

Diplomitöö
392225

E. V.
TARTU ÜLIKOOLI
ÕIGUSTEADUSKOND

30. nov. 1925

N^o 752

TARTU

"
KOHTUTEGELUSE TAHTSUSEST TSIVIILÕIGUSE

ALLIKANA.



78899

22.11.25

S i s u k o r d.

1. " Õigusallika mõistest	leht	1.
2. Kohtu õigusloomingust õigusnormi kohaldamisel	"	4.
3. Kohtu õigusloomingust tühikute täitmisel	"	9.
4. Kohtu iseseisva õigusloomingu üldnormivast tähtsusest	"	16.
5. Näiteid kohtutegeluse-õigusallika ajaloolisest tähtsusest	"	29.
6. kohtu õigusloovast tegevusest üldse	"	41.
7. Kohtutegeluse-õigusallika teoreetilise eitamise või põhjendamise katsetest	"	46.
8. Eesti kohtutegelusest tsiviilõiguse allikana	"	72.
9. Lisa	"	92.

Kohtu-tegeluse tähtsusest tsiviilõiguse
allikana.

"Õigusallika mõis-
test.

Meie ajal üldiselt tarvitata-
vasti veel vanast Roomast päritud (Liv 3.34)
nimetusel "õigusallik" on praegu mitu tähendust.
Seda nimetust tarvitatakse vormimõttes erilise
õigusteaduse terminina väliste faktide tähenda-
miseks, millede läbi tekib, muutub või lakkab
objektiivse õiguse norm. Edasi tarvitatakse te-
da materjaalses mõttes nende tegurite tähenda-
miseks, millede mõjul tekib, muutub või lakkab
objektiivse õiguse norm ja mis määravad selle
normi sisu. Ning lõpuks tähendatakse sama sõna-
ga ka õiguse tunnetamise allikat, s.o. allikat,
milles sisalduvad teatud ajal teatud ühiskonnas
maksnud õiguse tunnetamiseks tarvilikud andmed.
Selle "õigusallika" termini tähendusrikkuse pä-
rast peab igakord rõhutama seda erilist mõtet.

2

milles tarvitatakse seda nimetust antud juhusel, see aga tõendab omakord küllalt selgelt, et see vana nimetus sel kujul praegu enam küllalt kohane pole ja sellepärast on ka arusaadav temale osakssaand L. Petražitski terav arvustus ning on tähelpanuvääriv sama autori ettepanu - võtta tarvitusele õigusallika tähendamiseks vormilises mõttes vana traditsioonilise õigusallika nimetuse asemel uus nimetus - normatiivne fakt -, mis vastaks väljendatavale mõistele enam ning kõrvaldaks praeguse nimetuse tarvitamisel võimalikud arusaamatused. Hilisemaist autoreist on näiteks Taranovski selle uue nimetuse juba omaks võtnud, enamik aga pooldab endiselt vana ajaloost ning aastasadu kestnud tarvitamisest pühitsetud nime-
tust "õigusallik". nii et "normatiivset fakti" ei saa praegu veel kaugeltki maksvusele pääsenuks pidada.

Antud teemile truuks jäädes on käesolevas

tarvitatud vana nimetust "õigusallik", ja on mõeldud selle all neid fakte ja tingimusi, millede läbi sünnib õigusnormi maksmapanu, teiste sõnadega objektiivse õiguse tekkimine, muutumine või lakamine.

Õigusnormi kohal-
damise

Inimühiskond ei ole võimalik ilma õigusnormideta, mis nii või teisiti korraldaks ühiskonna liikete või nende rühmituste vahetkordi. Normide põhjal ja normide pärast paratamata tekkivate valetuste lahendamiseks on tarvilikud kohased asutused-kohtud, millede tegevus kõige üldisemas mõttes on õigusnormide rakendamine elu külge. Üldiselt ei ole meie ajal enam kohtu asi norme luua, vaid kohus peab ainult kohaldama juurba maksivad õigusnorme tekkind erijuhuse lahendamisel, nii et kohtu tegevus on piiratud õigusest, meieajal peaaugalikult seadusest. Kuid sellepärast ei ole kohus kaugeltki passiivne otsustemasin või seadustäheori, vaid ta tarvitab maksva õiguse norme teadlikult ning loovalt.

Nüüdisaegne juriidiline norm on nimelt paratamata üldnorm, abstraktse iseloomuga ja korraldab ainult tüübilisi vahetkordi. Maksmapandud üldnorm ei küüni sellepärast kõikide tekkivate erijuhuste täpseks lahendamiseks, kuid

Inimühiskond ei ole võimalik ilma õigus-

normideta, mis nii või teelati korraldaks ühis-

Tihti hoidub seadusandlus täpsete ja arusaadavate väljenduste tarvi-
tamisest teadlikult. Näiteks antakse parlamentaarsel seadusandlusel
seadustele tihti veniv kuju sellepärast, et vastasrind ei leiaks
nende arvustamiseks ja vastuhääletamiseks kinnituspunkte; vahest
jälle, eriti uutes, vasttekkind ja lähemalt proovimata vahekordades,
jätab seadusandlus küsimusi meelega täpselt normimata, et elu ise
võiks nende arenemisele kõige kohasema suuna anda. Selle tagajärjel
leidub seadustikkudes õige vetruvaid norme, milliseid võib kohaldada
nii ühes kui ka teises mättes.

sest, meelejal peaaegu kõik seadused. Kuid

sellepärast ei ole kohus kangeltski passivne

otsustamatain või seadustäheori, vaid ta arvutab

maksa õiguse norme teadlikult ning loovalt.

Nüüdisezne juridiline norm on nimelt

paratamata üldnorm, aspektakse isoleerumga ja

korraldab ainult tüüpilist vahekorbi. Maksa-

pannud üldnorm ei küüni sellepärast kõikide tek-

tiivete erijuhuste täpsesse lahendamiseks, kuid

veel vähem suutis seda vanal ajal maksnud kasuaal-
ne norm. Tarvitades abstraktset üldnormi erijuhu-
sel peab kohus sellele abstraktsele õiguse kee-
mile andma konkreetse elulise sisu. Elunähtused
on aga väga keerulised nii et seaduses, meie-
aegse õiguse peallikas, leidub harva norme, mi-
da võiks otsekoheselt tarvitada tekkind vahekorras
lahendamiseks. Päälegi sünnib seadus harilikult
ikka võitluse keerus, olles resultantjõuks ja
vastastikkuste järelandmiste saavutuseks, mis
parlamentaarsete korra juures eriti määdapääsema-
ta, ja selle tagajärjel on seaduse mõte vanest
väga udune. Seaduses tarvitatud sõnad ja kõne-
käänud on pärit ikka olevikust; keele arenedes
omavad need pärastpoole tihti hoopis teistsugu-
sema tähenduse kui seaduse andmise ajal tarvita-
tud, kõnelemata säärastest keelelistest murrant-
gutest, nagu praegu Eestis. Ka ei seisa seadus
eraldatult, vaid on seotud kogu maksva õiguse-
süsteemiga, kus ühe osa muuted kajastuvad para-

tamata ka teistes, nii et seaduse kohaldaja on sunnitud kokkukölastama kohaldatava seaduse maksva õigussüsteemiga; Seaduse vasturääkivuse võimaluse näeb ette juba ka seadusandja ise, kes annab seks puhuks isegi erijuhiseid, nagu näiteks meie B.E.O.III k. sissejuhatuses. ~~Austria tsiviilseadustikus~~ ja enamasti ka kõigi teiste kultuurriikide seadustes. Kohus on seepärast sunnitud seadust kohaldades teda tõlgendama seaduse mõtte, mahu ja ulatavuse määramiseks ja selleks seadusnormi loogilist sisu vahest laiendades, võrreldes tema sõnalise väljendusega, vahest kitsendades, vahest jälle mõnd normi täiesti tähelepanemata jättes (näiteks kui meil mõni seadus on antud vastu põhiseadust), või tühistades (näiteks kui mõni määrus on antud seaduse vastaselt), vahest jälle tuletades normi a contrario või seaduse analoogia abil jne. Kuna aga õigus on elu tarvis ja mitte ümberpöörduvalt, tuleb kohtul sääljuures seadust

7
tõlgendada nii, et ta oma ühiskondlist elu normiva ülesande suudaks täita. See kohtulik seaduste tõlgendamine ei põhjene aga mitte üksi seadusele, vaid väga tähtsal määral just kohtunikkude subjektiivsele hinnangule, muljetele ning tõeks pidedele, mis on võetud elust.

Nii ei ole kohtulik seaduste kohaldamine kaugeltki ainuüksi puht loogiline protsess, millisena on valmis teda nägema mõnigi teadusmees, kelle arvates kohtuniku tegevus määrub ainuüksi seadusega ja selle tõlgendamiseks antud kindlate juhistega, ja et kohtuniku toetades nendele ei jäävat tema tegevusse vähematki isikliku arvatusse ja isetahtlikkuse võimalust, ümberpöörduvalt, kohtule jääb seaduste kohaldamisel ikka ka teatud möödul loomisvõimalusi ja nende kasutamisel ei määrata loomingu sisu mitte ainuüksi seadusest, vaid ka hulgast muist tegureist, ja see kohtu õigusloov tegevus ei ole

*Индикс, С. Василькович,
Трпало, 1901/50.*

tingitud ainult seaduste puudulikkusest, kui
säärasest, vaid on õigusnormide kohaldamise para-
tamata kaasnähtuseks.

Kohtuliku tõlgendamisega normile antud
värving kinnistub kohtuotsuses ja võib kordudes
omada püsiva kohtupruugi iseloomu. Sellegipärast
on see kohtu õigusloomingu teguharu kõrvalisema
tähtsusega, sest ta on teatud paratamata jätkuks
maksvate õigusnormide elluviimisel ja sellele
kohtu õigusloomingule ei saa seepärast anda ise-
seisva õigusallika tähendust - ^{ka neil juhtudel} jaab ju õigusallikaks
ikkaigi kohaldatav õigusnorm ise.

Hoopis suurem on kohtu õigusloomingu tähtsus neil juhustel, kus maksvas õiguses üldse ei leidu tekkind erijuhuse lahendamiseks tarvilikku normi. "Õigusnorm maksab nimelt ikka ainult tuleviku tarvis - üldiselt ei ole normil tagasiulatavat jõudu kuskilgi. Olevikus tulevikku ennustada ning kõike elu mitmekesisust ning värviküllust on võimata ettenäha, seda enam, et tihti maksavad seadused tervelt sadu aastaid ja niisugustes elutingimustes, millest seaduse andmise ajal unki ei võidud näha, näiteks tarvitab kohus Inglismaal tihti veel praegugi seadusi, mis on antud XIII-dal aastasajal ja Prantsusmaal - XVIII aastasaja seadusi. "Ükski loogiline mõiste aga ei või sisaldada enam kui on pandud ta aluseks, ja selle tagajärjel on igas seaduses tühikuid. Tühikute olem ei ole tingitud ainult seaduste puudulikkusest, - see võib mõju

10
avaldaia ainult tühikute iseloomule ja hulgale -
vaid tühikuid on igas seaduses, ka kõige täiusli-
kumas, ja tühikute olem on sama paratamata kui
norm ise. "Kõik inimlik on puudulik selles mõt-
tes, et puudus kohe ei ole näha" (J.Uluots).
Läinud aastasaja lõpuni valitsend õpetus seadusest
kui tühikuteta tervikust on meieajal kõrvale
jäätud ja selle asemel tõeks võetud, et tühi-
kuid on paratamata.

