books2ebooks.eu

Artur-Tõeleid Kliimann,

Õiguskord

Tartu : Akadeemiline Kooperatiiv
1939

Tartu Ülikooli Raamatukogu: A-11263

e-raamat EOD kaudu
eBooks on Demand
Digitaalkoopia
Tartu Ülikooli Raamatukogust
TARTU ÜLIKOOL
RAAMATUKOGU

Trükise digitaalkoopia ehk e-raamatu tellimine (eBooks on Demand (EOD)) –miljonid raamatud vaid hiireklõpsu kaugusel rohkem kui kümnes Euroopa riigis!



Täname Teid, et valisite EOD!

Euroopa raamatukogudes säilitatakse miljoneid 15.–20. sajandi raamatuid. Kõik need raamatud on nüüd kättesaadavad e-raamatuna — vaid hiireklõpsu kaugusel 24 tundi ööpäevas, 7 päeva nädalas. Tehke otsing mõne EOD võrgustikuga liitunud raamatukogu elektronkataloogis ja tellige raamatust digitaalkoopia ehk e-raamat kogu maailmast. Soovitud raamat digiteeritakse ja tehakse Teile kättesaadavaks digitaalkoopiana ehk e-raamatuna.

Miks e-raamat?

- Saate kasutada standardtarkvara digitaalkoopia lugemiseks arvutiekraanil, suurendada pilti või navigeerida läbi terve raamatu.
- Saate välja trükkida üksikuid lehekülgi või kogu raamatu.
- Saate kasutada üksikterminite täistekstotsingut nii ühe faili kui failikomplekti (isikliku e-raamatukogu) piires.
- Saate kopeerida pilte ja tekstiosi teistesse rakendustesse, näiteks tekstitöötlusprogrammidesse.

Tingimused

EOD teenust kasutades nõustute Te tingimustega, mille on kehtestanud raamatut omav raamatukogu. EOD võimaldab juurdepääsu digiteeritud dokumentidele rangelt isiklikel, mittekommertseesmärkidel. Kui soovite digitaalkoopiat muuks otstarbeks, palun võtke ühendust raamatukoguga.

- Tingimused inglise keeles: http://books2ebooks.eu/odm/html/utl/en/agb.html
- Tingimused saksa keeles: http://books2ebooks.eu/odm/html/utl/et/agb.html

Rohkem e-raamatuid

Seda teenust pakub juba tosin raamatukogu enam kui kümnes Euroopa riigis.
Lisainfo aadressil: http://books2ebooks.eu

PROF. DR. A.-T. KLIIMANN

ÕIGUSKORD

AKADEEMILISE KOOPERATIIVI KIRJASTUS

ÕIGUSKORD

PROF. DR. A.-T. KLIIMANN

ÕIGUSKORD

AKADEEMILISE KOOPERATIIVI KIRJASTUS
TARTU 1939

O./Ü. „ILUTRÜKK", TARTU, 1939.

EESSÕNA.

Käesoleva teose autor on isepärasest normativistlikust lähtekohast sarjas monograafilist laadi kirjutistes seni käsitelnud jurisprudentsi mitmeid eriküsimusi. Seoses riigiaktide avalikõigusliku süstemaatikaga on ta muu hulgas esitanud ka oma erialalise haldusõigusliku probleemistiku üldisema teoreetilise käsituse. Samuti on ta ka juba ilmutanud täieliku teoreetilis-dogmaatilise arutluse haldusprotsessist kui haldusõiguse praktilisest täiendharust.

Asjasthuvitatud on aga võinud märgata, et kõik need autori juriidilist ideestikku arendavad ja rakendavad kirjutised, ühed suuremal, teised väiksemal määral, haaravad ka mõningaid lähtekoha ja meetodiga seoses olevaid, aga ühtlasi ka rohkesti sisulist laadi üldisi teoreetilisi probleeme. See on neis olnud sellest tingitud, et seni autor pole andnud säärast üldküsimusi sisaldavat teost, millede lahendustele oleksid võinud toetuda kõik vastavas isepärases mõttemenetluses esitatavad üksikkäsitlused ning sel teel oleksid võinud ise vabaneda oma eriküsimustele eelnevate üldprobleemide üksikasjalisemast selgitamisest.

Käesolev teos tahabki olla sääraseks süstemaatseks üldkäsitluseks, kus oleks esitatud kaasaja jurisprudentsi avalikõiguslikkude eriküsimuste mõistmiseks vajalik üldprobleemistik ja ses viimases ühtlasi osutatud autori erialaliste küsimuste asend ning määrateldud ka nende seos teiste õigusalade probleemidega. Selle sihiga on ses teoses võetud teoreetilisele uurimisele õiguskord konkreetse rahva kehtiva õiguse ühikuna ja meetodikindlalt ilmestatud tema olemust ja tema avaldusi. Sest on selge, et just õiguskorra uurimusest ilmnevad nii haldus- kui ka kohtu- ja seadusandluskorra omapärased suhted ja vastastikused seosed.

Et säärase sihiga uurimus saab selgitada üksnes õigusteoreetilist üldprobleemistikku, peaks olema endastmõistetav. Temas esinevate küsimuste üksikasjalisem lahkamine on jäetud autori peatselt ilmutatava avalikõigusliku eriteose hoolde. Olles kavatsetud ka tollele erikäsitlusele õigusüldõpetuslikuks eelastmeks, see teos oma sisustikult ei ole ise avalik- ega eraõiguslik, kuigi tema arutluste teise osa lõpupoolel vastavad probleemid juba surutakse avalikõiguslikesse raamesse.

Puudutades aga avaliku ja eraõiguse vastastikust demarkeeringut, autor on ses teoses taotelnud osutada, et nende õigusharude vahel pole võimalik leida nii järsku teoreetilist erinevust, millist seni on väidetud seal olevat ja mis säärasena lõhub ühtlase ja harmoonilise õiguskorra antagonistlikeks eriühikuiks. Autor arvab olevat suutnud selgitada, et seesugune kujutlus neist õigusharudest pole vastav tõelisusele ega tarvitse ka praktiliselt mitte kunagi õigeks osutuda. Kuigi avalikõiguslik kollektivistlik mõttesuund tõepoolest suuresti erineb eraõiguslikust individualistlikust mõtlemisest, pole nende vahed ometi mitte säärased, mis lubaks avalikku ja eraõigust käsitada ideoloogiliselt vaenutsevate aladena. Sellest teosest peaks selguma, et õiguskorra üldises ideoloogias nii individualismi kui ka kollektivismi ideed normeeruvad õiguslikult ühtlaseks harmooniliseks tervikuks. Mainitagu tõsiasjana, et alles inimpõlv tagasi, mil eraõigusteadus oli veel kõrgeks eeskujuks avalikõigusteadusele, säärast suurt vahet avalik- ja eraõigusliku mõtlemise vahel polnud. See vahe nivelleeruks nüüdki märksa, kui eraõigusteadus hakkaks korrigeerima oma arengus mahajäänud mõisteid ning üha enam orienteeruma avalikõigusteaduse poole, mida kohati juba ongi märgata.

Selle teose teaduslik põhituum sisaldub tema esimeses osas, mis õiguskorra olemust käsitleb täiesti uudse probleemina. Seepärast oli siin vaja sellekohaseid väiteid põhjendada siiski üksikasjalisemalt. Seda vajadust ei tundu enam teose teises osas, mis on süstematoloogiliselt rajatud esimese osa arutlustele ja sealsete põhjenduste kaudu juba ette küllaldaselt fundeeritud. Arvestades seda, et seal, kus on tegemist õigusnormide ja muude nähtuste relatsioonidega, pole võimalik rakendada juriidilist vaatlusviisi, tuli siin eraldi selgitada ka veel õiguskorra olemust määratlevat sellekohast erilist filosoofilist mõtlemismenetlust. Et aga selle menetlusega esma-

kordne tutvumine säärase teose kaudu võib väiksema filosoofilise eruditsiooniga juristidele teha raskusi, siis on teda kasustatud vaid minimaalsel määral ja nimelt üksnes õiguskorraprobleemi püstitamiseks ja üldise uurimissuuna määramiseks. Kuid temast täiesti vaikida polnud ometi mitte võimalik, sest, nagu tähendatud, õiguskorra olemuse küsimus on teose alusprobleemiks, mispärast temasse puutuvat arutlust oli vaja kindlamalt fundeerida.

Käesoleva teose ainestiku üldisem käsitlus on osutunud autorile tarvilikuks ka Tartu Ülikooli õigusteaduskonna uue *õppe- ja lõpetamise määruse* vaatekohast. Varemini oli üliõpilastel enne haldusõiguse studeerimisele asumist võimalik juba tutvuda ka riigiõigusega. Uue korra kohaselt jääb aga ainukeseks teoreetiliseks eelaluseks siin vaid õiguse üldõpetus. See asjaolu nõuab juba haldusõiguse käsitluse teoreetilises osas ka mõningate selliste küsimuste üldisemat mainimist, mis oma loomult polegi haldusõiguslikud, milledele aga viimased vahenditult rajatakse. Selle teose numereeritud laused, väited, mõistete määrangud ja liigitused kuuluvadki haldusõiguse praeguse ülikoolikursuse teoreetilisse üldossa.

Teose arutluste esimese osa jälgimine eeldab vähemalt õiguse üldõpetuse traditsioonilise ainestiku tundmist. Igaks juhuks tahaks autor väga soovitada tutvumist ka väikese teosega, mille on ilmutanud professor kohtunik Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit,* Paris-Neuchatel 1937. Mainitud teos ei evi küll erilist teaduslikku väärtust, kuid on vaatamata sellele siiski otse suurepäraseks vahendiks moodsa õigusteaduse terminoloogia ja osaliselt ka filosoofiliste mõttesuundade tundmaõppimiseks.

Käesoleva teose käsikiri oli trükivalmis 10. sept. 1938.

A.-T. K.

SISUKORD.

Lk.

Eessõna 5

I osa. **Õiguskorra olemus.**

1. peatükk. Õiguskorra mõiste 13

§ 1. Õiguskorra määratluskatseid 13
I. Õiguskorra määratluste liigitus 13
II. Õiguskorra staatilisi määratluskatseid 18
1. Duguit' juriidiline sotsiologism 18
2. Kelseni dogmaatiline normativism 29
III. Õiguskorra dünaamilisi määratluskatseid 43
1. Schmitti detsisionismi teooria 43
2. Helleri funktsionalismi teooria 51
3. Smendi integratsiooni teooria 58
§ 2. Õiguskorra määratlemine 65
I. Õiguskorra määratlemise menetlus 65
1. Määratlemise menetlusi 65
2. Fenomenoloogiline menetlus 68
II. Õiguskorra mõiste määrang 79
1. Probleemi asetus 79
2. Probleemi lahendus 81
3. Mõiste määrang 87

2. peatükk. Õiguskorra analüüs 90

§ 3. Õiguskord kui ühik 90
I. Õiguskord ja inimkollektiivid 90
1. Sotsiaalsed inimkollektiivid 90
2. Juriidilised inimkollektiivid 96
II. Õiguskord ja korporatsioonid 102
1. Korporatsiooni mõiste 102
2. Korporatsioonide liike 104
3. Autoriteet ja võim ning võimuautoriteet . . 113
§ 4. Õiguskord kui õiguse ühik 121
I. Õiguskord ja õigus 121
1. Õiguse mõiste 121
2. Õiguse liigitus 133
II. Õiguskord ja normistikkude süsteem 149
1. Normistikkude süsteem ja õiguskontinuiteet, legitimiteet ning legaliteet 149
2. Normistikkude süsteem ja totaal- ning osa-õiguskorrad 154
3. Normistikkude süsteem ja institutsioonid ning instituudid 158

III. Eesti riik ja õiguskord 161
1. Probleem ja selle lahendusviis 161
2. Normativistlik argumentatsioon 165
3. Traditsiooniline argumentatsioon 175

II. osa. **Õiguskorra põhifunktsioonid.**

3. peatükk. Õiguskorra põhifunktsioonide käibivaid doktriine 185

§ 5. Õiguskorra põhifunktsioonide määratluse katseid . . . 185
I. Kausaalteleoloogiline doktriin 185
II. Sotsioloogilis-juriidiline doktriin 189
III. Normatiivne doktriin 191
§ 6. Õiguskorra põhifunktsioonide liigitusi 194
I. Õiguskorra põhifunktsioonide liigituste mõttealgeid 194
II. Õiguskorra põhifunktsioonide liigituste teoreetilisi erinevusi 201

4. peatükk. Õiguskorra põhifunktsioonide liigitus 204

§ 7. Normatiivne ja normivaba põhifunktsioon 204
I. Põhifunktsioonide liigituse aluse määrang 204
II. Normatiivne põhifunktsioon 208
III. Normivaba põhifunktsioon 217
IV. Normatiiv- ja normivabade põhifunktsioonide suhe . 222
§ 8. Legislatiiv- ja eksekutiivfunktsioon 225
I. Käibivaid vaadendeid 225
II. Legislatiivfunktsioon 237
III. Eksekutiivfunktsioon 252
IV. Legislatiiv- ja eksekutiivfunktsiooni suhe 257
§ 9. Administratiiv- ja jurisdiktsiooniline funktsioon 262
I. Administratiiv- ja jurisdiktsioonilise funktsiooni määratluse katseid 262
II. Administratiivfunktsioon 278
III. Jurisdiktsiooniline funktsioon 283
IV. Administratiiv- ja jurisdiktsioonilise funktsiooni suhe 289

5. peatükk. Õiguskorra põhifunktsioonide teostamise süsteeme 294

§ 10. Õiguskorra põhifunktsioonide teostajad 294
I. Traditsiooniline organiteooria 294
II. Normatiivne organiteooria 301
§ 11. Õiguskorra põhifunktsioonide teostamise süsteemide liigitus 309
I. Õiguskorra põhifunktsioonid materiaalses ja formaalses mõttes 309
II. Õiguskorra põhifunktsioonide ühisus- ja lahusussüsteem 316
§ 12. Õiguskorra põhifunktsioonide lahusussüsteemide liigitus 320
I. Õiguskorra põhifunktsioonide eraldussüsteem . . . 320
II. Õiguskorra põhifunktsioonide tasakaalustussüsteem 323
III. Õiguskorra põhifunktsioonide valdavussüsteem . . 327

Osundatud teoseid 329
Sisuregister 339

I OSA

ÕIGUSKORRA OLEMUS

1 peatükk.

Õiguskorra mõiste.

§ 1. Õiguskorra määratluskatseid.

I. ÕIGUSKORRA MÄÄRATLUSTE LIIGITUS.

Moodsas õigusteaduses on selgunud, et õige mitmeid õigusteoreetilisi küsimusi pole võimalik õiguskorraprobleemi lahendamiseta otsustada. Õiguskorraprobleemi lahendus on ühtlasi eelduseks ka paljudele, suurt praktilist tähtsust evivatele õigusdogmaatilistele lahendustele. Juristidele on praegu nagu enesestmõistetav, et õiguskorra määranguta pole mõeldav avastada, näiteks, riigi normatiivset loomust. Õiguskorra mõisteta ei saa selgitada, näiteks, riikide sünnilugu ega õiguskontinuiteediküsimust. Temata pole võimalik lahendada ka, näiteks, õigusnormi objektiivsuse ja positiivsuse ning kehtivuse ja toimivuse probleeme.

Peamiselt nende viimatimainitud küsimustega seoses ongi õiguskorraprobleem esildunud ning nüüd lõppeks iseseisvaks õigusteaduslikuks eriprobleemiks arenenud. Kuigi ta on aktuaalseks saanud alles pärast Maailmasõda, on ta ometi olnud kõigi ajastute mõtlejate arutlusaineks. Temaga tegeldi juba muistses Hiinas, Egiptuses, Juudamaal ja Indias[1]. Ta oli

---

[1] Lühikese ülevaate orientaalseist mõttealgeist esitab Ludwig Gumplowicz, *Geschichte der Staatstheorien*, Innsbruck 1905. —

kohati kesksemaid käsitlusesemeid ka muistse Kreeka õigus- ja riigifilosoofias, mis osaliselt vahenditult, osaliselt muistse Rooma praktilise jurisprudentsi kaudu on tunduvalt mõjustanud ka selleainelisi pärastisi uurimusi [2], olles moodsatele juristidele veel tänapäevgi traditsiooniliseks lähtealuseks.

Kaasaegne õigusteadus on teinud õiguskorra määratlemiseks arvukaid katseid ning selleks esitanud rohkesti teooriaid. Neist pälvivad juristide tähelepanu ainult sellised, mis õiguskorda tunnistavad osaliseltki juriidiliseks nähtuseks ja seega ühtlasi õigusteaduse uurimisesemeks. Vastavaist määratluskatseist antakse alamal esialgu mõnejooneline *ülevaade,* mille alusel asutakse pärastpoole üksikute *koolkondlikkude tüüpvaadendite* analüüsimisele.

Õiguskorra määratluse katseid võiks rühmitada selle järgi, kuidas vastavat mõistet sisustatakse ning muist mõisteist demarkeeritakse [3]. Sel puhul oleksid rühmitamisaluseks lähtekohad, millest väljunud vaatleja on sunnitud kasustama kindlat lahendusmenetlust ja mis determineerib need eelmõisted, mille kaudu õiguskorra loomust tuleb määrata. Nimelt võib õiguskorda iseloomustada nii *normiloogiliselt* kui ka *normiordinatiivselt.* Normiloogiline lähtekoht tähendab lähtumist üksikust abstraktsest õigusnormist ning katset kõike valgustada üksiku normi struktuuri kaudu. Normiordinatiivne lähtekoht aga tähendab lähtumist konkreetsest korraühikust, olgu selleks sotsiaal-

---

W. A. Dunning, *A history of political theories ancient and mediaeval,* New York 1902. — Vt. ka Emile Bréhier, *Histoire de la Philosophie,* I, Paris 1928.

[2] Vt. lähemalt H. Krabbe, *Kritische Darstellung der Staatslehre,* Haag 1930, lk. 7 jj., 49 jj., 104 jj., 174 jj. — Rudolf Stammler, *Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit,* Leipzig 1917. — R. W./A. J. Carlyle, *A history of mediaeval political theory in the West,* I, Edinburgh-London 1903. — John A. R. Marriot, *The Mechanism of the Modern State,* Oxford 1927, I, lk. 3 jj., 19 jj.

[3] Seoses alljärgnevaga olgu moodsaist metodoloogilisist uurimusist osundatud eeskätt Felix Kaufmann, *Methodenlehre der Sozialwissenschaften,* Wien 1936. — *Id., Logik und Rechtswissenschaft,* Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre, Tübingen 1922. —

kord või õigusnormide enesesse suletud terviklik kogum, milleks on eeskätt õiguskord ise. Normiloogiline lähtekoht kui õiguslikust elust irratud normi lähtekoht teeb vaatluse ebaempiiriliselt abstraktseks. Normiühikust lähtumisel on aga vaatleja sunnitud jääma õiguslikkude ja sotsiaalsete eluavalduste keskusse. Selle tõttu näib normiordinatiivne vaatekoht olevat mõnes mõttes elulisem. Ent ärgu arvatagu, nagu oleks puhtabstraktne normiloogiline vaatlus igati ebasobiv ükskõik milliste juriidiliste probleemide valgustamiseks. *Viini* kooli, eriti tema juhi Hans Kelseni uurimused osutavad, et üksikust normilausest, s. o. normi sõnalise väljenduse kujust lähtudes on võimalik vähemalt jurisprudentsi praktilisis küsimusis paljugi märksa lihtsamalt ja veenvamalt selgitada, kui mõnest teisest vaatekohast. Teiselt poolt ärgu unugu ka see, et korraühikust lähtumine on teaduslikule objektiivsusele mõnevõrra ohtlikuks ürituseks, sest sel juhul vaatleja paratamatult tõmbub sotsiaalse elu vastuoludesse, kus teda võivad tahtmatult suunata tema isiklik poliitiline meelsus või ka ühiskondlikud välismõjustused. Siin võivad teaduslikud tulemused kajastada oma aega ja ümbrust suuremal määral, kui abstraktses normiloogilises vaatluses, mida ei küüni nii kergesti häirima hetkelised ideoloogilised suunitlused.

Õiguskorra määratluskatsete liigitamine normiloogilisiks ja normiordinatiivseiks evib siiski peamiselt metodoloogilist tähtsust. Märksa olulisem sellest aga on vastavate

---

Reinhard Höhn, *Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken*, Hamburg 1934. — Ernst Rudolf Huber, *Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts*, Berlin 1935. — Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934. — Karl Hermann Schmitt, *Treu und Glauben im Verwaltungsrecht*, Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre, Berlin 1935. — Gustav Radbruch, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe*, i. Revue internationale de la théorie du droit, 1938, XII, I ja seal osundatud filosoofiline kirjandus. — Arthur Baumgarten, *Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode*, Tübingen 1920/1922. — Hans Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen 1911. — Theodor Maunz, *Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts*, Eine Studie zur Methodik und Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts, München-Berlin-Leipzig 1933. — Edv. Beal, *Cardinal Rules of Legal Interpretation*, London 1924. — François Geny, *Méthode d'Interprétation et Sources du droit privé positif*, Paris 1919.

vaadendite rühmitamine ontoloogilisel alusel, s. o. selle järgi, millena üks või teine teooria õiguskorda mõistab ja sisustab. Sellekohaselt jaotatakse õiguskorra määratluskatsed *staatilisiks* ja *dünaamilisiks*[4]. Esimesed käsitlevad õiguskorda inimkollektiivi püsiva ja muutumatu ühikuna, mille struktuuri määravad need sotsioloogilised või juriidilised ühtlusprintsiibid, millele ta on rajatud. Teised aga mõistavad õiguskorda juriidilise või sotsiaalse protsessina või aktiivprintsiibina, mis vastavat inimkollektiivi dünaamiliselt suunab, ühtlustab ja arendab.

Nii ühes kui ka teises rühmas esineb rohkesti mõttevarjundeid. Ühed ja nimelt sotsioloogilis-juriidilised vaadendid tahavad õiguskorra olemust rajada sotsiaalseile või sotsiaalpsüühilisile faktele ja õiguskorras näha hetkelist faktilist üldseisundit või juriidilist *status*'t või õiguslikku vormi, milles vastav inimkollektiiv asub ja teotseb. Teised ja nimelt puhtjuriidilised ehk normativistlikud vaadendid aga mõistavad õiguskorrana kogu õigust süsteemina nii, nagu ta vastavas kollektiivis kehtib.

Sotsioloogilis-juriidiliste staatiliste doktriinide mõtteallikaks on kreeka filosoofia. Ta lähtub nimelt Aristotelese ühiskonna käsitluse staatilisest kallakust, areneb ja avardub pärastisis *status*'e teooriais seoses Aquino Thomase, Bodinuse, Grotiuse ja Hobbes'i nimedega[5]

---

[4] Ontoloogilisi *staatilisi* ja *dünaamilisi* vaadendeid ärgu vahetatagu ära vastavanimeliste metodoloogiliste uurimustega. Nagu James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925, lk. 227 jj. osutab, võivad ka uurimismenetlused olla staatilised või dünaamilised. Õiguse vaatlemisel dünaamilist meetodit ongi rakendanud Robert Coester, *Die Rechtskraft der Staatsakte*, München-Leipzig 1927.

[5] Esildatud nimedega seoses vt. Kurt Schilling, *Geschichte der Staats- und Rechtsphilosophie* im Ueberblick von den Griechen bis zur Gegenwart, Berlin 1937. — Georgio Del Vecchio, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin 1937. — Mainitagu ja osundatagu Aristoteleselt *Politik*, I, III, IV, Aquino Thomaselt *Summa theologica*, I, II, 19, Bodinuselt *Les six livres de la République*, 1577, VI, Grotiuselt *De iure belli ac pacis*, 1625, Hobbesilt *De cive*, 1642.

ning mitmeil teil suubub moodsasse *juriidilisse sotsiologismi*[6].

Selliste doktriinide põhivaate järgi iga korraldatud inimkollektiiv evib teatavate põhimõtete kohast vormi, mis üldiselt määrab valitsevate isikute superordinatsiooni subordineeritud valitsetavate suhtes. Valitsevate isikute ja valitsetava rahva vahelist suhet korraldavad positiivõiguslikud printsiibid moodustavadki konkreetse kollektiivi õiguskorra. Viimast määrab lähemalt tema kuuluvus ühte või teise valitsemisvormide ideoloogilisse rühma, olgu selleks vabariigid või monarhiad, demokraatiad või autokraatiad.

Õiguskorra normativistlikkude määratluskatsete mõttealgeid võib leida inglase Austini[7] töist, belglase Picardi[8] käsitlusist ja šveitslase Roguini[9] õigusteooriast. Üsna kindlalt ja selgelt määras seda suunda omaaegne Tartu Ülikooli professor Bergbohm[10]. Viimase mõtteist lähtus austerlane Kelsen. Arendanud uuskantianismi filosoofilisel alusel Gerberi, Labandi ja Georg Jellineki metodoloogilisi vaateid, lõi ta kaasaja sellesuunalise suurima koolkonna. Õiguskorra puhtjuriidiline käsitus avaldub

---

[6] Selle kohta vt. lähemalt Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Paris-Neuchatel 1937, lk. 272 jj. — Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchung, Leipzig-Wien 1929, lk. 7 jj., 63 jj., 219 jj.

[7] Vt. John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law*, London, (esimene väljaanne 1861) 1929/1931. — E. C. Clark, *Practical Jurisprudence*, A Comment on Austin, Cambridge 1883. — R. A. Eastwood, *A Brief Introduction to Austins Theory of Positive Law and Sovereignty*, London 1916.

[8] Edmond Picard, *Le Droit pur*, Paris 1908. — *Id.*, *Les constances du Droit*, Paris 1921.

[9] Ernest Roguin, *La Science juridique pure*, Paris-Lausanne 1923. — *Id.*, *La Règle de droit*, Etude de science juridique pure, Lausanne-Paris-Leipzig 1889.

[10] Karl Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Kritische Abhandlungen, I, *Einleitung*, *Erste Abhandlung*, Leipzig 1892.

ka paljudes teistes normativistlikes doktriines, mis niihästi Kelseni omast kui ka üksteisest suuresti erinevad.

Normativistid käsitlevad õiguskorda puhtjuriidilise nähtusena ning samastavad teda normistikkude süsteemiga. Viimast tavatsetakse mõista teatavale ühtlusprintsiibile rajatud kehtiva õiguse tervikliku kogumina. Ühtlasi kalduvad normativistid õiguskorda ja normistikkude süsteemi samastama riigiga [11].

Dünaamiliste vaadendite sarjas normativistlikke määratluskatseid ei esine. Need doktriinid on sotsioloogilis-juriidilised, tugeva kaldumusega puhtasse sotsioloogiasse ning õiguse denaturaliseerimiseks juriidilisest sotsiaalsest nähtusest metajuriidiliseks sotsiaalseks nähtuseks.

Õiguskorra dünaamiliste doktriinide mõtteallikaks on samuti kreeka filosoofia. Aristotelese ühiskonna käsitluse dünaamilisest kallakust see mõte on tunginud peamiselt läbi Lorenz von Steini [12] arenduste moodsatesse uusloodusõiguslaste vaadendeisse ning vallutanud peagu vähimagi kriitikata ordinatiivsete kalduvustega mõtlejaid. Ta on leidnud süstemaatilisemat käsitlust eriti kaasaegse itaalia, saksa ja osaliselt isegi prantsuse õigusteaduslikus kirjanduses *ordinativistliku ideologismi* harrastuste näol. Tema ilmekamaiks doktrinaarseiks avaldusvormeks on *integrativism, funktsionalism* ja *detsisionism,* millede analüüsi teel teda alamal valgustataksegi.

II. ÕIGUSKORRA STAATILISI MÄÄRATLUSKATSEID.

1. Duguit' juriidiline sotsiologism.

Õiguskorra sotsioloogilis-juriidiliste doktriinide tüüpilisemaks esindajaks on prantslane Léon Duguit [13]. Tema *jurii-*

---

[11] Kuigi mitte kõik. Nii näiteks Kelseni lähimaistki õpilasist rahvusvahelisõiguslane Alfred Verdross on teisel arvamusel. Vt. tema *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft,* Wien-Berlin 1926, või *Völkerrecht,* Berlin 1937.

[12] Lorenz v. Stein, *Die Verwaltungslehre,* Stuttgart 1865.

[13] Alamal arvestatakse peamiselt Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel,* I, Paris 1921 jj., II, *ib.* 1923.

diline sotsiologism, mõjustatud eriti Hugo Grotiusest, Baruch Spinozast ja Émile Durkheimist, lähtub sotsiaalseist faktest [14].

Duguit nendib kõigepealt tõsiasja, et inimene on elanud, elab ja peab alati elama ühiskonnas [15].

Ühiskondlik ühik, *société, groupement social, groupe social, collectivité sociale, corps social*, kui efemeerne ja primitiivne ta olekski, on kujuteldamatu poliitilise diferentseeringuta ja sotsiaalse solidariteedita [16].

Poliitiline diferentseering, *différenciation politique*, avaldub selles, et inimkollektiivis eraldub inimesi, kes on suutelised teisi käskima ja keelama ja sel teel nende käitumist normima. Tugevamad vastavas kollektiivis suruvad oma tahte nõrgemaile peale [17]. Ühtede üleolek ja tugevus teiste suhtes võib esineda arvulise tugevusena ja puhtmateriaalse ülekaaluna, või moraalse ning religioosse võimuna, või intellektuaalse tugevusena, eriti aga majandusliku võimuna, mis poliitiliste institutsioonide ajaloos on vaieldamatult etendanud väga tähtsat osa [18].

---

[14] Järgnevat skitseeringut vrd. Duguit' omapärasema õpilase Roger Bonnard, *La doctrine de Duguit sur le droit et L'Etat*, i. Revue internationale de la théorie du droit, 1926/1927, I, lk. 18 jj. — Josef L. Kunz, *Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits*, *ibid.*, lk. 140 jj., 204 jj. — Georges Tasić, *Le réalisme et normativisme dans la science juridique*, *ib.*, lk. 165 jj.

[15] Duguit, *op. cit.*, I, *passim*.

[16] *Ib.*, I, lk. 499 j., 394, 22 jj., 520 jj.

[17] *Ib.*, I, lk. 394: „On voit un groupe d'hommes plus ou moins nombreux qui se trouvent, en fait, dans la possibilité d'imposer leur volonté par la contrainte matérielle aux autres membres de la société, un groupe d'hommes qui paraissent commander aux autres et qui peuvent imposer l'exécution de leurs ordres apparents par l'emploi de la force matérielle lorsque besoin est."

[18] *Ib.*, I, lk. 500: „Cette plus grande force s'est présentée sous les aspects les plus divers: tantôt elle a été une force purement matérielle, tantôt une force morale et religieuse, tantôt une force intellectuelle, tantôt (et cela bien souvent) une force économique... Enfin cette plus grande force a été souvent et aujourd'hui tend à être presque partout la force du nombre en attendant qu'elle soit la force des groupes sociaux organisés."

Tugevamaid kollektiivis nimetatakse valitsejaiks, *gouvernants* [19], neile alistujaid, käskeldatavaid ning sunnitavaid aga valitsetavaiks, *gouvernés* [20].

Valitsejate ja valitsetavate vahekorda määrav tugevaimate sundvõim nõrgemate üle on vastava sotsiaalse ühiku poliitiline võim, mille olelemisel oleleb ka riik [21].

Poliitiline võim, *puissance politique,* oleleb seal, kus avaldub diferentseering, olgu vastav ühiskondlik ühik struktuurilt ühtlane või eristunud, tunnustatud teiste sotsiaalsete ühikute poolt ning fikseeritud territoriaalselt või mitte [22]. Ta on puhtsotsiaalne fakt, mis oma loomult ja sisult on kõikjal alati ühtlane, võides erineda vaid oma tugevusastmelt [23]. Teda võib mõista üksnes ajalooliselt, sest juriidiliselt ta pole legitiimne ega illegitiimne [24]. Juristi ülesandeks on see-

---

[19] *Ib.*, I, lk. 394: „Ces individus qui paraissent commander et qui, en tous cas, sont en mesure de contraindre les autres pour qu'ils se soumettent à leur volonté, ce sont les gouvernants."

[20] *Ib.*, I, *l. cit.*: „Les individus auxquels ils paraissent commander et auxquels ils imposent une puissance de contraindre, ce sont les gouvernés."

[21] *Ib.*, I, lk. 394: „... il y a une différenciation entre gouvernants et gouvernés, et à cela seulement se réduit au fond ce qu'on appelle la puissance politique". Ja lk. 395: „...on peut dire qu'il y a un Etat toutes les fois qu'il existe dans une société donnée une différenciation politique, quelque rudimentaire ou quelque compliquée et développée qu'elle soit. Le mot Etat désigne soit les gouvernants ou le pouvoir politique, soit la société elle-même, où existe cette différenciation entre gouvernants et gouvernés et où existe par là même une puissance politique..." „Dans toute société humaine, grande ou petite, où on voit un homme ou un groupe d'hommes ayant une puissance de contrainte l'imposer aux autres, on doit dire qu'il y a une puissance politique, un Etat." Ka I, lk. 512.

[22] *Ib.*, I, lk. 393 jj., 499 jj., II, 1 jj.

[23] *Ib.*, I, lk. 394: „Cette puissance politique... a toujours en soi le même caractère irréductible". Lk. 395: „...la puissance politique est toujours un fait social de même ordre. Il y a une différence de degré; il n'y a point de différence de nature." Ka I, lk. 500 j.

[24] *Ib.*, I, lk. 499: „La vérité est que la puissance politique est un fait qui n'a en soi aucun caractère de légitimité ou d'illégitimité. Il est

pärast määrata ainult tema vormi. Viimast ilmestavad need poliitilised institutsioonid, mis võimu käsitsemise suruvad kindlaisse õiguslikesse raamesse, olgu nendeks monarhiline, aristokraatne või demokraatne institutsioon või mõni muu segaprintsiibile rajatud valitsemisvorm [25].

Poliitiline institutsioon, *institution politique*, korraldades võimu käsitsemist ja esindamist inimeste kaudu ning aktualiseerimist seadusandluse, halduse ja kohtu teel, seob võimu õigusega. Nagu teisedki kollektiiviliikmed, nii ka valitsejad on inimesed, kelledel ühelgi pole subjektiivset õigust poliitilise võimu käsitsemiseks ja teiste valitsemiseks. Poliitiline võim peab muutuma legitiimseks võimuks ja ta olgu seatud sotsiaalse ühiku objektiivse õiguse aktualiseerijaks ning sotsiaalse solidariteedi teenistusse. Sest mitte poliitiline võim, vaid õigusvõim on see, mis loob korda ja õigust [26].

Õigus aga juurdub sotsiaalse kollektiivi üldteadvuses. Tema allikaks pole mitte poliitiline võim, valitsejad ega riik. Õigus on sanktsioneeritud sotsiaalne norm, mille baasiks ongi sotsiaalne solidariteet [27].

---

le produit d'une évolution sociale dont le sociologue doit déterminer la forme et marquer les éléments."

[25] *Ib.*, I, lk. 512: „Cette plus grande force tend naturellement à s'organiser." — „Cette organisation de la plus grande force apparait avec des aspects très divers et forme ce qu'on appelle les institutions politiques d'un peuple: institutions monarchiques, si la prépondérance appartient à un seul; institutions aristocratiques, si elle appartient à un groupe; institutions démocratiques, si elle est détenue par la majorité" (lk. 513). Ka II, lk. 20 jj.

[26] *Ib.*, II, lk. 54 jj., I, lk. 514: „La règle sociale devenue règle de droit s'applique à tous les membres du corps social, gouvernants et gouvernés. Il n'y a pas de raison qu'elle ne s'applique pas aux gouvernants". — „... les gouvernants sont des individus comme les autres ..." ja lk. 518 j.: „Nul n'a le droit de commander aux autres: ni un empereur, ni un roi, ni un parlement, ni une majorité populaire ne peuvent imposer leur volonté comme telle ..." „... la puissance politique a pour but de réaliser le droit. L'Etat est fondé sur la force; mais cette force est légitime lorsqu'elle s'exerce conformément au droit."

[27] *Ib.*, I, lk. 36, 22 jj., 111: „L'homme ... vit en société et ne peut vivre qu'en société; par là, il est soumis à une règle de conduite, qui est

Sotsiaalne solidaarsus, *interdépendance sociale, solidarité sociale,* ilmneb mehaaniliselt kollektiiviliikmete ühesuunalises käitumises vastastikusel abistamisel ja üldhuvide teostamisel [28] ning orgaaniliselt sotsiaalses tööjaotuses mitmesuguste erihuvide ja -vajaduste rahuldamiseks [29]. Solidariteet, olgu ta tingitud huvide ühtlusest, samasusest või sarnasusest või sotsiaalse tööjaotuse vajadusest, dikteerib ühiskonnaliikmeile käitumispõhimõtteid. Need nõuavad, et midagi ei tehtaks, mis sotsiaalset solidaarsust ehk vastastikust sõltumist või sotsiaalset tasakaalu ühiskonnaliikmete vahel häiriks. Juhtuks seda, siis oleks tegemist sotsiaalse korratusega, tasakaalu rikkumisega, mida tuleb kõrvaldada sellekohaste sanktsioonide käsitsemisele võtmisega. Poliitilise võimu ülesandeks ongi kindlustada ja arendada sotsiaalset solidariteeti ning objektiivse õiguse alusel ennistada kollektiivi seesmuses rikutud tasakaalu. Poliitiline võim on alati alistatud õigusvõimule ning seatud kehtiva õiguse teenistusse [30].

---

sociale par son fondement, individuelle dans son application, une règle qui ne peut pas ne pas exister parce qu'elle est impliquée par la société elle-même ... Cette règle est règle de droit quand la masse des consciences individuelles comprend qu'elle doit avoir une sanction sociale. C'est le sentiment de la solidarité et de la justice qui lui donne son caractère obligatoire et qui donne leur caractère obligatoire aux règles coutumières ou écrites qui organisent la mise en oeuvre de la norme juridique."

[28] „Les hommes se prêtent un mutuel secours pour la réalisation de leurs biens communs par la mise en commun de leurs aptitudes semblables. Cela constitue le premier élément de la vie sociale et forme ce que Durkheim a appelé la solidarité par similitudes ou la solidarité mécanique" (*ib.*, I, lk. 23).

[29] *Ib., l. cit.*: „D'autre part, les hommes ont des aptitudes différentes et des besoins divers. Ils assurent la satisfaction de ces besoins par un échange de services, chacun apportant ses aptitudes propres pour donner satisfaction aux besoins des autres, en retour de quoi il reçoit d'eux un apport de services. Il se produit ainsi dans les sociétés humaines une vaste division du travail, qui constitue par excellence la cohésion sociale. C'est, toujours d'après la terminologie de Durkheim, la solidarité par division du travail ou solidarité organique."

[30] *Ib.*, I, lk. 520 jj., II, 54: „Les gouvernants, étant des individus comme les autres, sont pris comme les autres dans les liens de l'interdépendance ou solidarité sociale. Ils sont obligés de remplir les obligations que leur impose la règle fondée sur cette solidarité ou interdépendance

õigusnormid, millest moodustub vastava sotsiaalse ühiku objektiivne õigus, loovad ühikuliikmeile objektiivseid j u r i i d i l i s i o l u s t i k k e. Need olustikud, *situations juridiques*, määravad üksikute ühikuliikmete objektiivseid õigustusi ja kohustusi tegevuseks või tegevusest hoidumiseks teiste suhtes [31]. Nn. subjektiivseid õigusi ega kohuseid p o l e olemas, sest pole olemas tahete astmestikku, tahete super- ja subordinatsiooni, millist need eeldavad [32].

Kogu sotsiaalse ühiku õigus avaldub niiviisi vastavais poliitilisis institutsioones ja juriidilisis olustikes, mida kõike kannab ja ühtsustab k i n d l a l a j a m o m e n d i l o l e l e v sotsiaalse grupeeringu üldseisund ehk sotsiaalne *status*.

Sellekohaselt õ i g u s k o r d on konkreetse sotsiaalse grupeeringu hetkeline sotsiaalne seisund, sellisena nagu ta avaldub tema õiguspõhimõtteis ja õiguslikes olustikes [33].

---

sociale, fondement de ce que j'ai appelé ailleurs la discipline sociale. Cette discipline oblige d'abord les gouvernants à ne rien faire qui porte atteinte à la solidarité sociale sous ses deux formes."

[31] Paremini kui D u g u i t ise määratleb selle tema mõiste Roger B o n n a r d, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris 1926, lk. 36: „On appelle *situation juridique* d'un individu l'ensemble de tous ses pouvoirs et devoirs juridiques ou tel groupe de pouvoirs et devoirs relatifs à une matière déterminée." Nii näiteks konkreetse, nimeliselt mainitava üliõpilase *qua* üliõpilase juriidilise olustiku moodustavad need õiguste ja kohuste kompleksid, mis omistatakse igale seaduspäraselt ülikooli astunule ülikooli suhtes. *Ergo* samas abstraktses õiguslikus olustikus asuvad ka kõik teised üliõpilased.

[32] D u g u i t, *op. cit.*, I, lk. 130: „La norm juridique forme le droit objectif du groupe. En tant qu'elle s'applique aux individus, elle donne naissance à des situations objectives, dans lesquelles on ne peut voir ni obligations ni droits subjectifs, parce que obligations et droits subjectifs impliquent une hiérarchie des volontés, ce qui en fait n'existe pas et ne serait concevable qu'avec la reconnaissance d'une intervention surnaturelle, scientifiquement inadmissible." *L. cit.*: „... le droit subjectif est une chimère. Il n'y a pas de droit subjectif."

[33] Sõna-sõnalt *ib.*, I, lk. 220: „Nous entendons par ordonnancement juridique ou, d'un mot plus court et plus commode, par ordre juridique, l'état social existant à un moment donné d'après les règles de droit s'imposant aux hommes du groupement social considéré et les situations juridiques qui s'y rattachent."

Nagu ülemal D u g u i t' õiguskorra määrangu juriidilise sisu avastamiseks esitatud mõisteist ja väitlusist nähtub, valitseb D u g u i t' käsitlust *sotsioloogiline* ja *juriidiline parallelism*, või nagu öelda tavatsetakse, *juriidiline sotsiologism* [34]. Selle parallelismiga kaasub paratamatult ka vaatluste *metodoloogiline pluralism*. Säärases uurimissuundade parallelismis ja menetlemisvahendite pluralismis peituvadki D u g u i t' õpetuse suurimad nõrkused.

D u g u i t' juriidiline sotsiologism avaldub õiguslikkude nähtuste s o t s i o l o o g i l i s e s selgitamises. Ta lähtub ikka ja alati sotsiaalseist faktest. Ühiskond, inimrühm, rühmitis, inimkollektiiv on sotsiaalseid fakte. Seda on ka diferentseerunud sotsiaalse grupi poliitiline võim. Sotsiaalne fakt on ka inimkollektiivi juriidiline teadvus, mis on õiguse allikaks.

Selline selgitus poleks ju iseenesest mingi pahe. Ennem küll oleks sellest suurt kasu just juristidele, kes neidsamu nähtusi vaatlevad abstrakt-juriidiliselt, võttes neist vaid normatiivse ja jättes hoopis kõrvale nende nähtuste sotsiaalse sisalduse. Faktid, milledest D u g u i t' õpetus lähtub ja milledele ta oma õiguskorra mõiste rajab, on tõepoolest sotsioloogilised. Ja nende sotsioloogiline sisustus aitaks juristidel paremini mõista seda ümbrust, millest need oma vaatlusteks esemeid hangivad.

Ent D u g u i t' sotsiologism pole mitte p u h a s sotsioloogia. Tema õpetuse sotsioloogilises ja juriidilises parallelismis on e s i k o h t ometi antud sotsioloogilistele komponentidele. Seal sotsioloogilised väitlused ei esine m i t t e r ö ö b i t i juriidilistega, vaid alati eelnevad neile. Sotsiaalseist faktest tuletatakse ju normatiivne tõsiasi. D u g u i t ei seleta mitte ühte ja sama nähtust kahest tahust, s. o. sotsioloogilisest ja kitsamast juriidilisest aspektist. Ta rajab sotsiaalsele otseselt juriidilise, mida esimese kaudu valgustatakse. Kui ühiskond oleleb, siis paratamatult oleleb ka õigus. Viimane põhineb sotsiaalses teadvuses ehk massivaimus kui faktis, mille aluseks on G r o t i u s e loodusõiguslikke printsiipe meenutav sotsiaalne solidaarsus. Poliitiline võim kui sotsiaalne fakt organiseerub

---

[34] D u g u i t ise nimetab oma õpetust *realistlikuks*. Vt. *ib.*, I, lk. 404: „Je m'efforce d'être aussi réaliste que possible...", lk. 396, 527, II, 2, 25, 287.

poliitilise institutsiooni näol valitsemisvormiks. See aga tähendab ühtlasi sotsiaalset seisundit, milles teatava ühtlusprintsiibi kohaselt määratakse valitsejate ja valitsetavate õiguslikud vahekorrad ning luuakse vastavad juriidilised olustikud ehk situatsioonid. Sotsiaalsete faktide kogum normide astjas ongi D u g u i t' õiguskord.

Niisuguses vaatluses sotsioloogiliste ja juriidiliste meetodite pluralism m o o n d u b eriliseks *sotsiologistlikuks monismiks*. Seetõttu jääb D u g u i t' väitlusviis ka juriidilise vaatluse osas täiesti m e t a j u r i i d i l i s e k s[35]. Tema õpetuse pealiskaudnegi analüüs osutab, et sääraseil argumenteeringuil puudub õiguslik pind täielikult. Seepärast nood ei suuda ka midagi õiguslikku selgitada, küll aga juristi mässida raskemat liiki loogilistesse patustustesse ja vastuoksustesse. Tuletades õigust massivaimust ning sanktsioneerides tema normi samas massivaimus peituva sotsiaalse solidaarsuse printsiibi abil, tuletatakse f a k t i t s i t e e d i s t normativiteet ning seletatakse faktide kaudu norme. Ometi on see ju võimatu asi. Kui kellelgi on saanud t a v a l i s e k s asjaks käia igal pühapäeval kinos, ega siis sellest järeldu veel, et ta oleks ka edaspidi kohustatud pühapäeviti sedasama tegema. Faktitsiteediga ja isegi n o r m a l i t e e d i g a, nagu h a r j u m u s e g a pühapäeviti kinos käia, ei saa seletada normativiteeti, s. o. kohustuste ja õigustuste olelemist ning tekkimist, veel vähem viimaseid tuletada eelmisist. Kui D u g u i t' väited õiged oleksid, siis poleks isegi parlamente ega muid õiguseloojaid tarvis. Sest see, mis massivaimus on muutunud tavaliseks, normaalseks, sotsiaalseks faktiks, ongi õigus. Õigusnorm tekiks ja tuletuks sotsiaalsest elust enesest. Ta poleks mitte antud selle elu determineerimiseks ja juhtimiseks tulevikus. Õigus käiks alati faktide

---

[35] Vrd. K u n z, *op. cit.*, lk. 145: „Wie wird also die soziale Norm bei D u g u i t zur Rechtsnorm, zur „norme juridique", zur „règle de droit", auf die allein ja sein ganzes Lehrgebäude aufgebaut sein will? Hier begegnen wir nun den für D u g u i t grundlegenden Begriffen der „conscience de la masse des individus" und dem „sentiment de la justice", also rein psychologischen, massenpsychologischen und ethischen Faktoren, streng metajuristischen Elementen, die dem ganzen Lehrgebäude D u g u i t s, seiner „realistischen" Rechtstheorie, den positivrechtlichen, will sagen den rechts t h e o r e t i s c h e n Charakter dadurch nehmen müssen, dass diese „Rechtstheorie" n a t u r r e c h t l i c h fundiert ist..."

järel või esineks neis faktes üheaegselt faktide eneste esildumisega, aga mitte faktide eel nende määrajana ja suunaandjana. Ega t a v a õ i g u s, millist laadi on kogu D u g u i t' õigus, pole ometi kehtiva õiguse ainukeseks vormiks. Kui D u g u i t' väited õiged oleksid, siis poleks ka vaja seaduste tõlgendamisi ega üldse mingit jurisprudentsi. Sotsiaalsete faktide vaatlusest piisaks täielikult [36]. Sest õigus objektiivse kehtiva õigusena on see, kuidas ta t e g e l i k u l t ühiskonnas avaldub, s. o. konkretiseerub ja realiseerub. Seadusel järelikult on teise järgu tähtsus tegelikkuse taga [37], sest seadusnormid on vaid siis õigusnormid, kui nad vastavad massivaimule ja selle aluseks olevale sotsiaalse solidaarsuse printsiibile. Mass on siin kõik, seadus õieti mitte midagi.

Siin juba tulevadki nähtavale ka rasked, juriste väga üllatavad vastuoksused D u g u i t' õpetuses. Õigusel on D u g u i t' järgi teine alus ja allikas kui poliitilisel võimul. Õiguse olemus peitub massivaimu solidaarsuses ja sotsiaalses sanktsioonis. Poliitiline võim on sotsiaalselt tugevaimate võim. Kes mõistab nüüd väidet, et see t u g e v a i m massist peab alistuma massiõigusele ja olema tema solidaarsusprintsiibi teenistuses [38]? Kui keegi on tõepoolest tugevaim, küllap ta siis ise

---

[36] Vrd. K u n z, *op. cit.*, lk. 147: „Die A u f g a b e d e s J u r i s t e n ist daher für D u g u i t... im wesentlichen die, mittels der Methode der Beobachtung den Zeitpunkt zu bestimmen, wann dieser „état de conscience" eingetreten ist. Der Jurist wird damit zum Soziologen, zum Massenpsychologen und hiemit ihm nicht nur als Hauptaufgabe eine ihm fremde, sondern auch eine kaum durchführbare Aufgabe gestellt."

[37] Vt. D u g u i t, *op. cit.*, I, lk. 73: „Suivant la formule dont je me suis précédemment servi, je dirai que la coutume, la jurisprudence et la loi ne sont pas des sources du droit, mais des modes de constatation de la règle de droit."

[38] Väitega, et poliitiline võim peab alistuma õigusele, on D u g u i t postuleerinud u u t võimu, mis peab olema t u g e v a m tugevamate võimust. Ta on siin ilmsesti inspireeritud oma poliitilise võimu kontseptsiooniga vastuolus olevast mõttest, mille on väljendanud Leopold v. W i e s e, *System der allgemeinen Soziologie* als Lehre von den sozialen Prozessen und den sozialen Gebilden der Menschen (Beziehungslehre), München 1933, lk. 543: „Der Idee nach muss eine Gewalt entstehen, die nicht nur stärker ist als die der Schwachen, sondern stärker als die der Starken, also eine dritte Gewalt, die auch die Starken zwingt..."

sisustab ka solidaarsuspõhimõtte nii, nagu tema seda suvatseb, küsimata nõrgemate arusaamisist ja veendumisist. Iga diktaator, eriti aga just usurpaatorlik on alati osanud oma rahvale hästi selgeks teha, et ainult t e m a taotlevat masside õiglust ning t e m a realiseerivat massitahet, kuigi temale eelnenud võimuanastaja samale rahvale täpsalt sedasama kinnitas.

Ja mis on siis see sotsiaalne solidaarsus? Ons ta sotsiaalne fakt või norm? Ta pole sotsiaalne fakt ega ka norm, millele saaks rajada teisi norme. Ta on puhtalt p o l i i t i l i n e printsiip. Ta on ju p r a k t i l i s e k s j u h i s e k s poliitilisele võimule normide loomisel. See printsiip on ühtlasi selektoriks ja indikaatoriks loodud õigusnormide hindamisel ja kehtivaks tunnistamisel.

Sellisena see õiguspoliitiline printsiip on õigusteoreetilisest vaatekohast väga ohtlik nõue. Ta pole mitte mingi loogiline ühtlusprintsiip, mis võiks evida kindlalt määratavat sisu. S o t s i a a l s e s o l i d a a r s u s e n õ u d e m a h t j a s i s u p o l e ü l d s e p i i r i t a t a v a d. Temas peituv olulisim mõte on kokkukõla, ühtluse, samasuse ja tasakaalu idee. Just see idee ise jääb konkreetselt täiesti fikseerimata. Seetõttu võib sotsiaalse solidaarsuse nõuet igaüks sisustada nii, nagu see temale meeldib. Selliste ideedega võidakse õigustada mitte üksnes igasuguseid massiroimi, nagu D u g u i t' seda tahabki, vaid ka roimi masside kallal, sest kollektiivi tugevaimad on suutelised mitte ainult käskima ja keelama, vaid ka oma roimi motiveerima, lähtudes sotsiaalse tasakaalu vajadusest. Vististi pole huvituseta nentida, et solidarismi hakkab kihundama erakond, poliitiline klikk või relvamees ikka alles pärast seda, kui ta juba on pääsenud riigivõimu käsitsemisele. Tõelise solidarismi rakendusalaks pole kunagi olnud riigi sisepoliitika, küll saaks ta aga olla tõhusaks relvaks vaid välispoliitiliste sihtide taotlusis [39].

Sotsiaalse solidaarsuse esikohale asetamisega on D u g u i t oma õpetuse fundeerinud l o o d u s õ i g u s l i k u l e poliitilisele ideele. Oma poliitilise meelsuse kohaselt ta on taotelnud

---

[39] Prantslaste solidarismi i d e o l o o g i l i s t e aluste mõistmiseks vt. *Essai d'une Philosophie de la Solidarité*, Conférences et Discussions, Présidées par L. B o u r g e o i s et A. C r o i s e t, Paris 1902.

riigist teha tühist abstraktsiooni [40] või teda näha rohkeimalt poliitilise võimu käsitsejais — inimesis. Viimaseid aga ta on tahtnud alistada õigusele ning neid sundida teotsema masside meeleolu kohaselt [41]. See aga pole tal vähimalgi määral õnnestunud.

Sotsioloogilises osas Duguit' õpetus polegi teooria, vaid puhas poliitika. Teooria valda kuuluvad siiski tema juriidilised väitlused seoses õiguskorra määratluse katsega.

Duguit' õpetusest õigust kui õiguskorra osist on ülemal juba hinnatud. Jätkuvalt on vaja veel vaadelda, kuidas Duguit' järgi sellest õigusest saadakse õiguskord terviklikku ühikuna.

Õiguskord kehtiva õiguse näol on sotsiaalne seisund, mis seda õigust sisustab antud ajamomendil. Õiguskorra ühtlus ja terviklus sisalduvad järelikult sotsiaalse seisundi ühtluses ja ühiklikkuses. Sellise määranguga tohiks vahest formaalselt nõustuda, kui aga sotsiaaalset seisundit ennast õieti määratella. Kuidas on aga Duguit ise seda mõistnud? Nagu määrangust nähtub, sotsiaalset *status*'t käsitatakse Duguit' õpetuses staatilise nähtusena. Ta pole mitte võrdne teatava sotsiaalse ühiku üldolustikuga, nagu ta esineb, esines ja saab esinema. Ta on seevastu vaid läbilõige ja nimelt teatav staatiline struktuurlõige sellisest üldolustikust. Staatilisus ilmneb esiteks selles, et sotsiaalse ühiku seisund on vaid teatava konkreetse ajamomendi seisund. See on pidevalt muutuva sotsiaalüldolustiku seisund täna kell 12. Teiseks see seisund sisustatakse juriidiliste olustikkudega, mille normaatiivne sisu on küll muutuv, mis ise aga on staatilised suurused. Nad määravad ju põhimõttelisi vahe-

---

[40] Vt. Duguit, *op. cit.*, I, lk. 515: „L'Etat est une pure abstraction. La réalité, ce sont les individus qui exercent la puissance étatique..."

[41] *Ib.*, III, lk. 7: „... l'Etat... n'est en réalité qu'une coopération de services publics, les gouvernants étant les gérants de ces services. Ce sont des activités tellement importantes pour le maintien et le développement de l'interdépendance sociale que la conscience juridique, à un moment et dans un pays donnés, considère que c'est une obligation positive pour les gouvernants d'en assurer le fonctionnement."

kordi kollektiiviliikmete, valitsejate ja valitsetavate vahel. Olustikud nagu institutsioonidki on järelikult muutuva sisaldusega vormid, õigemini vormide vormid, *forma formarum*.

Selline käsitlus on otseses vastuolus õigusliku tõelisusega. Selline õiguskorra kvalifitseering on ühtlasi vastuolus ka Duguit' enese väitega, et normilooming toob sesse korda alatasa muutusi [42]. Õiguskord on tõepoolest alaliselt muutuv ja arenev.

Teiseks on õiguskorra selline määrang ka otseses vastuolus staatilisuse, kestvuse ja püsivuse mõistega. Kui õiguskord tähendab seisundit ühel ajamomendil, "*existant à un moment donné* [43]", siis teise ajamomendi seisund tähendab juba uut õiguskorda. Järelikult õiguskordi vahetub rohkesti ja väga kiiresti. Selline kujutlus lõhub õiguskorra ühtluse ja ühtsuse ideed.

Kõige eelöeldu põhjal on juba küllaldaselt selgunud, et Duguit' määrang ei kajasta õiguskorra tõelist loomust, mistõttu ta ei pea ka paika.

2. Kelseni dogmaatiline normativism.

Puhtjuriidiliste vaadendite esindajaks on kaasaja *dogmaatilise normativismi* rajaja Hans Kelsen. Erikordselt viljaka õpetlasena on Kelsen õiguskorraprobleemi käsitelnud paljudes töis. Peamiselt oma õpilaste mõjustusel on ta oma mõtteid aeg-ajalt muutnud, neid vähehaaval ümber sisustades. Ka alamal esitatavat õiguskorra määrangut, mis siin skitseeritakse tema probleemikama teose, 1925. aastal [44] ilmutatud *Allgemeine Staatslehre* alusel, on ta oma hilisemais käsitlusis mõnes suhtes juba pisut modifitseerinud [45]. Ent siin polegi tähtsad niivõrra muutuda võivad mõttenüansseeringud, kuivõrra Kelseni õpetuse kui puhtjuriidiliste teooriate tüüpvaadendi olulisemad avaldused ja lähtekohad.

---

[42] *Ib.*, I, lk. 219 jj.

[43] Vt. *supra, nota* 33.

[44] Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925.

[45] Ses suhtes vrd. eriti tema *Reine Rechtslehre*, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig-Wien 1934.

Kelseni määrangu järgi õiguskord on õigusnormide süsteem[46]. Seepärast tuleb õiguskorra loomust selgitada õigusnormide loomuse kaudu. Sest, ütleb Kelsen, tervik peegeldub oma osiseis ja osised peavad evima terviku omadusi[47].

Et õiguskord on nimelt sundkord, *Zwangsordnung*, siis ka õigusnorm on sundnorm, *Zwangsnorm*. Ta on norm, millel on sundiv loomus. See loomus väljendub hüpoteetilises otsustuses või lauses, mis teatava tingimuse ehk eelduse *järelduseks* seab sunniakti[48]. Side eelduse ja sunniakti vahel on siin spetsiifiline õiguslik side. Kuigi see formaalselt sarnaneb loodusseaduses tähistatava elementidevahelise kausaalsidemega, erineb ta viimasest suuresti oma loomult. Õiguse spetsiifiliseks omaseaduslikkuse väljendiks on alati: „olgu", loodusseaduse väljendiks aga saab olla üksnes „on"[49].

Tingiva lause näol õigusnormi abstraktsemaks valemiks oleks väljend: *„kui p, siis olgu q"*, kuna loodusseaduse märgiks oleks: *„kui p, siis on q"*. Esimeses väljendis relatsioon *p, q* on õiguslik, teises aga loodusseaduslik. Õiguslikus relatsioonis *p* on olm, *Tatbestand*, *q* aga õiguspärane järeldus, *Rechtsfolge*, mis alati on sunniakt, *Zwangsakt*. Siin *p* pole mitte *q* põhjus ning *q* järelduseks sellele põhjusele, nagu teises relatsioonis, vaid tingivale eeldusele *p* järgneb sunniakt *q* üksnes õiguse pärast, *rechtsnotwendig*, aga mitte looduslikust paratamatusest, *naturnotwendig*[50].

---

[46] Kelsen, *Allg. Staatslehre*, lk. 47: „Die Rechtsordnung ist ein System von Rechtsnormen."

[47] *Ib.*: „Hier soll die Natur des Ganzen, so wie es sich in seinen Teilen spiegelt, gesucht werden. Denn jede Rechtsnorm muss die Natur des ganzen Rechtes zum Ausdruck bringen, um Rechtsnorm zu sein."

[48] *Ib.*: „Ihr Wesen drückt sich demnach in einem Satze aus, in dem an eine bestimmte Bedingung der Zwangsakt als Folge geknüpft ist."

[49] *Ib.*: „Zum Ausdruck dieser Eigengesetzlichkeit des Rechtes gegenüber jener der Natur dient das „Soll"."

[50] *Ib.*, lk. 48: „Die Rechtsbedingung ist nicht die „Ursache" für die Rechtsfolge, die Rechtsfolge nicht die „Wirkung"; sondern auf den Tatbestand als die Rechtsbedingung ist der Zwangsakt nur von Rechts wegen, nicht von Natur wegen ... als Folge gesetzt."

Õigusnormis p esineb põhimõtteliselt ainult inimese-käitumise väljendusena [51], q aga kas *karistuse* või *trahvi* väljendusena [52]. Nii tähendab sunniakt alati hüvede anastamist sunnitavalt. Karistuse puhul taotellakse surmanuhtluse ja vabadusevõtu abil ähvardamise ja kättemaksmise sihte. Trahvidega aga üritatakse varanduslikku hüvitust [53].

Inimese käitumist mõistetakse alati sotsiaalkahjuliku käitumisena. Sotsiaalkahjulik on käitumine, mis ohustab korda ja häirib kooselu. Ta võib avalduda nii tegevuses kui ka tegevusetuses või tegevusest hoidumises. Ent ka sündmus võib olla sotsiaalkahjulik, s. o. ohustada korda ja häirida kooselu. Kuid normatiivselt sündmus võib olla õigusnormi olmaks üksnes seoses inimese käitumisega. Isiku käitumine võib ju põhjustada sündmuse. Isiku käitumine võiks ka tõkestada sündmuse tekkimist [54].

Kui käitumist K sümboliseerib tegevusena Kt, tegevusetusena Kv, kui sündmust sümboliseerib S ja sunniakti A, siis saadakse eelseletatu alusel järgmisekujuline õigusnormi summaarne valem:

(1) $\quad kui\ Kt + S,\ siis\ A \rightarrow K$

või

(2) $\quad kui\ Kv + S,\ siis\ A \rightarrow K,$

milles eeldatakse, et A adresseerub ainult Kt või Kv autorile [55].

Valemeis (1) ja (2) $Kt + S$ ja $Kv + S$ seotavus $A \rightarrow K$ suhtes nimetatakse *normatiivseks omistuseks, Zurechnung,* eraldamiseks loodussüsteemi elementide *põhjuslikust* põimuvu-

---

[51] *Ib.*: Die ... Tatbestände stellen grundsätzlich menschliches Verhalten dar."

[52] *Ib.*: „Der Zwangsakt tritt erfahrungsgemäss in zwei Gestalten auf: als Strafe und als Exekution."

[53] *Ib.*: „Bei der „Strafe" — als Todes- oder Freiheitsstrafe — um die zwangsweise Entziehung des Lebens oder der Freiheit, bei der „Exekution" um die zwangsweise Entziehung von Vermögenswerten."

[54] Vt. *ib.*, lk. 50, 48 j.

[55] Vrd. *ib.*, lk. 49.

sest [56]. Selle mõiste kohaselt õigusnorm on norm, mis sotsiaalkahjulikule käitumisele omistab karistuse või trahvi. Teiste sõnadega, kui üks isik käitub sotsiaalkahjulikult, siis õigusnorm omistab temas eneses ettenähtud teisele isikule kohustuse karistada või trahvida käitujat ning käitujale kohustuse sallida karistamist [57].

Nagu esitatud valemist juba selgub, õigusnormi olm võib koosneda mitmest osaolmast. Sel korral ka valem: *„kui p, siis olgu q"* muutub teiselaadseks, näiteks: *kui p, p^1, p^2 . . . , siis q.* Konkreetsemalt see sõnastuks järgmiselt: *„kui keegi sõlmis lepingu, siis ta käitugu lepingukohaselt; ei käitu ta lepingukohaselt, siis karistatagu või trahvitagu teda"*. Siin *„käitutagu sõlmitud lepingu kohaselt"* on õigusnormi sekundaarne osanorm ning *„lepinguvastast käitujat karistatagu"* on primaarne norm. Sekundaarnorm on alati tingimuseks primaarnormile [58].

Et sundnorm tingiva lause või hüpoteetilise otsustuse näol oleks tõeline õigusnorm, selleks on veel vaja, et ta objektiivselt kehtiks.

Norm kehtib aga vaid siis, kui ta on loodud teise kõrgemajõulise normi alusel. Viimase kehtivus on omakord tingitud temast kõrgemajõulise normi kehtivusest. Kõigi normide jõugradatsiooni tippastmel esineb nn. fundamentaalnorm, *Grundnorm* [59]. Viimane loob autoriteedi,

---

[56] Vt. *ib.*, lk. 49: „Man kann die spezifische Verknüpfung des Tatbestandes mit der Folge als „Zurechnung" bezeichnen, und dadurch auch terminologisch deutlich von der Kausalität — der Verknüpfung der Elemente im System der Natur — unterscheiden."

[57] Normatiivse omistuse mõiste üksikasjalisema käsitlusena vt. James Goldschmidt, *Le term d'imputation, i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1938, 1, lk. 55 jj.

[58] Kelsen, *op. cit.*, lk. 51: „Dass der Tatbestand nicht notwendig ein einheitlicher Akt, sondern selbst vielfach gegliedert und gestuft sein kann . . ., versteht sich von selbst. Entscheidend ist bloss, dass in den Zwangsakt als letzte Folge schliesslich die ganze Reihe der Bedingungen mündet, dass dieser Zwangsakt gleichsam der letzte Takt in dem Rhythmus der Rechtssatzdynamik ist."

[59] Ka *Ursprungsnorm* ehk *ürgnorm*, sest temast kui loogiliselt esimesest normist hoovab kõigi teiste kehtivus. Vt. *ib.*, lk. 249 jj.

kelle väljendused seovad. Ta ütleb: *„Käitu nii, nagu käsib monarh, president või parlament.“* Fundamentaalnormil põhineb konstitutsiooniline õigus. Konstitutsiooniliste normide kehtivusest tuletub seadusnormide kehtivus, viimaste kehtivuses sisaldub määruste ning lõppastmes üksikaktide individuaalnormide kehtivus [60].

O b j e k t i i v s e l t k e h t i b norm siis, kui tema kehtivus ei sõltu selle isiku soovist ja tahtest, kellele ta adresseerub [61].

Fundamentaalnormi alusel moodustubki mitmejõuliste objektiivsete õigusnormide süsteem ning nende normide dünaamilises astmelises loomismooduses avaldubki süsteemi terviklus ja ühiklus [62].

Fundamentaalnormile ehituv õiguskord on iseseisev, sest ta kehtivus ei sõltu ühestki teisest õiguskorrast. See õiguskord on riik ja kõik õigus on riigiõigus. Ning riigiteooria ehk riigiõigusteooria on ühtlasi õiguse üldteooria, sest peale kehtiva objektiivse õiguse teist õigust ei olele [63].

Nagu eelesitatud õiguskorra määrangust ja tema sisustusest nähtub, on K e l s e n vastava probleemi lahendamisel lähtunud ü k s i k u õigusnormi valemist. Ta on õiguskorraprobleemi püstitanud niiviisi puhtnormatiivselt ning taotelnud teda selgitada puhtõigusteaduslikkude vahendite abil. Tema ja tema õpilaste arendatud normativismi erivoolu suurimaks teeneks ongi õigusteaduse puhastamine sotsioloogilisist ja psühholoogi-

---

[60] Vt. *ib.*, lk. 249: „Dieser Stufenbau mündet in der die Einheit der Rechtsordnung in ihrer Selbstbewegung begründenden G r u n d n o r m.“ Lk. 99: „Die das System der Rechtsordnung begründende Grund- oder Ursprungsnorm hat zu ihrem typischen Inhalt, dass eine Autorität, eine Rechtsquelle eingesetzt wird, deren Äusserungen als rechtsverbindlich zu gelten haben: Verhaltet euch so, wie die Rechtsautorität: der Monarch, die Volksversammlung, das Parlament etc. befielt...“

[61] *Ib.*, lk. 14: „... eine Geltung, die darum „objektiv“ ist, weil sie, wie jede echte Normgeltung, von dem subjektiven Wünschen und Wollen derjenigen unabhängig ist, für die die Norm Geltung beansprucht.“

[62] *Ib.*, lk. 99: „... die Einheit der Rechtsordnung [ist] im wesentlichen die Einheit eines Erzeugungszusammenhanges.“

[63] *Ib.*, lk. 249 jj., 6 j., 16 jj., 76.

sist võõrelemendest ning korrumpeerivaist poliitilisist kontseptsioonest. Kõrgesti hinnatavaks saavutiseks tuleb tunnistada ka õiguskorra normistikkude gradueerimist ühtlasse jõuastmestikku [64]. On salgamatu tõsiasi, et õiguskorra astmelise ehituse teooriata on kehtiva õiguse normistikkude analüüs ja interpretatsioon tänapäev täiesti mõeldamatud. Ka seda mainitagu, et Kelseni rajatud dogmaatiline normativism on esimesena tõestanud, et õiguskorra koostisse kuuluvad mitte üksnes generaal- ehk üldnormid, nagu traditsiooniliselt seni arvati, vaid põhiseaduse, seaduse ja määruse normide kõrval ka veel üksikaktide, s. o. individuaal- ehk üksiknormid [65].

Ometi tuleb nentida, et Kelseni kooli suurim väärtus kaasaegsele õigusteadusele sisaldub ikkagi vaid tema negatiivses metodoloogilises kriitikas, mis on väga vahedalt lõikav, puhastav ja tõhus ning ehitav. Tema positiivne argumenteering, hoolimata oma kõrgest teaduslikust tasemest, rangest loogilisest konsekventsusest ning metoodilisest puhtusest, on aga jäänud peagu viljatuks. Selle peamiseks põhjuseks on kindlasti Kelseni normativismi lähtumine kunstlikest ning ühtlasi sisutuist formaalprintsiibest, fundamentaalnormist, tingivast lausest või hüpoteetilisest otsustusest, üksiku õigusnormi valemist, sotsiaalkahjulikkusest. Kui selliseist abstraktseist postulaadest tuletatakse mõisteid ning konstrueeritakse formaalloogilisi kontseptsioone, siis pole mingi ime, kui vastav *logitsistlik* süsteem jääb võõraks empiirilisele maailmale ning õigusliku elu realiteetidele. Uurimata esemeid otseselt ning arvestamata fakte, on loodud ka õiguskorra mõiste, mis õiguslikule tõelikkusele ei vasta üheski osises. Seda osutagu järgnev analüüs.

Ülemal-esitatud seletuse kohaselt on Kelseni õiguskord esiteks kogum sundnorme, teiseks kogum objektiivselt

---

[64] „Stufentheorie", „Stufenbau der Rechtsordnung" autoriks peetakse Adolf Merkl'it. Esmakordselt ilmutas Merkl oma teooria *i.* Juristische Blätter, 1917, 41/42 jj., pisikeses kirjutises *„Das doppelte Rechtsantlitz"* ja arendas seda omas *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff,* Eine rechtstheoretische Untersuchung, Leipzig-Wien 1923. Vt. ka tema *Allgemeines Verwaltungsrecht,* Wien-Berlin 1927, lk. 157 jj.

[65] Vt. Kelsen, *op. cit.,* lk. 232 jj.

kehtivaid normistikke ning kolmandaks astmeliste normide süsteemne ühik.

Mis puutub õiguskorrasse kui sundnormide kogumisse, siis ei arvesta vastav määrang mitte kõiki tõelisi õigusnorme. Moodne õiguskord tunneb rohkesti selliseid normistikke, mille osised ei paigutu Kelseni sundnormi valemisse mingil kombel. Sellised on eeskätt kõik nn. *normae perfectae* [66]. Võetagu neile juurde tänapäev kõikjal väga tuntud tariifilepingute tööõiguslikud normid [67]. On õiguskordi, mis viimaste rikkumise puhuks ei määra mingit juriidilist sanktsiooni Kelseni mõttes. Tariifilepingute faktilisiks sanktsiooneks on streik, boikott, lokaut. Siin võidakse küll eelöeldule vastu vaielda, väideldes, et kui streik on lubatud, siis ta on ühtlasi ka *eo ipso* juriidilise sanktsioonina mõistetav. Kuid sellinegi väide ei päästaks Kelseni sundnormi konstruktsiooni, sest selgi korral tariifilepingute normid ikkagi ei sobiks tema valemisse. Viimase järgi, kui on *„kui"*, siis sellele järgneb loogilise paratamatusega alati ka *„siis"*. Tariifilepingute normistikes sellist paratamatust normirikkumise ja streigi vahel ei esine. Sest seal, kui on *„kui"*, siis võib olla, kuid ei pea paratamatult ka olema alati *„siis"*.

Kui õiguskorra tõelisi normistikke liigitataks ja neile *logistlikke* valemeid valitaks ning viimaseid Kelseni normikonstruktsiooniga kõrvutataks, siis selguks, et viimast oleks ehk kohane kasustada üksnes kriminaalõiguse normistikkude kirjeldamiseks. Ainult kriminaalõiguse norm ütleb, et *„kui käitud kehtiva kriminaalõiguse vastaselt, siis sind karis-*

---

[66] S. o. normid, mis Kelseni mõttes ei evi mingit sanktsiooni või mille sanktsiooniks tavalises mõttes on nendevastase käitumise tühiseks tunnistamine. — Vt. sellekohast arutlust terminoloogilisest küljest Francesco Invrea, *La parte generale del diritto*, Padova 1935, lk. 64 jj.: *i* diritti imperfetti ja nende liigitust, ka lk. 183.

[67] Vt. lähemalt A.-T. Kliimann, *Administratiivakti teooria*, Tartu 1932, lk. 191. — Paul Pic, *Traité élémentaire de legislation industrielle*, Paris 1931, lk. 279 jj., 595 jj. — Lodovico Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto pubblico*, Milano 1913, lk. 41 jj. — Alfred Hueck / Hans Carl Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Mannheim-Berlin-Leipzig 1930, II, 2, lk. 27 jj. — I. S. Vojtinskij, *Trudovoe pravo*, Moskva 1928, lk. 26 jj.

tatakse või trahvitakse kehtivas kriminaalkoodeksis ja -kohtukorras ettenähtud viisil ja määral". Sel põhjusel tohiks küll väita, et Kelseni õigus pole mitte riigiõigus, vaid ainult kriminaalõigus ning tema õiguskord pole mitte terviklik õiguskord, vaid ainult kriminaalõiguse erikord.

Eelöeldu osutab, et Kelseni õigusnormi valem ei tõlgenda tõeliste õigusnormide *mahtu* õieti, mistõttu ka vastavad sundnormid iseloomustavad õiguskorda hoopis vääralt. Kuid võib-olla määrab see valem õigusnormide *sisu* ja viimase kaudu ka õiguskorra olemust õieti? Tõusetatagu jätkuvalt küsimus: kas see valem sisuliselt üldse midagi defineerib ja kui defineerib, siis nimelt mida ta defineerib?

Arvustajad on püüdnud väita, et sellise valemi abil polevat üldse võimalik midagi määratella [68]. Olles tingitud süvenematusest Kelseni valemi loogilisse struktuuri, ei pea säärane arvamus paika. Kelseni valemi käsitamisel ärgu unugu, et iga tingiva lause kujuline valem määratleb alati siis, kui ta on konjugeerimisvõimeline [69]. Kelseni valem:

(3) *kui p, siis olgu q*

võiks umbkaudu sõnastuda lauses:

(4) *kui* [sa oled käitunud sotsiaalkahjulikult], *siis* [sind peab karistatama]. See lause moodustub tingimuslausest, milleks on:

(5) *sa oled käitunud sotsiaalkahjulikult*

ja järelduslausest, milleks on:

(6) *sind peab karistatama.*

Väljend:

(7) *kui ... siis*

märgib tingimust, mil temaga seondatud laused evivad mõtet ja kehtivust.

---

[68] Vt. eeskätt Ernst v. Hippel, *Zur Kritik einiger Grundbegriffe in der reinen Rechtslehre Kelsens, i.* Archiv des öffentlichen Rechts, Neue Folge, 1923, 5. — Vrd. ka Ross, *op. cit.*, lk. 229 jj.

[69] Vt. lähemalt Bertrand Russel / Alfred North Whitehead, *Einführung in die mathematische Logik*, München-Berlin 1932, lk. 14 jj., 61 jj., 49 jj. — Alfred Tarski, *Einführung in die mathematische Logik und in die Methodologie der Mathematik*, Wien 1937, lk. 16 jj. — Rudolf Carnap, *Abriss der Logistik* mit besonderer Berücksichtigung der Relationstheorie und ihrer Anwendungen, Wien 1929, lk. 25 jj., 35 jj.

On vaja tõestada, et lause (4) on konjugeeritav. Loogikast on teada, et viimast omadust evivad säärased laused, millest saab tuletada nn. *pöördlauseid* või mille suhtes juristidele tuntud *argumentum a contrario* ei tee mõttetuks väljendit (7).

Lähtumislausest (4) saadakse pöördlause, kui lause (6) asetada „*kui*" järele ja lause (5) „*siis*" järele. Sellekohaselt lähtumislause (4) võtaks järgmise kuju:

(8) *kui* [sind peab karistatama], *siis* [sa oled käitunud sotsiaalkahjulikult]. On selge, et pööramise pärast see lause pole muutunud mõttetuks, s. o. sõnad „*kui* ... *siis*" kehtivad siingi.

A contrario argumenteerimisel lähtumislause (4) modifitseerub järgmiselt:

(9) *kui* [sa pole käitunud sotsiaalkahjulikult], *siis* [sind ei pea karistatama].

Pöördlause (8) saab aga *a contrario* korral järgmise kuju:

(10) *kui* [sind ei pea karistatama], *siis* [sa pole käitunud sotsiaalkahjulikult].

Ka lausetes (9) ja (10) sõnad „*kui* ... *siis*" kehtivad, sest needki laused pole mõttetud, vaid õiged. Sellest järeldub, et laused (4), (5) ja (6) on konjugeeritavad, mida oligi vaja tõestada. Et aga laused (5) ja (6) asendavad p ja q valemis (3), siis on seega ühtlasi tõestatud, et Kelseni õigusnormi valem defineerib.

Kui pisut süveneda eelnenud tõestusmenetlusse, siis selgub ka kohe, mida nimelt Kelseni valem defineerib ja kuidas ta seda defineerib. Kõrvutades eelesitatud lähtumislauset (4), pöördlauset (8), kontraarset (9) ja kontraponeeritud lauset (10) üksteisega, nähtub, et kõigi aluseks olev valem (3) määrab täpsalt üksnes seda, millisel tingimusel väljend (7) „*kui* ... *siis*" kehtib. Seda p ja q vahelist sidet tähistavat „*kui* ... *siis*" Kelsen on nimetanud normatiivseks omistuseks ehk normatiivsuse seaduseks. Valem (3) ütleb kindlalt ja selgesti, et siis ja ainult siis on tingivas lauses tegemist õigusnormiga, kui p eelneb q-le ja q järgneb p-le õiguspäraselt, s. o. mõne teise õigusnormi alusel, mis ise peab aga evima sama konstruktsiooni. See teine õigusnorm aga peab põhinema kolmandal ja nii edasi kuni lõpma-

tuseni. Et kõigil järgnevailgi normel peab olema sama konstruktsioon, siis viimseks alusnormiks ei saa olla Kelseni fundamentaalnorm, mis valemile (3) vastavat struktuuri ei evi. Öeldust selgub, et Kelseni õigusnormi valemlik definitsioon pole mitte tavaline *definitio per idem*, vaid ainult *regressus ad indefinitum*. Säärane mõistemäärang jääb loogiliselt sulgematuks, sest ta ütleb ainult, millistel juhtudel tuleb kodanikku õiguse pärast karistada, jätab aga ütlemata, mida see *„õiguspärasus"* ja õigus ise tähendavad. Seepärast on päris õige väide, et Kelseni valem polegi niivõrra õigusnormi valem, kuivõrra õigusnormi rakendamise valem [70]. Sellisena seda valemit mõned nooremad normativistid ongi juba edukalt kasustanud. Näiteks tšehhi õpetlane Rudolf Schranil [71] ja Tartu Ülikooli professor dr. J. Vaabel on selle valemi kaudu määranud maksukohustuse tekkimist [72].

Kõigest eelesitatust nähtub, et õiguskorra määrang õigusnormi loomuse kaudu on Kelsenil äpardunud. Samuti on tühjusse valgunud ta tema määrang õiguskorra objektiivse kehtivuse küljest. Kelseni õiguskord pole tõeline mitte ainult oma koostiselt, vaid ka oma objektiivsuselt ja positiivsuselt.

---

[70] Kelseni valemi *kui p, siis olgu q* tunnistab definitsiooniks ka F. Kaufmann, *Methodenlehre*, lk. 296: „Die Reine Rechtslehre will Theorie der dogmatischen Rechtswissenschaft — der Lehre von der Rechtsauslegung — sein und demgemäss geht ihr Suchen nach dem Sinn des Rechtsbegriffes (nach dem Wesen des Rechts) dahin, in rationaler Nachkonstruktion zu erfassen, was im Verfahren dieser Auslegungswissenschaft unter „Recht" verstanden wird, d. h. von welchen Kriterien das Urteil abhängt, ob ein bestimmter Satz zu dem auszulegenden Material gehört oder nicht." — „Da nun für die Rechtsdogmatik auch die Behauptung der „rechtlichen Geltung eines Satzes" nichts anderes bedeutet, als dass dieser Satz ein Bestandteil des auszulegenden Materials ist, so ist die Angabe, welche Setzungsakte als letzte Geltungsquellen anzusehen sind, nichts anderes, als der Vollzug einer Themenwahl, also formallogisch betrachtet eine Definition."

[71] Vt. tema *Besteuerungsrecht und Steueranspruch*, Leipzig-Wien 1925, lk. 72 jj.

[72] Vt. tema *Eesti riigi-maksundusõiguse põhiprobleeme*, Riigimaksundusõiguse normistiku ehitus ja rakendus, Tartu 1934, lk. 123 jj.

Kelseni õigus ja õiguskord kehtib tänu fundamentaalnormi kehtivusele. Ainult need normid on positiivsed, mis vastavate vaheastmete kaudu tuletuvad fundamentaalnormist. Kuid mis on see fundamentaalnorm ise? Ja millel põhineb tema positiivsus ja kehtejõud? Ei mitte millelgi. Ta pole üldse positiivne ega saagi seda olla, sest sellist sisutut normi ei tunne ükski õiguskord. Tema olelu on tingitud üksnes Kelseni süsteemi loogilisest vajadusest. Puhta mõeldisena ta on postulaatprintsiip, mis kehtib vaid „loogiliselt", olles ainult selleks, et päästa Kelseni rakenduslikku dogmatismi loogilisest sulgematusest.

Et selline normiloogiline fundamentaalnorm on loogikavastane ja et temast kui metajuriidilisest ei saa deriveerida juriidilist, on indirektselt tõestatav logistliku „*sub*"- ja „*kui ... siis*"-menetluses. Kui

p sümboliseerib üksikaktidega loodavaid individuaalnorme,

q määruste normistikke,

r seaduste ja

s konstitutsioonilisi normistikke ning

sub märgitseb normide loomismoodust [73], mis Kelseni oma seletuste kohaselt tähendab kõrgemajõuliste normide sisulist konkretiseeringut, siis on õigus ja õiguskord positiivne, kui

I	(11,1)	*p sub q* [74],
	(11,2)	*q sub r*,
	(11,3)	*r sub s*,
	(11,4)	*s sub t*.

Logistikast on teada, et kui kehtib kolonn I, siis kehtib ka järgnev kolonn II:

---

[73] Kaufmann, *op. cit., ib.*: „Dieser Zusammenhang [mit bestimmten „obersten" Setzungsakten] ist es, auf den durch die Worte „auf Grund" hingewiesen wird, wenn man erklärt, ein Verwaltungsakt gelte auf Grund einer Verordnung, eine Verordnung auf Grund eines Gesetzes, ein Gesetz auf Grund der Verfassung."

[74] *Sub*-menetluse kohta vt. sellekohaseid valemeid Carnap, *op. cit.*, lk. 22 jj. — Russel-Whitehead, *op. cit.*, lk. 43 jj.

II (11,4) *s sub t*,
(12,1) *r sub t* [75],
(12,2) *q sub t* [76],
(12,3) *p sub t* [77].

Kui aga kehtib kolonn II, siis kehtib ühtlasi ka väide, et see, mis sisaldub normides *p*, *q*, *r*, *s*, sisaldub ka normis *t*. See väide ei või aga olla õige, sest Kelseni järgi *t* on sisutu imperatiivne käsknorm, kuna kõik muud normid pole imperatiivid, vaid hüpoteetilised otsustused.

Et olla loogikapärane, peaks fundamentaalnorm ise kehtiva normina sisalduma konkretiseeritult normides *p*, *q*, *r*, *s* ning esinema mitte üksnes tippnormina, vaid õiguskorra kõigi normide alusnormina. Seda on kerge tõestada „*sub*"-menetlusele vastandlikus „*kui ... siis*"-menetluses [78], kus väljend „*kui ... siis*" sümboliseerib loodavate normistikkude kehtivuse tingimust. Õiguskorra astmelise ehituse teooria järgi on nii, et

III (13,1) *kui t, siis s*, aga mitte vastupidi. Samuti
(13,2) *kui s, siis r*,
(13,3) *kui r, siis q*,
(13,4) *kui q, siis p*.

Logistikast on teada, et kui kehtib kolonn III, siis kehtib ka järgmine kolonn :

IV (13,1) *kui t, siis s*,
(14,1) *kui t, siis r* [79].

---

[75] See tõestub Carnap, *op. cit.*, valemi L 10.31 kohaselt: kui *s sub t* ja *r sub s*, siis *r sub t*, valemite (11,3 ja 11,4) alusel.

[76] Carnapi sama valemi järgi, kui *s sub t*, *r sub s* ja *q sub r*, siis *q sub t*, valemite (11,2 ja 11,4) põhjal.

[77] Samuti: kui *s sub t*, *r sub s*, *q sub r* ja *p sub q*, siis *p sub t*, valemite (11,1 ja 11,4) põhjal.

[78] *Kui ... siis*-menetluse kohta vt. sellekohaseid valemeid Carnap, *op. cit.*, lk. 11 jj. — Russel-Whitehead, *op. cit.*, lk. 20.

[79] See tõestub Carnap, *op. cit.* valemi L 5.12 kohaselt: kui *kui t, siis s* ja *kui s, siis r*, siis ka *kui t, siis r*, valemite (13,1 ja 13,2) alusel.

(14,2) *kui t, siis q* [80],
(14,3) *kui t, siis p* [81].

Kolonnist IV nähtub, et „*kui t* (fundamentaalnorm)" on aluseks kõigile „*siis*", mida oligi vaja tõestada [82].

Eelnenud deduktiivne tõestusmenetlus, eriti sealsed transitiivsed kolonnid osutavad ilmekalt, et fundamentaalnorm ei seleta õigust ega õiguskorda positiivseks, küll aga vajaks ta ise seletamist selliseks. Seda aga ei võimalda Kelseni õpetuse logitsistlik lähtekoht. Seepärast selle õnnetu fundamentaalnormi postuleerimise tõttu jääbki Kelseni puhas formalism hõljuma tühja abstraktsusse, millest pole näha mingeid juriidilisi teid maabumiseks õiguslikku tõelusse [83].

Sellesse äpardunud positiivsusse kaovad ka Kelseni õiguskorra süsteemsus ja terviklus. Kui tema õpetuses peab langema fundamentaalnorm, siis hävib koos sellega ka õigusnormide süsteemsuse ja ühikluse alus. Kelsen ju ise seletab, et õiguskorra ühtlus ja ühtsus just avalduvadki normistikkude loomise dünaamiliselt ühtlases mooduses, s. o. järkjärgulises tuletamises fundamentaalnormist [84].

Viimase väitega Kelseni teooria pretendeerib muide ka õiguskorra dünaamilise vaadendi nime peale. See on aga alusetu pretensioon. Hoolimata õiguskorra dünaamilisuse rõhutamisest Kelsenil, võib tema õpetust loogiliselt tunnistada üksnes puhtstaatiliseks doktrii-

---

[80] Valemite (13,1 ja 13,3) alusel: *kui t, siis s, kui s, siis r* ja *kui r, siis q*, siis ka *kui t, siis q*.

[81] Valemite (13,1 ja 13,4) alusel: kui *kui t, siis s, kui s, siis r, kui r, siis q* ja *kui q, siis p*, siis ka *kui t, siis p*.

[82] Vrd. ka Ross, *op. cit.*, lk. 260: „Die Norm N_1 gilt relativ zur Norm N_0, d. h., N_1 lässt sich logisch von N_0 ableiten, und nichts anderes. Hierin liegt von Anfang an ein Fehler in Kelsens Problemstellung." — Vt. ka järgm. *nota*.

[83] Vrd. Ross, *op. cit., ib.*: „Auf dieser Grundlage scheint es unmöglich, die Geltung des Rechts mit den empirisch gegebenen Umständen in Verbindung zu bringen. Es scheint unmöglich, hieraus abzuleiten, dass ein bestimmtes Recht hier und jetzt gilt."

[84] Vt. *supra, nota* 62.

niks [85]. Selles veendumiseks laskutagu tema argumenteeringusse õiguskorra koostise küsimuses. Kelsen ütleb, et õiguskord kui tervik evib samu omadusi, mis õigusnormidki tema osistena ja vastupidi. Loogiliselt on selge, et kui õigusnormide omadused on õiguskorra omadused, siis õiguskord pole muud kui kõigi õigusnormide abstraktne väljend. Sest sel puhul õiguskorra mõiste ei saa esineda *ordinatoorse* ühikumõistena, vaid *klassifikatoorse* üldmõistena [86]. On aga õiguskord tõesti ühik, aga mitte staatiliselt käsitatav normistikkude süsteem, siis on ka ekslik väita, et tal on samad omadused, mis tema osistelgi. On ju päris selge, et ühiku tunnused ei tarvitse sugugi olla tema osiste tunnused ja vastupidi [87]. Liidetagu kuitahes palju õigusnorme summaarselt ühiseks süsteemiks, nendest ei saa iialgi dünaamilist ühikut, nagu elutuist nähtusist ei saa mehaanilise liitmise teel elusat olest. Kelseni „dünamism" on lihtsalt dünaamiliseks kirjeldatud õigusnormide loomise mehhanism. Ent mehhanism ja dünaamika on kaks erinevat asja.

Kõigest eelöeldust peaks juba piisama Kelseni teooria kummutamiseks õiguskorra määrangu osas. Paremini kui eelnenud arvustavad märkmed, paljastavad Kelseni õiguskorra mõiste ebakohasust just teise äärmusse kalduvate moodsate õigusdünamistide vastavad käsitlused. Need käsitlused ongi loomulikuks reaktsiooniks peamiselt just Kelseni ja tema Viini õpilaste lakkamatu energiaga arendatud

---

[85] Vrd. Du Pasquier, *op. cit.*, lk. 271: „... Kelsen entend rendre compte de la création continue du droit; il revendique pour elle le titre de „dynamique". Hauriou le lui refuse, estimant que cette représentation formelle d'un enchaînement purement logique donne du droit une image immobile (Précis de Droit constitutionnel, p. 8 et suiv.)" ning lisandab samas: „Nous avons nous-même caractérisé le positivisme étatique comme inspiré d'un point de vue statique." — Vt. *ib.*, lk. 267 j.

[86] Vt. lähemalt Carl G. Hempel / P. Oppenheim, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, Leiden 1936, lk. 2 jj. — Paul Oppenheim, *Von Klassenbegriffen zu Ordnungsbegriffen, i.* Travaux du IXe Congrès international de Philosophie, Paris 1937, VI, lk. 69 jj.

[87] Vt. moodsat matemaatilist hulgateooriat või logistlikku klassiteooriat Carnap, *op. cit.*, lk. 18. — Tarski, *op. cit.*, lk. 41 jj.

kunstlik-abstraktse normativismi kiiretempolisele levikule peagu kõigis mais ja keelkonnis [88].

III. ÕIGUSKORRA DÜNAAMILISI MÄÄRATLUSKATSEID.

1. Schmitti detsisionismi teooria.

Kaheldamatult omapärasemaid kaasaja dünamiste on tuntud natsionaalsotsialismi ja fašismi teadusmees sakslane Carl Schmitt. Ta on loonud nn. *detsisionismi teooria* ning seda arendanud arvukais töis [89], mis talle on soetanud seevõrra rohkesti õpilasi, et kaasaegses õigusteaduses ollakse kohustatud kõnelema tema erilisest detsisionistlikust koolkonnast. Viieteistkümneaastase ühesuunalise teoreetilise teotsemise järel tal tuli soov kohastada oma vaateid veelgi sobivamaks natsionaalsotsialistlikule meelsusele. Antiparlamentaristina, diktatuuriteoreetikuna ja -propagandistina oligi Schmittil kerge vahetada oma teaduslikke tähiseid ning a. 1934 võttis ta juba kindlalt uue suuna *sotsioloogilise institutsionalismi* poole [90]. Ent saatus tahtis, et ta, hoolimata teaduslikust enesepainutamisest, satuks oma võimumeeste ebasoosingusse.. Nüüd on ta ametlikult põlu all.

Kuigi Schmitt on loobumas oma detsisionismist, peatutagu viimase man ikkagi, sest selle suurt kirjanduslikku tähtsust ei saa salata.

Schmitti õpetuse järgi õiguskord on poliitilise tahte aktidega määratav ja arendatav poliitilise ühiku eksistentsiaalne kord ja selle poliitilise tahte elustamiseks loodav õigus [91].

---

[88] Neist asetuvad oma uurimustega esikohale itaallasist Donati, jaapanlasist Otaka, poolakaist Rundstein, tšehhidest Weyr, ungarlasist Horvath, taanlasist Ross, serblasist Tasić, bulgaarlasist Ganeff.

[89] Põhjapanevaks ning probleemikamaks on *Verfassungslehre*, München-Leipzig 1928.

[90] Seda uut suunda valgustab metodoloogilisest küljest tema *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens.* Vt. ka lähemalt Karl Hermann Schmitt, *Treu und Glauben im Verwaltungsrecht.*

[91] Vt. Schmitt, *Verfassungslehre*, lk. 9 jj.

Selle määrangu kohaselt õiguskord pole oma sisult mitte ühtlane. Ta pole mingi absoluutsus normatiivses mõttes. Ta on puhteksistentsiaalne nähtus, mille olelu oleleb vastava poliitilise ühiku olelus. Tema terviklus on poliitilise ühiku terviklus ning tema dünaamiliseks ühtlustavaks aktiivprintsiibiks on poliitiline tahe, mis teda määrab ja sisustab [92].

Nagu eelesitatud määrangust nähtub, sisaldab õiguskord kaht põhiliselt erinevat elementi ja nimelt *eksistentsiaalset* ja *normatiivset*. Õiguskorra eksistentsiaalseks sisuosiseks on poliitilise ühiku eksistentsiaalne kord. Normatiivseks sisuosiseks on seda korda konkretiseeriv õigus [93].

Õiguskorra elemendina eksistentsiaalne kord, *seinsmässige Ordnung*, tähendab poliitilise ühiku konkreetset oleluvormi, mille loob ja sisustab selle ühiku poliitilise tahte akt [94]. Poliitiline tahe, *Wille*, vastandina normatiivsele õigusele on puhteksistentsiaalne suurus. Tema olelu eeldab teist eksistentsiaalset nähtust ja nimelt tahteavaldajat kui poliitilist suurust. Ta eksisteerib, kui eksisteerib subjekt, olgu selleks rahvas või osa rahvast, kuningas või jumal, kelle isiklik võim ja autoriteet on suuteline määrama enese poliitilist olelut, andma sellele kuju ja vormi, teda säilitama, arendama ja kaitsema [95]. Poliitiline tahe on tahe, mis lähtub *„vaenlase"* kujutlusest ning eristab vastase, „võõra", erineva „omast",

---

[92] *Ib.*, lk. 10 jj., 21 jj., 61 jj.

[93] *Ib.*, lk. 10: „Der Begriff der Rechtsordnung enthält zwei völlig verschiedene Elemente: das normative Element des Rechts und das seinsmässige Element der konkreten Ordnung."

[94] *Ib.*, lk. 21 jj.

[95] *Ib.*, lk. 9: „Das Wort „Wille" bezeichnet im Gegensatz zu blossen Normen eine seinsmässige Grösse als den Ursprung eines Sollens", lk. 75: „Verfassunggebende Gewalt ist der politische Wille, dessen Macht oder Autorität imstande ist, die konkrete Gesamtentscheidung über Art und Form der eigenen politischen Existenz zu treffen, also die Existenz der politischen Einheit im Ganzen zu bestimmen", lk. 21: „Der Akt der Verfassunggebung... bestimmt durch einmalige Entscheidung das Ganze der politischen Einheit hinsichtlich ihrer besonderen Existenzform. Dieser Akt konstituiert Form und Art der politischen Einheit..."— Vrd. ka *notae, infra.*

enesesarnasest, *„sõbrast"*, liitlasest, ja suunab aktiviteeti enesesäilitamisõiguse teostamiseks, oma poliitilise tervikluse kaitseks ja vaenlase hävitamiseks konfliktjuhtudel [96].

Konkreetset eksistentsiaalset korda määrav poliitiline tahe ei loo oma vastavas aktis mingeid norme. Sätted, mis määravad poliitilise ühiku vormi ja liigi, pole mitte juriidilised sätted. Konkreetse korra sätted on paljad *detsisioonid* [97] ehk tahteotsustused. *„Eesti olgu demokraatia"* on Schmitti järgi konkreetse korra säte, aga mitte õigusnorm. Ta oleks detsisioon ja tähendaks eesti rahva poliitilise tahte sõnalist väljendust oma poliitilise oleluvormi ja -liigi määramiseks [98]. Rahvuskogu antud Põhiseaduse säte: *„Eesti on iseseisev ja sõltumatu vabariik, kus kõrgeima riigivõimu kandja on rahvas"* pole Schmitti järgi mingi norm. Seda pole samuti ütlus, et *„Riigivõimu ei saa keegi teostada muidu kui Põhiseaduse ja sellega kokkukõlas olevate seaduste alusel"* või ütlus, et *„Põhiseadus on vankumatuks juhteks Vabariigi Presidendi, Riigikogu, Vabariigi Valitsuse ja kohtute tegevuses"*. Nad pole mitte konstitutsioonilised normid, nagu eestlased ise

---

[96] Vt. Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Hamburg 1933, lk. 7: „Die eigentlich politische Unterscheidung ist die Unterscheidung von Freund und Feind." „Die Unterscheidung von Freund und Feind bezeichnet die äusserste Intensität einer Verbindung oder Trennung." „Der politische Feind braucht nicht moralisch böse, er braucht nicht ästhetisch hässlich zu sein; er muss nicht als wirtschaftlicher Konkurrent auftreten, und es kann vielleicht sogar vorteilhaft und rentabel scheinen, mit ihm Geschäfte zu machen. Er bleibt aber ein Anderer, ein Fremder." — Vt. ka. Schmitt, *Verflehre*, lk. 22: „... sie [poliitiline suurus] sucht sich vor allem in ihrer Existenz zu erhalten, „in suo esse perseverare" (Spinoza); sie schützt „ihre Existenz, ihre Integrität, ihre Sicherheit und ihre Verfassung" — alles existenzielle Werte."

[97] Saksa keeles *Entscheidung* või *Bestimmung*. — Vt. *ib.*, lk. 21: „Es ist nicht so, dass die politische Einheit erst dadurch entsteht, dass eine „Verfassung gegeben" wird. Die Verfassung im positiven Sinne enthält nur die bewusste Bestimmung [detsisiooni] der besonderen Gesamtgestalt, für welche die politische Einheit sich entscheidet."

[98] Vrd. *ib.*, lk. 10: „Der Wille des deutschen Volkes, also etwas Existenzielles, begründet, über alle systematischen Widersprüche, Zusammenhangslosigkeiten und Unklarheiten der einzelnen Verfassungsgesetze hinweg, die politische und staatsrechtliche Einheit."

ekslikult arvavad. Nad pole raamnormidki ega isegi mitte üldised põhimõtted. Nad on konkreetsed detsisioonid ja sellistena nad määravad eesti rahva konkreetset elukorda, mille raames alles peavad toimuma konstitutsioonilised normeeringud [99].

Õiguskorra eksistentsiaalse elemendina konkreetne kord sisaldub poliitilise tahte detsisioonides, „aga mitte seadusis, põhimõtteis või mingeis normativiteetides“ [100].

Õiguskorra normatiivne element evib sekundaarset tähtsust. Õigus ei esine iseseisva kategooriana. Ta olelu ja tekkimine eeldavad poliitilise tahte detsisiooni, mille elustajaks ja konkretiseerijaks ta on. Iga normatiivne toiming, ka riigipõhiseadus ja seal antavad normid vajavad enese kehtivuseks ja kehtima pääsemiseks alati vastavat poliitilist detsisiooni, sest teatav norm saab õigusnormiks üksnes siis, kui poliitiline tahe oma detsisioonis on soovinud tema kehtimist [101].

Seletatu kohaselt õigus sisaldub detsisioones ja õiguskorra normatiivne element eksistentsiaalses elemendis ning hetero-

---

[99] Vrd. *ib.*, lk. 23: „Für die Weimarer Verfassung sind diese grundlegenden politischen Entscheidungen: die Entscheidung für die Demokratie...; ferner die Entscheidung für die Republik...; dann die Entscheidung für die Beibehaltung der Länder...“ jne.

[100] Vt. *ib.*, lk. 10: „Die Einheit und Ordnung liegt in der politischen Existenz des Staates, nicht in Gesetzen, Regeln und irgendwelchen Normativitäten.“

[101] *Ib.*, lk. 22: „Jede Art rechtlicher Normierung, auch die Verfassungsgesetzliche Normierung, setzt einen solchen Willen als existierend voraus.“ „Jedes Gesetz als normative Regelung, auch das Verfassungsgesetz, bedarf zu seiner Gültigkeit im letzten Grunde einer ihm vorhergehenden politischen Entscheidung, die von einer politisch existierenden Macht oder Autorität getroffen wird.“ Ja lk. 23: „Auch alle in Rechtsnormen verwendeten Begriffe, welche die politische Existenz voraussetzen..., erhalten ihren Inhalt und ihren Sinn nicht von einer Norm, sondern aus der konkreten Wirklichkeit eines unabhängigen politischen Existierens.“ Ka lk. 15: „[Es] liegt die Einheit der in ihr [põhikorras] enthaltenen Bestimmungen nicht in ihrer inhaltlichen, systematischen und normativen Geschlossenheit, sondern ausserhalb dieser Normen in einem politischen Willen, der alle diese Normen überhaupt erst zu Verfassungsgesetzen macht und als ihre einheitliche Grundlage ihre Einheit von sich aus bewirkt.“

geense õiguskorra ühtlus ja ühtsus eksistentsiaalses poliitilises tahtes.

S c h m i t t i õpetuse eelnevast skitseeringust nähtub, et tema õiguskorra määratluskatses etendavad kesksemat osa nn. *detsisioon* poliitilise tahte väljendusena ja selle tahte taga seisev poliitiline võim. Seepärast on S c h m i t t i mõistmiseks vaja kõigepealt selgust küsimusse, kuidas käsitada tema detsisiooni õ i g u s t e a d u s l i k u l t.

On tõsi, et iga normatiivakti eel käib aktiandja poliitiline kaalutlus. See on kaalutlus selle üle, k a s anda soovitud akti ja millises sisus teda anda, s. o. k u i d a s oleks poliitiliselt otstarbekam normida seda, mida normida kavatsetakse. Selline kaalutlus otsustusena, detsisioonina *ita ius esto* on oma loomult kaheldamatult alati k o n k r e e t n e ja ühekordne, nagu seda väidab S c h m i t t k i. Poliitilise kaalutluse konkreetsust ja ühekordsust ei väära ka see asjaolu, et ühe ja sama akti otstarbekust võidakse kaalutella mitu korda. Ka vetoõigusliku riigipea veelkordne kaalutlemine, kas parlamendis otstarbekaks peetud ja vastuvõetud seadus peaks pääsema kehtima või mitte, on oma loomult ikkagi ühekordne kaalutlus.

Normatiivaktidele eelnev p o l i i t i l i n e k a a l u t l u s väljendub eitava- või jaatavasisulises otsustuses ehk detsisioonis. Jaatavasisuline detsisioon avaldab aktiautori tahet antava akti jõustamiseks ja kehtimapanemiseks, nagu seda S c h m i t t k i õieti nendib. Ainult jaatavasisuline detsisioon on selleks teguriks, mis kavatsetava akti eelnõu kavandlikud laused muudab kehtiva õiguse normistikeks. Sedagi tõsiasja esildab ja rõhutab S c h m i t t täie õigusega.

Kuid teaduslikult täiesti põhjendamatu ning tegelikult suisa väär on S c h m i t t i taotlus detsisiooni eraldada jõustuvast normatiivaktist. Pole mingit faktilist ega teaduslikku alust kiskuda detsisioon lahti põhiseadusest, seadusest, määrusest, seletada teda õigusliku elu iseseisvaks nähtuseks ja selle man normatiivakt ise lausa hüljata. Keegi ei saa seda salata, et detsisioon on kõigil õigusliku elu juhtudel jõustuva normatiivakti lahustamatu osis, sisaldudes seal *implicite*. Teda on võimalik sealt eraldada vaid a b s t r a h e e r i v a s teaduslikus analüüsis. Õiguslik tõelus ei luba võtta detsisiooni iseseisvana ja eraldatuna vastavast jõustunud normatiivaktist.

Schmitti lähtumine iseseisvustatud detsisioonist on, kuigi reaalne, siiski samavõrra abstraktne ja väär nagu Kelseni lähtumine kunstlikust fundamentaalnormist. Juriidilises vaatluses on üksnes normatiivakt tervikuna selleks tõsieluliseks nähtuseks, millest võiks lähtuda, aga mitte mõni üksik aktiosis, mis tõeliselt iseseisvalt üldse ei eksisteeri, kuid aktist teadusliku analüüsi abil abstraheeritakse. Detsisioonist lähtumiseks oleks teoreetilist alust ainult sel juhul, kui detsisioon seotakse jõustuva normatiivaktiga lahutamatuks ühikuks. Sest üksnes normatiivaktiga seoses evib detsisioon normatiivset tähtsust, seda ainukest tähtsust, mida Schmittki talle ainukesena omistab. Vastasel korral detsisioon ei vääriks üldse käsitlemist.

Sellest väärast, kunstlikust lähtekohast tingitult saavad ka Schmitti argumenteeringud ja konsekventsid sootuks eksliku sisu, vaatamata sellele, et ta väitlused on rajatud täiesti õieti kvalifitseeritud detsisiooni loomule. Schmitti lähtekohast jääb arvestamata see salatamatu õiguslik tõsiasi, et niipea kui akt on antud, muutub sellele eelnenud detsisioon ise akti essentsiaalseks osiseks. Detsisioon on siitpeale juba normatiivne nähtus [102]. Eraldades aga detsisiooni aktist, lõhutakse ka igasugune juriidiline seos tema ja akti vahel. Detsisioon on siis tõepoolest puhteksistentsiaalne faktiline suurus. Ent faktitsiteedist ei saa tuletada normativiteeti. Et faktitsiteedist ei looda normativiteeti, siis Schmitti õiguskordki pole mitte õiguse kord, vaid puhtfaktitsiteedi kord, milles õigus ei etenda isegi kõrvalisemat osa [103]. Selline õiguskord on vabade detsisioonide kord, normitamatu poliitilise tahte kord, „suutelise" poliitilise suuruse õiguslage võimukord [104].

---

[102] Vrd. Hermann Heller, *Staatslehre*, Leiden 1934, lk. 265: „Sobald aber die gefallene Entscheidung willensbindende Geltung, sei es für den Entscheidenden selbst, sei es für Andere beansprucht, muss sie als Norm vorgegenständlicht werden."

[103] Vrd. Heller, *op. cit.*, lk. 259: „... C. Schmitt will jede Normativität aus der Verfassung ausmerzen."

[104] Vrd. Kurt Wilk, *La doctrine politique du national-socialisme: Carl Schmitt*, Exposé et critique de ses idées, *i.* Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique, 1934, 3/4, lk. 194: „Carl Schmitt désigne le „politique" comme supposition abstraite de l'Etat; mais cette

Oleks S c h m i t t jätnud oma detsisiooni normatiivaktist lahti rebimata, siis oleks ta kindlasti pidanud tunnustama, et võimukäsitsejadki on vähemalt teatavais riiges kohustatud teotsema ikkagi kehtiva õiguse alusel, sest iga normatiivakt vähemalt nn. õigusriiges seob mitte ainult kodanikke, vaid samal määral ka aktiandjat ennast. Lähtunud abstraheeritud detsisioonist, asetab S c h m i t t enda aktiandja subjektiivsesse vaatenurka. Sealt võimulolijate positsioonist ta vaatab alla käskeldatava rahva peale vabade võimumeeste suvatsuste ja heaksarvamuste prillide läbi. Just nagu isehakanud rahvaeestkostjad, usurpaatorid ja vägivallatsejad diktaatorid, nii arvab S c h m i t t k i, et mitte õigus, vaid võim ise määrab, mis rahvale sobib [105]. See igavesti alaealine rahvas ju ei saa sellest aru, mis oleks talle kuri või hea ja meelepärane. Kuid selline vaatekoht on kitsas ja ebateoreetiline. Ta ei valgusta kõiki õiguskordi. Eriti järsus vastuolus on ta moodsa õigusriigi tõelusega, sest ainult vägivalla ja politseiriiklikus olustikus võimulolija pole millegagi seotud. Ja ainult politseiriiklikus õiguskorras rahva ainukeseks õiguseks on õigus suud pidada.

