

VÄINO LANG

PÕHIKÜSIMUSI KEHTIVAST RIIGIKAITSEÕIGUSEST

„ÕIGUSE“ KIRJASTUS

TARTU, 1939

VÄINO LANG

PÕHIKÜSIMUSI KEHTIVAST RIIGIKAITSEÕIGUSEST

TYTIO: pcpa

28449.

„ÕIGUSE“ KIRJASTUS

TARTU, 1939

2.



A-12382

21286

Põhiküsimusi kehtivast riigikaitseõigusest.

Sissejuhatus.

Viimaste aastate pingerohke rahvusvaheline elu tingis vajaduse intensiivseks relvastumiseks ning sõjaväe organisatsiooni arendamiseks. Sellega muutusid aktuaalseks kõik küsimused, mis pidestusid sõjaväe ning riigikaitsega, seda enam, et tänapäeval ei piirdu sõjapidamine kaugeltki enam selleks loodud relvastatud jõuga, vaid haarab kogu rahva materiaalseid ja vaimseid jõutagavarasid. Ühtlasi pöördus tähelepanu sellele suurele õigusnormide kogumile, olgu siseriigilise või rahvusvahelise õigusena, mis korraldab vastavaid küsimusi. Sellele viitab ka Eesti elav legislatiivne tegevus riigikaitse alal viimase paari aasta vältel. Koos positiivse õiguse kiire arenemisega tekib vajadus uue normimaterjali süsteemseks käsitlemiseks, et tuua esile kehtiva õiguse printsiipe. Alates 1939. aasta I semestrist loetakse ka Tartu ülikoolis näit. kursust sõjaväe administratsioonist, seadustest ja seadlustest, mis osutub õieti esimeseks ulatuslikumaks katseks tutvustada meie riigikaitseõiguslikke probleeme ka laiemale juristide perele¹. Alljärgnevalt on püütud lahendada mõningaid dogmaatilisi küsimusi samalt alalt, pöörates peatähelepanu sõjaväe seadluste instituudi ja nn. komandovõimu teooria arutamisele.

Mõlemad viimatinimetatud probleemidekompleksid kuuluvad nn. riigikaitseõiguse valdkonda. Halduskorra sellist

¹ K. L. Trakman, Sõjaväe administratsioon, Loengute kokkuvõte, Tartu 1939, lk. 6 j.: „Riigikaitseõiguse võtmine ülikooli õppekavasse on meil tingitud tarvidusest tutvustada juriste selle ala küsimustega, ning vajadusest panna alust selle ala õigusnormide juriidilisele, s. o. teaduslikule käsitlemisele.“

erifunktsiooni, mille teostamisel loodavate normatiivaktidega korraldatakse riigikaitset, nimetatakse riigikaitsefunktsiooniks. Riigikaitsefunktsiooni sättivaid normistikke nimetatakse riigikaitseõiguseks². Olgu veel tähendatud, et halduskorra moodustavad õigusnormistikud, mis käsitlevad formaalsena mõistetud haldusfunktsiooni teostamist³. Seega hõlmab halduskord peale materiaalselt mõistetud haldusfunktsiooni teostamise kõrvalfunktsioonidena ka materiaalselt mõistetud legislatiiv- ning jurisdiktsioonilise funktsiooni teostamise, samuti niihästi formaalselt mõistetud haldusfunktsiooni teostamisega pidestuva kui ka viimasest lahus esineva normivaba funktsiooni teostamise⁴.

I PTK. SÕJAVÄE SEADLUSED.

§ 1. Sõjaväe seadluste teoreetiline kvalifitseering.

Õigusteoreetiline vaatlus, selgitades õiguslikkude nähtuste üldist olemust ja andes juriidilised põhimõisted, loob vastavatest mõistetest kindla loogilise konstruktsiooni⁵. Viimaseid kehtiv õigus kahjuks sageli ei rakenda sellistena, nagu neid on sisustanud õigusteooria. Näit. nimetatakse teoorias määrusteks seadustele subordineeritud eksekutsiooni üldakte. Meil kehtiv õigus kasutab „määruse“ nimetust ühelt poolt teatavate üksikaktide märkimiseks, teiselt poolt ta nimetab aga akte, mis teooria seisukohalt kindlalt omavad määruse kvalifikatsiooni, näit. juhtnõõrideks, otsusteks, korraldusteks, kodukordadeks, põhikirjadeks jne. Et saada õiget pilti sellest, mida teatav

² Vrd. näit. Otto Senftleben, *Deutsches Wehrrecht*, Berlin 1935, lk. 9 j. ja 12 jj. — Trakman, *op. cit.*, lk. 9 j. — Georg Meyer, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, I, Vierte Auflage, München-Leipzig 1913, lk. 10 j.

³ Halduskorra mõiste suhtes vt. Rein Eliaser, jr., *Haldusõiguse üldosa*, Tartu 1939, lk. 79 j.

⁴ Vt. A.-T. Kliimann, *Õiguskord*, Tartu 1939, lk. 314.

⁵ Juhan Vaabel, *Sissejuhatus finantsõigusteadusse*, Tartu 1939, lk. 125: „Normatiiv-teoreetiline käsitlus taotleb uuritava alal esinevate õiguslikkude nähtuste üldise olemuse selgitamist ja üldiste õiguslikkude mõistete määratlemist.“ — Vrd. A.-T. Kliimann, *Administratiivakti teooria*, Tartu 1932, lk. 16 jj.

positiivses õiguses esinev instituut kujutab, tuleb ta võtta erilisele vaatlusele, kusjuures selgitatakse ta olemus teooria seisukohalt.

Ühe sellise instituudina esineb meie PS-s seadluste instituut. Õigusteooria sellist mõistet ei tunne. Millist õigusteoreetilist kvalifikatsiooni peame siis omistama sõjaväe seadlustele? Vastust sellele küsimusele püüabki anda alljärgaev käsitlus.

PS § 131 sätib, et „Vabariigi President annab seaduses tähendatud aluseil riigikaitsele ja relvastatud jõududesse puutuvaid seadlusi ja määrusi“⁶. Nagu nähtub PS üksikute paragraafide uurimisest, on vabariigi presidendi ülesandeks *par excellence* haldusfunktsiooni teostamine. Järelikult vabariigi president on haldusorganiks⁶. Seega tuleb seadlusi kvalifitseerida, esiteks, haldusaktidena formaalses mõttes⁷. PS §-de 131 ja 134 sõnastuse ligem vaatlus näitab, teiseks, et seadlused oma olult osutuvad üldaktideks. Üldaktid on normatiivtoimingud, mis käsitlevad tegelikkuses esinevat käitumist üldjuhtudena⁸. Üldjuhtudeks nimetame ajas ja ruumis esineda võivaid käitumisjuhtusid, milliseid käsitletakse sõltumatult aja ja ruumi momentidest⁹. Seega seadlus on legisiatiivakt materiaalses mõttes¹⁰. Halduse üldaktidena tunneb teooria dekreete ja määrusi. Dekreetideks nimetame halduse seadusejõulisi üldakte¹¹. Määrusteks nimetame seadustele alluvaid eksekutsiooni üldakte¹².

⁶ Mõiste vt. *id.*, Õiguskord, lk. 309. — Vrd. ka Adolf Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien-Berlin 1927, lk. 290 jj.

⁷ Vt. Kliimann, Administratiivakti teooria, lk. 63 jj. — *Id.*, Õiguskord, lk. 314.

⁸ Vt. *id.*, Administratiivakti teooria, lk. 58. — *Id.*, Haldusprotsess, Tartu 1937, lk. 22 jj. — *Id.*, Õiguskord, lk. 238.

⁹ *Id.*, lk. 237. — *Id.*, Administratiivakti teooria, lk. 57 j. — *Id.*, Haldusprotsess, l. l.

¹⁰ *Id.*, Administratiivakti teooria, lk. 62. — *Id.*, Õiguskord, lk. 309 jj. — *Id.*, Haldusprotsess, lk. 29 j.

¹¹ Vt. *id.*, Administratiivakti teooria, lk. 166 jj. — Vrd. Errico Presutti, Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano, I, Messina 1931, lk. 59 jj. — Cino Vitta, Diritto amministrativo, I, Torino 1937, lk. 40 jj. — Luigi Raggi, Diritto amministrativo, III, Padova 1937, lk. 112 jj.

¹² Kliimann, *op. cit.*, lk. 175 jj. — Raggi, *op. cit.*, lk. 123: „Il regolamento è una norma giuridica emanata da organi amministrativi. Esso è sostanzialmente norma giuridica, ma formalmente atto amministrativo,

Võrreldes esitatud dekreeedi mõiste määrangut PS-s toodud seadluste sisutunnustega, ei saa me kohe täie kindlusega väita, et seadlus ei oleks kvalifitseeritav dekreedina. Võimalikkude kahtluste hajutamiseks on otstarbekas aga lähendada dekreeedi üksikute tüüpide mõistetest ja näidata, et seadlus ei kuulu ühessegi neist — järelikult pole ta üldse dekreet. Teatavasti tavatsetakse teoorias dekreetide tüüpidenä esitada hädadekreete, erakorralisi dekreete ja dekreetseadusi¹³.