Tühikuid kõrvaldab küll ka seadusandlus
ise, kuid seadusandev aparaat on harilikult väga
pöörmatu ja täistuubitud, nagu teame seda oma
Riigikogust, kus aastate kaupa ootab korda hulk
ka kõige kiirema iseloomuga seadusi. Elu aga ei
lebe oodata ja tühikuid peab seepärast täitma,
sest ei oleks otstarbekohane ega õiglane kee-
lata hulgale kodanikest kohtulikku kaitset ai-
nult seaduse puudulikkuse pärast. Selles mõttes
erineb tsiviilõigus kriminaal õigusest, kus mak-

sev pöhimöte "nullum crimen, nulla poena sine lege". Kohustada kohtunikke pöörama iga tühiku täitmiseks seadusandja enese poole - seda teed on küll tarvitatud XVIII-XIX aastasajal, mil lõpu-likult maksvusele pääsis seaduse ülevöim ning algul seadused olid tehniliselt enamasti väga vi-letsad, kuid meie ajal on see tee kõrvale jäätud, - kaalutud ja kerge leitud, - sest seadusandev apa-raat, olles kaugel protsessiosalistest, ei suuda tungida sellesse elulisesse olukorda, milles on tekkinud lahendust vajav küsimus, ega suuda otsustada küsimust asja rutulsuse pärast rahu-likult ning põhjalikult, küll aga tekitaks sel-le tee tarvitamine väga suure ning lubamata aja-kaotuse. Samuti ei ole mõtet luua seks mingisu-gust erilist kõrgemat asutist sarnaselt säärase-le, nagu Zeiler soovitas asutada seaduste tõl-gendamiseks, sest see viiks seadusandluse killus-tamisele ja sellega ka korralagedusele. Ka sea-

12
dusandja on katset teind sarnast ^{asutist} (komisjoni) ellu
kutsuda. Nimelt asutas Friedrich Suur Preisi-
maal 1780 a. 14 apr. seadusega seaduste seleta-
miseks erilise komisjoni. Selle seadusega maksma-
pandud kord võeti pärast ka Preisi maaõigusesse
(sissejuhatus § 46 ja § 47) kuid juua 1798 a. ol-
di sunnitud selle korra kaotama ja kohustati
selle asemel kohtuid teatama kohtumõistmisel
esiletund seaduse selgusetustest kohtuministri-
le, selgusetuste ^{edaspidiseks} kõrvaldamiseks seadusandlises
korras, kuid seegi nõue jäi surnd seadustäheks.
Kes peaks siis tühikuid täitma, kui mitte kohtu-
nik, kes on loomulikuks vahemeheks abstraktse,
tihti surnd seadustähe ja elu mitmekesisuse va-
hel? Tihti sunnib kohtunikku selleks seadus ise.
Nii määrab cod.civ. § 4 et kohtu^uniku, kes keeldub
kohtuasja läbivaatamast seaduse puudumise, sel-
gusetuse või puudulikkuse ettekäändel, võib vas-
tutusele võtta nagu õigusmõistmisest keeldumise

eest. Samall viisil normib seda Hispaania tsiviilseaduse § 6 ja ka meil maksev vene tsiviilkohtupidamise seaduse § 10 (viimane täiendab ülemaltähendatud ettekääne-loendi veel seaduse vasturääkivusega) weel enam.

Käesoleva aastasaja algul jõudis kohtu iseseisev õiguslooming isegi lausa seaduslise tunnustamiseni. Nimelt normis Helveetsia 1907 tsiviilseaduslik¹⁾ kohtu õigusloomingut sel viisil, et kõigil seaduses (seaduse tähttähelises väljenduses või ta mõttes) ettenähtud juhustel mõistab kohtunik kohut seaduse järele, kui aga seadust tekkind juhuse tarvis ei ole, siis kombeõiguse järele, ja kui see juhus ka sääl ei ole ettenähtud, siis loob kohtunik normi ise, nagu oleks ta seadusandja, kinnipidades sääl juures mõistlikust õiguse teooriast ja ~~kohtutegelusest~~^{traditsioonist}.²⁾ Seda tunnustamist peab kõigiti tervitama, sest ta päästab kohtuniku skolastilisest põhjenduste otsimi-

¹⁾ as tuu jörmu 1 paov. 1912g;
v. §1.

²⁾ Erfolgt daher bewährter Lehre und
überlieferung.

sest maksvast seadusest ja kombeõigusest, mis ei võind tekkind juhust ettenäha, kui ka sellega tihti kaasaskäivast maksva õiguse moonutamise vajadusest, mis seejuures siiski tihti ei võimalda vana õigust uue elutarvidusega hästi kooskõlastada. Kuid ka sääl, kus seaduseandja ei ole kohtunikku kohustanud õigusnorme looma, ka sääl loob kohtutegelus norme kõhkemata, nagu näiteks Saksamaal, kus kohut päälegi õigustab seks Saksa õigusteadline kirjandus, ja isegi sääl, kus kohtunik õiguslooming oli seadusandjast täitsa keeldud, ka säälgi löi kohus norme, kuigi seda ei märgatud, või ei tahetudki märgata.

Kohtulik tühikute täitmine võib sündida kaheti. Nimelt võib kohus tuletada tühiku täiteks tarviliku normi seaduse analoogia abil, millele kui seaduse tõlgendamisele ei saa aga anda iseseisvat tähtsust, sest õigusallikaks jääb ka seaduse analoogia tarvitamise korral ikkagi

kohaldatud seadus ise. Kuid seaduse analoogia ei võimalda alati tühikut täita ja siis peab kohus abiks võtma õiguse analoogia, harilikult seaduse üldmõtte tarvitamise teel, või nagu normitud Austria 1811 a. koodeksis, õiguse loomulikke põhimõtteid tarvitades, mis on sisuliselt aga kohtu iseseisev õiguslooming ja võib sellena omada ka iseseisva õigusallika tähtsuse.

Kohtu õigusloomin-
gu normivast
tähtsusest.

16

Kohtu õiguslooming omandab tihti maks-
vuse siiski ka väljaspool selle asja piire,
mille lahendamisel ta tekkis, sest kohtu loo-
dud norm, kuigi ta oli määratud ainult käes-
olnd asja lahendamiseks, on kahtlemata üldi-
se iseloomuga, - peab ju kohus normi loomisel
erijuhust hindama üldsuse seisukohalt, sest
muidu ei oleks üldse võimalik tõeliselt õig-
lane norm ning selle õiglane kohaldamine käes-
olnud erijuhusel. On aga kohus säärase üldise
iseloomuga normi kord loond, siis ei ole koh-
tul takistust selle normi kohaldamiseks tei-
sel, kolmandal jne sarnasel juhusel, ümber-
pöördult, õiguslise korra kindlustamine isegi
nõuab ühesugust möödupuud kõikides sarnastes
asjades, sest muidu võiks kohtumõistmine
muutuda kohtunikkude omavoliks ning sellega
õiguslist korda kõigutada. Õiguse ühesugune
kohaldamine peetakse väga tähtsaks ja selle

kindlustamiseks on loodud igal pool isegi kõrgemad kassatsiooni kohtud ning teised tagatised. Kord normi loond ei ole kohus seepärast järgnevate samaste asjade lahendamisel enam nii vaba, kui enne normi loomist, vaid peab arvestama ka juba loodud normiga, muutes seda ainult tõsise tarviduse korral, ja sel teel pääsebki enamasti eelmise asja lahendamisel loodud norm maksvusele ka teistes samastes asjades, nii siis väljaspool selle asja piire, mille lahendamisel ta loodud. Eriti soodustab seda maksvusele pääsu põhimõtteliste kohtuotsuste avaldamine.

Eelnevat asja lahendanud kohtuotsus, milles kinnistub kohtu loodud norm, omab kaheksuguse tähtsuse: I) antud kohtuasja lahendanud kohtuotsus omab selles asjas lõpulikult otsustava jõu, muutudes seaduseks ad hoc (seda muidugi ainult sel korral, kui on täidetud kõik selleks seaduse järele tarvilikud eeldused), s.o. omab

selles asjas erilise juriidilise tähtsuse -
 res judicata ja 2) antud erijuhuse otsustami-
 seks normi puudumise pärast kohtus loodud norm
 kinnistub kohtu otsuses, kui õiguse tunnusta-
 mise aktis, ja ^{võib omada} ~~omab~~ sel teel üldise tähtsuse -
 - res p~~rae~~judicata. Viimases mõttes nimetatak-
 se kohtuotsust eelnevaks juhuseks, eelikuks,
 ehk pretsedendiks. Eelik võib kordudes omada
 pikapääle püsiva kohtupruugi iseloomu, või
 muutuda vahest isegi alaliseks, s.c. omandada
 kombeõiguse tunnused - auctoritas rerum perpetuo
 similiter judicatorum. Nii on ka kohtupruuk,
 kui kohaldada E. Trubetskoi väljendust, mitmus-
 lik eelik.

Samal viisil tekib eelikuid ning kohtu-
 pruke kohtu otsuste ja toimuste läbi, millis-
 tes kinnistuvad protsessi vormid ja sisekorra
 ning asjaajamise juhised, millede maksmapanek
 kuulub kohtu autonoomsetesse võimupiiridesse.

Kohtu loodud normi kinnistand eeliku ja kohtupruugi üldist vahekorda õigusallikana ei ole kerge määrata. Sääal kus eelikul on tingimata kohuslik jõud, nagu mõnd liiki Inglise kohtueelikuil, sääal on juba esimene sääarane pretsedent kahtlemata õigusallikaks. Kuid mandri kohtute eelikud ei ole tingimata kohustavad ja ühes sellega on ka üksiku eeliku kui õigusallika tähtsus kaugelt ebamäärasem, sest sääarases eelikus kinnistund normi tähtsus võib piirduda ainult käesolnd asjaga ning kunagi enam eeskujuks olla ei teiste temale järgnend samasuguste asjade otsustamisel kohtus, ei ka mujal. *Mandri kohtute* Eelikus kinnistud normi üldõiguslisest seisukohast vaadates peab ühänema nendega, kelle arvates üksik kohtuotsus-eelik ei ole veel õigusallik, vaid saab selleks alles siis, kui sellele üksikule otsusele järgneb teisi sama normi kohaldatavaid kohtuotsusi, s.o. tekib kohtupruuk, mis

on algand sellest otsusest kui eelikust ning
 väljendab loodud normi tegelikku normiva
 ülesande täitmist ja püsivust väliselt. Sel-
 lest seisukohast on loodud normi üldise tähtsu-
 se tunnustamine ühenduses tema üldnormiva üles-
 ande teostumisega - nii siis tuletab meele kesk-
 aja usuraboratio legis instituuti - ning selle-
 pärast võiks kohtu loodud normi allikaks luge-
 da ka eeliku, kuid ainult sel tingimusel, kui
 ta järgnevas tegeluses eelikuna ^{korrald} (tarvitusele tu-
 leb. Üldiselt aga on üksiku kohustamata eeliku
 tähtsus õigusallikana harilikult liig ebamää-
 rane ning raskelt määratav, sest eelik on sama
 tinglik, nagu kohtuotsus ise, sõltudes protses-
 si tähtaegadest, edasikaebe võimalusest ning
 tagajärgedest ja isegi seadusjõusse astund koh-
 tuotsus on seda siiski veel tingimisi jne, nii
 et on õigem kõneleda ainult kohtupruugist kui
 õigusallikast, sest alles kohtupruugis kinnis-

mesugune. Inglismaal on mõnd liiki eelikut ko-
 huslikkus sama suur, kui seadusnormilgi, kuid
 on ka tingimisi kohuslikke ja kohustumatuid eeli-
 kuid. Mandrikohtute eelikud ei ole lausa kohus-
 likud kuskilgi ja kui nende kohuslikkust üldse
 võrrelda seaduse kohuslikkusega, siis võiks
 meile selle poolest anda vast leges imperfectae
 iseloomu. Nii ei käi eeliku tingimata kohusta-
 vus tema alaliste tunnuste hulka. Ümberpöörduvalt,
 kohtupidamise tähtsa ülesande, so. õigusnormi
2 1
 kahaldamise elunähtustele, võimaldamiseks on
 tingimata tarvilik kindlustada kohtunikule
 veendumusvabadus, sest vastaskorral muutuks ter-
 ve õigustmõistmine ainult surnud tähenärimiseks,
 unustades täiesti oma eluliselt tähtsa ühis-
 kondlise ülesande. Teiselt poolt aga peab sil-
 mispidama, et kohtunikule ei või jätta ka täie-
 likku piiramata arvatus vabadust, sest sel
 teel oleks kohtuotsustes võimalik liig palju

isiklikku elementi, mis võiks kõigutada õigus-
 lise korra püsivust, ning peab sellepärast koh-
 tuarvatuse vabadust piirama. Selleks on ka koh-
 tuprotsessi üldkorralduses hulk tagatise loodud,
 kuid need ei saa ~~veeta~~ eesmärki siiski veel
 täielikult ja kohtumõistmise ühemõdulikkuse ja
 püsivuse kindlustamiseks peab abiks võtma koh-
 tupraksise, mis enamasti suudab kõrvaldada
 kohtunikkude isetantlikkust ja liigaldamist ise-
 gi enam, kui samaks otstarbeks antud seadused,¹⁾
 kuid eelik ei pea sääljuures siiski kohtule sun-
 duslikult kohustavaks muutuma, mis muudaks koh-
 tupraksise pöörmatuks, paneks kammitsasse kogu
 kohtupidamise ega võimaldaks kord tekkind viga-
 de parandamist, mida ei tohi takistada kohtu
 õigusmõistmise enese pärast, eriti aga kannataks
 selle all just alamate kohtuastete¹¹ iseseisvus.
 Eeliku kohuslikkuse õiguslist piirjoont tõmmata
 on üldiselt väga raske, sest selle määrajaks on