Lähtumine puhtast detsisioonist on S c h m i t t i l tingitud tahtmusest õigustada oma elufilosoofiat, eriti selle rakendamist õigusteaduse valdkonnas. Tema m i l i t a r i s t l i k elukäsitus [106] näeb ühiskondlikus teotsemises vaid „sõbra-vaen-

---

singulière conception du „politique" signifie suppression de l'Etat." — Lk. 195: „Plus radical encore peut-être que la suppression implicite de l'Etat est la suppression du droit par la conception que Schmitt se fait du droit public." — Lk. 196: „En refoulant le droit au rôle d'une simple confirmation de la situation politique concrète de l'instant, Schmitt lui enlève son sens comme droit."

[105] Nagu relvajõule toetuvail „rahvavalitsejail" või militaardiktaatoreil, nii ka S c h m i t t 'il on armsaimaks deviisiks: „Käsin ja keelan."— Vrd. Carl S c h m i t t, *Legalität und Legitimität*, München-Leipzig 1932, lk. 13: „Den Advokatenplädoyers, die den Jurisdiktionsstaat begleiten, wie den ebenfalls endlosen Diskussionen des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates machen sie ein Ende und erkennen schon im Dezisionismus der sofort vollziehbaren Anordnung an sich einen positiven Rechtswert. Hier gilt: „Das Beste in der Welt ist ein Befehl"."

[106] Sõda peab ikka olema või, kui mitte sõda, siis vähemalt olgu alatiselt sõja võimaluski: S c h m i t t, *Der Begriff des Politischen*, lk. 16: „... wohl aber muss er [sõda] als reale Möglichkeit vorhanden bleiben, solange der Begriff des Feindes seinen Sinn hat."

lase" aktiviteeti, mille ülimaks sihiks on seatud „vaenlase hävitamine". Et *homo homini lupus est* ja elus kui alatises võitluses pole võimalik konflikte ette näha ega normida, siis ei tohi ju ka võitlev poliitiline suurus olla seotud mingite normidega [107]. Kui selline poliitiline suurus eksisteerib ja teotseb, siis on ta väärt, et ta eksisteerib, küsimata sellest, kas ta on õiguslik või mitte. Schmitti veendumuse järgi see on kõigi juriidiliste arutluste ainukeseks õigeks lähtekohaks [108].

Isiklikust poliitilisest maailmavaatest inspireeritud Schmitti õpetust ei või lugeda teooriaks [109]. Kõnelemata tema filosoofiliste aluste liigkitsusest, tema elukäsituse triviaalsusest [110] ja robustsusest, patustab Schmitt kõigepealt oma teadusmehe kutse-eetika vastu. Selle asemel, et avastada tõtt, ta sihilikult ja kavakindlalt moonutab tõsiasju ja tõtt, et vaid seda sobivalt kohastada teatavale poliitilisele meelsusele.

Kuid ka poliitiliselt on Schmitti „teadus" vastuvõetamatu neile, kes õigust ja õiglust kõrgelt hindavad ning humaansusest ja eetikast lugu peavad, sest Schmitti detsisioonid õigustavad despootiaid ja türanniaid ning vägivallatsejate mässukindralite üritusi. Tema õiguskorras on õigusele vaid

---

[107] Vt. *ib.*, lk. 8: „Der Feind ist in einem besonders intensiven Sinne existenziell ein Anderer und Fremder, mit dem im extremen Fall existenzielle Konflikte möglich sind. Derartige Konflikte können weder durch eine im voraus getroffene generelle Normierung, noch durch den Spruch eines „unbeteiligten" und deshalb „unparteiischen" Dritten entschieden werden." Siingi on Schmitt'il deviisiks: „sõda" ja nimelt „sõda võidurikka lõpuni", kuna rahvusvahelisel vahendusel vaidlusküsimuste rahulikuks lahendamiseks pole Schmitti silmis mingit väärtust.

[108] Vrd. Schmitt, *Verflehre*, lk. 22: „Was als politische Grösse existiert, ist, juristisch betrachtet, wert dass es existiert. Daher ist ihr „Recht auf Selbsterhaltung" die Voraussetzung aller weiteren Erörterungen ..."

[109] Ka Heller, *op. cit.*, lk. 278, ütleb Schmitti õpetuse kohta: „... so mag das zwar politische Theologie sein, Staatstheorie ist es sicher nicht ..."

[110] Vrd. Heller, *op. cit.*, lk. 207, tähendab Schmitti „sõbravaenlase aktivismi" kohta, et see „ist schliesslich für jede beliebige Prügelei kennzeichnend".

niipalju ruumi, kui palju see „õigus" konkretiseerib rahva jaoks alasti jõu intentsioone.

Ent Schmitti kool pole olnud moodsale õigusteadusele siiski mitte viljatu. Tema detsisioonide käsitlus on maailmakirjanduse parimaid. Ka uute riikide tekkimislugu on ta seletanud paremini kui ükski teine jurist.

2. Helleri funktsionalismi teooria.

Hollandlase Hermann Helleri dünaamilise funktsionalismi teooria [111] avaldas Gerhart Niemeyer, kes seda posthuumsete kavandite ja märkmete alusel täiendas ja omalt poolt ka kommenteeris.

Helleri õpetuse järgi õiguskord on riigi kui ühiskondliku organisatsiooni objektiivselt normitud sotsiaalkord [112].

Sellise määrangu järgi õiguskord tähendab, esiteks, riigi poliitilise üldseisundi lahutamatut vormi. Tema muutuvus ja terviklus on riigi sotsiaalse seisundi muutuvus ja terviklus. Tema olelus sisaldub riigi organisatoorses oleluses [113]. Sellise määrangu kohaselt õiguskord on, teiseks, konkreetse riigi kogu õiguskond, *der gesamte Rechtsbestand des Staates,* mis sisaldub konstitutsioonilisis aktes ning sellistega kokkukõlastatud muis normatiivaktes [114].

Organisatsiooni üldseisundit fenomenoloogiliselt uurides võib seal nentida vastastikku sõltuvate koostoimivate

---

[111] Hermann Heller, *Staatslehre,* Leiden 1934.

[112] *Op. cit.,* lk. 265 jj., 194, eriti 250, 234.

[113] *Ib.,* lk. 233 jj.

[114] *Ib.,* lk. 274: „Der umfassende Rechtsbegriff hätte den gesamten Rechtsbestand des Staates zum Inhalt; mindestens aber alle in der Verfassungsurkunde enthaltenen Rechstnormen zusammen mit sämtlichen andern verfassungsmässigen Rechtssätzen der staatlichen Ordnung. Hier ist nicht der wirkliche Gesamtzustand, sondern nur der von Rechts wegen geltende Zustand politischer Einheit und Ordnung gemeint, allerdings ohne Rücksicht darauf, welcher unter den zahllosen Rechtssätzen als „grundlegend" und welche als abgeleitet zu gelten haben." — Siin on „õiguskonnana" väljendatud mõiste, millist tavatsetakse samastada materiaalse põhikorra ehk materiaalse konstitutsiooni mõistega laiemas mõttes.

isikute paljust, korrastatud koostoimimist ennast ja koostoimimist korrastavaid, s. o. korda loovaid organeid [115]. Organisatsioon aga on protsess, milles individuaalsed ühiskondlikud sammed, *Leistungen*, ühtlaselt koonduvad kavapärase ühisaktsiooni sihi kohaselt. Niiviisi paljud mitmekesised sammed kõigepealt kumuleeruvad selleks, et neid pärast aktsiooni mõttes organisatsiooni keskusest juhtida ja aktiveerida. Sammete kumuleeringust tekib ühiskondlik võim, *Macht*, nende aktiviseeringust aga organisatoorne toime, *Wirkung*. Kui kumuleering ja aktiveering toimuvad ühtlaselt normitud kava järgi, siis ongi juba tegemist organisatsiooniga [116]. Et igas organisatsioonis isikud ja organid ühissihtideks korrastatult koos toimivad, siis iga organisatsioon on selle tunnuse tõttu sotsiaalne toimimis- ja otsustamisühik, *Wirkungs- und Entscheidungseinheit*.

Riik on organisatsiooni liike ja sellisena mitte mingi tahteühik, nagu arvavad voluntaristid, vaid toimimisühik. Ta pole ka mingi sundkord, nagu Kelsen arvab, vaid otsustamisühik. Tema võim, nagu iga organisatsiooni võim tekib ühiskondlikkude sammete kumuleeringust ning juurdub vaid kuulekuses ja tunnustamises. Võim on võimu omajal üksnes ühiskondliku omistuse tõttu olemas: *oboedientia facit imperantem* [117].

Iga võim aga taotleb püsivat normatiivset vormi. Seepärast ta organiseerub õiguslikult. Õiguslikult organiseeruda aga tähendab oma organite kaudu normida võimu käsitsemist, ühiskondliku protsessi juhtimist ja aktiviseerimist.

---

[115] *Ib.*, lk. 231: „Der phänomenologische Befund ergibt drei sich gegenseitig fordernde „Elemente" einer jeden Organisation: 1. ein auf das gegenseitige Verhalten eingestelltes, gesellschaftliches Handeln einer Mehrzahl von Menschen, deren Zusammenwirken 2. an einer regelgeforderten Ordnung sich regelmässig orientiert, deren Setzung und Sicherung 3. besondere Organe wahrnehmen."

[116] *Ib.*, lk. XII: „Als Organisation bezeichnet man jenen Prozess, in welchem individuelle gesellschaftliche Leistungen zum Zwecke der gemeinsamen Aktion einem Plane gemäss zur Verfügung gestellt und einheitlich verwandt werden. Durch die Kumulierung der Leistungen entsteht gesellschaftliche Macht, durch die Aktivierung organisatorische Wirkung."

[117] *Ib., l. cit., passus infra*, lk. 237 jj., 244 jj.

Normeering positiivses mõttes aga tähendab normaalse muutmist normativiteediks [118].

Õigus on riigi organite kaudu loodud normeering, mille toimivus on samade organite poolt tagatud ja kaitstud [119]. Õigusnormide kehtivus tuletub supratositiivsete õigusprintsiipide kehtivusest [120]. Viimased põhinevad ühiskondlikus tunnustamises ja õigeksvõtus. Nad määravad, millised positiivsed õigusnormid on „õiged" ja millised ebaõiged. Positiivsed aga on vaid sellised õigusnormid, mis tegelikult toimivad. Tegelikult võivad evida toimivust üksnes *„õiged"* normid, s. o. normid, mis vastavais individuaalaktes konkretiseerivad supratositiivseid õigusprintsiipe üksikkäskudeks ja -keeldudeks. Sellest järeldub, et ka normeloov võim on supratositiivseist õigusnormest seotud. *Legibus solutus* pole isegi riigipõhikorda loov võim [121].

Kui riigifunktsioon sisaldub territoriaalühiskondlikus koostoimimises, siis õigusfunktsiooni sihiks on säärase riigifunktsiooni teostamist korraldada, objektiveerida ja püsivaks muuta. Õiguskord ongi vormiks, milles riigi ühiskondlik funktsioon tuleb teostamisele [122].

---

[118] *Ib.*, lk. 242 jj., 184 jj., 251 jj.

[119] *Ib.*, lk. 188.

[120] *Ib.*, lk. 222: „Alle sittliche Verpflichtungskraft empfängt der Rechtssatz nur aus dem übergeordneten ethischen Rechtsgrundsatz. Dieser unterscheidet sich aber vom Rechtssatz durch den Mangel an Rechtssicherheit oder Rechtsgewissheit, die einerseits in der Sinngewissheit, in der Entschiedenheit des Norminhaltes, anderseits in der Gewissheit seiner Vollstreckung besteht ... Rechtsgrundsätze geben nur die allgemeinen richtlinien an, auf Grund deren der Rechtszustand unter den Rechtsgenossen hergestellt werden soll; eine Entscheidung für den konkreten Fall geben sie nicht."

[121] Vt. *ib.*, lk. XIV, 186, 225, 190 j., 253, 258.

[122] *Ib.*, lk. 194, 265 jj., 85 jj., 203: „Die Funktion des Staates besteht also in der selbständigen Organisation und Aktivierung des gebietsgesellschaftlichen Zusammenwirkens ..." — Lk. 263: „Alle Normen haben die Funktion einer zukünftigen wirksamen Willensbildung entsprechend dem Norminhalt. Alle gesellschaftlichen Normen dienen durch eine intersubjektive Willensbindung der Verstetigung eines bestimmten gesellschaftlichen Verhaltens. Als Verfassungsnormen haben sie die

Eelnevaist õiguskorra käsitamiseks esitatud argumenteeringuist nähtub, et Helleri õpetus evib mõningaid ühisjooni niihästi Duguit' ja Kelseni kui ka Schmitti omaga. Sarnasus Duguit' ja Schmittiga avaldub selles, et Hellergi ehitab oma teooria sotsiaalsele faktitsiteedile, eksistentsialiteedile ja normaliteedile. Kuid tema vaadend ei kajasta siiski Duguit' naiivrealistlikku juriidilist sotsiologismi ega Schmitti sotsioloogilist polititsismi. Helleri teooria on puhas sotsioloogia ja nimelt riigi- ning õigussotsioloogia. Mis Kelsenil õiguskorra positiviteedi seletamiseks on fundamentaalnorm, Duguit'l sotsiaalne solidariteet ja massiteadvus, seda on Helleril ühiskondlik omistus ja loodusõiguslik otstarbekohaselt „õige", millest kasvab õigus konkreetsete rakendusaktide normide näol. Kogu Helleri õiguskord objektiivse õiguskonnana põhineb suprapositiivseil „õiguse" printsiibel.

Oma mõtlemisviisilt on Heller aga kontraarne vastand Kelsenile. Kui Kelsen oma vaatlusist hoolikalt elimineerib kõige sotsioloogilise ja eetilise, siis Heller just nendega tegelebki. Kui Kelsen arutleb ranges juriidilises mõtlemismenetluses, siis Heller hülgab täiesti normatiivsed meetodid ja puhtjuriidilised kontseptsioonid. Heller põlgab Kelseni klassifikatoorseid mõisteid ja Aristotelese loogika skolastikat üldse. Ta opereerib peamiselt fenomenoloogiliselt ning tüpo- ja topoloogiliselt, kasustades *ordinatiivseid* kontseptsioone. Need pole küll Hempeli-Oppenheimi dimensioneeritud *korramõisted,* kuid need pole ka traditsioonilise loogika *klassimõisted.* Helleri mõttevalemeis võib leida eelistavalt Ehrenfelsi *kujundimõisteid* ja Dilthey *struktuurimõisteid,* Wundti *„loova sünteesi printsiipi"* ja Freudi *„mõttekat determineeringut"* ning isegi Rickerti ainulaadset ja ühekordset *„individualiseerivat mõistet"*.

Et säärases, kuigi moodsalt ehitatud, ent sisult täiesti metajuriidilises teoorias esineb selgusetusi ja sagedaid

---

Funktion, einer positiv bewerteten Normalität, nämlich dem die Verfassung verwirklichenden Verhalten, trotz des Wechsels der Zeiten und Personen Geltung zu verschaffen."

vastuoksusi, on metodoloogiline paratamatus. Nagu vee keemilist koostist ei saa määrata psühholoogiliselt, nii pole võimalik ka juriidilist seletada metajuriidiliselt. Selles veendumiseks süvenetagu pisut Helleri õiguskorra määratluse katsesse.

Õiguskord peab Helleril olema, esiteks, efemeerselt piiritatud ning heterogeenselt sisustatud õiguskond ja, teiseks, vastava organisatsiooni objektiivselt normitud funktsionaalse protsessi vorm, mis tähendab selle ogranisatsiooni üldseisundit ja sotsiaalkorda.

Õiguskorra tähtsama elemendina õiguskond peab moodustuma positiivseist normistikest. Kuid nende kehtivus tuletub normest, mis ise pole positiivsed, vaid koguni suprapositiivsed. Selles väites Heller on väljendanud loogilist võimatust. Seda on üsna kerge tõestada, rakendades seks otstarbeks analoogiliselt Kelseni õiguskorra määrangu analüüsis kasustatud transitiivseid tõestuskolonne. Et suprapositiivseist normest ei saa tuletada loogiliselt positiivseid norme, siis on kahest võimalusest emb-kumb õige: *kas* kogu Helleri õiguskond on suprapositiivne, mis puhul positiivseid norme pole üldse olemas, *või* kogu õiguskond on positiivne, mis korral pole olemas suprapositiivseid norme.

Teiseks positiivsed normid on normid, mis luuakse ja mida kaitstakse riigi organite poolt ning mis evivad õiguslikus elus tegelikku toimivust. Arvestades eriti seda, et kõik normeloovad organid on ise suprapositiivseist normest seotud, tekib eelmise väite puhul õige raskeid arusaamatusi. Kõigepealt on täiesti selgusetu, kuidas saavad need suprapositiivsed normid kedagi millekski kohustada. Neid norme pole keegi andnud, neid ei taga ega kaitse keegi, nende rikkumise korral ei saa keegi kedagi vastutusele võtta. Hoopis teisiti on lugu nende normidega, mida organid loovad, sest neid norme samad organid ka kaitsevad. Ja kui nad võivad neid kaitseda ja nii nende elustamist tagada, küllap nad on siis ka õigustatud neid norme tõlgendama suprapositiivselt „õigeiks" ja otstarbekaiks normeks. Järelikult nad polegi seotud mingite suprapositiivsete printsiipidega, sest nad püstitavad neid ju ise [123].

---

[123] Sama mõtte on Heller ise esildanud, pealegi mitte konkludentselt, vaid otseses sõnastuses. Vrd. *expressis verbis* lk. 222: „... es be-

K o l m a n d a k s on mõistetamatu ka väide, et normide kehtivus ja positiivsus avaldub nende t e g e l i k u s toimivuses. Kui norm on vaid see norm, mis evib tegelikku toimivust, siis on selgusetu, milleks need normid on tagatud ja m i s korral nende elustamist kaitstakse. Kui organite loodud normid on tõepoolest vaid paljad *„oferdid"*, esitised, ettepanekud, mis alles siis õigusnormeks muutuvad, kui rahvas nad aktsepteerib [124], siis tuleks küsida, miks neile „ofertidele" vastuhakkajaid karistatakse. Organite sellistele „ofertidele" vastuhaku puhuks on samul organeil varuks vanglad ja koonduslaagrid, tankid, lennukid ja mürkgaasid. Ent asi on siin siiski muus ja nimelt selles, et H e l l e r tahab, hoolimata vastuoksustesse sattumisest, seletada p o s i t i i v s e k s õiguseks ainult seda, mis t a v a l i s e l t rakendub ja on nii muutunud n o r m a a l s e k s, ning sellega normaliteedist tuletada normativiteeti [125]. Et kogu õigus pole t a v a õ i g u s ja et normaliteedist ei saa tuletada normativiteeti, sellele on juba osutatud ülemal D u g u i t' vaadendi analüüsimisel. Siin olgu vaid lisandatud seda, et kui tunnistada positiivseks üksnes tavaliselt rakenduvaid norme, siis tuleb ka eitada positiivsust ja kehtivust normel, mis v e e l p o l e rakendunud või mille rakendumine pole muutunud normaalseks [126]. Kui normativiteet tähendab ainult n o r m a t i i v s e t n o r m a l i t e e t i, siis vähemalt rõhuvam osa

---

darf immer erst einer Entscheidung darüber, was in dieser zeitlich, örtlich und persönlich bestimmten Interessenlage jenen [suprapositiven] Grundsätzen entsprechend rechtens sein soll." Ja samas edasi: „Auf Grund der gleichen Rechtsgrundsätze können und müssen sogar verschiedene Rechtsentscheidungen ... möglich sein." Niisiis vastavaid sisutuid suprapositiivseid õigusprintsiipe peavad normiandjad ise sisustama.

[124] Normilooming on H e l l e r i l e lihtsalt selle katsetamiseks, eksperimendiks, kas rahvas pakutud norme aktsepteerib või mitte. *Expressis verbis* lk. 258: „Jede Normsetzung ist deshalb zunächts nur ein Versuch, durch bewusst gesetzte Normativität eine entsprechende Normalität des Verhaltens zu erzeugen."

[125] Vt. *ib.*, lk. 184 j., 250 jj., 261, 278.

[126] Vt. *ib.*, lk. 258, näide saksa BGB perekonnaõiguse normidest, millest E h r l i c h'i uurimuste kohaselt tervelt kolmandik ei kehtivat, sest neid pole kunagi rakendamisele võetud.

haldusõiguslikest normest ei muutu kunagi tõelisteks õigusnormideks Helleri mõttes. Lõppeks tähendatagu, et Heller pole andnud ka mingit kriteeriumi, mille kohaselt oleks võimalik teatava aja möödumisel normaalset lugeda normatiivseks õiguslikus mõttes.

Teisest küljest tuleb tähelepanu juhtida sellele, et positiivsete normide reaalne toimivus avaldub üksnes nende rakendamisel konkreetseil üksikjuhtudel, mis väga muutliku kogumina tähistavad seda protsessi, mida Heller nimetab ühiskondlikuks funktsiooniks. Kogu õigus on seega konkreetseil juhtudel ilmnev funktsionaalne õigus ja sellistest individuaalnormest moodustuv õiguskord on väga muutlik funktsionaalne kord. See kord on alaliselt muutuv ja uuenduv ega evi seevõrra staatilisust ja püsivust, et teda saaks käsitada organisatsiooni vormina. Helleri õiguskord ei saa olla astjaks, mille normistikes pulbitseks organisatsiooni elu. Ta on samavõrra muutlik ja voolav, nagu tema normistikkude kaudu arenev protsess, milles teostub ühiskondlik funktsioon.

Säärasest õiguskorra funktsionalistlikust käsitusest on ka mõistetav, miks õiguskorda pole üldse võimalik lahutada organisatsioonist, mille dünaamiliseks vasteks on protsess ja funktsioon. Sellisest käsitusest on selge ka, miks õiguskord Helleril polegi mingi normativiteet, vaid lihtsalt eksistentsiaalne normaliteet. Samuti on siit mõistetav, miks õigusteadus Helleril on muutunud puhtaks sotsioloogiaks, ise täiesti likvideerudes.

Ent hoolimata Helleri teooria juriidilise külje nõrkusest, sisaldavad tema argumenteeringud juristile rohkesti õpetlikku sotsioloogiliselt, osalt ka juriidilis-poleemiliselt alalt. Heller tõestab, et norm ilma sotsiaalse sisuta polegi õigusnorm. Heller teeb ka selgeks, miks õigusnorm paljudel juhtumeil üldse ei elustu või miks ta realiseerub teisiti kui õiguskorras ette nähtud.

3. Smendi integratsiooniteooria.

Integratsiooniteooria [127] looja sakslane Rudolf Smend on oma õiguskorra määratluse katses lähtunud Theodor Litti [128] ühiskondlikest uurimusist.

Nagu Littki, väidab Smend, et iga inimühingu olemus, eriti ka riigi olemus põhineb vaimsel sfääril. Riik erilise vaimse ühikuna kuulub vaimu- ja kultuurivaldkonda, mispärast teda ja tema õiguskordagi tuleb käsitada mitte puhtnormatiivselt, vaid vaimuteaduslikult [129]. *Juriidiline formalism*, eriti riigiõiguse õpetuses vajab kõigepealt nende „materiaalsete — kui mitte öelda, sotsioloogiliste ja teleoloogiliste — sisukondade" metodoloogilist töötlemist, mis on normide esemeiks ja eeldusiks [130].

Riigi „sotsioloogiline reaalsus", *„soziologische Realität"*, avaldub selles, et riik esineb suletud inimgrupina, *als geschlossene Gruppe* [131]. Nagu Litt, nii ka Smend arvab, et mingist „suletud ringist" võib juttu olla vaid seal, kus isikute paljusest igaüks igaühega asub olemust kujundavas seoses, *in wesensgestaltendem Zusammenhang* [132]. Siin ei teki aga mingit supraindividuaalset isikut, sest vastav tervik on ja jääb vaid ühiselamuse üksik-

---

[127] Esmakordselt on see vaadend ilmutatud artiklis Rudolf Smend, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, i. Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl, III, 16, Tübingen 1923. — Alamal arvestatakse üksnes Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig 1928.

[128] Vt. Theodor Litt, *Individuum und Gemeinschaft*, Grundlegung der Kulturphilosophie, Leipzig (1919) 1926.

[129] Vt. Smend, *Verf. u. VerfRecht*, lk. 12 jj.

[130] *Ib.*, lk. 5: „Der juristische Formalismus bedarf vielmehr methodischer Erarbeitung der materialen — um nicht zu sagen soziologischen und teleologischen — Gehalte, die Voraussetzung und Gegenstand seiner Normen sind."

[131] *Ib.*, lk. 8 jj.

[132] *Ib.*, lk. 13: „Von einer geschlossenen Gruppe, einem „geschlossenen Kreise" kann nur da die Rede sein, wo von einer Personenmehrheit „jeder mit jedem in wesengestaltendem Zusammenhang steht"." — Viited Litti suhtes *ib.*

osastute ühikvormiks, *Einheitsgefüge* [133]. Ka pole siin tegemist mingite üksikisikute omavaheliste „suhetega" ega „sõltumustega", nagu arvavad Duguit ja Heller, sest vaimse elu olemus on just sellest elust osastuvate, mitte kõvadussubstantsina käsitatavate vaimsete monaadide eneseküjundus, *Selbstgestaltung* [134]. Ühikvorm ise aga on voolav, sest tõeline on ta ainult seevõrra, kuivõrra ta üha uuesti aktualiseerub või koguni uuesti sünnib [135].

Riigi tõelisus on riiki kuuluvate inimeste ühingu tõelisus. Nagu igas grupis, nii ka eriti just riigis sisaldub põhjapanev osa elutoiminguid selles alatises eneseuuenduses, temasse kuuluvate isikute taasvormimises ja liitmises, *Neuerfassen* und *Zusammenfassen* [136].

Riigi tõelisus on enesestmõistetavalt ühtlasi ka õiguslikult normitu. Kuid ekslik on seda ainult normatiivses otsida ning riikkondsete reaalset suhet riigiga eitada [137]. Vaimsed kollektiivkujundid pole mitte staatiliselt olelevad substantsid, vaid reaalse vaimse elu ja aktide mõtteühikud. Nende tõelisus on funktsionaalse aktualiseeringu ja enese reprodutseeringu tõelisus. Eriti riik pole mingi püsiv tervik.

---

[133] *Ib., l. cit.*: „Es entsteht keine überindividuelle Person, denn das Ganze ist und bleibt nur „das Einheitsgefüge" der Einzelanteile an dem Gesamterlebnis . . ."

[134] *L. cit.*: „. . . . es handelt sich auch nicht um „Beziehungen" oder „Wechselwirkungen" zwischen den Einzelnen als „substanziellen Trägern", denn das Wesen des geistigen Lebens ist gerade die Selbstgestaltung der nicht als starre Substanz zu denkenden geistigen Monaden durch Beteiligung an diesem Leben."

[135] *L. cit.*: „Dies Einheitsgefüge selbst aber . . . ist doch stets im Flusse, denn es ist nur wirklich, sofern es stets von neuem aktualisiert oder vielmehr neu hervorgebracht wird."

[136] *Ib.*, lk. 16: „An der Tatsächlichkeit des Staats als des Verbandes der ihm rechtlich Angehörenden ist nicht zu zweifeln." Lk. 17: „Wie in jeder Gruppe, so besteht ganz besonders im Staat ein erheblicher, ja der grundlegende Teil seiner Lebensvorgänge in dieser stetigen Selbsterneuerung, dem fortwährenden Neuerfassen und Zusammenfassen seiner Angehörigen."

[137] *Ib., nota* 1: „Selbstverständlich ist die hier darzulegende Wirklichkeit des Staates stets zugleich eine rechtlich normierte."

Ta oleleb ju enese üksikute eluavalduste näol enese alalises eneseuuendamises ja arendamises [138]. Ta elab alatises eneseuuendamisprosessis, ta elab iga päev korduvas plebistsiidis [139]. Seda protsessi Smend nimetabki *integratsiooniks*. Riik iseenesesse graviteeruva, s. o. suveräänse tahteühikuna on tõeliselt vaid siis ja seevõrra olemas, kuivõrra ta kestvalt integreerub, üksikisikutest ja üksikisikutes ehitub. See kestev protsess ongi tema kui vaimselt sotsiaalse tõelisuse olemus [140].

Sotsiaalse grupi integreeriva protsessi tegureiks on mitmesugused tegurid materiaalset ja formaalset laadi ja tüüpi toimingutena, nagu „dünaamilised rahvaliikumised", kestva integratsioonimõjuga „eluruum", „ajalooline needus", „tung itta" jne. Need kõik kokku moodustavad vastava sotsiaalse grupi integratsioonisüsteemi. Riik pole midagi muud kui sellekohane integratsioonisüsteem [141].

---

[138] *Ib.*, lk. 18: „Geistige Kollektivgebilde sind als Teile der Wirklichkeit nicht statisch daseiende Substanzen, sondern die Sinneinheit reellen geistigen Lebens, geistiger Akte. Ihre Wirklichkeit ist die einer funktionellen Aktualisierung, Reproduzierung, genauer einer dauernden geistigen Bewältigung und Weiterbildung ... — nur in diesem Prozess und vermöge dieses Prozesses sind sie oder werden sie in jedem Augenblick von neuem wirklich."

[139] *Ib.*, *l. cit.*: „... er [riik] lebt, um Renans berühmte Charakterisierung der Nation [Qu'est ce qu'une nation? 1882] auch hier anzuwenden, von einem Plebiszit, das sich jeden Tag wiederholt [un plébiscite de tous les jours]."

[140] *Ib.*, lk. 18 jj., 56 jj., 67 jj.

[141] Ib., lk. 22 jj.: „Als solche Faktoren heben sich deutlich heraus formale Vorgänge verschiedener Art einer-, sachliche Gehalte von verschiedenstem Typus andererseits. Diese Typen sind nicht zu verwechseln mit dem oben aufgezeigten Gegensatz realer Lebensfunktion und ideellen Sinngehalts, da sie beide real sind. Es handelt sich dabei um eine empirische Gruppierung, in die die einzelnen Erscheinungen der Wirklichkeit nicht rein aufgehen, die aber immerhin geeignet ist, die hauptsächlichen Typen der Begründung der staatlichen Wirklichkeit in ihrer Eigenart hervortreten zu lassen. Unter jenen Vorgängen sollen die an bestimmte Personen, „Führer" im allerweitesten Sinne, anschliessenden einerseits von funktioneller Integration sonstiger Art anderseits unterschieden —

õiguslikult normitud integratsioonisüsteem ongi õiguskord. Riigiõiguskord on riigirakkim ehk konstitutsioon materiaalses mõttes. Ta on elukord, milles riik integratsiooniprotsessis oma elamistõelisuse saab. Positiivse õigusena aga on rakkim mitte üksnes norm, vaid ka sotsialiteet ühtlasi. Ta on integreeruv tõelisus. õiguskord on niiviisi sotsiaalse ühiku loomise, alatise uuendumise ja rekonstitueerimise vorm[142].

Smendi eelskitseeritud integratsiooniteooria pole veel arendatud küpseks teaduslikuks süsteemiks. Ent kavandinagi on tema mõtted huvitavad ja uudsed juristidele. Nende ainulaadsusele pretendeerimiseks puudub aga autoril siiski

---

als Sach- und Sinngehalte sollen die wichtigsten Typen gemeinschaftbegründender und gemeinschaftbedingender Gehalte, an Tatsachen wie Angaben, zusammengestellt werden.

Dabei sollen als selbstverständlich vorausgesetzt werden die durch die sämtlichen Gruppen hindurchgehenden Strukturtypen. Als solche sind im staatlichen Leben vor allem zu unterscheiden die des einmaligen Auftretens einerseits (eine bestimmte Führerperson, eine einmalige Bewegung, ein einmaliges Schicksal mit seinem Gehalt) und der dauernden Integrationswirkung anderseits, welch letztere wiederum die Dauer eines tatsächlichen Bestandes (geographischer Faktoren, geschichtlicher Belastung und Qualifizierung u. a. m.) oder die einer normierenden Satzung sein kann. Weitere Typen sind vor allem die der geschichtlich wechselden Geistesstrukturen ..."

[142] *Ib.*, lk. 75 jj., 78: „Die Verfassung ist die Rechtsordnung des Staats, genauer des Lebens, in dem der Staat seine Lebenswirklichkeit hat. Der Sinn dieses Prozesses ist die immer neue Herstellung der Lebenstotalität des Staates, und die Verfassung ist die gesetzliche Normierung einzelner Seiten dieses Prozesses." — „Es ist also der Sinn der Verfassung selbst, ihre Intention nicht auf Einzelheiten, sondern auf die Totalität des Staates und die Totalität seines Integrationsprozesses, die jene elastische, ergänzende, von aller sonstigen Rechtsauslegung weit abweichende Verfassungsauslegung nicht nur erlaubt, sondern sogar fordert." — Lk. 80: „Als positives Recht ist die Verfassung nicht nur Norm, sondern auch Wirklichkeit; als Verfassung ist sie integrierende Wirklichkeit." — Lk. 82: „... die Norm, die Verfassung... ist nicht die Regel eines an sich gegebenen, dauernden Bestandes und seiner Auswirkungen nach aussen, sondern sie ist die Form der Begründung und der steten Erneuerung und Herstellung dieses Bestandes."

alus. S m e n d i õpetuse üldideestik on peagu tervenisti pärit L i t t i käsitlusist. Integratsiooniprotsessi kui oma kardinaalkategooria on S m e n d laenanud Herbert S p e n c e r i l e järgnenud *ameerika* ja *inglise* sotsioloogidelt, sisustades vaid viimaste *staatiliselt* käsitatud integratsiooni, *political integration*, L i t t i järgi *dünaamiliseks* integratsiooniks [143]. Oma ainestikugi ta on ammutanud peamiselt itaalia fašistide „*Stato integrale*'st" ja riigipoliitilisist monograafiaist [144].

Oma ebaselge integratsiooni taga S m e n d arendab õigusteadlastele teooriat, mis isegi õigusnormistikke käsitab puhtsotsioloogiliselt. Sellest hoolimata on S m e n d i integratsioonist saanud paljudele õigusteaduslikele põikpeadele ja politiseerivaile teoreetilistele fantastidele l e m m i k s õ n a ajal, mil veel pole ununud sotsiologismi halastamatult lammutanud kriitika K e l s e n i töis. Peaks selge olema, et sotsioloogia surumine õigusteadusse tähendab metodoloogiliselt õigusteaduse võltsimist. Siin aga võidakse öelda, et S m e n d oma sotsioloogiaga polegi tahtnud tungida õigusteadusse. Ta tahab vaid oma teooria kaudu reageerida K e l s e n i riigikäsituse normatiivse ühekülgsuse vastu. Kuigi see on osaliselt nii [145], ei või

---

[143] Vt. t e m a enese märkmeid *ib.*, *nota* 3, lk. 18/19.

Vrd. ka integratsioonimõiste sisustamist avalikõigusliku kategooriana ameerika ja inglise riigi- ja haldusõigusteaduses. Vt. eriti Leonhard D. W h i t e, *Introduction to the Study of Public Administration*, New York 1935, lk. 103 jj.: the forms and methods of integration, ja lk. 134 jj.: the limits of integration. — William A. R o b s o n, *Justice and Administrative Law*, A Study of the British Constitution, London 1928, lk. 58 jj., 64 jj.

[144] Vt. S m e n d, *op. cit.*, lk. 23: „Die grosse Fundgrube für Untersuchungen in dieser Richtung ist aber heute die Literatur des Faschismus."

[145] T e m a *op. cit.* esimese peatüki esimeseks lauseks on, lk. 1: „Seit längerer Zeit stehen Staatstheorie und Staatsrechtslehre in Deutschland im Zeichen der Krise..." Ja edasi, lk. 2: „Die Eigentümlichkeit der Lage wird dadurch bezeichnet, dass nach dem ersten Lehrsatz der grössten und erfolgreichsten staatstheoretischen und staatsrechtlichen Schule des deutschen Sprachgebiets der Staat nicht als ein Stück der Wirklichkeit betrachtet werden darf. Diese Lage bedeutet eine Krise nicht nur der Staatslehre, sondern auch des Staatsrechts." See üllatav nending paljastab sotsioloogidele Viini kooli isas kaasaegse riigiteadusliku ja riigipoliitilise mõtlemise kriisi peamist põhjustajat. Sellele „nendingule" seatagu aga vastu R o s s i väide, mis teravalt tabab just S m e n d i enese kihundus-

jätta ometi arvestamata, et see reageering on ühtlasi sihitud ka õigusteaduse metodoloogilise monismi vastu. Smendi teooria *qua* teooria pretendeerib üldkehtivusele, selgitades ka juriidilisi probleeme, muuseas käsitelles ka õiguskorra mõistet. Ta on võtnud oma teose pealkirjakski *Verfassung und Verfassungsrecht.* Just see asjaolu tingiski integratsiooniteooria arutluselevõtu siinkohal.

Jäetagu alamal analüüsimata Smendi probleemiseade ning arvestamata tema sotsioloogilised argumentatsioonid. Peatutagu üksnes tema õiguskorra määrangu man, mille selgitamist ta taotleb õigusteaduslikult.

Smendile on õiguskord vormiks, milles sotsiaalne ühik integreerub. See vorm aga pole tardunult püsiv, vaid pidevalt voolav. Sama õiguskord on ühtlasi üheks integreerumisteguriks ses sotsiaalses ühikus. Selline käsitus aga ei vasta õiguslikule tõelisusele.

Kui õiguskorda mõista vormina, milles avalduks sotsiaalse grupi dünaamika, siis sellise vaadendi vastu ei saaks õigusmetodoloogia vaatekohast olla, kuigi, nagu eespool staatiliste doktriinide käsitlemisel osutati, ta ei peaks paika. Kuid Smendi vorm polegi vorm. Et ta on alatasa muutuv, *fliessend,* siis tähendab ta tõeliselt vormitust. Sellises üllatavalt pinnapealses ja poolikus käsituses jääb päriselt selgusetuks, kuidas see vormituse vorm dünaamilise integratsiooni tegurina paljude teiste seas üldse saab olla teatavale sotsiaalühikule vormiks ning milline seos teda selle ühikuga aheldab. Et õiguskord püsivusetuse vormina ja dünaamilise tegurina on puhtalt metajuriidiline, nähtub juba sellestki, et temas pole vähimatki konstantset, pole midagi, mis hetkekski jääks staatiliseks [146]. Ka sotsioloogiliselt ei saa

---

likku õpetust. Ross ütleb, *op. cit.*, lk. 259, et Kelseni teooria on „der flammende, indignierte Protest des rein wissenschaftlichen Gewissens gegenüber jeder Verschleierung der Wahrheit wegen politischer Absichten". „Kelsen hat die Staatslehre des deutschen Kaiserreichs bis ins Herz durchschaut: sie steht jetzt wissenschaftlich kompromittiert da, prostituiert durch ihren intimen und leichtfertigen Umgang mit der Politik."

[146] Eelöeldu suhtes vrd. Heller, *op. cit.*, lk. 194: „Ohne das Recht mit seinen normativen und technischen Eigenschaften besitzt der Staat

sellist käsitust tunnustada, sest ta ei vasta sugugi ühiselu faktidele. Riigipõhikord on juriidiliselt ometi midagi püsivamat. Konstitutsionaalseist normest vähem püsivad ja sotsioloogilise integratsiooni mõttes vähem tardunud on seadusnormid ning neile rajatud määrusnormid. Aga isegi üksikaktide normid võivad kehtida muutumatult paljusid aastaid. Juristid teavad väga hästi, mida tähendab kohtuotsuse formaalselt jõustumine. Jõustunud otsus kehtib põhimõtteliselt igavesti.

Õ i g e o n, et kehtivate õigusnormistikkude sisu võib ideoloogiliselt iga päev teisenduda. Salgamatu on ka see, et isegi konstitutsioonilisse normistikku võib poliitiliste sihivahetuste ja tähiste muutmiste tõttu sisendada senisele otse diametraalset tendentsi. Tõsi on ka, et õiguslikuski elus on oma tõus ja mõõn ning et temas vaheldub edu ebaeduga ja langusega. O m e t i p o l e õ i g e näha juriidiliselt õiguskorras üksnes puhtdünaamilist. Õigusnorm, mis on tehtud täiesti voolavaks ja seega väga ebakindlaks, polegi enam õigusnorm. Kord, mis lakkamatult muundub ning milles seepärast ei saa näha üldse mingit püsi, polegi kord juriidilises mõttes. Püsiv õigussüsteem ja selle kindlapõhimõtteline rakendamine ja tõlgendamine oleksid siis täiesti võimatud.

Õiguskorras ja õiguses staatilise momendi nähtamatuks pulveriseerimine ja absoluut-dünaamilisse hajutamine ongi S m e n d i teooria põhipahesid. Õiguskord on K e l s e n i staatilisest äärmusest paisatud S m e n d i integratsiooni dünaamilisse äärmusse.

---

im ständigen Wechsel der unübersehbar zahllosen Integrationsprozesse weder Dauer noch Struktur, also überhaupt keine Art von Existenz ..." Ka lk. 49: „... verfehlt aber auch ist eine Staatslehre, die ihren Angelpunkt in der Integration als dem Prozess beständiger Erneuerung sieht (Smend, S. 18 f.); denn in der Vielheit einander ablösender Integrationsprozesse muss gerade das aufgelöst werden und verschwinden, was allein Gegenstand der Staatslehre sein kann: die in allem Wechsel sich behauptende Einheit des Staates." Või lk. 229: „... seine Auffassung des Staates als „Einheitsgefüge der Sinneslebnisse" ... könnte allenfalls eine Ideenlehre des Staates, niemals aber eine Staatslehre fundieren."

§ 2. Õiguskorra määratlemine.

I. ÕIGUSKORRA MÄÄRATLEMISE MENETLUS.

1. Määratlemise menetlusi.

Õigus on norm, mis k e d a g i millekski kohustab ning ühtlasi k e d a g i t e i s t seda nõudma õigustab. Ta on norm, mis k e d a g i k e l l e g i kasuks kohustab. Ta on ühtlasi norm, mis k e d a g i k e l l e g i kahjuks õigustab. Õigus normina väljendab järelikult alati isikutevahelist *relatsiooni* [147].

Õiguskord on aga *ühik*. Seega ta erineb õigusest kui relatsioonist. Ent ka relatsioonis esinevad alati ühikud, nimelt isikud, kes on õigustatud või kohustatud millekski. Võiks tekkida arvamus, et vahest on õiguskord kui ühik mingi juriidilise relatsiooni element. Öeldakse ju sageli: õiguskord kohustab või õiguskord õigustab seda või teist tegema või tegemata jätma. Tähendatagu, et esiteks see väljend pole päris täppis teaduslikus mõttes. Säärane väljend on vaid lühend ütluse jaoks: õiguskorra normistikud õigustavad või õiguskorra normistikud kohustavad. Teiseks selle abreviatsiooni mõte on sama, mis õiguselgi. Kui öeldakse, õigus kohustab või õigustab, siis ei mõelda õigusena mitte mingit ühikut, vaid ikka relatsiooni. Sääraseis ütlusis lihtsalt samastatakse õiguskord ja õigus, mis eriti ilmneb selgesti väljendeis nagu: „õiguskord kehtib" või „kehtiva õiguskorra järgi" jne.

Et õiguskord ei esine õigusnormi elemendina, siis ei saa teda ka määratella õigusnormi mõiste kaudu. Õigusteadus on teadus, mille vaatlusesemeiks on üksnes õigusnormid. Seepärast peab väitma, et kõik see, mis pole õigusnorm ega sisaldu õigusnormis, pole ka õigusteaduse uurimisaineks. Seepärast peab ka väitma, et õiguskorra mõiste pole mitte mõiste, mida saaks määrata puhtõigusteaduslikult.

Ent selline väide ei õigusta veel arvama, et õiguskord polegi midagi juriidilist. Ka õiguse mõiste ise pole mitte õigus-

---

[147] Õiguse kui *relatsiooni* omapärasemaks käsitluseks on Fritz S c h r e i e r, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre, Leipzig-Wien 1924, lk. 51 jj., 66 jj.

teaduslik mõiste [148]. Kes söandaks aga öelda, et juristil pole seepärast õigusega mingit tegu? Nagu õiguse, nii ka õiguskorra mõiste pole õigusteaduse immanentsed mõisted, vaid nn. *põhimõisted* [149], s. o. sellised mõisted, mida ei saa määratella õigusteadusliku *genus*- ja *species*-tunnuse abil. Ainult need mõisted on õigusteaduse mõisted sisuliselt, mida saab põhimõtteliselt määratella juriidilist laadi *genus*-omaduse kaudu. Põhi- ehk *genus*-mõiste, kui teda üldse on vaja defineerida, peab võtma oma *species*'eks oma juriidilise *genuse* ning *genus*-tunnuseks mingi metajuriidilise omaduse.

Põhimõisteid ei tarvitse üldse defineerida t a v a l i s e s defineerimismenetluses. On küllaldane loogiliselt, võtta neid t õ e s t a m a t u aksioomina või postulaadina. Kuid täpsas õigusteaduses on nõutav nendegi mahtu ja sisu mingil moel täpsustada.

Õiguskorra mõiste määranguks on loogiliselt olemas k a k s võimalust. Võiks katsetada teda määratella nii *klassifikatoorses* kui ka *ordinatoorses* menetluses.

K l a s s i f i k a t o o r s e s m e n e t l u s e s tuleks määratlejal intuitiivselt vaadelda arvatavaid õiguskordi, avastada neis ühistunnuseid, viimaste järgi õiguskordi rühmitada, neis omakord avastada ühisjooni, kuni sellises menetluses saabutakse säärase abstraktse tunnuseni, mis on omane kõigile vaadeldavaile õiguskordadele. See üldtunnus võetakse õiguskorra *spetsiifiliseks* tunnuseks ning määratakse õiguskorda mingi teise üldtunnuse lisandamisel, mis õiguskorda eraldab kõigist muist samalaadseist nähtusist. See teine tunnus on

---

[148] Vrd. K a u f m a n n, *Methodenlehre*, lk. 308: „Es wurde im Rahmen der Reinen Rechtslehre mit dem Argument operiert, die Rechtstheorie sei ein prius gegenüber der Rechtssoziologie, da man zuerst wissen müsse, *was „Recht"* sei, ehe man Soziologie des Rechtes treiben könne. Aber diese Begründung ist offenbar unvereinbar mit der Einsicht, dass das *Recht* ein *soziales Phänomen* ist, denn man kann gewiss nicht die Art als logisches prius gegenüber der Gattung bezeichnen." — Vrd. ka S c h r e i e r, *op. cit.*, lk. 4: „So wenig die Geometrie den Raum, so wenig kann die Rechtswissenschaft das Recht definieren."

[149] Õigusmõistete l i i g i t a m i s e kohta vt. eeskätt Felix S o m l ó, *Juristische Grundlehre*, Leipzig 1917, lk. 26 jj., ka 5 jj.

definitoorseks genus-tunnuseks ning määrab nähtuste liike, mille hulka klassina kuuluvad kõik õiguskorrad.

On väidetud, et seda laadi menetluses esineb paratamatult *circulus in definiendo*. See on aga ekslik. Defineeringus on tegemist üksnes siis *circulus vitiosus*'ega, kui t u n d m a t u t *difiniendum*'is määratakse t u n d m a t u g a *definiens*'is, kusjuures viimast taas määratakse t u n d m a t u kaudu *definiendum*'is. Sellist nähtust esitatud menetluses aga ei ilmne. Vastava väite ekslikkus põhineb siin intuitiivse vaatlusmenetluse eraldamata jätmises otsesest defineerimismenetlusest. Vaatlusmenetlusel pole defineerimiskäiguga midagi ühist. Definitsioon on ainult fraas, mille ülesandeks on vaid teatavat mõtet, mis vaatlus esildab, erilisel täpsal viisil formuleerida ja niiviisi teda muist mõtteist eraldavalt rõhutada.

O r d i n a t o o r n e m e n e t l u s erineb klassifikatoorsest selle poolest, et temas intuitiivne vaatlus ei otsi ühistunnuseid sarnanevaile eriõiguskordadele. Ses menetluses vaadeldakse pooleldi determineeritud a i m e l i s t, arvatavat õiguskorda mõne teise korraühikuga kõrvuti. Õiguskord tuleb sel puhul seada mingisse relatsiooni mõne analoogilise võõrnähtusega. Õiguskord kui *definiendum*'i t u n d m a t u määratakse selle seose kaudu, mis teda asetab relatsiooni *difiniens*'is esitatava t u n t u d ühikuga.

Selleski menetluses ei saa näha mingit *circulus*'t, kui vaatlust hoida lahus tema alusel toimetatavast määratlusest.

Teatavail kaalutlusil on ü s n a k ü s i t a v, kas klassifikatoorne menetlus, kuigi formaalselt õigustatud ja mõeldav, võimaldab õiguskorda defineerida konkreetse juriidilise nähtusena.

Esiteks klassifikatoorses menetluses määratakse ainult õiguskorra *klassimõiste*, mitte kunagi aga õiguskorra *qua* õiguskorra mõiste. Järelikult ta aitab vaid konkreetselt, ainulaadselt esinevaid õiguskordi d e m a r k e e r i d a muist nähtusist. Ses menetluses saabuv mõiste aga e i e s i l d a seda momenti, mis teatava õiguskorra teeb individuaalseks, ainulaadseks, histooriliselt vaid üks kord olelevaks. *Klassimõiste* on ikka nähtuste k l a s s i mõiste. Ta esitab abstraktselt seda, mis on omane paljudele konkreetseile, ent kunagi mitte midagi konkreetset,

reaalset, ühekordset. Klassimõiste evib suurt tähtsust siis, kui õiguskorra ainulaadsus ja ühekordsus on juba määratud.

T e i s e k s annab klassifikatoorses menetluses õiguskorra üldmõiste *species*-tunnuse, mis peab olema puhtjuriidiline tunnus. Et õiguskord on juristile ainult õ i g u s e kord, siis on selge, et see *species* ses üldmõistes saab tähendada üksnes õigust. Peaks *genus*-tunnus ses üldmõistes olema m e t a - j u r i i d i l i n e, siis juristile tuleb õiguskord sel puhul arvesse ainult tema *species*-osana. Järelikult õiguskord klassifikatoorse mõiste järgi oleks lihtsalt õigus. Ülemal aga juba selgitati, et õiguskord ei või tähendada õigust, sest ta erineb viimasest suuresti. Üks on mõisteliselt mingi ühik, teine aga ühikute juriidiline relatsioon.

Kõige selle tõttu on vajalik õiguskorda määrata kõigepealt o r d i n a t o o r s e s menetluses, tuues seal esile tema individuaalsuse ja singulaarsuse, ning lisandada tarviduse korral klassifikatoorseid tunnuseid niisaadud mõiste täpsamaks sisustamiseks.

2. Fenomenoloogiline menetlus.

Intuitiivne vaatlus, mis on tarvilik õiguskorra kui konkreetse ainulaadse ühiku loomuse määratlemiseks, teostub otstarbekamalt nn. *fenomenoloogilises* menetluses.

A. Konkreetsete nähtuste fenomenoloogilises analüüsis evib mõõtuandvat tähtsust kõigepealt vaatleja e r i l i n e filosoofiline h o i a k, millest sõltub ka vaatlemisviis ise. Seetõttu fenomenoloogilise menetluse mõistmine eeldab teatavate *tunnetus-* ja *olemusõpiliste* küsimuste tundmist. Alamal taotellaksegi seda erilist fenomenoloogilist hoiakut kirjeldada, kuivõrra see käesoleva käsitluse kitsais raames võimalik on.

Et mõista fenomenoloogilist hoiakut, selgitatagu enesele t a v a l i s t h o i a k u t nähtuste tähelepanemisel. Tavaliselt vaatleja seab end välismaailma vastu, eristab selles teatavaid esemeid, märkab nendes üht või teist ning nende abil kirjeldab vaadeldavat. Sellisesse loomulikusse hoiakusse jäädakse ka otsustuste tegemisel ja viimaseist uute otsustuste tuletamisel.

Sootuks teissugusesse hoiakusse asetub fenomenoloogiliselt vaatleja. Tema ei sea end mitte vaadeldavatele esemetele vastu,

ei võta neid mitte enesest väljaspool olevatena, vaid vaatleb neid oma teadvuse aktidena[150].

Seda võidakse kohe mõista, kui tunnetusõpiliselt õigeks võtta, et maailm on vaatlejale antud üksnes tema isikliku teadvuse kaudu teadvuse *fenomenidena,* ilmumitena. Loomulikus hoiakus „unustatakse" see teadvus, seal võetakse esemed, mis on antud teadvussisudena, lahus teadvusest. Fenomenoloogilises hoiakus aga vastupidi „unustatakse" välismaailm kui miski, mis vaatlejale on vastu või ette asetatud. Siin vaadeldakse vaid teadvust[151]. Õigemini väljendab seda hoiakut vahest ütlus, et fenomenoloogile on teadvus ja välismaailm üks ja sama, kuivõrra küsimus puutub just konkreetsesse vaatlusesemesse, aga mitte kogu maailma tervikuna.

Selline arusaamatu hoiak saab selgemaks ja muutub meelepärasemaks, kui evitakse ülevaadet nn. fenomenaalsest teadvusest ja sellest, kuidas vaatlus ise selle teadvuse kaudu toimub.

B. Teadvus on fenomenoloogile vaid nähtuste, ilmumite, fenomenide teadvus[152]. Välismaailm, esemete rühmad või kogumid ja üksikud lahusesemed haaratakse teadvusse intentsionaalselt[153]. Teadvuse intentsionaalsus tähendab tead-

---

[150] Vt. Edmund Husserl, *Logische Untersuchungen,* II, Untersuchungen zur Phänomenologie und Theorie der Erkenntnis, 1, Halle a. d. S. 1922, lk. 9: „Während Gegenstände angeschaut, gedacht, theoretisch erwogen und dabei in irgendwelchen Seinsmodalitäten als Wirklichkeiten gesetzt sind, sollen wir unser theoretisches Interesse nicht auf diese Gegenstände richten, nicht sie als Wirklichkeiten setzen, so wie sie in der Intention jener Akte erscheinen oder gelten, sondern im Gegenteil eben jene Akte, die bislang gar nicht gegenständlich waren, sollen nun die Objekte der Erfassung und theoretischen Setzung werden ..."

[151] *Ib.*, II, 1, *l. cit.*: „Anstatt im Vollzuge der mannigfaltig aufeinandergebauten Akte aufzugehen und somit die in ihrem Sinn gemeinten Gegenstände sozusagen naiv seiend zu setzen und zu bestimmen oder hypothetisch anzusetzen, daraufhin Folgen zu setzen u. dgl., sollen wir vielmehr „reflektieren", d. h. diese Akte selbst und ihren immanenten Sinnesgehalt zu Gegenständen machen."

[152] *Ib.*, II, 1, lk. 345 jj.

[153] Vt. *ib.*, II, 1, lk. 364 jj., 378: „Das determinierende Beiwort *intentional* [sõnale *„Erlebnis"*] nennt den gemeinsamen Wesenscharakter

vuse juhitavust esemeile [154]. Ta pole muud kui teadvuses esineva nähtuse tunnetuslik side välismaailmaga, kust see nähtus on haardunud temasse. Teadvus intendeerib millelegi, tähendab, õieti teadvuses sisaldub midagi, just nagu armastuses armastatakse, vihkamises vihatakse, ihalduses ihaldatakse midagi [155].

---

der abzugrenzenden Erlebnisklasse, die Eigenheit der Intention, das sich in der Weise der Vorstellung oder in einer irgend analogen Weise auf ein Gegenständliches beziehen."

[154] *L. cit.*: „Der Ausdruck *Intention* stellt die Eigenheit der Akte unter dem Bilde des Abzielens vor..."

[155] *Ib.*, II, 1, lk. 366: „In der Wahrnehmung wird etwas wahrgenommen, in der Bildvorstellung etwas bildlich vorgestellt, in der Aussage etwas ausgesagt, in der Liebe etwas geliebt, im Hasse etwas gehasst, im Begehren etwas begehrt usw. Das Gemeinsame, das an solchen Beispielen zu erfassen ist, hat Brentano im Auge, wenn er sagt: „jedes psychische Phänomen ist durch das charakterisiert, was die Scholastiker des Mittelalters die intentionale (auch wohl mentale) Inexistenz eines Gegenstandes genannt haben, und was wir, obwohl mit nicht ganz unzweideutigen Ausdrücken, die Beziehung auf einen Inhalt, die Richtung auf ein Objekt (worunter hier nicht eine Realität zu verstehen ist) oder die immanente Gegenständlichkeit nennen wurden. Jedes enthält etwas als Objekt in sich, obwohl nicht jedes in gleicher Weise." — Ühes Brentanoga, kes esimesena võttis vastava mõiste kasustamisele, toonitavad teadvuse intentsionaalsust kõik moodsad psühholoogid. Vrd. eriti N. O. Losskij, *Osnovnyja učenija psichologii* s točki zrenija voljuntarizma, S.-Peterburg 1911, lk. 2 jj. — Alexander Pfänder, *Phänomenologie des Wollens*, Leipzig 1900, lk. 10 jj. — *Id.*, *Einführung in die Psychologie*, Leipzig 1920, lk. 46 jj., 348 jj. — Hans Cornelius, *Psychologie als Erfahrungswissenschaft*, Leipzig 1897, lk. 13 jj., 236 jj.— Johannes Rehmke, *Lehrbuch der Allgemeinen Psychologie*, Hamburg-Leipzig 1894, lk. 158 jj., 377 jj. — Theodor Lipps, *Leitfaden der Psychologie*, Leipzig 1906, lk. 5 jj., 59 jj. — A. L. Bajkov, *Meždu-vlastnyja i vlastnyja otnošenija* v teorii prava, Opyt teoretiko-poznavatel'nago postroenija, Jaroslavl' 1912, lk. 82 jj. ja seal osundatud W. Wundti, H. Ebbinghausi, W. Jerusalemi, Fr. Jodli, Alf. Lehmanni ja O. Külpe vastavad teosed. — Vrd. ka A. Sturm, *Die psychologische Grundlage des Rechts*, Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre und zum heutigen Friedensrecht, Hannover 1910, lk. 111 jj. — Wilhelm Schuppe, *Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie*, Breslau 1881, lk. 131 jj. — J. Hoppe, *Der psychologische Ursprung des Rechts*, Würzburg 1885, lk. 1 jj. — L. I. Petražickij, *Vvedenie v izučenie prava i nravstvennosti*, Osnovy emocional'noj psichologii, S.- Peterburg 1907, lk. 213 jj., 304 jj.

Välismaailm, esemete rühm või kogum ja üksikese on teadvusele antud ja ühtlasi endamisi olelev[156]. Ta on endamisi olelev *x*, millele teadvus tendeerib ning millest ta tajub, *a*, *b*, *c* ilmumi antuna[157]. See osa *x*-st, mis teadvussisuna esineb, on teadvusele immanentne, on teadvuses sisaldumas või implitseeritud temasse. Ent see osa *x*-st, mis võib tulla teadvusse, mis aga on veel tajumatu, osutab *x*-i ja ühtlasi *a*, *b*, *c* transtsendentsust vaatleja ja teadvuse suhtes. Teiste sõnadega, vaadeldav ese on korraga immanentne ja transtsendentne, ta on immanent-transtsendentne[158]. Viimane sõna tähendab vaid moodust, kuidas ese on „antud" või „antav", õieti saadav teadvusse ning ka seda, et vaatlusese pole sõltuv teda tunnetavast teadvusest[159].

Sellest peaks juba olema selgunud, et teadvus fenomenoloogile, kes teda analüüsides tõelisi esemeid analüüsib, pole mitte psüühiline. Need elamused pole mitte tunnetava *mina* subjektiivsed elamused, sellised viivul voolavad elamused, mida vaatleja võiks omistada enesele, oma *minale*. Nad pole elamused, millede suhtes vaatleja tohiks väita, et nad sisuliselt kuuluvad ainult temale. Need elamused ei sõltu vaatlejast. Seda tajub ta hästi ja eksimatult, kuigi üldiselt eksimused on subjektiivselt alati võimalikud. Vaatleja saab neid „objektiivseid", välismaailma sisaldavaid elamusi alati eraldada oma isiklikest puhtsubjektiivseist elamusist, mis moodustavad psühholoogia uurimisaine. Peaks ta selles eksima, siis on kontrollimine alati võimalik. Ja fenomenoloogile on see ka väga tarvilik, sest ta peab oma *subjektiiv-psüühilise* hoidma hoolikalt lahus *objektiiv-psüühilisest*, esemelisest teadvusest.

Öeldust on ilmne, et teadvuse fenomenoloogiline vaatlus, s. o. objektiivsete elamuste analüüs erineb suuresti psühho-

---

[156] Vrd. Kaufmann, *op. cit.*, lk. 11, 16, 91 jj.

[157] Vrd. S. L. Frank, *Predmet znanija*, Ob osnovach i predelach otvlečennago znanija, Petrograd 1915, lk. 25.

[158] Vrd. N. Losskij, *Obosnovanie intuitivizma*, Propedevtičeskaja teorja znanija, S.-Peterburg 1906, lk. 100: „... *immanentnoe v otnošenii k processu znanija možet byt' transcendentnym v otnošenii k ja*".

[159] Vrd. Frank, *op. cit.*, lk. 41 jj.

loogilisist vaatlusist. Fenomenoloogilises vaatluses pole vaatlusesemeks mitte enam välismaailm sellisena, vaid vastav intentsionaalne elamus. Elamus tehakse esemeks. Tähelepanu pöördub siin eset sisaldavale elamusele, teadvusele, mis esineb vaatlusesemena [160]. Iga mingit eset sisaldavat teadvust või üksikut elamust nimetatagu *fenomenaalaktiks*. Fenomenaalaktes vaadeldakse elamust niiöelda tagasivaatavalt, retrospektiivselt. See erineb psühholoogilisest enesevaatlusmenetlusest seepoolest, et siin ei analüüsita oma *mina* ega võõra isiku *psüühilist* akti, vaid üksnes puhtaid elamusi üldse, väljaspool igasugust isiklikku seost neid üleelava subjektiga. Neis elamusis konstitueerub ja determineerub transtsendentsest *x*-st mingi nähtus, ilmum *a, b, c* näol tunnetatuna [161].

C. Fenomenoloogilises vaatluskäigus, milles vaatleja eriline hoiak on eelesitatus juba selgitatud, tuleb kõigepealt oma *intentsioon*, tähelepanu suunata fenomenaalakti sisule, s. o. vaadeldavale esemele [162]. Teiseks on vaja püüda vaatlussfääri tõusetunud „olelevast" ebamäärasest diferentsida, integreerida, eraldada „antu", s. o. midagi kindlat ja

---

[160] Vrd. A. Koort, *Sissejuhatus filosoofiasse*, Tartu 1938, lk. 34: „Psühholoogiline meetod uurib konkreetseid hingelisi sündmusi, nende seaduspärasust ja nende seotlusi teiste sündmustega. Fenomenoloogiline meetod püüab seevastu konktreetsel fenomenil haarata selle fenomeni üldist olemust; üht teatud individuaalset tunnetusnähtust analüüsides püüab ta avastada seda, mis tunnetusele üldse iseloomulik, lühidalt — ta püüab avastada fenomeni üldist struktuuri." — Husserl, II, 1, lk. 18: „... Phänomenologie ... ist keine empirische (naturwissenschaftliche) Deskription, sie schliesst vielmehr den natürlichen Vollzug aller empirischen (naturalistischen) Apperzeptionen und Setzungen aus ... Die Phänomenologie ... spricht von keinen Zuständen animalischer Wesen ...., sie spricht von Wahrnehmungen, Urteilen, Gefühlen usw. als solchen, von dem, was ihnen *a priori*, in unbedingter Allgemeinheit eben als reinen Einzelheiten der reinen Arten, zukommt, von dem, was ausschliesslich auf Grund der rein intuitiven Erfassung der „Wesen" (Wesensgattungen, -artungen) einzusehen ist ..."

[161] Vrd. Frank, *op. cit.*, lk. 25 jj.

[162] Vrd. Koort, *op. cit.*, lk. 36: „Iga tunnetus „intendeerib" mingit tunnetavast teadvusest sõltumatut eset."

erinevat muust[163]. K o l m a n d a k s on vaja võtta taju kokku sünteetilisse otsustusse ja lõppeks, n e l j a n d a k s, teha järeldusi. Neist neljast elamuselemendist moodustubki t e a d m u s[164].

„Tungimine" tundmatusse välismaailma toimub v a h e t u l t, otseselt, intuitiivselt. Kuni vaatleja tähelepanu pole veel pööratud esemele, on ese mingi ebamäärasus, *x*. Esimene teadmusakt aga juba nendib

(15) *x on a*,

tõstes *x*-st esile mingi sisu, millest on teada, et ta kuulub *x*-le. Valemist (15) saab järeldada, et e s i t e k s, *„meie teame seda, mida meie ei tea"*[165]. Sest kõneldes *x*-st, *x* p e a b vaatlejal esinema t e a d m u s e s, kuidas siis vastasel korral võis tal tulla mõttesse, et *x* oleleb. T e i s e k s valem (15) osutab, et *x*, s. o. see, mida veel ei tunta, on selle a l u s e k s, mida juba tuntakse[166]. Teadvuse *„immanentne materjal"* on v a h e t u l t seotud *„transtsendentse esemega"*, millest järgmised teadmusaktid tunnetavad *b*, *c*, jne., kuni kogu ebamäärasus on tajutud ja determineeritud. Nii on vaadeldavad esemed immanentsed teadmusele i n t u i t i i v s e l t. Sellist esemete otsest, vahenditult, intuitiivselt haaramist ja eritlemist nimetatagu k a e m u s e k s. *Kaemus* pole mitte passiivne elamusakt, mitte ainult pertseptsioon, vaid ühtlasi ka kogemuslik antitsipatsioon, mis puhtretseptiivseile elementidele lisab muid intuitiivseid kujutlusi. Iga tajumisakti retseptiivse sisuga seoses esineb piiritu sari objektiivseid tunnetusi, mis pretendeerivad *intersubjektiivsele, intersensuaalsele* ja *intertemporaalsele* k e h t i v u -

---

[163] Vrd. K a u f m a n n, *op. cit.*, lk. 20 jj.

[164] Vrd. L o s s k i j, *op. cit.*, lk. 206: „...z n a n i e e s t' p e r e ž i v a n i e, s r a v n e n n o e s d r u g i m i p e r e ž i v a n i j a m i", lk. 207: „...z n a n i e e s t' p r o c e s s d i f f e r e n c i r o v a n i j a d e j s t v i t e l' n o s t i p u t e m s r a v n i v a n i j a", 212: „...p r o c e s s z n a n i j a, k a k p r o c e s s d i f f e r e n c i r o v a n i j a p u t e m s r a v n e n i j a, neizbežno vyražaetsja n e i n a č e, k a k v f o r m e s u ž d e n i j a". — F r a n k, *op. cit., ib.*

[165] F r a n k, *op. cit.*, lk. 25: „...my znaem to, čego my ne znaem..."

[166] *Ib.:* „...to, čego my ne znaem, est' dlja nas osnova i nositel' togo, čto my znaem".

s e l e. Tunnetatavad esemed on teadmusaktidele „võimaluste lahtisteks horisontideks".

Kaemuse alusel saabuv „ese", teadmusese, on x-st eraldatu, diferentsitu, see eraldamisakt on vaid *determinatio*, mitte veel *definitio*. *Determinatio* avaldub vaid selle tunnetamises, et

(16) *kui x, siis a*, ehk *x implitseerib a*, ehk *x-s sisaldub a*, mis siin tähendab sama, et *a* o l e l e b loogilise *identsusseaduse* järgi [167]. Ent sellest on vähe. Determinatsiooniks on veel vaja *a* eraldada kõigest muust. On vaja, et oleks tunnetatud, et *vasturäägivuse* ja *kolmanda välistamise seaduse* järgi

(17) *a on non-non-a* [168].

Et *determinatio* oleks, peab *a* alati esinema liikmena k o m p l e k t i s

(18) $a + non\text{-}a$ [169].

Nagu nähtub valemist (16), teadmuse väljendus otsustusena ja järelduste näol sellest haarab kaugemale „teadvuse immanentsest materjalist". Järelikult seegi on k a e m u s l i k, s. o. otseselt tajutav, nagu kõik muudki elemendid ses vaatluses [170].

D. Ka teadmuste väljendus ise, s. o. väljend koos väljendatuga võib saada iseseisvaks tähelepanuesemeks, fenomenoloogiliselt vaadeldavaks teadvussisuks. Sel puhul väljend oma esemega esineb fenomenaalakti ühtsa esemena. Vastavat fenomenaalakti nimetatagu fenomenoloogiliseks väljendusaktiks.

Fenomenoloogilisis v ä l j e n d u s a k t e s, s. o. aktes, mis teadmussisusid ehk vaadeldavaid esemeid väljendeis esildavad, või tavaliselt mingi väljendiga seovad [171], tuleb kindlalt eral-

---

[167] Vrd. F r a n k, *op. cit.*, lk. 215.

[168] Vrd. *Ib.*, lk. 218 jj.

[169] Vrd. *Ib.*, lk. 239, 257, 320.

[170] Vrd. *ib.*, lk. 259 jj.

[171] Vt. H u s s e r l, *op. cit.*, II, 1, lk. 3: „Alle theoretische Forschung, obschon sie sich keineswegs bloss in ausdrücklichen Akten oder gar in komplette Aussagen bewegt, terminiert doch zuletzt in Aussagen." — „Ob die Verbindung von Denken und Sprechen, ob die Erscheinungsweise des abschliessenden Urteils in der Form der Behauptung eine aus Wesensgründen notwendige ist oder nicht, soviel ist jedenfalls sicher, dass

dada n e l j a erinevat osist. Nendeks osisteks on esiteks *väljend,* teiseks *mõte,* tähendus, interpreteering, kolmandaks *ese,* objekt, mis ses fenomenaalaktis k o n s t i t u e e r u b, ja neljandaks *kaemus,* millest ese konstitueerub [172].

Füüsilisest küljest v ä l j e n d sisaldub meelelisis märges, artikuleeritud häälikutekompleksis, kirjamärges paberil jne.[173]. Iga väljendit, mis mingit m õ t e t evib, võib m i t m e t i mõista. Seepärast on vaja teda tõlgendada selleks, et saabuda objektini, mida väljend esildab [174]. Viimane olekski teadmust väljendava akti o b j e k t. Tarvidus eraldada „tähendust" esemest" saab ilmseks, kui veenduda, et mitmed väljendid võivad evida üht ja sama tähendust, kuid igaüks erinevat eset ja taas evida erinevaid tähendusi, kuid üht ja sama eset [175].

Kui väljendile pole võimalik omistada mingit mõtet, siis selline loetakse m õ t t e t u k s. Näiteks väljend *abracadabra.* Ei ole mõtet, siis pole ka eset [176]. Pole eset, siis ei saa olla kõnet ka kaemusest, millest ese ilmutub. Seepärast kehtib ka lause, et

---

Urteile, die der höheren intellektuellen Sphäre, insbesondere der wissenschaftlichen, angehören, sich ohne sprachlichen Ausdruck kaum vollziehen lassen."

[172] Vt. *Ib.,* II, 1, lk. 31 jj. — *Väljendi ja tähenduse* tähtsuse kohta õigusteaduses vt. Gerhard L e d i g, *Zwei rechtstheoretische Fragen, i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1931/1932, VI, lk. 268 jj.

[173] Laiemas mõttes *väljend* võib tähendada mitte üksnes mõnd märki, sõna või üksikut lauset, vaid ka lausete komplekse, tervet kõnet ja kõne osi, ja mitte üksnes kõneldud kõnet, vaid kõnelda võidavatki kõnet. Vt. H u s s e r l, *op. cit.,* II, 1, lk. 31 jj., 37: „... der Ausdruck [ist] mehr als ein blosser Wortlaut. Er m e i n t etwas, und indem er es meint, bezieht er sich auf Gegenständliches" — „Der N a m e beispielsweise nennt unter allen Umständen seinen Gegenstand, nämlich sofern er ihn m e i n t."

[174] *Op. cit.,* II, 1, lk. 54: „In der Bedeutung konstituiert sich die Beziehung auf den Gegenstand. Also einen Ausdruck mit Sinn gebrauchen und sich ausdrückend auf den Gegenstand beziehen (den Gegenstand vorstellen) ist einerlei."

[175] *Ib.,* II, 1, lk. 46 jj.

[176] *Ib.,* II, 1, lk. 54: „... dann hat der Ausdruck B e d e u t u n g, wenn ein ihm entsprechender Gegenstand existiert, und er i s t b e d e u t u n g s l o s, wenn ein solcher Gegenstand nicht existiert."

(19) *mõttetu väljend ei evi tähendust, eset ega kaemust* [177].

Kui väljendil on mõte, puudub aga ese, millega see mõte seonduks, siis selline väljend on s i s u t u. Sisutul väljendil ei puudu oma fenomenoloogiline t ä h e n d u s. See nähtub näitest, milleks on väljend: *nelinurkne sõõr*. Eelesitatud kaalutlusil tuleb siingi nentida, et

(20) *sisutu väljend ei evi eset ega kaemust* [178].

Kui väljendil on tähendus ja ese, kuid esemel puudub seos „realiteediga", „tõelikkusega", faktitsiteediga, siis ta pole küll mõttetu ega sisutu, vaid pinnatu ehk kaemustühi. Näiteks väljend: „vaim", „nägemus". Juba kaemuse mõistest järeldub, et

(21) *pinnatu väljend ei evi kaemust* [179].

Järeldamisaktes on tegemist mitmete väljendite ja otsustustega, mis väliselt sellekohaste lausetena seonduvad kaemusse fundeeritud ühtsasse kompleksi, komplektväljendiks. Konkreetne teadus võib moodustuda üksnes lauseist, mis evivad tähendust, olles mõttekad, ja eset, olles sisukad, ning kaemust, olles kaemustäidetud. Teaduslaused peavad olema kehtivad, sisaldama tõtt ning ilmtingimata üksteise suhtes ka ekvivalentsed.

Väljend otsustuse või lause vormis on loogiliselt k e h t i v *siis ja ainult siis,* kui tema tähendus kehtib. Tähendus aga kehtib üksnes siis, kui ta intendeerub esemele, mis on fundeeritud kaemusest. Laused, mille tähendusintentsioonis ei leidu eset, mis oleks täidetud kaemusest, on *kaemustühjad.* Ükski kaemustühi lause e i e v i kehtivust. Tõde sisaldub mõtteka lause vas-

---

[177] M õ t t e t u H u s s e r l i l *sinnlos* ehk *bedeutungslos. Ib., l. cit.,* ka 326 jj.

[178] S i s u t u H u s s e r l i l *gegenstandslos, widersprechend, absurd, widerstreitend, widersinnig.* — Vrd. A. M a r t y, *Über subjektlose Sätze und das Verhältnis der Grammatik zur Logik und Psychologie, i.* Vierteljahrsschrift f. wiss. Philosophie, XIX, lk. 80, osundit sealt H u s s e r l i l, *op. cit.,* II, 1, lk. 55. Vt. ka lk. 326 jj.

[179] P i n n a t u H u s s e r l i l *erfüllungslos, anschauungsleer.*

tavuses faktitsiteedile. Seepärast mõttetu väljend asub väljaspool tõtt ja kehtivust [180].

Kui väljendid evivad eritähendusi, aga üht ja sama eset, siis loetakse nad *ekvivalentseiks* [181]. On selge, et

(22) *ekvivalentsed väljendid evivad üht ja sama kaemust* [182].

Oma formaalse kehtivuse poolest:

(23) *väljendid on* s i i s j a a i n u l t s i i s *ekvivalentsed, kui nad mõlemad kehtivad või kui mõlemad ei kehti* [183].

Kui väljendid evivad üht ja sama tähendust, siis loetakse nad i d e n t s e i k s [184]. Kehtivuse korral ka

(24) *identsed väljendid evivad üht ja sama eset ja kaemust* [185].

Ekvivalentsuse formaalse kehtivuse määramiseks kõiki m õ t t e k a i d lauseid kategoriseeritakse selle alusel, kuidas nende erinevad tähendused seonduvad kehtivaiks sün-

---

[180] H u s s e r l i järgi, *op. cit.*, II, 2, lk. 122, t õ d e tähendab *mõeldu* ja *antu* identsust, *tähendatu* adekvaatsust *antu* suhtes, „d i e v o l l e Ü b e r e i n s t i m m u n g z w i s c h e n G e m e i n t e m u n d G e g e b e n e m a l s s o l c h e m". — Vrd. O. B e c k e r, *Die Philosophie Edmund Husserls*, Kant-Studien, 1930, XXXV, 2/3, lk, 134. — K o o r t, *op. cit.*, lk. 37, 163 jj. — F r a n k, *op. cit.*, lk. 314, 152 jj.

[181] Kui väljendid on *samad* sõnastuselt, tähenduselt aga *erinevad*, siis neid nimetatakse *ekvivokatsioonideks*. Ühetähenduslikud eriväljendid on aga *sünonüümsed*.

[182] Vt. H u s s e r l, *op. cit.*, II, 1, lk. 47: „Zwei Namen können Verschiedenes bedeuten, aber dasselbe nennen. So z. B. *der Sieger von Jena — der Besiegte von Waterloo; das gleichseitige Dreieck — das gleichwinklige Dreieck.* Die ausgedrückte Bedeutung ist in den Paaren eine offenbar verschiedene, obwohl beiderseits derselbe Gegenstand gemeint ist. Ebenso verhält es sich bei Namen, die vermöge ihrer Unbestimmtheit einen „Umfang" haben. Die Ausdrücke *ein gleichseitiges Dreieck* und *ein gleichwinkliges Dreieck* haben dieselbe gegenständliche Beziehung, denselben Umfang möglicher Anwendung."

[183] Vt. C a r n a p, *op. cit.*, lk. 7.

[184] Vt. H u s s e r l, *op. cit.*, II, 1, lk. 48.

[185] *Ib. l. cit.*: „Wo immer das Wort in e i n e r Bedeutung steht, nennt es auch e i n e n Gegenstand."

teeseks, s. o. kaemustäidetud komplekslauseteks. Selle järgi kehtivad eri mõtte- ehk tähendusseadused *konjuktiivsete, disjunktiivsete* ja *implikatiivsete* lauseühendite ehk lausete kohta.

K o n j u n k t i i v n e lauseühend kehtib, kui temas kehtib seonduslauseid ühendava *„ja"* tähendus. On selge, et

(25) *„ja"-tähendus kehtib siis ja ainult siis, kui tema abil seondatavad laused kehtivad* [186].

Järelikult, kui konjunktiivühend kehtib ja ühtlasi kehtib ka üks seonduslausetest, siis kehtib ka teine seonduslause.

D i s j u n k t i i v n e lauseühend kehtib, kui kehtib tema seonduslausete vahelise *„või"* tähendus. On tõestatav, et

(26) *„või"-tähendus kehtib siis ja ainult siis, kui vähemalt üks seonduslause kehtib* [187].

Järelikult, kui *„või"* kehtib ja ei kehti üks seonduslauseist, siis tingimata kehtib teine seonduslause. Kui aga kehtib *„või"* ja ühtlasi üks seonduslauseist, siis teine võib kehtida või olla kehtetu.

I m p l i k a t i i v s e d lauseühendid ehk implikatsioonid kehtivad, kui kehtib nende lauseid seondava *„kui ... siis"*-tähendus. Loogika on tõestanud, et

(27) *„kui ... siis"-tähendus kehtib siis ja ainult siis, kui ei kehti implikatsiooni „kui"-lause, implikanss või kehtib „siis"-lause, implikaat* [188].

Järelikult *„kui ... siis"* ei kehti üksnes siis, kui *implikanss* kehtib, ühtlasi ei kehti aga implikaat. Muidu kehtib ta kõigil juhtudel.

Järelikult teatavail eeldusil saavad formaalse kehtivuse mõttes olla ekvivalentsed niihästi konjuktiivsed ja disjunktiivsed kui ka implikatiivsed seonduslaused.

Kui väljendid evivad eri tähendusi ja erinevaid esemeid, siis loetakse nad i n k o n v e n i e n t s e i k s [189]. On tõestatav, et formaalse kehtivuse mõttes

---

[186] Vt. eriti C a r n a p, *op. cit.*, lk. 6.

[187] *Ib., l. cit.*

[188] *Ib.*, lk. 6 j.

[189] Vrd. H u s s e r l, *op. cit.*, II, 1, lk. 47 jj. — Inkonveniente = unverträglich.

(28) *väljendid on siis ja ainult siis inkonvenientsed, kui vähemalt üks neist ei kehti* [190].

Et inkonvenientsed väljendid võivad mõlemad olla ka kehtetud, siis saavad nendeks olla teatavail eeldusil ka disjunktiivsed ja implikatiivsed seonduslaused, kunagi aga mitte konjunktiivsed seonduslaused [191].

Inkonvenientsust tuleb eraldada otsesest negatsioonist. Negatsiooni puhul ei saa mõlemad laused olla korraga kehtetud. Kui kehtib üks, siis ei kehti teine [192]

Olles selgitanud eelnenud fenomenoloogilises vaatluses tähtsust evivad mõisted ja põhilaused, asutagu alamal õiguskorra mõiste määratlemisele.

II. ÕIGUSKORRA MÕISTE MÄÄRANG.

1. Probleemi asetus.

Järgnevais arutlusis tuleb alati arvestada seda, et ülemal fenomenoloogilise menetluse kirjeldamisega seoses esitatud mõisted ja põhilaused evivad praktilist väärtust üksnes siis, kui neid rakendatakse ainult ühte ja samasse kategooriasse kuuluvate fenomenaalaktide käsitlemisel. Igasse fenomenaalakti mahutub vaid üks ese. Selle eseme kategooria ongi vastava fenomenaalakti kategooria. Esemeid aga kategoriseeritakse selle järgi, mil viisil nad on vastavas fenomenaalaktis antud. Et eseme määrab tähendus, siis ese on antud nii, kuidas teda tähendus esitab [193].

Et õiguskorda määratella fenomenoloogiliselt, on vaja kõigepealt võtta selleks vastav fenomenoloogiline hoiak. Sel otstarbel tuleb vaatlejal intendeerida oma teadvusse vastav „tõelikkus" ja objektiveerida õiguskorda sisaldav elamus, mis seni veel polnud objektiveerunud, selleesemeliseks fenomenaalaktiks.

---

[190] Vt. Carnap, *op. cit.*, lk. 7.

[191] Mis on tõestatav lausete (22, 23 ja 24) alusel.

[192] *Op. cit., ib.*

[193] Vrd. Husserl, *op. cit.*, II, 1, lk. 49 jj.

Vaatluse esemeks käsitlemisele tulevais fenomenoloogilisis aktes olgu üksnes õiguskorra o l e m u s. Sel kaalutlusel jäägu alamal hoopis kõrvale küsimused sellest, k u i d a s õiguskord sünnib, millised tegurid teda kannavad, milleks ta on olemas ja kuidas ta muundub ja areneb. Õiguskorra loomise, muundamise, sihi ja välisaluse fenomenaalakt on sootuks teisest kategooriast kui õiguskorra olemuse fenomenaalakt [194]. Kummalgi juhul on fenomenoloogiliselt tegemist lausa eri esemetega, mis kummalgi juhul fundeeruvad ka oma erinevas kaemuses.

T e i s e k s esineb fenomenoloogiliselt õiguskord puhtalt õ i g u s e korrana, täiesti lahus igasugusest muust sisust, sotsiaalkorrast, sotsiaalsest üldseisundist, sotsiaalse ühiku vormist, olelust, olemisviisist, massist, massiteadvusest, poliitilisest tahtest, loodusõiguslikust „õigest" ja „ebaõigest" ning „otstarbekusest", solidarismist ja fundamentaalnormist või detsisioonist, samuti igasuguseist sotsiaalprotsessidest. Kõik viimatiloendatud metajuriidilised nähtused ilmutuvad sellekohaseis erinevais, omaette iseseisvais fenomenaalaktes. Nad ei mahu sinna, milles ainsana konstitueerub õiguskord [195].

L õ p p e k s täpsustamiseks tähendatagu, et fenomenoloogilises käsitluses ei või tulla arvesse ka õiguskorra o l e l u küsimus, sest see küsimus fenomenoloogilises hoiakus välistatakse. Primaarseks probleemiks on siin ainult küsimus, milline on õiguskorra o l e m u s, mitte aga, kuidas ta oleleb.

Nüüd oleks ka lihtne osutada, miks ülemal-käsiteldud määratluskatsed ei võinud paika pidada. On selge, et eel-analüüsi-

---

[194] Maapind ehk krunt k a n n a b hoonet, kuid krundi määratlus pole veel hoone määratlus. — Vt. Leopold F r a n k e, *Das Daseinproblem des Staates*, (Ein Versuch), *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1932/1933, VII, lk. 265 jj., 270.

[195] Sellega pole aga tahetud väita, nagu ei eviks eelloendatud küsimused mingit tähtsust õiguskorraprobleemi selgitamisel. Fenomenoloogilises menetluses kui arvutute fenomenaalaktide tihedakoelises põimingus võivad esilduda ka sellised fenomenaalaktid, mille sisuks on õiguskorra üksikud struktuurelemendid omaette, aga samuti ka sellised fenomenaalaktid, milles õiguskord asetub relatsioonisse mingi metajuriidilise ühikuga. Kuid õiguskorra määratlemisel need fenomenaalaktid evivad kõrvalist tähtsust.

tud dünaamilisis vaadendeis oli vaatleja intentsioon juhitud mitte õiguskorra olemusele, vaid õiguskorra enese muundumisele või temast põhjustatud muutuvustele või funktsioonile, mida õiguskord pidi teostama, või suisa kõrvalisile sotsiaalnähtusile. Staatilisis vaadendeis aga oli vaatleja intentsioon juhitud samuti mitte õiguskorra olemusele, vaid tema välisalusele või vajalikkusele, sihile või loomismoodusele. Nii defineeriti oma otsene vaatlusese mitte selle eseme enese vaatluse teel, vaid võõraste esemete vaatluse alusel. Ent sellisest vaatlusest saabuvaid otsustusi ja väiteid ei või tunnistada ekvivalentseks õiguskorra olemuse kohta esitatavatega. See on ilmsesti selgunud eelnevast fenomenoloogilise menetluse selgitlusest [196].

Nende probleemi asetamiseks tehtud märkmete järgi oldagu intendeeritud õiguskorrale, et avastada tema *„omaseaduslikkust"* selle põhjal, kuidas tema olemus end inimeseteadvusele ilmutab.

2. Probleemi lahendus.

Evidentses olemuskaemuses õiguskord eraldub kõigest muust, esiteks, õiguse korrana. Esimeseks fenomenoloogiliseks teadmuseks ongi see, et

(29) *õiguskord on õiguse kord* [197].

Teiseks selgub, et see kord ei saa olla õiguse kord üldse. Kord, mis moodustuks õigusest üldse, kord, mille sisuks oleks kogu maailma õigus või mitmete riikide rühma õigus, esineks, kui selline kujutlus üldse võimalik oleks, sootuks erineva esemena. See ese oleks fenomenoloogiliselt lihtsalt identne õigusega või õiguse mõne liigiga. Õiguskord aga esineb igale vaatlejale ikka ja alati ainult konkreetse nähtusena, mitte aga abstraktse korrana. Et tema paljast õigu-

---

[196] See nähtub määratluslauseist (26, 27 ja 28).

[197] Seda nenditakse nimelt fenomenaalakti põhjal, milleks on fenomenoloogiline väljendusakt väljendiga *õiguskord.* Vastavas evidentses olemuskaemuses *determinatsioon (29)* toimub *valemi (15)* kohaselt. Sama *valemi (15)* ja järgnevate alusel sünnivad ka kõik teised alamal esildatavad *determinatsioonid.*

sest erineb ja alati teatava rahva kehtiva õiguse korrana ilmutub, siis nenditagu, et

(30) *õiguskord on kehtiva õiguse kord* [198].

Õiguskorra olemuskaemus protestib igasuunalise katse vastu, mis mõistaks õiguskorda teisiti kui kehtiva õiguse korrana. Ja põhjus on siin selleks väga selge. Sest fenomenoloogiliselt vaatlejale kehtib vaid üheainsa rahva õigus, sest sellekohases fenomenaalaktis ilmutuv õigus ei kehti enam kuski mujal maailmas.

Prantsuse, inglise, saksa rahva õigust ei saa konkreetselt kehtiva õigusena summeerida eesti õigusega, sest eestlasile kehtib vaid eesti õigus, sakslasile vaid saksa. Prantsuse ja inglise õigus aga ei kehti Eestis ega Saksas.

Prantsuse, inglise, saksa, eesti õigust saab fenomenoloogiliselt igaüht vaid eraldi vaadelda. Nii saavutatavad teadmised pole aga üldistatult mitte õiguskorra teadmused, vaid õiguse teadmused. Ent teine asi on vaadelda mitte õigust, vaid õiguskordi, et neist saadud teadmusi üldistada. Selleks on aga vaja võtta fenomenaalaktisse prantsuse, inglise, saksa, eesti eri õiguskord ja igaüht lahus vaadelda, sest muidu ju pole üldistamine võimalik, sest pole mõeldav neid ka liita. Seda oligi vaja tõestada.

Öeldu kohaselt nenditagu, et

(31) *õiguskord on konkreetse rahva kehtiva õiguse kord* [199].

---

[198] Puhuti see *määratlus (30)* käibivais kirjanduslikes arutlusis unub täiesti, mistõttu autorid samastavad abstraktse õiguse konkreetse õiguskorra õigusega. Vrd. Somló, *op. cit.*, lk. 98: „Der Begriff einer Rechtsnorm weist über sich selbst hinaus auf das Ganze einer von einem einheitlichen Urheber getragenen Vielheit von Rechtsnormen. Dieses Ganze nennen wir Rechtsordnung. Es wird häufig auch kurzweg als „Recht" bezeichnet: das deutsche Recht, das römische Recht. Damit haben wir zwei verschiedene Bedeutungen des Wortes Recht erkannt: die einzelne Rechtsnorm, und die Einheit der irgendwo bestehenden Rechtsnormen oder die Rechtsordnung."

[199] Vrd. Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920, lk. 93: „Als positives Recht erkennt man eine Norm, wenn sie als Bestandteil der eigenstaatlichen Rechtsordnung nachgewiesen werden kann..."

Viimases väites sisaldub ühtlasi mõte, et õiguskord ilmutub ühtlase tervikuna, sest õiguskord teatava rahva kehtiva õiguse korrana esindab selle rahva kogu kehtivat õigust kui ühtsat kogumit. Seega

(32) *õiguskord on ühik* [200].

Lausete (29—31) alusel on esiteks jätkuvalt selge, et õiguse korrana

(33) *õiguskord on õiguse ühik* [201],

ja teiseks

(34) *õiguskord on kehtiva õiguse ühik*

ning lõppeks

(35) *õiguskord on konkreetse rahva kehtiva õiguse ühik.*

Võttes eelesitatud teadmuste sõnastused (29—35) fenomenoloogiliste väljendusaktidena ning analüüsides nende sisustikku, on võimalik selgitada, millena avaldub õiguskorra ühtsus ja terviklus. Seks otstarbeks võetagu väljendusaktid (32—35), kõrvutatagu väljendusaktidega (29—32) ning uuritagu nende fenomenoloogilist tähendust, eriti aga seda, mis mõtet neis lauseis evib *konkreetse rahva* mõiste. Nähtub, et õiguskorda neis kõigis käsitatakse õigusena ja ühikuna. Need aga esinevad seal ainult selliste ilmumitena, mis on rahva mõistega lahutamatult seotud. Selgub, et sellekohaseis väljendeis konsti-

---

[200] See otsustus (32) pole mitte *diskursiivne*, vaid täiel määral kaemuslik. Tema sisu on koos eelnenud (29—31) lausete sisuga mahub lahedalt valemisse (15) ja (19), mille interpreteering on antud valemite (16—18) näol. Valemeist (15—18) aga nähtub, et selletaoline otsustus, nagu (32), saabub intuitiivselt. Õieti väljend (32) ei ütle kaemuselt ja üldsisult midagi muud kui otsustus (31). Ainult tema tähendus on teine ja ka ese on teine. Väljendis (31) on esemeks konkreetselt kehtiv õigus. Väljendis (32) aga on selleks õiguskorra õiguse konstitueerumine ühikuks. See oligi siin *thema probandum.*

[201] See *väide (33)*, mis otseselt järgneb lausetele (29—31), peaks koos alamal esildatavatega (34 ja 35) lõplikult kummutama arvamuse, mille kohaselt õiguskord tähendab sotsiaalse protsessi vormi või ühiskondliku funktsiooni korda või sotsiaalset üldseisundit ehk *status*'t. Sääraste arvamuste fenomenoloogiliseks *esemeks* pole ju mitte õiguskord õiguse ühikuna, vaid ses ühikus sätitav sotsiaalne sisaldus, s. o. õiguse ühikut moodustavate normistikkude mõeldav *sotsiaalne faktitsiteet.*

t u e e r u b rahva kui mingi eriühiku ja õiguskorra kui erilise õiguse ühiku s e o s. Õiguskord õiguse korrana on relatsioonis rahvaga. Et rahvata õiguskord üldse ei intendeeru fenomenaalaktiks, siis olgu siinkohal nenditud, et

(36) *õiguskord õiguse ühikuna ja konkreetne rahvas on lahutamatud ühikud* [202].

Pole raske osutada, et väljendis (36) esitatud relatsiooni liigendeil on ü k s j a s a m a kaemus. Teatava rahva õiguse ühik ja rahvas ise moodustavad lahutamatu kompleksi. See kompleks esineb ühtsa tervikuna, sest ühe liigendi hävides hävib kogu relatsioon. Pole õiguskorda, kui esitatud relatsioonis puuduks õigus ühikuna. Aga ka siis pole õiguskorda, kui ses relatsioonis häviks rahvas ühikuna.

Väljendi (36) fenomenoloogilist tähendust on võimalik tõlgendada mõttena, et õiguskorda tuleb käsitada konkreetse rahva ja tema kogu õiguse ühtsusena. See mõte saab päris selgeks, kui meenutada, et väljendi (35) järgi on õiguskord alati k o n k r e e t s e rahva kehtiva õiguse ühik [203]. See on õiguse ühik, mis korraldab selle rahva liikmete õigusi ja kohuseid. See on kogum õigust, mis järelikult sätib konkreetse rahva elu. Teiselt poolt see õigus, määrates rahva liikmete kohustusi ja õigustusi, s i s a l d a b oma normides ka neid rahva liikmeid endid sellekohaste ühikelementidena. Need rahva liikmed on ühtlasi oma rahva õiguse *normiisikuteks.* Õiguskorra õiguse ühik on normatiivne ühik [204]. Aga ka rah-

---

[202] Kõrvutatagu *väidet (36)* valemiga (18). Sellest selgub, et ses väites esildatud ühikud on õieti poolikud ühest ühtsast ideaalsest tervikust. — Vt. H u s s e r l i kolmandast uurimusest *Kategoriale Einheitsformen und Ganze, op. cit.*, II, 1, lk. 282 j.

[203] Vrd. Fritz S a n d e r, *Staat und Recht als Probleme der Phänomenologie und Ontologie,* Einige Worte der Entgegnung, *i.* Zeitschrift f. öffentliches Recht, 1925, IV, lk. 169: „E s g i l t a l s o d i e E i n h e i t d e s R e c h t e s u n d s e i n e s B e g r i f f e s v o m S t a a t e, a b e r d i e Z w e i h e i t v o n R e c h t u n d S t a a t."

[204] Samuti kõik Viini kooli normativistid. Vt. Hans K e l s e n, *Das Wesen des Staates, i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1926/1927, I, lk. 6: „... so müssen wir feststellen, dass die Ordnung, die man als Staat bezeichnet, zunächst den Sinn einer normativen Ordnung hat."

vas, mis oma liikmete näol, s. o. normiisikute kujul konstitueerub omas õiguses, on normatiivselt määrateldav sotsiaalne ühik. Seega kogu see kompleks on ühtsal normatiivsel alusel konstitueeruv terviklik ühik.

Öeldu alusel võib relatsiooni (36) vastavalt oma fenomenoloogilisele tähendusele ümber sõnastada järgmiseks ekvivalentseks väljendiks:

(37) *õiguskord on konkreetset rahvast korraldava kehtiva õiguse ühik* [205].

Võttes kõigi eelesitatud fenomenoloogiliste väljendusaktide tähenduse uurimisele sellest aspektist, kuidas nad vastavas kaemuses fundeeruvad, on võimalik määratella ka nende aktide esemete erinevust kõigisse võõrkategooriaisse kuuluvate esemete suhtes.

Kontrollimisel selgub, et kõigis neis aktes vastavad väljendid evivad kindlat *tähendust.* Iga tähendusega seondub kindel *ese,* mille esinemisviisi see tähendus määratleb. Iga ese neis on *kaemuslik,* mistõttu ka iga tähendus täitub kaemusest. Järelikult õiguskord, õiguse kord, õiguse ühik, kehtiva õiguse ühik, konkreetne rahvas, konkreetse rahva õiguse ühik, konkreetse rahva kehtiva õiguse ühik pole mitte *subjektiivsed* mõeldised. Nad pole mitte subjektiivsed konstrueeringud. Nad ju ise konstitueeruvad vaatleja teadvuses hetkel, mil tema tähelepanu on neile juhitud. Kui „tõelised" nähtused nad ilmutuvad alati identsetena, sõltumatult sellest, kus, millal või kes neid vaatleb. Niihästi oma osiste näol kui ka tervikuna

(38) *õiguskord on objektiviteet* [206].

---

[205] Umbkaudu ligilähedase määratluse annab oma *ordinamento giuridico* kirjeldavas käsitluses ka Francesco Invrea, *La parte generale del diritto,* Padova 1935, lk. 223. Vrd. vastavat osundit definitsiooni (63) puhul.

[206] Vrd. Kelsen, *Allg. Staatslehre,* lk, 14, 30, 37, 58, 100, 322 j. — Puhtpsühhilise kategooriana *individuaalpsühholoogia* mõttes on õigust, riiki ja tema õiguse ühikut käsitanud L. I. Petražickij, *Teorija prava* i gosudarstva v svjazi s teoriej nravstvennosti, S.-Peterburg 1909/1910. — Bajkov, *op. cit.* — Vrd. ka Petražickij panpsühhologistlikku teooriat moderniseeritud kujul *sensu* Georges Gurvitch, *Le Temps Présent et l'Idée du Droit Social,* Paris 1932, lk. 279

Objektiivse nähtusena õiguskord erineb psühilisist, mis on puhtsubjektiivsed nähtused. Tema „tõelikkus" on suprasubjektiivne, ent siiski mitte selline, nagu metsa ja aasa tõelikkus. Mets ja aas on meelelised nähtused, õiguskord aga esineb vastavas kaemuses ebameelelisena, vaimsena. Tema tõelikkus pole mitte meeleline realiteet, vaid ebameeleline idealiteet. Seepärast nenditagu, et

(39) *õiguskord on ideaalne objektiviteet* [207].

Ideaalse nähtusena õiguskord erineb muist samalaadseist objektiviteetidest. Silmas pidades seda, et kehtiv õigus on muutuv ja et ka rahvas kogumina on muutuv, on ka õiguskord ise muutuv *idealiteet* [208]. Õiguse ühikus õigust aeg-ajalt tühistub ning alatasa lisandub uut õigust. Rahvaliikmeid hävib ja samal ajal ühtlasi lisandub ka uusi liikmeid. Kuivõrra normatiivne ollus on muunduv, niivõrra ja üksnes ses mõttes on ka õiguskord muunduv ja arenev. Kuid seda nentides ärgu hetkekski unugu, et õiguskorras on ka osiseid, mis

---

jj. — *Id., L'Idée du Droit Social*, Notion et système du Droit Social, Histoire doctrinale depuis le XVIIe siècle jusqu'à la fin du XIXe siècle, Paris 1932, lk. 104 jj. — Nn. *massipsühholoogilise* kategooriana esineb õiguskord eelkäsiteldud integrativismis. Selle „objektiviteedi" arvustust vt. Franke, *op. cit.*, lk. 268 jj.

[207] Selle väite suhtes ütleb Vincenzo Miceli, *La personalità dello Stato, i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1926/1927, I, lk. 60: „... il diritto è obbiettività e subbiettività, che sono i due aspetti, le due manifestazioni di un fatto unico nella sua essenza." — „E come in tutte le sue singole manifestazioni, cosi anche nella sua totalità il diritto, per sua propria natura, non può non avere questo duplice carattere. Quindi, non solo ogni singola norma, ma anche quello insieme organico di norme, che va col nome di ordinamento giuridico, è obbiettivazione di voleri, che si subbiettiva negli uomini, che lo devono fare valere e agire. E per conseguenza, lo Stato non può non avere gli stessi caratteri del diritto e cioè essere obbiettivazione, che si subbiettiva." Riik on sellekohaselt *una formazione giuridica obbiettivata per mezzo di un ordinamento, che ha una volontà immanente nell' ordinamento stesso.*

[208] Seda toonitab eriti Schreier, käsitades riiki õiguskorrana. Vrd. tema *op. cit.*, lk. 178: „Zweifellos spielt die Zeit im Begriffe des positiven Rechts eine Rolle. Alles positive Recht gilt zu bestimmter Zeit, sei es nun, dass seine Geltung an irgend einem Zeitpunkt begonnen oder aufgehört hat. Die Rechtsnorm aber ist ein zeitloser, irrealer Gegenstand, ein Abstraktum, sie selbst also kann keine Stelle in der Zeit erhalten."

on väga püsivad ja konstantsed, nagu on ka osiseid, mis väga raskepäraselt muunduvad, kui nad tegelikult üldse muunduvad. Seda arvestades peab väitma, et

(40) *õiguskord on staatilis-dünaamiline normativiteet* [209].

3. Mõiste määrang.

Ülemal õiguskorra iseloomustamiseks esitatud laused (29—40) määratlevad kõik õiguskorra olemust. Kui nad kõik üksikult on määratlused, üksikud *determinatio*'d, siis tõusetub küsimus, kas vahest mõni neist omaette või teisega koos saaks olla õiguskorra mõiste määranguks, *definitio*'ks.

Selle küsimuse vastamiseks tuleb nendegi puhul *mutatis mutandis* korrata neid loogilisi operatsioone, mida kasustati ülemal valemi (3) *„kui p, siis olgu q"* definitoorse iseloomu tuvastamiseks, muutes neid seks otstarbeks lause (41)-kujulisiks implikatsiooneks [210]. Nende sooritamisel selgub, et eelesitatud määratlusist võivad definitsioonideks kõlvata laused (31), (35) ja (37). Neist on oma tähenduselt täpsam ning analüüsimiseks otstarbekam otsustus, mille järgi

(37) *õiguskord on konkreetset rahvast korraldava kehtiva õiguse ühik.*

Tema definitoorse iseloomu avastamiseks ja kõlblikkuse kontrollimiseks võetagu ta siinkohal veelkordsele vaatlemisele. Käsitlemise hõlbustamiseks tuleb ta aga kaheks lauseks ümber fraseerida nii, et *definiendum* oleks ühel ja *definiens* teisel pool. Sel kujul see määratlus eviks järgmist sõnastust:

(41) *x on õiguskord* siis ja ainult siis, *kui x on konkreetset rahvast korraldava kehtiva õiguse ühik.*

See lause talub loogilist konverteerimist, kontraarsust ja kontraponeerimist. Temast saadav pöördlause kui ka kont-

---

[209] Õiguskorra *staatilis-dünaamilist* momenti toonitavad rõhuga dünaamilisel eelkäsiteldud Helleri ühiskondlik funktsionalism, Schmitti detsisionism ja Smendi intergrativism, aga ka prantsuse institutsionalism (vt. Georges Renard, *La Théorie de l'Institution*, Paris 1930, Maurice Hauriou, *Principes de Droit public*, Paris 1916).

[210] Vt. *supra* determinatsioone ja definitsioone seoses lausega (24).

raarne ja kontraponeeritud lause evivad täit kehtivust. Seepoolest on see definitsioon formaalselt laitmatu.

Ent teine küsimus on, kas see definitsioon on küllaldane ja oma osistes vastab defineeringu formaal-loogilistele nõuetele. Lähemalt uurides selgubki, et temas on *tundmatuteks* kõigepealt *õiguskord* ise, siis *konkreetne rahvas ja kehtiv õigus*. Ülemal on määrateldud küll õiguse *ühiku* mõiste, kuid seegi rahva mõistega seoses. Seepärast on ses osas esialgu tegu tundmatuga, mis pealegi toob definitsioonisse näiliselt *„idem per idem"*. Sellest hoolimata see definitsioon ikkagi kehtib. Ta kehtib nimelt sel eeldusel, et temas leiduvad tundmatud määratellakse tagantjärele kõigiti korrektsete definitsioonide kaudu. Siis kaob ka näiline *„idem per idem"*.

Võttes seda arvesse, et lauses (41) x on nn. *seotud* x [211], mis definitsiooniteoorias ei tähenda tundmatut, võib temast x elimineerida ja lause ise õiguskorra esialgseks definitsiooniks järgmiselt ümber sõnastada:

(42) *õiguskord on kehtiva õiguse kogum, mis korraldab konkreetse rahva elu.*

Ses loogiliselt pisut ebamäärasemas, kuid selle eest arusaadavas lauses pole tegemist *klassifikatoorse* määranguga. Ent ta pole ka puhtakujuline *ordinatoorne* definitsioon. Temas esinev konkreetse rahva mõiste, millest määrangu ordinatiivsus oleneb, pole ometi mitte tõeliselt konkreetse rahva mõiste. Kui rahva mõiste defineeritakse, siis atribuut *„konkreetne"* jääks ikkagi abstraktseks mõisteks. Lauseis (42) ja (41) teda võib asendada *kinnise* x-ga. Et saada esitatud definitsioonist tõeliselt *ordinatoorne määrang* [212], oleks vaja too *seotud*

---

[211] Nn. *kinnise* ehk *seotud* x-i kohta vt. Tarski, *Einführung in die mathematische Logik*, lk. 8. — Russel-Whitehead, *Einführung in die mathematische Logik*, lk. 28 j. — Carnap, *Abriss der Logistik*, lk. 14: 6c, d, e.

[212] Tähendatagu, et *ordinatoorseid* määranguid ei tule samastada Hempeli ja Oppenheimi määrangutega, mis sobivad üksnes ühe liigi, nimelt muutuvate tunnustega *korramõistete* definitsioonideks. Vt. lähemalt Hempel-Oppenheim, *Der Typusbegriff*, lk. 2 jj.

x kui klassifikatoorne element enne veel sealt kõrvaldada. Seda tuleks teha asendades sõna „konkreetne“ näiteks sõnaga „eesti“, „inglise“, „prantsuse“.

Et avastada eelesitatud mõiste määrangu kaudu õiguskorra olemust, on vaja järgnevalt võtta fenomenoloogilisele vaatlusele niihästi õiguskorra olemuses ilmutuv õ i g u s e k o g u m kui ka selle õiguse kogumi ü h t s u s ja t e r v i k l u s.

Selle manu asutaksegi vahenditult alamal.

2. peatükk.

Õiguskorra analüüs.

§ 3. Õiguskord kui ühik.

I. ÕIGUSKORD JA INIMKOLLEKTIIVID.

1. Sotsiaalsed inimkollektiivid.

Õiguskorra analüüsimisel olgu esimeseks ülesandeks vaadelda seda momenti, milles ilmutuvad õiguskorra ühtsus ja terviklus. Nagu sellekohasest mõistemäärangust nähtub, õiguskorra ühtsus avaldub selle rahva normatiivses ühtsuses, mille kehtiva õigusena tema esineb. Seepärast on vaja määratella ja iseloomustada kõigepealt rahvast erilaadse normatiivse ühikuna.

Fenomenoloogilises vaatluses selgub, et rahvas ilmutub ühikuna väga mitmesugusel viisil. Ent alati on ta antud mingi inimkollektiivina[213]. Rahvas on *hic et nunc* esinev inimkollektiiv. Seepärast ka õiguskord on ikka mingi inimkollektiivi kord.

---

[213] Sotsiaalsete inimkollektiivide parima fenomenoloogilise käsitluse *sensu* Husserl esitab jaapani normativist Tomoo Otaka, *Grundlegung der Lehre vom sozialen Verband*, Wien 1932. — Selle kõrval mainitagu ka Husserli teist õpilast Alfred Schütz, *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt*, Wien 1932. — Vrd. samuti Fritz Sander, *Staat und Recht als Problem der Phänomenologie und Ontologie*, i. Zeitschrift f. öff. Recht, 1925, IV, lk. 165 jj.

Kuid „inimkollektiivi kord" ja „õiguskord" pole oma tähenduselt mitte identsed ega ekvivalentsed väljendid. Sest kuigi õiguskord on alati inimkollektiivi kord, pole ometi iga inimkollektiivi kord mitte õiguskord[214]. Esiteks on inimkollektiive, kelle kord ei evi õiguskorra tähendust. See väide põhineb teadmusel, et iga inimkollektiiv ei kujuta veel rahvast selles mõttes, mis tähenduses ta esineb õiguskorra mõiste määrangus. Teiseks esineb ka inimkollektiivi selliseid kordi, mis erinevad õiguskorrast kui õiguse ühikust. Näiteks on *aktiivkodanikkond* hääleõiguslikkude kodanikkude kogumina nagu *parlamentki* inimkollektiiv. Nende teotsemist sättiv normistikkude ühik aga ei moodusta õiguskorda. Definitsioonis esitatud mõttes pole õiguskord ka mitte selline normatiivne ühik, nagu kohtukord, halduskord või seadusandluskord, samuti töökord, maksunduskord või koosolekutekord. Õiguskord teiselt poolt erineb ka inimkollektiivi ühiskondlikust korrast, samuti seltskondlikust korrast või „avalikust korrast".