Häda dekreet on selline dekreet, mis antakse kehtivas õiguses fikseeritud hädajuhtudel¹⁴. Hädadekreediõiguse omistab vabariigi presidendile PS § 99. Sellekohaselt võib vabariigi president Riigikogu sessioonide vaheajal edasilükkamatu riikliku vajaduse korral anda seadusi dekreedina. Samas paragraafis on taksatiivselt loendatud küsimused, milliste suhtes vabariigi presidendil puudub hädadekreediõigus. See loend ei sisalda aga riigikaitse ning relvastatud jõudude probleemi — järelikult võib vabariigi president ka sellel alal anda hädadekreete. Ühtlasi on siis selge, et seadluste puhul meil pole tegemist hädadekreetidega, sest sellisel juhtumil poleks olnud vajadust seadluste instituudi loomiseks. Samuti tuleb mees pidada, et vabariigi president võib ka seda seadust, milles tähendatud alusel toimub seadluste andmine, anda hädadekreedina või erakorralise dekreedina (PS § 130). PS selleks igatahes mingsuguseid takistusi ei tee. Pole aga kujuteldav, et delegatsioonakt ja selle alusel toimetatud aktid asetseksid samal normatiivsel jõutasemel ja oleksid ühtlasi sooritatud sama normiisiku poolt.

Erakorralisteks dekreetideks nimetame selliseid dekreete, mis antakse riigi tegelikuks kaitsemiseks põhiseaduse ja eriseaduste alusel¹⁵. Sellisena esineb meil PS §-s

per il che non ha la forza delle leggi formali.“ — Vrd. ka Ugo Forti, *Diritto amministrativo*, I, Napoli 1931, lk. 62 jj.

¹³ Teoorias kõneldakse üldiselt küll dekreetide kolmest eriliigist, kuid see pole päris täpne. Siin on tegemist ikkagi kolme ajalooliselt kujunenud eritüüpi dekreediga, mitte aga mingi ühtlase *fundamentum divisionis*'e alusel sooritatud liigitusega. Tüübi mõiste suhtes vt. *nota* 18.

¹⁴ Vt. Kliimann, *op. cit.*, lk. 173 j. — Vrd. Raggi, *op. cit.*, lk. 118 jj. — Presutti, *op. cit.*, lk. 62 jj.

¹⁵ Vt. Kliimann, *op. cit.*, lk. 171 j.

130 nimetatud dekreeditüüp. Nimetatud paragraafi järgi: „Mobilisatsiooni väljakuulutamisest või sõja algusest kuni demobilisatsiooni lõpu väljakuulutamiseni Vabariigi President võib anda riigikaitse ja relvastatud jõudude korraldamise ja juhtimise alal seadusi dekreedina ka Riigikogu istungjärkude ajal.“ Siin on selgesõnaliselt, kuigi fakultatiivsena, omistatud vabariigi presidendile õigus korraldada riigikaitsefunktsiooni erakorraliste dekreetidega. Järelikult ei või seadluste korral olla tegemist samasuguse kvalifikatsiooniga aktidega. Samale tulemusele jõuame pisut teisiti arutades. Nimelt annab eeltoodud määrang erakorralisele dekreedile kaks tunnust. Esimeseks tunnuseks on, et erakorraliste dekreetide andmise õigust korraldavad põhiseadus ja sellekohased eriseadused (resp. eriseadus). PS 131. §-i kohaselt toimub sõjaväe seadluste andmine seaduse alusel. Vastavas eriseaduses sisalduvad pädevusnormid sõjaväe seadluste andmiseks. Ses küsimuses ei ole mingit kvalitatiivset erinevust erakorraliste dekreetide ja sõjaväe seadluste vahel. Teiseks tunnuseks on siht säilitada riiklikku julgeolekut. Erakorraliste dekreetide andmise eelduseks on asjaolu, et kas kogu riigis või mõnes selle osas valitseks riiklikku julgeolekut ähvardav olustik, mis oma õigusliku väljenduse leiaks näiteks sõjaseisukorra väljakuulutamises. Sõjaväe seadlustele me võime küll omistada üldist sihti säilitada riiklikku julgeolekut, kuigi PS seda *expressis verbis* ei maini, kuid meil puudub iga-sugune põhiseaduslik eeskiri selle kohta, mis sõjaväe seadluste andmist piiraks erakorralise olustikuga, näit. kaitseseisukorra ajaga. Järelikult pole sõjaväe seadlused erakorralisteks dekreetideks.

Dekreetseaduse all mõistame dekreete, mis antakse põhiseadusliku pädevuse piirides halduse poolt õigussuhete iseseisvaks käsitlemiseks¹⁶. Dekreetseadused esinevad ainult detsentraliseeritud legisatsiooniga riikides. Vastav põhiseadus määratleb sellisel juhul täpselt, tavaliselt enumeratiivselt, halduse pädevuse dekreetseaduste andmiseks. Midagi sellist ei sisalda aga meie kehtiv PS¹⁷. Seadusandluse kompet-

¹⁶ *Ib.*, lk. 168 jj.

¹⁷ *Contra* vrd. Trakman, *op. cit.*, lk. 13: „Kui aga tunnistada, et riigis võivad olla mitmed seadusandliku õigusega varustatud instituudid, igaüks omal alal, mis rohkem vastab 1937. a. Põhiseaduse iseloomule...“

tentsi ligem määratlemine on PS § 131 alusel täielikult usaldatud seadusandluse hoolde. Seega ei ole seadlused ka kvalifitseeritavad dekreetseadustena ja, ärvestades kõike eelöeldut, üldse mitte dekreetidena. Nad peavad olema määrused teooria mõttes.

Määrusteks nimetame seadusele alluvaid eksekutsiooni üldakte. Tavatasetakse siingi eristada kolme liiki — *intra*, *contra* ja *praeter legem* määrusi. See seisukoht pole aga formaalloomiliselt päris õige ning täpne, sest nimetatud liigitusel puudub ühtlane *fundamentum divisionis*. Õigemini on siin tegemist kolme erisuguse ja ajalooliselt kujunenud määruste klassifikatoorse tüübiga¹⁸. Sellele viitab näit. asjaolu, et *praeter* ning *intra legem* määruste vabeteogu dogmas võib mõningatel puhkudel osutada võrdlemisi raskeks. Samuti nähtub üksikute klassifikatoorsete määrustüüpide kontseptsioonidest, et *contra legem* määruste mõiste hõlmab kõik *praeter legem* määruste tunnused, lisandub ainult võime muuta seadusjõulisi normatiivakte. Ometi osutub praktiliselt vägagi vajalikuks tuvastada, millist tüüpi määrust on positiivne õigus mõelnud ühel või teisel juhtumil, sest sellest tuleneb terve rida olulisi konsekvantse niihästi määrustava funktsiooni kui ka määruste eneste kohta.

Määrused *intra legem* on sellised määrused, millega toimub kehtivate seaduste rakendamine¹⁹. Nad vaid konkretiseerivad seadusi. Käesoleval juhul pole meil aga tegemist seda tüüpi määrustega, sest määrusandluseks *intra legem* on vabariigi president õigustatud juba selle fakti põhjal, et Eesti

¹⁸ Tüübi mõiste kohta Wilhelm Wundt, Logik, II, Stuttgart 1920, lk. 55 j.: „Erstens bezeichnet der Typus die einfachste Form, in der ein gewisses Gesetz der Struktur oder der Zusammensetzung gegeben sein kann... Zweitens versteht man unter dem Typus diejenige Form, in der die Eigenschaften einer Reihe verwandter Formen am vollkommensten repräsentiert sind... Drittens endlich nimmt der Typus zuweilen noch die Bedeutung an, dass er nur eine formale Eigenschaft bezeichnet, die den Gliedern einer Gattung oder mehreren Gattungen gemeinsam zukommt.“ — Usloogikas on tüübi mõistet eriti arendanud ning töödelnud inglase B. Russell. Selles suhtes vt. eriti Rudolf Carnap, Abriss der Logistik, Wien 1929, lk. 19 jj. ja 30 jj. Klassifikatoorse tüübimõiste kohta vt. Carl G. Hempel / Paul Oppenheim, Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik, Wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie, Leiden 1936, lk. 5 j., 13 jj. ja 78 jj.

¹⁹ Vt. Kliimann, *op. cit.*, lk. 181.

õiguskorras on leidnud rakendamist igale õigusriiklikule haldusele immanentne egaalsuse põhimõte²⁰. Viimane nõuab muuseas, et haldaja ei tohi asuda seadusi rakendama kohe üksikaktidega. Iga seaduse ning üksikakti vahele astugu veel määrus, mis konkretiseeriks seadust. Üldprintsibiilt deklaratiivsena rõhutab vabariigi presidendi õigust *intra legem* määruste andmiseks ka PS § 39 p. 4²¹. On ilmne, et sõjaväe seadluste instituut pole identne *intra legem* määruste instituudiga, sest jaataval korral osutuks sõjaväe seadluste instituut täiesti tarbetuks ning sisutuks eristamiseks — määrusandlusõigust *intra legem* evib vabariigi president niikuinii.