1) Урядовский, Сов. сов. и Ул. и Л.,
 вып. 81.
 Та Кошпро. сов., 2-я. проект, работа
 - с. 105-111. и прох. ф. и. к.

enamasti muutlik ja mitmekesine elu ise. Üldi^u 24
selt määrub eeliku kohuslikkus kohtu arvatusva-
baduse ja kohtupidamise seaduslikkuse põhimö-
tete, kohtu üldkorralduse, õigusallikate vas-
tastikkuse suhte, ühiskonna õigustunde ja hul-
ga muude tegurite resultant jõust. Eelik võib
tekkida iga kohtuastmes, kuid erilise tähtsuse
on omandanud igalpool kõrgema kassatsiooni koh-
tu eelikud, kuigi ka neil ei ole pea kuskilgi
kohuslikku jõudu väljaspool otsustatava asja
piiride, ei asja otsustanud kohtule enesele
(väljaarvatud vast Austria ja osalt Saksa.kus
kõrgem kohus on teatud viisil suhteliselt seotud oma otsustega), ega ka alamatele kohtutele
teistes samasugustes asjades, vaid neil on õi-
gus põhjendatud kaalutlustel eeliku ka tähelepa-
nemata jätta. Endine Vene Senat püüdis küll
oma otsusi kõigile alluvatele kohtutele kohus-
likuks teha ka kõigis teistes Senati otsustatud

asjale analoogilistes asjades, kuid see senati²⁵
"võimu usurpeerimine" tekitab vene õigustead-
lises kirjanduses haruldaselt üksmeelse vastu-
seisu, kuigi see ei takistand Senatil oma arva-
misest kinnipidada. Milleni võib viia kassa-
tsiooni kohtu otsuste kohuslikkus, seda kirjeldas
tabavalt prof. Shershenevits: "Kohtupraktis
püüab ~~ar~~jalikult igast kassatsiooni departa-
menti märkust, püüdes kokkukõlastada oma tege-
vuse senati vaadetega. See aastaastalt kasvav
otsuste hulk seab ikka enam ja enam meie kohut,
. kes jõuetult alistub oma saatusele, nagu
võrkudesse mässund lövi, keeldub võitlemast ja
elab kõrgema instantsi mõistusest. Praegusel
ajal on kogu kohtupraktise ülesanne antud juhu-
sel kohase kassatsiooni otsuse leidmises. Koh-
tus ei võidelda loogika, õiguse ja instituudi
konstruktsiooni vahekorra tundmise või seadus-
te viimistletud tõlgendamisoskuse abil, vaid

toetades kassatsioonikohtu otsustele. Kurva mulje jätab nüüd kohtuistung, kus näeme, kuidas advokaadid hävitavad teineteist kassatsiooni kohtu otsustega ja kus võidab see, kes leidis kõige kohasema ja sääal juures kõige hilisema.")

Kui muuta kohuslikuks ainult kreatiivsed eelikud, mihukseid võrratult vähem kui seletavaid, deklaratiivseid, see suudaks asja muuta ainult hulgaliselt, kuid mitte sisuliselt. Meie aja arenend seadusandluse juures jäävad seadusandjast normimata harilikult ikka kas liig uued, alles tekkivad vahekorrad, või jälle need, mida seadusandja ise lahendada ei söanda, seda omale ülejõu käivaks pidades. Mõlemas suunas juba esimest kassatsioonikohtu otsust õiguselule sunduslikuks teha ning talle juba algusest kohe lõpuliselt kivistunud vorm anda, see võtaks normaalselt iga arenemise ja paranemise võimaluse ning hävitaks just selle kohtupraktise

) Kayka sp. nr. 6 Poccuu.

omaduse, mille pärast teda seadusele eelistatakse, nimelt paenduvuse, s.o. kergema elutarvidustele kohanemise võime, mis ülenal tähendud juhtumistel kohtupraktisistele eriti tarvilik. Sellest seisukohast on otstarbekohasem ka kreatiivse eeliku tingimata kohuslikkust eitada. See seisukoht on vastandiks Inglise eelikutute teooriale ja praksisele, mis tunnustavad ka tingimata kohuslikke eelikuid. Kuid ka Inglise tingimata kohuslikud eelikud ei ole kohtust absoluutselt muutmatud - selleks on ajaloolisi fakte küllalt - ja sellepärast on Inglise teooria sunnitud oma sirgjoonelikkust päästma luulenditega, nimelt et kohus ei tühista eelikut, kui ta tema kõrvaldab, vaid ainult kinnitab autoriteetselt, et säärast normi, millele põhjenes eelik, tegelikult üldse ei olegi.

Eitada eeliku kohustavust ei tähenda ka veel sugugi, et eelikul üldse mingi juriidilist tähtsust ei ole: see ei oleks kooskõlas ajalooliste tõsiasjadega ning tänapäevaste õiguselu nähtustega. "Ajaloost kehtel on kohtuotsused vaidlemata olnud üldise õiguse allikaiks ning ka praegu ei ole ühesuguste eelikute kogunemine kaugeltki asjatu nullide liitmine, mis annab summas sama nulli, vaid midagi tõsisemat, mis köidab isegi nende tähelepanu, kes kohtu eelikuid täitsa eitavad "(Demčenko).

Ajalooliselt on kohtu õigusloomingu tähtsus õigusallikana väljaspool kahtlust ja seda mitte üksi sääl, kus seadusandlus krooniliselt või isegi tahtlikult ajast maha oli jäänd, vaid ka sääl, kus seadusandev aparaat oma seadusandlist ülesannet kõigiti püüdis täita.

Nii on Rooma õigus suurel määral kohtu-
tegeluse sünnitus. Roomariigis vanemal ajal
maksnud kombeõigus muutus arvatavasti V aasta-
sajal a Chr. (kui uskuda meieni säilinud ajaloo-
lisi allikaid) kirjutatud seaduse^s XII tahvli
seaduse näol ja sellest hetkest jäi Rooma sea-
dusandliste organide tegevus mitmeks aasta-
sajaks pea täiesti soiku. Samal ajal algas
aga suur murrang riigi poliitilises, majandus-
lises, sotsiaalses ja kultuurilises elus.
Territooriumi laienemisega tekib hulk suhteid
välisriikidega, naturaalselt majanduse kõrvale

tekib kapitalistline majandus, areneb sise- ja välis/kaubandus, kultuuri mõjul hakkab lagunema vana patriarkaalne Rooma perekond - kõike seda ei suuda enam mahutada oma raamidesse vana kviriitõigus. Seisukorra päästjaks sai kõige suuremal määral küll Rooma preetor, kui administratiiv-kohtuvõimuga varustatud valitav ametnik, eriti alates II a. (a. Chr.) keskpaigast. Algul oli preetori tegevus sihitud seaduse tühikute täitmisele, mida võimaldas tema ametalaline õige ararapiiriline impeerium, kuid pikapeale omandas preetori tegevus mitte üksi tsiviil seadust täiendava või avitava (juris civilis supplendi et adjuvandi gratia), vaid isegi seadust parandava (corrigendi gratia) iseloomu, ehkki vormiliselt preetor ei olnud õigustatud seadusi muutma või kõrvaldama - praetor jus tollere non potest -, kuid oma impeeriumi abil võis preetor seadusest ajutisi

erandeid teha erijuhustel. Need ajutised eran-
did muutused pärastpoole alalisteks ja asusid
seaduse kõrvale, ning tsiviilseaduse samu vahe-
kordi normivaist osadest sai sel teel "nudum
jus". Oma tulevase tegevuse juhised avaldas
preetor kujunend kombel ametisse astumise algul
ediktina "ut scirent cives. quod jus de quaque
re quisque dicturus esset". See n.n.edictum
perpetuum oli maksev ainult tema andja ameti
ajal ning ainult temale alluva territooriumi
piirides, nii et järgmine preetor uuega pidi
esinema. Pikapeale muutus teatud edikti osa pü-
sivaks. ("edictum tralaticium"), omanades sellel
kodifitseeritud kujul rahva silmis alalise õi-
guse tähtsuse. Lex Cornelia ajast muutus edikt
kohuslikuks ka tema andjale enesele. Lõppes
preetori edikti arenemine II aastasaja esime-
sel poolel p.Chr.. mil õigusteadlane Salvius
Julianus tale lõpuliku kuju andis, mida muuta

jäl õigus ainult imperaatorile. Nii preetori kui ka teiste magistraatide ediktide osad mahutati pärast Justiniaanuse seadustikku.

Edikt oli kahtlemata hästi kohane selle eriti rasketes oludes sündinud seadusereformi teostamiseks. Maksev ainult üks aasta, kogemuste põhjal järjest täiendatav ning üldisemaks muudetav, ei olnud temas samal ajal mingisugusi takistusi tegelikkudel katsetel ebaõnnestunuks osutund normide kõrvale jätmiseks, mille tagajärjel tekkiski Rooma oludele vastav ning järelekatsutud normistik, mis oli omapärase õiguse allikana küllalt võimas seaduse, vana jus civile, asemele astuma. Kuid meie aja arenend seadusandluse, selleaegsest suurelt erineva kohtukorra ning muude muutund olude juures on säärane õiguslooming vaevalt möeldav. Peab küll tähendama, et enamik romaniste paigutab preetori edikti seadusandluse osaa, mida soodustab

ka ta nimetus "lex annua", ja ainult vähemus kohtutegeluse või kombeõiguse sekka, mõned jä-tavad ta kuuluvuse päris nimetamata. L. Petra-žitski arvab kohaseks luua tema tarvis hoopis uue liigi - programmõiguse. Preetori edikti kui säärase kuvvuse kohta võib ju eriarvamise-le jääda, kuid kahtlemata oli algul preetori tegevuse eesmärgiks ainult kaitse võimaldamine üksikuil tekkind erijuhustel, mis sai hoogu eriti protsessist per formulas. ja alles aega-pidi muutus see kaitse ikka enam üldisemaks; sellena on preetori kui kohtumõistmist korral-dava ametniku õigusloomingul tähtsust ka kohtu tegeluses tekkind õigusena. Kuid Rooma kohtutes on tekkinud ka õigusnorme täiesti samaselt meieaegsete kohtute tegeluses tekkivate normi-de sündimisele. Sääraseks on Rooma centumviri kohtu tegeluses tekkind portio legitima insti-tuut, mis võeti pärast samuti Justiniaanuse

seadustikku. Sihukesi kohtu õigusloomingu mälestusmärke oleks säilind kahtlemata enam, kui Roomas oleks olnud enam alalisi kohtuid.

Keskajal oli kohtu tegeluse osa õigusloomingu samuti suur ja nii keskaja kõige omapärasem õigusnähtus - Rooma õiguse retsepsioon Saksa maal kui ka keskaja kanoonilise ning kõmbeõiguse areng - on väga tähtsal määral just kohtutegeluse villi. Keskajal ei olnud riigivõimu õigusloov funktsioon küllalt arenend ja isegi XVI a.sõltus seaduse maksvus tema praktilisest maksvusele pääsmisest (usuraboratio legis) , seadusandlus ise oli tehniliselt vähe arenend, kasuaalse iseloomuga ja seepärast tühikuid palju, millede täitmise raskus langes kohtunikkude õlgadele. Eriti suurt osa tuli etendada kohtutegelusel Rooma õiguse retsepsioonis, mis sai sellest isegi oma nime - usuaalne retsepsioon, ehkki kohus ei olnud selle ainsamaks teostajaks,

vaid teostas seda käsikäes õiguse teadusega. 35
ja algul ka riigivõimu tunnustamisel. Oluliselt
muutus Saksa kohus Roomaõiguse retsipeeriaks
pea samadel põhjustel, kui Rooma preetor üheks
selle loojaks. Keskaja lõpupoole kujunev suur
poliitiline, majandusline ja vaimline murrang
tõi paratamata esile ka põhjalikkude uuenduste
tarviduse õiguses, mis teostus kohtus tarvi-
tusele pääsena ehk küll võõra, kuid siiski võr-
ratult enam arenend ja universaalsema Rooma õi-
guse näol ja selle pikapeelses muutmises Rooma
omadest erinevate Saksa olude kohaselt. Ülema
appellatsioonikohtu (Rechskammergericht) asu-
tamisega tunnustati Rooma õiguse jõud ja prak-
tiline tähtsus ka ametlikult ning sellest ajast
pidid kõik alamad kohtud arvestama Rooma õigu-
sega, kui nad ei tahtnud, et nende otsusi oleks
kasseeritud kõrgemas kohtus. Kuid kohtute te-
gevus ei piirand ainult sellega. Rooma õigus