Õiguskorra mõiste määrangu järgi õiguskord on selle ja ainult selle inimkollektiivi õiguse kord, mille juriidiline mõiste kattub „konkreetse rahva" mõistega. Et õiguskord on vaid teatava inimkollektiivi liigi õiguse kord, siis on vajadus määratella inimkollektiive ja neid liigitada ning valida neist see liik, mis oma tähenduselt on identne rahva mõistega.

Fenomenoloogiliselt inimkollektiiv tuleb eraldada mehaanilisest inimkogumist[215]. Tema kaemus on alati

---

[214] Vrd. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1929, lk. 34. — Gurvitch, *L'Idée du Droit Social*, lk. 56 jj., 83 jj. — Vt. ka Georges Renard, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, Paris 1927.

[215] Küsimusse puutuvast puhtsotsioloogilisest kirjandusest mainitagu L. Ward, *Outlines of Sociology*, New-York 1899. — *Id.*, *Pure Sociology*, New-York 1903. — *Id.*, *Applied Sociology*, A treatise on the conscious improvement of society by society, Boston 1906. — Henry Franklin Giddings, *The Principles of Sociology*, An analysis of the Phenomena of Association and of Social Organization, New-York 1898. — *Id.*, *The Theory of Sociology*, Philadelphia 1894. — *Id.*, *Inductive Sociology*, A Sullabus of methods, analyses and classifications, and provisionally formulated laws, New-York 1901. — Guillaume De Greef, *Précis de Sociologie*, Bruxelles-Paris 1909. — G. Tarde, *La Logique Sociale*,

enam-vähem kompaktse terviku kaemus. Ei ole seda kaemust, siis on tegemist ühikuks liitumatute osiste mehaanilise kogumiga. Tervikluse momendi puudumise tõttu, näiteks, ei esine vaatleja teadvuses inimkollektiivina linnaelanikud oma pühadeeelseis toimetusis ja askeldusis tänavail, kelledest üks ruttab turule, teine poodi, kolmas jaama rongile, neljas raamatukogusse jne.

Sotsiaalse faktina inimkollektiivid pole mitte teda moodustavate inimeste summeeritud kogu. Tema sotsiaalne olemus fundeerub *isikute paljuse* olemusel, mis omakord on rajatud teda moodustavate üksikisikute *kokku-* ja *ühtekuuluvusele*. See isikute paljuse inklusiivsus oma liikmete kokku- ja ühtekuuluvuse näol on taas fundeeritud ühiseile elutingimusile, ühiseis ajalisis või ruumilisis, vaimseis või füüsilisis, looduslikes või ajaloolis-poliitilisis olustikes asuvate isikute homogeensusel [216], ühtlusel ja ühisomasusel.

Inklusiivse kokku- ja ühtekuuluvuse aluseks on alati homogeensus, s. o. mingit laadi ühtlus ja mingi ühisomasus [217]. Ilmutub selline kokku- ja ühtekuuluvus, siis esineb ka juba eriline sotsiaalne ühik tervikliku isikute paljuse näol. Ta eraldub kindlalt „hingestamatust" mehaanilisest inimkonglomeraadist. Mõisteliseks eraldamiseks nimetatagu teda sotsi-

---

Paris 1898. — *Id., Les Lois de l'Imitation*, Paris 1890. — Pärastmaailmasõjaaegsest kirjandusest annab ülevaate Leopold v. Wiese, *System der Allgemeinen Soziologie* als Lehre von den sozialen Prozessen und den sozialen Gebilden der Menschen (Beziehungslehre), München-Leipzig 1933, lk. 44 jj., 92 jj., millele lisaks osundatagu veel V. M. Chvostov, *Sociologija*, Moskva 1917, kus I osa on pühendatud sotsioloogiliste õpetuste ajaloolisele käsitlusele. — Pitirim Sorokin, *Sistema sociologii*, I/II, Petrograd 1920. — K. M. Tachtarev, *Nauka ob Obščestvennoj Žizni*, ee javlenijach, ich sootnošenijach i zakonomernosti, Opyt izučenija obščestvennoj žizni i postroenija sociologii, Petrograd 1919.

[216] Homogeensuse idee on pärit Plato *Politeia*'st (VIII, 11, 557c). Tänapäev on see idee seevõrra elav, et pole peagu ainustki riiki, kus talle poleks pühendatud tarvilist poliitilist tähelepanu. Kõikjal on märgata suurt püüdu avardada oma rahvastikus sotsiaalset homogeensust, leevendades või hoopis kõrvaldades temast diferentseerivaid tegureid. Homogeensuse teenistusse on rakendatud ametlik kasvatus ja kool, ametlikult arendatav sport ning isegi säärased institutsioonid nagu üldine töökohustus, kõnelemata riiklikust propagandaaparatuurist.

aalseks inimkollektiiviks. Formaalse määrangu kohaselt

(43) *sotsiaalne inimkollektiiv on kokku- ja ühtekuuluvate isikute paljus.*

Tähendatagu, et esitatud lauset tuleb käsitada puhtfenomenoloogiliselt, vastasel korral tema määratlus ei tähenda mitte sotsiaalset fakti, mille vasteks ta tahab olla. Ta oleks sel puhul vaid sisutu lause, kuigi ikka veel mõttekas lause.

Fenomenoloogiliselt see lause (43) tahab väljendada, et

(44) *sotsiaalne inimkollektiiv on siis ja ainult siis olemas, kui paljude isikute kokku- ja ühtekuuluvus* tõeliselt *põhineb nende homogeensusel, ühtlusel ja ühisomasusel* [218].

Kui kokku- ja ühtekuuluvus ei fundeeru sotsiaalselt homogeensusel, ühtlusel ja ühisomasusel, siis on vaid eeldus või võimalus fundeerumiseks, s. o. sotsiaalse inimkollektiivi tekkimiseks, kui isikute ühtlus ja ühisomasus eksisteerivad. Nii raekoja väljakul kuuvarjutust jälgijail või Vesuuvi kraatrit üheskoos vaatlejail on eeldusi sotsiaalseks kokku- ja ühtekuulumiseks, mis siin oleneks puhtfüüsilisist, ruumilisist ühistingimusist ning neis tingimusis psüühiliselt toimuvast. Kuni

---

[217] Et homogeensust loovaid, säilitavaid ning arendavaid sotsiaalseid *tegureid* on palju ja väga eriloomulisi, see asjaolu ei eita ju homogeensuse ideed ennast. Seepärast ei riiva ka alamal-esildatavat väidet (43) Oreste Raneletti, *Principii di diritto amministrativo*, I, Introduzione e Nozioni fondamentali, Napoli 1912, lk. 9: „... i vari fenomeni sociali non sono mai il prodotto di una sola causa, ma di una molteplicità di cause, che si combinano nella loro azione, in quantità e con efficacia diversa, secondo il grado di civiltà del popolo e del tempo di cui si tratta." — „Tutto questo mostra la impossibilità di accogliere dottrine, le quali pretendono ricondurre e spiegare tutta la vita e la fenomenologia sociale con cause uniche, da cui tutto il resto sarebbe fatalmente determinato."

[218] Vrd. Otaka, *op. cit.*, lk. 155: „Der soziale Verband ist die zwischenmenschlich gebildete Ganzheit, die sich als das reine soziale Geistesgebilde in der idealen Gegenstandssphäre befindet, die aber trotz dieser ihrer Idealität zugleich geschichtliches Wirklichsein aufweist, soweit sie durch vergemeinschaftende Beziehungen der dem betreffenden Verband zugehörigen Menschen fundiert ist." Selle lausega on Otaka andnud üldise definitsiooni *per sozialer Verband.*

see eeldus jääb realiseerumata, s. o. kuni nende puhtfüüsilised, ruumilised ühistingimused ja ühiselamused ei intendeeri kokku- ja ühtekuuluvust sotsiaalse faktina, seni eelmainitud isikud ei moodusta ka kompaktset isikute paljust. Ent efemeersemat liiki inimkollektiiviks on juba, näiteks, lõbus laudkond restoranis või ühiselt nädalalõppu veetjad. Siin ühiseeldused on juba loonud isikutevahelise sotsiaalse seose ja tekitanud objektiivse ühtekuulumisteadvuse. Neis isikutepaljusis on ühtlusse ja ühisomasusse faktiliselt juba intendeerunud kokku- ja ühtekuuluvus.

Vististi muutub määrang (43) veidi selgemaks, kui teda tõlgendada p s ü h h o l o o g i l i s e l t. Psühholoogiliselt põhineks inimkollektiiv inimeste kokku- ja ühtekuulumisteadvusel. Sellekohaselt

(45) *sotsiaalne inimkollektiiv on selliste inimeste kogum, kes tunnevad endid kokku ja ühte kuuluvat* [219].

Et see määrang (45), kuigi vahest arusaadavam fenomenoloogilisest määrangust (43), on teaduslikult täiesti k õ l b m a t u, nähtub juba sellest metodoloogilisest tõsiasjast, et ta segab psüühilise interpsüühilisega ja seob subjektiivse supra-subjektiivsega ning objektiivsega, eraldamata temporaalset supratemporaalsest ja individuaalset supraindividuaalsest ning reaalset ideaalsest [220].

Sotsiaalse inimkollektiivi fenomenoloogiline uurimine osutab, et tema *faktitsiteet* pole mitte realiteet, vaid puhas i d e a l i t e e t [221]. Ainult inimeste mehaaniline kogum on mee-

---

[219] Vrd. Georg S i m m e l, *Soziologie*, Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung, München-Leipzig 1922, lk. 4 jj. — Hans F r e y e r, *Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft*, Logische Grundlegung des Systems der Soziologie, Leipzig 1930, lk. 194 j.

[220] Fenomenoloogilise menetluse tundjale on selge, et väite (45) puhul pole fenomenaalaktiks mitte enam *inimkollektiiv*, vaid *kokku-* ja *ühtekuuluvusteadvus*. Järelikult peale eelloendatud vigade siin esineb veel formaalloogiline *quaternio terminorum* ning sellega seoses vastava argumentatsiooni *petitio principii*.

[221] *A puncto* O t a k a, *op. cit.*, lk. 6: „Wenn nämlich der soziale Verband überhaupt als ein Gegenstand der rein theoretischen Erkenntnis objektiv und sachlich untersucht werden soll, so darf er nicht mehr als sinnlich wahrnehmbare oder metaphysisch hypostasierte „Realität", son-

leliselt tajutav. Isikutepaljus aga esineb ebameelelise tervikuna, mille osised moodustavad kokku- ja ühtekuuluvusel põhinevate seoste, vahekordade, relatsioonide *objektiivse* korraühiku [222]. Kokku- ja ühtekuuluvuse ning homogeense kaemus ja sellel põhinev süsteem saab olla üksnes ideaalne, aga mitte reaalse fakti kaemus [223]. Et üksikuist inimesist ei summeeru mingit sotsiaalset tervikut, siis üksikisikute tajus ilmutuv ese pole ka mitte identne esemega, millena esineb isikutepaljus, kollektiiv. Seepärast ka reaalse meelelises tajus ankurduvad teadmused, tähendused, mõtted ja interpreteeringud pole mitte ekvivalentsed, vaid inkonvenientsed nende suhtes, mis põhinevad ideaalse kaemusel [224].

Eelmärateldud sotsiaalset inimkollektiivi ei kõlba võtta õigusteadusliku käsitluse aluseks, sest ta on oma olemuselt täiesti metajuriidiline. Et tema määrang saaks olla järgnevate arutluste lähtekohaks, selleks on vaja ta asetada puhtnormatiivsele pinnale. Selleks on tarvis sotsiaalseid inimkollektiive nii rühmitada, et *fundamentum divisionis*'eks oleks mingi õiguslik moment. Sellisena esineb

---

dern er muss schlechthin als ein ideales und doch wirklich seiendes Geistesgebilde aufgefasst werden."

[222] Vrd. Freyer, *op. cit., ib.* — Wilhelm Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften,* Der Aufbau der geschichtlichen Welt, Gesammelte Schriften, I, Leipzig 1923, lk. 86.

[223] Husserli fenomenoloogia mõttes reaalse fakti kaemus evib siin küll ka olulist tähtsust, kuid ikkagi mitte inimkollektiivi *mõiste,* vaid ainult *olelemise* käsitamiseks. Järelikult ta evib tähtsust mitte olemuse, vaid olelu küsimuse selgitamisel. — Vrd. Otaka, *op. cit.,* lk. 13: „Die Verwirklichung ist der Boden der Wirklichkeit des idealen Gegenstandes, nicht aber dieser Gegenstand selbst." Siin aga ühtlasi meenutatagu, et ülemalskitseeritud fenomenoloogilises menetluses vaatleja *gnoseoloogiline* hoiak Husserli omast teatava määrani erineb, kuigi mitte niivõrra, et see menetlustulemusi võiks mõjustada. — Vt. ja vrd. *infra, nota* 224 ning tekst.

[224] Et teaduslik argumentatsioon toimub üksnes *ekvivalentsete* lausete kaudu, siis inkonvenientsed tuleb vastavas lausete süsteemis tunnistada kehtetuks. Vt. määranguid ning teoreeme ülemal lausetena (25, 26, 27 ja 28).

sotsiaalsete inimkollektiivide õiguslik korraldamatus või korraldamine.

2. Juriidilised inimkollektiivid.

Nagu ülemal selgus, tähendab iga sotsiaalne kollektiiv inklusiivselt suletud isikutepaljust, mis põhineb kokku- ja ühtekuuluvusel. Iga üksik sellest isikutepaljusest on haaratud kokku- ja ühtekuuluvusest teistega. Isikutevaheline seos sotsiaalseis kollektiives on *kokku- ja ühtekuuluvuse* seos. Need isikutevahelised seosed kokku- ja ühtekuuluvuse pinnal moodustavad kindla objektiivse süsteemi, mida siinkohal *kollektiivi korraks* nimetatakse. Kollektiivi korra tähendus on selle kokku- ja ühtekuuluvuse seoste süsteemi tähendus, mis vastavas isikutepaljuses määrab iga üksiku hoiaku teise üksiku suhtes. See kord on üksikisikute positsioonide ja relatsioonide kord, mis fundeerub vastava kollektiivi kokku- ja ühtekuuluvusel [225].

Primitiivsemais ja efemeersemais inimkollektiives need *korrarelatsioonid* kujunduvad ilma et neid keegi väliselt määraks mingist korraldavast keskusest ses kollektiivis. Vastavas isikutepaljuses isikud ise koordineeruvad ja ise vabalt määravad oma käitumise teiste suhtes, kuid ikka nii, et nende käitumine jääks kokku- ja ühtekuuluvuse pinnale. Sääraseis kollektiives tundub korrahäiringuna vaid käitumine, mis ei fundeeru kokku- ja ühtekuuluvusel ja isikutepaljuse homogeensusel. Öelduga olgu nenditud, et oleleb sotsiaalseid inimkollektiive, mille kord aktualiseerub nende liikmete vaba isetegevuse kaudu, mingisugusest keskusest juhtimata. Need on väliselt korraldamata korraga ehk lihtsalt korraldamatud sotsiaalsed inimkollektiivid [226].

---

[225] Vrd. Raneletti, *op. cit.*, lk. 15 jj.: *la società come una unità astratta organizzata.*

[226] Inimkollektiivi kui sotsiaalset ühikut kirjeldades ütleb ka Raneletti, *op. cit.*, lk. 16: „Tuttavia nella società gl'individui sono aggruppati ed ordinati per il raggiungimento di fini comuni, permanenti e fra loro connessi; e questa comunanza ed immanenza degli scopi per cui essi sono aggregati, ci porta a *rapresentarceli* come raccolti in una unità. È dunque una unità *subbiettiva, che esiste soltanto nella nostra mente*, e

Viimast liiki sotsiaalsete inimkollektiivide kõrval esineb selliseid, milledes kokku- ja ühtekuuluvusel põhinevad vahekorrad konstitueeruvad kindlate põhimõtete järgi, mis hoovavad kollektiivi juhtivast keskusest. Siinkohal nenditagu üksnes seda, et see *keskus* moodustub ühest või mitmest üksikisikust, juhist või juhtkonnast, esialgu küsimata seda, kuidas ta tekib ning millel ta püsib. Juhi või juhtkonna ülesandeks on sättida kollektiiviliikmete vahekordi ja käitumist nii, et kollektiivi terviklus säiliks ning kokku- ja ühtekuuluvuse dünaamiline eneseteostus oleks võimalik. Säärased inimkollektiivid, kus ilmnevad juht ja juhtkond ning juhtimine, on korraldatud korraga ehk lihtsalt korraldatud sotsiaalsed inimkollektiivid. Neid võib ka nimetada organiseeritud kollektiiveks ehk lihtsalt *organisatsiooneks*. Teiste sõnadega,

(46) *organisatsioon on juhitav inimkollektiiv* [227].

Iga organisatsiooni olulisimaks tunnuseks on temas ilmnev juhtimine. Viimane aga eeldab juhtimisele alistuvaid juhitavaid. Juhtida saab üksnes siis, kui juhtimine tunnistatakse tarvilikuks, olgu sotsiaalsest paratamatusest, olgu mingeil muil põhjusil ja kaalutlusil. Seega juhtimine tähendab ühtlasi alistumist juhtimise otstarbel püstitatud käitumispõhimõtteile, sest alistumiseta pole juhtimist. Seetõttu juhi, juhtkonna ja juhtiva keskuse mõistes pearõhk asetub alistumise momendile. Ilmneb kollektiivis alistumine, siis on ka juhtimine, ent mitte vastupidiselt. Seda tõestavad ilmekamalt need inimkollektiivid, kus juhtimine toimub ladusalt, küsimata sellest, kes on juhtijaks. Raevunud massile kuuldub kellegi

---

che sorge per effetto di una astrazione, che noi facciamo col considerare la pluralità delle parti unificata dagli scopi comuni, dai quali esse sono collegate, e che in esse continuamente agiscono." — „Questa unità di più ci *appare* anche organizzata." — „E tutti questi caratteri riaccostano la società agli organismi naturali per le analogie, che vi sono fra l'una e gli altri; ma tale riavvicinamento non può finire in una identificazione." Vrd. ses suhtes ka Paul Barth, *Die Philosophie der Geschichte als Soziologie*, I, Grundlegung und kritische Übersicht, Leipzig 1922, lk. 105 jj.

[227] Vrd. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1929, lk. 34.

suust: „Vabastatagu poliitilised vangid!" ja juba mass asubki teostama kuuldut. Kui „Birkenhead'i" hukkumisel esmakordselt kuuldus hüüd: „Naised ja lapsed eelkõige!", siis küsimata sellest, kes parooli püstitas, alistusid temale laeva ametlikud juhid ning temakohaselt kuulekalt käitus ka kogu reisijaspere [228].

Juhtimise momendi lisandumise tõttu organisatsioonide struktuur on märksa t ü s i l i s e m korraldamatute kollektiivide omast. Viimaseis ilmnesid üksnes kollektiiviliikmete *omavahelised koordinatsiooniseosed* ja -suhted, mis kokku- ja ühtekuuluvuse pinnal täitsa vabalt kujundusid. Kõigis organisatsioones tulevad aga neile koordinatsioonivahekordadele lisaks *kollektiiviliikmete* ja *kollektiivijuhtkonna vahelised subordinatsiooniseosed.* Ka k o r r a enese kujundamine ning areng edeneb siin teist rada. Korraldamatuis kollektiives sisustas korda iga kollektiiviliige oma arusaamise ja põhimõtete järgi, mida ta ise oma taibu kohaselt autonoomselt valis. Organisatsioones aga määrab korra printsiipe juba kollektiivijuhtkond.

Ent on suur vahe organisatsiooni ja organisatsiooni vahel, mistõttu mitte igaüks neist ei või tulla arvesse juriidilises käsitluses. *Valse polonaise*'i tantsiv balliseltskond alistub juhtijale konventsionaalsusest, turistide rühm alistub oma juhile praktilisest otstarbekuse kaalutlusest. Kuid juba suuresti erinev on vahekord juhi ja juhitavate vahel teaduslikus ekspeditsioonis, vabas ühingus ja liidus, käitises, asutises ja koosolekul. Ja sootuks teisele alusele on rajatud juhtimine selliseis organisatsioones, nagu perekond, kogukond ja riik [229]

Ü h t e d e s kollektiivides on juhtimine sätitud õ i g u s l i k u l t, t e i s t e s on see aga rajatud mitmesuguseile muile põhimõtteile ja normidele, mis juriidilist loomu ei evi. Õiguslikult korraldatud juhtimisega kollektiives juhtidele o m i s t a-

---

[228] „Birkenhead" väljus 1852. a. 2. jaanuaril Inglise sadamast Cork'ist ja hukkus Aafrika lõunapoolseis vetes. Sest ajast peale *naised ja lapsed eelkõige* sai vankumatuks seaduseks. — Vrd. John A u s t i n, *Lectures on Jurisprudence* or the Philosophy of Positive Law, London 1929, I, lk. 222 jj.

[229] Vrd. v. W i e s e, *op. cit.*, lk. 265, 316, 348 jj., 378 jj.

takse õigustus kollektiivi elu korraldamiseks ja selleks otstarbeks vajalikkude õigusnormistikkude loomiseks [230]. Kollektiiviliikmeile ja kõigile juhtidega subordinatsioonivahekorras olijaile aga omistatakse kohustus sellele juhtimisele alistumiseks. Juhtimine ja alistumine ei põhine siin millelgi muul kui õiguslikul normeeringul, mis selliseis kollektiives asendab kõiki teiseloomulisi juhtimisprintsiipe ja -tegureid [231]. Selliseis organisatsioones subordinatsioonivahekord juhtide ja juhitavate vahel pole paljas sotsiaalne fakt. Ta on siin nn. *võimuvahekord* [232]. Siin võim põhineb õigusnormidel [233]. Ta on eriline õiguslik võime, mis omistatakse juhtima kõlbavaile kollektiiviliikmeile. Võim on juriidiline [234] juhtimisvõime. Puhtjuriidiliselt

---

[230] Vrd. Smend, *op. cit.*, lk. 25 jj. ja seal osundatud kirjandus.

[231] Vrd. eeskätt Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1922, lk. 121 jj. — Otaka, *op. cit.*, lk. 191. — Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Paris *s. a.*, lk. 140 jj. (XI, 1 jj.) — Paul Oertmann, *Rechtsordnung und Vekehrssitte*, Leipzig 1914.

[232] Vrd. Somló, *op. cit.*, lk. 310 j. — Kelsen, *Allg. StLehre*, lk. 33 jj.

[233] Puhtgeneetilisest lähtekohast, seega fenomenoloogiliselt täiesti vääralt selgitab võimuprobleemi Henry Summer Maine. Vrd. tema *Lectures on the Early History of Institutions*, London 1893, lk. 350: „... it is sometimes extremely difficult to discover the Sovereign in a given State, and when he or it is discovered, he may fall under no recognised designation, but, where there is an independent political society not in a condition of anarchy, the Sovereign is certainly there. The question of determining his character is always a question of fact. It is never a question of law or morals." — Ka Austin, *op. cit.*, I, *ib.* — Marcel de la Bigne de Villeneuve, *Traité général de l'Etat*, Essai d'une théorie réaliste de droit politique, Paris 1929, I, lk. 352 jj.

[234] Vrd. Heller, *Staatslehre*, lk. 191: „Damit jemand Macht habe, seinen Anordnungen also dauernd Folge geleistet werde, ist es notwendig, dass wenigstens die entscheidenden Machtstützen die Überzeugung von der Legitimität seiner Macht haben. Politische Macht ist ein gesellschaftliches Verhältnis und nicht notwendig eine persönlichpolitische Fähigkeit. Auch der unfähigste Herrscher übt Macht und findet Gehorsam, solange and die Legitimität seiner Herrschaft geglaubt wird."

(47) *võimuks nimetatakse organisatsiooni juhtimise õigustust* [235].

Et võim tähendab alati õigustusi ja kohustusi organisatsiooniliikmeile õiguste ja kohuste loomiseks, siis vastavais kollektiives kõik seosed ja vahekorrad on *õiguslikud* suhted, mis rõivastuvad juriidilisisse vormesse. Kollektiivi kord pole enam faktiline kord, vaid täiel määral õiguslikult sätitud kord. See kord pole muud midagi kui kollektiiviliikmete kokkuja ühtekuuluvuse õiguslik normeering, milles primaarset osa etendab *võimu* kontseptsioon. Sest võim määratleb siin kõike ja ta määrab ka organisatsiooni enda struktuuri. Seepärast

(48) *juriidilisiks inimkollektiiveks ehk organisatsiooneks õiguslikus mõttes nimetatakse seda liiki sotsiaalseid inimkollektiive, kus esineb võim.*

Organisatsioonid õiguslikus ehk kitsamas mõttes on alati üksnes võimuorganisatsioonid. See nending lubab püstitada väite, et

(49) *juriidilised organisatsioonid on võimuorganisatsioonid* [236].

---

[235] Vrd. Iwan Iljin, *Die Begriffe von Recht und Macht*, Versuch einer methodologischen Analyse, *i.* Archiv f. system. Philosophie, 1912, XVIII, lk. 68 jj., 125 jj. — Ivan Il'in, *Ponjatija prava i sily*, Opyt metodologičeskago analiza, Moskva 1910. — M. A. Rejsner, *Gosudarstvo*, Moskva 1912, II/III, lk. 43 jj.: *sila, vlast' i pravo*, psühholoogilis-ideoloogiline käsitelu võimuprobleemist. — de la Bigne de Villeneuve, *op. cit.*, lk. 253 jj. — Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif* et de droit public, Paris 1921, lk. 13 jj. — José Gascón y Marin, *Tratado de derecho administrativo*, Principios y legislación espanola, I, Doctrina generale, Madrid 1930, lk. 157 jj. — Carlo F. Ferraris, *Diritto amministrativo*, Padova 1922, I, lk. 1 jj. — Raneletti, *op. cit.*, lk. 116 jj. — Fr. Darmstaedter, *Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates*, Eine Untersuchung zur gegenwärtigen Krise des liberalen Staatsgedankens, Heidelberg 1930, lk. 129 jj. ja seal osundatud kirjandus. — Harold J. Laski, *A Grammar of Politics*, London 1938, lk. 35 jj.

[236] Vrd. Austin, *op. cit.*, I, lk. 226 jj., 220 jj. — Somló, *op. cit.*, lk. 236 jj. — Laski, *op. cit.*, lk. 15 jj., 29 jj. — H. Sinzheimer, *L'Etat et la société à notre époque*, *i.* Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique, 1934, 3/4, lk. 129 jj. — Hauriou, *Précis de droit const.*, lk. 34. — Fritz Sander, *Allgemeine Staatslehre*, Eine

Väljendid (48) ja (49) on täiesti e k v i v a l e n t s e d. Kuid lause (26) ja sellele eelnenud definitsiooni järgi nad evivad hoopis e r i n e v a i d fenomenoloogilisi tähendusi, hoolimata ühest ja samast kaemusest. Võrdlusest selgub, et väljend (49) surub välja väljendis (48) esineva „sotsiaalse inimkollektiivi". Seetõttu väljend (49) on *definitoorse lausena* juriidilises käsitluses e e l i s t a t a v a m. Ta asetab pearõhu „võimuorganisatsioonile", mis on puhtõiguslik nähtus. Temale rajanev käsitlus saab puhtjuriidiline, sest ta elimineerib vastavast määrangust täielikult kõik metajuriidilise. Ent sellekujulise määrangu paremus on ühtlasi tema nõrkus. Ta nimelt absoluteerib juriidilise, lahustades selle teravalt sotsioloogilisest. Et aga sel lausel on ühine kaemus ja ühine ese lausega (48), siis, kui mitte olla omavoliline faktide vastu, ei tohiks unustada viimase lause (48) eritähendust, mis juriidilist organisatsiooni kui *fenomenoloogilist eset* esitab faktitsiteedile vastaval viisil. Seepärast, võttes juriidilise metodoloogia nõuetel järgnevate arutluste aluseks lause (49), ei tohi ometi mitte silmast lasta lause (48) eritähendust. See lause osutab, et ka õiguslikud normeeringud baseeruvad s o t s i a a l s e l f a k t i t s i t e e d i l ja et nende sisuks on sotsiaalsete inimkollektiivide sisu. Ka õiguslikult normeeritud kokku- ja ühtekuuluvus kujundub organisatsiooniliikmete vaimse ja füüsilise elamisruumi homogeensuses, ühtluses ja ühisomasuses. Unub see fakt ning eraldatakse homogeenset ja liidetakse heterogeenset, siis luuakse normatiivne kord, mis on loomuvastane, kunstlik ja mis seepärast evib vähem püsi, kui homogeensust, kokku- ja ühtekuuluvust arvestav ja arendav kord.

Õiguskord on alati juriidilise o r g a n i s a t s i o o n i k o r d. Viimase omadused on ühtlasi õiguskorra omadused. Sellest järeldub, et õiguskord on selline kord, milles kollektiiviliikmetevahelisi suhteid korraldatakse põhimõtete alusel, mida püstitatakse kollektiivi sellekohasest keskusest. On mõistetav, et need põhimõtted peavad olema õiguslikud põhimõtted ja et

---

Grundlegung, Brünn-Prag-Leipzig-Wien 1936, lk. 324 jj. — G. D. H. C o l e, *Social Theory*, London 1930, lk. 81 jj. — S. D r a n i c y n, *Konstitucija SSSR i RSFSR*, *Petrograd* 1923, lk. 12. — Georg M e y e r, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes*, Leipzig 1895, lk. 2. — O t a k a, *op. cit.*, lk. 188 j.

see keskus ise peab olema normeeritud keskus. Seepärast õiguskord on alati võimuorganisatsiooni kord. Lause (49) alusel tohib väita, et *kui on õiguskord, siis on ka võim ja võimuorganisatsioon.* Seda implikatsiooni pole võimalik konverteerida. Väited, mis püstitatakse *implikansi* kohta, pole ekvivalentsed väidetega, mis kehtivad *implikaadi* suhtes. Et nad seda oleksid, on vaja, et *implikaadi* tähendus vastaks konkreetse rahva tähendusele [237], sest õiguskord on vaid konkreetse rahva kord.

Et pääseda õiguskorra määrangus esineva rahva mõiste manu, on jätkuvalt vaja veel liigitada juriidilisi organisatsioone, et neist leida säärane, mis on identne õiguslikult käsitatava rahvaga. Selles arutluskäigus defineeruvad ka eelesitatud lauseis (43—49) lahtiseks jäänud tähendused ja nendega seondunud *esemed.*

II. ÕIGUSKORD JA KORPORATSIOONID.

1. Korporatsiooni mõiste.

On suur vahe selliste inimkollektiivide vahel, nagu polaarekspeditsioon, korraldatud manifestatsioon, koosolek, kontsertmiiting või asutis, parlament, aktiivkodanikkond ja selliste vahel, nagu ühingud, liidud, kogukond, provints ja riik [238].

Nii esimesed kui ka teised on kõik juriidilised organisatsioonid. Aga nad kõik on ühtlasi ka liik *sotsiaalseid inimkollektiive,* mis asjaolu ei tohi nende õigusliku külje käsitlemisel hetkekski unustada. Nad on lause (48) ja (49) järgi nii sotsiaalsed kui ka juriidilised faktitsiteedid.

Neist näidetena esitatud ühikuist esimesed erinevad teisist esiteks selle poolest, et nad kõik eeldavad mingit teist ühikut, mille sihtide teenistusse nad rakenduvad. Teiseks kõigi nende taotlused, olgu nad singulaaraktsioonid, nagu kontsertmiitingul ja koosolekul *ad hoc* küsimuste lahendami-

---

[237] Et implikatsioon, s. o. *kui ... siis* vormis sõnastatud lause saaks olla definitsioon, on vaja, et implikanss [vt. lause (28)] oleks ekvivalentne implikaadiga. — Vrd. Tarski, *op. cit.*, lk. 18 j.

[238] Vrd. Otaka, *op. cit.*, lk. 190 jj.

seks, või polaarekspeditsioonil ja manifestatsioonil, olgu nad mõeldavad kestva tegevusena, nagu asutisil, on suunatud neist väljapoole. Nad ei tendeeru enesesse, vaid enesest välja. Polaarekspeditsioon p o l e asutatud e n e s e jaoks, s. o. liikmete tarvis, vaid rahva teaduslikeks sihtideks. Organiseeritud aktiivkodanikkond pole loodud teotsemiseks iseenda kasuks, vaid vastava organisatsiooni heaks, milles ta oleleb. Ilmekamalt esineb siin joon tavalise a m e t i a s u t i s e man. See pole ühik, mille ülesandeks oleks hoolitseda oma liikmete eest, vaid ühik, mis peab oma pädevuse kohaselt olema valvel temasse mittekuuluvate isikute või ühikute huvide eest.

Näidetena esitatud t e i s t e ühikute iseloomustavaks jooneks on see, et nad kõik on niiöelda iseendasse koondunud, iseenda jaoks olemas. Nende sihid on põhimõtteliselt alati permanentsed, ja ühikule endale immanentsed, mitte kunagi transtsendentsed. Nende taotlused pole suunatud ühikust väljapoole, vaid just ühikusse endasse. Need sihid ja taotlused on nende organisatsioonide e n e s e k o r r a l d a m i s e sihid ja taotlused. Säärased organisatsioonid hoolitsevad vaid i s e e n d a ja oma liikmete eest, oma korra säilitamise ja arendamise eest. Nende tegevus suundub üksnes siis väljapoole, kui see peaks olema tarvilik organisatsiooni enese elu huvides, näiteks, enesekaitseks ja välisvaenlase tõrjamiseks. Nad on ses mõttes i s e s e i s v a d organisatsioonid, et nad ei eelda enese olelemiseks mingite teiste organisatsioonide olelemist. Et aga esimest liiki ühikud seda alati eeldavad, siis selle poolest nood on i s e s e i s v u s e t a organisatsioonid. Selliseid iseseisvaid, oma elu korraldamiseks ja arendamiseks tekkinud juriidilisi organisatsioone nimetatakse k o r p o r a t s i o o n i d e k s. Eelöeldust olulisemat esildades võib määratella, et

(50) *korporatsioon on ennastkorraldav organisatsioon* [239].

Selles määrangus esinev organisatsioonimõiste on selge juba ülemalt. Lähemat pretsiseerimist aga vajab temas esinev enesekorraldamise küsimus.

---

[239] Vrd. Edmund J e s s, *Die Körperschaften des öffentlichen Rechts im heutigen Staat*, Dresden 1935. — Rudolf E l l e r i n g m a n n, *Begriff und Wesen der körperschaftlichen Selbstverwaltung*, Eine die gebietskörperschaftliche Selbstverwaltung besonders berücksichtigende theoretische Grundlegung, Berlin 1936.

Korporatsiooni enesekorraldamist teostavad tema võimukäsitsejad. Võim on siin nimelt võimukäsitsejate õigustus ja kohustus oma organisatsiooni elu korraldamiseks ja arendamiseks. See võim on korporatsiooni enesekorraldamise võim, sest ta omistatakse üksnes korporatsiooni enda eluvajaduste rahuldamiseks. Organisatsiooni kui terviku vaatekohast ta on organisatsiooni enesekorraldamise õigus. Seepärast tohib ka öelda, et

(51) *korporatsioon on enesekorraldamise õiguse alusel teotsev organisatsioon.*

Korporatsiooni võim enesekorraldamise õigusena võib olla piiritatud kord kitsamalt, kord taas avaramalt. Siin võib esineda paljusid astmeid, mistõttu enesekorraldamise õiguse mõistmiseks on vaja korporatsioone vastavalt liigitada.

2. Korporatsioonide liike.

Nagu ülemal juba selgitati, *enesekorraldamise õigus* on õieti vastava korporatsiooni juhtimise õigus. Tema avarus on järelikult korporatsiooni võimuavarus.

Oma piiratumas ulatuses see võim avaldub neis korporatsioones, kus võimukäsitsejad tohivad üksnes korraldada oma kollektiivi eluvajadusi vaid üksikuil konkreetseil juhtudel ja kokkukõlas põhimõtetega, mida püstitatakse teisal. Võimukäsitsejaile selliseis korporatsioones on keelatud omalt poolt anda üldisi põhimõtteid *üldnormide* näol. Neid üldpõhimõttelisi norme tohivad luua teised „võimud“ [240], s. o. juhid väljaspool seda korporatsiooni. Oma juhid aga

---

[240] Võimu personifitseerivad ja võimu mõistet samastavad võimukäsitsejate mõistega peamiselt saksa keelkonna ning selle mõjustatud autorid. Anglosaksid ja prantslased, itaallased, rumeenlased ning hispaanlased mõistavad võimuna ikka *potestas*'t, mida eraldavad isikust, kellele see on omistatud, kuna vastavat isikut ennast viimased samastavad sageli *auctoritas*'ega, mis samuti pole õige. Vt. lähemalt Frank J. Goodnow, *The Principles of the Administrative Law of the United States*, New York-London 1905, *passim*, eriti aga lk. 64 jj. — Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen 1931, lk. 9. — Leopold Ziegler, *Fünfundzwanzig Sätze vom deutschen Staat*, Darmstadt 1931, lk. 43.

kohustuvad konkreetselt tõusetuvaid *ad hoc* elujuhtumeid lahendama, konkretiseerides oma üksiknormidega võõraid üldnorme.

Üksikult tõusetuvaid elujuhtumeid lahendavaid üksiknorme antakse *üksikaktide* näol. Neid akte seatakse vastakuti nn. *üldaktidega,* mis sisaldavad põhimõttelisi üldnorme, milledega lahendatakse tulevikus esineda võivaid üksikjuhtumeid üldiselt, küsimata sellest, millises sisus nad tõeliselt võiksid ilmneda. Siinkohal pole võimalik üksikakte ja üldakte lähemalt määratella [241]. Tähendatagu vaid seda, et üldaktid annavad üldprintsiipe, mille kohaselt üksikaktid oma üksiknormidega lahendavad siin ja seal, *hic et nunc* tekkivaid üksikuid õigusküsimusi. Üksikaktid, milledeks on *haldusametkonna korraldised* ja *kohtuametkonna otsused,* peavad olema kokkukõlas üldaktidega, milledeks on *määrused, seadused, dekreedid* ja *põhiseadused* ehk konstitutsioonid.

Korporatsioonid, mis oma elu korraldavad üksnes üksikaktidega, on iseseisvad, kuid mitte täiesti. Nende teotsemine peab olema kokkukõlastatud teisalt antud üldaktide põhimõtetega. Selles tulebki nähtavale nende korporatsioonide sõltuvus [242]. Iseseisvad on nad aga ses mõttes, et nende juhid isiklikult ei sõltu teiste ühikute juhtidest. Viimased pole õigustatud tungima isiklikult selliste korporatsioonide siseellu. Nood ei tohi isiklikult tulla lahendama küsimusi, mis konkreetsel kujul tõusetuvad ses korporatsioonis. Nood ei tohi ka anda endapoolseid juhiseid viimast laadi küsimuste õiguslikuks käsitlemiseks. Sõltuvad on need korporatsioonid ainult ses mõttes, et nende juhtide toimingud peavad baseeruma aktidel, mida nad ise ei anna. Neid personaalses mõttes sõltumatuid korporatsioone nimetatakse omahalduslikeks ehk omahalduskorporatsiooneks kitsamas mõttes. Vanemas õigusteaduslikus kirjanduses on nad tuntud *administratiivse omavalitsusena* [243]. Viimane termin on kasustatav selles

---

[241] Lähemalt vt. A.-T. Kliimann, *Administratiivakti teooria,* Tartu 1932, lk. 165 jj., 193 jj., ja *infra,* § 8.

[242] Vrd. Austin, *op. cit.,* I, lk. 222 jj.

[243] Vt. näiteks Julius Hatschek, *Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts,* Leipzig-Erlangen 1922, lk. 62. — Vt. ka

tähenduses, et need korporatsioonid teostavad ainult oma ühiku nn. administratiivset ehk haldusfunktsiooni, olles aga samal ajal kõrvaldatud seadusandlusfunktsiooni ülesannete alalt. Haldusfunktsioon, nagu alamal seda lähemalt selgitatakse, on funktsioon, mida teostatakse ainult ühe üksikaktide liigi abil ja nimelt *korraldistega.* Et aga need korporatsioonid tohivad otsustada ka oma elus esinevaid vaidlusasju ja selleks kasustada ka üksikaktide teist liiki, nimelt *otsuseid,* siis oleks küll õigem väita, et

(52) *administratiivne omavalitsus on korporatsioon, mis on end õigustatud ise korraldama ainult üksikaktide abil* [244].

Need korporatsioonid, mis evivad õigust end korraldada ka üldaktidega, on märksa iseseisvamad administratiivsest omavalitsusest. Andes üldakte nad püstitavad ideoloogilisi printsiipe, mis pääsevad kehtima õigusnormidena. Nende ideoloogiliste printsiipide kaudu nad ise määravad oma korra alused vabalt, kuigi see vabadus ei tarvitse juriidiliselt olla absoluutne ning täiesti piiramatu. Nad määravad ise oma elu arendamise põhimõttelise suuna, olgugi mõnikord sõltuvalt veelgi üldisemat laadi ideoloogilisist suunitlusist, mis on väljendatud üldnormidena mõnes kõrgemajõulises üldaktis kui see, mille abil teotseb vastav korporatsioon ise.

Õigust püstitada ideoloogilisi põhimõtteid ja neid selle-

Ludwig v. Köhler, *Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts,* Suttgart-Berlin 1936, lk. 104 j. — Otto Koellreutter, *Deutsches Verwaltungsrecht,* Ein Grundriss, Berlin 1936, lk. 45.

[244] Eriti anglosaksi kirjanduses puhuti ei tehta vahet administratiivse ja autonoomse korporatsiooni vahel. Vt. Edward Jenks, *An Outline of English Local Government,* London 1930, lk. 1 j. — G. Montagu Harris, *Local Government in many lands,* A comparative study, London 1926, lk. 1 j. — Frederick John Port, *Administrative Law,* London-New York-Toronto 1929, lk. 82 jj. — E. L. Hasluck, *Local Government in England,* Cambridge 1936, lk. 4 jj. — Vrd. ka Ernst Freund, *Administrative Powers over Persons and Property,* A Comparative Survey, Chicago 1928, lk. 37 jj.

kohaseis üldaktes üldnormidena kehtima panna, nimetatakse autonoomiaks[245]. Teiste sõnadega,

(53) *autonoomia on korporatsiooni õigus luua enda jaoks õigust üldnormide näol*[246].

See tähendab õigust anda määrusi, seadusi, põhiseadusi, vastavalt sellele, milline neist on korporatsiooni enesekorraldamise õiguses kõrgemajõulise üldaktina ette nähtud. Kuid vähemdiferentseerunud kollektiivis vastavad üldaktid võivad kanda ka muid nimetusi, nagu sobimus, kokkulepe, põhikiri, põhikord, statuut, või olla hoopis nimetud. Primitiivseis korporatsioones on mõeldav üldnormide looming üksnes tavaõigusegi näol.

Korporatsioone, mis on varustatud säärase enesekorraldamise õigusega, nimetatakse autonoomseiks[247]. Nende

---

[245] Vrd. Adolf Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin 1927, lk. 360: „...die Autonomie [bezeichnet] die Selbstgesetzgebung, das ist eine Kompetenz der Selbstverwaltungskörper, die sich als materielle, mitunter sogar als formelle Gesetzgebung darstellt. Die Selbstverwaltungskörper sind oft nicht darauf beschränkt die von einer fremden — höheren Autorität — gesetzten generellen Normen zu vollziehen, sondern zugleich auch zuständig, generell Normen zu setzen, die entweder von ihnen selbst oder auch von einer anderen Autorität, in der Regel von einem niedrigeren Selbstverwaltungskörper, ausnahmsweise aber sogar von der zentralen Autorität, zu vollziehen sind." — Hatschek, *op. cit.*, lk. 51. — Nagu Merkl, nii ka Ferraris, *op. cit.*, I, lk. 29.

[246] Nii ka Guido Zanobini, *Corso di diritto corporativo*, Milano 1937, lk. 41: „Il diritto attribuisce a queste persone giuridiche la capacità di spiegare un'attività pubblica, normativa ed amministrativa, avente gli stessi caratteri e la stessa efficacia dell'attività diretta dello Stato. Tale capacità costituisce l'autonomia..." — Ferruccio Pergolesi, *Istituzioni di diritto corporativo*, Bologna 1938, lk. 66: „Io intendo qui parlarne [autonoomiast] come potestà normativa propria."

[247] Vrd. Ferraris, *op. cit.*, lk. 29: „Esse esercitano le loro funzioni con un organismo che varia secondo le necessità pratiche di finalità e nei limiti stabiliti dal diritto oggettivo, ma con libertà di movimenti in questi limiti... Per indicare questa libertà di movimenti, questa libertà nella determinazione della volontà e nelle modalità dell'azione, si usò e si usa tuttavia e constantemente nella nostra legislazione la parola „*autonomia*", in modo che nelle nostre leggi ricorre sempre la designazione „enti morali, corpi morali autonomi"."

võim tähendab õigust anda üldakte oma elu korraldamiseks ja arendamiseks. Seejärgi tohiks määratella, et

(54) *autonoomsed korporatsioonid on sellised, mis on õigustatud oma elu korraldama üldaktide abil.*

Silmas pidades seda, et üldakt on poliitilist ideoloogiat sisaldav akt, nimetatakse neid kasustavaid autonoomseid korporatsioone ka poliitilisiks korporatsiooneks ehk poliitilisiks inimühikuiks[248]. Et üldaktide andmise õigus tähendab õigust kehtima panna enese ideoloogilisi põhimõtteid normidena, siis tohib väita, et

(55) *poliitilised ühikud on korporatsioonid, mis oma ideoloogilisi põhimõtteid võivad kehtima panna õigusnormidena.*

Eespool-esitatud õiguskorra määrangus esinev *konkreetne rahvas* tähendabki poliitilist ühikut[249]. Poliitilise korporatsiooni mõiste on täiesti identne rahva juriidilise mõistega. Seepärast ollakse õigustatud lauses (42) asendama „konkreetset rahvast" „konkreetse poliitilise ühikuga" ning seda lauset sõnastama järgmiselt:

(56) *õiguskord on kehtiva õiguse kogum, mis korraldab konkreetse poliitilise ühiku elu.*

Kõikehaaravaks poliitiliseks ühikuks on riik. Tema õiguskord sisaldab paljude teiste poliitiliste korporatsioonide õiguskordi. Seepärast tavaliselt õiguskorda samasta-

---

[248] Eriti itaalia ja hispaania kirjanduses neid tavatsetakse uusimal ajal nimetada ka *autarkilisiks* korporatsiooneks. Sageli paljud autorid kasustavad nende märkimiseks ka terminit *decentramento legislativo*, vastandina administratiivsele omavalitsusele (52), mis tähendab *decentramento amministrativo*.

[249] *Rahvas* on levinumaid juriidilisi ekvivokatsioone (vt. *supra, nota* 186). Ta evib igas keeles paljusid eritähendusi. Viimaste üksikasjalisema käsitlusena vt. H. Liermann, *Das deutsche Volk* als Rechtsbegriff im Reichs-Staatsrecht der Gegenwart, Berlin-Bonn 1927, lk. 7 jj. Vrd. ka seal osundatud kirjandust. — Werner Dräger, *Primat des Volkes*, Ein Beitrag zur Grundfrage einer völkischen Staatslehre, Berlin 1935. — Ernst Rudolf Huber, *Verfassung*, Hamburg 1936, lk. 54 jj. — Otto Koellreutter, *Grundriss der Allgemeinen Staatslehre*, Tübingen 1933, lk. 34 jj.

taksegi r i i g i õiguskorraga [250]. Kõneldes õiguskorrast, mõeldakse ikka r i i g i k o r d a. Ent arvestatagu seda, et riik on ü k s paljudest poliitilistest ühikutest [251]. Seepärast seal, kus võiks tekkida arusaamatusi *„õiguskorra"* eest a t r i b u u d i *„r i i k"* ärajätmise pärast, tuleks teda ikka tarvitada eraldamiseks riigisse inkorporeeritud *intraetatistlikest* poliitiliste ühikute õiguskordadest kui ka *ekstraetatistlikest* õiguskordadest [252].

E t a t i s t l i k e k s p o l i i t i l i s i k s ühikuiks loetakse *riike* ja *osariike* ning osariikide osariike ehk nn. *autonoomseid osariike* [253]. I n t r a e t a t i s t l i k e k s aga arvatakse riigisse inkorporeeritud dominionaalseid *seadusiandvaid provintse* [254] ehk regionaalseid haldusprovintse [255] ja mitmet liiki *kogukond-*

---

[250] Teadlikult ja otse rõhutavalt Viini kool, ühtlasi samastades riigi õiguskorda riigi enesega. Samuti prantsuse institutsionalism, eesotsas Maurice H a u r i o u'ga. Peagu eranditult kõik traditsioonilise koolkonna juristid.

[251] *Pluralità di ordinamenti giuridici* või *pluralità di ordinamenti autonomi* on laialdaselt juurdumas moodsas itaalia kirjanduses. Nende märksõnadega seoses vt. I n v r e a, Z a n o b i n i, P e r g o l e s i *op. cit.* — E l l e r i n g m a n n, *op. cit.*, lk. 21. — A u s t i n, *op. cit., ib.*

[252] Sesse küsimusse puutuvalt vt. O e r t m a n n, *op. cit.* — *Id., Staatliche und gesellschaftliche Rechtsbildung, i.* Archiv f. bürgerliches Recht, 1914, 40. — Eriti aga G u r v i t c h, *L'Idée du Droit Social,* mis peagu tervenisti on pühendatud sellele küsimusele.

[253] Vt. *autonoomsete* osariikide näitena SSSR'i 1936. a. 5. detsembri Põhiseadust, statja 89 jj.

[254] Vrd. John A. R. M a r r i o t t, *The Mechanism of the Modern State,* A Treatise on the Science and Art of Government, Oxford 1927, I, lk. 221 jj., 257 jj. — H a r r i s, *op. cit.*, lk. 207 jj.

[255] T e g e l i k u l t võib osariikide ja haldusprovintside vahel esineda kombineeritud *segaastmeid.* Nii Austria 1919. a. Põhiseaduses määrateldud osariike kujundas 1934. a. Põhiseadus regionaalseiks provintsideks, jättes vabaks aga võimaluse neil teotseda ka puhast tüüpi osariikidena. — Vt. O. E n d e r, *Die neue österreichische Verfassung,* Eingeleitet und erläutert, Wien-Leipzig 1934, lk. 43 jj., 74 jj. — Ludwig A d a m o v i c h / Georg F r o e l i c h, *Die neue österreichische Verfassung* samt Ausführungs- und Nebengesetzen, Mit erläuternden Bemerkungen und den

likke ning *huvikondlikke* korporatsioone. Ekstraetatistlikkude ühikuina tuleks mõista kõiki neid, mis oma elu korraldavad riiklikust õigusest erineva õiguse alusel, olgugi et nad tähendavad isikute paljusi, mida on ühtlasi ka etatistlikesse ja ekstraetatistlikesse ühikuisse inkorporeerunud. Näiteks töövõtjaskonnaõigus ei tarvitse deriveeruda riiklikust õigusest. Töövõtjaskond moodustab erilise poliitilise ühiku, mis loob ise endale õigust, mille ideoloogiline alus ja lähtekoht võib olla koguni kontraarne ja konkureeriv riikliku ideoloogia suhtes [256].

Kõik need eelloendatud ühikud erinevad oma võimu ulatuse poolest. Väikesima võimuga neist on *huvikond* ja *kogukond*, suurimaga aga *riik*, mistõttu riigivõimu nimetatakse ka vastava rahva kõrgeimaks võimuks. Oma võimu poolest vahepeale aga dimensioneeruvad *osariigid* ja *haldusprovintsid*.

Riigivõim ehk poliitilise ühiku kõrgeim võim erineb kõigist muist selle poolest, et ta kui ühiku juhtimisõigus ei põhine ühelgi kõrgemajõulisel õigusnormil, millest teda saaks deriveerida. Siin ei ole teist õigust, mis selle õiguse ulatust lähemalt määratleks. Selles mõttes see õigus on tuletamatu, ürgne, originaarne ja suveräänne, s. o. põhimõtteliselt piiramatu [257]. Juriidiliselt riigi enesekorraldamise õigus auto-

---

Erkenntnissen des Verfassungsgerichtshofes, Wien 1934, lk. 23 jj. — Vt. ka Hans Kelsen, *Österreichisches Staatsrecht*, Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen 1923, lk. 116 jj.

[256] Vrd. Gurvitch, *op. cit.*, *passim*.

[257] Vrd. Austin, *Lectures*, I, lk. 220: „The superiority which is styled sovereignty, and the independent political society which sovereignty implies, is distinguished from other superiority, and from other society, by the following marks or characters. — 1. The *bulk* of the given society are in a *habit* of obedience or submission to a *determinate* and *common* superior: let that common superior be a certain individual person, or a certain body or aggregate of individual persons. 2. That certain individual, or that certain body of individuals, is *not* in a habit of obedience to a determinate human superior." — „If a *determinate* human superior, *not* in a habit of obedience to a like superior, receive *habitual* obedience from the bulk of a given society, that determinate superior is sovereign in that

noomia näol leiab oma piirid faktiliselt ainult iseendas. Neid piire ei tõmba keegi teine väljastpoolt teda ennast. Selles mõttes

(57) *riik on kõrgeima võimuga poliitiline ühik* [258].

K õ r g e i m v õ i m ehk ürgvõim tähendab juhtimisõigust, mille alusel võimukäsitsejad püstitavad poliitilisi printsiipe ning panevad need kehtima oma elu korraldamiseks ja arendamiseks *tuletamatute* õigusnormidena. Neid norme sisaldavaiks k õ r g e m a j õ u l i s i k s a k t e k s, milles riigi poliitiline ideoloogia kehtima pääseb, on *põhiseadused* ehk põhikorraaktid. Selles mõttes võib ka määratella, et

---

society, and the society (including the superior) is a society political and independent."

A u s t i n i s t tugevasti mõjustatud S o m l ó määratleb *kõrgeimat võimu* järgmiselt: „Damit eine Macht die *höchste* ... sei, ist es notwendig, dass sie ihre Gebote in einem bestimmten Kreise von Menschen gewöhnlich und erfolgreicher als andere Mächte durchzusetzen imstande sei."

[258] Kõrvutatagu selle määranguga (57) t r a d i t s i o n a l i s t i d e kuulsat *musterdefinitsiooni*, mille kohaselt riik on „*Verbandseinheit sesshafter Menschen*" (vt. Georg J e l l i n e k, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1921, lk. 179), mis koosneb k o l m e s t e r i e l e m e n d i s t: maast, rahvast ja kõrgeimast võimust. Selle vana (õigemini vananenud) koolkonna riigidefinitsiooni kohta kuuldagu arvamust ei kelleltki muult, kui kõigi normativistide, eriti aga Viini kooli surmavaenlaselt S m e n d'ilt. Ta ütleb, *op. cit.*, lk. 55: „Sie [die Staatsrechtslehre des *massiven Gebiets-Naturalismus*] stellt ausdrücklich den Staat als räumliche Wirklichkeit auf sein Gebiet als auf eine räumlich tragende Plattform, wie auf eine Untertasse [siin nota 1: „Besonders bezeichnende Stellen, denen sich viele andere anreihen liessen, bei K e l s e n, Souveränität, S. 73, Staatslehre, S. 294]; die rohe Juxtaposition der üblichen Lehre von den drei Elementen setzt dann das Staatsvolk auf diese Unterlage und überhöht sie darauf (in dem öfter angewendeten Bilde) durch die Kuppel der Staatsgewalt oder lässt sie durch diese zusammengehalten werden wie die Puppen eines Marionettentheaters durch das Fadenbündel des Puppenspielers. Dieses unrühmliche Kapitel deutscher Ungeistesgeschichte ist natürlich ein dankbares Feld der Kritik der Wiener Schule, auf die deshalb verwiesen werden kann [siin nota 2: „K e l s e n a. a. O. und vielfach sonst, W. H e n r i c h, Kritik der Gebietstheorien, 1926]. Ihrer Kritik muss aber die einfache Erklärung dieser Irrtümer hinzugefügt werden: die Rohheit dieses naiven Realismus stellt sich mit Notwendigkeit ein als Ergänzung der sonst bestehenden Lehre des Staatsrechtlichen und staatstheoretischen Formalismus." Vt. ka *ib.*, 87.

(58) *riik on poliitiline ühik, mis on õigustatud oma elu korraldama üldaktidega, milledest kõrgemajõuliseks on tema enda põhiseadus* [259].

Teiste sõnadega, riik on korporatsioon, mis teotseb enda antud *põhiseaduse* alusel. Kuid ka osariik on õigustatud andma endale põhikorraakti. See aga peab olema kokkukõlastatud *ühendriigi* põhiseaduse nõuetega [260]. Halduspro-vintsi kõrgemajõulisiks üldakteks on vaid *seadused,* mis aga peavad olema kokkukõlastatud põhiseadusega [261], kuna kogukonna ja huvikondlikkude ühikute kõrgemajõulisiks üldakteks on teatavat liiki *määrused,* mis peavad olema kokkukõlastatud niihästi seadustega kui ka põhiseadusega [262].

Riigi õiguskord sisaldab temas inkorporeerunud ühikute õiguskordi. Riigi enese õiguskord aga ei sisaldu üheski teises õiguskorras. Seepärast riigi õiguskorda nimetatakse ka totaalseks õiguskorraks ja seatakse vastakuti inkorporeerunud ühikute õiguskordadega, mida nimetatakse partsiaalseiks ehk osaõiguskordadeks. Nagu neist defineeringuist nähtub, on vastavad mõisted üksnes riigi *siseõiguslikud* suhtelised *kategooriad* [263].

Olles asendanud õiguskorra mõiste määrangus „rahva" „poliitilise ühikuga", on saanud võimalikuks määratella ka õiguskorra enese ühtsust ja terviklust veelgi lähemalt. — Pole raske osutada, et see põhineb vastava poliitilise

---

[259] Mõnel pool ei väsita ikka veel korrutamast, nagu oleleks või oleks olelnud riike, mis ei evivat mingit põhikorraakti. Vt. A. Koulicher, *Les quatre constitutions de l'Angleterre, i.* Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique, 1932, 3/4.

[260] Vrd. Kelsen, *Allg. StLehre,* lk. 193 jj., 207 jj.

[261] Vrd. kõigepealt Gascón y Marin, *Tratado de derecho administrativo,* lk. 485 jj. — Kelsen, *op. cit.,* lk. 189 jj.

[262] Vrd. Merkl, *Allg. VerwRecht,* lk. 342 jj.

[263] Kui aga siseõigus loogiliselt subordineeritakse välisõigusele, siis kõneldakse ka rahvusvahelise õiguse normistikest *qua* iseseisvast õiguskorrast, nimetades viimast universaalseks. — Kelsen, *op. cit.,* lk. 164. — Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft,* Wien-Berlin 1926, lk. 15.

ühiku võimu momendil. Võim on selleks keskuseks või punktiks, kust kõik õiguskorra normistikud algavad ja kuhu nad intendeeruvad. Võim on selleks, mis neid ühikuks seob ja ühtsaks tervikuks teeb [264]. Seepärast käsitellakse alamal võimu ja juhtimise küsimust veelgi täpsustavamalt.

3. Autoriteet ja võim ning võimuautoriteet.

Õiguslikult korraldamata sotsiaalses inimkollektiivis saab juhiks olla ainult isik, kellele alistutakse. Kui isikutepaljus ei alistu isikule, siis selline ei saa ka juhtida, sest juhtimine eeldab *korrelaatmõistena* alistumist.

Juhtimise-alistumise olemus põhineb sotsiaalsel autoriteedil [265]. Viimane tähendab kollektiiviliikmete tunnustust, lugupidamist ja austust isikule, kes asub juhi kohale. Ühel isikul on autoriteet paljude teiste silmis siis olemas, kui tema tahteväljendusi võetakse nende teiste poolt õigeks, tunnustatakse ja nende kohaselt ka käitutakse. Kui ühel pool on autoriteet, siis on ka teisel pool kuulekus. Juhtimine baseerub autoriteedil, alistumine aga tähendab kuulekust. Pole kuulekust, siis pole ka autoriteeti. Pole autoriteeti, siis pole ka juhti ega juhtimist [266].

---

[264] Vrd. de la Bigne de Villeneuve, *Traité général de l'Etat*, I, lk. 253: „„Il faut," écrit Loyseau, „qu'il y ait de l'ordre en toutes choses, et pour la bienséance et pour la direction d'icelles." Aussi l'ordre existe partout. Mais, par un phénoméne que nous devons nous borner ici à constater sans en rechercher l'explication, il n'existe parfois qu'en puissance, de façon virtuelle et ne peut se réaliser pratiquement sans l'intervention de l'homme."

[265] Autoriteedi mõiste kohta vt. H. Berthélemy, *Le fondament de l'Autorité politique*, Revue de droit public, 1915, XXXII. — Paul Scholten, *L'autorité de l'Etat*, Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique, 1934, 3/4. — E. Spectorsky, *L'évolution de l'idée de l'autorité dans la philosophie de l'Etat, ib.*, 1933, 1/2. — Maxime Leroy, *La loi*, Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie, Paris 1908.

[266] Vrd. Schmitt, *VerfLehre*, lk. 75: „Die Unterscheidung von Macht und Autorität braucht für die weitere Darlegung dieser Verfassungslehre nicht ausgeführt zu werden, doch sei sie hier wegen ihrer grossen Bedeutung für die allgemeine Staatslehre kurz angedeutet: der...

Autoriteet on seda suurem, mida avaramat kõlapinda leiab tema evija rahva alistumisfaktis. Autoriteet on seda püsivam, mida tabavamalt suudavad juhid väljendada rahva objektiivseid tõekspidamisi ja poliitilisi arusaamisi ning püüdeid [267]. Juhtide väljendused, et olla autoriteetsed, taotlevad seepärast haarata võimalikult täpsalt rahva „poliitilist tahet" ja tendeerivad olema rahva poliitilise mentaliteedi väljendused. Sotsiaalse faktina

(59) *autoriteet on kuulekuses avalduv tunnustus.*

Õiguslikult korraldatud sotsiaalses inimkollektiivis autoriteedile lisandub võim. Autoriteetse isiku, või, nagu ka tavatsetakse lihtsamalt öelda, „autoriteedi" väljendused tehakse teatavaks rahvale nõudega käituda nende järgi. Et needki väljendused on autoriteetsed, siis rahvas avaldab neile kuulekust ning käitubki nende kohaselt. Nii autoriteetne lause muutub kuulekuse kaudu normatiivseks [268]. Temast saab õigus,

---

Macht entsprechen Begriffe wie Souveränität und Majestät; Autorität dagegen bezeichnet ein wesentlich auf dem Moment der Kontinuität beruhendes Ansehen und enthält eine Bezugnahme auf Tradition und Dauer [seda väidet aga ei peeta õigeks]. Beides, Macht und Autorität, ist in jedem Staate nebeneinander wirksam und lebendig. Die klassische Gegenüberstellung findet sich auch hier im Römischen Staatsrecht: der Senat hatte auctoritas; vom Volke dagegen leiten sich potestas und imperium ab. Nach Mommsen, Römisches Staatsrecht, III, S. 1033, ist auctoritas ein „aller strengen Definition sich entziehendes Wort"; nach Victor Ehrenberg, Monumentum Antiochenum, Klio Bd. XIX, 1924, S. 202/3 bezeichnet das Wort etwas „Ethisch-soziales", eine „aus politischer Macht und sozialem Prestige seltsam gemischte Stellung", die „auf Anhang und sozialer Geltung" beruht; vgl. ferner v. Premerstein in der Zeitschrift Hermes, Bd. 59, 1924, S. 104; R. Heinze, Bd. 60, 1925, S. 315; und Richard Schmidt, Verfassungsaufbau und Weltreichsbildung, Leipzig 1926, S. 38."

[267] Vrd. *op. cit., ib.:* „Man könnte die Frage erheben, ob der Genfer Völkerbund eine potestas oder auctoritas hat, die von der potestas oder auctoritas der ihn dirigierenden Staaten verschieden sind" ning arvab: „Bisher dürfte der Völkerbund weder selbständige potestas noch eigene auctoritas haben." See on aga väär, sest tõeliselt on Rahvasteliidul *potestas* alati olnud, ainult autoriteet on tal puhuti tugevasti kõikunud ja sel hetkel koguni äärmuspiirini vähenenud.

[268] Siin kehtib tõde: *oboedientia facit imperantem.* — Vrd. Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff,* Kritische

juhtimisõigus, v õ i m, mis kõik hoovab ühest ja samast allikast ja nimelt rahva tunnustusest ja kuulekusest, millele korrespondeerib sotsiaalne autoriteet [269]. Järelikult

(60) *võimu põhiallikaks ja õigusnormide ürgseks kehtealuseks on sotsiaalne autoriteet.*

Õiguslikult korraldamata kollektiivis juhtiv isik või isikkond i s e loob, tuginedes enese autoriteedile ja rahva kuulekusele, õ i g u s e juhtimiseks ning i s e määratleb seda ka lähemalt [270]. S e l l e s t m o m e n d i s t p e a l e on siin juba tegemist õiguslikult korraldatud poliitilise ühikuga. Ja sellest momendist peale on ka juba tekkinud u u s iseseisev õiguskord [271]. Senine paljas f a k t i l i n e autoriteet ses õiguskorras saab *võimuautoriteediks*. Siin on võim ja autoriteet õieti ü h e j a s a m a nähtuse eripalgeid [272]. Kui võim kuni selle-

---

Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, Tübingen 1922, lk. 98: „Die Macht ist zum Recht geworden." — R e j s n e r, *Gosudarstvo*, II/III, lk. 51: „Sila načinaet tvorit' pravo; sila načinaet prevraščat'sja v pravo."

[269] Vrd. Hermann C o h e n, *The Origins of Order and Law*, London 1922. — A u s t i n, *op. cit.*, lk. 86 jj., 220 jj.

[270] Õiguse ja õiguskorra o r i g i n a a r s e l loomisel kehtib mitte üksnes: *quod principi placuit, legis habet vigorem*, vaid ühtlasi ka: *princeps legibus solutus est.*

[271] Nüüdsest peale kehtib ainult põhimõte: *quod principi placuit, legis habet vigorem*, küll mitte enam: *princeps legibus solutus est.* — Vrd. Fr. D a r m s t a e d t e r, *Recht und Rechtsordnung*, Berlin-Grunewald 1925.

[272] Vrd. S c h o l t e n, *op. cit.*, lk. 154: „L'autorité est nécessaire dans toute société, non seulement comme moyen de droit pour exécuter ses commandements, mais comme fonction, ayant sa valeur en soi, dépendante du droit et cependant le dominant à son tour." Ja 147: „Cette autorité ne peut être maintenue sans la force; l'autorité devient toujours pouvoir. Il y a là un danger parce qu'en faisant usage de la contrainte elle risque de perdre l'autorité elle-même; il y a là néanmoins une nécessité parce que les hommes ont toujours tendance de se soustraire même aux autorités qu'ils reconnaissent. La force doit être soumise au droit, dit-on, je suis tout à fait d'accord — mais entre la règle de droit et la force il y a l'autorité qui décide ce qui est droit dans tel cas concret. Dans la vie social beaucoup d'autorités n'ont aucun moyen de contrainte à leur

kohase juhtimisõiguse muundumiseni jääb kollektiivis juriidiliselt ikka üheks ja samaks, siis tegelikult tema efektiivsust ehk *toimivusastet* määrab autoriteet, mida võimukäsitseja evib. Võimu t e g e l i k tähtsus võib olla reaalpoliitilisest olustikust sõltuvalt kord suurem, kord taas väiksem, vastavalt autoriteedile, mis võib avalduda kord kogu rahva üksmeelses lugupidamises ja austamises, kord taas üsna napi enamuse tunnustuses ja pooldamises.

Et võim on alati juhtimise õigus ja juhtimisõigus on alati seondatud võimukäsitsejatega, siis t õ e l i s e l t

(61) *võimuautoriteet on* v õ i m u k ä s i t s e j a t e *sotsiaalne autoriteet* [273].

Kui võimul p u u d u b vajalik *toimivus* tegelikku ellu, siis pole süüdi selles mitte võim ja norm, vaid võimu käsitsev isik. Kui faktilised ja poliitilised olustikud mõjustavad normide tegelikku sisustamist ja rakendamist, kui norm ei suuda juhtida elu, mida ta juhtida tahab, siis on süüdi mitte norm ja tema süsteem, vaid tema looja saamatus või paha tahe. Sõna jääb alati sõnaks, kuid sõna ei saa teoks, kui tema ütlejal puudub autoriteet. Juriidiliselt võim jääb alati võimuks ja norm normiks, ent autoriteedi puudumisel ta saab sisu, mida ei võiks ega tohiks evida [274]. Et võimul oleks tarvilikku efektiivsust, on vaja, et tema käsitsejal oleks rahva silmis autoriteet. Ei ole seda, siis tuleb vastav v õ i m u i s i k, või, nagu tavatsetakse lihtsa-

---

disposition, dans le droit l'autorité sans moyen d'exécuter ses jugements se perd et le droit qu'elle impose cesse d'être droit. C'est ce qu'on appelle la positivité de tout droit." — R e n a r d, *La Valeur de la Loi*, lk. 6: „La crise de l'autorité . . ."

[273] Vrd. L a s k i, *A Grammar of Politics*, lk. 241 jj., 248 jj. — S c h o l t e n, *op. cit.*, lk. 155: „Il y a dans le Nouveau Testament trois sentences décisives pour notre problème. Il y été dit: „Que toute personne soit sujette aux puissances supérieures (Rom. XIII, 1) — la reconnaissance de l'autorité . . . Puis . . . il faut obéir plutôt à Dieu qu'aux hommes (Act. V, 29) — sa limitation finale." Enfin: „Rendez donc à César les choses qui sont de César et à Dieu celles, qui sont de Dieu (Matth. XXII, 21). Voilà pour moi le fondement de toute la théorie de l'autorité."

[274] Vrd. Jean C r u e t, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris 1908.

malt öelda, *„võim"* paratamatult asendada uue ja autoriteetse isikuga, uue ja parema *„võimuga"* või „autoriteediga" [275].

Poliitilise ühiku juhtide sotsiaalne autoriteet on õigusele ja võimule esimeseks *geneetiliseks* allikaks ja esimeseks kehtealuseks, s. o. tema positiviteedi pinnaks [276]. Seepärast ta evib praktilist akuutsust üksnes uue *riikliku õiguskorra loomise* puhul, aga samuti ka rahva *kõrgeima võimu anastamise* juhtudel. Olelevais riikides uued võimud aga deriveeruvad kõrgeimast võimust, mille legitiimsus põhineb tema ajaloolisel või puhtjuriidilisel olelufaktil.

Selle eelduseks, et teatavast sotsiaalsest inimkollektiivist rajada riiki, on vaja, et temas aegade jooksul areneks ja kasvaks ning kindlakujuliselt kristalliseeruks omariiklust taotlev poliitiline tahe [277]. Selle tahte väljendajaks ja formuleerijaks võib olla mingi autoriteetne üksikisik, seltskonna- ja rahvajuht, isikuterühm, autoriteetne asutis, rahvuslik ühing või poliitiline erakond. Omariikluse idee formulatsioon, kui ta tabab võimalikult täpsalt rahva poliitilist meelsust, saab kohe tunnustuse ja leiab toetust ning pääseb nii kehtima isegi siis, kui tema sõnastajal seni vahest polnudki erilist lugupidamist rahva silmis.

Isikutepaljuse poliitilist tahet tavatsetakse esialgu sõnastada õige üldisel kujul, et vältida mõeldavaid diferentse ja leida võimalikult laiemat kõlapinda kõigi kollektiiviliikmete omariiklustaotlusist. Ta väljendatakse esialgsena selleks, et anda rahuldust ka neile vähestele, kes, soovides tema pärastisel konkretiseeringul teatavas suunas kaasa mõjuda, võib-olla

---

[275] Vrd. Scholten, *op. cit.*, lk. 146: „On confond l'autorité et le pouvoir, la force." — „On oppose le droit à l'autorité."

[276] Selle ütlusega, nagu ka väitega (60) käesoleva uurimuse autor ei arva juba olevat määratelnud õiguse ja õiguskorra loomust. Neile, kes viimast ikkagi nendiksid ja siis ka geneetilise momendi esildamise väitlusmenetluse veaks tunnistaksid, tahaks autor kohe vastata *per* Somló, *Juristische Grundlehre*, lk. 87: „Es ist nicht die Genesis des Rechts, die hier *gesucht* worden ist, sondern das genetische Moment wurde im Laufe der systematischen Untersuchung *gefunden*."

[277] Vrd. eeskätt de la Bigne de Villeneuve, *Traité général de l'Etat*, I, lk. 258 jj., ka 253 jj.

muidu ei nõustuks esitatud formulatsiooniga. Selliseks esialgseks tahteväljenduseks on vastava sotsiaalse kollektiivi juhi või juhtkonna antud e s i a l g n e põhikorraakt *provisoorse põhiseadusena*. S e l l e a n d m i s e m o m e n d i s t loetakse ka uus õiguskord j u b a tekkinuks. Uue korra põhijoonte l õ p l i k tuvastamine tavatsetakse usaldada rahvasaadikuile, kelledele kui rahva õ i g e tahte tundjaile juba ette omistatakse tunnustus ja lugupidamine. Need saadikud saavad rahvalt *„asutava võimu"* [278]. Neist moodustuv *Asutav Kogu* koostab oma formulatsiooni *lõpliku* ehk *definitiivse põhiseadusena* ning paneb selle ka ise kehtima, kui suurema autoriteetsuse saavutamiseks teda ei taheta esitada rahvale enesele vastuvõtmiseks.

Kõrgeim võim õigustusena juhtida ja arendada riiki võib tegelikult olla ka a n a s t a t u d [279]. Anastajal aga p u u d u b sotsiaalne autoriteet. Tema taotlusil puudub s e o s rahva poliitilise tahtega. Seepärast anastatud „võim" juriidiliselt polegi võimuna kvalifitseeritav. See on õieti alasti jõud ja vägivald ning sellisena kuritegu ja nimelt r o i m kõrgeima võimu vastu.

Ent poliitiline ühik võib peatselt või aegade jooksul võimuanastajaga leppida. Ta võib lõppeks soostuda anastaja taotlustega ja tema tahte teha o m a k s tahteks. Kohe või pikema „rahunemise" või „rahustamise" perioodi kestel poliitiline ühik võib omaks võtta vägivaldselt loodud „korra", nii viimast tagantjärele tunnustades ja sanktsioneerides. „Rahustamiseks" anastatud „võim" värbab hoolikalt autoriteeti ja lõppude lõpuks saabki selle. Tema tahteavaldused aeg-ajalt üha enam lähenevad kollektiivi enese tahteavaldusile ja vägivaldne sundkord on nii saamas legitiimseks õiguslikuks korraks. Relvajõud

---

[278] See „asutav võim" pole tõeliselt enam originaarne, vaid juba deriveeritud võim. — Õiguse *deriveerimisest*, eriti seoses isikuga, samuti õiguse *originaarsusest* vt. S c h r e i e r i sellekohaseid kontseptsioone, *op. cit.*, lk. 158.

[279] D i k t a t u u r i p r o b l e e m i s t i k u põhjalikuma käsitluse on andnud Carl S c h m i t t, *Die Diktatur*, Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf, München-Leipzig 1928. — Hermann H e l l e r, *Rechtsstaat oder Diktatur, i.* Die Neue Rundschau, 1929, 40. — Friedrich v. W i e s e r, *Die modernen Diktaturen, i.* Archiv f. Rechts- und Wirtsch. Philosophie, 1925, 18. — Friedrich M e i n e c k e, *Die Idee der Staatsraison*, München-Berlin 1924.

ja terror, üksnes millele seni toetuti, taandub nähtamatult ja seda korda saab siis kandma taas rahvas.

Riiki inkorporeeruvate[280] poliitiliste ühikute võim deriveerub totaalõiguskorra kõrgeimast võimust. Seepärast on deriveeritava partsiaalõiguskorra loomisel tähtis peamiselt võimufakt. See surub tagaplaanile autoriteedi akuutsuse, nagu see selgus juba ülemal *„provisoorse"* ja *„asutava"* võimu vahekorra esildamisel. „Provisoorne" võim on puhtautoritaarne võim. „Asutava" võimuni saabumiseni see võim paneb suurt rõhku enese autoriteedi säilitamisele ja tugevdamisele. Sellele tendentsile vastab taotlus kiiresti üle minna provisoorsest korrast „asutavasse" korda, kartusest kaotada poliitilist kandepinda oma rahva keskel. Pärastpoole on autoriteet olemas eeldatavasti alaliselt ja sisaldub loodud õiguskorra legitiimsuse mõistes. Niipea kui aga kaob see legitiimsus, s. o. õiguskorra õiguspärane arendatavus, siis ei saa aga enam presumeerida autoriteedi olelust, ja võim muutub vägivallaks.

Eelesitatud selgitused tõestavad, et autoriteet loob võimu ja võim loob õiguskorda, mida ongi väljendatud lauses (61). Võim ise aga on õigus ja nimelt kollektiivi juhtimisõigus. Selle õiguse on poliitilise ühiku autoriteet sõnastanud vastavas põhikorraaktis sellekohaste *ideoloogiliste printsiipide* näol. Seega see akt on õiguskorra loomise aktiks, ühtlasi aga ka aktiks, mille alusel õiguskorda edaspidi arendatakse. Sest see akt määrab ka lähemalt õigusnormide andmise ja kehtima pääsemise viisi ja tingimused, s. o. kehtiva õiguse ühtlase loomismoduse. Seepärast tohib väita, et

(62) *õiguskorra ühtsus ja terviklus põhinevad vastava poliitilise ühiku kehtiva õiguse ühtlasel loomismoodusel*[281].

---

[280] Vrd. Kelsen, *Allg. StLehre*, lk. 117 jj.

[281] Selle väite (62) taoline lause esineb ka küll Kelsenil, *op. cit.*, lk. 99: „... die Einheit der Rechtsordnung [ist] im wesentlichen die Einheit eines Erzeugungszusammenhanges." Ent Kelseni süsteemis see lause evib teist loogilist tähendust, nagu see juba selgus tema õpetuse analüüsist ülemal.

Selle nentimisega on avanenud võimalus õiguskorra mõiste määrangust (42, 56) kõrvaldada eelviimane *definitoorne* *x* õiguse ühiku näol. Kui õiguskorra terviklust tagab teda sisustava kehtiva õiguse ühtlane loomismoodus, siis on siit ka selge, et õiguskorra kui *õiguse ühiku* ühtsus ja terviklus seisnevad kogu õiguse deriveerimises konkreetse poliitilise ühiku esimesest normatiivaktist, riigi õiguskorras nimelt tuletamises tema põhikorraaktist. Õiguskorra ühtsus katkeb, niipea kui katkeb kehtiva õiguse loomise mooduse ühtlus, s. o. nn. õiguskontinuiteet, mille mõistet pretsiseeritakse veel alamal. See katkeb aga siis, kui õigust luuakse aktiga, mille toimetamisel pole silmas peetud akti andmiseks ettenähtud tingimusi ja menetlusnorme. Kõike öeldut arvestades on võimalik õiguskorra mõistet nüüd sõnastada lõplikult järgmisekujulise *definitsioonina:*

(63) *õiguskord on konkreetse poliitilise ühiku õigus, mis on loodud selle ühiku põhikorra-aktiga ja arendatud õiguskontinuiteedi põhimõttel* [282].

Ses määrangus on viimaseks *definitoorseks* *x*-ks veel õigus. Selle olemuse määratlemine alamal aga ei muuda enam õiguskorra mõiste sõnastust, küll aga võimaldab lähemalt pretsiseerida õiguskorra normatiivset struktuuri.

---

[282] Selle määrangu (63) mõtte deskriptiivsel kujul esildab ka Invrea, *La parte generale del diritto*, lk. 223: „Un fatto giuridico che non può sfuggire ad alcuno è questo che sulla terra sussistono contemporaneamente parechie comunità, rette ciascuna da proprie autorità, e aventi ciascuna un diritto oggettivo proprio. Tra queste comunità tra loro distinte appaiono particolarmente i diversi Stati del globo, aventi ciascuno una propria costituzione, proprie autorità, proprie leggi, propri sudditi. Accanto agli Stati vediamo un'altra comunità, avente pure una propria costituzione, proprie autorità, proprie leggi, propri sudditi, cioè quella comunità che è la Chiesa cattolica, il cui diritto è il diritto canonico. Nel seno poi dei singoli Stati (e particolarmente dello Stato italiano) esistono comunità subordinate (p. es. i comuni) aventi organi propri, con ordinamento proprio, proprie leggi (p. es. i regolamenti comunali), il tutto però sotto la dipendenza delle autorità centrali, della costituzione e delle leggi dello Stato.

Ora ciascuna di queste comunità, coll'avere una propria costituzione, proprie leggi, propri magistrati, propri sudditi, viene a costituire un proprio *sistema* a cui si dà il nome di *ordinamento giuridico*."

§ 4. Õiguskord kui õiguse ühik.

I. ÕIGUSKORD JA ÕIGUS.

1. Õiguse mõiste.

Nagu eelnenud arutlusis rõhutati, on õiguskord õiguse kord ja nimelt konkreetse poliitilise ühiku kehtiva õiguse terviklik kogum. Ta on järelikult õigusnormide kogum, mis ladestub vastava poliitilise ühiku võimu õigustloovais *normatiivaktes*, põhiseaduses, seadusis, määrusis, üld- ja üksiksobimusis, mitmet liiki üksikaktes, korraldisis ja otsuseis.

On selge, et õiguskorra kui erilise õiguse ühiku struktuuri määratlemiseks on vaja mõista õigust ennast, sest õiguskorra normatiivsus on teda moodustava õiguse normatiivsus. Õiguskorra dünaamika, muunduvus ja areng ilmnevad teda sisustava õiguse muundumises ja arenemises. Õiguskorra ühtsus ja terviklus on tema õiguse loomise ja muundamise korra ühtsus.

Et käesoleva käsitluse otstarveteks piisab tunnuste märkimisest, mille abil õigust saaks kindlalt eraldada kõigist muist sotsiaalseist nähtusist, siis alamal piirdutaksegi üksnes õiguse ordinatiivse asendi määramisega samalaadsete nähtuste sotsiaalses ruumis, lähemalt käsitlemata tema loomusesse puutuvaid üksikküsimusi ning arutlemata sellekohaseid käibivaid vaadendeid või koolkondi.

Õiguse loomist sotsiaalse autoriteedi kaudu ja deriveerimist, s. o. õiguse positiviteeti, on ülemal juba selgitatud. Järgnevate arutluste aineks on üksnes õiguse olemuse probleem.

Õiguse olemust fenomenoloogiliselt uurides[283] saab kohe tõsitada, et

---

[283] Puhtfenomenoloogilise käsitluse õigusest on esitanud Adolf Reinach, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, Halle a. d. S. 1922, millist üldiselt peetakse aga nurjunuks katseks. — Fritz Schreier, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre, Leipzig-Wien 1924. — Kuigi mitte konsekventses menetluses, aga ka mitte *sensu* Husserl on õiguse olemust fenomenoloogiliselt selgitanud ka Rudolf Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle 1911. — *Id.*,

(64) *õigus on objektiviteet* [284].

See nending põhineb kaemusel, et õiguse elamus pole mitte sõltuv teda üleelavast isikust. Ta pole mitte selline elamus, mis jääb vaid seosesse teda tajuva isikuga ning mida saaks see isik omistada enesele kui oma *minasse* kuuluvat ja väljaspool seda *mina* mitteeksisteerivat elamust. Ta pole mitte viivul tekkiv ja mööduv elamus, elamus, mis sellisena kunagi enam ei kordu. Fenomenoloogiliselt on selge, et õigus oleleb, vaatamata sellele, kes teda tajub ja kas teda üldse tajutakse. Tuleb rõhutada, et fenomenoloogiliselt on sootuks erinevad uurimiskategooriad ühelt poolt *õigusnormi* fenomenaalakt ja teiselt poolt õigusnormi *kehtimisest teatise saamise* akt. Seepärast, kui teinekord kellegi suhtes õigusnormi kehtimapääsemise eelduseks peakski olema see, et see isik selle normi loomisest oleks teatise saanud, siis see asjaolu ei riiva veel väidet, et õigus pole mitte psüühiline [285] nähtus. Igal juhul jääb püsima nending, et õigus on alati objektiivne, kuna subjektiivne õigus [286], mis vaid subjekti psüühikast oleneks, ei eksisteeri üldse mitte.

Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin-Leipzig 1922. — Samuti Felix Somló, *Juristische Grundlehre*, Leipzig 1917. — *Adde:* Gerhard Dulckeit, *Rechtsbegriff und Rechtsgestalt*, Berlin 1936.

[284] Vt. eriti, Franz Slučka, *Das Problem der Realität vom Standpunkte der Idee der Ganzheit*, Berlin 1935, lk. 63 jj. — Kelsen, *Allg. StLehre*, lk. 14, 30, 37, 58, 100, 322 jj. — Vrd. osundit, *supra, nota* 207.

[285] Puhtpsühholoogiliselt L. I. Petražickij, *Teorija prava* i gosudarstva v svjazi s teoriej nravstvennosti, I/II, 1909/1910 S.-Peterburg. — J. Hoppe, *Der psychologische Ursprung des Rechts*, Würzburg 1885. — A. Sturm, *Die psychologische Grundlage des Rechts*, Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre und zum heutigen Friedensrecht, Hannover 1910. — Erich Jung, *Das Problem des natürlichen Rechts*, Leipzig 1912. — Georges Gurvitch, *Le Temps Présent et l'Idée du Droit Social*, Paris (1931)1932. — *Id., L'Idée du Dorit Social*, Notion et système du Droit Social, Paris 1932.

[286] Kui teatavaid õigusi, mis on omistatud teatavale isikule, käsitella selle isiku vaatekohast, siis tohiks neid õigusi nimetada vastava isiku subjektiivseiks õigusiks. Ent sellised *relatiivses* mõttes subjektiivsed õigused on lause (64) kohaselt ikkagi objektiivsed õigused. Relatiivses mõttes subjektiivne õigus ei ole psüühiline elamus, sest ta oleleb ka siis, kui vastav isik, „subjekt", ei teagi ise, et talle see õigus on omistatud.

Ent õiguse objektiviteet pole meeleliselt tajutav. Õiguse olemus ei seondu mingi aja- või ruumikujutlusega. *Transsubjektiivsena* ta on ühtlasi erilaadne *intertemporaalne* nähtus, mis küll ajaliselt on muutuv ja ruumikohaselt sisustuv, kuid mille olemus ei sõltu ei ajast ega ruumist. Selles mõttes

(65) *õigus on idealiteet.*

Seepärast õigust kui ebameelelist, ideaalset ei või samastada mingi meelelise faktitsiteediga, millega ta tegelikult võiks seonduda. Õigust ei tohi samastada kõigepealt tema normatiivsete *„allikatega"*, põhiseadusega, seadustega, määrustega, korraldistega ega otsustega või muude õigustloovate toimingutega. Normatiivaktid on fenomenoloogiliselt õigustloovad *väljendusaktid,* mis erinevad õiguse kaemusaktidest, milles õigus vaatlejale ilmneb. Väljendusaktid aga on sootuks midagi muud kui puhas kaemusakt. Neid väljendusakte lähemalt uurides selgub, et õiguse fenomenoloogiline väljend, *normisõnastus,* normilause, seadusefraas, tähendab alati teatavat põhimõtet kodaniku käitumiseks. Õiguse väljend on käsu või keelu väljend. Et see alati nii on, siis tähendab see, et oma loomult

(66) *õigus on normativiteet* [287].

Õigus normeerib, sätib, korraldab inimese käitumist. Tema norm on ikka mingi tegevuse, teo, toimingu norm. Selliseid norme võidakse leida ühes ja samas lauses mitmeid. Kuid üht normi võidakse sõnastada ka mitme lausega ja isegi mitme seaduseparagraafiga. Teinekord teatav norm sisustub või koguni järeldub mitme erineva iseloomuga seaduse paljudest lausetest. Peaks olema selge, et õigusnorm pole

---

[287] Vrd. eeskätt Schreier, *op. cit.*, lk. 178. — Sigmund Rohatyn, *Die reine Normtheorie des Rechts, i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1932/1933, VII.

Vrd. Zdenko Neubauer, *Norm und Wille, ib.*, 1928, 1. — Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen,* Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Leipzig-Wien 1929, lk. 270 jj. — A. Affolter, *Zur Normentheorie,* Archiv f. öffentliches Recht, 1907, 21. — Julius Binder, *Rechtsnorm und Rechtspflicht,* Leipzig 1912. — John Ch. Gray, *The Nature and Sources of the Law,* New York 1921.

mitte lause või otsustus, nagu seda mõned arvavad, vaid õigusnormi ja tema sõnastust tuleb alati teineteisest lahus hoida. Samuti peaks olema selge, et õigus ja õigus-pärane käituminegi on kaks erinevat asja, mistõttu pole ka õige uurida käitumisi ning lähtuda tegelikust elust õiguse loomuse määramisel. Tegelikku elu tohib jurist vaadelda vaid normist lähtudes ja küsides, kas ta normi mõttele vastab või mitte. Tegelik käitumine võib-olla pole üldse õiguslikult lähemalt kvalifitseeritav. Tegelik käitumine võib olla kokkukõlas õigusnormis ettenähtud käitumisega, aga ta võib sellest ka erineda.

Enese käitumiseks isik võib püstitada teatavaid põhimõtteid teinekord vabalt ise. Neil puhkudel see isik tunnetab, et ta pole kohustatud sääraseist teonormest kinni pidama. Ta teab, et üksnes temast sõltub see, kas käituda kord valitud normi kohaselt või asendada see mõne teise ja otstarbekohasemaga. Kas järgmisel puhkepäeval taas minna jahile või osa võtta seltskondlikust lõbusõidust huvitavasse ümbrusse, kas loobuda tänaõhtusest järjekordsest teatrietendusest, kas ikka lõunastada samas restoranis või sellest tavalisest, harjumuslikust, normaalsest, normipärasest teha kord sekka mõni anormaalne erand, on oma elu, töö- ja puhkeaega põhimõtetepäraselt korraldava isiku subjektiivse tahtmuse asi. Kõigil selliseil juhtumeil käituja tajub, et tegemist on siin tema enda loodud põhimõtetega ja et nendekohast käitumist võib ta oma vabal kaalutlemisel muuta nii, nagu ta seda ise suvatseb. Selliseid, enda vabal tahtel iseenda jaoks püstitatud käitumisnorme nimetatakse autonoomseiks individuaalseiks normeks, mida seatakse vastakuti heteronoomsete ehk sotsiaalsete normidega[288].

---

[288] Eeskätt Jaromír Sedlaček, *Interprétation et application de la règle du droit, i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1932/1933, VII, lk. 180: „C'est la norme juridique qui est l'objet de la connaissance de la science juridique, autrement dit, le jugement concernant le devoir hétéronome ou l'obligati on imposée à l'homme du dehors, tandis que le devoir autonome nous est imposé par nous-même."

Individuaalsete normide kohases käitumises isik tunneb end olevat vaba välisest survest. Sotsiaalsete normide pärases käitumises isik aga tajub survet väljastpoolt. Tema teab, et neil puhkudel on tegemist säärase käitumisnormiga, mis on püstitatud mitte tema enda, vaid kellegi teise poolt. Oma käitumist neil korril isik tavatseb põhjendada sellega, et „nii on kord", et „seda nõuab mood, komme, hea toon, viisakus", et „teisiti oleks inetu" või et „selleks kohustab seadus". Sääraseis väljendeis esineb alati mingi välisautoriteet, millega vastavaid käitumisnorme seondatakse, olgu tolleks seltskond või seltskonna autoriteedid või üksikud tooniandvad isikud, riik või kogukond, ametiasutised, kuningas, keiser või koguni jumal taevas. Käitumisnormid, mis tulevad mingilt tõeliselt või kujuteldavalt välisautoriteedilt, ongi heteronoomsed ehk sotsiaalsed normid. Ka õigusnorm on säärane käitumisnorm, mis hoovab mingist välisautoriteedist. Sellekohaselt nenditagugi, et

(67) *õigus on sotsiaalne normativiteet* [289].

Sotsiaalse normativiteedi valdkonnas isik tunneb ennast olevat kohustatud käituma põhimõtte kohaselt, mis alati seondub mingi onüümse või anonüümse välisautoriteediga. Selliseid kohustavaid käitumisnorme nimetatakse sotsiaalseiks imperatiiveks, sest nad sisaldavad käitujaile adresseeruvaid käske või keelde. Ka

(68) *õigus on sotsiaalne imperatiiv.*

Imperatiiv tuleb välisautoriteedilt, adresseerub käitujale ja kohustab viimast millekski teise isiku heaks. Nii esineb igas imperatiivis peale välisautoriteedi kujutluse veel vähemalt kaks isikut. Üks on see, kes kohustub millekski, ja teine see, kelle heaks kohustatakse.

Imperatiivse normativiteedi vallas esineb aga kaht liiki erinevaid juhtusid. Ühtedel juhtudel *kohustatud*

---

[289] Vrd. selleteemalisi sotsioloogilisi käsitlusi, eeskätt G. Tarde, *Les transformations du droit*, Etude sociologique, Paris 1894. — Benone Mirinesco, *L'Idée du droit et l'école Anglaise*, Paris 1905. — Georges Heupgen, *L'Idée du droit*, Bruxelles 1892. — Ka Harold J. Laski, *A Grammar of Politics*, London 1938, lk. 89 jj.

isikule vastab *õigustatud* isik. S. t. kui ühel isikul on kohustus, siis on teisel isikul ka õigus nõuda selle kohustuse täitmist enese või kellegi kolmanda heaks. Teistel juhtudel on olemas vaid *kohustatud* isik, ilma et esineks ka vastav õigustatud isik. S. t. kui ühel isikul on kohustus millekski, siis teisel isikul, kelle suhtes kohustutakse, pole ometi õigust nõuda selle kohustuse täitmist enese ega mõne kolmanda heaks. Näiteks tuntakse kohustust toetada valgelillekorjandust, kindlasti teades, et seda pole keegi õigustatud nõudma ja et annetamisest sel puhul võib ka keelduda. Samuti kerjus almust paludes teab, et ta pole õigustatud midagi nõudma. Teisiti on aga lugu nende isikutega, kes näiteks on kohustatud võlga tasuma, tööd sammama, asutisele teateid saatma, kogukonnale pearaha maksma. Need isikud teavad, et on teisi, kes on õigustatud nõudma, et nad oma kohustusi ka täidaksid kas nende eneste või kolmandate isikute heaks [290].

Kohustus ilma õigustuseta ehk nõudeõiguseta, *pretensioonita* on vaid moraalne kohustus. Kohustus, millele aga korrespondeerib õigustus ehk nõudeõigus, *pretensioon*, on õiguslik ehk juriidiline kohustus. Kõlblusnormi valem on lihtsam õigusnormi omast. Esimeses esinevad *välisautoriteet, kohustatud isik* ja nõudeõiguseta *destinataar*. Teises järgneb *välisautoriteedile* samuti *kohustatud isik*, sellele aga vastab juba *õigustatud isik*, s. o. nõudeõigusega isik, ning viimasele võib veel järgneda ka nõudeõiguseta *destinataar*.

Vaadeldes kohustatu suhet selle isikuga, kelle heaks kohustutakse, nähtub, et kõlblusimperatiives see on lahtine, kuna aga õiguse vallas ta on kinnine. S. t. kõlblusnormes kohustus pole seotud õigustusega, on nõudevaba, pretensioonivaba, kuna õigusnormes on ta aga alati seotud nõudega. Seepärast tohib ses suhtelises mõttes *defineerida*, et

---

[290] Vrd. Eli F. Ritter, *Moral Law and Civil Law*, Ohio 1910. — Somló, *op. cit.*, lk. 66 jj.

(69) *imperatiiv x on siis ja ainult siis õigus, kui imperatiiv x on pretensioosne imperatiiv* [291].

Teiste sõnadega, õigus on p r e t e n s i o o s n e imperatiiv, kuna kõlblus aga tähendab v a b u imperatiive. Kuid viimane pole mitte vaba imperatiiv *autonoomse* normi mõttes, millena tavatseb kõlblust tõlgendada näiteks S o m l ó [292]. Iga imperatiiv n i i k u i n i i seob, sest ta on ju *sotsiaalne* norm. Ent see seotavus on kõlbluses s u h t e l i s e l t lõdvem ja vabam õiguse omast.

Iga imperatiiv tähendab mingi välisautoriteedi poolt tulevat h e t e r o n o o m s e t tahtmust, end peale suruvat objektiivset v õ õ r a s t tahet, millega käituva isiku autonoomne ehk *omatahe* vabalt liitub juhul, kui on tegemist m o r a a l i imperatiiviga. Õiguse vallas käituja *omatahe* aga liitub v õ õ r a tahtega paratamatult ja sunnitult [293]. Sest kui ta e i liitu, siis

---

[291] Vt. James G o l d s c h m i d t, *Der Prozess als Rechtslage*, Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925, lk. 227: „Zwei Arten der Rechtsauffassung stehen in der Hauptsache einander gegenüber. Die e i n e, die tatsächlich herrschende, ist die sog. Imperativentheorie, d. i. die Anschauung, dass das Recht ein Inbegriff von Imperativen sei." — „Keine der gegen die Imperativentheorie erhobenen Einwendungen vermag zu widerlegen, dass alles Recht imperativer Natur ist. Rechtssätze, die für sich allein keinen Imperativ enthalten, wie die begriffsentwickelnden oder verneinenden, sind unselbständige Rechtssätze" (*ib.*, 229). — „Wer die Imperativentheorie mit dem Hinweis auf eine abweichende Struktur vieler Rechtssätze widerlegen zu können glaubt, verwechselt Inhalt und Form..." (*ib.*, 230). — Vt. ka *op. cit.*, *notae* 1255—1330.

Ka kaasaja parimaid õigusteoreetikuid, noorelt lahkunud ungari õpetlane S o m l ó kuulub *voluntaristliku imperatiivideteooria* pooldajate hulka, ent mitte täiesti. Ta eraldab imperatiivsete ja imperatiiv-atributiivsete normide kõrval ka veel nn. *promitiivseid* norme, *Versprechensnormen.* — Vt. ka Artur B a u m g a r t e n, *Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode*, I, Die theoretische Grundlegung, Tübingen 1920, lk. 328 jj., S o m l ó kohta *ib.*, 215 jj. — Vrd. Wilhelm F u c h s, *Lex permissiva, Indifferenzstandpunkt, rechtsleerer Raum. Lückenfrage, i.* Revue int. de la théorie du dr., 1926/1927, I.

[292] Vt. S o m l ó, *op. cit.*, lk. 66 jj.

[293] Vrd. Wilhelm W i n d e l b a n d, *Normen und Naturgesetze, i.* Präludien, 1911, 2. — Alexander P f ä n d e r, *Phänomenologie des Wollens*, Eine psychologische Analyse, Leipzig 1900, lk. 10 jj. — E. H ö l d e r,

võib sellele tegelikult järgneda otsene surve mingikujulise *sanktsiooni* näol. Õigusnorm on põhimõtteliselt sanktsioneeritav imperatiiv, kuna kõlblusnorm põhimõtteliselt pole sanktsioneeritav. Viimast lauset ei tohiks siiski mõista teoreetilise *definitsioonina*, sest ta viiks vahest valele arusaamisele, nagu poleks norm siis enam õigusnorm, kui tema jaoks pole õiguslikku sanktsiooni[294] ette nähtud või kui sanktsioone tegelikult ei rakendata või kui teda täidetakse sundimatult[295]. Õigusnormi sanktsiooni küsimus on tõeliselt õigusnormi tegeliku rakendamise ja rakendamatuse küsimus. Kui aga õiguses tema omadustele vastavalt sanktsioon on enesestmõistetavalt alati võimalik, pole viimase kasustamine sugugi kokkukõlas kõlbluse mõiste ja loomuga. Niipea kui kõlblusnorm sanktsioneeritakse, on ta lakanud olemast ja temast on juba saanud õigusnorm.

Õigusnormide eraldamiseks kõigist metajuriidilisist normest kehtib vääratamatu kriteeriumina otsustus, mis ütleb, et

(70) *kui norm x on sanktsioneeritud norm, siis norm x on õigusnorm.*

Viimasena-esitatud otsustus (70) võiks hästi sobida *õiguse definitsiooniks* õigusele, mida ametlikult luuakse moodsais riiges. Ent säärane definitsioon ei saaks pretendeerida teoreetilisele üldkehtivusele. Sest leidub rohkesti pretensioosseid imperatiive, milledega ei kaasu mingeid *juriidilisi* sanktsioone. Õigusnorm ei tarvitse olla varustatud juriidilise sanktsiooniga eriti ekstraetatistlikes ühikuis ja muidugi neil juhtumeil, mil tema elustumine on juba tagatud faktiliste olustikkude ja metajuriidiliste mõjustuste kaudu.

Das positive Recht als Staatswille, i. Archiv f. öff. Recht, 1908, 23. — Eugen Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung*, Basel 1925, lk. 28 j.

[294] Sanktsiooni mõiste fenomenoloogilist selgitlust vt. Schreier, *op. cit.*, lk. 66 jj., 163 jj., 173 jj. — Somló, *op. cit.*, lk. 65 j., 145 jj., 200 jj. — Invrea, *op. cit.*, lk. 355 jj.

[295] Õieti märgib Somló, *op. cit.*, lk. 65: „Schliesslich ist der Begriff der Norm auch noch unnützerweise mit dem Begriff der „sanktionierten" Forderung, d. i. mit einer Drohung für den Fall ihrer Nichtbefolgung, bezw. mit einer Belohnung ihrer Befolgung verquickt worden." Seda passust selgitab kirjanduslikult samas *nota* 2.

Eelesitatud väitluslauseist vastab definitsiooni moodustamise nõuetele *määratlus (69)*, mille järgi õigus tähendab pretensioosset imperatiivi. Kuid samule nõudeile vastab ka *määratlus (70)*, mille järgi õigus on sanktsioneeritud norm, ja mis sobib definitsiooniks kõigele ametlikult loodavale õigusele.

Range loogika vaatekohast näib olevat mõistmatu tegu defineerida üht ja sama nähtust mitmeti ning pealegi siduda määrangut veel tingimustega. Ent küsimus ei seisne siin ranges loogikas, vaid esitatud mõistemäärangute praktilises otstarbekuses, käsitsemise lihtsuses ja arusaadavuses. On selge, et *definitsioon (70)* on märksa käsitsemiskõlvulisem kui *(69)*, olgugi et üksnes viimane on õige. Kuigi ka „allmaailmaõigus", varaste, kelmide, petiste ja sulide õigus, vandeseltslaste ja salaloožide õigus, laste ja alaealiste ekstraetatistlik omaõigus, Camorra ja Ku Klux Klani riikliku õigusega konkureeriv õigus on ikkagi õigus, olgu siiski rõhutatud, et praktilisil juristel ei tule teha tegemist mitte mingi muuga, kui vaid etatistliku ja intraetatistliku õigusega. Just seda õigust arvestabki *mõistemäärang (70)* ja kasuliku *„tarbe"-definitsioonina* on ta siin ühtlasi ka õige. Teatavasti prantsuse õigusteadus ei tunne üldse õiguse teoreetilist definitsiooni, kui selleks mitte lugeda just määrangut, mille kohaselt õigus on see, mida parlament või riigivalitsus õiguseks tunnistab [296]. Ent kes saaks öelda, et prantsuse juristid, oma riiklikku „õigusemõistet" kasustades, pole toime tulnud dogmaatiliste probleemide selgitamisega [297]. Kuigi väga kum-

---

[296] Vrd. Ross, *op. cit.*, lk. 71 jj., 3 jj. — Parimaid prantsuse definitsioone Félix Moreau, *Précis élémentaire de Droit constitutionnel* (Organisation des Pouvoirs publics et Libertés publiques), Paris 1928, lk. 1: „Le Droit, considéré comme objet d'étude et dans un sens général, comprend l'ensemble des institutions d'un peuple."

[297] Natsionaalsotsialistlikele õigusteoreetikuile on õigus see, mida Adolf Hitler õiguseks tunnistab. Ja praeguse SSSR-i kommunistlikele õpetlasile õigus on domineeriva ühiskondliku klassi klassihuvisid kaitsev normistik. — Vt. kõigepealt Ulrich Scheuner, *Le peuple, l'Etat, le droit et la doctrine nationale-socialiste, i.* Revue du droit public, 1937, LIV, 1, lk. 38 jj. — Dranicyn, *Konstitucija SSSR*, lk. 9 jj. —

maliselt kõlav, kuid tõsiasi on koguni see, et praktiline jurist üldse ei tarvitse osata õiguse mõistet määratella ega teadagi, mis õigus on, kuna aga, näiteks, mõeldamatu on sotsioloog või ajaloolane, kes ei suudaks õigust eraldada muist nähtusist. Kui ebaõiget definitsiooni tingimustele vastavalt õieti kasustatakse ja kui ta praktilisi otstarbeid paremini teenib, kui õige definitsioon, siis on ta ka õigustatud. Meenutatagu, et Eukleidese ebaõige geomeetria kehtis tervelt 2200 aastat ja praegugi sobib ta väiksemate kiiruste käsitamiseks isegi paremini kui uus Riemanni geomeetria [298]. On mõistetav, et tavalises igapäevases elus oleks astronoomilisi nähtusi märksa lihtsam seletada, kui asuda vaatekohale, et *Maa* on liikumatu, kuigi see pole teaduslikult õige. Heliotsentrilise astronoomia asemel saaks teatavais piires kasustatav olla ka geotsentriline astronoomia.

Säärased ebaõiged *tarbedefinitsioonid* evivad praktilist väärtust üksnes siis, kui silmas peetakse tingimusi, millest sõltub nende kehtivus, ega unustata nende õiget tähendust. Eriti viimasena esitatud õiguse mõiste määrangu puhul ei tohi unuda, et sanktsioon pole mitte õigusnormi osis, vaid täiesti iseseisvat sihti taotlev eri õigusnorm. Ta ei esine aga kunagi lahus teistest, sest tema ülesandeks on teiste normide rakendumist kindlustada. Sanktsioon on selle tagamiseks, et loodavaid norme tõepoolest ka õigusnormidena käsitsetaks. Riiklikkude dimensioonidega korporatsioones leiduks alati selliseid isikuid, kellele loodud õigus on huvidevastane või ideoloogiliselt ebameelepärane. Sellistele oleks sanktsioneerimatu

---

G. M. Portugalov, *Revoljucionnaja sovest' i socialističeskoe pravosoznanie*, Peterburg 1922. — Franc Rakoš, *Revoljucionnoe pravosudie*, Peterburg 1922.

Tuleb tähendada, et sääraste mõistete man pole midagi arvustada, sest nad on vastava riigi poliitilise ideoloogia vaatekohast ka täiesti õiged.

[298] Vt. Tarski, *Einführung in die mathematische Logik*, lk. 80: „Während 2200 war für die Mathematiker das Werk von Euklid [Elemente] das Ideal und Vorbild der wissenschaftlichen Exaktheit." Surmalöögi andsid Eukleides'ele Poincaré ja Einstein, ning nüüd on ta teaduslikult täiesti vääratud, kuigi praktiliselt mitte väärtuseta.

norm võrdnev moraalinormiga või paljas sooviavaldus teatavaviisiliseks käitumiseks.

Et õiguskord on õiguse ühik, siis ta on ühtlasi ka pretensioossete imperatiivide ühik, mille normid moodsais riiges on alati sanktsioneeritud normid. Selle määratluse järgi on võimalik õiguskorda eraldada *„ühiskondlikust korrast"* ja *„seltskondlikust"* konventsionaalsest *korrast,* samuti vägivaldsest *invasiooni-* ja *okupatsioonikorrast,* aga ka kõigist muist sellelaadseist korraühikuist. Kõigis neis kas pole tegemist pretensioossete imperatiividega või nad ei vasta õiguskorra mõiste *määrangus (63)* esitatud omadusile ja tunnustele.

„Seltskondlik kord" oma tabade, juurdunud kommete ja kõlblusnormistikkude [299] näol võib olla ametlikult legaliseeritud ja nii sisalduda õiguskorras eneses [300]. Normilooja lihtsalt viitab seltskondliku korra normistikele. Viitamise alusel viimased muutuvadki õigusnormistikeks. Nn. „avalik kord", *„l'ordre public", „öffentliche Ordnung"* kui eeskätt politsei-, distsiplinaar- ja kriminaalõiguslik mõiste [301] tähendabki seda, et ka seltskondlikele käitumisnormistikele on omistatud legaliteet ja et nad on sanktsioneeritud karistuse ähvardusel. Avaliku korra mõistega ei tähistata õiguskorda üldse, vaid peamiselt just neid normistikke, muu seas just eriti seltskondliku käitumise normistikke, mis tulevad rakendamisele *„publikus"* või „publiku" suhtes [302].

---

[299] Vrd. Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale* et à la philosophie du Droit, Paris-Neuchattel 1937, lk. 3 j.

[300] Vt. Paul Oertmann, *Rechtsordnung und Verkehrssitte,* Leipzig 1914.

[301] Vrd. Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif* et de droit public, Paris 1921, lk. 471: „L'ordre public, au sens de la police, est l'ordre matériel et extérieur considéré comme un état de fait opposé au désordre, l'état de paix opposé à l'état de trouble."

