükis laiemalt notari poolt osutatavate ametiteenuste nimistu ja analüüsib ametiteenuste osutamist ning annab oma hinnangu ametiteenuste osutamise käigus tehtud toimingute era- või avalik-õigusliku suhte olemasolu või puudumise kohta. Ametiteenuste analüüsi olulisus tuleneb ka sellest, et kuigi hetkel ei kehti Eesti Vabariigis tegutsevatele notaritele Eesti kodakondsusnõue, vaid EL-i oma ja selline nõue kaotati notaritelt 2008. aastal, võib olla põhjendamatu sellise nõude kaotamine peale ametiteenuste osutamise pädevuse andmist notaritele, kelle ametitegevusega võib nüüd olla seotud avaliku võimu teostamine ELTL-i art 51 lg 1 tähenduses ja sellisena oleks võimalik ja ka vajalik riigi kodakondsuse olemaolu.

Ametiteenuste osutamine lisandus suuremalt osalt notari ametitegevusele 2009. aastal vastu võetud notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seadusega. Notari pädevuse laiendamisel olid järgmised eesmärgid: pädevuse laiendamine kõrvaltegevustega muutis ametipidamise paindlikumaks ja samas atraktiivsemaks nii notarite kui ka klientide jaoks; pädevuse laiendamine edendab juristide konkurentsi: nt õigusnõustamine nii notari kui ka advokaadi poolt; klient saab ühest kohast rohkem erinevaid teenuseid ja samas allutatakse reguleerimata kõrvaltegevused riiklikule kontrollile²⁰⁵. Seega, vaatamata üha enam tsiviilõiguse poole kaldumisele oli üheks eesmärgiks uute valdkondade riigikontrollile allutamine.

²⁰⁴ Schwachtgen, lk 29

²⁰⁵ Notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri

Notarite poolt pakutavad ametiteenused on õigusnõustamine väljaspool ametitoimingut; maksundus- ja välismaa õiguse alane nõustamine; dokumendi tõlke õigsuse kinnitamine; enampakkumise-, hääletamise-, loosimise- ja liisuheitmise läbiviimine ning tulemuste tõestamine; avalduse ja teate edastamine ning tõendi väljaandmine sellise edastamise toimumise kohta; raha, väärtpaberite, dokumentide ja muude esemete hoiule võtmine; vannutamine ja vande all antava tunnistuse tõestamine; tegutsemine vahekohtunikuna ja lepitamine vastavalt lepitusseadusele²⁰⁶.

Õigusnõustamine väljaspool ametitoimingut on pigem advokaadi tööle sarnanev tegevus ja sellisena kirjutati ka muudatuse tegemise seaduse eelnõu seletuskirjas põhjenduseks muuta juriste konkurentsi efektiivsemaks. Ka advokaadi üheks kutsetegevuseks on õigusnõustamine (AdS²⁰⁷ § 40 lg 1). Lisaks võimalusele valida sellise teenuse osutamist, on notaril õigus valida ka seda, kellele ta õigusnõustamise teenust osutab. Samuti on tal õigus valida tasu, mis ta sellise teenuse osutamise eest soovib saada. Notaripoolne õigusnõustamine hõlmab lisaks suulisele nõustamisele ka isiku jaoks dokumendi koostamist, maksekäsu kiirmenetluse avalduse esitamist kohtule, isiku esindamist haldusmenetluses ja kohtus registriasja lahendamisel²⁰⁸. Notari õigusnõustamise teenuse pakkumise eesmärki on põhjendatud ka kui õigusabi kättesaadavust mitte nii atraktiivses piirkonnas, kus ei pruugi paikneda õigusabi vajalikkuse vähesuse tõttu advokaate või juriste, kuid on olemas notarid, kellel vaatamata kutse eripärale on siiski olemas kõrge kvalifikatsiooniga õigusharidus.

Lepitamine notari ametiteenusena kerkis samuti päevakorda 2009. aastal tehtud NotS muudatustega, kui selline punkt ametiteenuste hulka lisati. Lepitusmenetluse (ingl k *conciliation*) puhul teeb notar poolte vahel lepitustööd, pakkudes ka ise lisaks pooltevahelisele kokkuleppe jõudmisele välja endapoolseid lahendusi. Notar esineb lepitusmenetluses neutraalse kolmanda isikuna. Lepitusmenetlusele kehtivad lepitusmenetluse sätted ja selle kohaselt peab notar, kes soovib osutada lepitusmenetluse teenust registreerima ennast Notarite Kojas lepitajana (LepS § 16 lg 1). Notari lepitustegevusele kohaldatakse lisaks lepitusseaduse sätetele ka notari ametitegevust reguleerivaid sätteid, sealhulgas notari lepitustegevuse käigus kaasneva varalise vastutuse suhtes (LepS § 16 lg 3). Samas ei ole selle menetluse puhul kolmandal isikul pädevust langetada poolte suhtes nende tahte vastaselt siduvaid otsuseid, vaid lõpliku otsuse teevad vaidlevad pooled ise ja notar kolmanda isikuna

²⁰⁶ Notarite koja kodulehekülj, 23.03.2012

²⁰⁷ RT I 2001, 36, 201

²⁰⁸ Notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri

võib selle otsuse vastavalt riigi õigusele kinnitada²⁰⁹. Euroopa Kohtu praktika kontekstis ei ole notari tegevus sellisena, kus ta tegelikult kinnitab poolte tahte kohaselt nende kokkuleppe, mingil määral seotud avaliku võimu teostamisega ELTL-i artikli 51 lg 1 tähenduses, kuivõrd notar kinnitab poolte varem kokku lepitud tahte ja tal pole õigust seda ilma poolte nõusolekuta muuta.

Lisaks lepitustegevusele võib notar tegutseda ka vahekohtunikuna. Vahekohtumenetluse teenuse osutamine on notarile samuti vabatahtlik ametiteenus. Vahekohtuniku rolliks loovad notari sõltumatuse garantii ja vastutuse regulatsioon igati sobiva aluse²¹⁰. Vahekohtuniku teenust võib notar osutada ainult Notarite Koja kaudu, kuivõrd Notarite Koja lepitus- ja vahekohust loetakse alaliselt tegutsevaks vaidluste kohtuvälise lahendamise organiks²¹¹. Eestis toimuvat vahekohtumenetlust reguleerib tsiviilkohtumenetluse seadustiku²¹² XIV osa ja selle kohaselt tunnustatakse ja täidetakse Eestis alaliselt tegutseva vahekohtu menetluses tehtud otsust ilma kohtu poolt tunnustamata ja täidetavaks tunnistamata (TSMS § 753 lg 1). Seega on vahekohtu poolt tehtud otsusel pooltele samasugune toime nagu jõustunud kohtuotsusel (TSMS § 746 lg 2). Järelikult notar ametiteenuse osutamise käigus vahekohtunikuna tegutsedes võtab vastu tunnustatavaid ja täidetavaid otsuseid, kuivõrd vahekohus, kus notar tegutseb asub Notarite Koja juures ja on alaliselt tegutsev. Siinkohal tekib küsimus, kas sellisena võib notar olla riigivõimu täideviijaks, kuivõrd notar põhimõtteliselt tegutseb samasugustel alustel nagu kohus ja samamoodi tunnustatakse ja täidetakse seda notari osavõtul vahekohtus tehtud otsust kui tavalist kohtuotsust? Vahekohtunikuna tegutsedes täidab notar põhimõtteliselt kohtuniku rolli ja kohtunikule kohaldatakse avaliku teenistuse seaduses sätestatud niivõrd, kuivõrd KS ei sätesta eraldi regulatsiooni (KS § 8 lg 2). See omakorda tähendab, et kohtunikke Eesti õiguskorras peetakse riigiteenistujateks ja kohtunikule on esitatud riigi kodakondsusnõue, kuivõrd KS-i järgi võib kohtunikuks nimetada vaid Eesti Vabariigi kodaniku (§ 47 lg 1). Arvestades seda uut ametiteenust, kuivõrd tegemist on ametiteenusega alates aastast 2009 ja selle ametiteenuse osutamise valikulist võimalikkust, saame notarit pidada pigem riigiteenistujaks ja otseselt riigivõimu täideviijaks. Samas tekib küsimus: kui notaryl on võimalus tegeleda sellise ametiteenuse osutamisega, mis põhjendatult on tavapäraselt Eesti kodakondsusega isiku pädevuses, kas siis on põhjendatult kaotatud Eestis tegutsevatele notarile kodakondsusnõue? Autori hinnangul tuleks uute ametiteenuste üleandmisega notarile vaadata üle ka notarile

²⁰⁹ Samas

²¹⁰ Samas

²¹¹ Samas

²¹² RT I 2005, 26, 197

esitatud nõuete põhjendused, eelkõige just kodakondsuse kaotamine, kuivõrd kodakondsusnõue kaotati notarile esitatud nõuetest aastal 2008 ja ametiteenuste osutamine lisandus notari võimaluste hulka 2009. aastal ehk 1 aasta peale nimetatud nõude kaotamist.