oli süündind teisemates oludes, kui seda olid tolleaegsed Saksa omad ja teda pidi sellepärast saksa oludele kohaldades muutma ja lepitama saksa rahvuslise kombeõigusega. Seda juba ühes retsepsiooniga alanud tööd jätkas kohus ka pärast 1495 a. ning veel 17 ja enamal jaol 18. aastajasal oli kõrgemate saksa kohtute otsuste jõud samane seaduste jõule, millega leppiski seaduseandja, ja alles XVIII aastasaja lõpupoole kui seaduse ainuvalitsuse ja võimude jaotamise põhimõtted maksusele pääsesid, asuti kohtu õigusloomingu suhtes eitavale seisukohale. Meie ajaks on Rooma õiguse ja saksa rahvusliku õiguse kui ka üksikute saksa territoriaalsete tsiviilõiguste kokkusulamine juba ammu lõpnud ning 1896 a. vastuvõetud üldine Saksa tsiviilseadustik juba 25 a. maksmas. See tsiviilseadustik oli omal ajal saksa arenend õigusteaduse paremaks saavutuseks, kuid ei olnud möödunud veel

kolme aastatki tema maksuma hakkamise momendist, 37
kui E. Zittelmann säält oma õiguse tühikute õpe-
tuse tõestamiseks näiteid võis tuua - hää tõen-
dus tühikute paratamattusest - ja ka praegusel
ajal on eelikute, eriti Kõrgema riigikohtu oma-
de, tähtsus kohtutegeluses suur, mõnede (n. Gierke)
arvates liigagi suur. Saksa riigikohtu eelikutel
on päälegi juriidilist siduvustki, sest seaduse
järele on riigikohus oma eelikute pärastises
muutmises piiratud sel teel, et riigikohtu senat
ei või muuta teise senati või üldkogu otsusi, eelikuid,
vaid ainult oma eelikuid; üldkogu aga võib muu-
ta ainult oma enese ja tema senatite eelikuid,
kuid mitte teise üldkogu omi. mille abil on
teataval määral kindlustatud kohtutegeluse üht-
lus ja püsivus.

Eriti suur on kohtu õigusloova tegevuse
tähtsus Inglismaal. Inglise õigusline areng on
jäänud pea täitsa Rooma õiguse otsekohese mõjuta

ja omandanud teistsugusema ilme kui Euroopa
mandri õigus. Seadustele põhjendav õigus (statute
law) on sääl enam tahaplaanile jäänd võrreldes
üldise õigusega (common law). Viimane on aga
väga tähtsal määral just aastasadu kestnud koh-
tu/tegeluse saavutus. Selle suure ülesande on
Inglise kohus võinud täita ainult selle varal.
et Inglise kohtute otsused on kõrgemaks auto-
riteediks, millele kohtud on kohustatud alistu-
ma. Teisalt on Inglise kohus ka seaduse suhtes
vabam kui mandri kohus, sest ainult Inglismaal
võib kuulda sääraseid avaldusi, nagu lord kants-
leri oma Talson W. Queen asjas 12 mail 1889 a.;
nimelt, kui päevakorraale kerkis küsimus, et
kõrgem kriminaalkohus lausa muudab seadusi, vas-
tas lordkantsler, et kohtuotsus ei ole parla-
mendi arutada ja kohtunikke ei saa süüdistada
seaduse rikkumises, sest ainult kohtunikud või-
vad ütelda, mis on seadus. Meie/aegse Inglise

kohtuotsuse-eeliku mõju on kas tingimata kohustav, tingimisi kohustav või kohustamatu. Tingimata kohustavad on a) kõrgema kohtuotsused-eelikud - alamale kohtule, b) lordide palat on absoluutselt seotud oma enese otsustega ja d) appellatsioon kohus on absoluutselt seotud oma otsustega, kui ka endiste sama astme kohtute omadega. Kõik teised otsused on eeliku mõttes kas tingimisi kohustavad või kohustamatud. Kohustamatud eelikud on maksavad ainult nii palju, kui palju nad suudavad mõjuda oma sisulise põhjendatusega. Tingimisi kohustavaid eelikeid võivad kohtud tähelepanemata jätta, kui nad on lausa ja tõsiselt halvad, nii et nende kõrvaldamine on terve ja õiglase kohtupidamise huvides. Tingimata kohustavate eelike tähtsus on samasugune nagu seaduselgi, ja nende, kui kõigi autoriteetsemate otsuste seadusloov mõju on kõige suurem ja võistleb seadusega, teda

mitte üksi täiendades, vaid väga tihti ka pa-⁴⁰
randades ning kõrvaldades (abrogative prece-
dents) s.o. täielikult juris civilis corri-
gendi gratia, nagu vanas Roomaski, ehkki ka
Inglise seisukohalt kohus on kutsutud ainult
õigust kohaldama aga mitte muutma või kõrval-
dama. Inglise kohtu ajalooline ja ka praegune
õigusloov tegevus on nii õigusliselt kui ka
tegelikult väljaspool kahtlust ja näib õige
sternergi arvamine, et mannermaa õigusteadla-
sele esineb õigus lõpukokkuvõttes seadusena,
inglise omale aga kohtuotsusena ja selle
taga seisva kohtunikuna.

Kohtu õigusloova tegevuse näiteid võiks
tuua veel mujalt, eriti aga P.A. Uhisriikidest,
kus õiguse üldine olukord on väga sarnane
Inglise omale, kuid juba needki näited tõenda-
vad kohtu osa objektiivsete normide loomises
küllalt selgelt.

Kohtu õigusloovast tegevusest üldiselt.

41
Üldiselt on kohtu õigusloova tegevuse tähtsus eriti suur sääl, kus seadusandja küllalt intensiivi tegevust ei avalda ning sel teel ajast maha jääb, nagu näiteks meie ajal Inglismaal. Kuid et suureviisiline kohtulik õiguslooming seepärast küllalt otstarbekohane oleks, seda ütelda ei saa. Kohtu loodud norm tekib erijuhuste lahendamise tarviduse rajal. Selle tagajärjel on üksikud õigusnormid terakaupa siinsääl laiali mitmesuguste kohtute mitmeaegsetes otsustes-eelikutes harilikult ilma mingi kindla süsteemita, mis normide tarvitamist väga raskendab. Rooma õigusgeenius lahendas asja otstarbekohaselt, sest käsi-käes õigusnormide tekkimisega käis õiguse kodifikatsioon preetori edikti kaudu. kuid Inglismaal ja P.Ameerika ühisriikides ei ole selleni jõutud. Selle tagajärjel on näiteks P.A.Ühisriikides Kongressi raamatukogu arvutustel ühisriikides üle 17.000 kõite mitmesugusid tinti vastukäi-

vaid normiva iseloomuga otsusi ja seadusi, mil-
lede läbilugemiseks vaja teine eluiga. Et maksva
õiguse tundmine selle all väga kannatab on päeva-
selge. "Õiguse kodifitseerimise küsimus on Inglis-
maal küll juba mitukorda päevakorras olnud, kuid
on ikka kõrvale jäätud ja paremaks peetud maksva
korra juure jääda. Normaalse seadusandluse sei-
sukorra juures, kus seadusandja tahab ja suudab
oma ülesannet täita, on kohtutegeluse, kui õi-
gusallika tähtsus kõrvaline, täiendava iseloo-
muga, ega ole seepärast see tehniline pahe oluli-
selt märgatav. Eriti säärases väikeses riigis,
nagu Eesti.

Edasi on kohtuliku õigusloomingu korral
õiguslooming jagatud mitme omas tegevuses koos-
kõlastamata keskkohta vahel ning nõuab seepärast
ühiskonnalt suuremat ja ajajatut jõukulu. Kohtu-
loodud normid omavad kergesti kohaliku õiguse
iseloomu ja on tihti vastolus teistes kohtutes

samal viisil tekkind õigusega. Säärane killune-
mine ja vastukäivus on aga kahtlemata eitav
nähtus¹⁾, mida peab kõrvaldada püüdma. Lõpuks sün-
niti kohtu õiguslooming ka sisuliselt kahtlemata
palju halvemates tingimustes kui seadusandlus.
Avalik arvustus ei pääse naljalt kohtuõigusloo-
minguni. Vastandina parlamendile, kus on esitatud
kõik seltskonna kihid, on kohtus otsustajad
tihti kõik ühest ja samast ühiskonna klassist
ja kohtu õiguslooming kaldub seepärast ühekülg-
susele, mis seda soovimatam, et kohtunikud
on oma vaadetes ikka hästi konservatiivne, mõne
arvates isegi kõige alalhoidlikum ühiskonna ele-
ment, ning ei suuda seepärast esineda seadus-
andja osasküllalt otstarbekohaselt. Kuid kõik
see ei suuda asja muuta. Kohtul tuleb paratama-
ta ka norme luua ja seda kohtu õigusloomingut
võib piirata ainult seadusandluse elustamise ja
elunõuetele vastuvõtlikumaks muutmise teel, kuid

*1) Säärane killune mine kohtu-
õigusele on lasti õiguste lastele
eriti valusalt tunda, sest
teatarasti koostub B. P. O. M. K.
peaasps riitmust koha-
likust erikoodeksist, vähe-
matelst erinevus teat kõne-
lemata.*

teda üldse kõrvaldada ei lähe vast korda, kunagi. Kohtu õiguslooming on seadusandluse küllaldase intensiivsuse korral ainult kõrvaline, täiendav, ja mõninga tema puudusega tuleb leppida kui paratamatusega. Üldiselt on praegusaja seadusandluste kõrval kohtutegeluse osa õiguseallikana meie ajal veel küllalt suur ja isegi väga mitmed Vene ja Saksa teadusmehed peavad tunnustama kohtu peaaegu seadusandlist või seadusega konkureerivat tähtsust. Nagu öieti rõhutatakse, on kohtu õiguslooming õiguse tühikute täitmisel päälegi täiesti legaalne nähtus, sest ta ei ole tsiviilseadusega praegu kuskilgi keelatud, küll aga paljus riikes lubatud või tunnustatud

Mis puutub kohtuõigusloomingut praeter ja contra legem, siis ollakse praegusel seisukorral pea üldiselt kohtule selle õiguse andmise vastu, eriti oli seda kindlalt endine vene õigusteadus, milleks põhjust andis ka Vene

1) Gierke, lkr 178.
 Велсберни, М.И.К. 1895/96, вып. 461-463.
 Градберни, Собр. соч. III, VII, 1, вып. 66.
 Чехарь, М.И.К. 1896/97: "Смута
 закон и судья в гр. пр. постолюко
 руководителю, тем не менее
 киеви законъ, како дами
 Селам, и редкое решение в
 отворамеюнаго вопроса не
 менше рено конститумне
 кар. реч. Селамна за патн. годъ,
 ... эти решения нормы созданы
 селамею гравдоуекоу прова"
 Речка ад. Тейт рет аласт ка дем-
 беико'2, М.И.К. 1903/3.

tolleaegne kurb õigusline olevik. Põhimõtte-
 liselt peaks selle seisukohaga üldiselt nõus
 olema, sest kui seadusandlus oma ülesannet vähe-
 tegi täidab, nii et seadus elust väga palju maha
 ei jää, kõigutaks kohtuniku seadust muutev tege-
 vus tuntavalt õiguslist korda, mida kohtunikule,
 kes kõigile teistele kõige päält seaduse täitmi-
 ses eeskujuks peaks olema, kuidagi ei või luba-
 da. Säärane kohtuniku tegevus käiks päalegi ris-
 ti vastu kohtuniku ametivandele (meie-^{le} mina töö-
 tan ja vannun kohut mõista õiglaselt,
 s e a d u s e ja oma südametunnistuse järele...")
 Kuid see seisukoht ei võiks olla absoluutselt
 muutmatu. Ajaloos on olnud olukordi, kus kohtul
 seda tuli kahtlemata ja möödapääsemata teha ja
 nende olukordade uuesti/sünd on täiesti võimalik
 ka edaspidi, kui elu selleks õigustab. Olevik
 seda igatahes ei näi tegevat.-

kohtutegeluse kui õigus-
allika teoreetilise ei-
tamise ja põhjendamise
katsetest.

Enk küll õigusallika termin on vana termin, on selle sõnaga tähendatava aine lähem käsitelu aset leidnud alles läinud aastasajal, mil tekkis õigusallikate õpetus. Rea andekate XIX aastasaja esimese poole õpetlaste töö tulemusena tekkis eelmisel XVIII aastasajal ainuvalitsend seaduse kõrvale õigusallikana kombeõigus ja praegu ei eita kombeõiguse kuuluvust õigusallikate sekka pea keegi enam. Läinud aastasaja viimsel poolel pühendati enam tähelepanu kohtutegeluse ja õiguse teaduse tähtsuse selgitamisele objektiivsete õigusnormide loomises, kuid see töö ei ole tänini veel kaugeltki ühist otsust jõudnud anda ja vaielus kohtutegeluse ja õiguse teaduse kui õigusallikate tähtsuse ümber jätkus veel käesoleva aastasaja esimesel veerandil, minnes "vabaõiguse" kooli õpetustes paiguti äärmiste liialdusteni. Endastmõistetavalt on selle

*У. Кайтес, Л. Токпобени,
"Коррупция" и "реформа"
Курс и Л. Кайтес.*

tagajärjel otsused siin veel küllalt erinevad ega pole jõudnud kristalliseeruda üldtunnustatud tõesedena, milleks osalt kaasa aitab ka riikide erinev õiguslikikord.