[302] Vrd. Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht,* Berlin 1929, lk. 128: „Vor allem sind Begriffe wie „öffentliches Interesse" und „öffentliche Ordnung" als gesellschaftlich zu deutende gemeint, wichtig vor allem für den Umfang der Polizeigewalt, deren Aufgabe die Wahrung der öffentliche Ordnung mitumfasst. Über die Zulässigkeit öffentlicher Nackt-

Nagu õiguskord võib hõlmata „seltskondliku korra", nii ta võib sanktsioneerida ka kogu „ühiskondliku korra" või mõne selle institutsiooni või instituudi. „Ühiskondlik kord [303]" viitab teatavas poliitilises ühikus esinevaile sotsiaalseile elanikkonnakihistusile ning nende aluseina tegelikult kehtivaile ökonoomilisile aktiivprintsiibele. Ses mõttes kõneldaksegi individualistlikust ja kollektivistlikust, kapitalistlikust ja sotsialistlikust ühiskondlikust korrast, kuigi mitte ilma, et jääks tähelepanuta vastava õiguskorra üldpoliitiline ideoloogia, mille raames see *„kord"* eksisteerib, nagu, näiteks, demokraatne *kapitalistlik*, demokraatne *kommunistlik*, fašistlik *kapitalistlik* [304].

Olgu tähendatud, et neis riiges, kus kehtib nn. *„õiguse supremaatia"*, *„õiguse suveräänsus* [305]" ehk *„õiguskorra autoriteet* [306]" juhi või juhtkonna autoriteedi [307] asemel, ühiskondliku korra aktiivprintsiibid evivad vaid siis õiguslikku relevantsust, kui nad on vastavas põhikorraaktis *expressis verbis* sõnastatud. Ühiskondliku korra rikkumisi neis riiges karistatakse samuti nagu õiguskorravastaseid eksimusigi, kuid ikkagi ainult sel

---

tänze, öffentlichen Nacktbadens, öffentlicher Vorträge über den Zeugungsakt, des Ausstellens einer Leiche im Schaufenster eines Sarggeschäfts, der Bezeichnung einer Gastwirtschaft als „judenreines", dann als „judenfreies" Haus, endlich als Haus, in dem „jüdischer Besuch höflichst verbeten" sei, sagt das Gesetz selbst gar nichts, auch würde Auslegung des Gesetzes vielfach nur ergeben, dass es sich selbst über die Fragen keine bestimmten Antworten zurechtgelegt hat, vielmehr erweist es auf die gesellschaftlichen Anschauungen und verleiht ihnen damit Rechtssatzwirkungen."

Avaliku korra mõiste parima selgituse on esitanud Ernest Roguin, *La science juridique pure*, Paris-Lausanne 1923, III, lk. 516 jj.

„Publiku" mõiste kohta vt. eriti G. Tarde, *L'opinion et la foule*, Paris 1922.

[303] Vrd. Du Pasquier, *op. cit.*, lk. 8: l'ordre social.

[304] Vrd. v. Wiese, *op. cit.*, lk. 594 jj.

[305] Vt. Laski, *op. cit.*, lk. 50 jj. „legaalsest" ja „poliitilisest" suveräniteedist.

[306] Vt. H. Krabbe, *Die moderne Staats-Idee*, Haag 1919, lk. 1 j.

[307] Vt. Scheuner, *op. cit.*, lk. 38 jj.

juhul, kui tema normid on ühtlasi õiguskorra sanktsioneeritud normid. Et neis riiges õiguskorra kõrval ühiskondlik kord ei evi mingit iseseisvat tähtsust, siis kehtiv õigus ei tarvitse viimast üldse mitte mainidagi, sest niivõrra kui ta on sanktsioneeritud, sisaldub ta ju õiguskorras eneses.

2. Õiguse liigitus.

Õiguskorra ühtsus on temas sisalduva õiguse ühtsus. Kuidas ka õigust liigitataks, ta peab jääma ikka ühtsaks tervikuks, kuivõrra ta esineb ühe ja sama õiguskorra ühikuna [308]. Käesoleva käsitluse otstarveteks õiguse liigitamisest arvestatakse üksnes liigitust *era-* ja *avalikuks* õiguseks.

Avaliku õiguse eraldamine eraõigusest on õige vana probleem. Juba A r i s t o t e l e s rühmitas õigusnorme selle järgi, kas nende rikkumine tekitab kahju ühiskondlikule ühikule või ainult üksikule ühiskondliku ühiku liikmele. Umbkaudselt sama vaade esines ka teiste tolleaegsete kreeklaste ja roomlaste filosoofilisis käsitlusis, kust ta on omapäraseid arenguteid pidi läbi kahetuhandeaastase vahemaa siirdunud kaasajagi teadusse.

J u r i s t i d e l e - d o g m a a t i k u i l e see vaheteoküsimus tundub olevat lihtsamaid. See on ka mõistetav, sest t a v a l i s e l t õiguskord otseselt määrab oma normistikes vastavad piirjooned või annab sellekohaseid üldprintsiipe, mida praktik saaks võtta vaheteo kriteeriumina.

Kuid t e o r e e t i k u i l e on see küsimus olnud raskeimaks. Ja paar tuhat aastat kestnud vaidlustele ning vastastikustele arvustustele ei näi tulevat veelgi lõppu.

Jakob H o l l i n g e r esitab oma Zürichi inauguraaldissertatsioonis [309] temal käepärast olnud kirjanduse najal sellekohaseid teooriaid tervelt 15, mis pole aga kaugeltki lõplik arv. Ent kuidas neis kõigis autorid oma õiget mõtteallikat ka varjaksid, siiski on selgesti läbi näha, et kõigi nende ü h i s e k s

---

[308] Vt. sesse küsimusse puutuvalt kõigepealt Benvenuto D o n a t i, *L'unità del diritto* e l'unità della scienza del diritto a proposito della distinzione del diritto in pubblico e privato, *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1926/1927, I, lk. 120 jj. — S c h r e i e r, *op. cit.*, lk. 177 jj.

[309] Jakob H o l l i n g e r, *Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht*, Zürich 1904, lk. 11 jj.

lähtekohaks on olnud kuulsa roomlase Ulpianiuse vastav *diktum*, mille sisu oma maitse kohaselt teisendatakse, rõhutades sellest üks üht, teine teist või lisandades midagi või vähendades millegi poolest selle õiget sisu.

See Ulpianuse *diktum* on võetud *Digesta*'st [310], kus ta evib järgmist sõnalist kuju: *„Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum — quod ad singulorum utilitatem."* See lause püsis otse ortodoksselt nii glossaatorite kui ka loodusõiguslaste käsitlusis XIX sajandi alguseni, pärastpoole aga teisendatult ning enam või vähem vabas kommentaaris, aga osaliselt ka samas sisus ajaloolise kooli esindajate määranguis.

Ulpianuse *diktumit* on tavatsetud mõista vaateväljendusena, mille kohaselt avalik õigus on õigus, mis kehtib avalikes huvides, eraõigus aga õigus, mis kehtib erahuvides. See tõlgendus aga ei pea paika, sest Ulpianuse väljendis ei kõnelda avalikest huvidest, isegi mitte riigi huvidest, küll aga üksnes *Rooma* riigi huvidest. Ulpianus on lähtunud rooma õiguskorrast ja öelnud oma lause selle mõistmiseks ja selgitamiseks. Tolleaegses olustikus Ulpianusel ei saanud üldse mõttessegi tulla oma rooma õiguse formelit üldistada ning tema kehtivust kõikjale laiendada. Nagu ka professor dr. Maim [311] tähendab, rooma kujutlused oma *imperium mundi*'st lülitasid hoopis välja mõtte paljude võrdsete poliitiliste ühikute koeksistentsist, sest Rooma riik oli ainuke mõeldav riik roomlasile. Ent rooma õigusest vaimustatud ja ajaloolise mõtlemise kammitsais individualistlikud liberaalid üldistasid Ulpianuse mõtet ning tegid tema väljendist *definitsiooni* ja *divisiooni*.

Täielikul kujul Ulpianuse *diktum* sisaldab järgmisi lauseid: *„Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim."*

---

[310] D 1, 1, *de iustitia et iure.*

[311] N. Maim, *Völkerbund und Staat*, Tartu 1931, lk. 9 j.

Selles Ulpianus annab tõepoolest *klassifikatoorseid* lähtekohti: *huius studii duae sunt positiones,* rooma õiguse selgitamiseks: *publicum et privatum,* lisades määratlevale lausele: *publicum ius est* jne. lõppu selgituseks: *sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.* Viimast ei tule aga eriliselt rõhutada, sest ta ei evi ses *diktumis* iseseisva ütluse funktsiooni, vaid ainult selgitab, mispärast *huius studii duae sunt positiones.* Järelikult viimane lause ei klassifitseeri huvisid üldse, vaid ainult rooma õiguskorra käsitamiseks rooma enese huvisid, seades neile vastu erahuvisid. Et Ulpianuse laused ei defineeri õigust, vaid määratlevad õiguse uurimise lähtekohti, *positiones,* selgub järgnevast *passusest,* milles rooma tolleaegsete mõistete järgi avalikku ja eraõigust selgitatakse, loendades ja määratelles nii siin kui ka seal esinevaid õigusharusid ning instituute. Alles selle *passuse* ligitõmbamisega saadakse ka rooma õiguse tarvis Ulpianuse *definitsioon* avaliku ja eraõiguse mõistete määratlemiseks.

Kuid võetagu Ulpianuse lause era- ja avalikust õigusest ikkagi *definitsioonina* ja *divisioonina. Definiendum*'iks siis oleks kord avalik õigus, kord eraõigus. *Definiensis*'eks oleks avalikule õigusele õigus avalikes huves ja eraõigusele õigus erahuves. Sest on olemas avalikud huvid ja erahuvid. Avalikud huvid aga on Rooma huvid. Dihhotoomia seaduse järgi kõik see, mis pole Rooma huvid, on erahuvid. Sellest nähtub, et nii säärase definitsiooni *definiendum*'is kui ka *definiensis*'es esineb *x per x* ja *idem per idem* ning *circulus in definiendo.* On selge, et vastav lause ei määratle ega liigita midagi, küll aga esitab vaid *duae positiones,* mida Ulpianus õieti tahtiski väljendada.

Varieerides ja rõhutades Ulpianuse arvatavas definitsioonis üht või teist mõtet, on saadud sari teooriaid, mida rühmitatakse *formaalseiks* ja *materiaalseiks,* vastavalt vaadeldavate normistikkude väli- või sisemomentidele[312]. Sisu teooriad oma võimalikes variantides tahavad kahe

---

[312] Vrd. Th. V. Taranovskij, *Enciklopedija prava,* Berlin 1923, lk. 180 jj. — G. F. Šeršenevič, *Obščaja teorija prava,* Riga 1924, lk. 329 jj. — Petražickij, *op. cit.,* II, lk. 663 jj.

õigusharu vahel näha vahet selles, kas nende normide sisuks on *varalised* või *isikulised* huvid. Kui nad korraldavad varalisi suhteid, siis on tegu eraõigusega, kui isikulisi, siis avaliku õigusega.

Sisuteooriad muunduvad sihiteooriaiks[313], niipea kui nende formulatsioone pisut teisendada vaid sõnastuselt. Sihiteooriad oma paljudes variantides tavatsevad näha avaliku ja eraõiguse vahet selles, kas nad kehtivad avalikes huvides või erahuvides. Seega eespool-esitatud sisuteooriad oleksid vaid kitsamalt piiritatud sihiteooriad. Kui sihiteooriad kõnelevad huvidest või sihtidest üldse, siis sisuteooriad kõnelevad vaid lähemalt määrateldult ja nimelt erahuvidest ja -sihtidest kui *varalistest* ja avalikest kui *puhtisikulistest.* Mõlemas materiaalsete teooriate rühmas on niiviisi juttu ikkagi Ulpianuse *iuris studii duae sunt positiones: publicum et privatum — sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.*

Samad teooriad ilmnevad veidi teisendatult ka vaadendeis, mille järgi avalik õigus on õigusharu, mis korraldab alamate või kodanikkude *suhteid riigiga,* kuna eraõigus on õigusharu, mille sihiks on korraldada *kodanikkude omavahelisi suhteid.* Samuti ilmnevad nad vaadendeis, mille järgi avaliku õiguse sihiks on korraldada *kodanikkonda tervikuna,* eraõiguse sihiks aga käsitella *kodanikke üksikult,* või, vastavalt, teenida sotsiaalehk *üldhuve* või individuaal- ehk *erahuve.* Neis teooriais lisandub eelmisis esinevaile sisuelementidele veel õiguslikkude korralduste *detsentraliseeriv* ja *tsentraliseeriv idee*[314].

Formaalsed teooriad tavatsevad väita, et eraõigus on õigus, mille nõudeid kaitstakse erilises korras kodanikkude omal algatusel, avalik õigus on õigus, mille nõudeid kaitstakse avaliku võimu esindajate algatusel[315].

Kõik need teooriad sisaldavad *definitoorseid x per x, idem per idem* ja *circulus vitiosus,* nagu Ulpianusegi arvatav definitsioon. Ükski neist ei vasta ka õiguslikule tõelikkusele.

Huvide kohta, nii sisu- kui ka sihiteooriais, on juba professor dr. Grimm öelnud, et nende alusel õiguse liigitus

---

[313] *Op. cit., ib.*

[314] *Ib.*

[315] *Ib.*

on täiesti võimatu, sest eriti just tsiviilõigusel on tohutu suur avalik huvi [316]. On ju teada, et riik alatasa üha suuremal määral tungib eraalgatuse ja -huvide valdkonda ning seetõttu see, mis varemini oli erahuvide sfääriks, muutub avalikuks huvialaks. Eraõiguse alad on üha kitsenemas kõikjal. Meenutatagu kõigepealt *tööõigust,* mille suhted olid varemini puhttsivilistlikud. Meenutatagu ka *maa-* ja *veekorraldust, jahindust* ja *kalandust,* mis juba on muudetud h a l d u s õ i g u s e erialadeks. Dogmaatiline piiritõmbamine era- ja avaliku õiguse vahel ei ole teadusmeeste, vaid riigipoliitikute asi. Kõik sõltub siin sellest, millist poliitilist tähtsust evib vastavas riigis üks või teine ökonoomiline valdkond. Kui rahva majanduslikkude üldhuvide vaatekohast tuntakse tarvidust eraautonoomiasse tungimiseks, siis avalikõigustatakse vastavad eraõiguslikud instituudid, mille tõttu eraõiguse väli väheneb ning selle arvel avaliku õiguse mõjupiirkond suureneb [317].

Pole ka õige, et ainult eraõiguse sisuks või sihiks on *varaliste* suhete korraldamine. Teatavasti *maksunduse* ja *eelarve,* samuti paljude haldusõiguse teiste eriharude normistikkude sihiks ja sisuks on m a j a n d u s l i k k u d e suhete korraldamine. Teiselt poolt pole samuti ka õige, nagu oleksid eraõiguse sisuks ü k s n e s varalised vahekorrad. Teatavasti *erateenistusõiguse instituut* sisaldab ometi p u h t i s i k u õ i g u s l i k k e suhteid, millede sisu on sama, mis avalikugi teenistuse õiguse normistikel.

Eraõigusse kui *detsentraliseerivasse* või kodanikkudevahelisse ja avalikku õigusse kui *tsentraliseerivasse* või kodaniku ning riigi vahelisse puutuvalt olgu tähendatud, et ka riik astub eravahekorda eraisikuga ja on detsentraliseeriva õiguse kasustajaks endataoliste suhtes. Ka *monarh* võib osta,

---

[316] Vt. D. D. G r i m m, *Kurs rimskago prava,* I, S.-Peterburg 1904, lk. 78.

[317] Vt. selle kohta Franz W i e a c k e r, *Wandlungen der Eigentumsverfassung,* Hamburg 1935. — Ernst Rudolf H u b e r, *Wirtschaftsverwaltungsrecht,* Institutionen des öffentlichen Arbeits- und Unternehmensrechts, Tübingen, 1932, lk. 91 jj. — Günther H o l s t e i n, *Die Lehre von der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung,* Berlin 1921.— Herman B r ü c k n e r, *Der privatrechtsgestaltende Staatsakt,* Leipzig 1930.

müüa ja pantida ja nii kasustada eraõigust oma sihtideks. Ka *riigitöölised* ei tarvitse alluda muule kui eraõiguse režiimile. Pealegi on neis teooriais riigi, monarhi või eraisikute näol tegu *tundmatutega*, nende määratlemisega vastastikku ja *ringlemisega* määrangus, nagu eelmisiski vaadendeis.

Samad vead leiduvad ka formaalseis teooriais, mis peale muu ei vasta ka tõsiasjadele. Pole sugugi õige, et avalikke õigusi kaitstakse eraõigusest erinevas korras. Ei vasta tõele, et avalikku õigust kaitseb vaid asutis või ametnik. Vastavalt sellekohaseile õiguskorra sätteile neid kaitsevad ka eraisikud. Praegusel ajastul tuntakse kõikjal nn. *actio popularis*'e instituuti, mis omistab igale kodanikule õiguse, vaatamata tema isiklikule huvile ja õigusele, esineda kohtuliku *kaebusega* või haldus*vaidega* isegi teiste isikute avalikkude õiguste kaitseks. Moodne *tööõigus* tunneb kollektiivlepingute instituute, mis kutseühingut õigustab esinema kohtuliku kaebusega oma liikmete erahuvide kaitseks.

Et Ulpianuse *diktumist* lähtunud või *diktumit* muundanud teooriad ei osutunud vastastikuse arvustuse silmis paikapidavaks, siis kujunes avaliku ja eraõiguse vaheteo probleem eriti kahekümnenda sajandi kirjanduses väga keeruliseks küsimuseks. Hakkas kostma hääli, mis selle vaheteo praktilist tarvilikkust ja teaduslikku võimalust üldse eitasid [318]. Esines koguni autoreid, kes selle vaheteo määratlemisest üldse loobusid. Juba sakslane Cosack era- ja avalikku õigust piiritades jättis vastavate piirjoonte täpsama demarkee-

---

[318] Analoogilist juhtumit õiguse mõiste suhtes mainib kurioosumina Karl Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Kritische Abhandlungen, I, Leipzig 1892, lk. 62, *nota* 1: „J. Oudot, Conscience et science du devoir, Introduction à une explication nouvelle du C. N., I, Paris 1855 p. 174 äussert schliesslich resigniert die Ansicht, mann könne das fatale Wort *droit* ganz gut aufgeben, ohne es zu vermissen, und Isid. Müller, Die Lehre von den Rechten, Vom Unrechte und seiner Behandlung in und ausser dem Staate, Wien 1861 S. 30 glaubt nicht minder durch Weglassung des ganzen Terminus Recht all den Verlegenheiten zu entgehen, welche ihm der Begriff Recht bereitet. Das ist nun allerdings ein schwächliches Auskunftsmittel, durch Dezimierung des Lexikons wissenschaftliche Beängstigungen zu heben, die von solchen Geistern gar nicht aufgesucht werden sollten."

rimise avalikõiguslastele, kel siin esinevaid raskusi olevat parem käsitella kui temal tsivilistina [319]. Ja romanist Grimm, praegune Tartu Ülikooli professor emeritus, loobus selle probleemi teoreetilisest lahendamisest täiesti. Tema arvates avaliku ja eraõiguse vaheteo teaduslik põhjendamine olevat lootusetu. Ka ei evivat selle vaheteo piiritamine mingit teoreetilist väärtust, sest temas olevat tegemist ajalooliselt kujunenud ning puhtpraktilisi sihte rahuldava õigusinstituutide rühmitamisega [320].

Selles ei kahtle tänapäeva avalikõiguslasist keegi, et avaliku ja eraõiguse vahetegu on ajalooliselt arenenud õiguskorra küsimus. Ka see on õige, et see probleem ei evi sellist teoreetilist väärtust, mida talle on seni omistatud ning mõned juristid nüüdki veel omistavad. Samuti pole ka ses kahelda, et õiguskord on mõeldav ja ajalooliselt koguni esinenudki, ilma et tema normistikke liigitataks praktilisil kaalutlusil era- ja avalikõiguslikeks.

Kuid täiesti väär on arvamus, et dogmaatilisi õiguskorra küsimusi ei saa uurida ja käsitella teoreetiliselt. Sest kui see vaatekoht õige oleks, siis peaks *argumentum a contrario* alusel väitma, et õiguskorra teoreetiline uurimine, samuti õiguse üldteooria on üldse võimatu või on võimalik üksnes õiguslikku elu mittearvestav, ainult formaalloogiliste võtete abil moodustatav abstraktsete õigusmõistete süsteem. Säärane abstraktformalistlik teadus polekski teadus, vaid teaduslik propaganda kunstlikkude konstruktsioonide kasustamiseks õiguslikus elus. Säärase parimaks näiteks on Kelseni formaalkonstruktivism, mis avaliku ja eraõiguse vahetegu täiesti eitab. Lähtudes abstraktsest *normoloogilisest valemist (3)*, Kelsen on tšehhi õpetlase Franz Weyri [321] eeskujul taotelnud tõestada, et kõik õigus on avalik õigus. Valemis *„kui p, siis olgu q"* evib normatiivset tähtsust ses küsimuses üksnes *q* isik, kes kohustub teatavas käitumiseks, niipea kui õiguslikku ellu ilmub *p*.

---

[319] Konrad Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, I, Jena 1913.

[320] Grimm, *op. cit.*, lk. 81.

[321] Franz Weyr, *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*, i. Archiv des öffentlichen Rechts, 1908, lk. 529 jj.

Kõik normid adresseeruvad üksnes *q* isikule, kelleks on kohtunik, ametnik, asutis, s. o. avalikõiguslik isik. Järelikult kõik õigus on avalik õigus [322].

Teooria on ikka selleks, et tema abil seletada fakte ja elu. Kelsen aga koguni eitab ja salgab tõsiasju, loobudes nende seletamisest. Ometi on avaliku ja eraõiguse vaheteoprobleem õiguskorra sääraseks põhiprobleemiks, milleta pole võimalik läheneda ühelegi dogmaatilisele küsimusele. Kuigi ajaloos see vahetegu pole alati esinenud, on ta tänapäeval õiguslikku ellu seevõrra juurdunud, et pole kujuteldav uute õiguskordade tekkimine, mis teda ei retsipeeriks. Ta on kaasaegsele õiguslikule elule seevõrra omaseks saanud, et tema kõrvaldamine tunduks otse revolutsioonilise sammuna, kuigi see samm oleks põhiseaduslikult lubatav ja tavalise seadusandluse teel astutav.

Alamal asutakse seda probleemi selgitama vaadendi alusel, mis on ilmutatud käesoleva teose autori *Administratiivakti teoorias*, 1932, mida siinkohal vaid selleks edasi arendatakse, et seal esinevate mõistete alusel oleks võimalik anda nii era- kui ka avaliku õiguse määrangud [323].

Eraõiguse normistikkude vaatlus osutab nende loojate-adressaatide suurt erinevust avalikõiguslikkude normiloojate suhtes. Eraisikud on oma tahteavaldusis sellekohaste kehtiva õiguse normistikkude piirides teineteise suhtes täiesti vabad. Kehtiva õiguse raamides on neile jäetud tahte-autonoomia, mille kasustamisel kumbki adressaat pole sõltuv teisest. Kumbki adressaat väljendab oma tahet *dis-*

---

[322] Säärane vaade on võitmas taas pinda eriti viimaseil aastail saksa natsionaalsotsialistlikkude teoreetikute seas. Vrd. eeskätt Ernst Rudolf Huber, *Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts*, Berlin 1935, lk. 7 j. ja seal osundatud kirjandus.

[323] *Administratiivakti teoorias* avaldatud vastavale vaadendile väga lähedasi, peamiselt terminoloogiliselt erinevaid mõtteid on paar aastat hiljem arendanud ka Toulouse'i professor André Hauriou, *L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé, i.* Recueil d'Etudes sur les Sources du droit, III, 1934, lk. 92 jj. — Sarnanevalt, ent vähem õnnestunult ka ungari normativist, Budapesti professor Julius Moór, *Öffentliches und privates Recht, i.* Revue internaitonale de la théorie du droit, 1938, XII, 1, lk. 9 jj.

positiivselt, s. o. seaduses ettenähtud tahteautonoomiat suvaliselt kasustades. Need seadusnormid on ses mõttes *dispositiivsed normid.*

Ka avalikus õiguses jäetakse vastavaile adressaadele teatav tahteautonoomia, mida nende poolt kasustatakse täiesti suvaliselt. Adressaadid pole kellestki sõltuvad, kui silmas pidada vaid neid piire, mis vastava autonoomia pädevuse määratleb. Ent on suur vahe selle tahteautonoomia kasustamises eraõigusliku suhtes. Kui eravaldkonnas on normiadressaadid oma tahteavaldusis võrdselt vabad mõlemad, s. o. nii *aktiiv-* kui ka *passiiv-isik*, siis avalikus õiguses on ses asjas lugu sootuks teisiti. Viimases ainult aktiivadressaadile on omistatud autonoomia, kunagi aga mitte passiivadressaadile. Avalikõiguslik autonoomia tähendabki õieti õigust, mis omistatakse poliitilisele ühikule ja selle organile, aktiiv-adressaadele määrata passiiv-adressaatide käitumist suvaliselt. Üksikute publitsistlikkude aktide vaatlus osutab, et neis kõigis aktiiv-adressaat on alati ainukeseks aktiautoriks, kuigi teinekord akti toimetamisel tuleb arvestada ka passiiv-adressaatidest sõltuvaid tingimusi ja eeldusi. Viimased võivad esineda ka eraisikutele kui passiiv-adressaatidele omistatud õigustena, mida sel puhul tuleb akti andmisel ka paratamatult silmas pidada. Ent tõsiasjaks jääb, et aktiandjaks on üksi aktiivadressaat, hoolimata passiiv-adressaadi kaasateotsemisest. Seepärast passiiv-adressaadi vaatekohast tundub, nagu määrataks tema õigused ja kohustused aktiiv-adressaadi poolt meelevaldselt, sest põhimõtteliselt pole avalikus õiguses passiiv-adressaatidel mingit kaasarääkimise õigust nende kohustuste ja õiguste sisustamisel. Põhiseaduse, seaduste või määruste andmisel ei tuleks kellelgi üksikul mõttessegi nõuda, et arvestataks sel puhul ka tema isiklikku tahet. Kui avaldataksegi soove ja arvamusi selle kohta, millist sisu üldsuse vaatekohast antavais üldaktes sõnastatavad normid peaksid evima, siis ei motiveerita kunagi oma kaalutlusi üksikute eraisikute huvide lähtekohast. Samuti on lugu publitsistlikkude üksikaktidega, mis ju õieti on publitsistlikkude üldaktide, seaduste ja määruste konkretiseerijaiks ning seepärast evivad paratamatult samu publitsistlikke omadusi, hoolimata oma sisu konkreetsusest ja individuaalsusest. Ka neid

annab, muudab ja tühistab aktiiv-adressaat täiesti vabalt, s. o. küsimata passiiv-adressaatidelt, kas see neile meeldib või mitte, silmas pidades üksnes õiguse loomise mooduse kohta püstitatud nõudeid. Seega avalikus õiguses aktiiv-adressaat teotseb passiiv-adressaadi suhtes põhimõtteliselt pretseptiivselt, s. o. ettemääravalt, dikteerivalt, ettekirjutavalt, ühepoolselt.

Need normid, mis määravad eraisikute käitumist, ei luba ühel adressaadil kunagi teist ühepoolselt enese kasuks kohustada. Need normid aga, mis määravad avalikkude ametnikkude ja asutiste käitumist, teinekord otse kohustavad viimaseid nõudma passiiv-adressaadelt teotsemist üldsuse kasuks. Kui aktiiv-adressaat avalikus õiguses on ühepoolselt väljendanud käske või keelde, siis need, olles tehtud kehtiva õiguse nõuete kohaselt, on põhimõtteliselt kehtivad seni, kuni neid pole muutnud sama või mõni teine aktiiv-adressaat. Eraõiguses kohustus pääseb kehtima ja on mõeldav üksnes siis, kui teine adressaat on selle loomisega nõustunud, kusjuures passiiv-adressaat võib sellest ettenähtud menetluses ka ühepoolselt vabaneda, mis aga avalikus õiguses mingil juhul ei saa esineda.

(71) *Normiadressaate, mis on õigustatud looma õigusnorme dispositiivselt, nimetatakse dispositiiv-normiadressaadeks.*

(72) *Normiadressaate, mis on kohustatud või õigustatud looma õigusnorme pretseptiivselt, nimetatakse pretseptiiv-normiadressaadeks.*

(73) *Dispositiiv-normiadressaatide käitumist korraldavat õigusnormistikku nimetatakse eraõiguseks.*

(74) *Pretseptiiv-normiadressaatide käitumist korraldavat õigust nimetatakse avalikuks õiguseks.*

Esitatud *määrangute* kohaselt eraõigus sisaldub põhiseaduses, seadusis, tabades, ja kui põhiseadus seda võimaldab, siis ka määrusis, ning omavahelisis eratehinguis. Seadused konkretiseerivad põhiseaduse, määrused seaduse ning eratehingud kõigi üldaktide ja tabade norme. — Avalik õigus sisaldub samus üldaktes ja tabades ning veel ka üksikaktes.

Õeldust selgub, et vahet teha era- ja avaliku õiguse vahel vastavate aktide, eriti *üldaktide* alusel, nagu seda

mõned autorid tavatsevad, on täiesti mõeldamatu. Esiteks põhiseadus on alati üldiseks allikaks nii ühele kui ka teisele adressaatide kontingendile ja seega nii era- kui ka avalikule õigusele. Teiseks neist aktidest vaid eratehingud sisaldavad üksnes eraõiguse norme, kuna publitsistliku aktina tsiviilkoodeks, näiteks, sisaldab ainult eraõigust.

Ülalskitseeritud teooriat avaliku ja eraõiguse vaheteo kohta võrreldagu sellekohaste, Ulpianuse mõjust enam-vähem vabanenud moodsate vaadenditega.

Kõigepealt *subordinatsiooni* ja *koordinatsiooni* doktriinisse[324] puutuvalt olgu tähendatud, et eelesitatud avaliku õiguse määrang vastab temale täielikult, kuivõrra küsimus puutub avaliku õiguse normiadressaatide suhteisse. Need suhted on alati kaheldamatult *sub-* ja *superordinatsiooni* suhted. Avalikus õiguses on aktiiv-adressaat passiiv-adressaadile põhimõtteliselt superordineeritud. Ses mõttes need suhted on siin ikka ebavõrdsete adressaatide suhted. Nad on suhted, kus ühel on õigus käskida ja keelata ning teisel kohustus neid käske ja keelde täita. Järelikult on siin adressaadid asetatud erilisse võimuvahekorda, milles alistavaks pooleks on aktiiv-adressaat normiloojana-aktiandjana ja alistatavaks aga see, kellesse norm või akt puutub.

Võimuvahekord ei tarvitse aga eraõiguses üldiselt mitte ilmneda. Kuid tähendatagu, et tema esildumiseks ei puudu võimalus siingi. Üldaktides sisalduv eraõiguse normistik võib eraisikule võimaldada luua subordinatsioonivahekordi teise eraisikuga. Üks eraisik, astudes teise eraisiku erateenistusse, kohustub alistuma viimase käskudele ja keeldudele, nagu ta kohustub alistuma ka avaliku asutise või ametniku käskudele ja keeldudele. Ent tähendatagu, et eraisikute super- ja subordinatsioon on alati põhimõtteliselt vabatahtlik, sundusetu, mõlemapoolselt suvaliselt loodav, mitte aga ühepoolselt kohustav.

---

[324] Vt. lähemalt Theodor Maunz, *Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts*, lk. 58 jj. — Rudolf Herrmann Herrnritt, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, Tübingen 1921, lk. 58.

Tsentralisatsiooni ja *detsentralisatsiooni* teooriasse [325] puutuvalt olgu tähendatud, et koordinatsiooni idee eraõiguses ei tarvitse esilduda igal juhul, kuigi ta kaheldamatult rakendub eraõigust sisaldavate *üldaktide* konkretiseerimise juhtudel eratehingute kaudu. Oma tahete avaldamisel ja sõnastamisel eratehingute vormis on kõik eraisikud salgamata üksteisega võrdsed ja ses mõttes ka üksteise suhtes kindlasti koordineeritud ja detsentraliseeritud ühikud. Kuid ega eraõigus ole veel eratehingutega loodav õigus. Tänapäeva, nagu varemagi ajastu juristid arvavad eraõiguseks eeskätt just tsiviilkoodeksis sisalduvaid norme. Eratehingutega loodavaid norme aga ei tunnista *vana koolkonna juristid* ise üldse mitte õiguseks, sest seda on neile üksnes publitsistlikkude aktidega kehtestatud *üldnormid*. Tsentralisatsiooni idee esildub niihästi era- kui ka avalikus õiguses. Viimases ta avaldub seevõrra, kuivõrra vastavad normiloojad ise on subordineeritud veel mõnele kõrgemale organile. Eraõiguses ta aga avaldub niivõrra, kuivõrra siin saab esineda subordinatsiooni idee ja sellepärane käitumine.

Orgaanilisse doktriini puutuvalt olgu tähendatud, et temagi ei määra vahejoont avaliku ja eraõiguse vahel tõsiasjadele vastavalt. Siiski seletab ta nii mõndagi õieti. Kaheldamatult kehtib avalik õigus vaid üldsuse huvides ning sotsiaalse terviku pärast ja loob põhimõtteliselt üksnes orgaanilisi vahekordi, s. o. suhteid kollektiivi ja tema liikmete vahel. Kuid ka eraisik tohib endastmõistetavalt seista oma tehingutega üldsuse teenistuses. Autoritaarsete riikide valitsused koguni nõuavad seda. Eraisikud esinevad küll kollektiiviliikmeina, ent arvestada tuleb seda, et kollektiiviliikmete vahelisi suhteid ei säti üksnes viimased ise, vaid ka avalik õigus [326].

Käesolevas käsitluses pretsiseeritud *määrangute (73, 74)* järgi on võimalik alati kindlalt ja täpsalt eraldada niihästi ajaloolisis kui ka kaasaegseis õiguskordades, millised normis-

---

[325] Vt. Petražickij, *Teoria prava*, II, lk. 712 jj.

[326] Vt. Otto Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, i.* Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, XXX, lk. 316 j.

tikud teoreetiliselt kuuluvad era- ja millised avalikku õigusse, kui seda ei määra õiguskorras eneses sisalduvad kriteeriumid. Kuid tavaliselt õiguskord ise ütleb, mis põhimõtte järgi tuleb üht normistikku lugeda era- ja teist avalikõiguslikuks. Ei anna ta üldprintsiipi vastavate normistikkude eraldamiseks, siis ta vähemalt loendab üksikuid normialasid ja arvab nood eraõiguse valdkonda kuuluvaks. Alad väljaspool seda valdkonda on siis avalikõiguslikud. Silmas pidades aga seda, et normistikkude liigitamine era- ja avalikuks õiguseks on puhtalt õiguskorra enese asi, siis on ka võimalik, et õiguskord seda vahet ei tee ega tunne üldse mitte. Sel puhul pole ka mingit praktilist tarvidust seda vahet otsida, sest see ei evi mingit tegelikku tähtsust.

Eelesitatud *mõistemäärangute (73, 74)* kohaselt kuuluvad avalikku õigusse riigiõigus ehk riigipõhikorraõigus, haldusõigus, kriminaalõigus, kohtuõigus, rahvusvaheline (avalik) õigus, haldusõigusest arenenud maksundusõigus, tööõigus, sotsiaalkindlustusõigus, agraarõigus ja sündikaal- ning korporatiivne õigus. Mõned uusimate mõttevoolude esindajaist tavatsevad eelloendatud õigusharudele lisandada ka veel tänini eraõiguseks arvatud *abielu-* ja *perekonnaõigust.* Et perekonnapea käituvat täpsalt nii, nagu aktiiv-adressaat *pretseptiivses* õiguses, siis olevat arusaamatus paigutada perekonnainstitutsiooni tsiviilkoodeksisse [327].

See on väga kummaline vaatekoht, ent veelgi kummalisem on selle põhjendus. Rõhutatagu kõigepealt siin seda, et perekonnaõigus nagu abieluõiguski juba oma loomult on säärane institutsioon, mida pole võimalik konstrueerida avalikõiguslikuna, toonitagu ja hinnaku poliitikud tema tõelist sotsiaalset tähtsust riiklikule ja ühiskondlikule korrale kuitahes kõrgelt. On sotsiaalseid ühikuid, milledesse riiklik võim ei tohi korraldavalt üldse mitte tungida, või kui tohib, siis üsna ahtas ulatuses. Vastasel korral selline ühik kaotab oma iseolelemise mõtte ning hävib täiesti. Ka perekond õigusliku ja sotsiaalse institutsioonina jääb perekonnaks vaid seni, kuni riik pole muutnud teda avalikõiguslikuks institutsiooniks.

---

[327] Vt. kõigepealt Petražickij, *op. cit.*, II, lk. 745.

On see toimunud, siis on ka perekond hävitatud. Perekonna asemele on siis astunud a v a l i k h a l d u s.

P e r e k o n d sotsiaalse ja juriidilise institutsioonina evib kaheldamatult rohkeid ühisjooni kõigi avalikõiguslikkude institutsioonidega, eeskätt riigi enesega. Ent perekond evib v e e l e n a m sarnasust *apoliitiliste* ühikutega, näiteks haldusõiguse alusel teotsevate ü h i n g u t e g a. Võrreldagu just *autoritaarse* sisekorraga eraühingu juhti perekonnapeaga. Kuigi sisu ja siht on nii sellisel ühingul kui ka perekonnal sootuks erinevad, on neis juhtide p o s i t s i o o n juriidiliselt siiski üldjoonis ühtlane. Mõlemad nad annavad ühtviisi käske ja keelde, millele vastavate ühikute liikmed ka alluvad.

Ü h i n g u l i i k m e s k o n d komplekteerub *haldusõiguse* alusel ning ühingu põhikorra kohaselt. Viimane on a v a l i k õ i g u s l i k akt, kui kehtib nn. sanktsioneerimise printsiip, registreerimissüsteemi puhul aga e r a õ i g u s l i k toiming mitmete vastastikku kohustuvate eraisikute sobimus, tavaliselt ilma sanktsioonideta üksteise suhtes. Selline sobimus on eraisikutele omistatud *subjektiivsete avalikkude õiguste* kasustamise tulemus. Ärgu aga siinkohal vahetatagu ära nn. subjektiivseid avalikke õigusi avaliku õiguse enesega. Nn. subjektiivne avalik õigus on s a g e l i vaid avaliku õiguse poolt t a g a t u d eraõigus. Ta on dispositiivselt, mitte pretseptiivselt teotsevate normiadressaatide õigus. Seepärast ka ühing, mis selle õigusega luuakse, on eraühing, aga mitte publitsistlik institutsioon.

Kuid ka p e r e k o n n a l i i k m e d saavad oma juriidilise kvalifikatsiooni avalikõiguslikkude aktide alusel. Üks liik perekonnaliikmeid tekib p u h t j u r i i d i l i s e l t, muu seas näiteks lapsendatud lapsed. Ka õiguslikust abielust sündinud lapsed registreeritakse, mis toiming on avalikõiguslik. Abielu ise ka registreeritakse või sõlmitakse publitsistliku akti alusel. Aga ega see tee veel vastava aktiga loodavat institutsiooni avalikõiguslikuks.

Sel põhjusel, et eraühingud moodustuvad haldusõiguse alusel, ei loe ükski jurist neid avalikõiguslikeks. Veel vähem on põhjust arvata selliseks perekonna ja abielu institutsioone. Tsiviilkoodeks on ka avalikõiguslik akt, kuid tema instituudid ja institutsioonid on kõik tsivilistlikud. Säärane on muude hulgas ka perekonnainstitutsioon. Tema loomisel isik ei käitu mitte

pretseptiivselt, vaid just dispositiivselt. Järelikult tema sellesihiline käitumine kuulub normeerimisele eraõiguse kaudu.

Eelnenud arutlusist selgub väga tähtis faktiline ja teoreetiline tõsiasi: avaliku ja eraõiguse normistikud sulavad puhuti niiöelda ühte niihästi sihilt kui ka sisult ning tähenduselt. Üks ja sama norm võib korraga olla nii avalik- kui ka eraõiguslik, vastavalt tema rakendumise moodusele ja teda rakendavaile isikuile. Selgemini esildub see mõte eriti siis, kui kujutella kaht akti, millest üks on era-, teine avalikõiguslik, kuid mõlemad ühe ja sama normistikuga. Konkreetse näitena võetagu *avaliku raamatukogu kodukord*, millest ühe eksemplari on ka eraisik oma *laenuraamatukogus* kehtima pannud kodukorrana. Ühe akti sisu on siin avalikõiguslik ja akt ise ka avalikõiguslik, kuna teise akti sisu on eraõiguslik ja akt ise ka eraõiguslik. Nende kummagi sisu ei erine aga silbi, koma ega trükivea võrragi teineteisest. Institutsioongi on sisult üks ja sama, ent sellest hoolimata eesti õiguskord loeb esimese avalikõiguslikuks, teise aga eraõiguslikuks. Eks ole selle näite man selge, et vahe sisaldub vastavaid institutsioone loovate isikute teotsemise mooduses: ühel juhul teotseti pretseptiivselt, teisel aga dispositiivselt ja ainult selles ongi siin vahe.

Kõigest eelöeldust selgub, et ülemal-arendatud teooria avaliku ja eraõiguse vaheteo kohta vastab mitte üksnes formaalseile teaduslikele nõuetele, vaid täiel määral ka tegelikule õiguslikule elule. Ka aitab ta kummutada seda vahetegu eitavate vaadendite väitlust, nagu lõhuks normistikkude seesugune rühmitamine õiguskorra ühiku iseseisvaiks dualistlikeks poolikuiks [328]. Eelesitatud teooria aga osutab, et ühtlase õiguse ühtlane konkretiseerimine, olgugi eri moodustel ja eri menetlusis ning eri kvalifikatsiooniga normiadressaatide poolt, avaliku ja eraõiguse liigituse alusel ei ohusta põrmugi õiguskorra normistikkude ühtsust ja terviklust.

---

[328] Vt. esikohal Kelsen, *Allg. Staatslehre*, lk. 90 jj. — Merkl, *Allg. Verwaltungsrecht*, lk. 80 jj.

Peaks olema küll selge see, et kehtiva õiguse normistikkude süsteemis avalik õigus evib primaati eraõiguse ees ja seega ühtlasi õiguskorra kandva aluse tähtsust [329]. Ei saa ju eraõigust kasustada keegi muidu kui kokkukõlas põhiseadusega, seadustega ja määrustega. Ja juristidele peaks olema ilmne, et eraautonoomiat ei omistata isikuile mitte õiguskorra vastu töötamiseks ega selle lõhkumiseks absoluutseiks eriühikuiks, vaid isiklikkude elutarvete rahuldamiseks just selle korra alusel. Kõigis riiges kehtib seepärast aksioomina, et

(75) *eratehing olgu kokkukõlastatud avalikõigusliku üldaktiga.*

Ka ei tohi siin unuda see asjaolu, et eraõigust võib kasustada üksnes kokkukõlas avalikõiguslikes normistikes määrateldud *üldhuvidega.* Teisiti pole see kujuteldav faktiliselt ega formaalloogiliselt. Peaks see aga olema teisiti, siis on võimalik seal, kus erahuvi käib üldhuvi vastu, publitsistlikkude aktidega eraautonoomia raame ahendada või ta hoopis hävitada. Seepärast kehtib kõikjal printsiip, mille kohaselt

(76) *avalik õigus murrab eraõiguse* [330]

juhtudel, mil viimane on vastuolus esimesega. Selle lausega ei taheta siiski mitte väita, nagu tohiks avalikõiguslik adressaat alati tungida eraautonoomiasse ning selle alusel loodud õigustused ja kohustused annulleerida. Õige mõte ses väites sisaldub vaid selles, et eraautonoomia piires toimetatud akt, olgu ta igati seaduspärane, ei või jääda kehtima, kui ta riivab avalikus õiguses tähistatud üldhuve. Kui, näiteks, keegi on kõigiti seadus- ja määruspäraselt püstitanud oma krundile

---

[329] Vrd. Somló, *op. cit.*, lk. 487: „Das der Begriff des öffentlichen Rechts bereits mit dem Begriffe einer Rechtsnorm einhergeht, während es ein Privatrecht nicht unbedingt geben muss, damit es Recht geben könne, — dass also mit andern Worten, der Begriff des Privatrechts kein juristischer Grundbegriff, sondern nur ein Allgemeinbegriff sein kann, braucht wohl nicht besonders ausgeführt zu werden."

[330] Vrd. Moór, *op. cit.*, lk. 15: „Aus dem Gesagten geht hervor, dass den Normen öffentlichrechtlichen Charakters, die die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung selbst bezwecken, der logische Vorrang vor dem Privatrecht gebührt, das die Existenz der vom öffentlichen Recht geregelten rechtserzeugenden und rechtserzwingenden Macht schon voraussetzt."

ehitise, mis hiljemini osutub ohtlikuks publikule, siis politsei on mitte ainult õigustatud, vaid otse kohustatud laskma säärase ehitise lammutada.

II. ÕIGUSKORD JA NORMISTIKKUDE SÜSTEEM.

1. Normistikkude süsteem ja õiguskontinuiteet, legitimiteet ning legaliteet.

Nagu ülemal tõestati, õiguskord on konkreetse poliitilise ühiku õigus, mis sisaldub tema põhikorraaktis ja mida arendatakse õiguskontinuiteedi printsiibil [331]. See printsiip, avaldudes kehtiva õiguse loomise mooduses, tähistab nõuet arendada õiguskorda õiguspäraselt. Õiguspäraselt on loodud uus õigus siis, kui see on loodud esiteks selleks õigustatud isikute poolt ja teiseks kokkukõlas nende sätetega, mis korraldavad õigustloovate isikute tegevust. Need normid, mis määratlevad isikuid ja neid õigustavad käsitsema poliitilise ühiku võimu, on legitimiteedi normid. Seepärast öeldaksegi, et õiguskontinuiteet on olemas, kui korda loovad need isikud, kes selleks on õiguse enda poolt legitimeeritud. Et

(77) *legitimiteet tähendab isikute õigustust õiguse loomiseks,*

siis illegitiimse isiku või asutise antud normid ei baseeru enam senisel õiguskorral. Seos loodava ja seniloodud õigusnormide vahel on sel korral katkenud. Sel puhul puudub ühtlus õigusnormide loomise mooduses, sest uued normid juriidiliselt ei aheldu endiste normidega. Ja õiguskontinuiteedi asemel tavatsetakse siis kõnelda *õigusdiskontinuiteedist* [332].

Need normid, mis määratlevad, millistele nõuetele peaksid vastama legitiimselt loodavad normid, on legaliteedi nor-

---

[331] Vrd. Fritz Sander, *Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, i.* Zeitschrift f. öffentliches Recht, 1919, I, 1/2, lk. 132 jj. — Adolf Merkl, *Das Problem der Rechtskontinuität* und die Vorderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes, *i.* Zeitschrift f. öffentliches Recht, 1925/1926, V.

[332] Vrd. Kelsen, *Allg. StLehre,* lk. 249. — Ka Laski, *op. cit.,* lk. 134 jj.

mid. Viimased selgitavad, millisel viisil, millise sisuga ja mis otstarbeks tohib õigusnorme luua. Et

(78) *legaliteet tähendab loodavate normide vormi, sisu ja sihi vastavust kehtiva õiguse sellekohastele nõuetele,*

siis illegaalselt loodud normid ei baseeru enam senisel õiguskorral. Ka sel puhul on seos eelmiste õigusnormidega katkenud ning õiguskontinuiteedi asemele on astunud diskontinuiteet.

Neist määranguist nähtub, et õiguskontinuiteet, mis tähistab õiguse katkestamatut loomismoodust, on alati seotud *legitimiteedi* ja *legaliteedi* mõistetega [333]. Need mõisted sulavad praktiliselt üheks mõisteks ainult sellises *õigusriiklikus* õiguskorras, kus kõigist muist õigustloovaist aktest eraldatakse *põhikorraakt* ning viimasele omistatakse prevalents kõigi teiste ees [334]. Sel juhul põhikorraaktiga, kui selleks peaks olema põhiseadus, peavad olema kokkukõlastatud seadused, seadustega määrused ja määrustega üksikaktid. On see nõue täidetud, siis on ühtlasi ka teostatud õiguskontinui-

---

[333] Eelmärateldud mõistete (77 ja 78) suhtes vrd. eeskätt Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, München-Leipzig 1932.

[334] Vrd. Schmitt, *op. cit.*, lk. 14: „Doch darf man nicht übersehen, dass der parlamentarische Gesetzgebungsstaat mit seinem Ideal und System einer lückenlos geschlossenen Legalität alles staatlichen Vorgehens ein durchaus eigenartiges Rechtfertigungssystem entwickelt hat. „Legalität" hat hier gerade den Sinn und die Aufgabe, sowohl die Legitimität (des Monarchen wie des plebiszitären Volkswillens) als auch jede auf sich selbst beruhende oder höhere Autorität und Obrigkeit überflüssig zu machen und zu verneinen. Wenn in diesem System Worte wie „legitim" oder „Autorität" überhaupt noch gebraucht werden, so nur als Ausdruck der Legalität und nur aus ihr abgeleitet."

See on normatiivselt ka õige. Tähendatagu aga, et Schmitti *op. cit.* on poliitilist laadi, milles legitimiteedi kontseptsiooniks on üksnes nn. *geneetiline* ehk *originaarne* legitimiteet, näiteks legitimiteet, mis põhineb revolutsioonifaktil (*revolutsiooniline* legitimiteet) või mis on põhjendatav „ajalooliselt" (*ajalooline* legitimiteet) või *sotsiaalse positsiooni* legitimiteet („meie maksame makse, seepärast ainult meie oleme õigustatud riiki valitsema ja riigikassat käsitsema").

Vrd. ka Duguit, *Traité de droit const.*, I, lk. 517 j.

teedi printsiip. Legitimiteet ja legaliteet esinevad siin ühtedes ja samades normides, mis määravad loodavate normide *jõugradatsiooni.* Iga kõrgemajõuline norm sätib järgneva alamajõulise normi looja pädevuse, s. o. *legitimiteedi* eelesitatud mõttes, menetluse, loodava normi sisu ja sihi. Seepärast siin vähemalt normaalaegadel pole praktiliselt vajadust kõnelda normide loomise legaliteedi printsiibi kõrval ka veel legitimiteedi põhimõttest. Ei või aga siiski unuda, et nende mõistete vahel on suur vahe teoreetiliselt. Näiteks *legitiimne riigivalitsus*, s. o. valitsus, mis evib õigustust riigi juhtimiseks, võib arendada tegevust, mis on täiesti seadusvastane, samuti võib *illegitiimne parlament*, s. o. põhiseadusevastaselt moodustatud seadusandlusasutis, teotseda täiesti legaalselt. Kodanik on õigustatud tõrkuma illegitiimse isiku käske täitmast, kuid illegaalselt teotsevale legitiimsele asutisele avaldatud vastuhakk on kriminaalõiguslikult karistatav roim.

Õiguskontinuiteedi printsiibi kohaselt, s. o. ühtlaselt loodav

(79) *kehtiv õigus moodustab loogiliselt rangelt kokkukõlastatud normistikkude süsteemi* [335].

See lause on loogiliselt tõestatav teoreem. On tõestatav, et *kui õigus on imperatiiv, et siis kõik imperatiivid peavad olema omavaheliselt kokkukõlastatud.* Ei saa olla käsku millegi tegemiseks ja samal ajal kehtida keeld selle tegevuse sooritamiseks. Kui aga õigus on lause või otsustus, siis needki ei saa kehtida ühes ja samas lausete või otsustuste kompleksis,

---

[335] Kõigepealt Bergbohm, *op. cit.*, lk. 384: „Die ganze Vorstellung von den Rechtslücken sollte endlich einmal aufgegeben werden. Ein Recht, und wenn es fast nichts an geregelten Stoffen umfasst, ist etwas allemal in lückenloser Ganzheit Dastehendes. Wer dürfte es auch kompletieren, ohne sich zur Rechtsquelle aufzuwerfen? Es bedarf niemals der Ausfüllung von aussen her, denn es ist jeden Augenblick voll, weil seine innere Fruchtbarkeit, seine logische Expansionskraft im eigenen Bereich jeden Augenblick den ganzen Bedarf an Rechtsurteilen deckt. Das ist keine „absurde Fiktion", sondern eine nicht wegdenkbare Thatsache." — Hellmuth v. Weber, *Rechtseinheit und Rechtsprechung*, Tübingen 1929, muu seas huvitavamaid sõnavõtte inglis-ameerika prejudiitsüsteemi vastu. — Ross, *op. cit.*, lk. 270 jj. — Eugen Ehrlich, *Die juristische Logik*, Tübingen 1925, lk. 121. — Karl Georg Wurzel, *Das juristische Denken*, Wien-Leipzig 1924, lk. 53 jj.

kui nad on kontradiktoorsed [336]. Loodavate normistikkude süsteemsust tagabki nende ühtlases loomismooduses ilmnev õiguskontinuiteedi, legitimiteedi ja legaliteedi printsiip. Järelikult süsteemsuse nõudeks on, et

(80) *õigus olgu loodud legitiimselt ja legaalselt* [337],

ühe sõnaga, õiguspäraselt. Õigusriiklikes õiguskordades seda õiguspärasust tagab kõigepealt normistikkude astmeline loomismoodus. Siin kehtib põhimõte, et

(81) *üksikaktid olgu kokkukõlastatud üldaktidega,*

(82) *madalamajõulised üldaktid olgu kokkukõlastatud kõrgemajõuliste üldaktidega,*

nii et jõuliselt *esimesele* kohale asetuks põhiseadus oma omavaheliselt kokkukõlastatud normistikkudega, *teisele* kohale asuks seadus nii oma omavaheliselt kui ka põhiseadusnormidega kokkukõlastatud normistikkudega ja *kolmandale* kohale tuleks määrus nii oma omavaheliselt kui ka seadusnormidega kokkukõlastatud normistikkudega. *Viimastele* vastaksid üksikaktidega loodavad normistikud. Sääraseid õigusnormistikkude jõuastmeid võib ühes õiguskorras esineda rohkem, teises vähem [338].

Neile eelesitatud printsiibele lisaks kehtib süsteemsust tagav põhimõte, mille kohaselt vastuoksuste puhul

(83) *loodav õigus muundab senikehtinut,*

(76) *avalik õigus murrab eraõiguse.*

Kõik eelesitatud laused (75 jj.) on puhtloogilised *formaalprintsiibid.* Teatavasti aga „tegelik elu" sageli ei arvesta mingit loogikat, mistõttu need formaalprintsiibid õiguslikus tõelikkuses puhuti ei elustugi. Põhjuseks on see, et normi-

---

[336] Vt. *supra* seletust ja lauseid (17 ja 18).

[337] Vrd. Georges Tassitch, *Le principe de légalité dans les doctrines de Duguit et Kelsen, i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1929/1930, IV, lk. 55 jj.

[338] Vrd. R. Carré de Malberg, *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés* avec les idées et les institutiones consacrées par le droit positif français relativement à sa formation, Paris 1933, lk. 3 jj. — M. Waline, *Observations sur la gradation des normes juridiques établie par M. Carré de Malberg, i.* Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1934, 51, lk. 522 jj.

loojad iga kord ei lase end juhtida loogiliselt läbikaalutud mõistuslikest printsiibest. Õiguskorra normistikkude süsteemsuse nõudeist kaldutakse kõrvale tihtipeale puhtfaktiliste olustikkude survel, peamiselt siiski küll normiloojate subjektiivse poliitilise meelsuse tõukel. Ent millised oleksidki normiloojate isikliku meelsuse kohased mõtted ja mõisted, nad peavad paratamatult olema kokkukõlastatud vähemalt ühe põhilisema poliitilise aktiivprintsiibiga, mis sisaldub õiguskorra ideoloogias [339] ja mis selle ideoloogia edaspidist arendamist ja kohaldamist ühtlaselt suunab. Nii näiteks *demokratismi põhimõte* õiguskorra ideoloogia alusprintsiibina kõrvaldab vähemalt kõrgeima võimu käsitsemise alalt kõik *autokraatsed* taotlused.

Ideoloogilisiks aktiivprintsiibeks on vastava poliitilise ühiku need normid, mis moodustavad tema alus- ehk põhikorra ja mida tuntakse riikides *konstitutsioonilistе* normidena. Üldiste vormprintsiipidena nad kujunevad ajalooliselt tavaõiguse näol või luuakse seadusandlikul teel või juurduvad hästi stabiliseerunud „avalikus arvamuses". Teatavail eeldusil nad võivad kõguni ankerduda kindlalt ja mitte vähem täpsustatult kui sellekohaseis põhikorraaktes ka paljudes vastavas inimkollektiivis esinevais puhtsotsiaalseis tegureis. Kui noorsugu ja rahvast õpetatakse ja kasvatatakse põlvest põlve teatava poliitilise aktiivprintsiibi meelsuses, kui kollektiiviliikmed mõtlevad traditsiooniliselt, kui seltskond on juhitud hästikorraldatud ning distsiplineerunud avaliku arvamuse ja stabiilsete ning tugevate poliitiliste rühmitiste, erakondade ja ühingute poolt, siis on kollektiiviliikmeskonna poliitiline teadvus õiguskorra ideoloogia kindlamaks ja püsivamaks kandjaks kui ükski kirjutatud põhiseadus.

Sõltuvalt sellest, kuivõrra normiloojad on suutelised oma isikliku meelsuse kohaseid taotlusi kokkukõlastama õiguskorra

---

[339] Puhtideoloogiliseks monograafiaks on M. A. Rejsner, *Gosudarstvo*, I, Kul'turno-istoričeskija osnovy, Moskva 1911, II, Gosudarstvo i obščestvo, III, Gosudarstvennyja vormy, Moskva 1912. — Ka *id.*, *Gosudartsvo buržuazii i RSFSR*, V trech častjach, Moskva 1923. — Ideoloogia olemusest ja mõttest vt. lähemalt Maunz, *Hauptprobleme*, lk. 25 jj., 31 jj.

poliitiliste aktiivprintsiipidega ja oma teotsemist suruma õiguskorra ideoloogia raamesse, loodavad normistikud osutavad suuremat või väiksemat kokkukõla ja süsteemsust. Kui aga normiloojad ei pea kinni õiguskontinuiteedi nõudeist ega arenda õigust legitiimselt ja legaalselt, siis ei saa ka tegelikult kõnelda õiguskorra normistikkude süsteemist eriti sel juhul, kui puudub e b a õ i g u s p ä r a s e l t loodud normistikkude korrigeerimise võimalus. Kui antakse põhiseadusega vastuolus seisev seadus ja ühtlasi keelatakse seda kohtus arvustada, siis pääsevad sellekohased õigusvastased seadusnormid t e g e l i k u l t ka kehtima. Õiguskorra normistikkude süsteemsust saab siis mõista üksnes neist moodustuvate iseseisvate osaõiguskordade, institutsioonide ja instituutide süsteemina.

2. Normistikkude süsteem ja totaal- ning osaõiguskorrad.

T o t a a l õ i g u s k o r r a asend teiste endasuguste peres määratakse r a h v u s v a h e l i s e õ i g u s e normistikkude alusel. Nende normistikkude kehtivus põhineb tunnustusel ja kuulekusel, mis neile omistavad ja avaldavad rahvusvahelisse käibesse lülituvate riikide õiguskorrad [340]. Rahvusvaheline õigus ei ole tõeliselt mingisse iseseisvasse õiguskorda kuuluv õigus, sest ta kehtivus baseerub mitte enda võimuautoriteedil, mida tal pole ega saagi olla, vaid autoriteedil [341], mis ilmneb üksikute riikide õiguskordade tunnustuses ja kuulekuses. Seepärast on asjatud kõik mõtisklused rahvusvahelise või riigi õiguse *primaadist* ja *supremaadist* ning *monismist* ja *dualismist* [342] vastavate õigussüsteemide deriveerimisel ja koordineerimisel. Kõigi õiguskordade juriidiline tase, ka riigi ja rahvusvahelise õiguse süsteemide tase on ü k s j a s a m a. Ses

---

[340] Vrd. L a s k i, *op. cit.*, lk. 587 jj.

[341] Eriti autoriteediküsimuse kohta rahvusvahelises käibes vt. eeskätt K r a b b e, *Die moderne Staats-Idee*, lk. 264 jj.

[342] Vt. Alfred V e r d r o s s, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien-Berlin 1926, lk. 12 jj.

mõttes pole ülemaid ega alamaid, super- ega subordineeritud ühikuid [343].

U u s riik astub rahvusvahelisse käibesse sünnifakti kaudu a u t o m a a t s e l t, kasustades suhtlemiseks endataolistega kõiki rahvusvahelisõiguslikke vahendeid ja teid. Ta on k ä i b i m i s v õ i m e l i s e k s rahvusvahelise õiguse isikuks oma t e k k i m i s m o m e n d i s t peale, küsimata teiste tunnustamisest või mittetunnustamisest. M e n e t l u s, mis määrab, kuidas varemtunnustatud riigid astuvad õigussuhetesse vastloodud uusriigiga, kehtib ju ka uusriigi enese suhtes. Seda asjaolu ärgu unustagu need, kes väidavad riiki tekkivat alles pärast rahvusvahelist tunnustamist [344]. Menetlus e i l o o riiki, küll aga presumeerib uusriiki käibimisvõimelisena ja menetlevana nagu vanugi riike. Kuidas saakski menetella riigiga, mida veel polegi olemas. Kas juba see mõte ei osuta väite absurdsust, mille kohaselt riik tekib rahvusvaheliste tunnustuste tulemusena.

Kokkukõlas esitatuga tähendatagu, et ka nn. rahvusvahelist *de facto*-tunnustust ei saa pidada lihtsaks fakti nentimiseks ja teatavaks võtmiseks, vaid tõeliseks j u r i i d i l i s e k s tunnustuseks, mis on küll pisut erinev nn. *de iure* tunnustusest. Vahe on siin selles, et *de facto* on esialgne, äraootavas seisundis antud tunnustus, *de iure* on aga lõplik ja tühistamatu [345]. Kui uus riik, evides sotsiaalset autoriteeti oma rahva silmis, jääb

---

[343] V e r d r o s s mainib siin kolme m o n i s t l i k k u loogilist võimalust, *op. cit.*, lk. 15: „... Delegationszusammenhang zwischen dem Völkerrecht und dem staatlichen Recht kann grundsätzlich dreierlei Art sein: E n t w e d e r w i r d d a s s t a a t l i c h e R e c h t a u f d a s V ö l k e r r e c h t, d i e s e s a u f j e n e s o d e r b e i d e a u f e i n e g e m e i n s a m e h ö h e r e O r d n u n g z u r ü c k g e f ü h r t u n d d o r t g r u n d g e l e g t." Nagu alamal selgub, on see väide vaid osaliselt õige.

[344] Nn. k o n s t i t u t i i v s e teooria pooldajad. Vt. Alfred V e r d r o s s, *Völkerrecht*, Berlin 1937, lk. 113.

[345] Vrd. V e r d r o s s, *op. cit.*, lk. 116: „Wenn ein neuer Staat in seinem Bestande noch nicht hinlänglich gesichert ist, andere Staaten aber ein Interesse haben, mit ihm *einzelne* Beziehungen zu pflegen, erfolgt häufig zunächst eine vorläufige Anerkennung, die in der Staatspraxis in der Regel de facto-Anerkennung genannt, während die endgültige Anerkennung de jure-Anerkennung bezeichnet wird."

püsima ja vallutamata võimalikkude ründajate poolt, siis pole tegelikult ka mingit vahet eeltähendatud tunnustusmooduste vahel.

Rõhutatagu, et uut totaalkorda loob üksnes poliitiline ühik i s e oma sotsiaalse autoriteediga, aga mitte rahvusvaheline õigus või võõraste tunnustus. Et aga riigid omavaheliselt käibivad rahvusvahelise õiguse üldiste printsiipide alusel, siis on selle juriidiliseks paratamatuseks, et

(84) *rahvusvahelise õiguse üldtunnustatud põhimõtted kehtivad riigi õiguskorra irdamatute osistena* [346].

Kuid lähtudes väitest (79), mille kohaselt iga õiguskorra normistikud moodustavad loogiliselt kokkukõlastatud normidesüsteemi, tuleb seoses eelmise lausega (84) ühtlasi nentida, et vastuoksuste korral

(85) *riigi õiguskorra õigus murrab rahvusvahelise õiguse* [347].

Teisiti on lugu mitteriiklikkude õiguskordadega. Sest

(86) *osaõiguskorrad põhinevad totaalõiguskorral* [348],

mille alusel neid luuakse ja millest nende õigus deriveerub.

---

[346] Nii ka *Eesti* Põhiseadus, § 4, teine lõigend: „Rahvusvahelise õiguse üldtunnustatud eeskirjad [sätted] kehtivad Eestis õigusliku korra lahutamatute osadena."

Rahvusvahelise õiguse *üldiste põhimõtete* kohta vt. V e r d r o s s, *op. cit.*, lk. 75 jj.

[347] Vrd. selle väite suhtes V e r d r o s s, *op. cit.*, lk. 47: „Der Staat des Völkerrechts ist eine souveräne Rechtsgemeinschaft, also eine solche, die für ihre Angehörigen die höchste positiv-rechtliche Ordnung bildet, da ihr Verhalten, wenigstens grundsätzlich, von keiner höheren Ordnung geregelt wird. Das Völkerrecht normiert also zwar das Verhalten der Staaten untereinander, nicht aber auch das Verhalten der Staatsangehörigen in den einzelnen Staaten." Ka *ib.*, lk. 140 j.

[348] Vrd. I n v r e a, *La parte generale del diritto*, lk. 225: „Il regolamento... dei rapporti... tra l'ordinamento giuridico dello Stato e quello delle comunità subordinate è oggetto di una parte del diritto amministrativo, ovvero del diritto sindacale e corporativo. Ma mentre il diritto internazionale (quanto meno il publico) non può dipendere dalle leggi di un signolo Stato, invece il diritto regolante i rapporti... tra l'ordinamento dello Stato e quello delle comunità subordinate spetta normalmente al solo Stato, cioè all'ordinamento giuridico perfetto." Ka *ib.*, lk. 223 j.

A j a l o o l i s e l t olelevad õiguskorrad säilivad vaid osaõiguskordadena uude totaalkorda inkorporeerumise tõttu, s. o. üksnes siis, kui uus võimuautoriteet neid tunnustab.

(87) *Osaõiguskordade normistikud kehtivad vaid seevõrra, kuivõrra nad on kokkukõlastatud totaalkorra omaga* [349].

Need normistikud ei või seista lahus totaalkorra omast ega olla viimasest üle või esineda täiesti sõltumatuina. Muidu poleks nad mitte inkorporeeritud, vaid eri totaalkorrad ise.

Juriidilisel *iseseisvusmõistel* on m i t u erinüanssi. Osaõiguskordade iseseisvus pole iialgi a b s o l u u t n e iseseisvus, vaid suhteline suurus, mis varieerudes võib evida mitut avaruse- ja arenguastet.

K o g u k o n d võib oma võimu suurenedes muutuda iseseisvamaks ning saada regionaalseks p r o v i n t s i k s. Viimane võib muutuda veelgi iseseisvamaks ning saada o s a r i i g i k s või koguni riigiks. Osaõiguskordadel on võimalus areneda totaalõiguskorraks, kuna totaalõiguskorral on oma võimu vähenedes oht muutuda osaõiguskorraks ning inkorporeeruda mõnda vastloodavasse või olelevasse totaalõiguskorda.

Tekkivagi õiguskorra iseseisvus ei tarvitse olla algusest peale täpsalt määrateldud. Autonoomsuse teele asunud poliitiline ühik võib esialgselt väljendada vaid tahet olla iseseisev näiteks riikliku ühiku mõttes, jätta aga täpsalt määramata, millise *status*'e ta lähema tuleviku võimaluste piirides endale omistaks. Ta on iseseisev ja autonoomne ja nimelt r i i k l i k u l t iseseisev, evides j u b a riiklikku õiguskorda, mida ta võib arendada ja täpsustada suurema või väiksema sõltumatuse suunas. Ta võib täpsustada oma tahet ses mõttes, et arendab loodud riigikorra mõne *ühendriigi* osariigiks. Loomulikult võib ta ka areneda üksikuks *unitaarriigiks*. Ta võiks oma õigusseisundit veelgi pretsiissemalt määrata e i t a v a normiga, milles ta väljendaks keeldu astuda mõnda *riikide liitu*. Viimase

---

[349] Väite (79) järgi. — Vrd. K e l s e n, *Allg. StLehre*, lk. 194 j. — E l l e r i n g m a n n, *Begriff und Wesen der körperschaftlichen Selbstverwaltung*, lk. 24 jj. — Z a n o b i n i, *Corso di diritto corporativo, lk.* 41 j., 27 jj. ja seal osundatud kirjandus.

normi järgi sellise riigi õiguskord oleks täiesti iseseisev, s. o. *„iseseisev ja sõltumatu"*. Sel juhul ei oleks juriidilist sõltumust ühestki teisest õiguskorrast üldse mitte olemas. — Riiklik õiguskord on „suveräänne", s. t. vaba ja autonoomne määrama oma *status*'t teiste poliitiliste ühikute suhtes, järelikult sedasama on ka alati vastloodav riigikord mitte üksnes provisoorse ajastu möödumiseni ja asutava võimu vastava lahenduse saabumiseni, vaid ka oma järgnevais pärastisis arengufaases.

3. Normistikkude süsteem ja institutsioonid ning instituudid.

Üksikute iseseisvate õiguskordade seesmuses kehtivat õigust luuakse juriidiliste i n s t i t u t s i o o n i d e ja i n s t i t u u t i d e süsteemina.

(88) *Juriidilise institutsiooni moodustavad need normistikud, mis määravad organisatsiooni vormi ja sisu* [350].

Kõik õ i g u s i n s t i t u t s i o o n i normistikud on järelikult *organisatoorsed* normistikud. Institutsioon saadakse mõisteliselt siis, kui organisatsiooni *määrangust (49)* elimineerida kogu sotsiaalne element ning võtta üksnes see, mis temas leidub õiguslikku. Institutsioon on õieti organisatsioon puhtnormatiivsest küljest. Institutsioonidena esinevad säärased normistikud, mis määratlevad asutisi, ühinguid, liite, koole, vanglaid, haiglaid, linnu, kvartaale, distrikte, prefektuure, ministeeriume, riigivalitsust, parlamenti.

Ühe ja sama institutsiooni seesmuses õigust luuakse ja arendatakse tema enese üksikute osainstitutsioonide, peamiselt aga õigusinstituutide näol.

(89) *Juriidilise instituudi moodustavad need normistikud, mis määratlevad aktsioone, tegevust, tegu või toimingut* [351].

---

[350] Vrd. Georges R e n a r d, *La Théorie de l'Institution*, Paris 1930, lk. 239. — H a u r i o u, *Précis de droit const.*, lk. 76: *„Une institution sociale consiste essentiellement en une idée objective transformée en une oeuvre sociale par un fondateur, idée qui, ensuite, recrute des adhérents en nombre indéterminé dans le milieu social et assujettit ainsi à son service des volontés subjectives indéfiniment renouvelées."*

[351] *Instituudi* terminit sageli samastatakse *institutsiooni* terminiga.

Ükski õigusinstituudi norm järelikult ei sisalda organisatoorseid elemente, sest ta ei tegele ühiku *konstruktsiooniga*, vaid ainult ühiku *aktiviteediga*. Seepärast instituut võib koosneda vaid üksikutest osainstituutidest ja normikompleksidest, aga mingil juhul mitte institutsioonidest. Nii haldusmenetluse üldinstituudis võib leiduda vaid *eriinstituut* korraldiste, *eriinstituut* otsuste ja *eriinstituut* määruste jaoks. Aga neile lisaks seal võib leiduda palju teisigi instituute, nagu *avalduste* instituut, selle seesmuses eriinstituut *kaebuste* ja eriinstituut *vaiete* jaoks jne.

Et instituut on üksiku juriidilise üldkontseptsiooni ümber koondatud normistikkude kogum [352] ja et iga norm on lõppude lõpuks ikkagi vaid norm käitumiseks, s. o. tegevusjuhiseks, siis on selge, et kogu õiguskord oma osakordade ja institutsioonidega peab ülejäägita lahustuma üksikutesse süstemaatseisse instituutidesse. Normistik, mis ütleb, et olgu see või see asutis või ühing, s. t. institutsioon, tähendab seda, et see asutis või ühing tuleb luua ja säilitada ning tegevuses hoida, kuni vastav normistik kehtib. Kuidas seda teha, seda määrabki sellekohase instituudi normistik.

Süsteemsuse mõttes kehtib printsiip, mille kohaselt

(90) *osainstitutsioon olgu kokkukõlastatud üldinstitutsiooniga* [353];

(91) *osainstituut olgu kokkukõlastatud üldinstituudiga* [354].

Vt. Du Pasquier, *op. cit.*, lk. 141: „Les règles se groupent autour de noyaux, qui sont les institutions juridiques. — L'institution juridique est un ensemble typique de relations organisées par le droit..."

[352] Vrd. Du Pasquier, *op. cit.*, lk. 141 j.

[353] Vrd. Bergolesi, *op. cit.*, *ib.* — Zanobini, *op. cit.*, *ib.*

[354] Vrd. Du Pasquier, *op. cit.*, lk. 141: „Lorsque diverses institutions juridiques se ramènent à un type commun, comme la vente et le bail se ramènent au contrat, on est en présence d'institutions secondaires et d'institutions principales. Ainsi les institutions s'ordonnent autour de centres intermédiaires, puis ceux-ci autour de centres plus importants et ainsi de suite: le contrat d'apprentissage est une sous-institution par rapport au contrat de travail; ce dernier à son tour gravite autour de l'institution juridique qu'est le contrat."

Senised arutlused, eriti seoses õiguskorra mõiste määrangu sisustamisega, on selgitanud ka õiguskorra ja vastava poliitilise ühiku, eriti vastava r i i g i suhet.

Iga poliitiline ühik, ka riik on *sotsiaalne* inimkollektiiv, mille mõiste erineb suuresti õiguskorra omast. Sellekohase määrangu (55, 48) järgi poliitiline ühik on enesekorraldamise alusel teotsev organisatsioon. Neist riik on vastava määrangu (57) järgi *kõrgeima võimuga varustatud korporatsioon.* Õiguskord aga on oma määrangu (63) järgi teatava poliitilise ühiku, muu hulgas ka riigi põhikorraaktis sisalduva õiguse ning viimasega kokkukõlas loodava õiguse terviklik ühik.

Neist määranguist ilmneb, et poliitiline ühik, muu seas ka riik ja tema õiguskord, on *mõisteliselt* t ä i e s t i erinevad nähtused. Seepärast ei saagi nõustuda nende normativistide väitlustega, kes samastavad riiki ja õiguskorda.

Kuigi riigi ja õiguskorra i d e a l i t e e t struktuurilt täiesti ühte langevad, nagu see nähtub väiteist (35, 36, 37, 48, 49), ei saa ometi salata nendevahelist erinevust, mis selles ilmneb, et riik on p u h t s o t s i a a l n e idealiteet, kuna õiguskord on alati n o r m a t i i v n e idealiteet. Riigi normatiivsusest ehk normatiivsest loomust tohib kõnelda üksnes tema õiguskorra osas. Ja kuivõrra riik end tegelikult vaid ses osas ilmutab ja avaldab, kuivõrra tema sotsiaalne idealiteet ühtib normatiivsega, seevõrra on ta ka juristide käsitlusaineks. Juristidele pole riik mitte mingi sotsiaalne nähtus, vaid ainult ajaliselt muunduv ja sisult arenev juriidiline institutsioon, mis sisaldab rohkeid mitmeastmelisi staatilis-dünaamilisi osainstitutsioone ja instituute ning osainstituute, mis omakord sisustuvad arvutuist normikompleksidest. J u r i s t abstraheerib õiguskorra riigi nagu iga teisegi poliitilise ühiku sotsiaalseist elemendest ning võtab käsitlusse üksnes teda moodustava ühtsate n o r m i s t i k k u d e s ü s t e e m i n a.

Ent pole siiski mitte täppis väita, nagu seda kelsenistid teevad, et õiguskord ongi normistikkude süsteem. Õiguskord p e a k s küll seda olema, kuid t e g e l i k u l t ta pole seda ometi. Ja et tegelikult loogiliselt suletud ning rangelt kokkukõlastatud normistikkude süsteemi ei ole eksisteerinud, ei eksisteeri ega faktiliselt saagi eksisteerida, siis ei või ka kõnelda õiguskorrast kui normistikkude süsteemist a b s o l u u t s e s tähenduses, küll aga üksnes teatavas suhtelises mõttes. Nor-

mistikkude ranget süsteemsust rikuvad õiguskorra üldiste printsiipidega vastuolus olevad normid, mis pääsevad tegelikult kehtima normirakendajate eksimuste ja omavoli tõttu, aga ka kaebamisvõimaluste ja kontrollinstantside kasustamata jätmise või kohtukorralduse puudulikkuse tõttu.

Nagu juba alul tähendati ja korduvalt toonitati, õiguskord on alati konkreetse poliitilise ühiku õiguse kord. Et saada õiguskorra puhtakujulist ordinatoorset mõistet, on vaja tema määrangus „konkreetne poliitiline ühik" asendada mõne säärase ajalooliselt oleleva ühikuga. Selleks tõeliselt eksisteerivaks konkreetseks ühikuks järgnevas arutluses olgu Eesti riik ja Eesti õiguskord.

III. EESTI RIIK JA ÕIGUSKORD.

1. Probleem ja selle lahendusviis.

Et riigi õiguskord tähendab õigust, mis sisaldub tema põhikorraaktis ja mis on viimasest arendatud õiguskontinuiteedi printsiibil, tuleb Eesti õiguskorra dogmaatiliseks määratlemiseks menetella järgmiselt. Tuleb lähtuda praegukehtivast õigussüsteemist ja tagasi minna õiguskontinuiteedi joont pidi kuni selle katkemiseni, s. o. kuni diskontinuiteedini. Säärases retrospektiivses vaatluses leitakse see põhikorraakt, millest deriveerub kogu sel hetkel kehtiv eesti õigus.

Võiks arvata eesti õiguse kontinuiteeti olevat täielikult katkenud 1937. a. Põhiseaduse andmisega, mispärast sel puhul saaks ka väita praegust õiguskorda baseeruvat revolutsioonilisel alusel [355]. Põhjenduseks saaks esitada asjaolu, et praegukehtiv Põhiseadus jõustati menetluses, mis ei vasta senikehtinud põhikorraakti andmise erimenetlusele [356].

---

[355] Juriidiliselt *revolutsioon* tähendab õiguskontinuiteedi täielikku katkestust. — Revolutsiooni õigusliku mõiste kohta vt. lähemalt S. Rohatyn, *Die juristische Theorie der Revolution, i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1929/1930, IV, lk. 193 jj. ja seal osundatud kirjandus.

[356] Praegune Rahvuskogu poolt vastuvõetud *Eesti Vabariigi Põhiseadus* jõustati, ilma et see oleks esitatud rahvale heakskiitmiseks, nagu seda nõudis sellekohane senikehtinud menetlusnorm. — Vt. RT 1920, 113/144, I, 243, § 88. — SK I, 1, 1 (RT 1937, 71, 590).

Selline arvamus ja väitlus ei pea paika isegi mitte moodsa teooria lähtekohast, ammugi mitte vana koolkonna vaatekohast. Sest tõsiasi on, et riigi sünnimomendist peale eesti õiguse kontinuiteet pole tänini kordagi veel täiesti katkenud.

Seda ei saa keegi salata, et 1933. aasta 21. oktoobril ametisseseatud *üleminekuaja* valitsus oli legitiimne valitsus. Selle valitsuse teotsemine püsis üldiselt kalegaliteedi raamides. Et aga 1937. a. Põhiseaduse jõustamine neisse raamesse enam ei mahu, on küll ka salgamatu fakt ning evidentne igale juristile, ent see illegaalne asjaolu ei katkestanud veel õiguskontinuiteeti täielikult.

Viimane väide on täiesti kokkukõlas ülemal-arendatud teooria sellekohaste põhjendatud määrangutega. Neist nähtubki, et diskontinuiteet ses loos kahtlemata esineb, kuid üksnes menetlusnormide ühes osas. Vana koolkonna järgi aga ei arvestata sedagi asjaolu üldse mitte, mistõttu tema teooria kohaselt õiguskontinuiteet on siin koguni täielik [357].

Öeldust peaks selguma, et sellesihilises retrospektiivses vaatluses tuleks tagasi minna Eesti esimese riigiaktini ja viimase kaudu ka praegust õiguskorda määratella.

(92) *Eesti esimeseks riigiaktiks ja ühtlasi riigi normatiivseks sünniaktiks on 1917. a. 28. novembri Otsus kõrgeimast võimust* [358].

---

[357] Nii ka *Viini kooli* järgi. Vt. kõigepealt Kelsen, *Allg. StLehre*, lk. 128, 148, 213, 338.

[358] Vrd. *Mémoire sur l'Indépendance de l'Esthonie* présenté à la Conférence de la Paix par la Délégation Esthonienne, Paris 1919, lk. 24: „... le peuple esthonien a proclamé pendant la révolution russe son indépendance politique. L'Acte du 28 novembre 1917 a sanctionné cette détermination. Par cet acte, le Conseil national esthonien s'est proclamé le seul détenteur du souverain pouvoir dans le pays et a déclaré l'Esthonie politiquement indépendante."

Küsimusse puutuvalt vt. ja vrd. sellekohaseist teaduslikest käsitlusist esikohal prof. A. Piip, *Estlands Weg zur neuen Verfassung*, Tartu, 1936, lk. 6 jj., eriti aga *id.*, *Rahvusvaheline õigus*, Tartu 1936, lk. 102 jj. — Prof. A.-T. Kliimann, *Lineamenti di diritto costituzionale estone*, Roma 1933, lk. 5 jj., eriti aga *id.*, *28. November*, Tartu, 1938, lk. 19 jj. — *Id.*, *Eesti iseseisvuse areng*, Tartu 1935, lk. 10 jj. — Eugen Maddison, *Die estnische Staatsbürgerschaft*, Tallinn

See väide on aga vaieldav, sest mõnel pool tunnistatakse Eesti riigi sünnipäevaks 1918. a. 24. veebruar, mida ametlikult ja seltskondlikult veel praegugi sellisena mälestatakse [359]. Seda päeva peetakse päevaks, mil avaldati *Manifest kõigile Eestimaa rahvastele*, milles Eesti kuulutati iseseisvaks demokraatlikuks vabariigiks.

Esitatud väite (92) vaieldavuse tõttu on tarvilik teda alamal lähemalt põhjendada. Tehtagu seda mitte üksnes ses käsitluses arendatud teooria vaatekohast, vaid ka traditsioonilise koolkonna lähtekohast, seda silmas pidades, et viimane riigi sünni küsimust pisut erinevalt selgitab.

Ülemal-esitatud teooria kohaselt on riigi tekkimiseks vaja, et vastav rahvas esineks riigi loomismomendil poliitilise ühi-

---

1929, lk. 4 jj.— *Adde* vrd. N. Maim, *Eestimaa avaliku korra muutmise aktid* Vene Siseministeeriumi peavalitsuses 1916. ja 1917. a., *i.* Vabaduse tulekul, I, Koguteos, Tartu 1938, lk. 79.

Sellekohasest poleemilisest kirjandusest vt. eeskätt R. Eliaser, *Kas 28. november või 24. veebruar, i.* Akadeemia, 1938, 3, lk. 178 jj. — A. Perandi, *Eesti Vabariigi sünniaktid*, 1917—1918, *i.* Varamu, 1938, 2, lk. 235 jj.

Sellekohasest memuaarkirjandusest vt. eeskätt A. Piip, *Tormine aasta*, Tartu 1934, lk. 11 jj., 56 jj., 110 jj., mis sisaldab rohkesti allikamaterjale, samuti teaduslikku analüüsi ja väiteid. — *Adde* Ed. Laaman, *Eesti iseseisvuse sünd*, Eesti rahva ajalugu, Lisaköide I, Tartu 1936, lk. 138 jj. ja seal osundatud kirjanduslik ning dogmaatiline allikamaterjal. *Op. cit.* on sisukuselt ja ainerohkuselt (tervelt 784 lk.) ainulaaadne, ent sesse küsimusse puutuvalt absoluutselt probleemivaba.

Enesestmõistetavalt jäägu siinkohal osundamata rohked, puhuti väga huvitavad ja isegi probleemikad sõnavõtud natsionaalsest poliitilisest ajakirjandusest, eriti seoses eeskätt August Otsa, Ed. Laamani, J. Uluotsa ja H. Tammeri nimedega, samuti teadusliku tasemeni küündimatud üksikkäsitlused, aga ka rohked välisautorid, kelle sellekohased kirjutised on eranditult kompilatiivsed, analüüsipuudulikud või koguni rahvusvaenlikud.

[359] Vt. Eliaser, *op. cit., ib.* — Ed. Laaman, *Kas 15./28. nov. 1917 või 24. veebr. 1918*, Vaidlus meie iseseisvuse sünnipäeva üle, *i.* Tänapäev, 1938, 2, lk. 45 j. — A.-T. Kliimann, *24. veebruar või 28. november, ib.*, lk. 47. — *Adde id., 24. Veebruar, ib.*, lk. 36 jj.

kuna ja avaldaks oma tahet poliitiliseks iseolemiseks ja edasielamiseks enese poolt loodava riikliku õiguskorra alusel. Selles mõttes tuleb riigi sünni tuvastamisel sellekohaste faktiliste andmete najal k õ i g e p e a l t tõestada rahva kui poliitilise ühiku olelut. T e i s e k s tuleb nentida tahte väljendamist riiklikuks iseolemiseks ja oma iseseisva õiguskorra loomiseks. Ja l õ p p e k s tuleb selgitada vastava tahteväljenduse autoriteetsust ja kehtimapääsemist õigusnormistikuna. Et riik loetakse tekkinuks momendist, mil sellesihiline tahteavaldus toimus, siis moodsa vaadendi järgi keerleb kogu küsimus siin üksnes selle tahteavalduse tuvastamise ümber.

Vanema ehk t r a d i t s i o n a l i s t i d e v a a d e n d i järgi riik kui eriline reaalne agregaat koosneb kolmest erilaadsest elemendist: maast, rahvast ja kõrgeimast võimust. Kui on *maa* ja *rahvas* olemas ja on tekkinud ka *võim*, millest selle rahva juures sel maal teist kõrgemat pole, siis on säärase võimu tekkimise momendist peale tegemist juba vastava riigiga [360].

Et pole võimalik kujutella rahvast maata ega ühtki võimu, eriti veel kõrgeimat ehk riigivõimu rahvata ja maata, siis traditsionalistide vaadendi järgi riigi sünni tuvastamise menetluses langeb p e a r õ h k arusaadavalt just riigivõimu olelemise selgitamisele. K õ i g e p e a l t on vaja selle vaadendi kohaselt nentida, et tekkinud võim oleks vastaval terri- ja akvatooriumil kõrgeim, superioorne ja originaarne ürgvõim ning esineks seal elava rahva, õigemini rahvastiku organisatoorse ühtlustajana. T e i s e k s on vaja tõestada, et see kõrgeim võim oleks kõrgeim võim ka reaalselt, et ta suudaks faktiliselt avalduda ja end kehtima panna, et ta oleks nii e f e k t i i v n e võim [361].

---

[360] Vrd. V e r d r o s s, *Die Verfassung der VölkRechtsGem*, lk. 125: „Nach der herrschenden Lehre ist der Staat eine ausserrechtliche Tatsache, die sich aus Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt zusammensetzt. Ein Staat sei entstanden, sobald diese drei Elemente miteinander eine Verbindung eingegangen sind."

[361] Vt. V e r d r o s s, *Völkerrecht*, lk. 110 jj. ja seal osundatud sellekohane kirjandus.

2. Normativistlik argumentatsioon.

Ülemal-esitatud väite (92) normativistlikku põhjendamist alustatagu selle õigusliku olustiku kirjeldamisega, millest nähtub, et juba e n n e riikliku iseseisvuse saavutamist Eesti esines poliitilise ühikuna, mille poliitilise ja juriidilise tahte avaldajaks oli 28. novembri *Otsuse* tegijana Ajutine Maanõukogu.

A. Kohe pärast tsaarivõimu kukutamist 1917. aasta veebruarirevolutsioonis Eesti seltskond asus riigikeskvalitsuse kaudu l e g a a l s e l t e e l energiliselt ja sihikindlalt taotlema Eestimaale autonoomse haldusühiku loomist. 31. märtsil eesti seltskondlikkude organisatsioonide esindajad esitasid Vene Ajutisele Valitsusele sellesisulise memorandumi ning maa esialgse haldamise kava etnograafilisel alusel. Selle mõtte toetamiseks toimus 8. aprillil Vene pealinna tänavail hiigelmeeleavaldus 15 000 eesti sõjaväelase osavõtul. Ja juba 12. aprillil Vene Ajutine Valitsus andis dekreedi *„Eestimaa Kubermangu administratiivsest valitsemisest ja omavalitsuse ajutisest korraldamisest"* [362]. Selle d e k r e e d i ning tema e l l u v i i m i s e m ä ä r u s e järgi [363] 5. juulist eestlaste maast loodi kindlapiiriline iseseisev haldusühik. Tema maa-alasse mahutus tolleaegne Eestimaa kubermang + sellele lisaks Liivimaa kubermangu põhjapoolne osa, mille moodustasid Tartu, Võru, Viljandi, Pärnu ja Saare maakond [364].

Mainitud dekreet ja selle elluviimise määrus omistas nii piiritatud iseseisvale haldusühikule üsna avararaamilise a u t o n o o m i a. Autonoomia avaldus laialdases õiguses korraldada määruste abil kõiki kohalikke haldusasju. Tolleaegne Eesti võis määrusandlikul teel sättida kodanikkude omavahelist

---

[362] *Sobranie uzak. i rasp. prav.*, 1917, I, 173, 952: *O vremennom ustrojstve administrativnago upravlenija* i mestnago samoupravlenija Estljandskoj gubernii. — Ka *ib.*, I, 173, 953.

[363] *Ib.*, I, 173, 953: *O vvedenii v dejstvie Postanovlenija*, 30 Marta 1917 goda, o vremennom ustrojstve administrativnago upravlenija i mestnago samoupravlenija v Estljandskoj gubernii.

[364] *Ib.*, I, 173, 952, I: Vključit' v sostav Estljandskoj gubernii: Jur'evskij, Veroskij, Fellinskij, Pernovskij i Ezel'skij uezdy, Liflandskoj gubernii.

suhtlemist ning nende käibimist riigi ja kogukonna organitega. Määruste abil ta võis samuti korraldada oma maa maksundust ja kodanikkude majanduslikke kohustusi oma kogukonna hüveoluks. Määrusandlikul teel tolleaegne Eesti võis asutada ameteid ja asutisi ning juhtida oma ametkondade tegevust [365].

Nii avaralt sisustatud määrusandlusõigus lõi Eesti maast ja rahvast omapärase autonoomse korporatsiooni, kus Vene riigivõim oli täiesti välja tõrjutud kõigilt kogukondlikelt haldusaladelt. Et vähemalt halduskusimusis tolleaegne Eesti avaldas o m a, aga mitte Vene keskvalitsuse tahet ja et tema autonoomse haldusühiku piirid ühtisid eesti rahvusterviku maa-alaliste piiridega, siis seega oli eesti rahvusest loodud ühtlasi iseseisev p o l i i t i l i n e ü h i k.

Kogukondliku Eesti kõrgeimaks e s i n d u s k o g u k s oli Maanõukogu. Ta valis oma t ä i t v a k s organiks Maavalitsuse, kes kollegiaalse asutisena teostas administratiivseid funktsioone. V a h e l ü l i k s Vene riigivalitsuse ja kogukondliku Eesti vahel oli Vene Ajutise Valitsuse kubermangukomissar kahe abiga, kelledest ühele allus Liivimaa eelmainitud põhjapoolne osa [366].

Eelnenud read ongi tõestanud, et

(93, 1) *Eesti oli poliitiline ühik juba enne riiklikku iseseisvumist.*

Need read on ühtlasi osutanud, et

(93, 2) *enne riiklikku iseseisvumist Eesti autoriteetseks tahteavaldajaks oli seatud Ajutine Maanõukogu.*

Jätkuvalt selgitatagu ja tõestatagu alamal, et

(94) *28. novembri Otsuses väljendus tahe riiklikuks iseseisvumiseks.*

---

[365] *Ib.*, I, 173, 953, *Priloženie k Otdelu I*, 5—9.

[366] *Ib.*, I, 173, 952, III, I: Upravlenie Estljandskoj gubernieju v novych eja granicach poručaetsja gubernskomu komissaru Vremennago Pravitel'stva. Pri gubernskom komissare sostojat dva pomoščika, odnomu iz koich poručaetsja zavedyvanie Jur'evskim, Veroskim, Fellinskim, Pernovskim i Ezel'skim uezdami. — *L. cit.*, 2: Pri komissare sostoit gubernskij vremennyj zemskij sovet. — *L. cit.*, 10: Gubernskomu i uezdnym zemskim sovetam predostavljaetsja pravo obrazovyvat' edinoličnye ili kollegial'nye ispolnitel'nye organy.

Selleks vaadeldagu, kuidas tolleaegses olustikus nii seltskonnas kui ka Maanõukogus eneses tekkis, arenes ning sai aktuaalseks tahe iseseisvat riiki ja õiguskorda luua ja teostada.

B. 7. juulil Eestimaa kubermangu autonoomsete maakondade poolt valitud 42-liikmelises isikkonnas (linnade esindajad olid esialgu veel valimata) Maanõukogu astus kokku oma e s i m e s e k s istungiks, mis toimus 14. juulil [367]. Et Vene Ajutise Valitsuse 12. aprilli dekreedi ja selle elluviimise määruse järgi ta oli õigustatud püstitama põhimõtteid ja koostama kava maa tulevaseks autonoomseks haldamiseks [368], siis ei ole imestuda, et juba sel avaistungil hakati kohe arendama o m a r i i k l u s e perspektiive, kui päevakorda tõusetus tervituste lähetamise küsimus.

Tehti nimelt esitis lähetada tervitused Ajutisele Valitsusele, ülevenemaalisele tööliste ja sõjaväelaste saadikute keskorganisatsioonile ja ülevenemaalisele talupoegade saadikute nõukogule. Salajase hääletamise tulemuseks oli otsus lähetada telegramm ü k s n e s Ajutisele Valitsusele. Valiti redaktsioonikomisjon, kes selle teksti koostas järgmiselt [369]:

„Eesti Maanõukogu tervitab oma esimeseks üleüldiseks koosolekuks kokkuastudes Ajutist Valitsust, kui Venemaa revolutsioonilist riigivõimu kandjat, tunnistab Eesti ajutise valitsemise korra loomiseks 30. märtsil [12. aprillil] antud seaduse, kui Eestimaa elukorraldamise mõjuka teguri tähtsust, mille abil maa esimest korda võimaluse on saanud ennast tarviliku iseseisvuse põhjal väljaarendada, teatab Ajutisele Valitsusele, et Maanõukogu teda toetades ja Venemaa demokraatiaga revolutsiooni võitude kindlustamisel käsikäes käies, kui ka riiklise esituse töö tähtsust demokraatlisel alusel praegusel silmapilgul tundes Eestimaa üleüldis valitsuslises ja kohaliku omavalitsuse ajutises korralduses ainult esimest üleminekuastet tema lõplikule autonoomsele demokraatlistel alustel föderalistlises Venemaa Vabariigis näeb."

---

[367] Vt. *Maanõukogu Protokollid*, 1917—1919, Tallinn 1935, 1.

[368] Vt. *Sobranie uz. i rasp. prav.*, 1917, I, 173, 953. *Priloženie*, 4, teine lõige.

[369] Vt. *Maanõukogu Prot.*, 1, p. 5 ja 9.

Tehakse esitis eelosundatud tekstis kustutada sõnad, mis käivad *Venemaa föderatiivse vabariigi kohta,* kuid see saab vaid neli häält poolt [370].

Nii tähistas Maanõukogu juba oma avaistungil maa ja rahva poliitiliste taotluste sihti ja üldsuunda, kusjuures rõhuva enamusega väljendati mõtet kujundada Eestist riik ja nimelt *osariik* Vene ühendriigis. Seega avaldati siin eestlaste juhtiva autoriteedi kaudu esmakordselt ametlikult omariikluse idee ja tahe luua lähemas tulevikus iseenda kaudu oma iseseisev õiguskord.

Ent omariiklus poliitilise ideaalina püstitati ka samal ajal Tallinnas teotsenud Rahvuskongressil. Juba enne seda asusid riikliku autonoomia vaatekohale Viiburi eesti seltskond ja ülesoomemaaline eesti sõjaväelaste kongress Lappeenrantas. Sama mõtet esindas ka esimene eesti sõjaväelaste kongress Tallinnas.

Kuigi omariikluse mõtte näol rahvaesindajate tahe oli selgesti avaldunud, polnud ometi veel päriselt aktuaalne selle tahte teostamine ise. Ka oli tol korral mõistetav, et Maanõukogu ülesandeisse ei pidanud kuuluma maa edaspidise saatuse määramine. Küll oli aga selge, et Venest irdumise saab otsustada ja peab otsustama selleülesandeline eriasutis *Eesti Asutava Kogu* näol, millele Maanõukogu pidi olema vaid ettevalmistavaks eelinstantsiks. Ent rahva ja maa saatuse eest vastutav ja valvelolev Maanõukogu oli sunnitud kiirustama Eesti iseseisvaks muutmisega ja nimelt revolutsioonilise Venemaa kiiresti arenenud sündmuste survel. Eriti vaenlase rünnakute kiire ning pahaendeline arenemine Riia väerindel hakkas üha ähvardavamalt tumestama Balti ranniku poliitilist tulevikku. Riia väerinde sõjasündmused põhjustasid Maanõukogu erakorralise istungi 7. septembril [371], mil kogu päevakorda ja kinnisi arutlusi läbis saadikute sügav mure oma maa ja rahva saatuse ning iseolemise pärast. Juba nüüd avaldati arvamust, et vaenlase vägede okupeeringu ning sõjatallermaaks muutumise vältimiseks tuleks kohe katset teha omariikluse mõtte teostamiseks. Ka olustikku peeti selleks küllaldaselt soodsaks. Seepärast sellekohaselt arendatigi vastavaid perspektiive

---

[370] *Ib.*, p. 9.

[371] Vt. *Maanõukogu Prot.*, 30b, ka 30a.

oma maa poliitiliselt iseseisvaks muutmiseks, vihjates ühtlasi tungivale vajadusele asuda omariikluse idee teostamisele revolutsioonilisel teel[372]. Ent selliseks revolutsiooniliseks sammuks ei tundunud olustik kõigile maanõunikele olevat siiski veel vajalikult küps. Arvati võidavat riiklikku autonoomiat saavutada legaalselgi teel, mistõttu siis 9. oktoobril moodustati isegi komisjon sellekohase kava koostamiseks[373]. Kuid olustiku muutumine otse katastroofiliseks sundis siiski Maanõukogu asuma teisele tegevusliinile ning ühtlasi juba avaldama peremehelikku meelt ja aktiiv-

---

[372] Vt. *ib.*, Tõnissoni sõnavõttu: „Venemaa on sisemiselt surmani haige. Väerinna sündmusi tähelepannes, selgub, et Venemaal puudub sisemine jõud ja korraldus, et vaenlast tagasi tõrjuda. See on iseäranis tähtis Baltimaa ja meie rahva saatuse kohta. Kui Baltimaa saksa sõjavägede võimu alla läheb, siis muutub meie maa küsimus rahvusvaheliseks küsimuseks... Kõik meie sotsiaalsed kihid peaksid kokku liituma ühiseks rahvusliseks jõuks... Tarvis on nõu leida, et ka sel korral, kui meie maa sõja tallermaaks saab, meil kindel korraldus alale jääks, mis maad võiks juhtida" (30a). — „Poliitiliseks ideaaliks peaks meil ikkagi olema omariiklus. Selle ideaali täidesaatmiseks peame eeltöösid tegema ja mitte ainult pealtvaatajana ootama jäema, mis saatus meile teiste armust kätte toob. Kui meie kui rahvus, omariiklise ideaali täideviimiseks mitte ei suuda nüüdset momenti kasulikult tarvitada, siis ei tea, millal võiks veel parem silmapilk tulla. Kas nüüd või mitte iialgi. Meie riikline paleus leiaks rahuldust Venemaa rahvaste föderatsioonis. Kuid sellest nähtavasti asja ei saa. Meid kistakse Venemaa küljest vägivaldselt lahti. Nüüd peaksime siis katsuma teiste Balti-Skandinaavia rahvastega käsikäes omariikluse aadet täide saata. Kui igal väiksel rahvusel kindel tahtmine on ühise poliitilise ideaali teostamiseks, siis on rahukonverentsil igatahes palju rohkem võimalust oma ühiseid rahvuspoliitilisi huvisid läbiviia... Meie ei pea mitte ainult seda nõudma, mis Venemaa seisukohalt hea on, vaid peame palju rohkem seda nõudma, mis meie rahva tuleviku kohta tähtis on. Kui meie praegust silmapilku mitte kasulikult ära ei tarvita, et ennast poliitilise iseseisvuse sihis püsti ajada, siis ei tule meil seks teist seesugust silmapilku vististe mitte" (30b).

[373] Vt. *Maanõukogu Prot.*, 40, p. 2; lk. 153: „Maanõukogu otsustab: ...2. 30. märtsi seaduse § 5 punkt 7 põhjal komisjoni valida, kes Eestimaa tulevase omavalitsuse ning valitsemise seaduse eelnõu välja töötab Maanõukogule ettepanemiseks; — 3. Aluseks, mille järele komisjoni eelnõu väljatöötamisel käima peab, on see põhjusmõte, et Eestimaa demokraatilise föderatiivse Venemaa vabariigi autonoomliseks osaks jääb. — 4. Maanõukogu poolt vastuvõetud eelnõu tuleb Eesti Asutavas Kogus lõpulikule otsustamisele ja viimaks üleüldise referendumi alla."

sust oma maa saatuse edaspidiseks määramiseks. Ilmekalt osutab seda 26. oktoobril koostatud protestilähetus[374], mis oma kodumaa huvides adresseeriti mitte ainult keskvõimule, vaid ka välissaatkondadele. Tolleaegset olustikku iseloomustavalt öeldakse selles:

„Venemaa sõjaväe mõned osad, kes Eestimaale on saadetud riiki ja koos kogu riigiga ka Eestimaad ja tema rahvast välise vaenlase vastu kaitsma, panevad rahulikkude elanikkude kallal Eestimaal kõigehirmsamaid vägivallategusid toime, kaitseta kodanikke surmates, hooneid ja vilja põletades, ning loomi äraajades kui ka kohapeal maha tappes. Lääne- ja Harjumaal on mõne päeva kestes ärarüüstatud mitukümmend talu ja mõisat, nagu Lihula, Oidremaa, Matsalu, Saastma, Paatsalu, Illuste, Laiküla, Koluvere, Kiidema, Sinalepa, Kloostri, Riisepere, Taibla ja paljud teised."

„Rüüstamise teated tulevad ka Eestimaa teistest nurkadest. Rahvas on meeleäraheitmise viimase tipuni viidud ja vaatab ahastusega pealt, et tema pojad ja vennad koos nende samade sõjaväe osadega peavad oma elu võitluses vaenlase vastu ohverdama minutitel, kus vanemate, vendade-õdede, naiste ja laste elu ning varanduse kallale oma riigi väeosade poolt kiputakse. Kui ka meie protestide peale vaatamata tarvilikuks tunnistatud rekvisitsion ette võetakse, mis rahvast näljaga ähvardab, siis nõuame meie vähemalt kindlasti, et üksikud väeosad mitte inimesi ei tapaks ja varandust lihtsalt ära ei rööviks. Kui sellele hirmsale rüüstamisele ja tapmisele otsekohe piiri ei panda, siis ootab Eestimaad ja tema rahvast hukkaminek. Serbia ja Belgia hävitati Saksamaa vägede poolt, Eestimaa hävitatakse oma riigi vägede poolt."

Selles protestilähetuses juba kajastub Maanõukogu kindel teadlikkus oma autoriteetsest poliitilisest positsioonist ja missioonist, kohustusist ja ülesandeist oma rahva suhtes. Temas aga avaldub juba ühtlasi ka ähvardus mööduda mannetusse uppuvast keskvõimust, kui too ei peaks suutma täita oma kohust maa vastu. Ent, nagu tolleaegse riigipoliitilise olustiku ülevenemaaline areng osutas, jääda lootma keskvõimule oleks tähendanud jääda ootama oma maa poliitilist hävingut. Välja

---

[374] Vt. *Maanõukogu Prot.*, 57, Lisa 3.

arvatud kommunistide pooldajate ja nende aktivistide ringkonnad, valitses siis kõikjal isetegevusetus, massides desorganisatsioon, sõjaväes demoralisatsioon ning rahva seas meeleolu passiivne süngus tulevaste päevade suhtes.

Ööl vastu 8. novembrit toimuski Petrogradis kommunistlik riigipööre[375] ja riigivõimu käsitsemisele asusid Lenini sovetid. Tallinnas asuti riigivõimu valdamisele 9. novembril, mil revolutsioonilise sõjakomitee volinikkude ja senise Eestimaa kubermangu komissari poolt koostati riigihaldusasjade üleandmise akt. Seoses sellega aga ei toimunud mingeid muutusi maa *kogukondliku halduse* alal, sest Eestimaa autonoomsed organid jäid pöördest puudutamata. Et riigipöörde kohalikud muudatused seisnesid üksnes riigivõimu esindajate isikute vahetuses, siis jäi Eestimaa kõrgeimaks juhtivaks aktiivorganiks *Maanõukogu* ja tema täitvaks organiks *Maavalitsus*. Nagu enne pööret, nii ka pärast seda need olid täiesti legitiimsed ning üldiselt teotsesid ka legaalselt. Kuid *riigihalduse* esindajad hakkasid peatselt avardama oma võimu, anastama autonoomsete ühikute õigusi ja häirima nende tegevust, tungides kogukondlikkude asutiste pädevuse aladele ning autonoomia omaasjadesse. Selline olustik pidi paratamatult muunduma. 20. novembril otsustaski Maanõukogu juhatus ja Vanematekogu olustiku normaliseerimiseks kutsuda Maanõukogu erakorralisele istungile[376]. Oli valminud kindel tahe kogukondlikule Eestimaale riikliku kujundi andmiseks, ja 28. novembril asutigi rajama normatiivset alust uuele riigile.

---

[375] Ametlikuks pöördepäevaks on tunnistatud 7. november. Et aga juba 5. novembriks Petrograd oli kommunistlikult häälestatud truppide poolt täielikult blokeeritud, siis tunnistatakse kommunistlikke sovette juba sest päevast peale pealinna peremeesteks. — Pööret nimetatakse oktoobripöördeks, sest *vana kalendri* järgi toimus ta oktoobris ja arvatakse nominaalselt teostunuks 25. oktoobriks.

[376] Vt. Maanõukogu Vanematekogu Protokoll, 1917, 33, 1: J. Vilms: ... Maapäeva [Maanõukogu] kokkukutsumisega ei või enam viivitada. Riigis ei ole võimu ega valitsust, ei ole ka praegu võitlust sellel alal. Maapäev peab selgusele jõudma, mis teha." — J. Seljamaa: „Maal on igalpool küsimus põnev, mis teha. Oodatakse põnevusega Maapäeva kokkuastumist ja tema otsusi." — Vt. ka p. 4.

C. 28. novembri *Otsuses kõrgeimast võimust* öeldakse sõna-sõnalt [377]:

„Kuna Venemaal riikline võim üleüldise korralageduse ja üksikute rühmade vastastikuse võitluse läbi täielikult on hävitatud ja keskvõim puudub, kelle määruste alla kõik riigiosad heidaksid, tunnistab Ajutine Eesti Maanõukogu, kui seadusepärane demokraatliselt valitud maa ja rahva esitus Eestis, oma kohuseks Eestimaa kaitseks Venemaal järjest kasvava korralageduse ja kodusõja hädaohtlikkude tagajärgede vastu ja Eesti rahvuspoliitilise tuleviku kindlustamiseks järgmist välja kuulutada:

1. Eesti Maanõukogu tunnistab ennast ainsaks kõrgema võimu kandjaks, kelle määruste ja korralduste järele kõikidel Eestimaal tuleb käia, kuni Maanõukogu poolt demokraatilise valimisseaduse põhjal viibimata kokku kutsutav Eesti Asutav Kogu kokku astub, et Eestimaa riiklist korda kindlaks määrates maal lõpuliku seadusandlist ja valitsuslist võimu luua.

2. Igasugused määrused, käsud ja dekreedid, tulgu nad kelle poolt tahes, on Eestimaal kuni Eesti Asutava Kogu kokku astumiseni maksvad ainuüksi siis, kui Eesti Maanõukogu nemad välja on kuulutanud, kuna vastasel korral neid mitte ei tule täita.

3. Seks ajaks, kui Eesti Maanõukogu mitte koos ei ole, antakse Maanõukogu juhatusele ja Vanemate-kogule ühes Maavalitsusega, kui Eestimaa kõrgema võimu esitajale, õigus rutulikka määrusi ja käskusid Eestimaa elu korraldamiseks välja kuulutada ja maksma panna, kuni Maanõukogu kokku astudes nende määruste kohta oma otsuse annab."