Hoiustamist notari ametitegevuses saame jagada kaheks: esimene neist toimub ametitoimingu tegemisel ja teine on ametiteenusena osutatav hoiustamisteenus. Enne ametiteenuste tegemise õiguse saamist notarid ametitoiminguväliselt hoiustamisteenust ei osutanud ja hoistamine oli tõestamistoiminguga kaasnev ametikohustus (NotS § 35 lg 2). Hoiustamisteenus lisandus ametiteenusena, kuivõrd praktikas oli varasemalt küllaltki palju pöördutud notari poole sooviga hoiustada ka väljaspool ametitoimingu²¹³. Hoiustamise puhul võtab notar hoiule raha (va sularaha), väärtpabereid ja dokumente (NotS § 35 lg 1). Siinkohal leiab autor, et notari tegevuses sellisena ei ole oluline analüüsida avalik-õigusliku suhte olemasolu notari ja kliendi vahel, kuivõrd hoiustamistevõime ei kujuta endas avaliku võimu teostamist ja kuivõrd hoiustamistevõime ametiteenusena on välja kasvanud notari tõestamistevõimest ja notari tõestamistevõimest sellisena ei loeta avaliku-võimu teostamiseks.

Lisaks päris uutele ametiteenustele lisandus 2009. aastal tehtud muudatustega NotS-sse ametiteenusena ka varem ametitoiminguena pakutavad teenused. Muudatuste põhjuseks oli toimingu osutamise harv vajadus. Sellisteks "uuteks" notariaalseteks teenusteks said: enampakkumine, hääletamine, loosimine, liisuhitmine, ja vannutamine. NotS-e kohaselt toimub enampakkumise, hääletamise, loosimise ja liisuhitmise läbiviimine ning tõestamine tõestamiseseaduse alusel (NotS § 32 lg 3 p 5). Vannutamine ametiteenusena kujutab endast ükskõik millise selleks vajadust nägeva isiku soovil tehtavat vannutamist või siis vande all antava kirjaliku tunnistuse tõestamist²¹⁴. Siinkohal saab nimetatud ametiteenused paigutada sarnasuseslt notariaalse tõestamise või isegi kinnitamise alla ja seega ei ole ilmselt mõttekas nimetatud toiminguid käsitleda avaliku võimu teostamisena, kuivõrd eespool leidis autor toetudes Euroopa Kohtu hinnangule notari olemust analüüsides, et notariaalne tõestamistevõime ja kinnitamine ei kuulu sellisena avaliku võimu teostamise alla eelkõige ETL-i artikli 51 lg 1 mõistes.

Avalduse ja teate edastamise korral notar ametiteenuse osutamise käigus notar kinnitab sellise avalduse või teate edastamise sisu, mitte ainult selle saatmist ja sellisena avardab notari

²¹³ Notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri

²¹⁴ Samas

tegevus isikute võimalusi edastada teateid²¹⁵. Notari ametitegevust sellisena ei saa kindlasti määratleda avaliku võimu teostamisena ja sama kehtib ka notari ametiteenusena osutatava tõlke õigsuse kinnitamise kohta, mida üldiselt saabki lugeda kinnitamistoiminguks.

Toetudes eelnevale tekib küsimus: kas arvestades notari ametiteenustena osutatavat abielu sõlmimise ja lahutamise teenust ning vahekohtunikuna tegutsemist on õigustatud notari kodakondsusnõude kaotamine ja riigiteenistujaks mitte nimetamine? Kui EL-i õiguse kohaselt on riigil õigus kehtestada riigi kodakondsuse nõue isikutele, kes oma töös teostavad avalikku võimu (ELTL-i art 51 lg 1), kas siis on õigusega kaotatud Eesti notaritelt ära kodakondsuse nõude olemasolu, kui notar ametiteenuse osutamise käigus teostab otsesest ja vahetut avalikku võimu? Kusjuures oluline oleks siinkohal mainida ka ELTL-is art-is 51 lg-s 1 sätestatud, mis kehtestab kodakondsuse nõude õiguse ka isikute suhtes, kes seda avalikku võimu ei teosta oma töös pidevalt. Autori hinnangul on selline kodakondsusnõude kaotamise otsus notarite suhtes tehtud kiirustades, kuivõrd enne 2009. aastat tehtud muudatusi võis määratleda notari ametitegevust kui mitte avaliku võimu teostamist, kuid peale nimetatud muudatusi on notari tegevus ametiteenuste osutamisel ilmselgelt seotud avaliku võimu teostamisega selle kõige otsesemas tähenduses tegutsedes vahekohtunikuna ja abielu sõlmimise ja lahutamise kinnitajana.

3.4 Eesti võimalikud seisukohad käsitletud Euroopa Kohtu otsuste le

Eestis kehtiva notariaadiseaduse kohaselt on Eestis tegutsev notar avalik-õigusliku ameti kandja, sõltumatu ametiisik, kes pole riigiametnik ega ettevõtja (§ 2 lg-d 1, 3). Samas astus Eesti Vabariik Euroopa Kohtu vaidlusesse Saksamaa Liitvabariigi toetuseks, kelle kohta kaebas Euroopa Komisjon seoses diskrimineeriva käitumisega liikmeriikidest tulnud isikute suhtes. Nimelt ei olnud Liitvabariik notariametile kohaldanud liidus kehtivat ELTL-i artiklit 49 ja direktiive 89/48/EMÜ ja hilisemat 2005/36/EÜ. Nimetatud sätted koostoimes kehtestavad asutamisevabaduse liikmesriikidest tulnud isikute suhtes, kes soovivad töötada Liitvabariigis notaritena ja sellisena ei tohiks notarina tegutsejate suhtes kehtida Saksamaa Liitvabariigi kodakondsusnõue, kuivõrd Saksamaal kehtiva õiguse ja notari ametitegevuse analüüsi tulemusena leidis Euroopa Kohus, et Saksamaal ei ole notarina tegutseja seotud

²¹⁵ Samas

vahetult avaliku võimu teostamisega ja seda eelkõige ELTL-i artikli 51 lg 1 mõistes. Saksamaa Liitvabariik oli notariameti kandjatele kehtestanud kodakondsusnõude, mis on vastuolus ELTL-i artikliga 49, mis sätestab endas võrdse kohtlemise põhimõtte asutamisevabaduse mõistes liikmesriikidest tulnud kodanike ja riigi kodanike suhtes. See kodakondsusnõude kehtestamine tähendabki Saksamaa Liitvabariigi poolt diskrimineerivat käitumist teistest liikmesriikidest tulnud notarina Saksamaal töötada soovivate isikute suhtes.

