

**TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
TSIVIILÕIGUSE ÕPPETOOL**

Anu Avi

TÜHINE TEHING

Magistritöö

Juhendaja prof P. Varul

2004

SISUKORD

Sissejuhatus	3
I Tühise tehingu olemus ja koht tehinguõpetuses	7
1.1. Tehingu mõiste	7
1.2. Tehinguvabaduse piiramine ja tehingu kehtivuse tingimused	19
1.3. Tühise tehingu mõiste ning selle õiguslikud tagajärjed	25
II Puudused tehingu subjekti osas tühisuse alusena	46
2.1. Teovõime, teovõime piiramine ja teovõimetus	46
2.2. Teovõimetute ja piiratud teovõimega isikute tehingud	52
III Tehingu vormipuudused tühisuse alusena	73
3.1. Vorminõuded, nende kehtestamise eesmärgid ja liigid	73
3.2. Vorminõudeid eiravad tehingud	88
IV Tehingu sisupuudused tühisuse alusena	104
4.1. Tehingu sisu kohta kehtivad üldised nõuded	104
4.2. Perekonnaelu põhimõtete ja kõlblusega vastuolus olevad tehingud	118
4.3. Isiklikku ja majanduslikku vabadust piiravad tehingud	122
4.4. Õigusemõistmist ja avalikku võimu kahjustavad tehingud	136
Kokkuvõte	141
Summary	149
Kasutatud kirjanduse loetelu	156
Kasutatud õigusallikate loetelu	159
Kasutatud kohtupraktika loetelu	161
Kasutatud lühendite loetelu	163

SISSEJUHATUS

Kaasaja demokraatlikus ühiskonnas peaks õiguskord andma isikule tema privaatses eluvaldkonnas võimalikult suure vabaduse kujundada õigussuhteid kooskõlas omaenda huvide ja taotlustega. Selliste õigusi ja kohustusi loovate õigussuhete tekkimise olulisemaks aluseks on tehingud.

Sõlmitud tehing täidab oma eesmärgi vaid juhul, kui ta vastab teatud nõuetele. Tunnustades küll privaatautonomia põhimõtet, kehtestatakse siiski kõigis õiguskordades reeglid, millele peab kehtiv tehing vastama. Sellised sätted esitavad nõuded tehingu sisule, vormile ja subjektidele. Nimetatud nõuete eiramisel on tehing puudustega (vigadega) ning taolise tehingu üheks võimalikuks tagajärjeks on selle kehtetus. Seega tuleb tehingu kehtetuse regulatsiooni pidada tehinguõpetuse keskseimaks osaks. Kehtetute tehingute üldmõiste hõlmab nii tühiseid kui tühistatavaid tehinguid. Käesolevas töös uuritakse tühiseid tehinguid.

Töö põhieesmärk on selgitada tühiste tehingute olemust ja õiguslikke tagajärgi ning uurida tühisust tingivate asjaolude (eelduste) tähendust ja sisu. Tehingute üldküsimumused, sealhulgas ka tehingute tühisuse regulatsioon on sätestatud tsiviilseadustiku üldosas, kus määratletakse tsiviilõiguse üldpõhimõtted. Tänapäevaks võib öelda, et alusepanek eesti tsiviilseadusandlusele on lõpule viidud. Samas on kümme aastat tagasi vastuvõetud eraõigust reforminud seadused asendumas juba uutega. Nii on esimeste hulgas eesti tsiviilseaduse reformimisel kehtestatud 1994. a tsiviilseadustiku üldosa seaduse (edaspidi 1994. a TsÜS) vahetanud välja 2002. a jõustatud tsiviilseadustiku üldosa seadus (edaspidi TsÜS). Siit tulenevalt on töö eesmärgiks ka analüüsida võrdlevalt 1994. a ja 2002. a vastuvõetud seaduste sellekohaseid sätteid ning esitada seisukohti kohtupraktika kujundamiseks. Töö põhieesmärgi toetab hinnangu andmine eesti õiguse sellekohasele regulatsioonile erinevate õiguskordade vastavate normide taustal ja ettepanekute tegemine seaduse muutmiseks ning täiendamiseks. Kuivõrd kehtetute tehingute üldregulatsioon lähtub germaani õigusperekonna traditsioonidest, on eelkõige oluline võrrelda eesti õiguse põhimõtteid saksa õigusega. Siiski on töös tehingute analüüsiks valitud laiem taust.

Nii germaani õigusperekonna kui ka romaani õigusperekonna ja üldise õiguse maade tühiste tehingute regulatsiooni tundmaõppimine seletab vastavate seadusesätete ja põhimõtete kujunemise tausta ja põhjendatust eesti õiguses. Laiapõhjalise võrdleva ainese kasutamine võimaldab näha teistes maades ning eesti õiguses tühiste tehingute käsitletluses tekkinud probleeme ja aitab otsida praktilisi lahendusi.

Töös on püstitatud hüpotees, et 2002. a vastuvõetud TsÜS-is koosmõjus samal aastal jõustunud võlaõigusseadusega (VÕS) on arvestatud kaasaja tehinguõpetuse põhijäreldusi ning nendest on õigustatult lähtutud. Autor lähtub ka hüpoteesist, et kuigi kehtiv seadus on eelkõige mõjutatud germaani õigusperekonna vastavast regulatsioonist, on TsÜS-is välditud selle lünki ja puudusi. Uurimistöö tulemusena annab autor hinnangu, kas analüüsist tulenevad järeldused vastavad püstitatud hüpoteesile või mitte.

Valitud teema uurimise vajalikkust tingib asjaolu, et tehingute valdkonnas pole Eestis senini ilmunud üldistavamaid teaduslikke uurimistöid. Leida võib küll käsitletusi tehingute üksikküsimustest ja ka osadest tehingu tühisust tingivatest asjaoludest (tehingute vastuolu heade kommetega), kuid ulatuslikumad tervikkäsitlelused puuduvad. Töö aktuaalsus tuleneb ka uue tsiviilseadustiku üldosa seaduse vastuvõtmisest, millega muudeti oluliselt tehingute üldregulatsiooni, sealhulgas ka tehingu tühisust ja tühistamist sätestavaid norme. Uued normid on põhjalikumalt analüüsimata ning sellekohane kohtupraktika alles kujunemas.

Käesolev töö on üles ehitatud tehingu tühisust tingivate asjaolude (eelduste) süsteemi silmas pidades. Tänapäeval on lepinguvabadusele seatud erinevaid piiranguid. Nende seast eristatakse kõikides õigussüsteemides tehingu kehtivuse klassikalisi eeldusi: tehingu subjektid (pooled) peavad vastama seaduses ettenähtud nõuetele, tehingul peab olema seaduses ettenähtud vorm ning tehing peab vastama sisu osas seaduses ettenähtud nõuetele. Töös analüüsitakse tehingu tühisust tingivaid asjaolusid ja antakse hinnang sellekohastele sätetele eesti õiguses.

Tehingute tühisust tingivate asjaolude süsteem määrab ka siinse analüüsi ülesehituse. Eesmärgiks on anda ühe töö raames kompleksne käsitus tehingu tühisust tingivatest asjaoludest ja nende omavahelistest seostest. Püüd vältida tehingu tühisuse aluste kataloogi kui terviku analüüsimisel teema liiga üldist käsitletust, tingis ka uurimistöö mõnevõrra suurema mahu.

Käsitletavad põhiprobleemid määravad töö struktuuri, mille järgi jaguneb töö neljaks, üksteisele loogiliselt järgnevaks peatükiks.

Esimeses peatükis käsitletakse tühise tehingu olemust ja kohta tehinguõpetuses. Eelkõige selgitatakse tehingu mõistet ja olemust erinevates õigussüsteemides ning määratletakse tehingu kehtivuse eeldused. Kuivõrd tehingute kehtivuse problemaatika seondub otseselt

tehinguvabaduse ja selle piiramise temaatikaga, analüüsitakse tehinguvabaduse põhimõtte kui lepinguõiguse alustoe tähendust ja arenguid kaasaegses õigusruumis. Samuti avatakse kehtetu tehingu kahe vormi - tühise ja tühistatava (vaieldava) tehingu juriidiline olemus, eristamise põhimõtted ning tähendus. Peatüki lõpus selgitatakse, millised on kehtetute tehingute reaalsed tagajärjed õiguspraktikas.

Töö teises peatükis käsitletakse puudusi tehingu subjekti osas. Sellise tehingu tühisust tingiva asjaolu selgitamisel määratletakse teovõime, piiratud teovõime ja teovõimetuse instituutide olemus. Põhjalikult on analüüsitud ka Eestis rakendatavat uut teovõime kontseptsiooni. Mahukama osa peatükist hõlmab teovõimetute ja piiratud teovõimega isikute tehingute käsitus. Kolmandas peatükis on põhiküsimuseks tehingu vormipuudused. Vorminõudeid eiravate tehingute õiguslike tagajärgede aspektist lähtudes on oluline käsitleda eesmärgi, mida peetakse silmas vorminõuete kehtestamisel. Seetõttu on analüüsitud vorminõuete kehtestamise põhjusi ja eesmärgi. Seejärel selgitatakse tehingu vorminõuete (nii kirjaliku vormi, kui ka notariaalse kinnitamise ja notariaalse tõestamise vormi) olemust. Põhjalikumalt analüüsitakse vorminõudeid eiravaid tehinguid ning püütakse leida vastust küsimusele, kuidas tagada tasakaal liigse formalismi ning õigluse põhimõtte vahel.

Neljas peatükk keskendub tehingu sisupuudustele. Eelkõige on põhiküsimusteks tehingu sisu piiravate üldklauslite eristamine ja nende iseloom. Kõikides õiguskordades loetakse tühiseks tehingud, mis on vastuolus seaduse, avaliku korra või heade kommetega. Üldisemal tasandil esitatud heade kommete vastaste tehingute käsitus on süstematiseeritud alateemadeks ning uurimus tugineb sellekohasele kohtupraktikale.

Käesoleva töö struktuurile vastava analüüsi eesmärgiks on selgitada, millises suunas võiks tühiste tehingute instituudi areng jätkuda ning millised tendentsid ja põhimõtted on ülevõetavad teistest õigussüsteemidest. Selline taotlus tuleneb ka töö üldisest ülesehitusest. Valdavalt on esitatud võrdlev analüüs germaani ja romaani õigusperekondade ning üldise õiguse maade regulatsioonist. Eesti kehtiv õigusteooria ja -praktika on töös seostatud teiste õigussüsteemide analüüsist tulenevate järeldustega. Võrdluse pinnalt varem Eestis kehtinud tsiviilseadustiku üldosa seadusega tuleneb hinnang ka Eesti õigusruumis toimunud muutustele.

Allikmaterjali valikut on mõjutanud teemakohase eestikeelse õiguskirjanduse nappus. Tsiviilseadustiku üldosa seadusest lähtudes on olulist tähelepanu pööratud seaduse ettevalmistamisel regulatsiooni aluseks võetud riikide, eriti Saksamaa, Šveitsi, Austria ja Hollandi õigust käsitlevale kirjandusele ning õigusallikatele (tsiviilseadustikele). Uurimisainese avaramiseks mõistmiseks on arvestatud ka romaani õigusperekonna, anglo-ameerika maade ning ka põhjamaade õiguskirjanduses esitatud seisukohtadega. Töös on erinevate õigusperekondade

käsitlused metoodiliselt järjestatud. Esimesena analüüsitakse germaani õigusperekonna regulatsiooni, seejärel põhjamaade õigust, romaani õigusperekonna vastavaid sätteid ning viimaks inglise õigust. Eeltoodud käsitluste lõpus antakse võrdlev üldhinnang ja analüüsitakse selle taustal vastavalt eesti õigust.

Kasutatud kohtupraktika osas on põhitähelepanu pööratud Riigikohtu lahenditele. Vähesemal määral on kasutatud ka asjakohaseid alama astme kohtute lahendeid.

I Tühise tehingu olemus ja koht tehinguõpetuses

1.1. Tehingu mõiste

Tehingu mõiste määratlemisel on lähtealuseks rooma eraõiguse põhimõtted, mis rooma õiguse ülevõtmise (retseptsiooni) tulemina on talletatud ka peaaegu kõikides 18. - 20. sajandi mandri-euroopa tsiviilseadustikes. Nendest tuleks eelkõige nimetada Prantsuse tsiviilseadustikku (*Code Civil, 1804*)¹, Austria tsiviilseadustikku (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - ABGB, 1811*), Saksa tsiviilseadustikku (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB, 1896*), Šveitsi tsiviilseadustikku (*Zivilgesetzbuch - ZGB, 1907*) ja ka meil varem kehtinud Balti eraseadust (*BES, 1865*).

Erinevalt mandri-euroopa õigusest ei toimunud rooma õiguse retseptsiooni Inglismaal, kus kuninglike kohtute tegevuse tulemusena kujunes üldine õigus (*common law, case law*). Inglise õigus koosneb „kirjutatud õiguse“ (*statute law*) kõrval seega valdavalt kohtulahenditest.² 19. sajandil toimunud intensiivne seadusandlik tegevus on küll erinevust Inglismaa ja mandri-euroopa õigussüsteemide vahel vähendanud, kuid "kirjutatud õigus" pole ikkagi suutnud kõrvaldada oma konkurenti - kohtupretsedenti.³

See, millisel määral rooma õigusele tugineti ja kuidas seda interpreteeriti, määras mandri-euroopa õigussüsteemi jagunemise kaheks - germaani ja romaani õigusperekonnaks.⁴ Germaani õigusperekonna moodustavad rahvuslikud õiguskorrad, mis on oma arengus olnud oluliselt mõjutatud saksa tsiviilõiguse poolt. Peale Saksamaa Liitvabariigi on nendeks riikideks Austria, Liechtenstein, Šveits, Kreeka, ja Türgi. Kuni 1949. a kuulus siia õigusperekonda Hiina Rahvavabariik. Ka Jaapani tsiviilõiguse arengut mõjutas oluliselt Saksa tsiviilseadustiku väljatöötamine, kuid Teise maailmasõja järgset perioodi iseloomustab enam orienteeritus anglo-ameerika õigusele.⁵

¹ Seadustiku väljatöötamist juhtis isiklikult Prantsusmaa keiser Napoleon I. Seetõttu on kasutusel ka nimetus *Code Napoléon*. Napoleon I olevat öelnud: "Au ja kuulsust ei toonud mulle need nelikümmend võidetud lahingut, mille varjutas Waterloo. Minu võiduks on *Code Civil*. See jääb elama igaveseks." - Vt H. Hausmaninger. *The Austrian Legal System*. Wien, 1998, p 205.

² R. Narits. *Õiguse entsüklopeedia*. Tallinn, 2002, lk 58; M. H. Whincup. *Contract Law and Practice. The English System and Continental Comparisons*. 4th ed. The Hague, London, Boston, 2001, p 1.

³ H. Ylikangas. *Miks õigus muutub*. Tartu, 1993, lk 192.

⁴ I. Kull. *Lepinguõigus I*. Tallinn, 1999, lk 10.

⁵ R. Narits. *Op cit*, lk 95; P. Richards. *Law of Contract*. 2nd ed. London, 1995, p 48-50; M. H. Whincup. *Op cit*, p 34.

Saksa õigusperekonnale on lähedased põhjamaad: Soome, Rootsi, Taani, Norra ja Island.⁶ Põhjamaade pea saja-aastase koostöö tulemus on viinud ka peaaegu identsete lepinguid puutuvate seaduste vastuvõtmisele. Põhjamaade õigus pole mitte niivõrd seadustele orienteeritud kui mandri-euroopa õiguskordades (puudub tsiviilseadustik *BGB* ja *Code Civil* tähenduses), kuid samas ka mitte kohtupretsedentidele tuginev sel määral, kui üldise õiguse maades. Siiski on põhjamaade õiguses täheldatav üldise õiguse oluline mõju ja sellest tingitud erisused kallutavad õigusteadlasi käsitlema põhjamaade õigust kui iseseisvat õigussüsteemi.⁷

Isegi enam kui põhjamaade õiguses, nähakse saksa mõjutusi vene õiguses. Kaasaegse vene eraõiguse mõisted ja ülesehitus pärinevad just saksa õigussüsteemist.⁸

Romaani õigusperekonda kuuluvad õiguskorrad, mille arengule on avaldanud olulist mõju Prantsuse tsiviilkoodeks. Romaani õigusperekonda kuuluvad peale Prantsusmaa ka Belgia, Luxemburg, Monaco, Holland, Itaalia, Portugal, Hispaania, osa Ladina-Ameerika riike, Louisiana osariik USA-s ja Quebec'i provints Kanadas, samuti endised Prantsusmaa kolooniad Aafrikas.⁹

Eesti õigussüsteemi taastamisel võttis Riigikogu vastu otsuse, et lähtuda tuleb enne 1940. aastat kehtinud seadusest (Riigikogu 1. detsembri 1992. a otsus "Seadusloome järjepidevus").

Selle otsuse mõtte kohaselt ei pea õigussüsteemi taastamise eesmärgiks olema sama tulemus, mis oli enne 1940. aastat. Eesmärgiks on areng, st kaasaegse õigussüsteemi ülesehitamine, lähtudes mandri-euroopa õigusmudelitest. Mandri-euroopa õigusmudeli kujunemist on enam mõjutanud saksa õigus, kuid eesti õigusmudel ei taandu ainuüksi saksa õigusele, vaid tugineb ka väga paljude teiste riikide seaduste analüüsile.¹⁰

Ajalooliselt kujunenud õigussüsteemide erinevused ja ühisjooned määravad ka suhtumise tehingusse, selle olemusse ning sisusse.

Tehingu mõiste määratlemisel tuleks eelkõige leida tema koht juriidiliste faktide üldises süsteemis. Kõikides õiguskordades antakse teatavatele elulistele asjaoludele (tegudele ja sündmustele) – juriidilistele faktidele, omadus tekitada, muuta või lõpetada õigusuhteid. Seega annab õiguskord neile tegudele ja sündmustele (juriidilistele faktidele) õigusliku tähenduse

⁶ R. Narits. *Op cit*, lk 95; S. Nystén-Haarala. *The Long-Term Contract. Contract Law and Contracting*. Helsinki, 1998, p 60.

⁷ R. Zimmermann. *Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science*. – *Law Quarterly Review*, 1996, Vol 112, p 595; M. H. Whincup. *Op cit*, p 31.

⁸ S. Nystén-Haarala. *Op cit*, p 60-61.

⁹ R. Narits. *Op cit*, lk 95; P. Richards. *Op cit*, p 48; M. H. Whincup. *Op cit*, p 33.

¹⁰ P. Varul. Eesti õigussüsteemi taastamine. – *Juridica*, 1999, nr 1, lk 2-3.

ning määratleb õiguslikud tagajärjed. Osades õiguskordades nimetatakse selliseid õigusliku tähendusega tegusid õigustoiminguteks.

Õigustoimingu üldmõiste kasutamine on eelkõige omane germaani õigusperekonda kuuluvatele õiguskordadele. Tehingute üldise regulatsiooni annab Saksa tsiviilseadustiku üldosa (*BGB, Allgemeiner Teil §-d 104-185*). Seaduses tehingu definitsioon puudub, õigustoimingu (*Rechtshandlung*) üldmõiste abil on määratletavad ka tehingud kui olulisemad õigustoimingud. Saksa õiguses on välja töötatud õigustoimingute (kui igasuguste toimingute, mis toovad kaasa õigusliku tagajärje) alaliikide süsteem: eristatakse juriidilist akti (*Rechtsgeschäft*), reaalkti (*Realakte*) ning õigusvastaseid tegusid. Juriidilise akti doktriin on jõudnud *BGB*-sse väljatöötatuna saksa õigusteadlase *Gustav Hugo (1764-1844)* poolt 19. sajandi alguses.¹¹ Juriidilises aktis väljendub seda teinud isiku tahe tuua kaasa vastav õiguslik tagajärg (ühe- või mitmepoolsed tehingud). Teiste õigustoimingute puhul seostuvad õiguslikud tagajärjed sõltumata toimingu teinud isiku tahtest (nt hoiatus võlgnikule) ning nende suhtes saab üldjuhul kohaldada tehingute kohta käivaid sätteid. Tehinguid reguleerivaid sätteid ei saa põhimõtteliselt rakendada reaalktidele kui puhtalt faktilist laadi tahtetegevusele, millega seaduse alusel seostuvad teatud õiguslikud tagajärjed (näit leid).¹²

Lähtumine juriidiliste faktide teooriast on omane suuremal või vähemal määral kõigile õiguskordadele, kuid mujal ei keskenduta niivõrd õigustoimingu või juriidilise akti kontseptsioonile kui teoreetilisele alusstruktuurile ning reguleeritakse täpsemalt levinumat juriidilist akti – tehingut.

Viimase aja õiguskirjanduses on põhjendatult väljendatud kriitikat juriidilise akti kontseptsiooni suhtes. Leitakse, et puudub reaalne vajadus selliste spetiifiliste mõistete erinevatel abstraktsiooniastmetel eristamise järele. “Juriidilist akti” peetakse kunstlikuks kontseptsiooniks, seevastu “tehingu” mõistet saab lugeda õiguse loomulikuks institutsiooniks, milleta õigus läbi ei saa.¹³

Seega võib saksa õiguses määratleda tehingut kui õigustoimingut või (juriidilist) akti, mis on suunatud õigusliku tagajärje saavutamisele. Olles soovitud ja õiguskorra poolt tunnustatud, tekitab see õigusliku tagajärje.¹⁴

¹¹ K. Zweigert, H. Kötz. *Introduction to Comparative Law*. Vol 2. Oxford, 1987, p 2-3.

¹² H. Köhler. *Tsiviilseadustik. Üldosa*. Tallinn, 1998, lk 93-94; H. D. Fisher. *German Legal System and Legal Language*. Great Britain, 1997, p 115.

¹³ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 5-6.

¹⁴ H. Köhler. *Op cit*, lk 93.

Iga tehingu tingimata vajalikuks koostisosaks on tahteavaldus kui isiku tahteväljendus õigusliku tagajärje saavutamiseks. Tahteavalduse (*Willenserklärung*) kui kõiki tehinguid puudutava tervikliku õigusinstituudi käsitus pärinebki just 18.-19. sajandi saksa õigusteooriast ning seondub pandektisüsteemi tunnustamisega Saksamaal.

Pandektiõigus süstematiseeris eraõigust viisil, mille kohaselt jagunes see asja-, võla-, perekonna- ja pärimisõiguseks, kusjuures kõige tipus asetses üldosa, milles sisaldasid üldpõhimõtted kogu tsiviilõiguse tarvis.¹⁵ Selleks ajaks tunnustust leidnud privaatautonomia põhimõttest tulenevalt tõsteti esiplaanile tahteavaldus kui tehingu tuumik.¹⁶ Seega käsitleb pandektiline õigus tahteavaldust kui kõigi tehingute olemuslikku komponenti.

Täiendades tehingu eeltoodud määratlust tahteavalduse kui tehingu olemusliku komponendiga, võime saksa õiguse järgi mõista tehinguna (juriidilist) akti, milles sisalduvad õigusliku tagajärje saavutamisele suunatud tahteavaldused.

Igasugune tehing peab koosnema vähemalt ühest tahteavaldusest, enamasti aga mitmest.¹⁷ Tehing loetakse sõlmituks kokkuleppe saavutamisel offerdi ja aktsepti (kui mõlemapoolsete tahteavalduste) vahetamise teel - kes teeb teisele pakkumise lepingu sõlmimiseks, on pakkumisega seotud, välja arvatud juhul, kui ta on siduvuse välistanud (*BGB § 145*). Kuna kokkuleppe saavutatakse vastastikuste tahteavaldustega, võib saksa õiguses nimetada tehingu elementidena tahteavaldusi ja kokkulepet.

Kuigi germaani õigusperekonda kuuluvad õiguskorrad on järginud Saksa tsiviilseadustiku ülesehitust ja põhimõtteid, puudub näiteks Austria ja Šveitsi tsiviilõiguses *BGB*-le iseloomulik üldosa ja selles kajastuv üldine tehingute regulatsioon. Austria tsiviilseadustikust juriidilise akti doktriini ei leia. Tehingute üldine regulatsioon on paigutatud kohustisõigusesse ning selles leiab kajastamist ka tahteavaldusega seonduv. Šveitsi kohustiste koodeksis (*Obligationenrecht - OR, 1911*) käsitletakse juriidiliste aktide (tehingud) olemust kohustiste koodeksi lepingulisi võlasuhteid reguleerivas peatükis.

Sellist kõrvalekaldumist Saksa tsiviilseadustiku süsteemist põhjendatakse eesmärgiga tagada seadustikust parem arusaamine. Kreeka tsiviilkoodeks, vaatamata kõigile uuenduslikele elementidele, järgib selgelt Saksa tsiviilseadustiku mudelit.¹⁸

¹⁵ W. Flume. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd.2. Das Rechtsgeschäft. 3.erg. Aufl. Belin, Heidelberg, New York, 1979, S 28.

¹⁶ Vt. Lähemalt: R. Zimmermann (Hrsg). Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik. Heidelberg, 1999, S 198-199; H. Brox. Allgemeiner Teil des BGB. 27., neuberab. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München, 2001, S 57.

¹⁷ W. Flume. *Op cit*, S 25.

¹⁸ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 4; H. Eichler. Rechtssysteme der Zivilgesetzbücher: Vermächtnis und Aufgabe. Frankfurt a. M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, Lang, 1993, S 37-38.

Põhjamaade õigussüsteemi iseloomustavad sarnased lepingulisi kohustusi reguleerivad seadused.¹⁹ Taani lepingulisi kohustusi reguleeriv seadus sätestab tehingu elementidena samuti tahteavalduse ja kokkuleppe, tehingu legaaldefiniitsioon seaduses puudub.²⁰ Taani õiguses ja ka teistes Põhjamaades tugineb tehingu käsitus lubaduste teoorial (*løfteteori*). Selle kohaselt on tehingu pool tehingu sõlmimisel antud lubadusega seotud ja peab selle täitma.²¹

Romaani õigusperekond tugineb rooma õigusele ning loomuõiguse dogmaatikale.²²

Lähem lepingu kui ühe tehinguliigi olemuse ja ühtlasi ka selles sisalduvate oluliste elementide analüüs leidis aset loomuõiguse esilekerkimisega. Loomuõiguslased töötasid välja translatiivse lubaduslepingu mudeli (*der translativse Versprechensvertrag*), kus esikohale seati lepingupoole lubadus midagi teha.²³ Romaani õigusperekonna tsiviilkoodeksites, mille arengule avaldas olulist mõju Prantsuse 1804. a tsiviilseadustik, leidis ka kajastamist loomuõiguslik lepingumudel. Siin on lähtemõisteteks lepingu olemuse määratlemiseks kokkulepe (*consentement*).

Tehinguõpetuse põhiprintsiibid (lepinguvabaduse ideed ja lepinguliste kohustuste siduvus) leiavad väljenduse Prantsuse tsiviilseadustiku kahes sättes²⁴: *art 1101* defineerib tehingut kui kokkulepet, milles üks või enam isikut lubavad ühele või enamale isikule anda või teha midagi või millegi tegemisest hoiduda; *art 1134* kohaselt omandavad seaduslikult sõlmitud tehingud poolte jaoks seaduse jõu.

Tehingu mõiste määratlemisel Prantsuse tsiviilkoodeksis võeti aluseks prantsuse õigusteadlase *Pothier*'i (1699-1722) teoses *Traité des obligations*, 1761 sätestatud definiitsioon. *Pothier* rõhutab, et tehingud on poolte vaba kokkuleppe väljenduseks, mitte õiguskorra poolt "sunnitud".²⁵

¹⁹ Lepingulisi kohustusi reguleerivad seadused on vastuvõetud Rootsis 1915. a, Taanis 1917. a, Norras 1918. a ja Soomes (*oikeustoimilaki*) 1929. a.– Vt lähemalt M. H. Whincup. *Op cit*, p 37-38; L. Gustafsson. *Business Laws in the Nordic Countries. Legal and Tax Aspects*. Stockholm, 1998, p 381-396.

²⁰ R. Nielsen. *Contract Law in Denmark*. The Hague, 1997, p 70.

²¹ B. Dahl, T. Melchior, L. A. Rehof, D. Tamm. *Danish Law in a European Perspective*. Copenhagen, 1996, p 230-231.

²² Loomuõiguse doktriini esindajate (*H. Grotius jt*) väidete kohaselt eksisteerib ajast ja ruumist sõltumatu õigus, mis rajaneb inimese loomusel ning positiviseerub inimese mõistuse abil ja selle kaudu. Vt lähemalt: R. Narits. *Op cit*, lk 59.

²³ A. Manigk. *Willenserklärung und Willensgeschäft*. Aalen. 1970, S 27.

²⁴ J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker. *Principles of French Law*. Oxford, 1998, p 307.

²⁵ H. Kötz. *European Contract Law*. Vol I. Oxford, 1997, p 3.

Prantsuse tsiviilkoodeks on germaani õigusperekonna seadustikega võrreldes vähem süstematiseeritud ja abstraheritud, puudub üldosa, tehingu ja tahteavaldusega seonduv on reguleeritud lepinguõiguses.²⁶

19. sajandil esiplaanile tõusnud pandektiline õigus avaldas mõju ka romaani õigusperekonnale, mistõttu on kaalutud ka prantsuse õigusesse tehinguõpetuse ülevõtmist ning ühtlasi tahteavalduse kui keskse kategooria loomist. Selle tulemusel kasutatakse prantsuse õiguslalases kirjanduses sageli terminit tahteavaldus (*déclaration de volonté*) kui *consentement`* sünonüümi, ning kaasaegses õiguskirjanduses seisabki keskpunktis käsitus tahte ja avalduse omavahelistest suhetest, mis ei erine sisuliselt palju tahteavalduse õpetusest germaani õiguses.²⁷

Tuleb rõhutada, et prantsuse õiguses on tehingu mõiste käsitluses olulised tehingu mõiste need elemendid, mille olemasolust sõltub kokkuleppe tunnistamine tehinguks. Prantsuse tsiviilseadustiku art 1108 kohaselt on tehingu kehtivuseks nõutav nelja elemendi olemasolu - poolte kokkulepe (*consentement*), võime tehingut sõlmida (*capacité*), määratletud tehingu ese (*objet*) ja seadusele vastav alus (*causa*). Seega on erinevalt saksa õigusest romaani õigusperekonda kuuluvates riikides tehingu kohustuslikud elemendid sätestatud seaduses.

Prantsuse tsiviilkoodeksist juriidilise akti doktriini ei leia, küll aga käsitletakse juriidilise akti (*actes juridiques*) kontseptsiooni üldkõnitusi õiguskirjanduses. Teooriates tunnustatakse suures osas ka saksa tehinguõpetuse üldpõhimõtteid.²⁸

Üldtunnustatud arvamuse kohaselt kujutab Hollandi uus, 1992. aastal jõustunud tsiviilkoodeks (*Nieuw Burgerlijk Wetboek - BW*)²⁹ endast hetkel modernseimat ja ilmselt ka parimat eraõiguslikku kodifikatsiooni.³⁰ Uus seadus vahetas välja 1838. aastal vastuvõetud

²⁶ Ka teistes romaani õigusperekonna seadustikes (Itaalia tsiviilkoodeks, Hispaania tsiviilkoodeks) puudub üldisi põhimõtteid sisaldav üldosa ja tahteavaldusega seonduv reguleeritud võlaõiguses. – Vt H. Eichler. *Rechtssysteme der Zivilgesetzbücher: Vermächtnis und Aufgabe*. Frankfurt a. M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, Lang, 1993, S 35-44.

²⁷ M.Ferid, H.I. Sonnenberger. *Das Französische Zivilrecht*. Heidelberg, 1994, S 413-414.

²⁸ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, 1987, p 4.

²⁹ Hollandi õiguskorda peetakse kuuluvaks romaani õigusperekonda. 1838. a tsiviilkoodeksi koostamisel võeti aluseks *Code Napoléon*. Uue tsiviilkoodeksi jõustamisega on leitud, et koodeksit iseloomustab enam germaani õigusperekonna seadustikele omane süsteem ja abstraktsus. Hollandi uues tsiviilkoodeksis on sellisel määral teiste õiguskordade mõjutusi, ka üldisele õigusele omaseid reguleeringuid, mistõttu on tegemist pigem täiesti omaette õigussüsteemiga, nn *Euroopa ius communega*. Vt lähemalt: G. Samuel, J. Rinkes. *Contractual and Non-contractual Obligations in English Law. Systematic analysis of English law of obligations in the comparative context of the Netherlands Civil Code*. Nijmegen, 1992, p 3.

³⁰ Tsiviilseadustiku üldosa seaduse eelnõu seletuskiri. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.just.ee>, 2. september 2000.

tsiviilkoodeksi ning sisaldab rohkesti uusi reegleid, mis on sätestatud kaasaegse ühiskonna vajadusi silmas pidades.³¹

Hollandi tsiviilkoodeksis reguleeritakse juriidilisi fakte üldiselt, sealhulgas ka õigustoiminguid. Tehing on olulisem õigustoiming, mis on tehtud (seadusega ettenähtud vormis) kahe või enama poole vastastikku kooskõlas olevate ja sõltuvate tahteavaldustega ja mis on suunatud õiguslike tagajärgede loomisele ühe poole jaoks teise poole arvel või mõlema poole huvides ja mõlema poole arvel.³²

Tehingu kõige olulisemaks elemendiks on vastastikune kokkulepe, selles väljenduv poolte tahe muudab tehingu pooltele siduvaks. *BW art 6:213 ja 6:217* kohaselt peab tehingu sõlmimiseks kumbki pool väljendama teisele poolele oma tahet ja need tahteavaldused (ofert ja aktsept) peavad olema vastastikku sõltuvad.

Üldise õiguse maade *case law* traditsioon on teinud anglo-ameerika õiguse skeptiliseks teooriate ja liigse abstraktsiooni suhtes. Seetõttu ei leia siin teoreetilisi käsitlusi juriidilistest aktidest, terminoloogiliselt kasutatakse tehingu ning lubaduse mõistet.³³

Samas võib väita, et üldtunnustatud tehingu definitsioon õigusteoorias puudub ning sellise täpse ja kõikehõlmava mõiste väljatöötamist pole eesmärgiks seatudki. Isegi terminit *contract* kasutatakse erinevates tähendustes - kui kokkulepet aga ka selle kokkuleppe hilisemat kirjalikku väljendust.³⁴ Kasutatavate tehingu mõistete määratlused pole teoreetilistelt alustelt ühtsed ning õiguskirjanduses kohtab arvukalt erinevaid definitsioone. Selline määratluste paljusus on tingitud tehingu definitsioonide paljususest kohtulahendites.³⁵ Anglo-ameerika õigussüsteemis on määravaks pretsedent, puuduvad eraõiguslikud kodifikatsioonid.

Näiteks on enam kui sajand tagasi tuntud inglise õigusteadlane *Frederick Pollock* määratlenud tehingut kui lubadust, mis on jõustatav.³⁶ Tehingut on defineeritud ka kui seaduslikult jõustatavat kokkulepet isikute vahel. Jõustatavuse all ei mõelda, et kokkulepe ise oleks

³¹ M. H. Whincup. *Op cit*, p 32.

³² A. S. Hartkamp, M. M. M. Tillema. *Contract Law in the Netherlands*. The Hague, London, Boston, 1995, p 33.

³³ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 9.

³⁴ M. H. Whincup. *Op cit*, p 15.

³⁵ I. Kull. *Op cit*, lk 17.

³⁶ P. S. Atiyah. *An introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1989, p 40; J. Chitty. *Chitty on Contracts*. Vol I. *General Principles*. 26th ed. London, 1989, p 1.

jõustatav, vaid seda, et seadusega on tagatud saamatajäänud täitmise rahaline kompenseerimine.³⁷

Üldiselt käsitletakse kokkulepet tehinguna õiguslikus mõttes vaid siis, kui ta vastab neljale omavahel seotud nõudele. Nendeks nõueteks on: poolte tahe olla õiguslikult seotud (*parties' intention to be legally bound*), tingimuste määratletus (*certainty as to terms*), ofert ja aktsept (*offer and acceptance*) ning väärtust omav vastutasu (*valuable consideration*).³⁸

Vaatamata erisustele definitsioonides, on neis kõikides ühel või teisel viisil tehingu kahe kõige tähtsama elemendina välja toodud kokkulepe ja lubadus vastutasu eest. Kui mandri-euroopa õigussüsteemis seisneb lepingu olemus eelkõige kokkuleppes, siis anglo-ameerika õigussüsteemis seisneb lepingu olemus eelkõige lepingulistest lubadustes, mis on pooltele siduvad ja jõustavad.³⁹ Teisisõnu - tehingu sisu ei seisne mitte ainult kokkuleppe faktis vaid vastastikustes lubadustes, mida pooled väljendavad.⁴⁰

Eeltoodust järeldeb, et mandri-euroopa õigussüsteemis määratletakse tehingut kui kokkulepet, mis saavutatakse õigusliku tagajärje kaasatoomisele suunatud tahteavalduste kaudu. Germaani õigusperekonna õiguskordadele on enam iseloomulik tehingu mõiste määratlemine lähtuvalt juriidiliste faktide süsteemist ning seaduses tehingut eraldi ei defineerita. Seadus ei kehtesta ka tehingu kohustuslike elementide loetelu. Romaani õigusperekonna tsiviilkoodeksites on aga reeglina sätestatud tehingu definitsioon ning oluliseks peetakse tehingu elementide ja nende kehtivuseks vajalike nõuete väljatoomist. Kõikide mandri-euroopa õiguskordade ühisjooneks on tunnustada tehingu tingimatute elementidena kokkulepet ja tahteavaldusi. Anglo-ameerika õigusruumis on tahtel ja tahteavaldusel vaid täiendav funktsioon. Siin on esikohal vastutasu lubadus (*consideration*), mitte poolte tahete kooskõlastamine. Vastutasu lubadust mandri-euroopa õigussüsteemis siduva tehingu elemendina ei nõuta. Seega on tehingu mõiste määratlemisel *consideration* teooria mandri-euroopa õiguskordi ja inglise õigust eristavaks jooneks.

Eesti tsiviilõiguse väljatöötamisel on lähtealuseks võetud mandri-euroopa õigussüsteemi germaani õigusperekond. Sellise õigussüsteemi mudeli valikul omas tähendust ajaloolise

³⁷ A. G. Guest. Anson's Law of Contract. 26th ed. Oxford, 1984, p 2; O. H. Phillips, A. H. Hudson. O. Hood Phillips' First Book of English Law. 8th ed. London, 1988, p 331.

³⁸ M. H. Whincup. *Op cit*, p 15.