Nagu eelesitatud sisusõnastusest nähtub, see *Otsus* konstitueerib u u e j u r i i d i l i s e o l u s t i k u ja toob erikordselt suuri p o l i i t i l i s i muudatusi senikehtinud õiguskorda, lõhkudes seosed Vene kõrgeima võimuga ja luues oma maa ja rahva jaoks uue kõrgeima iseseisva võimu. Selline akt oma teoreetiliselt loomult on k o n s t i t u t s i o o n i l i n e ehk *riigipõhikorraakt*. Kuid o m a s i h i l t ta pole siiski mitte t a v a-

[377] Vt. *Maanõukogu Prot.*, 59, p. 2. — RT 1918, 1: *Maanõukogu otsus kõrgemast võimust.*

line definitiivne riigipõhiseadus. Definitiivne põhiseadus lahendab riigipõhikorraküsimused lõplikul kujul. *Otsus kõrgeimast võimust* aga sätib autonoomse ühiku siseelu üksnes provisoorselt. *Otsuse* ülesandeks on luua vaid esialgne normatiivne alus, mille pinnal teotsedes saabutakse tavalise põhiseaduseni. Säärast põhiseaduslikku akti nagu *Otsus* nimetatakse vastandina definitiivsele põhiseadusele eelkonstitutsiooniks ehk eelpõhiseaduseks, milliseid Eesti riigi arenguloos esineb mitu [378].

Eesti esimese eelkonstitutsioonina Maanõukogu *Otsus kõrgeimast võimust* konstrueeris, esiteks, maa kõrgeimat võimu käsitsevad organid, s. o. *riigiorganid*. See akt, teiseks, sättis kõrgeimate organite võimuvahekorra ning, kolmandaks, määras kõrgeima võimu käsitsemise alused. See Eesti esimene riigiakt oli ühtlasi kõrgeimatele riiklikkudele organitele tuleviku töökavaks.

Nii evib *Otsus kõrgeimast võimust* säärast normatiivset sisu, millist evivad tavaliselt kõik sellised eelkonstitutsioonid. Ta tegeleb sellise poliitilise ja juriidilise probleemistikuga, mida on kutsutud lahendama iga säärane põhikorda käsitlev akt. Temas endas on ka selgesõnaliselt deklareeritud, et selle kaudu loodav olustik peab kehtima vaid ajutiselt ja nimelt seni, kuni kokku astub riigipõhikorda lõplikult määrav *Asutav Kogu.*

28. novembri riigiaktiga põhjustatud muudatused senises autonoomse Eesti õiguskorras sisaldusid selles, et endised kõrgemad *kogukondlikud* organid — Maanõukogu ja Maavalitsus — varustati *riigiorganite* võimuga. Välja arvatud Maanõukogusse ja Maavalitsusse puutuv normistik, jäi kõik muu endiseks ja muutmatuks. Maa haldus toimus ka 28. novembrist alates ikkagi endiste seaduste ja dekreetide alusel, kuivõrra need jäid puutumata *Otsusest kõrgeimast võimust.*

Tähendatud muudatused olid üksnes riigiõiguslikku laadi ja tõid kaasa Vene riigi põhiseaduse kõrvaldamise. Seda asendas 28. novembrist peale Eesti esimene eelkonstitutsioon. Ühtlasi kõrvaldati ka Vene riigi seaduseandja,

---

[378] Vrd. A.-T. Kliimann, *Haldusprotsess*, Tartu 1937, lk. 44 j. ja sealne *nota* 74.

kelle asendajaks Eesti senisel kogukondlikul maa-alal sai nüüdsest peale Maanõukogu. Eesti senine maa-ala muutus riigi *maa-alaks* ja selle maa-ala kodakondne rahvas muutus automaatselt riikkondseks *rahvaks*, s. o. *riigirahvaks*. Seetõttu kuni riikkondsuse täpsama sättimiseni kõik kogukondlikud elanikud muutusid provisoorselt riigikodanikeks.

Sääraste riigiõiguslikkude muudatuste tulemuseks oli see, et iseseisvast *kogukondlikust* Eestist sündis 28. novembril *riiklik* Eesti. Ja kogukondlik iseseisvus transformeerus riiklikuks iseseisvuseks.

D. Eelnenud arutlused on täie selgusega osutanud, et *Maanõukogu Otsuses kõrgeimast võimust* on tegemist riigiaktiga ja nimelt Eesti riigi esimese eelkonstitutsiooniga. Temas väljendati rahva poliitilist tahet oma elu iseseisvaks korraldamiseks omariikluse suunas. See tahe sõnastati rahvaesinduse kaudu selle viisipärases menetluses, mistõttu tema autoriteetsus on väljaspool igasugust kahtlust, nagu tema kohene jõustumine ja kehtimapääseminegi. Otsuse tegija — kogukondliku Eesti legaalne organ Maanõukogu — oli demokraatlikult koostatud ning moodustus rahvaesindajaist, autoriteetseist seltskonnategelasist ja erakondade liidreist.

Tahe luua ja arendada oma riiki polnud üksnes legaalse organi, rahva ja maa tuleviku eest valvel oleva Maanõukogu revolutsiooniline tahe. See tahe valmis ja küpses kogu eesti seltskonnas ja rahvas eneses. Eesti seltskond nõudis nii Eestis kui ka väljaspool Eestit, et Maanõukogu muutuks aktiivseks ning võtaks kõrgeima võimu käsitsemise maal enda pädevusse. Juba enne 28. novembrit Eesti sõjavägi ja ka eesti sõjaväelased väljaspool Eestit tunnistasid kõrgeima võimu käsitsejaks üksnes Maanõukogu ja oma resolutsioonides nõudsid, et Maanõukogu kuulutaks Eesti iseseisvaks riigiks, mida ta 28. novembri *Otsusega* tegigi.

Maanõukogu *Otsus kõrgeimast võimust* mitte ainult jõustus ja pääses sedamaidselt kehtima, vaid ta evis ka toimivust, luues tõeliselt uue õiguskorra. Temale ja üksnes temale allus edaspidi tema täitev organ *Maavalitsus*, kes ametlikult detsembriski edasi töötas. Temale allusid kõik teised Eesti *autonoomsed allühikud*, maa ja linn, seltskondlikud organisatsioonid ja rahvas, hoolimata kodusõja õhkkonnast, mis selle

Otsuse tagajärjel tekkis. Kommunistid, kes toetusid maal viibivate Vene vägede relvajõule, evisid üsna vähest pinda ainult ühes osas tööliskonnas. Kodusõja teele asunud kommunistlikkude võimutsejate peaaegu täielikku autoriteedipuudust osutab paremini kui miski muu üleskihundatud tööliskonna suhtumine *Maanõukogu* hajutamisaktsioonisse 28. novembri õhtupoolikul Toompea lossi ees. Kõigepealt vaatamata ägedale kihundusele, paljudes vabrikutes, nagu Boecker, Luther, Depoo jt., töölised otsustasid rõhuva häälteenamusega[379] keelduda osa võtmast Maanõukogu vastu kavatsetud meeleavaldusest. Teostunud hajutamisaktsiooni vastu aga hakkas kokku voolama otse protestide valang töölistelt, teenijailt, ametnikelt, seltskonnalt, ajakirjanduselt. Protestisid juba järgneval päeval sotsialistlikud erakonnad, Peterburi eesti sõjaväelased, Soome eesti sõjaväelased, 12. armee eesti sõjaväelased, Eesti Sõjaväelaste Ülemkomitee, Tallinna garnison, I Eesti polk, II Eesti polk, Tallinna Ukraina rood, Põhjarinde Ukraina rood. Kommunistide vastu oli ka 45. divisjon[380].

Kõik eelesitatu tõestab täiel määral ülemal-püstitatud teesi (94), mis veelkordselt kinnitab seda, et *Otsus kõrgeimast võimust* on Eesti riigi sünniakt ja et 28. november on Eesti riigi tõeliseks sünnipäevaks. Kuid võimalikkude vastuväidete hajutamiseks käsiteldagu Maanõukogu 28. novembri *Otsust* ja selle poliitilisi ning juriidilisi tagajärgi jätkuvalt ka veel traditsioonilise vaadendi lähtekohast.

3. Traditsiooniline argumentatsioon.

A. Mis puutub kõigepealt maa-alasse, siis see oli traditsionalistidele antud juba ülemalmainitud 12. aprilli dekreedi alusel kindlalt piiritatud territoriaalühikuna. Eesti kui poliitilise terviku maa-ala piirid olid juba tolle aktiga juriidiliselt täpsalt määrateldud.

28. novembri *Otsusest* peale muutusid vaid selle maa-ala juriidiline kvalifikatsioon ja mõte. Enne seda

---

[379] Vt. ka Maanõukogu Vanematekogu Prot., 1917, 38 (Maanõukogu liikmete eranõupidamine), 1.

[380] *Ib.*

päeva oli 12. aprilli aktis antud territoriaalühikus tegemist *kogukondliku* autonoomia maa-alaga. Pärast seda päeva aga sama maa-ala samus piirides muutus *riikliku* autonoomia maa-alaks.

Mis puutub rahvasse kui järgnevasse vajalikku riigielemendisse, siis seegi, nagu territooriumgi, oli juba enne 28. novembrit antud traditsionalistidele valmis õigusliku ühikuna sama 12. aprilli dekreedi alusel. Rahvas kogukondlikus Eestis oli määratud maa-ala kaudu etnograafilise printsiibi kohaselt. Kõik elanikud antud territooriumil moodustasid juriidilise terviku ja nimelt eestlaste rahvusterviku [381].

28. novembrist peale sama rahvusterviku juriidiline kvalifikatsioon muutus. *Kogukondlikust* rahvastikust tekkis *riigirahvas*. Kogukondsest elanikust tekkis provisoorselt, s. o. kuni selle küsimuse edaspidise täpsama määratluseni, riigikodanik.

Seega kaks riigile tarvilikku elementi olid antud ja koguni juriidiliselt määrateldud juba enne 28. novembrit. Traditsionalistidele tähtsaim kolmas element, kõrgeim võim ehk riigivõim, *suprema potestas*, loodi aga just 28. novembri *Otsusega kõrgeimast võimust.*

Et ses *Otsuses* käsiteldav võim on tõesti riigivõim, see selgus juba eelnenud arutlusist. *Maanõukogu Otsus kõrgeimast võimust* katkestab õiguskorra kontinuiteedi Venemaaga. Temas endas põhistatakse seda sammu sellega, et Venes keskvõim antud hetkel puudub, mistõttu osutub tarvilikuks luua oma keskvõim, et kindlustada rahva ja maa iseseisvat tulevikku. See oma keskvõim loodi *originaarselt* revolutsioonilisel teel, irdudes omal tahtel korralagedusse uppuvast Venemaast.

28. novembri *Otsuses* loodud võim konstrueeriti ja varustati kõigi *kõrgeima võimu* tunnustega. Tema superioorsus avaldub, esiteks, selles, et ainult Eesti oma rahvaesindus ja teda asendavad hädaseisundi organid tohtisid edas-

---

[381] Vrd. Verdross, *Völkerrecht*, lk. 41: „Von der natürlichen Einheit des Volkes ist das Staatsvolk zu unterscheiden, das die Staatsangehörigen eines Staates umfasst und daher eine juristische Einheit bildet."

pidi maad ja rahvast juhtida ning rahvatahet väljendada ja kehtima panna. Selle võimu superioorsus avaldub, t e i s e k s, negatiivselt ka selles, et ühegi teise autoriteedi käsud ja keelud ei või pääseda Eestis kehtima muidu, kui oma kõrgeimat võimu käsitsev organ on neid sanktsioneerinud.

B. Ajavahemik 28. novembrist 1917 24. veebruarini 1918 iseloomustub riigiõiguslikult kodusõjana. Ent hoolimata sellisest olustikust kõrgeimat võimu käsitsevad instantsid teotsesid kogu selle aja intensiivselt ja suhteliselt ka tulemusrikkalt, kuigi minimaalses ulatuses.

Ennekõike mainitagu seda, et juba 28. novembril Maanõukogu otsustas Tallinna sovettide täitva komitee h a j u t a m i s a k t i jätta tähele panemata ja sisuliselt arutamata. Kuid selleks, et vältida eesti relvajõudude ja kommuniste toetavate võõraste vägede kokkupõrkeid ja ühtlasi ka verist vennatappu, peeti paremaks, et Maanõukogu i s e katkestaks ajutiselt oma tegevuse. Ka Maanõukogu eksekutiivorgan Maavalitsus, kes esialgu teotses küll avalikult, siirdus juba detsembris „põranda alla". Seda tehti muuseas ka kaalutlusil ja lootusis, et poliitiline olustik vahest peagi selgib ja nimelt rahvuslikkude taotluste kasuks.

Säärases olustikus tuli arendada oma vastutusrikast tegevust ning agaralt ja sihiteadlikult suunata maad ja rahvast omariikluse põhimõtteil peamiselt *hädaseisundi organeil*, mis olid 28. novembri *Otsuses* ette nähtud. Nad informeerisid alatasa seltskonda ning instrueerisid oma sellekohaste aktidega maa autonoomsete allühikute organeid, ametnikke ja asutisi.

Juba 29. novembril arutati Maanõukogu liikmete eranõupidamisel tekkinud poliitilist olustikku ning sellest järelduvat töökava [382]. Üksmeelselt otsustati asuda o t s e s t e ettevalmistuste tegemisele Asutava Kogu valimiste korraldamiseks. Peeti õigeks ses asjas teotseda mitte lahus, vaid just koos kommunistidega, et sellises üldrahvuslikus aktsioonis vältida oma rahva killustamist ja lahkuminekuid. Ka täpsustati *Vanematekogu* m e n e t l u s t, lugedes poliitilist laadi aktide vastuvõtuks vajalikuks $^2/_3$ häälteenamust. Maanõukogu suhtes otsustatakse

---

[382] Vt. Maanõukogu Vanematekogu Prot., 1917, 38, 2 ja 3.

teda edaspidi kokku kutsuda vaid erilistel *hädajuhtudel*, kuna tema õigustes ja asendajana siitpeale astub tegevusse Vanematekogu koos juhatuse liikmetega.

30. novembril otsustati asutada Maavalitsuse juurde *Maakaitseamet*, mille ülesandeks oleks kaasa töötada eesti sõjaväelaste kodumaale koondamise ja rügementide formeerimise alal selle sihiga, et maad rüüstamise ja vägivalla eest kaitseda. Valitakse ka Maakaitseameti juht. Samal istungil moodustatakse veel komisjon Asutava Kogu valimiste asjus kommunistidega läbirääkimiseks ning ühtlasi kaalutakse samme selleks, et okupeeritud saarte elanikele võimaldada neist valimistest osa võtta. Lõppeks võetakse täitmisele Maanõukogu 28. novembri mõningaid akte, lahendatakse jooksvaid küsimusi, eriti riigi maksunduse alalt ja antakse viimases asjas volitusi Maavalitsusele [383].

5. ja 7. detsembri istungeil arutatakse Eesti Asutava Kogu kokkukutsumise ja valimisseaduse väljakuulutamise küsimust, välissaatkonna moodustamist ja Maavalitsuse edaspidist tööka va. 5. detsembril otsustatakse „omaltpoolt eraldi Eesti Asutava Kogu valimisseadust mitte välja kuulutada, vaid enamlaste poolt välja kuulutatud seadust sanktsioneerida“ [384].

Juba 3. detsembril määrati välissaadikuid. Lähetamisel välisriikidesse otsutati neile kohuseks teha, et nad välismaal energilisimalt selleks samme astuksid, et Eesti liitmist Saksamaa külge takistada. *Föderatsiooni küsimus* Venemaa suhtes jäeti lahtiseks. Arvati, et kõigepealt tuleks aga toetada *puhverriigi* loomise mõtet, kuid samuti ka *Põhjariikide liidu* moodustamist Taanist, Norrast, Rootsist, Soomest ja Eestist [385].

Järgnevail istungeil ja ka laiendatud eranõupidamisil [386] koos erakondade esindajatega täiendatakse välissaatkonda, varustatakse neid, antakse instruktsioone ajakirjandusele, arutatakse välisinformatsioone ning koostatakse sellekohaselt kavasid. Juba 21. detsembri istungil Vanematekogus tõuseta-

---

[383] Vt. Maanõukogu Vanematekogu Prot., 1917, 39.

[384] Vt. *ib.*, 40 j.

[385] Vt. *ib.*, 41, eriti p. 3.

[386] Vt. *ib.*, 42 jj.

takse küsimus, kas mitte teha Eesti küsimus rahvusvaheliseks[387] ning seks otstarbeks Eesti iseseisvust veelkordselt avalikult proklameerida, millele keegi vastu ei vaidle. Lõppeks Vanematekogu ja erakondade ühisel nõupidamisel 13. ja 14. jaanuaril 1918 tunnistatakse ühel häälel tarvilikuks Saksa okupatsiooni vältimiseks välja kuulutada kõige lähemal ajal Eesti iseseisvus ning nõuda rahuläbirääkimistel oma esinduse võimaldamist[388]. Ja 24. jaanuaril koostas Vanematekogu ühes juhatuse ja Maavalitsusega memorandumi Eesti poliitilise seisundi kohta, millega välissaadikud pidid taotlema saavutada välisriigelt tunnustust Eesti rahva enesemääramisele ja riiklikule sõltumatusele[389].

19. veebruaril Saksa invasiooniväed tungivad Eesti mandrile. Samal päeval hädaseisundi organid otsustavad oma võimu delegeerida erilisele *Päästekomiteele.* 21. veebruaril Haapsalus viibiv I Eesti polk sõlmib sõjaväelise *kartelli* sissetungivate Saksa vägedega. Viimastele lähetatakse ööl vastu 25. veebruari Pääsküla alla Päästekomitee *eridelegatsioon* läbirääkimisteks, et võita aega Eesti iseseisvusmanifesti levitamiseks. 24. veebruaril Päästekomitee moodustab esimese *Ajutise Valitsuse* ja samal päeval ilmutatakse ka *Manifest kõigile Eestimaa rahvastele,* milles Eesti kuulutatakse iseseisvaks demokraatseks vabariigiks[390].

---

[387] Vt. *ib.*, 44: „J. Kukk teeb positiivse ettepaneku, et Eestimaa küsimus rahvusvaheliseks tehtaks. Vastu ei vaidle keegi."

[388] Vt. *ib.*, 47 (Vanematekogu ja parteide esindajate nõupidamine): „J. Kukk informeerib minevase pühapäeva nõupidamisest, kus ühel meelel arvati Saksa okupatsiooni vastu olla, selle ähvardusel Eesti iseseisvust välja kuulutada, et Eesti küsimust rahvusvaheliseks teha." — „Võetakse ühel häälel vastu resolutsioonid: 1) Tarvilikuks tunnistada Saksa okupatsiooni ärahoidmiseks Eesti iseseisvus kõige lähemal ajal välja kuulutada ja esitust rahuläbirääkimistel nõuda. — 2) Büroo valida, kes ka enamlastega läbi räägib."

[389] Vrd. A. Piip, *1918. a. 24. veebruari manifesti diplomaatiline eelmäng, i.* Tänapäev, 1938, 2, lk. 38 j.

[390] Vt. sellekohaseid akte RT 1918, 1. — Vrd. A. Piip, *Vabariigi aastapäevaks, i.* Akadeemia, 1938, 1, lk. 1 jj.

C. 24. veebruari *Manifesti* legaalfraasist, mis ütleb, et „Eestimaa tema ajaloolistes ja etnograafilistes piirides kuulutatakse tänasest peale iseseisvaks demokratliseks vabariigiks [391]", mõningad juristid on tahtnud järeldada, et *Manifesti* tuleb mõista põhiseadusliku aktina, millega esmakordselt rajati Eesti riiklik iseseisvus. Sellise arvamuse kohaselt ei peaks ka mõistma 28. novembrit Eesti riigi sünnipäevana, vaid 24. veebruari. Sellekohaselt tuleks ka *Manifesti* lugeda muidugi mitte derivatiivseks, vaid revolutsioonilise aktiks ja tema alusel konstitueeritud võimu originaarseks võimuks.

Kuid, nagu ülemal-esitatud arutlusist on juba küllaldaselt selgunud, see arvamus ei pea paika ei moodsa õigusteadusliku vaadendi ega traditsionalistide doktriini lähtekohast. Kui alles *Manifest* on selleks aktiks, mille alusele Eesti riik rajati, siis ei saaks juttugi olla õiguskontinuiteedist 28. novembriga. Vähemalt *kõrgeima võimu kontinuiteedist* poleks siis keegi õigustatud kõnelema. Tõsiasi on aga see, et *Manifest* ise tunnustab kõrgeima võimu kontinuiteeti, kõneldes enne 24. veebruari loodud Päästekomiteest ning viimase poolt ametisse määratud Ajutisest Valitsusest. Ajutine Valitsus aga tunnistab riigiaktideks kõiki eelnenud toiminguid vaid sedamööda, kuivõrra nad on kokkukõlas 28. novembri eelkonstitutsiooniga [392]. Siit nähtub selgesti 24. veebruari täielik kontinuiteet *Manifestile* eelnenud riigiõiguslikkude sündmustega. Seepärast tuleb *Manifesti* mõista kahtlemata legaalse aktina ning Manifestis avalduvat riigivõimu pidada legaalseks võimuks, mis oli juba loodud ja esmakordselt konstitueeritud 28. novembri *Otsusega kõrgeimast võimust.*

Eesti riikliku iseseisvuse tekkimise loos *Manifest* ei ole *konstitutiivne*, s. o. loov riigiakt. Ses loos on ta vaid *deklaratiivne* akt, s. o. mis olemasolevat üksnes konstateerib ning rohkemalt seda veelkordselt lähemalt määratleb, tehes endas sellekohaste juriidiliste sündmuste osalise kokkuvõtte.

---

[391] RT 1918, 1: *Manifest kõigile Eestimaa rahvastele*, 5. lõigend.

[392] Vt. RT 1918, 1: *Ajutised administratiivseadused.*

Manifesti sisu saab tunnistada konstitutiivseks üksnes neis osades, milles ta esimeses eelkonstitutsioonis lahendatud küsimusi teisiti korraldab. Et seal määratakse riigi valitsemise ja haldamise üldisi põhimõtteid, piiritatakse riigi pindala, ja seadeldakse riigi kõrgeimaid organeid ning korraldatakse riigi ja rahva vahekord, siis on *Manifest* Eesti riigi teiseks eelkonstitutsiooniks [393], järgnedes otseselt 28. novembri konstitutiivsele *Otsusele*. Iseseisvusdeklaratsioonina Manifest aga pälvib üsna vähest tähelepanu.

Tähendatagu, et 24. veebruari sisu ja siht on sootuks teine kui 28. novembril. 28. november andis Eestile riikliku ühiku ilme. Ta aga ei määranud loodud riigi iseseisvuse ja sõltumatuse astet lähemalt, jättes selle ülesande lahendamise peatselt kokkuastuva *Asutava Kogu* hoolde. Polnud veel selgunud, kas jäädakse täiesti *iseseisvaks* ja *sõltumatuks* riigiks või astutakse Suur-Vene ühendriiki autonoomse vabariigina, kuigi seda küsimust arutlev Vanematekogu kaldus esialgu Eestit kuulutama osariigiks. Siis arvati, et riigi loomisel tolleaegses poliitilises olustikus ei tuleks anda tähtsust vormile [394].

24. veebruar on juba samm ettepoole riikliku iseseisvuse astme määramisel. Ta juba eraldab Eesti kindlalt ja täielikult oma emamaast ja teistest riikidest. Nüüd on omaaegne osariigi probleem juba hoopis kõrvale jäetud.

Aga ka 24. veebruar ei lahenda siiski riigi sõltumatuse küsimust lõplikul kujul, jättes selle samuti Asutava Kogu hoolde. 24. veebruar ütles ainult, et „tänasest peale" Eestimaa on nimelt iseseisev demokraatlik vabariik. Seega nüüdsest peale ei saa enam Eestit muuta teise riigi liitosaks. Kuid ka 24. veebruar jättis vabaks küsimuse Eesti riigi sõltumatusest. On veel võimalik iseseisva, kuid *sõltuva* riigina astuda teiste välisriikidega erilisse riikide liitu. Eesti iseseis-

---

[393] Nii ka Piip, *Estlands Weg*, lk. 7: „Dieses Manifest vom 24. Februar 1918 ist die zweite Vorverfassung Estlands..."

[394] Vt. Maanõukogu Vanematekogu Prot., 1917, 36: „Kui Maapäev [Maanõukogu] ennast ülemaaliseks võimuks kuulutab, siis ei ole praegusel ajal enam Osariigi väljakuulutamist vaja, nagu arvamist avaldatakse..." — „J. Tõnisson soovitab ka enam rõhku sisu peale panna ja vormiliselt osariigi väljakuulutamist ära jätta."

vuse ja sõltumatusega seotud küsimused ongi need, mida 28. novembril ei tahetud lähemalt puudutada.

Küsimus saab selgemaks, kui meenutada, et lõpliku riigikorra määramiseni Põhiseaduse kaudu Eesti on läbi teinud mitu iseseisvuse astet. 28. novembril öeldi, et Eesti on demokraatlik vabariik. 24. veebruaril aga lisati: Eesti on iseseisev demokraatlik vabariik. 4. juulil 1919, mil anti Eesti Vabariigi ajutine valitsemise kord, täiendati juba, et Eesti on iseseisev ja sõltumatu vabariik [395].

28. novembril Eesti riik oli sündinud. Ent tema õiguslikud suhted emamaaga ja teiste välisriikidega jäid lahtiseks. Oli jäetud lahtiseks võimalus astumiseks föderatiivriigina ühendriiki või unitaarriigina riikide liitu. Ta oli nagu laps, kes on alles sündinud ning kes on jäänud hetkeks veel nabaseosesse oma emaga.

24. veebruarist peale Eesti peab olema iseseisev *unitaarriigi mõttes*. Tal juba on võetud juriidiline võimalus esineda föderatiivriigina mõnes ühendriigis, kuigi lahtiseks on jäänud ikkagi võimalus riikide liitu astumiseks iseseisvana, olgugi sõltuvana sellest liidust. Nüüd on ta ka oma emamaast täielikult irdunud. Ta on nüüd nagu laps, kelle nabaseos on juba läbi lõigatud.

4. juunist peale Eesti peab käima oma sõltumatu ja iseseisva unitaarriigi rada, hävitades juriidilised võimalused ka mõnda riikide liitu astumiseks. Nüüdsest peale määrab ta oma saatust sõltumatult ja üksi, laskmata anda endale oma siseelu korraldamiseks juhiseid üheltki välisriigilt või nende liidult.

Kõiki eelesitatud selgitusi ja arutlusi ning neis tõestunud väiteid ja määranguid (92—94, 63) arvestades tohib praeguses olustikus püstitada definitsiooni, mille kohaselt

(95) *Eesti õiguskorra moodustab normistikkude süsteem, mis õiguskontinuiteedi printsiibil on arendatud 1917. aasta 28. novembri Otsusest kõrgeimast võimust.*

---

[395] Vrd. Kliimann, *24. Veebruar, ib.*

II OSA

ÕIGUSKORRA PÕHIFUNKTSIOONID

3. peatükk.

Õiguskorra põhifunktsioonide käibivaid doktriine.

§ 5. Õiguskorra põhifunktsioonide määratluse katseid.

I. KAUSAALTELEOLOOGILINE DOKTRIIN.

Õiguskorra ilmekamad omadused tulevad selgemini nähtavale selle poliitilise ühiku normatiivses korras, mis on varustatud kõrgeima võimuga. Seepärast asudes alamal käsitlema õiguskorra põhifunktsioone, lähtutaksegi üksnes totaalõiguskorrast. Seda tehes aga ärgu unugu siiski see, et need põhifunktsioonid pole mitte omased ainuüksi riigi kehtiva õigusnormistikkude süsteemile, vaid võivad niisama hästi ilmneda ka kõigis partsiaalõiguskordades [396].

Riigi nagu iga teisegi korporatsiooni õiguskord on staatilis-dünaamiline normatiivühik. Õiguskorra kui staatilise ühiku dünaamilisi avaldusi tavatsetakse juurdunud terminoloogia kohaselt nimetada funktsioonideks [397].

---

[396] Tähendatagu, et traditsioonilise vaadendi järgi õiguskorra põhifunktsioone käsitatakse ainuüksi riigi õiguskorra põhifunktsioonidena. Vt. eeskätt Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1921, lk. 395 jj.

[397] Vt. A.-T. Kliimann, *Halduseprotsess*, Tartu 1937, lk. 16, *nota* 2 osundatud kirjandus. Sealesitatuile lisaks vt. Hermann Heller,

Küsimusele, kuidas tuleb mõista ja millena lähemalt määratella õiguskorra põhifunktsioone, on taoteldud vastata kolmest erilisest lähtekohast ja nimelt kausaalteleoloogilisest, sotsioloogilis-juriidilisest ja normatiivsest.

Kausaalteleoloogiline funktsioonide doktriin seab ses küsimuses riigi ja ühiskondliku elu vastakuti. Riik on siin realiteet objektiiv-esemelises mõttes, mis põhjustab muutusi ühiskondlikus totaalsuses. Need muutused on riigiorganite ühiskondlikult toimivate tahteaktide tulemusteks, sest ilma sihiteadliku inimtegevuseta pole riik mõeldav. Need tahteaktid on sihitud inimühiselule vajaliku korra soetamiseks, ühiselulise koostöö organiseerimiseks ja aktiviseerimiseks kõrgeima territoriaalvõimu kaudu. Riigifunktsioon on ajalooliselt paratamatu vajadus ning sisaldub ühiskonnale *modus vivendi* loomises [398].

Ühiskondliku *modus vivendi* loomise üldsiht võib konkreetses riigis tulla taotlemisele ses või teises sisus ja

---

Staatslehre, Leiden 1934, lk. 201 jj., 253. — Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig 1928, lk. 96 jj. — Theodor Maunz, *Verwaltung*, Hamburg 1936, lk. 15 jj. — Wilhelm Laforet, *Deutsches Verwaltungsrecht*, München 1937, lk. 1 jj. — Ludwig v. Köhler, *Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts*, Stuttgart-Berlin 1936, lk. 9 jj. — Oreste Raneletti, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli 1912, lk. 51 jj. — Luigi Raggi, *Diritto amministrativo*, Padova 1936, I, lk. 4 jj. — Ugo Forti, *Diritto amministrativo*, Napoli 1931, I, lk. 7 jj. — Léon Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, Paris 1923, II, lk. 132 jj. — H. Berthélemy, *Traité élémentaire de Droit administratif*, Paris 1926, lk. 11 jj. — Maurice Hauriou, *Précis de Droit administratif et de Droit public*, Paris 1921, lk. 1 jj. — *Id.*, *Précis de Droit constitutionnel*, Paris 1923, lk. 143 jj. — Frederick John Port, *Administrative Law*, London-New York-Toronto, 1929, lk. 88 jj. — John A. R. Marriott, *The Mechanism of the modern State*, A Treatise on the Science and Art of Covernment, Oxford 1927, II, lk. 3 jj. — Frank J. Goodnow, *The Principles of the Administrative Law of the United States*, New York-London 1905, lk. 28 jj. — William A. Robson, *Justice and Administrative Law*, A Study of the British Constitution, London 1928, lk. 12 jj.

[398] Vt. kõigepealt Heller, *op. cit.*, lk. 199 jj., kus eeltähendatud mõttes kõneldakse *pro* „Kausalität und Teleologie", *pro* „gegenständliche Wirkung des Staates" või „der Staat als Ursache innerhalb der gesellschaftlichen Totalität."

ulatuses, vastavalt sellele, kas säärast abstrakt-absoluutset sihti mõistetakse *ekspansiivselt* või *limiteerivalt* [399]. Üldsihi taotlemiseks püstitatakse vastavais massipsühholoogiliste ja füüsiliste ning vaimsete võimaluste piirides relatiivsete sihtidena mitmesuguseid konkreetseid *kultuuri-*, *võimu-* ja *õiguskorrasihte* enese õilsamaks ja tugevamaks arendamiseks [400].

Kausaalteleoloogiline doktriin sisaldab tähtsa tõe, nentides ja rõhutades seda, et riik reaalselt oleleb ja avaldub vaid oma ühiskondlikus funktsioonis, s. o. oma sihte taotlevais tegevusis ja toiminguis [401].

Ent funktsiooni säärases käsituses mõistetakse, esiteks, tegevusena ning toiminguna, mis on ühes mõttes immanentsed, teises tähenduses aga transtsendentsed nähtused ja avaldused riigi ning tema õiguskorra suhtes. Riik selle õpetuse kohaselt on ju ühiskondlikus elus esilduvate muutuste kausaalne põhjus ja põhjustaja. Ta olemus reaalselt selles just avaldubki. Riik ise ongi ühiskondliku funktsioonina käsitatav. Järelikult ses mõttes funktsioon on immanentne riigile ja tema õiguskorrale. Kuid, teiselt poolt, see aktiviteet, mida riik arendab, ei jää riigisse, vaid suundub temast väljapoole ja nimelt ühiskonda, olles ses mõttes transtsendentne riigile ja tema õiguskorrale. See funktsiooni *immanenttranstsendentsus* on loogiliselt küll hästi mõistetav, kuid selgitab funktsiooni olemust ja korporatiivse ühiku aktiviteeti sisult nii, nagu ta tõelisuses ei avaldu. Et selline funktsioonikäsitlus ei vasta tõelisusele, ilmneb paremini deriveeritud õiguskordade vaatlusist. Neis aktiviteet ei suundu ühikust väljapoole, vaid pöördub just sesse ühikusse enesesse. Ka pole säärane käsitus kokkukõlas *korporatsiooni* mõistega. Iga korporatsiooni, ka riigi tegevus juba vastava mõiste (50, 51) järgi tähendab üksnes tema enese jaoks määratud tege-

---

[399] Vt. Georg Jellinek, *op. cit.*, lk. 242 jj.

[400] *Op. cit.*, lk. 255 jj.

[401] „Funktion ist das Dasein in Tätigkeit gedacht" — Goethe sõnad *per* Heller, *op. cit.*, lk. 201.

vust. Kuigi sotsioloooligiselt õige on, et korporatsioon on temas arendatava tegevuse põhjus ja põhjustaja, pole ometi mitte õige, et korporatsioon arendab oma aktiviteeti mõne teise ühiku huvides ja sihtideks. Siin vahetatakse korporatsiooni mõiste *asutise* mõiste vastu. Ainult asutisetaoliste organisatsioonide ülesandeks on hoolitseda mitte enese, vaid teise ühiku huvide eest. Tähendatagu öeldule lisaks, et, nagu see selgub moodsa funktsionalismi konsekventsema esindaja Hermann Helleri õpetusest, funktsiooni selgitus õieti polegi antud funktsiooni *qua* funktsiooni, vaid riigi ja tema õiguskorra mõistmiseks [402]. Ometi peaks see olema nii, et esmalt selgitatakse riigi ja tema õiguskorra olemus ning alles viimasest lähtudes selgitatakse funktsiooni mõistet.

Teiseks käsitab kausaalteleoloogiline doktriin funktsiooni üldiselt riigi sihtide küsimusena. Siin samastab see doktriin sihi ja sihitaotluse, idee ja selle realiseerimise vahendi. Siht on see, mis määrab aktiviteedi avalduste, tegevuse ja toimingute suuna ja mis vastavat tegevust, aktiviteedi avaldusi motiveerib [403]. Ent motiiv ja tegu on ikkagi kaks erinevat asja.

---

[402] Vt. Heller, *op. cit.*, lk. 201: „Die Wirklichkeit des Staates ... besteht in seiner Wirkung oder Funktion ...“ Ja *op. cit.*, *Einleitung*'is väljendab sama mõtte Gerhart Niemeyer Karl Marxi sõnadega: riik, see on „die Gesellschaft in Aktion“ (*ib.*, lk. XII). — Vrd. Smend, *op. cit.*, lk. 34: „Die Besonderheit der integrierenden Vorgänge eines bestimmten Gemeinschaftstypus ist damit gegeben, dass diese Vorgänge zumeist Produktions-, Aktualisierungs-, Erneuerungs-, Weiterbildungsprozesse des Sinngehalts sind, der den sachlichen Inhalt der Gemeinschaft ausmacht. Im staatlichen Leben sind es also vor allem Vorgänge der Willensbildung ... in dem Sinne der immer neuen Herstellung der Staatsgemeinschaft als Willensverband überhaupt, also im Sinne dauernder Schaffung der Voraussetzungen für die Lebensäusserungen und Leistungen ...“ Ja *ib.*, lk. 96: „Wenn Integration überhaupt geistiges Leben, Funktion ist, dann sind die staatlichen Funktionen ihr einleuchtendster Faktor. Sie bilden denn auch ... den Hauptteil der oben [lk. 34] andeutend bezeichneten Typen funktioneller Integration.“

[403] Seski suhtes vrd. Heller, *op. cit.*, lk. 201: „Ohne die zweckbewusste Tätigkeit von Menschen innerhalb des Staates ist der Staat nicht möglich. Die Zwecksetzungen dieser Menschen werden für andre Menschen im Staate zu kausal wirkenden, ihren Willen motivierenden Ursachen.“

Neil eelesitatud kaalutlusil ei saa nõustuda funktsioonide kausaalteleoloogilise käsitlusega, kõnelemata sellest, et ta on enne muud naturalistlikult metajuriidiline. Õiguskorra funktsioonide käsitlus peab aga selgitama küsimust juriidilisest küljest. Seda taotlebki teha nn. sotsioloogilis-juriidiline doktriin, mis on eriti levinud uusimas prantsuse kirjanduses.

II. SOTSIOLOOGILIS-JURIIDILINE DOKTRIIN.

Sotsioloogilis-juriidiline doktriin lähtub ses küsimuses poliitilisest ühikust ja tema sotsiaalfaktilisest võimust, sageli aga faktilist võimu käsitsevaist organeist. Ta vaatleb võimu aktiviteeti või võimukäsitsejate tegevust konkreetsel sotsioloogilis-ajaloolisel taustal ja taotleb sellekohaseid tahteavaldusi oma mitmekesiduses sisu ja sihtide järgi suruda üksikuisse juriidiliselt määrateldavaisse funktsioonesse [404].

Sotsioloogilis-juriidilise doktriini järgi õiguskorra funktsioon on vastava poliitilise ühiku võimuavaldus või organite tegevus oma sihtide kavapäraseks taotluseks. Et võimude tahteavaldused on sellekohaste sihipäraste toimingutena normeeritud, siis ka funktsioonid kui korrapärased taotlused on ise sisustatud juriidiliselt. Vaadeldes kindla ajastu riikide võimuavaldusi või ka ühe ja sama õiguskorra alusel tehtud poliitilisi tahteavaldusi, võib leida neis ühist ja seda ühist abstraheerida ning niiviisi neid ühistunnuslikke toiminguid üldistada funktsioonideks. Selle järgi funktsiooni mõiste on üldmõiste riigivõimude või organite ühetunnuslikele toiminguile [405].

---

[404] Vt. H a u r i o u, *Précis de Droit constit.*, lk. 396 jj. — D u g u i t, *op. cit.*, lk. 132 jj. — Ka Georg J e l l i n e k, *op. cit.*, lk. 622 jj.

[405] Vt. eriti D u g u i t, *op. cit.*, lk. 133: „... j'ai défini l'acte juridique, tout acte de volonté intervenant avec l'intention qu'il se produise une modification dans l'ordonnancement juridique tel qu'il existe au moment où il se manifeste ou tel qu'il existera à un moment futur donné... Il est évidemment incontestable que lorsque l'État intervient par une manifestation de volonté qui constitue un acte juridique, il exerce une fonction que l'on peut, que l'on doit appeler fonction juridique" — „L'État ou plutôt les gouvernants exercent donc des fonctions juridiques lorsqu'ils font des actes-règles, des actes-conditions, des actes subjectifs; et les fonctions juridiques de l'État peuvent être classées ... en trois catégories,

Säärane sotsioloogilis-juriidiline käsitlus on õiguskorra funktsioonide tuuma üldiselt õigesti määratelnud. Funktsioonid tähendavad tõepoolest õiguslikkude toimingute liike ja õiguslikult normeeritud riigiaktiviteedi üksikuid sihipäraseid tegevusalasid. Ka on see doktriin mõistnud funktsioone riigile immanentse tegevusena, s. o. sellisena, mille sihiks on riiki ennast arendada.

Kuid olles sidunud korporatiivse ühiku aktiviteedi küsimuse sotsioloogilise võimuprobleemiga, see doktriin ei selgita õigesti funktsioonide seost õiguskorraga. Kui funktsiooni kui juriidilise tegevuse üks ots jääb niiöelda kinni õiguskorrasse, siis tema teine ots jääb normeerimatult lahti sotsioloogilisse võimufaktisse. Et sotsiaalse faktina määrateldud võim tähendab faktilisi võimeid ja tegelikke võimisi, siis jääbki täiesti selgusetuks, kuivõrra funktsioonid üldse on õiguslikult kvalifitseeritavaiks aktiviteediavaldusiks.

Tegevuse või toimingute rühmitamise aluseks, teiseks, ei saa olla võimude ja organite liigitamine või eraldamine [406]. Otse selle vastu, viimaseid saab õiguslikult rühmitada vaid funktsioonide alusel [407]. On selge, et lähtumine üksikuist erivõimudest või üksikute erivõimude käsitsejaist põhjustab funktsioonide määrangute ning sellekohaste selgituste ja väitluste ohtlikku *ringlemist.* Nii *circulus in definiendo* kui ka *orbis in probando* on sääraselt lähtunud käsitluses täiesti väldi-tamatud *fallacia*'d.

Eelesitatud kahtlustusil ei saa loogikapärane funktsioonide käsitlus arvestada ka sellekohaseid sotsioloogilis-juriidilise doktriini määranguid ja väiteid. Funktsioonideprobleemile

---

suivant qu'elles consistent dans accomplissement d'actes-règles, d'actes-conditions ou d'actes subjectifs."

[406] Jäme *fallacia,* mis esineb eriti eelosundatud ingliskeelses kirjanduses. Vrd. Duguit, *op. cit.,* lk. 136: „Une erreur aussi très répandue consiste à déterminer les diverses fonctions juridiques de l'État d'après l'organe qui accomplit telle ou telle fonction."

[407] Siingi vrd. Duguit, *op. cit., ib.*: „... il faut se placer exclusivement au point de vue matériel, c'est-à-dire considérer les actes accomplis dans leur nature interne, abstraction complète faite de l'organe, de l'agent qui est intervenu."

moodsa teaduse nõudeile vastava juriidilise lahenduse suudab anda üksnes sellekohane normatiivne doktriin.

III. NORMATIIVNE DOKTRIIN.

Dogmaatiline jurisprudents, samuti teoreetikudki, kes kehtiva õiguse tõlgendamisel lähtuvad konkreetsest õiguskorrast, on sunnitud täpsalt määrama üksikute funktsioonide piirjooni. See on praktiliselt vajalik eriti neil puhkudel, kui ühe või teise funktsiooni toimingute sooritamiseks on ette nähtud oma erinev menetlus. Et aga menetlus kaasaegseis riiges on kõikjal sätitud, siis ei saa vähemalt õiguslikke toiminguid kontrollivad asutised ja ametnikud ühelgi maal mööduda üksikute funktsioonide juriidilisest demarkeeringust.

Et just moodsad menetlusnormistikud sunnivad õiguskorra funktsioone määratlema, siis on üsna mõistetav ka normatiivse doktriini orienteerumine ses küsimuses menetlusinstituutide üldiste mõistete järgi. Menetlust ei sätita kuski mitte riigi tegevuse sihtide järgi, nagu teda ei sätita ka mitte üksikute võimude ja neid teostavate organite järgi. Seepärast on ka arusaadav, et funktsioonide normatiivsel käsitlemisel ei lähtuta mitte sihtidest, võimudest ega organeist. Moodne menetlusõigus on korraldatud mitmete eriinstituutide näol. Nende kõigi aluseks on vastavate toimingute üldmõisted. Siit ongi tingitud tarvidus nii dogmaatikuile kui ka teoreetikuile võtta funktsioonide määratlemise aluseks õiguskorda muundavad toimingud ja nende liigid.

Vastavad õiguskorra funktsioone teostavad toimingud on normativistile paratamatult üksnes õiguslikud toimingud [408]. Viimased pole seotud mitte mõne üksiku õigusinstituudiga või institutsiooniga, vaid kogu riigi normistikkude süsteemiga. Iga õiguslik toiming puudutab ju korraga arvutult rohkeid normistikke. Ta on alati seotud teatavate konstitutsiooniliste põhimõtetega, toimetatud seadusis ja määrusis ettenähtud eeldusil ja tingimusil, meneteldud nõutud viisil ja kujul, sisult ja sihilt vastav poliitilise ühiku üldistele huvidele ning kokku-

---

[408] Vrd. Adolf Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin 1927, lk. 175.

kõlas vastavas instituudis, institutsioonis või osaõiguskorras kehtivate üldiste printsiipidega. Nii on iga toiming alati kogu õiguskorra kui tervikliku normistikkude süsteemi toiming. On enesestmõistetav, et ka paljude üheliigiliste teotsemiste, ülesannete ja toimingute abreviatsioonina tarvitatud funktsiooni mõiste on seotud eeskätt just õiguskorraga.

Kõigi funktsioonide mõisteline seos õiguskorraga tuleb nähtavale ses tõsiasjas, et nad on kogu õiguskorra arendamiseks määratud teotsemiste, ülesannete ja neid teostavate toimingute kompleksid. Sest neid toiminguid toimetatakse esiteks õiguskorra enda alusel, s.o. temas määratud formaalseil ja materiaalseil eeldusil ja tingimusil. Teiseks nad on kavatsetud sama õiguskorra enese ülesanneteks ja sihtideks. Nende allikaks on õiguskord ise. Sellest allikast nad algavad ja sesse allikasse nad ka taas suubuvad ja kaovad. Neile on õiguskord selleks lavaks, kust nad jõu ja elu hangivad. Neile on õiguskord ühtlasi ka sihitusesemeks, mille pihta nad adresseeruvad. Nagu õiguskord on nende jaoks, nii nemad on õiguskorra jaoks.

Selliste lõpmatu arvukate toimingute ülesandeks on uuendada norme õiguskorras või realiseerida norme eluks, et luua uusi võimalusi õiguskorra enese avardamiseks ja arendamiseks. Nende toimingute tulemuseks ongi see, et õiguskord alatasa muundub, kasvab ja lakkamatult areneb, nagu otsatult areneks säärane kujuteldav elusoles, kellele loomulikku surma polekski ette nähtud. Kõige eelöelduga kokkukõlas

(96) *õiguskorra funktsioonideks nimetatakse tema normistikes määrateldud ühetunnuslikke teotsemisi* [409].

Et sääraseid ühetunnuslikke teotsemisi ja ühesuunalisi ülesandeid on rohkesti, siis on vastavalt sellele ka funktsioone mitmeid.

---

[409] Vrd. H a u r i o u, *op. cit.*, lk. 396: „*Les fonctions de l'État sont les diverses activités de l'entreprise de gouvernement envisagées avec les directives que leur impriment les idées étatiques* ...", milles üldiselt väljendub s a m a mõte. Olgu tähendatud, et õiguskorra funktsioonide üldmõiste määratlemisega tegelevad üsna vähesed autorid. Rõhuvam osa neist piirdub mainimisega, et tegemist on riigitegevusega või -aktiviteediga, jättes isegi selgitamata selle tegevuse seose õiguskorraga või riigiga.

(97) *õiguskorra põhifunktsioonideks nimetatakse sääraseid funktsioonide üldliike, mis tegelikult esinevad igas õiguskorras* [410].

Põhifunktsioonid tähistavad igas õiguskorras tegelikult esinevate funktsioonide kõrgemaid klasse. Põhifunktsiooni mõiste on seega tegelikkude funktsioonide kõrgeim *klassimõiste*. Esitatud määrangu järgi iga toiming on õiguskorra ühe või teise põhifunktsiooni teostamise toiming, muidugi juhul, kui seda toimingut saab normatiivselt omistada vastavale õiguskorrale. Normatiivselt saab toimingut omistada õiguskorrale aga ainult siis, kui ta on toimetatud kokkukõlas õiguskorra sellekohaste normidega [411].

Oma sisult õiguskorra põhifunktsioone teostavad toimingud haaravad kogu vastava poliitilise ühiku sise- ja välistegevuse. Õiguskorra põhifunktsioone teostavateks toiminguteks pole ainult poliitilisele ühikule kui sellisele ja tema esindajaile omistatavad toimingud, vaid ka selle ühiku liikmete toimingud. Seega õiguskorra põhifunktsioonid haaravad mitte

---

[410] Õiguskord on üksnes poliitiliste ühikute kord. Kõigi poliitiliste ühikute arendatav tegevus on juriidiliselt täiesti taoline. Järelikult kõigis üksikuis konkreetseis õiguskordades esineb paratamatult õiguslikult ühtlaselt kvalifitseeritavaid üldisi tegevusharusid, küsimata sellest, kas vastav õiguskord on dogmaatiliselt rajatud nn. funktsioonide *ühisus-* või *lahussüsteemile* (vt. *infra*, § 11, II). Üksnes põhifunktsioonide kui üldiste tegevusharude alaliigid võivad üksikute õiguskordade järgi suuresti erineda, intraetatistlikes õiguskordades mõningad koguni täiesti puududa.

Määrangu (97) rakendamine kogukondlikkude või huvikondlikkude õiguskordade suhtes võiks vahest tekitada siiski kahtlusi. On ju nii, et neis sageli pole leida oma iseseisvaid kohtuorganeid, sest need on neis loodud riiklikkude instantsidena. Väide, et sääraseis õiguskordades kohtufunktsioon puuduks tegelikult, oleks õige vaid sel korral, kui põhifunktsioone käsitataks mitte teoreetiliselt ehk materiaalselt, nagu õelda tavatsetakse, vaid dogmaatiliselt ehk formaalselt. Selle kohta aga vt. *infra*, 5. peatükk.

[411] Vrd. Merkl, *op. cit.*, lk. 175: „Die Zurechnung eines Aktes zum Staate hat... zur Voraussetzung, dass irgendeine Rechtsnorm, sei es auch nur eine Kompetenznorm, eine Zurechnungsmöglichkeit geschaffen hat."

üksnes a v a l i k k u d e asutiste ja ametnikkude tegevusi ja toiminguid, vaid ka k o d a n i k k u d e erategevuse [412].

Sääraselt käsitatud õiguskorra põhifunktsioonid lasevad valgustada õiguskorda ning tema kaudu ka vastavat poliitilist ühikut täiesti homogeense tervikuna, mille kõik komponendid on ühe ja sama sihi rakkes ja teenistuses, korra säilitamises ja arendamises. Ses homogeenses totaalsuses pole vahet ülema ega alama vahel, kodaniku-eraisiku ja avaliku teenistuja vahel, seltskonna ja riigi vahel, inimese ja inimese vahel, olgu ta valitseja või valitsetav. Sest õiguskorra siht, mille teenistusse ta kõik teotsevad isikud rakendab, ei saagi normatiivselt olla miski muu kui sellesama korra teenimine. Teleoloogiliselt õiguskord on kord selle korra enese teenimiseks.

§ 6. Õiguskorra põhifunktsioonide liigitusi.

I. ÕIGUSKORRA PÕHIFUNKTSIOONIDE LIIGITUSTE MÕTTEALGEID.

Õiguskorra põhifunktsioonide liigitamises esineb vastavas kaasaegses kirjanduses k a k s valitsevat vaadendit, mis teoreetiliselt teineteisest suuresti erinevad, olles aga kumbki leid-

---

[412] Selles ja a i n u l t s e l l e s mõttes tunnustatagu väitlust, mille esitab Hans K e l s e n, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, lk. 263: „Innerhalb dieser Grenzen des dynamischen Organbegriffes erscheinen aber als Organfunktionen nicht nur die üblicherweise als Staatsakte bezeichneten Tatbestände der Gesetzgebung und Vollziehung, als da sind: generelle und individuelle Normsetzung durch Gesetz, Verordnung, richterliches Urteil, Verwaltungsentscheidung und Verwaltungsbefehl, sondern auch gewisse, nach der herkömmlichen Systematik als Akte der U n t e r t a n e n charakterisierte Tatbestände: die sogenannten R e c h t s g e s c h ä f t e. Dass das Rechtsgeschäft wesentlich als ein Akt der Erzeugung der Rechtsordnung, als eine Fortsetzung des mit der Verfassunggebung beginnenden Rechtserzeugungsprozesses angesehen werden muss, geht aus früher Gesagtem zur Genüge hervor. Die Erkenntnis des stufenweisen Fortganges der Rechtsbildung zeigt das Rechtsgeschäft in einer Reihe mit den als „staatlich" geltenden Akten der Normsetzung, wie Gesetz und Verordnung. Die zahlreichen Zwischenformen, die die neuere Rechtsentwicklung zwischen Gesetz und Verordnung einerseits und die früher allein üblichen Formen des Rechtsgeschäftes eingeschoben — wie Kollektivvertrag, Vereinsstatut usw. — haben die Einsicht in die Relati-

nud peaaegu võrdset tähelepanu ja tunnustust. Üheks neist on õiguskorra põhifunktsioonide traditsiooniline *kolmikliigitus*[413] ja teiseks eelmisele vastu seatav moodne *kaksikliigitus*.

Nende liigituste mõttealgeid kohatakse juba Aristotelese ühiskondlikes käsitlusis[414], kust õieti ongi pärit traditsionalistide tunnustatud põhifunktsioonide formaalne trihhotoomia, millest kujundus pärastpoole moodne põhifunktsioonide materiaalne dihhotoomia.

Aristotelese arvates iga riigikord kui inimeste loomuliku ühiselu kord peab sisaldama kolme vajalikku. Temas peab olema kõigepealt ette nähtud koht, kus otsustatakse tähtsamad poliitilised küsimused[415]. Selle *kohana* mõtles Aristoteles organit, mis Kreeka tollaseis linnriiges oli moodustatud *nõukogu* näol ja mis pidi selle eeskujul olema pädev otsustama sõja ja rahu üle, sõlmima lepinguid ning andma seadusi[416]. See tegevus kuuluks praeguste mõistete järgi seadusandlusfunktsiooni *formaalses* mõttes. Teiseks peab riigikord looma ameteid[417]. Viimased olgu varustatud käskimisvõimuga. Nad arendavad tegevust, mis praeguste mõistete järgi kuulub haldusfunktsiooni teostavate organite pädevusse[418]. Kolmandaks peab riigikord ette nägema rahvakohtud[419]. Viimaste tegevust

---

vität des Gegensatzes von Gesetz als Rechtserzeugung und Rechtsgeschäft als Rechtsanwendung wesentlich gefördert." — Osundatu suhtes vt. siiski ka *infra*, § 10, II: *Normatiivne organiteooria.*

[413] Kurioosumina mainitagu vana režiimi sakslase N. Th. von Gönner, *Teutsches Staatsrecht*, Landshut 1804, lk. 422 jj., liigitust, mis kolme asemel loendab tervelt 11 funktsiooni ja erivõimu (Repräsentative, Oberaufsehende, Anordnende, Richterliche, Strafende, Vollziehende, Militär-, Staatswirtschaftliche, Staatsdienst- und Würdegebende, Polizei- und Finanzgewalten).

[414] *Politik*, IV.

[415] *Op. cit.*, IV, 14, 1298a.

[416] *Ib.*, järgmine *passus.*

[417] *Op. cit.*, IV, 15.

[418] *Ib.*, 1299b.

[419] *Op. cit.*, IV, 16 kuni 1301a.

iseloomustab Aristoteles kui juhtimist ja suunamist. *Koha, ametite* ja *rahvakohtute* järgi Aristoteles saab kolm põhifunktsiooni, mis haaravad kõiki mõeldavaid riigiasju tollaste olude kohaselt [420].

Kaasajale mõistetavamal kujul käsitleb üksikasjalisemalt õiguskorra põhifunktsioone inglane John Locke oma a. 1690 ilmutatud teoses *Two Treatises on Government*, tehes seda pärast 1688. aasta revolutsiooni Inglismaal tekkinud poliitilise olustiku taustal. Locke seab funktsioonidest esikohale seadusandluse [421]. Viimasele ta alistab eksekutsiooni tegevuse [422]. Nende kahe kõrvale asetatakse iseseisvate funktsioonidena föderatiivvõimu tegevus, mis suundub väljapoole, ja lõppeks tegevus, mida arendatakse prerogatiivide alusel [423].

Locke'i *nelikliigituse*, mis juba sisaldab kaksikliigituse mõtte ja selle liigituse loogilise aluse, muundab tõeliseks kaksikliigituseks inglane St. John Bolingbroke 1738. aasta paiku [424]. Tema rühmitab kogu riigitegevuse kaheks põhifunktsiooniks, milleks on legislatsioon ja eksekutsioon. Esimene sisaldub seaduste andmises, teine aga seadustepärases teotsemises [425]. Tahtes anda inglise riigikorra poliitilist ideaalpilti, püstitas Bolingbroke põhimõtte,

---

[420] Vrd. Aristotelese käsitlust *per* Marriott, *op. cit.*, I. lk. 379 j.

[421] *Two Treatises on Government*, II, 11: „This Legislative is not only the supream Power of the Commonwealth, but sacred and unalterable in the hands where the Community have once placed: nor can any Edict of any Body else, in what form soever conceived, or by what power soever backed, have the force and obligation of Law, which has not its Sanction from the Legislative."

[422] *Op. cit.*, II, 13.

[423] *Op. cit.*, II 12, 14. — Vrd. Locke'i käsitlust *per* Georg Jellinek, *op. cit.*, lk. 601 jj.

[424] Kuid arendas oma sellekohaseid poliitilisi vaateid juba varemalt nädalalehes „*The Graftsman*", 1726 jj.

[425] *The Idea of a patriot King*, 1738, kui Bolingbroke'i tähtsaim kirjutis.

mille kohaselt eri võimud peaksid olema omavaheliselt tasakaalustatud[426]. Tema arvates seadusandluses valitseb tarkus ja *auctoritas,* aga mitte võim. Võim iseloomustab vaid eksekutsiooni ning teda evib kuningas. Kuid tarkus on võimust üle, mistõttu seadusandja kirjutab ette ka kuningale tema käitumisviisi[427].

Nii Locke'i kui ka Bolingbroke'i mõtteid arendas oma kuulsas teoses *De l'Esprit des Lois* 1748 Charles de Montesquieu[428]. Kaasaja traditsionalistid tunnistavad tema oma funktsioonide kolmikliigituse isaks. Ent tõsiasi on, et Montesquieu on vaid ümber fraseerinud Locke'i ideed neljast erivõimust[429], kuid nii, et neist on koorunud mitte kolm, vaid kaks erivõimu. Seda oli üsna kerge

---

[426] „Võimude" tasakaalustusidee on esinenud juba Polybiuse käsitlusis. Vt. Michele La Torre, *Considerazioni critiche sul principio della divisione dei poteri, i.* Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia, 1929, XI, lk. 619: „Molto più vicino alla concezione moderna è Polibio. Egli, dopo aver accennato alla molteplicità degli organi, aggiunge: „i diversi ordini di cui consta la repubblica si urtano, si secondano, si bilaciano secondo i casi ... se uno diviene ambizioso, l'altro procura arrestarlo". „Più ancora precursore del principio crediamo possa essere considerato Marsilio da Padova, contemporaneo di Dante, il cui *Defensor pacis* si profila sempre più come l'aurora della dottrina politica, che ha imperato sin quasi ai giorni nostri. Per Marsilio, *l'universitas civium* si basa sulla sovranità popolare. Il legislativo compete al popolo o alla *pars valentior* di esso; al principe tocca una *pars secundaria, instrumentali seu esecutiva*; la chiesa ... dev'essere subordinata allo Stato."

[427] Vrd. Walter Sichel, *Bolingbroke and his Times,* London 1901, II.

[428] Õieti Charles de Secondat Baron de la Brède et de Montesquieu, kuigi mainitud teose väljaandeil figureerib lihtsalt Montesquieu.

[429] *De l'Esprit des Lois'* väljaandes, mille tiitellehel on: *De l'Esprit des Lois* par Montesquieu avec des notes de Voltaire, de Grevier, de Mably, de la Harpe, etc., Nouvelle édition revue sur les meilleurs textes suivie de la *Défense de l'Esprit des Lois* par l'auteur, Paris, *s. a.*, Garnier Frères, Libraires-Éditeurs, 6, rue des Saints-Pères, 6, on öeldud, XI, 6, *nota* 3, mis viitab pealkirja juurde: „La plupart des principes que Montesquieu pose dans ce chapitre sont tirés du *Traité du Gouvernement civil,* de Locke, ch. XII."

sooritada, sest kahe põhifunktsiooni mõte on Locke'i käsitluses päris selgesti väljendunud [430]. Võimude tasakaalustamise idee aga on Montesquieu laenanud puhtal kujul Bolingbroke'ilt [431].

Oma *l'Esprit*'s Montesquieu seletab, et riigis on objektiivselt eksisteerimas avaliku võimuna seadusandlusvõim ja selle kõrval täitev võim. Viimane liigitub *sisepoliitiliseks* ja *välispoliitiliseks* võimuks. Niiviisi esineb kokku kolm võimu, milledest üheks on kohtuvõim [432]. Võimud peavad olema omavaheliselt tasakaalustatud [433] ja nõnda, et üks saaks peatada teist tema tegevuses [434].

---

[430] Sellele viitab juba Rudolf Herrmann Herrnritt, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, Mit vorzugsweiser Berücksichtigung der in Österreich (Nachfolgestaaten) geltenden Rechtsordnung und Praxis dargestellt, Tübingen 1921, lk. 4, *nota* 7: „Doch stellt auch *Montesquieu* im Einklange mit *Locke* grundsätzlich nur zwei Gewalten einander gegenüber..."

[431] Sellele vihjab ka Wilhelm Hasbach, *Die parlamentarische Kabinettsregierung*, Eine politische Beschreibung, Stuttgart-Berlin 1919, lk. 4: „Diese gewaltenvereinigende Machtfülle, welche ihnen gestattet, sowohl die Abgeordneten zu beeinflussen durch Vorteile, die sie ihnen als Leiter der Verwaltung zuwenden, als auch sich selbst zu bereichern und so eine korrupte Parteiherrschaft aufzubauen, führt dann im 18. Jahrhundert zum zweiten Male zur Verkündung der Grundsätze der Gewaltentrennung und Gewaltenteilung durch Bolingbroke und später durch Montesquieu. Wiederum ist die Stimme des Schülers später zu uns gedrungen, als die des Meisters."

[432] *De l'Esprit des Lois*, XI, 6.

[433] *Op. cit., ib.*: „Lorsque dans la même personne ou dans la même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté, parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement."

„Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle étoit jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens seroit arbitraire; car le juge seroit législateur. Si elle étoit jointe à la puissance exécutrice, le juge pourroit avoir la force d'un opresseur."

„Tout seroit perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers."

Vrd. Locke, *op. cit.*, II, 13, 143: „And because it may be too great a temptation to human frailty apt to grasp at power, for the same

Nagu eelesitatust nähtub, on Montesquieu käsitluses loogiliselt tegemist funktsioonide dihhotoomiaga, aga mitte trihhotoomiaga, milleks tema sellekohaseid seletusi tavatsevad tõlgendada traditsionalistid. Olgu suurema selguse mõttes selleks esitatud vastavad passused *l'Esprit'* 11. raamatu 6. peatükist sõnasõnalises tõlkes:

„Igas riigis on kolm liiki võime; seadusandlusvõim, rahvaste õigusest sõltuvate asjade eksekutiivne võim ja tsiviilsest õigusest sõltuvate asjade eksekutiivne võim [435].

Esimese jõul vürst või ülimus annab seadusi teatavaks ajaks või alatiseks ja parandab või tühistab antuid. Teise jõul ta kuulutab rahu või sõja, lähetab saadikuid ja võtab neid vastu, hoolitseb julgeoleku eest ja ennetab vaenlase rünnakuid. Kolmanda jõul ta karistab roimi ja lahendab tsiviilseid vaid-

---

Persons, who have the power of making laws, to have also in their hands the power to execute them, whereby they may exempt themselves from obedience to the Laws they make, and suit the law, both in its making and execution, to their own private advantage..."

Ib., 144: „But because the Laws, that are at once, and in a short time made, have a constant and lasting force and need a perpetual execution, or an attendance thereunto; therefore 'tis necessary there sholud be a power always in being, which should see to the execution of the laws that are made, and remain in force. And thus the Legislative and Executive power come often to be separated."

[434] *De l'Esprit des Lois*, XI, 4: „La démocratie et l'aristocratie ne sont point des Etats libres par leur nature. La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les États modérés: elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir; mais c'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait! la vertu même a besoin de limites."

„Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. Une constitution peut être telle que personne ne sera contraint de faire les choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi lui permet."

[435] Esimene *passus* ses peatükis: „Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil."

lusi. Viimast nimetatakse õigusemõistlemise võimuks ja teist lihtsalt riigi eksekutiivseks võimuks“ [436].

Nagu sellest osundist selgub, on legislatsiooni kõrvale asetatud kaheks liigitatud eksekutsioon. Selles ju sisaldubki moodsa põhifunktsioonide *dihhotoomia* tuum.

Montesquieu eeltähendatud klassifikatsiooni ühtlustas loogiliselt ja puhastas väljenduslikest ebaselgusist kaasmaalane Jean Jacques Rousseau [437]. Tema andis esimese loogilise kaksikjaotuse, esitades legislatsiooni ja eksekutsiooni, millest viimane nüüd alaliigitatakse administratsiooniks ja jurisdiktsiooniks [438].

Rousseau'd peab traditsionalistide arvamus õiguskorra põhifunktsioonide kaksikliigituse autoriks. Nagu aga ülemal selgus, tuleb selleks tunnistada Bolingbroke. Kolmikliigituse isaks pole aga mitte Montesquieu, vaid, kuigi primitiivsel kujul, juba Aristoteles. Enamiku traditsionalistide ja viimase lähtekoht ses küsimuses on täpsalt üks ja sama [439].

---

[436] Teine *passus*: „Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger, et l'autre, simplement la puissance exécutrice de l'État.“

[437] 1762, teoses *Du Contrat social*, III, 1.

[438] Vrd. Th. Kokoškin, *Lekcii po obščemu gosudarstvennomu pravu*, Riga 1924, lk. 234: „Teorija Russo, po svoej genial'noj prostote, strojnosti i zakončennosti, predstavljaet, nesomnenno, odno iz veličajšich proizvedenii čelovečeskoj mysli, no, vmeste s tem, eto — čisto otvlečennoe učenie, kotoroe ne sčitaetsja s real'nymi uslovijami političeskoj žizni.“

[439] Kummaline on, et traditsionalistide kolmikliigituse vorm ja sisu pole Aristotelesest saadik põrmugi muutunud. Põlvest põlve on pärandunud „traditsioonina“ isegi Aristotelese vastava käsituse formaalloogilised vead. Oma kolmikliigituses Aristoteles teatavasti ei lähtunud mitte juriidiliselt üheilmelisist teotsemisist või ühtlaste toimingute üldliikidest, vaid neid teotsemisi harrastavaist organeist. Veel tänapäev tavatseb enamik traditsionaliste sedasama teha, hoolimata arvustusest, mis säärase käsituse loogikavastasust on kindlalt tõestanud. Lähtudes organeist ei saa määratella funktsioone, sest et sel korral tuleks organeid endid taas määratella funktsioonide järgi. Alamal-esitatav

II. ÕIGUSKORRA PÕHIFUNKTSIOONIDE LIIGITUSTE TEOREETILISI ERINEVUSI.

P r a k t i l i s t e t u l e m u s t e poolest pole vahet õiguskorra põhifunktsioonide kolmikliigituse ja kaksikliigituse vahel. Nii ses kui ka teises klassifikatsioonis saadakse ikkagi vaid k o l m tegelikult esinevat põhifunktsiooni: s e a d u s a n d l u s ehk *legislatsioon,* h a l d u s ehk *administratsioon* ja k o h u s ehk *jurisdiktsioon.* Kuid p u h t t e o r e e t i l i s e l t need liigitused erinevad üksteisest märgatavalt.

K o l m i k l i i g i t u s e l puudub teaduslik alus täiesti, sest temas ei leidu mingit loogiliselt ühtlast funktsioonide *fundamentum divisionis*'t. Seades seadusandluse ühele ja samale tasemele halduse ja kohtuga, on ü h e ja nimelt seadusandlusfunktsiooni saamisel asutud ü h e l e liigitamise alusele, kohtu ja halduse liikide saamisel aga juba t e i s e l e erinevale pinnale. Säärase loogilise vea väldib kaksikliigitus sellega, et temas võetakse haldus ja kohus, millel on ühine *fundamentum divisionis,* kokku üheks teoreetiliselt ühtlaseks funktsioonide ühikuks ja seatakse viimane legislatsiooniga ühele tasemele.

T e o r e e t i l i n e v a h e kummagi liigituse vahel on selge ja ühtlasi kergesti mõistetav, kui neid mõlemaid võrrelda ja analüüsida sellekohase tabellaariumi kaudu:

(98) *A. õiguskorra põhifunktsioonide trihhotoomia:*

I	II
Põhifunktsioonid:	*Legislatsioon*
	Administratsioon
	Jurisdiktsioon

(99) *B. õiguskorra põhifunktsioonide dihhotoomia:*

I	II	III
Põhifunktsioonid:	*Legislatsioon*	
	Eksekutsioon:	*Administratsioon*
		Jurisdiktsioon

---

käsitelu osutab, kuidas moodne teadus väldib A r i s t o t e l e s e lähtekohast tingitud formaalloogilisi vigu, arutelles seks funktsioonideprobleemi esmalt t e o r e e t i l i s e l t (*materiaalselt*) ning jätkuvalt ka organite järgi d o g m a a t i l i s e s (*formaalses*) mõttes.

Antud tabeleid (98, 99) uuriv j u r i s t - p r a k t i k vahest otsustab põhifunktsioonide kolmikliigituse kasuks, sest see on lihtne ja arusaadav juba esimesest pilgust, kuna teise ta ehk hülgab, sest teda ei huvita „loogiline formalism" ja „teaduslik peenutsemine". Praktilisele juristile tõepoolest piisab kolmikliigitusest. See võiks teda täiesti rahuldada, sest oma tegelikelt tulemusilt ta on ju peale muu ka õige. Ent t e a d u s e l e on kolmikliigitus päris kõlbmatu. Teoreetiku ülesandeks ja kohuseks on oma mõtteid nii esitada, et neid suudaks loogiliselt mõtlev isik mõista ja, mis peaasi, neist uusi mõtteid ja põhimõtteid tuletada. Loogiliselt arutlejale aga on kolmikliigitus äärmiselt keeruline ja raskesti avastatava sisuga. Teiseks viib see liigitus tema arendaja lausa ekslikele teoreetilisile järeldusile ja tuletusile.

Öeldu tõestamiseks analüüsitagu eelesitatud klassifikatoorseid tabeleid (98, 99) formaalloogiliselt.

(100) *A. õiguskorra põhifunktsioonide trihhotoomia analüüs:*

1: seadusandlus, haldus ja kohus asuvad kõik ekvigraadsel tasemel,

2: seadusandlus, haldus ja kohus on omavaheliselt koordineeritud,

3: seadusandlus, haldus ja kohus asuvad kõik üksteise suhtes partsiaalses negatsioonis ja esinevad trihhotoomia kontrapositoorsete liikidena,

4: seadusandlus, haldus ja kohus evivad ühevõrra ühistunnuseid, mis väljenduvad õiguskorra põhifunktsioonide mõistes, sest nende *genus proximum*'iks on põhifunktsioon.

(101) *B. õiguskorra põhifunktsioonide dihhotoomia analüüs:*

1: seadusandlus, haldus ja kohus ei asu kõik ekvigraadsel tasemel,

2: ainult haldus ja kohus on omavaheliselt koordineeritud, kuna seadusandlus asub neist kõrgemal, olles neile siiski mitte superordineeritud,

3: ainult haldus ja kohus asuvad teineteise suhtes partsiaalses negatsioonis, olles kontrapositoorsed funktsioonid, kuna seadusandluse suhtes nad on vaid kontradiktoorsed,

4: haldus ja kohus ei evi otseseid liigilisi ühistunnuseid seadusandlusega, mille *genus proximum*'iks on siingi põhifunktsioon, küll evivad nad aga ise ühisomadusi, mis väljenduvad eksekutsiooni mõistes, mis on nende *conceptus generalis*'eks.

Pole vaja vastavas analüüsis süvemale minnagi, sest juba eelesitatud võrdlusandmeist nähtub, mille poolest põhifunktsioonide kaksikliigitus on eelistatav kolmikliigitusele. Sellegi analüüsi tulemusist selgub, et kolmikliigitus iseloomustab üksikuid erifunktsioone puudulikult, osutab neile väära asendi vastavas õiguskorras ja jätab palju tähtsaid küsimusi selgitamata.

Õiguskorra põhifunktsioonide edasine vaatlus peab lähtuma üksnes vastavast kaksikliigitusest. Kuid silmas pidades seda, et senituntud funktsioonide dihhotoomia, olgugi formaalloogiliselt laitmatu, ei vasta sisult siiski mitte täiesti õiguslikule tõelisusele, tuleb teda alamalesitatavais arutlusis vastavalt korrigeerida [440].

---

[440] Eesti natsionaalses õigusteaduslikus kirjanduses on õiguskorra põhifunktsioone seoses riigiaktide süstemaatikaga üksikasjalisemalt käsitelnud A.-T. Kliimann, *Administratiivakti teooria*, Tartu 1932 [*Teooria*], lk. 30 jj., aga ka *id.*, *Haldusprotsess*, Tartu 1937, lk. 15 jj., sellekohase sissejuhatava alusprobleemina administratiiv-jurisdiktsioonilise funktsiooni käsitlusse. Õiguskorra põhifunktsioonide üldselgituse õige koht on vaid käesoleva käsitluse probleemistikuga tegelevates teostes, mistõttu, kui see ajaliselt oleks olnud võimalik, viimatimainitud teos oleks pidanud toetuma käesolevale uurimusele. Kui alamal neile *op. cit.* viidatakse, vt. ja vrd. ühtlasi ka neis osundatud sellekohast välismaist kirjandust.

4. peatükk.

Õiguskorra põhifunktsioonide liigitus.

§ 7. Normatiivne ja normivaba põhifunktsioon.

I. PÕHIFUNKTSIOONIDE LIIGITUSE ALUSE MÄÄRANG.

Õiguskorra põhifunktsioonide käsitlus peab lähtuma õiguskorrast enesest kui erilaadsest staatilis-dünaamilisest normistikkude ühikust, millel on oma iseseisev olelumõte, teleoloogiline otstarve ja sotsiaalne siht. Selle ühiku universaalülesandeks on olla ühiselu võimaldajaks, poliitilise elukorra normatiivseks konstitueerijaks ja arendajaks.

Kui iga õiguskorra universaalülesandeks on enese konstitueerimine ja alatine muundamine, siis tõusetub tegelik küsimus sellest, kuidas ta seda teeb ning milliseid vahendeid seks kasustab.

Et funktsioonide käsitlemisel tuleb lähtuda õiguskorrast enesest, siis tuleb ka vastuse leidmiseks eelesitatud küsimusele pöörduda õiguskorra poole. Õiguskord peab sisaldama normatiivse lahenduse i g a l e küsimusele ning korraldama ja ette nägema mistahes tähtsusega või tähtsuseta käitumise, toimingu, teo või tegevuse [441]. Ka selle probleemi, kuidas muundada õiguskorda ning teda kohastada muutuva sotsiaalolustikuga, kuidas üha intensiivistuvas ja mitmekesistuvas ühiselus tõusetuvaid uusi vajadusi rahuldada ning milliseid vastseid vahen-

---

[441] Vrd. Karl B e r g b o h m, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* I, Leipzig 1892, lk. 373 jj. väga huvitavaid märkmeid, eriti väite suhtes, et õigus evib *horror vacui.*

deid nende rahuldamiseks valida või seniseid vahendeid viimistella, peab õiguskord ise lahendama. Ta peab sisaldama norme, mis määratlevad seniste normistikkude teisendamist ja kohastamist ning uute loomist vastavalt sotsiaalse elu vajadusile. Normistikkude muundajatena on mõeldavad t a v a l i s e l t sama normeeritava ühiselu liikmed organitena ja eraisikutena. Õiguskord peab järelikult sättima nende säärast käitumist, mille tulemusena tekivad uued õigusnormid ja teisenduvad või hävivad senised.

Ent ega üksnes uute normistikkude loomisega ja seniste teisendamisega või piirduda tegevus, mis on suunatud õiguskorra arendamiseks. On veel vaja paratamatult ka säärast tegevust, mis tagab ja teeb üldse võimalikuks õiguskorra arendamise. On vaja toiminguid, mis ette valmistaksid normistikkude loomist, aga samuti ka tekitaksid olustiku, milles üldse oleks mõtet norme luua. Mitte ainult normide loomine on õiguskorra sihiks, vaid ka olustiku faktiline muundamine selleks, et loodavad normistikud leiaksid tõelist rakendust ja kasustust.

Eelesitatud teleoloogiliste premisside kohaselt õiguskorra universaalülesanne peab teostuma kahe ülesannete erirühma ehk funktsiooni kaudu ja nimelt, e s i t e k s, funktsiooni kaudu, mille sihiks on õiguskorra otsene muundamine, ja t e i s e k s, funktsiooni kaudu, mille sihiks on selle muundamise faktiline võimaldamine ja tagamine loodud normistikkude realiseerimise teel. Ü h e rühma ülesandeid täidetakse nn. normatiivtoimingute abil, sest nende toimingute sihiks on normistikkude loomine [442]. T e i s e rühma ülesandeid teostatakse toimingute abil, mida nimetatakse faktilisiks ehk materiaalseiks, aga ka normivabadeks, sest nende sihiks pole mitte normistikkude loomine, vaid õiguspärase faktilise olustiku tekitamine või muundamine [443].

---

[442] Vrd. M e r k l, *op. cit.*, lk. 175: „Es gibt nämlich Akte von einer durchaus unterscheidbaren Beziehung zur Rechtsordnung. Gewisse Akte der Verwaltung sind rechtlich dadurch qualifiziert, dass sie, wenn auch in Vollziehung höherer Rechtsnormen, ihrerseits auch wieder Recht schaffen, sei es für eine Mehrzahl von Fällen, wie die Verordnungen, sei es für einen Einzelfall, wie die Entscheidungen, Verfügungen und Befehle. Derlei Akte sind rechtsanwendend und rechtserzeugend uno actu."

[443] *Op. cit., ib.*: „Dagegen gibt es Akte, die einerseits Recht vollziehen, anderseits aber nicht wiederum Recht schaffen."

Vastavalt normatiiv- ja normivabade toimingute liikidele õiguskorra põhifunktsioonide esimeseks tähtsaimaks liigituseks on liigitus normatiivfunktsiooniks ja normivabaks funktsiooniks [444]. Normatiivfunktsioon tähendaks ülesandeid, mida teostatakse toimingutega, mille sihiks on tekitada muutusi vastavas õiguskorras. Selle funktsiooni teostamisel luuakse kohustusi ja õigustusi ning õigusnorme, mis seniseid hävitavad ja teisendavad või käsitlevad uusi, seninormimata ühiselu alasid. Normivaba funktsioon aga tähendaks ülesandeid, mida teostatakse toimingutega, mis vastavas õiguskorras ei tekita mingeid normatiivseid muutusi. Selle funktsiooni teostamisel ei looda mingeid õigustusi ega kohustusi, mingeid õigusnorme ega -suhteid, ei muundata senist õiguslikku olustikku, s. o. õigustuste ja kohustuste komplekse, ega normeerita senikorraldamata ühiselu alasid.

Normatiivfunktsiooni teostamise tagajärjel sünnib teatav normatiivne, õ i g u s l i k olustik, normivaba funktsiooni puhul aga teatav f a k t i l i n e, materiaalne olustik. Üks olustik moodustub *õigustuste ja kohustuste kompleksist* või kompleksidest ja sisaldab norme, teine aga neid ei sisalda, mispärast üht funktsiooni nimetataksegi n o r m a t i i v s e k s, normeerivaks, teist aga n o r m i v a b a k s, mittenormeerivaks. Tõeliselt on aga mõlemad funktsioonid ikkagi ses mõtes normatiivsed, et nende teostus on õiguskorras ette nähtud ning toimub

---

[444] Sellele viitas juba Felix S o m l ó, *Juristische Grundlehre*, Leipzig 1917, lk. 327: „Es kann erst im Sinne irgendwelcher Normen, die gewisse Tätigkeiten dem Staate zurechnen, von einer Staatstätigkeit gesprochen werden. Und zwar wird entweder die Tätigkeit der Rechtsmacht oder die Tätigkeit ihrer Organe dem Staate zugerechnet." „Die Tätigkeit der Rechtsmacht aber besteht im Setzen und nötigenfalls im Durchsetzen oder Verwirklichen von Normen. Das Verwirklichen gesetzter Normen löst sich aber grösstenteils wieder in ein Normsetzen auf, da — wie verschiedenerseits erkannt worden ist — der Zwang schliesslich nur dadurch möglich wird, dass auch ein unerzwungenes Befolgen von Normen der Rechtsmacht vorhanden ist. Doch kann — namentlich in primitiven Zuständen — das Erzwingen unmittelbar durch die Rechtsmacht geschehen, womit sich für die Rechtsmacht zweierlei Arten von Tätigkeit: Normsetzen und Normverwirklichen, ergeben." „Dass auch die Tätigkeit der Organe in nichts anderem bestehen kann, geht aus dem Voranstehenden hervor."

õiguskorra enese alusel. Nii ühe kui ka teise põhifunktsiooni toimingud on ikkagi õiguslikud toimingud, sest nad on õiguskorra normidega sätitud ning arvatud õiguskorra toiminguiks. Tarvitatud terminite suhtelisus on aga täiesti mõistetav, kui arvesse võtta, et vastavate liigituste *fundamentum*'iks on vaatekoht, kuidas ühe või teise funktsiooni teostus või vastav toiming suhtub õiguskorra normistikesse, õiguslikesse olustikesse kui õiguskorra elementidesse, tuues sinna või mitte tuues muutusi. Seletatu mõttes tohiks määratella, et

(102) *normatiivtoiming on õiguslik toiming, mis tekitab muutusi senisesse õiguslikku olustikku* [445]

muundades õigustusi ja kohustusi, luues uusi õigustusi ja kohustusi, tuvastades vaieldavaid õigustusi ja kohustusi uute õigustuste ja kohustuste saamiseks, kasustamiseks või tühistamiseks või samal otstarbel kinnitades õigustuste ja kohustuste evimist. Vastandina neile toiminguile

(103) *normivaba toiming on õiguslik toiming, mis ei tekita mingeid muutusi senisesse õiguslikku olustikku* [446].

---

[445] Vrd. Duguit, *op. cit.*, I, lk. 219: „La définition la plus simple et en même temps la plus exacte qui nous semble pouvoir être donnée de l'acte juridique est celle-ci: Est acte juridique tout acte de volonté intervenant avec l'intention qu'il se produise une modification dans l'ordonnancement juridique tel qu'il existe au moment où il se produit, ou tel qu'il existera à un moment futur donné." — Vt. *Teooria*, lk. 30, *nota* 29.

Vrd. ka José Gascón y Marin, *Tratado de derecho administrativo*, Principios y legislación española, I, Madrid 1929, lk. 189 jj., eriti arutlusi prantsuse ja itaalia vastavaist kontseptsioonest. — Francesco Aria, *La facoltà del Potere Esecutivo*, Calabria 1925, lk. 7 jj. — Carlo F. Ferraris, *Diritto ammistrativo*, I, Padova 1922, lk. 242 jj. — Arnaldo de Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Roma 1917, lk. 11 jj. ja seal osundatud kirjandus. — Ugo Forti, *Diritto amministrativo*, Parte generale, II, Napoli 1937, lk. 61 jj. — Luigi Raggi, *Diritto amministrativo*, I, Padova 1936, lk. 40 jj. — Louis Rolland, *Précis de droit administratif*, Paris 1926, lk. 66 jj. — Berthélemy, *op. cit.*, lk. 40 jj. — Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris 1926, lk. 181. — Maurice Journé, *Précis de droit administratif*, Paris 1925, lk. 52.

[446] Oma terminoloogilistele erinevustele vastavalt määratleb selle mõiste paremini kui keegi teine Gascón y Marin, *op. cit.*, lk. 202:

Vastavalt eelmärateldud toimingute liikidele tohiks defineerida, et

(104) *normatiivfunktsioon on normatiivtoimingutega teostatav funktsioon,*

(105) *normivaba funktsioon on normivabade toimingutega teostatav funktsioon* [447].

II. NORMATIIVNE PÕHIFUNKTSIOON.

Normatiivfunktsiooni sihiks on kohaldada õiguskord elastseks ühiselu muutuvate vajaduste ja nõuete suhtes. Vastavad toimingud peavad järelikult evima õiguslikke olustikke muundava teguri jõudu ja iseloomu. Need toimingud kõik sätivad ja korraldavad ning otsustavad midagi, lahendades ühiselus tõusetuvaid normatiivseid küsimusi üldiselt või üksikasjus. Nad kõik õigustavad ja kohustavad kedagi millekski, määrates kollektiiviliikmete käitumist tegevuse, tegevusetuse, tegevusest hoidumise või olustiku, tegevuse või sündmuse sallimise puhuks. Nad normatiivtoimingutena sisaldavad kõik norme, sisustavad üldiselt või üksikasjus kohustusi ja õigustusi, tühistavad seniseid norme, muundavad olelevaid või loovad hoopis uusi suhteid, suhete komplekse, instituute ning institutsioone seal, kus neid varemini üldse polnud [448].

Eelöeldu puhul tuleb aga seda silmas pidada, et t e r m i n *toiming* on s u h t e l i s e tähendusega. Tavalise keelendina ta ei vasta täielikult sellele juriidilisele kontseptsioonile, mida temaga tähistatakse.

„El acto administrativo debe diferenciarse de las *operaciones materiales* que costituyen medidas de preparación o actos de ejecución, ambas clases necesarias en la vida administrativa para la existencia del acto administrativo propriamente dicho, pero que non crean por si ni alteran la situación juridica creada por el acto." — T e r m i n o l o o g i l i s t e e r i n e v u s t e kohta vt. *Teooria*, lk. 30, *nota* 29, eriti aga Yorodzu O d a, *Principes de Droit administratif du Japon*, Paris 1928, lk. 67 j.

[447] Vastavas kirjanduses nimetatakse normivaba funktsiooni ka m a t e r i a a l s e k s ehk f a k t i l i s e k s tegevuseks.

[448] Vrd. *Teooria*, lk. 31, 33.

Termin *toiming* tähendab tavaliselt inimese toimingut [449] ja nimelt jaatava teo või tegevuse mõttes [450]. Juriidilises keeles toiming aga tähendab niihästi jaatavat kui ka eitavat tegevust ja mitte üksnes aktiivset tegevust, vaid ka tegevusetust, viivitust, lihtsat passiivset sallimust, vaikimist, ühe sõnaga, igasugust vastavasihilist käitumist. Käitumisena aga tuleb juriidiliselt mõista isiku mistahes vaimset või füüsilist seisundit, mida on võimalik väliselt avalduvate tunnuste järgi kuidagi tajuda ja tunnetada.

Teiselt poolt ei mõisteta juriidilises leksikonis toiminguna ainuüksi inimese või inimestehulga toimingut, vaid igat liiki *normiisikute,* s. o. õigusnormistikes isikuteks personifitseeritud ühikute toimingut, nagu näiteks asutiste toimingut.

Kuid ka eelmiste korrektiivide järgi määrateldud toiming, eriti normatiivtoiming oleks õiguslikus mõttes ikkagi liiga kitsalt sisustatud. Normatiivtoiming ei tähenda üksnes normiisikute otseselt ilmutatavat aktiivsust või passiivsust, toiminguid, tegusid, üksiktoiminguist koosnevat kompleksset tegevust, vaid teataval korral ka sündmusi ning isegi faktilisi olustikke, mille tekkimist isik ei vältinud või koguni ise tahtlikult põhjustas ja mille tekkimisega seoses tekib õigustusi või kohustusi kellelegi [451]. Seetõttu tundub *pro normatiivtoimingud* olevat õigem öelda normatiiv*toimingud, -teod, -tegevused, -sündmused* ja *-olustikud.* Ent seegi väljend poleks ikkagi piisavalt täppis, sest normatiivtoimingute omadustega võivad olla varustatud ka kõigi eelloendatud nähtuste põimuvused, milles teod, faktid

---

[449] Vrd. Francesco Invrea, *La parte generale del diritto,* Padova 1935, lk. 233: „L'espressione *atti umani* implica già di per sè il concetto della volontarietà cosciente. Infatti gli *actus humani* si distinguono dagli *actus hominis,* perchè mentre sotto quest'ultima denominazione si comprende qualunque atto compiuto dall'uomo (anche quelli compiuti inconsciamente o necessariamente), sotto la prima denominazione in vece si intendono i soli atti che procedono da una deliberazione cosciente della volontà umana, in quanto che questi sono i soli che siano speciali dell'uomo."

[450] Vrd Invrea, *op. cit.,* lk. 232: „*Atti umani* sono fatti volontari *positivi* (cioè consistenti in un'*azione* e non in una semplice *omissione*)."

[451] Vrd. Kelsen, *op. cit.,* lk. 48 jj. seoses käitumise mõiste sisustamisega.

ja aeg esinevad vaid olulisemate komplekssete komponentidena [452].

Neil terminoloogilisil kaalutlusil on juriidiliselt õige öelda, et eriti normatiivtoiming on mingi lähemalt määrateldamatu *x*, millega seoses tekib muutusi kehtiva õiguse olustikku, millega seoses tekib õigustusi või kohustusi kellelegi. Termin *toiming* seoses atribuudiga *normatiivne* aga tundub olevat, hoolimata oma kitsast etümoloogilisest tähendusest, siiski sobivaim mainitud *x*-i tähistamiseks, sest ta vihjab normiloomisele kui aktiivsuseavaldusele dünaamilise protsessi mõttes ning inimese isikule kui selle protsessi otsesele dünaamilisele tegurile kas iseseisvalt esinevana või sündmuste ja olustikkude põhjustajana.

Normatiivtoimingud normiisikute otseste toimingutena võivad evida väga mitmekesist väliskuju ja vormi või esineda täiesti vormivabalt. Tähtsamad normatiivtoimingud toimetatakse tavaliselt nende sisu notatsiooni näol mingile noteerimiskõlvulisele esemele. Nii avaldatakse dokumentaalsete aktidena *põhiseadused* kui riigipõhikorda korraldavad toimingud, *seadused* ja *dekreedid* kui põhiseadusi konkretiseerivad aktid, *määrused* kui seadusi ja dekreete konkretiseerivad toimingud ning *korraldised* ja *otsused,* mis üksikaktidena konkretiseerivad kõiki eelloendatud üldakte.

Kuid ega need ja nendetaoliselt nähtava akti kujul toimetatud toimingud, nagu mitmet liiki käsud ja keelud, hoiatused, meenutused, ähvardused, teatised, vormistised, lepingud, sobingud ja kutsed hõlma kõiki normiisikute toimingute väljendusi. Hulk normatiivtoiminguid avaldub ka lihtsais suulisis väljendeis, hüüdeis, signaales, märkusis, žestides ja miimikas. Kui näiteks tänavaliiklemist juhtivas laternas tekib roheline valgus, siis tähendab see sõidukite juhtidele õigustust jätkata teekonda. Kui ohvitser langetab mõõga, siis sellest sõdurite kolonn teab, et peab peatuma. Või, näiteks, vilesignaali alates asutises töö seiskub. Direktori sisse astudes ametnikud tõusevad kohtadelt üles. Viimane näide osutab, kuidas normatiivtoiming teinekord avaldub puhtfaktilises normivabas toimingus, antud juhul ülemuse siirdumises tööruumi, kus viibivad

---

[452] Öelduga seoses vt. ja vrd. *Teooria,* lk. 36 jj. nn. normatiivaktide käsitlust ning koos viimasega vrd. Duguit, *op. cit.,* I, lk. 147 jj., 156 jj. ja 220.

tema alluvad [453]. Kuidas faktilinegi olustik teinekord muutub normatiivtoiminguks, luues asjaosalisile isikuile vastavalt õigusi või kohuseid, see nähtub järgmisest loost. Haldus kohustas teatava käitise omanikku saatma tähtajalisi teateid. Käitise omanik, pidades sellist kohustust seadusevastaseks ja tühiseks, ei reageerinud halduse käsule ei vaide esitamisega haldusele enesele ega kaebuse saatmisega halduskohtule. Kui kaebamiseks ja vaide esitamiseks seatud tähtpäevad olid möödunud, karistati käitise omanikku politseiliselt rahatrahviga teadete saatmata jätmise pärast. Selle trahviotsuse vastu käitise omanik kaebas kohtusse, kes leidis, et halduse käsk on kasvanud seadusejõusse, olles sel viisil muutunud vaieldamatuks ja ühtlasi sooritatavaks. Seadusvastane olustik, mille tekkimist ei välditud ajaldi, muutus nõnda normatiivseks, s. o. selliseks, mis tekitas muutusi senikehtinud õiguslikus olustikus [454].

Normatiivfunktsiooni valdkonda kuuluvad kõigepealt ülesanded, mille sihiks on õiguskorda kandvate üldiste põhimõtete püstitamine ja muundamine. Nende hulgas on mainida eeskätt ülesandeid ja toiminguid, mis peavad määrama õiguskorra ideoloogilise arengu üldsuuna ja sihi. Jätkuvalt tuleb nende seas loendada ülesandeid ja toiminguid, mis liigitavad õigusfunktsioone ning neid vastastikku demarkeerivad, aga ka ülesandeid ja toiminguid, mis loovad vastavate funktsioonide teostajad ning piiritavad nende tegevusväljakud. Lõppeks tuleb eelmisile lisandada veel ülesandeid ja toiminguid, mille sihiks on sättida kollektiiviliikmete omavahelisi suhteid, määrata nende üldine tegevussõõr ning normida vastastikuse käitumise üldisi juhiseid. Eeltähendatud normatiivfunktsiooni

---

[453] Vrd. Gascón y Marin, *op. cit.*, lk. 202, ütleb ses suhtes: „Por ello es oportuno dividir los actos materiales en categorias diversas, principalmente según que produzcan o no efectos juridicos."

[454] Eesti kohtutegelusest vrd. Riigikohtu Kriminaalosakonna toim., 1933, 583, 14./18. oktoobrist. Oma tühistuspalves kassatsioonikaebaja väidab, et seadusevastase korraldise täitmata jätmine pole karistatav tegu. Kohus aga seletas, et kui kassatsioonikaebaja leidis halduse korraldise olevat enese suhtes seadusevastase, siis ta oleks pidanud selle vastu kaebama seaduses ettenähtud korras. Et aga kaebaja seda ei ole teinud, siis kohus jättis tema tühistuspalve tulemusteta.

aladel teostatakse vastavasihilised ülesanded normatiivtoimingute abil, milledega luuakse sihikohaseid osaõiguskordi, institutsioone ja instituute ning milledega neid ka muundatakse.

Normatiivfunktsiooni valdkonda kuuluvad t e i s e k s ka ülesanded, mille sihiks on üldiste õiguslikkude põhimõtete konkretiseerimine, oludekohane rakendamine ja elustamine. Eriti on nende hulgas mainida ülesandeid ja toiminguid, mis lahendavad, korraldavad ja otsustavad üldiste põhimõtete alusel ühiselus ajaliselt tõusetuvaid üksikjuhtusid, üksiknõudeid ja -vajadusi. Üksikjuhtudel, reaalse ühiselu ajalis-ruumilistes avaldustes teotsetakse normivalt, lubades, käskides või keelates midagi, kohustades või õigustades millekski. Vastavasihiliste normatiivtoimingutega avardatakse või ahendatakse käitujate õigusi või suurendatakse või kergendatakse nende kohustuste koormat.

Normiva omadusega on kõik toimingud, millega seoses kellelegi tekivad õigused ja kohused. Seepärast sellise omaduse tõttu on normivad kõik toimingud, mille alusel sõlmitakse abielu, korraldatakse perekonnaelu, juhitakse pereliikmeid, teenijaid ja lapsi, samuti nagu seda laadi on kõik toimingud, mille alusel pärandatakse, päritakse, ostetakse, müüakse, laenutatakse ja laenatakse, üüritakse, renditakse, palkutakse teise teenistusse, kohustutakse hoonestama, ehitama, kaevandama, produtseerima energiat, lammutama seadmeid, looma uut või muundama senist majanduslikku olustikku.

Normivalt teotsetakse, korraldades üksiku inimindiviidi asendit kollektiivis, omistades, muutes või parandades tema nime või võimaldades talle perekonnaseisus teha muudatusi, võttes tema vastu riikkondsusse või riigiteenistusse või vabastades sellest, tagades ja teostades ning kaitsedes tema isiklikke ja varalisi põhiõigusi.

Normivalt teotsetakse, korraldades üksikute inimkollektiivide õigusi ja kohuseid. Juriidilise isiku õiguste andmisega suurendatakse kodanikkude õiguste hulka, selle isiku õiguste tühistamisega aga vähendatakse seda. Koosolekute ja etenduste ning majanduslikkude koalitsioonide lubamisega ja poliitiliste assotsiatsioonide tunnustamisega ning kultuuriliste ühingute ja liitude registreerimisega ja avalikõiguslikkude huvikondlikkude korporatsioonide loomisega avardatakse kodanikkude hulkade õigusi ja pannakse peale kohustusi.

Normivalt teotsetakse samuti majanduslikel, kultuurseil ja sotsiaalseil aladel, sättides siin kodanikkude omavahelisi suhteid ning omistades üksikisikuile õigusi ning luues kohustusi ajakirjanduse, teaduse, kunsti, kultuse ja rahvahariduse põllul, vabus kutseis, sotsiaaltervishoiu, sotsiaalhoolduse, sotsiaalkindlustuse ja töökaitse valdkonnas ja maa, vee ning õhu kasustuses, eriti majuseis, põllunduses, metsanduses, aianduses, karjanduses, mesinduses, jahinduses, kalanduses, kaubanduses, tööndus es, kaevanduses, veonduses ja seondustegevuses.

Normiv on ka tegevus, mille sihiks on poliitilisil kaalutlusil üksikisiku isikliku vabaduse ja majanduslikkude taotluste ajutine piiramine, kollektiiviliikmete karistamine antisotsiaalse ja seetõttu keelatud käitumise eest isikliku vabaduse ajutise võtmisega või tema elu hävitamisega, samuti korravastaselt teotsenud isikute trahvimine temale majanduslikkude või aupahede tekitamisega [455].

Normatiivfunktsiooni teostamine on eeskätt avalikkude teenistujate, riigi või kogukonna või huvikonna organite, asutiste ja ametnikkude ülesandeks. Nende adressaatide teotsemiseta jääks normatiivfunktsioon teostamata. Kuigi see on tõsi, ei tohi siiski silmast lasta ka seda, et selleks avalikõiguslikult ametisse seatud isikutega kõrvuti sama funktsiooni teostavad ka eraõiguslikud adressaadid [456]. Õiguskord, kus kodanikkond ei võtaks normatiivfunktsiooni teostamisest osa, oleks tegelikult täiesti kujuteldamatu nähtus. Teoreetiliselt pole ju mingit vahet selles, kas norme loob ja neid muundab ning õiguslikke põhimõtteid konkretiseerib ja elustab ametnik või eraisik. See erinevus aga, mis selles seisneb, et ühed normatiivfunktsiooni teostajad teotsevad avalikõiguslikult, teised aga eraõiguslikult, tuleb üksnes normatiivfunktsiooni seesmisis

---

[455] Eelnenud viie *passus*'e suhtes vrd. *Teooria*, lk. 32 j.

[456] Vrd. Félix Moreau, *Précis élémentaire de Droit constitutionnel* (Organisation des Pouvoirs publics et Libertés publiques), Paris 1928, lk. 18: „L'exécution de la règle est souvent procurée par l'activité spontanée et libre des particuliers."

piires nähtavale ja saaks olla vaid s e l l e s a m a funktsiooni liigitamise *fundamentum*'iks [457].

Milliseil ühiselu aladel võimaldada teostada normatiivfunktsiooni ka tavalisel kodanikul, see sõltub vastavalt õiguskorrast. Ühes õiguskorras võib näiteks olla teatavate üldiste normide konkretiseerimine antud üksnes eraisikute hoolde, kõrvaldades vastavalt normeeringualalt ametlikud organid. Teises õiguskorras aga võib samade normide elustamine olla tehtud üksnes avalikkude teenistujate ülesandeks, kuna eraisikuil samal alal teotsemine oleks keelatud karistuse ähvardusel või vastavate toimingute tühiseks arvamise tõttu. Kolmandas õiguskorras võib sama tegevus olla rööbiti võimaldatud nii avalikele teenistujaile kui ka eraisikuile, omistades siiski primaadi avalikõiguslikule teotsemisele. Mingis neljandas õiguskorras võib aga sama tegevus olla üldse keelatud.

Avalikkude teenistujate normatiivtegevuse ulatuse ja mahu piiritamine eraautonoomia suhtes on täiel määral konkreetse õiguskorra enda asi, sõltudes teda kandvast poliitilisest ideoloogiast, mis ühtedes riiges seab kodanikkude isetegevuse ja isiklikud ning majanduselu avarad vabadused austatavale kohale, teistes seda aga üsna kitsais piires sallib kui paratamatust ning seepärast nende teostamisegi asetab riigiorganite juhtimise ja kontrolli alla.

Ent ka üksiku õiguskorra raames võib kodanikkude normatiivtegevus olla väga ebaühtlaselt piiritatud ja jaotatud. Ühtedele kodanikkudele, kes vastavad ses õiguskorras ettenähtud eeldusile, lubatakse enam, neile aga, kes ei vasta püstitatud nõudeile, vähem või hoopiski mitte. SSSR-i õiguskord lubab teatavaid vabadusi üksnes proletariaadile, samuti ka proletariaadi poliitilist üldjoont tunnustavaile kodanikkonna kihtidele. Saksa natsionaalsotsialistlik õiguskord teeb kodanikkonna normatiivtegevuse määramisel kindlat vahet puhastverd sakslaste, aarialaste ja semiitide vahel. Itaalia fašistlik õiguskord eraldas ses mõttes juba enne de G o b i n e a u [458] rassismi dokt-

---

[457] Nii, öelnud *fonction exécutive* kohta eelosundatu, *nota* 456, M o r e a u, *op. cit. ib.*, jätkabki: „En tant qu'elle exige l'intervention d'une autorité publique, elle peut être *contentieuse* ou *non contentieuse*."

[458] Le Comte de G o b i n e a u, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, Paris 1853 (esimene väljaanne, teine *ib.* 1884).

riini rakendamisele võttu Itaalia impeeriumi kodanikke itaalialasiks, etiooplasiks, itaallasiks ja negroididekse. Moodsais riiges ärgu unugu ka rahvusvähemused, kelle liikmed oma kultuur- ja sotsiaalhooldusautonoomiat kasustades evivad suuremaid õigusi, kui teised riigikodanikud, ning lõppeks ka liigitamine riigikodanikeks ja välismaalasiks, sest viimaseil võib eraautonoomia olla piiratud mitte üksnes poliitiliste õiguste, vaid ka puhtmajandusliku tegevuse aladel.

Kodanikkonna väljalülitamine õiguskorra normatiivfunktsiooni teostamiselt ning selle teostamise arvamine üksnes avalikkude teenistujate ülesandeks põhineb ekslikul vaadendil, mille järgi õiguskord tähendab vaid avalikõiguslikku subordinatsioonikorda, milles detsentraliseerivalt teotsevad eraisikud ei saaks evida mingit paika. Säärase vaadendi kohaselt arvatakse, et eraisikud ei loogi õigusnorme või kuigi loovad vastastikku õigusi ja kohuseid, siis need ei moodusta ometi mitte õiguskorra osiseid [459]. Kuid mille poolest oleks, näiteks, ostumüügi tehing vähem normatiivne kui toiming, millega võimaldatakse tänavanurgale asetatud riiulilt müütada kirjandust, või toiming, millega lubatakse kuulutuste ja reklaamplakatite kleepimist tänavatulpadele, või toiming, millega keelatakse rongkäigud, miitingud ja etendused? Mõistetavam oleks küll väita, et eelloendatud toimingud on vahest väiksemal määral normivad kui ostu-müügi tehing, millega kaasub paljusid mitte ainult eraõiguslikke, vaid ka avalikõiguslikke muutusi senikehtinud õiguslikus olustikus.

Säärane vildak vaadend tumestab õiguskorra tõelise loomu tunnetamist. Ta loob kujutluse, nagu võiks õiguskord olelda ja areneda kodanikkonna normatiivse kaasteotsemiseta. Ka seab see vaadend kodanikkonna detsentraliseeritud isikute

---

[459] Nn. tahteteooria kohaselt subjektiivse õiguse mõistet käsitelles, tähendab K e l s e n, *op. cit.*, lk. 58: „Wenn das subjektive Recht dem objektiven als etwas Wesensverchiedenes gegenübergestellt wird, so geschieht dies auch darum, weil man die generelle abstarkte Norm meistens als Recht schlechthin gelten lässt, weil man das Recht überhaupt nur als generelle Norm anzusehen pflegt, die Rechtsordnung als ein System genereller abstrakter Normen bestimmt. (Vgl. S. 231 ff.) Das individuelle konkrete Recht fällt dann ausserhalb der so bestimmten Rechtsordnung. Allein tiefere Einsicht muss es mit dem generellen Recht zu einem einheitlichen System fügen."

kogumina vastakuti riigiga kui super- ning subordinatsioonikorraga ja võimaldab sel pinnal arendada poliitilis-kihunduslikke ideoloogiaid kas riigi või kodaniku väärtuse primaadist. Nii asetasid XVIII sajandi merkantilistlikud individualistid kogu sotsiaalse elu keskusse inimisiku oma vabadustega. Riiki aga käsitati selle isiku alandliku teenijana, tema vabaduste politseina ja varanduste öövahina. Moodsate antiliberaalsete kollektivistide etatistlik idolaatria aga näeb riigis sotsiaalse elu ülimat ja ainukest sihti ning kodanikus vaid vahendit selle kõrgeima väärtuse loomisel, arendamisel ja kasustamisel [460]. Mõlemad äärmuslikud propaganda doktriinid jätavad tähelepanuta, et riik ja riigi õiguskord on vaid ühiselu võimaldavaks teguriks, seega alati sotsiaalelu vahendiks, aga mitte väärtuseks omaette. Nad jätavad ka tähele panemata riigi ja tema kodanikkonna integraalsuse ja identsuse sisu ja sihtide mõttes. Nad jätavad ka tähele panemata, et kodanikud üksikult võetuna peavad ühtlasi olema ka vahendiks õiguskorra arendamisel. Kuigi tõsi on, et igas organisatsioonis avaldub super- ja subordinatsioon, oleks siiski ekslik väita, et korraldatud ühiskond alistumises sisaldubki [461]. Ühiselu ei sisaldu ainuüksi alistumises, vaid ühiselu liikmete isetegevuses samal määral kui selle elu juhtide ja korraldajate tegevuses ja toiminguiski.

---

[460] Vrd. Benito Mussolini, *La Dottrina del Fascismo*, Storia, opere ed istituti, Milano 1935, lk. 12: „... per il fascista, tutto è nello Stato, e nulla di umano o spirituale esiste, e tanto meno ha valore, fuori dello Stato. In tal senso il Fascismo è totalitario, e lo Stato fascista, sintesi e unità di ogni valore, interpreta, sviluppa e potenzia tutta la vita del popolo."

Kuid *contra* Adolf Hitler, *Mein Kampf*, I/II, München 1934, lk. 426: „In der Tatsache des Bestehens eines Staates liegt für sie allein schon eine geweihte Unverletzlichkeit begründet. Um dieser Wahnsinn menschlicher Gehirne zu schützen, braucht man eine geradezu hündische Verehrung der sogenannten Staatsautorität. In den Köpfen solcher Leute wird im Handumdrehen aus einem Mittel der endgültige Zweck gemacht. Der Staat ist nicht mehr da, um den Menschen zu dienen, sondern die Menschen sind da, um eine Staatsautorität, die noch den letzten, irgendwie beamteten Geist umschliesst, anzubeten."

[461] Vt. *supra*, määratlusi (43 ja 44, 46, 50 ja 51).

III. NORMIVABA PÕHIFUNKTSIOON.

Normivaba funktsiooni teostamisel realiseeritakse ja elustatakse lõplikult neid õigusi ja kohuseid, mis õiguskord vastavaile isikuile on omistanud, ilma et sellekohase tegevusega end või teisi millekski õigustataks või kohustataks. Selle funktsiooni teostajail pole tahet luua uusi kohustusi või õigusi, vaid ainult sihiks juba looduid kasustada ja teoks muuta [462]. Kui normatiivfunktsiooni teostamisel tekib norme, õigusi ja kohuseid enesele või teistele, siis normivaba funktsiooni teostamisel luuakse vaimseid ja ainelisi hüvesid loojaile või üldsusele. Normatiivfunktsioonis tekivad normistikud, normivabas nad realiseeruvad ja aktualiseeruvad tõeliseks eluks [463]. Normatiivfunktsioonis avaldub puhas *normativiteet*, normivabas aga normatiivne *faktitsiteet*, mille pinnalt võrsub uus normativiteet. Seal luuakse norme, siin neid sisustatakse eluga. Seal kehestatakse norme, siin neid kehatakse, s. o. kasustatakse enese suhtes normis antud võimalusi. Seal määratakse ametlikult või kodanikkude eneste poolt vastastikku käitumisi, siin nende käitumiste piirides elatakse oma hüveoluks, kohustamata millekski teisi.