Eestis kehtiv notariaadisüsteem on suurel määral üle võetud Saksamaal selle ametikandja kohta sätestatust. Vaatamata sellele pole Eestis kehtestatud notarile riigi kodakondsusnõuet, vaid selle ametikandja suhtes kehtib Euroopa Liidu kodakondsuse nõue. Eestis kaotati notarite kodakondsusnõue aastal 2008 vastu võetud notariaadiseaduse redaktsiooniga ja notari kandidaadi kodakondsusnõue 2009. aastal vastu võetud notariaadiseaduse redaktsiooniga. Saksamaal on notaritele kehtestatud Saksamaa Liitvabariigi kodakondsusnõue, millega on rikutud Liidus kehtestatud asutamisevabadust ja sellest tulenevat nõuet tagada liikmeriikidest tulnud isikutele ettevõtlusega tegelemiseks või töötamiseks samad tingimused, mis Saksamaa kodanikel nagu seda nõuab ELTL-i artikkel 49. Seega tekib küsimus, kas Eesti astumine vaidlusesse Saksamaa Liitvabariigi toetajana oli õigustatud, kuivõrd Eesti ise täidab kodakondsusnõuet ja samas pole Eesti seadusandluses sätestatud notarit kui avalikku teenistajat? Samas ei ole notarit avaliku teenistujana sätestatud ka Saksamaal.

Saksamaal tegutsevad notarid vaba elukutse esindajatena ja sõltumatute ametiisikutena (BnotO²¹⁶ § 1), Eestis on notarid määratletud, kui avalik-õigusliku ameti kandjad, sõltumatud ametiisikud (NotS § 2 lg 1). Mõlemas riigis saavad notarid seaduses määratud tasu (BnotO § 17 lg 1, NotTS §) ja talle määratakse tegutsemiseks kindel tegevuskoht (BnotO § 10 lg 1, 2). Samuti kehtib notaritele *numerus clausus* põhimõte (BnotO § 4, NotS §). Saksamaal vastutab notar ainuisikuliselt oma ametitegevusega tekitatud kahju eest ja riigivastutus on välistatud (BnotO § 19 lg 1), Eestis vastutab notar isikuliselt süüliselt tekitatud kahju eest (NotS § 14 lg 1, 4), muus osas katab kahju hüvitamise kannatanule vastutuskindlustusleping (arvestades NotS-s kehtestatud ülempiiri). Saksamaal võib notariks saada ainult Saksamaa Liitvabariigi kodakondsusega isik (BnotO § 5), Eestis on kehtestatud EL-i kodakondsuse nõue (NotS § 24 lg 1). Vaidluses kohtuasjas C-54/08: komisjon vs. Saksamaa, toetas Eesti Vabariik Saksamaad väites, et notarid on seotud avaliku võimu teostamisega ja seega kohaldub neile ELTL-i artikkel 51 lg 1, mille kohaselt ei kehti avaliku võimu teostajate suhtes ELTL-i art 49, mis

²¹⁶ Notariameti korraldust reguleeriv 24.02.1961 aastal vastu võetud Liitvabariigi notariaadi seadustik (sks k *Bundesnotarordnung*)

sätestab asutamisvabaduse EL-i piires²¹⁷. Tekib küsimus, et kui Eesti on seisukohal, et notarid teostavad avalikku võimu, miks ei ole siis Eestis kehtestatud notarina ametisse asujale Eesti Vabariigi kodakondsuse nõuet ja miks võttis Eesti notariks saajate suhtes enda õiguskorda EL-s sätestatud asutamisvabaduse sätted? Siinkohal on töö autor seisukohal, et tuginedes Euroopa Kohtu hinnangule ja Saksamaal töötava notari ametitegevuse analüüsile, ei täida Saksamaa notar avalikku võimu ELTL-i art 51 lg 1 mõistes.

Sama ei saa öelda Eestis tegutseva notari suhtes. Seda sellepärast, et Eestis anti notaritele 2009. aastal võimalus ametiteenuste osutamise käigus tegutseda vahekohtunikuna ja samas ka abielu sõlmimise ja lahutamise kinnitajana. Nimetatud tegevused on autori analüüsi kohaselt avaliku võimu teostamisena käsitletavad ja traditsiooniliselt riigi ülesanded, mida täidavad riigiametnikud. Sellisena on Eestis tegutseva notari tegevus otseselt seotud avaliku võimu teostamisega eelkõige ELTL-i artikkel 51 lg 1 tähenduses, mis tähendab seda, et Eestis tegutsevatele notarile oleks õigus kehtestada kodakondsusnõue. Samas ei saa unustada ka seda, et vahekohtunikuna tegutsemine ja abielu lahutajana või abielu sõlmimise kinnitajana tegutsemine on notarile vabalt valitav ametiteenus ja seega kõik notarid sellega ei tegele. Vaatamata viimasele väitele leiab töö autor, et notari Eesti Vabariigi kodakondsusnõude tühistamine ja Liidu kodakondsusnõude vastuvõtmine tuleks kriitilise pilguga üle vaadata, kuivõrd ametiteenuste osutamine sellise otsese traditsioonilise riigi ülesande täitmisena võiks tingida ka riigi kodakondsuse nõude olemasolu notaril. Samas nõue oleks oluline ka vahekohtunikuna tegutsevatele notarile, kelle pädevus sellisel juhul on võrdeline kohtuniku pädevusega ja sellisena otsene avaliku võimu teostamine. Kuivõrd notari kodakondsusnõue kaotati 2008. aastal ja ametiteenuste osutamine notari ametitegevuse hulka liideti 2009. aastal, siis sellisena leiab autor, et on tähelepanuta jäetud kodakondsuse olulisuse küsimus.

Eesti Vabariik astus Saksamaa Liitvabariigi poolele ka teises küsimuses eelpool mainitud Euroopa Kohtuasjas C-54/08, komisjon vs. Saksamaa, kus Eesti Vabariik toetas Saksamaa väidet tuginedes EKo 30.09.2003, C-405/01 Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola, kus Euroopa Kohus kvalifitseeris Hispaania laevade kaptenite notariaalsed ülesanded osalemisena avaliku võimu teostamisel. Euroopa Kohus on enda 24.05.2011 otsustes C-61/08, komisjon vs. Kreeka; C-47/08, komisjon vs. Belgia; C-50/08, komisjon vs. Prantsusmaa, jt andnud hinnangu, et nimetatud viide ei ole notarite avalik-õigusliku olemuse määratlemisel asjassepuutuv, kuivõrd esiteks oli selle lahendi puhul tegemist teise ELTL

²¹⁷ EKo 24.05.2011, C-54/08, komisjon vs. Saksamaa

artikli (endine EÜL artikkel 39 lg 4) mõjupiirkonna uurimisega ja samas uuris selles lahendis Euroopa Kohus laevakaptenite ja vanemtüürimeestele antud notariaalse tegevuse avaliku võimu teostamise alla kuuluvust laevakaptenitele ja vanemtüürimeestele omistatud õiguste kogumis²¹⁸. Seega Eesti sekkumine vaidlusesse Saksamaa Liitvabariigi poolele, ei ole käsitletava kohtuasja valguses õigustatud, kuivõrd jutt käis hoopis teise ameti kandjatest ja teisest ELTL-i sättest.