³⁹ I. Kull. *Op cit*, lk 20.

⁴⁰ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 9.

tagapõhjajana Balti eraseaduse (kehtis Eestis 1865-1940)⁴¹ kuulumine germaani õigusperekonda. Taoline valik tähendas ka otsustust kodifitseerida tsiviilõigus pandektilise süsteemi alusel. Seetõttu järgitakse olulisel määral *BGB* ülesehitust, kus kõige kohal tipneb üldosa. Üldosas sätestatakse lähtealused ja üldmõisted kogu tsiviilõiguse tarvis.

1994. a TsÜS-i eeskujudena kasutati eelkõige 1940. aastal Eestis valminud tsiviilseadustiku eelnõud, mandri-euroopa tsiviilseadustikke (Saksa, Šveitsi, Hollandi, Itaalia jt), samuti teistesse õigusperekondadesse kuuluvate riikide vastavat seadusandlust (Louisiana osariigi ja Quebeci provintsi tsiviilkoodeksid).⁴² Lähtematerjalina on kasutatud ka rahvusvaheliselt harmoniseeritud akte, näiteks ÜRO konventsiooni kaupade rahvusvahelise müügi kohta (*UN Convention on International Sale of Goods, CISG*)⁴³, Euroopa lepinguõiguse põhimõtteid (*Principles of European Contract Law, PECL*)⁴⁴ ja UNIDROIT rahvusvahelisi kaubanduslepingute põhimõtteid (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, PICC*).⁴⁵

1994. a TsÜS-i muutmise vajadus oli eelkõige tingitud võlaõigusseaduse ettevalmistamisest. Kuivõrd TsÜS-i tehingute osa on ühtlasi üldosaks kogu lepingute regulatsioonile võlaõiguses, siis tulenevalt tema erilisest seotusest võlaõigusseadusega, sisalduvad tehingute osas ka kõige ulatuslikumad muudatused võrreldes kehtinud õigusega.

Uue TsÜS-i eelnõu ettevalmistamisel on rõhutatud, et olulise tähtsusega on olnud *PICC* ja *PECL*, samuti Hollandi uus tsiviilkoodeks (*BW*), mida võib pidada esimeseks tõeliseks 20. sajandi tsiviilõiguse kodifikatsiooniks.⁴⁶

Tehingu defineerimisel eesti õiguses (1994. a TsÜS ja TsÜS) on analoogselt saksa õigusega lähtemõisteks eelkõige (õigus)toimingu⁴⁷ mõiste.

Vastavalt 1994. a TsÜS § 58 lg-le 2 on õigustoiminguks iga õigusliku tähendusega õiguspärane tegu. Õigustoiminguteks loeti tehingud, samuti tahteavaldused, mis omavad õiguslikku

⁴¹ Balti Eraseaduse kehtivusajaks on märgitud täpsemalt perioodid: 01.07.1865-31.12.1940 ja 05.12.1941-07.09.1944 - Vt lähemalt T. Anepaio. Tuntud tundmatu seadustik Balti eraseaduse väljaanded. - Õpetatud Eesti Seltsi aastaraamat 1994 - 1999. Tartu, 2002, lk 304.

⁴² I. Kull. Effect of Harmonisation of European Civil Law on Development of Estonian Law of Obligations. – *Juridica International*, 1998, n 1, p 99.

⁴³ Eestis ratifitseeritud seadusega 16. juunil 1993 - RT II 1993, 21/22, 52.

⁴⁴ Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.kclcl.or.jp/EUDialogue/lando.htm>, 15. märts 2003.

⁴⁵ UNIDROIT Principles of of International Commercial Contracts. Rome, 1994; Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.unidroit.org/english/principles/pr-pres.htm>, 15. märts 2003.

⁴⁶ P. Varul. Legal Policy Decisions and Choices in the Creation of New Private Law in Estonia. – *Juridica International*, 2000, n 1, p 111-112; Tsiviilseadustiku üldosa seaduse eelnõu seletuskiri. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.just.ee>, 2. september 2000.

⁴⁷ 1994. a TsÜS järgis teoreetiliste õpetuste ajaloolist järjepidevust. Õigustoimingu mõiste oli kasutusel ka Balti eraseaduses ning tsiviilseadustiku 1940. a eelnõus (§ 137, § 1285). – Vt lähemalt A. Piip. Kaubandusõigus ja –protsess. Tallinn, 1995, lk 184-186.

tähendust, aga mis pole tehingud ja muud teod, mis ei ole seaduses sätestatud, kuid ei ole vastuolus tsiviilseaduse sisu ja mõttega. Õigustoiming oli peamiseks tsiviilõiguste ja –kohustuste tekkimise allikaks kõrvuti sündmuste ja õigusvastaste tegudega (1994. a TsÜS § 58). Tehingut defineeriti kui õigustoimingut, mis on suunatud tsiviilõiguste ja –kohustuste tekitamisele, muutmisele või lõpetamisele (1994. a TsÜS § 60). 1994. a TsÜS § 65 järgi kohaldati tehingu kohta käivad sätteid ka õigustoimingu suhtes, mis ei ole tehing, kui seadusest ei tulenenud teisiti.

TsÜS-is reguleerib tehingutega seonduvat mahukas 4. osa (Tehingud), tehingutesse puutuv on uue seaduse keskseimaks osaks ka oma sisult.

Tsiviilõiguste ja –kohustuste tekkimise aluseid käsitletakse seaduse 1. osas (Üldsätted). TsÜS § 5 järgi tekivad tsiviilõigused ja –kohustused tehingutest, seaduses sätestatud sündmustest ja muudest toimingutest, millega seadus seob tsiviilõiguste ja –kohustuste tekkimise, samuti õigusvastastest tegudest. TsÜS § 67 kohaselt on tehing toiming või omavahel seotud toimingute kogum, milles sisaldub kindla õigusliku tagajärje kaasatoomisele suunatud tahteavaldus.

Eeltoodust järeldub, et TsÜS-is on tehingu mõiste määratletud laiemalt (toiming või omavahel seotud toimingute kogum), kui oli sätestatud varasemas seaduses. TsÜS § 67 järgi on tehingu mõistega hõlmatud ka 1994. a TsÜS §-s 65 nimetatud muu (õigus)toiming, mida ei käsitatud tehinguna. Järelikult puudub kehtivas seaduses ka vajadus 1994. a TsÜS §-ga 65 analoogse paragrahvi järele.

Seadusemuudatusega on silmas peetud, et puudub praktiline vajadus käsitada tehingutest eraldi muid (õigus)toiminguid ja kohaldada neile samas tehingute kohta käivaid sätteid. Vähe on nimetada toiminguid, mida ei võiks määratleda tehinguna. Toimingutena, mis pole tehingud, võib näiteks nimetada eraldi ofertit või aktsepti. Samas on selline käsitlus TsÜS § 5 mõttes siiski tinglik, sest ofert ja aktsept on mõistetavad kui tehingu (toimingu) osad. Ofert ja aktsept pole küll kehtiva õiguse järgi tehingu mõistega hõlmatud, kuid praktikas sellest probleeme ei tulene. Näiteks võib järeldada, et eraldi offerdi või aktsepti kohta ei saa kohaldada tehingu tühisust või tühistamist reguleerivaid sätteid. Lähemal vaatlusel selgub, et praktikas puudub vajadus tühistada ofertit enne, kui teine pool on sellele oma aktsepti andnud. Offerdi aktsepteerimisega on sõlmitud tehing ning kohaldatavad on ka tehinguid reguleerivad üldsätted. Arvestades, et tehingu mõiste laiem määratlemine ei tohiks praktikas kujuneda probleemiks, on seadusemuudatus põhjendatud. Kehtivas seaduses on kaotatud 1994. a TsÜS-i tehingu käsitluse liigne abstrahheerimine.

Analüüsid TsÜS §-s 5 sätestatud koosmõjus TsÜS §-ga 67 järel, et tehingu mõiste ei hõlma muid toiminguid, millega seadus seob tsiviilõiguste ja -kohustuste tekkimise. Sellised toimingud tehakse kavatsuseta tuua kaasa kindel õiguslik tagajärg, kuid õiguslik tagajärg saabub isiku tahtest sõltumata seaduse jõul. Selliste toimingutena võib näiteks nimetada erinevate autoriõigusega kaitstavate objektide loomist (kirjanduse-, kunsti-, teadusteoste loomine) samuti avastiste, leiutiste jms intellektuaalse tegevuse resultaatide loomist. Tekib küsimus, kuidas reguleeritakse nimetatud toiminguid, mis pole kehtivas seaduses hõlmatud tehingu mõistega.

Ka siin ei teki praktikas probleeme ning eelnimetatud normide vahel pole vastuolu, sest TsÜS § 67 reguleerib eraõiguslikke juriidilisi fakte ning käsitletud muude toimingutega seonduv sätestatakse eriseadustes (autoriõiguse seadus, patendiseadus jt).

Analoogselt saksa õigusega on ka eesti õiguses tehingu määratlemisel teisteks lähtemõisteks tahteavaldus.

1994. a TsÜS §-s 60 sätestatud legaalseaduse mõistet tehingu elemendina ei sisalda „Tahte“ ja „tahteavalduse“ institutsioonide tähtsust rõhutavad 1994. a TsÜS §-d 61-63. Seaduses märgitakse, et tehingus on oluline isiku tahe, mis on väljendatud tahteavalduses (1994. a TsÜS § 61 lg 1). Seni, kuni tahe ei ole avaldatud, ei ole tal õiguslikku jõudu.

Tahteavaldusele kui tehingu olemuslikule koostisosale on õigustatult rohkem tähelepanu pöördunud TsÜS-is, tehingute osa üldsätteid on tahteavalduse liikide, väljendamist ja kehtivust reguleerivate paragrahvide osas oluliselt täiendatud. TsÜS § 67 lg-s 1 sätestatud tehingu legaalseaduses kasutatakse tehingu olemuse avamisel ka tahteavalduse mõistet.

Seadusandja eesmärgiks on siinkohal rõhutada just isiku tahte aspekti. TsÜS-i eelnõu autorid lähtuvad põhimõttest, et tehing (toiming) on isiku privaatautonomia väljenduseks ning seega rõhutavad, et tehtud tehinguga kaasneb õiguslik tagajärg, kuna see on toimingut teinud isiku poolt tahetud.⁴⁸

TsÜS § 67 lg 2 nimetab eraldi ühepoolseid ja mitmepoolseid tehinguid. Ühepoolne tehing on tehing, mille tegemiseks on vajalik ühe isiku tahteavaldus. Mitmepoolne tehing (leping) on tehing, mille tegemiseks on vajalik kahe või enama isiku tahteavaldus. Privaatautonomia põhimõttest lähtudes on tahteavaldus kui väljendust leidnud indiviidi subjektiivne tahe tunnustatav tehingu keskse elemendina. Seetõttu on tahteavalduse mõiste abil tehingu sisu avamine loogiline ja põhjendatud. Tahteavalduseta pole tehingut. Juhul, kui tehing koosneb

⁴⁸ Tsiviilseadustiku üldosa seaduse eelnõu seletuskiri. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.just.ee>, 2. september, 2000.

vaid ühest tahteavaldusest, võib tehingut ja tahteavaldust pidada sünonüümideks. Tahteavaldus peab olema kujunenud vabalt. Tehingu kehtivuse hindamisel on oluline, et tahteavaldus vastab tahtele (ei esine tahtepuudusi).

Seega on kehtivas eesti õiguses tehingu olemus avatud toimingu ja tahteavalduse mõiste abil. Kuivõrd tehingu tingimatuteks koosseisuelementideks on tahe ja tahteavaldus, on selleks ka kokkulepe, sest kokkuleppe saavutamine toimub kahe tahteavalduse (ofert ja aktsept) vahetamise teel. TsÜS pöörab õigustatult tahteavaldusele kui tehingu koosseisuelemendile oluliselt suuremat tähelepanu (§-d 68-76) kui varasem seadus, aluseks võetakse saksa õigusteoorias põhjalikult väljatöötatud tahteavalduse õpetus.⁴⁹ Erinevuseks saksa õigusest on asjaolu, et TsÜS-is sätestatakse ka tehingu legaalse definitsioon, *BGB*-st tehingu üldmõistet ei leia. Tehingu sisu ja olemus on määratletud kooskõlas germaani õigusperekonna õigusteoorias väljendatud seisukohtade ning kodifikatsioonidega. Samas on välditud just saksa õigusele omast "kunstlikku" õigustoimingute liigitussüsteemi. Tehingu määratlemine toimingu või toimingute kogumina lihtsustab varasemas seaduses liigselt abstraheeritud õigustoimingute käsitlemist, mille järele puudub praktiline vajadus.

1.2. Tehinguvabaduse piiramine ja tehingu kehtivuse tingimused

⁴⁹ *BGB*-s on tahteavalduse instituut paigutatud üldosa tehingute peatükki (§-d 116-144) ja on olemuslikuks elemendiks kõigi tehingute puhul.

Tehingu mõiste avamisel on esitatud tehingu koosseisu elemendid, mõiste määratlusest ei ilmne aga tehtud tehingu tagajärg. Vaid pooltele siduvast (kehtivast) tehingust tekib tehingu sõlmimisel silmas peetud toime (tagajärg). Kehtiva tehingu toimeks on eelkõige tehingu täitmise nõue, suunatuna tehingulise peakohustuse täitmise nõudmisele (primaarsed nõudeõigused). Esmase nõude lõpetab nõuetekohane täitmine. Tehingu mittekohase täitmise korral tekivad sekundaarsed nõudeõigused - tehingu rikkumisest tulenevad nõuded.

Seega tuleb tehingu koosseisu elementidest eristada selle kehtivuse eeldusi. Kui tehingu koosseis ei ole täielikult täidetud, siis pole (veel) tegemist tehinguga. Et isikute tehtavad tehingud oleksid pooltele siduvad (kehtivad), st tooksid endaga kaasa soovitud õigusliku tagajärje, peavad nad vastama teatavatele tingimustele ehk kehtivuse eeldustele.⁵⁰

Käesolev töö keskendubki tehingu kehtivuse eelduste (tingimuste) analüüsile, kuivõrd nende tingimuste rikkumine toob kaasa tehingu kehtetuse. Probleemaatika tehingute kehtivusest seondub otseselt tehinguvabaduse ja selle piiramise temaatikaga.

Lepinguvabaduse põhimõte (*freedom of contract*) tulenes 18. ja 19. sajandil kujunenud liberalismi õpetusest, liberalistid tõstsid kõrgeimaks väärtuseks privaatautonomia (*private autonomy, autonomy of will*).

Liberalistlikus ideoloogias oli lepingu olemuseks poolte enesemääramine vaba tahte alusel, õiguse funktsiooniks oli vaid leping kokkulepitud kujul jõustada. Sellisel arusaamisel põhinesid ka 19. sajandi lepinguõiguses juurdunud teooriad lepingute siduvuse põhjustest.⁵¹ Liberalismi õpetuse kohaselt on igaüks vaba kujundama oma elutingimusi vastavalt soovile ning püüdlema valitud eesmärkide poole eeldusel, et ta ei takista teiste isikute samasuguseid vabadusi. Selline vabadus hõlmas endas ka lepinguvabaduse.⁵²

Tegemist ei olnud ainult juriidilise mõistega. Lepinguvabadust peeti majanduslikuks ja poliitiliseks ideaaliks, mis on seotud isiku, usu- ja mõttevabadusega.⁵³ Lepinguvabaduse teooria moodustas lepinguõiguse alustoe kõigis mandri-euroopa õigussüsteemides. Selle teooria

⁵⁰ H. Köhler, *Op cit*, lk 93.

⁵¹ Tehingute siduvust on põhjendatud erinevate teooriate alusel. Siinkohal käsitletud tahteteooria (*will-model*) kohaselt on tehingud siduvad, kuna nad on tehingu sõlminud isikute vaba tahte väljendused (*F. K. von Savigny*). Usaldusteooria (*reliance-model*) järgi on lähtepunktiks vajadus kaitsta poolt usaldust teineteise suhtes. Tuntud on *P. S. Atiyah*'i teooriad uuest lepinguliste kohustuste struktuurist (sh lepingute siduvuse põhjustest). Saksa teadlane *W. Flume* ja ameeriklane *C. Fried* on oma töödes lepingu siduva olemuse tuletanud toetudes lubaduse printsiibile (isik on moraalselt seotud oma lubaduse täitmisega). Huvitav on Soome õigusteadlase *J. Pöyhöneni* teooria, mille kohaselt on ta püüdnud kombineerida tehingu siduvuse alustugesid – tahtevabadust ja usaldust, õigluse printsiibiga. – Vt: T. Wilhelmsson. *Perspectives of Critical Contract Law*. Dartmouth, 1993, p 16-17, 20; H. Kötz. *Op cit*, p 7-9.

⁵² H. Kötz. *Op cit*, p 5.

⁵³ P.S. Atiyah. *Essays on Contract*. Oxford, 1986, p 355.

põhimõtted kajastuvad ka inglise lepinguõiguses - 19. sajandi kohtunike seisukohtades ning *Frederick Pollocki* ning *William Reyner Ansoni* õpperaamatutes.

Lepinguvabaduse teooria põhimõtete tüüpiliseks väljenduseks võib pidada Prantsuse tsiviilseadustikus talletatud sätet – seaduslikult sõlmitud lepingutel on seaduse tähendus neile, kes selle sõlmisid (*Code Civil art 1134*). Teisisõnu, lepingud, kui isiku vaba tahte väljendused on siduvad pooltele, kui isikutele, kes on n-ö iseendile seaduseandjateks.

Teooria olemus seisnes kahes aspektis: isiku vabaduses lepingut sõlmida või mitte ja isiku vabaduses määratleda lepingu sisu, alistudes vaid piirangutele, mis on vajalikud ühiskonna huvides.⁵⁴

Seega väljendas tehing poolte vaba tahet ja seda võis piirata vaid äärmisel vajadusel ühiskonna (avalikes) huvides. Leping loeti mittesiduvaks poole suhtes, kellel puudus teovõime lepingu tegemiseks selle sõlmimise hetkel või kui tema nõusolek lepingu sõlmimiseks oli saadud pettuse või sunniga. Kehtetuks peeti lepingut, mis polnud vastavuses seaduse või avaliku korraga. Kuid sellised piirangud olid viidud miinimumi ning nad leidsid väljenduse vaid tsiviilseadustike üksikutes paragrahvides. Tähtsusetuks peeti asjaolu, et üks lepingu pool on teisest majanduslikult tugevam, samuti teisi asjaolusid, mis seondusid tehingupoolte kui konkreetsete isikute omaduste ja käitumisega.⁵⁵

Piiranguid põhjendati sellega, et isikud pole lepingulistesse suhetesse astudes sõltumatud neid ümbritsevatest ühiskonna majanduslikest ja sotsiaalsetest tingimustest. Lepinguvabaduse tingimusteta tunnustamine võib ühiskonnale kaasa tuua ebasoovitavaid tagajärgi. Teisisõnu, lepinguvabadus tähendab õigust vabalt sõlmida mistahes tüüpi lepinguid, otsustada kas lepingut sõlmida või mitte ja kujundada lepingu tingimusi astumata üle ühiskonna poolt seatud piiridest.⁵⁶

Viimase saja aasta jooksul on usk individuaalsesse valikuvabadusse märgatavalt vähenenud. Lepinguvabaduse arengu tulemuseks on lepinguvabaduse ja seega ka vabaturumajanduse oluline vähenemine ühiskonnas.⁵⁷

Nenditakse, et tõeline lepinguvabadus saab eksisteerida vaid olukorras, kus lepingupooled on majanduslikult ja sotsiaalselt võrdsed. Sellist võrdsust ühiskonnas ei ole ega saa ilmselt kunagi olema, mistõttu on lepinguvabadus printsiibina kui mõttekujutus, mitte aga reaalsus. Kaasaja

⁵⁴ B. Nicholas. *The French Law of Contract*. 2nd ed. Oxford, 1992, p 32-33.

⁵⁵ H. Kötz. *Op cit*, p 5; J. Chitty. *Op cit*, p 4.

⁵⁶ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 8.

ühiskonnas sõlmitakse suurem osa lepingutest olukorras, kus pooled pole kauplemisjõult võrdsed ning majanduslikult tugevam pool määrab lepingu sõlmimise ja selle tingimused. Tema survele sõlmitakse lepingud tüüptingimuste alusel (*standard terms or general conditions of business, allgemeine Geschäftsbedingungen*). Sellised standardiseeritud tingimused muudavad kauplemise ratsionaalsemaks, kuid ühtlasi välistavad läbirääkimiste võimaluse teise poolega konkreetsete lepingutingimuste üle. Vähemuses on lepingud, mis on sõlmitud kollektiivsete läbirääkimiste ja vaidluste tulemina (nt lepingud kaasaegses tööõiguses) ning kus poolte võrdsus on seeläbi suuremal määral tagatud. Kirjeldatud situatsioonis nõustutakse, et lepinguvabaduse ideed teenivad enam majandusliku domineerimise huve ning ei aita kaasa tasakaalu ja harmoonia saavutamisele ühiskonnas.⁵⁸

Tagamaks lepingulist õiglust, on tänapäeval tsiviilõiguses sätestatud põhimõtted, mille kohaselt peavad pooled lepinguid sõlmides käituma heas usus ja ausalt ning lähtuma headest kommetest. Heas usus käitumise nõue kui üks lepinguõiguse olulisemaid üldprintsiipe on tänapäeval tunnustatud paljudes, nii mandri-euroopa kui üldise õiguse maades⁵⁹, samuti Euroopa unifitseeritud lepinguõiguses: näiteks Saksa tsiviilseadustikus (*BGB § 157, § 242*), Prantsuse tsiviilseadustikus (*Code Civil art 1134, art 1135*), Hollandi tsiviilkoodeksis (*BW art 6:2*), Ameerika Ühendriikide ühtses kaubanduskoodeksis (*Unified Commercial Code art 1-203*), samuti UNIDROIT rahvusvahelistes kaubanduslepingute põhimõtetes (*PICC, 1994, art 1.7*), Euroopa lepinguõiguse põhimõtetes (*PECL, 1997, art 1.201*) ja ÜRO konventsioonis kaupade rahvusvahelise müügi kohta (*CISG, art 26*).

Eestis on püütud järgida üldist võlaõiguse arengut ning heas usus käitumise nõue on tunnustatud tsiviilõiguse üldpõhimõttena.⁶⁰ TsÜS § 138 kohaselt tuleb õiguste teostamisel ja kohustuste täitmisel toimida heas usus ning õiguste teostamine ei ole lubatud seadusevastasel viisil, samuti selliselt, et õiguste teostamise eesmärgiks on kahju tekitamine teisele isikule. Võlaõigusseadus täpsustab seda nõuet võlaõiguslikes suhetes (VÕS § 6).

Õiguskirjanduses väljendatakse arvamust, et muudatused suhtumises lepinguvabadusse olid eelkõige seotud tüüptingimuste kasutuselevõtmisega tootjate ja teenuste pakkuja poolt ja

⁵⁷ P. S. Atiyah. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford, 1985, p 716.

⁵⁸ H. Kötz. *Op cit*, p 11.

⁵⁹ R. Brownsword, N. J. Hird, G. Howells. *Good Faith in Contract: concept and context*. Great Britain, 1999, p 1.

⁶⁰ Vt lähemalt hea usu põhimõttest eesti õiguses: I. Kull. Hea usu põhimõte kaasaegses lepinguõiguses. Doktoriväitekirj. Tartu, 2002; I. Kull. Hea usu põhimõte lepinguõiguses ja selle kohaldamise kohtupraktikast. – Riigikohus 2001. Lahendid ja kommentaarid. Tallinn, 2002, lk 1158-1170.

tarbija kui subjekti eristamisega lepingusubjektide seast.⁶¹ Tüüptingimuste kasutuselevõtt tingis vajaduse kaitsta lepingus nõrgemaks pooleks olevat tarbijat ning vastavad seadused on vastu võetud enamikes õiguskordades.

Germaani õigusperekonda kuuluvates õiguskordades pakkus ebaausate lepingutingimuste vastu pikka aega kaitset kohus. 1977. a jõustati Saksamaal tüüptingimuste seadus (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - AGBG*), seega eraldi aktina BGB-st. Austrias 1978. a jõustunud tarbijakaitse seaduse (*Konsumentenschutzgesetz*) järgi loetakse igasugune tarbijat ebamõistlikult kahjustav tüüptingimus tühiseks. Šveits on üheks vähestest Euroopa riikidest, kus puudub seadusandlik regulatsioon ebaõiglaste tüüptingimuste kohta, kontrolli ebaausate lepingutingimuste üle teostavad kohtud.⁶²

Romaani õigusperekonda kuuluvas prantsuse õiguskorras puudub tüüptingimusi reguleeriv eriseadus. Ebaausate lepingutingimuste (*clauses abusives*) kasutamist reguleerib olenemata lepingu tüübist 1978. a vastuvõetud seadus. Seadus volitab valitsust andma määrusi, mis keelavad majandustegevuses tegutseva isiku kui professionaali ja tarbija vahelistes lepingutes sellised tingimused, millega üks pool on saanud ebaausa eelise seetõttu, et ta on kauplemissjõult tugevam.⁶³

Üldise õiguse maadest peetakse inglise õiguses kinni lepinguvabaduse printsibist, kuid ebaausaid lepingutingimusi on sealgi tühistatud juba 19. sajandil.⁶⁴ 1987. a on vastu võetud tarbijakaitse seadus (*Consumer Protection Law*) ning 1997. a ebaõiglaste tingimuste seadus (*Unfair Terms Act*).⁶⁵ Ameerika Ühendriikides on tähtsaimaks õiguslikuks aluseks ebaõiglaste lepingutingimuste reguleerimisel ühtne kaubanduskoodeks (*Unified Commercial Code - UCC*), mille järgi on kohtul õigus tühistada leping või lepingutingimus, mis teist poolt ebamõistlikult kahjustab (*art 2-302*). Säte kehtib kõigi lepingute, sh tüüplepingute kohta ja vaatamata sellele, kas üheks pooleks on tarbija või mitte.⁶⁶

Euroopa Liidu liikmesriikide tarbijatele peaks tagama lepingu sõlmimisel minimaalse vajaliku kaitse Euroopa Liidu direktiiv ebaausatest lepingutingimustest 93/13/EEC (*on unfair terms in consumer contracts*) 5. aprillist 1993.⁶⁷ Liikmesriigid võivad rakendada täiendavaid abinõusid

⁶¹ P. S. Atiyah (1989), p 18.

⁶² K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 11-15; P. D. V. Marsh. *Comparative Contract Law: England, France, Germany*. Gower, 1994, p 301-303.

⁶³ P.D.V. Marsh. *Op cit*, p 299; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 16-17.

⁶⁴ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 14.

⁶⁵ B. Nicholas. *Op cit*, p 36.

⁶⁶ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 21.

⁶⁷ Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://europa.eu.int/eur-lex/en/lif/dat/1993/en_393L0013.html, 3. september 2001.

tarbijate kaitsel. Positiivne on asjaolu, et enamus riike ongi seadustesse kirjutanud tarbijate huvide kaitsel rangemaid abinõusid, kui seda nõuab direktiiv.⁶⁸

Ülalmainitud direktiivi alusel reguleerib eesti õiguses esmakordselt tüüptingimuste kasutamist võlaõigusseadus (VÕS §-d 35-45). Võlaõigusseadus sisaldab olulisi piiranguid lepingu sisu määramise vabadusele juhul, kui üks pooltest kasutab tüüptingimusi (VÕS § 42).

Eeltoodust selgub, et tagamaks lepingulist õiglust, on enamikes õiguskordades seadusandlikult piiratud poolte vabadust määratleda lepingu tingimusi, kasutades selleks erinevaid meetodeid. Võib nõustuda P. S. Atiyah järeldusega, et juhul, kui pooled sõlmivadki vabatahtlikult lepingu, siis tulenevad poolte õigused ja kohustused suures osas seadusest ja mitte pooltevahelisest kokkuleppest.⁶⁹

Õiguskirjanduses arutletakse, kas pole kätte jõudnud aeg, kus lepinguvabaduse printsiibi tõrjub kõrvale lepingulise õigluse printsiip (*contractual justice, vertragsgerechtigkeit, justice contractuelle*). Enam pööratakse tähelepanu poolte ebavõrdsele kauplemisjõule lepingu sõlmimisel. Kui lepingu pariteet on rikutud ning nõrgem pool vajab kaitset, piiratakse selliste lepingute sõlmimise vabadust õiguskorra poolt.⁷⁰ Kaasaja heaoluühiskonna (*Welfare State*) lepinguõiguse üldprintsiibid vajavad veel mõtestamist, kuid juba tänapäeval saab kõnelda uuest kujunevast lepingumudelitest kui paindlikust ja muutuvast koostöövormist (*cooperation*) ja vahendist, mis tagab ühiskonna ressurside mõistliku jaotuse. Uut lepingumudelit iseloomustab keskendumine enam koostöö sisule ja koostöös osalevatele isikutele ning lepingule kui kollektiivsele koostöösuhtele.⁷¹ Seega käsitletakse vastukaaluks traditsioonilisele õpetusele (lepingut nähakse kui isiku tahte väljendust, mis puudutab vaid lepingupoolte huve) lepingut kui pooltevahelise koostöö väljendust, mis puudutab mitte ainult lepingupoolte vaid ka teiste isikute huve. Selline käsitus seab piirid lepingu sisu määramise vabadusele.

Samuti võivad ühiskonna väärtushinnangud ja üldlevinud ettekujutused olla lepingu sisuga niivõrd teravas vastuolus, et ühiskond ei saa selliste kokkulepete siduvust taluda.⁷²

Siinkohal tuleb märkida, et poolte lepinguvabaduse piiramisel on ilmselt ka teatav hind. Eelkõige avaldub see tarbija ja töötaja kui lepingulistest suhetes nõrgema poole kaitsel. Seaduslikud piirangud koormavad lepingupoolt täiendavate kohustustega (nt tarbijalepingutes informatsiooni andmise kohustus), mistõttu tõstetakse ka vastavate toodete või teenuste hindu.

⁶⁸ J. Beatson, D. Friedmann. *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford, 2001, p 238.

⁶⁹ P.S. Atiyah (1985), p 734.

⁷⁰ H. Kötz. *Op cit*, p 11.

⁷¹ T. Wilhelmsson. *Op cit*, p 39-41.

⁷² P. Schlechtriem. *Võlaõigus. Üldosa*. Tallinn, 1999, lk 18.

Nii tundub igati mõistlik ja põhjendatud, et töötajale tuleb maksta vähemalt miinimumpalka ja töötaja vallandamine, lähtudes tööandja suvast, on seadusega piiratud. Sellised reeglid võivad aga sundida tööandjaid oma äritegevust üle viima maadesse, kus piirangud on väiksemad või keelduma teatavate töötajate gruppide palkamisest üldse (nt noored naised).

Kokkuvõtvalt võib järeldada, et kuigi isikute tahe on küll tehingu sõlmimise aluseks ja selle kehtivuse eelduseks, ei taga see veel tehingu kehtivust. Tehingu kehtivuse eelduseks (tingimuseks) on tehinguvabadusele õiguskordades sätestatud piirangute järgimine. Eeltoodud käsitus tehinguvabaduse printsiibist näitab, et täielik tehinguvabadus pole reaalsus. Lepinguvabaduse põhimõte on üldprintsiibina endiselt aktsepteeritav kõigis õiguskordades, kuid järjest enam tuleneb seadusest pooltele lepinguvabadust piiravaid sätteid. Piiravad reeglid peaksid olema optimaalsed ja vajalikud, et välistada tehingupoolte ja kogu õiguskäibe ülemäärast takistamist. Mida enam kehtestab seadusandja piiranguid, seda enam on põhjusi, et rikutakse tehingu kehtivuse eeldusi. Seega on rikkumiste tagajärg - tehingu kehtetus - otseselt sõltuv seaduses sätestatud piirangutest.

Lepinguvabaduse komponentidena nimetatakse lepingute sõlmimisvabadust, lepingu sisu määramise vabadust ja vormivabadust.⁷³ Tänapäeval on lepinguvabadusele seatud erinevaid piiranguid. Nende seast on siiski selgelt eristatavad tehingute kehtivuse klassikalised eeldused, milliseid käsitletakse sel moel kõigis õigussüsteemides: tehingu subjektid (pooled) peavad vastama seaduses ettenähtud nõuetele, tehingul peab olema seaduses ettenähtud vorm ning tehing peab vastama sisu osas seaduses ettenähtud nõuetele. Teisisõnu öeldes on kehtiva tehingu eelduseks, et tehing on puudusteta (vigadeta). Tehing on puudusteta (vigadeta) kui ta vastab eeltoodud loetelus kehtestatud nõuetele. Seega võib tehingu sisu määramise vabadusele ja vormivabadusele, kui lepinguvabaduse koosseisuelementidele seatud piirangute rikkumine olla aluseks tehingute kehtetusele puuduste tõttu tehingu sisus ja vormis.

Kuivõrd tehingu sisule või vormile kehtestatud piirangud takistavad poolte otsustusvabadust ja ühtlasi õiguskäivet, tuleb iga piiravat seadusesätet hinnata selle eesmärgi ja vajalikkuse aspektist. Nimetatu on oluline ka tehingu kehtivuse eelduste käsitluses: iga seadusest tuleneva piirangu rikkumisel tuleb hinnata, kas konkreetse sätte eiramine toob tingimusteta kaasa ka tehingu kehtetuse. Tehingute kehtivuse eelduste kui tehinguvabaduse piirangute mõistlikkuse ja

⁷³ Vt lähemalt: I. Kull. Lepinguvabaduse põhimõte Euroopa ühtlustavas tsiviilõiguses ja Eesti tsiviilõiguse reform. - Riigikogu toimetised 2000, n 2. Arvustivõrgus. Kättesaadav: <http://www.riigikogu.ee/rva/toimetised/rito2/artiklid/26kull.htm>, 12. august 2003.

vajalikkuse analüüs leiab lähema käsitlemise tehingu vormi ja sisu puudusi käsitlevates peatükkides.

1.3. Tühise tehingu mõiste ja selle õiguslikud tagajärjed

Kehtetu tehing võib esineda kahes vormis – tühise või vaieldava tehinguna. Selline käsitus on üldjoontes omane kõikidele õigussüsteemidele.

Tühise või vaidlustamise teel tühiseks muutunud tehingu pinnalt ei saa esitada nõudeid tehingu täitmiseks või nõudeid tehingu mittetäitmisest. Iseküsimus on siiski, kuidas tühise tehingu alusel saadu on erinevates õiguskordades tagasinõutav.⁷⁴

Germaani õigusperekonnas eristatakse tühiseid tühiseid (*Nichigkeit*) ja vaieldavaid (*Anfechtbarkeit*) tehinguid.

Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), kelle tööd avaldasid mõju mitte ainult Saksamaa, vaid kogu mandri-euroopa tsiviilõiguse arengule⁷⁵ kirjeldas tühiseid ja vaieldavaid tehinguid järgmiselt: tühised tehingud on kehtetud juba teostamise momendist ning ei nõua aktiivset sekkumist. Vaieldavad tehingud on aga kehtivad, kuni vaidlustamiseks õigustatud isik pole käitunud aktiivselt - pole tehingut vaidlustanud⁷⁶ (pole taotlenud tehingu kehtetuks tunnistamist). Kuna vaieldavate tehingute puhul on vaidlustamisõigus ainult isikul, kelle huvide kaitseks on seadusandja andnud talle sellise õiguse, siis on tehingu kehtetus relatiivne, mitte absoluutne.⁷⁷ 19. sajandil kujunenud kontseptsioon tehingu kehtetusest (*Ungültigkeit*)⁷⁸ hõlmas seega kahte liiki kehtetuse aluseid.

Tehingu tühisus on kehtetuse kõige raskem vorm, see kehtib igäühe suhtes ja vastu. Tühisust parandada pole põhimõtteliselt võimalik.⁷⁹ Tühised on näiteks teovõimetu isiku tahteavaldused (*BGB § 105*), tehingud, millel puudub seaduses ettenähtud vorm (*BGB § 125*), seadusega

⁷⁴ H. Kötz. *Op cit*, p 164.

⁷⁵ H. Hausmaninger. *Op cit*, p 206; B. Nicholas. *Op cit*, p 35.

⁷⁶ Siinkohal ja edaspidi kasutatav termin "vaidlustamine" on samastatav eesti õiguse kontekstis kasutatava terminiga "tühistamine".

⁷⁷ Hannu Tapani Klami. *Studies on the Roman Law of Contract*. Helsinki, 2000, p 6.

⁷⁸ R. Zimmermann. *Op cit*, p 681.

⁷⁹ H. Köhler. *Op cit*, lk 213.

seatud keeluga vastuolus olevad tehingud (*BGB § 134*) ja heade kommete vastased tehingud (*BGB § 138*).

Kui tehing on vaieldav, siis pole see mitte tühine, vaid üksnes „tühiseks muudetav“. Seega on taoline tehing esialgu kehtiv. Kui vaidlustamiseks õigustatud isik kasutab oma vaidlustamisõigust, siis käsitatakse tehingut kui algusest peale tühist tehingut (*BGB § 142 lg 1*). Nii on vaidlustatavad näiteks tehingud, kus isiku tahteavaldus on mõjutatud eksimusest, pettusest või õigusvastasest ähvardusest (sund) (*BGB §-d 119, 120, 123*).

Arvestades, et kehtetut tehingut saab iseloomustada kui puudega (vigast) tehingut, võib sellest järeldada, et tühise ja vaieldava tehingu eristamisel saab kõnelda ka puuduse (vea) erinevast raskusastmest.

Tühiseid tehinguid iseloomustab eelkõige eriti raske puudus (viga) tehingus.⁸⁰ Vaieldav tehing jääb selle vaidlustamata jätmisel kehtima selles ilmnunud vigadele vaatamata. Sel juhul pole tegemist nii raske veaga, mis sedastatakse tühiste tehingute puhul.

Varasem üsnagi jäik suhtumine nimetatud tehingute kehtetuse alustesse on kaasajal muutunud paindlikumaks. Nii peeti 19. sajandil tühise tehingu vaidlustamist põhimõtteliselt võimatuks.⁸¹ Tänapäeval aktsepteeritakse, et kuigi tühised tehingud on kehtetud teostamise momendist ning ei nõua „aktiivset käitumist“, on nende vaidlustamine võimalik. Tehingu vaidlustamine võib olla eelistatum olukorras, kus konkreetse kaasuse asjaolud võimaldavad tunnustada tehingu tühisust või ka tehingut vaidlustada, sest tehingu vaidlustamise alus võib olla kergemini tõendatav kui tühisuse alus. Paindlikum suhtumine, lubades vaidlustada ka neid tehinguid, mida on põhjust pidada tühisteks, võimaldab konkreetsete kaasuste efektiivsemat lahendamist.