Normivaba funktsiooni ainukeseks otsesemaks sihiks on õiguskorda aktualiseerida, luua uusi võimalusi normatiivtegevuse arendamiseks ja soodustamiseks, s. o. õiguskorra arenda-

---

[462] Vrd. Duguit, *op. cit.*, I, lk. 171: „Ces actes matériels pris en soi ne peuvent avoir aucun caractère juridique. Ils sont tout simplement les manifestations d'une activité physique." Viimane lause ses osundis aga ei pea paika. Seda osutab muu seas ka *nota* 463.

[463] Vrd. Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, I, Paris 1925, lk. 64: „Les hommes ne font pas que des actes juridiques. A côté des manifestations de volonté, il y a des *faits matériels*, des *agissements matériels*. L'agent des postes qui distribue des lettres, le cantonnier qui casse des cailloux sur la route, le balayeur des rues qui enlève les ordures, la neige sur la voie publique, l'officier qui exerce les soldats en vue de leur instruction militaire, le professeur d'université qui fait un cours devant les étudiants, le particulier qui se promène dans la rue, qui fait une conférence, qui lit un livre, les acteurs qui jouent une comédie, etc., tous ces agents publics, tous ces individus ne font pas des actes juridiques. Ils ne manifestent pas une volonté en vue de produire un effet juridique."

miseks ja edaspidiseks jätkuvaks aktualiseerimiseks [464]. Normivaba toiming, see on ahel kahe normatiivtoimingu vahel. Kui vastav normivaba toiming on kehtivaid norme aktualiseerinud ja nii loonud või avardanud võimalusi uute normide loomiseks ja uuteks aktualiseeringuiks, siis neile järgnevad ajaliselt määramata või määratud momendil normatiivtoimingud nende loodud võimaluste normatiivseks realiseerimiseks. Kui keegi ostis a u t o, siis ostutehing oli tema normatiivne toiming. Ostetud autoga ta sõidab ise, sõidutab *privatim* ka oma külalisi ning lõpuks paneb selle taksona publiku teenistusse. Need olid tema normivabad toimingud, toimingud, mis õiguslikult ei puutunud kellessegi. Ent parkimiskohale asetatud taksona on tema ostuese uute normatiivtoimingute võimaldajaks. Ta palkas autojuhi, kes sobitab kokkuleppeid sõitjatega oma omaniku kasuks. Nii juhi palkamine kui ka külaliste pealevõtmine on normatiivtoimingud. Ostu-müügi tehingust soetatud õigusi, samuti ostetud esemega seotud omandiõigusi kasustades teotseb isik, loomata kellelegi õigusi ja kohuseid, ent teiselt poolt sama ostuese annab materiaalse ehk faktilise võimaluse uuteks tehinguteks ja uute õiguste ja kohuste loomiseks enesele ja teistele. Normatiivtoiminguga luuakse õigusi, neid elustatakse faktiliste ehk normivabade toimingutega, elustatud õiguste alusel luuakse uusi õigusi taas normatiivtoimingutega. Nõnda areneb õiguslik elu lakkamatult, peatusteta ja häireteta normatiiv- ja normivabade toimingute lõppematus ahelas [465].

Kõik need toimingud, järelikult ka n o r m i v a b a d toi-

---

[464] Vrd. G a s c ó n y M a r i n, *op. cit.*, lk. 202: „Los actos materiales interesan juridicamente; algunos de ellos no tienen consecuencia juridica modificadora o creadora de la situación individual; pero en otras ocasiones, en relación con preceptos preexistentes, sirven de base al acto administrativo que exterioriza nueva situación juridica."

[465] Vrd. J è z e, *op. cit.*, lk. 65: „Un point doit être mis en plein relief: un *fait matériel n'est jamais, au point de vue de la technique juridique, que la condition d'application à un individu d'un status légal ou la condition d'exercice d'un pouvoir légal. Jamais, un fait, un agissement matériel ne crée une situation juridique quelconque.* La situation juridique *générale* ne peut être *créée* que par une *manifestation de volonté* appelée loi ou règlement; la situation juridique *individuelle* ne peut être *créée* que par une manifestation unilatérale ou bilatérale de volonté."

mingud on õiguskorras ette nähtud. Auto soetatakse ostumüügi instituudi alusel ja menetluses. Autot kasustatakse omandiinstituudi sätete kohaselt. Järelikult ka normivabad kasustustoimingud on õiguslikult määrateldud ja seega kõik õiguslikud toimingud. Selle asjaoluga kummutatakse väide, nagu oleksid normivabad faktilised toimingud metajuriidilist laadi, vabad igasugusest sättimisest ning seetõttu toimingud, mis juristi ei võiks sugugi huvitada [466]. Liikle-miskontsessiooni võimaldamiseks haldus peab oma faktiliste toimingutega hoolitsema selle eest, et kontsessioneeritud tee kohati vajalikult avardataks, õgvendataks ning temal asuvad sillad tehtaks kandevõimelisiks. Sellekohane normivaba tegevus on määrateldud teede- ja ehitustehnilistes sätetes. Samuti restorani avamiseks luba andes peab haldus ennekõike sooritama sarja faktilisi toiminguid vastavate ruumide kontrollimiseks, mis toimingud on ette nähtud trahteriasutiste kohta kehtivates ning tervishoiupolitseilisis sätteis. Ei ole viimaseid tarvilikult silmas peetud, siis pole ka avamisloa andmine toimunud õigeil eeldusil. Sellest aga võivad tõusetuda kohtulikku laadi õiguslikud vaidlused. Kõige selle tõttu normivabad faktilised ehk materiaalsed toimingud ja teod huvitavad juristi niisama palju nagu iga teine õiguslikult sätitud tegevus [467].

Faktilist tegevust arendab kõigepealt kodanik erikordselt mitmekesiste, mitmesihiliste ja -sisuliste toimingutega, rajades oma kodu, korrastades ja kaunistades oma elamut ja majust, seadeldades oma käitist, tehast, vabrikut, jõujaama, kaevandeid ja murdusid, ärisid ja kauplusi ning töökodasid,

---

[466] Vt. ses suhtes eriti Julius Hatschek, *Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts*, Leipzig 1927, lk. 6: „Nicht alle Verwaltungstätigkeit ist juristisch erfassbar. Ein Staatsinstitut für Meteorologie oder Hygiene usw. übt zweifellos Verwaltungstätigkeit aus. Aber diese Tätigkeitsformen der Verwaltung interessieren nicht den Juristen. Die juristisch erfassbare Verwaltungstätigkeit beginnt erst mit dem Verwaltungsakt. Dieser ist ein obrigkeitlicher Ausspruch der Verwaltung, der dem Individuum im gegebenen Falle sein Recht zuweist."

[467] Vrd. Duguit, *op. cit.*, I, lk. 147 jj., 156 jj., 169 jj.

kultiveerides ja melioreerides maid, soid ja metsi, kündes ja külvates, käies kalastamas ja jahil, töötades ja puhates, andes nõu ja ravi, õppides ja õpetades, avaldades isiklikku isetegevust, ettevõtlikkust ning olles kaastegev kõigil mõeldavail inimtegevuse erialadel ning inimlikkude sihtide taotlusil.

Nagu üksik kodanikki oma elamu korrastamisel ja kodukaunistamise tegelikus töös, nii ka riik ja kogukond oma normivaba funktsiooni valdkonnas hoolitseb vastavate faktiliste toimingute abil oma rahva hüvangu eest, tema eluavaldusi sisustades, süvendades ja intensiivistades. Normivabalt teotsedes arendab riik esijoones sellist tegevust, mille sihiks on vältida oma ühiskondlikkude jõuvarude kahanemist ja hääbumist, omariiklikus mõtteilmas väsimust ja langust ning seltskondlikus ühisteotsemises poliitilise pinge raugemist. Seks taotleb riik aktiviseerida ühiseluliikmeid üha hoogsamale kollektiivsele isetegevusele ning tihedamale sotsiaalsele koostööle. Sama sihiga riik peab uurima, leiutama, avastama, soetama, arendama ja kasustama eneses leiduvaid ainelisi ja vaimseid energiakogumeid ühiselu mugandamiseks praegusile liikmeile ja hüvanguks tulevastele sugupõlvedele.

Oma rahva üldise hüveolu huvides riik oma faktilises tegevuses, näiteks, ehitab koole ja teadus- ning kunstiasutisi ja kultuurimaju, istutab parke ja korraldab väljakuid, sillutab teid ja tänavaid, rajab trammiliine, raudteid, loob liiklemis- ja sideasutisi, posti-, telefoni-, telegraafi- ja raadioleviseadiseid, asutab vaestemaju, töömaju ja rahvamaju, saunu, basseine, haiglaid ja sanatooriume [468].

Oma rahva vaimse hüvangu huvides riik oma normivaba teotsemisega, näiteks, õpetab, koolitab ja kasvatab lapsi, täisealisi, publikut ja üksikuid rahva- ja kutsekihte. Ta valmistab kodanikke ametite vastu ja õpetab neile oskusi, kunste ja teadust. Riikliku ühismeele kindlustamiseks ja kollektiivse mõtlemisviisi süvendamiseks ta oma otsese teoga kannustab masse rahvuslikeks ühisaktsiooneks.

Oma rahva ainelise hüvangu huvides riik oma normivabade toimingutega revolutsioneerib, reformib ja aktiviseerib era- ning ühismajandust, asustab maid, kultiveerib

---

[468] Vrd. *Teooria*, lk. 34. — Ka Ferraris, *op. cit.*, I, lk. 218.

soid ja metsi, avab ärisid ja asutab vabrikuid, tehaseid, töökodasid, jõujaamu ning kaevandeid.

Oma rahva õigusliku elu, rahu ja julgeoleku huvides riik oma faktilise tegevusega valvab korra üle teil, väljakuil ja tänavail, etendusil, meeleavaldusil ja koosolekuil, asutisis ja lokaales. Sama sihiga ta jälgib rahurikkujaid ja korra vastu eksijaid, jälitab, avastab, vahistab ning karistab roimareid, kõrvaldab õiguskorda häirivad ohud ning ennistab rahu ja korra. Samasuguste toimingutega hoolitseb riik selle eest, et kodanikel oleksid käepärast normistikud, mille järgi peaks ühiskonnas käituma. Viimaste puudumisel riik kannab hoolt, et loodaks põhimõtted ja avaldataks need, et kodanik alati teaks, kuidas suhtuda oma välisümbrusse ning enese isikusse kui selle ümbruse liitosasse [469].

Eelesitatud näidetega on tõestatud mitte üksnes selle vaadendi ekslikkus, mis näeb faktilises tegevuses puhast faktitsiteeti, mis oleks vaba igasugusest korraldamisest ja sättimisest. Nendega on ühtlasi ka kummutatud see väär arvamus, nagu oleks materiaalse tegevuse harrastajaks üksnes haldus oma teenistujatega. Otse selle vastu — rõhuvamal arvul juhtudest arendavad mittenormivat tegevust just kodanikud õiguskorras ettenähtud piirides ja alustel [470]. Vahe on vaid selles, et avalikud teenistujad on normivaba funktsiooni teostamisel suuremal määral seotud ja nende käitumine täpsamalt determineeritud kui kodanikel, kes sageli ka ise vastastikku määratlevad sellegi, kuidas oma soetatud õigusi ja kohustusi elustada. Teiseks kodanikud on vabad selle funktsiooni valdkonnas ülemalt poolt tulevaist direktiivest, milledele aga peavad alistuma halduse teenistujad. Ent siin lisandatagu, et kodanikud oma normivabas teotsemises peavad alati arvestama eeskätt avaliku korra sätteid ning selle enesestmõistetava põhimõttega: *üldhuvi murrab erahuvi.* Kodanikkude sihid ja taotlused ei tohi sattuda vastuollu avaliku korra huvidega, mille eest seisavad valvel haldus ja kohus.

---

[469] Vrd. *Teooria*, lk. 34. — Ferraris, *op. cit.*, I, lk. 246.

[470] Vrd. Jèze, *op. cit.*, I, lk. 64 j.

Et normivaba funktsiooni teostamine peab paratamatult toimuma kehtiva õiguse normistikkude järgi, siis jääb seegi funktsioon, nagu normatiivnegi, õiguskorra seesmusse, olles talle immanentne, aga mitte transtsedentne. Tegevus, mida arendatakse normivaba funktsiooni teostamisel, ei olegi ju midagi muud kui õiguskorra normistikkude täitmine kollektiiviliikmete isikliku ja ühiskondliku eluga. Just ses funktsioonis muutub õiguskord oma maksimaalsemas pinges dünaamiliseks ning intensiivsemal määral elavaks. Siit tema normistikud saavadki poliitilise ühiku liha ja verd. Ainult siin ta lõplikult teostub ja elustub, siin ta end vähehaaval ka suretab, et normatiivselt ja normivabalt uuesti elustuda.

IV. NORMATIIV- JA NORMIVABADE PÕHIFUNKTSIOONIDE SUHE.

Rõhuvama osa publitsistide poolt, kõnelemata tsivilistidest, peaaegu täiesti tähelepanuta ja käsitlemata jäetud faktiline funktsioon evib arvamatu suurt tähtsust tegelikult, olles õieti sünonüümne õiguskorra alusel toimuva individuaalse ja sotsiaalse eluga üldse. Normivaba funktsioon, see on elu ise. Ent siiski ei saa salata, et normatiivne funktsioon on õiguskorra olelu, püsimise ja arengu vaatekohast iga poliitilise ühiku tegelikult tähtsam funktsioon. Temata ei sünniks norme, õiguskord ei kohastuks elu muutuvate tarviduste ja nõuetega, poleks vabadusi, õigusi ega kohustusi. Seepärast, loobudes selle funktsiooni teostamisest, asutakse eitama õiguskorra tõelist universaalsihti ning ühtlasi asutakse vastava korporatiivse ühiku enese likvideerimisele. Normivaba funktsiooni alal esinevate ülesannete teostamata jätmine ei ole alati kriitiline poliitilise ühiku olelusele, normatiivfunktsioonita ta aga ei oleks mõeldav. On olukordi, kus riik võiks loobuda faktilisest tegevusest, kuid ei ole iial olukordi, kus riik võiks lakata teotsemast normivalt [471].

Ent siiski on see tegelikes tingimusis õige vaid relatiivselt. Esiteks tegelikus teostamises normatiivfunkt-

---

[471] Vrd. *Teooria*, lk. 36.

sioon ei esine kunagi üksi, vaid alati seoses normivabade toimingutega. Seetõttu neid funktsioone saab hoida üksteisest lahus vaid mõisteliselt. Ainult normivaba toiming esineb tegelikus elus ka üksinda, s. o. täiesti lahus normatiivsest. T e i s e k s kollektiiviliikmete, kodanikkude elu avaldub peamiselt just normivabades talitusis, toiminguis ja avaldusis. Kodanikud võiksid lühiajaliselt lakata teotsemast normatiivselt, kuid pole võimalik kujutella nende elu normivabade toiminguteta. Keelata neile viimaseid tähendaks keelata neile õhk ja hingamine. Loobuda normivabadest toiminguist tähendaks kodanikkonnale lämbuda sotsiaalselt ja individuaalselt.

T e g e l i k u l t esineb juhtumeid, kus teatav faktiline toiming on ajaliselt ühel hoobil ka normatiivtoiming ja nimelt neil korril, kui ta avaldub sellekohases hetkelises aktsioonis. Markantsemaiks näiteiks on signaal, hüüd ja žest, mida peab võtma õiguse või kohuse tekkimise tähisena [472].

T a v a l i s e l t faktiline toiming käib tegelikult ikka normatiivtoimingu eel, valmistades viimast ette ning tehes niiviisi elus teed uute normistikkude loomiseks. Üldpõhimõtteliselt normatiivtoiming on seotud ajalises järgnevuses eelnevate faktiliste toimingutega ikka siis, kui mõnd normatiivtoimingut tegelikult toimetatakse pika üksiktoimingute reana või sündmuste ahelana [473]. Näiteks olgu halduse *võõrandusakti* toimetamine või parlamendis *seaduste* andmine. V õ õ r a n d a m i s e puhul on vaja kõigepealt astuda ühendusse eraisikuga, kelle kinnistust soovitakse üht kinnisvara hankida riigile või mõnele teisele korporatsioonile, ning taotella kokkuleppe sobitamist eseme hankimiseks eraõiguslikkude vahenditega. Pole kauplemine andnud tulemusi, siis valmistatakse võõranduseseme plaan ja kaart, selgitatakse üksikasjaliselt tema juriidilist olustikku, hinnatakse tema väärtus, koostatakse võõrandusakti tekst, mis tehakse valmina teatavaks, ning tasutakse endisele omanikule võõrandatud vara väärtus. Siin on loendatud ahel faktilisi toiminguid, milledel kõigil on üks ja sama siht, võimaldada võõrandust. — Sama lugu märgatakse

---

[472] *Ib.*

[473] *Ib.*

ka seaduse andmisel. Esiteks juhitakse seadusandja tähelepanu vastava seaduse andmise vajadusele, kas haldusasutiste, -ametnikkude poolt või parlamendist enesest avalik-õiguslikul initsiatiivil või ajakirjanduse või eraisikute ja -organisatsioonide poolt eraalgatuskorras petitsiooniõiguse alusel [474]. Siis koostatakse esialgne tekst, nn. *seaduseelnõu,* arutellakse teda eelinstantses ametlikult või eraviisiliselt, võetakse parlamendi päevakorda, sõelutakse eri- ja üldkomisjones, arutellakse pleenumis, kus ta võetakse esimesel, teisel ja kolmandal lugemisel vastu, juhitakse teise kotta, kus teda samas menetluses käsitellakse, redigeeritakse vastavas komisjonis keeleliselt ja normitehniliselt, kirjutatakse alla, lähetatakse riigipeale promulgeerimiseks ja sanktsioneerimiseks, sealt riigivalitsuse kaudu trükikotta ladumiseks ja trükkimiseks ametlikus lehes, ning sealt saadetakse eksemplarid kohtadele levitamiseks. Siingi on loendatud sari toiminguid näidetena ja illustratsiooniks seadusandlusmenetluse juurde, mis peaks küllaldaselt veenvalt osutama, et moodne seadusandlus pole mõeldav faktiliste toimingute sooritamiseta.

Eelesitatud näited illustreerivad juhtumeid, kus normatiiv- ja faktiline toiming esinevad ajalises järgnevuses või vaheldumisi, kusjuures kogu vastava toimingutesarja ülesandeks oli võimaldada akti toimetamist ja temas sisalduvate normide kehtimapanekut. Siin juhitagu aga tähelepanu ka sellele, et teinekord võib puhtfaktiline iseseisev toiming, millel pole või ei saa olla eespool-tähendatud sihti, transformeeruda pärastpoole normatiivseks toiminguks teatavail juriidilisil eeldusil ja tingimusil. Markantse näitena mainitagu seadusvastaste toimingute nn. *seadusejõusse kasvamist.* Ebaõiguspärane akt, mis pole antud pädevuse piires või õiges menetluses või ettenähtud kujul ja vormis või mille siht ja sisu ei vasta õigusnõuetele, polegi akt, mida juriidiliselt saaks kuidagi kvalifitseerida. Akt, mis ei vasta kehtivale õigusele, on teoreetiliselt *tühine,* teda nagu pole olemaski. Kuid õiguskord ei saa teisiti kui neid ikka tunnustada, vähemalt vähem-

[474] Avaliku ja erainitsiatiivi mõistete, samuti initsiatiivorganite teotsemise kohta vt. lähemalt *Teooria,* lk. 72 j.

v i g a s e i d lugedes faktiliselt olelevaiks ja võimelisiks looma norme, tekitama muudatusi õiguslikku olustikku. Õiguskord a r v a b sellised aktid normatiivseiks, kuid ikka eeldusel, et asjaosaline temaga nõustub. Akti vead loetakse o l e m a t u i k s algusest peale. Neid aga tunnistatakse, kui nad on olulised, vigadeks ning akt tühistatakse või muudetakse kontrolli korras, kui asjaosaline neile vigadele juhib vastava instantsi tähelepanu. Ei tehta seda õiguses seatud tähtajal, siis faktiline toiming muundubki v e a t u k s normatiivtoiminguks.

Milliseid vigaseid toiminguid lugeda r a v i t a v a i k s ning normatiivseks muutuvaiks, see sõltub vastavast õiguskorrast. Juba sellest väitest selgub, et piiritõmbamine normatiivse ja normivaba funktsiooni ja vastavate toimingute vahel on ainult kehtiva õiguse küsimus, mis lahendatakse, alati lähtudes vastavast õiguskorrast. Ühes õiguskorras see piirjoon võib olla tõmmatud siia, teises hoopis teisale, mis asjaolu aga ülemalesitatud demarkeerimisprintsiipe ei kõiguta.

Normatiiv- ja normivaba funktsiooni piiritamiseks tänini pole ei publitsistid ega tsivilistid esitanud mingeid kirjanduslikke doktriine. Vene ja saksa keelkonna ja sellest mõjustatud kirjanduses piirdutakse vaid faktilise tegevuse, *rein tatsächliche Tätigkeit des Staates* määratlemisega ning sellega ongi see probleem juristide õlult heidetud. Romaani keelkonnas, eriti prantsuse, itaalia ja hispaania kirjanduses tavatsetakse normatiivfunktsiooni aktidele, *actes d'autorité, atti di impero, actos de autoridad,* vastu seada nn. t e o a k t i d, *actes de gestion, actos de gestion, atti iure gestionis,* milledena mõistetakse hoopis midagi muud kui puhtfaktilisi toiminguid ja nimelt iga tegevust peale avalikõigusliku normatiivtegevuse. Ent siingi puuduvad mingisugused käibivad teooriad, mis selgitaksid normatiiv- ja normivaba funktsiooni vastastikust suhet.

§ 8. Legislatiiv- ja eksekutiivfunktsioon.

I. KÄIBIVAID VAADENDEID.

Eelnevalt märgitud printsipiaalsete struktuurijoonte järgi kogu õiguslik tegevus liigitub normatiivseks ja normivabaks põhifunktsiooniks. Normatiivne põhifunktsioon omakord liigi-

tatakse alamal legislatiiv- ja eksekutiivfunktsiooniks, kuna normivaba funktsiooni alaliigitamiseks ses käsitluses ei tunta teoreetilist ega praktilist vajadust.

Dihhotoomse divisiooni arendamisel ja legislatiivfunktsioonile eksekutiivfunktsiooni vastuseadmisel ärgu vastavas literaarkriitilises käsitluses unugu, et käibivad vaadendid seavad seadusandlusega trihhotoomselt vastakuti mitte eksekutiivfunktsiooni, vaid kohtu ja halduse. Seepärast dihhotoomselt tulevad legislatiiv- ja eksekutiivfunktsiooni vaheteo küsimuses arvesse vaadendid, mis taotlevad eraldada seadusandlust niihästi haldusest, kui ka vaadendid, mis seadusandlust piiritavad kohtu suhtes.

Levinuimaks, ühtlasi ka lihtsameelseimaks on vaadend, mille järgi legislatiivfunktsiooni tuleb mõista funktsioonina, mille sihiks on n o r m i l o o m i n g, kuna eksekutiivfunktsiooni iseärasust nähakse n o r m i r a k e n d u s e s [475]. Niisiis ühe tegevusega luuakse õigust, teisega seda viiakse ellu. Sellekohaselt ka legislatiivtoiming on midagi omaette iseseisvat, kuna eksekutiivtoiming on temast sõltuv, olles vaid tema otstarveteks määratud [476]. Legislatiivtoiming loob õiguslikke väärtusi, eksekutiivakt on nende väärtuste realiseerimise vahen-

---

[475] Uusimast kirjandusest vrd. eeskätt M o r e a u, *op. cit.*, lk. 16: „... on reconnaître dans l'Etat la fonction législative qui formule les règles, et la fonction exécutive qui les applique."

[476] Vrd. Frank J. G o o d n o w, *The Principles of the Administrative Law of the United States*, New York-London 1905, lk. 6: „In the case of a human being, who naturally formulates and executes his will himself, it is necessary that the will be formulated before it is executed. In the case of political beings it is necessary not only that the will of the sovereign be formulated or expressed before it can be executed, but also that the execution of that will be entrusted in large measure to a different organ from that which expresses it. The great complexity of political conditions makes it practically impossible for the same governmental organ to be entrusted in equal degree with the discharge of both functions.

The two functions of government which we have ettempted to differentiate may, for purposes of convenience, be designated respectively as Politics and Administration. Politics has to do with policies or expressions of the state will. Administration has to do with the execution of these policies."

diks. Selles kujutluses on legislatiivfunktsioon asetatud normatiivselt esikohale ja eksekutiivfunktsioon seatud alistatavasse positsiooni [477].

Sellist *fundamentum divisionis*'t ja selle loogilisi järeldusi arvustavalt hinnates olgu tähelepanu juhitud järgmisile asjaoludele. E s i t e k s on selle vaadendi autoritel ununud, et demarkeeritavad funktsioonid mõlemad või tripartiitses mõttes kõik kolm, s. o. nii seadusandlus kui ka haldus ja kohus on normatiivsesse valdkonda kuuluvad funktsioonid. Neid teostatakse seadusandlusaktidega, haldusaktidega ja kohtuaktidega. Need kõik on aga normatiivaktid. Järelikult pole õige, et ainult seadusandlus loob norme ja õigust [478]. Sedasama teeb ka eksekutiivfunktsiooni kuuluv kohus ja haldus. Selle asjaolu tõttu ei saa võtta normiloomist legislatiivfunktsiooni iseloomustavaks ja teisist funktsioonest eraldavaks *species*-tunnuseks [479].

---

[477] Vt. *op. cit.*, lk. 7: „The necessary harmony between the expression and the execution of the state will can be obtained only by subordinating one of these functions to the other. Popular government requires that the execution of the state will shall be subjected to the control of the organ expressing the state will. For an effective executive authority can never be so representative of the people of a state as a body which can effectively express their will. Administration must, therefore, be subjected to the control of politics. While, therefore, the function of politics has to do primarily with the expression of the state will, it has also to do, secondarily, with the execution of that will."

[478] Vrd. K e l s e n, *op. cit.*, lk. 231: „Das Wort „Gesetzgebung", das in der Lehre von den Staatsgewalten soviel wie Rechtserzeugung, Rechtsschöpfung, Setzung von Rechtsnormen überhaupt ausdrücken soll, bedeutet eigentlich nur einen besonderen Fall von Rechtssetzung, so wie ja „Gesetz" im technischen Sinne des Wortes nur einen besonderen Fall, eine besondere Form des „Rechts" darstellt." Ja *op. cit.*, lk. 232: „Und wenn man Gesetzgebung mit Rechtsschöpfung schlechthin identifiziert, so geschieht dies, weil man das Recht schlechthin als eine Summe genereller Normen auffasst, das Recht überhaupt nur in genereller, abstrakter Form voraussetzt."

[479] Vrd. K e l s e n, *op. cit.*, lk. 231: „Um den richtigen Kern aus dieser uralten Unterscheidung herauszuholen, muss man vor allem zwei Irrtümer ablösen, die ihn wie Schalen verbergen. Erstlich darf man den Begriff der R e c h t s setzung, der mit dem Worte Gesetzgebung, legis latio ausgedrückt werden soll, nicht mit der Tätigkeit bestimmter, histo-

Arusaamatuste vältimiseks tähendatagu aga, et käsiteldavas vaadendis normiloomise fakt on seadusandluse suhtes õieti esildatud. Seadusandlus loob tõepoolest norme. Ta on ju alaliik normatiivfunktsioonist, mille ülesandeks on kahtlemata normiloomine. Kuid selline konstateering on õige ja omal kohal ainult siis, kui seadusandlust tahetakse iseloomustada tema kõigi omaduste loendamisega, võttes teda mitte inordineeritult ja komparatiivselt teiste funktsioonide suhtes, vaid üksi, eraldi ja väljakistuna teiste funktsioonide seast, abstraktses vaatluses. Definitoorsesse valemisse viiduna normiloomingu fakt aga on mõttetu nending ning mitte midagi selgitav komponent, sest seal ta ei suuda täita seda otstarvet, milleks ta on valitud. Tema abil on mõisteliselt võimatu eraldada eraldatavat eraldatavaist, sest ka viimased evivad sama tunnust ühtlasel määral.

Teiseks on selle vaadendi autoreil sootuks väär kujutlus normide rakendusest. Arvates üksnes eksekutiivfunktsiooni normi rakenduseks ning seades viimast selle omaduse alusel vastakuti legislatiivfunktsiooniga, püstitavad nad väite, mis hoopiski ei vasta tõsielu faktidele. Õigusliku tõelisuse vaatlus osutab, et õiguse loomine on rõhuvamal arvul tegeliku elu juhtudest ühtlasi ka normi rakendus[480]. Ühtede normide loomine toimubki peamiselt teiste normide elluviimise teel. Ainult õiguskorra asutav võim, poliitilise ühiku

---

risch individualisierter, arbeitsteilig funktsionierender Organe und sohin den Begriff des Rechts nicht mit dem des „Gesetzes" identifizieren. Dann aber darf man den Gegensatz von Gesetzgebung und Rechtsprechung, bzw. den von Rechtssetzung und Rechtsanwendung nicht für absolut halten, sondern muss ihn als relativ erkennen."

[480] Vrd. ka Merkl, *op. cit.*, lk. 15: „Der eigentliche, allerdings meist unbewusste Grund der fast unlösbaren Schwierigkeit einer rationellen Grenzabscheidung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung ist die Relativität des Gegensatzes von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, eine Erscheinung, die noch Gegenstand besonderer Betrachtung werden soll. Die Relativität des Gegensatzes von Rechtsetzung und Vollziehung, die Doppelnatur fast aller Rechtsakte und ausnahmslos aller Rechtssätze, insbesondere auch die der formellen Gesetze, soweit sie zugleich materielle Gesetze sind, nötigt dazu, sowohl der Gesetzgebung als auch der Verwaltung Rechtsakte zuzurechnen, die sich zugleich als Rechtsetzung und als Rechtsanwendung darstellen."

revolutsiooniline instants loob norme niiöelda omast käest, konkretiseerimata mingeid teisi norme. Uue põhiseaduse andmisel või oleva muutmisel aga juba rakendatakse senise konstitutsioonilise akti menetlusnorme. On päris tavaline, et uusi norme luues vastav normatiivtoiming ühtlasi mõne eelnenud toimingu üldsisulisi norme konkretiseerib, s. o. neid vastavaile individuaalse ja sotsiaalse elu sündmustele või erijuhtumeile rakendab. S e a d u s legislatiivaktina on riigipõhiseaduse suhtes kindlasti rakendav akt. Halduse korraldiste suhtes ta on kahtlemata norme loov akt. Valitsuse m ä ä r u s esineb seaduse suhtes kindlasti rakendava aktina, ministri korralduse suhtes aga norme loovana. Ministeeriumi k o r r a l d i s eksekutiivaktina on määruse, seaduse ja põhiseaduse suhtes kahtlemata rakendav akt. Kuid sama korraldis on prefektuuri vastavasisulise korraldise suhtes norme loov, sest viimane eksekutiivakt konkretiseerib eelmainitud eksekutiivakti.

Sel puhul tähendatagu taas, et on täiesti õige, et eksekutiivfunktsioon rakendab õigust. Kuid selle nentimisega ei esildata ometi mitte säärast tunnust, mis aitaks seda funktsiooni eraldada legislatiivsest. Et normi loomise või rakendamise moment ei ole selliseid tunnuseid, mis võimaldaks üht normatiivfunktsiooni eraldada spetsiifiliselt teisest, siis seepärast eelselgitatud vaadendit ei saa arvestada legislatiiv- ja eksekutiivfunktsiooni vaheteo teaduslikuks määramiseks.

Umbkaudu samalaadsed puudused ja vead ilmnevad ka vaadendis, mis tavatseb legislatiivfunktsiooni iseloomustada kui funktsiooni, mille sihiks on luua a b s t r a k t s e i d või g e n e r a a l s e i d norme, kuna eksekutiivfunktsiooni spetsiifilisust arvatakse leidvat seal loodavate normide k o n k r e e t s u s e s ja i n d i v i d u a a l s u s e s[481].

---

[481] Abstraktsuse-konkreetsuse ja generaalsuse-individuaalsuse teooria on praegu pääsemas peaaegu täiel rindel valitsema. Ent kumbki neist teooriaist, õieti küll ühe ja sama teooria erivaadendeist ei esine puhtal kujul, vaid eelistatavalt ikka kombineeritult. See on tingitud peamiselt küll sellest asjaolust, et nende autorid kalduvad samastama abstraktset generaalsega ja konkreetset individuaalsega, jättes nende terminite sisu sageli hoopis määratlemata.

Nii *abstraktsuse-konkreetsuse* kui ka *generaalsuse-individuaalsuse* teooria tähendab eelmise normiloomise-rakendamise vaadendi suhtes suurt sammu edasi [482]. Nende autorid on kindlal arvamusel, et mõlemas kõnesolevas funktsioonis on tegemist nii normiloomis- kui ka normirakendamisfunktsiooniga.

Kuid nagu eelmises vaadendis vaheteotunnusena esitatud normirakendusmoment, nii neis teooriais abstraktsus ja konkreetsus ning generaalsus ja individuaalsus on s u h t e l i s e d mõisted, mis ei kõlba vaadeldavate nähtuste eraldamisvahendeiks.

Mis on abstraktne ja mis konkreetne? Tavatsetakse seletada, et a b s t r a k t n e norm on selline, mis on abstraktselt sisustatud. See aga esineb neil juhtumeil, mil normis käsiteldav nähtus määratakse paljudele samalaadseile nähtusile omase ühise üldtunnuse järgi. Kui aga normi sisuks olev nähtus määratakse tunnuse varal, mis on omane üksnes samale nähtusele ega saa esineda enam samailmelisena mõningate samalaadsete teiste nähtuste juures, siis on tegemist konkreetse normiga. Norme abstraktselt sisustavaid akte nimetatakse abstraktseiks ja norme konkreetselt sisustavaid akte nimetatakse konkreetseiks. Esimesed on legislatiiv-, teised eksekutiivaktid [483].

Tähendatagu ennekõike, et iga õigusnorm on iseendast juba ideaal-abstraktne, iga normatiivtoiming aga on omaette võetuna alati reaalkonkreetne. Et norme loov toiming on

---

Rõhuga generaalsusel-individuaalsusel esindab vastavat segavaadendit uusimas kirjanduses K e l s e n, M e r k l, ent endapoolsete reservatsioonidega. Puhast abstraktsuse-konkreetsuse teooriat esindab F o r t i, puhast generaalsuse-individuaalsuse teooriat aga D u g u i t.

[482] Nende esildumise kohta kirjanduses tähendab K e l s e n, *op. cit.*, lk. 230: „Demgegenüber [eine Gliederung der Staatsfunktionen, die auf eine Einteilung des möglichen Gehalts der Rechtsordnung oder der möglichen Zwecke des Staates hinauslaufen] bedeutet die vielfach schon an ältere Versuche wieder anknüpfende D r e i t e i l u n g der modernen Staatstheorie einen entschiedenen Fortschritt. Und zwar darum, weil in ihr in dem Gegensatz von G e s e t z g e b u n g einerseits, R e c h t s p r e c h u n g und V e r w a l t u n g anderseits der für das vorliegende Problem tatsächlich entscheidende Unterschied zwischen Generellem und Individuellem, Abstarktem und Konkretem in den Vordergrund tritt."

[483] Vrd. F o r t i, *op. cit.*, I, lk. 7 jj., 15 jj.

konkreetne nähtus, siis temast satub alati ka midagi konkreetset ideaal-abstraktseisse normidesse. Iga abstraktse normi juures esineb konkreetse momendina alati paratamatult tema ajalist ja ruumilist kehtivust määrav moment. Ja vastupidiselt igas konkreetseks nimetatud normis esineb paratamatult ka abstraktseid momente. Mainitagu vaid kõikide normide omadust, seega ka konkreetsete normide omadust olla imperatiivne, õigustav ja kohustav ning kehtiv ja toimiv. Ontoloogia on tõestanud, et pole ühtki nähtust olemas, mille kõik tunnused on konkreetsed. Seepärast ei saa ka olla ühtki sellist normi, mille sisuks oleks absoluutselt konkreetsete tunnuste varal määrateldav nähtus. Võetagu näiteks konkreetne akt, milles korraldatakse turistidehoone ehitamist. Kavatsetud turistidehoone on konkreetne nähtus. Ent mitte kõik temas pole konkreetne, on ka abstraktset, mis seltsib konkreetsega põimituna ja selle lahutamatu kaaslasena. Turistidekodu spetsiifiline välimus,värvus, omapärased uksed ja aknad, kahel korral asuvate ruumide eriline jaotus on selle hoone konkreetsed tunnused. Ent tema kolmedimensioonilisus, nurgelisus, portaalikaarte ja kolonnaadide ümmarus, katuse lamedus, tornikeste teravus ning üldmulje rõõmsus on kahtlemata abstraktsed tunnused. Ta on küll reaalne, kuid ta tunnuste sisu on abstraktkonkreetne [484].

Nii on lugu, kui nähtusi vaadelda ü k s i k u l t ja teistest eraldatuna. Kui aga käsiteldavaid nähtusi võtame võrdlevalt, s. o. üksteisega seoses vaatlusse, siis on lugu abstraktsuse ja konkreetsusega veelgi pahem.

Normiloomine toimub peamiselt olevate normide konkretiseerimise, s. o. sisuliselt konkreetsemaks muutmise teel. Sellest juba järeldub loogiliselt, et iga konkretiseeriv norm, s. o. norm, mis saadud teise normi konkretiseerimise tulemusena, on konkreetne konkretiseeritud normi suhtes, viimane aga abstraktne konkretiseeriva suhtes. Norm, mis ü h e s relatsioonis on abstraktne, võib t e i s e s relatsioonis esineda konkreetsena. Seadus on kahtlemata abstraktsem määrusest, kuid konkreetsem põhiseadusest. Määrus on abstraktne korraldise ja otsuse suhtes, konkreetne aga seaduse ja põhiseaduse suhtes.

---

[484] Vrd. *Teooria*, lk. 54.

Ministri akt eksekutiivtoiminguna on prefekti samasihilise korraldise suhtes abstraktne, prefekti oma aga ministri suhtes konkreetne. Et õigusnorme võib konkretiseerida lõpmatuseni, siis ka abstraktsuse ja konkreetsuse astmeid võib olla lõpmata palju [485].

Umbes samul kaalutlusil ei pea paika generaalsuse ja individuaalsuse teooria, samuti selle kombineering eelmisega. Mis on generaalne ja mis individuaalne?

Generaalne on norm, mis kehtib ühtlaselt kõikide üldtunnuslikkude nähtuste kohta või nende nähtuste liikide kohta [486]. Siit nähtub, esiteks, seda, et generaalne määratlus tähendab sama, mis abstraktnegi määratlus [487]. Nii siin

---

[485] Vrd. Poul Andersen, *Ungültige Verwaltungsakte* mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe, Mannheim-Berlin-Leipzig 1927, lk. 28: „Der Ausspruch muss einen konkreten Inhalt haben. Dadurch werden namentlich alle Rechtssätze ausgeschlossen, die ja ihrem Wesen nach einen abstrakten Inhalt haben. In dieser Hinsicht ist die nähere Abgrenzung mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Das eine Extrem ist der Ausspruch, der nur an eine einzelne Person gerichtet ist und nur eine einzige Handlung (oder Unterlassung) betrifft, die sich auf einen bestimmten Zeitpunkt einen bestimmten Ort und einen bestimmten Gegenstand bezieht... Auf der anderen Seite haben wir als den „Idealfall eines Rechtssatzes" den Ausspruch, der sich an die Allgemeinheit richtet, und der eine unbegrenzte Anzahl von Handlungen (oder Unterlassungen) betrifft, die sich — zeitlich und räumlich unbegrenzt — auf eine unbegrenzte Anzahl von Gegenständen beziehen können. Zwischen diesen beiden Extremen liegt eine Unzahl von Zwischenformen, die in einer, mancher oder jeder Beziehung bald zum konkreten, bald zum abstrakten Idealtypus hinneigen; insofern könnte der Versuch einer Grenzziehung hoffnungslos erscheinen."

[486] Vt. generaalse määrangut Jèze, *op. cit.*, I, lk. 28: „Toute manifestation de volonté qui, en exercice d'un pouvoir légal, crée ou organise une situation juridique générale, impersonnelle, objective est une *loi*, un acte législatif." Ja *ib.* lk. 10: „[les pouvoirs juridiques généraux] sont ceux qui appartiennent à tous les individus qui se trouvent dans les mêmes conditions de fait."

[487] Nii määratlebki seda Herrnritt, *op. cit.*, lk. 24: „Es gibt einerseits generelle Akte des Staatswillens, d. h. solche, welche die

kui ka seal on tegemist nähtuste määratlemisega ühiste üldtunnuste abil. Teiseks nähtub seda, et normi sisu generaalsus võib ühel juhul olla väiksem ja teisel suurem. Ühel juhul hõlmab ta kõik sellekohasele *genus*-tunnusele vastavad nähtused, teisel juhul aga piirates *genus*-tunnuslikke selleotstarbelise *species*-tunnusega [488]. Tähendatagu aga, et etümoloogiliselt ja loogiliselt generaalsuse termin on parem abstraktsuse terminist. Ta ei sea enam vastastikku oma abstraktsust näiteks konkreetsusega, tuues eneses abstraktsuse esile absoluutselt üksinda, aga mitte korrelatiivmõistena. Siiski ta ei ole rohkem kõlblik nähtuste demarkeerimiseks kui korrelatiivselt võetud abstraktsus, sest et ka abstraktsus absoluutse mõistena on sisuliselt suhteline, esinedes kord väiksemas, kord suuremas generaalsuses.

Individuaalne norm on selline üksikult esinev norm, mis kehtib vaid ühe üksiku, konkreetselt määrateldud nähtuse suhtes [489]. Individuaalne norm on seega konkreetsisuline üksik-

---

Regelung von bestimmten, gleichartigen Fällen der Willensbetätigung im vornhinein zusammenfassen und vorschreiben, wie der Staat in einzelnen Fällen dieser Art, d. h. wenn der in der generellen Willensäusserung angeführte Tatbestand eintritt, zu wollen und zu handeln haben wird ... [Diese] Willensakte erscheinen in Form von abstrakten Sätzen, welche, insofern sie eine Beschränkung der Willensfreiheit des Einzelnen im Interesse des Zusammenlebens bezwecken, einen Befehl an ihn enthalten, eine Rechtsnorm, einen Rechtssatz bilden. Solche Willensäusserungen sind Gesetze in des Wortes ursprünglicher Bedeutung."

[488] Nii liigitabki Hatschek, *op. cit.*, lk. 129, konkreetseid politseilisi käske generaalseiks ja individuaalseiks: „Generell ist ein Polizeibefehl dann, wenn er sich an eine unbegrenzte Zahl von Individuen richtet, individuell, wenn er an bestimmte einzelne Personen ergeht ... Ist er generell, so sprechen wir von Allgemeinverfügung [aga mitte von Polizeiverordnung, mis ka einen abstrakten ... Tatbestand in genereller Weise regelt], ist er individuell, so sprechen wir von gewöhnlicher Polizeiverfügung."

[489] Vrd. Hatschek, *op. cit., ib.* — Jèze, *op. cit.*, I, lk. 11: „Il y a des pouvoirs juridiques dont le *contenu* est déterminé d'une *manière particulière pour* ou *contre* tel individu déterminé, *et* c'est non pas la loi ou le règlement qui fait cette détermination du contenu du pouvoir, mais la manifestation de volonté d'un individu particulier ou d'un agent public. Le contenu du pouvoir juridique est, dans ce cas, *individuel, subjectif.*" — Herrnritt, *op. cit.*, lk. 25: „[Es gibt] anderseits spe-

norm. Samal põhjusel, nagu *generaalne* on parem *abstraktsest*, on termin *individuaalne* eelistatav terminile *konkreetne*. Võttes aga arvesse seda, et iga individuaalne nähtus määratakse tavaliselt ikkagi sootunnuse abil, lisandades viimase individuaaltunnust, siis iga individuaalne norm sisaldab ühtlasi ka generaalseid momente. Teiselt poolt pole olemas nähtusi, nähtuste komplekse, rühmi ja klasse, mida poleks võimalik individualiseerida ja individuaalselt käsitella. Näiteks põhiseaduse totaalse uuendamise puhul määratud ülemineku- aja olustik on midagi omaette individuaalset, ent seda omapärast kordumatut olustikku sättivad normid on loodud legislatiivsel teel.

Lõppeks juhitagu tähelepanu ka sellele, et individuaalsete normide kui üksiknormide kujutlus loob väära arvamuse, nagu esineks mingi õigusnorm täiesti üksikult oma kindlal konkreetsel kujul ja kindlas individuaalses sisus [490]. Nii on see küll vaid lihtsustatud teaduslikus kujutelmas ja objektiveeritud abstraktsioonis. Tõeliselt ei looda kunagi puhtindividuaalseid norme. Tõeliselt iga normatiivtoiming tekitab arvutu hulga väga mitmesisulisi normistikke. Normid esinevad alati vaid suurte hulkade kogumina pluraalselt, eriliste normikompleksidena kui *multum tantum* [491].

Kuigi ei saa salata, et legislatiivtoimingute sisu on alati abstraktne ja generaalne eksekutiivtoimingute sisu suhtes ja et viimased on esimeste suhtes alati konkreetsed ja ka individuaalsed, või vähemalt konkreetsemad ja individuaalsemad, pole ometi võimalik nende tunnuste põhjal tõmmata mõistelisi piirjooni sinna, kus nad tõeliselt vastavate funktsioonide vahel asuvad [492].

---

zielle Willensakte, welche die einzelnen Handlungen des Staats selbst bestimmen und bloss einen Anwendungsfall der generellen Willensäusserung bilden."

[490] Vt. ses suhtes Vittorio E. Orlando, *Teorica della legislazione e del governo*, Roma 1912, lk. 177 jj.

[491] Vrd. Somló, *op. cit.*, lk. 98.

[492] Vt. *supra*, *nota* 485. — Hatschek, *op. cit.*, lk. 128 j.

Tõele lähemal on ses küsimuses nn. *impersonaalsuse* ja *personaalsuse doktriin*[493]. Selle vaadendi autorid tavatsevad väita, et legislatiivfunktsioon on selline, mille sihiks on luua impersonaalseid norme, kuna eksekutiivfunktsioon aga on säärane, kus luuakse personaalseid norme. Normide impersonaalsusena mõistetakse omadust kehtida üldtunnuslikkude isikute kontingentide suhtes. Personaalsed normid on aga sellised, mis kehtivad nimeliselt määratavate üksikisikute suhtes[494]. Ses vaadendis lähtutakse loodavate normide adressaatidest, õieti nende määratlemise moodusest. Legislatiivsel teel loodavais normes käsitellakse käitumist, küsimata, kes oleks käitujaks, või määratakse käitujate kontingent abstraktselt[495]. Eksekutiivsel viisil loodavais normes määratakse käituv adressaat aga nimeliselt mainides.

Väide, et legislatiivtoimingutega loodavad normid on impersonaalsed, vastab täiesti faktidele. Kuid pole õige öelda, et eksekutiivtoiming käsitleks vaid üksikute indiviidide suhteid ja oleks selle poolest isikuline ehk personaalne. Ainult eksekutiivfunktsiooni ühe alafunktsiooni aktid on kindlasti personaalsed. Need on kohtu toimingud, mis loovad norme alati

---

[493] Uusimaist esindajaist olgu mainitud sellekohase kallakuga generaalsuse-individuaalsuse teooria pooldajaina Jèze ja Bonnard.

[494] Vt. eriti Roger Bonnard, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris 1926, lk. 36: „En poursuivant l'examen de l'activité juridique, on est amené à constater que les situations juridiques sont de deux sortes. Les unes sont générales et impersonnelles, c'est-à-dire qu'elles s'appliquent indistinctement à tous les individus ou à une catégorie indéterminée d'individus. Les autres sont individuelles et spéciales, c'est-à-dire qu'elles ne s'appliquent qu'à un ou plusieurs individus déterminés ou à un cas particulier."

Vrd. Jèze, *op. cit.*, I, lk. 10 j. — Ka Hatschek, *op. cit.*, lk. 128 j.

[495] Vrd. Bonnard, *op. cit.*, lk. 43: „Comme ces actes sont à portée générale et impersonnelle, la fonction législative consiste finalement à établir, modifier ou supprimer des situations juridiques générales et impersonnelles. Elle coincide donc avec la notion d'acte-règle."

Ib., lk. 37: „Cet acte est celui qui établit les situations juridiques générales et impersonnelles. Il a ainsi pour caractère essentiel d'être un acte à portée générale et impersonnelle."

Vt. ka *supra, nota* 494.

nimeliselt mainitavaile isikuile [496]. Sedasama ei saa väita aga haldustoimingute kohta. On haldusakte, mis puudutavad impersonaalselt kogu linna elanikkonda, terve kogukonna kõiki kodanikke või isegi kogu riigi rahvastikku. Impersonaalseid eksekutiivakte ning vastavaid norme esineb rohkesti eriti sotsiaalõiguslikel, sanitaarseil, ehitustehnilisil ja maksunduse ning eelarveõiguse mitmesugustel aladel. E e l a r v e ise eksekutiivaktina on impersonaalne toiming. Kogu maad või üksikuid osi kaitseseisukorda kuulutav akt on kõigisse vastaval maa-alal elavaisse kodanikesse puutuv impersonaalne eksekutiivakt. Riigipea ja samuti parlamendi ning kogukondade rahvaesinduse valimistoiming on kogu riiki huvitav eksekutiivtoiming.

Kehtivas õiguses on üldiselt kujunenud lugu küll nii, et võimalikult iga eksekutiivakt tehakse teatavaks isikule, kellesse ta puutub. Ent akti teatavaks tegemine pole funktsioonide eraldamises mingit teoreetilist tähtsust eviv asjaolu, vaid puhtdogmaatiline ja õiguspoliitiline küsimus. Kuidas toiming adressaadile teatavaks saab või teatavaks loetakse, on hoopis erinev küsimus selle kõrval, mis laadi vastav toiming ise on. Peale tavalise personaalse teatise on veel teisigi teid, kuidas vastavaile isikuile neisse puutuva akti toimetamisest teatada. Kui raadio kaudu või ajakirjanduses avaldamisega, stafettide abil või kuulutuste kleepimisega nähtavaile kohtadele antakse teada, et kõik sõjaväekõlvulised kodanikud ilmugu äratähendatud kellaajaks vastavasse kogumispunkti, siis on iga asjaosaline kohustatud seda käsku ka viivitamatult täitma, ootamata sellekohast personaalset teatist. Kujuteldagu ka ametlikku päevalehte, mille lugemine on tehtud kohuseks teatavaile kutsekihtidele, sest ainult selle kaudu tehakse teatavaks vastava kutseala eksekutiivaktid. Vähemalt teatavaisse kodanikkude kategooriaisse puutuvaid haldusakte on mõeldav avaldada samal viisil, nagu dekreete ja määrusigi. Tavaliselt ongi lugu nii sõjavägedes, kus üldtähtsusega eksekutiivaktid paigutatakse vastavatesse „päevakäskudesse". Mõningate kohtuaktide aval-

---

[496] Vrd. Frederick John P o r t, *Administrative Law*, London — New York — Toronto 1929, lk. 89: „The judicial power (in contradistinction to the legislative) acts *in personam* ..."

damiseks kasustatakse tihtigi ka tavalist igapäevast perioodilist ajakirjandust [497].

Aruteldud vaadendeist selgus, et legislatiivfunktsiooni valdkonnas üldaktidega loodavad normid on kõik küll kindlasti impersonaalsed ja eksekutiivfunktsiooni alal loodavate suhtes ka abstraktsed ja generaalsed. Et aga ka eksekutiivfunktsiooni valdkonnas loodavad normid võivad olla varustatud samade omadustega, siis ei saa loendatud tunnuseid nende funktsioonide demarkeerimiseks kasustada ega vastavaid vaadendeid aktsepteerida.

Alljärgnevas käsitluses taotellakse legislatiiv- ja eksekutiivfunktsiooni mõisteid määratella täpsama kriteeriumi abil ning ühtlasi selgitada ka mainitud funktsioonide vastastikuseid suhteid.

II. LEGISLATIIVFUNKTSIOON.

(106) *Legislatiivfunktsiooniks nimetatakse õiguskorra säärast põhifunktsiooni, mille teostamisel loodavad normid määratlevad käitumist üldjuhtudena.*

(107) *Üldjuhud on ajas ja ruumis esineda võivad käitumisjuhud, mis määratellakse sõltumatult aja ja ruumi momentidest.*

Kui käitumine on normides nii esildatud, et teda pole võimalik seondada mingi konkreetse tähtajaga ega konkreetse ruumipunktiga, siis ta on seal antud üldjuhuna. Üldjuht tähendab normatiivset kontseptsiooni käitumisile, mida õiguslikus elus võib esineda korduvalt registreeritamatul arvul [498]. Need tegeliku elu käitumisjuhud, mis normides on määrateldud üldjuhuna, on statistilises ja loogilises mõttes registreeritamatud

---

[497] Vrd. *Teooria*, lk. 57. — Walter Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen 1913, lk. 210 jj.

[498] Vrd. Forti, *op. cit.*, I, lk. 16: „... tendono a governare una serie astratta di possibili casi futuri ..." — Seda osundit esildades käesoleva teose autor peab vajalikuks tähendada, et Forti, *op. cit.*, polnud temale tuttav tema *Teooria* käsikirja koostamise ning ilmutamise ajal, mistõttu ei saanud tollal olla ka vastavat *op. cit.* viitamist.

seetõttu, et vastavate normide loomise momendil pole võimalik ette näha, palju sääraseid võiks tõeliselt juhtuda. Kui vastavad normid on juba tühistatud, siis ehk võidakse neis üldjuhuna määrateldud üksikkäitumisi tagantjärele ka loendada. Kuid võimalus neid tagantjärele registreerida ei muuda neid põhimõtteliselt siiski mitte registreeritavaiks juhtudeks. On ju mõeldav koguni see, et sääraseid tegelikke käitumisjuhtusid ei esinenud üldse, millede normatiivne üldkontseptsioon oli üldjuhuna määrateldud sellekohaseis normes [499]. Legislatiivfunktsiooni teostamiseks määratud

(108) *normatiivtoimingud, milles üldjuhtudena käsitellakse tegelikus elus arvutult esinevat käitumist, nimetatakse legislatiiv-, generaal- ehk üldaktideks* [500].

(109) *Käitumist üldjuhtudena käsitlevaid norme nimetatakse legislatiivseiks, generaalseiks, abstraktseiks, abstraktgeneraalseiks ehk üldnormideks.*

Vastavate aktide ja normide järgi legislatiivfunktsiooni tohiks nimetada ka üldaktide funktsiooniks, s. o. funktsiooniks, mida teostatakse üldaktidega, või üldnormide funktsiooniks, s. o. funktsiooniks, mille teostamisel luuakse üldnorme.

Et ajas ja ruumis arvutult esinev käitumine oleks juriidiliselt õige, s. o. õiguspärane, peab ta sobivalt mahutuma vastava üldnormi sellekohase üldjuhu valemisse. Selleks, et üldjuhusse mahutuda, peab vastav käitumine evima neid generaalseid ja abstraktseid tunnuseid, millede abil too üld-

---

[499] Vrd. Forti, *op. cit.*, I, lk. 16: „...e quindi teoricamente possono anche rimanere prive di efficacia pratica, ciò che nulla toglie alla loro reale esistenza. Potrà benissimo avvenire che una norma non sia mai applicata, se non si verifichino le circostanze di fatto per le quali essa è costituita; nondimeno essa è sempre una norma giuridica."

[500] Vrd. Duguit, *op. cit.*, II, lk. 145: „*La loi matérielle est une disposition par voie générale.* Cela veut dire que la loi contient une disposition qui ne disparait pas après son application à un cas prévu et déterminé d'avance, mais qui survit à cette application, et qui s'appliquera, tant quelle ne sera pas abrogée, à tous les cas identiques à celui qu'elle prévoit. Elle est alors générale même si en fait elle ne s'applique qu'une fois."

juht on normatiivselt määrateldud. Ei evi ta neid, siis nenditaksegi, et vastav käitumine pole õiguspärane. See väide *contra* abstraktsuse-generaalsuse ja konkreetsuse-individuaalsuse vaadendeis esitatud arvamusele selgitab veelkordselt, et igas ajalises ja ruumilises käitumises peab paratamatult leiduma ka abstraktseid ja generaalseid komponente. Vastasel juhul oleks tegeliku elu käitumiste, sündmuste ja nähtuste tehniline subsummeering õigusnormidele ja nende õiguslik hinnang täiesti võimatu.

Legislatiivfunktsiooni teostavaiks üldaktideks on tavalisemalt r i i g i p õ h i s e a d u s, mille annab aktiivkodanikkond või parlament erilises menetluses, siis põhiseadust otseselt konkretiseeriv parlamendi või aktiivkodanikkonna s e a d u s või haldusorgani d e k r e e t, aga ka seadust ja dekreeti konkretiseeriv m ä ä r u s või selletaolised üldaktid, mis kaudselt rakendab ka põhiseadust ja mis tavaliselt antakse halduse poolt, mida aga võidakse anda ka kohtu ja isegi parlamendi poolt [501].

Et seadus ja dekreet peavad olema kokkukõlas põhiseadusega, kui see on kõrgeimajõulise aktina olemas, määrus

---

[501] Mainitud aktiliikide määranguid vt. lähemalt *Teooria*, lk. 165 jj.

Vastavalt nendele aktiliikidele tavatsetakse ka liigitada legislatiivfunktsiooni ennast. Vt. muu seas eeskätt M o r e a u, *op. cit.*, lk. 17: „Les règles, dont l'expression constitue la fonction législative *lato sensu*, n'ont pas toutes la même importance.

Les unes fixent l'organisation, le fonctionnement et les rapports des autorités supérieures de l'Etat, posent les principes généraux selon lesquels chacun, autorités et particuliers, doit collaborer à la vie sociale. Ce sont les *lois constitutionnelles;* leur énonciation constitue l'exercice du *pouvoir constituant.*

D'autres s'appliquent aux divers intérêts sociaux d'une manière générale et sans acception de personnes. Ce sont les *lois* proprement dites; leur énonciation est l'exercice du *pouvoir législatif* proprement dit.

D'autres concernent les détails pratiques, préparent, facilitent l'application de la constitution et des lois, les suppléent quelquefois. Ce sont les *règlements;* leur énonciation constitue l'exercice du *pouvoir réglementaire.*

Pouvoir constituant, pouvoir législatif, pouvoir réglementaire, voilà les trois aspects de la fonction législative."

Vrd. *Teooria*, lk. 67 j.

ja temataolised üldaktid aga seaduste ja dekreetidega, siis legislatiivfunktsiooni selleviisilise teostamisega saavutatakse loodavate normistikkude s i s u l i n e k o k k u k õ l a, sisemine terviklus ja süsteemsus ning loogiline suletus [502].

Legislatiivselt loodavais normes avaldub funktsiooni teostaja j u r i i d i l i n e tahe, mis kunagi ei või ega saa olla vastuolus iseendaga. Pole mõeldav, et teatavasihilise käitumise kohta normilooja lausuks: *see olgu lubatud* ja samas taas: *see olgu keelatud.* Inimmõistuse järgi võib vaid üks neist väljendeist evida kehtivust. Ent tegelikult võib ju ikkagi juhtuda, et sellekohasesse üldakti satub normatiivseid kontraarsusi ja kontradiktoorsusi, olgu aktiandja õiguskorra vähesest tundmisest, teadmatusest, unustusest, poliitilise soovi halvast sõnastusest, normitehnilisest vilumatusest ja oskamatusest või koguni kurjast tahtmisest. Neil juhtudel pääseb kehtima normirakendajaile adresseeruv *normitehniline* ü l d s e a d u s, mille kohaselt, e s i t e k s,

(110) *kõrgemajõulise akti norm murrab madalamajõulise akti normi* [503],

ja, t e i s e k s,

(111) *hilisem norm murrab varem-antu* [504].

Nii eelesitatud *normigradatsiooni printsiibi* kui ka *ius posterius derogat iuri priori* kohaselt õigusnormistikkude süsteem ise korrigeerib nii ühe- kui ka eriliigilisisse üldaktesse juhtunud vastuoksused.

Iga üldakt toob muundusi senikehtinud normistikkude süsteemi. Loodud normid, olgu nad päris vastsed senikorral-

---

[502] Vrd. ka M o r e a u, *op. cit., ib.*: „La loi constitutionnelle est supérieure à la loi ordinaire; celle-ci ne peut abroger, modifier, contredire celle-là, sous peine de nullité." — „La loi ordinaire est supérieure au règlement: celuici ne peut abroger, modifier, contredire celle-là sans nullité."

[503] Vrd. M o r e a u, *op. cit.*, lk. 17: „Il y a entre eux une hiérarchie juridique, qui résulte de la hiérarchie entre les autorités qui les exercent", ütleb ta üldaktide suhtes.

[504] Normitehnilise üldseadusena see lause (*111*) ei kehti, vaid nn. *lex generalis*'e ja *lex specialis*'e loodud normide vahekorras. Vt. selle kohta lähemalt K l i i m a n n, *Haldusprotsess*, lk. 39 j.

damata aladelt, olgu nad seniseid norme muutvad, täiendavad või tühistavad, mõjustavad loogilise paratamatusega kogu õiguskorda ja tema senikehtinud normistikes väljendunud juriidilist tahet. Mitte üksnes täiesti vastne norm või seniseid muutev ja täiendav norm, vaid ka seniseid tühistav norm toob kehtivasse normistikkude süsteemi uusi printsiipe, millega tuleb seniseid põhimõtteid tahes-tahtmata kokkukõlastada *ius posterius derogat iuri priori* nõudel [505]. Tähendatagu, et selle printsiibi nõudel mõningad muundused võivad tekkida, ilma et aktiandja oleks neid otseselt soovinud, s. o. ebateadlikult, tahtmatult. Et oma poliitilist tahet õigesti ja otstarbekohaselt kehtima panna, õieti sõnastada ja avaldada, seks on vaja, et normilooja eviks ülevaadet oma õiguskorrast, tunneks nõutaval määral normitehnikat ning oleks suuteline käsitsema neid abstraktseid printsiipe, millede arvestamine on tingitud asjaolust, et õigusnormistikud saavad kehtida ainult rangelt kokkukõlastatud loogilise süsteemina.

Arvestades eriti seda, et üldnormide looja tõeline poliitiline tahe puhtsüstematoloogiliste nõuete järgi sageli s e d a m a i d - s e l t m u u n d u b normistikkude „tahteks", võiks kõige eelkäsiteldu alusel tulla kergesti mõttele, et normirakendaja ei pea kunagi küsima üldaktiandja m o t i i v e ja tõelist psüühilist tahet [506]. Üldakti andmise momendil esildatud motiivid ei või tulla arvesse selle akti sisu seletamise otstarbel. Need motiivid pole arvestatavad isegi mitte siis, kui üldakti andjaks

---

[505] Muunduse mõiste ja muundusliikide kohta vt. üksikasjalisemalt A.-T. K l i i m a n n, *Normitehnikast administratiivprotsessiõiguses*, Kriitika- ja interpretatsiooniküsimusi maksvast õigusest, Tartu 1930, lk. 31 jj.

[506] Võib nõustuda mõttega, mille väljendab Eugen E h r l i c h, *Die juristische Logik*, Tübingen 1925, lk. 137: „... jeder Rechtssatz [ist] eine Individualität, ein selbständiges Wesen, das sein eignes Leben lebt und seine eigne Geschichte hat", kuid ei tule nõustuda selle vananenud arvamusega, nagu saaks mõnd normi käsitada üksikult ja väljaspool seda normistikkude süsteemi, kus talle on kindel koht ette nähtud mitte ajaloo poolt, vaid teiste normide relatsioonidega süstematoloogiliselt. E h r l i c h i *historische Auslegung* osutab vaid seda, et autor ei tunne moodsat õigusteadust, eriti aga õiguskorra olemust. Ajalooline meetod on kaasaegsete normisüsteemide tõlgendamiseks täiesti kõlbmatu vahend. — Vt. ka *infra, nota* 507.

on üksikisik, kelle reaalpsüühilist tahet oleks võimalik tuvastada. Järgneva üldakti andmise hetkel temagi tahe on juba muundunud ja vastavalt sellele muundumisele on ühtlasi loogiliselt muundunud ka eelneva üldakti puhul väljendunud tahe [507]. Kollegiaalselt teotsevate moodsate parlamentide tõelist tahet pole üldse võimalik fikseerida. Kolleegiumi suhtes kehtib mitte see, mida ta soovis, mõtles ja tõeliselt tahtis, vaid see, mida ta ütles ja sõnastas.

---

[507] Vrd. S o m l ó, *op. cit.*, lk. 96: „Dazu ist noch nebenbei zu bemerken, dass unter dem Setzen, Aufstellen, Erlassen einer Norm natürlich nicht nur ihr erstmaliges Setzen zu verstehen ist, sondern ebensogut das Aufrechterhalten einer bereits von einer anderen Macht gesetzten Norm. Wenn sich der Nachfolger eines Machthabers die Normen seines Vorgängers in Bausch und Bogen — allenfalls auch stillschweigend — zu eigen macht, so sind die dadurch auch seine Normen geworden. In diesem Sinne sagte schon H o b b e s: The legislator is he, not by whose authority the law was first made, but by whose authority it continues to be a law."

Ja *ib.*, *nota* 1, G m ü r i sõnad: „Das Gesetz ist eine permanente Willenserklärung des ganzen Volkes; von diesem Standpunkte aus ist daher sein Sinn zu ermitteln, nicht von demjenigen seiner Entstehungszeit aus." Ja jätkuvalt S o m l ó enda lisand: „Es ist auch durchaus unrichtig, wenn man das Zurückgehen auf den Willen des Gesetzgebers der Entstehungszeit als absolutistische Lehre bezeichnet hat. (L u k a s, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers*, G m ü r, *Die Anwendung des Rechts*, 1908, S. 55)." S o m l ó väidab, *ib.*: „Sie ist nämlich selbst für den Absolutismus nicht gültig. Es kann diesbezüglich zu denken geben, dass gerade H o b b e s, der doch für die Prinzipien des absoluten Staaten ein geübtes Auge hatte, die entgegengesetzte Lehre aufgestellt hat. Er hat eben richtig erkannt, dass es sich dabei um einen Grund- oder Voraussetzungsbegriff alles Rechtswesens handelt, der von irgendwelcher besonderen Gestaltung eines Staates ganz unabhängig gilt."

Vrd. John A u s t i n, *Lectures on Jurisprudence*, I, London 1929, lk. 220: „Every positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign person, or a sovereign body of persons, to a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme. Or (changing the expression) it is set by a monarch, or sovereign number, to a person or persons in a state of subjection to its author. Even though it sprung directly from another fountain or source, it *is a* positive law, or a law strictly so called, by the institution of that present sovereign in the character of political superior. Or (borrowing the language of Hobbes) „the legislator is he, not by whose authority the law was first made, but by whose authority it continues to be a law"."

Taotlus vastavaist üldaktide motiivistikest välja koorida normilooja psüühilist tahet on vastuolus ka õigusnormi loomusega. Iga õigusnorm, järelikult ka legislatiivfunktsiooni teostaja loodud norm oma sisimalt tuumalt pole mitte subjektiivselt reaalpsüühiline, vaid välisautoriteetide objektiivne tahe, säärane tahe, mis sotsiaalsest keskusest tulles sunnib enesega kaasuma ka käituva isiku subjektiivse tahte. Märgitagu siinkohal huvitava faktina, et isegi selline õpetlane, nagu Leo v. P i e t r a ž y c k i, kes oma õigusteooria sisustas *panpsühhologistlikult* ning õigust tõesti käsitas *reaalpsüühilise* elamusena, väga teravalt kritiseerib „seaduseandja tahte" psühholoogilisi kontsepeerijaid [508].

Psühholoogilised motiivid evivad alati tähtsust ü k s n e s avalikõiguslikkude eksekutiivtoimingute mõistmiseks. Teatavat v ä h e s t normitehnilist väärtust võivad nad evida küll ka legislatiivaktide puhul ja nimelt neil e r a n d l i k e l juhtumeil, mil aktide legaalfraaside õige mõtte avastamiseks ei leidu aktides endis mingit süstemaatset pidepunkti. Leidub teinekord normitehniliselt defektseid fraase, nn. sõnastuslünki, mida ei saa teisiti kõrvaldada, kui vaid vahenditega väljaspool normistikku ennast. Et lüngad normistikkude legaalfraases johtuvad nn. väljenduskalküli juriidilise külje vähesest tundmisest, s. o. akti autorist, siis ongi paratamatu pöördumine akti autori enese poole teadasaamiseks, mida ta õieti soovis segaselt väljendatud sõnastusega öelda. Näiteks, andmata aru, et juriidilisis fraases on sõnul *ja* ning *või* mitu e r i tähendust ja otstarvet, ülikoolilinna volikogu paigutas oma vastavasse määrusse järgmise lause: *Linnaaptegis saavad hinnaalandust eeltähendatud määral ka need isikud, kes on linna teenistuses ja ülikoolis studeerivad.* Kas ses lauses hinnaalandust kasustavate isikute lisakontingent on määrateldud *disjunktiivse* või *konjunktiivse* normiga? Kas *ja* on mõeldud k o n j u n k t i i v s e n a või peab teda asendama d i s j u n k t i i v n e *või*? Kas osundatud määruslauses on mõeldud k õ i k i linnateenistujaid või üksnes neid, kes ühtlasi ülikoolis studeerivad? Või on ses sõnastuses tegu kõigi nendega, kes

---

[508] Vt. seoses nn. üldtahte kontseptsiooni arvustusega L. I. P e t r a ž i c k i j, *Teorija prava* i gosudarstva v svjazi s teoriej nravstvennosti, I, S.-Peterburg 1909, lk. 292 jj., ka 285 jj.

on linnateenistujad, ja peale nende veel ka isikutega, kes ülikoolis studeerivad, küsimata sellest, kas viimased linnaasutisis teenivad või mitte? Kui vastava määruse muist normistikest ei leidu eelnenud küsimusile vastust, siis tulebki osundatud fraasi õige mõtte avastamiseks pöörduda akti seletuskirjas esitatud arutluste ja motiivide poole.

Üldnorme luuakse vastavate juriidiliste mõtete, mõistete ja valemite sõnastamise teel sellekohaste lausete näol. Sääraseiks lauseiks peaksid olema, esiteks, intentsionaalsed *imperatiivlaused.* Ent kõikjal on kujunenud õigusnormide tavalisiks väljendusvahendeiks *eksistentsiaalsed* laused. Nii *pro riigipea olgu kõrgeimaks haldusjuhiks ja riigi sise- ja välispoliitika määrajaks* öeldakse *riigipea on haldusjuhiks ja riigi sise- ja välispoliitika määrajaks.*

Teiseks peaksid üldnorme sõnastavad laused olema intentsionaalsed *generaallaused,* olgu nad väljendatud *tingimitult* absoluutsete imperatiividena või *talendatult* relatiivsete imperatiividena. Lühiduse mõttes tavatsetakse generaallausete kõrval kasustada siiski ka *singulaarlauseid.* Nii *pro riigipea ametiisikud kinnitagu ametisse kohtunikke* öeldakse *riigipea kinnitab ametisse kohtunikke.* Teiste fraaside abil on neil puhkudel aga alati võimalik selgitada, et selletaolisis singulaarlauseis ei väljendata siiski mitte singulaar-, vaid generaalkontseptsioone eelmärateldud üldjuhtude kujul.

Olgu üldnormide sõnastus mistahes liiki, temas võivad peale eelpuudutatud sisuliste vastuoksuste ja selgusetuste[509] esineda ka veel puhtväljenduslikke puudusi ehk lünki ja nn. normitehnilisi tühikuid[510]. Kui

---

[509] Traditsiooniline vaadend käsitab ka sisulisi vastuoksusi tühikutena, nimetades neid kollisioonilisteks tühikuteks ning nägemata ses nimetuses terminoloogilist nonsenssi. Vt. Somló, *op. cit.*, lk. 403 jj.

[510] Väga sageli, eriti saksa kirjandusest mõjustatud autorid samastavad ka lünki tühikutega. Vrd. Giulio Q. Battaglini, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari,* Roma 1910, lk. 69, *nota* 1: „L'egregio prof. Brunetti nel bel libro *Il delitto civile* ... parla di una distinzione fra *lacuna* e *difetto* ..., che corrisponderebbe alla nostra fra lacuna appa-

(112) *lünk tähendab akti normikomplekside sõnastuse puudulikkust,*

siis

(113) *tühik tähendab vajalikkude normikomplekside sõnastuse puudumist aktis* [511].

Lünk on siis olemas, kui aktis esildatavate normide sõnastamine lausete näol on süntaktilises mõttes defektne ja grammatiliselt selgusetu. Tühikuga aga on tegemist siis, kui aktis on mõningad lahendamist vajavad asjaolud jäänud sättimata ja tarvilikud normid andmata. Vajalikkude normikompleksidena mõistetakse vastavas määrangus (113) sääraseid, milleta pole võimalik mõnd aktis sõnastatud teist normikompleksi rakendamisele võtta.

Lüngad satuvad akti teksti vastu aktiautori enda tahtmist. Nad johtuvad peamiselt keelelisest lohakusest, hooletusest või ennatlikkusest, aga sageli ka süntaksi ja loogilise väljenduskalküli puudulikust tundmisest. Tühikuid aga jäetakse teinekord täiesti teadlikult ja meelega, mis on sageli põhjustatud ka õiguskorra normistikkude vähesest ülevaatlikkusest, eriti aga normitehniliste konstruktsioonide oskamatust käsitsemisest.

Lünkade ja tühikute küsimus pole mingis mõttes õiguskorra, vaid normistikkude, s. o. nn. normitehnika probleem. Õiguskord ei tunne tühikuid oma normistikes [512]. Normid aga ei saa mingil moel olla lünklikud.

---

rente e lacuna reale. Ma se ben si considera *lacuna* e *difetto* sono *unum et idem. Difetto* significa mancanza, deficienza. E che cos'è la lacuna, se non una mancanza, una deficienza? Quindi, a parer nostro, non è una nuova designazione che bisogna cercare, ma una distinzione fra le lacune, esprimibile con predicati diversi da apporsi alle medesime. I predicati più convenienti ad esprimere la differenza fra le lacune a noi sono sembrati: *apparente-reale.*"

[511] Vt. lähemalt Kliimann, *op. cit.*, lk. 8 jj.

[512] Vrd. Wilhelm Fuchs, *Lex permissiva,* Indifferenzstandpunkt, rechtsleerer Raum, Lückenfrage, *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1926/1927, I, lk. 200: „Rechtsleerer Raum" und „Lückenhaftigkeit" sind also auf keinen Fall logische und sachliche Notwendigkeiten. — Als bis zu einem gewissen Grade notwendiges Übel muss freilich die aus der Unvollkommenheit des sprachlichen Ausdrucks resultierende Un-

Kui aktis leidub l ü n k i, siis nad kõrvaldatakse, korrigeerides sel otstarbel grammatiliselt defektset sõnastust süntaksi ja väljenduskalküli abil ning samas aktis esinevate teiste fraaside najal.

Kui akti sõnastuses on t ü h i k u i d, siis täidetakse nad normidega samast õiguskorrast. Nimelt minnakse ühe üldakti tühikute kõrvaldamiseks mõne teise üldakti normide või mõne õigusinstituudi manu ja hangitakse puuduvad normikompleksid sealt ning paigutatakse vastavaisse tühikuisse.

Tühikute kõrvaldamiseks normitehnika tunneb k a h t erinevat menetlust, mida kehtiv õigus määratleb *viitelise* ja *delegatsiooni* meetodina. Ü k s sisaldub normitehniliste viidete kasustamisele võtmises ja t e i n e sellesihilise delegatsiooninormi rakendamises.

(114) *Viide on legaalkonstruktsioon, mis juhib normirakendajat tühikute täitmiseks mõne teise normistiku manu* [513].

(115) *Delegatsiooninorm on norm, mis õigustab normirakendajat tühikute täitmiseks looma vajalikke normikomplekse* [514].

---

s i c h e r h e i t hingenommen werden, zufolge deren viele Grenzziehungen zwischen Recht und Unrecht, Freiheit und Pflicht nicht deutlich und klar aus den Worten des jus scriptum erhellen werden. Die Frage, wie bei solcher „obscurité de la loi" das Recht in praxi zu finden sei, ist im wesentlichen eine Kompetenzfrage des Richter- oder überhaupt Beamtenrechts. Sie hat ebensowenig theoretisch-prinzipielle Bedeutung wie die Möglichkeit einer Mängel und „Lücken" entdeckenden rechtspolitischen Kritik."

Selgemini B a t t a g l i n i, *op. cit.*, lk. 68: „Al diritto positivo è inerente una grande forza di espansione logica.

Noi non disconosciamo che nelle formule del diritto positivo possano trovarsi delle lacune di fronte a certi casi concreti, ma aderiamo alla cosi detta *Begriffsjurisprudenz* (giurisprudenza di concetto), in quanto non concediamo che tali lacune si possono colmare dal giudice con principi trovantisi fuori del diritto positivo.

Il magistrato à da esprimere il suo giudizio in virtù della legge e secondo la legge, non sulla legge."

[513] Vt. K l i i m a n n, *op. cit.*, lk. 8 jj.: viite mõiste.

[514] Vrd. S o m l ó, *op. cit.*, lk. 410 jj.: Generaldelegation zur Lückenergänzung.

Viite puhul on alati tegemist õiguskorra normistikes leiduvate valmis normikompleksidega, mida kasustatakse vastavate tühikute kõrvaldamiseks. Delegatsiooni korral aga ei arvestata valmis norme kehtivast õigusest, vaid uusi normikomplekse, mida loob delegatsiooninormis määratud isik. Normitehnilist delegatsiooni tohiks käsitada ka viitamisena isiku juurde, kuna normitehnilised viited tähendavad alati viitamisi normistikkude, aktide või instituutide juurde, mitte kunagi aga isikute manu.

Viiteid esineb kaht eriliiki, millest kumbki evib erinevat praktilist tähtsust ja nõuab erinevat käsitlemist. Üheds on ehtsad ehk õiguseviited, normiviited, teised on ebaehtsad ehk aktiviited, sõnastusviited [515].

(116) *Ehtsad viited on säärased, mis juhivad normirakendajat tühikute täitmiseks mõne instituudi normistikkude manu.*

(117) *Ebaehtsad viited on säärased, mis juhivad normirakendajat tühikute täitmiseks mõne akti normistikkude manu.*

Ehtne viide ei juhi normirakendajat kunagi mõne konkreetse akti, selle osa või paragraafi normide juurde, vaid ikka mõne õigusinstituudi manu ja alles selle instituudi kaudu mõne vastava üldakti normide juurde. Ainult ebaehtne viide mainib nimeliselt viidatavat akti, selle osa või paragraafi. Selles põhinebki suur vahe nende viiteliikide vahel, mis avaldub järgmises.

Ebaehtsa viite puhul viidatud normid pääsevad kehtima akti normidena samas sisus ja sõnastuses, nagu nad leiduvad viidatavas aktis. Järelikult, kui viidatav akt peaks tühistatama, siis sellest hoolimata kehtivad temast viidatud normid vastava viite alusel edasi ja seni kuni kehtib see viide, mitte küll enam endise akti normide kontekstis, vaid viitava akti tühiku normidena ja normide seas [516].

---

[515] Vt. Kliimann, *op. cit.*, lk. 11 jj.: viite liike. — Vrd. ka Juhan Vaabel, *Eesti riigi-maksundusõiguse põhiprobleeme*, Riigimaksundusõiguse normistiku ehitus ja rakendus, Tartu 1934, lk. 108 jj.

[516] Vrd. Somló, *op. cit.*, lk. 91: „... jede Art von Normen kann sogar ausdrücklich auch auf eine andere Art hinweisen; die Forderungen

Teisiti on lugu ehtsa viite korral. Ehtne viide viitab ju instituudile, aga mitte seda instituuti korraldavale üksikule üldaktile. Järelikult viite jõul kehtivad ainult selle instituudi normistikud, aga mitte mõne kindla akti normid. Kui nüüd vastava instituudi senine põhiakt tühistatakse, siis ühtlasi tühistuvad ka viite alusel senirakendunud normikompleksid ning tühistunute asemele võetakse normid uuest aktist, mis senist põhiakti asendab. Tühistub instituut täiesti, siis jääb ka vastav viide rakendamata. Teiseks tuleb ehtsa viite puhul arvestada ka seda, et viidatud instituudi normistikest võetavaid normikomplekse ei tule mitte rakendada selles sisus, nagu nad on sõnastatud tema üldaktes, vaid muundatult ja nimelt kokkukõlas viitava akti instituudi normistikes kehtivate üldiste printsiipidega. Seetõttu võivad viidatud instituudi normistikest tulla arvesse üksnes *komparaatsed,* s. o. analoogilised normid, aga mitte *disparaatsed,* s. o. säärased, millede siht ja sisu on viitavaist diametraalselt erinev.

Legislatiivfunktsiooni teostamine ei piirdu üksnes sobiva sõnastuse kujul üldnormide kontsepeerimisega. Ta sisaldub ka normatiivse olustiku loomises selleks, et õiguskorra normistikud eviksid ka tarvilikku juriidilist toimivust, s. o. tekitaksid ka tõeliselt taoteldud muutusi senises õiguslikus olustikus. Seda saavutatakse selleks loodud instituutide sätetega, mille sihiks on kehtivate normistikkude vastast käitumist tunnistada tühiseks, trahvitavaks või karistatavaks. Igale ametlikult loodud üldnormile, mis mingeid käitumisjuhtusid määratleb, lisandatakse veel teine üldnorm, mis eelmise kehtimist ja toimimist tagab ehk sanktsioneerib[517]. Kaasaegses ametlikult loodud õiguses ei leidu ühtki sanktsioneerimata normi[518]. Seda tõestavad sisukad kriminaal-

---

dieser anderen Art werden dadurch zu ihrem „mittelbaren Norminhalt". Die eine Normart nimmt dadurch den Inhalt der anderen, auf die sie derart hinweist, in sich auf."

[517] Vt. lähemalt Battaglini, *op. cit.,* lk. 6 jj.

[518] Vrd. Battaglini, *op. cit.,* lk. 10, *nota* 1: „Una questione fortemente agitata e agitantesi è quella relativa alla *sanzione.* Noi non accogliamo la teoria, energicamente sostenuta da Augusto Thon

ja distsiplinaarseadused, politseilised trahvikoodeksid ja tsiviilning halduskohtukorrad, mis õigusvastase käitumise puhuks määravad pahesid nii kodanikele kui ka avalikele teenistujaile.

Normide toimivust tagavate, s. o. rikkumist vältivate erinormide lisandumisel legislatiivselt loodavad

(118) *normid on normae perfectae, kui nendevastase käitumise tulemuseks on selle käitumise tühiseks tunnistamine,* või need

(119) *normid on normae plus quam perfectae, kui nendevastase käitumise tulemuseks on selle käitumise tühiseks tunnistamine ja ühtlasi ka käitunu trahvimine või karistamine,* või taas need

(120) *normid on normae minus quam perfectae, kui nendevastase käitumise tulemuseks on küll selle käitumise tunnustamine, kuid ühtlasi ka käitunu trahvimine või karistamine.*

Kui kõik õigusnormid oleksid ametlikult loodavad riiklikud üldnormid, siis poleks mõtet esildada eelmistele liikidele lisaks veel ka nn. *normae imperfectae,* sest need tähendavad

---

(*Rechtsnorm und subjectives Recht,* Weimar 1878, S. 5 ff.), secondo cui va distinto l'imperativo, come ingiunzione di condotta giuridica, dall'imperativo come imposizione della conseguenza giuridica connessa dall'ordinamento giuridico con la trasgressione del primo. Il primo imperativo — *die nackte Norm* — à, secondo tale teoria, autorità propria e proprio valore di ingiunzione giuridica. Cosi per Thon: „Der Zwang ist kein wesentlicher Bestandtheil im Begriffe des Rechts" (S. 7).

Per noi non si può pensare il comando giuridico se non congiunto con una sanzione. Vedremo in seguito, parlando della funzione psicologica del comando giuridico, come tutta l'energia determinante, propria di esso, si fondi sulla sanzione, La *nackte Norm* per molti non à alcuna efficacia. È indubbiamente esagerata l'affermazione del v. Ihering (*Zweck im Recht,* I Bd., S. 51): „Man dürfte ebensogut hoffen, einen Lastwagen aus der Stelle zu schaffen mittelst einer Vorlesung über die Theorie der Bewegung als den menschlichen Willen vermittelst des kategorischen Imperativs. *Der gleitet spurlos an ihm ab!*" Magari possiamo concedere ciò in considerazione della maggioranza degli individui socialmente rilevante. Ma non ci venga a dire che l'imperativo categorico scivola senza lasciar traccia sulla volontà umana *in genere.*"

norme, mis sanktsioone ei evi[519]. Siis tohiks õigeks võtta ka vaadendit, mille järgi iga õigusnorm sisaldab kaht osist: esiteks käsku mingiks käitumiseks ja teiseks käsku selle käsu vastase käitumisega seondada trahvi või karistust[520].

Üldnorme liigitatakse funktsioonide, institutsioonide ja instituutide järgi. Üksikute õigusinstitutsioonide seesmuses üldnorme rühmitatakse tavaliselt rakingu-, pädevus- ja menetlusnormideks.

(121) *Üldnormid, mis käsitlevad õiguskorra funktsioonide avalikõiguslikke teostajaid, on organisatoorsed ehk rakingunormid*[521].

---

[519] Vrd. Battaglini, *op. cit.*, lk. 11: „*Ora possibilità di sanzioni non mancano per nessun comando, che sia propriamente comando giuridico.* Si penserà di portar come prova in contrario le c. d. *leges imperfectae*, come p. e. quelle statuenti doveri del capo dello Stato. Ma la prova cade, considerando che il capo dello Stato è certo vincolato all'osservanza dei suoi doveri più di qualunque membro della società sottoposto alle comuni sanzioni, in forza della pressione o coazione psichica, che su lui esercita l'intero popolo, dietro la quale sta la possibilità d'una coazione ben diversa, che spesso nella storia è stata di terribile energia. Il c. d. potere pubblico — la *Staatsgewalt* dei tedeschi — non è vincolato dal diritto, senza sanzione. Veramente in questi casi non c'è una sanzione giuridica specifica, ma in ogni modo una sanzione c'è: si chiami *di fatto* (rein thatsächliche Sanction), come vuole Hold v. Ferneck (*Die Rechtswidrigkeit*, I Bd. Jena 1903, S. 171), o *sociale*, come preferiremmo noi."

[520] Vt. Theodor Maunz, *Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts*, Eine Studie zur Methodik und Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts, München-Berlin-Leipzig 1933, lk. 31: „Das Charakteristische der Rechtsnorm ist eine doppelte Regel — man kann auch gefahrlos sagen, ein doppelter Befehl —, nämlich einmal an die Gesetzesuntertanen oder Rechtsgenossen, ein bestimmtes Verhalten zu beobachten, sodann an die Rechtsschutzorgane, bei Nichtbeobachtung dieses Verhaltens bestimmte Folgerungen zu ziehen und hierbei die Regel für die Rechtsgenossen zur Grundlage zu nehmen. Die zweitgenannte Seite des Doppelbefehls ist das für die rechtliche Qualität als Norm Entscheidende. Verhaltungsregeln ausserrechtlicher Art mögen zwar die erste Seite aufweisen. Dagegen fehlt ihnen die zweite Seite. Immer dann, wenn die beiden Seiten des Befehls vorliegen, handelt es sich um eine Rechtsnorm."

[521] Vrd. Hatschek, *op. cit.*, lk. 60 jj.

(122, 1) *Rakingunormid, mis käsitlevad asutiste moodustamist ja teenistujate ametisse seadmist, on kreatiivsed ehk asutusnormid.*

(122, 2) *Rakingunormid, mis määratlevad õiguskorra funktsioonide teostajate omavahelisi suhteid, on ordinatoorsed ehk asendinormid.*

(123) *Üldnormid, mis käsitlevad avalikkude teenistujate ja asutiste õigusi ja kohuseid seoses vastava õigusfunktsiooni teostamisega, on kompetentsi- ehk pädevusnormid* [522].

(124, 1) *Pädevusnormid, mis piiritavad õigusfunktsioonide teostajate ülesandeid mõne teise erifunktsiooni suhtes, on võimkonnanormid.*

(124, 2) *Pädevusnormid, mis määravad funktsioonide teostajate omavahelisi pädevuspiire ühe ja sama erifunktsiooni ülesannete raamides, on tehiomasusnormid.*

(125) *Rakingu- ja pädevusnormide kogum moodustab normistiku, mida nimetatakse konstruktiivseks.*

(126) *Üldnormid, mis määratlevad õiguskorra funktsioonide teostamise põhimõtteid ja käiku, on protseduuri- ehk menetlusnormid.*

(127) *Sanktsioneerivate normide rakendumist määratlevat menetlus-normistikku nimetatakse protsessuaalseks õiguseks* [523].

(128) *Sanktsioneeritavat normistikku nimetatakse materiaalseks õiguseks, aga ka funktsionaalseks.*

(129) *Konstruktiivset normistikku koos menetlusnormistikuga nimetatakse formaalseks õiguseks, aga ka institutsionaalseks* [524].

---

[522] Vrd. D u g u i t, *op. cit.*, II, lk. 164 j.: lois de capacité et de compétence.

[523] Sanktsioonina sel puhul mõeldakse õigusnormistikkude kehtimise, jõustumise ja toimivuse juriidilisi tagatisi, millist liiki nad oleksidki, aga mitte üksnes kriminaalõiguslikke sanktsioone. — Vrd. D u g u i t, *op. cit.*, II, lk. 165 jj.: lois supplétives.

[524] Vrd. D u g u i t, *op. cit.*, II, lk. 174 jj.

III. EKSEKUTIIVFUNKTSIOON.

(130) *Eksekutiivfunktsiooniks nimetatakse õiguskorra säärast põhifunktsiooni, mille teostamisel loodavad normid määratlevad käitumist üksikjuhtudena* [525].

Vastandina üldjuhtudele

(131) *üksikjuhud on ajas ja ruumis tegelikult esinevad juhud, mis määratellakse sõltuvalt vastava aja ja ruumi momentidest* [526].

Et iga üksikjuht on seondatud k i n d l a ajaga ja kindla ruumiga, siis on kujuteldamatu, et saaks esineda kahtki üksikjuhtu, mis oleksid täiesti ühesugused. Milline üksikjuht ka võetaks, ta peab paratamatult erinema kõigist muist vähemalt ajaliselt ja ruumiliselt. Järelikult üksikjuhud on alati säärased, mis k u n a g i e n a m e i k o r d u sellisel kujul ega sellises olustikus, nagu nad just lahendamise momendil esinevad. Kui mingi tegelik käitumine on määrateldud seoses teatava kindla tähtajaga, nagu päeva- või kellaajaga või mõne ruumilise nähtusega, siis see käitumine ongi esildatud üksikjuhuna. Et üksikjuhud esinevad vaid kord teatavas ajas ja teatavas ruumis, siis nad on statistilises ja loogilises mõttes alati l o e n d a t a v a d ja ükshaaval registreeritavad [527].

Vastandina legislatiivfunktsiooni teostavaile generaal- ehk üldaktidele

(132) *need normatiivtoimingud, mis määratlevad üksikjuhtusid, on singulaar-, konkreet- ehk üksikaktid* [528].

Et üksikaktid on eksekutiivfunktsiooni teostamise a i n u k e s i k s vahendeiks, siis üksikakt ja eksekutiivakt on *sünonüümsed* mõisted, tähistades üht ja sama eset. Seda arvestades tohiks eksekutiivfunktsiooni nimetada ka ü k s i k a k t i d e f u n k t s i o o n i k s.

---

[525] Kuigi säärast mõistemäärangut pole kirjandusest leida, tuleb ometi tähendada, et tema sisu ja maht, mõte ja tähendus avaldub sellisena kõigis sellekohaseis kaasaegseis käsitlusis.

[526] Vrd. *Teooria*, lk. 57 j.

[527] *Op. cit.*, lk. 58.

[528] *Ib.*

Iga üksikaktiga lahendatakse alati mingi aja ja ruumi koordinaatide kaudu määrateldav, tegelikus elus üksikult esinev juhtum. Sääraseid üksikult esinevaid juhtumeid võib ühes ja samas aktis tulla normatiivsele käsitsemisele ka mitu. Olgu tegemist korraga ühe või mitme üksikjuhuga, vastavas aktis luuakse nende lahendamiseks ikka vaid selliseid norme, mis mõisteliselt seonduvad üksnes üksikjuhtudega. Vastandina legislatiivseile üldnormele

(133) *selliseid norme, mis määratlevad üksikjuhtusid, nimetatakse eksekutiivseiks, singulaarseiks ehk üksiknormeks* [529].

Seda määrangut arvestades tohiks eksekutiivfunktsiooni nimetada üksikjuhtude või üksiknormide funktsiooniks.

Nagu juba eelesitatud mõistete sõnastusest peaks küllaldaselt selguma, üksikakt ei tähenda mitte akti, millega lahendatakse mingi konkreetne üksikjuhtum. Üksikakti mõte sisaldub vaid selles, et temaga lahendatakse üksikult esilduvad tegeliku elu juhtumid üksikjuhtudena, kusjuures on mõeldav, et neid üksikjuhtusid määratellakse ühes ja samas üksikaktis korraga terve sari. Samuti ei tähenda ka üksiknorm mitte aritmeetilises mõttes ühtainsat normi. Ka üksiknormi mõiste puhul meenutatagu seda, et õigusnormid esinevad tegelikult alati kui *multum tantum*, mistõttu ka üksiknormid seonduvad teatava üksikjuhuga ikka paljude normide kompleksina. Kui teadusliku analüüsi otstarbel norm kunstlikult irratakse üksik- või üldnormide kompleksidest tõeliselt ainsa normina, siis aga ei unustata, et see norm saab tegelikult olelda vaid lahutamatus seoses teiste samalaadsete ja -struktuursete normikomplekside sarjas. Üksiknorm aritmeetilises mõttes üksiku normina ei olele üldse mitte.

---

[529] *Ib.*, üksikasjalisemalt aga lk. 193 jj. — Vrd. Karl Kormann, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin 1910, lk. 1 jj. — Walter Jellinek, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tübingen 1908, lk. 5 jj. — Julius Hatschek, *Einleitung in das öffentliche Recht*, Leipzig 1926, lk. 28 jj. — Zéphirin Rogez, *L'acte administratif de puissance publique*, Paris 1906, lk. 2 jj. — Orlando, *op. cit.*, lk. 177 jj. — Jèze, *op. cit.*, lk. 10 jj. — Santi Romano, *Principii di diritto amministrativo*, Milano 1912, lk. 20 jj. ja 51 jj.

Igale üksikjuhule kui tegeliku elu reaalnähtusele antav lahendus on ka ise ainulaadne ja ühekordne ning jõustumise korral ka lõplik, sest nähtusele, mis on ainulaadne ja ühekordne, pole loogiliselt mõeldav üheaegselt anda mitut normatiivset eri lahendust. Ent siiski on teinekord otse paratamatuks vajaduseks ning õiguskorra sätete kohaselt koguni nõutav kord antud lahenduse veelkordne ümberlahendamine.

E s i t e k s õiguskorra stabiilsuse huvides iga üksiklahendus võib jääda jõusse vaid niikaua, kui kaua kehtib stabiilselt see olustik, milles vastav lahendus anti. Peaks aga see faktiline ja juriidiline olustik muunduma, mis kehtis üksikakti andmise momendil, siis võib ka vastav üksiklahendus tulla muundamisele. Iga üksiklahendus tehakse ikkagi *rebus sic stantibus*, s. t. sel eeldusel, et temaga seondatud olustiku muundudes ta v õ i b tulla veelkordsele ümberlahendamisele [530]. Siin aga ärgu jäetagu ka märkimata, et olustiku muundudes muundub ka lahendusel olnud endise üksikjuhu sisu nii ajalises kui ka ruumilises mõttes. Et endine nähtus sel puhul esineb juba uute sisuliste komponentidega ja et eelesitatud *määrangu (131)* järgi siin on juba tegemist sootuks uue üksikjuhuga, siis see õigustabki vastavat endist üksikakti muundama või hoopis tühistama.

T e i s e k s on tarvilik kord lahendamisel olnud üksikjuhtu võtta veelkordsele käsitlemisele neil puhkudel, mil esialgne lahendus pole õiguskorra nõuete kohaselt suutnud täita oma normatiivset otstarvet. Kui esialgse lahendusega pole tuldud toime selle poolest, et ta pole saanud õiguspärane, siis on vaja võimaldada muuta see lahendus õiguspäraseks [531]. Niisuguseil juhtumeil ei tunnistata esialgset lahendust jõustunuks ja seega juriidiliselt veel mitte lõplikult saabunuks. Kehtima võib pää-

---

[530] *Rebus sic stantibus* printsiip on üldiselt tunnustatud kõigi riikide menetlusinstituudes. Ka e e s t i haldusmenetlusõigus sisaldab seda. Vt. RT 1936, 4, 25, § 91: „Käesolevas peatükis [mis käsitleb jõustunud aktide muutmist] sisalduvad eeskirjad ei võta ametiasutistelt õigust teha korraldusi vastavalt muutunud asjaoludele."

[531] Seegi võimalus on ette nähtud kõigis mais, kus haldusmenetlus on õiguslikult sätitud. Nn. *sätitud menetlusega maaks* on ka Eesti. Vt. *lex cit.*, § 81 jj.

seda vaid tema korrigeeriv õiguspärane lahendus sellekohase korduva üksikakti näol.

K o r r i g e e r i v a ü k s i k a k t i puhul on tõeliselt tegemist korduva juriidilise aktsiooniga ü h e ja s a m a üksikjuhu lahendamise katses. Korrigeeriv üksikakt võtab lahendusel olnud üksikjuhu täpsalt samas sisus ja samal kujul nagu ta esines oma esialgse lahenduse momendil. Järelikult on siin nõutav, et selline korrigeeriv akt kõrvaldaks kõik võimalikud uued ajalised ja ruumilised komponendid, mis on lisandunud senistele seetõttu, et lahendusel olnud üksiknähtus on vahepeal juba teisendunud ükskõik mille poolest. Korrigeeriv korduv lahendus võib käia üksnes e s i a l g s e üksikjuhu kohta. Seepärast, et viimast õiguspäraselt sättida, peab uues lahenduses esialgne üksikjuht r e k o n s t r u e e r i t a m a täpsalt samas sisus, nagu ta esines esialgse lahenduse hetkel.

On üksnes õiguskorra enese küsimus, mil loetakse uus olustik tekkinuks või endine m u u n d u n u k s ning mil sel eeldusel lubatakse senikehtinud üksikakti võtta ümberkorraldamisele. Samuti on seegi vaid õiguskorra asi, millistel puhkudel ja millistel eeldustel ning ulatuses ta lubab teatavaid akte võtta k o r r i g e e r i m i s e l e. Õiguskord võib üksikakte ja üksikjuhtusid kategoriseerida ning ühtede puhul korduvat lahendust võimaldada, teiste juhul seda aga keelata [532].

Uus üksikakt, olgu ta endise suhtes tühistav või muundav, asendab korrigeeritavat või ümberkorraldatavat täies ulatuses. Endine üksikakt ei jää püsima isegi mitte neil juhtumeil, mil, kui õiguskord seda üldse võimaldab, uus akt teda vaid selgitab, täiendab või parandab. Selgituste, täienduste või paranduste puhul, mis on tehtud iseseisva dokumentaalse aktina, viidatakse endisele aktile, mis sellise viite alusel siis kehtib juba uue iseseisva v i i t a v a akti sisuna, aga mitte enam endise aktina endises sisus. Neil korril tuleb vastava akti kehtimapääsemise tähtaega arvestada mitte vanast aktist, millist iseseisvana enam ei olelegi, vaid lisandakti teatavaks tegemise momendist, muidugi juhul, kui kehtiv õigus pole seda küsimust lahendanud teisiti.

---

[532] Vt. lähemalt *Teooria*, lk. 252 jj.

Iga üksikaktiga taotellakse kindlat sihti. See siht peab olema kokkukõlastatud õiguskorra üldiste tendentsidega ja vastava normistiku sellekohase erimääratlusega. Kas üksikakti autor on oma aktiga kehtivas õiguses määrateldud sihti taotelnud või on selle akti toimetanud sootuks k õ r v a l i s i l kaalutlusil, see nähtub üksnes samas aktis esitatud m o t i i v i s t i k u s t[533]. Ka nähtub motiivest, mille tõukel vastav akt kontsepeeriti, kas akti andmiseks vajalikku õ i g u s l i k k u a l u s t on õigesti käsitatud. Neil asjaoludel moodsad menetlusseadused tunnistavad motiivistiku üksikakti essentsiaalseks osiseks, nõudes tema märkimist rööbiti õigusliku aluse tähistamisega vastavas aktis eneses. Sel nõudel on erikordselt suur tähtsus kodaniku õ i g u s t e k a i t s e puhuks. Selle nõude täitmine võtab üksikakti autorilt tema vastu sihitud kaebuse korral võimaluse akti seadusvastast sisu t a g a n t j ä r e l e seletada seaduspäraseks ja ekslikult käsitatud õiguslikku alust tõlgendada õigesti mõistetuks ning oma tõelisi teomotiive varjata ja neid valgustada nii, nagu polekski nad olnud väärad.

(134) *Üksikaktid peavad olema sisult kokkukõlastatud üldaktidega*[534].

(135) *Madalamajõuline üksikakt peab olema kokkukõlastatud samasihilise kõrgemajõulise üksikaktiga*[535].

Nende väidete (134, 135) puhul on vaja mainida ka tõsiasja, et üksikaktid võivad teinekord jõustuda ka siis, kui nende siht ja sisu on ilmses vastuolus kõrgemajõulisis aktes väljenda-

---

[533] Vt. lähemalt *Teooria*, lk. 246 jj.

Vrd. D u g u i t, *op. cit.*, lk. 151: „Quoi qu'il en soit, le caractère de l'acte de volonté varie assurément en raison du but qui le détermine: l'acte peut être indifférent au droit, conforme au droit ou contraire au droit suivant le motif qui l'a déterminé." — Kahest ühesisulisest, igas suhtes õiguspärasest aktist üks võib olla täiesti kehtiv, teine aga täiesti tühine sel ainsal põhjusel, et tema motiiv polnud õige.

[534] Vrd. M o r e a u, *op. cit.*, lk. 16: „Le droit établit, en général, la supériorité de la règle sur l'application: tout acte d'application, privé ou public, administratif ou juridictionnel, doit s'appuyer sur une règle et lui être conforme."

(134) on riigiaktide sisulise kokkukõla üldseaduseks, mispärast ta ei puuduta üksikute õiguskordade võimalikke erandjuhtusid.

[535] Vrd. G o o d n o w, *op. cit.*, lk. 373 jj.

tud juriidilise tahtega. Ebaõiguspäraselt toimetatud aktide kehtimapääsemine on võimalik nimelt nn. *seadusjõusse kasvamise* teel. Viimane tähendab seda, et kõrgemajõuliste aktidega vastuolus olev üksikakt saab teatavail eeldusil ja nimelt tema korrigeerimiseks ettenähtud tähtaja möödumisel s a m a jõu, millist evib too kõrgemajõuline aktki, kusjuures sedaviisi jõustunud üksikakt suhtub vastuolulisse kõrgemajõulisse akti nagu *lex specialis lex generalis*'esse. See tähendab, et sääraseil *„seadusvastasuse"* korril omistatakse ebaõiguspärasele aktile võime muuta enesest kõrgemajõulise akti norme. Niiviisi on juriidiliselt endine vastuolu kaotatud ja kaetud ebaõiguspäraste aktide normaalse õiguspärase jõustumisega.

Kõik üksikaktidega loodavad normid on s a n k t s i o n e e r i t u d sellekohaste üldnormidega, mis tavaliselt määratlevad *blanketsete* [536] sanktsioonidena kriminaal- ja distsiplinaarkaristusi ning politseilisi trahve nii kodanikele kui ka avalikele teenistujaile. Üksikaktide parimaks sanktsiooniks on osutunud tsiviilalal tsiviilkohtu ja haldusalal halduskohtu sundvahendid kõigil neil juhtudel, mil puudub vajalik kriminaal-, distsiplinaar- või politseiline erisanktsioon.

IV. LEGISLATIIV- JA EKSEKUTIIVFUNKTSIOONI SUHE.

Väide (134), mille kohaselt üksikaktid peavad olema kokkukõlastatud üldaktidega, tähendab seda, et iga eksekutiivakt on ikka mõne legislatiivakti r a k e n d u s v a h e n d i k s. Eksekutiivselt loodavad normid k o n k r e t i s e e r i v a d alati legislatiivselt loodud norme. Viimased tähistavad üldjuhtusid, mis on õiguslikus elus registreeritamatult arvukalt esineda võivad, üldiste tunnuste varal märgitavad nähtused. Neid v õ i m a l i k k e arvutuid nähtusi võimaliku ühekordse esinemise korral lahendabki eksekutiivakt registreerivalt. Juhud, mis lahendatakse eksekutiivaktiga, peavad paratamatult sisalduma juhtudes, mis on üldkontseptsioonina määrateldud legislatiivaktis.

---

[536] Vt. B a t t a g l i, *op. cit.*, lk. 226 jj.

Väljend: *Liikuvalt sõidukilt hüppamine on keelatud kriminaalseaduse 122. §-s ettenähtud karistuse ähvardusel* on üldakti norm, sest seal käsitellakse *liikuvalt sõidukilt hüppamist* üldjuhuna [537]. Mainitud normi sisaldavas aktis *liikuvalt sõidukilt hüppamine* on mõeldud üldkontseptsioonina kõigi tulevikus toimuvate sellelaadsete tegude jaoks, kusjuures pole sugugi tähtis, kas ja millal ning kuidas see tegu toimus. Võib-olla keegi ei söanda hüpata liikuvalt sõidukilt, võib-olla juhtub seda tulevikus siiski sageli. Igatahes pole võimalust ennustada, palju selliseid juhtumeid võiks esineda. Kui aga kodanik tõeliselt hüppaks sõidukilt, siis selline tegu on juba registreeritav üksikjuhtum, mis lahendatakse sellekohases trahviaktis. Viimane on kahtlemata üksikakt, sest temas käsitellakse kordumatut üksiksündmust — teatava kodaniku keelatud hüppamist teatavast sõidukist teatavas kohas ja teataval kellaajal. Peaks sama kodanik kunagi veel kordama sama tegu, siis seegi oleks k o r d u m a t u registreeritav üksikjuhtum, erinedes esimesest teost vähemalt ajaliselt [538].

Olgu siin üldakti ja üksikakti vaheteo mõttes veelkordselt rõhutatud, et küsimus sellest, kas käsiteldav juhtum esineb seoses ühe või mitme isikuga, ei ole üksikakti ega üksikjuhu mõistele sugugi oluline, küll aga üldakti ja üldjuhu mõistele. Üldakt puutub alati põhimõtteliselt p a l j u d e s s e isikutesse, üksikakt aga tavaliselt, kuigi mitte alati, ü k s i k u i s s e nimeliselt

---

[537] Vt. K l i i m a n n, *Haldusprotsess*, Tartu 1937, lk. 23.

[538] Vrd. D u g u i t, *op. cit.*, II, lk. 145: „Deux exemples très simples feront comprendre les différences entre une disposition individuelle et concrète d'une part et une disposition générale et abstraite d'autre part. L'Etat décide qu'une récompense sera donnée à tel citoyen qui a rendu des services éminents à la patrie: disposition individuelle et concrète qui vise un cas et une personne déterminés et qui disparaît, comme épuisée, quand elle a été appliquée, parce que le but poursuivi est réalisé. Au contraire, l'Etat décide que toute personne qui a commis tel fait sera punie de telle peine: disposition par voie générale et abstraite. En établissant cette règle, l'Etat n'a pas eu en vue telle ou telle personne se trouvant à un moment donné dans une situation concrète déterminée, mais l'intérêt social, pris en soi et d'une manière abstraite; cette disposition, ayant été appliquée une première fois, restera intacte dans sa force et s'appliquera, tant qu'elle ne sera pas abrogée, toutes les fois que se produira un fait réunissant les conditions qu'elle prévoit."

mainitavaisse isikuisse. Olulist vahet tuleb otsida ja leida sellest, kas juhtumid, mis leiavad ühes või teises aktiliigis käsitlemist, on määrateldud sõltuvalt või sõltumatult ajast ja ruumist, on loendatavad, registreeritavad ja ses mõttes sisult konkreetsed ja individuaalsed ning enamasti ka personaalsed, või loendatamatud, registreeritamatud, ja ses mõttes sisult abstraktsed ja generaalsed ning alati impersonaalsed. Selgituseks analüüsitagu sillale kinnitatud plakatit tekstiga: *Liikuda paremat kätt,* ning võrdlevalt sellega käsiteldagu ka tänavaliiklemist juhtiva politseiniku žesti, mis on tehtud sõidukite peatamise märgiks. On selge, et plakati kiri adresseerub kõigile, kes sel hetkel sammuvad üle silla või suvatsevad seda teha tulevikus. Aga samuti on selge, et ka politseiniku žest adresseerub kõigile, kes sel hetkel on juba saabunud politseiniku asukohale või kes veel seks hetkeks parajasti saabuvad. Kuid sellest suurest sarnasusest hoolimata on kummalgi juhtumil tegemist sootuks eriliiki aktiga. Sillaplakat esineb oma sisult üldaktina, politseiniku žest aga üksikaktina. Sillaplakat on sisult kahtlemata impersonaalne, abstraktne ja generaalne. Politseiniku žest, vaatamata oma impersonaalsusele, aga lahendab ajas ja ruumis kordumatu konkreetse ja individuaalse üksiksündmuse [539].