Contra legem määrus on selline määrus, millega eksekutsioon on õigustatud ümber korraldama seadustega juba käsitletud alasid²². *Contra legem* määrus muudab küll samal alal kehtivaid seadusi, on aga ise igal juhul *secundum legem*, s. o. kokkukõlas olev oma delegatsiooniaktiga ja seadustega teistelt aladelt. Kuna *contra legem* määruste andmise õiguse omistamine eksekutsioonile tähendab seadusandluse pädevuse delegeerimist, oma õiguste ja kohustuste võõrandamine seadusandluse poolt osutub aga üldpõhimõtteliselt lubamatuks, siis peab selline võimalus olema põhiseaduses *expressis verbis* mainitud²³. PS § 131 sätib, et „Vabariigi President

²⁰ Vt. Kliimann, Haldusprotsess, lk. 62: „Egaalsuse printsiip, s. o. ühesuguseis tingimusi ja ühes ning samas olustikus asuvate kodanikkude ühtlase käitlemise nõue eeldab, et enne kui ses olustikus asutakse üksikjuhtusid lahendama üksikaktidega, see olustik oleks juba ühtlaselt sätitud vastavate üldaktidega.“ — Vt. ka *id.*, Üliõpilaskond Ülikoolide seaduses, i. Akadeemia 1937, 4, lk. 225.

²¹ Tähtsust evib PS nimetatud paragraaf vaid PS tõlgendamisel. Määrusandlusõigus *intra legem* kui niisugune, nagu öeldud, temast ei tulene.

²² Vt. Kliimann, Administratiivakti teooria, lk. 181 j.

²³ *Ib.*, lk. 182: „Nii *praeter* kui *contra legem* määruste õiguse volitamine eksekutsioonile tähendab legislatsiooni kompetentsi delegeerimist. Kuid üldpõhimõtteliselt on seadusandlusasutisel oma õiguste ja kohuste võõrandamine lubamatu. Sellepärast mainitud määrusteliikide õiguse volitamine on vaid erandlikult lubatav ja nimelt siis, kui seda riigipõhiseadus *expressis verbis* mainib. Selle man põhiseadus mainib ühtlasi, kumb liik määruste volitusi on mõeldud.“ — Ekslikuks tuleb pidada Ugo Forti vaadet, et oma kompetentsi delegeerimatus põhimõte (*delegatus delegare non potest*), ilma selgeltväljendatud õigustuseta selleks, toetuvat poliitilistel argumentidel (*op. cit.*, lk. 50).

annab seaduses tähendatud aluseil riigikaitseks ja relvastatud jõududesse puutuvaid seadlusi...“ Vastavalt tsiteeritud legaalfraasile peab Riigikogu vastu võtma erilise seaduse, mis sätib sõjaväe seadlusandluseks vajalikke aluseid. See seadus fikseerib need olmad, millede olemasolul on lubatav sõjaväe seadluste andmine. See seadlusandlusõiguse delegeerimine vabariigi presidendile peab PS § 131 sõnastuse kohaselt toimuma üldvolituse ehk generaaldelegatsiooni põhjal²⁴. Selline olukord aga ei võimalda *contra legem* määruste andmist, sest viimaste jaoks on vaja igakordset erivolitust ehk spetsiaaldelegatsiooni. *Contra legem* määruste tarbeks peab alati olema selgeväljenduslik volitus selle kohta, milliseid kehtivaid seadusi seesugune määrus on õigustatud muutma või tühistama. Jääb järele ainult võimalus, et antud juhul on tegemist *praeter legem* määrustega. Sama väidet kinnitab ka PS sõnastus, mis kõneleb seadluste andmisest „seaduses tähendatud aluseil“. Väljendit „määrusandlus seaduse alusel“ tavatsetakse õiguslikus praksises ikka rakendada *praeter legem* määrusandluse tühistamiseks, samuti kui väljendit „kokkukõlas seadustega“ — *intra legem* määrusandluse korral. *Praeter legem* määrus on selline määrus, mida toimetatakse seadusandlikult seni veel lahendamata küsimuste käsitlemiseks²⁵. Ta piirdub mitte ainult seaduste täpsustamisega, vaid ühtlasi täiendab vastavaid seadusjõulisi normatiivakte. Seega praktilisest vaatepunktist tõusevad *praeter legem* määrused dekreetseaduse tasemele.

PS § 131 järgi annab vabariigi president peale seadluste riigikaitse ja relvastatud jõudude alal veel „määrusi“. Tekib küsimus, millena on kvalifitseeritavad need „määrused“ teooria seisukohalt. Esiteks on mõeldav, et siin on tegemist seadlustega koordineeritud normatiivaktidega — s. o. *praeter legem* määrustega. Selle poolt räägib mõnevõrra PS sõnastus, mis mingil moel ei omista neile määrustele eripositsiooni. Teiseks on mõeldav, et PS § 131 tähendatud määrused on oma kehtejõult seadlustele subordineeritud normatiivaktid — ka see lahendus ei oleks PS vastu. Otsustajaks käesolevas probleemis peaks kujunema § 131

²⁴ Vt. nota 32.

²⁵ Vt. Kliimann, *op. cit.*, lk. 181.

nimetatud seadus. Sellena esineb RRKS²⁶. Viimane aga ei lahenda probleemi, vaid toimib hoopis vastupidi. Ta loob „seadluste“ ning „määruste“ vahekorras vägagi keerulise ja komplitseeritud olukorra. Vabariigi presidenti pädevus *praeter legem* määruste andmisel on jagatud täiesti suvaliselt kolme gruppi ja iga sellise grupi kohta on kehtestatud erinorme.

Esimese ning suurimana võime eraldada küsimustekompleksi, mida vabariigi president võib *praeter legem* korraldada niihästi „seadluse“- kui ka „määruse“-nimeliste aktidega. Nii sätib RRKS § 19: „Vabariigi President kui relvastatud jõudude kõrgeim juht... annab seadlusi ja määrusi küsimuste lahendamiseks, mis puudutavad: a) sõjaväe organisatsiooni; b) sõjaväe üksuste ja asutiste ning nende koondiste ülesandeid ning ülemate kohuseid ja õigusi; c) sõjaväelaste teenistuskäiku; d) sõjaväelist distsipliini, sisekorda ja garnisoniteenistust; e) sõjaväelaste karistamist distsiplinaarkorras; f) sõjaväe varustamist ja majandamist; g) sõjaväe tervishoidu; h) sõjaväelaste üleastumiste läbi tekitatud riigikahju sissenõudmist süüdlaselt administratiivkorras ühes distsiplinaarkaristuse määramisega; i) sõjaväelaste ühinguid ja nende liite.“ RRKS § 20 järgi kehtivad eelnimetatud aladel antud seadlused ning määrused ka Sõjaministeeriumi ja selle teenistujate suhtes ja § 22 II järgi ka Kaitseliidu kindlapalgaliste teenistujate, samuti Kaitseliidus teenivate tegelikus teenistuses olevate ohvitseride kohta. RRKS § 23 põhjal piirivalvele ja piirivalve teenistujatele kohaldatakse eelnimetatud seadluste ning määruste eeskirju vaid seevõrra, kui võrra vastavate seadustega pole korraldatud teisiti. RRKS § 18 kohaselt vabariigi president korraldab oma seadlustega ning määrustega ministeeriumidele ja omavalitsustele seadustega pandud ülesannete täitmise ala.

Teisena võime eraldada küsimustekompleksi, mille suhtes vabariigi president evib õigust anda *praeter legem* määrustena ainult „seadluse“-nimelisi akte. Nii RRKS § 21 järgi „Vabariigi President annab seadlusena erieelarvete alusel tegutsevate Sõjaministeeriumi ja sõjaväe asutiste ja ettevõtete põhikirjad“. RRKS § 22 I kohaselt „Vabariigi President annab seadlusena Kaitseliidu põhikirja“. RRKS § 87 I näeb

²⁶ Riigikaitse rahuaegse korralduse seadus, RT 1938, 29, 234.

ette, et „Sõjavägede Juhataja võimupiirid temale alluvate isikute teenistuskäigu küsimuste lahendamisel, nende kohtulikule vastutusele võtmise ja distsiplinaarkaristuste alal on ette nähtud vastavates seadustes ja seadlustes“. Sama seaduse § 89 sätib, et „Sõjavägede Juhataja ülesanded ja võimupiirid neil aladel, mida käesolev seadus ei käsitle, on ette nähtud vastavates seadustes ja seadlustes“. Ja lõpuks RRKS § 127 järgi Sõjavägede Nõukogu töökord määratakse vastava seadlusega.

Ja kolmandaks leiame RRKS-s veel küsimusi, mida vabariigi president võib sättida ainult „määruse“-nimeliste *praeter legem* määrustega. Näit. annab selle seaduse § 36 vabariigi presidendile õiguse korraldada Riigikaitse Nõukogu asjaajamise korda oma määrusega.

Loomulikult säilib vabariigi presidendil veel kõigil kolmel juhul egaalsuse printsiibist tuletuv *intra legem* määruste andmise õigus. Samuti osutub võimalikuks, et vabariigi president annab *praeter legem* määrustena „seadlusi“, subordineerides neile omakorda *praeter legem* määrustena „määrusi“. See kõik aga ei aita mingil moel selgitada probleemi PS §-s 131 nimetatud seadluste ja määruste vahekorra.

§ 2. Tuletisi seadluste teoreetilisest kvalifitseeringust.