Teatud tehingute puhul räägitakse saksa tehinguõpetuses ka „hõljuvast“ kehtetusest (*schwebend – pooleliolev, lahtine*). Niikaua kui alaealise isiku poolt sõlmitud tehingule pole antud seadusliku esindaja heakskiitu, on tehing „hõljuvalt“ kehtetu ja sellel ei saa olla veel taotletud õiguslikke tagajärgi (*BGB § 108 lg 1*). Heakskiidul on siin kaitse- või kontrollifunktsioon. Kui heakskiit saadakse, muutub tehing tagasiulatuva jõuga kehtivaks, niivõrd kui seaduses pole sätestatud teisiti (*BGB § 184 lg 1*).

Tühiste ja tühistatud (vaidlustatud) tehingute õiguslikud tagajärjed on ühesugused, kuivõrd *BGB § 142 lg 1* järgi käsitatakse vaidlustatud tehingut kui algusest peale tühist tehingut. Seega kõrvaldatakse (tühistatakse) õigustoimingu õiguslikud tagajärjed tagasiulatuva jõuga.

⁸⁰ H. Köhler. *Op cit*, lk 213.

⁸¹ R. Zimmermann. *Op cit*, p 681-682.

Saksa õiguses toimub tühise või tühistatud tehinguga saadu tagasinõudmine alusetut rikastumist piiravate sätete (*BGB §-d 812-822*) alusel.

BGB § 812 lg 1 kohaselt peab isik, kes saab teise isiku toiminguga või muul viisil midagi ilma õigusliku aluseta, selle teisele isikule välja andma. Kui väljaandmine ei ole saadu olemuse tõttu võimalik või kui saajal ei ole muul põhjusel võimalik seda välja anda, peab ta hüvitama saadu väärtuse (*BGB § 818 lg 2*). Analoogselt on alusetut rikastumist piirav üldnorm sätestatud Šveitsi kohustiste koodeksis. *OR art 62* järgi peab igaüks, kes on õigustamatul viisil saanud midagi teise isiku varast, selle tagastama. Eelkõige tuleb saadu tagastada, kui see on saadud õigusliku aluseta või alusel, mis langeb hiljem ära või lakkab olemast. *BGB § 812* regulatsiooni võib siiski pidada siinkohal laiemaks: nõue *BGB § 812* alusel ei ole seotud vaid juhtumitega, kui on tõendatud varalise kahju tekkimine.

Kaasajal aktsepteeritakse 20. sajandi keskel *Walter Wilburgi* ja *Ernst Cammereri* väljatöötatud kontseptsiooni, mille kohaselt tuleb alusetu rikastumise kriteeriumide väljatöötamiseks eristada kahesuguseid juhtumeid. Alusetu rikastumise nõue võib tuleneda isikutevahelisest toimingust (sooritusest) (*Leistungskondiktion*): kui isik on teiselt isikult sooritusega midagi saanud, kuid sellega taotletud tulemus ei saabu, on ta saanud üleantu õigusliku aluseta. Alusetu rikastumise nõue võib tuleneda aga ka teistsugustest alustest, eriti näiteks õigusvastasest omandamisest (*Eingriffskondiktion*), samuti teise isiku võla kustutamisest (*Rückgriffskondiktion*) või õigusevastasest teise isiku vara kasutamisest (*Verwendungskondiktion*). Seega sisaldab *BGB § 812* regulatsioon kahte sõltumatut aspekti: situatsiooni, kus isik saab midagi ilma õigusliku aluseta teise isiku sooritusega (*quasi-contractual*) ning juhtumit, kus isik saab midagi muul viisil (*quasi-delictual*).⁸² Seega tuleneb tühise või tühistatud (vaidlustatud) tehingu õiguslik tagajärg *BGB § 812*-s kajastatud esimesest aspektist (*Leistungskondiktion*).

Siinkohal tuleb rõhutada, et tühiste tehingute tühisuse tunnustamisel või vaieldavate tehingute tühistamisel tuleb saksa õiguses arvestada abstraktsiooniprintsiibiga (*Abstraktionsprinzip*),⁸³ mis eristab võlaõiguslikku kohustustehingut („*verpflichtungs-geschäft*“) ja asjaõiguslikku käsutustehingut („*verfügungs-geschäft*“). Õiguslikus mõttes tuleb need tehingud lahus hoida ja nad kehtivad teineteisest sõltumatult.⁸⁴

⁸² R. Zimmermann. *Op cit*, p 889-890.

⁸³ Mõiste all tuleb silmas pidada nii eraldamis- (võlaõigusliku kohustustehingu ja asjaõigusliku käsutustehingu eristamine) kui abstraktsiooniprintsiipi (nimetatud tehingud kehtivad teineteisest sõltumatult). Kuivõrd praktilist tähtsust omab eelkõige abstraktsiooniprintsiip kasutatakse töös terminoloogiliselt abstraktsiooniprintsiibi mõistet.

⁸⁴ M. Sheridan, J. Cameron. *EC Legal Systems. An Introductory Guide*. Great Britain, 1992, xvi, p 55.

Kohustustehingu (müük) vaidlustamine jätab puutumata käsutustehingu (müügiks oleva asja omandi ülekandmine) kehtivuse. Vaidlustades ka käsutustehingu, mõjutab see ka asjaõiguslikku olukorda. Üksikjuhtudel võib siiski üks ja sama asjaolu muuta vaidlustatavaks nii kohustustehingu kui ka käsutustehingu (nn vea identsus).⁸⁵

Abstraktsiooniprintsiibist järelduvalt, kui vaidlustatakse kohustustehing, loetakse, et sellega seoses (tagasiulatuvalt) ei tekkinud nõudeõigusi. Kui vaidlustatud kohustustehingu alusel on juba tehtud toiminguid (asi anti üle), siis vaidlustamise tõttu langeb ära (tagasiulatuvalt) ka nende tegemise "õiguslik alus" ning tehtud toiminguid (sooritusi) võib *BGB § 812 lg 1* alusel tagasi nõuda. Nõue *BGB § 812 lg 1* alusel on sellisel juhul suunatud tagasiomandamisele (*BGB § 929*). Kui vaidlustatakse nii kohustus- kui ka käsutustehing, siis langeb tagasiulatuvalt ära ka asja saanu omanikuseisund. Asja üleandjal pole sel juhul asja saaja suhtes mitte üksnes nõue *BGB § 812 lg 1* vaid ka asja omandi väljaandmise nõue (*BGB § 985*).

Eeltoodust võib järeldada, et saksa õiguses kohaldatava abstraktsiooniprintsiibi rakendamise eelduseks ongi tehingu täitmiseks üleantu tagastamise reguleerimine alusetut rikastumist piiravate sätete kohaselt. Arvestades heauskset omandamist võimaldavaid omandieeldusi (vallasaja puhul kehtib selle valdaja omandi eeldus, kinnisasja puhul kinnistusraamatusse omanikuna kantud isiku omandi eeldus) on asja väljanõudmine heauskset omanikult üldjuhul võimatu. Sel puhul kohaldatakse alusetut rikastumist piiravaid sätteid (*BES § 812-822*). Selliste põhimõtete kehtestamisel on peetud silmas käibekindluse huve, teine küsimus on taoliste reguleeringute õigluses ühe või teise isiku suhtes.

Tühiste tehingute õiguslike tagajärgede osas on seadusandja teatud juhtudel kehtestanud erireeglid. Aktsepteeritakse juhtumeid, kus tehing pole absoluutselt tühine: nii võib tehingu tühisuse õigulik tagajärg puudutada vaid ühte tehingupoolt. Samuti rakendatakse teatavas situatsioonis restitutsiooni keelamist, st tehingu tühisuse õiguslik tagajärg ei puuduta kumbagi tehingupoolt.

Erisused seonduvad sisuliselt vigaste (puudustega) tehingutega, mis on vastuolus seaduse või heade kommetega. *BGB § 817* esimeses lauses sätestatakse, et kui tehingu alusel asja saaja rikub seaduslikku keeldu ja häid kombeid, tuleb tal tehingu alusel saadu teisele tehingupoolele tagastada. Seega võimaldatakse tehingu suhtes heausklikult käitunud poolele tehingu järgi üleantu tagasisaamine. *BGB § 817* teise lause kohaselt on tehingu alusel saadu tagasinõue aga

⁸⁵ H. Köhler. *Op cit*, lk 218-221.

välistatud, kui ka teine tehingupool on sellises rikkumises süüdi, välja arvatud juhul, kui tehingu sisuks oli kohustuse võtmine. Järelikult restitutsiooni ei lubata situatsioonis, kus mõlemad pooled on rikkunud seadusest tulenevat keeldu või häid kombeid. Analoogselt on tühise tehingu tagasitäitmine reguleeritud Šveitsi kohustiste koodeksis (*OR art 66*) ja Austria tsiviilseadustikus (§ 1174), samuti Itaalia tsiviilkoodeksis (*art 2035*).

Kuivõrd seadusest tulenevaid või heade kommetega kooskõlas olevaid käitumisreegleid eiravad mõlemad pooled, tundub restitutsiooni välistamine iseenesest mõistlik. Hamburgi Ülikooli õigusteadlane *Hein Kötz* selgitab, et seda võib lugeda karistuseks "häbiväärsete taotluste (mõtete) realiseerimise eest tegudes". Restitutsiooni välistamist õigustab ka „kohtu väärikuse“ kaitsmise eesmärk: „kohus ei või pakkuda kaitset (abi) ebaseaduslikult või ebamoraalselt käitunud isikule“. *H. Kötz* leiab samas, et käsitada restitutsiooni mittelubamist karistusena on aga ilmselgelt ebakohane, kuna ei arvestata kummagi poole rikkumise tõsidust. Seeläbi võimaldatakse ühe "süüdi oleva" poole rikastumist tehingu järgi saadu arvel isegi kui tema käitumine tehingus oli palju häbiväärsem võrreldes teise poolega. Loogilisem on lubada tehingu järgi saadu tagasinõuet ja anda sel viisil hinnang mõlema poole "häbiväärsele" käitumisele. Põhjendatum oleks ilmselt anda kaalutlusõigus restitutsiooni kohaldamise või mittekohtlemise suhtes kohtule.⁸⁶ Sellise järeldusega tuleb nõustuda. Kohus saab arvestada konkreetseid tehingu asjaolusid ning kaaluda poolte süülise käitumise tõsidust. Kohtu järeldused peaksid põhinema poolte tehingulise käitumise analüüsil ning ka kaalutlusel, kas restitutsiooninõude eitamine aitab edaspidi vältida poolte ebaeetilist ja ebaseaduslikku käitumist.

Romaani õigusperekonnas eristatakse tehingu relatiivset (*nullité relative*) ja absoluutset kehtetust (*nullité absolute*).

Absoluutse kehtetuse puhul lähtutakse asjaolust, et nõude tunnistada tehing kehtetuks, võib esitada igäüks, kui tal on selleks õigustatud huvi. Relatiivse kehtetuse korral on tehingu kehtetuks tunnistamise õigus vaid poolel, kelle kaitseks on seadusega talle selline õigus antud (nt pettuse ohver).⁸⁷

Nagu ülalpool märgitud, on tehingu kehtivuseks Prantsuse tsiviilseadustiku (*Code Civil art 1108*) järgi vajalik nelja asjaolu (elemendi): *consentement*, *capacité*, *objet* ja *cause*,

⁸⁶ H. Kötz. *Op cit*, p 165.

⁸⁷ B. Nicholas. *Op cit*, p 77.

esinemine. Määratlemaks, milliseid tehinguid käsitletakse relatiivselt või absoluutselt kehtetutena, tuleb lähemalt selgitada prantsuse õiguse tehinguõpetuse spetsiifiliste mõistete – *objet* ja *cause* tähendust.

Objet on tehingu poole poolt võetud kohustuste sisu (*la matière de l'engagement*) – näiteks müüja kohustus asi üle anda. Kohustuse *objet*, on aga asi (*chose*), mis üle antakse. Seega on mõiste mitmetähenduslik. Üldnõude kõrval, et kehtivas tehingus peab olema *objet*, eristatakse veel täiendavaid tingimusi: *objet* peab olema määratud või määratletav, *objet* peab olema võimalik (lähtudes sellest, et kohustise *objet* on asi, siis juhul kui asi puudub, pole ka kohustust asi üle anda), *objet* peab olema seaduslik (*licit*). Kui *objet* on ebaseaduslik, on tehing kehtetu. Tehingu mittevastavust seadusele käsitletakse siiski enam seoses *causa* mõistega, sest arvestades nende mõistete vastastikust seost – kui *objet* on ebaseaduslik, on ebaseaduslik ka *cause*.⁸⁸

Seadusest tuleneb ka nõue, et kehtivas tehingus peab olema *cause* ning see peab olema seaduslik (*Code Civil art 1131*).

Mõiste „*cause*“ pärineb rooma õigusest ja on edasi arendatud kanonistide õpetuses, kelle arvates pidid printsiiibil *pacta sunt servanda* (kokkuleppeist (lepinguist) tuleb kinni pidada) olema teatavad piirid. Sellised piirid leiti *cause* mõiste abil, mida käsitleti kui tehingu motiveerivat põhjust või eesmärki. Taolise tähendusega tuntakse seda ka kaasaegses prantsuse õiguses.⁸⁹

Terminid *objet* ja *cause* on talletatuna *Code Civil*'i sätetes prantsuse õiguse olulisteks ja spetsiifilisteks mõisteteks⁹⁰. Teiste õigussüsteemide esindajad on aga nende tähtsuses ja kasulikus eesmärgis vähem veendunud. Mõisteid peetakse ebaotstarbekateks ja „mittetöötavateks“. *Objet* mõistet iseloomustatakse kui tarbetut, kuna inimesed ei sõlmi ju siis tehinguid, kui pole millegi suhtes kokku leppida. Ka *cause* mõiste kasutamine on kaheldava väärtusega. Saksa ja inglise kohtunikud on samuti huvitatud tehingu eesmärkidest ja motiividest, kuid nad ei räägi *cause* ebaseaduslikkusest, vaid loevad tehingu kui sellise ebaseaduslikuks. Sellises kontekstis ilmneb *cause* ülearususe õiguspraktikas. Arvestamata

⁸⁸ B. Nicholas. *Op cit*, p 114-117.

⁸⁹ B. Nicholas. *Op cit*, p 118.

⁹⁰ Mingil määral on *cause* võrreldav Inglise õiguse *consideration* doktriiniga, mille järgi peab tehingus lubadustel olema mõistlik põhjus (*consideration*). -Vt H. Kötz. *Op cit*, p 54.

kokkuleppe (*consentement*) ja teovõime (*capacité*) nõuet, peetakse ülejäänud kahte tehingu kehtivuse elementi ülearusteks.⁹¹

Prantsuse õigusperekonna esindaja Quebeci uues tsiviilkoodeksis *cause* mõiste puudub. Tõdetakse, et praktikas ei ole selle järele vajadust. Eesmärgid, mille saavutamiseks *cause* mõiste on kasutusele võetud, on teostatavad ka teiste institutsioonide ja reeglitega.⁹² Itaalia ja Hispaania järgivad Prantsuse tsiviilseadustikku, mille järgi tehingu kehtivus sõltub *cause* olemasolust (*Codicie Civile art 1325, 1343, 1418*; Hispaania tsiviilkoodeks *art 1261*).⁹³

Eeltoodust järeldub, et õiguskirjanduses on *objet* ja *cause* problemaatika olnud põhjalike analüüside, aga ka kriitika objektiks. Kriitika on asjakohane ja põhjendatud. Tänapäeva õiguspraktikutele on nimetatud mõisted „haaramatud“, nende tähendus ja otstarve arusaamatu. Euroopa tsiviilõiguse ühtlustamise raames on ilmselt põhjendatud välistada seadusest terminid, millistel puudub otstarve kaasaegses õigusruumis. Selline otsustus teeniks ka tehinguõpetuse lihtsustamise eesmärki. Tehingu mõistesse süüvimine ning otsustamine tehingu kehtivuse üle ei eelda spetsiifiliste *cause* ja *objet* mõistete kasutamist.

Tehingute absoluutse ja relatiivse kehtetuse puhul tuleb rõhutada, et absoluutselt kehtetuteks peetakse tehinguid, mille *objet* või *cause* on ebaseaduslik. *Code Civil art 1133* järgi on *cause* ebaseaduslik, kui see on keelatud seadusega või vastuolus heade kommete või avaliku korraga. Relatiivselt kehtetud on tehingud, milles isiku tahet on mõjutanud eksimus (*erreur*), sund (*violance*) või pettus (*dol*) - n-õ tahtepuuduste (*vices du consentement*) korral tehingus (*Code Civil art-d 1110, 1111, 1116*). Absoluutselt kehtetutena käsitletakse ka mõningaid tehinguid, mille puhul pole järgitud seaduses ettenähtud kirjaliku vormi nõuet, samuti tehingud, mille on teinud isik, kellel puudus võime (*capacité*) tehingut sõlmida.

Tühise ja tühiseks tunnistatud tehingu tagajärjed on aga samad - tehingu alusel saadu tuleb tagastada.

Teisisõnu - ka romaani õigusperekonnas antakse kehtetule tehingule tagasiulatuva jõuga õiguslikud tagajärjed. Tagasitäitmisel rakendatakse restitutsioonipõhimõtet (*action en*

⁹¹ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 8; H. Kötz. *Op cit*, p 55.

⁹² B. Nicholas. *Op cit*, p 126.

⁹³ H. Kötz. *Op cit*, p 55.

répétition)⁹⁴, mille kohaselt õigustamatu (alusetu) rikastumisega saadu tuleb teisele poolele tagastada.

Prantsuse tsiviilseadustikus puudub üldpõhimõte alusetust rikastumisest, nagu see on sätestatud *BGB §-s 812*. Alusetu rikastumise idee kajastub aga erinevates seadusesätetes. Nii tuleb isikul, kes kasutab ehituseks võõrast ehitusmaterjali, hüvitada ehitusmaterjali omanikule selle maksumus (*Code Civil art 554*), ostja restitutsiooniõigust asja müüjalt tagasiostmisel reguleerib *Code Civil art 1673*, restitutsiooniõigust käsundussuhtes käsitleb *Code Civil art 1993*. Tehingute üldküsimumustega seonduvalt reguleerib näiteks *Code Civil art 1312* eestkoste all olevate või alaealiste tehingute kehtetusest tulenevat restitutsiooni.

Asjaolu, et seaduses vastav üldsäte puudub, on „parandatud“ kohtupraktikas: alates kõrgema kohtu otsusest (*arrêt Boudier, 1892*) tunnustatakse ka prantsuse õiguses alusetut rikastumist (*enrichissement sans cause*) kui üldprintsipi. *Enrichissement sans cause* olemust iseloomustatakse kahe aspektiga. Esiteks, rikastumine (kas tehingust tulenevalt või muul alusel) peab olema *sans cause* (õigusliku aluseta). Teiseks, õigusliku aluseta saadu tagastamisel on subsidiaarne tähendus: alusetu rikastumise nõuet saab esitada vaid juhtumeil, kui „kahjustatud isikul“ pole talle põhjustatud negatiivset tagajärje „parandamiseks“ võimalik toetuda mõnele muule õiguslikule alusele (nõue tehingu rikkumisest, nõue kahju tekitamisest jm).⁹⁵ Viimatinimetatud piirangut arvestades, ei saa alusetu rikastumise üldprintsibiist tulenevate nõuete arv olla väga suur.

Seega, restitutsiooninõue tulenevalt tehingu kehtetusest tähendab, et teisele poolele tuleb tagastada tasutud rahasumma või üleantud asi (*obligatio de restitution en nature*), kui see on veel isiku valduses. Sõltumata poolte süüst, võib restitutsioon osutada võimatuks seaduse alusel – asi, mis tuleks tagastada on edasi antud kolmandale isikule, või faktiliselt – asi on hävinud. Küsimusele, kelle kanda sellised riskid jäävad, võib kohtupraktikast leida erinevaid vastuseid.

Veel hiljuti jäeti nõue tehingu tühistamiseks rahuldamata juhul, kui asi oli edasi antud kolmandale isikule. 70-ndatest aastatest alates on kohus aktsepteerinud, et asja tagastamise võimatusel tuleb hüvitada selle rahaline väärtus. Restitutsiooninõude rahuldamisel tuleb nõude

⁹⁴ Kirjeldamaks sellist tehingu "tagasipööramise" mehhanismi erinevates situatsioonides, on tehinguõpetuses kasutusel erinevad terminid: *action en nullité, rescision, résolution, réhabilitation* - Vt lähemalt J. Bell, S. Boyron and S. Whittaker. *Op cit*, p 420.

⁹⁵ J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker. *Op cit*, p 400.

esitaja asetada positsiooni, nagu tehingut poleks sõlmitud ja nõude esitaja omaks asja seisus, mis eelnes üleandmisele (nt asja väärtuse vähenemise hüvitamisel).⁹⁶

Erireeglid restitutsioonipõhimõtte rakendamisel seonduvad prantsuse õiguses juhtumitega, kus tehing on puudustega (vigane) sisu või subjekti osas.

Nii lähtuvad kohtud heade kommete vastaste (*contraire aux bonnes mœurs*) tehingute puhul printsiipidest, mille kohaselt „keegi ei saa toetuda omaenda ebamoraalsele käitumisele“ („*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*“) ning „restitutsiooni ei toimu, kui mõlemad pooled on ühtviisi ebamoraalselt käitunud“ („*in pari causa turpitudinis cessat repetit*“). Seega välistab tehingupoole „ebaväärikas“ käitumine tema nõude tehingu järgi saadu tagastamiseks (*exception d'indignité*).⁹⁷

Kuigi *Code Civil art 1108* järgi on teovõime üheks neljast tehingu kehtivuse eeldusest, ei loeta piiratud teovõimega isikute tehingut absoluutselt kehtetuks. Sellisete isikute tehingute tühistamisel restitutsiooninõude esitamisel on nende kohustus saadud asi või raha tagastada, piiratud: tagastatav pole see, mis on saadud ja „enda kasuks pööratud“ (*Code Civil art 1312*).

Näiteks juhul, kui alaealine on saadud asja edasi müünud ning osa selle müügitulust ära kasutanud, kuulub teisele tehingu poolele tagastamisele vaid rahasumma, mis on veel kulutamata ja alaealise valduses. Sellist reeglit õigustatakse asjaoluga, et täieliku restitutsiooni puhul oleks alaealise suhtes kaitsefunktsiooni täitmine vaid näilik.⁹⁸

Romaani õigusperekonna õiguskordades sätestatud tehingute kehtetuse kontseptsioonist erineb mõnevõrra Hollandi uue tsiviilseadustiku regulatsioon.

Kui prantsuse õiguses vajab nii relatiivne kui absoluutne kehtetus kohtu sellekohast otsustust, siis *BW* järgi loetakse absoluutse kehtetuse puhul kohtu poole pöördumist ülearuseks nõudeks.⁹⁹ Seega eristatakse saksa õigusega analoogselt tühiseid ja vaieldavaid tehinguid. Tühist tehingut peetakse kehtetuks sõlmimise momendist ja see ei nõua aktiivset sekkumist. Selline käsitus tundub põhjendatud, sest kohtu funktsioon on tühiste tehingute puhul vaid „deklaratiivne“ ning selle olemasolu või puudumine ei mõjuta faktilist olukorda. Tehingute

⁹⁶ J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker. *Op cit*, p 422.

⁹⁷ J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker. *Op cit*, p 426.

⁹⁸ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette. *Droit civil. Les obligations*. 4th ed. Paris, 1992, p 308; J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker. *Op cit*, p 425.

⁹⁹ A. S. Hartkamp, M. M. M. Tillema. *Op cit*, p 86.

tühistamine võib toimuda avalduse tegemisega teisele poolele või teatavatel juhtudel kohtuotsuse alusel (*BW art-d 3:49, 3:50 lg 1*).

Tühise ja tühistatud tehingu õiguslikud tagajärjed on samad. Selliste tehingute alusel saadu on hollandi õiguses põhimõtteliselt tagasinõutav ka siis, kui tehingu tühisus tuleneb asjaolust, et tehing on vastuolus seaduse või heade kommetega. *BW art 6:211* järgi võib kohus siiski restitutsiooninõude ka õigluse huvides tagasi lükata.¹⁰⁰ Seega on kohtule antud kaalutusõigus, kas restitutsiooninõue on põhjendatud või mitte.

Inglise õiguses võivad tehingud olla kehtivad (*valid*), tühised (*void*), vaieldavad (*voidable*) või jõustumatud (*unenforceable*). Kolm viimast terminit tähistavad lepingus esineva puuduse (vea) astet.

Tühisuse (*void*) mõistel pole inglise lepinguõiguses ühtset tähendust või toimet. Üldjuhul ei too tühine tehing kaasa mingeid õiguslikke tagajärgi ja on määratletav absoluutse tühisusena (*absolute nullity*). Sellisel juhul ei saa kumbki pool esitada tehingust tulenevaid nõudeid: asi, mis üle anti, ei loeta üleläänuks ning see tuleb tagastada või tema maksumus hüvitada. Ka tasutud rahasummat ei käsitleta kui võlga ning see tuleb restitutsiooni korras tagasi maksta. Nimetatud tagajärjed kaasnevad näiteks tehingu sõlmimisel eksimuse tõttu, kuna sellised tehingud loetakse tühisteks.¹⁰¹

Kuid mitte alati ei saa väita, et tühisest tehingust ei teki pooltele mingeid õigusi või kohustusi. Inglise õiguskirjanduses on määratletud ja klassifitseeritud terve rida tehinguid, mida loetakse ebaseaduslikeks (*illegal*). Sageli ei saa ka ebaseaduslike tehingute puhul kumbki pool esitada tehingu pinnalt nõudeid, kuid teatavatel juhtudel on tehingu pinnalt nõuete esitamise õigus tehingu ebaseaduslikkuse suhtes heausklikult teadmatuses oleval lepingupoolel. Sel juhul antakse asi tühise tehingu alusel üle ja selle eest makstud rahasummat ei tagastata.¹⁰² Seega tehakse inglise õiguses poolte vahel vahet ja püütakse aidata seda, kelle käitumine polnud laiduväärne.

Nii ei ole tehingu tühisusel inglise õiguses päris samaväärset tähendust, nagu see on kasutusel Mandri-Euroopas. Tühiste tehingute hulgas eristatakse ebaseaduslikke (*illegal*) tehinguid, milliseid pole päris korrektne iseloomustada tühistena (*void*). Ebaseaduslikud tehingud on n-ö

¹⁰⁰ H. Kötz. *Op cit*, p 165.

¹⁰¹ J. Chitty. *Op cit*, p 22; M. H. Whincup. *Op cit*, p 290.

¹⁰² W. T. Major. *Law of Contract*. 8th ed. London, 1994, p 192; J. Chitty. *Op cit*, p 22; M. H. Whincup. *Op cit*, p 290.

tühised klausliga, et teatavatel juhtudel on nad pooltele siduvad. Tehingud võivad olla ebaseaduslikud paljudel erinevatel alustel, eelkõige puudutab see sisuliste puudustega tehinguid. Näiteks kaasneb selline õiguslik tagajärg tehingute sõlmimisel, mis on vastuolus avaliku korraga.

Vaieldav (*voidable*) tehing on kehtiv, kuni pooled pole kasutanud õigust selle vaidlustamiseks (kehtetuks tunnistamiseks). Tehingud võivad olla vaieldavad näiteks pettuse (*fraud*, *misrepresentation*), sunni (*duress*), alaealisuse (*minority*), vaimuhaiguse (*unsoundness of mind*), joomarluse (*drunkenness*) ja ebaõigete mõjutuste (*undue influence*) tõttu. Teoreetiliselt on võimalik, et tehing vaidlustakse ka mõlema poole poolt (nt mõlemapoolne pettus või joobeseisund), kuid praktikas on siiski sellised juhud harvad.¹⁰³

Jõustumatuteks (*unenforceable*) peetakse tehinguid, mis on küll kehtivad, kuid pooled ei saa tehtud tehingu pinnalt esitada vastastikuseid nõudeid. Näiteks teatud tehingud, mis pole tõendatud allkirjaga, nagu seda nõuab seadus: järelmaksuga maa müügilepingud, garantiilepingud ja tarbijakrediidilepingud. Enamikel juhtudel on selline viga parandatav – nad jõustuvad siis, kui tehingule antakse nõuetekohane vajalik kinnitus.¹⁰⁴

Restitutsiooninõue on aktsepteeritav ka inglise õiguses. Kui asi on tehingu alusel teisele poolele üle antud, loetakse, et see pole üle läinud. Asi tuleb tagastada või hüvitada selle väärtus rahas. Siiski võib väita, et üldine doktriin alusetust rikastumisest inglise õiguses puudub.

Samas rakendatakse konkreetsetele juhtumitele seadusest ning kohtupraktikast tulenevalt erinevaid restitutsioonipõhimõtteid. Enam kasutataksegi mõistet „restitutsiooniõigus“, millel on alusetu rikastumisega samaväärne tähendus. *Sir Robert Goff ja Gareth Jones* on oma õpperaamatutes märkinud, et ka kaasaja inglise õiguses tuleks välja töötada üldistatud restitutsioonikontseptsioon. Restitutsioonipõhimõtte rakendamine koosneb kolmest elemendist: isik on rikastunud (saanud kasu, tulu), isik on rikastunud teise isiku arvel (kulul) ning selline rikastumine on ebaõiglane.¹⁰⁵

Restitutsiooni üldpõhimõttest tehakse erandeid ka inglise õiguses. Ebaseaduslike tehingute puhul (nt avaliku korraga vastuolus olevad tehingud) kaalutakse, kas pooled on tehingut tehes käitunud ühtviisi laiduväärselt.

¹⁰³ J. Chitty. *Op cit*, p 22-23.

¹⁰⁴ J. Chitty. *Op cit*, p 22-23.

¹⁰⁵ R. Zimmermann. *Op cit*, p 894.

Kui poolte käitumist saab pidada võrdselt laiduväärseks, rakendatakse põhimõtet, et tehingu alusel üleantu tagastamist ei toimu. Tehingu suhtes heausklikult teadmatuses olevale lepingupoolele võimaldatakse aga tehingu järgi üleantu tagasisaamine. Samuti on tehingu alusel saadu tagastatav näiteks juhtumil, mil tehingu teist poolt on pahatahtlikult eksitatud väitega, et sõlmitav tehing on seaduslik.¹⁰⁶ Selline erand restitutsiooni üldpõhimõttest on analoogne romaani õigusperekonnas rakendatavate põhimõtetega.

Erireeglid seonduvad ka alaealiste kui piiratud teovõimega isikute tehingutega. Sarnaselt romaani õigusperekonna reguleeringutega peab alaealine tagastama tehingu alusel saadud asja, kui see on veel tema valduses.

Eeltoodu pinnalt tekib küsimus, milles peitub tühiste ja vaieldavate tehingute eristamise vajadus ja põhjendus? Tehingu tühisuse või vaieldava tehingu tühistamisel on ju tulemus üks – tehingu kehtetus.

Romaani õigusperekonnas on siinkohal eristumomendiks asjaolu, kes peab vigadega tehingu puhul aktiivselt käituma. Absoluutse kehtetuse puhul võib nõude tunnistada tehing kehtetuks esitatad igaüks, kellel on selleks õigustatud huvi. Relatiivse kehtetuse saab maksma panna vaid pool, kelle kaitseks seadus on talle andnud õiguse tehing vaidlustada. Germaani õigusperekonnas on tühine tehing kehtetu algusest peale. Seega ei pea kohtult taotlema selle kehtetuks tunnistamist.

Sellise eristamise piir jookseb arvatavasti era- ja avaliku huvi määratlemise vahel. Kui tahtepuudusega tehing puudutab vastavat osapoolt, kes kannatanuna võib esitada nõude tunnistada tehing kehtetuks, siis vastuolu näiteks seaduse või heade kommetega riivab üldsuse (avalikkuse) tõekspidamisi ja huve, mistõttu kehtetus on absoluutne. Määratlemise aluseks on n-ö vea raskus üldsuse silmis, suhtumine sellesse, kelle huve enam kaitstakse (era- või avaliku huvi). Kahtlemata on selline määratlemine problemaatiline, kuna piirjoon era- ja avaliku huvi vahel ei pruugi sageli olla nii selgepiiriline kui toodud näites.

Prantsuse õiguses nimetatakse eristumomendina ka asjaolu, et relatiivselt kehtetut tehingut on võimalik vaidlustamisõigust omava isiku poolt kinnitada, kuid absoluutse kehtetuse korral ei

¹⁰⁶ R. Stone. Contract Law. 2nd ed. London, 1996. *Op cit*, p 247.

ole tehingu hilisem kinnitamine võimalik.¹⁰⁷ Arvestades eeltoodut tundub põhjendatud ja loogiline, et n-ö raskem viga ühiskonna silmis pole kinnitamise teel parandatav.

Erinevate õiguskordade reguleeringuid võrreldes ilmnevad nende ühisjooned. Eelkõige on sarnane üldine kontseptsioon tehingu kehtetusest: eristatakse tühiseid ja vaieldavaid (germaani õigusperekonnas) või absoluutselt ja relatiivselt kehtetuid (romaani õigusperekonnas) tehinguid. Mõneti eristuv on siinkohal inglise õigus, kus tehingu tühisus pole päris samatähenduslik Mandri-Euroopas rakendatava tehingu tühisuse mõistega. Siiski tuleb arvestada, et tehingu kehtetuse kahe liigi käsitus tugineb mandri-euroopa õigusperekondades erinevatele aspektidele. Nii on prantsuse õiguse kohaselt eristumomendiks asjaolu, kes peab vigadega tehingu puhul aktiivselt käituma, saksa õiguses on tühised tehingud kehtetud algusest peale ega nõua aktiivst sekkumist.

Analoogsus väljendub ka põhimõtetes, mille järgi ühel või teisel moel puudustega tehinguid käsitletakse kehtetute tehingute erinevate liikide all. Nii nähtub, et õiguskorrad ei tunnusta kehtivana tehinguid, kus poolte tahe pole „vabalt“ kujunenud. Tahtepuuduste analoogsed käsitlused on omased kõigile õigussüsteemidele ning sellised tehingud loetakse vaieldavateks (või relatiivselt kehtetuteks) tehinguteks. Õiguskorrad on seadnud piirid ka tehingu sisule – siduvad pole tehingud, mis ei vasta seadusele, headele kommetele, avalikule korrale. Sisupuudustega tehinguid peetakse tühisteks (või absoluutselt kehtetuteks) tehinguteks. Paljud õiguskorrad määravad tehingu kehtivuse tingimusena suuremal või vähemal määral ka asjaolu, et poolte kokkuleppele peab olema antud seaduses nõutav vorm.

Võrdlusest võib järeldada, et tehingute kehtetuse kontseptsioon tugineb tehinguga seonduva vea raskusastmete eristamisel. Eriti raske puudus tehingus pole üldsuse silmis aktsepteeritav ning selliste tehingute õiguslikuks tagajärjeks on nende tühisus (või absoluutne kehtetus). Seega võib eristamise kriteeriumina nimetada ühtlasi era- või avaliku huvi kaitsmise aspekti. Tegemist on siiski suhteliselt "ähmase" kriteeriumiga. Näiteks on raske põhjendada, et pettuse mõjul sõlmitud tehingu või heade kommetega vastuolus oleva tehingu õiguslikud tagajärjed on erinevad, sest üldsuse silmis on ühtviisi taunimisväärsed ja mitteaktsepteeritavad mõlemad situatsioonid. Samuti seletab tehingute kehtetuse kontseptsiooni tuginemist tehinguga seonduva vea raskusastmete eristamisele asjaolu, et vaieldav tehing võib jääda kehtima, kui möödub selle

¹⁰⁷ Saksa õiguses reguleeritakse nii tühise (kui tühisuse toonuid asjaolu on ära langenud) kui vaieldava tehingu kinnitamist (*BGB § 141, § 144*). Pooled võivad tehingut „kinnitada“, st teatada, et nad käsitavad seda kui kehtivat tehingut ning kavatsevad sellest kinni pidada.

vaidlustamiseks seaduses sätestatud tähtaeg. Tühisele tehingule kui eriti raske puudusega tehingule aga aegumistähtaegu ei rakendata.

Kehtetu tehing ei too endaga algusest peale (*ab inito*) kaasa soovitud õiguslikke tagajärgi, küll aga on sellisel tehingul pooltele oma toime või tagajärg, mida ei soovitud. Nii tühise kui tühistatud (kehtetuks tunnistatud) vaieldava tehingu õiguslik tagajärg on üks - tehingu kehtetus. Kehtetule tehingule antakse kõikides õiguskordades tagasiulatuva jõuga õiguslikud tagajärjed. Restitutsiooni rakendamine toimub germaani õigusperekonnas alusetut rikastumist piiravate sätete alusel. Romaani õigusperekonnas ja inglise õiguses selline alusetu rikastumise üldpõhimõte puudub, kuid analoogselt kasutatakse restitutsiooni tulenevalt erinevatest seadusesätetest ning kohtulahenditest. Samas tunnistatakse üldistatud restitutsioonikontseptsiooni vajadust. Ilmselt tagaks üldine regulatsioon (nagu see on saksa õiguses) süsteemsema lähenemise ning võimaldaks vältida sellekohaseid rohkeid ja erinevaid reegleid.

Kõik vaadeldud õiguskorrad aktsepteerivad teatavaid restitutsiooni erireegleid. Sellised erandid üldisest restitutsioonipõhimõttest seonduvad tehingutega, mis on puudustega tehingu sisu või subjekti osas. Sellekohased käsitlused on analoogsed. Üldistavalt võib järeldada, et kõige paindlikuma ja optimaalsema otsustuse selliste erireeglite suhtes saab teha kohus lähtuvalt õigluse põhimõttest. Seaduses väljendatud reeglid ei arvesta üksikjuhtumeid, seevastu kui kohus saab vaagida konkreetseid tehingu asjaolusid ning kaaluda poolte süülise käitumise tõsidust. Mõistliku lahenduse restitutsiooni erireeglite rakendamiseks seoses alaealiste tehingutega pakub inglise õigus: kohtule on antud õigus otsustada, kas restitutsiooni kohaldamine konkreetsetes lepingusuhtes on õiglane.