Nagu kõigest eelseletatust nähtub, legislatiiv- ja eksekutiivfunktsiooni mõistelist vahekorda tuleb määrata üksnes üldjuhtude ja üksikjuhtude teoreetiliste kontseptsioonide abil (106, 130). Viimaseist tuleb ühtesid määratella sõltumatult, teisi sõltuvalt vastavaist ajalisist ja ruumilisist tunnuseist (107, 131). Neisse süvenemiseks pole mingeid raskusi, kui hoiduda tekitamast kujutlust üldjuhust kui mingist ajatust ja ruumitust ning üksikjuhust kui mingist ajas ja ruumis toimuvast. Juba *ajatuse* mõiste tähendab aega ja *ruumituse* mõiste ruumi. Ja selge on, et väljaspool aega ja ruumi ei olele midagi. Õigusnormi ülesandeks on sättida käitumist. Sisutu ja ühtlasi ka pinnatu oleks aga kujutlus käitumisest, mis poleks seotud ajaga või ruumiga. Kogu õiguslik elu toimub ju ajas ja ruumis.

---

[539] Vt. Kliimann, *op. cit.*, lk. 24.

Ülemal esildatud mõistemäärangute (106, 107, 130, 131) suhtes kahtluste hajutamiseks nenditagu siin seda vaieldamatut tõsiasja, et iga õigusnormi kehtivus määratakse, e s i t e k s, ajaliselt. A j a l i s e l t määratakse iga õigusnormi jõustumise moment. Ajaliselt saadakse määrata ja sageli ka määratakse tema tühistumise või muundumise moment. Ajavahemik määrab normi kehteea, aeg loob ja kustutab õigustusi ja kohustusi. Meenutatagu vaid isiku nn. *teovõimet* määravat aega ning *õiguskaitse* otstarbel seatud tähtaegu, et mõista, millist osa etendab aeg õiguslikus elus.

T e i s e k s määratakse iga õigusnormi kehtivust samuti ka r u u m i l i s e l t. Ühtede normide kehtivus ulatub üle riigi maa-ala, teiste kehtivus aga ainult üle mõne ringkonna ala. Ühed kehtivad ainult üksikuis osariiges, teised aga ainult mõnes provintsis või ainult ühes kogukonnas.

Sääraste nendingute man ei tohi aga unuda see, et üldnormide k e h t i v u s e tähistamine ajaliste ja ruumiliste momentide abil on sootuks midagi muud, kui normi s i s u määramine üldiste tunnuste varal, mis ei sõltu neist ajalisist ja ruumilisist momentidest. On täiesti erinevad asjad n o r m i k e h t i v u s e m ä ä r a m i n e aja ja ruumi dimensioonide kaudu ning n o r m i s i s u s t a m i n e üldjuhu kontsepeerimise teel. Üldnormi graafilises kujutuses aeg ja ruum tähistavad neid normatiivseid punkte, mille vahele see üldnorm paigutub. Nende sisutute punktide vahele asetatud normi sisalduseks on üldjuht, mingi juhtum, mis määratakse põhimõtteliselt ilma ajaliste ja ruumiliste koordinaatideta. Aja ja ruumi momentidest abstraheerimatult esinevad juhud on juba üksikjuhud [540].

---

[540] Vrd. D u g u i t, *op. cit.*, II, lk. 154: „Quelques auteurs, qui admettent que le caractère de généralité est essentiel à la loi, pensent que cela implique que, pour qu'une décision soit loi, elle doit être portée pour une période de temps indéterminée, qu'une décision, même par voie générale, portée pour une période de temps fixée d'avance, ne serait point une loi au sens matériel.

Je crois qu'une décision par voie générale reste une décision par voie générale et, par conséquent, une loi matérielle, bien que portée pour une période de temps déterminée d'avance, à la condition, bien entendu, que cette limitation de temps n'ait pas pour but véritable de restreindre l'application de la loi à une espèce unique ou à une personne déterminée, auquel cas la disposition n'aurait certainement pas le caractère de généralité."

Jätkuvalt nenditagu veelkordselt, et üldjuht kui arvutute nähtuste üldkontseptsioon sisaldab kõigile neile reaalnähtustele ühist ja üldist, kuna aga üksikjuhud tähistavad alati ühekordset ja ainulaadset. Säärase nendingu puhul võiks kahtlejail kohe tõusetuda küsimus, kas, näiteks, teatava õiguskorra riigipea institutsioon pole midagi ainulaadset, konkreetset ja individuaalset ning kas need normid, mis selle institutsiooni moodustavad, ei käi mitte ühe ja sama konkreetse isiku, ainulaadse ja individuaalse riigipea, näiteks, Eesti riigipea kohta. Siingi ärgu taas unugu, et ka kõik seda laadi üldnormid sisaldavad üksnes üldjuhtusid. Riigipea kui normiisik ja institutsiooni moodustavate normistikkude keskpunkt on neis normides ise ka käsitatav üldjuhuna, s. o. üldise nähtusena mõistetav. Riigipeana ei võeta neis mitte mõnd riigipeaametis olevat nimeliselt mainitavat inimisikut, vaid kõiki neid inimisikuid, kes vastavad põhikorraõiguslikule *riigipeamõistele*, s. o. kes juba olid, kes on praegu ja kes veel saavad tulevikus ses ametis olema. Neis riigipea on *üldkontseptsioon* kõigile ametisolevaile riigipea ameti pidajaile [541]. Ka kõigi teiste normide sisaldus ses institutsioonis pole määratletud ajaliselt ja ruumiliselt. Kuigi iga institutsioon on midagi individuaalset ja ainulaadset, tema normid on siiski *generaalsed* ja sisaldavad vaid üldjuhtusid [542].

Üldnormide ja üldjuhtude ning üksiknormide ja üksikjuhtude vaheteos võib veel üks küsimus tõusetada kahtlusi. Nenditagu, et mõningad üldnormid sätivad teatavat tegeliku elu ainulaadset olustikku, mille möödumisel või muutumisel nad tühistuvad automaatselt. Siin meenutatagu näitena mingi *üleminekuaja* kohta käivaid normistikke või *sõja-* ja *kaitseseisukorras* antud normistikke. Tähendatagu, et mitte

---

[541] Vrd. Jèze, *op. cit.*, I, lk. 11: „Les pouvoirs juridiques dont est investi le *chef de l'Exécutif, le Président de la République*, sont les mêmes quel que soit l'individu investi de la fonction présidentielle: ils ne sont pas organisés pour le président X. Ce sont les pouvoirs qu'exerceront successivement tous les Présidents qui se succéderont. Ce sont donc des pouvoirs *généraux, impersonnels, objectifs*. Ce sont de situations juridiques *générales, impersonnelles, objectives*."

[542] Vrd. ka Duguit, *op. cit.*, II, lk. 155 j., seletust annuaalsete maksuseaduste kohta.

vastav ainulaadne olustik pole sellekohaste normide sisalduseks, vaid üksnes ses ainulaadses olustikus toimuv. See aga ei muuda vastavaid norme üksiknormeks, sest see toimuv on neis määrateldav ikka üldjuhtude näol. Olustik ise aga ei tulegi vastavate normistikkude sisusse, tähistades normatiivselt vaid neid ajalisi punkte, mille vahemaal need normistikud kehtivad. Ses ainulaadses, ajaliselt ja ruumiliselt piiritatud olustikus aga ainulaadselt, ühekordselt toimuv on juba üksikaktide ja -normide sisuks sellekohaste üksikjuhtude näol.

Kõigest eelseletatust nähtub, et küsimus sellest, kuhu tõmmata piirid legislatiiv- ja eksekutiivfunktsiooni vahele, pole mitte positiivõiguslik dogmaatiline, vaid üksnes puhteoreetiline probleem. Teoreetilised on niihästi vastavad funktsioonide mõisted kui ka nende teostamisvahendite — *üksikaktide* ja *üldaktide*, viimaste sisalduste — *üksik-* ja *üldjuhtude* ning neid sättivate normide — *üksik-* ja *üldnormide* määrangud.

Olles esildanud legislatiiv- ja eksekutiivfunktsiooni kontseptsioonid, iseloomustanud neid üksikult ja selgitanud nende mõistelist vahekorda, asutakse jätkuvalt eksekutiivfunktsiooni liigitamisele. Et selle alafunktsiooneks on ka tripartiitses klassifikatsioonis esinevad haldus ja kohus, siis tulevad vastava vaheteo selgitamiseks literaarkriitilisele vaatlemisele ka sellekohased käibivad vaadendid.

§ 9. Administratiiv- ja jurisdiktsiooniline funktsioon.

I. ADMINISTRATIIV- JA JURISDIKTSIOONILISE FUNKTSIOONI MÄÄRATLUSE KATSEID.

Administratiiv- ehk haldus- ja jurisdiktsioonilist ehk kohtufunktsiooni käsitlevate vaadendite teaduslik tase on tunduvalt madalam [543] legislatiiv- ja eksekutiivfunktsiooni selgitavate omast. Siin on küsimuse teaduslikku seisu

---

[543] Eriti kesist taset osutavad üldiselt inglise juristide käsitlused. Vahest pisut paremad, vähemalt kirjandusliku eruditsiooni poolest, on ameerika autorite omad. Dicey arusaamatuste mõjustusel olid nad vii-

tugevasti mõjustanud vastavate autorite poliitiline meelsus. Eriti halduse olemuse määratluse katseis esildub suisa kavaldamatult ühiskondlikke ajatendentse ja režiimipoliitilisi kaalutlusi.

Tuntumaiks ideoloogitsevaiks vaadendeiks on siin nn. *suvangu-, kasu- ja vahenditeooria,* aga sagedamini siiski nende mitmesugused kombineeringud [544].

---

mase ajani koguni arvamusel, et neil haldusõigust polegi. Ja milleks siis olematu asja uurimused! — Vrd. G o o d n o w, *op. cit.*, lk. 1: „In England, however, as well as in the United States, administrative law has been generally ignored as a branch of legal study except by those authors who have been subjected directly to the influences of continental thought. Some English writers, as, *e. g.*, Mr. A. V. Dicey, even deny the possibility of its existence. This general failure on the part of English writers to recognize the existence of administrative law is due to the fact that legal classification has never seemed to them to be of any importance. As Holland points out, except as it has been deduced from the theory of feudal tenure, the classification of English law" is little more than acollection of isolated rules strung together, if at all, only by some slender thread of analogy.

The denial of the possibility of the existence of administrative law in countries having the English system of law which is made by Mr. Dicey, is, however, due to a misconception."

Op. cit., lk. 3: „It may therefore be said with perfect safety that administrative law, using the words in their proper sense, does and must exist in all countries which have attained any political development worthy of the name."

Vrd. ka J è z e, *op. cit.*, I, lk. 1, *nota* 1: „Mon savant ami le professeur D i c e y affirme qu'il n'y a pas, en Angleterre, de droit administratif... Cette étonnante proposition tient à la signification très étroite que le professeur Dicey donne à l'expression „droit administratif". Sur la foi de Tocqueville, le prof. Dicey a longtemps cru que „droit administratif" signifiait *arbitraire administratif*..." — Ja samas lisab: „En Angleterre, comme dans tous les pays civilisés, ces règles spéciales existent; *il n'est pas possible qu'elles n'existent pas.*"

[544] Siin käsitellakse vaid nn. p o s i t i i v s e i d määratluskatseid, mis esilduvad kaasaegses kirjanduses ning cvivad teatavat aktuaalsust. Millise valiku sellekohaseist vaadendeist esitavad inglased, selle näiteks olgu P o r t, *op. cit.*, lk. 94: „Another distinguishing mark of the administrative function is its practical continuity of action. Parliament may be prorogued or dissolved, but the actual business of the State cannot come to a standstill. The sitting of the Courts also is restricted to the Law Terms, but at no time can either the political or the non-political executive say that administration shall be at a standstill, even for a day."

S u v a n g u - ehk *diskretsiooniteooria* kohaselt liigitatakse riigi eksekutiivtegevust selle järgi, kas selle tegevuse s i h t või t a o t l u s v a h e n d i d või need mõlemad on kehtivas õiguses jäetud määratlemata või on seal koguni üksikasjaliselt sätitud. Kui siht ja vahendid on kehtivas õiguses ette nähtud ning konkreetsel kujul määrateldud, siis vastavat tegevust harrastajad teotsevad seotult ehk s u v a t u l t. Pole tegevussuund või teotsemisviis leidnud õiguslikku määratlust, siis on teotsejad õigustatud i s e oma tegevust vabalt suunitlema ja ka sellekohaseid taotlusvahendeid valima. Sel korral teotsetakse vabalt ehk s u v a l i s e l t ja vastavat õigustust sääraseks teotsemiseks nimetatakse s u v a õ i g u s e k s ehk lihtsalt s u v a k s.

Suvanguteooria järgi h a l d u s e k s nimetatakse säärast eksekutiivfunktsiooni eriharu, mida teostatakse suvaliselt ehk suvaõiguse alusel, kuna k o h t u f u n k t s i o o n i k s nimetatakse õiguskorra säärast põhifunktsiooni, mida teostatakse suvatult, s. o. juba jõustunud normistikkude alusel [545]. Nende määrangute tuumaks on nähtavasti see mõte, et halduse vald-

---

Kaasaja teadusliku tasemeni küündivaiks ei peeta nn. n e g a t i i v s e i d määratluskatseid. Nende kohta vt. arvustavalt *Teooria*, lk. 116 jj.

[545] Vrd. F o r t i, *op. cit.*, I, lk. 17: „Quando voi vedete per es. che il giudice può liberamente provvedere, poniamo, in materia di divisione di cose comuni o di eredità o in materia di accertamento di danni, o, comunque, decidere secondo *l'equità*, bisogna riconoscere che indubbiamente ci si allontana dalla forma tipica della funzione giurisdizionale, perchè non c'è qui la norma precisa da applicare. Ma sono questi gli inevitabili collegamenti, le inevitabili „zone grigie" tra le due forme di attività, richieste dalle esigenze pratiche della vita giuridica; e sono in ogni caso momenti secondari di quella che tipicamente è l'attività giurisdizionale. E non vi parlo della cosi detta giurisdizione volontaria, che, come abbiamo già detto, non è funzione giurisdizionale.

Invece nella funzione amministrativa noi vediamo che il primo momento dell'attività stessa è... un apprezzamento, che l'organo amministrativo compie circa l'opportunità dell'applicazione di quella determinata norma giuridica. Apprezzamento in tutto simile a quello che compie il privato individuo... Un tale apprezzamento, che compiono tanto la pubblica amministrazione quanto il privato nell'esercizio, rispettivamente, dell'attività amministrativa e dell'attivatà privata è, invece, manifestamente estraneo alla funzione giurisdizionale." Aga vrd. ka *infra*, *nota* 553.

konnas harrastatavat tegevust teotsejad normeerivad ise, kuna aga kohus ei loo ise mingeid normistikke, sest et ta vaid rakendab valmis norme vaieldavate õigusjuhtude puhuks. Sääraste väidete tõestamiseks tavatsetakse näidetena esitada halduse kõrgemate teenistujate ja asutiste tegevust, eriti riigipea, riigivalitsuse ja ministrite ülesandeid, aga ka diplomaatilist ning sõjategevust, mida pole võimalik õiguslikult ette määrata ega normatiivselt suunitella.

Suva mõiste evib kahtlemata teatavat tähtsust normatiivseski käsitluses. Kuid tema käsitamisel ei tohi unuda, et ta on siin siiski väga suhtelise väärtusega. Nimelt on lubamatu mõista suva absoluutselt vaba tegevusena, s. o. tegevusena, mis oleks jäetud täiesti normeerimata ja mille suhtes ükski õigusnorm poleks mõõtuandev. Moodsas õiguslikus elus on kujuteldamatu säärane isik, avalik teenistuja või asutis, kelle tegevus poleks normeeritud. Ka kaugemas minevikus, riikide tekkimise päevil pole olnud õiguslikult sättimata tegevust. Kui mingisihilisel käitumisel puudub täielikult seos õiguskorraga, siis ta kvalifitseeritakse omavoliks või vägivallaks. Nii üks kui ka teine neist on igal ajastul olnud alati keelatud ja karistatav. Kui haldus tähendaks absoluutselt vaba tegevust, siis asuks ta väljaspool õiguskorda. Mis asub väljaspool õiguskorda, see on juristi silmis metajuriidiline sfäär, mida õiguslikult ei saa üldse mitte käsitella [546].

Nagu pole absoluutselt suvalist tegevust, nii pole samuti ka absoluutselt suvatut tegevust. Seepärast tänapäeva suvanguteooria pooldajad käsitavadki suvalisust suhtelise kategooriana. Moodsad juristid mõistavad suvana üksnes õigustust teotsemise sihi ja vahendite või ainult vahendite valimiseks, sest tegevuse siht on vähemalt õigusriiges tavaliselt ikka juba üldiselt determineeritud. Ent ka sellises suhtelises sisustuses suva mõiste ei saa olla halduse ja kohtu tegevuse vastastikuse piiritamise aluseks [547].

Nimelt on halduse valdkonnas lugu nii, et väga arvukail juhtumeil vastavad avalikud teenistujad on kohustatud

---

[546] Vt. lähemalt *Teooria*, lk. 222 jj.

[547] Vrd. *Teooria*, lk. 59 j. — Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Berlin 1929, lk. 29 jj. — Ferraris, *op. cit.*, I, lk. 223 jj.

teotsema nii, nagu seda on määranud seadus ja nõudnud kodanik, aga mitte toimima oma subjektiivse maailmavaate ja juriidilise sisetunde järgi. Kui, näiteks, kodanik tahaks asuda konstitutsioonilises õiguses kindlustatud põhiõigusi kasustama ja pöördub sellekohase loa saamiseks politsei poole, siis ei või viimane keelduda vastava loa andmisest. Teatava eluea ületanud kodanik tuleb arvata sunduslikku sõjaväeteenistusse, kui ta on komisjonaalselt tunnistatud teenistuskõlvuliseks. Vastava eluaasta ületanud alaealisele peab haldus soovi korral andma isikutunnistuse. Avalikele teenistujaile tuleb maksta palka, jne. Sellest nähtub, et haldusvaldkonnas teotsetakse ka suvatult.

Teiselt poolt olgu nenditud, et ka kohtu alal on sageli tegemist suvalise teotsemisega. Näiteks halduskohtunik, kes teotseb nagu teadlane nn. *uurimisprintsiibil,* võib suvaliselt määrata paigavaatlusi, suvaliselt küsitella või küsitlemata jätta tunnistajaid, suvaliselt pärida oskurite arvamusi, hinnata asitõendeid jne. Kriminaalkohtunik määrab suvaliselt karistusi kehtivas õiguses osutatud amplituudi piires. Ka tsiviilkohtunik teotseb sageli suvaliselt, kuigi enam seotult kui esimesed. Sellest nähtub, et ka kohtu valdkonnas teotsetakse suvaliselt, aga mitte üksnes suvatult [548].

Arvamus, mille järgi ainult haldus teotsedes ühtlasi ka normeerivat seda teotsemist, on väär ning tingitud vastavate autorite vähesest orienteerumisest kohtukorra küsimusis. Kõnelemata inglise õiguskorrast, kus kohtunik on õigustatud õige

---

[548] Vrd. Fritz Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts,* Tübingen 1928, lk. 6: „Um die Verwaltung von den übrigen staatlichen Funktionen durch ein positives Merkmal zu unterscheiden, hat man deshalb bis in die neuere Zeit die Behauptung aufgestellt, zum Gebiete der Verwaltung gehörten alle jene Angelegenheiten, die nicht nach festen Rechtsnormen, sondern nach dem freien Ermessen der Behörde zu erledigen seien. Auf diese Weise ist man dazu gekommen, das „freie Ermessen" als Lebenselement der Verwaltung zu bezeichnen und die Verwaltung als das direkte Gegenstück der an das Gesetz gebundenen Justiz hinzustellen. Diese Ansicht beruht auf Irrtum. Sie verkennt, dass in der Gegenwart... das Gesetz nicht bloss für die vollziehende, sondern auch für die regierende Verwaltung Schranke ist... Soweit die Verwaltungsbehörden an Rechtsregeln gebunden sind, stehen sie dem Gesetz nicht anders gegenüber als die Gerichte."

avarais raames looma õigust, leidub kõigis riiges kohtukorra normistikes delegatsiooninorm, mis kohtunikku kohustab looma uut õigust juhul, kui vastava vaidlusküsimuse lahendamiseks puudub valmis üldnorm tema subsumeerimiseks [549].

Et absoluutselt suvatut tegevust pole üldse olemas ja et suvaline teotsemine avaldub kõikjal, siis ei saa ka suvanguteooriat, mis haldust ja kohut tahab teineteisest eraldada suvalisuse momendi alusel, tunnistada paikapidavaks [550].

Suvanguteooriaga palju ühist evib ebamääraselt sisustatud ja veelgi ebamäärasemalt põhjendatud huvi-, õigemini kasuteooria [551]. Selle vaadendi pooldajad tavatsevad haldust eraldada kohtust selle järgi, kas vastava funktsiooni teostamisel peetakse silmas üldsuse, riigi ja rahva kasusid või mitte. Sellekohaselt haldus tähendab säärast funktsiooni, mille teostamisel kaitstakse või hoolitsetakse üldsuse huvide eest, kuna aga kohus tähendab tegevust, mida arendatakse hoolimata üldsuse kasudest või mille teostamisel peetakse silmas üksnes kodanikkude huvide kaitset. Halduse sihiks olevat olla valvel üldsuse hüvangu eest. Kohus aga pidavat langetama oma otsuse küsimata, kas üldsuse huve sellega riivatakse või

---

[549] Vt. *infra, nota* 553. — Vrd. Merkl, *op. cit.*, lk. 30: „Den Richter sich als Gesetzesautomaten, das Verwaltungsorgan als eine Art zweiten Gesetzgeber, der souverän den Inhalt der Verwaltungshandlungen bestimmt, sich vorzustellen, was in den Anfängen des Rechtsstaates eine beliebte Vorstellung war, fällt gegenwärtig niemandem mehr ernstlich ein."

[550] Nii ka Merkl, *op. cit.*, lk. 142: „Alle Versuche, die Verwaltung von anderen Staatsfunktionen in bezug auf die Ermessensfrage grundsätzlich zu unterscheiden, insbesondere zwischen dem Verwaltungsermessen und dem richterlichen Ermessen einen Wesensunterschied zu entdecken, sind jedoch notwendig verfehlt."

[551] Ehk oleks siin parem *sihiteooria.* Ent *siht* on ekvivokatsioon, tähendades kord taoteldavat eesmärki, kord suundamääravat tähist, kord taas teotsemisprintsiipi või -juhist jne. Ekvivokatiivne sihiteooria sobib seepärast isegi järgmisena käsiteldava *vahenditeooria* tähistamiseks. *Pro kasuteooriad* ütlevad prantslased igatahes *les doctrines fondées sur l'idée de but.*

mitte [552], sest tema sihiks on ennistada rikutud õigusi kokkukõlas õiguskorra sellekohaste nõuetega [553].

Säärase üllatavalt pealiskaudse vaheteo man on jäetud hoopis arvestamata, et haldus nagu kohuski, eriti aga õigusriiklik haldus, on igal sammul seotud kehtiva õiguse sätetega. Isegi avaraimaraamiliselt mõistetava suvalise teotsemise aladel halduse toimingud nagu kohtugi omad peavad olema kokkukõlastatud kehtiva õiguse üldiste põhimõtetega. Ka üldsuse huvid ja riigi kasud, mille eest haldus peab hoolitsema ja mida ta peab kaitsema, ei saa olla mingid metajuriidiliselt käsitatavad hüvised, vaid üksnes sellised kasud, mida õiguskord tunnustab [554]. Kui avalikud teenistujad peaksid seadma

---

[552] Vt. Fleiner, *op. cit.*, lk. 7: „Die Justiz hat durch ihre Urteile festzustellen, was nach dem geltenden Gesetze Rechtens ist, unbekümmert darum, welche Folgen daraus für den Staat und die Betroffenen entstehen. Die Verwaltung dagegen hat das Gemeinwohl zu fördern, Nützliches zu schaffen. Der Verwaltung Lebenselement ist das Handeln, das aktive Eingreifen, das unmittelbare Herbeiführen eines bestimmten materiellen Erfolges. Ihre Richtschnur ist die Zweckmässigkeit und Nützlichkeit."

[553] Vt. Forti, *op. cit.*, I, lk. 17: „Ciò si riprova anche considerando più da vicino la natura dell'attività giurisdizionale. L'organo di giurisdizione applica il diritto con procedimento logico, che riproduce lo schema e anche quel carattere, direi, di necessità che è proprio del sillogismo. Un sillogismo, cioè, in cui, come sapete, la premessa maggiore è la norma di diritto, la minore è la situazione di fatto, la conseguenza è la pronuncia giurisdizionale, la sentenza. Carattere di necessità, vi dicevo, in quanto il giudice non può fare altro che ricavare la conseguenza che implicitamente si trova racchiusa in quella premessa, sicchè esorbita completamente dalla funzione del giudice qualsiasi apprezzamento sulla opportunità, sulla utilità pratica del giudizio che egli sta per formulare per l'attuazione della legge. Non solo, ma di regola la volontà della legge è precisa ed è sottratto al giudice ogni altro apprezzamento discrezionale; e in quanto il magistrato possa eccezionalmente fare tali apprezzamenti, si hanno in sostanza delle piccole deviazioni della funzione tipica della giurisdizione, la quale insensibilmente ripiega verso l'attività amministrativa."

[554] Vrd. Merkl, *op. cit.*, lk. 24: „Der wirkliche Sachverhalt ist der, dass sowohl die Justiz als auch die Verwaltung ... öffentlichen Interessen dienen. Es ist ganz willkürlich, im Falle der Justiz nur die Verwirklichung des Rechts in Betracht zu ziehen und von den mit dem Rechte verfolgten Interessen abzusehen, im Falle der Verwaltung hingegen den

sihte ja taotlema kasusid, mis õiguskorra normistikes on tunnistatud lubamatuiks, siis nad vastutavad keelatud tegevuse pärast kriminaalkohtulikult ja distsiplinaarselt. Kui õigus streikida on põhiseaduslikult kindlustatud, siis, hoolimata sellest, et streikimine on faktiliselt riigile väga kahjulik, haldus peab teda tunnistama normatiivselt kasulikuks ning streigi teostamise huvides püstitatud streigiposte tarbe korral isegi kaitsema. Sellest nähtub, et üldsuse huvide taotlemisel ja kasude kaitsemisel haldus nagu kohuski peab oma tegevuse kokkukõlastama õiguskorra normistikkudega.

Tõsi on, et puhtsuvalise teotsemise aladel haldus võib küsida ja peabki sellekohaste sätete raamides küsima, kas tema kavatsetud toimingud on otstarbekad ja kasulikud või mitte. Kuid oleks väär arvata, et neil korril ta peaks lähtuma üksnes riigi huvidest ja kasudest, jättes täiesti arvestamata kodaniku huvisfääri. Isegi sääraseil juhtumeil, nagu riigi või kogukonna võlgade sunniviisilisel laekamisel ja avalikkude maksude määramisel, on juhtivad ametnikud kohustatud silmas pidama ka üksikute kodanikkude erahuvisid. Teisiti pole see õiguslikult üldse mitte mõeldavgi. Vastasel korral poleks ju üldsuse kasude arvestamisel enam mingeid õiguslikke piire, ruineeruks kodanikkond ning õiguskorra asemel pääseksid valitsema omavoli ja vägivald.

Teiselt poolt ei saa ka kohtu suhtes seda väita, et ta langetab oma otsuse, hoolimata kellegi kasust, eriti aga üldsuse kasust. Otsegu teotseksid *kriminaalkohtud* üksnes kodanikkude huvides, karistades neid vabadusevõtuga, õiguste ahendamisega, aupahedega, teovõime piiramisega või koguni surmaga. Karistustega välditakse ju sotsiaalkahjulikku käitumist, kasvatatakse rahvast, kindlustatakse julgeolu ja rahu, kõrvaldatakse sotsiaalkahjurid, ennistatakse rikutud korda ja õigusi, s. o. teotsetakse üldsuse huvides ja taotellakse üldsuse kasusid. *Halduskohtud,* samuti ka *põhikorra-*

Blick auf die mittels des Rechtes verfolgten Interessen zu beschränken und von dem dazwischenliegenden Rechte, das diesen Interessen dient, abzusehen. Nichts natürlicher, als dass sich Unterschiede herausstellen, wenn man die Justiz mit den Augen des Juristen, die Verwaltung hingegen mit denen des Politikers u. dgl., jedenfalls eines Nichtjuristen betrachtet."

kohtud ei teotse üksnes üksikute kodanikkude huvides, vaid samal määral ka avalikkuse huvides, eriti avaliku halduse enesegi huvides, olles õiguskorra teenistusse rakendatavaiks tegureiks. Kohus pole ainult kodanikkude õiguste, huvide ja kasude kaitseks, vaid ühtlasi ka ametnikkude, asutiste, kogukonna, huvikonna ja riigi hüviste kaitseks.

Et nii haldus kui ka kohus on mõlemad ühtviisi seotud kehtiva õiguse sätetega ja et nii üldsuse kui ka kodanikkude kasud on õiguslikult määrateldud, siis ei iseloomusta kasutaotlemise moment küllaldaselt haldust ega kohut. Sellest väitest piisab kasuteooria kummutamiseks [555].

Kasuteooriast veelgi sisukehvem on nn. vahenditeooria. Tema järgi tavatsetakse haldust määratella funktsioonina, mille teostamisel kasustatakse õiguskorda *vahendina*, kuna kohtuna mõistetakse funktsiooni, mille teostamisel õiguskord on *sihiks*. Nende erikordselt ebaselgete ja pealiskaudsete määrangutega tekitatakse arvamus, nagu oleks üksnes kohtu ülesandeks hoolitseda õiguskorra säilitamise ja õige arendamise eest, kuna aga halduse mureks ei tarvitse see olla. Vahendi ja sihi momentide esildamisega tahetakse aga tõeliselt väita, et haldus arendab oma tegevust sellel õiguslikul alusel, mille rikkumatuse eest peab olema valvel kohus. Teooria tuum sisaldub järelikult selles nendingus, et haldus nagu kodanikudki püstitavad oma sihte vabalt ning taotlevad neid kehtiva õiguse alusel. Nii ongi õiguskord neile sihitaotluse vahendiks. Kohtu ülesandeks aga on sundida haldust nagu kodanikkegi teotsema üksnes õiguskorra alusel, tunnistades nende õigusvastased toimingud tühiseks või nende puhul neid karistades ja trahvides ning ennistades rikutud korda. Nii ongi õiguskord selleks lõppsihiks, mille taotlemiseks olgu suunatud kohtutegevus.

On selge, et säärane määratluskatse ei defineeri ühegi tunnuse varal halduse ja kohtu vahekorda. Kui võttagi õigeks, nagu oleks kõik halduse suhtes väidetu tõele vastav, siis ei saa ometi rahulduda kohtu iseloomustusega. Tundub, et kohtu suhtes on jäetud miski ütlemata ja nimelt milliste vahenditega tema oma

---

[555] Vrd. ka Duguit, *op. cit.*, II, lk. 235 jj. kaasaegsete autorite kasuteooria käsitlust.

sihti — õiguskorra eest hoolitsemist — taotleb. Kui juba haldus peab teotsema üksnes õiguskorra alusel, küllap siis ka kohus ammugi peaks arvestama kehtivat õigust oma sihitaotlusis. Tõsi on, et õiguskord on ühevõrra vahendiks nii haldusele kui ka kohtule, nagu samuti tõsi on, et ta on mõlemale ühtlasi ka sihiks. Tuleb nentida, et mitte üksnes kohtu mureks pole valvata õiguskorra rikkumatuse eest. Vahest isegi suuremal määral kuulub see halduse ülesandeisse. Kogu politsei tegevus ongi suunatud just õiguskorda, rahu ja julgeolu ohustavate sündmuste ja toimingute vältimiseks. Ka roimarite avastamine, jälitamine ja vahistamine on halduse ülesandeks. Õiguskorra rikkumise puhkudel haldus asub sedamaidselt aktiivselt teotsema, kõrvaldades häirijaid ja häiringuid. Kohus aga jääb neil korril passiivseks. Ta asub rikutud õigusi ennistama alles siis, kui talle on lähetatud sellekohane *kaebus* või nõudlus teisalt, olgu kodanikelt, olgu halduselt eneselt.

Et nii haldusele kui ka kohtule õiguskord võib olla ühtviisi sihiks ja vahendiks ja et ka nii haldus kui ka kohus võib olla samuti ühtviisi sihiks ja vahendiks õiguskorrale enesele, siis pole sihi ja vahendi momendi kaudu võimalik küllaldaselt iseloomustada halduse erinevust kohtu suhtes [556].

Ülemalesitatud suvangu-, kasu- ja vahenditeoorias avaldub varjamatult kindlailmeline kihunduslik tendents. Säärased vaadendid taotlevad ajaloolise *politseiriikliku ideoloogia* taaselustamist kaasaegses ühiskonnas. Nad tahavad politseiriikliku põhimõtte kohaselt *princeps legibus solutus est* sisendada mõtet, et haldus peab võima teotseda täiesti suvaliselt ja olema vaba igasugusest õiguslikust seostusest. Sellega kokkukõlas on nende teiseks püüdeks saavutada halduse toimingute kontrollivabaks tunnistamist.

Vastandina eelmistele teine rühm vaadendeid tavatseb haldust ja kohut määratella vastava tegevuse sisemiste struktuuritunnuste alusel. Mainitud põhifunktsioonide sellesihiliste määratluskatsetena esinevad nn. *subordinatsiooni*-ko-

---

[556] Vrd. Merkl, *op. cit.*, lk. 25: „Mittel und Zweck sind an sich ungeeignete Unterscheidungsmittel, weil was von dem einen Standpunkt aus als Mittel erscheint, vom anderen Standpunkt aus als Zweck beurteilt werden kann."

ordinatsiooni-, *tsentralisatsiooni*-detsentralisatsiooni- ja sõltumuse-*sõltumatuse* teooria.

S u b o r d i n a t s i o o n i t e o o r i a lähtub halduse ja kohtu vaheteo määratlemisel funktsiooniteostajate juriidilisest positsioonist [557]. Sellekohaselt h a l d u s tähendab säärast õiguskorra põhifunktsiooni, mida teostatakse subordinatsioonikorras, kuna k o h u s aga tähendab tegevust, mida arendatakse koordinatsioonikorras [558]. *Subordinatsioonikorrana* mõistetakse funktsiooniteostajate astendamist erilisse super- ja subordinatsioonivahekorda ning sellest vahekorrast tuletuvaid õigustusi seoses vastava funktsiooni teostamisega. Säärases korras tuntakse ülemaid ja alamaid instantse, teenistujaid ja asutisi, kusjuures iga ülemal astmel teotsev instants õigustub juhistama ja valvama temast alama instantsi tegevust, sageli isegi selle tegevusse interveneerima [559]. *Koordinatsioonikorrana* mõistetakse funktsiooniteostajate asetamist ühele ja samale juriidilisele tasemele ja sellest järelduvaid võrdseid õigustusi vastava funktsiooni teostamise aladel. Ses korras ei olele ülemaid ehk superordineeritud instantse ega ka alamaid ehk subordineeritud teenistujaid ja asutisi. Siin kõik teotsevad üksteisega kõrvuti võrdseis õigusis, s. o. koordineeritult.

---

[557] Vt. M e r k l, *op. cit.*, lk. 36: „Als einziges U n t e r s c h e i d u n g s m e r k m a l zwischen G e r i c h t s b a r k e i t und V e r w a l t u n g, das eine scharfe Grenzziehung zwischen den beiden Bereichen der Vollziehung ermöglicht, bleibt somit ein o r g a n i s a t o r i s c h e s: Es ist die R e c h t s s t e l l u n g der O r g a n e, ihr V e r h ä l t n i s zu a n d e r e n O r g a n e n d e s s e l b e n O r g a n k o m p l e x e s."

[558] Vt. M e r k l, *op. cit.*, lk. 37: „In der J u s t i z herrscht durchgängige G l e i c h o r d n u n g der O r g a n e, in der Verwaltung jedoch neben der G l e i c h o r d n u n g auch Ü b e r - und U n t e r o r d n u n g. Die J u s t i z o r g a n i s a t i o n ist ein durch K o o r d i n a t i o n gekennzeichneter O r g a n k o m p l e x, die V e r w a l t u n g s o r g a n i s a t i o n eine durch S u b o r d i n a t i o n gekennzeichnete O r g a n h i e r a r c h i e."

[559] Vrd. *ib.*: „S u b o r d i n a t i o n liegt nach herrschender Vorstellung vor, wenn ein Organ dem anderen gegenüber b e f e h l s b e r e c h t i g t, dieses andere Organ jenem ersten gegenüber g e h o r s a m s p f l i c h t i g ist."

Seepärast ses korras ükski ei evi õigustust juhistada teisi, ammugi mitte interveneerida teiste tegevusse [560].

Säärane kujutlus funktsiooniteostajate vastastikuseist suhteist on täiesti pinnatu, kuigi mitte sisutu. Säärane kujutlus on küll ka mõttekas, sest subordinatsiooni- ja koordinatsioonikorra mõisted evivad abstraktsioonidena suurt tähtsust teoreetilises käsitluses. Kuid ülemalesitatud sisustuses neil abstraktseil kategooriail pole tõelises õiguslikus elus mingit pinda. Tõeliselt ei esine kuski puhtakujulist asutiste subordinatsiooni süsteemi, samuti nagu ei esine mingit puhtakujulist koordinatsioonikorda. Subordinatsioon on alati paaritatud koordinatsiooniga. Üks neist ei saa kunagi olelda lahus ja ilma teiseta. Kujuteldamatu on riik, kus teotseks paljusid kohtu asutisi, mis kõik oleksid asetatud ühele ja samale võrdsele õiguslikule tasemele. Kui neile pole superordineeritud mõnd kõrgemat kohtuasutist, kes nende kõigi tegevust ühtlustaks ja juhistaks, siis nad tekitaksid korra asemel korratust. Seetõttu oleleb kõikjal kohtuametkonnas vähemalt kaks astet asutisi, sageli aga kolm astet, teatavais asjus koguni viis. Kohtuasutiste süsteem võib küll olla koordineeritud halduse ametkonna suhtes, kuid oma sisemise ehituse poolest ta ei tarvitse viimasest kübetki erineda. Ja tavaliselt kohtute alal esineb mitte üksnes ühe ja sama astme asutiste omavaheline koordinatsioon, vaid ühtlasi ka mitmete astmete super- ja subordinatsioon [561].

Ülemalöeldu kehtib täiel määral ka haldus asutiste süsteemi suhtes. Subordinatsiooniga kaasub paratamatult koordinatsioon. Kui on super- ja subordineeritud, siis on ka koordineeritud instantse. Nimelt ühe ja sama astme asutised võivad omavaheliselt olla täiesti koordineeritud ja võrdsed. Eraldi mainitagu aga kogukondlikke, samuti ka huvikondlikke ametkondi, mis tahes-tahtmata peavad juba mõiste järgi olema riigihalduse ametkonna suhtes koordineeritud. Meenutatagu ka teatavaid iseseisvalt teotsevaid halduskolleegiume, millele

---

[560] Vrd. *ib.*: „Koordination liegt... zwischen Organen vor, zwischen denen ein... Befehlsrecht und eine ihr entsprechende Gehorsamspflicht nicht besteht, die voneinander unabhängig sind."

[561] Vt. lähemalt *Teooria*, lk. 78 j.

pole ühtki teist instantsi super- ega subordineeritud ja mis niiviisi kõigiga asuvad koordinatsioonivahekorras [562].

Et subordinatsioonikord ei ilmesta haldust, nagu koordinatsioonikord ei iseloomusta vajalikult kohut, siis ei või ka sellekohast vaadendit tunnistada teaduslikult küllaldaseks.

Subordinatsiooniteooriale väga lähedane on nn. tsentralisatsiooniteooria. Sellekohaselt nimetatakse halduseks säärast põhifunktsiooni, mida teostatakse tsentralisatsioonikorra järgi, kuna kohtuks nimetatakse sellist, mida teostatakse detsentralisatsioonikorra kohaselt. *Tsentralisatsioonikord* on kord, kus esineb üksainus keskus, millele juhtimise ja valve mõttes kohustub alistuma kogu vastavat erifunktsiooni tegevust harrastav ametkond. *Detsentralisatsioonikord* aga tähendab korda, milles iga funktsiooniteostaja evib oma sõltumatut pädevust [563], esinedes igaüks vastava funktsiooni teostuskeskusena.

Eelesitatud määrangute järgi näib tsentralisatsiooniteooria olevat subordinatsiooniteooria terminoloogiliseks erivarjundiks. Siiski on vahe nende kahe vaadendi vahel märksa suurem kui suvangu-, kasu- ja vahenditeooria vahel. Tsentralisatsiooniteooria tähistab subordinatsiooniteooria suhtes tunduvat sammu täpsuse poole.

Subordinatsiooniteooria jättis arvestamata tõsiasja, et halduse ametkonnas peab leiduma üks instants, mis pole ühelegi teisele haldusinstantsile subordineeritud. Selleks on halduse ametkonna tippinstants, mis on kõigi teiste funktsioonide kõrgeimate teostajatega koordineeritud. Säärasest kõrgeimast superordineeritud haldusinstantsist kui keskusest lähtubki tsentralisatsiooniteooria. Ka arvestab see vaadend halduse aladel teotsevaid iseseisvaid kolleegiume. Et aga viimased esi-

---

[562] Vt. *Teooria*, lk. 79.

[563] Nii Merkl, parandades subordinatsiooni-koordinatsiooni teooriat, ütleb, *op. cit.*, lk. 37: „Diese herrschenden Vorstellungen sind allerdings etwas ungenau. Organe sind nicht als solche einander über- und untergeordnet, sondern als Inhaber bestimmter Kompetenzen; die Über- und Unterordnung tritt nur bei Ausübung dieser Kompetenzen in Erscheinung."

nevad sõltumatute halduskeskustena ja teotsevad detsentralistlikult, siis see asjaolu kummutab selle teooria kohtute suhtes. Mitte ainult kohtuasutised, vaid ka tsentraliseeritud halduse ametkonna ühe ja sama astme asutised teotsevad üksteise suhtes täiesti detsentralistlikult, kõnelemata iseseisvaist halduskolleegiumest. Kogukondlik ja huvikondlik haldus aga on riigihalduse suhtes alati detsentraliseeritud.

Teiselt poolt nenditagu ka seda, et puhast detsentralisatsiooni ei olele üldse mitte. Igas detsentralisatsiooni süsteemis esineb paratamatult ka tsentralistlikke elemente. Tsentralism avaldub kohtuametkonna alal selles, et kõrgeima kohtuvõimu käsitsejaks seatakse asutis, millele kui ainsale keskusele peavad juhtimise ja valve mõttes alluma kõik teised kohtuasutised.

Tsentralisatsiooniteooria ebakohasusi on püüdnud vältida nn. sõltumatuseteooria. Sel otstarbel ta on nii tsentralisatsiooni- kui ka subordinatsiooniteooria mõningaid väiteid lihtsalt üldistanud. Nimelt tohib nentida, et subordinatsiooni- ja tsentralisatsioonikorras teotsevad isikud ja asutised sõltuvad neile superordineeritud instantside direktiividest. Detsentralistlikult teotsevad koordineeritud instantsid aga evivad teatavat iseseisvust. Nende tähelepanekute alusel sõltumatuse teooria määratleb haldust säärase põhifunktsioonina, mille teostajad sõltuvad instantsilisist direktiivest [564], kuna aga kohtutegevust käsitatakse tegevusena, mis ei sõltu ülemalt tulevaist juhiseist. Selle vaadendi kohaselt tavatsetakse väita, et halduse aladel on alati võimalik vastavat tegevust juhistada superordineeritud instantside direktiivide kaudu, mis aga polevat mõeldav kohtutegevuse suhtes. Kohtud peavad teotsema mitte üksnes teiste erifunkt-

---

[564] Vt. Merkl, *op. cit.*, lk. 42: „Als Verwaltung gelten uns die Funktionen jenes Organkomplexes, innerhalb dessen die durch das Weisungsrecht eines vorgesetzten oder die Gehorsamspflicht eines untergeordneten Organs gekennzeichneten Abhängigkeitsbeziehungen obwalten. Oder aus der organisationsrechtlichen in die funktionsrechtliche Terminologie gewendet: Verwaltung ist die Summe von Staatsfunktionen, die durch die Rechtssatzform der Weisung determiniert werden können, einschliesslich der durch Weisungen nicht mehr determinierbaren Funktionen der höchsten weisungsberechtigten Organe."

sioonide ametkondade suhtes, vaid ka üksteise suhtes täiesti sõltumatult, s. o. ainuüksi oma juriidilise maailmavaate, kehtiva õiguse ja sisetunde järgi [565].

Selle vaadendi väidete arvustamiseks viidatagu, e s i t e k s, sellele asjaolule, et sõltumuse ja sõltumatuse mõisted on s u h t e l i s e d. Neid saab juriidiliselt täpsamalt määratella üksnes koordinatsiooni ja subordinatsiooni mõistete abil, mis aga pole kõlvulised halduse ja kohtu vastastikuseks demarkeerimiseks, nagu see juba selgus eelesildatud arutlusest.

T e i s e k s tuleb tähendada, et õiguskorra põhifunktsioonide mõisted on *teoreetilised,* kuna sõltumuse ja sõltumatuse kui subordinatsiooni ja koordinatsiooni korrelaatmõisted on *dogmaatilised* kategooriad. Sääraste dogmaatiliste kontseptsioonide alusel on aga võimatu määratella vastavate funktsioonide üldstruktuuri ning neid üksteisest eraldada teoreetiliselt. On ju täiesti konkreetse õiguskorra ja p o l i i t i l i s e t a h t e probleemiks küsimus sellest, k u i d a s korraldada ühe või teise funktsiooni ametkonda. Ainult seaduseandjast oleneb see, kas lasta kohtul teotseda sõltuvate või sõltumatute asutiste näol. Ajalooliselt võib tõestada, et sõltuvalt teotsenud kohtuid on alati olnud. Isegi kaasaegseis õ i g u s r i i g e s teotseb *juriidiliselt* sõltuvaid kohtuasutisi rööbiti nendega, millede sõltumatus on põhiseaduslikult kindlustatud, kõnelemata kõigi kohtuliikide v õ i m a l i k u s t *faktilisest* sõltumisest, mis olenevalt kohtunikkude moraalsest tasemest ja kutse-eetilisest kasvatusest puhuti avaldub lausa kriminaalses ulatuses.

K o l m a n d a k s olgu mainitud, et lähtumine sõltumusest ja sõltumatusest kui dogmaatilis-poliitilisist printsiibest muundab selle teooria puhtpoliitiliseks doktriiniks. Poliitilisist põhimõtteist lähtunu ei uuri teoreetiliselt ega saagi uurida, mis on

---

[565] Vt. *ib.*: „Ob eine Angelegenheit Gerichtsbarkeit oder Verwaltung ist, hängt... davon ab, ob sie das Recht in den Wirkungskreis eines in der vorgeführten Weise, d. h. von Weisungen, u n a b h ä n g i g e n, oder in den Wirkungskreis eines a b h ä n g i g e n, will sagen von Weisungen a b h ä n g i g e n oder ausnahmsweise wenigstens zu W e i s u n g e n z u s t ä n d i g e n V o l l z u g s o r g a n e s stellt. Die p o s i t i v r e c h t l i c h e Lösung der K o m p e t e n z f r a g e ist der Anhaltspunkt für die Beantwortung der r e c h t s w i s s e n s c h a f t l i c h e n Z u o r d n u n g s f r a g e: J u s t i z o d e r V e r w a l t u n g?“

haldus ja mis on kohus. Selle asemel et avastada mainitud funktsioonide loomust ja tuvastada nende erinevusi, selgitatakse ning kaitstakse teatavaid poliitilisi printsiipe, mille kohaselt haldus saaks teotseda otstarbekalt ja kohtutegevus oleks laitmatu.

N e l j a n d a k s ei vasta sõltumatuseteooria ka õiguslikule tõelisusele. Nagu juba ülemal tähendati, sõltumatute kohtute kõrval oleleb juriidilises mõttes sõltuvaid kohtuid. Et sõltumatus ei iseloomusta kõiki kohtuid, siis ei saa see omadus tulla arvesse vastava funktsiooni demarkeerimiseks haldusest. Teiselt poolt mainitagu veelkordselt ka seda, et haldusegi aladel teotseb sõltumatuid instantse. Need on säärased kolleegiumid, millele pole ühtki teist superordineeritud ega subordineeritud instantsi ja millele ei saa keegi anda juhiseid ning mis ei saa ka ise olla teisi juhistavad. Seetõttu ei või haldusasutiste sõltumust või juhistatavust käsitada säärase omadusena, mis vastava funktsiooni olemust õigesti iseloomustaks ja teda küllaldaselt eraldaks kohtutegevusest.

Nagu eelnenud arutlusist nähtub, senised käibivad teooriad pole suutelised lahendama haldus- ja kohtufunktsiooni vahetegemise probleemi. Seepärast on vastavas erialalises teaduslikus kirjanduses isegi esildatud arvamusi, mis haldus- ja kohtutegevuse struktuurseid omapärasusi salgavad, t e o r e e t i l i s i erinevusi e i t a v a d ja vastavaid ülesandeid ühe ja sama põhifunktsiooni ühtlasteks ülesanneteks tunnistavad [566].

---

[566] Vt. K e l s e n, *Allg. StLehre*, lk. 238, 242, 246, eriti aga 259: „Die modernen Verfassungen stehen nicht nur unter dem Prinzipe einer Trennung der Gesetzgebung von der Vollziehung, sondern auch unter jenem einer Trennung der beiden, richtigerweise gleichermassen als Vollziehung aufzufassenden Funktionen: der Verwaltung und der als Rechtsprechung oder Justiz bezeichneten Gerichtsbarkeit. Das letztere Prinzip als rechtspolitisches Postulat zu rechtfertigen, ist nicht leicht. Denn die offenbare Voraussetzung der Forderung, die Verwaltung von der Rechtsprechung zu trennen, d. h. diese beiden Funktionen verschiedenen Organen zu übertragen: die Annahme nämlich, dass es sich um zwei wesentlich verschiedene Funktionen handle, deren Verbindung in einem und demselben Organe eben wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit von Übel sei, trifft... nicht oder doch nur zum Teile zu. Sofern die Verwaltung — hinsichtlich des Inhaltes ihrer Funktion — in demselben Sinne Rechtsprechung ist wie die Justiz, ist eine Trennung aus der Natur der Funktion nicht eigentlich zu begreifen."

Oma loomult mainitud vahetegemise probleem aga ei erine millegi poolest muist teaduslikest küsimusist. Tema lahendamine on osutunud raskeks peamiselt selle tõttu, et sellekohased arutlused ja määratluskatsed on õigelt metodoloogiliselt teelt hälbinud ekslikule poliitilisele rajale.

II. ADMINISTRATIIVFUNKTSIOON.

Nii legislatiiv- kui ka eksekutiivfunktsiooni eraldati ülemal nende teostamisel korraldatavate juhtude alusel. Haldus- ehk administratiivfunktsiooni pole aga enam võimalik samal pinnal määratella. Üksikjuhtusid pole mõeldav alaliigitada puhtformaalsete tunnuste alusel. Neid võiks rühmitada vaid sisu järgi. Kuid lugu on nii, et ühe- ja samasisulised eksekutiivjuhud esinevad nii haldustegevuse piirkonnas kui ka väljaspool halduse alasid. Seepärast tulebki haldusfunktsiooni omapärasusi ja erisusi otsida teisalt. Nimelt tuleb haldusfunktsiooni spetsiifilist omadust otsida neis mõistelisis eeldusis ja tingimusis, milles teda teostatakse.

Haldusfunktsiooni teostamisele asutakse alles siis, kui tegelikus elus tõusetub värskelt üksikjuht, millist seni pole veel määrateldud ühegi üksikaktiga. See funktsioon haarab konkreetseid sündmusi, toiminguid, tegusid ja tegevust säärastena,

---

Ja *op. cit.*, lk. 261: „In dem Masse freilich, ... als die Justizförmigkeit der als Rechtsprechung auftretenden Verwaltung zunimmt, verliert die prinzipielle Trennung der Gerichte von den Verwaltungsbehörden ihren zureichenden Grund.

Und in der Tat bedeutet ja die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Überwindung dieser Trennung."

Merkl, *op. cit.*, lk. 43: „Unsere Grenzabscheidung zwischen Justiz und Verwaltung, ja darüber hinaus sogar der Bestand besonderer, in dem umschriebenen Sinne als Justiz und Verwaltung zu bezeichnender Vollzugsfunktionen steht und fällt offenbar mit dem positivrechtlichen Unterschiede zwischen abhängigen und unabhängigen Vollzugsorgane. Dieser Unterschied ist durchaus nicht notwendig im Wesen des Rechts begründet, sondern ebenso wie der Unterschied zwischen Gesetzgebung und Vollziehung rechtsgeschichtlich geworden."

Somló, *op. cit.*, lk. 329, *nota* 1 ja seal osundatud kirjandus.

nagu nad antud olustikus ootavad esmakordset tegelikku lahendust.

(136) *Normatiivset lahendust, mis antakse senilahendamata, kuid lahendamist vajavale üksikjuhule, nimetatakse esmakordseks, primaarseks ehk aprioorseks lahenduseks* [567].

Kui õiguslikus elus tõusetub ükskõik millistel ajendeil vajadus sättida õiguslikult mõnd üksikjuhtu, mida seni pole veel ühegi normatiivaktiga sätitud, siis sel korral antav lahendus ongi eelesitatud määrangu mõttes esmakordne normatiivne lahendus. Säärast lahendust sisaldav toiming on haldusakt *sisulises* mõttes.

(137) *Haldusaktiks nimetatakse üksikakti, millega lahendatakse üksikjuhtusid esmakordselt.*

Haldusakte on *eraõiguslikke* ja *avalikõiguslikke.*

(138) *Eraõiguslikeks haldusakteks on tehingud, mis eraõiguse alusel lahendavad üksikjuhtusid esmakordselt.*

(139) *Avaliku õiguse alusel toimetatud haldusakti nimetatakse korraldiseks.*

(140) *Haldusfunktsiooniks nimetatakse õiguskorra säärast põhifunktsiooni, mille teostamisel korraldatakse senikorraldamata üksikjuhtusid.*

Kui on tegemist üksikjuhtude esmakordsete lahendustega ja haldusaktidega sisulises mõttes, siis ja ainult siis on tegemist haldusfunktsiooni teostamisega. Sel kaalutlusel tohiks ka öelda, et haldusfunktsioon tähendab eksekutiivfunktsiooni tema esmakordses teostuses. Samuti oleks õige öelda, et haldusfunktsioon on primaarne ehk aprioorne eksekutiivfunktsioon. Avalikus õiguses võiks tema mõistemäärangut sõnastada veelgi lühemalt. Avalikõiguslikult tohiks haldusfunktsiooni defineerida korraldiste funktsioonina või säärase funktsioonina, mida teostatakse üksnes korraldistega.

Haldusfunktsiooni teostamisvahenditena korraldised ja nendetaolised eratehingud moodustavad üksikaktide sellise

---

[567] Terminoloogiasse puutuvalt vt. *infra, nota* 576.

liigi, mille abil mõnes üldaktis antud norme konkretiseeritakse aktuaalse õigusliku elu üksikjuhtudeks. Konkretiseerimine toimub üksikjuhu subsumeerimise teel sellekohasele üldjuhule, kusjuures üksikjuhu vastavad abstraktsed omadused, s. o. *genus*-tunnused loetakse vastavaiks sellekohaseile üldaktis tähistatud üldjuhu omadusile ja tunnuseile, kuna aga tema individuaalsed omadused kinnistatakse vastava korraldise või eratehingu normisõnastuses.

Kuigi haldusakt tavaliselt konkretiseerib otseselt ikka üldakti norme, peab siiski silmas pidama ka seda, et ta on teinekord määratud konkretiseerima ka mõne kõrgemajõulise üksikakti normatiivset sisu. Minister võib, näiteks, lähetada prefektile instruktiivset laadi korraldise teatava üksikjuhu esmakordseks lahendamiseks. Prefekt, asunud selle ülesande täitmisele, konkretiseeribki oma korraldisega ka vastavat ministri korraldist. Konkretiseerides küll selgi puhul ikkagi vastava üldakti norme, prefekt ei tohi jätta arvestamata ka ministri korraldises selle üksikjuhu lahendamiseks antud direktiive.

Nagu juba ülemal tähendati, haldusakt nagu iga üksikakt võib evida ükskõik millist sisu. Tema abil võidakse lahendada ükskõik milliseid üksikjuhtumeid tegelikust elust, mida seni pole veel normatiivselt käsiteldud. Tingimuseks on vaid see, et lahendamisele võetavat juhtumit pole ühegi üksikaktiga kunagi mitte sätitud. On seda juhtunud, siis mõisteliselt pole enam aset haldusfunktsiooni teostamiseks, sest sel juhtumil on vajalikud haldusülesanded juba täidetud. Mis puutub aga haldusakti personaalsesse momenti, siis normiadressaadid, kellesse toiming puutub, määratakse tavaliselt üksikjuhu ajaliste ja ruumiliste sisumomentide kaudu. Kus selleks on erilist tarvidust või kus seda kehtiv õigus nõuab (ja tavaliselt ta seda nõuabki), tuleb normiadressaat vastavas haldusaktis tähistada nimeliselt. Nimeliselt mainitakse adressaat ikka neil korril, mil vastava korraldise kehtimapääsemise paratamatuks eeltingimuseks loetakse tema teatavakstegemist adressaadile [568].

---

[568] Vt. *Teooria*, lk. 61 j.

Korraldis võib puutuda ühte või mitmesse nimeliselt mainitavasse isikusse. Ta võib aga ka adresseeruda mittenimeliselt, i m p e r s o n a a l s e l t teatavate isikute kategooriale või koguni lähemalt määrateldamatule inimkogumile või tundmatule üksikisikule. Näiteks päevalehis ja kuulutustulpadel ning -seintel teatavaks tehtud korraldis, millega õigustatakse tänavust kogukonnamaksu tasuma kaks nädalat hiljem senisest tähtpäevast, adresseerub õiguslikult määrateldud isikute kategooriale, mille moodustavad vastavad maksukohuslased. Määrateldamatule inimkogumile ja tundmatuile üksikisikuile adresseerub, näiteks, politseiniku žest, mis on määratud liiklemise juhtimiseks [569].

(141) *Korraldiste abil teostatavat haldusfunktsiooni nimetatakse avalikuks halduseks ehk lihtsalt halduseks.*

Sellest määrangust nähtub selgemini kui muust, et haldus esineb ekvivokatsioonina, tähendades küll funktsiooni, ülesandeid ja toiminguid, küll funktsiooni teostajaid ning ülesannete täitjaid, küll ka üht kui teist kokku [570].

(142) *Eraõiguslikkude haldusaktide abil teostatavat haldusfunktsiooni tavatsetakse nimetada erahalduseks* [571].

Kuigi korraldised nagu üldaktidki oma t e o r e e t i l i s e l t l o o m u l t on *puhtavalikõiguslikud toimingud,* ei tarvitse nende käsitsemiseks olla õigustatud ainuüksi avalikku teenistusse määratud isikud, s. o. avalikud teenistujad ja asutised. On ju täiesti õiguskorra d o g m a a t i l i s e k s probleemiks, kuidas ja mis ulatuses piiritada eraautonoomia avaldusi avaliku tegevuse suhtes või kas üldse teha mingit dogmaatilist vahet era- ja avaliku halduse vahel. Seepärast on mõeldav, et kehtiv õigus ei eraldagi korraldisi eratehinguist, nagu seegi on mõeldav, et õiguskord võimaldab erandlikult kasustada korraldisi

---

[569] *Op. cit.*, lk. 57 j.

[570] Vt. *infra, nota* 624.

[571] Vrd. Josiah C. S t a m p, *The Contrast between the Administration of Business and Public Affairs, i.* Journal of Public Administration, 1923, I, lk. 158 jj. — F o r t i, *op. cit.*, I, lk. 7 jj.

ka kodanikkude subjektiivsete õiguste teostamiseks, eriti aga eraisikute erategevuse arendamiseks. Nii võimaldataksegi demokraatseis riiges kõigile aktiivkodanikkonda kuuluvaile isikuile, hoolimata sellest, kas nad on avalikud teenistujad või mitte, toimetada mõningaid õige tähtsaid haldusakte korraldiste kujul, näiteks riigipresidendi või kogukonnajuhi valimise korras. Erahalduse raamides võimaldatakse eraisikuile teotseda korraldiste abil, näiteks, ühingute ja liitude ning käitiste sellekohases tegevuses. Samuti võib õiguskord ka avalikke teenistujaid ja asutisi õigustada teotsema mitte üksnes avalikõiguslikkude aktide, s. o. korraldiste abil, vaid lahendama üksikjuhtusid ka tavaliste eratehingute abil.

Õigusdogmaatikas, samuti ka dogmaatiliselt orienteerunud õigusteoorias tavatsetakse haldusena mõista vaid avalikku haldust. Vastavalt käsitatud halduse mõistemäärangu maht ja sisu ahendatakse avaliku õiguse raamidesse. Teotsemist eratehingute abil aga ei tunnistata haldustegevuseks, vaid lihtsalt eraõiguslikuks teotsemiseks. Halduses, millest avaliku halduse ga ühiseid struktuurijooni eviv erahaldus on täiesti ekskludeeritud, on ainukesiks teotsemisvahendeiks korraldised.

Avalikõiguslikkude aktidena kõik korraldised on sanktsioneeritud toimingud. Nende sanktsioonid määratakse tavaliselt *blanketsete* [572] sanktsioonidena kriminaal- ja distsiplinaarseadusis, aga ka politseilisis trahviseadusis, haldusmenetluse normistikes ja haldusasutiste sisekorramäärusis. Tõrkuvate kodanikkude suhtes tõhusaimaiks sanktsiooneks on osutunud politseilised sundvahendid. Nende hulgast mainitagu esikohal füüsilise jõu kasustamist vahenditu sunnina, eriti aga külma ja tulirelva tarvitamist *ultima ratio*'na. Avaliku halduse suhtes on kindlaimaiks ja ühtlasi tavalisimaiks sanktsiooneks kodanikkude vaided ja kaebused vastavaile kontrollinstantsele õiguskaitsevahendeina, aga ka nn. kodanikkude omaabi vastupanuna *kuuletuse* ja *vastuhaku* näol.

Et haldusakt on eriliik eksekutiivakte, siis on talle omased kõik ülemal viimaste iseloomustamiseks esitatud tunnused.

---

[572] Vt. Battaglini, *op. cit.*, lk. 226 jj.

Avalikõigusliku toiminguna teda käsitellakse üksikasjalisemalt teisal.

III. JURISDIKTSIOONILINE FUNKTSIOON.

Mõisteliselt kohtu- ehk jurisdiktsiooniline funktsioon [573] on haldusfunktsiooniga eksekutiivseiks korrelaatfunktsiooneks. Seepärast ka tema spetsiifilisi eritunnuseid pole võimalik tuvastada sel pinnal, millel ilmnesid markantsed vahejooned legislatiiv- ja eksekutiivfunktsiooni eriomadusis. Eksekutiivfunktsiooni eriharuna on temagi sihiks lahendada üksikjuhtusid üksikaktide abil. Siin tegeldakse järelikult samus ülesandeis ning samade vahenditega, kui haldusfunktsioonigi valdkonnas. Kuigi kohtufunktsiooni teostavad üksikaktid struktuurselt erinevad muist eksekutiivfunktsiooni toiminguist, pole ometi võimalik vastavaid erinevusi avastada lahendatavate üksikjuhtude sisu järgi. Seepärast nagu haldus- nii ka kohtufunktsiooni spetsiifilisi eriomadusi tuleb otsida neis mõistelisis eeldusis ja tingimusis, milles vastavaid sihikohaseid ülesandeid lahendatakse.

Kohtufunktsiooni teostamisele asutakse a l l e s s i i s, kui lahendamisele tulev üksikjuht on varemini juba olnud mingi normatiivtoiminguga sätitud. Selle funktsiooni valdkonnas võetakse konkreetseid sündmusi, toiminguid, tegusid ja tegevusi mitte sättimatutena, mitte säärastena, nagu nad ootavad esmakordset normatiivset lahendust. Kohtufunktsiooni teostamisel tegeldakse alati ü k s n e s selliste juhtumitega, mis kord juba

---

[573] Kasustatavasse terminoloogiasse puutuvalt väidab D u g u i t, *op. cit.*, II, lk. 310: „On remarquera que je parle uniquement et à dessein de l'acte juridictionnel et de la fonction juridictionelle, que je ne dis point acte et fonction judiciaires. Ce mot judiciaire communément employé est très fâcheux." Ja käsitelles jurisdiktsioonilise funktsiooni olemuse kohta esitatud teooriaid, ta ütleb, *op. cit.*, II, lk. 325: „C'est encore ici la confusion du point de vue matériel et du point de vue formel qui est la cause principale des difficultés et des controverses qui se sont élevées. La confusion était cependant facilement évitable, puisqu'on avait deux mots différents correspondant à chacun des points de vue, le mot jurisdictionnel au point de vue matériel et le mot judiciaire au point de vue formel. Mais on ne l'a pas compris, et les meilleurs auteurs ont parlé et parlent encore de la fonction judiciaire, ce qui est une cause de confusion et d'erreur."

on konkreetsel kujul korraldamisel olnud ja vajaliku normatiivse lahenduse juba saanud [574]. Kui teatav ainulaadsena käsitatav juhtum, mis antud olustikus ja antud tingimusis kunagi enam ei kordu, on juba esmakordse lahenduse osaliseks saanud, siis võidakse tarbe korral võtta sama juhtum üksikjuhuna veelkordselt sättimisele ja anda talle teiskordne normatiivne lahendus. Teiskordselt ja üldse kordavat lahendust on normatiivselt vaja aga ainult neil korril, mil esmakordse lahendamisega pole õiguslikult toime tuldud, s. o. kui kord antud lahendus ei vasta kehtiva õiguse nõuetele ning selle poolest pole saanud õ i g u s p ä r a n e [575].

(143) *Normatiivset lahendust, mis antakse üksikjuhule, mida mõne eelnenud normatiivtoiminguga on juba korraldatud, nimetatakse kordavaks, sekundaarseks ehk aposterioorseks.*

---

[574] Vrd. P o r t, *op. cit.*, lk. 92: „Administration then differs sharply from judging, in that the latter is a preliminary (though not always a necessary preliminary) to the former; and administarive authorities contemplate primarily *fulfilment* of the law, whereas the judges are normally concerned with a breach of law actual or threatened.

But this statement is not intended to deny the right of appeal to judicial inquiry *after* administrative action. When administrative action is questioned by a person affected by it, that person should have an opportunity of appealing to the Courts for an independent decision; the administrative power ought not to be the *ultimate* authority for interpreting the law, even though this is *public* law which it must necessarily interpret in the course of its duties, and of which it naturally has the widest experience."

D u g u i t, *op. cit.*, II, lk. 310, vihjab samale mõttele sõnadega: „Mais si l'on rattache l'acte du juge à ce qui le précède, si l'on comprend qu'il forme avec l'élément antécédent un tout logique, absolument indivisible, il parait bien qu'on doit reconnaitre qu'il possède un caractère spécifique qui distingue au point de vue matériel bien nettement de l'acte administratif."

[575] Vrd. D u g u i t, *op. cit.*, II, lk. 311: „Pour déterminer et comprendre quel est le vrai domaine des actes juridictionnels, on doit supposer qu'un acte d'ordre juridique ou d'ordre matériel a été accompli, qu'une certaine attitude a été adoptée, qu'une certaine situation de fait existe et que l'on prétend que l'acte est contraire au droit, que l'attitude adoptée, que la situation existant en fait sont, elles aussi, contraires au droit."

(144) *Kordavat normatiivset lahendust sisaldavat üksikakti nimetatakse kohtuaktiks sisulises mõttes ehk otsuseks.*

(145) *Kohtufunktsiooniks nimetatakse õiguskorra säärast põhifunktsiooni, mille teostamisel otsustatakse senikorraldatud üksikjuhtusid.*

Et kohtufunktsiooni teostavais *otsuseis* on alati tegemist normatiivtoimingutega, mis mõnd senist õiguslikku lahendust ümber lahendavad, seda korrates, siis see funktsioon tähendab eksekutiivfunktsiooni tema korduvas teostuses. Kuid teda tohiks määratella ka funktsioonina, mida teostatakse otsustega, ja öelda, et kohtufunktsioon on otsuste funktsioon. Aga teda võiks nimetada ka sekundaarseks[576] ehk aposterioorseks eksekutiivfunktsiooniks. Et kohtufunktsiooni teostamisele asutakse üksnes siis, kui mõne üksikjuhu normatiivne lahendus on saanud õiguskorravastane, siis võiks selle praktilise sihi rõhutamiseks teda defineerida ka õiguskorrakaitse funktsiooniks. Teda tohiks praktilisil kaalutlusil nimetada vahest ka kontrollfunktsiooniks, sest tema teostamisel võetakse vastav üksikjuht ümbersättimisele senist lahendust sisaldava normatiivtoimingu sisuna, kontrollides, s. o. ühtlasi eitades või jaatades vastava toimingu õiguspärasust.

Ärgu aga seda viimast praktilist momenti eriliselt rõhutatagu. Pole sugugi õige arvata, nagu oleks üksnes kohtufunktsiooni teostajate ülesandeks hoolitseda selle eest, et kõik õigusliku elu lahendused saaksid õiguspärased. Õiguspärasust peavad silmas pidama kõik avalikud teenistujad ja asutised, ka seaduseandja ja haldus oma normatiivses teotsemises. Ent siiski on õige rõhutada, et kohtufunktsiooni teostajate ise-

---

[576] Terminite paar *sekundaarne-primaarne* on halb selle poolest, et ta on liigselt koormatud mitmesisuliste eritähendustega. Näiteks Nicolai Hartmann (*Ethik*), samuti Albert Schweitzer (*Kultur und Ethik*) kõneleb primaarnormidest kui eetika ja sekundaarnormidest kui õiguse valdkonnast, Hans Kelsen (*Allg. StLehre*) kõneleb primaar- ja sekundaarnormidest kui õigusnormi eriosiseist, prantsuse juristid primaarsest ja sekundaarsest seadusandlusest jne. Ent palju parem pole ka terminite paar *aposterioorne-aprioorne*, olles mõisteilt isegi vähem täpsad eelmisist.

loomulikuks ülesandeks on hoolitseda juba toimunud lahenduste õiguspärasuse eest, s. t. kontrollida tehtud akte, toiminguid, tegusid ja tegevust nende vastavuse mõttes õiguskorra nõuetele.

Kohtufunktsiooni teostamise vahendid — *otsused* — on üksikakti liike, mille abil konkretiseeritakse mõnes üldaktis sisalduvaid norme juba lahendamisel olnud üksikjuhule. Seega kohtufunktsiooni teostamine toimub, nagu kõikide üksikjuhtudegi lahendamise korral, vastava üksikjuhu subsumeerimise teel sellekohasele üldjuhule. Seda tehakse nii, et vastava *species*-tunnustega varustatud üksikjuhu abstraktsed omadused, nn. *genus*-tunnused loetakse või ei loeta vastavaiks sellekohases üldaktis tähistatud üldjuhu omadusile. Tunnuste ja omaduste vastavuse korral tunnistatakse senine lahendus õiguspäraseks ja kehtivaks, mittevastavuse puhul aga täielikult või osaliselt õigusvastaseks ja tühiseks.

Kohtufunktsiooni teostamisel võidakse lahendada igasuguseid aja- ja ruumimomentide varal määrateldavaid juhtumeid, millede senine lahendus on tekitanud õiguskorra nõuetele mittevastavuse mõttes juriidilisi vaidlusi. Et kohtufunktsiooni teostatakse ikka üksnes sääraste vaidluste tõusetamise puhul ja et seoses nende vaidlustega alati ka käsitellakse seniste toimingute õiguspärasust, siis tohiks sellise praktilise asjaolu rõhutamiseks seda funktsiooni nimetada ka õiguslikkude toimingute puhul tõusetunud juriidiliste vaidluste lahendamise funktsiooniks ehk lihtsalt vaidluste funktsiooniks[577]. Tema teostamise eelduseks on alati mingi toiming, mis on tehtud vaieldavaks ja nimelt vaieldavaks seetõttu, et temas sisalduv üksikjuht arvatakse olevat lahendatud kehtiva õiguse vastaselt.

---

[577] Vrd. Port, *op. cit.*, lk. 90: „Generally speaking, the function of the judiciary is to assess conflicting evidence and to say how the law applies in difficult and doubtful circumstances. The judgment merely resolves doubts as to the strict application of the law." — Moreau, *op. cit.*, lk. 18: „En tant qu'elle [l'exécution de la règle] exige l'intervention d'une autorité publique, elle peut être *contentieuse* ou *non contentieuse*. — Dans le premier cas, elle soulève des difficultés et des controverses résolues par des jugements, elle est souvent confiée à des organes spéciaux dont l'ensemble constitue l'*autorité judiciaire* ou, plus exactement, *juridictionnelle*."

Et kohtufunktsiooni teostamisel otsustatakse igasuguseid lahendusel olnud üksikjuhtusid, vaatamata nende sellele või teisele sisule, siis ei evi mõistetavasti mingit tähtsust küsimus, mil puhul, kelle või mis asjas ja milliste toimingute kontrollimiseks asutakse uut kordavat lahendust andva otsuse tegemisele. Vaieldavaiks akteks ja sääraseina kohtu arutluste esemeiks võivad olla avalikõiguslik *korraldis*, eraõiguslik *tehing* ja isegi kohtu enese *otsus*, aga koguni *seadusandlusaktki* ja isegi *puhtfaktiline toiming* [578]. Eelduseks on aga igal juhul ikka see, et kohtulikule käsitlemisele tulev juriidiline vaidlus oleks tõusetunud tingimata seoses mõne üksikjuhuga, s. o. juhtumiga, mis antud aja ja ruumi tingimusis, antud faktilises olustikus enam kunagi ei kordu säärases sisus ja kujul, nagu ta esines vaidlust põhjustanud esmakordse lahenduse momendil.

Et korraldiste ja eratehingutega seoses võiks tõusetuda õiguslikke vaidlusi ning esineda tarvidus nendega lahendatud üksikjuhtude veelkordseks otsustamiseks, on kõigest eelseletatust küllaldaselt selge. Seadusandlusaktiga seoses see küsimus võiks vahest tekitada käsitamisraskusi. On ju üldakt akt, mis kunagi ei käsitle üksikjuhtusid, kohtufunktsiooni teostamine aga on seondatud ikkagi vaid üksikjuhtude otsustamisega. Säärases võimalikus vastuväites seatakse aga üksikjuht täiesti väära relatsiooni üldjuhuga. Ei tohi unuda, et, esiteks, üldjuhtu määratlev akt on alati ise aja ja ruumi momentidega seondatud normatiivtoiming ja et, teiseks, üldjuhu määratlemiseks vajalik tegevus on alati ajas ja ruumis aktuaalselt arendatav tegevus. Tegelikult on ju lugu nii, et seaduse andmisel parlamendis toimetatakse paljusid üksikakte enne saabumist momendini, mil püstitatakse kavatsetud üldjuhu abstraktne kontseptsioon. Seadusandlus-

---

[578] Vrd. Gaston Jèze, *L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux, i.* Revue du droit public et de la science politique, 1909, lk. 677: „La constatation officielle faite par le juge porte... sur des choses différentes: 1° ou bien ce sont des faits, des agissements matériels; 2° ou bien c'est une situation juridique individuelle, par exemple un droit de créance; 3° ou bien c'est un *status*, un pouvoir général et impersonnel; 4° ou bien une question de légalité..." — Vt. ka Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, I, lk. 56 j.

menetlus pole midagi muud, kui sari mitmekesiseid, mitmesisulisi ja -sihilisi üksikakte, mis kõik üksteisega on aheldatud ajalises järgnevuses üheks üldsihiliseks komplekstoiminguks. Nende üksikaktide toimetamisel arendatakse aste-astmelt korrapärast tegevust, mille lõpptulemuseks on üldjuhu määratlus seaduse sellekohase sõnastuse näol. Ka seadus ise kui üldakt saabub üksikakti vahendusel, sest seaduse vastuvõtmise akt on hääletamise teel toimetatav üksikakt [579].

Seoses üldakti andmiseks toimetatavate üksikaktidega võibki tõusetuda mitmet laadi õiguslikke vaidlusi. Seadus pole ju õiguspäraselt antud, kui, näiteks, parlamendi juhataja tegi korraldise, millega kodukorravastaselt lühendati ja lihtsustati menetlust, või millega võimaldati üldjuhu sõnastuse eelnõu hääletamisele panemist hetkel, mil parlament polnud enam tehivõimeline, või millega lubati vastu võtta säärane eelnõu, mis oli ilmses sisulises vastuolus põhiseaduse normistikkudega. Sellistel puhkudel ongi mõeldav seoses üldakti toimetamisega tõusetada õiguslikke vaidlusi, mille esemeks on ainulaadsed ajalis-ruumilised juhtumid. Viimaste kohtulikul arutlemisel käsitellakse ühtlasi üldakti menetlemise õiguspärasust ja sel teel tuvastatakse vastava üldakti vastavust õiguskorra nõuetele.

Konkreetsed faktilised ja juriidilised küsimused seadusandlusmenetlusest ilma sellekohase üldakti kaasatõmbamiseta ei eviks mingit praktilist tähtsust. Kuid seoses toimetatud üldaktiga nad on õiguskorra vaatekohast väga tähtsateks asjaoludeks. Vigaselt meneteldud ja sisult õiguskorra nõuetele mittevastav üldakt ei tohi pääseda kehtima. Kui õigusvastase üldakti puhul võimaldatakse tõusetada vaidlust, siis säärane saab kahtlemata olla kohtuliku arutlemise aineks. Kohtufunktsiooni ülesandeisse kuulub mitte üksnes avaliku halduse ja eraisikute normatiivse tegevuse õiguspärastamine. Õigustmõistlevaks tegevuseks tuleb arvata samuti ka seadusandlustoimingute õiguspärasuse kontrollimist.

Puhtfaktiline toiming võib saada õigusemõist-

---

[579] Vrd. Kelsen, *op. cit.*, lk. 232: „... da die Gesetzgebungsakte als solche nur konkret und individuell sein können ..."

lemise käsitlusesemeks üksnes sel korral, kui ta õiguskorras ette nähtud juhtumeil muutub normatiivseks [580].

Ka kohtufunktsiooni enese teostuse suhtes on juriidilised vaidlused võimalikud. Mitmeastmelises kohturakingus tavaliselt ülenevad instantsid on kohustatud vaidluspuhkudel kontrollima alanevate instantside otsuste õiguspärasust. Säärast õigusemõistlemise kontrolli tavatsetakse nimetada kohtufunktsiooni *funktsionaalseks* kontrolliks.

Vastavalt kontrollitavate vaidlusjuhtude sisulisele erinevusele tavatsetakse kohtufunktsiooni liigitada konstitutsiooniliseks, põhikorra- ehk *rakkimikohtufunktsiooniks*, mille teostamisel kontrollitakse vaieldavate aktide põhiseaduspärasust, ning *haldus-*, *tsiviil-* ja *kriminaalkohtufunktsiooniks*, mille teostamisel lahendatakse vaieldavaid haldus-, tsiviil- ja kriminaalasju. Sisuliselt on mõeldavad ka alaliigitused vastavalt eriülesandelisile funktsiooniteostajaile, millena esinevad, näiteks, kaubanduskohtud, töökohtud, kutsekohtud, noortekohtud jne.

IV. ADMINISTRATIIV- JA JURISDIKTSIOONILISE FUNKTSIOONI SUHE.

Jälgides ülemalesitatud käsitlust üksikjuhtude aprioorsest ja aposterioorsest lahendamisest, võiks eriti avalikõiguslasel tekkida väär mulje, nagu oleks eksekutiivfunktsioon oma esmakordses teostuses mahult võrdne avaliku haldusfunktsiooniga ja oma kordavas teostuses võrdne kohtufunktsiooniga. Võiks tekkida kujutlus, nagu oleks kohtufunktsioon ladestatud avaliku haldusfunktsiooni peale. Eelnenud arutlusisse süvenemisel aga selguks vastupidist.

Tõeliselt on nii, et haldustegevus ja õigusemõistlemine asuvad koordineeritult kõrvuti. Mõisteliselt on nii haldus kui ka kohus asetatud ühele ja samale loogilisele ja norma-

---

[580] Selle kohta vt. *supra*, § 7, IV. — Vd. ka Jèze, *op. cit.*, I, lk. 65: „... on sait que le *terme* et la *condition* sont ou peuvent être des *faits matériels* qui retardent la réalisation d'une situation juridique ou même auxquels sont subordonnées la naissance, l'application ou la disparition d'une situation juridique."

tiivsele tasemele. Et üks pole super- ega subordineeritud teisele, siis oleks eelmine kujutlus haldus- ja kohtufunktsiooni mõistelisest relatsioonist vale isegi sel puhul, kui haldusena käsitada nii sellekohast avalikõiguslikku kui ka eraõiguslikku tegevust. Kuid kohtufunktsiooni faktiliseks eelduseks on tõepoolest sellekohase üksikakti olelu, olgu selleks aktiks avaliku või erahalduse toiming.

Tähendatagu, et haldusfunktsiooni teostamisel võetakse o t s e s e l t vaatlusele vastav ü k s i k j u h t. Kohtufunktsiooni teostamisel aga võetakse otseselt vaatlusele mitte üksikjuht, vaid üksikjuhtu korraldav a k t ning alles selle akti kaudu rekonstrueeritakse vastav üksikjuht säärasena, nagu ta esines esmakordse lahenduse momendil [581]. Esmakordse lahenduse osaliseks saanud ü k s i k j u h u r e k o n s t r u e e r i n g on kohtufunktsiooni teostamise *conditio sine qua non.* Kui ei rekonstrueerita üksikjuhtu nende sisuliste komponentidega, milledes ta esines oma esmakordse lahenduse momendil, siis oleks mõisteliselt tegemist juba uue üksikjuhuga, mida lahendav akt poleks mitte aposterioorne, vaid aprioorne. Kui näiteks juureldakse asjaosalise isiku teovõimet mitte selles seisundis, milles ta esines aprioorse haldusakti toimetamisel, vaid aposterioorse kohtuakti tegemisel, siis võidakse saada tõelisest hoopis erinev tulemus. Ka sellele tähendatagu, et iga üksikjuhu rekonstrueerimisel tuleb arvestada mitte üksnes käitumist või sündmust, vaid koos sellega ka käitujat ennast või sündmusse kuuluvaid asjaosalisi. Selle asjaolu tõttu kohtufunktsiooni teostajana ei saa esineda esmakordse lahenduse autorid, sest nad ju kuuluvad rekonstrueeritava üksikjuhu sisusse selle personaalse elemendina. Kuigi mõisteliselt kohtufunktsiooni võiks teostada ükskõik kes, ei saa siiski olla säärast juhtu, kus keegi teostaks õigusemõistlemist iseenda üle. Iseenda üle kohut mõistev isik ei tarvitseks ju tegelda vaieldava üksikjuhu rekonstrueerimisega. Vastav norm, mis teda selleks sunniks, oleks faktiliselt võrdne sanktsioonita normiga [582].

---

[581] Ka D u g u i t kõneleb esialgse ja kordava lahenduse l o o g i l i s e s t ü h t l u s e s t. — Vt. osund, *supra, nota* 574, viimane passus.

[582] Vrd. K l i i m a n n, *Haldusprotsess,* lk. 33. — M. W a l i n e, *Le Critère des Actes juridictionnels, i.* Revue de droit public et de la science

Selle minimaalse mõistelise eelduse puudumisel ei ole veel tegemist kohtufunktsiooni teostamisega sel puhul, kui avaliku halduse instants i s e võtaks oma akti veelkordsele korraldamisele kas omal algatusel või temale esitatud vaide alusel. Haldusinstantsi säärane tegevus mõisteliselt ei kuulu aposterioorsesse eksekutiivfunktsiooni, ning uuesti arutusele võetud akti ümberkorraldamine tuleb tunnistada sama asja esmakordseks lahenduseks.

E s i t e k s tuleb selliseil juhtumeil tähelepanu juhtida kõigepealt sellele, et kui õiguskord võimaldab vaide esitamist ja selle alusel asja veelkordset arutamist, siis neil korril loetakse vaidealune toiming ses mõttes provisoorseks ja ebaküpseks, et see ei evi veel mingit tegelikku toimivust. Säärane lühiajaliselt õigusjõutu toiming sarnaneb enam akti kavandiga kui valmis aktiga. On sellise akti vastu vaie esitatud, siis, kui kehtiv õigus ei korralda seda teisiti, ei teki kodanikule vaidealusest toimingust mingeid kohustusi. Vaide esitamine a n n u l l e e r i b sellise provisoorse akti, tehes paratamatuks samas asjas uue haldusakti andmise [583].

T e i s e k s tuleb vaide alusel tehtava akti käsitlemisel juhtida tähelepanu ka sellele olulisele asjale, et sel korral esialgse akti autor ei piirdu ega ole kohustatud piirduma üksikjuhuga sellisel kujul, nagu ta esines provisoorse lahenduse momendil. Vaideinstants ei ole takistatud oma üksikjuhtu võtma uues arutuses märksa laiemas või kitsamas sisustuses, kui ta seda tegi esialgselt. Kord lahendusel olnud üksikjuhu täpsa rekonstrueeringu nõue, mis on nii oluline kohtufunktsiooni vallas, jääb vaideinstantsi tegevuses alati tähelepanuta, sest vaideinstants suunab oma vaatluse faktilisele üksikjuhule, mitte aga oma esialgsele aktile. Seevastu kohus võtab arutusele just tehtud haldustoimingu ning, lähtudes sellest, ka temas sisalduva üksikjuhu ja, viimast uurides, korrigeerib kaevatud toimingu.

Tõsi ju on, et v a i e, mis alati esitatakse ainult vaidlusakti toimetanud haldusasutisele või -ametnikule, on kodanikule

---

politique, 1933, 50, lk. 565 jj. — Roger B o n n a r d, *Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'Etat et sur les services publics*, *ib.*, 1925, 42, lk. 34 jj.

[583] Vt. K l i i m a n n, *op. cit.*, lk. 32.

üheks oma õiguste kaitse vahendiks. Tuleb aga toonitada, et selline kaitsevahend ei ole kohtulik. Viimaseks on üksnes kaebus, mis alati esitatakse aktiautorist erinevale iseseisvale eriinstantsile [584].

Kui kehtiv õigus nõuab üksikjuhtude rekonstrueerimist enne nende normatiivsele lahendamisele asumist, siis neil korril oma kohtuliku lahendamise viisi tõttu vastavate üksikjuhtude otsustamine on muudetud formaalselt kohtulikuks, s. o. kohtufunktsiooni teostamiseks. Nii ongi lugu kõigis moodsais riiges karistatavate käitumiste lahendamisega. Selleks, et karistatavat üksikjuhtu subsumeerida karistusnormidele ning kriminaalõiguslikele keelunormidele, tuleb ennekõike rekonstrueerida vastav juhtum säärasena, nagu ta tõeliselt esines. Lahendusakti sisuks on neil puhkudel kõigepealt nending, mis väljendab rekonstrueeritud sündmuse subsumeeritavust sellekohaseile kriminaalõiguslikele normele, ning teiseks karistuse määrang [585]. *Nending* on lahendusakti osiseks, mis säärasena esineb kõigis kohtuotsuseiski. Kuid *karistuse määrang* on kahtlemata halduse avalikõiguslik korraldis. Isikute karistamine on põhimõtteliselt haldusfunktsiooni ülesandeisse kuuluv asi. Ent kui karistusküsimus tuleb veelkordselt arutusele *aposterioorse* kriminaalasjana, siis võetakse teda küll kohtuliku toimingu esemena.

Kõik kohtud teotsevad asjaosaliste suhtes ikka kolmandate isikutena. Ainult asjaosalised on nendeks isikuteks, kes teevad toimingud vaieldavaiks ning viivad nad kohtu ette. Kohus ei astu tegevusse omal initsiatiivil [586]. Seevastu haldus lahendab paljusid asju ka omal algatusel. Ses mõttes kohus on passiivne, vastandina haldusele, kes tavaliselt on aktiivne [587].

---

[584] *Op. cit.*, lk. 33.

[585] Vrd. Bonnard, *Précis élémentaire de droit administratif*, lk. 44.

[586] Vrd. Duguit, *op. cit.*, II, lk. 313: „L'acte juridictionnel implique d'abord l'existence d'une prétention, ce que les Italiens appellent la *pretesa*, les Allemands l'*Anspruch*. Pour gu'il y ait lieu à l'acte juridictionnel, il faut qu'une certaine volonté prétende qu'il y a quelque chose, soit un acte, soit une attitude, soit une situation qui est contraire au droit."

[587] Vrd. Port, *op. cit.*, lk. 88: the first distinguishing.

Käsitelnud seni õiguskorra põhifunktsioonide määranguid ja vastastikuseid suhteid, võetakse jätkuvalt alamal selgitlemisele nende funktsioonide organisatoorsed teostamisprintsiibid. Järgnevais arutlusis aga ei mõisteta enam seadusandlust, haldust ja kohut mitte lihtsalt õiguskorra põhifunktsioonidena, vaid korporatiivse ühiku avalikõiguslikkude tegevusharudena. Seepärast nende funktsioonide teostamise vahenditena tulevad alamal arvesse üksnes vastavad avalikõiguslikud aktid. Sellekohaselt on legislatiivakteks ainult avalikõiguslikud *üldaktid,* haldusakteks ainult *korraldised* ning kohtuakteks ainult *otsused.*

Alamal arendatav teoreetiline käsitlus on aga tihedalt seotud konkreetse õiguskorra dogmaatiliste probleemidega. Temas vaadeldakse, milliseid puhtformaalseid printsiipe võiks õiguskord kasustada selleks, et eraldada üksikuid põhifunktsioone üksteisest tegelikult.

5. peatükk.

Õiguskorra põhifunktsioonide teostamise süsteeme.

§ 10. Õiguskorra põhifunktsioonide teostajad.

I. TRADITSIOONILINE ORGANITEOORIA.

Eelnenud arutlusis on õiguskorra organite mõistet võimalikult välditud. Ja nimelt sel põhjusel, et neis on funktsioone käsiteldud mitte avalikõiguslikust vaatekohast, vaid kui õiguskorra kui sellise eritähenduslikke ja erisihilisi tegevusharusid. Õiguskord pole avalik- ega eraõiguslik, mispärast ka funktsioonide teostamise küsimuses pole tähtis, kas teostajaks on ametlik isik ja asutis või kodanik eraisikuna. Kui säärases käsitluses oleks võetud funktsioonide teostajate märkimiseks tarvitamisele organi termin, siis poleks organi ja kõigi teiste teotsevate normiadressaatide vahel enam mingit vahet. Teotsev normiadressaat ja organ oleksid terminoloogilised *sünonüümid.* Et organi mõistet teha väärtuslikuks ning tarvitamiskõlvuliseks, seks on vaja tema mahtu piirata nii, et teda oleks võimalik vastu seada teistele normiadressaatidele.

Kaasaegses riigi- ja haldusõigusteaduslikus kirjanduses on organi mõiste määratlemise küsimuses valitsemas kaks erinevat teooriat, üks neist traditsionalistide, teine normativistide käsituses.

Traditsionalistide pool leiab peaaegu täiel rindel ikka veel tunnustust organiteooria, mis on üksikasjalisemalt

arendatud riigiõiguslase Georg Jellineki sellekohaseis käsitlusis [588].

Lähtunud eriti Otto Gierke esildatud organi mõiste määrangust ning ühtlasi korrigeerides Paul Labandi üpris vigast *asutiseteooriat*, Jellinek seletas [589], et riik kui ühingisik pole tehivõimeline iseendast, vaid üksnes oma tahteväljendajate kaudu. Nendeks on inimindiviidid, kelledele on vastavate funktsioonide alal omistatud kogum ülesandeid lahendamiseks, mis moodustab nende pädevuse [590].

Selle seletuse kohaselt organid on inimisikud, kes väljendavad riigi tahet nendele omistatud pädevuse piirides.

Et säärast organite mõiste määrangut õieti käsitada, tuleb teada, et organeid ei tohi seada vastakuti riigiga. Organ pole

---

[588] Vt. Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1921, lk. 540 jj.

[589] Organiteooriate üksikasjalikuma literaarkriitilise käsitluse esitab A. Roždestvenskij, *Teorija sub'ektivnych publičnych prav*, Kritikosistematičeskoe izcledovanie, I, Moskva 1913, lk. 132 jj. Autor on arvamusel, et traditsionalistide organiteooria algeid ei tule otsida Gierke teoseist, kes esimesena esitas selle teooria arenduse, vaid sakslase Schmitthenneri käsitlusist (*Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts*, Giessen 1845). Vt. *op. cit., ib., nota* 1. — Kuid kõrvutatagu säärase väitega seletust, mille annab Forti, *op. cit.*, I, lk. 209: „Io credo che la prima formulazione di essa risalga se non a Platone (cui a torto comunemente si attribuisce) certo per lo meno a S. Paolo. È stata formulata per lo Stato e per la Chiesa, qualificando prima lo Stato e poi la Chiesa, come appunto degli organismi. Nell'età nostra e attraverso una tradizione di cui si ritrovano le traccie negli scrittori medievali, per es. Nicoló da Cusa è stata applicata, oltre che allo Stato, anche alla Società, ed intesa come definizione scientifica della Società. In quanto questa è una definizione della natura dello Stato, applicabile poi anche alle altre persone giuridiche, ha dato vita ad una concezione speciale, la cosi detta teoria *organica* della Stato, che definisce e spiega lo Stato come organismo."

[590] Vt. Jellinek, *op. cit.*, lk. 540: „Jeder Verband bedarf eines einheitlichen Willens. Dieser Wille kann kein anderer als der menschlicher Individuen sein. Ein Individuum, dessen Wille als Verbandswille gilt, ist, soweit diese Beziehungen auf den Verband reichen, als Willenswerkzeug des Verbandes, als Berbandsorgan zu betrachten."

„Das Organ stellt den Staat dar, aber nur innerhalb einer gewissen Zuständigkeit" (lk. 560).

riigi suhtes mingi isiksus [591]. Lugu pole siin mitte nii, nagu oleleks riigi ja organi näol kaks isikut, nagu oleleks riigiisiksus ja selle kõrval veel organiisiksus, *Staatspersönlichkeit und Organpersönlichkeit,* mis omavahel asuksid mingeis õigussuhteis. Hoopis selle vastu, riik ja organid moodustavad ühe ja sama organisatsiooni, riik ongi organite ühik, sest oma organite vahendusel riik funktsioneerib ja oma organite näol riik olelebki [592]. Kui võtta ära organid, siis pole mitte nii, nagu jääks veel järele riik oma organite kandjana, *als Träger seiner Organe,* vaid siis jääb riigist järele vaid juriidiline mittemidagi [593].

Et kõik organid kokku on sama, mis riik, siis ei seisa organite taga ühtki teist isikut. Selle poolest organisuhe riigiga erineb igat liiki e s i n d u s e s t. Esindaja ja esindatav esinevad alati k a h e isikuna. Esindaja ja esindatava vahel oleleb kindel õiguslik seos. Riigi ja tema organite vahel pole aga mingit j u r i i d i l i s t relatsiooni, sest ühing ja organ on ja jäävad üheks ja samaks isikuks [594].

Iga organ kujutab riiki ja riik avaldub igas organis, kuid ainult selle organi pädevuse piirides. Organid väljendavad riigi tahet, mis on ühtlane ja jagamatu [595]. Mitte riigi tahe ei jagune üksikute organite vahel, vaid üksnes selle tahte väljenduste pädevus. Need p ä d e v u s e d võivad teinekord sattuda üksteisega vastakuti, mistõttu võivad tekkida nendevahelised tülid pädevuspiiride pärast. Et neis tülides esinevad asjaosalistena või võistjaina ikkagi organid, siis tundub, nagu

---

[591] *Op. cit.*, lk. 559: „Das Organ als solches besitzt dem Staate gegenüber keine Persönlichkeit."

[592] *Op. cit.*, lk. 560: „Es sind nicht zwei Personen vorhanden: Staatspersönlichkeit und Organpersönlichkeit, die zueinander in irgendeinem Rechtsverhältnis ständen; vielmehr ist Staat und Organe eine Einheit. Der Staat kann nur vermittelst seiner Organe existieren..."

[593] *Ib.*: „... denkt man die Organe weg, so bleibt nicht etwa noch der Staat als Träger seiner Organe, sondern ein juristisches Nichts übrig."

[594] *Ib.*: „Dadurch unterscheidet sich das Organverhältnis von jeder Art der Stellvertretung. Vertretene und Vertretender sind und bleiben zwei, Verband und Organ sind und bleiben eine einzige Person."

[595] Vt. *nota* 590.

oleksid organid siiski iseseisvad ühikud ja iseseisva tahtega isikud, kellele omistub subjektiivne õigus teotseda oma tahte jõustamiseks. Ent Jellineki järgi see on vaid näiliselt nii. Sest, seletab ta, need vaidlused on üksnes pädevustülid ning sellistena tülid objektiivse, aga mitte subjektiivse õiguse suhtes. Säärased organitevahelised vaidlused toimuvad ikka ühe ja sama õigussubjekti — riigi seesmuses [596]. Et organid on riik, siis ei vaidle tõeliselt mitte organid, vaid riik. Riik parlamendi näol võib sattuda kollisiooni riigiga haldusorgani kujul, riik kohtuorganis aga riigiga haldusorganis.

Et organite õiguslikku seisundit täiel määral mõista, peab organist eraldatama organikandja, *Organträger* [597]. Organ pole riigi suhtes õigustatud isikuks, küll aga on selleks inimene, kes on vastava organi kandjaks. Riik ja organikandja on juba kaks õigustes vastakuti asetatavat normiadressaati. Organikandja evib riigi suhtes mitmesuguseid õigusi ja kohustusi. Kuid ega ametnikkude kui organikandjate ja riigi vahelised suhted pole siiski mitte organi suhted, kes ei või evida mingeid iseseisvaid subjektiivseid õigusi. Palka saab riigilt mitte organ, vaid organikandja. Organit ei saa distsiplineerida, küll aga organikandjat [598].

---

[596] *Op. cit.*, lk. 560: „Diese Zuständigkeiten können durch die betreffenden Organe einander gegenübertreten, es kann Streit zwischen ihnen entstehen über ihre Grenzen. Dieser Streit kann in den Formen eines Prozessverfahrens geführt werden und der Staat formell seinen Organen Parteirolle zuweisen. Niemals aber werden die Organe dadurch zu Personen...; alle Rechtsstreitigkeiten zwischen ihnen sind Zuständigkeitsstreite innerhalb ein und desselben Rechtssubjekts. Es sind stets Streitigkeiten über objektives, nie über subjektives Recht."

[597] *Op. cit.*, lk. 559: „Um die Rechtsstellung der Staatsorgane zu erkennen, ist scharf zu unterscheiden zwischen den Organen und den sie tragenden Menschen."

[598] *Op. cit.*, lk. 562: „Staat und Organträger sind... zwei geschiedene Persönlichkeiten, zwischen denen mannigfaltige Rechtsverhältnisse möglich und notwendig sind. So sind z. B. alle Rechte und Pflichten der Beamten gegenüber dem Staate nicht Rechte und Pflichten der Staatsorgane, sondern der Organträger. Gehalt bezieht der Organträger, nicht das Organ, und ebenso kann disziplinare Strafe nur jenen, nicht dieses treffen."

Eelesitatud organiteooria, hoolimata oma arusaadavast sõnastusest ja välisest ladususest, tekitab suuri raskusi käsitamisel ja analüüsimisel, kõnelemata tema võimalikust rakendamisest. Jellineki laused on õiguslikule faktitsiteedile mittevastavad, ebakohased ja pinnatud, väited vastuoksuslikud või ebatäpsad. Vääratused tema arutlusis on tingitud peamiselt tema avalikkude subjektiivsete õiguste puhttsivilistlikust käsitusest, aga suuresti ka metajuriidilisest meetodist ja ekslikust lähtumisest.

Organite õigusliku olemuse selgitamisel Jellinek lähtub mitte riigist kui kõrgeima võimuga varustatud korporatsioonist ega selle õiguskorra funktsioonidest, vaid riigist kui tsivilistlikust ühingust ja tsivilistlikust juriidilisest isikust. Jellineki *riik*, nagu tsivilistlikult käsitatav vastsündinugi, evib küll subjektiivseid õigusi, on nende „kandjaks", kuid kes vaatamata oma suurele „õigusvõimele" ei saa iseseisvalt teotseda. Nagu see neil puhkudel on tsivilistlikult nõutav, säärast „teovõimetut" peab asendama „teovõimeline" isik, organ, kes siis ei teotse mitte enda nimel ega teosta enda õigusi, vaid ainult asendatava teovõimetu nimel, teostades viimase subjektiivseid õigusi. Kuid selleks, et päästa oma juriidilist riigimõistet ja mitte sattuda vastuollu riigitahte ühtluse ja jagamatusega, Jellinek fusioneerib organid ja riigi üheksainsaks isikuks. Õieti küll riik üksi jääb isikuks, organid on vaid organid, igatahes mitte isikud.

Kuid säärase muistendliku fusioneerimismeetodiga saab samal määral usutavaks teha paljusid muidki lugusid õiguslikust elust. Säärase müütilise seletusviisiga võiks samastada mitte ainult organeid ja riiki, vaid sama eduga fusioneerida ka tsivilistlikke hooldatavaid ja hooldajaid, vanemaid ja lapsi, abielumeest ja -naist, perekonnapead ja perekonnaliikmeid. Eriti ladusasti saaks aga avalikus õiguses samastada kontsentratsioonisüsteemi keskasutisi vastavate kohaasutistega, sest teatavasti evivad ses süsteemis üksnes keskasutised o m a tahet, kuna kohaasutised on vaid selle tahte tahtetuiks käsilasiks ja puhtfaktilisiks sooritajaiks.

Ent fusioneerimismeetod ei päästa Jellineki tsivilistlikke kontseptsioone laostumisest. Kaasaja õiguslik elu ei arvesta neid ning kõneleb sootuks teist keelt. Ja tsivilistlikust juriidilise isiku konstruktsioonist on avaliku õiguse teadused

juba ammu üle sammunud [599]. Kuid oletatagu, et organite ja riigi samastamine on loogiliselt võimalik. Sel puhul oleks õige väita, et kui organid pole isikud ega evi mingeid subjektiivseid õigusi, nagu J e l l i n e k seletab, siis ei evi neid õigusi ka mitte riik, kes ju neist organeist koosneb ja neis elab ning avaldub. Kui, t e i s e k s, organite taga ei seisa ühtki isikut, nagu ütleb J e l l i n e k, siis ei seisa nende taga ka mitte riik. Sääraseid vastuolusid saab ületada ikkagi ainult siis, kui kujutella, et riik on midagi muud ja nimelt midagi r o h k e m kui üksnes oma organite kompleks. Seda kujutlust kinnitavadki J e l l i n e k i oma väited, millekohaselt ainult riik evib oma tahet ja õigusi, kuna organitel need puuduvad. Ses küsimuses on aga lugu tegelikult nii, et ükski organ ei lähe riigilt, selt organite organisatsioonilt küsima, kuidas mõelda, arutella ja teotseda. Tegelikult ja juriidiliselt iga organ väljendab oma tahet ise. Ja on see väljendatud õiguspäraselt, siis omistatakse see riigile ja õiguskorrale. Riigitahe järelikult sünnib organite tahetest, aga mitte organite tahted riigitahtest. Ses mõttes tuleks esikohale asetada just organid.

Arvamus, et riigi ja tema organite vahel ei leidu õiguslikku seost või nagu võiks organite tunnistamine isikuiks lõhestada

---

[599] Vt. eeskätt Carlo V e n d i t t i, *Principii di diritto corporativo*, Napoli 1937, lk. 68 jj. ja seal osundatud kirjandus. *Op. cit.*, lk. 68, *nota* 1: „La Corte di cass. del R e g n o, con la sentenza in data 4 luglio 1930 (*F. it.*, 1930, col. 1137, con nota critica di F o r t i), dichiarò che la „Confederazione Nazionale Sindacati Fascisti di Trieste, come *organo* dello Stato, è esente dall'obbligo di deposito per multa per il ricorso in cassazione"." — Tsivilistlikkude kontseptsioonide kasustamisest avalikus õiguses vt. J è z e, *op. cit.*, I, lk. XV: „... on croyait pouvoir résoudre les problèmes du droit public par les solutions juridiques imaginées les pour résoudre les relations entre particuliers. C'était naturel. Qu'on se rappelle qu'en France les problèmes de droit public ont... été étudiés par des juristes dont la formation juridique intellectuelle avait été exclusivement faite par l'étude du droit privé romain et du droit civil. — On appliquait donc les théories du *contrat civil*, du *mandat civil*, etc., sans s'apercevoir qu'en réalité les problèmes de droit public à résoudre étaient tout différents. — Maintenant que l'on est de plus en plus convaincu qu'à des problèmes *entièrement* différents de ceux du droit civil correspondent et doivent correspondre des théories différentes de celles du droit privé, il conviendrait d'adopter une terminologie moins défectueuse" (lk. XVI). — Vt. ka K e l s e n *Allg. StLehre*, lk. 62 jj., 66 jj. — B a t t a g l i n i, *op. cit.*, lk. 52 jj. ja seal osundatud kirjandus.

riigi ühtlust ja tema tahte jagamatust, pole millegagi põhjendatud. Nagu tsivilistlikult käsitatava vastsündinu suhtes vanemate kohustused, nii ka avalikõiguslikkude asutiste ja teenistujate suhtes riigi kohustused on õiguskorras ette nähtud. Kui aga vastsündinu ja tema vanemate vahekorras ei leidu midagi rohkem kui riigi ja tema organite vahekorras, ega sellepärast saa veel vastsündinut juriidiliselt olematuks tunnistada või teda vanematega samastada. Asutised tohivad teotseda üksnes õiguskorra alusel ja vastavalt seal ettenähtud tingimusile. Seepärast asutiste tahe ei saa juriidiliselt olla midagi muud kui õiguskorra tahe. Õiguskorra tahe aga on riigi tahe, järelikult ei saa ka olla mingit vastuolu riigitahte ja organitahte vahel ka sel puhul, kui tunnistada organid iseseisvaiks isikuiks. Isik olla ei tähenda võimalust teotseda riigivastaselt.

Kui organid pole normiisikud, siis ei saaks jurist neid üldse mitte käsitada, sest siis poleks juristile neid lihtsalt olemaski. Oleksid aga organite pädevused. Ent pädevused ei teotse ega väljenda riigi tahet. Ainult pädevuses näha organi juriidilist loomust tähendaks samastada kaht erinevat asja, organit ja tema pädevust, nagu J e l l i n e k seda teebki.

Eriti võõrastavalt ja ühtlasi ebatõeliselt esildub J e l l i n e k i *tsivilistika* subjektiivsete avalikkude õiguste käsitamises seoses väidetega pädevustülidest ja organeis avalduvast riigist. Et organid pole isikud, siis nad ei saa ka evida mingeid subjektiivseid õigustusi ega kohustusi. Kuid organid siiski igaüks oma isikus ometi vaidlevad üksteisega. Et aga igas organis selle pädevuse piirides ilmutub riik isiklikult, siis järeldub sellest, et juriidiliselt vaidleb organite näol riik iseendaga. Säärane absurdsus ilmneb õige järsult eriti neil korril, mil organ ei vaidle mitte organiga, vaid kodanikuga. See muutub juriidiliselt otse talumatuks sel puhul, kui riik, vaieldes kodanikuga ja ühtlasi iseendaga, lõppeks iseend kodaniku heaks kohustab. Näiteks kodanik esitab riigikassale nõude *condictio indebiti* alusel. Riigikassa, s. t. riik vaidleb vastu. Kodanik kaebab riigikassa, s. o. riigi kohtusse. Kohus, loe riik, mõistab riigikassalt, loe riigilt, kodanikule temalt ülemäära laegatud summad tagasi. Ärgu siin kõneldagu nn. *riigi enesekohustamisest*, sest see mõiste ei päästa enam midagi [600]. Nagu tegelikult on

[600] Vrd. B a t t a g l i n i, *op. cit.*, lk. 45, 42.

raske kujutella säärast normaalset inimest, kes iseendaga vaidlusi peaks, iseend iseenda vastu kohustaks juriidiliselt ja iseendalt kohtulikult midagi nõuaks, niisama raske on kujutella teoreetiliselt juriidilist relatsiooni vaid üheainsa isikuga, sest õigussuhe eeldab mõisteliselt ikkagi kaht iseseisvat eriühikut [601].

Jellineki organiteooria, eitades organit normiisikuna ja organi subjektiivseid õigustusi ning kohustusi, ei vasta õiguslikule tõelikkusele. Kõigile on teada, et kohus kohustub vastu võtma kaebusi ning neid ka arutlema ja otsustama. Haldusasutised on kohustatud ja õigustatud haldama. Parlament on kohustatud ja õigustatud seadusi andma, eelarvet voteerima ning haldusvalvet teostama.

II. NORMATIIVNE ORGANITEOORIA.

Normatiivne organiteooria on seondatud Hans Kelseni nimega. Oma esialgsel kujul ta on saanud üldiselt tuttavaks *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* järgi. Hiljemini on autor tollest loobunud. Tema sellekohane muundatud vaadend on leidnud lõpliku arenduse *Allgemeine Staatslehre* käsitlusis, mille järgi seda alamal skitseeritaksegi.