Nii on teaduses kohtutegeluse tähtsus õigusallikana vaieldatav. Enamik Euroopa mandri tähtsamate riikide õigusteadlisest kirjandusest eitab meieaegse kohtueeliku juriidilist tähtsust, muu seas oli see ka endise Vene õigusteaduslise kirjanduse valitsevaks arvamiseks, ja ainult üksikuid leidub, kes on valmis tunnustama õigusallikaks iga kohtu eeliku. See-gipärast tunnustavad enamasti ka eeliku juriidilise tähtsuse eitajad siiski tema kõrblist või tegelikku siduvust ja tähtsust. Kui nüüd arvesse võtta, et seisukohad erinevad veel vastavalt sellele, missuguse riigi või astme kohtus on tekkinud eelik, siis on variatsioonide hulk küllalt arusaadav.

Kuid ka kohtu-pruugiga ei ole asi palju parem. Kudas teda ka ei määrataks, kas, nagu harilikult, teatud õigusnormi üldise, vältava ja ühesuguse kohaldamisena antud õiguse maksvuspiirkonnas¹⁾, või lisades selle määrangu juure veel täiendava tingimusena õiguse kohustavuse veene²⁾, või määrates lihtsalt, et kohtupraktis on kohtuotsustes tekkind õigus³⁾, või jättes ta, nagu teevad paljud, üldse täpsemalt määramata, või määrates veel kuidagi teisiti, tunnustatakse püsiv ja alaline kohtupruuk enamasti õigusallikaks, kuigi ta mõnede arvates muutub seks alles kombeõiguseks saades, kuid autorite vaated erinevad selles asjas siiski küllalt ja on tihtigi omapärased. [Kõigi nende õpetuste käsitlemine on siin kohal võimata, mispärast peab piirduma mõne üksikuga, tarvitades seks kaht pääliiki: I) õpetused, mis kohtulikku õigusloomingut üldse eitavad ja 2) õpetused, mis teda ei eita,

1) Bernburg.

2) Gierke

3) Baron.

vaid põhjendada püüavad, kuid enne, kui nende õpetuste manu asuda, peatan pisut kohtupruugi ja kombeõiguse vahekorra juures. Nagu tähendatud, muutub kohtupruuk mõnede (nagu Posener, Hellwig, Bierling) arvates õigusallikaks ainult kombeõiguseks saades. Teisalt eitatakse seda vaadet, sest ehkki kohtupruuk on teatud määral suguline kombeõigusele, on tema tekkimine, maksvus ja lakkamine kombeõigusest küllalt erinev, et teda iseseisvaks õigusallikaks pidada (Dernburg). Ka Gierke, pannes tähele kohtupruugi tekkimist just kohtus, kui riigi orgaanis, jõuab otsusele, et "Gerichtsgebrauch ist somit eine von allen anderen Rechtsquellen spezifisch verschiedene Rechtsquelle." Viimaseid vaateid pooldades pean siiski tähendama, et kõik õigusallikad mõjutavad kahtlemata üksteist vastastikku ning püüavad tungida teineteise piiridesse; ka kohtutegevuses tekkinud norm muutub vahest tõesti kombe-

õiguseks ning kaotab oma erilise kohtutegeluses tekkinud õiguse iseloomu, kuid sellest ei järgne muidugi veel, et kohtutegeluses tekkinud õigus on samane kombeõigusele, või saab õiguseks ainult viimase kaudu. Kohtu normivat tegevust eitatakse kõige enam riigiorganide põhifunktsioonide - seadusandluse, kohtu ja administratiiv funktsiooni - jaotamise tarviduse seisukohalt isiku kaitsmiseks valitsejate isetahtlikkuse vastu, kui ka kohtuliku ja seadusandliku tegevuse iseloomu põhimõttelise erinevuse pärast.

Kohtu ja seadusandluse jaotamise vajadust põhjendatakse harilikult motiividega, mihukeste-ga esines juba omal ajal Montesquieu^{ll}. Nimelt, väitatakse, ei olla kellegi elu ja vara kindlustatud, kui kohtu funktsioon ühendataks seadusandlisega, sest kohtul oleks siis vaba võimalus luua norme ad hoc, igaks erijuhuseks oma tahte kohaselt. Et kõrvaldada kohtu tungimise seadus-

andluse valdkonda, nõuti kohtu täielikku alis-
tumist seadusele. Objektiivse väljenduse leidis
see nõue paljus XVIII ja XIX aastasaja seadus-
andlustes.

Kohtu ja seadusandluse iseloomu põhimõt-
telise erisuse lähem käsitleu on aset leidnud
peaasjalikult läinud aastasaja õpetustes. Rida
õpetlasi on seda küsimust korduvalt käsitlend
muuseas ka Vene õigusteadlises kirjanduses.
"Üldkokkuvõttes oleks nende õpetuste järele koh-
tu normiva tegevuse tunnustamine täielises vast-
olus kohtu tegevuse ülesannete kui ka juriidili-
se iseloomuga. Kohtunik, väitatakse, on vastan-
dina seadusandjale ikka erihuvide kaitsja, kes
astub tegevusse asjast huvitatute algatusel ja
tema otsus on piiratud tekkinud õiguslise vaie-
luse raamidest. Kohtu tegevus puudutab ainult
möödunud asiolusid ja ainult protsessi osavõt-
jaid. Kohtunik ei loo norme, vaid kohaldab ai-

nult neid norme, mis on juba maksmas, rakendades üldnorme elu külge. Iga kohtuotsuse jõud piirdub sellepärast ainult selle asjaga, mille puhul ta on tehtud, ja selles asjas tarvitatud lahendusviis ei ole kohuslik ei sellele ega ka teistele kohtutele teistes samasugustes asjades,¹⁾ vaid igas uues asjas algab kohus oma tegevust täiesti algusest, nagu ei oleks eelmisi asju olnudki, sest teises asjas esineb küsimus teistsuguste asjaolude tõttu hoopis teisel konkreetsel kujul.²⁾

Mölemas, niihästi kohtu ja seadusandlise funktsiooni jaotamise kui ka põhimõttelise erinevuse õpetuses, on paljugi tõttu niipalju kui asi puutub kohtu ja seadusandluse üldise³⁾ iseloomustamisse. Ei puudu neil ka õiguspoliitilist tähtsust. Kuid kohtuliku õigusloomingu küsimuses ei saa need õpetused siiski olla lõpulikult otsustavad ning nende sirgjooneline teostamine osutus võimatuks. Mõlemad õpetused on nimelt

1) Уродовенно, как, пр.с.
 сов. эпоха, 1961, вып. 10
 Гинко, Советск. Пр. 5.177.

2) Гошкевич, Кр.с. г.м.
 Судоп, 1912. I, вып. 176, 179.

liig sirgjoonelised, ega suuda mahutada endasse
kõiki elunähtusi. Elu paanutamise matemaatiliste
reeglite raamidesse ei ole võimalik üheski
eluühiskonnas, seda vähem aga inimühiskonnas,
kus mõjutegurite hulk on määratu suur. Mate-
maatilise sirge tõmbamine nende õpetuste sisu-
konalt kohtu ja seadusandluse vahel ei ole sel-
lepärast põhimõtteliselt üldse võimalik. Sama
osutus ka võimufunktsioonide jaotuse teooria
tegelikul teostamisel. XVIII aastasajal muutus
seadusandlus lõpulikult riigivõimu ainuõigu-
seks. Ühes sellega muutus seadus kõige täht-
samaks ja valitsevaks õigusallikaks, omades
ülevõimu kõigi teiste allikate suhtes, mille-
de maksvus seati ühendusse nende lubatusega
või vähemalt tunnustusega seaduses. Nii
ratsionalistilise kui ka liberaalse õpetuse toe-
tusel püüti teostada täielikku ja jagamatut
seaduse ainuvalitsust ning seadusandva ja

kohtu võimu sirgjoonelist jaotamist määrates, et I) kohus ei või seadust seletada, mis on tarbekorral ainuüksi seadusandja enese asi, vaid kohus peab seadust kohaldama tähttäneliselt - see põhimõte oli maksmas XVIII aasta-saja lõpu ja ^{osalet ka} ~~enama~~ jao XIX a. seadusandlustes ja 2) kohus ei või täita seaduse tühikuid.

Mõlemad põhimõtted on meie ajal kõrvale jäänud kui eluvöörad ja sellepärast enamasti maksva seaduse tekstist juba kaotatud või on tegelikult nudum jus: nende maksmajätt meie aegsetesse seadustesse oleks vana roomaaegse tõe - summum jus summa in juria - teadlik maksmapanu veel meie päivil. Peab veel tähendada, et mõlemad eeltähendatud põhimõtted, millede abil taheti teostada võimude (õigemi-ni küll võimufunktsioonide) jaotust, tegelikult oma eesmärki ei saavutanudki, sest kohtu õigusloomingu piiramise arvel tuli kohtu-

funktioone seadusandja hooleks jätta, - j² 55

³
¹
nuud pidi erijuhuse harutamisel tekkind kohtuniku kahtlusi lahendama seadusandja ise, s.o. seadusandja tungis kohtu valdkonda. Kohtu ja seadusandluse vahel absoluutse piiri tõmbamine ülaltähendatud või mõnel teisel viisil näib üldse võimata ja sellepärast ei anta meie ajal nende funktsioonide lahutamise õpetusele enam absoluutse ideaali tähtsust, nii et nende piir ei ole midagi jäädavalt püsivat, vaid muutub ühes ühiskondlise elu muutumisega. Veel enam. Ehkki seadused püüdsid täiesti kõrvaldada kohtupruugi ja eeliku tekkimise võimaluse, näiteks määras Preisi maaõiguse sissejuhatus § 6 "auf Meinungen der Rechtslehren oder ältere Aussprüche der Richter soll bei künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden"

või Vene 1857 a. põhiseaduse § 69 „Судебная практика при рассмотрении дел не имеет значения при вынесении решений в судах, но не имеет значения при рассмотрении дел высшими судами, при

*veel osese meeskonnas, mille eesmärgiks seadusandja
okoramenetlike peetlemise no gatare no dõrkuse,*

on kohus ka vastu sääraseid seadusandja kategoorilisi keelde siiski igalpool oma õigusloovat ülesannet täitnud ja täidab praegugi, ning võidakse isegi märkida selle kohtu tegevuse kasvamist meie ajal.

Sama on üldjoontes maksev ka kohtu ja seadusandlase tegevuse iseloomu põhimõttelise erinevuse kohta. Lisaks peab veel tähendama, et kohtu ülesanded on need, mis tal tegelikult tuleb täita, aga mitte need, mis talle kohaseks peetakse. Nagu eel tähendatud, tuleb kohtul oma peaülesande kõrval ja selle teostamiseks paratamata ka norme luua, ja sellega, kui tõsiasjaga, peab arvestama. Kui vaadata kohtu tegevust ainult normi kohaldamise seisukohalt, võiks selle õpetuse tehtud järeldustega nõus olla. Kui aga silmis pidada, et kohus ka norme loob,

siis on õiguse piirsuse ja tema õiglase ning
ühemöödulise kohaldamise lähtekohalt otstarbeko-
hasem, et ühes asjas kohaldatud normi tarvita-
taks ka teises samasuguses asjas, s.o. et kohus
ei oleks absoluutselt vaba, vaid oleks teatud
määralt seotud oma endiste otsustega teiste järg-
nevate asjade otsustamisel. Salgamata on sea-
dusandluse ja kohtupidamise jaotamine üldiselt
tarvilik peale isiku õiguste puutumatus kind-
lustamise ka puht tööjaotuse põhimõttena ja on
sellena tuluks nii seadusandjale kui ka kohtu-
moistjale. Kuid selle jaotuse tähtsuse pärast
ei saa veel eitada tegeliku tõsiasjana esinevat
kohtu õigusloomingut, mis küll, vähemalt Euroo-
pa mandril, on praegusel ajal kõrvalisema täht-
susega ja ainult seadust täiendava iseloomuga.