Rõhutamist vajab germaani õigusperekonnale spetsiifilise abstraktsiooniprintsiibi rakendamine. *BGB*-s ei ole abstraktsiooniprintsiipi küll sõnaselgelt mainitud, kuid selle koostajad lähtusid sellest *Friedrich Carl von Savigny* poolt kasutuselevõetud printsiibist kui iseenesest mõistetavast. Teistes õiguskordades kohustus- ja käsutustehingute eristamist ei tunta. Seega tuleb tehingu tühisuse tunnustamisel või tehingute tühistamisel saksa õiguses käsitleda selliseid tehinguid teineteisest sõltumatuna. Taoline tehingute "lahus hoidmine" on probleemaatiline ning tundub ilmselt teistele õigusteoreetikutele "eluvõõras" ja tarbetu. Võlaõiguslikku kohustuslepingut võib käsitleda lepinguna, mis võtab *de lege ferenda* enda peale ka asjaõigusliku käsutustehingu funktsioonid. Praktikas toimibki abstraktsus vaid osaliselt. Kausaaltehingu tühisuse tegelikud põhjused võivad olla ka asjaõigusliku täitmistehingu põhjuseks (vigade identsus): näiteks tahtepuudus (eksimus, pettus, sund) mõjutab tihti mõlemat

tehingut. Kuid leidub ka juhtumeid, kus kausaaltehing on tühine, kuid asjaõiguslepingut see ei puuduta. Praktikas annab selline põhimõte näiteks võimaluse sõlmida ostu-müügi kohustustehing, kusjuures omandi ülekandmine toimub hiljem sõlmitava käsutustehinguga ning kohustustehingu täitmisest sõltub omaniku õiguste ja kohususte üleandmine. Võimalik on erinevaid õiguslikke situatsioone lahutada ja analüüsida. Samuti võimaldab asjaolu, et kohustustehingu puudused ei avalda reeglina mõju käsutustehingule, õiguskäivet soodustada, sest kinnistusraamatusse kantav märge käsutustehingu kohta lihtsustab omandiõiguse tuvastamist.

Tuleb arvestada, et järgides saksa õiguse tehinguõpetuse põhimõtteid, tugineb ka eesti õiguses tehingute kehtetuse kontseptsioon germaani õigusperekonnas eripärale - abstraktsiooniprintsiibi tunnustamisele.

TsÜS-is jaotatakse peatükk „Tehingu kehtetus“ kaheks alajaotiseks – „tühine tehing“ ning „tehingu tühistamine“. Seaduse tekstis ei nimetata enam vaieldavat tehingut, kuna selline termin ei sobi tehingu tühistamise korda silmas pidades. Nimelt toimub kehtiva seaduse alusel tehingu tühistamine avalduse tegemisega teisele poolele (TsÜS § 98 lg 1). 1994. a TsÜS nägi siinkohal ette vaidlustamise: vaidlustatav on tehing, mille kohus võib huvitatud isiku nõudel seaduses sätestatud alustel kehtetuks tunnistada (1994. a TsÜS § 67 lg 1). Seega on tehingu kehtetuks tunnistamise kontseptsioon muutunud.

TsÜS § 84 järgi pole tühisel tehingul algusest peale õiguslikke tagajärgi, st see on kehtetu. TsÜS § 90 kohaselt (tühistatava tehingu puhul) – kui tehing on seaduses sätestatud alustel ja korras tühistatud, on see algusest peale kehtetu. Tühistamise toime muutub tehing tühiseks, seda käsitatakse kui algusest peale tühist, st kehtetut tehingut.

Taotledes, et poolte tahe peaks saama teoks, lubab seadus tühiste tehingute ümbertõlgendamist (konversiooni) ja kinnitamist ning reguleerib eraldi tehingu ühe osa tühisust. TsÜS dubleerib siinkohal germaani õigusperekonna tähtsaima õigusakti - Saksamaa tsiviilseadustiku reguleeringuid (*BGB §-d 139, 140, 141*).

Tühine ei pea olema kogu tehing, selleks võib olla ka mõni tehingu tingimus, seega võib tühisuse alus kehtida ka ainult tehingu ühe osa suhtes. TsÜS § 85 järgi ei too tehingu ühe osa tühisus kaasa teiste osade tühisust, kui tehing on osadeks jagatav ja võib eeldada, et tehing

oleks tehtud ka tühise osata. TsÜS § 85 järgib *BGB* § 139 sõnastust, viidates selguse mõttes ka tehingu jagatavusele kui tehingu osalise tühisuse tingimusele.

Sätte eesmärgiks on, et kellelegi ei tohiks peale suruda regulatsiooni, mida ta ei oleks antud kujul, nimelt ilma tühise osata soovinud.¹⁰⁸ Seega eeldab osaline tühisus, et tehingu osa, mille kohta tühisuse alus ei kehti, võiks iseenesest kehtida iseseisva tehinguna. Tehing peab olema iseseisvateks osadeks jaotatav.¹⁰⁹

Tehingu ümbertõlgendamist reguleerib TsÜS § 84 lg 2: kui tühine tehing vastab mõne teise tehingu tunnustele (mis ei ole tühine), siis kehtib viimane, kui võib eeldada, et pooled oleksid teinud sellise tehingu, kui nad oleksid teadnud algselt soovitud tehingu tühisusest. TsÜS § 84 lg 2 kordab *BGB*-s esitatud sätte mõtet sõnastust mõistetavamaks korrigeerides.

Tühise tehingu asemele asub siin nn asendustehing, kui saab eeldada, et pooled oleksid teinud sellise tehingu, kui nad oleksid teadnud algselt soovitud tehingu tühisusest. Asendustehing peab vastama poolte eesmärgiasetusele kas või osaliselt.¹¹⁰

TsÜS § 84 lg 3 sätestab võimaluse tehingu kinnitamiseks (avaldamiseks, et pooled käsitavad seda kui kehtivat tehingut ning kavatsevad sellest kinni pidada), kui tehingu tühisuse põhjustanud asjaolu on hiljem ära langenud.

BGB § 141 kohaselt, kui tehingut kinnitab isik, kes selle tegi, siis loetakse kinnitus uue tehingu tegemiseks. Kui tühist tehingut kinnitavad pooled, on nad kahtluse korral kohustatud teineteisele tagama selle, mis neil oleks, kui leping oleks olnud algusest peale kehtiv. Seega hinnatakse saksa õiguses niisugust kinnitust uue tehingu tegemisena, mille pooled peavad sõlmima vältimaks tehingu kehtetust. Kuna kinnitust vaadeldakse kui uue tehingu sõlmimist, ei ole sellel tagasiulatuvat mõju ning tehing jõustub kinnitamise momendist.

TsÜS § 84 lg-st 3 tulenevalt ei mõisteta tehingu kinnitamist uue tehingu tegemisena, vaid tehingu teinud isiku avaldusena, et ta soovib tehingu kehtivust. TsÜS § 84 lg-s 4 on lahendatud küll kinnituse jõustumise küsimus (tehingu kinnitamise korral kehtib tehing kinnitamise ajast), kuid selgusetuks jääb vastava avalduse tegemise vorm. Analoogiana on kasutatav "Tehingu tühistamise" sätete all esitatud tehingu kinnitamisele kehtestatud vorm (TsÜS § 100 lg 1).

¹⁰⁸ H. Köhler. *Op cit*, lk 213.

¹⁰⁹ Öeldu kehtib ka mitmest iseseisvast tehingust koosneva liitse tehingu puhul, näiteks mitme lepingu ühendamisel, kus poolte tahe oli käsitleda neid tervikliku tehinguna. - Vt H. Köhler. *Op cit*, lk 214.

¹¹⁰ Lubatud ümbertõlgendamise näitena tuleb kõne alla näiteks pärimisepingu ümbertõlgendamine elavate vaheliseks kinkalepinguks. - Vt H. Köhler. *Op cit*, lk 214.

1994. a TsÜS-i § 68 reguleeris vaid tehingu ühe osa tühisuse või vaieldavuse tagajärgi ning ei tundnud tehingute kinnitamise ning ümbertõlgendamise instituuti. Seega on uue seaduse alusel poolte tahte realiseerimise võimalused avardunud. Kehtivas õiguses sätestatud tühise tehingu kinnitamise protseduur on õigustatult lihtne (vrld saksa õiguses nõutav uue tehingu tegemine). Selgust lisaks siinkohal märke kinnitamise vormi kohta. Peale tehingu poolte tahte realiseerimise võimaluste laiendamise teenivad TsÜS § 84 lg-d 2-4 ja § 85 ka õiguskäibe soodustamise eesmärgi.

Tehingu tühistamiseks peavad olema järgmised eeldused: peab esinema tühistamise alus, tühistamiseks ettenähtud tähtaeg pole veel möödunud, vaidlustaja (tühistaja) peab olema tühistamiseks õigustatud. Tühistamise aluste üldine loetelu on esitatud TsÜS § 90 lg-s 1. Loetelu pole ammendav, sest seadus võib sätestada muid aluseid, mille esinemise korral võib tehingu tühistada. Tühistamise tähtajad on konkreetsete tühistamise aluste puhul erinevad (TsÜS § 99). Tühistamiseks on õigustatud isik, kes tühistatava tahteavalduse tegi või keda esindades see tehti. 1994. a TsÜS § 67 lg-s 1 kasutati siinkohal "huvitatud isikute" mõistet, millest võis järeldada, et vaidlustamiseks olid õigustatud kõik isikud, kellel oli tehingu osas mingi õiguslik huvi. Seega määratleb kehtiv seadus õigustatud isikute ringi õigustatult kitsamalt. Praktiliselt saavad nendeks olla siiski vaid tehingu pooled.

Tehingu tühistamise kord on TsÜS-is reguleeritud Saksa tsiviilseadustiku eeskujul (*BGB* § 143). 1994. a TsÜS-ile oli selline regulatsioon tundmatu, vaieldavad tehingud tunnistati kehtetuks kohtuotsuse alusel. TsÜS § 98 lg 1 järgi toimub tehingu tühistamine avalduse tegemisega teisele poolele. Kui teist poolt pole, toimub tehingu tühistamine avalduse tegemisega avalikkusele. Tehingu tühistamise avalduse vormi¹¹¹ seadusandja otsesõnu ei reguleeri. Selle järgi puudub ilmselt vajadus, sest arvestades, et tehingu tühistamisel tehing ühtlasi ka lõpeb, on kohaldatav TsÜS § 77 lg 3. Nimetatud sätte järgi saab seadusega ettenähtud vormi tehtud tehingut muuta üksnes samas vormis, milles tehing on tehtud, kui seaduses ei ole sätestatud teisiti. Kui tehing on sõlmitud teatud vormis poolte kokkuleppel siis tulenevalt TsÜS § 77 lg 3 teisest lausest saab sellist tehingut muuta muus vormis üksnes siis, kui pooled on selles kokku leppinud. Poolte kokkuleppel teatud vormis sõlmitud tehingu muutmist ja lõpetamist reguleerib ka VÕS § 13 lg 2. Nimetatud sätte kohaselt kui leping on lepingupoolte kokkuleppel sõlmitud teatud vormis, ei pea seda vormi lepingu muutmisel või

¹¹¹ Saksa õiguskirjanduses kirjeldatakse ka vaidlustamisavalduse sisu: tahteavalduses pole nõutav kasutada väljendit „vaidlustamine“, kuid selle sisust peab nähtuma, et tehingut tahetakse tagasiulatuvalt annuleerida konkreetsel vaidlustamise alusel (niivõrd kui see ei ole talle kaasnevate asjaolude tõttu juba selgelt märgatav).

lõpetamisel järgima, kui lepingust ei tulene teisiti. Seega ilmneb siin õigusnormide vahel erinevus, sest võlaõigusseaduses sätestatakse TsÜS § 77 lg-le 3 vastupidine reegel. Mõistlik on seadusemuudatusega viia analooseid situatsioone reguleerivad nimetatud sätted omavahel sisulisse kooskõlla. Arvestamata kirjeldatud tehingu tühistamise eeldusi, võib tühistamine olla keelatud ka sellepärast, et tühistamiseks õigustatud isik on tehingu osaliselt või kaudselt heaks kiitnud – tehingu kinnitanud. *BGB* §-s 144 sätestatud arvestades on tehingu kinnitamine reguleeritud TsÜS §-is 100. 1994. a TsÜS osutas vaid vaieldava tehingu heakskiitmise võimalusele (1994. a TsÜS § 67 lg 3) määratlemata selle korda.

Ka eesti õiguses võib tinglikult eristatada tehingu kehtetuse liikide (aluste) kõrval "hõljuvat" kehtetust. Termin "hõljuv" kehtetus kajastab küll hästi taolise kehtetuse mõtet, kuid seaduses sellise termini kasutamine on seadusandja stiili küsimus. Seega ei kajastu "hõljuva" kehtetuse mõiste seadusetekstis, mis ei kahanda aga sellise tehingu kehtetuse liigi eristamise praktilist tähendust. "Hõljuva" kehtetuse olemus on analoogne saksa tehinguõpetuse põhimõtetega. Nii loetakse eesti õiguses piiratud teovõimega isiku poolt seadusliku esindaja eelneva nõusolekuta tehtud mitmepoolne tehing tühiseks, välja arvatud, kui seaduslik esindaja tehingu hiljem heaks kiidab (TsÜS § 11 lg 1).

Tuginedes germaani õigusperekonna reguleeringutele, on eesti õiguses tühiste ja tühistatud tehingute õiguslikud tagajärjed analoogsed *BGB*-s sätestatuga. Samuti tuleb silmas pidada abstraktsiooniprintsiipi.¹¹²

TsÜS § 84 lg 1 kohaselt tagastatakse tühise tehingu alusel saadu vastavalt alusetu rikastumise sätetele, kui seaduses ei ole sätestatud teisiti. Sama õiguslik tagajärg kaasneb tehingu tühistamisel (TsÜS § 90 lg 2). Alusetu rikastumise sätted on koondatud *BGB* eeskujul võlaõigusseadusesse. VÕS § 1027 järgi peab isik andma teisele isikule välja temalt õigusliku aluseta saadu (VÕS 52. peatükis sätestatud alustel ja ulatuses). Kohustuse täitmisena saadu tagasinõudmise (nn soorituskondiktiooni) kaudu saab alusetu soorituse tegija soorituse saajalt tagasi nõuda soorituse alusel üleantu või selle väärtuse (VÕS § 1028). Seadus täpsustab tagasinõudmist välistavad asjaolud, nõude ulatuse, nõude esitamise piirangud jm.

Tehingu tõlgendamisel peab igal juhul vaidlustamine ühetähenduslikult ilmsiks tulema. – Vt H. Köhler, *Op cit*, lk 219.

¹¹² Eesti õiguses on abstraktsiooniprintsiip sätestatud TsÜS § 6 lg-s 4, mille kohaselt käsutustehingu kehtivus ei sõltu õiguse ja kohustuse üleandmiseks kohustava tehingu kehtivusest.

Tühise tehingu tagasitäitmine vastavalt alusetu rikastumise sätetele on oluliseks muudatuseks võrreldes 1994. a TsÜS-i regulatsiooniga. 1994. a TsÜS-i § 66 lg 5 sisaldas restitutsioonipõhimõtte, mille kohaselt peavad pooled tühise tehingu järgi saadu tagastama, selle võimatuse korral aga hüvitama saadu rahas. Piirduti vaid viitega rikastumisõigusele ning seadusandluses puudus põhjalik spetsiaalregulatsioon tehingu täitmiseks üleantu tagasiülekanndmiseks. Seega võis siinkohal näha analoogiat romaani õigusperekonna tsiviilseadustikes sätestatuga.

Restitutsiooni kohaldamisega tekkisid probleemid eelkõige seoses sellega, et 1994. a TsÜS-i §-de 66 lg 5 ja 67 lg 2 redaktsioonist ei selgunud, kas kohus peab tehingu tühisuse või vaieldavuse korral kohaldama restitutsiooni omal algatusel või võib ta teha seda samas protsessis ainult poolte taotlusel või tuleb restitutsiooni küsimus lahendada alles pärast kohtuotsuse jõustumist eraldi protsessis huvitatud isiku vastava hagi alusel. Nimetatud sätete redaktsioon ei sisaldanud viidet restitutsiooni kohtu poolt kohaldamise alusele.¹¹³ Probleemid leidsid lahenduse kohtupraktikas. Riigikohus luges põhjendatult esmatahtsaks tahteavalduses väljendunud isiku tahte ning leidis, et TsÜS § 66 lg-st 5 ei tulene tehingu kehtetuks tunnistamise korral kohtule kohustust kohaldada restitutsiooni poolte nõudeta.¹¹⁴ 1994. a seaduse eeltoodud puuduse parandab VÕS § 1028. Nimetatud paragrahvi kohaselt, kui isik (saaja) on teiselt isikult (üleandja) midagi saanud olemasoleva või tulevase kohustuse täitmisena, võib üleandja saadu saajalt tagasi nõuda, kui kohustust ei ole olemas, kohustust ei teki või kui kohustus langeb hiljem ära. Seega toimub saadu tagastamine üleandja poolt vastava nõude esitamisel.

VÕS-i alusetu rikastumise regulatsioon on andnud võimaluse saksa õiguses kehtiva abstraktsiooniprintsiibi rakendamisele. Siinkohal ei saa esitada küsimust, kas halvemad või paremad on õiguskorrad, kus abstraktsiooniprintsiipi rakendatakse või mitte ning millise põhimõtte oleks pidanud valima eesti seadusandja. Arvestades, et asjaõigus tugineb Eestis germaani õigusperekonna mudelile, oli õiguse süsteemsuse seisukohalt paratamatu ka abstraktsiooniprintsiibi rakendamine. Võrreldes siinkohal restitutsioonipõhimõtte rakendamist germaani ja romaani õigusperekonnas või inglise õiguses, võib järeldada, et tulemus on neil juhtudel ühesugune - tehingu järgi saadu tuleb eelkõige tagasi anda. Saksa õiguses, tulenevalt abstraktsiooniprintsiibi rakendamisest, eeldatakse eelnevalt asjaolude täpset väljaselgitamist tulenevalt konkreetsest kaasusest. Nii romaani õigusperekonnas kui üldises õiguses on osutatud

¹¹³ H. Sepp. Tehingu tühisus ja kehtetus kohtupraktikas - Juridica, 1996, nr 10, lk 524.

üldise alusetu rikastumise kontseptsiooni vajadusele. Ka eesti õiguses oli tunnetatav, et praktikas tekkivate probleemide lahendamiseks jääb 1994. a TsÜS-i § 66 lg-s 5 ja § 67 lg-s 2 sätestatu ebapiisavaks. BGB-st ülevõetud alusetu rikastumise kontseptsioon annab konkreetsemad juhised ning tagab üleandja igakülgse kaitse tagasinõude esitamisel (nt määratledes nõude ulatuse jm). Loogiline ja põhjendatud on siinkohal TsÜS-i ja võlaõigusseaduse seostamise viis: TsÜS § 84 lg-s 1 ja § 90 lg-s 2 määratletakse tühiste ja tühistatud tehingute üldine restitutsioonipõhimõte viitega alusetu rikastumise sätetele, alusetu rikastumise üldine regulatsioon paikneb aga võlaõigusseaduses.

Erand üldisest restitutsioonipõhimõttest tuleneb eesti õiguses võlaõigusseadusest, kuivõrd siin on esitatud alusetu rikastumise üldregulatsioon.

Nimelt välistab VÕS § 1028 lg 2 p 3 soorituskondiktiooni, kui tühise tehingu täitmisena saadu tagasinõudmine oleks vastuolus tehingu tühisust ettenägeva sättega või sellise sätte eesmärgiga. VÕS § 1028 lg 2 p-s 3 sätestatud restitutsiooni piiramise põhimõte on varasema seadusega võrreldes uudne. 1994. a TsÜS-i kui eraõigust reformiva seaduse vastuvõtmisega kaotati Eesti NSV tsiviilkoodeksis (TsK) tolleaegsetele ühiskondlikele suhetele iseloomulikud erandid üldisest restitutsioonipõhimõttest (TsK § 477). 1994. a TsÜS-is piirduti vaid restitutsiooni üldpõhimõtte sätestamisega (TsÜS § 66 lg 5) ning ei kehtestatud selle suhtes erandeid.

VÕS § 1028 lg 2 p 3 välistab analoogselt saksa õigusega tühise tehingu alusel saadu tagasinõudmise eelkõige juhtumel, kui soorituse aluseks olev tehing on tühine seadusest tuleneva keelu rikkumise või vastuolu tõttu heade kommetega.¹¹⁴ Kuid mitte ainult. Nimetatud normi sisustamiseks veel kohtupraktika puudub, ilmselt on ka teiste tehingu puuduste osas restitutsiooni keelamine võimalik ja põhjendatud. Erinevate õiguskordade restitutsiooni üldpõhimõtte võrdlusest ilmnes, et optimaalseim lahendus erireeglite rakendamiseks on anda sellise otsustuse tegemine kohtu pädevusse. Seejuures tuleks arvestada taolisi põhimõtteid, nagu õiglus, mõistlikkus ja heauskus. VÕS § 1028 lg 2 p 3 regulatsioon teeb nende põhimõtete arvestamise võimalikuks ning nimetatud sätet võib pidada seetõttu heaks lähtealuseks erinevate

¹¹⁴ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 11. juuni 1998. a otsus Aino Illaru hagi Meelis Tomsoni vastu lepingute tühisuse tunnustamiseks, 3-2-1-77-98. - RT III 1998, 22, 223.

¹¹⁵ Alusetu rikastumise kõrvaldamine võib neil juhtudel olla reguleeritud ka avaliku õigusega. Näit prostitutsiooniteenuste osutamise tehingu vastuolu tõttu heade kommetega ei ole tellijal siiski nõuet teenuse osutaja vastu teenuse eest makstud raha tagasisaamiseks. Avalik õigus võib aga siiski ette näha saadud raha konfiskeerimise. - Vt T. Tampuu. Alusetu rikastumise õigus võlaõigusseaduses. Lühülevaade. - Juridica, 2002, nr 7, lk 456.

kaasuste lahendamisel nii oma ulatuselt (hõlmab mitte ainult sisuliste puudustega tehinguid) kui ka sisult (kohtu kaalutusõigus). Kohtu kaalutusõiguseks on otsustada, kas võimaldada süüliselt käitunud poolele tehingu järgi saadu tagastamine. Kui mõlemad tehingupooled on käitunud süüliselt, tuleb kohtul VÕS § 1028 lg 2 p 3 alusel vaagida poolte süülise käitumise tõsidust ning otsustada restitutsiooni keelamise põhjendatuse üle. Kohtul tuleb silmas pidada, et restitutsiooni piiramine aitaks vältida tehingupoolte edasist „taunimisväärset“ käitumist ning poleks nende käitumist arvestades ülemäärane. Samuti tuleb arvestada, et restitutsiooni piiramine poleks vastuolus õiguskorra poolt mitteaktsepteeritud eesmärkidega.

II Puudused tehingu subjekti osas tühisuse alusena

2.1. Teovõime, teovõime piiramine ja teovõimetus

Tehingu subjektid (pooled) peavad vastama seaduses ettenähtud nõuetele. Raske viga tehingu subjekti osas toob kaasa tehingu tühisuse, lähtealuseks on siin küsimus tehingu poolte teovõimest.

Tehing on tahteline (õigus)toiming. Seega on oluline, et inimene oleks tehinguid teostama asudes saavutanud teatava arusaamise (arukuse) ja vaimse küpsuse miinimumtaseme. Sellise taseme saavutanud isiku tahteline tegevus on õiguskorra poolt tunnustatud ja ta loetakse teovõimeliseks. Teovõime instituudil ongi just vaimselt ebaküpse isiku kaitse tagamise tähendus.

Teovõime on isiku võime teha kehtivaid tahteavaldusi ja neid vastu võtta ning osaleda seega õiguskäibes. Seda tuleb eristada õigusvõimest kui võimest olla õiguste ja kohustuste kandjaks.¹¹⁶

Kõigis õiguskordades tehakse vahet teovõime ja piiratud teovõime vahel. Germaani õigusperekonnas eristatakse ka teovõimetuse instituuti.

Õiguskäibe selguse, kindluse ja lihtsuse huvides peavad olema olemas reeglid selleks, et teha kindlaks, kas inimene on teovõimeline, piiratud teovõimega või teovõimetu.¹¹⁷

Õiguskordades ollakse õiguskäibe huvides ühel meelel selles, et peab olema määratletud teatav kindel vanus, mille saabudes omandavad inimesed teovõime. Isiku teovõime seostatakse teatava füüsilise ja psüühilise küpsuse saavutamisega. Õiguskordades on erisusi vaid vastates küsimusele, milline on see vanus, millega seostatakse inimese teovõime tekkimine.

Teovõime on täisealisel isikul. Üldiselt on olnud reegliks, et inimene saavutab täisealisuse saades 21-aastaseks, vaid endistes sotsialistlikes riikides loeti täisealisteks 18-aastased isikud.

¹¹⁶ H. Köhler. *Op cit*, lk 156.

¹¹⁷ H. Köhler. *Op cit*, lk 156.

70-ndatel aastatel enamikes Mandri-Euroopa maades täisealisuse vanusepiiri vähendati ning isik loeti täisealiseks, kui ta sai 18-aastaseks.¹¹⁸

Saksa tsiviilseadustiku järgi algab täisealisus 18-aastaselt (*BGB § 2*). Germaani õigusperekonda kuuluvatest õiguskordadest on erinevalt üldreeglist sätestatud täisealisuse vanusepiir Austrias 19-aastat (*ABGB § 21*) ning Šveitsis 20-aastat (*ZGB art 14*).¹¹⁹ Ka põhjamaades, näiteks Rootsis, Soomes ja Taanis peetakse täisealiseks 18-aastaseks saanud isikut.¹²⁰

Romaani õigusperekond järgib Prantsuse tsiviilkoodeksi eeskujul, kus täisealisteks loetakse 18-aastaseks saanud isikud (*Code Civil art 388*). Analoogne säte on Itaalia tsiviilkoodeksis (*Codice Civile art 2*)¹²¹ ja Hollandi tsiviilkoodeksis (*BW art 1:234*).¹²² Samuti algab täisealisus 18-aastaseks saamisel Belgia õiguse kohaselt.¹²³

Inglismaal vähendati perekonnaõiguse reformimise seadusega (*Family Law Reform Act, 1969*) täisealisuse vanusepiiri 21-aastalt 18-elu-aastani.¹²⁴ Alaealised (*minors, infants*) on seega alla 18-aastased isikud.¹²⁵ 18-aastat on täisealisuse vanusepiiriks Šotimaal¹²⁶ ja enamikes USA osariikides, kuid Jaapanis on selleks 20-aastat, Argentiinas, Brasiilias ja Tšiilis näiteks 21 aastat.¹²⁷

Eeltoodust järelduvalt ollakse nii mandri-euroopa kui anglo-ameerika õigussüsteemis valdavalt ühesugusel seisukohal, et isik saavutab täisealisuse 18-aastaselt. Sellises vanuses isik osaleb piiranguteta õiguskäibes, ega vaja reeglina oma vaimse küpsuse tõttu kaitset selle ohtude eest.

Tahteavalduse õiguslik siduvus on õigustatud vaid siis, kui isikul on teatav vaimne küpsus. Seega loetakse alaealised ja vaimuhäiretega täisealised isikud, kellel selline küpsus puudub, piiratud teovõimega isikuteks. Seaduses sätestatakse nende toimingutele teatavad reeglid (piirangud), mille rikkumisel on nende tehingud vigased puuduse tõttu tehingu subjektilises koosseisus. See toob kaasa kas tehingute tühisuse või vaieldavuse.

¹¹⁸ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 26.

¹¹⁹ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 26.

¹²⁰ M. H. Whincup. *Op cit*, p 110; R. Nielsen. *Op cit*, sec 343.

¹²¹ M. H. Whincup. *Op cit*, p 109.

¹²² A. S. Hartkamp, M. M. M. Tillema. *Op cit*, p 73.

¹²³ J. Herbots. *Op cit*, sec 195.

¹²⁴ *English Law Commission* on soovitanud vähendada täisealisuse vanusepiiri 16-elu-aastani. Ettepanekut analüüsinud eksperdid leidsid, et õiguskäibes vajaksid oma ebaküpsuse tõttu kaitset ka 16-18-aastased noored. *Commission* loobus ettepanekust nõustudes ekspertide arvamusega. Ka Saksamaal on arutletud täisealisuse vanusepiiri vähendamise üle 16-elu-aastani. – Vt H. Kötz. *Op cit*, p 98.

¹²⁵ J. C. Smith. *Op cit*, p 225.

¹²⁶ S. Woolman. *An Introduction to the Scots Law of Contract*. Great Britain, 1987, p 48.

¹²⁷ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 27.

Kehtestades sellised reeglid, on seadusandja eesmärgiks teostada eelkõige kaitsefunktsiooni - kaitsta isikuid, kelle tehtud tehingud võivad nende vaimsete võimete vähese või puuduliku arengu tõttu põhjustada kahju neile enestele.

Sellist kaitsefunktsiooni peetakse õiguskäibe huvidest kõrgemaks. Isik, kes teeb tehingu alaealisega, pole kunagi kaitstud lihtsalt seetõttu, et ta teadis alaealise olevat teovõimelise, isegi kui selline arvamine oleks võinud olla õigustatud, arvestades alaealise vaimset suutlikkust.¹²⁸

Kaitsefunktsiooni teostamise ja õiguskäibe huvide vahel tuleb leida tasakaal. Isikutel, kellel puudub tehingute tegemiseks vaimne küpsus, tuleks samuti õppida ühiskondlikes suhetes (ka ärisuhetes) osalema ja arendada endas ühiskondlikku vastutust. Seega peaks piiratud teovõimega isikute toimingutele sätestatud reeglid olema paindlikud. Arvestades selliste isikute vaimset võimekust, tuleb neile jätta võimalus ka iseseisvaks tegutsemiseks ja vastutamiseks.

Teovõimelisuse ja piiratud teovõimelisuse kõrval eristatakse germaani õigusperekonnas ka teovõimetuse (*Geschäftsunfähigkeit*) instituuti. Saksamaa (*BGB § 104 lg 1*) ja Austria (*ABGB § 865*) on sätestanud vanuse, 7-aastat, enne mida puudub isikul teovõime täielikult. Kreeka tsiviilkoodeksi *art 128* kohaselt puudub teovõime kuni 10-aastaselt lapsel.¹²⁹ Järelikult on germaani õigusperekonnas (Saksamaal ja Austrias) noorel, kelle vanus jääb täisea ja seitsmenda eluaasta vahele, piiratud teovõime.

Teatud vanuses isiku teovõime täielik välistamine teenib küll õiguskindluse huve, kuid positiivse tähenduse kaaluvad üle tõsised negatiivsed asjaolud. Range piiri tõmbamine ei arvesta isiksuse omadusi ja võimaldab vaid veidi alla vanusepiiri või üle selle piiri vanust olevate isikute ebavõrdset kohtlemist. Isikute välistamist tehingute sõlmimisest täielikult, lugedes nad teovõimetuteks, ei saa pidada põhjendatuks. Võib ju arutleda, et alla 7-aastased alaealised reeglina tehinguid ei sõlmi. Isiksuse individuaalset arengutaset arvestades tekitab aga konkreetne vanusepiir küsitavusi.

BGB § 104 lg 2 järgi loetakse teovõimetuks ka isik, kes viibib vaba tahtekujunemist välistavas vaimutegevuse haigusliku häirituse seisundis, niivõrd kui see seisund pole oma olemuselt ajutine. Üldise teovõimetuse koosseisu tarvis peab antud seisund olema igal juhul kestev. Mööduva vaimutegevuse häirega isik (näit kõrge palavik, joobnud olek) on teovõimeline.¹³⁰ *BGB § 105 lg 2* järgi on tühine tahteavaldus, mis on tehtud teadvusetus olekus või vaimutegevuse ajutise häire ajal. Seega on täisealine isik teovõimetu vaid tema vaimutegevuse

¹²⁸ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 26.

¹²⁹ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 27.

¹³⁰ H. Köhler. *Op cit*, lk 156.

häire seisundi ajal ning sellise seisundi möödumisel on isik teovõimeline. Kohtu poolt isiku teovõimetuks tunnistamisest (*Entmündigung*) on loobutud. Tulenevalt *BGB § 1896* määrab eestkostekohus isikule, kes ei suuda psüühilise haiguse või kehalise, vaimse või hingelise puude tõttu oma asjade eest täielikult või osaliselt hoolitseda tema avalduse alusel või ametikohustuste tõttu, eestkostja. Täisealiste üle seatav eestkoste (*Betreuung*) on põhjalikult reguleeritud *BGB §-des 1896 - 1908k*. Seega ei sõltu teovõimetus enam kohtu formaalsest otsusest, vaid teovõimetuse määrab faktiline seisund. Faktilisest seisundist sõltub isiku vajadus abi (eestkoste) järele ning eestkoste seadmisel ei oma tähtsust, kas isik on *BGB § 104 lg 2* mõttes teovõimeline või teovõimetu. Taoline regulatsioon on mõistlik ja arvestab vaimutegevuse häiretega isikute vajadustega. Põhjendatult määratakse eestkostja vaid nende ülesannete jaoks, milleks eestkoste on vajalik (*BGB § 1896 lg 2*) st isiku õigusi ei piirata ülemääraselt.

Isiku teovõimetuks tunnistamist aktsepteeritakse endiselt põhjamaades (Taani, Soome).¹³¹ Taani õiguskorras võib kohus tunnistada teovõimetuks (*deprivation of capacity*): isiku, kes nõrgamõistuslikkuse või vaimuhaiguse tõttu ei suuda oma tegevust korraldada ja juhtida; isiku, kes pillamise tagajärjel ohustab oma perekonna heaolu; samuti isiku, kes ei suuda oma tegevust korraldada ja juhtida alkoholi kuritarvitamise või muude sellisete pahede tõttu.¹³²

Saksa õiguses kehtestatud teovõimetuse institutsioon on pälvinud õigustatult teravat kriitikat. Leitakse, et teistes õigussüsteemides teovõimetust määratlev vanusepiirang, alla mille isik on teovõimetu, puudub ning selle pinnalt probleeme pole tõusetunud. Samuti on avaldatud arvamust, et *BGB § 105 lg 1* on põhiseaduse vastane ja seetõttu tühine.¹³³ Euroopa tsiviilõiguses teovõime kontseptsiooni ühtlustamine oleks siinkohal põhjendatud. Teistes õiguskordades loetakse piisavaks teovõime ja piiratud teovõime eristamist. Alla 7-aastase isiku ja täisealise vaimuhäirega isiku täielikku õiguskäibest kõrvaldamist ei saa pidada otstarbekaks ega kooskõlas olevaks isikuvabaduse põhimõtetega. Isikuvabaduse piiramist võib sedastada ka kohtuotsuse alusel isiku teovõimetuks tunnistamises, mida rakendavad põhjamaade kohtud. Kaasaegses euroopa õiguses ei loeta alaealiste kui ka vaimuhaigete ja nõrgamõistuslike isikute tehingud automaatselt tühisteks, vaid lubatakse selliste isikute põhimõtteline, kuigi piiratud osavõtt õiguskäibest, sidudes nende poolt tehtud tehingute kehtivuse seadusliku esindaja

¹³¹ L. Gustafsson. *Op cit*, p 389; R. Nielsen. *Op cit*, sec 343.

¹³² R. Nielsen. *Op cit*, sec 343.

¹³³ H. Kötz. *Op cit*, p 98.

nõusolekuga. Selline lahendus, kus rakendatakse teovõime piiramist, mitte teovõime täielikku äravõtmist, on esitatud germaani õigusperekonnas näiteks ka Šveitsi tsiviilseaduses.¹³⁴

Eesti õiguses sätestatakse teovõimena füüsilise isiku võimet teha kehtivaid tehinguid (TsÜS § 8 lg 1). Võrreldes 1994. a TsÜS-iga tugineb kehtiv seadus *uuele teovõime kontseptsioonile*. Kui varasemas seaduses kasutati mõisteid - teovõimeline isik, piiratud teovõimega isik ja teovõimetu isik - siis kehtiv TsÜS välistab teovõimetuse mõiste. Seega ei sätestata eesti õiguses enam teovõimetuse instituuti (nagu saksa õigusele omane), vaid eristatakse teovõimelisi isikuid ja piiratud teovõimega isikuid.

Teovõimelisteks loetakse nii TsÜS-is (§ 8 lg 2) kui 1994. a TsÜS-is (§ 9 lg 1) 18-aastaseks saanud (täisealised) isikud.

1994. a TsÜS § 9 lg 2 sätestas võimaluse saada teovõime ka varem: kui seadus lubas abielluda enne 18-aastaseks saamist, sai alaealine teovõime abielu sõlmise ajast. TsÜS-is arvestatakse põhjendatult, et isiku teovõime saabumine seondub tema küpsusega, mitte abiellumise faktiga. Seega käsitleb kehtiv seadus alaealist piiratud teovõimega isikuna ning abiellumise fakti iseenesest ei seostata isiku teovõime automaatse tekkimisega. TsÜS § 9 kohaselt võib kohus vähemalt 15-aastase alaealise piiratud teovõimet laiendada, kui see on alaealise huvides ja alaealise arengutase seda võimaldab. Sel juhul otsustab kohus, milliseid tehinguid võib alaealine teha iseseisvalt. Teovõime laiendamine eeldab seadusliku esindaja nõusolekut ning kui nõusoleku andmisest keeldutakse ja see on ilmses vastuolus alaealise huvidega, võib kohus alaealise teovõimet laiendada seadusliku esindaja nõusolekuta (TsÜS § 9 lg 2). Seonduvalt abiellumisega täpsustatakse seadusliku esindaja nõusoleku andmist perekonnaseaduses (PkS § 3): 15 - 18 aastane alaealine võib abielluda oma vanemate või eestkostja kirjalikul nõusolekul. Kui kas või üks vanematest või eestkostja ei anna abiellumiseks nõusolekut, võib kohus anda abiellumisloa ühe vanema või eestkostetasutuse avalduse alusel. Kohus annab abiellumisloa kui abiellumine vastab alaealise huvidele. Uues perekonnaseaduse eelnõu § 2 lg 3 järgi võib kohus alaealise teovõime laiendamise sätete kohaselt laiendada vähemalt 15-aastaseks saanud isiku teovõimet nende toimingute tegemiseks, mis on vajalikud abielu sõlmimiseks ning abieluga seotud õiguste ja kohustuste teostamiseks.¹³⁵ Seega arvestatakse uues perekonnaseaduse eelnõus TsÜS §-s 9 sätestatud muudatustega ning alaealise abiellumisvõime seostatakse tema teovõime laiendamisega kohtu poolt. Muudatused oli põhjendatud, et viia TsÜS-i teovõime

¹³⁴ Tsiviilseadustiku üldosa seaduse eelnõu seletuskiri. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.just.ee>, 2. september 2000.