Kolmas väide, mida Eesti toetas oli notarite seotus avaliku võimu teostamisega ELTL-i artikli 51 esimese lõigu tähenduses. Saksamaa leidis lahendis, nagu ka komisjon ja Eesti Vabariik, et mõistet „avalik võim“ tuleb tõlgendada autonoomselt ja kitsalt²¹⁹. Samas toetas Eesti Vabariik Saksamaa Liitvabariigi väidet, et laialdaste volituste ja sunnimeetmete kohaldamise õiguse teostamine ning kodanikega hierarhilise suhte olemasolu ei ole ainsad avaliku võimu teostamise viisid²²⁰. Siinkohal on oluline kindlaks teha, mida peab Eesti Vabariik silmas avaliku võimu teostamise all ja kas selles valguses oli õigustatud asuda vaidlusesse Saksamaa Liitvabariigi poolele. Eesti on õigusriik ning Vabariigi PS sätestab riigi funktsioonide täitmise üldise korralduse ja kuigi PS-s ei kasuta mõistet „avalikud ülesanded“, on see mõiste kasutusel mitmetes eriseadustes²²¹. Olemuslikult võib selliseid ülesandeid käsitleda kui avalike huvide poolt determineeritud, objektiivselt eksisteerivaid ülesandeid, mis on seadustes riigiülesannetena sätestatud²²². Võttes aluseks Eesti õiguskorra põhimõtted, võib avalikke ülesandeid määratleda kui seadusega või seaduse alusel haldusinstitutionidele pandud ülesandeid. PS § 3 lg 1 kohaselt teostatakse riigivõimu üksnes PS-e ja sellega kooskõlas olevate seaduste alusel ja see eeldab mitte ainult riigivõimu teostamise legaalsust, vaid ka riiklikku organisatsioonilist vormi, mis esineb riigi nimel²²³. Sellisena ei pea Eesti Vabariik notareid avaliku võimu teostajateks, kuivõrd Eesti õiguskorra kontekstis tähendab avaliku võimu teostamine lisaks legaalsuse põhimõttele ja PS-st tuletatud alustele veel sellise võimu teostamiseks ette ka riiklikku organisatsioonilist vormi²²⁴. Samas ei saa tähelepanuta jätta ka viimaseid muudatusi 2009. aastal tehtud uues NotS-e redaktsioonis, kus anti notaritele õigus tegutseda vahekohtunikuna ja abielu sõlmimise ja lahutamise kinnitajana. Vahekohtunikuna tegutsedes täidab notar põhimõtteliselt sama ülesannet, mis kohtus tegutsev

²¹⁸ EKo 24.05.2011, C-52/08, *komisjon vs. Portugal*, vt ka EKo 30.09.2003, C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola*

²¹⁹ EKo 24.05.2011, C-54/08, *komisjon vs. Saksamaa*

²²⁰ Samas

²²¹ K. Merusk. Avalike ülesannete eraõiguslikele isikutele üleandmise piirid, lk 501

²²² Samas, lk 499

²²³ Samas, lk 501

²²⁴ Samas, lk 501

kohtunik ja Eestis tegutsevale kohtunikule on sätestatud range Eesti Vabariigi kodakondsuse nõue. Sama kehtib ka abielutoimingute kohta, mis on traditsiooniliselt olnud riigiinstitutsiooni ülesanne. Sellisena võib väita, et Eesti notarite pädevust on laiendatud niivõrd, et neile on antud ka traditsiooniliselt riikliku organisatsioonilise vormi käes olnud riigiülesannete täitmine, mis tähendab seda, et Eesti õiguskorras võib notareid pidada avaliku võimu kandjateks ka organisatsioonilises tähenduses, vaatamata sellele, et sellisena ei ole notarid sätestatud seadusloomes. Seega Eesti astumine vaidlusesse oli küll õigustatud selle koha pealt, kui Eestis oleks notaritele kehtestatud selline nõue, aga mitte Saksamaa Liitvabariigi toetuseks, kus notarid sellist funktsiooni ei täida. Lisaks on õigustatud selle väite mitte toetamist ka selles, et Eesti Vabariigi poolne direktiivide 89/48/EMÜ ja 2005/36/EÜ vastuvõtmine meie õiguskorras väljendab seda, et Eesti ei pea notariametile kohaldatavaks ELTL-i artikli 51 esimest lõiget, mis sätestab avalike võimu teostajatele erandid asutamisevabaduse sätetest kõrvalekaldumiseks.

Võttes arvesse eelnevat, ei olnud Eesti Vabariigi astumine vaidlusesse Saksamaa Liitvabariigi poolele õigustatud, kuivõrd Eesti täidab EL-i poolt kehtestatud nõudeid ja samas ei pea Eesti Vabariik ise notareid avaliku võimu teostajaks ja seega ELTL-i art 51 lg 1 mõjupiirkonda kuuluvateks ametikandjateks. Samas leiab töö autor, et kuigi hetkel ei peeta notareid avaliku võimu kandjateks eelkõige ELTL-i art 51 tähenduses, tuleb selline vahetegu Eesti õiguskorras kriitiliselt üle vaadata, kuivõrd viimastel aastatel notarite pädevuse laiendamisega seoses ei pruugi Eestis tegutsevad notarid enam selle artikli lõike kohaldamisalast välja jääda ja võib kujuneda olukord, kus probleemiks osutub Eestis tegutseva Eesti kodakondsuseta notari ametitegevus.

3.5 Kolmanda peatüki vahekokkuvõte

Mõistmaks notari ametitegevuse seotust avaliku võimu teostamise kontekstis, tuleb kontrollida, kas notari tegevus Eesti õiguskorras on seotud otsese ja eriomase osalemisega avaliku võimu teostamisel Euroopa Liidu õiguses ja Euroopa Kohtu poolt antud hinnangutes, kuivõrd Euroopa Kohtu hinnangul annab notariameti riigisisese määratlusest õige pildi tema ametitegevuse sisu analüüs. Ametitegevuse analüüsi tulemusena saab kindlaks teha selle, kas notar teostab otseselt avalikku võimu ja kas ta võiks kuuluda ELTL-i art 51 lg 1 kohaldamisalasse, mis annaks õiguse kehtestada notaritele riigi kodakondsusnõude.

Notari tegevuse Eestis saab jagada kaheks: ametitoimingute tegemiseks ja ametiteenuste osutamiseks. Ametitoimingute tegemiseks on notar kohustatud ja nendest saab keelduda ainult seaduses ette nähtud juhtudel. Ametitoimingud saab jagada omakorda: tõestamistoiminguteks, kinnitamistoiminguteks ja pärimisasjade menetlemiseks. Tõestamistoimingute puhul tõestab notar, et tehing vastab seaduses ette nähtud nõuetele ja asjaosalistel on olemas õigus- ja teovõime ja juriidilise isiku puhul ka esindusõigus. Notari sekkumine sellisel juhul eeldabki poolte varasema nõusoleku ja tahteavalduse ühtelangevuse olemasolu ja notarite tõestamistegevus ei ole sellisena seotud otsese ja eriomase osalemisega avaliku võimu teostamisel ELTL-i artikli 51 esimese lõigu tähenduses²²⁵. Euroopa Kohtu hinnangul ei oma ka notariaalse vormi nõue tehingu kehtivuse alusena sellisel juhul tähtsust, kuivõrd siseriiklikus õiguskorras on tavaline, et erinevate dokumentide kehtivuse suhtes on ette nähtud kindlad vorminõuded ja menetlusreeglid. Lisaks sellele eristab Euroopa kohtu praktika notareid avalike võimu kandjatest, tunnustades, et ametliku dokumendi koostajaks võib olla avaliku võimu kandja või muu institutsioon.

Notariaalse kinnitamise, kui tõestamistegevuse ühe alaliigi (lihttõestus), ülesandeks on põhimõtteliselt isikusamasuse tuvastamine ja allkirja kinnitamine. Sama kehtib ka notari poolt *apostille* väljastamise kohta. Aastal 2009 lisandus notari ametitoimingutele ka abielu sõlmimise ja lahutamise kinnitamine. Autori hinnangul on tegemist küll sisult tõestamistoiminguga, kuid siiski tuleb kaaluda ka selle ülesande, kui traditsioonilise riigi ülesande teostamise pädevuse andmist näiteks EL kodakondsusega isikule. Siinkohal ei tule mängu küll mitte niivõrd õiguslikud aspektid, aga just see, et abielutoimingud on traditsiooniliselt Eestis teostatud riigiasutuste ja riigiteenistujate poolt. Vaatamata traditsioonile, leiab autor siiski, et see ei pruugi olla piisav argument kodakondsusnõude taastamiseks. Samas ei saa unustada ka Eestis kehtivat abielutoimingute tegemise riiklikku organisatsioonilist vormi, mis rõhutab veelkord riiklikust ja viitab riigiteenistujate tegevusele.