Kui nüüd asuda kohtutegeluses tekkivad
õiguse maksvust väljaspool antud asja piiride
põhjendavate õpetuste manu, peatan esmalt Inglise

õigusteooria põhjendustel.

Ka Inglise õigusteaduse seisukohalt on kohus kutsutud ainult õigust kohaldama, aga mitte muutma või kõrvaldama. Kui kohus siiski tihti norme loob, siis õigustab inglise õigusteooria seda kohtutegevust sisuliselt peasjalikult õiguse piirsuse ja püsivuse tarvidusega, nende lähtekohast kohasemaks pidades kord tekkind eelikut parem jõusse jätta, kui tühistada. Sellest lähtekohast peetakse võimalikuks et ka communis error facit jus. Teisalt põhjendatakse seda õigusloomingut vormilisest küljest luulendiga, et kohus kohaldab alati ainult maksimaalset õigusnorme - seadust ja kombeõigust - ja et kohuslik ei ole mitte kohtuotsus ise, vaid temas kohaldatud norm, ning kohtuotsus on ainult selle normi tõeliku olelu paremaks tõenduseks, teiste sõnadega, kohtupraktis on kohuslik ainult kui seaduse ja kombeõiguse väljendus.

Asudes nende põhjenduste hindamisele, peab kõigepäält tähendama, et vormilise põhjendusena esile toodav luulend näib asjatu ning tema abiks võtmine tõendab ainult, et tegelik elu ja teooria ei ole kooskõlas. Luulend aga nende vastolu kõrvaldada ei suuda, vaid peidab ainult. Kui teooria ja elu vastamisi satuvad, näib otstarbelisem ebakohane teooria parem kõrvale jätta, kui teda luulenditega veel vee peal hoida, sest õigus on elu tarvis ja mitte ümberpöörduvalt. Kahtlemata tuleb Inglise kohtul säälise seadusandluse puudulikkuse pärast väga tihhti tegutseda õigusloovalt. Et kohtu loodud norm on ainult kohtu loodud norm ja mitte juba ennem maksnud seaduse või kombeõiguse norm, selles ei ole kahtlust.

Sisuline põhjendus, kuivõrt ta puudutab kohtu õigusloomingut õiguse tühikute täitmisel ja maksvate õigusnormide seletamisel, on vastu-

võetav, kuid temaga ei saa põhjendada kohtu õigusloomingut praeter ja contra legem. Õiguslise korra püsivuse ja piirsuse ettekäändel ei saa maksmata jätta maksvale õigusele vastukäivat kohtu normi, sest see norm, eitades maksvat õigust ja kõigutades sellega õiguslist korda, oleks juba vastolus nende põhjendustega, millede abil teda tahetakse maksmata panna.

Mõlemad, nii sisuline kui ka vormiline põhjendus, ei suuda küllalt põhjendada kõiki Inglise kohtute õigusloova tegevuse nähtusi ja on seepärast puudulikud. Tegelikult on Inglise kohtul ajalooliselt pühitsetud õigus mõista kohut ka praeter ja contra legem. Selle kohtu õiguse tekkimise üksikasju ja põhjusi võib otsida Inglise ajaloolisest minevikust ning valgustada sellega olevikku, kuid põhjendada seda ajaloo saavutust punkt loogiliselt nüüd post factum on raske.

Võib olla, on tõeale kõige lähemal prof. Vinograadov, kelle arvates inglise kohtu õigusloomingus tekkiv õigus ei esine käsuna, millele järgneb täitmine, vaid just maksva subjektiivõiguse tunnustamisena tarkade ja haritud kohtunikude kaudu, nii et esikohale astub normi vormilise külje asemel tema sisuline külge, ja tekkiva vaieluse lahendamisel ei ole tingimata tarvis tulevikku pööratud käsk, vaid ainult võimalusi tekkind vaieluses kõige enam õigusele ja õiglusele vastava lahendusviisi leidmiseks.

Mannermaa õigusteadlises kirjanduses kohtu põhjendatakse loodud normi maksvust väljaspool antud asja piiride mitmeti.

"Ühed" põhjendavad seda kohtuotsuse kõlblike siduvusega, mõistes selle all seda, et õigluse seisukohalt peab kohus üht ja sama normi tarvitama ühes ja samas mõttes ka kõigis

1) näiteks, Таранов, Русск. гос. право, вып. 183, 5, Труды Верхов. Касс. при С. С. С. вып. 81.

järgnevais asjus, erapooletult ja ilma isetahtlikkuseta, ükskõik, kes ka ei oleks protsessi-osaliseks.

Teiste¹⁾ arvates on eelikud kohustavad ainult niipalju, kui nad veenvad oma seesmise loogilikkuse ja põhjendatusega. Eelikuid peab kohus tähelepanema mitte ratione imperii, vaid ainult ratsionis imperio. Kohtuotsustele antakse selles mõttes ^{harilikult} sama autoriteet nagu igale teaduslikule teoorialegi.²⁾

Kolmandad³⁾ tunnustavad ~~peale kõrblise mõju~~ veel eelikute omapärast faktilist survet otsuste välise autoriteedi ja omapärase veendavuse abil, mis seda suurem, mida kauem on tarvitatast reeglist kinni peetud. Kohtuotsustes-eelikutes nähakse jõudu, mis hästi võimas ja kohane kohtunõukude isetahtlikkuse piiramiseks ning sel teel õiguslise korra püsivsuse kindlustamiseks.

Neljandad annavad ka üksikule eelikule iseseisva õigusallika tähenduse, nagu näiteks

1) näiteks Goshkueskii, K. y. cy, sup 182.,
Bepueckee, M. M. 10. 895/10, sup 164.
Gierke, A. Priv., Stoenob, ja
põhjad teised

2) Perens obrep, sup 52.

3) Perens obrep, sup 86.
Goshkueskii, Kypc, 172 uci,
ja teised.

Demčenko, kelle arvates kohtuotsus, olles õiguse tunnustamise aktiks, seob sellena kohtuniku vabaduse järgnevate samasuguste asjade otsustamisel, sest kohtunik ei toimi kui eraisik, vaid kui riigiorgan, ja ei väljenda kohtuotsuses oma isiklikku arvamist, vaid isikutu kohtuotsuse, mis jääb ikka üheks ja samaks, kuidas ka ei muutuks kohtunikud; ideeliselt kohus ei või ega pea ise enesele vasturääkima.

Nii eeliku juriidilist kui ka kõlblist või tegelikku tähtsust põhjendavad õpetused ei eita enamasti nendest rõhutatavate põhjenduste kõrval ka veel teiste tegurite moju ja Demčenko, kohtueeliku juriidilise tähtsuse põhjendand kohtu ideelises elukorras, peab kohe juure lisama, et ehkki üksikul kohtuotsusel-eelikul, kui kohtupruugi koostuselemendil, on normiv tähtsus, kuid siiski ei ole selle jõud ja tähtsus küllalt piirsad ja on tihtigi väga tingli-

kud, sest kõik protsessi institutsioonid peavad arvestama kohtute tegevuse tegelikkude tingimustega ja õigusemõistmise reaalse puudulikkusega, - mõistab ju kohut "mitte Jumaliku õiguse taevalik esindaja, vaid harilik surelik kohtunik."

Kohtu loodud normi maksvus kohtupraktises on kõigepäält ühiskondeluline nähtus. Kõik elunähtused on aga väga keerulised, seepärast ka kõnesolev. Inimmõistus on ~~on~~ piiratud ega suuda tajuda elu nii nagu ta on, so. tervikuna, miimekesiste mõjutegurite vastasmõju kogumina, ja peab seepärast nähtuse lõhestama üksikuiks tegureiks ning hindama neid juba ükshaaval, sel teel tähtsama tegurini jõudes. Selle tähtsama määramisel etendab hindaja subjektiivne element ikka teatud osa, mis vastavalt hinnatava nähtuse väliste tundemite teravusele või nõrkusele võib olla suurem või vähem. Ei

või öelda, et kohtutegeluses ellupääsnud üldise normi maksvus oleks lihtne ja ainult õigusline nähtus: õigusline on ta ainult sedavõrt, kui võrd kohus kui õigust kohaldav riigiorgan arvestab eeliku ja kohtupruugiga või tunnustab neid õiguseallikaiks. Põhjused, millest sõltub see arvestamine või tunnustamine, on väga keerulised, ja määruvad elu mitmekesisusest enesest.

Uldiselt on kohtuloodud normi tekkimine ja maksvus seotud eluga palju tihedamalt kui seadusel, ta tekib n.ö. vahetumalt elu rüpes ja on seepärast elule ka palju lähemal. Elu kontrolliv ja korrigeeriv mõju on siin palju suurem ja tugevam, kui seaduse juures. Kohtuloodud norm jääb maksma, kui ta vastab elunõuetele, ja kõrvaldub, kui ta seda mitte ei ole, teiste sõnadega, normi maksvuseks on siin tarvis vormilise ja materjaalse õigusallikate

lakkamatu koosmõju, sest kohtu normi kohaldamisel võtab kohus ta arvesse ainult siis, kui ta on kooskõlas kohtunikkude õigusveenega, s.o. õigusallikaga materjaalses mõttes. Nii on kohtu kohustamata eelik ühesugusena kordudes alati eelneva vormilise õigusallika-eeliku läbi tunnustatud normi uuestitunnustamine õigusloovatest teguritest (põhimõtteliselt on kohtud õiguse kohaldamises kõik üheõiguslised). Need õigusloovad tegurid kui elulised tegurid on aga väga keerulised ja neid on üpris raske liigitada ning põhjendada, juriidilisest põhjendusest kõnelemata.

Sellest seisukohast on kõigis eeltähendatud õpetustes tõtt. Salgamata etendab kohtu tegeluse õigusallikana maksvusele pääsus osaka kõrbliline moment, eeliku seesmine loogiline põhjendus, väline autoriteet, teatud püsiva õiguslise korra tarviduse tundmine, järelaima-

mine, korduvus, eeliku tingimata või tinglik juriidiline siduvus ja veel palju teisi tegureid, kuid ühtki neist ei saa tunnustada ainuvalitsevaks. Teatud olukorras pääseb neist küll mõni tegur enam nähtavale kohale, kuid vähemalt meie ajal maksvatel asjaoludel on siiski raske tunnustada mõnd neist kõige tähtsamaks või ainuvalitsevaks. Kõik õpetused, mis püüavad eeliku-õigusallika maksvust praegustes tingimustes seletada ainult ühe või mõne üksiku teguriga, unustavad tähelepanna hinnatavat nähtust elulise tervikuna, mis on hulga mitmekesiste ja muutlikkude tegurite vastastikkuseks kompromissiks.

Mis puutub eriti Demčenko õpetust, siis on tema eeliku juriidilise kohuslikkuse põhjendus katseline saavutus ja ainult katseline. Ta on seadnud kohtu ja kohtuniku pealpoole tegelikku elu, loond talle ideaalse katselise olu-

korra, ning vastavalt sellele tuletanud ka teooria. Säärastes oludes kui katses tarvitatud, suudab see teooria küll oludele vastav olla, kuid niipea, kui kaob see ideaalne olukord, kaotab kogu oma aluse ka see õpetus. Et säärane ideaalne olukord maa peal üldse mõeldav pole, pole ka teooria elunähtustega kooskõlas.