¹³⁵ Perekonnaseaduse eelnõu. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.just.ee/index.php3?cath=2377>, 4. veebruar, 2004.

laiendamise sätteid kooskõlla uue perekonnaseaduse kui eriseaduse sellekohaste täpsustavate sätetega.

Uue teovõime kontseptsiooni kohaselt on kehtivas seaduses sätestatud piiratud teovõime faktiline seisund, mis tuleneb kahest kriteeriumist - alaealiste isikute puhul on selleks vanus (mille saabumisel eeldatakse vaimse seisundi küpsust) ning täisealiste isikute puhul nende vaimne seisund.

Kui TsÜS-is loetakse kõik alaealsed piiratud teovõimega isikuteks sõltumalt nende vanusest, siis 1994. a TsÜS käsitles piiratud teovõimega isikute 7-18-aastaseid alaealisi ja luges alla 7-aastased teovõimetuteks alaealisteks (§-d 10 ja 11).

Kirjeldatud muudatusega on siinkohal põhjendatult eemaldatud germaani õigusperekonna sellekohasest regulatsioonist. Õigussüsteemides üldiselt aktsepteeritud teovõime kontseptsiooni järgi on välistatud alaealise (sõltumatult vanusest) teovõimetuks lugemine. Teostades alaealiste ja kestvate psüühikahäiretega isikute huvides kaitsefunktsiooni (nende poolt tehtud tehingute kehtivusele piirangute seadmine) ei ole vajalik keelata täielikult nende õiguskäibes osalemine, lugedes nad teovõimetuteks. Piisavaks kaitsevahendiks on nende isikute teovõime piiramine, võimaldades tehingute tegemist üksnes seadusliku esindaja (vanema või eestkostja) nõusolekul, kellel on võimalik vastava tehinguga seotud riske adekvaatselt hinnata ja vajadusel nõusoleku andmisest keelduda. Seega välistab kehtiv seadus põhjendatult teovõimetuse mõiste. Arvestatud on siinkohal *BGB* teovõimetuse instituudi suhtes väljendatud kriitikat ning Mandri-Euroopas üldiselt aktsepteeritavat teovõime kontseptsiooni.

Piiratud teovõimega isikuteks võivad oma ebapiisava vaimse seisundi tõttu olla ka täisealsed isikud. TsÜS § 8 lg 2 kohaselt on piiratud teovõimega isikuteks isikud, kes vaimuhaiguse, nõrgamõistuslikkuse või muu psüühikahäire tõttu kestvalt ei suuda oma tegudest aru saada või neid juhtida. Neile isikutele võidakse määrata kohtu poolt eestkostja. Kui TsÜS § 8 lg-s 2 märgitud isikutele on määratud kohtu poolt eestkostja, eeldatakse, et isik on piiratud teovõimega (TsÜS § 8 lg 3). Seega ei näe kehtiv seadus erinevalt 1994. a TsÜS-ist (§ 13) enam ette teovõimetuks tunnistamist vaimuhaiguse või nõrgamõistuslikkuse tõttu. Teovõime olemasoluks ebapiisava vaimse seisundi definitsioon kattus siinjuures 1994. a TsÜS-is sätestatuga.

Kirjeldatud muudatused on kooskõlas uue teovõime kontseptsiooniga, mille kohaselt on välistatud täisealise isiku kohtu poolt teovõimetuks tunnistamine või kohtu poolt tema teovõime piiramine. Kehtiv seadus lähtub piiratud teovõimest kui faktilisest seisundist, mistõttu ei ole teovõime olemasolu enam sõltuv kohtu otsusest. Eeltoodud põhjustega on seletatav ka

1994. a TsÜS-i §-s 12 sätestatud võimaluse kaotamine (õigus piirata isiku teovõimet joomise või pillmise tõttu). Demokraatlikus ühiskonnas tunduks see mõeldamatu piiranguna isiku õiguste ja vabaduste suhtes.

Uus teovõime kontseptsioon väljendub seega eelkõige kahes aluspõhimõttes: võrreldes varem kehtinud seadusega on loobutud TsÜS-is teovõimetuse instituudist ja seega ka isiku teovõimetuks tunnistamisest ning piiratud teovõimet käsitletakse kui faktilist sisundit, mis tuleneb alaealise puhul vanusest ja täisealiste puhul nende isikute vaimsest seisundist. Teovõime kontseptsiooni muutmisel on õigustatud põhjendus: tuleb arvestada, et isiku teovõimetuks tunnistamine või teovõimetuks lugemine on vastuolus igale inimesele kuuluva vaba eneseteostuse põhimõttega (põhiseaduse § 19). Sellise põhiõiguse piiramine seadusandja poolt on võimalik aga üksnes muude võrdväärsete õigushüvede kaitseks. Nõustuda tuleb TsÜS-i eelnõu seletuskirjas väljendatud seisukohaga, et põhiõiguse piiramise korral tuleb ühtlasi jälgida, et konkreetne piirang oleks vastavuses kaitstava hüvega ning ei läheks kaugemale, kui see on hädavajalik taotletava eesmärgi saavutamiseks.¹³⁶

2.2. Teovõimetute ja piiratud teovõimega isikute tehingud

Enamik õiguskordi lähtuvad üldprintsipibist, mille kohaselt piiratud teovõimega isiku poolt ilma seadusliku esindaja nõusolekuta tehtud tehingud on kehtetud, kuid nad erinevad oluliselt üldprintsipi suhtes erandite tegemise osas.

Germaani õigusperekonda kuuluvates õiguskordades, kus eristatakse teovõimetuid isikuid (*BGB § 104*) ja piiratud teovõimega isikuid (*BGB § 106*), lähtutakse põhimõttest, mille kohaselt:

teovõimetute isikute (*geschäftsunfähig*) (Saksamaal ja Austrias kuni 7-aastased alaealised) tehtud tehingud on tühised (*BGB § 105 lg 1*);

piiratud teovõimega isikute (*beschränkt geschäftsfähig*) (Saksamaal ja Austrias 7-18-aastased isikud) tehtud tehingute kehtivus on „lahtine“ (ette otsustamata). Need tehingud loetakse „hõljuvalt“ kehtetuteks (*schwebend unwirksam*) st nende kehtivuseks on vajalik seadusliku

¹³⁶ Tsiviilseadustiku üldosa seaduse eelnõu seletuskiri. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.just.ee>, 2. september 2000.

esindaja heakskiit. Kui sellist heakskiitu ei järgne, on tehing lõplikult kehtetu (tulenevalt *BGB §-st 108*).

Seega ei saa teovõimetu isik õiguskäibest osa võtta nii, et tema poolt tehtu kehtiks, ta ei saa teha kehtivaid tahteavaldusi (*BGB § 105 lg 1*) ega neid kehtivana vastu võtta (*BGB § 131 lg 1*). Teovõimetuse instituudi kasutamine, millega välistatakse alla 7-aastaste osavõtt õiguskäibest täielikult, eristab germaani õigusperekonda teistest õigusperekondadest.

Vastupidiselt teovõimetule ei välistata aga piiratud teovõimega isiku iseseisvat õiguskäibes osalemist. Sellised alaealised saavad sõlmida tehinguid seaduslike esindajate – vanemate (*BGB § 1626*) või eestkostja (*BGB § 1793*) (*Vormund*) nõusolekul.¹³⁷

Tehingu sõlmimisest kuni seadusliku esindaja nõusoleku andmiseni (heakskiitmiseni) tekib ajaperiood, millele on iseloomulik ebaselgus tehingu kehtivusest („hõljuv“, „lahtine“ kehtetus). Tehingu teovõimeline pool on huvitatud sellise ebakindla olukorra kiirest lõpetamisest, mistõttu on tal *BGB §-st 108* tulenevalt õigus pöörduda alaealise vanemate poole n-ö selguse saamiseks (üleskutse heakskiidu andmiseks). *BGB § 109 lg 1* kohaselt on lepingupool kuni lepingu heakskiitmiseni õigustatud tagasivõtmiseks. Tagasivõtmisele seab piirangud *BGB § 109 lg 2*: kui teine pool oli teadlik alaealisusest, siis on ta õigustatud tagasivõtmiseks vaid juhul, kui alaealine väitis vastupidiselt tõele esindaja nõusoleku olemasolu. Teine pool pole tagasivõtmiseks õigustatud ka juhul, kui talle oli nõusoleku puudumine teada juba lepingu sõlmimisel.

BGB § 108 lg 3 sätestab täisealiseks saanud alaealisele õiguse sõlmitud tehing ise heaks kiita.

Üldreeglist, mille kohaselt 7-18-aastaste alaealiste tehingute kehtivuseks on vajalik seadusliku esindaja eelnev nõusolek (*Einwilligung*) või tagantjärele antud nõusolek (*Genehmigung*), tunnustavad germaani õigusperekonna õiguskorrad vaid väheseid erandeid.

Seadusliku esindaja nõusolek pole vajalik tehingute puhul, millega alaealine „saab ainult õigusliku eelise“ (*BGB § 107, ZGB art 19*).

Oluline on siin asjaolu, et tehingust ei tohi alaealisele tuleneda vähemalgi määral kohustusi, kuitahes soodne ja „õiguslikku eelist“ andev ka tehing tema suhtes oli. Näitena sellisest tehingust võib nimetada kinget alaealise kasuks. Austria õigus on paindlikum: *ABGB § 151 lg 3* järgi on tehingud, mida alaealised tavaelus sellises eas igapäevaste vähetähtsate toimingutena sõlmivad, kehtivad.¹³⁸ Saksa ja Šveitsi reguleeringuid võib siinkohal pidada ülemäära

¹³⁷ H. Köhler. *Op cit*, lk 159.

¹³⁸ H. D. Fisher. *Op cit*, p 117; H. Kötz. *Op cit*, p 101; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 32.

„jäigaks“. Alaealise huvi ja kasu võiksid olla siiski kriteeriumideks, mille olemasolust piisab, et lugeda selline tehing kehtivaks.

Erandina üldreeglist loetakse alaealise poolt ilma seadusliku esindaja nõusolekuta sõlmitud tehing kehtivaks ka *BGB § 110* alusel, kui alaealine teeb kokkulepitud tehingu vahenditega, mis talle selleks eesmärgiks või vabaks kasutamiseks (tehing taskurahaga) on andnud seaduslik esindaja või tema nõusolekul kolmas isik. Sellist nn "taskuraha parargahvi" saab pidada erandiks eelpooltoodud üldreeglist siiski vaid tinglikult, sest andes lapsele taskuraha, nõustuvad vanemad ilmselt eelduslikult ka tehingutega, mida alaealine talle antud rahasumma ulatuses sõlmib.

Peamised näited, kus selline säte on kohaldatav, seonduvad situatsiooniga, kus lapsevanem on oma alaealisele lapsele andnud n-ö ülalpidamisraha, kui laps käib koolis kodust eemal. Ka siin on austria õiguses alaealisele seatud piirid avaramad. *ABGB § 151 lg 2* kohaselt võib vähemalt 14-aastane alaealine käsutada omal äranägemisel talle antud raha, samuti enda teenitud raha, kui see ei takista tema oluliste vajaduste rahuldamist.¹³⁹ Alaealiste suhtes, kes elavad iseseisvalt ja majandavad end oma teenitud raha abil, oleks ilmselt ebamõistlik lugeda nende tehingute kehtivus sõltuvuses olevaks vanemate tahtest. Selliste alaealiste suhtes tundub *BGB §-s 110* sätestatud piirang ülearune.

Seadusandja on sätestanud ka võimaluse alaealise teovõime laiendamiseks – alaealisele võidakse anda osaline teovõime töölepingute sõlmimiseks või tehingute sõlmimiseks tema äritegevuse raames (*BGB §-d 112, 113; ZGB art-d 280, 412; ABGB §-d 152, 246*).

Saksa, Austria ja Šveitsi õiguses suhtutakse vaimuhäiretega isikutesse ühetaoliselt. *BGB § 104 lg-s 2* sätestatud vaimuhäirega teovõimetu isiku tahteavaldus on tühine (*BGB § 105 lg 1*). Tühine on *BGB § 105 lg 2* kohaselt ka tahteavaldus, mis on tehtud teadvusetus olekus või vaimutegevuse ajutise häire ajal.

„Vaimuhaiged ja nõdrameelsed“ (*ABGB § 21*) või “isikud, kes vaimse haiguse, nõrkuse, joomarluse või muu sarnase tingimuse tõttu ei ole võimelised käituma mõistlikul viisil” (*ZGB art 16*) on teovõimetud ja nende tehtud tehingud on tühised.¹⁴⁰

Kui täisealine ei saa psüühilise haiguse, kehalise, vaimse või psüühilise puude tõttu enda eest täielikult või osaliselt hoolitseda, siis määrab eestkostekohus tema avalduse alusel või ametikohustuste tõttu talle eestkostja. Eestkostja võib määrata ainult nende ülesannete jaoks, milleks eestkoste on vajalik (*BGB § 1896*).

¹³⁹ H. Kötz. *Op cit*, p 101-102; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 34.

¹⁴⁰ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 27.

Teovõimeline eestkostjalane saab ka edaspidi teovõimelisena tegutseda, kuid vajab teatavate tehingute puhul eestkostja eelnevat nõusolekut (*BGB §-d 182-185*). Nõusoleku puudumisel sõlmitud tehing on "hõljuvalt" kehtetu ning kohaldamisele kuuluvad piiratud teovõimega alaealise suhtes rakendatavad sätted (*BGB §-d 108-113*).¹⁴¹

Põhjamaade õiguskordade piiratud teovõimega isikute tehinguid reguleerivad sätted on sarnased.

Soomes toetub teovõime kontseptsioon põhiseaduses sätestatud isiku põhiõiguste süsteemile (põhiseaduse § 7 ja § 18). Selle kohaselt on alaealistel lubatud nendesse puutuvat mõjutada ulatuses, mis vastab alaealise arengutasemele (põhiseaduse § 6.3). Eestkosteseaduses sätestatud üldreegli kohaselt puudub alaealistel õigus iseseisvalt käsutada oma vara või sõlmida tehinguid. Kehtivaid tehinguid teevad alaealiste nimel eestkostjad. Seega on alaealiste poolt sõlmitud tehingud tühiised ning eestkosteseaduse § 22 järgi tuleb mõlemal poolel tehingu järgi saadu tagastada.¹⁴² Erandina üldreeglist aktsepteeritakse alaealise tehinguid, mis on asjaolusid arvestades tavapärased ja vähetähtsad. Seejuures kaalutakse alaealise arengutaset, tehingu olemust ja muid asjaolusid, näiteks mis osteti, kust, millistel tingimustel jms. Seega lähtutakse alaealise isikust, tehingu tegemise ajal eksisteerivast ärisuhtluse olukorrast, aga ka realselt toimivast noorte ärisuhtluse erijoontest ja tavadest.¹⁴³

Ka Taani õiguses loetakse üldreeglina alaealiste iseseisvad tehingud tühisteks, kehtivaid tehinguid sõlmivad nende nimel seaduslikud esindajad. Erandlikult lubatakse vähemalt 15-aastaselt isikul käsutada raha, mida ta on oma tööga ise teeninud. Samasugune käsutusõigus on alaealisel (ka alla 15-aastaselt) asjade suhes, mis on saadud kinke või pärimise teel, kui kinketehingust või testamendist tuleneb alaealise õigus kinget või pärandit vabalt (piiranguteta) kasutada. Alaealised ei tohi aga tehinguga võtta endale rahalisi kohustusi, mis kuuluvad täitmisele tulevikus. Tühiseks loetakse ka vaimuhäiretega täisealiste isikute tehingud.¹⁴⁴

Eeltoodust ilmneb germaani õigusperekonna teovõime kontseptsiooni spetsiifika: eraldi reguleeritakse teovõimetute ja piiratud teovõimega isikute tehinguid. Teovõimetute isikute tehingute tagajärjeks on nende tühisus.¹⁴⁵ Piiratud teovõimega isikute tehtud tehingute kehtivuseks on nõutav seadusliku esindaja nõusolek. Sellisest üldreeglist tehtud erandid jätavad

¹⁴¹ H. Köhler. *Op cit*, lk 157-158.

¹⁴² J. Pöyhönen. *Op cit*, p 80-81; L. Gustafsson. *Op cit*, p 389.

¹⁴³ J. Pöyhönen. *Op cit*, p 81.

¹⁴⁴ R. Nielsen. *Op cit*, sec 344-348.

¹⁴⁵ *BGB §-s 104* sätestatud teovõimetute isikute õiguskäibest täieliku välistamise problemaatikat on käsitletud eespool. – Vt lk 49-50.

7-18 aastastele alaealistele üsnagi “kitsa” iseseisva tegutsemisruumi. Võib ju eeldada, et oma nõusoleku andmisel peavad lapsevanemad silmas lapse huve ja kasu, kuid kolmandale sõltumatule poolele võivad asjaolud tunduda ka teistsugused. Selline lähenemine ei arvesta, et alaealisel võivad olla oma (iseiseisvad) huvid ja eesmärgid ning piisav sotsiaalne küpsus igapäevaste toimingute tegemiseks.

Romaani õigusperekonna algallika, prantsuse õiguse kohaselt on isikute tehingud kehtivad juhul, kui seadus nende kehtivust ei välista (*Code Civil art 1123*). Seadus välistab alaealiste (kelle teovõimet pole laiendatud) ning vaimuhäiretega täisealiste (tulenevalt *Code Civil art-st 488*) õiguse teha iseseisvalt tehinguid (*Code Civil art 1124*). Nende isikute nimel tegutsevad seaduslikud esindajad. Praktikas lähenevad prantsuse kohtud sellele sättele vastupidisest seisukohast – nende isikute tehingud on kehtetud, kui spetsiaalselt ei ole sätestatud teisiti.¹⁴⁶

Seega on prantsuse õiguses analoogselt saksa õigusega üldreeglina vajalik seadusliku esindaja nõusolek ning alaealiste teovõime on piiratud, kuid alaealise huvi ja kasu leiavad enam tähelepanu.

Erandina üldreeglist võib alaealine iseseisvalt sõlmida erinevaid perekonnaõiguslikke tehinguid (nt abielu). Samuti loevad kohtud kehtivateks alaealiste “õigust säilitavad toimingud” (“*actes conservatoires*”), mis on tehtud säilitamiseks või kindlustamiseks talle juba kuuluvat varalist õigust, mille rahaline maksumus pole suur. Näiteks võib alaealine võlausaldajana nõuda tagatisena hüpoteegi seadmist või sõlmida lepingu ehitajaga kaitsmaks oma maja kokkuvarisemise eest, arvestades, et kokkuleppe hind on madalam hoone väärtusest. *Code Civil art 389 lg 3 ja art 450* järgi ei nõua seadusliku esindaja nõusolekut ka tehingud, “mille tegemiseks on alaealine õigustatud tulenevalt seadusest või tavast” (“*la loi ou l’usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes*”). Siia kuuluvad igapäevased tehingud, millega ei kaasne tõsisemaid riske, näiteks õiglastel tingimustel mootorratta rentimine. Seadusliku esindaja nõusolek on aga nõutav, kui tegemist oleks antud juhul ostutehinguga, isegi juhul kui alaealine sõlmib tehingu isiklike vahendite arvel.¹⁴⁷

Kõik muud alaealise poolt sõlmitud tehingud nõuavad seadusliku esindaja nõusolekut ning selle nõude rikkumisel on tehingud kehtetud. Kuid kehtetus on siin relatiivne, tehingu kehtetuks tunnistamiseks tuleb pöörduda kohtu poole (*action en rescission, action en nullité*). Tulenevalt *Code Civil art-st 1125* võib tehingu tühistamist taotleda alaealine või tema seaduslik esindaja.

¹⁴⁶ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 27.

¹⁴⁷ H. Kötz. *Op cit*, p 99-100; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 27-28.

Seejuures pole piisav, kui tõendatakse vaid tehingu teinud isiku alaealisuse fakti tehingu tegemisel. Tõendada tuleb ka, et tehing põhjustas alaealisele majanduslikku kahju (*lésion*). Nõue tuleneb *Code Civil art-s 1305* sätestatust. Tehingu ebasoodsus väljendub soorituse ja vastusoorituse disproportsioonis ja ka asjaolus, et iseenesest õiglane tehing on alaealise rahalist olukorda arvestades ebamõistlik.¹⁴⁸ Seega, alaealiste tehingud on siduvad, kuni nad pole alaealisele majanduslikult ebasoodsad. *Code Civil art 1306* kohaselt ei loeta alaealise tehingut ebasoodsaks üksnes põhjusel, et õnnetusjuhtumi (*un événement casuel et imprévu*) tõttu kaotas ta tehinguga saadud kasu. Kui tehing on alaealisele kasulik, on tehinguga seotud ka teine pool (*Code civil art 1125*). Alaealisel on võimalus täisealiseks saades enda tehtud tehingute kehtivust tunnustada (*Code Civil art 1311*).

Teatavaid olulisemaid tehinguid saab alaealise nimel sõlmida vaid seaduslik esindaja, järgides spetsiaalseid nõudeid - vajalik on perekonnanõukogu kokkulepe või eestkostetasutuse heakskiit (*Code Civil art-d 389-5, 456*). Ka siin tuleb tehingu kehtetuks tunnistamiseks pöörduda kohtu poole (*action en rescission*), kuid puudub nõue tõendada, et tehinguga põhjustati alaealisele majanduslikku kahju. Näiteks maaga seotud või muud tähtsamad tehingud, mida alaealine enda nimel sõlmida ei saa, on kehtetud isegi kui nad on sõlmitud talle soodsatel tingimustel.¹⁴⁹ Seega eristatakse tähtsamaid tehinguid, mille sõlmimisele peetakse otstarbekaks kehtestada karmimad reeglid.

Ka romaani õigusperekonna õiguskordades on võimalik alaealise teovõime laiendamine (*emancipation*) (*Code Civil art-d 476-482, 487*). Alaealise teovõimet võib laiendada tema seadusliku esindaja nõusolekul, seaduse kohaselt laieneb alaealise teovõime tema abielludes. Piiratud teovõime laiendamiseks peab alaealine olema vähemalt 16-aastane. Laiendatud teovõimega alaealine võib iseseisvalt sõlmida tehinguid nagu täiskasvanu (*Code Civil art 481*), kuid tal puudub õigus arendada iseseisvalt äritegevust (*Code Civil art 487*).

Vaimuhäiretega täisealiste kaitse reformiti Prantsusmaal 3. jaanuari 1968. a seadusega. Enne seda tunnistati isik kohtu otsusel teovõimetuks ning tema üle seati "*conseil judiciaire*" järelevalve. Selline "kohtulik nõukogu" tegutses teovõimetu isiku nimel. Vaimuhäiretega isikute üle seati n-ö uut tüüpi kaitsesüsteem: kohtulik kaitse (*sauvegarde de justice*), eestkoste (*tutelle*) ja osaline eestkoste (*curatelle*).¹⁵⁰ Kohtuliku kaitse all (*Code Civil art 491*) oleva isiku teovõime on üldjoontes piiramatu, kuid nende isikute majanduslikult kahjulikud tehingud

¹⁴⁸ H. Kötz. *Op cit*, p 100, 102; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 28.

¹⁴⁹ H. Kötz. *Op cit*, p 100; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 28.

¹⁵⁰ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 29.

võidakse kohtu poolt tühistada. Eestkoste (*Code Civil art-d 492-507*) laieneb isikutele, kes vajavad pidevat esindatust oma igapäevaste toimingute tegemiseks. Eestkostealune pole üldprintsibiis tehinguvõimeline, kuid kohtu otsusega võib anda talle loa teatavate tehingute tegemiseks. Osaline eestkoste (*Code Civil art-d 508-514*) võidakse seada isikute üle, kes on üldiselt suutelised oma nimel ise tegutsema, kuid vajavad seejuures nõustamist ja kontrolli. Selline isik võib teha enda nimel igapäevaseid tehinguid, kuid teisteks tehinguteks vajab eestkostja nõusolekut. Näiteks on eestkostja nõusolek vajalik kinkelepingu tegemisel ja abiellumisel.

Teistes romaani õigusperekonna õiguskordades järgitakse Prantsuse tsiviilkoodeksis sätestatud teovõime kontseptsiooni. Isikute tehingud loetakse kehtivaks, välja arvatud kui seadus nende kehtivuse välistab. Seadus keelab alaealiste ja vaimuhäiretega isikute seadusliku esindaja nõuseolekuta tehtud tehingud. Sellised tehingud on relatiivselt kehtetud.

Code Civil art-ga 1123 analoogne üldreegel on aktsepteeritav näiteks belgia õiguses.¹⁵¹ Itaalia tsiviilkoodeksi (*art-d 414, 1415, 1426*) ja Hispaania tsiviilkoodeksi (*art 1263*) kohaselt on üldreeglina alaealiste ja vaimuhäiretega isikute seadusliku esindaja nõuseolekuta tehtud tehingud kehtetud. Itaalia tsiviilkoodeksi (*art 428*) alusel saab tehingu tühistamise aluseks olla näiteks ka asjaolu, et tehingu on sõlminud alkoholi või uimasti mõju all olev isik.¹⁵²

Hollandi uue tsiviilkoodeksi järgi on isikud “tehinguvõimelised”, välja arvatud kui seadus ei sätesta teisiti (*BW art 3:32 lg 1*). Tulenevalt *BW art-test 1:234 ja 1:381* on kehtetud alaealiste ja vaimuhäiretega isikute, kelle tegevust on seadusega kitsendatud (*mentally impaired persons under legal restraint*), iseseisvad tehingud. Isikute eest, kelle teovõimet on piiratud, teevad tehinguid nende seaduslikud esindajad. Sellist korda rikkuvad tehingud pole tühised, vaid võidakse tühistada sõltumata asjaolust, kas teine pool teadis lepingupartneri alaealisusest või mitte (*BW 3:32 lg 2*). Tühiseks loetakse piiratud teovõimega isikute tehtud testament kui ühepoolne tehing. Erandina üldreeglist võib alaealine iseseisvalt käsutada seadusliku esindaja poolt alaealisele tema õppe- ja elamiskulude kandmise eesmärgil antud raha (*BW art 1:234 lg 3*). Hollandi Ülemkohus on andnud nimetatud sättele avarama tõlgenduse – alaealine võib iseseisvalt käsutada enda teenitud raha või ka töötü abiraha.¹⁵³

Vaimuhäiretega isikute hulgas eristatakse isikuid, kes vaimse seisundi tõttu pole võimelised oma tegusid juhtima ja neist aru saama, kuid kelle tegevust pole seaduse alusel kitsendatud

¹⁵¹ H. Bocken, W. de Bondt. Introduction to Belgian Law. The Netherlands, 2001, p 229.

¹⁵² M. H. Whincup. *Op cit*, p 108-109.

¹⁵³ A. S. Hartkamp, M. M. M. Tillema. *Op cit*, p 73-74.

(*mentally impaired persons not placed under legal restraint*). Näiteks mõistetakse selliste (otsustusvõimetute) isikute all hüpnoosi, alkoholijoobe, suure erutuse vms seisundis olevaid isikuid. *BW art 3:34 lg 2* järgi on nende mitmepoolsed tehingud tühistatavad. Selliste isikute ühepoolset tehingut (testament) käsitatakse aga tühise tehinguna.¹⁵⁴

Seega on romaani õigusperekonna õiguskordades piiratud teovõimega isikute tehingute kehtivuseks üldreeglina vajalik seadusliku esindaja nõusolek. Prantsuse õiguses rakendatav "*lésion*"-i instituut võimaldab arvestada eelkõige alaealise huvi ja kasu. Määratletud on teatavate olulisemate tehingute ring, millele rakendatakse rangeid erireegleid. Piiratud teovõimega isikute tehingute õiguslikuks tagajärjeks on relatiivne kehtetus. Vaimuhäiretega isikute kui piiratud teovõimega täisealiste isikute kaitsesüsteemi iseloomustab paindlikkus ja arvestamine isikute erinevate vaimuhäire seisunditega. Sellekohaste õigusnormide rohkust ja mõningast keerukust ei saa lugeda seetõttu puuduseks.

Üldise õiguse maades, nagu romaani õigusperekonna õiguskordadeski, puudub kontseptsioon alaealiste teovõimetusest. Ka siin loetakse alaealiste kui piiratud teovõimega isikute tehtud tehingud üldiselt kehtetuteks.¹⁵⁵

Erandina üldreeglist on kehtivad (*enforceable, binding*) eelkõige tehingud, mille objektiks on alaealisele "hädavajalikud" asjad (*contracts for "necessaries"*) või kasulikud teenused (*beneficial contracts of service*). Seega kaalutakse tehtud tehingu objekti vastavust alaealise vajadustele ja elustiilile lähtudes "mõistlikkuse" ja "hädatarvilikkuse" kategooriatest.

Inglise *Sale of Goods Act-i*, 1979 kohaselt peab alaealine hangitud "hädavajalike" kaupade eest tasuma nende üleandmisel mõistliku hinna. "Hädavajalike kaupade" all mõistetakse "kaupu, mis on sobivad (kohased) alaealise eluks ja tema tegelikuks vajaduseks kauba müügi ja üleandmise hetkel". Selliste tehingute kehtivuseks tuleb tuvastada, et omandatud asi oli alaealisele hädatarvilik ning ta pole sellega asja üleandmise hetkel juba varustatud. Asja üleandjal tuleb tõendada, et asi on müüdud ja üleantud. Tehingu kehtivuseks on oluline silmas pidada ka asjaolu, et tehingu tingimused ei tohi olla alaealisele ülemääraselt "karmid" ja koormavad.¹⁵⁶

¹⁵⁴ A. S. Hartkamp, M. M. M. Tillema. *Op cit*, p 74.

¹⁵⁵ Inglise õiguses reguleerib alaealiste teovõimet alaealiste tehingute seadus (*Minors' Contracts Act, 1987*), millega tühistati 1874. aastast kehtinud *Infants Relief Act*. 1987. a seadus laieneb tehingutele, mis on sõlmitud pärast 9. juunit 1987. a – Vt J. C. Smith. *Op cit*, p 225.

¹⁵⁶ P. Richards. *Op cit*, p 83-84.

“Hädavajalikkuse” üle otsustamine on fakti küsimus ning oleneb ka alaealise “sotsiaalsest positsioonist” ühiskonnas. Mõiste sisustamine sõltub ühiskondlike tingimuste arengust: mida loeti hädavajalikuks aastasadu tagasi, pole seda enam tänapäeval ja vastupidi.¹⁵⁷ “Hädavajalike kaupade” hulka kuuluvad igapäevaseks mõistlikuks äraelamiseks vajalikud kaubad, nagu toit ja rõivad, samuti ravimid, ükskõik, kas nad on vajalikud vaid alaealisele või ka tema perekonnaliikmetele. Näiteks paljudes ameerika kohtuotsustes kaalutakse, kas sõiduauto kuulub “hädavajalike kaupade” hulka: kui alaealine ostis auto tööle sõitmise eesmärgil ning arvestades vahemaa kaugust ja teiste transpordivahendite kasutamise võimalust oli ost põhjendatud, peetakse sellist tehingut kehtivaks. Inglise kohtupraktikas on loetud “hädavajalikeks kaupadeks” alaealise soetatud kodusisustuse esemed, kui alaealisele on kohtu poolt antud luba abiellumiseks ning esemed on ostetud vahetult enne abieli ühise kodu sisseseadmise eesmärgil. “Necessaries” mõiste alla arvestatakse ka teenused nagu meditsiinilise abi-, haridus-, nõustamis-, majutus- jt teenused. Alaealine on seotud sõlmitud teenuse osutamise lepinguga, kui see teenib tervikuna tema kasu (*beneficial contracts of service*).¹⁵⁸ Alaealiste huve ja kasu silmas pidades on *prima facie* kehtivad alaealiste sõlmitud töölepingud, mitte aga äritegevusega seotud lepingud. Töölepingute sõlmimise eesmärgiks on elatisvahendite teenimine. Seevastu äritegevusega seotud lepingutega võetakse riske, mis võivad inimese majanduslikult laostada ning seadusandja sooviks on alaealisi selliste tagajärgede eest kaitsta.¹⁵⁹

“Hädavajalikkuse doktriini” võib kõrvutada prantsuse õiguses kasutatava “*lesion*”-i teooriaga. Kui prantsuse õiguses uuritakse, kas alaealine pole kandnud tehingu tõttu kahju (*lésion*), siis inglise õiguses on oluline, et kaubad, mida alaealine ostab, oleksid hädavajalikud (“*necessaries*”) või et teenuste osutamise leping oleks talle tervikuna kasulik (“*on the whole for his benefit*”).¹⁶⁰ Seega arvestatakse analoogseid asjaolusid.

Ka inglise õiguses on spetsiaalsed reeglid tähtsaimate tehingute jaoks. Siia kuuluvad näiteks maa pikaajalise rendi või müügi lepingud ning aktsiate või osaluse omandamise lepingud.¹⁶¹ Nimetatud tehingud, mis teenivad kestvalt alaealisele kasu või koormavad teda kestvate kohustustega, loetakse inglise õiguses vaieldavateks (*voidable*) tehinguteks. Inglise õiguses võidakse sellised tehingud alaealise poolt igal ajal tühistada (lepingupoole alaealisuse ajal või

¹⁵⁷ J. C. Smith. *Op cit*, p 227.

¹⁵⁸ H. Kötz. *Op cit*, p 99; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 30.

¹⁵⁹ D. W. Greig, J. L. R. Davis. *The Law of Contract*. Setton, 1987, p 767.

¹⁶⁰ H. Kötz. *Op cit*, p 100.

¹⁶¹ Prantsuse õiguses on sellised tehingud analoogselt käsitletud olulisemate tehingutena, millele rakendatakse spetsiaalseid reegleid (*Code Civil art-d 389-5, 456*).

mõistliku aja jooksul¹⁶² pärast tema täisealiseks saamist). Alaealine ei pea tehingu vaidlustamiseks pöörduma kohtusse, ta võib lihtsalt teist poolt vastavast asjaolust informeerida või tehingu teise poole poolt tehingust tulenevate nõuete esitamisel tugineda oma alaealisusele. Alaealisel on võimalus täisealiseks saades enda tehtud tehingute kehtivust tunnustada (*ratification*). Kehtivuse tunnustamisel on alaealise varasema lubaduse kinnitamise tähendus.¹⁶³ Teisiti öeldes on alaealise tehingud kehtivad, kuni ta pole taotlenud nende tühistamist oma alaealisuse ajal või mõistliku aja jooksul pärast täisealiseks saamist.

Inglise õiguses tuleb arvestada, et kui alaealine pärib või talle antakse üle väärtuslik vara, ei kuulu see reeglina talle, vaid alaealise usaldusisikule (*trustee*), kes haldab ja käsutab vara alaealise huvides. Seega pole alaealisel oma vara, mistõttu puudub ka võimalus sõlmida selle varaga nimetatud olulisi tehinguid.¹⁶⁴ Inglise õiguses ei tunta “seaduslikku esindamist” (*statutory representation*), mille abil võimaldatakse alaealisel õiguskäibest osavõttu mandri-euroopa õigussüsteemis.¹⁶⁵ Seega usaldatakse alaealisele pärandatud või antud vara haldamine ja käsutamine *trustee*-le, mitte alaealise vanematele kui seaduslikele esindajatele.¹⁶⁶ Alaealisel on õigus (arvestades testamendi või annetaja korraldusi) esitada vaid nõudeid varalt tulu saamiseks. *Trustee* vastu nõude esitanud alaealist esindab kohtus tema vanem. Seda mitte põhjusel, et ta oleks “*statutory representative*”, vaid seetõttu, et kohus käsitab lapsevanemat kui lapse lähimat sõpra (“*next friend*”, “*guardian ad litem*”).¹⁶⁷

Ülejäänud tehinguid, mille objekti ei saa pidada “hädavajalikuks” või mis ei kuulu kirjeldatud oluliste tehingute hulka, käsitatakse samuti vaieldavate (*voidable*) tehingutena (nt äritegevusega seonduvad tehingud (*trading contracts*)).¹⁶⁸ Sellised tehingud muutuvad siduvaks vaid juhul, kui alaealine täisealiseks saades nende kehtivust kinnitab (*ratification*).¹⁶⁹

English Law Comission on teinud ettepanekuid muuta alaealisi puudutavat seadusandlust. Ettepanek, mille kohaselt alla 16-aastaste isikute tehingud ei jõustu kunagi, üle 16-aastaste

¹⁶² “Mõistlik aeg” sõltub siinkohal konkreetsetest asjaoludest. Näiteks kuu aega enne täisealiseks saamist alaealise poolt sõlmitud abielu tühistamist neli aastat hiljem, ei saa kohtu arvates pidada mõistlikuks. – Vt J. C. Smith. *Op cit*, p 226.

¹⁶³ O. H. Phillips, A. H. Hudson. *Op cit*, p 342-343; M. H. Whincup. *Op cit*, p 101-102.

¹⁶⁴ H. Kötz. *Op cit*, p 100-101.

¹⁶⁵ Vanemlik hooldus inglise õiguses ei hõlma lapse esindamist, nagu seda tuntakse näiteks saksa õiguses (*BGB* § 1629) ja prantsuse õiguses (*Code Civil art 389*).

¹⁶⁶ Siiski nimetatakse *trustee*-deks sageli lapsevanemaid. Sel juhul haldavad ja käsutavad nad alaealise vara mitte kui “*statutory representatives*” vaid kui “*owners of the property in their own name but in trust for the child*”. – Vt H. Kötz. *Op cit*, p 222.

¹⁶⁷ H. Kötz. *Op cit*, p 222.

¹⁶⁸ Selliseid tehinguid nimetatakse täisealise lepingupartneri seisukohast ka “jõustumatuteks” (*unenforceable*). Täisealine lepingupool ei saa esitada tehingust tulenevaid nõudeid enne, kui alaealine on tehingu täisealiseks saades tehingu kehtivust kinnitanud. – Vt R. Stone. *Contract Law*. 2nd ed. London, 1996, p 101; M. H. Whincup. *Op cit*, p 102.