Aastal 2009 lisati notari ametitegevusele ametiteenuste osutamise pädevus. Ametiteenuste osutamise kohustust notaril pole ja sellisena on notaril õigus valida, milliseid ametiteenuseid ta soovib osutada. Notari poolt osutatavate ametiteenuste nimekiri avaldatakse Notarite Koja kodulehel ja need võivad olla järgmised: õigusnõustamine; maksundus- ja välismaa õiguse alane nõustamine; dokumendi tõlke õigsuse kinnitamine; enampakkumise, hääletamise, loosimise ja liisuheitmise läbiviimine ning tulemuste tõestamine; avalduse ja teate edastamine

²²⁵ EKo 24.05.2011, C-54/08 *komisjon vs. Saksamaa*

ning tõendi väljaandmine sellise edastamise toimumise kohta; raha, väärtpaberite, dokumentide ja muude esemete hoiule võtmine; vannutamise ja vande all antava tunnistuse tõestamine; tegutsemine vahekohtunikuna ja lepitamine vastavalt lepitusseadusele. Kuigi notari ametiteenustel on üldiselt eraõiguslik iseloom ja need kuuluvad suuresti eraõiguse valdkonda, leiab töö autor siiski, et vahekohtunikuna tegutsemine ei kuulu mitte kuidagi eraõiguse valdkonda ja ei saa öelda, et vahekohtunikuna tegutsemine ei ole avaliku-võimu teostamine, kuivõrd sellisena saadud vahekohtu otsusel on sama jõud, mis riikliku kohtu otsusel. Siinkohal leiabki töö autor, et vahekohtunikuna tegutseja, kui selline, kes täidab põhimõtteliselt kohtuniku ülesandeid ei ole õigustatud olema mõne välisriigi kodanik ja mitte Eesti kodakondne. See on ka kõige mõjukam argument, mille pinnalt autor järeldeb, et Eesti riigis võib olla põhjendatud notaritele kehtestatud Eesti Vabariigi kodakondsuse nõue.

KOKKUVÕTE

Vaatamata sellele, et meie silme all on kujunemas ühine Euroopa Liidu õiguskultuur, võivad erinevad liikmesriigid liidu õigust erinevalt mõista ja rakendada. Õigusliku arusaama järgi, mida Euroopa Kohus väljendas juba 1964. aastal kohtuasjas Costa vs ENEL on Euroopa Liidu õigusel ülimuslik mõju ja kui tekib konflikt liikmesriigi õigusega, rakendatakse Liidu õigust. Ka Euroopa Kohus on enda vastavat arvamust avaldanud juba mõnda aega tagasi ja Euroopa Liiduga ühinejad on sellest teadlikud, esineb rahvusvahelise ja riigisisese õiguse vahel siiski konflikte. Sellised konfliktid võivad tekkida erinevatel põhjustel ja üks selline põhjus võib olla riigisisese ja Euroopa Liidu õiguse erinevas tõlgendamises või erinevas arusaamas sellest, kellele ja mille jaoks teatud Euroopa Liidu õiguse aktid vastu on võetud.

Põhjus kohalikus õiguses liidusisese õiguse vastu eksimisel võib olla ka liikmesriigi õiguse ebaselge kohaldamine ja selline konflikt lahendatakse juhul, kui see ilmneb seoses kellegi rahulolematusega. Sellisena on Euroopa Liidus ja selle liikmesriikides ilmnenud probleem seoses notari ameti kandjaga ja talle sätestatud või õigem oleks öelda mitte sätestatud Euroopa Liidu ja sellisena ka ülimusliku õigusega. Aastal 2011 lahendas Euroopa Kohus 7 vastavasisulist Euroopa Komisjoni kaebust Euroopa Liidu õiguse ebaõige kohaldamise kohta. Vaatamata sellele, et tegemist oli erinevate riikidega, oli tulem sama – Euroopa Kohus leidis igas lahendis Liidu õiguse rikkumise seoses notari ametikandjale seatud nõuete mittevastavusega eelkõige liikmesriigi kodakondsusnõude osas. Tegemist oli riikidega, kus oli kehtestatud ladina notariaat ja kõik vaidluses osalenud riigid on Rahvusvahelise Ladina Notariaatide Liidu liikmed ja sellisena on kõik riigid võrreldavad, kuivõrd tegemist sellisel juhul on suhteliselt sarnase riigisisese notariameti korraldusega. Ka Eesti riigisisene õigus on võrreldav kohtuotsustes käsitletuga ja seega õigustatud ka küsimine selle kohta, kas Eestis on notaritele kehtestatud liiduõigusele vastavad nõuded või olid sobivamad nõuded kehtestatud kohtuvaidlustes osalenud liikmesriikides? Sellise küsimuse lahendamiseks analüüsis töö autor Euroopa Kohtu eeskujul notariameti riigisisest korraldust ja tegi oma järeldused Eestis tegutseva notari ametitegevuse põhjal.

Eesti notari olemuse määratlemisel aluseks ei saa olla välisriikide notariaatide korraldus. Selleks, et mõista, kes on notar Eesti õiguskorras, tuleb see küsimus lahendada Eestisisese õiguskorra analüüsi tulemusena ja Euroopa Kohtu lahendid saavad selles osas olla abistavaks materjaliks. Rõhudes sellele, et Eestis on antud notaritele suuremad õigused ja

võimuvolitused, kui Euroopa Kohtu lahendites välja tulnud notarite ametitegevuse analüüsis, tuleb Eesti notariaadi korraldus ja notaritele esitatud nõudeid kontrollida ja kaaluda erilise põhjalikkusega ning erinevatest aspektidest.

Autor tegi uurimistöös kindlaks, milline määratlus kehtib hetkel Eestis tegutseva notari suhtes ja milliseid õigusakte selle ameti kandjale kohaldatakse. Vaatamata sellele, et Eesti notariaadiseaduses sätestatakse notarit kui avaliku-õigusliku ameti kandjat ja ta ei ole riigiametnik ega ettevõtja, leidis autor, et töö seisukohalt ja adekvaatse tulemuse saavutamise eesmärgil on oluline välja tuua hetkel kehtiva reguatsiooni kohane erinevus ettevõtjast ja riigiateenistujast ning samas teha ka ülevaade notari iseseisvuse ja selle tagamise olulistest aspektidest.

Lisaks tõi autor uurimistöös välja notariameti pidamiseks olulised nõuded toetudes eelkõige Euroopa Kohtu otsustes välja toodud olulistele olemuse aspektidele nagu kodakondsuse ja hariduslikud nõuded ning kindel ametikohtade arv ja tööpiirkond. Märkimata ei saa jätta ka vastutuse küsimust, mis notarite puhul eriti huvitavalt päevakorda tõusetub, kuivõrd notar vastutab oma ametitegevuse tekitatud kahju eest iseseisvalt tagades vastutusvõimelisuse olemasolu kohustusliku ametikindlustusega. Erilise valupunktina on käsitletud Euroopa Kohtus diskrimineerimise küsimust liikmesriikide poolt liikmesriigis kehtestatud notari riigi kodakondsusnõude põhjal. Eestis on vastu võetud muudatused, et vältida sellist diskrimineerimist: nimelt kaotati notari Eesti riigi kodakondsusnõue aastal 2008 ja notarikandidaadi kodakondsusnõue aastal 2009. Samas ei ole selliste nõuete kaotamisi seaduslooja poolt eriti põhjendatud. Seega tegi autor oma järeldused, et Eestis pole kodakondsusnõude kaotamisele kuigi palju tähelepanu pööratud ja rõhku pandud ning tulenevalt sellest, oleks vaja notarite uue pädevuse valguses vaadata üle notarile kehtestatud kodakondsusnõude vastavus.