Kui, kõrvale jättes kohtutegeluse-õigusallika põhjendamise katse mõme üksiku teguri eelistamise abil, ning asuda kõigi nende tegurite vaatlemisele, võiks küll esile tõsta mõne liigi neist. Kui jaotada neid tegureid kahte kruppi - välisteks ja sisulisteks - võiks esimestest tähelepanna näiteks:

- a) kohtupraksise maksvuse piirkonna suurust;
- b) eeliku kordumise tihedust kohtuotsustes ja tema maksvust lühema või pikema aja kestel;
- c) eeliku tekitand kohtu seisukohta kohtu

üldastmestikus; eriti suur on siin kõrgema kassatsiooni kohtu (nagu meie Riigikohtu) eelikute tähtsus, sest alamad kohtud püüavad neist kinnipidada juba oma otsuste kasseerimise kartusel, eeldades kõrgema kohtu järjekindlust, sest näiteks võib meie kõrgem kohus tsiv.kohtup. seaduse § 813 abil oma vaate enamasti ikka maksmata panna;

d) eeliku juriidilise siduvuse iseloomu ja jõudu;

h) õigusallikate vastastikkust sunet, eriti seadusandluse intensiivsust; ja teistest:

a) õigusloovaid tegureid omas erilises mõttes.

b) loodud normi sisulist vastavust elutarvidustele

c) normitava nähtuse kohtu normiva tegevuse võimupiiridesse kuuluvuse viit jne., kuid säärane loend ei või olla ei põhjalik ega lõpulik. Loendud tegurite mõjust võiks kõnelda üksikas-

jalikult pikemalt, kuid loodetavasti ei peaks nende üksikmõjus kahtlust tekkima ja seepärast ei peata siin pikemalt. Kui aga vaadata nende tegurite koosmõju, siis tumeneb pilt tuntavalt. Teineteisest läbipõimudes, üksteist vastastiku mõjutades ning täiendades, võib mõne teguri mõju kõrvaldamise, vähenemise või suurenemise tagajärjel kohtupraktis mõnikord omandada ka üle terve riigi säärase jõu, mis on isegi tugevam seadusest, teisalt aga võib kohtus tekkida norm piirduda ainult selle asjaga, mille otsustamisel ta loodi, ilma et teda kunagi tarvita- taks teiste analoogiliste asjade lahendamisel. „Näiteks kujunesid eelikud, mis on Inglise kohtu- te uhkuseks, ja milledele Inglise kohtud toe- tuvad kui oma tegeluse vankumatuile alustele, n.o. võitluses olelu eest, kus hävines hulk otsusi kohtuseisusele mingi mälestusi jätmata või jättes halva mälestuse".(Gradovski). Alles

siis, kui kohtuloodud normi on korduvalt tarvitatud ka teistes asjades, nii et ta on omandand enam-vähem püsiva ilme, alles siis võib kõnelda sellest normist kui üldisest õigusest, kuid kas peaks eeliku tarvitamine seks korduma ainult üks, kaks või kakskümmend korda, seda on võimata ettenäha, või ettemäärata, kuid üks on kindel: mida kauem on normi tarvitatud, seda suurem on tema tähtsus ühiskonnas maksva üldõiguse nomina, ja seda enam arvestatakse temaga. Kohtu tegeluses tekkind õiguse maksvuse üldine teoreetiline põhjendamine on säärases olukorras väga raske, kui mitte asjatu vaev.

Eesti Kohtutegelusest
õigusallikana.

72
Pärast vallutamist sakslastest ja taanlastest XIII aastasajal sattus Baltimaa ka õigusliselt tugeva tolleaegse saksa õiguse mõju alla; kohtutegeluse tähtsus õigusallikana sarnanes väga Saksa tolleaegse kohtutegeluse omale: ta oli väga tähtsaks õigusallikaks üldse ning kohtus tekkind normid olid omakord väga tähtsaks materjaaliks nii seadustele kui ka pärastistele rootsi- ja veneaegsetele õiguse kodifikatsiooni katsetele, nagu "Ritterrechte des Fürstenthums Esthen" (ca 1600 aastast) ja "des Herzogthums Esthen Ritter und Landrecht" (1650 a.), ning isegi viimane. olgugi erakoodeks, omas pikaajalisest kohtutes tarvitamisest pea sama jõu, kui seaduselgi. Ka maksvas Balti eraõiguses leidub hulganormi, mis on alguse saand varem as kohtutegeluses.

Tänapäevase Eesti kohtutegeluse kui tsiviil õigusallika tähtsuse manu asudes, tu-

leb peatuda esmalt seaduse tühikute täitmise juures.

B.E.Ö.III k.sissejuhatus annab terve reahiseid selles seadustikus leiduvate normide kohaldamiseks. Tühikute täitmisest kõneleb § XXI, et "kui selles seadustikus ei leidu teatud küsimusele mingi määrust, siis lahendub see küsimus nende määrustega, milledega on tal üldine alus ja selle tagajärjel ka lähem seamine sugulus." Selle § põhjal võib kohus tarvitada küll seaduse analoogiat, kuid see § ei taha hästi võimaldada kohtu iseseisvat õiguseloomingut õiguseanaloogia ehk seaduse üldmõtte tarvitamise näol, sest mida kaugemale seaduse üldmõtte tarvitamise teel, seda ebamäärasemaks muutuvad "üldise aluse" piirjooned, seda vabamaks muutub ühtlasi kohtu seisukoht ja lõpuks muutub "üldine alus" ja "lähem seamine sugulus" seaduse üldmõtte tarvitamisel enam kui

küsitavaks. Seaduse analoogiale põhjenevale 74
õigusloomingu ei saa aga anda iseseisva õi-
gusallika tähendust, sest ta on ainult seadus-
normi paratamata jätkuks ja õigusallikaks jääb
ikkagi tarvitatav seadus ise.

Võrreldes maksva ainesseadusega on tsi-
viilprotsessiseadustik tunnustand kohtule märk-
sa avaramad õigusloomingu piirid. Nimelt ko-
hustab tsiviilkohtupidamise seaduse § 9 kõiki
kohtuasutisi otsustama asju maksvate seaduste
täpse mõtte järele, aga seaduse puudulikkuse,
selgusetuse, puudumise või vasturääkivuse kor-
ral - põhjendama otsusi seaduste üldmõttele.
Edasi on sama seadustiku § 10 põhjal kohtule
keelatud asja otsustamist katkestada seaduste
puudulikkuse, selgusetuse, puudumise või vas-
turääkivuse ettekäändel, ja sellest reeglist
üleastujaid karistatakse nagu õigismõistmisest
keeldumise eest. Nii ei või Eesti kohus tsi-
viillasja harutust seaduse puudumise pärast

katkestada. vaid peab põhjendama otsuse seaduse üldmõttele. s.o. looma tarviliku normi ise, tarvitades õiguse analoogiat, ja ta ei ole antud asja lahendamisel kohustatud pöörama seaduse mõtte määramiseks kellegi poole. vaid iga protsess peab lõpetama oma käigu ainult kohtuametkonnas. Veel enam, kohus ei võigi autentse seletuse saamise teed tarvitada, sest kui ta pööraks harutataval erijuhusel tekkind kahtluse lahendamiseks B.E.ö.III k.§ XXIII põhjal autentseks tõlgendamiseks „no karausemly“ tuleks asja otsustamine paratamata edasilükata säärase seletuse saamiseni, ning asi veniks õige pikale. Asja otsustamise katkestamise eest oleks aga kohus vastutav " как за omnas & npabocytuu ". Autentne seaduste tõlgendamine üksikute kohtuasjade tarvis, mis on õigemini vana kahtlase seaduse asemel uue selgema seaduse andmine, on uuemate seadusandlus-

tes kõrvale jäätud ja ka Vene 1857 a. põhi-⁷⁶
seaduse §§ 52, 75-78, mis olid aluseks B.E.ö.
§ XXIII, on juba endise Vene 1906 a. konsti-
tutsiooniga kaotatud. Eesti 1920 a. põhisea-
duses ei leidu neist §§ loomulikult jälgegi.
kuid B.E.ö. § XXIII on vormiliselt praegu veel
ajaloolise mälestusmargina alles, kuigi ta on
pidand taganema uus tsiviilkohtupidamise sea-
dustiku § 9 ja § 10 ees ja on tegelikult
nudum jus, nii palju kui ta puudutab seaduste
mõtte autentset seletamist üksikuil erijuhus-
tel.

Kui kohus, tarvitades tsiv.k.s. § 9
põhjal õiguse analoogiat, loob erijuhuse la-
hendamiseks tarviliku normi maksva õiguse üld-
põhimõtete alusel, ei tarvita ta säääl juures
mitte üksi maksva seaduse testi, millest võib
tuletada kohtu õigusloomingu suuna määramiseks
tarvilikke üldmõtteid, vaid nagu see nähtub

näiteks Riigikohtu otsustest. väga tähtsal määral ka õiguse teadust, kohtupraktist ning vastavaid teiste enam arenend riikide seadusi. kui ka endise vene senati otsusi. Kõiki neid materjaale tarvitab kohus kuivõrt nad vastavad kohtunikkude õigusveenele. Sel teel saavutatud norm on iseseisva kohtu õigusloomingu vili ja võib sellena ise seisva õigusallika tähtsuse omada.

Kohtus erijuhuse lahendamisel loodud normi maksvus üldõigusena väljaspool antud asja piiride on õige lähedalt seotud kohtule esitatava õiguse kohaldamise järjekindluse ja ühemöödulikkuse nõudega. Juba B.E.Ö.IKI k. § XXVI määras, et üksikuid kohtuasju lahendand otsused, ka kõrgemate kohtute omad, ei oma seadusjõudu ja ei või sellepärast eeskujuks olla teistel juhustel; kuid et kohtunikud on kohustatud ühedel ja samadel oludel omades

otsustes järjekindlad olema, siis ei ole protsessiosanikel keelatud toetuda omade õiguste kinnitamiseks varematele kooskõlalistele ja seadusjõusse astund kohtuotsustele.

See § kõneleb küll ainult protsessiosaliste õigusest toetuda endistele kohtuotsustele-eelikutele. Kuid et kohtunikud on selle § järele kohustatud järjekindlusele, seda aga ei saaks nad olla, kui nad kord omaks võetud vaadet järgnevates samalaadilistes asjades harutamisel muudaks, peab järeldama, et ka kohus peab õigusmõistmise järjekindluse taotlemiseks arvestama varemate otsusteeelikutega.

Veel selgemalt peegeldub kohtumõistmise järjekindluse ja ühesugususe nõue maksvas kohtu ja protsessikorralduses. Tähtsamaks õigusmõistmise ühesugususe tagatiseks kõigi teiste nende seadustega loodud kindlustuste

seast on kahtlemata riigikohus kõrgema kassatsioonikohtuna, kelle kui endise Vene senati järeltulija ülesandeks on valvata "за охранением точной силы закона и единообразия его исполнения всеми судебными установлениями" (Koht.as.s. § 5), sest riigikohusteostab ülemaat kohtuvõimu endise Vene senati kohta käivate seaduste määratud piirides ja alustel (riigikohtus. § I, põhis. § 69.)

Riigikohtu kassatsiooni otsuste jõud on määratud tsiv.kht.s. § 813 järgmiselt: "Kohtuasutised on kohustatud seaduse täpse mõtte seletamise alal alistuma Senati (resp. Riigikohtu) seletusele ja kassatsiooni kaebusi selle põhjal tehtud teise otsuse vastu ei võeta mingil tingimusel vastu". ja edasi § 815: "Kõik senati kassatsiooni Departemangu (resp. Riigikohtu) otsused, millede on seletatud seaduse täpne mõte, avaldatakse seaduse ühesuguse seletamise

ja kohaldamise juhteks üldteadmiseks." Samal viisil avaldatakse ka kohtu asut.s.§ 259¹ ettenähtud seletused..

Toetades peasjalikult § 815 täpsele mõttele ning kõrgema kassatsiooni kohtu asutamise eemärgile, püüdis endine Vene senat omi seletusi kõigile kohtutele sunduslikult siduvaks teha, kinnipidades oma otsustes järgmistest

faktsimatest
 põhimõtetest: 1) kohtud on kohustatud juhatama seaduse mõtet seletavatest kassatsiooni otsustest kõigis järgnevates samasugustes asjades, 2) kohustav jõud on ainult ametlikus teatajas avaldatud otsustel, 3) kahest vastukäivast otsusest tuleb eesõigustada viimast, 4) kassatsiooni otsused ei ole seadused ja neil on sellepärast tagasiulatav jõud kõigis kohtus veel arutusel olevates asjades. 5) Ametlikus teatajas avaldatud otsusele tuleb eesõigus anda ka sel korral, kui pärast senatilt antud

asjas saadud seletust ja enne asja uut otsus-
tamist alamas astmes selle senati otsuse koha-
selt, avaldatakse ametlises teatajas uus teist-
sugune Senati seletus teises samasuguses asjas.