¹⁶⁹ P. Richards. *Op cit*, p 85-86; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 30.

tehingud on aga alati kehtivad, teeks olukorra selgemaks. Ettepanek lükati tagasi väljendades muret, et selline muudatus ei anna adekvaatset kaitset alaealistele pisut üle või alla kehtestatud vanusepiiri. Tulemusi pole andnud ka alaealiste tehingute koodeksi (*Code for Minors Contracts*) koostamine kui püüdlus kodifitseerida osagi alaealiste tehinguid puudutavast õigusest. Komisjoni töö praktiliseks tulemiks on olnud vaid mõned parandused kehtivas lünklikus seaduses.¹⁷⁰

Inglise õiguses jagatakse vaimuhäirega isikud sõltuvalt nende vaimsest seisundist kahte kategooriasse. Isikud, kes vaimse seisundi tõttu pole võimelised oma tegusid juhtima ja vara valitsema, tunnistatakse vaimuhaigeteks (*certified insane*). Sellise hinnangu andmiseks on nõutav kahe praktiseeriva arsti ühesugune arvamus. Vaimse tervise seaduse (*Mental Health Act, 1983*) alusel allutatakse vaimuhaigete isikute tegevus ja vara kohtulikule kontrollile ning nende tehingud loetakse tühiseks. Isikud, keda pole vaimuhaigeks tunnistatud (*not certified as insane*), saavad taotleda tehtud tehingu kehtetuks tunnistamist, kui nad tõendavad, et tehingu tegemise ajal polnud nad võimelised oma tegude eest vastutama ja teine pool teadis seda. Seega, sellised tehingud on vaieldavad. Tervisliku olukorra paranedes võib selline isik tehtud tehingu heaks kiita. Sel juhul muutub sõlmitud tehing talle siduvaks.¹⁷¹ Kui isik pole tehingu tegemiseks võimeline alkoholi joobe tõttu, ning teine lepingupool on sellest teadlik, käsitatakse tema tehtud tehingut vaieldava tehinguna. Tehinguvõimetuse all peetakse silmas olukorda, kus isik pole raske joobe tõttu võimeline oma tegudest aru saama. Kainenenuks võib isik tehtud tehingu heaks kiita ning tehing muutub talle siduvaks.¹⁷²

Vaimuhäiretega isikute, nagu ka alaealiste suhtes, rakendatakse „hädavajalikkuse doktriini“. *Sale of Goods Act, 1979* kohaselt: isik, kes pole vaimuhäire või alkoholi joobe tõttu tehinguvõimeline, on kohustatud talle müüdud ja kättetoimetatud hädavajalike kaupade eest tasuma mõistliku summa. Sätet ei kohaldata, kui kauba müüja polnud lepingupartneri vaimsest seisundist teadlik. Sel juhul tuleb müüjale hüvitada kauba tegelik maksumus.¹⁷³

Isik, kes on haiguse, vanuse vms tõttu otsusevõimetu, võib eitada enda poolt sellises vaimses seisundis antud allkirja ning taganeda seega allkirjastatud dokumendist tulenevast kohustusest. Sellise vastuväite – „see pole minu tegu (*deed*)“ (*non est factum*) kehtivuseks peab isik tõendama, et ta oli allkirja andmisel täielikult võimetu aru saama oma teo tähendusest.¹⁷⁴

¹⁷⁰ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 31.

¹⁷¹ P. Richards. *Op cit*, p 82; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 31.

¹⁷² R. Stone. *Op cit*, p 100; P. Richards. *Op cit*, p 82.

¹⁷³ D. W. Greig, J. L. R. Davis. *Op cit*, p 794.

¹⁷⁴ M. H. Whincup. *Op cit*, p 103; D. W. Greig, J. L. R. Davis. *Op cit*, p 793.

Üldise õiguse maades kohtute poolt rakendatavas „hädavajalikkuse doktriinis“ (*doctrine of "necessaries"*) avaldub kõige selgemalt alaealiste huvi ja kasu arvestamise põhimõte. Alaealiste tehinguid soosiv on ka asjaolu, et inglise õiguses ei tunta seadusliku esindaja (*statutory guardian, statutory representative*) instituuti. Seega pole tehingu kehtivus sõltuv vanemate või teiste seaduslike esindajate heakskiidust, nagu see on mandri-euroopa õiguses, vaid lähtutakse enam alaealise huvidest. Alaealine on õigustatud sõlmitud tehingu jõustamiseks tunnustades täisealiseks saades tehingu kehtivust (*ratification*). Enne selliselt tehingu kehtivuse tunnustamist pole täisealisel lepingupartneril võimalust esitada tehingust tulenevaid nõudeid. Teisisõnu – täiskasvanu seisukohast on sõlmitud tehing alaealise vastu jõustumatu (*unenforceable*).

Võrreldes eeltoodud käsitluse põhjal piiratud teovõimega isikute tehingutele kehtestatud reegleid, ilmneb romaani õigusperekonna ja üldise õiguse maade õiguskordade teatav sarnasus, kuid germaani õigusperekonna tsiviilseadustike sätted on selles vallas täiesti eristuvad.

Nii üldise õiguse maades, kui romaani õigusperekonna õiguskordades tuntakse üldjoontes sarnaselt n-ö kasulikke tehinguid. Alaealiste huvi ja kasu arvestamine seondub inglise õiguses „hädavajalikkuse doktriiniga“. Prantsuse õiguses on sellega kõrvutatav „*lésion*“-i teooria. Germaani õigusperekonnas selline alaealise kasu ja huvi arvestav põhimõte paraku puudub. Veelgi enam – üksnes germaani õigusperekonna õiguskordades sätestatakse isikute teovõimetus ning välistatakse selliste isikute õiguskäibes osalemine täielikult. Rakendatavad reeglid tunduvad alaealiste sõltumatuse piiramisel ülemäärased võrreldes alaealiste kaitse vajaduse ja õiguskindluse tagamisega. Alaealiste kaitse ja õiguskäibe kaitse tasakaalustamist võimaldaks siinkohal teovõimetus instituudi kaotamine ning piiratud teovõimega isikute huvi ja kasu arvestamise põhimõtte rakendamine.

Erinevate õigusperekondade ühisjooneks piiratud teovõimega isikute tehingute reguleerimisel võib lugeda ka seadusliku esindaja instituuti. Germaani õigusperekonnas ongi just seadusliku esindaja nõusolek üldreeglina piiratud teovõimega isikute tehingute kehtivuse eelduseks. Seadusliku esindaja instituuti tuntakse ka romaani õigusperekonna õiguskordades, kuid tehingu kehtivuse üle otsustades kaalutakse märksa enam alaealise huvi ja kasu. Alaealised on vabad sõlmima igapäevaseid pisitehinguid. Muud tehingud nõuavad seadusliku esindaja nõusolekut ning on selle nõude rikkumisel kehtetud. Kuid sellise tehingu kehtetuks tunnistamisel tuleb asjaolu kõrval, et tehingu teinud isik oli alaealine, tõendada ka, et alaealisele põhjustati majanduslikku kahju (*lésion*). Õiguskäivet kaitstakse siin põhjendatult: teovõimelisel

lepingupoolel on raske ette näha, milliseks kujuneb seadusliku esindaja hinnang alaealisega sõlmitud tehingule, märksa lihtsam on hinnata, kas sõlmitud tehing on alaealisele kasulik ja tema huvides. Alaealise kaitse ja õiguskäibe kaitse on siinkohal märksa enam tasakaalus kui germaani õigusperekonna õiguskordades. Samuti eelistatakse inglise õiguses olukorras, kus alaealine ei vaja kaitset (tehing on tema huvides ja kasuks), pöörata enam tähelepanu õiguskäibe soodustamisele. Inglise õiguses seadusliku esindaja instituuti ei tunta. Seega on alaealiste sõlmitud tehingu kehtivus sõltumatu sellise isiku nõusolekust ning oluliseks peetakse vaid alaealise huvi ja kasu arvestamist. Siiski võib ka inglise õigusele spetsiifilises *trustee* instituudis näha sarnaseid jooni seadusliku esindajaga.

Piiratud teovõimega isikute tehingute õiguslikuks tagajärjeks romaani õigusperekonnas ja inglise õiguses on nende tehingute vaieldavus. Prantsuse tsiviilkoodeksist tulenevalt peavad alaealine või tema seaduslik esindaja tehingu kehtetuks tunnistamiseks pöörduma kohtu poole. Üldise õiguse maades rakendatakse tehingu vaidlustamiseks kohtuvälist korda ning vaidlustamiseks on õigustatud alaealine. Seega on tehing kuni vaidlustamiseni kehtiv ning järelikult teovõimelisele lepingupoolele siduv. Germaani õigusperekonna seadustike sätted on siinkohal eristuvad: teovõimetute isikute tehingute õiguslikuks tagajärjeks on nende tühisus ning piiratud teovõimega isikute tehingud loetakse „hõljuvalt“ kehtetuks. Sõlminud tehingu alaealisega, on täisealine tehingupool siin märksa ebakindlamas positsioonis. Samas on ta õigustatud kuni lepingu heakskiitmiseni tagasivõtmiseks. Tagasivõtmise regulatsioon romaani õigusperekonna õiguskordades ja üldise õiguse maades puudub. Kõikides õigussüsteemides on täisealisele alaealisele sätestatud võimalus tehingu kehtivust kinnitada.

Füüsiliste isikutega seonduvad sätted on paigutatud TsÜS-i esimesele osale („Üldsätted“) järgnevasse teise ossa („Isikud“). Selle 1. peatükis („Füüsilised isikud“) reguleeritakse õigus- ja teovõime kõrval ka piiratud teovõimega isikute tehinguid (§-d 10-12). Kui TsÜS käsitleb füüsiliste isikute teovõimet ja piiratud teovõimega isikute tehinguid ühtses peatükis, siis 1994. a TsÜS jagas sellekohased sätted vastavalt isikuid ja tehinguid reguleerivate peatükkide vahel. Selline kehtivat seadust iseloomustav terviklikum lähenemine on loogilisem ja järgib *BGB*-s kasutatavat ühtse käsitluse skeemi (*BGB* reguleerib teovõimet siiski tehingute peatüki all, TsÜS-is on nimetatud sätted osa isikute kohta käivast peatükist). Positiivse joonena eristab TsÜS-i varasemast seadusest seega tema normide kompaktsus, aga ka isikute teovõimet ja piiratud teovõimega isikute tehinguid reguleerivate sätete väiksem maht ning selgem ja lihtsam esitus.

Varasema seadusega võrreldes on aga oluliselt muudetud normide sisu. Saksa õiguse eeskujul reformiti 1994. a TsÜS-i isikute regulatsiooniga aastakümneid kehtinud TsK vastavaid paragrahve. Kehtiva seaduse normid on suures osas *BGB* sätete analoogid. Mõnede *BGB* reguleeringute ülevõtmisest on aga loobutud. Seda just seonduvalt uue teovõime kontseptsiooniga, mis ei tulene germaani õigusest, vaid tugineb kaasaegse mandri-euroopa õiguse üldistusele.

Saksa õiguse eeskujul (*BGB § 108 lg 1, § 111*) eristatakse eesti õiguses piiratud teovõimega isikute tehtud tehingute käsitlemisel nende ühepoolseid ja mitmepoolseid tehinguid.

TsÜS § 10 kohaselt on piiratud teovõimega isiku poolt seadusliku esindaja eelneva nõusolekuta tehtud ühepoolne tehing tühine. Sellised tehingud on tühised ka siis, kui seaduslik esindaja tehingu heaks kiidab. Kuivõrd niisugused tehingud toimivad reeglina tehingu osaliste õigusi kujundavalt, siis peab vastaspoolel olema kohe selge, kas tehtud tehingud on kehtivad või kehtetud.¹⁷⁵ Eesti õiguses ei tehta siinkohal vahet vastuvõtmist mittevajavate (nt omandist loobumine) ja vastuvõtmist vajavate (nt tehingu vaidlustamine, ülesütlemine) ühepoolsete tehingute vahel, nagu see on saksa õiguses, kus *BGB § 111* sätestab vastuvõtmist vajavatele tehingutele teatavad erireeglid.

TsÜS § 11 reguleerib piiratud teovõimega isiku mitmepoolseid tehinguid. Nii on § 11 lg 1 järgi piiratud teovõimega isiku poolt seadusliku esindaja eelneva nõusolekuta tehtud mitmepoolne tehing tühine, välja arvatud need juhud, kui seaduslik esindaja tehingu hiljem heaks kiidab. Seega sõltub mitmepoolsete tehingute puhul tehingu kehtivus seadusliku esindaja heakskiidust, kusjuures heakskiidu momendini on tehing „hõljuvalt“ kehtetu. Heakskiidu andmine määratleb tehingu algusest peale kehtivana, heakskiidu andmisest keeldumisel on aga tehing lõplikult kehtetu.

Järelikult sätestab TsÜS § 11 tehingu kehtivusele kaks alternatiivset tingimust: - seadusliku esindaja nõusolek kas kindla tehingu või teatud liiki tehingute tegemiseks, või - seadusliku esindaja hilisem heakskiit. Tehingu tegemise nõusolekuga seonduvat, nii eelnevat nõusolekut kui tagantjärele antud nõusolekut (heakskiitu) reguleerib lähemalt TsÜS-i 7. peatükk. TsÜS § 111 lg 2 kehtestab nõuded nõusoleku vormile: kui tehingu jaoks on seaduses ette nähtud teatud vorm, peab nõusolek tehingu tegemiseks olema samas vormis.

¹⁷⁵ H. Köhler. *Op cit*, lk 165.

BGB § 108 ja § 109 eeskujul annab TsÜS § 11 lg-tes 4-6 teisele poolele võimaluse taotleda ebakindla „hõljuva“ kehtetuse perioodi lõpetamiseks tehingu heakskiitu või lõpetada tehingu siduvus tagasivõtmisega.

Ettepanek tehing heaks kiita tehakse seaduslikule esindajale. Heakskiit tuleb avaldada vastava ettepaneku tegijale ning seda teatava ajaperioodi - kahe nädala jooksul - pärast ettepaneku tegemist. Kui heakskiitu selle perioodi jooksul pole antud, tähendab see heakskiidust keeldumist (TsÜS § 11 lg 4 ja 5). TsÜS § 11 lg-st 1 nähtub, et juhul, kui isik on muutunud pärast tehingu tegemist teovõimeliseks, võib ta tehingu ise heaks kiita. Seega asendab tema heakskiit seadusliku esindaja heakskiidu ning vaid tema on pädev tehingule kinnitust andma või sellest keelduma.

Tehingu „hõljuva“ kehtetuse perioodil võib teine pool tehingu siduvuse tagasivõtmisega lõpetada. TsÜS § 11 lg-st 6 ei tulene, kes on tagasivõtmise vastuvõtuks õigustatud. Siinkohal saab ilmselt tõlgendada TsÜS § 11 lg-t 4, mis reguleerib ettepaneku tegemist tehingu heakskiitmiseks ja järeldada, et analoogselt on tagasivõtmise vastuvõtuks õigustatud seaduslik esindaja.

BGB § 109 lg-s 1 viidatakse otsesõnu võimalusele, et tagasivõtmise võib avaldada ka alaealisele. Arvestades seadusliku esindaja institutsiooni tähendust, tuleb asuda seisukohale, et tagasivõtmise avaldamine alaealisele pole siinkohal vajalik ja põhjendatud. Kuivõrd tehingu heakskiit on seadusliku esindaja otsustus, tuleneb sellest loogiliselt ka tema õigus tehingu tegemisele suunatud tahteavalduse tagasivõtmise vastuvõtmiseks. Tagasivõtmise tähtaja määratlemine on seotud heakskiidu andmisega. Pärast seda, kui seaduslik esindaja on tehingu heaks kiitnud, ei saa tehingu teine pool oma tahteavaldust tagasi võtta. Seadusandja ei anna *BGB* eeskujul teisele poolele kuni tehingu heakskiiduni täielikku tagasivõtmisvabadust. Tagasivõtmine on lubatud juhul, kui piiratud teovõimega isikul ei olnud tehingu tegemiseks seadusliku esindaja eelnevat nõusolekut ja tehingu teine pool ei teadnud ega pidanudki teadma, et isik on piiratud teovõimega (TsÜS § 11 lg 6). Selline regulatsioon tuleneb kaalutlusest, et teine pool, kui ta oli lepingupartneri piiratud teovõimelisusest teadlik, võttis teadlikult endale tehingu kehtetuse riski.

Rääkides piiratud teovõimega isikute õiguskäibest osavõtust seadusliku esindaja eelneval nõusolekul või hilisemal heakskiidul, tuleb arvestada, et piiratud teovõimega isik ei pea õiguskäibest isiklikult osa võtma, vaid tema eest võib tehingu teha tema seaduslik esindaja.

Tulenevalt perekonnaseadusest sätestatakse seaduslikule esindajale (eestkostjale) selliste tehingute tegemisele rida piiranguid. PkS §-s 99 määratletakse tehingute ring, mida ei või eestkostja teha eestkosteasutuse eelneva nõusolekuta, PkS § 100 nimetab tehingud, milliseid eestkostja teha ei tohi. Nimetatud sätted teenivad piiratud teovõimega isiku huvide kaitse eesmärki. Teatud tehingute tegemisega kaasnevad suuremad majanduslikud riskid (kinnisvaratehingud, väärtpaberitehingud jm), mistõttu on neile kehtestatud rangemad nõuded. Samuti on mõistlik vältida teatud tehingutega seonduvat huvide konflikti eestkostja ja eestkostetava vahel ning keelata selliste tehingute tegemine. Uue perekonnaseaduse eelnõu kohaselt on suuremat majanduslikku riski kandvate ja seaduses nimetatud tehingute sõlmimiseks nõutav kohtu luba (varasema eestkosteasutuse asemel). Eestkostjate üle järelevalve teostamine on eelnõu järgi allutatud kohtutele ja seadusemuudatuste eesmärgiks on tagada paremini eestkostetava põhiõiguste kaitse.

1994. a TsÜS piiratud teovõimega isikute tehingute õigusliku tagajärjena "hõljuvat" kehtetust ei tunne.

1994. a TsÜS-i järgi loeti kuni 7-aastase alaealise kui teovõimetu isiku enda tehtud tehing tühiseks, välja arvatud pisitehing (§ 75 lg 1). Samuti oli tühine teovõimetuks tunnistatud isiku tehing, välja arvatud tehing, mida kohus oli lubanud teovõimetuks tunnistatul teha (§ 77 lg 1). Seega olid nimetatud isikud õiguskäibest praktiliselt kõrvaldatud.

Piiratud teovõimega isikute grupi moodustasid 1994. a TsÜS-i järgi 7-18-aastased alaealsed, kellel oli õigus teha tehinguid seadusliku esindaja nõusolekul (§ 10) ning isikud, kelle teovõimet kohus on piiranud ning seadnud nende üle eestkoste (§ 12). 1994 a. TsÜS § 76 lg-st 1 ja 2 tulenevalt tunnistati kohus huvitatud isiku nõudel kehtetuks nii tehingu, mille piiratud teovõimega alaealine isik oli teinud seadusliku esindaja nõusolekuta ja seaduse kohaselt oli nõusolek vajalik, kui ka tehingu, mille piiratud teovõimega täisealine isik tegi eestkostja nõusolekuta ja kohtuotsuse kohaselt oli nõusolek vajalik – kui tehingu teine pool teadis või pidi teadma, et on teinud tehingu alaealisega või et piiratud teovõimega isikul ei olnud õigust sellist tehingut iseseisvalt teha. Seega loeti piiratud teovõimega isikute tehingud vaieldavateks. Tehingu vaieldavus sõltus sellest, kas teine pool teadis või pidi teadma, et tegi tehingu alaealisega.

Seaduslik esindaja või vastavalt eestkosteasutus võis piiratud teovõimega isiku tehingu heaks kiita ning heakskiit võttis teistelt huvitatud isikutelt õiguse sellist tehingut kohtus vaidlustada (§

76 lg 4, 5; § 67 lg 3). Alaealine võis teovõimeliseks saamisel ise kiita heaks enda poolt alaealisena tehtud tehingu (§ 76 lg 7). Heakskiitu reguleerivad sätted ei erine TsÜS-i sellekohastest normidest. Tehingu siduvuse lõpetamist tagasivõtmisega 1994. a TsÜS ei tundnud.

Seega, 1994. a TsÜS-is on kirjeldatud tehingute tagajärjeks nende vaieldavus. Arvestades, et kehtivas seaduses sätestatud õiguslik tagajärg ("hõljuv" kehtetus) tagab alaealisele lepingupoolele parema kaitse, on sellekohane seadusemuudatus õigustatud. Tehingu „hõljuva“ kehtetuse perioodil on alaealine paremini kaitstud tehingust tulenevate nõuete eest (nt täitmise nõue). Tehingu kehtetuks tunnistamiseks pole enam nõutav huvitatud isiku pöördumine kohtu poole, vaid "hõljuva" kehtetuse kui ebakidla situatsiooni lõpetamiseks tuleb taotleda heakskiitu seaduslikult esindajalt. Sel viisil otsustab alaealisega sõlmitud tehingu kehtivuse või kehtetuse üle seaduslik esindaja, kes alaealise huve silmas pidades annab sõlmitud tehingule heakskiidu või keeldub sellest. Taoline regulatsioon toetab järelikult alaealise kaitset. Seega võib „hõljuvat“ kehtetust käsitleda kui kolmandat tasakaalustavat varianti tehingu vaieldavuse ja tehingu tühisuse vahel. Sellise õigusliku tagajärjega on saavutatud õiguskäibe kaitse ja alaealise kaitse tasakaalustatus.

Üldreeglist, mille kohaselt piiratud teovõimega isiku mitmepoolse tehingu kehtivuseks on nõutav seadusliku esindaja eelnev nõusolek või hilisem heakskiit, tunnistatakse eesti õiguses vaid väheseid erandeid.

Nii sätestatakse TsÜS § 11 lg 3 p-s 1 selliste tehingutena tehinguid, millistest ei teki isikule otseseid tsiviilkohustusi. On loogiline, et nimetatud tehingud on piiratud teovõimega isikutele lubatud, sest tehingute puhul, millest ei teki tsiviilkohustusi, ei tulene ka sellise isiku kaitsevajadust. Hindamise kriteeriumiks on siin ainult õiguslik külg. Samas tõusetub küsimus: kui avar on kohustustehingute ring, mille sõlmimisega ei kaasne tehingu teinud isikule mingeid tsiviilkohustusi? Arusaadavalt ei kuulu selliste tehingute hulka vastastikku kohustavad tehingud. Mõeldavad on siinkohal vaid ühepoolset kohustavad tehingud, kus piiratud teovõimega isik võib omandada tehingust tuleneva kasu ilma ühegi omapoolse kohustuseta (kinge, käendus ja garantii).

TsÜS § 11 lg 3 p 2 järgi kehtib piiratud teovõimega isiku tehtud mitmepoolne tehing ka ilma seadusliku esindaja nõusoleku või heakskiiduta, kui isik täitis tehingu vahenditega, mille andis talle selleks otstarbeks või vabaks kasutamiseks (nn tehing „taskurahaga“) tema seaduslik esindaja või viimase nõusolekul kolmas isik.

On alust arvata, et dubleerides *BGB §-des 107 ja 110* kehtestatud, seab eesti õigus alaealiste iseseisvusele tehingute tegemisel sama ahtad piirid, kui need on saksa õiguses ning alaealise huvi ja kasu kategooriad siin paraku kaalumisele ei tule. Veelgi piiravam oli siinkohal 1994. a TsÜS-i regulatsioon: üldreeglist, mille kohaselt 7-18 aastaste piiratud teovõimega isikute tehtud tehingute kehtivuseks oli nõutav seadusliku esindaja nõusolek, tehti erand vaid § 10 lg-s 2 märgitud juhtudel nagu see on sätestatud ka kehtiva TsÜS-i § 11 lg 3 p-s 2.

Arvestades teiste mandri-euroopa õiguskordade ja inglise õiguse eeskju, võinuks TsÜS pakkuda alaealistele iseseisvaks tegutsemiseks avaramaid võimalusi. Asjaolu, et kaasaegses eesti õiguses välistatakse alaealise sõlmitud talle kasuliku tehingu kehtivus, võib pidada TsÜS-i puuduseks. Olukorras, kus puudub vajadus alaealist kaitsta (tehing on alaealisele tulutoov ja kasulik), võinuks enam soodustada õiguskäivet.

Eranditena üldreeglist, mille kohaselt alaealiste kui piiratud teovõimega isikute ilma seadusliku esindaja nõusolekuta tehtud tehingud on kehtetud, võiks kehtiv TsÜS aktsepteerida selliste isikute üldiselt tavapäraseid ja vähetähtsaid tehinguid. Mõistete "tavapärane" ja "vähetähtis" sisustamine on sõltuvalt konkreetsest asjaoludest vaidluse korral kohtu ülesandeks. Mõistlik on lugeda kehtivaks piiratud teovõimega isiku poolt seadusliku esindaja nõuseolekuta tehtud tehing, kui see täidetakse vahenditega, mille andis talle selleks otstarbeks või vabaks kasutamiseks tema seaduslik esindaja või viimase nõusolekul kolmas isik (TsÜS § 11 lg 3 p 2). Omal äranägemisel võiks olla kasutatav ka piiratud teovõimelise isiku enda teenitud raha, kui see ei takista tema oluliste vajaduste rahuldamist. TsÜS § 11 lg 3 p-s 1 sätestatu seondub praktikas vaid väheste tehingutega ning on piiratud teovõimega isiku kaitse seisukohast ebapiisav. Otstarbekas on sätestada siinkohal avaram regulatsioon ja täiendada TsÜS § 11 lg 3 p 1 "huvi ja kasu" kriteeriumiga. Seega tuleks kehtivaks lugeda piiratud teovõimega isiku ilma seadusliku esindaja nõuseolekuta tehtud tehingud, millest ei teki isikule otseseid tsiviilkohustusi ning samuti tehingud, mis teenivad piiratud teovõimega isiku huvi ja kasu ega koorma teda ülemääraste riskide ja kohustustega.

TsÜS § 12 reguleerib erinormina §-de 10 ja 11 suhtes alla 7-aastaste alaealiste tehinguid ning loeb üldreeglina alla 7-aastaste alaealiste ühe- või mitmepoolsed tehingud tühisteks.

Olukorras, kus on loobutud saksa õiguses sätestatud teovõimetuse kontseptsioonist, tundub alla 7-aastaste alaealiste tehingutele erireeglite kehtestamine (§ 12) küsitav. Seadusandja on siin kehtivat õigust reformides jäänud justkui poolele teele. Alla 7-aastased pole TsÜS-i järgi küll

õiguskäibes osalemisest kõrvaldatud, kuid neile rakendub eriregulatsioon võrreldes teiste piiratud teovõimega isikutega. Seejuures on õiguskäibes osalemisele seatud piirid tulenevalt TsÜS § 12 lg-test 1 ja 2 nii kitsad, et faktiliselt võibki rääkida nende teovõimetusest. Tundub, et sellisel eriregulatsioonil puudub praktiline tähtsus. Kõikide alla 18-aastaste alaealiste tehingud võiksid alluda ühesugustele reeglitele.

Samuti oleks TsÜS § 11 lg-st 3 tulenevad erandid rakendatavad kõigi alla 18-aastaste isikute kui piiratud teovõimega isikute suhtes. Täiendavate vanusepiiride tõmbamine alla 18-aastaste isikute grupi sees tekitab alati ohu, et rikutakse nende isikute õigusi, kelle vanus jääb napilt alla seda vanusepiiri. Sellist olukorda oleks mõistlik vältida. Käsitatud õigussüsteemides, kus saksa õiguses sätestatud teovõimetuse kontseptsiooni ei tunta, kehtivad kõikide alla 18-aastaste isikute tehingute sõlmimisele ühtsed reeglid.

Seega võiks kehtivas seaduses piiratud teovõimega isikute tehingute regulatsioon piirduda TsÜS §-dega 10 ja 11. Eeltoodut arvestades, ei tohiks TsÜS § 12 tühistamine põhjustada seaduselünka (st olukorda, kus praktiline situatsioon vajab reguleerimist, kuid puudub vastav õigusnorm).

Kehtiva TsÜS-i § 9 annab võimaluse vähemalt 15-aastase alaealise piiratud teovõime laiendamiseks, kui see on alaealise huvides ja alaealise arengutase seda võimaldab. Samasuguse vanusepiirangu nõude teovõime laiendamiseks sätestas ka varemkehtinud seadus käsitledes siinkohal alaealisele antavaid õigusi siiski kitsamalt. 1994. a TsÜS-i § 10 lg 3 järgi võis eestkostetasutus seadusliku esindaja nõusolekul vähemalt 15-aastasele alaealisele anda õiguse tegelda majandustegevusega, kui seadus seda ei keela. Kehtiva TsÜS-i § 9 lg 1 kohaselt otsustab kohus, milliseid tehinguid võib alaealine, kelle teovõimet on laiendatud, teha iseseisvalt. Seadusandja võib siinkohal silmas pidada nii üksikuid tehinguid, kui ka teatavat valdkonda, mille raames on alaealine teovõimeline. Kohus võib määratleda näiteks suurema tähtsusega tehingud (tehingud kinnisvaraga), mida alaealine teatavas valdkonnas tegutsedes sõlmida ei tohi. *BGB §-des 112 ja 113* sätestatu eeskujul reguleeritakse olukorda, kus seaduslik esindaja teovõime laiendamiseks nõusolekut ei anna. Erinevalt TsÜS-ist ei määratleta nimetatud *BGB* sätetes alaealise vanust, kelle teovõimet on võimalik laiendada. Kuivõrd otsustava tähendusega on siin alaealise huvi ja arengutase, tundub sellise vanusepiiri kehtestamine põhjendamatu. Alati tekib küsimus, milline on see „õige“ vanus. Kui konkreetse vanuse määratlemine pole just hädatarvilik, tasuks seda vältida. Asjaolu, et praktikas puudub ilmselt vajadus näiteks alla 10-aastase alaealise teovõime laiendamiseks, ei ole õigustuseks vanusepiiri sätestamisele seaduses.

BGB § 105 käsitleb tühisena tahteavaldust, mis on tehtud teadvusetus olekus või vaimutegevuse ajutise häire ajal. Eesti õigus määratleb vaimuhaiguse ajutise häire isiku otsusevõimetuse. TsÜS § 13 defineerib otsusevõimetu isikuna isikut, kes vaimutegevuse ajutise häire või muu asjaolu tõttu on seisundis, mis välistab tema võime õigesti hinnata seda, kuidas tema toimingud mõjutavad tema huve, näiteks teadvusetu olek, raske joobeseisund jms. Sellises seisundis isikute tehtud tehingud on tühised, välja arvatud kui isik kiidab tehingu pärast vaimutegevuse ajutise häire või muu asjaolu lõppemist heaks. Seega on tegemist analoogselt TsÜS-i §-s 11 sätestatud „hõljuva“ kehtetusega ning sarnaselt on reguleeritud ka teise poole võimalus taotleda kahe nädala jooksul ettepaneku tegemisest tehingu heakskiitu. Kuid siinkohal loetakse otsusevõimetu isiku tehingu kehtivus sõltuvaks isiku enda heakskiidust. Tehing, mille teeb teovõimeline isik või piiratud teovõimega isik iseseisvalt ilma seadusliku esindaja nõusolekuta teatavas vaimutegevuse ajutise häire seisundis, loetakse nende kaitse huvides otsusevõimetu isiku tehinguks.

Võrreldes 1994. a TsÜS-i §-ga 15 on kehtiv seadus täpsustanud otsusevõimetu isiku mõistet. Erinev on ka otsustusvõimetu isiku tehtud tehingu õiguslik tagajärg: 1994. a TsÜS-is loeti otsusevõimetute isikute tehingud vaieldavateks tehinguteks. Selliste isikute tehingud tunnistas kohus selle isiku või tehingu teise poole nõudel kehtetuks, kui nõue on esitatud kolme aasta jooksul tehingu tegemisest (§ 79). Seadusemuudatus, mille kohaselt loetakse otsusevõimetu isiku tehingu kehtivus sõltuvaks tema enda heakskiidust, tagab nimetatud isikute parema kaitse. Tehingu kehtetuks tunnistamiseks ei pea enam pöörduma kohtusse ning tehingu kehtivus on sõltuvuses otsusevõimetu isiku huvidest lähtuvalt tema enda poolt tehingule antud hinnangust (tehingu heakskiitmine või sellest keeldumine). Kehtiva TsÜS-i § 13 lg 3 näol rakendatakse otsusevõimetute isikute suhtes võrreldes kehtinud seadusega veel täiendavat kaitset. Kui isik TsÜS-i § 13 lg-s 1 nimetatud seisundi tõttu sõlmib endale ilmselt kahjuliku tehingu, siis eeldatakse, et ta tegi tehingu otsusevõimetuna.

„Hõljuva“ kehtetuste sätestamine otsusevõimetu isiku tehingute õigusliku tagajärjena on põhjendatud. Õiguskäibe kaiste ja otsusevõimetu isiku kaitse on sellise lahenduse korral tasakaalus. Otsusevõimetu isiku tehingu suhtes *BGB*-s rakendatud õiguslik tagajärg – tehingu tühisus, on sellise isiku kaitse seisukohast ülemäärane.

Eeltoodut kokku võttes võib järeldada, et TsÜS-is sätestatud piiratud teovõimega isikute sõlmitud tehingute regulatsioon tuleneb saksa õiguse sätetest, kus seaduslikule esindajale antakse piiratud teovõimega isikute toimingutes otsustav roll. Kui lähtuda üldisest eeldusest, et piiratud teovõimega isiku seaduslik esindaja tegutseb arvestades sellise isiku huve ning kasu, on see ka põhjendatud. Samas on alaealise iseseisev tegevusvabadus äärmiselt piiratud.

Seatud raamid tunduvad tänapäeva ärisuhtlust arvestades ülemääraselt kitsad ja õigustamatud (TsÜS § 11 lg 3 p 1 ja 2), kasutamata on jäetud avaramat lähenemist võimaldavad tehinguid iseloomustavad mõisted nagu - "tavapärase", "vähetähtis", "kasulik". Avaramat ja kaasaegsemat lähenemist oleks ilmselt võimaldanud eeskujude otsimine teiste mandri-euroopa õiguskordade reguleeringutest. Näiteid optimaalsematest lahendustest ei pea otsima kaugelt: Soome õigus aktsepteerib näiteks alaealise tehinguid, mis on asjaolusid arvestades tavapärased ja vähetähtsad. Kaalutakse alaealise arengutaset, tehingu olemust jms. Romaani õigusperekonnas, kus samuti on alaealiste tehingute kehtivuseks üldjuhul nõutav seadusliku esindaja nõusolek, on põhjendatult lubatud alaealiste sõlmitud ning nende kasu ja huvi silmas pidavad tehingud. Just saksa õigus on äärmiselt konservatiivne alaealiste iseseisvate tehingute suhtes kaldudes "pakkuma" piiratud teovõimega isikutele kaitset ka olukorras kus seda pole vaja. Eesti õiguses järgitakse paraku sama joont.

Olukorda peaks tasakaalustama vähemalt 15-aastase alaealise piiratud teovõime laiendamine. Siin kehtestatud vanusepiirang tundub aga jällegi põhjendamatu, sest teovõime laiendamisel arvestatakse eelkõige alaealise arengutaset ja huve. Saksa õiguses rakendatavast teovõimetuse instituudist loobumine on õigustatud ja tervitatav, kuid muutunud olukorra taustal erireeglite kehtestamine alla 7-aastastele isikutele pole arusaadav ja põhjendatud.

Piiratud teovõimega isikute tehingute õiguslik tagajärje regulatsioon („hõljuv“ kehtetus) on proportsionaalne võrreldes alaealise kaitse vajadusega.

Mandri-euroopa õiguskordade sellekohaste sätete ja praktika üldistuse tulemusena on esimesed sammud teovõime kontseptsiooni muutmise suunas juba astunud (teovõimetuse instituudi kaotamine). Ilmselt on saksa õigusest eemaldumiseks siinkohal põhjendatult enamgi arenguruumi. Eesmärgiks peaks olema tasakaalu leidmine õiguskäibe kaitse ja piiratud teovõimega isikute kaitse vahel.

III Tehingu vormipuudused tühisuse alusena

3.1. Vorminõuded, nende kehtestamise eesmärgid ja liigid

Kõikides kaasaegsetes õiguskordades on üldprintsibiina kehtiv lepingu vormivabaduse printsiip (*principle of informality*).

Tehingu vormivabadus lihtsustab tehingute tegemist ja vabastab õiguskäibe asjatute formaalsustega ülekoormamisest. Samas sätestatakse kõikides õiguskordades seadusega teatavatele tehingutele vorminõuded ning nende eiramine toob kaasa tehingu kehtetuse. Selliseid tehinguid loetakse aga vaid eranditeks vormivabaduse printsiibist.¹⁷⁶ Tehingu vormivabadus tuleneb põhiseaduslikult kaitstud eraautonoomia põhimõttest. Eraautonoomia printsiip tähendab privaatsuhete vaba sisustamise õigust, mis väljendubki lepinguvabadusena (sh vabadusena otsustada lepingu vormi üle).¹⁷⁷ Vormivabaduse põhjendamisel aga tugineti näiteks nõukogude tsiviilõigusteoorias mitte eraautonoomia põhimõttele, vaid vajadusele lihtsustada maksimaalselt tehingute tegemist ja vältida tsiviilkäibe formaalsustega ülekooramist.¹⁷⁸

Paljudes õiguskordades on vormivabaduse printsiip ka selgesõnaliselt sätestatud seaduses. Nii sõltub Šveitsi kohustiste koodeksi (*OR art 11*) järgi tehingute kehtivus teatavast vorminõudest, kui seaduses on see otseselt kehtestatud.

Analoogne reegel on sätestatud Austria tsiviilkoodeksis (*ABGB § 883*), Kreeka tsiviilkoodeksis (*art 158*), Itaalia tsiviilkoodeksis (*Codice Civile art 1325 no 4*), Hollandi tsiviilkoodeksis (*BW art 3:39*), Hispaania tsiviilkoodeksis (*art 1278*), Portugali tsiviilkoodeksis (*art 219*), Ungari tsiviilkoodeksis (*art 216*), Poola tsiviilkoodeksis (*art 73*).¹⁷⁹

Saksa tsiviilseadustikus vormivabaduse põhimõtet *expressis verbis* väljendatud pole. Põhimõte, et tehingud on üldiselt kehtivad sõltumata vormist, on toletatav *BGB §-st 125*. Üldiselt iseloomustab aga seda põhimõtet tsiviilseadustikku kindlaid vorminõudeid kehtestavate sätete erandlikkus. Prantsuse tsiviilkoodeksis vormivabaduse üldprintsipi ei sätestata, kuid see on

¹⁷⁶ H. Kötz. *Op cit*, p 78; S. Woolman. *Op cit*, p 49.

¹⁷⁷ H. Hübner. Allgemeiner Teil des BGB. 16. Aufl. Berlin, 1984, S 339.

¹⁷⁸ J. Ananjeva *et al.* Nõukogude tsiviilõigus. Üldosa. Tallinn, 1971, lk 158.