Olles tuvastanud, et sõjaväe seadlus on eritüüp *praeter legem* määrusi, võime substituutsiooni järeldusreegli²⁷ kohaselt lugeda sõjaväe seadluste suhtes kehtivaks kõik selle, mis kehtib *praeter legem* määruste kohta üldiselt. Seega seadlustega korraldatakse küsimusi, mis seadusandlikul teel on korraldamata. Seadlus peab olema rangelt kokkukõlas oma volitusaktiga, ühtlasi ka seadustega ning dekreetidega muudel aladel. Õeldust saame tuletada praktiliselt väga tähtsaid konsekvентse:

Esiteks — konflikti korral seaduse ning sõjaväe seadluse vahel on seadlus vastavas osas tühine, sest seadlus määrusena osutub oma kehtejõu gradatsioonilt subordineerituks seadustele ning dekreetidele²⁸. On ekslik

²⁷ Vt. Carnap, *op. cit.*, lk. 11.

²⁸ Õigusnormide jõu gradatsiooni kohta vt. Vaabel, *op. cit.*, lk. 14 jj. — Artur-Tõeleid Kliimann, Normitehnikast administratiivprotsessiõiguses, Tartu 1930, lk. 6 j., ja seal osundatud kirjandus.

arvata, nagu oleks sellekohase delegatsiooniseadusega (PS § 131) vabariigi presidendile antud kindel kompetents sõjaväe seadluste andmiseks, mis kehtib seni, kuni seda delegatsiooniakti ennast pole selgesõnaliselt muudetud²⁹. Puudub igasugune põhiseaduslik alus omistada PS §-s 131 tähendatud seadusele vormiliselt kõrgemat normatiivset jõudu kui teistele riigikaitset ning relvastatud jõude käsitlevatele seadustele. Oma vormiliselt kehtejõult asetsevad kõik riigikaitseala seadused ning dekreedid PS järgi koordineatsioonitasemel. Seetõttu võib Riigikogu igal ajal vastu võtta seaduse, mis käsitleb mõnd delegatsiooniaktis *expressis verbis* seadlusandluse kompetentsi paigutatud küsimust, piirates niiviisi vabariigi presidendi seadlusandluskompetentsi. Sama võib vabariigi president ka ise sooritada oma dekreetidega PS §-de 99 ja 130 põhjal. Sellega ei ole loomulikult aga veel öeldud, et meie PS ei luba üht seadust või dekreeti asetada oma sisultn.-õ. kõrgemale tasemele. Üld- ja eriseaduste suhtes kehtib ikkagi printsiip: erinormistik murrab üldnormistiku. Seega asetseb eriseadus sisuliselt nagu kõrgemal üldseadusest. Samuti ei ole siinkohal püütud lahendada kehtejõutaseme probleemi mõningate PS-s *expressis verbis* nimetatud ning eripositsiooni asetatud seaduste kohta (näit. Riigikogu kodukorra seadus).

Täiesti vääralt käsitleb seadluste küsimust ka Stephan v. Csekey, kuigi 1920. a. Põhiseaduse 1933. a. muundusseaduse alusel. Nimelt väidab ta oma töös Die Verfassungsentwicklung Estlands 1929—1934, Tübingen 1935, lk. 426: „Ferner hat der Staatsälteste das Recht, auf den Grundlagen und in der Ordnung, wie sie im Gesetz über die Organisation und Leitung des Staatsschutzes... vorgesehen sind, die Wehrmacht betreffende Verordnungen mit Gesetzeskraft (estnisch seadlus, während das Gesetz seadus genannt wird) und Verordnungen zu erlassen (§ 81). Diese Verordnungen mit Gesetzeskraft werden vom Staatsältesten ebenso wie die Dekrete erlassen, aber den letzteren gegenüber besitzen sie eine bevorzugte Stellung, da sie von der Staatsversammlung nicht abgeändert werden können.“ Selline väitlus ei talu loogika seisukohalt mingit kriitikat, sest ta põhineb valele eeldusel (s. o. et seadlus on seadusjõuline üldakt). Vrd. selles suhtes ka A.-T. Kliimann, Arvustavaid märkmeid ühe põhiõigusliku artikli avaldamise puhul, i. Õigus 1929, 4, lk. 130.

²⁹ Trakman, *op. cit.*, lk. 22. j.: „Kuna 1937. a. Põhiseadus ei näe ette seadusandlikku ainuvõimu rahvaesindusel, nagu see oli 1920. a. Põhiseaduse § 35 järgi, siis omavad Presidendi poolt kehtima pandud seadlused kehtivuse sõltumata sellest, kas need on kooskõlastatud seadustega. Seadlused võivad antud olla nii praeter legem, kui ka contra legem.“ Vt. samuti *ib.*, lk. 13.

Teiseks — konflikti korral sõjaväe seadluse ja korraldise vahel osutub viimane vastavas osas tühi-seks, sest seadlus asetseb kõrgemal normatiivsel kehtejõu-tasemel kui korraldis³⁰. Ei ole seejuures oluline, kes on korraldise andjaks. Vabariigi presidendi poolt antud seadlu-sed on ka talle enesele siduvad seni, kuni nad kehtivad. Seega vabariigi president võib anda dekreeidi, milles ta fiksee-rib enese pädevuse seadlusandjana. Kokkukõlas selle dekree-diga vabariigi president väljastab seadlusi, konkretiseerides neid näit. määrustega *praeter legem* ja viimaseid määrustega *intra legem*. Ja lõpuks toimetab ta kõigi nende üldaktide põhjal veel korraldisi, mis peavad olema kokkukõlas vasta-vate tema poolt antud kõrgemajõuliste aktidega. Siin aval-dub kujukalt nn. legaalsuse printsiip³¹ kui õigusriik-liku halduse põhiprintsiip.

Kolmandaks — volitusakt sõjaväe seadluste and-miseks peab sisaldama generaaldelegatsiooni ehk üldvolitust. Teatavasti on *praeter legem* määruste and-mine võimalik niihästi generaal- kui ka spetsiaaldelegatsi-ooni alusel. PS-i § 131 sätib aga selgesõnaliselt, et „Vaba-riigi President annab seaduses tähendatud aluseil riigikait-sesse ja relvastatud jõududesse puutuvaid seadlusi ja mää-rusi“. „Seaduses tähendatud alused“ on mõistetavad ainult vastavas seaduses fikseeritud üldiste pädevusnormidena — seega generaaldelegatsioonina. Viimase all mõistame praegu-sel juhul delegatsiooni määruste andmiseks kas kõigi kehtivate seaduste või mingi laialdase seaduste rühma suhtes³². Õel-dust järeldub ka, et sõjaväe seadluse ning *praeter legem* mää-ruse mõisted ei ole identsed. Seadlus on üks eriliik *praeter legem* määrusi. Identsusega oleks siis tegemist, kui kumbki mõiste iga väljendi tarvis eviks sama ütlusväärtust (Aussagewert), s. t. kui kumbagi võiks igas väljendis teine-

³⁰ Kliimann, Õiguskord, lk. 256: „Üksikaktid peavad olema sisult kokkukõlastatud üldaktidega.“

³¹ Vt. Merkl, *op. cit.*, lk. 162 jj. — Vrd. ka Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, lk. 180 ja 237 j.

³² Vt. Juhan Vaabel, Eesti riigi-maksundusõiguse põhiprobleeme, Tartu 1934, lk. 83 j. — *Id.*, Sissejuhatus finantsõigusteadusse, lk. 24 j. — Vrd. Kliimann, Administratiivakti teooria, lk. 178 jj. — Merkl, *op. cit.*, lk. 181 j. — Forti, *op. cit.*, lk. 50 jj.

teisega asendada, ilma et vastava väljendi sisu seejuures muutuks³³.

Neljandaks — PS § 131 kohaselt on vabariigi presidendile küll ette nähtud sõjaväe seadluste ning määruste andmiseks eripädevus, pole aga ette nähtud erimenetlust. See tuleb asjaolust, et sõjaväe seadluste ning määruste andmine toimub „seaduses tähendatud aluseil“. Oleks PS aga öelnud, et seadlusandlust sooritatakse „seaduses tähendatud aluseil ja korras“, siis oleks pidanud PS § 131 nimetatud seadus sättima ka seadlusandluseks erimenetluse³⁴. Nüüd ei osutu see vajalikuks. Olgu tähendatud, et nagu üldiselt, nii ka meie kehtivas õiguses on halduse üldaktide menetlus leidnud vaid väga kasinat ning sporaadilist sättimist. Selles suhtes on ta vastandiks halduse üksikaktide menetlusele, mis kujutab sätitud menetlust.

Viiendaks on tähtis silmas pidada asjaolu, et riigikaitseliste küsimuste sfääri ulatus, mis antakse vabariigi presidendile korraldada *praeter legem* määruste varal, sõltub üldpõhimõtteliselt õieti Riigikogu suvast. Viimane võib oma vastavas seaduses lugeda kõik riigikaitsega pidentuvad küsimused kuuluvaks seadlusandluse pädevusse, võib aga ka seda vähendada miinimumini. Seda üldreeglit muudavad ning korrigeerivad terve rea õigusinstituutide mõjud. Ühelt poolt võivad takistada ja pidurdada Riigikogu suvalist toimimist käesolevas küsimuses säärased faktorid, nagu seda on vabariigi presidendi vetoõigus (PS § 96), vabariigi presidendi õigus hajutada Riigikogu riiklikel kaalutlusil (PS § 68 II ja 86 II), vabariigi presidendi hädadekreediõigus (PS § 99) ja erakorraliste dekreetide andmise õigus (PS § 130). Teiselt poolt, vastukaaluna vabariigi presidendi loendatud õigustele, vajavad riigikaitse ja relvastatud jõudude alal antud vabariigi presidendi dekreedid, seadlused ning määrused peaministri ja asjaomase ministri

³³ Vt. Carnap, *op. cit.*, lk. 15.