Nagu eelpool juba tähendud tekitasid
senati vaated vene õigusteadlises kirjanduses
elava eitava vastukaja. See pea üksmeelselt
eitav seisukoht oli ka täiesti põhjendatud.
nagu öieti väidati, sest ei õigusta kumbki se-
nati põhjendustest senati vaateid: 1) § 815 ei
järgne. et avaldamine sünnib tingimata kohusta-
vaks juhteks, vaid ainult juhteks. ja sel § ei
ole sanktsiooni analoogiliselt § 813, mis vis-
tisti ei oleks puudund. kui kõrgem kohtu kas-
satsiooni otsusid oleks tahetud kohustavateks
juhteks teha ja 2) kõrgema kohtu otsuste üld-
kohuslikkus ei soodusta veel kohtupraksise üne-
sugusest, kui sääl juures kassatsiooni kohtule
vaba voli jätta omi vaateid muuta. nii et alamad

kohtuastmed lõpuks ei tea. missugustest seletustest kinnipidada - oma vaateid muutis vene Senat väga tihti ja kurioosumina otsustas isegi ühel ja samal päeval ühe ja sama kohtu koostusega kaks samast küsimust kaheti.¹⁾

Mii ei leidu maksvas seaduses alust kassatsiooni kohtu otsuste muutmiseks tingimata kohustavaks kõigile teistele kohtutele väljaspool selle asja piiride, mille kasseerimisel seletus antud. Kuid sellegipärast ei või ütelda. et Riigikohtu otsustel eelikuna mingi jõudu ei oleks. Tsiv.koht.s. § 815 ja kohtu as.s. § 259¹ põhjal avaldakse Riigikohtu otsused seaduse ühesuguse seletamise ja kohaldamise juhteks. See on kohtutele ühtbasi ka juhutamise kohustuseks. Et aga juhutada. selleks peavad kohtud ex officio riigikohtu otsusi tundma ja nendega arvestama üksikute erijuhuste otsustamisel. - sest kui krim.koht.s. § 919 põhjal. mis on analoogiliselt kohaldatav ka

1) 1872a. Nr 1081 ja 1082.

tsiviilkohtupidamises, peab asja esitamisel Riigikohtule ettekandma muuseas ka asjaomaseid seadusi ning ennem sarnastes asjades tehtud senati resp. Riigikohtu näitlikke otsusi. ja tsiv.kohtu s. § 804² põhjal peab Riigikohus ise, kui ta ei sea kokku määrust lõpuvormis, nimetama omas resolutsioonis muuseas ka otsustamisel arvesse võetud kassatsiooni otsuseelikuid, siis veel enam on kohustatud seda tegema alamad kohtud, kes riigikohtu otsustest juhatuma peavad.-

Kohtust ex officio või protsessijate ettepanekul arvesse võetav kõrgema kohtu otsuseelik on arutatavas asjas tehtava otsuse põhistamisel kohtule kohustav ainult niivõrt, kui võrt kõrgema kohtu eeliku põhistamine suudab kohtuniku veenda kõrgema kohtu tarvitatud põhistamise õigsuses. Ei peaks kohtunik kõrgema kohtu põhistusega nõus olema, siis on ta õigustatud

teda ka tähelpanemata jätma ja otsustama asja oma veendumuse järele, näidates oma otsuses eeliku tähelpanemata jätmise põhjusi, sest kui kohtunikule on tsiv.koht.seaduse §§ 9 ja 10-ga antud iseseisev seaduse tõlgendamise õigus, siis seda enam peab talle see õigus jääma eelikute suhtes, mis ei tohi olla päälegi seadusevastased ja millede kui omapärase õigusallika tekkimine on võimalik ainult sääl, kus seadus ja kombeõigus neile seks vaba ruumi jätab. Eriti peab reserveerima selle õiguse Eesti kohtutele endise Vene senati vahemate otsuste-eelikute suhtes, kus leidub õieti palju õigusliselt alaväärtuslist. Nagu võib näha Riigikohtu otsustest, on ta mitmel korral Vene Senati eelikuid ebaõigeks tunnustand ja tähelpanemata jätnud, kuid on juhuseid, kus seda on teinud ka alamad kohtud, isegi endises Venes.¹⁾ Ka pärastised kõrgema kohtu eelikute muutmised kõrgemas koh-

1) Толбукинский. Страница
2-я изд. 1939.

tus eneses on enamail juhustel alamatest astmetest ülemasse imbuvate uute (erinevate) vaadete villi.

Seegipärast ei muutu eelik sellega veel ainult õigusteoreetiliseks teesiseks: teaduslik teesis on ainult teoreetiline teesis, kohtuotsuses-eelikus sisalduv on aga juba elluviidud ja kohtus tunnustatud teesis, millest kohtus võib loobuda ainult tõsise tarviduse korral. Eeliku arvustamise ja selle tagajärjel ka tähelepanemata jäämise võimalus aga ei võta eelikult kui niisuguselt veel tema tähtsust kohtutegeluses tekkiva õiguse kinnistamise allikana, samuti, nagu seaduse tõlgendamine ja vahest ka tähelepanemata jäämine (v.näiteks Riigikohtu kr.os.ots. N2 143 - 1921.) ei võta seda seaduselt üldiselt.

Kuidas hindab Riigikohus eelpool tähendud Vene Senati vaateid eelikute kohuslikku-

se kohta, seda ei ole Eesti riigikohus tema
vordlemisi lühikese tegutsenise kestel omis
üldteadmiseks avaldatud otsustes veel joudnud
otsekohse avaldada. Üldiselt aga näib Riigikoh-
tul kui puht kohtuasutisel vähem eeldusi oma
otsuste tingimisteta kohuslikuks tegemiseks,
kui senatil kõrgema valitsemise ja kohtu asu-
tisena, ja võib oletada, et Riigikohus sammub
sel alal lääne aga mitte ida teed, veel enam
nüüd, kus just tugevalt võideldakse kohtuniku
arvatusvabaduse piiride avardamise eest.

Tingimisi siduvate eelikute põhimõttest tingi-
tud muudetega on eelpool tähendud end.Vene Sena-
ti põhimõtted vastuvõetavad. Viimast neist põ-
himõtetest (5) vaevalt küll Eestis tuleb tarvi-
tada riigikohtu tööoludes, sest on säärane
otsuste vastukäivus vaevalt mõeldav. Samuti ei
ole kohtutele takistatud ametlikult Riigi Teata-
jas avaldamata eelikute tarvitamine teistes

samasugustes asjades, kuid toetumine neile eelikuile ei anna iseenesest veel põhjust sel alusel tehtud otsuse kasseerimiseks.

Üldiselt on praegune ajajärk Eesti kohtutele suuremad õigusloomise nõuded esitand, kui harilikult. Hiljutised põhjalikud poliitilised ja sügavad sotsiaalmajanduslised muuted on vana õigussüsteemi suurest muutnud, kuid sellegipärast on suurem osa vanu seadusi, ehkki praegustele oludele ja uutele seadustele tihti vastukäivaid, maksuma jäänud ja nende kohaldamine elule nõuab kohtutelt suurt ja loovat tööd. Riigikohtu deklaratiivsete eelikute tähtsus õigusmõistmise järjekindlustamises ja ühesugustamises on sellepärast suur, kuid ka kreatiivseid, seaduste üldmõttele põhjenevaid otsusi tekib enam kui normaalsel aegadel, sest seadusandev aparaat olles lahendamis alles suuremaid riiklise elu põhi-

küsimusi, ei suuda küllalt tähelepanu pöörata vähematele. Eriti suur on õiguse allikana Riigikohtu kui kõrgema kassatsioonikohtu tegeluse tähtsus, sest territoriaalselt on riigikohtu ringkonnaks terve maa, ta asub põlises Eesti hariduslises keskkohas, koostub paremaid õigusteadlastest, ja mis peaaegu ta on kõrgemaks kohtuks, ning ainsaks kohtuks, kelle otsusi avaldatakse üldteadmiseks. Alamate kohtute õiguslooming on õigusallikana vähem tähtis, sest nende otsuste üldteadmiseks ei avaldata, kuigi alamate kohtuastmete tege- lus võib põhimõtteliselt olla samuti õigus- allikaks, nagu riigikohtu omalgi. Kohtupida- mise järjekindluse nõue maksab alamategi koh- tute kohtagi ja näiteks rahukohtunik on tü- nikute täitmises isegi vabam, sest tsiv.kp. § 129 nõuab talt ainult, et ta otsus ei oleks vastolus seadusega, ja sellepärast võib ta

tühikute täitmisel seaduse üldmõtte kõrval
 teetuda ka eelikutele ja kohtupruugile, kui-
 võrt need ta sisetunnet veenda suudavad.
 "Üldiselt on alamate kohtute tegeluse õigus-
 allika juriidiline tähtsus seaduses normitud
 enam kui vähe. Tsiviil kohtup.seadustiku
 § 1805 lisa § 19, mis jätab kohtule õiguse
 juhatuda kaubandusliste kommete olelu määra-
 misel ka kohtuasutuste endiste otsustega
 kaubandus asjus, annab kõnesolevas küsimuses
 vähe, sest säärast kohtuotsust ei saa pidada
 iseseisvaks õiguseallikaks? temas kinnistund
 norm on kombeõigusline norm.

28/XI 1925 a.

Rein Kosa.

Tallinnas, uus maailma tur A 14, k 11.

Allikatedena on tarvitatud:

1. Барон.
Система римск. права 1888.
2. Белорус - коммюнсвенский.
Учебник рус. гр. права. 1903.
3. Борсваковский, А. П.
Законод. сила кассат. решений.
(В суде и о суде) №. №. то. 1896/10.
4. Brie, S.
Billigkeit und Recht mit besonderer Berücksichtigung
der Familienverträge. №. №. то. 1910/9.
5. Васильковский, С. В.
Курс гражданского процесса, ч. I, 1913.
6. Васильковский, С.
Судебное усмотрение при толковании
закона. Право, 1901/50.
7. Верболевский, В. А.
Гражданское судопроизводство (к изданию
судебных урядов), § XIII., №. №. то. 1895/10.
8. Виноградов, П. Л.
Очерки по теории права, 1915.
9. Владовицкий, В.
Словосурный суд. №. гр. и гр. пр. 1881, I (Жел. жур.).
10. Тесен, Г. В.
Швейцарское право суда (применение и защита)
№. №. то. 1897/6.
11. Gierke, Otto.
Deutsches Privatrecht, 1895.

12. Толбицкий, А.
Практика гражд. суда. Ж. пр. и ут. пр. 1881/2
13. Градовский, А.
О судебном толковании законов по русск. праву.
Ж. пр. и ут. пр. 1874/1.
14. Градовский, А.
Собрание сочинений, т. VII. Каранья русск.
госуд. права, т. I.
15. Гредескул, Н. Ф.
Общая теория права. 1909.
16. Гринин, Н. В.
Обязательность каранти. Корел.
Ж. сл. ю. 1896/6.
17. Демченко, Г. В.
Судебный прецедент.
Ж. сл. ю. 1903, № 4.
18. Денибург, Н.
Прецедент, 1896.
19. Др. В. Кошкин
Остатки и новые акцизныя
гражданская касса. Практика.
(Опыт критики)
гор. вед. 1881/4.
20. Есенин, Д. В.
О толковании законов
Ж. сл. ю. 1894/2.
21. Мамин, К.
Курс гражданского судопроизводства и т., 1876.
22. Муромцев, Сергей.
Суд и закон в гражданском праве
гор. вед. 1880/11.
23. Пешракицкий.
Теория права и государственка в связи с
теорией правительственной, т. I, 1907.

24. Роденер, Р.
Einführung in das Rechtswissenschaft und
Rechtsgeschichte, 1909.
25. Покровский, Г. А.
Сравнительность, процессуальные суды и
судебная олея. Вестн. права 1899/10.
26. — " —
История римского права, 1913/4
27. — " —
Процессуализм и процессуальность в праве судей.
Вестн. пр. права 1906, май.
28. — " —
Основание процессуального права, 1917.
29. Понев, Б.
Наука и сепаратская практика. Права, 1909/10.
30. Перельберг, Ф.
Однако время о праве, 1897
31. Salkilles, Raymond.
Einführung in das Studium des D. R. R.
32. Суревский, В.
Об отношении судейской профессии к
законодательству и науке права.
Ж. пр. и. пр. пр. 1883/10.
33. Шаранцев, Н. С.
Русск. процессуальное право, ч. I, 1902, септ. 183, 185.
34. Шароховский, О. В.
Учебник французского права, 1917.
35. Тюкович, И. М.
Кандидатские судейские полномочия, М. М. 1896/10
36. — " —
Грандосские права, 1922г.
37. — " —
Грандосские процессы (в. и. суд. практика) 1926г.

38. Гро́ткусъ, К.
Курсъ гр. ездн. 1911, вып. 172 и сл.
39. Хвостовъ, Д. М.
Некоторые россійскія права, 1908.
40. Келлеръ, К.
Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1908.
41. Ритцемау, Эрнст.
Röcken im Recht, 1903.
42. Чикаревъ, К.
О юридической силе и процессуальном значении решений Кассы Департа. Град. Суда.
ж. тор. права при С.-В. Императоре, 1896/97 (Самарск.)
43. Чернышевскій, Т. Ф.
Наука гражданскаго права в Россіи
44. — — — Применение нормъ права, М. Д. 1903/4.
45. Шенниковъ, У. С.
Объяснение в пользу свободнаго права
(закона и суда), юрид. зап. 1913.
46. Шварцъ, Т. М.
Гражданскій кодификаціонизм на правах
гражданскаго судопроизводства, и т. 1915.
47.
Некоторые элементы права об основаніи и
ходе меншихъ законодательствъ Европы
и др. странъ.
48. Шомъ, Рауль.
Histoire de la France, 1920.
- Россійскія законодательныя акты на (В. О. М. К.) въ раздѣлѣ