Autor analüüsis töös notari ametitegevuse olemust, püüdes seda asetada avalikule teenistusele omase avaliku võimu teostamise ja sunnimeetmete kasutamise konteksti. Kirjeldatud uuringu põhjal tegi autor järeldused Eesti Vabariigi poolt Euroopa Kohtu vaidlusesse sekkumise kohalt, kuivõrd Eesti astus Saksamaa Liitvabariigi toetuseks välja kohtuasjas C-54/08 komisjon vs. Saksamaa, milles Euroopa Kohus tegi otsuse, et Saksamaa Liitvabariik on rikkunud liidu õiguses kehtestatud asutamisvabadust, sidudes notariameti pidamise Liitvabariigi kodakondsusega. Eesti toetas Saksamaad väidetes, milles ta ise sellekohaselt

riigisiseses õiguskorras rikkunud pole, kuivõrd Eestis kehtib notaritele Euroopa Liidu kodakondsuse nõue. Autor leidis analüüsi tulemusena, et Eesti Vabariik astus nimetatud kohtuvaidlusesse alusetult. Lisaks üldise ametitegevuse analüüsile, andis töö autor hinnangu ka suhteliselt uue valdkonna kohta notari pädevuses – notari ametiteenuste osutamisele. Selles peatükis tehtud analüüsi tulemusena jõudis autor järeldusele, et vaatamata sellele, et notarit peetakse Eesti õiguskorras avaliku ameti kandjaks, ei ole hetkel notarile antud pädevuse raames põhjendatud kodakondsusnõude kaotamine. Seda eelkõige põhjusel, et notaritele anti 2009. aastal laialdasem pädevus ametitegevuse laiendamise ja vahekohtunikuna tegutsemise õiguse andmisega, oleks vaja kehtestada Eesti kodakondsusnõue. Samas tuleks sellise nõude eeldust kaaluda ka lisaks teise tegevuse suhtes, milleks on abielu sõlmimise ja lahutamise kinnitamine, mis on oma olemuselt olnud Eestis alati riigi ja riigiteenistuja kohustus.

Töös kirjeldati Euroopa Kohtu otsuste põhjal notariameti määratlust ja asetati see Euroopa kohtupraktika, Eesti õiguskorra notariameti määratluse ja notari ametitegevuse regulatsiooni konteksti. Autor püstitas töös järgmise hüpoteesi: „Kas Eesti õiguskorras peaks notarit pidama pigem riigiametnikuks või ettevõtjaks lähtuvalt tema ametitegevuse eripärast?“ Vastusena hüpoteesile leiab autor, et Eesti õiguskorras ei saa öelda notarile riigiteenistuja ega ka ettevõtja: notar on *sui generis* ametikandja, sõltumatu ametiisik, kelle ametitegevust Eesti Vabariigis reguleerivad füüsilisele isikule kohaldatavad õigusaktid ja samuti avaliku teenistuja regulatsioon. Samas peale ametiteenuste osutamise pädevuse lisandumist notari ametitegevuse hulka, tuleks kriitiliselt üle vaadata traditsioonilised riigiteenistujale esitatavad nõuded ja nende kohaldamine notariameti pidajatele. Seda eelkõige põhjusel, et töös jõuti teostatud analüüsi põhjal järeldusele, et hetkel kehtiva õiguskorra järgi pole põhjendatud kõigest EL-i kodakondsusnõue ja mitte Eesti Vabariigi kodakondsusnõue. Nimetatud nõuet tingib olukord, kus notari ametiteenuste hulka kuuluvad sellised toimingud, mis on oma olemuselt traditsiooniliselt seotud riigivõimu teostamisega, selle organisatsioonilise vormi tõttu abielu sõlmimise ja lahutamise kinnitamisel või toimingud, mis omavad sellist jõudu, mis on omane ainult otsesele ja vahetule riigivõimu teostamisele.

Kuna Euroopa Liidu õiguse kohaselt on võimalik teha asutamisvabaduse sätetest erandeid teatud ametikohtadele, mis on otseselt seotud avaliku-võimu teostamisega, on oluline sellise erandi tegemine Eesti õiguskorras tegutsevale notarile ja seda eelkõige Eesti kodakondsusnõude taaskihtestamise näol. Vaatamata sellele, et Eesti õiguskorras on notarile

kehtestatud erilised tingimused, nii sarnased riigiametnikule, kui ka füüsilisest isikust ettevõtjale, on notar siiski omamoodi ametikadja – *sui generis*. Sellisena on praegu ja võib – olla ka tulevikus raske määratleda, milliseid nõudeid on oluline notaritele kehtestada ja milliseid mitte. Töö tulemusena tegi autor järeldused hetkel Eestis kehtiva notariameti määratlemise ja olemuse koostööst Euroopa Liidu õigusega ja teeb ettepaneku vaadata üle notarile esitatav kodakondsusnõue, kuivõrd sellisena nagu on praegu kehtiva õiguse alusel antud pädevus, ei saa olla õigustatud notaritelt riigi kodakondsusnõude kaotamine.

NOTARY, AS THE BARER OF PUBLIC SERVICES, IN ESTONIAN LEGISLATION AND IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT

Summary

The Notary got its current form in the Republic of Estonia in 1993, when the legal reforms were carried out after the regaining of independence. The Act of Notaries was a part of the legal reforms. The basis of the legal reforms was the Continental- European legal system. The Act of Notaries was necessary, because it had to support the new legal system that was being created by the legal reforms. It was eminent, that the current notaries' offices could not fulfil the duties delegated by the country. The reform of the legal system and renewed Act of Notaries that was accepted in 1993, laid the foundation for a free Latin- type legal system in the Republic of Estonia that was in accordance with the Continental- European legal system. With the acceptance of the new law, the previous national notaries' offices in the Republic of Estonia became free notaries' offices, in which the notary had the status of a free national official. From the beginning the new system was built after the German notarial system, which was also suitable for Estonia, as the legal systems in Estonia and Germany are very much alike.

Although, the notary, in the Estonian legal system, has been specified as a civil servant and a representative of a free profession, it is still unclear, who the notary should be addressed as: is he rather a representative of civil services or of a free profession, where the laws of entrepreneurship should apply? There are many ways to define the notary in that form in Estonia. The author has decided to analyse the nature of notary in the Republic of Estonia, based on the judicial practice in the European Court of Law and the judgement of the European Court of Law of the topic of, which legislation should apply to the notaries' offices in the European Union. This analysis is justified, because in most of the European Union countries the Latin set of rules is applied for notaries. Despite of this, not all European Union countries have accepted this set of rules, and still address the notary as a civil servant and apply the corresponding EU provisions.

Despite the fact that a unitary European legal culture is forming, there are still notable differences in administrative procedures between countries: a legal regulation that is unitary

by form, is interpreted differently according to the specific country's administrative procedures and practices. By the legal understanding of the European Court of Law, the legislation of the European Union has supreme power and in case of a conflict with the legislation of a member country, the European Union legislation is used. Even though the European Court of Law has expressed its opinions a while ago and the mergers with the European Union have knowledge about it, there are still some conflicts between international and inland legislation. These conflicts may appear in various reasons, one of them being differences in interpretation of inland and international legislation or the difference in the perceptions of for who and why have some international and European Union legislations been accepted. Defining the essence of the Estonian notary, we cannot take the arrangement of the notaries in other countries as a basis. To understand, who a notary is in the Estonian legal order, we have to solve the question by analysing the Estonian internal legal order. The judicial decisions of the European Court can be helpful in this matter. Opposing the fact that, in Estonia, notaries have been given wider rights and authority, than the notaries, who were analysed in the European Court of Law judicial decisions, then the Estonian notaries' offices and the claims made to the notaries should be checked and weighed, with special thoroughness and from different angles.

Resulting from the above, the aim of the current master's thesis is set as a theoretical research of Estonian notary's nature and profession, setting them into the role of civil servant and entrepreneur. The author sets the definition of notary on the European Union legislation that is current in the European Union countries, in addition to that, on the Latin type set of rules. On the other side, the author set the definition of notary on the juridical decisions of the European Court of Law, insofar as the European Court of Law has provided outstanding assessments and thoroughly defined the nature of notary and its place in the member countries state apparatus. The object of the research paper is not meant to handle all of the aspects that are connected to the notary exhaustively; it is rather to give an overview of why in the Republic of Estonia and in the European Union countries the notary is handled as an entrepreneur and in some cases as a civil servant, also if it is legitimate to erase some of the requirements for notaries in Estonia, especially the citizenship requirement. This is how the author brings out the most important similarities and differences involving the before mentioned professions.