³⁴ Vrd. näit. PS § 10: „Kedagi ei või jälitada muidu kui seaduses ettenähtud juhtudel ja korras. Kedagi ei või vahistada ega isikulisel vabaduses kitsendada muidu kui seaduses ettenähtud juhtudel ja korras.“

Eesti Vabariigi 1920. a. Põhiseadus nõudis, et vastavas eriseaduses sätitaks ka menetlusküsimusi. Ta § 81 (1933. a. redaktsioonis) kõlab järgnevana: „Riigivanemal on õigus anda eriseaduses ettenähtud alustel ja korras kaitsevägegedesse puutuvaid seadlusi ja määrusi.“

kaasallkirja (PS § 42 ja 134). Nende aktide eest vastutab Vabariigi Valitsus poliitiliselt, seistes parlamentaarse kontrolli all. Riigikogu võib avaldada Vabariigi Valitsusele umbusaldust ja sel teel anda käigu tema ametist vabastamise protseduurile. Võib öelda, et kogu selles komplitseeritud juriidiliste seoste ning sõltuvuste mitmekesisiduses on otsustavaks õieti faktiline poliitiliste jõudude vahekord. Sellest oleneb vabariigi presidendi pädevuse ulatus seadlusandluse alal. Praeguseks on meil küll välja kujunenud praktika, mille kohaselt riigikaitse alal seadlustega käsitletakse sõjaväe sisekorra küsimusi³⁵. Seaduste kompetentsi on jäetud need probleemid, mis puudutavad tsiviilelanikkude õigusi ja kohustusi riigikaitse alal, mis mõjustavad eelarvet või käsitlevad materiaalsel ja protsessuaalsel kriminaalõigust. Selline praktika võib osutuda küll vägagi otstarbekaks, ei oma aga normatiivselt mingit tähtsust. PS kohaselt võiks seadusandlikul teel väga hästi korraldada näit. sõjaväe distsipliiniküsimusi, majandamist, organisatsiooni jne.³⁶

Kuue n d a k s olgu mainitud küsimus sõjaväe seadluste suhtes vabariigi presidendi poolt teistel haldusaladel antud määrustesse. Seadlus kui erinimeline akt võib PS kohaselt sisaldada ainult riigikaitse sse puutuvaid norme. Temas ei või olla sätteid, mis käsitlevad, ehkki *intra legem*, näit. sotsiaaltervishoidu, rahvaharidust või muud selletaolist. Esineb seda aga ometi, siis tuleb vastavad seadlusnormid lugeda tühisteks põhjusel, et sellistes küsimustes oleks pidanud antama „määruse“-nimeline akt.

II ptk. KOMANDOVÕIM.

§ 3. Õpend komandovõimust.

Õ p e n d k o m a n d o v õ i m u s t, õigemini komandofunktsioonist kui millestki, mis esineb l a h u s tavalisest haldusest, on ammugi paelunud politiseerivate õpetlaste tähelepanu.

³⁵ Vt. *supra*, § 1.

³⁶ *Contra* Trakman, *op. cit.*, lk. 23: „Rahvaesindus võib riigikaitse sse ja relvastatud jõududesse puutuvaid küsimusi mõjutada ainult riigikaitse põhimõtteid ja sõjaväeteenistust korraldavate seaduste ning sõjaväe kriminaalseaduste vastuvõtmise teel.“

On soovitud konstrueerida sõjaväge ainult osaliselt halduskorraga seotud nähtusena ja paigutada teda suuremas või väiksemas ulatuses riigipea piiramatul suvaõiguse valdkonda. Õpend komandovõimust on ju välja kasvanud positiivõiguslikest faktest. Temaga on aegade vältel püütud anda teadusliku ainupõhjendatuse oreooli valitsejate poliitilistele taotlustele. Juba 1846. aastal saksa etatist ja poliitik Friedrich Julius Stahl³⁷ väidab: „Der wahrhaft entwickelte Staat hat ein stehendes nationales Heer, das auf allgemeiner Waffenpflicht der Unterthanen ruht und als ein ungetheiltes Ganzes in allen seinen Gliedern unmittelbar dem Souverän verpflichtet ist.“ Õpendit komandovõimust on püütud rakendada ka meie kehtiva õiguse käsitlemisel³⁸. Seepärast osutub vajalikuks analüüsida ta teoreetilisi lähtekohti ning sobivust meie kehtiva õiguse seisukohalt.

Alljärgnevas skitseeringus on jälgitud eeskätt Paul Laband'i ja Gerhard Anschütz'i vastavaalalisi käsitelusid ja Adolf Merkl'i kriitikat.

Sõjaväkke puutuvad valitsemisaktid jagunevad kahte liiki: komandoaktid ja militaarmäärused³⁹. Esimese liigi moodustavad nn. komandovõimu käsud, käsitledes sõjaväe organisatsiooni ning formeerimist. Seega hõlmab komandoaktide kategooria sellised küsimused, nagu ohvitseride kaadri kindlaksmääramine seaduse poolt korraldamata osas, sõjaväelaste aukohtute sisseseadmine, lahingueeskirjad, laske-eeskirjad jne⁴⁰. Need pole nn. Rechtsordnungen,

³⁷ Vt. tema *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, II, Heidelberg 1846, lk. 411.

³⁸ Vt. Trakman, *op. cit.*, lk. 24 jj.

³⁹ Vt. Gerhard Anschütz, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht*, Tübingen-Leipzig 1901, lk. 84: „Zwei grosse Gruppen von militärischen Verordnungsverordnungen giebt es: Armeebefehle und Armeeverordnungen.“ — *Id.*, *Deutsches Staatsrecht, I. Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, IV, herausgegeben von Josef Kohler, München-Leipzig-Berlin 1914, lk. 178.

⁴⁰ *Id.*, *Die gegenwärtigen Theorien, I. I.*: „Zur Kategorie „Armeebefehl“ gehören alle Verordnungen der Kommandogewalt, Verordnungen, welche sich auf die Organisation und Formation des Heeres beziehen, sowie insbesondere alle Vorschriften, deren nächster Zweck die „Einübung und Ausübung des Waffenhandwerks“... ist. Also:

sest nad ei puuduta kodanikkude vabadust ja vara, vaid kujutavad teenistuslikke käske kitsamas mõttes (Dienstbefehle i. e. S.)⁴¹. Kõrgeim komandovõim kuulub riigipeale, olgu selleks siis keiser, kuningas või president⁴². Teiselt poolt militaarmäärused käsitlevad sõjaväehaldust kitsamas mõttes. Nad sisaldavad organisatoorseid ja instruksionaalseid eeskirju, mis loovad vajalikke eeldusi ning vahendeid komandovõimu teotsemiseks⁴³. Siia kuuluvad sõjaväe administratsioon, hooldus, relvastus ja varustus. Seda ala võidakse korraldada niihästi seadusandlike asutiste kui ka täidesaatva võimu poolt.

Kuigi nii komandoaktid kui ka militaarmäärused osutuvad Laband'i arvates teenistuslike käskude alaliikideks, eraldab neid vägagi oluline vahe⁴⁴. Vajavad ju riigipea valitsusaktid üldreeglina vastava ministri kontratsignatsiooni. Komandoaktide juures pole see oluline⁴⁵. Komandoaktid üllatakse ning nad omandavad kehtejõu ilma sellealase ministri kaasallkirjata. Kaasallkiri võib tegelikult küll esineda, olgu salajasena või isegi avalikuna, kuid ta osutub nende aktide kehtejõu suhtes juriidiliselt irrelevantseks. See kõik tuleb sõjaväelaste kuulekus-

Organisatorische Bestimmungen aller Art, sowie Formation der durch das Gesetz nicht etwa festgelegten Kadres, Bestimmungen über militärische Ehrengerichte, Exerzierreglements, Felddienstordnungen, Schiessvorschriften u. s. w.“ — *Id.*, Deutsches Staatsrecht, lk. 178 j.

⁴¹ *Id.*, Die gegenwärtigen Theorien, lk. 84 j. — „Rechtsordnung“i“ mõiste, samuti tema erinevuse kohta nn. „Verwaltungsverordnung“ist“ vt. Handbuch der Politik, I, (väljaandjad) Gerhard Anschütz jt., Berlin-Leipzig 1920, lk. 249 j.

⁴² Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien, lk. 85.

⁴³ *Ib.*: „Den Typus „Armeeverordnung“ verkörpern im Gegensatz zu jenen Aeusserungen der Kommandogewalt, den Armeebefehlen, alle Verordnungen, welche die Militärverwaltung i. e. S. betreffen, also organisatorische und instruktionelle Bestimmungen treffen über die Herstellung der Vorbedingungen und Mittel behufs Bethätigung der Kommandogewalt.“ — *Id.*, Deutsches Staatsrecht, lk. 179.