Riiklik õiguskord, ütleb Kelsen, luuakse kõigis normigradatsioones inimeste kaudu. Viimaste normiloomisfunktsiooni määratleb õiguskord ise, kusjuures kõrgema astme norm tuvastab tingimused, mille kohaselt tuleb luua madalama astme norm [602].

Selle seletuse järgi riigiorgan on kõrgema normi poolt määratud madalama normi looja [603].

---

[601] Vrd. Battaglini, *op. cit.*, lk. 43.

[602] Vt. *Allg. StLehre*, lk. 262: „Die staatliche Ordnung wird in allen ihren Stufen durch Menschen erzeugt, deren normsetzende Funktion durch die Ordnung selbst bestimmt wird, indem die Norm höherer Stufe die Bedingungen festsetzt unter denen die Norm niederer Stufe geschöpft wird."

[603] *Ib.*: Staatsorgan im Sinne eines die staatliche Ordnung schaffenden Werkzeuges ist somit der durch die Norm höherer Stufe bestimmte Setzer der Norm niederer Stufe."

Nagu eelesitatud mõistemäärangust nähtub, Kelseni mõttes organ ei tähista õiguskorra kõikide funktsioonide teostajaid. Normivaba funktsiooni teostajad, näiteks, pole organeiks. Organeiks on üksnes normiloojad, seega üksnes normatiivfunktsiooni teostajad. Normiloomist aga mõistetakse niihästi *normiloomisena* tavalise traditsioonilise terminoloogia mõttes kui ka *normirakendamisena.* Normirakendamist aga käsitatakse juba loodud normide konkretiseerimisena, s. o. säärase tegevusena, mille otseseks tulemuseks on taas normide loomine [604].

Kelseni organimõiste väliseiks käsitsemispiirideks on ülalt *fundamentaalnorm* ning alt *puhtfaktiline teotsemine.* Fundamentaalnorm on Kelseni õigusteoorias teatavasti vaid kehtiva õigussüsteemi tunnetuspäraseks eelduseks. Et see norm pole mitte positiivõiguslik, siis on mõistetav, et tema loojat ei saagi olla. Fundamentaalnorm aga määratleb juba järgneva astme normide loojad. Siitpeale on tegemist esimese astme positiivsete normidega ja neid loovate organitega. Need normid määratlevad teise astme, viimased kolmanda jne. astmete normiloovad organid. Organiks pole aga enam selle akti toimetaja, mis ise enam mingeid norme ei loo ega konkretiseeri, küll aga norme teostab, arendades puhtfaktilist tegevust [605].

Kelseni organiteooriale lisandatagu selgituseks, et normiloomist ei käsitata mitte üksnes avalikõiguslikkude organite sellesihilise tegevusena. Nagu ülemal-esildatud arutlusist juba varemini selgus, võivad norme luua ka kodanikud avalikõiguslikkude isikutena, ilma et nad oleksid määratud avalikku

---

[604] *Ib.*: „Das Staatsorgan ist im Verhältnis zu der höheren, seine normerzeugende Funktion bestimmenden Norm stets Vollzieher, legis executor, und gegenüber der durch seine eigene Funktion zu setzenden Norm zugleich Erzeuger, legis lator."

[605] *Op. cit.*, lk. 263: „Aus dem Begriff des Staatsorgans als eines die staatliche Ordnung schaffenden Werkzeugs fallen beide Grenzfälle aus. Der die hypothetische Grundnorm Voraussetzende, weil seine Funktion nicht als Rechtserzeugung im Sinne einer Setzung positiven Rechts in Betracht kommt; diejenigen aber, die die nackten, keiner niederen Stufe mehr als Norm übergeordneten Tatbestände setzen, weil hinter ihnen schon die — als System von Normen — vollendete Rechtsordnung steht."

teenistusse. Samuti loovad norme ka kodanikud eraisikutena, toimetades normatiivseid tsiviilakte. Kokkukõlas oma õigusteooria põhimõtetega, mis ei tunnusta vahet avaliku ja eraõiguse vahel, Kelsen loeb avalikõiguslikkude normiloojate kõrval võrdselt organeiks ka kodanikke, küsimata sellest, millisteks isikuteks neid õiguskord kvalifitseerib [606].

Organite õiguslikku seisundisse puutuvalt, tähendab Kelsen, tuleb pidada eksituseks organite käsitamist mingi loodusliku faktumina. Organite olelu tähendab organisatsiooni olelut. Viimane eeldab aga õiguskorra olelut. Seepärast organ väljaspool korra relatsiooni oleks täielik mõttetus. Väljastpoolt õiguskorda vaadatuna organ oleks olm või olmastik, mida õigus nagu eset normeerib ja personifitseerib. Normiloova subjektina organ on normiisikuks õigusdünaamika süsteemis. See normiisik ei teotse mitte enese huvides ja enda jaoks. Ta teostab õiguskorra funktsioone, teenides niiviisi õiguskorda, sama õiguskorra alusel. Tema tahe on õiguskorra tahe, sest see on õiguskorras determineeritud. Tema teod omistatakse seepärast õiguskorrale, s. o. riigile, sest riik ja õiguskord on Kelseni mõttes üks ja sama nähtus [607].

Kelseni normatiivne organiteooria pälvib moodsate juristide täit tähelepanu. Temas on organite probleem metodoloogiliselt õigesti püstitatud ja organite juriidiline olemus õigesti valgustatud, muidugi täies kokkukõlas tema õiguse- ja riigiõpetuse iseärasustega. Viimaseist tingitult pole ometi võimalik Kelseni organiteooriat aktsepteerida teatavate korrektiivideta. Nagu juba varemini küllaldaselt põhjendati, tuleb,

---

[606] *Ib.*: „Sofern im Begriff des Staatsorgans nur der Gedanke der Rechtserzeugung, nur das Prinzip einer die staatliche Ordnung schaffenden Funktion liegt, ist kein Grund vorhanden, den ein Rechtsgeschäft setzenden Parteien den Charakter von Staatsorganen zu verweigern . . ."

[607] Vt. kõigepealt *op. cit.*, lk. 62 jj., 266: „Das Staatsorgan als Subjekt ist offenbar nur die Rechtsperson im Hinblick auf die Rechtserzeugung oder Rechtsvollziehung. Es ist der Begriff der Rechtsperson im System der Rechtsdynamik. So wie die „Person" im allgemeinen, so ist auch das Staatsorgan" im besonderen die Personifikation eines spezifischen Tatbestandes oder Tatbestandkomplexes." — „Ein Organ ohne Ordnung ist ein Ungedanke" (lk. 270). — Vt. ka *op. cit.*, lk. 267, 78, 98.

esiteks, ühe korrektiivina teha vahet avaliku ja eraõiguse vahel ja, teiseks, hüljata loogiliselt tarvilikuks peetud, kuid õiguskorra mõttes täiesti aloogiline fundamentaalnorm.

Kui teha vahet avaliku ja eraõiguse vahel, siis oleks puhtterminoloogilisil kaalutlusil mõttetu avardada organimõistet eraisikute kontingenti [608], sest siis oleksid organite ja vähemalt iseseisvalt teotseda võivate normiisikute mõisted täiesti võrdsed.

Kui aga loobuda ka asjatust fundamentaalnormist, siis pole enam mõtet tuua organimõiste määrangusse kõrgema ja madalama astme normide suhet. Sel korral ühtlasi ahendub vastava määrangu maht. Kelseni sõnastatud mõistesse paigutuvad ka igasugused organisatsioonid, muu hulgas isegi terved korporatsioonid, nagu kogukond, huvikond, provints, osariik ning koguni riik ise [609]. Korporatsioonid aga ei või tulla arvesse organitena.

Tehtavate korrektiivide tulemusena organi normatiivne määrang saaks sisult ja mahult täiesti võrdseks traditsioonilise teooria määranguga. Sest

(146) *organiteks tavatsetakse nimetada õiguskorra normatiivfunktsiooni avalikõiguslikke teostajaid* [610].

---

[608] Vrd. Somló, *op. cit.*, lk. 324: „Die Staatsbürgerpflichten an sich machen den Untergebenen noch nicht zum Organ. Wird aber der Soldat mit einer Aufgabe betraut, die ein Befehlen oder ein Durchsetzen von Befehlen erfordert, so ist er Organ". — „Auch wer zum Befehlen von der Rechtsmacht bloss ermächtigt, nicht aber verpflichtet ist, wird dadurch nicht zum Organ, wie auch nicht derjenige, der bloss von solch einem Ermächtigten zum Befehlen verpflichtet worden ist (privates Dienstverhältnis)" (lk. 325).

[609] Vt. selle mõiste arendust, Merkl, *op. cit.*, lk. 290 jj., eriti 292: „Ist eine Organisation — im Sinne des Produktes der rechtlichen Organisierung — (in der vielleicht kühn anmutenden, aber treffenden Terminologie Kelsens) selbst Organ, dann ist auch die umfassendste rechtliche Organisation — eben der Staat — in dem vorstehend umschriebenen Sinn Organ..."

[610] Ses mõttes pälvib tähelepanu mõistemäärang, mille esitab Somló, *op. cit.*, lk. 324: „Wenn die Rechtsmacht irgendwelche ihrer Untergebenen mit der Setzung von... Normen, oder mit deren Durchsetzung beauftragt, so nennen wir diese Untergebenen Organe der Rechtsmacht, oder, wieder im übertragenen Sinne, des Staates: Staatsorgane." —

Kuid tähendatagu, et organi terminit kasustatakse juba ka teisiti kui selles t a v a l i s e s m õ t t e s. Eriti viimaseil aastail on isegi teaduslikes käsitlusis (olgugi rohkem ebateadlikult ja ebakriitiliselt) üha laialdasemalt juurdumas terminoloogia, mille järgi organeid samastatakse kõigi funktsioonide avalikõiguslikkude teostajatega. Organite mõistet on hakatud käsitama niihästi normatiivse kui ka normivaba funktsiooni teostajate mõttes. Säärase avarama mõiste järgi organid oleksid ka koolid, vanglad, sõjavägi, post, telefon, telegraaf, raadio, riigiteater, linnakino, avalikud raamatukogud, laboratooriumid ja haiglad.

Organimõiste säärase avardamise vastu pole esitada mingeid formaalloogilisi ega terminoloogilisi kahtlusi. Hoopis selle vastu, säärane mõiste tunduks avalikus õiguses olevat kõigiti loomulik. Tema tõttu saaks ka organite liigitus märksa lihtsam ja selgem senisest. Temaga saaks ka normivaba funktsiooni teostajate jaoks üldine termin, mis tänini on hoopis puudunud. Eriti oleks ta süstematoloogiliselt igati kokkukõlas käesolevas teoses esildatud teaduslikkude teesidega. Seepärast s ü s t e m a t o l o o g i l i s e s m õ t t e s.

(147) *organiteks tuleks nimetada õiguskorra funktsioonide avalikõiguslikke teostajaid.*

Säärase määrangu tarvitusele võtmise puhul tuleks organeid ennekõike liigitada normatiivseiks ehk ametiorganeiks ja faktilisiks ehk teoorganeiks. N o r m a t i i v s e d organid oleksid organid tavalises mõttes, f a k t i l i s e d aga normivaba funktsiooni organid.

Õiguskorra funktsioonide teostamiseks tuleb nende avalikõiguslikel teostajail arendada lakkamatult vastavasihilist pidevat tegevust.

(148) *Kestvat tegevust õiguskorra funktsioonide teostamiseks tavatsetakse nimetada avalikuks teenistuseks* [611].

Sellega vastuolus, *op. cit.*, lk. 327, kus kõneldakse organite tegevusest ka puhtfaktilise teotsemise mõttes.

[611] K e s t u s e momendi rõhutamist vastavas määrangus vt. eriti J è z e, *op. cit.*, II, lk. 2 jj. — H. B e r t h é l e m y, *Traité élémentaire de*

Tegevuse kestusena mõeldakse säärases määrangus vaid põhimõttelist, mitte tegelikku kestust [612]. Kestuse momendi esildamisega, tahetakse eraldada, esiteks, avalik teenistus mõisteliselt funktsioonide teostamisest. Seega tahetakse järelikult rõhutada, et funktsioonide teostamine ja avalik teenistus pole *identsed* mõisted [613]. Teiseks eraldatakse selle momendi varal avalik teenistus igasugusest erategevusest, sest viimane ei tähenda funktsioonide kestvat teostamist [614]. Kolmandaks tahetakse sellesõnalise määrangu

---

droit administratif, Paris 1926, lk. 52. — Erinevalt näiteks Forti, *op. cit.*, I, lk. 227, leides olevat anche funzioni di natura transitoria. — Hoopis avaralt aga Gascón y Marin, *op. cit.*, I, lk. 232: „Elemento fundamental de la noción del servicio público en nuestro Derecho, a juzgar por lo resuelto por la jurisprudencia administrativa, es el de tener por „objeto inmediato y directo la satisfacción de una necesidad pública"; mas, para que haya servicio público no basta la satisfacción de la necesidad pública, sino que este modo de satisfacerla debe estar asegurado de modo *regular y continuo;* la regularidad y la continuidad deben ser notas caracteristicas del servicio público; asi se advierte en las más modernas definiciones: „servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública"." — Sakslased tavatsevad vastavas mõistemäärangus esildada Verpflichtung zur Treue und zum Gehorsam, vt. eriti Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Berlin 1929, lk. 342, jättes rõhutamata vastava tegevuse kestuse momendi.

[612] Mistõttu tegelikult on võimalik teenistust liigitada *temporaalseks* ehk ajutiseks, s. o. tähtajaliseks, ja *permanentseks* ehk alatiseks, s. o. tähtajatuks. — Vt. Forti, *op. cit.*, *ib.*

[613] Vrd. Michele La Torre, *Elementi di diritto amministrativo* con particolare riguardo alla legislazione italiana, Principii fondamentali, Milano 1925, lk. 58, *nota* 6: „*Attività* è concetto correlativo a quello di *funzione;* per altro nell'indagare sulla *funzione* di un organo ricerchiamo specialmente lo *scopo;* mentre nell'indagare sull'attività di un organo, ci poniamo da un punto di vista più generale."

[614] Vrd. Gascón y Marin, *op. cit.*, I, lk. 231: „No todas las necesidades públicas están satisfechas por la Administración pública: unas quedan a cargo de la actividad particular...; en otras actúan concurrentemente la actividad de la Administración pública y la de los particulares; otras necesidades quedan únicamente a cargo de la Administración. Ni siempre la Administración emplea los mismos procedimientos para dar satisfacción a tales necesidades, que unas veces son satisfechas por los medios denominados de gestión privada y otras por la gestión

kaudu eraldada avalikust teenistusest teinekord funktsioonide teostamiseks vajalikuks osutuvad *singulaaraktsioonid*. Lühiajaliselt vältav üksik tegu konkreetseks üksikülesandeks selle määrangu järgi ei kuulu avalikku teenistusse, kui seda laadi üksikülesandeid üldse ei kordu või kordub õige harva. Nii, näiteks, ei või tunnistada sel põhjusel avalikuks teenistuseks esinemist oskurina, tunnistajana või vandekohtunikuna [615].

(149) *Avalikku teenistusse määratud või avalikuks teenistuseks legitimeeritud üksikisikuid nimetatakse avalikeks teenistujaiks* [616].

Avalikku teenistusse määramisega on tegemist siis, kui vastav isik kutsutakse teenistujaks haldusorgani poolt, olgu tsiviiltehingu alusel, olgu avalikõigusliku *nimetamise* või *valimise* teel. Legitimeerumisega on aga tegemist siis, kui sellekohaseile tingimusile vastav isik õigustub astuma avalikku teenistusse ilma ühegi organi kaasteotsemiseta.

Nagu organidki, on kõik avalikud teenistujad õiguskorra funktsioonide teostajaiks. Vahe tuleb nähtavale, esiteks, selles, et organid võivad olla moodustatud nii *individuaalsetena* ehk ühepeastena, s. o. ühest üksikisikust koosnevatena, kui ka *kollektiividena* ehk mitmepeastena, s. o. mitmest üksikisikust koosnevatena [617]. Avalikud teenistujad aga on alati individu-

---

pública, por los del servicio público, en ocasiones limitase a dar medios a los particulares, estimulando su actuación y en otras se encarga ella misma de crear el organismo y mediante él realizar el servicio."

[615] Erinevalt näiteks W. Jellinek, *op. cit., ib.*

[616] Hoolimata sellest, et avaliku teenistuse mõiste määrangus juba esildatakse vastava tegevuse kestuse moment, mõningad autorid tavatsevad viimast rõhutada ka veel avalikkude teenistujate kontseptsioonis. Vt. Berthélemy, *op. cit.*, lk. 52: „Disons que les fonctionnaires sont, en général, ceux qui, ayant accepté une nomination de l'administration à un poste déterminé, collaborent d'une manière continue à la gestion de la chose publique." Vt. ka *ib., nota* 1.

[617] Vrd. Forti, *op. cit.*, I, lk. 227: „Innanzi tutto gli organi si possono distinguere a *seconda della loro costituzione*, cioè a seconda che siano organi *individuali* od organi *collegiali*. La nozione di organo individuale non ha bisogno di molti chiarimenti. Sono organi individuali quelli costituiti da quei pubblici uffici a cui è preposta una sola persona fisica ... Sono

aalsed normiisikud. Teiseks organid tavalises mõttes on üksnes normatiivfunktsiooni teostajaiks, kuna avalikud teenistujad on kõigi funktsioonide teostajaiks.

(150) *Avalikud teenistujad, kes teostavad normatiivfunktsiooni, on ametnikud* [618].

Kõik ametnikud on ühtlasi ka organid.

Normivaba funktsiooni valdkonnas avalikud teenistujad rühmituvad *teenijaiks* ja *töölisiks*. Teenijad on teenistujad, kes teotsevad vaimseil, töölised aga need, kes teotsevad füüsilisil tegevusaladel [619].

Teenijad ja töölised pole organid tavalises mõttes.

Õiguskorra funktsioone teostavaid kollektiivisikuid tavatsetakse nimetada asutisiks [620], mis liigituvad ameti- ja teoasutisiks.

(151) *Normatiivfunktsiooni teostavaid kollektiivisikuid nimetatakse ametiasutisiks* [621].

Kõik ametiasutised on ühtlasi ka organid ja nimelt kollektiivorganid.

---

organi collegiali quei pubblici uffici nei quali invece l'esercizio della publica funzione è affidato collettivamente a una pluralità di persone fisiche, che agiscono nell'ambito della loro competenza permanentemente e in base ad un ordinamento interno." Säärase terminoloogia korrigeerimiseks vt. Carlo F. Ferraris, *Diritto amministrativo*, I, Padova 1922, lk. 198.

[618] Avalikkude teenistujate liigitus ametnikeks ja mitteametnikeks, s. o. teenijaiks ning töölisiks on kõigis mais üldiselt tunnustatud. Vt. eeskätt Gascón y Marin, *op. cit.*, I, lk. 291. — Berthélemy, *op. cit.*, lk. 56 jj. — Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris 1930, lk. 265. — Jèze, *op. cit.*, II, lk. 215 jj. — Maurice Journé, *Précis de droit administratif*, Paris 1925, lk. 223 jj. — Bonnard, *op. cit.*, lk. 223 j. — Oda, *op. cit.*, lk. 143 jj. — Maurice Vauthier, *Précis du droit administratif de la Belgique*, Bruxelles 1928, lk. 38 jj. — Santi Romano, *Corso di diritto amministrativo, Principii generali*, Padova 1932, lk. 103 jj. — Ferraris, *op. cit.*, I, lk. 92 jj., II, lk. 183 jj. — Luigi Raggi, *Diritto amministrativo*, IV, Padova 1935, lk. 196 jj. — Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, lk. 243 ja seal osundatud üksikasjaline kirjandus.

[619] Vt. *nota* 618 osundatud teosed, *ib.*, lisaks Laforet, *op. cit.*, lk. 99 j.

[620] Vrd. Merkl, *op. cit.*, lk. 305 jj.

[621] *Op. cit.*, lk. 306: *Behörden.*

(152) *Normivaba funktsiooni teostavaid kollektiivisikuid nimetatakse teoasutisiks* [622].

Teoasutisi ei loeta organeiks tavalises mõttes [623].

Nii ameti- kui ka teoasutised on k o l l e k t i i v i s i k u d, vastandina neis või väljaspool neid teotsevaile avalikele teenistujaile. Nemad kui organisatsioonid võivad enese seesmuses evida teisi asutisi nii ameti- kui ka teoasutistena, aga isegi korporatsioone, mis omakord evivad organeid, teenistujaid ja ameti- ning teoasutisi.

§ 11. Õiguskorra põhifunktsioonide teostamise süsteemide liigitus.

I. ÕIGUSKORRA PÕHIFUNKTSIOONID MATERIAALSES JA FORMAALSES MÕTTES.

Rööbiti liigitusega avalikeks teenistujaiks ja asutisiks tuleb organeid rühmitada vastavate f u n k t s i o o n i d e j ä r g i. Legislatiivfunktsiooni teostajaid nimetatakse lihtsalt legislatiiv- ehk *seadusandlusorganeiks*, administratiiv- ehk haldusfunktsiooni teostajaid *haldusorganeiks* ja jurisdiktsioonilise ehk kohtufunktsiooni teostajaid *kohtuorganeiks*. Neil juhtumeil, mil ei mõelda mõnd üksikut nimeliselt mainitavat organit, vaid sellekohase funktsiooni organeid ü l d s e, tavatsetakse *pro* seadusandlusorganid öelda legislatsioon ehk *seadusandlus*, *pro* haldusorganid lihtsalt administratsioon ehk *haldus* ja *pro* kohtuorganid jurisdiktsioon ehk *kohus* [624], seda aga muidugi

---

[622] *Op. cit.*, lk. 306 j.: *Anstalten.* — V a n a n e n u k s tuleb tunnistada teoasutiste traditsionalistide määrang. Tüüpilisemalt H e r r n r i t t, *Grundlehren*, lk. 229: „... auf sachlicher Grundlage beruhender Komplex technischer Einrichtungen für dauernde Gemeinschaftszwecke." Arvustust vt. M e r k l, *op. cit., ib.*

[623] Teisiti M e r k l, *op. cit., ib.*

[624] Ses suhtes tähendab L a T o r r e, *op. cit.*, lk. 63: „Una *idea madre*, che a nostro avviso non ha avuto tutto lo sviluppo di cui era suscettibile, è la seguente: nella nostra lingua, come in quella francese, ed in quella tedesca, la parola *amministrazione* ha due significati diversi: quella

vaid neil korril, kui funktsiooni termini kasustamine vastavate organite kompleksi tähistamiseks ei häiri nii väljendatava mõtte selgust.

T e o r e e t i l i s e l t oleks täiesti loomulik, et organite p ä d e v u s [625] määrataks niiviisi, et sinna kuuluksid vaid ülesanded üksnes üheainsa kindla põhifunktsiooni alalt. Oleks loomulik, et legislatiivorganid tegeleksid ainult ülesannetega legislatiivfunktsiooni valdkonnast, administratiivorganid teostaksid ainult haldusfunktsiooni ja kohtuorganid tegeleksid vaid õigusemõistlemisega, kuna aga normivaba faktilise tegevuse arendamiseks oleksid kutsutud sellekohased eriasutised ja eriteenistujad, moodustades vastava iseseisva ametkonna.

T e g e l i k u l t pole tänini esinenud ühtki riiki, mille õiguskorras oleks selline organite tegevusväljade piiritamine aset leidnud [626]. Tegelikult on ikka nii, et üks ja sama organ tegeleb ülesannetega mitmete põhifunktsioonide aladelt. Legislatiivorgan teostab oma põhifunktsiooni kõrval veel ka o s a l i s e l t haldus- ja kohtufunktsiooni. Administratiivorgan tegeleb oma haldusasjade kõrval samuti ka seadusandlus- ja kohtu-

---

di attività amministrativa, e quella di Ente singolo, che quell'attività produce; in altre parole, colla stessa parola, si designano taluni particolari *soggetti*, e l'attività dei soggetti stessi." — G o o d n o w, *op. cit.*, lk. 7: „For the word [administration], when accompanied by the definite article, is used to indicate an organization. „The administration" means popularly the most important administrative authorities."

[625] D o g m a a t i l i s e l t toimub üksikute põhifunktsioonide piiritamine vastavate organite sellekohase p ä d e v u s e piiritamise teel. — Vrd. Fritz S a n d e r, *Allgemeine Staatslehre*, Eine Grundlegung, Brünn-Prag-Leipzig-Wien 1936, lk. 265: „Im Sinne der den Grundsatz der Gewaltenteilung annehmenden Verfassungsurkunden kann freilich das Wort „Gewalt" eigentlich nur die Bedeutung von „Zuständigkeit" haben, indem in den Verfassungsurkunden auf eine Verteilung von besonderen Zuständigkeiten gezielt wird, mit welcher *Zuständigkeitsverteilung* sich aber auch eine entsprechende *Machtverteilung* ergeben soll, indem damit gerechnet wird, dass mit der Zuteilung der verschiedenen Zuständigkeiten sich auch die entsprechenden Mächte ergeben werden."

[626] Vt. väga huvitavaid märkmeid ses suhtes A u s t i n, *op. cit.*, I, lk. 250.

asjadega ning kohus teatava määrani ka seadusandlus- ja haldusasjadega [627].

P õ h j u s t e k s, miks organite pädevust ei piiritata ühe kindla põhifunktsiooni alaga, on osaliselt mõningad puhtfaktilist laadi asjaolud, suuremalt jaolt aga siiski õiguskorra ideoloogiast tingitud praktilis-poliitilised kaalutlused.

E s i t e k s pole tegelikult mingil moel võimalik eraldada üht osa normivaba materiaalset tegevust normatiivsest. Nimelt pole võimalik normatiivtoiminguist lahutada neid normivabu toiminguid, mis on tarvilikud haldus-, kohtu- ja seadusandlusaktide toimetamiseks [628]. Sääraseid faktilisi toiminguid peavad vastavad organid ise sooritama. Vastasel korral nad ei saaks üldse mitte teotseda. Järelikult on faktiliselt paratamatu, et kõik normatiivfunktsiooni organid tegeleksid ühtlasi ka normivabade toimingutega ja sooritaksid neid vähemalt oma otseste ülesannete ettevalmistamiseks ja nende teostamise võimaldamiseks.

T e i s e k s pole faktiliselt võimalik ka seda osa normivabast tegevusest käsitseda iseseisva põhifunktsioonina, mis tegelikult arendatakse täiesti l a h u s normatiivfunktsiooni teostamisest, nagu, näiteks, avalikkude tööde ja sellekohaste töölaagrite korraldamist, õppetegevust riiklikes või kogukondlikes kooles, hoonete, tänavate, väljakute ja parkide korrastamist jne. Säärasegi faktilise tegevuse arendamine on võimalik tegelikult ikka ainult vastavate haldusasutiste ja -ametnikkude kaudu. Normivaba funktsiooni teostamine võib avalikõiguslikult toimuda vaid juhtimise teel. Juhtimine on aga halduse normatiivne tegevus. Seetõttu kuulub see osa normivabast

---

[627] Vt. lähemalt R o b s o n, *op. cit.*, lk. 19 jj., 23 jj. — P o r t, *op. cit.*, lk. 120 jj., 188 jj. — W h i t e, *op. cit.*, lk. 23 jj.

[628] Väga õieti seletab L a T o r r e, *op. cit.*, lk. 136: „... attività amministrativa e tecnica sono fra loro intimamente collegate: la risoluzione erronea di problemi tecnici a volte importerà l'illegittimità, a volte l'inefficacia, a volte la non convenienza dell'azione amministrativa. *In molti casi* l'azione tecnica non è che un lato, un'aspetto dell'azione amministrativa; e tuttavia, esisterebbe *sempre* un'attività tecnica, e questa sarebbe sempre dello Stato, oltre che degli individui dei quali esso si serve ..."

tegevusest haldusfunktsiooni valdkonda. Neil faktilisil asjaoludel pole leida üheski riigis iseseisvaid organeid normivaba funktsiooni teostamiseks seadusandlus-, haldus- ja kohtuorganite kõrval.

K o l m a n d a k s pole võimalik tegelikult ka seadusandlust teostada, kui vastavad organid ei toimetaks üldaktide andmiseks vajalikke eksekutiivakte. Seaduste vastuvõtmist tuleb ju ette valmistada paljude haldusaktide abil. Neidsamu akte tuleb kasustada ka kohtul õigust mõisteldes. Haldus, samuti ka kohus vajab omakord teatavaid legislatiivakte alluvate asutiste ja teenistujate instrueerimiseks ja juhistamiseks üldjuhtudel. P u h t p o l i i t i l i s i l kaalutlusil võidakse aga omistada vastavaile organeile võõrfunktsioonide aladelt muidki ülesandeid. Neil motiivel tavatsetaksegi haldusele võimaldada täita õige suurel määral seadusandluse ülesandeid, aga ka tegelda õigusemõistlemisega vähemalt haldusasjus. Samuti tavatsetakse võimaldada seadusandlusele teha üldisest korrast eriti poliitiliselt tähtsais asjus erandeid ja otsustada mõningaid ametialaseid süütegusid kohtu asemel.

Eelöeldust selgub, et säärases normatiivses olustikus pole enam õige kõnelda seadusandlus-, haldus- ja kohtuorganeist ülemal-esildatud määrangute mõttes. Pole, näiteks, sugugi täppis öelda, et seadusandlusorgan on organ, mille ülesandeks on teostada legislatiivfunktsiooni või toimetada üldakte. Oma p e a m i s e funktsiooni kõrval ühe põhifunktsiooni organ teostab ka temale k õ r v a l i s i funktsioone [629].

Tähendatud põhjusel riigi- ja haldusõigusteaduses on hakatud käsitlema õiguskorra põhifunktsioone, organeid ja nende akte k a h e s e r i n e v a s m õ t t e s: *materiaalses* ja *formaalses.*

Igasugune õiguskorra alusel arendatav tegevus on tegelikult alati teatavate n o r m i i s i k u t e tegevus. Nagu õiguskorda pole võimalik kujutella ilma vastava rahvata, nii pole võimalik ka tegevust kujutella teda arendava isikuta. Kuid teaduslikus a b s t r a k t s e s vaatluses on siiski tarvidus käsi-

---

[629] P e a m i s e ja k õ r v a l i s e funktsiooni mõisteist lähemalt vt. M e r k l, *op. cit.*, lk. 18 j.

tella õiguskorra alusel arendatavat tegevust kui puhast *tegevust* ja iseloomustada viimast temas leiduvate üldiste teoreetiliste tunnuste varal. Säärases abstraktses käsitelus elimineeritakse vastavat funktsiooni teostava isiku kujutelm täielikult [630]. Kui õiguskorra alusel arendatavat tegevust analüüsitakse süstematoloogiliselt struktuursete sisetunnuste alusel ning nende tunnuste varal määratellakse vastavat tegevust õiguskorra põhifunktsioonina, siis käsitatakse viimaste mõistemääranguid materiaalses, objektiivses ehk teoreetilises mõttes. Kui aga tegevuse vaatlemisel ei lähtuta mitte enam tegevusest *qua* tegevusest, vaid seda tegevust harrastama kutsutud organist, kes oma põhifunktsiooni kõrval teostab veel ka teistesse funktsioonidesse kuuluvaid ülesandeid, siis käsitatakse vastava organi materiaalselt mõistetud funktsioone selle organi funktsioonina formaalses, subjektiivses [631] ehk dogmaatilises mõttes. Nagu neist siin-esildatud määranguist nähtub, eeldab funktsioonide formaalne mõiste funktsioonide materiaalset mõistet [632], sest formaalselt mõistetud funktsioon pole midagi muud kui vastavat materiaalselt mõistetud põhifunktsiooni teostava organi kõik materiaalselt mõistetud funktsioonid kokku.

Sellekohaselt legislatiivfunktsioon formaalses mõttes haarab endasse materiaalselt mõistetud

1) *seadusandlusfunktsiooni,* sest see on vastavate seadusandlusorganite põhiliseks funktsiooniks, mille kõrvalfunktsioonidena arvestatakse

2) *haldusfunktsiooni* [633] ja

---

[630] Vt. ka *Teooria,* lk. 25 j.

[631] Tarvitatavamaks terminite paariks on *materiaalne-formaalne,* kuid eriti itaalia ja hispaania kirjanduses on pääsenud kehtima ka *objektiivne-subjektiivne.* — Vt. Raneletti, *op. cit.,* I, lk. 281 jj. — Gascón y Marin, *op. cit.,* I, lk. 207 jj., 230 j.

[632] Vrd. Duguit, *op. cit.,* II, lk. 136: „Pour distinguer du point de vue juridique les diverses fonctions de l'État, il faut se placer exclusivement au point de vue matériel, c'est-à-dire considérer les actes accomplis dans leur nature interne, abstraction complète faite de l'organe, de l'agent qui est intervenu."

[633] Vt. *supra, nota* 627. — Gascón y Marin, *op. cit.,* I, lk. 209 jj.: *modos de intervenir el Poder legislativo en la Administración.*

3) *kohtufunktsiooni*[634]. Peale mainitute aga ka veel

4) *normivaba funktsiooni,* kuivõrra viimane on lahutamatult seotud seadusandlus-, haldus- ja kohtufunktsiooni tegeliku teostamisega[635].

Vastavalt sisaldab ka haldusfunktsioon formaalses mõttes materiaalselt mõistetud

1) *haldusfunktsiooni* vastavate organite põhilisema funktsioonina,

2) *seadusandlusfunktsiooni*[636] ja

3) *kohtufunktsiooni,* millede kui halduse kõrvaliste funktsioonide ülesanded on arvatud vastavate organite pädevusse kuuluvaiks[637]. Lõppeks mainitagu haldusfunktsioonis formaalses mõttes ka veel

4) *normivaba funktsiooni* niihästi normatiivfunktsiooni teostamisega seoses kui ka viimasest lahus esinevana. Haldusfunktsiooni formaalses mõttes üldiselt aga ei arvata haldusorganite eraõiguslikult arendatavat tegevust[638].

---

[634] Vt. *supra, nota* 627. — Austin, *op. cit.*, I, lk. 250.

[635] Vrd. La Torre, *op. cit.*, lk. 66: „... prendendo a base dell'idagine la legislazione, le forme miste più evidenti saranno tre:

1° legislativo-giurisdizionale ...;

2° legislativo-amministrativa ...;

3° amministrativo-legislativa ...

È dubbio invece che esista una attività giurisdizionale-legislativa..."

[636] Vt. *supra, nota* 627. — Gascón y Marin, *op. cit.*, I, lk. 212 jj.: *intervención del Poder ejecutivo en lo legislativo.*

[637] Vt. *supra, nota* 627, 634.

[638] Vrd. La Torre, *op. cit.*, lk. 65: „... attività amministrative miste possono essere brevemente denominate ciascuna con un proprio nome, composto di due termini, di cui il primo rispecchi il carattere del *soggetto agente* (e perciò di regola il carattere della forma esterna dell'atto) ed il secondo la *sostanza* di esso atto. Pertanto tali attività miste sarebbe le seguenti:

1° amministrativo-giurisdizionale ...;

2° amministrativo-legislativa ...;

3° legislativo-amministrativa ...;

4° giurisdizionale-amministrativa ..."

Tähendatagu, et prantsuse õiguses halduse eraõiguslikult arendatav tegevus arvatakse siiski kuuluvaks haldusfunktsiooni formaalses mõttes.

Samuti ka kohtufunktsioonis formaalses mõttes loendatagu

1) põhilisema funktsioonina *kohtufunktsiooni* materiaalses mõttes,

2) *seadusandlusfunktsiooni*[639] ja

3) *haldusfunktsiooni* materiaalses mõttes[640] kõrvaliste funktsioonidena, aga ka

4) *normatiivse funktsiooni* teostamisega seoses esinevat *normivaba tegevust*[641].

Eelöeldust peaks olema juba ka selgunud, et formaalselt mõistetud seadusandlusfunktsiooni organ on seadusandlusorgan vaid formaalses mõttes, samuti nagu haldus- ja kohtuorgan on seda üksnes formaalses käsituses.

Vastavalt õiguskorra funktsioonide käsitlemisele kahes eri mõttes, tuleb ka sellekohaseid akte kvalifitseerida formaalses ja materiaalses mõttes. Materiaalsete legislatiiv- ja eksekutiivaktide kõrval tuleb mainida ka formaalseid legislatiiv- ja eksekutiivakte. Vastava põhifunktsiooni vaatekohast nähtuna iga seda funktsiooni teostav akt on selle funktsiooni materiaalne akt, organi järgi kvalifitseerituna sama toiming on formaalne akt, küsimata sellest, mis funktsiooni ta teostab. Toimetab haldusorgan mingi legislatiivakti, siis see on tema haldusakt formaalses mõttes, funktsiooni järgi jääb aga ikkagi seadusandlusaktiks materiaalses mõttes. Iga akt, mis tuleb legislatiivorganilt, on legislatiivakt formaalses mõttes, materiaalses mõttes sama akt aga võib olla sootuks teine. Ta võib olla haldusakt, kui see teostab administratiivfunktsiooni, või koguni kohtuakt, kui sellega teostatakse jurisdiktsioonilist funktsiooni[642].

---

[639] Vt. Kliimann, *Haldusprotsess*, lk. 50 j.

[640] Vrd. eeskätt Gascón y Marin, *op. cit.*, I, lk. 220 jj. — Ka Duguit, *op. cit.*, II, lk. 326.

[641] Vrd. La Torre, *op. cit.*, lk. 66: „Prendendo ... a base la giurisdizione, avremo queste tre forme:

1° giurisdizionale-amministrativa ...;

2° amministrativo-giurisdizionale ...;

3° legislativo-giurisdizionale ...

È dubbio ... se vi sia una attività giurisdizionale-legislativa."

[642] Vt. Kliimann, *op. cit.*, lk. 29. — Formaalse legislatiivfunktsiooni organit nimetatakse seaduseandjaks, sellekohast kollegiaalorganit

II. ÕIGUSKORRA PÕHIFUNKTSIOONIDE ÜHISUS- JA LAHUSUSSÜSTEEM.

Käsitelnud ülemal õiguskorra põhifunktsioonide teostamist vastavate eriorganite kaudu, selgus, et viimaseil tuleb oma erifunktsiooni põhiliste ülesannete kõrval alati teostada ka k õ r v a l i s i ülesandeid võõrfunktsioonide aladelt. Kuid konkreetne õiguskord võib organite funktsionaalselt ebapuhtas pädevuste piiritamises minna veelgi kaugemale. Ta võib seada organeid ameteisse, s. o. kindla ülesannete hulga teostamiseks, ilma et ta neid ametkondi üksikute erifunktsioonide järgi üldse määratleks. On mõeldav, et õiguskord ei tee üldse vahet õiguskorra põhifunktsioonide vahel formaalses mõttes. Sel puhul vastavais ametkonnis ei tehta ka vahet *põhiliste* ja *kõrvaliste* ülesannete vahel, nagu see on tavaline põhifunktsioonide formaalse liigituse korral, sest sellekohased organid pole enam põhifunktsioonide e r i o r g a n i d, vaid kõikide põhifunktsioonide ü h i s o r g a n i d.

(153) *Süsteemi, milles üks ja sama organ on õigustatud teotsema seadusiandva, haldava ja õigustmõistleva organina, nimetatakse õiguskorra põhifunktsioonide fusiooni- ehk ühisussüsteemiks.*

(154) *Süsteemi, milles iga põhifunktsiooni jaoks on ette nähtud oma eriorganid, nimetatakse õiguskorra põhifunktsioonide separatsiooni- ehk lahussussüsteemiks* [643].

---

aga parlamendiks. Formaalse legislatiivfunktsiooni organi materiaalset legislatiivakti nimetatakse seaduseks. Ent traditsionalistid tavatsevad ka seadusi liigitada formaalses ja materiaalses mõttes. Materiaalses mõttes mõistetud seadus ühtib eeldefineerituga. Formaalses mõttes seadus aga on iga muu akt, mis antakse materiaalse seaduseandluse menetluses. Kuid, nagu nähtub eelesitatud funktsioonide ja neid teostavate aktide käsitlusest, selliseks traditsionalistide liigituseks pole mingit mõtet ega ka vähematki praktilist vajadust.

[643] Tähendatagu, et t r a d i t s i o o n i l i n e k o o l k o n d tavatseb õiguskorra funktsioonide lahususe ja ühisuse probleemi asemel arutella *„riigivõimude jaotuse"* küsimust.

Esitatud mõistetesse (*153, 154*) puutuvalt olgu üldisist käsitlusist mainitud eeskätt Georg J e l l i n e k, *op. cit.*, lk. 496 jj., 595 jj. — D u g u i t, *op. cit.*, II, lk. 132 jj., 514 jj. — K o k o š k i n, *op. cit.*, lk. 217 jj.

Lahussüsteemis üks ja sama organ ei või olla korraga seadusiandev, haldav ja kohutmõistlev, sest väljaspool oma erifunktsiooni antud aktid ei eviks kehtivust. Siiski on selleski süsteemis lubatud ühe põhifunktsiooni organeil toimetada ka võõrfunktsiooni akte, mis on tarvilikud vastava põhifunktsiooni teostamiseks ning milledeta vastavate organite sihikohane tegevus oleks faktiliselt võimatu. Sellekohaselt on kohtul otsuste tegemiseks ja seadusandjal üldaktide toimetamiseks lubatud kasustada selleks vajalikke haldusakte. Üldiselt aga on seaduseandjale keelatud tegelda haldus- ja kohtuasjadega, kuna kohtul on keelatud tegelda seadusandlus- ja halduskü simustega ning haldusel kohtu- ja legislatiivtegevusega [644].

Kuid, nagu ülemal juba tähendati, tänini pole kuski organite pädevusi piiratud üheainsa põhifunktsiooni alaga. Tavaliselt omistatakse kõikjal seadusandlusorganeile õigus toimetada teatavaid poliitiliselt tähtsaid haldus- ja kohtuakte. Ka haldusele võimaldatakse teotseda seaduseandjana. Pole ühtki riiki, kus haldus ei eviks õigust anda legislatiivakte seadusjõulistele toiminguile alluvate *määruste* ja teiste selletaoliste üldaktide näol. Sageli omistatakse haldusele koguni õigus anda seadusjõuliste aktidena *dekreete*. Kohtule lubatakse kasustada üldakte oma ametkonna korraldamiseks ja juhistamiseks, aga samuti ka teostada mõningaid erandlikke haldusülesandeid.

Kuigi funktsioonide lahussüsteemi absoluutselt konsekventne rakendamine pole mõeldav, siiski areneb põhifunktsioonide teostus vähemalt juurdunumate õiguskordadega riiges

---

— Kelsen, *op. cit.*, lk. 229 jj. — E. V. Orlando, *Diritto pubblico interno*, Roma 1911/1912, lk. 177 jj., 289 jj. — Schmitt, *VerfLehre*, lk. 182 jj. — Robson, *op. cit.*, lk. 12 jj.

Esitatud mõistetest ei tule fusioonisüsteemi terminoloogiliselt samastada ebakonsekventse separatsioonisüsteemi organite või ametkondade pädevuse piiritamise *parallelismisüsteemiga*. Mõistete paarides separatsioonisüsteem relatsioonis fusioonisüsteemiga tähendab sootuks muud kui separatsioonisüsteem relatsioonis parallelismisüsteemiga. Vt. viimaste mõistete dogmaatilist rakendumist Kliimann, *Haldusprotsess*, lk. 132 jj., 146 jj., 156 jj.

[644] Kliimann, *op. cit.*, lk. 28 j.

selle süsteemi ideaalse elustamise suunas [645]. Hoopis vähesel määral on aga kasustatav funktsioonide ühisussüsteem. Ideaalselt puhtal kujul ta rakendub vaid riigi kõrgeimate organite tegevuse aladel. Tema kohaldamine järgnevate astmete organite tegevusele on juba seondatud suurte praktiliste raskustega. Päriselt kohaldamatu on ühisussüsteem aga kohaorganite pädevuse aladel.

Moodsais riiges on funktsioonide ühisussüsteemi konsekventsemalt, kuigi mitte ideaalselt puhtalt kasustatud SSSR-is ja tema vabariikides. Kuid praegukehtivas Põhiseaduses [646] on lahussüsteem juba leidnud põhimõtteliselt täieliku tunnustuse. SSSR-i kõrval mainitagu veel vaid Saksa riiki [647], kus aga ühisussüsteemi järgi on rakendatud üksnes riigivalitsus [648].

---

[645] Vrd. John A. R. Marriott, *The Mechanism of the modern State*, I, Oxford 1927, lk. 385: „To-day, in all civilized States, the three functions of government are clearly distinguished, and each function is assigned to its appropriate organ ..." — „The principle of the separation of powers being then generally admitted, and the differentiation of functions having been largely carried out in practice ..."

[646] Vt. 1936. aasta 5. detsembri *Konstitucija (osnovnoj zakon) Sojuza Sovetskich Socialističeskich Respublik.*

[647] Arvamus, nagu kuuluks ühisussüsteemi maade sekka ka Itaalia, on täiesti ekslik. Vt. ses suhtes Raggi, *op. cit.*, I, lk. 9, aga ka Michele La Torre, *Considerazioni critiche sul principio della divisione dei poteri*, i. Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia, 1929, XI, lk. 619 jj.

[648] *Contra* poliitiline propagandist professor Huber, *Verfassung*, lk. 151: „Der Führer ist Träger der staatlichen Gesamtgewalt und damit auch der Gerichtsgewalt. Er ist der oberste Gerichtsherr des Volkes." Tõsi on vaid see, et Führeri ülesandeist on kohtu- ja seadusandlustegevus normatiivselt täiesti elimineeritud, sest praegukehtiva õiguse järgi on seaduseandjaks riigivalitsus, parlament ja rahvas, kuna kohus moodustab iseseisva ametkonna. — *Contra* Huber ka Köhler, *op. cit.*, lk. 9: „Dass die Staatsgeschäfte sich gegenständlich in Rechtsetzung, Verwaltung und Rechtsprechung gliedern lassen, hat schon Aristoteles bekundet und ist später wiederholt ausgesprochen worden. Es ist uns heute etwas Selbstverständliches, überdies auch technisch Bedingtes. Der nationalsozialistische Staatsgedanke hat daran nichts geändert." — Kohtu asjas *contra* Huber ka Koellreutter, *Deutsches VerwRecht*, lk. 13: „Dabei geht zum Unterschiede vom absoluten Staate und von der

Lahussüsteem evib tehnilisi ja poliitilisi p a r e m u s i ühisussüsteemi ees. Funktsioonide lahussüsteemi tuleb e e l i s t a d a, sest see

1) *võimaldab tehniliselt tähtsat tööjaotust,* eraldades üksteisest oma paktilise teostuse mõttes suuresti erinevaid funktsioone iseseisvaiks tegevusharudeks,

2) *võimaldab moodustada eri kvalifikatsiooniga organeid* vastavalt eriviisiliselt teostatavaile funktsioonidele, kui ka erilist oskuslikku käsitsemist nõudvaile aktiliikidele,

3) *võimaldab luua ühtlaselt korraldatavaid ametkondi,* sest see süsteem rakendub kõigi astmete organite suhtes ühtlasel määral ja ulatuses,

4) *võimaldab luua ühtlast menetlust* kõigile ühe ala organeile, sest ühe erifunktsiooni tegevus on ja jääb ühtlaseks ning võimaldab funktsiooni teostamist sättida ühtlaselt,

5) *võimaldab ja kindlustab ühtlase õiguse loomist* kõigile kodanikele, sest legislatiivfunktsioon on eraldatud eksekutiivfunktsioonist, s. o. haldusest ja kohtust, kelle üksikaktid peavad olema kokkukõlastatud üldaktidega, millede andjaks pole nemad ise,

6) *võimaldab kõigi organite tegevuse õiguspärasuse kontrolli,* ka kõrgeimate organite kontrolli, sest kohtufunktsiooni teostus on tehtud eriorganite ülesandeks,

7) *väldib juhuslikkust ja omavoli maksimum-määral,* sest seadusandlus on eraldatud muist funktsioonest ja õiguspärasuse kontroll on alati võimalik,

8) *võimaldab ja kindlustab kodanikuvabadusi,* sest haldus on eraldatud seadusandlusest ega saa tungida kodanikele seaduslikult omistatud subjektiivsetesse õigustustesse ning eraautonoomiasse.

Ühtki neist poliitiliselt ja tehniliselt väga kaalukaist omadusist ei evi aga funktsioonide ühisussüsteem. Ta on küll p a i n d u v a m lahussüsteemist. Selle eest ta ei kindlusta aga

---

Diktatur die Unterscheidung von Rechtspflege und Verwaltung im deutschen Volksstaate dadurch über das bloss organisatorisch-technische hinaus, dass auch im Führerstaat die Unabhängigkeit der Richter als politisches Prinzip anerkannt ist.“ — Vt. ka *id., Grundriss der Allgemeinen Staatslehre,* lk. 87 jj. — Vrd. L a f o r e t, *op. cit.,* lk. 1 jj.

õiguskorra sirgjoonset arengut ega selle küllaldast püsivust, ei rahulda kodanikkude stabiilsustunnet ega kasvata julgust, usku ja lootust tuleviku kavatsuste teostamiseks.

Teatavat painduvust ning kiiret reageerimisvõimet võib evida ka funktsioonide teostamise lahussüsteem. Kõik oleneb siin sellest, milliste poliitiliste printsiipide kohaselt vastav õiguskord seda süsteemi rakendab. Nende printsiipide üksikasjalisemale vaatlemisele asutaksegi alamal vahetult.

§ 12. Õiguskorra põhifunktsioonide lahussüsteemide liigitus.

I. ÕIGUSKORRA PÕHIFUNKTSIOONIDE ERALDUSSÜSTEEM.

Õiguskorra põhifunktsioonide teostamist lahussüsteemi raamides on võimalik seadelda mitmeti. On võimalik lasta vastavail eriorganite kompleksidel teotseda nii, et nad oleksid täiesti iseseisvad oma eriülesannete teostamisel ega mõjustaks üksteist poliitiliselt. On võimalik neid ka üksteisega aheldada ja seada neid vastastikusse poliitilisse sõltuvusse. Kuid on võimalik lasta ühe erifunktsiooni organite kompleksil poliitiliselt mõjustada teisi ning seada ta teiste suhtes valitsevasse positsiooni.

(155) *Lahussüsteemi, milles ühe erifunktsiooni organite tegevus ei sõltu poliitiliselt teiste erifunktsioonide organite tegevusest, nimetatakse õiguskorra põhifunktsioonide isoleerimis- ehk eraldussüsteemiks.*

Selle süsteemi sihiks on võtta ühe erifunktsiooni organeilt võimalus mõjustada poliitiliselt teise erifunktsiooni organeid, taotelles kõigi lahussüsteemi organite täiesti iseseisvat teotsemist. Sel otstarbel selle süsteemi aluseks olev eraldusprintsiip nõuab, et iga lahussüsteemi organ teotseks ainult oma erifunktsiooni valdkonnas, kusjuures see valdkond peab olema määrateldud puhtteoreetiliste sisutunnuste varal.

Eraldussüsteem rakendub puhtalt siis, kui vastavate erifunktsioonide tegevusalad on üksteisest eraldatud sihikoha-

selt puhtalt. Sihikohaselt puhtalt on tegevusalad määrateldud siis, kui ühe erifunktsiooni organ tohiks käsitseda rohkemalt vaid neid võõrfunktsiooni akte, mis on tema sihikohase funktsionaalse tegevuse arendamiseks hädavajalikud. Nii oleksid seadusandlus ja kohus haldusest puhtalt demarkeeritud, kui seadusandlus tohiks teha kõike, mis on vajalik üldaktide andmiseks, ja kohus kõike, mis on tarvilik vaidlusjuhtude lahendamiseks, kasustades selleks otstarbeks sellekohaseid haldusakte.

Eraldussüsteem on rakendatud ebapuhtalt siis, kui seadusandlusele on omistatud õigus toimetada teatavaid haldusakte ja teha kohtuotsuseid ning kohtule antakse õigus käsitseda mõningaid üldakte ja teha korraldisi, kuna haldus aga tohiks samuti anda teatavaid üldakte ja lahendada kohtulikke vaidlusi, ent kõike seda ikkagi sel kindlal eeldusel, et sääraste võõraktidega ei mõjustata vastava võõrfunktsiooni teostamist poliitiliselt. Igal tingimusel kohus peab jääma sõltumatuks seadusandlusest ja haldusest, haldus aga sõltumatuks seadusandlusest.

Ühe erifunktsiooni organite poliitilist mõjustamist teise erifunktsiooni organite kaudu välditakse eraldussüsteemi järgmisi nõudeid silmas pidades. Esiteks peab kehtima iga erifunktsiooni valdkonnas kõrgeimate organite moodustamiseks nn. *autonoomne kreatsiooniprintsiip.* Sellekohaselt tuleb iga erifunktsiooni tipporganid moodustada mitte üksteise poolt, vaid sellekohase erilise kreatsiooniorgani kaudu, näiteks, aktiivkodanikkonna poolt. Need tipporganid õigustuvad ise seadeldama oma ala ametkondi autonoomselt.

Teiseks peab kehtima ühe erifunktsiooni *ameti sobimatus* teise erifunktsiooni alal teotseva isiku ametiga. See ametisobimatuse printsiip aga tähendab ühtlasi keeldu rakendada nn. *fusiooniprintsiipi,* mille kohaselt ühele ja samale isikule oleks lubatud olla korraga mitmes eriametis ametiisikuks. Keelatud oleks parlamendiliikmele olla kohtunikuks või haldusteenistuses ja vastupidi.

Kolmandaks ühe erifunktsiooni organ ei tohi evida õigust toimetada selliseid võõrfunktsiooni akte, mille kaudu vastava võõrfunktsiooni teostamist saaks poliitiliselt juhistada ja suunata.

Eelloendatud nõuete kohaselt kehtiksid seadusandluse ja halduse relatsioonis *parlamendi* suhtes[649]:

1) keeld seada ametisse haldusteenistujaid, eriti riigipead või riigivalitsust või neid sellest vabastada,

2) keeld algatada haldusteenistujate, eriti riigipea või riigivalitsuse liikmete kriminaalkohtulikule vastutuselevõtmist või sellekohast avandust seondada parlamendi vastava eelloaga,

3) keeld sõlmida parlamendi kaudu üksikleppeid, kuigi mitte nn. normatiivseid üldsobimusi, sest esimeste kaudu määratakse sageli haldustegevuse suund, sidudes haldust pikemaks ajaks parlamendi tahtega,

4) keeld määrata parlamendi kaudu eelarvet, sest sellega seotakse ja konkretiseeritakse haldustoimingute sisu ja sihti üksikasjalisimalt,

5) keeld haldustegevuse kontrollimiseks[650].

Ja *haldusel* ei tohi olla:

1) õigust parlamendi valimiste üldamiseks, parlamendi kutsumiseks istungeile, istungjärkude määramiseks ja katkestamiseks ega õigust selle sihiga aktiivkodanikkonna poole pöördumiseks,

2) seaduste algatamise, kaasarutamise ja vastuvõtuõigust, samuti seaduste vormistus-, kinnitus- ja üldamisõigust ega ka vetoõigust.

Halduse ja kohtu relatsioonis kehtivad:

1) kohtute sõltumatuse printsiip kohtunikkude tagandamatuse, alandamatuse ja siirdamatuse põhimõtete näol ning kohtuameti sobimatuse kujul haldusametite suhtes,

2) kohtuorganisatsiooni autonoomsuse printsiip halduse suhtes,

---

[649] Alamal esitatavat vrd. Schmitt, *op. cit.*, lk. 187 jj. — Schmitti siinsed ja järgnevad erinevused on tingitud peamiselt õiguskorra põhifunktsioonide temapoolsest väärast poliitilisest käsitusest.

[650] Eelloendatud põhimõtteid ja neid keeldusid arvestades selgub, et traditsionalistide käsitlusis USA kvalifitseerimine eraldussüsteemiga õiguskorraks poliitilises mõttes ei vasta õiguslikule tõelisusele. Selle väite kinnitamist vt. lähemalt White, *op. cit.*, lk. 24 jj.: *the Legislature and the Administration.*

3) kohtumõistlemise obligatoorsuse ja monopoolsuse printsiip,

4) kohtulikkude karistuste kustutamise või leevendamise keeld halduse kaudu,

5) haldusteenistujate kohtulikule vastutusele võtmiseks halduselt eelloa nõutamise keeld.

Seadusandluse ja kohtu relatsioonis kehtiksid:

1) kohtute ja kohtunikkude iseseisvust tagavad põhimõtted, mis eespool loendatud,

2) keeld moodustada kohtulikke ankeetkomisjone parlamendis ning pidada parlamendikohut,

3) amnestiakeeld,

4) keeld nõutada parlamendilt eelluba avalikkude teenistujate kohtulikule vastutusele võtmiseks.

II. ÕIGUSKORRA PÕHIFUNKTSIOONIDE TASAKAALUSTUSSÜSTEEM.

(157) *Lahussussüsteemi, milles ühe erifunktsiooni sõltuvail organeil võimaldub oludekohaselt säilitada oma poliitilist iseseisvust, nimetatakse õiguskorra põhifunktsioonide balansseerimis- ehk tasakaalustussüsteemiks* [651].

Selle süsteemi aluseks on erifunktsioonide järgi komplekteeritud organite vastastikuse sõltumuse erilaadne põhimõte, mida nimetatakse *balansseerimis-* ehk *tasakaalustusprintsiibiks*. Millist laadi sõltumus olekski, ta ei või tegelkult tulla rakendamisele kohtute suhtes, sest sõltuvais kohtuis ei saa teostuda õigusemõistlemises hädavajalik erapooletuse idee. Tasakaalustusprintsiip, sisaldudes ühtede organite oludekohases ohjendamises teiste organite poliitilisest tahtmusest, võib tulla kõnesse vaid seadusandluse ja halduse suhtes.

Tasakaalustussüsteem seab seadusandluse ja halduse organid vastastikusesse sõltumusse, kuid selliselt, et nendevahelised

---

[651] Alamal esitatavat vrd. eeskätt Schmitt, *op. cit.*, lk. 197 jj.

poliitilised lahkuminekud lahendab eriorgan, mida nimetatakse *balansseerijaks* ehk *tasakaalustajaks*. Säärane juriidiline seadis tagab oludekohaselt eriti haldusele teatavapiirilise iseseisvuse, ühtlasi võimaldades arendada riigipoliitikat ühes ja samas pidevas suunas, kuivõrra viimase muutumine pole tingitud muutunud olustiku praktilisist tarbeist. See seadis asub seadusandluse ja halduse vahel poliitilise balanssteguriina.

Halduse poliitiline sõltumus seadusandlusest tuleb ilmekalt nähtavale riigivalitsuse poliitilises vastutuses parlamendi ees, aga ka tema ametisse seadmise viisis parlamendi otsesel mõjustusel või koguni valimisel. Nende organite vahel selliselt ilmnevat sõltumuspõhimõtet tavatsetakse nimetada *parlamentarismi printsiibiks* ning vastavat süsteemi *parlamentarismiks*, vastandina eraldussüsteemis ilmnevale sõltumatuse põhimõttele, mida tavatsetakse nimetada *dualismi printsiibiks* ning sellele rajatud süsteemi *dualismiks* [652].

Halduse sõltumus seadusandlusest võib aga avalduda ka selles, et parlament valib või tagandab halduse kõrgeima organina riigipea, aga ka selles, et parlament evib õigust algatada riigipea ja ministrite kohtulikku vastutusele võtmist või ise nende üle kohut mõistelda, ent samuti ka õiguses kontrollida haldustegevust sellekohaste küsimuste esitamise ja arupärimiste teel või selleks moodustatavate kohtulikkude uurimiskomisjonide kaudu.

Kuid seadusandlus juhistab haldust poliitiliselt ka välisriikidega lepinguid sõlmides või eelarve andmisega või muude poliitilise suuna määramise mõttes tähtsate üksikaktide toimetamisega.

Seadusandluse poliitiline sõltumus haldusest tuleb tavaliselt nähtavale haldusorgani õiguses määrata uusi parlamendivalimisi, lõpetades parlamendi liikmeskonna senised volitused, määrata ja katkestada istungjärke, vormistada, kinnitada ja üllata seadusi ja kasustada absoluutset või suspensiivset vetot viimaste suhtes.

---

[652] Vt. üldisist käsitlusist eeskätt Kelsen, *Allg. Staatslehre*, lk. 357 jj., 415 j., 327, 344. — Duguit, *op. cit.*, II, lk. 639 jj. — V. M. Gessen, *Osnovy konstitucionnago prava*, Petrograd 1917, lk. 413 jj. —

Seadusandluse sõltumus haldusest võib ilmneda ka selles, et viimasele võimaldatakse interveneerida parlamendi ülesandeisse ja korvata neid dekreetide andmisega või parlamendi enese erivolituse alusel toimetatavate, muude seadusi asendavate üldaktide kehtestamisega.

Millisel määral eelmainitud poliitiline sõltumus võiks ühes või teises riigis tegelikult avalduda, see oleneb vastava õiguskorra sellekohaseist institutsioonidest ning nendes valitsevaist poliitilisist eriprintsiibest.

Sõltumuse printsiip tasakaalustussüsteemis tuleb võtta rakendamisele mitte absoluutse, vaid suhtelise põhimõttena, sest ta tohiks avalduda vaid teatavas poliitilises olustikus teatavail eeldusil ja tingimusil. Vastasel korral ta ei esineks mitte tasakaalustusprintsiibina, vaid tähendaks ühe erifunktsiooni organite täielikku alistamist teise funktsiooni organi poliitilisele meelevallale.

Tasakaalustussüsteem võib tulla rakendamisele *partsiaalsena* ehk osalisena või *totaalsena* ehk täielikuna. Partsiaalse ehk osalise tasakaalustussüsteemiga on tegemist siis, kui tasakaalulise sõltumise printsiip rakendub üksnes seadusandluse ja halduse tipporganite suhtes. Et nendeks on tavaliselt ühelt poolt parlament ja teiselt poolt riigipea, siis ei või nood partsiaalses süsteemis ise esineda kunagi tasakaalustajaina, küll aga vastava tasakaalustava teguri kui eriotstarbelise juriidilise seadise käivitajaina. Vastasel korral poleks enam tegemist tasakaalustussüsteemiga, sest ühe erifunktsiooni tipporgan alistaks sel puhul teise oma poliitilisele tahtmusele täiesti kontrollimatult.

Totaalse ehk täisbalansseeringuga on tegemist siis, kui vastavate erifunktsioonide tipporganitega rööbiti on tasakaal teostatud ka järgneva astme iseseisvate organite vahel kummaski erifunktsioonis eraldi. Täisbalansseeringu printsiibi kohaselt on vaja, et haldusfunktsioonis oleks riigivalitsus tehtud riigipoliitika iseseisvaks aktiivorganiks ning oma sõltumuses riigipea suhtes ka tasakaalustatud. Riigivalitsuse ja riigipea tasakaalustamise korral võiks viimane esineda balansseeriva poliitilise teguri käivitajana parlamendi suhtes, kellega riigivalitsus peab ses süsteemis olema tingimata tasakaalustatud.

Seadusandluse alal täisbalansseeringu arendamine võiks puutuda parlamendi ja aktiivkodanikkonna ühe osa vahekorda, aga ka parlamendi koalitsiooni või enamuse ja opositsiooni või vähemuse vahekorda [653]. Mitmest osaorganist moodustatud parlamendis see võiks puutuda nende osaorganite, näiteks, esimese ja teise koja vahekorda.

Tasakaalustusprintsiibi teostamisel taotellakse määrata vastavate organite suhtelise sõltumuse piire. Seepärast on sellekohaste juriidiliste seadiste ülesandeks pidurdada vastavate organite vahelise sõltumuse avardumist üle aja poliitiliste nõuete ja vajaduste. Pole organite vahel saavutatud poliitilise hetke kohast tasakaalu, siis tõmmatakse tegevusse tasakaalustav organ oma aktiga, milles ta määrab suuna vaieldava sõltumuse säilitamiseks, süvendamiseks või selle vähendamiseks. Tasakaalustavaks organiks võib olla selleotstarbeline eriorgan või mitmeid eriorganeid. Tavaliselt esineb sellisena aktiivkodanikkond või aktiivkodanikkond koos riigipeaga või parlamendiga või viimase vähemusega või aktiivkodanikkonna enese väiksemaarvulise koguga.

Kõiges eelseletatus avaldub ühtlasi väide, et parlamentarismi idee pole tõeliselt ega tegelikult saagi olla üksnes parlamendi ja riigivalitsuse vahekorda determineeriv idee, sest parlamentarismi süsteem on juriidiliselt ja poliitiliselt totaalselt rakenduva balansseeringu süsteem. Parlamentarismi probleemistik on sama, mis totaalse tasakaalustussüsteemi probleemistikki [654]. Tema hüvedki on tolle hüved ja tema pahed on tolle pahed. On tasakaalustussüsteem halvasti korraldatud ja halvasti teostatud, siis ei saa teostuda laitmatult

---

[653] Kõigis moodsais tasakaalustussüsteemi parlamendes on ka vähemus juriidiliselt kvalifitseeritud ühikuks sel põhjusel, et opositsiooniorganina ta evib riigivalitsuse, eriti aga valitsuskoalitsiooni suhtes väga tähtsaid poliitilisi ülesandeid. Selle kohta vt. lähemalt W. Ivor Jennings, *Cabinet Government*, Cambridge 1937, lk. 361 jj.

[654] Sellekohaseist erikäsitlusist vrd. eeskätt N. Maim, *Parlamentarizm i suverennoe gosudarstvo*, Mit einem Referat: Der Parlamentarismus und der souveräne Staat, Tartu 1927, siis Jennings, *op. cit.*, ja Wilhelm Hasbach, *Die parlamentarische Kabinettsregierung*, Eine politische Beschreibung, Stuttgart-Berlin 1919, ning neis osundatud kirjandus.

parlamendi ja riigivalitsuse vahekorras avalduv parlamentarismi printsiip. Kui tasakaalustav organ on tõeliselt efektne, tasakaal ise ka tõeline ja sellekohased seadised ka tõepoolest funktsioneerivad ladusalt ning kiiresti, siis ei esine ka häireid parlamentarismi teostamisel. Ainuüksi riigivalitsuse poliitilises sõltumises parlamendist ei avaldu ehtis parlamentarism. Ilma vastava balansstegurita oleks säärane parlamentarism mitte tõeline, vaid ühe organi diktatuurne omavoli teise organi muutmiseks enese komisjonaalseks allasutiseks.

III. ÕIGUSKORRA PÕHIFUNKTSIOONIDE VALDAVUSSÜSTEEM.

(158) *Lahussüsteemi, milles kõigi erifunktsioonide organid sõltuvad poliitiliselt ühest kesksest organist, nimetatakse õiguskorra põhifunktsioonide domineerimis- ehk valdavussüsteemiks* [655].

Selle süsteemi aluseks on tasakaalustamata sõltumus, mis võib tulla nähtavale kas kõigi erifunktsioonide tipporganite täielikus sõltumises sellekohasest domineerivast poliitilisest keskusest või ühe erifunktsiooni enese tipporganist. Vastavale poliitilisele keskusele või ühe erifunktsiooni domineerivale tipporganile alistuvad poliitilises mõttes teiste erifunktsioonide tipporganid ning nendest sõltuvad aste-astmelises aheldumises kõik teised alanevad organid. Juhul, kui on tegemist vastavaist tipporganeist erineva domineeriva keskusega, ühe erifunktsiooni organid on teise erifunktsiooni organite suhtes täiesti sõltumatud.

Valdavussüsteemi nõuete kohaselt domineeriv keskorgan evib õigust luua järgmist kõrgemat organit, juhistada ja kontrollida viimase tegevust ning sellesse erikordseil juhtudel ka interveneerida oma aktiga. Järgmine kõrgem organ evib kõiki samu õigusi järgneva alaneva organi suhtes.

Ent seegi süsteem ei tarvitse tegelikult tulla rakendamisele puhtal kujul, sest tema aluseks olevaid põhimõtteid saaks poliitiliselt mitmet viisi nüansseerida. Tegelikult on mõelda-

---

[655] Vrd. Schmitt, *op. cit.*, lk. 196 j.

vad eripõhimõtetepärased k a l l a k u d nii eraldus- kui ka tasakaalustussüsteemi poole. Ekslik oleks aga valdavussüsteemi organeid kujutella nõnda, nagu oleks sõltuv organ valitseva organi komisjonaalseks allorganiks. Ka ses süsteemis peab igal organil olema oma kindlapiiriline pädevus, kuhu domineeriv organ tohib tungida vaid sellekohaseil juriidilisil eeldusil. Pole neid eeldusi olemas, siis ei tohi domineeriv organ ka mitte korvata sõltuva organi iseseisvaid ülesandeid.

Valdavussüsteem kindlustab enam-vähem ühetahtelise teotsemise kogu riigi poliitilisis üritusis. Ta keskendab mõõtuandva poliitilise tahte kindlasse keskusse, millest dirigeeritakse kõikide erifunktsioonide avaldusi. Demokraatiais ta tagab hea funktsioneeringu korral ühtlase ja ühesuunalise poliitilise üldjoone rahvast rahvani, s. o. aktiivkodanikkonnast rahvastikuni läbi vastavate ametkondade ja organite süsteemi vahendusel. Ta võiks anda tõhusaid poliitilisi tulemusi eriti siis, kui ta on rakendatud kõigi erifunktsioonide vastastikuse sõltumatuse põhimõttel. Kuid ühe funktsiooni domineerimise puhul teiste üle, temas võib pääseda pidurdamatult lokkama ning levima kõigile elualadele õiguskorda hävitav poliitiline korruptsioon. Kõik sõltub ses süsteemis sellest, kuivõrra targalt ja hoolsalt ning üldhuvi austavalt teotseb kõrgeim domineeriv organ, kuivõrra kiiresti teotsevad sõltumustegurid ning kuivõrra küllaldaselt iseseisvad on sõltuvad organid.

Ka selles süsteemis ei tohiks kohus poliitiliselt sõltuda ühestki mittekohtulikust organist oma materiaalse õigusemõistlemise alal.

Nagu õiguskorra põhifunktsioonide lahussussüsteemide käsitlusest selgub, asub neist ühisussüsteemile kõige lähemal valdavussüsteem ja kaugeimal eraldussüsteem.

Osundatud teoseid.

Adamovich, Ludwig / Froelich, Georg, Die neue österreichische Verfassung, Wien 1934.

Affolter, A., Zur Normentheorie, *i.* Archiv f. öffentliches Recht, 1907, 21.

Andersen, Poul, Ungültige Verwaltungsakte, Mannheim-Berlin-Leipzig 1927.

Aria, Francesco, La facoltà del Potere Esecutivo, Calabria 1925.

Austin, John, Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law, London 1929/1931.

Bajkov, A. L., Meždуvlastnyja i vlastnyja otnošenija, Jaroslavl' 1912.

Barassi, Lodovico, Il contratto di lavoro nel diritto pubblico, Milano 1913.

Barth, Paul, Die Philosophie der Geschichte als Soziologie, I, Leipzig 1922.

Battaglini, Giulio Q., Le norme del diritto penale e i loro destinatari, Roma 1910.

Baumgarten, Artur, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, I, Tübingen 1920.

Beal, Edv., Cardinal Rules of Legal Interpretation, London 1924.

Becker, O., Die Philosophie Edmund Husserls, *i.* Kant-Studien, 1930, XXXV, 2/3.

Bergbohm, Karl, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Leipzig 1892.

Berthélemy, H., Traité élémentaire de droit administratif, Paris 1926.

de la Bigne de Villeneuve, Marcel, Traité général de l'Etat, I, Paris 1929.

Binder, Julius, Rechtsnorm und Rechtspflicht, Leipzig 1912.

Bonnard, Roger, Précis, élémentaire de droit administratif, Paris 1926.

Bonnard, Roger, La doctrine de Duguit sur le droit et l'Etat, *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1926/1927, I.

Bonnard, Roger, Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'Etat et sur les services publics, *i.* Revue de droit public et de la science politique, 1925.

Bourgeois, L./Croiset, A., Essai d'une Philosophie de la Solidarité, Paris 1902.
Bréhier, Emile, Histoire de la Philosophie, I, Paris 1928.
Brücker, Hermann, Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, Leipzig 1930.

Carnap, Rudolf, Abriss der Logistik, Wien 1929.
Carlyle, A. J., A history of mediaeval political theory in the West, I, Edinburgh-London 1903.
Carré de Malberg, R., Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés, Paris 1933.
Chvostov, V. M., Sociologija, Moskva 1917.
Clark, E. C., Practical Jurisprudence, Cambridge 1883.
Coester, Robert, Die Rechtskraft der Staatsakte, München-Leipzig 1927.
Cohen, Hermann, The Origins of Order and Law, London 1922.
Cole, G. D. H., Social Theory, London 1930.
Cornelius, Hans, Psychologie als Erfahrungswissenschaft, Leipzig 1897.
Cosack, Konrad, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, I, Jena 1913.
Cruet, Jean, La vie du droit et l'impuissance des lois, Paris 1908.

Darmstaedter, Fr., Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates, Heidelberg 1930.
Darmstaedter, Fr., Recht und Rechtsordnung, Berlin-Grunewald 1925.
Dilthey, Wilhelm, Einleitung in die Geisteswissenschaften, Leipzig 1923.
Donati, Benvenuto, L'unità del diritto e l'unità della scienza del diritto a proposito della distinzione del diritto in pubblico e privato, *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1926/1927, I.
Dranicyn, S., Konstitucija SSSR i RSFSR, Petrograd 1923.
Dräger, Werner, Primat des Volkes, Berlin 1935.
Duguit, Léon, Traité de droit constitutionnel, I, Paris 1921, II, *ib.* 1923.
Dulckeit, Gerhard, Rechtsbegriff und Rechtsgestalt, Berlin 1936.
Dunning, W. A., A history of political theories ancient and mediaeval, New York 1902.

Eastwood, R. A., A Brief Introduction to Austins Theory of Positive Law and Sovereignty, London 1916.
Ehrlich, Eugen, Die juristische Logik, Tübingen 1925.
Eliaser, R., Kas 28. november või 24. veebruar, *i.* Akadeemia, 1938, 3.
Ellerингmann, Rudolf, Begriff und Wesen der körperschaftlichen Selbstverwaltung, Berlin 1936.
Ender, O., Die neue österreichische Verfassung, Wien-Leipzig 1934.

Ferraris, Carlo F., Diritto amministrativo, I, Padova 1922.
Fleiner, Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1928.
Forti, Ugo, Diritto amministrativo, Parte generale, I, Napoli 1931, Parte generale, II, *ib.* 1937.
Frank, S. L., Predmet znanija, Petrograd 1915.
Franke, Leopold, Das Daseinproblem des Staates, *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1932/1933, VII.
Freund, Ernst, Administrative Powers over Persons and Property, Chicago 1928.
Freyer, Hans, Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft, Leipzig 1930.
Fuchs, Wilhelm, *Lex permissiva*, Indifferenzstandpunkt, rechtsleerer Raum, Lückenfrage, *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1926/1927, I.

Gascón y Marin, José, Tratado de derecho administrativo, I, Madrid 1930.
Geny, François, Méthode d'Interprétation et Sources du droit privé positif, Paris 1919.
Gessen, V. M., Osnovy konstitucionnago prava, Petrograd 1917.
Giddings, Henry Franklin, Inductive Sociology, New York 1901.
Giddings, Henry Franklin, The Principles of Sociology, New York 1898.
Giddings, Henry Franklin, The Theory of Sociology, Philadelphia 1894.
de Gobineau, H., Essai sur l'inégalité des races humaines, Paris 1884.
Goldschmidt, James, Der Prozess als Rechtslage, Berlin 1925.
Goldschmidt, James, Le term d'imputation, *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1938, I.
Goodnow, J., The Principles of the Administrative Law of the United States, New York-London 1905.
Gray, Ch., The Natur and Sources of the Law, New York 1921.
De Greef, Guillaume, Précis de Sociologie, Bruxelles-Paris 1909.
Grimm, D. D., Kurs rimskago prava, I, S.-Peterburg 1904.
Gumplowicz, Ludwig, Geschichte der Staatstheorien, Innsbruck 1905.
Gurvitch, Georges, L'Idée du Droit Social, Paris 1932.
Gurvitch, Georges, Le Temps Present et l'Idée du Droit Social, Paris 1931.
von Gönner, N. Th., Teutsches Staatsrecht, Landshut 1804.

Harris, G. Montagu, Local Government in many lands, London 1926.
Hasbach, Wilhelm, Die parlamentarische Kabinettsregierung Stuttgart-Berlin 1919.
Hasluck, E. L., Local Government in England, Cambridge 1936.
Hatschek, Julius, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, Leipzig-Erlangen 1922.
Hatschek, Julius, Einleitung in das öffentliche Recht, Leipzig 1926.

Hauriou, André, L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé, *i.* Recueil d'Etudes sur les Sources du droit, III, 1934.
Hauriou, Maurice, Précis élémentaire de droit administratif, Paris 1926.
Hauriou, Maurice, Précis de droit administratif et de droit public, Paris 1921.
Hauriou, Maurice, Précis de droit constitutionnel, Paris 1929.
Hauriou, Maurice, Principes de Droit public, Paris 1916.
Heller, Hermann, Staatslehre, Leiden 1934.
Heller, Hermann, Rechtsstaat oder Diktatur, *i.* Die neue Rundschau, 1929, 40.
Hempel, Carl G./Oppenheim, P., Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik, Leiden 1936.
Herrnritt, Rudolf Herrmann, Grundlehren des Verwaltungsrechts, Tübingen 1921.
Heupgen, Georges, L'idée du droit, Bruxelles 1892.
v. Hippel, Ernst, Zur Kritik einiger Grundbegriffe in der reinen Rechtslehre Kelsens, *i.* Archiv des öffentlichen Rechts, N/F, 1923, 5.
Hitler, Adolf, Mein Kampf, I/II, München 1934.
Hollinger, Jakob, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht, Zürich 1904.
Holstein, Günther, Die Lehre von der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung, Berlin 1921.
Hoppe, J., Der psychologische Ursprung des Rechts, Würzburg 1885.
Huber, Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Tübingen 1932.
Huber, Ernst Rudolf, Verfassung, Hamburg 1933.
Huber, Ernst Rudolf, Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts, Berlin 1935.
Huber, Eugen, Recht und Rechtsverwirklichung, Basel 1925.
Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II, 2, Mannheim-Berlin-Leipzig 1930.
Husserl, Edmund, Logische Untersuchungen, Halle a. d. S. 1922.
Höhn, R., Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken, Berlin 1934.
Hölder, E., Das positive Recht als Staatswille, *i.* Archiv f. öff. Recht, 1908, 23.

Il'in, Ivan, Ponjatija prava i sily, Moskva 1910.
Iljin, Iwan, Die Begriffe von Recht und Macht, *i.* Archiv f. system. Philosophie, 1912, XVIII.
Invrea, Francesco, La parte generale del diritto, Padova 1935.

Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1921.
Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, Berlin 1929.
Jellinek, Walter, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen 1908.
Jenks, Edward, An Outline of English Local Government, London 1930.

Jennings, W. Ivor, Cabinet Government, Cambridge 1937.
Jess, Edmund, Die Körperschaften des öffentlichen Rechts im heutigen Staat, Dresden 1935.
Jèze, Gaston, Les principes généraux du droit administratif, I, Paris 1925.
Jèze, Gaston, L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux, *i.* Revue du droit public et de la science politique, 1909.
Journé, Maurice, Précis de droit administratif, Paris 1925.
Jung, Erich, Das Problem des natürlichen Rechts, Leipzig 1912.

Kaufmann, Felix, Logik und Rechtswissenschaft, Tübingen 1922.
Kaufmann, Felix, Methodenlehre der Sozialwissenschaft, Wien 1936.
Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, Leipzig-Wien 1934.
Kelsen, Hans, Das Wesen des Staates, *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1926/1927, I.
Kelsen, Hans, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925.
Kelsen, Hans, Österreichisches Staatsrecht, Tübingen 1923.
Kelsen, Hans, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, Tübingen 1922.
Kelsen, Hans, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Tübingen 1920.
Kelsen, Hans, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen 1911.
Kliimann, A.-T., 28. November, Tartu 1938.
Kliimann, A.-T., Haldusprotsess, Tartu 1937.
Kliimann, A.-T., Eesti iseseisvuse areng, Tartu 1935.
Kliimann, A.-T., Lineamenti di diritto costituzionale estone, Roma 1933.
Kliimann, A.-T., Administratiivakti teooria, Tartu 1932.
Kliimann, A.-T., Normitehnikast administratiivprotsessiõiguses, Tartu 1930.
Koellreutter, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin 1936.
Koellreutter, Otto, Grundriss der Allgemeinen Staatslehre, Tübingen 1933.
Kokoškin, Th., Lekcii po obščemu gosudarstvennomu pravu, Riga 1924.
Koort, A., Sissejuhatus filosoofiasse, Tartu 1938.
Kormann, Karl, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.
Koulischer, A., Les quatre constitutions de l'Angleterre, *i.* Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique, 1932, 3/4.
Krabbe, H., Kritische Darstellung der Staatslehre, Haag 1919.
Krabbe, H., Die moderne Staats-Idee, Haag 1919.
Kunz, Josef L., Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits, *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1926/1927, I.
v. Köhler, Ludwig, Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart-Berlin 1936.

Laaman, Ed., Kas 15./28. nov. 1917 või 24. veebr. 1918, *i.* Tänapäev, 1938, 2.
Laaman, Ed., Eesti iseseisvuse sünd, Tartu 1936.
Laforet, Wilhelm, Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937.
Laski, J., A Grammar of Politics, London 1938.
Ledig, Gerhard, Zwei rechtstheoretische Fragen, *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1931/1932, VI.
Leroy, Maxime, La loi, Paris 1908.
Liermann, H., Das deutsche Volk, Berlin-Bonn 1927.
Lipps, Theodor, Leitfaden der Psychologie, Leipzig 1906.
Litt, Theodor, Individuum und Gemeinschaft, Leipzig 1926.
Losskij, K. O., Osnovnyja učenija psichologii, S.-Peterburg 1911.
Losskij, K. O., Obosnovanie intuitivizma, S.-Peterburg 1906.

Maddison, Eugen, Die estnische Staatsbürgerschaft, Tallinn 1929.
Maim, N., Eestimaa avaliku korra muutmise aktid, *i.* Vabaduse tulekul, I, Koguteos, Tartu 1938.
Maim, N., Völkerbund und Staat, Tartu 1931.
Maim, N., Parlamentarizm i suverennoe gosudarstvo, Tartu 1927.
Maine, Henry Summer, Lectures on the Early History of Institutions, London 1893.
Marriot, John A. R., The Mechanism of the Modern State, I/II, Oxford 1927.
Maunz, Theodor, Hauptbrobleme des öffentlichen Sachenrechts, München-Berlin-Leipzig 1933.
Meinecke, Friedrich, Die Idee der Staatsraison, München-Berlin 1924.
Merkl, Adolf, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien-Berlin 1927.
Merkl, Adolf, Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes, *i.* Zeitschrift f. öffentliches Recht, 1925/1926, V.
Merkl, Adolf, Die Lehre von der Rechtskraft, Leipzig-Wien 1923.
Meyer, Georg, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, Leipzig 1895.
Miceli, Vincenzo, La personalità dello Stato, *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1926/1927, I.
Mirinesco, Benone, L'Idée du droit et l'école anglaise, Paris 1905.
Moór, Julius, Öffentliches und privates Recht, *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1938, XII.
Moreau, Félix, Précis élémentaire de Droit constitutionnel, Paris 1928.
Mussolini, Benito, La Dottrina del Fascismo, Milano 1935.
Müller, Isid., Die Lehre von den Rechten, Wien 1861.

Neubauer, Idenko, Norm und Wille, *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1928, I.

Oda, Jorodzu, Principes de Droit administratif du Japon, Paris 1928.
Oertmann, Paul, Rechtsordnung und Verkehrssitte, Leipzig 1914.
Oertmann, Paul, Staatliche und gesellschaftliche Rechtsbildung, *i.* Archiv f. bürgerliches Recht, 1914, 40.

Oppenheim, Paul, Von Klassenbegriffen zu Ordnungsbegriffen, *i.* Travaux du IXe Congrès international de Philosophie, VI, Paris 1937.
Orlando, E. V., Diritto pubblico interno, Roma 1911/1912.
Otaka, Tomoo, Grundlegung der Lehre vom sozialen Verband, Wien 1932.
Oudot, J., Conscience et science du devoir, Paris 1855.

Du Pasquier, Claude, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit, Paris-Neuchatel 1937.
Perandi, A., Eesti Vabariigi sünniaktid, *i.* Varamu, 1938, 2.
Pergolesi, Ferruccio, Istituzioni di diritto corporativo, Bologna 1938.
Petražickij, I. L., Teorija prava, I/II, S.-Peterburg, 1909/1910.
Petražickij, I. L., Vvedenie v izučenie prava i nravstvennosti, S.-Peterburg 1907.
Pfänder, Alexander, Einführung in die Psychologie, Leipzig 1920.
Pfänder, Alexander, Phänomenologie des Wollens, Leipzig 1900.
Pic, Paul, Traité élémentaire de législation industrielle, Paris 1931.
Picard, Edmond, Le Droit pur, Paris 1908.
Picard, Edmond, Les constances du Droit, Paris 1921.
Piip, A., 1918. a. 24. veebruari manifesti diplomaatiline eelmäng, *i.* Tänapäev, 1938, 2.
Piip, A., Vabariigi aastapäevaks, *i.* Akadeemia, 1938, 1.
Piip, A., Estlands Weg zur neuen Verfassung, Tartu 1936.
Piip, A., Rahvusvaheline õigus, Tartu 1936.
Piip, A., Tormine aasta, Tartu 1934.
Port, Frederick John, Administrative Law, London-New York-Toronto 1929.
Portugalov, G. M., Revoljucionnaja sovest' i socialističeskoe pravosoznanie, Peterburg 1922.

Radbruch, Gustav, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1938, XII.
Raggi, Luigi, Diritto amministrativo, I, Padova 1936, IV, *ib.* 1935.
Rakoš, Franc, Revoljucionnoe pravosudie, Peterburg 1922.
Raneletti, Oreste, Principii di diritto amministrativo, I, Napoli 1912.
Rehmke, Johannes, Lehrbuch der allgemeinen Psychologie, Hamburg-Leipzig 1894.
Reinach, Adolf, Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Halle a. d. S. 1922.
Rejsner, M. A., Gosudarstvo buržuazii i RSFSR, Moskva 1933.
Rejsner, M. A., Gosudarstvo, Moskva 1912.
Renard, Georges, La Théorie de l'Institution, Paris 1930.
Renard, Georges, Le Droit, l'Ordre et la Raison, Paris 1927.
Ritter, F., Moral Law and Civil Law, Ohio 1910.
Robson, A., Justice and Administrative Law, London 1928.
Rogez, Zéphirin, L'acte administratif de puissance publique, Paris 1906.
Roguin, Ernest, La Science juridique pure, Paris-Lausanne 1923.

Roguin, Ernest, La Règle de droit, Lausanne-Paris-Leipzig 1889.
Rohatyn, Sigmund, Die reine Normtheorie des Rechts, *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1932/1933, VII.
Rohatyn, Sigmund, Die juristische Theorie der Revolution, *ib.*, 1929/1930, IV.
Rolland, Louis, Précis de droit administratif, Paris 1926.
Romano, Santi, Principii di diritto amministrativo, Milano 1912.
Romano, Santi, Corso di diritto amministrativo, Padova 1932.
Ross, Alf, Theorie der Rechtsquellen, Leipzig-Wien 1929.
Roždestvenskij, A., Teorija sub'ektivnych publičnych prav, Moskva 1913.
Russel, Bertrand/Whitehead, Alfred North, Einführung in die mathematische Logik, München-Berlin 1932.

Sander, Fritz, Allgemeine Staatslehre, Brünn-Prag-Leipzig-Wien 1936.
Sander, Fritz, Staat und Recht als Probleme der Phänomenologie und Ontologie, *i.* Zeitschrift f. öffentliches Recht, 1925, IV.
Sander, Fritz, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, *ib.*, 1919, I, 1/2.
Scheuner, Ulrich, Le peuple, l'Etat, le droit et la doctrine nationale-socialiste, *i.* Revue du droit public, 1937, LIV, 1.
Schilling, Kurt, Geschichte der Staats- und Rechtsphilosophie, Berlin 1937.
Schmidt, Richard, Verfassungsaufbau und Weltreichsbildung, Leipzig 1926.
Schmitt, Carl, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934.
Schmitt, Carl, Der Begriff des Politischen, Hamburg 1933.
Schmitt, Carl, Legalität und Legitimität, München-Leipzig 1932.
Schmitt, Carl, Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1931.
Schmitt, Carl, Die Diktatur, München-Leipzig 1928.
Schmitt, Carl, Verfassungslehre, München-Leipzig 1928.
Schmitt, Karl Hermann, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht, Berlin 1935.
Scholten, Paul, L'autorité de l'Etat, *i.* Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique, 1934, 3/4.
Schreier, Fritz, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts, Leipzig-Wien 1924.
Schuppe, Wilhelm, Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie, Breslau 1881.
Schütz, Alfred, Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt, Wien 1932.
Sedlaček, Jaromir, Interprétation et application de la règle du droit, *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1932/1933, VII.
Sichel, Walter, Bolingbroke and his Times, London 1901.
Simmel, Georg, Soziologie, München-Leipzig 1922.
Sinzheimer, H., L'Etat et la société à notre époque, *i.* Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique, 1934, 3/4.

Slučka, Franz, Das Problem der Realität vom Standpunkte der Idee der Ganzheit, Berlin 1935.

Smend, Rudolf, Verfassung und Verfassungsrecht, München-Leipzig 1928.

Smend, Rudolf, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform, *i.* Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl, III, 16, Tübingen 1923.

Somló, Felix, Juristische Grundlehre, Leipzig 1917.

Sorokin, Pitirim, Sistema sociologii, I/II, Petrograd 1920.

Spectorsky, E., L'évolution de l'idée de l'autorité dans la philosophie de l'Etat, *i.* Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique, 1933, 1/2.

Stammler, Rudolf, Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit, Leipzig 1917.

Stammler, Rudolf, Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1911.

v. Stein, Lorenz, Die Verwaltungslehre, Stuttgart 1865.

Sturm, A., Die psychologische Grundlage des Rechts, Hannover 1910.

Šeršenevič, G. F., Obščaja teorija prava, Riga 1924.

Tachtarev, K. M., Nauka ob Obščestvennoj žizni, Petrograd 1919.

Taranovskij, Th. V., Enciklopedija prava, Berlin 1923.

Tarde, G., L'opinion et la foule, Paris 1922.

Tarde, G., La Logique Sociale, Paris 1898.

Tarde, G., Les transformations du droit, Paris 1894.

Tarde, G., Les Lois de l'Imitation, Paris 1890.

Tarski, Alfred, Einführung in die mathematische Logik und in die Methodologie der Mathematik, Wien 1937.

Tasič, Georges, Le réalisme et normativisme dans la science juridique, *i.* Revue internationale de la théorie du droit, 1926/1927, I.

Tassitch, Georges, Le principe de légalité dans les doctrines de Duguit et Kelsen, *ib.*, 1929/1930, IV.

La Torre, Michele, Considerazioni critiche sul principio della divisione dei poteri, *i.* Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia, 1929, XI.

La Torre, Michele, Elementi di diritto amministrativo, Milano 1925.

Vaabel, Juhan, Eesti riigi-maksundusõiguse põhiprobleeme, Tartu 1934.

de Valles, Arnaldo, La validità degli atti amministrativi, Roma 1917.

Vauthier, Maurice, Précis du droit administratif de la Belgique, Bruxelles 1928.

Del Vecchio, Georgio, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin 1937.

Venditti, Carlo, Principii di diritto corporativo, Napoli 1937.

Verdross, Alfred, Völkerrecht, Berlin 1937.

Verdross, Alfred, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, Wien-Berlin 1926.

Vojtinskij, J. S., Trudovoe pravo, Moskva 1928.

W a l i n e, M., Observations sur la gradation des normes juridiques établie par M. Carré de Malberg, *i.* Revue du droit public et de la science politique, 1934, 51.
W a l i n e, M., Le Critère des Actes juridictionnels, *ib.*, 1933, 40.
W a r d, L., Outlines of Sociology, New York 1899.
W a r d, L., Pure Sociology, New York 1903.
W a r d, L., Applied Sociology, Boston 1906.
v. W e b e r, Hellmuth, Rechtseinheit und Rechtsprechung, Tübingen 1929.
W e b e r, Max, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1922.
W e y r, Franz, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, *i.* Archiv des öffentlichen Rechts, 1908.
W h i t e, D. Leonhard, Introduction to the Study of Public Administration, New York 1935.
W i e a c k e r, Franz, Wandlungen der Eigentumsverfassung, Hamburg 1935.
v. W i e s e r, Friedrich, Die modernen Diktaturen, *i.* Archiv f. Rechts- und Wirtsch. Philosophie, 1925, 18.
v. W i e s e, Leopold, System der allgemeinen Soziologie, München 1933.
W i l k, Kurt, La doctrine politique du national-socialisme, *i.* Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique, 1934, 3/4.
W i n d e l b a n d, Wilhelm, Normen und Naturgesetze, *i.* Präludien, 1911, 2.
W u r z e l, Karl Georg, Das juristische Denken, Wien-Leipzig 1924.

Z a n o b i n i, Guido, Corso di diritto corporativo, Milano 1937.
Z i e g l e r, Leopold, Fünfundzwanzig Sätze vom deutschen Staat, Darmstadt 1931.

Sisuregister.

abieluõigus 145
abracadabra 75
abstraktne norm 230
abstraktsuse teooria 230
absurd 76
a contrario 37
actio popularis 138
administratsioon 278
Administratiivakti teooria 140
administratiivne omavalitsus 105
alistumine 113
alusnorm 38, 40
ametiasutised 308
ametnikud 308
anschauungsleer 76
Anstalten 309
a + *non-a* 74
a = *non-non-a* 74
aposterioorne-aprioorne 285
aprioorne lahendus 279
Aristoteles 16, 18, 54, 133, 195 j., 200
asendinormid 251
asutav võim 118
asutusnormid 251
Austin 17, 111
auto 218
autonoomia 107
autonoomsed individuaalsed normid 124
autonoomsed korporatsioonid 108
autonoomsed osariigid 109
autoriteet 113
avalik haldus 281
avalik kord 131
avalik teenistus 305
avalikud teenistujad 307
avalik õigus 135, 141 j., 152
Aquino Thomas 16

Bedeutungslos 76
Bergbohm 17
Bestimmung (detsisioon) 45
Birkenhead 98
Bodinus 16
boikott 35
Bolingbroke 196

collectivité sociale 19
Cosack 138

deduktiivsed tõestuskolonnid 39
de facto-tunnustus 155
definitiivne põhiseadus 118
de Gobineau 214
de iure-tunnustus 155
destinataar 126
determinatio 74
detsisionism 18, 43
detsisioonid 45
detsentralisatsiooni teooria 144
différenciation politique 19
dihhotoomia analüüs 202
diktatuuri probleemistik 118
diktatuuriteoreetik 43
Dilthey 54
disjunktiivne lauseühend 78
diskretsiooniteooria 264
dispositiivnormiadressaat 142
dogmaatiline normativism 29

domineerimissüsteem 327
dominionaalsed provintsid 109
Donati 43
dualism 324
Duguit 18, 54, 56, 59.
Durkheim 19
dünaamilised doktriinid 16, 41, 43
dünaamiline integratsioon 62

ebaehtsad viited 247
eelarve 137, 236
Eesti Põhiseadus 45, 161, 156
Eesti riik 161
efektiivsus 116, 164
Ehrenfels 54
ehtsad viited 247
Einheitsgefüge 59
Einstein 130
eksekutiivfunktsioon 252
eksistentsiaalne kord 44
eksistentsiaalsed laused 245
ekstraetatistlik õiguskord 109
ekvivalentsed laused 77, 85, 95, 101 j.
ekvivokatsioonid 77
enesekorraldamise õigus 104
enesekujundus 59
ennastkorraldav organisatsioon 103
Entscheidung (detsisioon) 45
Entscheidungs- und Wirkungseinheit 52
erahaldus 281
eraldussüsteem 320
erateenistusõiguse instituut 137
eratehing 148
eraõigus 140, 142, 152, 135
eraõiguslik haldusakt 279
eraõiguslikud adressaadid 213
erfüllungslos 76
eriinstituut 159
ese, fenomenoloogiline 75
etatistlikud ühikud 109
Eukleides 130

faktiline olustik 211
fenomenaalakt 72, 122
fenomenid 69
fenomenoloogiline hoiak 79
fenomenoloogiline vaatluskäik 51, 72, 74, 68
formaalne trihhotoomia 195
formaalne õigus 251
formaalsed teooriad 136
Freud 54
fundamentaalnorm 32, 40
funktsionalism 18, 51
fusioonisüsteem 316

Ganeff 43
gegenstandslos 76
generaallaused 244
generaalnorm 232
generaalsuse teooria 230
Gerber 17
geschlossene Gruppe 58
Gierke 295
gouvernants-gouvernés 20
Grimm 136, 139
Grotius 16, 19, 24
groupe, groupement social 19
Grundnorm 32

haldus 201, 309
haldusakt 279
haldusfunktsioon 106
haldusfunktsioon formaalses mõttes 314
haldusorgan 309
haldusprovintsid 110
Heller 51, 59, 87, 188
Hempel 54
heteronoomsed normid 125
hilisem norm 240
Hobbes 16
Hollinger 133
homogeensus 92
Horvath 43
Husserl 90, 95, 121
huvikond 110

ideaalne objektiviteet 86
idealiteet 86, 94, 123
identsed väljendid 77, 91, 95, 102
identsusseadus 74
ideoloogilised aktiivprintsiibid 106, 119, 153

illegitiimne parlament 151
ilmumid 69
immanentne 71
imperatiiv 40, 125, 127
imperatiivatributiivnormid 127
imperatiivlaused 244
impersonaalsuse doktriin 235
implikaat 78, 102
implikatiivsed lauseühendid 78
implikanss 78, 102
implikatsioon 78, 102
individuaalne norm 233
individuaalsuse teooria 230
individualiseeriv mõiste 54
inimkollektiivid 90
inkonvenientsed laused 78, 95
inkorporeerunud ühikud 112
institution politique 21
institutsioonid 158
instituudid 158
integratsioonisüsteem 60
integratsiooniteooria 58
intentsionaalsus 69
intentsioon 72
interdépendance sociale 22
intraetatistlik õiguskord 109
iseseisvad organisatsioonid 103
isikute paljus 52
isoleerimissüsteem 320
ita ius esto 47

ja-tähendus 78
Jellinek, Georg 17, 295
juhitav inimkollektiiv 97
juhtimine 97, 113
juhtimisvõime 99
juhtimisõigus 104, 111
juriidiline sotsiologism 17 j.
juriidilised inimkollektiivid 96
juriidilised olustikud 23
jurisdiktsioon 201
järeldamisakt 76

kaebus 138
kaemus 73, 75
kaemustühi 76
kaitseseisukord 261
kaksikliigitus 195
kalandus 137
kasuteooria 267
kausaalteleoloogiline doktriin 185
Kelsen 15, 17 j., 29, 52, 54 j., 62, 139 j., 301
kinnine x 88
klassifikatoorne menetlus 66
klassimõiste 54, 67
kodanik 219
kogukond 110, 157, 220
kohtuakt 285
kohtufunktsioon 283
kohtufunktsioon formaalses mõttes 315
kohus 201, 309
kokku- ja ühtekuuluvus 92
kollektiivi kord 96
kollektiivlepingute instituut 138
kolmanda välistamise seadus 74
kolmikliigitus 195
kompetentsinorm 251
komplektväljend 76
konjugeeritav lause 37
konjunktiivne lauseühend 78
konkreetne rahvas 83
konkreetsuse teooria 230
konstitutiivne teooria 155
konstitutsioonid 105
konstruktiivsed normid 251
kontraarne lause 37
kontraponeeritud lause 37
koordinatsiooni doktriin 143
koordinatsioonikord 272
koordinatsiooniseosed 98
korporatsioonid 102
korraldamatud inimkollektiivid 96
korraldatud inimkollektiivid 97
korraldised 105 j., 121, 210, 279
korramõisted 54
korrigeeriv üksikakt 255
kriminaalõigus 35, 292
kui p, siis olgu q 30, 139
kui ... siis-menetlus 39 jj.
kui ... siis-tähendus 78
kui x, siis a 74
kõlblusimperatiiv 126
kõrgeim võim 110 j., 160
käitumisnormid 125

Laband 17, 295
lahussussüsteem 316
legaliteet 149
legibus solutus 53, 115, 271
legislatiivfunktsioon 237
legislatiivfunktsioon formaalses mõttes 313
legislatsioon 201
legitiimne riigivalitsus 151
legitimiteet 149
liiklemiskontsessioon 219
liikuda paremat kätt 259
liikuv sõiduk 258
Litt 58, 62
Locke 196
logistlik *kui ... siis* 39, 78
logistlik *sub* 39
lokaut 35
l'ordre public 131
lõplik põhiseadus 118
lähtumislause 37
lünk 245

maakorraldus 137
Macht 52
Maim 134
maksundus 137
materiaalne dihhotoomia 195
materiaalne õigus 251
menetlusnorm 251
militaristlik elukäsitus 49
Montesquieu 197
mõttekas determineering 54
mõttetu väljend 76
määrused 105, 121, 210, 229, 239, 317

naturnotwendig 30
negatsioon 79
nelikliigitus 196
nelinurkne sõõr 76
Niemeyer 51
normae imperfectae 249
normae minus quam perfectae 249
normae perfectae 35, 249
normae plus quam perfectae 249
normatiivakt 121
normatiivfunktsioon 208
normatiivne doktriin 191
normatiivne faktitsiteet 217
normatiivne kord 44
normatiivne normaliteet 56
normatiivne omistus 31 j., 37
normatiivne organiteooria 301
normatiivsuse seadus 37
normatiivtoiming 207
normativiteet 87, 123
normide jõugradatsioon 32, 34
normigradatsiooni printsiip 240
normiisikud 209
norm kehtib 32
normiloogiline määratlus 14
normilooming 226
normiordinatiivne määratlus 14
normirakendus 226
normistikkude süsteem 149, 154
normivaba funktsioon 208
normivaba toiming 207
28. novembri *Otsus* 162

objektiivne kehtivus 38
objektiivne norm 33
objektiivpsüühiline 71
objektiviteet 85, 122
oboedientia facit imperantem 52, 114
omahalduskorporatsioonid 105
omatahe 127
Oppenheim 54
ordinatoorne menetlus 66 jj.
ordinatoorne määrang 88
ordinatoorsed normid 151
ordinatoorne ühikumõiste 42
orgaaniline doktriin 144
organid 295
organisatoorsed normid 250
organisatsioon 97
osaline tasakaalustussüsteem 325
osariik 109 j., 157
osaõiguskord 112, 156
Otaka 43
otsused 105, 121, 210, 285

parlamentarism 324
partsiaalne õiguskord 112
perekond 146
perekonnapea 145

perekonnaõigus 145
personaalsed normid 235
personaalsuse doktriin 235
v. Pietražycki 243
Picard 17
pinnatu väljend 76
plebistsiit 60
Poincaré 130
poliitiline diferentseering 19
poliitiline institutsioon 21
poliitiline korporatsioon 108
poliitiline tahe 44
poliitiline võim 20
poliitilised ühikud 108
political integration 62
politischer Wille 44
politseiriiklik ideoloogia 271
positiivsed normid 55
pretensioon 126
pretensioosne imperatiiv 127
pretseptiivne õigus 145
pretseptiivnormiadressaat 142
primaarne lahendus 279
primaarne norm 32
protseduurinorm 251
protsessuaalne õigus 251
provints 157
provisoorne põhiseadus 118
psühholoogiline vaatlus 71
puhas faktitsiteet 221
puhas normativiteet 217
puissance politique 20
põhifunktsioonid 185, 193
põhifunktsioonide liigitus 194, 204
põhifunktsioonide teostajad 294
põhifunktsioonide teostamise süsteeme 294
põhikorraaktid 111, 150
põhimõisted 66
põhiseadus 105, 111, 210, 229, 239
pädevusnormid 251
pöördlause 37

raamatukogu kodukord 147
rahvusvaheline õigus 154
rakingunormid 250
rakkim 61
rebus sic stantibus 254
Rechtsbestand des Staates (õiguskond) 51
Rechtsfolge 30
rechtsnotwendig 30
regionaalsed haldusprovintsid 109
restoran 219
revolutsioon 161
Rickert 54
Riemann 130
riigikord 109
riigipea institutsioon 261
riigirakkim 61
riigivõim 110
riigivõimude jaotus 316
riigi õiguse primaat, supremaat 154
riik 108, 111 j., 220
riikide liit 157
Roguin 17
Ross 43
Rousseau 200
Rundstein 43

sanktsioneeritud norm 128 j.
sanktsioon 35, 128, 251
Schmitt 43, 54, 87
Schranil 38
seadusandlus 201, 309
seadusandlusorgan 309
seadused 210, 229, 239
seadusjõusse kasvamine 224
seinsmässige Ordnung 44
sekundaarne norm 32
sekundaarne-primaarne 285
Selbstgestaltung 59
seltskondlik kord 131
seotud x 88
separatsioonisüsteem 316
sihiteooria 136
singulaarlaused 244
sinnlos 76
sisuteooria 135
sisutu väljend 76
situations juridiques 23
Smend 58, 87
sobimus 121
société 19
solidarité sociale 22
Somló 111, 127

sotsiaalne autoriteet 113, 115 j.
sotsiaalne normativiteet 125
sotsiaalne solidaarsus 22, 27
sotsiaalsed inimkollektiivid 90
sotsiaalsed normid 124
sotsioloogiline reaalsus 58
sotsioloogilis-juriidiline doktriin 16, 189
soziologische Realität 58
Spencer 62
Spinoza 19
staatilised doktriinid 16, 41
Stato integrale 62
v. Stein 18
streik 35
struktuurimõisted 54
Stufenbau der Rechtsordnung 34
subjektiivpsüühiline 71
sub-menetlus 39 j.
subordinatsiooniteooria 143, 272
suletud ring 58
sundnorm 30
sunniakt 30
suprapositiivsed õigusprintsiibid 53
suvanguteooria 264
suvaõigus 264
sõber-vaenlane 45, 50
sõda võidurikka lõpuni 50
sõltumatuse teooria 275
sünonüümsed väljendid 77

tarbedefinitsioonid 129 j.
tariifilepingud 35
tasakaalustussüsteem 323
Tasić 43
Tatbestand 30
tavaõigus 56
teaduslaused 76
teenijad 308
tehiomasusnormid 251
teoasutis 309
teoreetiline definitsioon 129
tingiv lause 30, 36
tippnorm 40
toiming 209
totaalne õiguskord 112, 154, 185
traditsiooniline organiteooria 294
transtsendentsus 71
trihhotoomia analüüs 202
tsentralisatsiooniteooria 144, 274
tuletamatud õigusnormid 111
tõde 76 j.
Tõnisson 169
täisbalanseering 325
töölised 308
töövõtjaskonnaõigus 110
tööõigus 35, 137 j.
tühik 245

Ulpianus 134
unitaarriik 157
Ursprungsnorm 32

Vaabel 38
vaenlane-sõber 45, 50
vahenditeooria 270
vaie 138, 291
valdavussüsteem 327
vasturääkivuse seadus 74
veekorraldus 137
viide 246
voluntaristlik imperatiivideteooria 127
vormituse vorm 63
või-tähendus 78
võim 52, 99, 113
võimkonnanormid 251
võimuanastamine 117
võimuautoriteet 113, 115 j.
võimukäsitsejad 116
võimuorganisatsioonid 100
võimu põhiallikas 115
võimuvahekord 99
välisautoriteet 125
välismaailm 71
väljend 75
väljendusakt 74, 123

wesensgestaltender Zusammenhang 58
Weyr 43, 139
widersinnig 76
widersprechend 76
widerstreitend 76
Wirkungs- und Entscheidungseinheit 52
Wundt 54

õigusdiskontinuiteet 149
õiguse definitsioon 128
õiguse derivcerimine 118
õiguse dualism 154
õiguse liigitus 133
õiguse monism 154
õiguse originaarsus 118
õiguskond 51, 55
õiguskontinuiteet 149
õiguskord 88, 108, 120
õiguskorra analüüs 90
õiguskorra loomine 117
õiguskorra metodoloogilised määratlused 14
õiguskorra mõiste 23, 30, 51, 120
õiguskorra ontoloogilised määratlused 16
õiguslikud toimingud 191, 219
õigusnormide süsteem 30, 149, 154, 158
õigustatud isik 126

öffentliche Ordnung 131

ühendriigid 157
ühing 146
ühiskondlik funktsioon 53, 57
ühiskondlik kord 131
ühiskondlik ühik 19
ühisussüsteem 316
üksikaktid 105, 121, 152, 252
üksikjuhud 252, 285
üksiknorm 253
üldaktid 105 jj., 148, 152, 238
üldinstituut 159
üldjuhud 237
üldhuvid 148
üldnormid 238
üleminekuaeg 261
ürgnorm 32
ürgvõim 111

x implitseerib a 74
x-s sisaldub a 74
$x = a$ 73

Zurechnung 31
Zwangsakt 30
Zwangsnorm 30
Zwangsordnung 30

books2ebooks.eu

www.books2ebooks.eu

e-raamat EOD kaudu

eBooks on Demand

Digitaalkoopia

Tartu Ülikooli Raamatukogust

TARTU ÜLIKOOL

RAAMATUKOGU