The paper has been divided into three linked chapters. The first chapter views the legal status of the notary comparing it with the civil servant and the civil service in general. To analyse

the general nature of a notary, it is important to define the notaries' actions as an agent of the civil services, insofar as the notary carrying out the public power in its direct meaning. In this case it would be unfounded to assume that the notary is a representative of free profession and not a civil servant, although, it could be considered in some legislations of the European Union. In addition to the above, the author gives a comparison between a notary as a representative of free profession and notary as a sole proprietor. The last thing that is analysed in the first chapter is the bases of independence for a notary and the ways to grant them in the Estonian legislative culture. At the same time the author considers, if the notary can be considered as a representative of free profession through some specific action, through which the notary has been given the rights of public authority that he carries out as an entrepreneur. In this chapter the author tries to reach a decision, if the Estonian notary can be considered as a *sui generis* office bearer. The office bearer can also be approached as representative of a specific profession or rather a representative of a civil servant. The author does this on the basis of legislation and the Estonian notaries' offices definition. Especial attention is put on the question: is the requirement of citizenship justified by the Estonian legislative order, depending on the peculiarities' of the profession.

The second chapter concentrates on how to become a notary and the preconditions of the candidate. The author also compares it with the requirements for an entrepreneur and a civil servant. In the second chapter the author uses mostly the European Court decisions to analyse the topic. The decisions used, are mostly about the legislations that have been broken by the European Union members and the setting is forbidden in some of the member countries, e.g. in the case of civil servants. In this restraint, the questions tied to citizenship mostly come upon discussion. Especially the questions that have not been rightfully applied or not applied at all, bearing in mind the European Union's freedom of introduction. In this chapter the author reaches important conclusions about the reasons and causes for this kind of impertinence.

In the third chapter the author analyses the nature of notary in the context of the notary's professional duties. If you want to define the notary correctly, the analysis of its legal nature is not enough. The European Court of Law has drawn the same conclusion. For this reason, in the courts legislative decisions, the notaries nature is evaluated, considering the set of rules and connections with carrying out the civil powers in various European Union countries. The author also analyses the legality of the Republic of Estonia intruding into summations as a

supporter of the respondent. The author also views the necessity of this action, insofar as that that no case was set against the Republic of Estonia in the question of notaries. Estonia has applied the necessary directives in its legislation and recognized the European Union's freedom of introduction. From this chapter, the real nature of Estonian notaries is revealed and the author gives some personal proposals.

The sources of information in this paper are law currently used in Estonia and the letters of explanation of draft Acts, also the articles of legal theorists and other appropriate scientific materials. In addition to that, the decisions of European Court of Law on the topic of the nature of notary and some court judgements of Estonian courts are used. Aside from materials in Estonian, the author has used several articles in other languages, these help to define the formation of Estonian notary and why the development of it has gone the way it has. At the same time attention is also on the recognition of the primacy of the European Union's legislation and the analysis of the material, insofar as the main scale of the paper is the application of the European Union legislation in Estonian law and European Union decisions on the notaries in the European Union.

The research paper fulfilled its purpose, insofar as results the author wanted to know, to who is the notaries nature most a like in the Estonian legislation – a civil servant or rather an entrepreneur. Despite the fact, that in the Estonian legal order there are specific conditions applied for notaries that apply for both entrepreneur and sole proprietor the notary is instead a specific professionalism – *sui generis*. Due to this I now and will be in the future hard to determine which requirement should apply and which not. As a result of this research the author defined through the applied legal order about the notary and its nature in the Estonian legislation, that the requirement of citizenship of the Republic of Estonia should be applied for notary in Estonia, mostly because the widening of the notary profession to the status of civil servant in many ways. This approach appeared after the competence of providing a professional service was added to the notary's competence. The author does not find that the cancellation of the citizenship requirement in Estonia in 2008 was justified. In the other hand it can be said that insofar as the liberalisation step was made before the widening of the competences. After the widening of competences, this move does not seem appropriate for the current legislation, mostly because some of the notary's professional duties include the citizenship requirement, e.g. acting as a referee. The author does not find that the notary should be defined as a civil servant, insofar as the aspects that come from the history of the

Act of Notary are still relevant today. Therefore it is important to define the notary as a *sui generis*, a specific profession, who in spite of a county's independence, must answer to some of requirements on civil servants.

LÜHENDID

AdS – advokatuuriseadus

ATS – avaliku teenistuse seadus

ATSS – asendustäitmise ja sunniraha seadus

AÕS – asjaõiguse seadus

EK – Euroopa Kohus

EKo – Euroopa Kohtu otsus

EL – Euroopa Liit

ELTL – Euroopa Liidu toimimise leping

FIE – füüsilisest isikust ettevõtja

HMS – halduskohtumenetluse seadustik

KS – kohtute seadus

KOV – kohalik omavalitsus

LepS – lepitusseadus

NotS – notariaadiseadus

PKTS – perekonnaseisutoimingute seadus

PS – Eesti Vabariigi Põhiseadus

PäS – pärimisseadus

RvastS – riigivastutuse seadus

TSMS – tsiviilkohtumenetluse seadustik

TsÜS – tsiviilseadustiku üldosa seadus

TõS – tõestamise seadus

ÄS – äriseadustik

KASUTATUD KIRJANDUS

1. Alekand, A. *Quo vadis*, notariaalne leping täitedokumendina? Avalik kiri justiitsministrile. – *Juridica* 2011/VI.
2. Altnurme, R. Avalike teenuste lepinguline delegeerimine kolmandale sektorile. Tallinn: Tänapäev 2002.
3. Andresen, E. Riigivastutus ilma riigi vastutusega: notari, kohtutäituri ja vandetõlgi isiklik ametivastutus Euroopa õiguse ja riigiõiguse vaatepunktist. – *Juridica* 2006/IX.
4. Andresen, E. Riigivastutusõigus. Tartu: Riigikohus, 2009.
5. Andresen, E. Riiklik järelevalve notari üle. – *Juridica* 2001/IV.
6. Annus, T. Riigi funktsioonide delegeerimine eraõiguslikele isikutele kohtutäituri näitel. – *Juridica* 2002/IV.
7. Burns, K. Notaries, Truth, and Consequences. Arvutivõrgus: <http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer?sid=2616b-8657-4279-9c71-cb4d0931d9e5%40sessionmgr13&vid=5&hid=7>.
8. Conway, G. Breaches of EC Law and the International Responsibility of Member States. – *European Journal of International Law*. Vol. 13 No. 3 2002.
9. Di Fabio, U. Privatisierung und Staatsvorbehalt. *Juristen Zeitung*, 1999, 12 (viidatud: Merusk, K. Avalike ülesannete eraõiguslikele isikutele üleandmise piirid. – *Juridica* 2000/VIII).
10. Eesti notariaadi X aastapäeva väljaanne. Tallinn: Notarite Koda 2003.
11. Fassbender, H. W. Grauel. *Notariatssurkunde*. 8. Auflage. Rinteln: Merkur, Verlag, 1991 (viidatud: Merusk, K. Avalike ülesannete eraõiguslikele isikutele üleandmise piirid. – *Juridica* 2000/VIII).
12. Gustavus, E. Äriühinguõigus. Tallinn: Pakett, 2001.
13. Hengstschläger. *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Berliin, New York, 1995 (viidatud: Merusk, K. Avalike ülesannete eraõiguslikele isikutele üleandmise piirid. – *Juridica* 2000/VIII).
14. Joamets, K. Teenistussuhte lõpetamine avalikus halduses teenistujast sõltumatutel asjaoludel. Tallinn: TTÜ Kirjastus, 2000.
15. Kergenber, E jt. *Averus*. Avaliku ja erasektori koostöö. Tallinn: Äripäev 2011.
16. Kärnsna, O. *Pisiettevõtja käsiraamat*. Tallinn: Ilo 2009.
17. Malavet, P. *Counsel for the Situation: The Latin Notary, A Historical and Comparative Model*. Florida, 1996. Arvutivõrgust: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context>.