⁴⁴ Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, IV, Tübingen 1914, lk. 35: „Kommandos und Verordnungen in Militärsachen sind Untertanen des Dienstbefehles...“

⁴⁵ *Ib.*, lk. 35 j.: „Trotz dieser Verwandtschaft besteht aber zwischen beiden Arten von Befehlen ein wichtiger Unterschied. Die Vorschrift, dass Regierungsakte des Monarchen der Gegenzeichnung eines verantwortlichen Ministers bedürfen, findet zwar auf Verordnungen, dagegen nicht auf Kommandos Anwendung.“

kohustuse erilistest alustest ning sõjaväekorralduse iseärasusist. Teatavasti võib kuulekus riigile rajaneda erinevatel normatiivsetel alustel. Üldiselt on iga kodanik kohustatud kuulekusele seaduste suhtes, s. o. tuleb täita seadusi ja nende põhjal antud õiguspäraseid akte. Ametniku kuulekus on juba potentsieeritum. Peale üldise alamluskohustuse peab ta täitma ka teenistuskohustusi. Veelgi potentsieeritum on sõjaväelaste kuulekuskohustus. Nad on allutatud peaaegu tingimusetule kuulekusele oma ülemuse käskude suhtes. Tema asi pole kontrollida oma ülemuse käsu õiguspärasust — ta peab seda käsku vaid täitma. Sellises kuulekuses seisnebki komandovõimu isepära⁴⁶.

Seejuures tolle aja õpetlased ei lugenud komandoala üldse haldusfunktsiooni hulka. Nimelt nähti riigi kolme põhifunktsiooni — seadusandluse, õigusmõistmise ja halduse — kõrval veel neljandat kõikehaaravat riiklikku funktsiooni, nn. valitsemist (Regierung). Valitsemine pidi hõlmama mitmesugused konstitutsioonilised abistustoimingud, rahvusvahelise käibe aktid, riigi hädaõiguse aktid ning üksikkorraldised seaduse kujul. Siia kuulusid ka aktid komandovõimu alalt, pidedstugu need siis otsese sõjalise tegevusega või rahuaegse sõjaväe korraldusega⁴⁷.

Valitsemine ilmestub riigiorganite, eriti riigipea vaba tegevusena omaõiguse alusel. Halduse all mõistetakse seevastu riigiorganite seotud tegevust⁴⁸. Valitsemine moodustaks nagu teistele õiguskorra põhifunktsioonidele super-

⁴⁶ Vt. *ib.*, lk. 37 j. — Vrd. ka Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, I, herausgegeben von Max Fleischmann, Tübingen 1911, lk. 188.

⁴⁷ Vt. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I, München-Leipzig 1924, lk. 7 jj.

⁴⁸ Kelsen, *op. cit.*, lk. 244: „Indem man das Verhältnis zwischen freier und gebundener Tätigkeit des Staates ganz allgemein dahin charakterisiert, dass jene die zeitlich wie logisch primäre sei, ... indem man weiter einen Bereich vollkommener, von keiner Rechtsnorm eingeschränkter Aktionsfreiheit als wesensnotwendig für den Staat erklärt, bezeichnet man ... diesen ganzen Bereich als Regierungstätigkeit des Staates und stellt ihn der Gesetzgebung sowie der — mehr oder weniger gebundenen — Verwaltung und Rechtsprechung gegenüber...“ — Merkl, *op. cit.*, lk. 45: „Als Regierung... gilt die vermeintlich „freie“ Tätigkeit auf dem Gebiete der Verwaltung im Gegensatze zur übrigen sogenannten „gebundenen“ Verwaltungstätigkeit.“

ordineeritud metajuriidilise funktsiooni⁴⁹, olles ühtlasi teiste põhifunktsioonide teostamisel poliitiliseks suunitlejaks⁵⁰.

Selline valitsemisfunktsiooni konstrueerimine ei osutu ligemal vaatlusel aga teoreetiliselt paikapidavaks. On võrdlemisi hõlpus paljastada säärase õpendi poliitilist tausta ja näidata ta õigusteoreetiliselt nonsenslikkust.

Teatavasti eristatakse moodsas, metodoloogiliselt arendatud õigusteoorias õiguskorra põhifunktsioonidena, esiteks, normatiivset ja normivaba funktsiooni. Normatiivset funktsiooni teostatakse normatiivtoimingute sooritamise varal⁵¹. Normatiivtoimingud on sellised õiguslikud toimingud, mis toovad muundusi senises õiguslikus olustikus⁵². Normivaba funktsiooni teostatakse normivabade toimingute sooritamise teel⁵³. Normivabad toimingud on sellised õiguslikud toimingud, mis ei too muundusi senises õiguslikus olustikus⁵⁴. Mingit kolmandat õiguskorra põhifunktsiooni, mis oleks koordineeritud normatiivsele ja normivabale põhifunktsioonile, pole olemas. Teiseks — normatiivfunktsioon eraldatakse omakorda legislatiiv- ja eksekutiivfunktsiooniks. Legislatiivfunktsioon on selline normatiivfunktsiooni eriliik, mille teostamisel loodud normid käsitlevad käitumist üldjuhtudena⁵⁵. Eksekutiivfunktsioon on selline normatiivfunktsiooni eriliik, mille teostamisel loodud normid käsitlevad käitumist üksikjuhtudena⁵⁶. Taas — *tertium non datur*. Kolmandaks — eksekutiivfunktsiooni piirides eristatakse hal-

⁴⁹ Vt. *ib.*, lk. 46.

⁵⁰ Mayer, *op. cit.*, lk. 2 j.: „Für die Regierung ist nichts übrig geblieben, als das Allgemeine, das darüber steht. Man begreift darunter die Oberleitung des Ganzen, das einheitliche Richtungsgeben für die politischen Geschehnisse des Staates...“ — Kriitika selles suhtes vt. Merkl, *op. cit.*, lk. 47.

⁵¹ Vt. Kliimann, Õiguskord, lk. 208 jj. — *Id.*, Haldusprotsess, lk. 18 jj.

⁵² Vt. *id.*, Õiguskord, lk. 207. — *Id.*, Administratiivakti teooria, lk. 31 jj. — *Id.*, Haldusprotsess, l. l.

⁵³ Vt. *id.*, Õiguskord, lk. 208 ja 217 jj. — *Id.*, Haldusprotsess, lk. 16 jj.

⁵⁴ Vt. *id.*, Õiguskord, lk. 207. — *Id.*, Administratiivakti teooria, lk. 33 jj. — *Id.*, Haldusprotsess, lk. 16 j.

⁵⁵ Vt. *id.*, Õiguskord, lk. 237 jj. — *Id.*, Haldusprotsess, lk. 24.

⁵⁶ Vt. *id.*, Õiguskord, lk. 252 jj. — *Id.*, Haldusprotsess, l. l.

dus- ja kohtufunktsiooni. Haldusfunktsioon on eksekutiivfunktsiooni eriliik, mille teostamisel korraldatakse teatavat üksikjuhtu esmakordselt⁵⁷. Kohtufunktsioon on selline eksekutiivfunktsiooni eriliik, mille teostamisel korraldatakse teatavat üksikjuhtu kordavalt⁵⁸.

Esitatud skeem, haarates tühjendavalt kõiki õiguskorra põhifunktsioone, ei jäta mingit iseseisvat kohta nn. valitsemisfunktsioonile. On vaid võimalik, et esiteks — valitsemisfunktsioon, kui ta üldse on õiguskorra funktsioon, osutub konglomeraadiks mitmesugustest eelloendatud funktsioonide alaosadest, või teiseks — et valitsemisfunktsioon on subordineeritud haldusfunktsioonile. Tõeliselt tuleb õigustada esimest lahendust. Sest analüüsides valitsemisfunktsioonile subsumeeritud küsimustekomplekse vastavate autorite töödes, näeme, et need jagunevad jäägita üksikute üllatoodud põhifunktsioonide vahel. Seega ka militaartoimingud jagunevad normivabadeks ning normatiivseteks toiminguteks, ja viimastena omakorda legislatiiv-, haldus- ja kohtuaktideks⁵⁹. Nii ei ole mingit põhjapanevat kvalitatiivset erinevust näit. komandoaktide ning muude haldusaktide vahel. Seda erinevust on püütud näha akte andvate organite suva ulatuses. Esimesed olevat haldusorganite vaba teotsemise, teised haldusorganite seotud teotsemise resultaat. Tuleb aga tähendada, et millalgi ei ole haldusorgan oma teotsemises täiesti vaba⁶⁰. On ekslik arvata, et ühed õigustoimingud on täiesti suvalised ja teised suvatud. Mõlemas sisaldub teatud osa suvalisust ja teatud osa suvatust. Vahe võib seega olla ainult kvantitatiivne — s. o. ühe õigustoimingu puhul on teda teostava organi suva osatähtsus suurem kui teise puhul⁶¹. Nii võime väita, et ka eespool käsitletud komandoaktide ja militaarmääruste

⁵⁷ Vt. *id.*, Õiguskord, lk. 278 jj. — *Id.*, Haldusprotsess, lk. 25 j.

⁵⁸ Vt. *id.*, Õiguskord, lk. 283 jj. — *Id.*, Haldusprotsess, lk. 25 jj.

⁵⁹ Vt. Merkl, *op. cit.*, lk. 47 jj. — Kliimann, Administratiivakti teooria, lk. 100 jj.