¹⁷⁹ H. Kötz. *Op cit*, p 78; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 46.

järeldatav *Code Civil art-st 1108*, mis kehtestab neli nõuet¹⁸⁰ tehingu kehtivusele ning vorminõuet nende hulgas ei nimeta.

Vormivabaduse printsiipi pole alati tunnustatud: mida kaugemale minevikus pöörduda, seda enam sõltus tehingu kehtivus just välistest formaalsustest. Rooma õiguses, nagu ka teistes varasemates õigussüsteemides, tekkisid õigused ja kohustused vaid tehingutest, mille sõlmimisel oli järgitud ettenähtud vormi.¹⁸¹ Kehtestatud vorminõuded, nagu kindlasõnaliste väljendite kasutamine ning ettenähtud žestide tegemine,¹⁸² rõhutasid tehingu sõlmimise rituaali pühadust ja ilmselget tähtsust. Seoses käibe arenemisega formalism nõrgenes, kasvas tehingute arv, millele vorminõudeid ei esitatud. Hilisemas rooma õiguses vorminõudeid kehtestades peeti juba silmas õiguslikke eesmarke nagu tõenduslik kindlus ja praktiliselt ainsaks vorminõudeks kujunes kirjalik vorm.¹⁸³

Kirjalik vorm on tüüpiliseks vorminõudeks ka tänapäeval. Selle eriliikidena nimetatakse lihtkirjalikku vormi ja sõltumatu ametiisiku poolt kirjaliku tõestamise vormi.

Vorminõuete täitmine nõuab aega ja energiakulu – tuleb koostada tehingu tekst, see kirja panna ja allkirjastada. Seetõttu peab seadusandjal selliseid nõudeid kehtestades olema kindel põhjus ja eesmärk.

Teatavatele tehingutele vorminõuete kehtestamisel peeti algselt silmas tõendamise lihtsustamise eesmärki, et eelkõige välistada kohtuprotsessis võimalikud pettused. Näiteks *Ordonnance de Moulins art 54, 1566* kohaselt oli prantsuse õiguses keelatud tunnistajate ütlustega tõendada tehingute sõlmimist, mille väärtus ületas teatava kindlaksmääratud summa. Praegune *Code Civil art 1341* järgi on selliseks piirväärtuseks 50 franki. *Statute of Frauds, 1677*, mis osaliselt kehtib Inglismaal ja enamikes Põhja-Ameerika osariikides ka tänapäeval, põhjendab preambulas teatavatele tehingutele sätestatud kirjaliku vormi nõuet vajadusega vältida valevande või teiste pettemanöövritega vastava tehingu suhtes kohtuniku eksitusse viimist. Tänapäeval teenib vorminõuete kehtestamine tõenduslikku eesmärki mitte ainult pettuse välistamiseks. Sätestatud formaalsused võimaldavad tõendada tehingu sõlmimist, aga

¹⁸⁰ Vt lähemalt lk 30-32.

¹⁸¹ Vt lähemalt: R. Zimmermann. *Op cit*, p 68-71, 88.

¹⁸² Näit *mancipatio* puhul, mida rakendati omandiõiguse saamiseks *res Mancipi*’le. *Mancipatio* oli pidulik toiming, millest võtsid osa kaalumees kaaluga (*libripens*) ja viis tunnistajat (*testes*). *Mancipatio* sooritamisel pidi võõrandatav asi kohal olema, omandaja, võttes asja üle, deklareeris esimesena omandiõigust võõrandatavale asjale lausudes kindlaksmääratud sõnad. – Vt H. Kötz. *Op cit*, p 78; E. Ilus. Rooma õiguse alused. Tallinn, 2000, lk 146.

¹⁸³ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 46; E. Ilus. *Op cit*, lk 149.

ka selle sisu.¹⁸⁴ Tõendamisfunktsioon tagab, et tehingu sõlmimine ja sisu saab kirjalikult dokumenteeritud ning nii seeläbi on tülid ja teadmatus välistatud.¹⁸⁵

Seadusandja, kehtestades osadele tehingutele vorminõuded, peab silmas ka tehingu teinud isikute tahte tõsiduse kinnitamise eesmärki. Kohustades tehinguid sõlmivaid isikuid järgima teatavaid formaalsusi, antakse neile n-ö viimane võimalus järelemõtlemiseks.

Seega kaitstakse hoiatusfunktsiooniga kaalukate ja riskantsete tehingute puhul asjaosalisi läbimõtlematute tegude ja liigse kiirustamise eest.¹⁸⁶ See on soovitatav mitte ainult väga tähtsate tehingute puhul. Vältimaks impulsiivset suuremeelsust ja läbimõtlemata riske on vorminõuete kehtestamine oluline kindlasti ka ühekülgsete tehingute korral, kus ühel poolel tekivad vaid kohustused ja teisel poolel õigused. Seetõttu on kohustuslikud vorminõuded alati kehtestatud näiteks kinke- ja tagatislepingutele. Kirjaliku lepingu sõlmimine ei nõua just palju aega ning seega on lühike ka aeg järelemõtlemiseks, kuid selline vormistamine sunnib siiski tulevast lepingupartnerit (eriti oluline äritegevuses kogenematu isiku puhul) tehingule keskenduma ja kaalutlema, kas ta soovib võtta enda kanda tehingust tulenevaid kohustusi või mitte.¹⁸⁷ Selgelt väljendub seadusandja tahe silmas pidada just poolte tahte tõsiduse eesmärki juhul, kui vorminõudeks on kehtestatud tehingu notariaalse tõestamise nõue.

Mõnikord tähistavad vorminõuded üleminekut lepingulistelt läbirääkimistelt tehingu sõlmimisele. Tehingueelsete läbirääkimiste jooksul on pooltel võimalik ümber mõelda. Mõlemad pooled teavad, et läbirääkimiste ajal öeldu või kirjapandu pole neile siduv, kuni on sõlmitud kehtestatud vorminõudeid järgiv tehing.¹⁸⁸ Läbirääkimiste periood annab pooltele ühtlasi võimaluse kasutada advokaadi abi või konsulteerida mõne juristiga.

Niivõrd, kui on seaduses ette nähtud tehingu notariaalne tõestamine, on vorminõudel lisaks veel instrueerimisfunktsioon (nõustamisfunktsioon), kuna näiteks Saksa tõestamisest tulenevalt on notar kohustatud asjaosalisi instrueerima (*Beurkundungsgesetz § 17*).¹⁸⁹ Seega sunnib seadus pooli kasutama neutraalse asjatundja (notari) teenuseid.

Üha enam omab vorminõuete kehtestamisel tähtsust avalikustamisfunktsioon (teatamisfunktsioon). Kirjalikus vormis koostatud dokumendi sisust saavad olla teadlikud ka kolmandad isikud ja avalikkus. Eriline tähendus on nn avalikustamisfunktsioonil näiteks seoduvalt abieluvaralepinguga: PkS § 10 lg 6 kohaselt kantakse abikaasa nõudel abieluvaraleping registrisse ning sellest tulenevad abikaasa varalised õigused kehtivad

¹⁸⁴ H. Kötz. *Op cit*, p 79; R. Zimmermann. *Op cit*, p 86.

¹⁸⁵ H. Köhler. *Op cit*, lk 189.

¹⁸⁶ H. Köhler. *Op cit*, lk 189.

¹⁸⁷ S. Woolman. *Op cit*, p 50; H. Kötz. *Op cit*, p 80; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 47.

¹⁸⁸ H. Kötz. *Op cit*, p 80-81.

¹⁸⁹ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 47.

kolmandate isikute suhtes, kui abieluvaralepingu kohta on tehtud kanne abieluvaralepingu registrisse enne kolmanda isiku nõude tekkimist. Seega saavad kolmandad isikud abikaasade varalistest suhetest teada abieluvaralepingu registrist, kui abieluvaraleping on abikaasa nõudel registrisse kantud. Avalikustamise eesmärki kannab ka kinnis- ning vallasvara registreerimine avalikes registrites. Vastava märke puudumine registris ei puuduta seejuures poolte vahel sõlmitud tehingu kehtivust, nagu see on seadusest tuleneva vorminõude rikkumise puhul. Avalikustamise eesmärk kindlustab ka tehingute “nähtavuse” maksuametkondadele.¹⁹⁰ Avalikustamisfunktsiooniga seondub seega kontrollifunktsioon: kindla vormi nõue võimaldab avalikku kontrolli tehingu üle. Kuna kirjalik tehing välistab tekkida võivad eriarvamused tehingu sisustamisel, aitab vorminõuete kehtestamine kahtlemata kaasa õiguskindluse tagamisele.

Reeglina on tehingu kirjalik vorm nõutav juhtudel, kui lepingu nõrgem pool vajab erilist kaitset, nagu see on näiteks tarbijalepingutes. 22. detsembril 1986. a vastu võetud Euroopa Liidu tarbijakrediidi direktiivi 87/102/EEC (*EC Directive on Consumer Credit*) art 4 (1)) kohaselt tuleb tarbijakrediidi lepingud sõlmida kirjalikus vormis, tulenevalt art 4 (2) tuleb seejuures krediidi pakkumisel varustada tarbija seaduses kindlaksmääratud informatsiooniga (teabega).¹⁹¹ Tarbijalepingutele kirjaliku vormi nõude kehtestamine võib tunduda üleliigne, sest et praktikas sõlmitakse sellised tehingud tavapäraselt kirjalikult. Seaduseandja eesmärgiks pole aga siin kirjaliku vormi järgimise nõue iseenesest, vaid kaitset vajavale poolele teatava vajaliku informatsiooni kättesaadavuse kindlustamine lepingu sõlmimisel.¹⁹² Seega on kirjaliku vorminõude kehtestamisel tänapäeval oluline informatsiooni andmise eesmärk (informeerimisfunktsioon).

Kaasajal sätestatakse kõikides õigussüsteemides tarbijakaitse eesmärgil täiendavaid vorminõudeid ulatuses, mis annab näiteks Heinz Kötz arvates Prantsusmaal alust diskussioonile formalismi taassünni üle (*renaissance de formalisme*). Kuigi vormivabadust rõhutatakse kui üldprintsipi, pole see tänapäeval enam kooskõlas igapäevaselt toimiva praktikaga.¹⁹³ Sellises üldistuses võib siiski kahelda, sest lepingute kirjalik sõlmimine tavapraktikas on tingitud eelkõige poolte huvist ja praktilisest vajadusest. Ei saa täheldada

¹⁹⁰ B. Nicholas. *Op cit*, p 60.

¹⁹¹ Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit. Available at: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=Directive&an_doc=1987&nu_doc=102, 27. juuli 2003.

¹⁹² H. Kötz. *Op cit*, p 81.

¹⁹³ B. Starck, H. Roland, L. Boyer. *Obligations*, 2: Contract. 4th ed. Paris, 1993, p 79; H. Kötz. *Op cit*, p 79-81.

üldtendentsi, et üha enam oleks tehinguid, millele on seadusest tulenevalt kehtestatud kohustuslik vorm. Kui ka seadusest ei tulene vorminõuet, on pooltel sageli, eelkõige tõendamisfunktsiooni silmas pidades, tahe sõlmida leping kirjalikult: tänapäeva ärisuhete ahela (kauba hankimine, ladustamine, ettevalmistamine müügiks, pakkimine, kättetoimetamine jne) toimimiseks on vajalikud kirjalikud dokumendid. Samuti eeldab levinud lepingute tüüptingimuste kasutamine lepinguteksti väljatöötamist, kirjalikku vormistamist ja allkirjastamist. Praktikas sõlmitakse suuliseid tehinguid tavapäraselt vaid juhul, kui samal ajal toimub ka nende täitmine.

Õiguskirjanduses arutletakse, kas tehingu vorminõuded peegeldavad teatud mõttes ühiskonna arengutaset. Leitakse, et range formalism ja paindumatus on iseloomulikud arhailisemale agraarühiskonnale, mida iseloomustab range distsipliin ja ettekirjutatud käitumisreeglid. Sellisele rangele formalismile vastandub situatsioon, kus eksisteerib absoluutne vormivabadus (piiramatu eraautonoomia). Range formalism ja paindlikkus vormivabaduse suhtes on olemuslikult vastanduvad nähtused. Esimene neist tagab õiguskindluse, teine aga õigluse. Seadusandja ülesanne oleks leida nende antagonistlike põhimõtete vahel tasakaal.¹⁹⁴ Sellistest kaalutlustest lähtuvalt kehtestataksegi vorminõudeid eelpool käsitletud tarbijalepingutele. Samas on vormivabad näiteks paljud tehingud, kus poolteks on oma kutse- või majandustegevuse raames tegutsevad isikud.

Rääkides tänapäeval tehingutele kehtestatud vorminõuetest, peetakse eelkõige silmas kirjalikku (lihtkirjalikku) vormi. Tavaliselt on sel juhul nõutav lepinguteksti kirjalik vormistamine lepingupoolte poolt omakäeliselt allkirjastatuna, nagu see on sätestatud näiteks *BGB §-s 126*, Šveitsi kohustiste koodeksis (*OR art 13-15*), Kreeka tsiviilkoodeksi *art-s 160*, Prantsuse tsiviilkoodeksis (*Code Civil art 1325*), Itaalis tsiviilkoodeksis (*Codice Civile art 2702*), Poola tsiviilkoodeksis *art-s 78*.¹⁹⁵

Mandri-Euroopas eristatakse lihtkirjaliku vormi kõrval ka sõltumatu ametiisiku poolt kirjaliku tõestamise vormi. Nii nõuab teatavate tehingute puhul seadus tehingute tõestamist juriidilise haridusega avalikke funktsioone täitva sõltumatu ametiisiku (notari) poolt. Notariaalselt tehingu tõestamine võtab aega ja raha, kuid selline vorminõue on muuhulgas otseselt suunatud poolte tahte tõsiduse kinnitamisele. Võrreldes tehingu lihtkirjaliku vormiga on sellel rida eeliseid: ka siin jääb enne tehingu notariaalset vormistamist aega tehingu sõlmimise üle

¹⁹⁴ R. Zimmermann. *Op cit*, p 88.

¹⁹⁵ H. Kötz. *Op cit*, p 82.

järelemõtlemiseks, kuid tulenevalt seadusega notaritele pandud kohustustest luuakse seeläbi poolele tehingu sõlmimisel täiendav kindlustunne.

Germaani õigusperekonna tähtsaima esindaja *BGB § 126 lg 1* järgi on seaduses sätestatud kirjaliku vormi puhul nõutav, et dokumendil oleks selle väljaandja omakäeline nimeline allkiri. Tulenevalt *§ 126 lg-st 2* peavad lepingu puhul poolte allkirjad olema ühel ja samal dokumendil. Kui leping koostatakse mitmes ühesuguses eksemplaris, siis piisab, kui kumbki pool allkirjastab teise poole jaoks mõeldud eksemplari.

H. Köhler selgitab allkirjanõude nelja funktsiooni, milledeks on: lõpetamise funktsioon (avaldus on lõplik ning pole enam projekt), identsuse funktsioon (allkiri tõendab avaldaja identsuse), ehtsuse funktsioon (avaldus pärineb allakirjutanult) ning hoiatusfunktsioon (allkirja andjat kaitstakse liigse kiirustamise eest). Seadusest tulenevalt peab allkiri olema nimeline, seega ainult initsiaalidest (nime algustähed) ei piisa. Samas ei nõuta, et allkiri oleks tingimata loetav, kuid see peab olema individuaalse allkirjana äratuntav.¹⁹⁶ Sellised “ettekirjutused” tulenevad allkirjanõude identsuse funktsioonist: allakirjutaja identsus on seeläbi kergemini tuvastatav.

Seadusest ei tulene, millisel kindlal viisil peaks tehingu tekst olema talletatud (käsitsi, arvuti- või masinakirjas). Mõnedel juhtudel on siiski ettenähtud kvalifitseeritud kirjalik vorm (nt testamendi puhul, mis peab olema oma käega kirjutatud ja allkirjastatud (*BGB § 2247*)).

Saksa tsiviilseadustikus eristatakse vorminõude liigina ka avalikku tõestamist. *BGB § 129 lg 1* järgi on selleks vajalik, et tahteavaldus oleks kirjalikus vormis ja allkirja oleks tõestanud notar. Avaliku tõestamise nõue kujutab endast kirjaliku vormi nõude karmistamist. See on ette nähtud näiteks seltside registrisse kandmisel (*BGB § 77*) ja pärandist loobumisel (*BGB § 1945*).

Tähtsamate (kaalukamate) tehingute sõlmimisel on nõutav nende notariaalne tõestamine. Germaani õigusperekonnas peetakse siinkohal silmas notariaalse dokumendi koostamist – *BGB § 128*, Saksa tõestamisseadus 28. augustist 1969. (*Beurkundung*); *ABGB § 1278 (2)* (*Notariatsakt*); Šveitsi tsiviilkoodeksi *art 55 (öffentliche Urkunde)*.¹⁹⁷ *BGB § 128* järgi tõestab notar lepingute puhul kõigepealt pakkumise ja seejärel vastuvõtmise tahteavaldused, erandina on lubatud ka ainult ühe lepingupoole tahteavalduse tõestamine näiteks kinkimislubaduse korral (*BGB § 518*).

Notariaalse tõestamise kord on reguleeritud Saksa tõestamisseaduses (*Beurkundungsgesetz*). Notariaalsel tõestamisel tuleb läbirääkimised protokollida ning koostatud protokoll peab

¹⁹⁶ H. Köhler. *Op cit*, lk 190-191.

¹⁹⁷ H. Kötz. *Op cit*, p 82.

sisaldama notari ja asjaosaliste nimesid ja nende tahteavaldusi (*Beurkundungsgesetz* § 3 ja § 9). Saksa tõestamisseaduse § 13 järgi tuleb dokument notari juuresolekul asjaosalistele ette lugeda, asjaosalised peavad sellega nõus olema ja sellele omakäeliselt alla kirjutama ning ka notar peab omakäeliselt alla kirjutama.¹⁹⁸

Notar selgitab seadust ning püüab kindlustada, et pooltel oleks täielik arusaamine tehinguga kaasnevatest õiguslikest tagajärgedest ja riskidest. Samuti on notari kohustuseks jälgida, et tehingu sõnastus vastaks täielikult poolte väljendatud tahtele. Saksa tõestamisseaduse § 17 järgi on notari kohustuseks teha kindlaks poolte tahe, selgitada tehingu sisu ja tehingu õiguslikke tagajärgi, sõnastada poolte tahe selgelt ja ühemõtteliselt. Sel viisil jälgib notar, et vead ja kahtlused oleksid välistatud ning nõrgema poole huvid tagatud.¹⁹⁹

Romaani õigusperekonnas tuntakse tulenevalt *Code Civil art-st 1341* mõistet “kirjalik allkirjastatud eradokument” (“*acte sous seing prive*”). Erinevalt saksa õiguses sätestatust tuleb siin lepingu tekst koostada nii mitmes originaaleksemplaris kui on osapooli (*Code Civil art 1325*). Vahel on esitatud kirjalikule vormile ka täiendavaid nõudeid. Nii peab tulenevalt *Code Civil art-st 1326* tagatisleping olema varustatud tagatise andaja allkirja kõrval ka omakäeliselt kirjutatud summaga, mida ta on nõus tagama, kirjutatuna nii numbriliselt kui sõnaliselt („*en chiffres et en toutes lettres*“). Seega on nõutav lepinguteksti teatavas osas omakäeline kirjutamine.

Tulenevalt 13. märtsi 2000. a tõendamisseadusest (*Law of Evidence Act*) samastatakse Prantsusmaal kirjaliku vormiga tehingu elektroniline vorm. Itaalias on 15. märtsil 1997. a vastu võetud elektroonilist suhtlust reguleeriv seadus. Tehingu elektroonilise vorm peab olema varustatud elektroonilise allkirjaga.²⁰⁰

Eeltoodud kirjaliku vormistamise nõuded rakenduvad üsna laia tehingute ringi suhtes. Üha enam peetakse tavapäraseks tehingutele ka teatavate lisamaterjalide - hoiatuste, avalduste jms (*mentions informatives*) lisamise nõuet, et lepingupool oleks teadlik lepingu tähendusest.²⁰¹

Tähtsamate tehingute suhtes rakendatakse notariaalse tõestamise vormi: romaani õigusperekonnas koostatakse „autentne notariaalak” (“*acte authentique*”) – Prantsuse

¹⁹⁸ H. Köhler. *Op cit*, 192.

¹⁹⁹ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 47; M. H. Whincup. *Op cit*, p 105.

²⁰⁰ M. H. Whincup. *Op cit*, p 105, 109.

²⁰¹ J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker. *Op cit*, p 329; F. Terré, P. Simler and Y. Lequette, *Droit civil. Les Obligations*, 5th ed. Paris, 1993, p 111.

tsiviilkoodeksi (*Code Civil art 1317*), Itaalia tsiviilkoodeksi (*Codice Civile art 2699*), Hispaania tsiviilkoodeksi *art 1216* ja Portugali tsiviilkoodeksi *art 369* alusel.²⁰²

Notari ameti tähendus ja funktsioonid on germaani ja romaani õigusperekonnas analoogsed. Notariaalakti koostamisel on näiteks belgia õiguses notaril kohustus tuvastada tehingupoolte isikusamasus ja teovõime tehingu tegemiseks, sõlmitud tehingu originaaleksemplar jääb notarile ning pooltele väljastatakse notari tõestatud ära kirjad. Seega on välistatud võimalus dokumenti muuta või täiendada. Eriliselt rõhutatakse notari nõustamisfunktsiooni. Nii peetakse just notarit belgia ja hollandi õiguses eksperdiksi perekonna-, pärimis-, asja- ja äriõiguses ning nende õigusvaldkondadega seotud maksuseaduste suhtes. Mitmetes Hollandi Ülemkohtu otsustes toonitatakse, et notarilt nõutakse oma ametikohustuste täitmisel kõrget hoolsuse taset ja tähelepanu.²⁰³ Notari tegevuse ja pädevuse regulatsioon peaks sellisena andma kliendile kindluse võimalike pettuste vastu ning ühtlasi tagama võimaluse kasutada kvalifitseeritud õigusabi.

Euroopas tavapäraselt kasutatavast kirjalikust vormist eristub inglise õiguses rakendatav spetsiifiline kirjalik vorm (*deed*). Üldiselt piisab Inglismaal kirjaliku vorminõude täitmiseks kohustatud poole poolt allakirjutatud vastava teate või märkme (*memorandum or note*) esitamisest. Kuid lubadus ilma vastutasu lubaduseta (nt kinkelubadus) on anglo-ameerika õiguses siduv vaid koostatuna spetsiifilise kirjaliku dokumendina (*deed*). Seega lähtub selline vorminõue vastutasu lubamise doktriinist ning nõuetekohase dokumendina vormistatud lubadus on kehtiv ilma teise poole heakskiiduta või isegi tema teadmata. *Deed* kujutab endast kirjalikku dokumenti, millest selgub üheselt selle koostaja tahe käsitada seda siduva dokumendina ning allkiri sellel kinnitatakse tunnistaja poolt.²⁰⁴

Algselt oli nõutav ka selle dokumendi kinnitamine pitseriga (*document under seal*). Hiljem piisas viitest pitserile: dokumendile tuli kinnitada vastav sedelike, milliseid müüdi mistahes kirjatarvete poes, või kirjutati dokumendile tähed “*LS*” (“*locus sigilli*”) või sõna “*seal*”. Nüüdseks peetakse pitseriga kinnitust ülemääraseks ja mõttetuks nõudeks. Parlament on aktsepteerinud *Law Commission*-i soovitusel ning pitseri lisamise nõue on tühistatud (*Law of Property Act, 1989*). Koostatud dokument tuleb lubaduse andjal üle anda. Üleandmise žestiga või ka sõnadega kinnitatakse dokumendis sisalduvat tahet.²⁰⁵

²⁰² H. Kötz. *Op cit*, p 83.

²⁰³ A. S. Hartkamp. M. M. M. Tillmema. *Op cit*, p 67-68; J. Herbots. *Op cit*, sec 148.

²⁰⁴ W. T. Major. *Op cit*, p 4; O. H. Phillips. A. H. Hudson. *Op cit*, p 335; H. Kötz. *Op cit*, p 82.

²⁰⁵ M. H. Whincup. *Op cit*, p 95; J. Herbots. *Op cit*, sec 148.

Kirjeldatud tehingu vormi (*deed*, ka “*specialty*” *contract*) kõrval eristatakse n-ö lihtsat tehingu vormi (“*simple*”, “*parol*” *contract*). Sellise üldmõiste all peetakse silmas nii kirjalikke kui suulisi tehinguid. Kui tehingule on seadusest tulenevalt kehtestatud kirjaliku vormi nõue, peetakse selle all silmas ka elektroonilist vormi. Elektroonilise allkirjaga seonduvat reguleerib 2000. a vastu võetud elektroonilise suhtlemise seadus (*Electronic Communications Act*).²⁰⁶

Anglo-ameerika õigussüsteemis ja ka Põhjamaades on notariga samastatava ametiisiku institutsioon tundmatu ning neile võib tunduda selline ametiisiku järelevalve all tehingute sõlmimine paternalistlik. Inglismaal eksisteerib küll “*public notary*” ja põhjamaades “*notaries publicus*”, kuid nende põhieesmärgiks on koostada rahvusvahelise õiguse alusel dokumente, mida pooled kasutavad välismaal. “*Notary public*” all mõistetakse Ameerikas ka isikut, kes osariikide seaduste alusel vormistab teatavaid teadaandeid, avaldusi (*acknowledgements*, *sworn statements*), tõestab allkirju jms.²⁰⁷ Seega puudub anglo-ameerika õigussüsteemis notari amet selles tähenduses, nagu mõistetakse seda Mandri-Euroopas.

Eeltoodut kokku võttes võib järeldada, et vaatamata igapäevasele praktikale, kus tehingud sõlmitakse valdavalt kirjalikult, loetakse lähtealuseks ikkagi tehingute vormivabaduse põhimõtet. Nimetatud põhimõte on reeglina esitatud ka mandri-euroopa õigussüsteemi tsiviilseadustikes. Seaduses kehtestatud vorminõudeid tuleb käsitleda kui erandeid vormivabaduse üldprintsibiist. Sellised erandjuhud on seotud n-ö tähtsamate tehingutega.

Kuigi ükski õiguskord ei saa läbi vastavate vorminõuete kehtestamiseta ning viidatakse ka n-ö formalismi taassünnile, on seadusandluses üldjoontes täheldatav ikkagi liikumine vormivabaduse suunas. Üheks selliseks vormivabaduse suunas liikumise tunnusmärgiks on näiteks ka üksmeelne toetus vormivabadusele rahvusvaheliste kaubanduslepingute unifitseerimisel. Rahvusvahelistes ärilepingu printsiipide (*UNDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 1994) art 1.2 kohaselt ei ole UNDROIT sätete järgi nõutav tehingute kirjalik koostamine või tõendamine. Tehingu tõendamine on võimalik igasuguste suuliste tõenditega, kaasa arvatud tunnistajate ütlused. Analoogne üldreegel on sätestatud Euroopa lepinguõiguse printsiipide (*Principles of European Contract Law*) art-s 2.101. Nimetatud säte räägib vaid kirjalikust vorminõudest, kuid seda võib laiendada ka teistele vorminõuetele (notariaalse tõestamise vorm).²⁰⁸

²⁰⁶ M. H. Whincup. *Op cit*, p 98; O. H. Phillips, A. H. Hudson. *Op cit*, p 335.

²⁰⁷ H. Kötz. *Op cit*, p 83; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 48

²⁰⁸ Principles of International Commercial Contracts. Published by the International Institute for the Unification of Private Law (Undroit). Rome, 1994, p 7.

Süüvimine eesmärkidesse, mille tõttu vorminõudeid kehtestatakse, on oluline tehingute õiguslike tagajärgede aspektist. Vorminõude eesmärk peaks määrama tehingu õigusliku tagajärje: kas seaduse nõuete rikkumisel aktsepteeritakse siiski tehingut kehtivana või on tehingu õiguslikuks tähenduseks selle kehtetus. Siinkohal tuleb seadusandjal olla “paindlik” ning sõltuvalt vorminõude rikkumise raskusest leida tasakaal õigluse ja õiguskindluse põhimõtete vahel.

Vorminõuete kehtestamise eesmärgid on ajas muutunud. Eelkõige on nad sätestatud tehingupoolte huvides (tõenduslik eesmärk, tahtekindluse tagamine, informatsiooni andmise eesmärk), tänapäevaks on kasvanud vorminõuete tähtsustamine pidades silmas ka ühiskondlikke huve (avalikustamise eesmärk).

Levinum vorminõue on kirjalik (lihtkirjalik) vorm, kus pooled kinnitavad tehingus väljendatud tahet oma allkirjadega. Mandri-Euroopas eristatakse selle kõrval ka tehingute notariaalse tõestamise vormi, mille abil antakse pooltele täiendav usaldatavus ja garantii, arvestades seaduse alusel notarile pandud kohustusi ja õigusi. Üldjoontes on mandri-euroopa õiguskordade vorminõudeid kehtestavad sätted sarnased. Üldise õiguse eripäraks on asjaolu, et mandri-euroopa tähenduses siin notarit ei tunta.

TsÜS-is reguleerib tehingu vormi tehingute osa 4. peatükk “Tehingu vorm”. TsÜS § 77 lg 1 kehtestab üldise vormivabaduse põhimõtte ning vastab 1994. a TsÜS-i § 91 sõnastusele. TsÜS § 77 lg 1 järgi võib tehingu teha mis tahes vormis, kui seaduses ei ole sätestatud tehingu kohustuslikku vormi. VÕS § 11 kohaselt võib lepingu sõlmida suuliselt, kirjalikult või mis tahes muus vormis, kui seaduses ei ole sätestatud lepingu kohustuslikku vormi - selliselt kordab VÕS vormivabaduse põhimõtet.

Seaduses selgelt väljendatud vormivabaduse põhimõtte määrab seega suhtumise tehingu kohustuslikku vormi kehtestavatesse sätetesse – nad on erandiks üldprintsibist.

Kui seadus tehingu vormi osas ettekirjutusi ei tee, valivad lepingupooled kokkuleppel vormi, milles soovivad tehingut sõlmida. Sel juhul eeldatakse, et kokkulepitud vormile kehtivad selle vormi kohta seaduses sätestatud nõuded (TsÜS § 77 lg 2, 1994. a TsÜS § 91 lg 2).

Seaduses kehtestatud kohustuslik vorm tähendab tegelikult minimaalseid vorminõudeid, mis on seaduses antud tehingu tegemiseks sätestatud. Pooltele jääb alati võimalus teha tehing vormis, mis ületab seaduses kehtestatud minimaalseid vorminõudeid ja annab seega tehingu olemasolule ja sisu vastavusele poolte tahtega suurema garantii.²⁰⁹

²⁰⁹ R. Sõrg. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. 5 ptk. Tehingud. - Juridica 1994, nr 8, lk 196.

Tehingu vormiküsimused seonduvad tehingu sõlmimisega, aga ka selle muutmise ja lõpetamisega.

1994. a TsÜS kehtestas siinkohal imperatiivse üldpõhimõtte: tehingut saab muuta samas vormis, milles on tehing tehtud. Tehingu sõlmimisel kasutatud vormi suhtes oli tehingu muutmisel alati võimalik kasutada “rangemat” vormi: suuliselt tehtud tehingut võis muuta ka lihtkirjalikus vormis, lihtkirjalikus vormis tehtud tehingut võis muuta ka notariaalselt tõestatud vormis. TsÜS § 77 lg 3 kohaselt saab seadusega ettenähtud vormis tehtud tehingut muuta üksnes samas vormis, milles tehing on tehtud, kui seaduses ei ole sätestatud teisiti. TsÜS § 77 lg 3 sätestab ka üldreegli, mille järgi poolte kokkuleppes ettenähtud vormis tehtud tehingut saab muuta muus vormis üksnes siis, kui pooled on selles kokku leppinud. Poolte kokkuleppes ettenähtud vormis tehtud tehingu muutmise vorminõuded sätestatakse ka võlaõigusseaduses. Tulenevalt VÕS § 13 lg-st 2 kui leping on lepingupoolte kokkuleppel sõlmitud teatud vormis, ei pea seda vormi lepingu muutmisel või lõpetamisel järgima, kui lepingust ei tulene teisiti. Võrreldes TsÜS-i ja VÕS-i kui üld- ja erisätte tähenduses olevaid norme võib täheldada, et nimetatud normide reguleerimisala maht on suures ulatuses sama arvestades, et tulenevalt VÕS §-st 1 kohaldatakse võlaõigusseaduse üldosas sätestatud mitte ainult lepingutele, mis on nimetatud võlaõigusseaduses. Samuti tuleneb TsÜS § 77 lg 3 ja VÕS § 13 lg 2 sõnastusest lähenemine vastupidistest positsioonidest (reeglitest). Kui TsÜS-i järgi lähtutakse eeldusest, et lepingu muutmine toimub samas vormis kui selle sõlmimine (kui pooled pole teisiti kokku leppinud), siis VÕS-i kohaselt ei pea eelduslikult lepingu muutmine toimuma selle sõlmimisega samas vormis (kui lepingus pole teisiti kokku lepitud). Järelikult pole nimetatud normid omavahel kooskõlas ning selline puudus tuleks normide sõnastust korrigeerides parandada.

TsÜS eristab kolme vormi liiki: kirjalik vorm (TsÜS § 78), notariaalne kinnitamine (TsÜS § 81) ja notariaalne tõestamine (TsÜS § 82).

Sisuliselt kattuvad sätestatud vorminõuete liigid Saksa tsiviilseadustiku vastavate reguleeringutega - kirjalik vorm (*BGB § 126*), avalik tõestamine (*BGB § 129*), notariaalne tõestamine (*BGB § 127, 128*). Selline vorminõuete järjekord näitab ka nende karmistamise suunda. Avalikuks tõestamiseks on vajalik kirjalikus tahteavalduses avaldaja allkirja notari poolt tõestamine, millel on erinev tähendus võrreldes tehingu notariaalsest tõestamisega.

TsÜS § 78 esitab nõude tehingu kirjalikule vormile: tehingudokument peab olema tehingu teinud isikute poolt omakäeliselt allkirjastatud, kui seaduses ei ole sätestatud teisiti. VÕS

kordab lepingu kirjalikule vormile esitatavaid nõudeid alljärgnevalt - VÕS § 11 lg 4 järgi loetakse kirjalik leping sõlmituks, kui lepingupooled on lepingudokumendi allkirjastanud või vahetanud kummagi lepingupoole poolt allkirjastatud lepingudokumendid või kirjad. Kui saksa õiguses on nõutav omakäeline nimeline allakirjutamine (tulenevalt *BGB § 126 lg-st 1*), siis TsÜS-i järgi piisab omakäelisest allkirjast. Allkirjana mõistetakse omakäeliselt kirjutatud perekonnanime teksti all.²¹⁰ Eelduslikult sisaldub seega allkirjas isiku perekonnanimi, mistõttu reeglina võib *BGB § 126 lg-st 1* tulenevat allkirja “nimelisuse” nõuet pidada ülearuseks. Allkirja loetakse isiksuse väljenduseks ning tulenevalt Eesti Vabariigi põhiseaduse §-st 19 ei saa allkirja kirjutamisele esitada ülearu rangeid nõudmisi. Esmatähtis pole, et allkirjas sisalduks täielik isiku perekonnanimi, oluliseks tuleb pidada asjaolu, et allkiri oleks allakirjutaja individuaalse allkirjana äratuntav. Allkirja andnud isiku huvi on, et allkirja järgi oleks tema identsust kerge tuvastada. Seega, kui isik kasutab erinevaid allkirju, väga lihtsustatud või lühendatud allkirju jms, jääb tema kanda risk, et seeläbi on allakirjutaja identsuse tuvastamine raskendatud.

TsÜS § 78 lg 2 järgi loetakse allkirja mehhaanilisel teel jäljendamine omakäelise allkirjaga võrdseks juhul, kui selle kasutamine on käibes tavaline ja teine pool viivitamata ei nõua omakäelist allkirja. Saksa õiguses ollakse allkirja mehhaanilise jäljendamise suhtes konservatiivsemad: saksa õiguses ei piisa ka allkirja mehhaanilisest teostusest või paljundamisest fotokoopia tegemise abil vms, niivõrd kui see ei ole massilise kirjaliku käibe juhtudel sõnaselgeslt seadusega lubatud.²¹¹ Seega kaitstakse saksa õiguses rangelt õiguskindlust, TsÜS § 78 lg 2 lähtub dispositiivsuse põhimõttest ning õiguskindluse tagamine on sõltuv tehingupoole käitumisest (õigus nõuda omakäelist allkirja). Selline lähenemine tundub mõistlik ja soodustab õiguskäivet.

TsÜS § 80 järgi loetakse tehingu kirjaliku vormiga võrdseks tehingu elektrooniline vorm, kui seaduses ei ole sätestatud teisiti. Arvestades pidevalt kasvavat suhtlust arvutivõrgu kaudu, on tehingu elektroonilise vormi reguleerimine siinkohal mõõdapääsmatu ja vajalik. Seadus sätestab üldpõhimõtted, mille järgimisel on võimalik elektroonilisel teel tehtud tahteavalduse ja tehingu võrdsustamine kirjalikus vormis tehtud tehinguga: elektroonilise vormi järgimiseks peab tehing olema tehtud püsivat taasesitamist võimaldaval viisil, sisaldama tehingu teinud isikute nimesid ja olema tehingu teinud isikute poolt elektrooniliselt allkirjastatud (TsÜS § 80

²¹⁰ Allkirjana kirjutatakse kas ainult oma perekonnanimi, perekonnanimi koos eesnime esimese tähega või tähtedega, harvemini koos eesnimega. Kasutatav on ka paraaf (nimeinitsiaalid, allkirja lõpu- e ehisjoon) kui lihtsustatud ja lühendatud allkiri. – Vt H. Lindmäe. Kriminallistika. Tallinn, 1976, lk 187, 189.