18. Merusk, K. Avalike ülesannete eraõiguslikele isikutele üleandmise piirid. – *Juridica* 2000/VIII.
19. Merusk, K. Koolmeister, I. Haldusõigus. Õpik Tartu Ülikooli õigusteaduskonna üliõpilastele. Tallinn: Juura 1995.
20. Merusk, K. Narits, R. Eesti konstitutsiooniõigusest. Tallinn: Juura 1998.
21. Mikiver, M. Avaliku teenistuse õigus. Tallinn: Sisekaitseakadeemia 2002.
22. Notariaadiseaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri. Arvutivõrgus: www.riigikogu.ee.
23. Orakhelashvili, A. The Idea of European International Law. *The European Journal of International Law* Vol. 17 no. 2 EJIL 2006. Arvutivõrgus: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/17/2/315.full.pdf+html?sid=f95bd183-987a-4cea-8cae-feede9b29114>.
24. Sepp, K. Notariaadireformist Eestis. – Eesti notariaadi 5. aastapäev. Konverentsi materjale. Tallinn: Eesti Vabariigi Notarite Koda 1998.
25. Schwachtgen, A. Notariaadi rollist tänapäeval ja tulevikus. – Eesti notariaadi 5. aastapäev. Konverentsi materjale. Tallinn: Eesti Vabariigi Notarite Koda 1998.
26. Parish, M. International Courts and the European Legal Order. *The European Journal of International Law* Vol. 23 no. 1 EJIL 2012. Arvutivõrgus: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/23/1/141.full.pdf+html?sid=f95bd183-987a-4cea-8cae-feede9b29114>.
27. Parrest, N. Aedmaa, A. Ülevaatlik õppematerjal haldusõigusest. Tallinn: Riigikansleli 2005.
28. Pilving, I. Riigivastutuse dogmaatika ja Eestis kehtiv riigivastutusõigus. *Juridica* 1999/VIII.
29. Puri, T. Notari ametiteenused ning notar vahekohtunikuna. – *Juridica* 2011/VI.
30. Siitam, N. Riigi ja ametniku vastutus. Avaliku teenistuse aastaraamat 2002.
31. Tavits, G. Võõrtöötajate sotsiaalse kaitse põhijooned Euroopa Liidus. Tallinn: Juura 2004.
32. Tomuschat, C. Saksa Liidukonstitutsioonikohus ja Euroopa õiguse ülimuslikkus. *Juridica* 2010/V.
33. Vaasen, H. – D. Saksa ja Eesti Notarite kodade koostööst. – Eesti notariaadi 5. aastapäev. Konverentsi materjale. Tallinn: Eesti Vabariigi Notarite Koda 1998.
34. Vahre, L. Eesti notariaadi ajalugu. Tallinn: Juura 2008.
35. Vene, E. Avaliku halduse kandja tekitatud kahju hüvitamine. *Juridica* 2000/V.

36. Wagner, K.-R. The notarial function in avoiding disputes: Notarial advice and mediation as techniques. XXIII. International Congress of Latin Notaries Report of the German Delegation. Arvutivõrgus: [www.bnotk.de/_downloads/ UINL_Kongress/ Athen/WAGNER_ENGLISH.pdf](http://www.bnotk.de/_downloads/UINL_Kongress/Athen/WAGNER_ENGLISH.pdf).

KASUTATUD ÕIGUSAKTID

38. Advokatuuriseadus (RT I 2001, 36, 201... RT I, 14.03.2011, 3)
39. Avaliku teenistuse seadus (RT I 1995, 16, 228 ... RT I, 29.12.2011, 1)
40. Eesti vabariigi haridusseadus (RT 1992, 12, 192 ... RT I 2010, 41, 240)
41. Eesti Vabariigi Põhiseadus (RT 1992, 26, 349 ... RT I, 27.04.2011, 1)
42. Euroopa nõukogu direktiiv 89/48/EMÜ täiendava tööalase koolituse tunnustamise teise üldsüsteemi kohta. – EÜT L 209, 24.07.1992
43. Euroopa Ühenduse asutamisleping. – EÜT C 244, 31.08.1992
44. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2005/36/EÜ kutsekvalifikatsioonide tunnustamise kohta. – ELT L 255/22, 30.09.2005
45. Kohtute seadus (RT I 2002, 64, 390 ... RT I, 28.12.2011, 1)
46. Notariaadimäärustik (JMm 19.06.2009 nr 23 – RTL 2009, 51, 751)
47. Notariaadiseadus (RT I 2000, 104, 684 ... RT I, 30.12.2010, 2)
48. Notari distsiplinaarvastutuse seadus (RT I 1995, 75, 1322 ... RT I, 14.03.2011, 3)
49. Notari tasu seadus (RT I 1996, 23, 456 ... RT I, 14.03.2011, 3)
50. Perekonnaseadus (RT I 2009, 60, 395 ... RT I, 29.12.2011, 1)
51. Perekonnaseisutoimingute seadus (RT I 2010, 30, 177 ... RT I, 28.12.2010, 6)
52. Pärimisseadus (RT I 2008, 7, 52 ... RT I 2010, 38, 231)
53. Pärimisseadusest tulenevate notari ametitoimingute tegemise ja pärimisregistri pidamise kord (RTL 2008, 101, 1435 ... RT I 2010, 53, 341)
54. Riigiteenistujate ametinimetuste ja palgaastmestiku seadus (RT I 1996, 15, 265 ... RT I 2009, 49, 330)
55. Riigivastutuse seadus (RT I 2001, 47, 260 ... RT I, 13.09.2011, 9)
56. Tõestamise seadus (RT I 2001, 93, 564 ... RT I 2010, 38, 231)

57. Võlaõigusseadus (RT I 2001, 81, 487 ... RT I, 08.07.2011, 6)

58. Äriseadustik (RT I 1995, 26, 355 ... RT I, 28.12.2011, 1)

KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

59. EKo 21.06.1974, C- 2/74, *Reyners*

60. EKo 15.03.1988, C-147/86, *komisjon vs. Kreeka*

61. EKo 13.07.1993, C-42/92, *Thijessen*

62. EKo 29.10.1998, C-114/97, *komisjon vs. Hispaania*

63. EKo 17.07.1999, C-260/97, *Unibank*

64. EKo 30.03.2006, C-451/03: *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*

65. EKo 29.11.2007, C-393/05, *komisjon vs. Austria*

66. EKo 29.11.2007, C-404/05, *komisjon vs. Saksamaa*

68. EKo 22.10.2009, C-438/08: *komisjon vs. Portugal*

69. EKo 24.05.2011, C-47/08, *komisjon vs. Belgia*

70. EKo 24.05.2011, C-50/08, *komisjon vs. Prantsusmaa*

71. EKo 24.05.2011, C-52/08, *komisjon vs. Portugal*

72. EKo 24.05.2011, C-54/08, *komisjon vs. Saksamaa*

73. EKo C-302/97, *Konle vs Austria*

74. EKo C-424/97, *Haim vs. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*

75. RKTko 3-2-1-129-02

76. RKHko 3-3-1-35-00

77. RKTko 3-2-1-49-02

78. RKTko 3-2-1-77-01

79. RKTko 3-2-1-81-02

80. TlnHK 06.09.2006, 3 – 1321/2004

KASUTATUD MUU MATERJAL

1. Notarite koja kodulehekülg. Arvutivõrgus: www.notar.ee
2. The International Union of Notaries. Arvutivõrgus: www.u.i.n.l.net

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina **Kadi Milva**

(sünnikuupäev: 15.03.1986)

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose
Notar avaliku ameti kandjana Eesti õiguskorras ja Euroopa Kohtu praktikas ,

mille juhendaja on **Priidu Pärna**,

- 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
 3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, 3.05.2013 (*kuupäev*)