⁶⁰ Kelsen, *op. ja loc. cit.*: „Nie also ist das Ermessen vollkommen frei, ohne jede den im freien Ermessen stehenden Akt bestimmende Norm, da es sonst nicht möglich ist, diesen Akt als Rechtsakt, den ihn setzenden Menschen als Staatsorgan zu begreifen...“

⁶¹ Vt. *ib.*, lk. 243. — Merkl, *op. cit.*, lk. 56. — Vrd. Kliimann, *op. cit.*, lk. 222 jj.

vahel puudub igasugune õigusteoreetiline erinevus. Nende eristamine on ainult positiivõiguslikult tingitud ja võib sellisena olla õiguspoliitiliselt vägagi põhjendatud. Komandovõimu ning valitsemisvõimu õpendite poliitilisus sisaldubki asjaolus, et püütakse teatavate positiivõiguslike erinevuste taga näha ka teoreetilist vajadust, mida aga tegelikult ei ole⁶².

Kummutanud niiviisi „teooria“ komandovõimust kui administratiivfunktsioonist erineva õiguskorra põhifunktsiooni avaldusest, võime asuda vastavate küsimuste lahendamisele meie kehtiva õiguse seisukohalt.

§ 4. Komandovõimu õpendi rakendatavusest kehtivas õiguses.

Eelnevas paragraafis paljastusid komandovõimu õpendi teoreetiline alusetus ning poliitilised taotlused. Ometi peab silmas pidama, et positiivne õigus võib just omaks võtta need seisukohad, mida vastavad poliitilised õpendid arendavad. Nii ongi K. L. Trakman'i arvates Eesti õiguskorras asunud komandovõimu „teooria“ lähtekohale. Ja sellest tulenevad vägagi tähtsad praktilised konsekventsid. Vabariigi presidendi aktid, mis kuuluvad komandovõimu alale, ei vaja PS § 134 alusel peaministri ning asjaomase ministri kontrasignatsiooni ja sõjavägede juhataja (resp. ülemjuhataja) allkirja. Nende jaoks on RRKS § 26 loodud erikord. Ühtlasi ei tule nende aktide suhtes ei vastaval ministril ega ka Vabariigi Valitsusel kanda poliitilist vastutust, nagu see on ette nähtud PS § 42⁶³. Teisest küljest vabariigi presidendi aktid, mis kuuluvad sõjaväe administratsiooni alasse (tunnustades komandovõimu ja administratiivvõimu eristamist), peavad evima peaministri ja asjaomase ministri kontrasignatsioone. Nende suhtes kannab

⁶² Kelsen, *op. cit.*, lk. 244: „Worauf es dieser ganzen Begriffsbildung offenbar ankommt, ist dies: die Vorstellung zu erzeugen und womöglich „theoretisch“ sicherzustellen, dass dasjenige, was man „Regierung“ eines Staates nennt, ausserhalb jeder rechtlichen Beurteilung stehe, dass die „Regierung“ sich in einem rechtsfreien Raum bewege.“

⁶³ Trakman, *op. cit.*, lk. 25: „Peaministri allkirja siin ette nähtud ei ole ja seepärast ei kuulu need Presidendi käsud ja korraldused selliste aktide liiki, milliste kohta Põhiseaduse § 42 ütleb, et Vabariigi Valitsus nende eest kannab poliitilist vastutust.“

Vabariigi Valitsus poliitilist vastutust Riigikogu ees, kuigi viimane ei evivat sel alal üldse seadusandlikku võimu⁶⁴.

Selleks, et kontrollida refereeritud väidete vastavust positiivõiguslikele faktidele, tuleb meil pöörduda PS ja temale subordineeritud normatiivaktide poole. PS § 42 kohaselt: „Vabariigi Presidendi otsused ja muud aktid on kehtivad, kui nad kannavad Vabariigi Presidendi allkirja ning Peaministri ja asjaomase ministri kaasallkirja. Nende otsuste ja aktide eest vastutab Vabariigi Valitsus poliitiliselt ja kaasallkirja andnud ministrid ka ametialaselt, eriti kandes vastutust selle eest, et otsus või akt oleks kokkukõlas Põhiseadusega ja seadustega. Kaasallkirja ei vaja otsused ja aktid, mis Vabariigi President teeb Põhiseaduse järgi erioigusel.“ Seega vajavad üldpõhimõtteliselt kõik vabariigi presidendi aktid oma kehtivuseks peaministri ja asjaomase ministri kontrasignatsiooni. Viimane on ses suhtes *conditio sine qua non*. Erandi moodustavad, esiteks, aktid, mis vabariigi president annab Põhiseaduse järgi erioigusel⁶⁵. Teiseks kehtivad ka riigikaitse ja relvastatud jõudude alal antavate aktide suhtes teatud ulatuses erinormid. Nimelt määrab PS § 134, et: „Riigikaitse ja relvastatud jõudude alal Vabariigi Presidendi poolt antud seadused dekreedina, seadlused, määrused, otsused ja muud aktid kannavad peale Peaministri ja asjaomase ministri kaasallkirja ka Sõjavägede Ülemjuhataja või Sõjavägede Juhataja allkirja. Relvastatud jõududele Vabariigi Presidendi poolt antavate käskude ja korralduste kaasallkirja andmise kohuslikkuse juhud määrab seadus ja allkirjade andmise korra — Vabariigi President.“ Sellest järeldub:

a) Kõik vabariigi presidendi poolt antavad riigikaitsealalised normatiivaktid, peale relvastatud jõududele määratud „käskude ja korralduste“, vajavad üldreeglina kaht kontrasignatsiooni — nimelt peaministri ja asjaomase ministri oma. Pole tähtis, kas nimetatud akt on üksik- või üldakt.

⁶⁴ *Ib.*, lk. 24: „Põhiseadus loeb relvastatud jõudude alal antavaid seadlusi, määrusi ja otsuseid aktideks, mis kuuluvad relvastatud jõudude administratsiooni alasse, millisel alal küll rahvaesindusel ei ole seadusandlikku võimu, kuid millise administratsiooni alal Vabariigi Valitsus kannab siiski poliitilist vastutust ja seepärast peab neid ka Peaministri ja Sõjaministri kaasallkirjaga varustama.“

⁶⁵ Vt. näit. PS §§ 39, 50, 58, 129, 141.

Samuti on ebaoluline, millisele kehtejõu astmele ta platseerub. Kui asjaomast ministrit ei ole, s. t. kui aktis käsitletav küsimus ei kuulu ühegi ministri pädevusse, siis VKS § 8 põhjal erandlikult kontrasigneerib peaminister üksinda⁶⁶. Kontrasigneerimisel on peaministri ning asjaomase ministri ülesandeks esmajoonel kontrollida vastava akti üldist riigipoliitilist otstarbekohasust ja õiguspärasust. Silmast ei tohi seejuures lasta ka akti toimet riigikaitsealisest vaatepunktist⁶⁷. Olgu kontrasigneerijaks peaminister üksinda või koos asjaomase ministriga — igal juhul kannab Vabariigi Valitsus kontrasigneeritud akti eest poliitilist vastutust. Iga selline akt kuulub Riigikogu poliitilise kontrolli alla.

b) Vabariigi presidendi poolt relvastatud jõududele antavad „käsud ja korraldused“ ei vaja üldreeglina kontrasignatsioon⁶⁸. On tähtis tähele panna, esiteks, et sel-

⁶⁶ Valitsemise korraldamise seadus, SK I, 4, 1, § 8: „Vabariigi Valitsuse poolt esitatud Vabariigi Presidendi otsuste kavade esitatakse Vabariigi Presidendile Peaministri ja asjaomase ministri kaasallkirjadega ja vastaval korral ka Sõjavägede Ülemjuhataja või Sõjavägede Juhataja allkirjaga. Oma sisult mõne ministeeriumi tegevusalasse mittekuuluvais asjus esitatakse otsuste kavade ainult Peaministri kaasallkirjaga.“

⁶⁷ RRKS § 63: „Sõjaminister... valvab, et riigikaitse ja relvastatud jõudude alal antavate seaduste ja seadluste eelnõud, Vabariigi Presidendi või Vabariigi Valitsuse määruste eelnõud, samuti Vabariigi Presidendi või Vabariigi Valitsuse poolt tehtavate otsuste ja muude aktide kavade, kui on nõutav Sõjaministri kaasallkirja andmine, vastaksid riigikaitse huvidele ja oleksid kokkukõlas Põhiseadusega ja seadustega.“

⁶⁸ PS-i sõnastus on selles küsimuses halb ja võimaldab väärarvamist. Nimelt kõneleb PS § 134 II „kaasallkirja andmise kohuslikkuse juhtudest“, kasutades sõna „kohuslik“ pro „vajalik“. Nõnda võib PS-st aru saada, nagu oleks meie kehtivas õiguses teatavatel juhtudel kaasallkirja andmine vastavale ministrile kohustuslik (sunduslik), mis oleks küll vastuolus kontrasignatsiooni instituudi mõttega. Vist esimene selle kahemõttelise sõnastuse „ohver“ on küll Rahvuskogu teise koja liige O. Koplus. Rahvuskogu teise koja koosolekul 8. VII 1937 tegi ta ettepaneku kustutada PS-st § 134 II. „Seda sel põhjusel, et kui seadusega võidakse kaasallkirja andmine kohuslikuks teha, siis kaotab see kaasallkirja andmine üldse oma poliitilise tähtsuse.“ (Rahvuskogu teine koda, Stenograafilised aruanded, Tallinn 1938, lk. 114.) Selle vastu vaidles üldaruandja A. Anderson, kasutades ära sõna „kohuslikkuse“ kahemõttelisust osavaks *quaternionum*’iks: „Mina ei saa selle ettepanekuga ühineda. Kõigepealt kui meie selle löike välja jätame, siis härra Koplus ei saa seda kätte, mida ta tahab, vaid vastupidi, siis see kord, mida härra Koplus nimetab kohuslikuks kaasallkirja andmiseks, jääb igalpool püsima. On aga ette nähtud, et seadus võib määrata ka

lisesse aktide kategooriasse pole haaratud kõik vabariigi presidendi poolt riigikaitsefunktsiooni teostamisel antavad „käsud ja korraldused“, vaid ainult need, mis määratud relvastatud jõududele. Relvastatud jõududeks loeb RRKS § 5 sõjaväge, Sõjaministeeriumi üksusi ja asutisi, piirivalvet ja Kaitseliitu — riigi sisemise ja välise julgeoleku kaitse alal. Ja teiseks peame siinkohal meeles pidama, et kontrastneerimise vajalikkuse juhtusid „käskude ja korralduste“ alal ei saa vabariigi president kindlaks määrata dekreediga. See ülesanne on teostatav ainult Riigikogu poolt vastuvõetud seadusega⁶⁹. Tekib veel küsimus, mida mõista „käsu ja korralduse“ all, kas üksik- või üldakti. Õigusteoreetilisest seisukohast võttes on korraldiseks iga avaliku õiguse alusel toimetatud haldusakt materiaalses mõttes⁷⁰. Käsk aga on õigusteoreetiliselt vaid eriliik korraldisi. Ta on korraldis, millega kohustatakse kodanikke teatavaks sammeks või teatava tegevuse salimiseks⁷¹. Sellisena kuulub käsk loovate positiivsete haldusaktide kategooriasse, kohustavate haldusaktide alaliiki. Seega osutub käsu mainimine PS §-s 134 täiesti asjatuks kordamiseks. Kahjuks aga meie kehtiv õigus ei tavatse rakendada teooria poolt väljatöötatud ja kindlapiirdeliselt sisustatud mõisteid. Ja nõnda ka RRKS § 25 jätab alles võimaluse, kuigi vaieldavana, paigutada vabariigi presidendi käskkirja relvastatud jõududele ka mõningaid internset laadi üldnorme⁷².

c) Kui vastav seadus nõuab mõningate relvastatud jõududele määratud vabariigi presidendi korraldiste kontrastneerimist, olgu ühe või mitme ministri poolt, siis PS § 42 järgi kannab Vabariigi Valitsus ka nende aktide eest poliitilist vastutust. Nii sätibki kehtiv RRKS § 26: „Rel-

juhud, kus kaasallkirja vaja ei ole, siis loomulikult võib olla vähem neid kohuslikkuse momente. Iseenesest aga ei ole õige seisukoht, et sarnasest redaktsioonist selgub, et peab kaasallkirja andma ja teisiti ei saa. Kaasallkiri just selleks ongi, et kaasallkirja andja peab ütlema, kas ta on nõus selle aktiga või mitte. Ja kui ta ei ole nõus, siis ta ei kirjuta alla.“ (*Ib.*) Selle peale O. Koplus loobus oma ettepanekust.

⁶⁹ PS § 99.

⁷⁰ Vt. Kliimann, *op. cit.*, lk. 200. — *Id.*, Õiguskord, lk. 279.

⁷¹ *Id.*, Administratiivakti teooria, lk. 216.

⁷² RRKS § 25: „Vabariigi President käskkirjadega relvastatud jõududele... annab vajaduse korral üldisi korraldusi...“

vastatud jõududele Vabariigi Presidendi poolt antavad kirjalikud käsud ja korraldused kannavad peale Vabariigi Presidendi allkirja: 1) Sõjavägede Juhataja või Sõjavägede Ülemjuhataja allkirja, kui käsk või korraldus puudutab sõjaväge või kaitseliitu; 2) Sõjaministri kaasallkirja ja Sõjavägede Juhataja või Sõjavägede Ülemjuhataja allkirja, kui käsk või korraldus puudutab Sõjaministeeriumi; 3) Siseministri kaasallkirja ja Sõjavägede Juhataja või Sõjavägede Ülemjuhataja allkirja, kui käsk või korraldus puudutab piirivalve komplekteerimist, piirivalves teenivate sõjaväelaste teenistuskäiku või piirivalve kasutamist sõjaliseks tegevuseks või sõjaväe abistamiseks.“ Kuna meie kehtiv õigus kindlapiirilisel eraldab kaasallkirja ja allkirja instituute, tsiteeritud paragraafi p. 2 ja 3 aga selgesõnaliselt kõnelevad kaasallkirjadest, siis neil juhtudel vastutab Vabariigi Valitsus poliitiliselt ka vastavate nn. komandoala aktide eest⁷³.

d) Kõik vabariigi presidendi poolt antud riigikaitsealised normatiivaktid, ilma ühegi erandita, peavad kandma sõjavägede juhataja või sõjavägede ülemjuhataja allkirja. Sõjavägede juhataja (resp. ülemjuhataja) kui relvastatud jõudude otsene juht peab RRKS § 80 p. 22 järgi hoolitsema selle eest, „et riigikaitse ja relvastatud jõudude alal dekreedina antavate seaduste, samuti seadluste ja määruste eelnõud ning Vabariigi Presidendi või Vabariigi Valitsuse poolt tehtavate otsuste ja muude aktide kavad vastaksid riigikaitse huvidele“⁷⁴.

e) Kontrasignatsioone ega sõjavägede juhataja (resp. ülemjuhataja) allkirja ei vaja vabariigi presidendi riigikaitsealised normivabad toimingud, nagu seda on õnne-soovid, tervitused jne.⁷⁵

⁷³ *Contra* vt. Trakman, *op. cit.*, lk. 25.

⁷⁴ N. Reek, Riigikaitse probleem ja uus Põhiseadus, i. Põhiseadus ja Rahvuskogu, Tallinn 1937, lk. 382: „Kuigi Sõjavägede Ülemjuhataja või Sõjavägede Juhataja ei ole vastutavad poliitiliselt, siiski nende kui riigikaitse ja relvastatud jõudude alal asjatundjate ametiisikute allkirjad on tagatiseks, et küsimused saaksid lahendatud tehnilisest küljest otstarbekohaselt.“

⁷⁵ RRKS § 26: „Kaasallkirju ja Sõjavägede Juhataja või Sõjavägede Ülemjuhataja allkirja ei vaja Vabariigi Presidendi poolt relvastatud jõududele antavad käsud ja korraldused, ... mis sisaldavad Vabariigi Presi-

f) PS § 134 II kõneleb veel, et vabariigi presidendi poolt antavatele relvastatud jõududesse puutuvatele „korraldustele“ kaasallkirja andmise korra määrab vabariigi president. Nimetatud sätte tõlgendamine võib tekitada mõningaid kahtlusi. Esiteks mõjub häirivalt asjaolu, et PS, eristades kogu aja täiesti põhjendatult kaasallkirja ja allkirja, siin nimetab ainult allkirju. Ja teiseks võib vaidlusi tekitada vabariigi presidendi sellekohase akti teoreetiline kvalifitseerimine. Tuleb siiski arvata, et siin on vabariigi president õigustatud sättima niihästi kaasallkirjade kui ka sõjavägede juhataja (resp. ülemjuhataja) poolt allkirja andmise menetlust, sest PS § 134 II kõneleb „allkirjadest“. Vastavat akti ennast tuleks aga kvalifitseerida *praeter legem* määrusena. Viimases küsimuses võib aga siiski tõusetuda mõningaid vaidlusi.

Kõigest eelöeldust näeme, et nn. komandovõimu õpend on Eesti õiguskorras küll mõnevõrra rakendust leidnud, kuid väga piiratud ulatuses. Esiteks on nn. komandoaktide kategooria võetud väga kitsana, õigupoolest ainult üksikaktide ulatuses (korraldised). Teiseks pole selleski ulatuses komandovõimu õpend läbi viidud täie konsekventsusega. Seadusandja võib määrata teatavad aktid kuuluvaks kontrasigneerimisele, asetades nad niiviisi enese poliitilise kontrolli alla. Arvestades neid positiivõiguslikke fakte, on vist küll asjatu hakata meil kultiveerima toda iganenud õpendit komandovõimust — see võib kehtiva õiguse selgitamise asemel kergesti viia kehtiva õiguse väärtõlgendamisele.

dendi tervitusi, õnnesoove, tänu- või rahulolematuseavaldusi.“ Tsiteeritud legaalfraasis on termineid „käsk“ ja „korraldus“ tarvitatud normivabade toimingute tähistamiseks, mis asjaolu teooria seisukohalt on täiesti lubamatu.

SISUKORD.

	Lk.
Sissejuhatus	3
I ptk. Sõjaväe seadlused.	
§ 1. Sõjaväe seadluste teoreetiline kvalifitseering . .	4
§ 2. Tuletisi seadluste teoreetilisest kvalifitseeringust	12
II ptk. Komandovõim.	
§ 3. Õpend komandovõimust	16
§ 4. Komandovõimu õpendi rakendatavusest kehtivas õiguses	22

A-12382

9