²¹¹ H. Köhler. *Op cit*, lk 191.

lg-d 1 ja 2). Keskseks mõisteks on siinkohal "elektrooniline allkiri", mis peab TsÜS § 80 lg-st 3 tulenevalt olema antud viisil, mis võimaldab allkirja seostada tehingu sisu, tehingu teinud isiku ja tehingu tegemise ajaga. Elektroonilise allkirja isikule omistamise ja allkirja andmise kord sätestatakse seaduses. Elektrooniliseks allkirjaks on ka digitaalallkiri ning selle kasutamiseks vajalikud tingimused sätestatakse digitaalallkirja seaduses.²¹²

Kirjalikku taasesitamist võimaldavat vormi täpsustatakse TsÜS § 78 lg-s 3. Seaduse kohaselt võib kirjaliku lepingu puhul lepingust tulenevad kirjalikud tahteavaldused edastada ka muul viisil, mis võimaldab edastatud tahteavaldust kirjalikult taasesitada. Kui seaduses on sätestatud tehingu kirjalikku taasesitamist võimaldav vorm, peab tehing TsÜS § 79 järgi olema tehtud püsivat kirjalikku taasesitamist võimaldaval viisil ja sisaldama tehingu teinud isikute nimesid, kuid ei pea olema omakäeliselt allkirjastatud. Seega kujutab kirjalikku taasesitamist võimaldav vorm n-ö "vahepealset" vormi suulise ja kirjaliku vormi vahel: sellisel vormil on nii suulisele- (puudub allkiri), kui kirjalikule (tekst on kirjalikul kujul olmas) vormile omased tunnused.

Tehingu kirjalikku vormi asendab tehingu notariaalne tõestamine või notariaalne kinnitamine (TsÜS § 78 lg 4). TsÜS §-des 81 ja 82 sätestatud tehingu notariaalse kinnitamise ja notariaalse tõestamise mõisted vastavad avliku tõestamise ja notariaalse tõestamise mõistele *BGB* tähenduses.

Kui seaduses on sätestatud tehingu notariaalne kinnitamine, peab TsÜS § 81 lg 1 kohaselt tehingudokument olema kirjalikult koostatud ning tehingu tegija allkiri notari poolt kinnitatud (säte on analoogne *BGB* § 129 lg-ga 1). Seaduses sätestatud juhtudel võib allkirja tehingudokumendil kinnitada notari asemel ka muu isik. Seega on allkirja notariaalse kinnitamise üldmõisteks avalik kinnitamine, kuna allkirja tõestamise õigus võib olla seadusega antud ka teistele isikutele kui notarid (2000. a vastuvõetud notariaadiseaduse (NotS)²¹³ § 53 kohaselt näit valla- ja linnasekretärid). Tehingu notariaalset kinnitamist asendab tehingu notariaalne tõestamine, aga mitte vastupidi. Notariaalse tõestamisega kaasnevad seaduses sätestatud sisulised toimingud. Tulenevalt TsÜS §-st 82 peab seaduse või poolte kokkuleppega ettenähtud juhtudel tehing olema notariaalselt tõestatud. Tehingu notariaalse tõestamise õigus on Eesti notaril, seaduses sätestatud juhtudel on tehingu notariaalse tõestamise õigus notari asemel ka muul isikul.

²¹² Vastu võetud 6. detsembril 2000. a - RT I 2000, 26, 150.

²¹³ Vastu võetud 6. detsembril 2000. a - RT I 2000, 104, 684.

Tõestamisseaduse (TõestS)²¹⁴ § 1 lg 3 kohaselt on tõestamistoimingu vormiks notariaalne tõestamine (edaspidi *tõestamine*) ja notariaalne kinnitamine (edaspidi *kinnitamine*). Tegemist on nii sisult kui vormilt erinevate toimingutega. Seega pole vahe "tõestamise" ja "kinnitamise" vahel pelgalt semantiline, mis puudutaks vaid notari töö vormilisi nüansse.

Tehingu ja tahteavalduse tõestamiseks koostab notar seaduses sätestatud korras notariaalakti (TõestS § 6 lg 1). Analoogselt saksa tõestamisseadusega tuleb tehingu tõestamiseks notariaalakt notari juuresolekul osalejatele ette lugeda, nende poolt heaks kiita ning osalejate ja notari poolt omakäeliselt allkirjastada (TõestS § 13 lg 1). Tõestamisseadus kehtestab tehingu tõestamisel notarile selgitamis- ja kontrollikohustuse (TõestS 2 ptk, 3 jagu). Tõestamistoimingute puhul kinnitamise vormis teeb notar asjaolu notariaalseks kinnitamiseks seaduses sätestatud korras notariaalmärke (TõestS § 38). Notariaalse kinnitamise puhul TõestS § 39 järgi kinnitab notar allkirja üksnes juhul, kui allkiri on antud või omaks võetud tema juuresolekul. Allkirja omaksvõtmist kinnitab selle andja vastaval dokumendil notari juuresolekul antud omakäelise allkirjastatud märkusega (TõestS § 39 lg 1). Dokumenti, millel olevat allkirja kinnitatakse, kontrollib notar vaid selleks, et välja selgitada võimalik alus ametitoimingust keeldumiseks (TõestS § 39 lg 2). Refereeritud seadusesätetest ilmneb kahe tõestamistoimingu erinev tähendus, notariaalsele tõestamisele esitab seadusandja tunduvalt rohkem nõudmisi.

1994. a TsÜS § 92 lg 1 eristas kirjaliku vormi alaliikidena lihtkirjalikku või notariaalselt tõestatud vormi. Kirjalikus vormis tehtud tehingule kirjutavad alla tehingu teinud isikud. Seaduses sätestatud juhtudel peab allkiri olema notariaalselt tõestatud (1994. a TsÜS § 92 lg 2). Notariaalne tõestamine oli üldmõiste, mis hõlmas tõestamisseaduses käsitletava tehingu tõestamise ja tehingu kinnitamise mõiste (tõestati nii tehingu sisu kui ka allkirja). Seega on erinevatele vormi liikidele esitatavad nõuded kehtivas seaduses võrreldes varasemate reguleeringutega täpsemalt sisustatud ning terminoloogiliselt eristatud. Arvestades terminite "tõestamine" (õigeaks tunnistamine) ja "kinnitamine" (kindlaks tegemine) tähendust, annavad nad selliselt õigesti edasi ka tehtud toimingu sisu.

Kokkuvõtvalt võib märkida, et kirjalikule vormile esitatud nõuded on TsÜS-is kaasajastunud, vastavad paragrahvid on koostatud käibes toimivat praktikat arvestades ja täpsustavad oluliselt 1994. a TsÜS-i kirjaliku vormi kohta sätestatud. Võrreldes eeskujuna kasutatud *BGB* vastavaid

²¹⁴ Vastu võetud 14. novembril 2001. a - RT I 2001, 93, 564.

õigusnorme (aga ka teisi mandri-euroopa tsiviilseaduste sätteid), paistab TsÜS silma liberaalsema ja kaasaegsema lähenemisega.

Nagu enamikes mandri-euroopa õiguskordades, kajastatakse lepinguvabaduse üldpõhimõtte seaduses. Vorminõudeid puudutavate muudatuste lähtealuseks on olnud eelkõige saksa õigus, kus eristatakse n-ö kolme kohustusliku vorminõude tüüpi (kirjalik vorm, notariaalne tõestamine, notariaalne kinnitamine). Ka tõestamisseaduse regulatsioon toetub saksa sellekohasele seadusandlusele. Nagu teisteski mandri-euroopa õiguskordades, on ka eesti õiguses notaril oluline roll õiguskindluse tagamisel ning seaduses sätestatakse notari selgitamis-, kontrolli- ja nõustamiskohustus.

TsÜS § 80 ja digitaalallkirja seaduse (DAS) näol on loodud õiguslik baas uudse elektroonilise vormi igapäevaseks kasutamiseks. Hinnang vastavatele sätetele (samuti elektroonilise vormile üldse õiguskindluse aspektist) kujuneb selle rakendamise praktika käigus.

Senini on elektroonilise vormi rakendamisel probleeme tekitanud sellise vormi kasutamiseks vajalikud tehnilised võimalused: digitaalsel teel saadetud dokumendi vastuvõtmist takistab eelkõige ametiasutustes vastava tarkvara puudumine.²¹⁵ Elektroonilise vormiga seonduvalt on kohtusse jõudnud ka esimesed vaidlused. Tallinna Ringkonnakohtu halduskolleegiumi hiljutises määruses rõhutatakse asjaolu, et digitaalallkiri on Eestis tavaallkirjaga võrdsustatud. Kohus tugines DAS § 3 lg-le 1 ja §-le 43 ning märkis, et kohtumenetluse seadused ei sätesta, et protsessitoimingutes ei tohi kasutada ka digitaalselt allkirjastatud dokumente. Seega puudus halduskohtul seaduslik alus nõuda digitaalallkirja asemel omakäelise allkirjaga varustatud paberdokumendi esitamist.²¹⁶ Selline pretsedent välistab edasised kõhklused digitaalallkirja kasutamise suhtes ning loodetavasti kiirendab selle kasutamist võimaldava tarkvara installeerimist ametiasutustes.

²¹⁵ Vt lähemalt: H. Roonemaa. Pretsedent seadustas digiallkirja kasutamise. - Postimees, 26. juuni 2003.

²¹⁶ Tallinna Ringkonnakohtu halduskolleegiumi 12. juuni 2003. a määrus AS Valga Külmvagunite Depoo (pankrotis) erikaebuses Tallinna Halduskohtu 17. märtsi 2003. a määruse peale haldusajlas nr 3-366/2002 apellatsioonkaebuse tagastamise kohta, 2-3/466/03.

3.2. Vorminõudeid eiravad tehingud

Seaduses sätestatud vorminõuete eiramine toob erinevates õigussüsteemides õigusliku tagajärjena valdavalt kaasa tehingu tühisuse või jõustumatuse (*unenforceability*), teatud juhtudel loetakse selline tehing kehtivaks, kuid tema suhtes kohaldatakse muid sanktsioone.

Enamik mandri-euroopa tsiviilseadustikke püüab kaitsta lepingupoolt ebamõistliku kiirustamise eest tähtsate ja riskantsete lepingute sõlmimisel, sisaldades üldsätte, mille kohaselt loetakse tehing tühiseks, kui sellel puudub seaduses ettenähtud vorm - *BGB § 125, OR art 11, BW art 3:39*.

Analoogse normi leiab näiteks ka Kreeka tsiviilkoodeksis (*art 159(1)*), Hispaania tsiviilkoodeksis (*art 1325 no 4*), Portugali tsiviilkoodeksis (*art 220*), Poola tsiviilkoodeksis (*art 73(1)*) ja Ungari tsiviilkoodeksis (*art 217(1)*)²¹⁷

Germaani õigusperekonna õiguskordades on vääramatuks reegliks, et seaduses kehtestatud tehingu vorminõuete rikkumine toob kaasa tehingu tühisuse isegi siis, kui on tõendatav, et lubadus tehingu sõlmimiseks anti või tegelikkuses pooled vaidlusaluse tehingu sõlmisid. Sellise range sanktsiooni kehtestamise põhjuseks on eelkõige seadusandja soov kindlustada, et tehingus väljendatu kajastaks tehingupoolte tõsist tahet ning tõendamise lihtsustamise eesmärk pole siin esmatähenduslik, nagu see on romaani õigusperekonnas.²¹⁸

Säte, mille kohaselt loetakse tühiseks tehing, kui sellel puudub seaduses ettenähtud vorm, on paigutatud Saksa tsiviilseadustiku (*BGB § 125*) ja Šveitsi kohustiste koodeksi (*OR art 11*) üldossa. Täpsemad konkreetsete tehingute vorminõuded (kirjalik vorm, avalik tõestamine ja notariaalne tõestamine) on esitatud tsiviilseadustike erinevaid tehinguid käsitlevates osades, kuna vorminõuded varieeruvad sõltuvalt poolte kaitse vajadusest erinevates tehingutes. Arvestades germaani õigusperekonnas vorminõude kehtestamisel esile tõstetud isikute tahte tõsiduse kinnitamise eesmärki on selline vorminõuete reguleerimine tsiviilseadustikes loogiline. Romaani õigusperekonnas, kus esiplaanile on vorminõuete kehtestamisel seatud tõendamise lihtsustamise eesmärk, piisab üldklausli kehtestamisest, mille kohaselt on keelatud tõendada tunnistajate ütlustega tehingute sõlmimist, mille väärtus ületab 50 franki (*Code Civil art 1341*).

²¹⁷ H. Kötz. *Op cit*, p 86.

²¹⁸ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 52.

Pooled ei saa *BGB* §-s 125 sätestatud eirata ning käsitada vormi tõttu tühist tehingut üksmeelselt kui kehtivat tehingut. Samuti tuleb tühisust arvesse võtta kohtul. Tulenevalt *BGB* §-st 141 peavad pooled, kui nad soovivad, et vormi tõttu tühisel lepingul oleks õiguslik toime, lepingu vorminõuet arvestades lepingu uuesti sõlmima.

Seadusandja on erandlikel juhtudel näinud siiski ette vormivea kõrvaldamise võimaluse. Nii on see kinkimislubaduse (*BGB* § 518 lg 2) ja käenduse (*BGB* § 766) puhul võimalik lubatud toimingute tegemisega. Selliste vormiviga kõrvaldavate sätete eesmärgiks on, et täitmise vabatahtlikkust silmas pidades toimiks vorminõude hoiatusfunktsioon. *H. Köhleri* selgituste kohaselt pole teistel vormist tingitud tühisuse juhtudel seadusandja teadlikult ette näinud vormivea kõrvaldamist. Õigusemõistmine pole põhimõtteliselt tunnustanud, et vormivea kõrvaldamist lubavates erisätetes nähtaks üldist põhimõtet. Seevastu teoreetilises kirjanduses tunnustatakse vormivea kõrvaldamist lähtudes vorminõude kehtestamise eesmärgist, ka teistel juhtudel.²¹⁹ Selline seadusandja käsitus vormivea kõrvaldamisest kui erandist kinnitab seega *BGB* §-s 125 sätestatud kui üldjuhul vankumatut üldreeglit. Võib järeldada, et kirjeldatud põhimõte välistab erinevatele olukordadele “paindliku” lähenemise. Tundub, et vorminõuetele antakse siin ülearu otsustav tähendus tehingu kehtivuse üle otsustamisel. Enam on realiseeritud õiguskindluse põhimõtet ning õigluse põhimõte on jäetud kõrvale. Ei saa siiski väita, et *BGB* §-s 125 sätestatud õigusliku tagajärje “korrigeerimine” on täiesti välistatud: “paindlikku” lähenemist võimaldab saksa õiguses sätestatud hea usu põhimõtte (*BGB* § 242) rakendamine. Nimetatud põhimõtte kohaldamine tundub siiski problemaatiline, kui vorminõue on kehtestatud väga rangeid eesmärke ja põhjusi silmas pidades (notariaalne vorm).

Kirjalik vorm on saksa õiguses kehtestatud näiteks kinnisasja üürilepingutele (*BGB* § 566) ja käenduslepingutele (*BGB* § 766). Notariaalse tõestamise nõue on ettenähtud kinnisasja müügilepingutele: *BGB* § 313 järgi on leping, millega üks pool kohustub kinnisomandi üle andma või omandama, olema notariaalselt tõestatud. Tulenevalt *OR art-st* 216 on tehingud kinnisomandiga kehtivad vaid sõlmituna notariaalselt tõestatud vormis.

Üldse on spetsiaalsete vorminõuete kehtestamine kinnisasjade müügilepingutele omane paljudele õiguskordadele. Selle põhjuste selgitamine on aga komplitseeritud. Kinnisasja müügiga seonduvad alati suured rahasummad, kuid mitte ainult. Suured on ka näiteks osade ja aktsiate, samuti lennukite, laevade ning teiste väärtuslike vallajasjade müügiga üleantavad rahasummad. *H. Kötz* leiab, et siiski võib kinnisasja ostu või müüki pidada tavainimese elus

²¹⁹ *H. Köhler. Op cit*, lk 192-193.

tähtsamaks tehinguks, mis tavapäraselt sõlmitakse elu jooksul suhteliselt harva. Seadusandja on pidanud mõistlikuks pakkuda siinkohal kaitset nõrgemale poolele: notariaalse vorminõude kehtestamine tagab kinnisvaramaakleri suhtes nõrgemale lepingupoolele kaitse ning võimaldab õigusosalast konsulteerimist. Saksamaal tõendab omandiõigust kinnistusraamatu kanne, kusjuures kande tegemise aluseks on vajalik esitada kirjalik kinnisasja müügi ja üleandmise leping.²²⁰ Nimetatud põhjustega tuleb nõustuda. Üldreeglina seonduvad suured rahasummad just kinnisvaraga, mistõttu peaksid neile laienema karmimad vorminõuded (notariaalne tõestamine). Vallasasjade väärtus ei pruugi olla väiksem, kuid ilmselt tuleb põhjuseid otsida ajaloost. Kinnisasjade (seega maa) kuuluvusel on olnud ühiskonnas alati eriline tähendus ja mõju. Riigi oluliseks tunnuseks on talle kuuluv maa-ala ja selle asukoht on riigile strateegiliselt tähtis. Maal on selle omanike jaoks püsivam tähendus. Seega on tehingutel maaga ühiskonnas alati olulisem kaal. Hinnaliste vallasasjade tekkimine (laevad, lennukid jne) seostub ajaloos suhteliselt uuema ajaga. Ilmselt on otstarbekas siiski säilitada üldreegel tehingutele kinnisvaraga, selle asemel, et määratleda konkreetne tehingusumma, millest alates rakendatakse karmimaid vorminõudeid kõikidele tehingutele, s.h tehingutele vallasasjadega.

Austrias on erinevalt Saksamaa ja Šveitsi reguleeringutest kinnisasja suuline müügileping pooltele siduv, kuid notariaalne dokument tuleb koostada omandiõiguse registreerimiseks vastavas registris (*ABGB § 432*) ning suuline tehing annab ostjale õiguse nõuda müüjalt koostööd sellise dokumendi koostamiseks. Ilmselt poleks ka austria õiguses ülemäärane kinnisasja müügilepingu notariaalse tõestamise nõue. Arvestades, et vaid notariaalne dokument on aluseks kinnisasja omandiõiguse muudatuse registreerimisele sellekohases registris, oleks mõistlik notari selgitamis-, kontrolli- ja nõustamiskohustust silmas pidades kehtestada notariaalse tõestamise nõue ka omandiõiguse üleminekule eelnevale kinnisasja müügilepingule. Notariaalse tõestamise nõue on ette nähtud reeglina ühekülgsetele tehingutele, nagu kinge. Austria ja Saksa õiguse kohaselt on kinkelepingu kehtivuseks nõutav lubaduse notariaalne tõestamine (*BGB § 518*). Suhteliselt tavapäratute ühekülgsete tehingute puhul on eriti oluline tuvastada, et vastutasuta lubadus on tõesti tõsiselt soovitud ja järelemõeldult tehtud. Šveitsis on kinkelepingud kehtivad sõlmituna kirjalikus vormis, kuid kinnisasja kinge seevastu nõuab notariaalset tõestamist (*OR art 243*). Seadusandja erilise tähelepanu all on ka tagatislepingud, kus tagatise andjat koormavad reeglina suured riskid. Sooviga kindlustada, et tagatise andja kaaluks oma tahte tõsidust ja võetavaid riske, on seadusandja kehtestanud tagatislepingutele kirjaliku vormi nõude (*BGB § 766, OR § 493, Kreeka tsiviilkoodeksi art 849 sent 1*). Lähtudes

²²⁰ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 52; H. Kötz. *Op cit*, p 89.

vorminõuet sätestades nõrgema poole kaitse eesmärgist, ei esitata seda vorminõuet isikute suhtes, kellel on vastav äriline kogemus ning kes seetõttu kaitset ei vaja. Austria ja saksa õiguses on sõlmitud suuline tagatisleping kehtiv, kui tagatise andja tegutseb äritegevuse raames. Saksa kaubanduskoodeksis (*Handelsgesetzbuch § 350*) sätestatud taolisi ärimeeste suhtes rakendatavad erireegleid ei tunta šveitsi²²¹ ega taani õiguses.²²² Sellist ärimeeste kui professionaalide ja äritegevusega mitteseotud isikute eristamist tagatislepingutele vorminõuete kehtestamisel võib lugeda põhjendatuks. Õiguskäibe soodustamise eesmärki arvestades on ülemäärane kaitsta tagatise andmisega kaasnevate riskide eest isikuid, kes sõlmivad tagatislepinguid suhteliselt tihti oma igapäevase äritegevuse raames ning omavad selleks ärilist kogemust.

Põhjamaade õiguses on samuti üldreegliks, et enamus tehinguid sõlmitakse “vabas vormis”. Vaid üksikud seadusesätted esitavad pooltele kohustuse sõlmida tehing kirjalikult. Vorminõude järgimata jätmisel loetakse tehing tühiseks. Kirjaliku vormi nõue on eelkõige kehtestatud kinnisasja müügilepingutele, kui “majanduslikult tähtsamatele” tehingutele. Vorminõude sätestamise tõendusliku tähenduse kõrval rõhutatakse ka avaliku huvi aspekti. Omandisuhetes selguse kindlustamise eesmärgil kajastatakse kinnisvaratehingud avalikus registris.²²³

Prantsuse tsiviilkoodeks ei sätesta üldprintsipi, mille kohaselt tehing, millel puudub seaduses ettenähtud vorm, on tühine.

Vorminõuete rikkumine võib kaasa tuua kahesugused tagajärjed. Romaani õigusperekonda kuuluvad õiguskorrad järgivad reeglina Prantsuse tsiviilkoodeksi mudelit ning eristavad juhtumeid, mil vorminõuete järgimine on eelduseks tehingu kehtivusele (“*à peine de nullité*”, *ad solemnitatem*) ja juhtumeid, mil sellised tehingud jäävad küll kehtima, kuid nende olemasolu ei saa kohtus tõendada või saab seda teha piiratud tõenditega (“*il n’est reçu aucune preuve par témoins*”, *ad probationem*). Praktikas pole sellisel eristamisel suurt vahet: kui tehing on tühine vorminõude rikkumise tõttu, käsitatakse seda kui mitte eksisteerivat, kuid tehing, mis on kehtiv, aga “tõendamatu”, võib olla vastutava poole poolt tunnustatav.²²⁴

²²¹ Šveitsi kohustiste koodeksi (*OR art 493*) kohaselt peab tagatisleping summas üle 2 000 frangi, kus tagatise andjaks ei ole äritegevusega seotud isik, olema sõlmitud notariaalselt tõestatud vormis. Tagatav summa peab olema kirjutatud lepingusse tagatise andja poolt isiklikult ning numbriliselt väljendatud summale tuleb lisada ka selle sõnaline väljendus lihtsustamaks lepingus märgitud summa tuvastamist, samuti isiku tuvastamist käekirja järgi. Tagatislepingu, kus tagatise summa on 2 000 franki või alla selle, kehtivuseks piisab kirjaliku vormi nõude järgimisest.

²²² H. Kötz. *Op cit*, p 87.

²²³ J. Pöyhönen. *Op cit*, p 88; M. H. Whincup. *Op cit*, p 109.

²²⁴ J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker. *Op cit*, p 329; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 48.

Juhtumel, mil vorminõude järgimine on eeltingimuseks tehingu kehtivusele, on kehtestatud vorminõudeks alati notariaalse akti koostamise nõue. Sellised tehingud on näiteks hüpoteek (*contrat d'hypothèque, Code Civil art 2127*), ehitatava hoone müük (*vente d'immeubles à construire, Code Civil art 1601-2*), kinge (*Code Civil art 931, Codice Civile art 782*) ja abieluleping (*Code Civil art 1394, Codice Civile art 162*). Itaalia tsiviilkoodeks on siinkohal Prantsuse tsiviilkoodeksiga võrreldes konkreetsem, esitades tehingute loetelu, mis peavad olema kirjalikus vormis. Seejuures märgitakse, et tehing on tühine, kui seda vormi ei järgita (*Codice Civile art 1350*). Taoliste tehingute hulka loetakse näiteks ka kinnisasja üleandmise tehingud ning kinnisasja rendilepingud tähtajaga üle üheksa aasta. Tehingud kinnisasjadega kajastatakse avalikus kinnisvararegistris (*Codice Civile art 2643*).²²⁵

Tehinguid, mille vorminõuete järgimine on eeltingimuseks tehingu kehtivusele, esineb praktikas vähe. Romaani õigusperekonna õiguskorrad lähtuvad üldreeglist, mille kohaselt vorminõude järgimata jätmisel loetakse tehing kehtivaks, kuid piiratakse tehingu olemasolu tõendamise võimalusi.

Tehingu tõendamatusel kui vorminõude eiramise õiguslikul tagajärjel on protseduuriline olemus, samas kui tehingu tühisust käsitletakse sisulise tähendusega õigusliku tagajärjena (vrld ka - tehingu tühisus saksa õiguses, kui sisuline sanktsioon). Tehingu tõendamatus, kui vorminõude rikkumise õiguslik tagajärg tuleneb ajalooliselt kujunenud vorminõude kehtestamisele seatud tõenduslikust eesmärgist.²²⁶

Tõendusliku tähendusega õiguslik tagajärg kaasneb *Code Civil art-s 1341* kehtestatud nõude rikkumisega. Nimetatud sätte järgi peavad tehingud summas üle 5 000 frangi²²⁷ olema kirjaliku eradokumendi (*“acte sous seing privé”*) või notariaaldokumendi (*“acte notarié”*) vormis. Vorminõuete mittejärgimisel on keelatud tehingu tõendamine tunnistajate ütlustega (*“il n'est reçu aucune preuve par témoins”*).

Paljud tsiviilkoodeksi ja teiste seaduste erinormid sätestavad tehingu konkreetse vormi, viidates *Code Civil art-le 1341* va kui sätestatud vorminõude mittejärgimise tagajärjeks on tehingu tühisus. Seega nõude esitamisel tulenevalt tehingust, mille kohta pole koostatud kirjalikku dokumenti ja mida kostja ei tunnista, jätab kohus nõude rahuldamata, kuna tehingu tõendamisel ei saa arvestada tunnistajate ütlustega.²²⁸

²²⁵ M. Sheridan, J. Cameron. *Op cit*, p 49; J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker. *Op cit*, p 329; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 48-49.

²²⁶ J. Herbots. *Op cit*, sec 154; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 47.

²²⁷ Arvestades inflatsiooni, näeb art 1341 ette väärtuselise summa suuruse muutmise. Viimati fikseeritud summa - 5 000 franki, kehtib 15. juulist 1980 - Vt H. Kötz. *Op cit*, p 83.

²²⁸ J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker. *Op cit*, p 329; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 49-50.

Analoogne säte sisaldub Prantsuse tsiviilkoodeksi eeskujul ka teistes romaani õigusperekonna tsiviilseadustikes – Belgia tsiviilkoodeksi *art-s 1341* (tehingutele summas üle 3 000 Belgia frangi), Itaalia tsiviilkoodeksi *art-s 2721* (tehingutele väärtusega üle 5 000 liiri), Hispaania tsiviilkoodeksi *art-s 1280(2)* (tehingutele väärtusega üle 1 500 peseeta), Poola tsiviilkoodeksi *art-tes 74 ja 75* (tehingutele väärtusega üle 10 000 zloti).²²⁹

Sätetatud üldreeglist on *mitmeid erandeid*. Näiteks pole tehingu tõendamiseks tunnistajate ütluste kasutamine välistatud, kui selline suuline tehing on kostja poolset arvestades või mõlemapoolselt kaubandusleping (*Code Civil art 1341 (2)* koosmõjus *Code de Commerce art-iga 109*): kui kostja laenab oma äritegevuse raames raha, siis olenemata sellest, kas laenu andja on tegev äritegevuses või mitte, võib ta laenu andmise tõendamiseks kasutada tunnistajate ütlusi. Erand tehakse siin majanduslikel eesmärkidel, kuna äritegevusele iseloomuliku kiiruse tõttu oleks äritegevust takistav sundida ärimehi sõlmima kõiki lepinguid kirjalikult.²³⁰

Tähtsaim erand *Code Civil art-s 1341* sätetatud üldreeglist seisneb selles, et tunnistajate ütlused on tehingu tõendamiseks arvestatavad juhul, kui tehingu poolel on esitada mingigi kirjalik dokument (*“commencement de preuve par écrit”*), mis tõendaks suulise tehingu sõlmimist (*Code Civil art 1347*). Analoogne säte on kehtestatud Itaalia tsiviilkoodeksis (*art 2724 no 1*) ja Poola tsiviilkoodeksis (*art 74(2)*). Selline vastaspoole poolt allkirjastatud dokument ei pea vastama kehtestatud kirjaliku eradokumendi (*“acte sous seing privé”*) nõuetele (nt nõue, et dokument peab olema koostatud poolte arvule vastavates eksemplarides). Näiteks laenuandja võib laenu tagasinõudes suulise tehingu tõendamiseks tugineda tunnistajate ütlustele, kui tal on kohtule esitada kiri, milles laenuvõtja tänab teda tehtud laenu eest ning sellest võib järeldada, et dokument kinnitab suulise lepingu sõlmimist. Kirjeldatud kirjaliku dokumendi olemasolu eeldatakse, kui kohtusse kutsutud vastaspool kohtusse ei ilmu või annab põiklevaid vastuseid, millest võib järeldada, et suuline tehing poolte vahel siiski sõlmiti (*Code Civil art 1347 (3)*).²³¹ *“Commencement de preuve par écrit”* on kohtute poolt nii laialt tõlgendatud, et praktikas on *art 1341* kaotanud oma mõjujõu. Nii ei nõutagi enam alati kirjalikku dokumendi esitamist ja mõned kohtud rahulduvad ka ütluste lindistusega.²³²

Erand *Code Civil art-s 1341* sätetatud üldreeglist seisneb ka asjaolus, et tunnistajate ütlustega tehingu tõendamine on lubatav, kui tehing sõlmiti kirjalikult, kuid see pole enam faktiliselt hageja valduses temast mitteolenevatel põhjustel või kui sellise dokumendi hankimine pole

²²⁹ H. Kötz. *Op cit*, p 84.

²³⁰ M. H. Whincup. *Op cit*, p 106; H. Kötz. *Op cit*, p 84

²³¹ B. Nicholas. *Op cit*, p 61; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 50, H. Kötz. *Op cit*, p 84-85.

²³² K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 50.

võimalik teatavatel eetilistel kaalutlustel (*Code Civil art 1348*). Nii peetakse abikaasade, vanemate ja laste või tööandja ja töövõtja vahel sõlmitud tehingute puhul taktitundetuks ja ebaviisakaks nõuda ettevaatusabinõuna kirjalikku dokumenti. Seadus tunnistab selliste eetiliste kaalutluste olemasolu ning lubab neil juhtudel kasutada tehingu tõendamiseks tunnistajate ütlusi.²³³

Kokkuvõtvalt võib järeldada, et praktikas jääb *art 1341* "jäigast" reguleeringust väga vähe järele. Väljendatakse arvamust, et Prantsusmaal leiavad kohtud alati võimaluse tunnistajate ütluste arvestamiseks tehingu tõendamisel, kui on usutav, et suuline tehing poolte vahel sõlmiti. Näiteks Itaalias on kohtunikele sõnaselgelt antud volitus otsustamaks selle üle, kas arvestada tunnistajate ütlustega või need tagasi lükata. *Codice Civile art 2721(2)* täiendab Prantsuse tsiviilkoodeksi *art-s 1341* sätestatut, lubades kohtul arvestada tunnistajate ütlustega, kui kohus peab seda mõistlikuks "lähitudes poolte või tehingu loomusest (olemusest) või teistest tingimustest". Kuivõrd *art 1341* kehtestamise algsetel põhjustel (tõendamisfunktsioon) ei ole enam sellist tähendust kui varasematel aegadel, arutletakse selle säilitamise vajaduse üle. Ainsaks õigustuseks sätte olemasolule on julgustada isikuid sõlmima siiski kirjalikke tehinguid. Pealegi on kirjaliku tehingu sõlmimine mõistlik, sest tunnistajate ütlused tehingu sõlmimise kohta võivad olla ka mitteusaldatavad.²³⁴

Prantsuse õiguses saab kinnisasja müügilepinguid sõlmida vormivabalt, praktikas sõlmitakse üldiselt aga sellised tehingud kirjalikult või notariaalselt tõestatult. *Code Civil art 1583* kohaselt on suulised kinnisasja müügilepingud kehtivad. Loomulikult tuleb arvestada *art-s 1341* sätestatuga, kuid selles suhtes on erandiks "*commencement de preuve par écrit*", näiteks kiri, milles müüja informeerib notarit tehingust ja palub koostada vastava dokumendi. Eelõeldu kehtib vaid pooltevahelistele suhetele. Järelikult kinnisasja edasimüümisel saab esimene ostja oma õigusi kaitsta vaid juhul, kui omand on registreeritud. Registreerimine on omakorda võimalik notariaalse müügilepingu esitamisel (*Decree no 55-22 of 4 January 1955, art 4(1)*). Seega on otstarbekohane ikkagi notariaalse müügilepingu sõlmimine.²³⁵ *Code Civil art 1326* kehtestab kirjaliku vormi nõude tagatislepingutele (*cautionnements*). Analoogselt reguleeringutega germaani õigusperekonnas on kehtiv suuline tagatisleping, kui tagatise andja tegutseb äritegevuse raames (*Code de Commerce art 109*). Hollandis on kirjalik vorm nõutav vaid juhul, kui isik annab tagatise eraisikuna väljaspool äri- või kutsetegevust (*BW art 7:857*),

²³³ B. Nicholas. *Op cit*, p 61; M. H. Whincup. *Op cit*, p 106; H. Kötz. *Op cit*, p 85

²³⁴ H. Kötz. *Op cit*, p 85.

²³⁵ H. Kötz. *Op cit*, p 90.

normaalses äritegevuses tekkinud võlgade suhtes võib anda suulise garantii äriühingu tegevdirektor või juhatuse liige, kellele kuulub enamus äriühingu aktsiatest.²³⁶

Üldistavalt võib märkida, et kui germaani õigusperekonna reguleeringutele võib ette heita liigset formalismi, siis romaani õigusperekonna sätted loovad parema eelduse õiguskindluse ja õigluse põhimõtte tasakaalustamiseks. Vorminõudeid kehtestav regulatsioon on liberaalsem ja “paindlikum”. Vorminõuete rikkumine ei too reeglina kaasa tehingu tühisust (vrđl - vastupidine põhimõtte saksa õiguses). Prantsuse tsiviilkoodeksi *art-t 1341* võib nimetada küll “piiravaks”, kuid praktikas sellest normist tehtavad erandid on andnud põhjust kaaluda sätte tühistamist. Ilmselt on see ka põhjendatud, sest nii rohkete erandite tegemise tõttu on *art 1341* oma tähenduse minetanud.

Anglo-ameerika õiguses on seadusega sätestatud vorminõude eiramise õiguslikuks tagajärjeks reeglina mitte tehingu kehtetus, vaid pigem tehingu jõustumatus ehk maksvusetus (*unforceability*) st võimetus formeerida alust kohtusse pöördumiseks. Selline õiguslik tagajärg kujutab endast analoogselt prantsuse õiguse reguleeringutega vorminõude eiramise protseduurilist sanktsiooni (vrđl Saksamaal kehtestatud sisulise sanktsiooniga) ning tuleneb vorminõude kehtestamisele seatud tõenduslikust eesmärgist.

Inglismaal on tähtsamad sellised vorminõuded sätestatud seaduses pettustest (*Statute of Frauds, 1677*). Selle kohaselt on tehingu kirjalik (ja allakirjutatud) vorm nõutav, kui pooled tahavad end siduda alljärgnevate lubadustega (*"a note or memorandum of the agreement in writing and signed by the party to be charged therewith in the following cases"*): surnud isiku pärandvara testamenditäitja või haldaja lubadus olla surnud isiku võlgade eest isiklikult vastutav; lubadus vastutada teise isiku võla eest; lubadus eelseisvaks abiellumiseks; kinnisasja või sellega seotud reaaloiguste loovutamise tehing, kui tehing täidetakse aasta või rohkem kui aasta hiljem tehingu tegemisest; müügileping summas üle 10 naela, välja arvatud, kui ostja on kaubad vastu võtnud täielikult või osaliselt, on andnud tagatisraha või maksnud kauba eest osaliselt.²³⁷

Sajandite vältel on inglise juristid ja õigusteadlased kritiseerinud seda seadust kui ebaõnnestunud õigusakti. Suhtumist seadusesse iseloomustas laialt kasutatav nimetus - “seadus petmiseks” (*“Statute for Frauds”*): samavõrd, kui seaduses kehtestatud nõuded takistavad hagejaid esitamast petmise eesmärgil nõudeid tulenevalt mitteeksisteerivast tehingust, annavad nad võimaluse ka teisele südametunnistusega poolele vältida endale suuliselt võetud kohustusi.

²³⁶ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 49; H. Kötz. *Op cit*, p 87-88.

²³⁷ J. C. Smith. *Op cit*, p 233-234; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 54.

Inglise kohtunikud on seaduse läbipaistmatut sõnastust kasutades piiranud nende sätete kohaldamist, mistõttu 19. sajandiks on seaduse mõte ähmastunud. 1954. aastal vastuvõetud *Law Reform (Enforcement of Contracts) Act* tühistas enamiku nimetatud seaduse sätetest. Endiselt on jõus vaid seaduse 4. osa, mis kehtestab vorminõude garantiilepingutele. Tagatislepingutele kehtestatud kirjaliku vormi nõue kehtib siinjuures erinevalt germaani ja romaani õigusperekonna reguleeringutest kõigi tagatise andjate suhtes (sõltumata tegutsemisest äritegevuse raames või erasikuna).²³⁸ Kirjaliku vormi nõue on *Law of Property Act*, s 2(1) alusel esitatud ka kinnisasja müügi ja käsutustehingutele. Samuti tuleb kirjalikus vormis sõlmida lepingud võlakirjadega (vekslitega) (*bills of exchange and promissory notes*) (*Bills of Exchange Act, 1882*), tagatislepingud (*mortgages of goods*) (*Bills of Sale Act, 1878-82*) ning merekindlustuslepingud (*Marine Insurance Act, 1906*).²³⁹

Nimetatud õigusaktid täpsustavad kirjaliku (lihtsa) vormi nõuet: tehing peab olema kirjalik või kirjalikult tõendatav. Valdavalt on vorminõude rikkumise õiguslikuks tagajärjeks tehingu jõustumatus (*unforceability*). Vorminõuet sätestavast seadusest tulenevalt võib õiguslikuks tagajärjeks olla ka tehingu tühisus või jõustatavus kohtu nõusolekul (*enforceable with the approval of the court*).²⁴⁰

Kuna lubadus ilma vastutasu lubaduseta on anglo-ameerika õiguses siduv vaid koostatuna spetsiifilise kirjaliku dokumendina (*deed*), on kinkelubadus siduv vaid koostatuna *deed* vormis, järelikult on vorminõuete eiramisel kinkeleping tühine.²⁴¹

Statute of Frauds oli kasutusel enamikes üldise õiguse maades, sh Ameerika Ühendriikides, kus nimetatud õigusakt on mõneti kohandatult jõustatud enamikes osariikides. Seetõttu rakendavad ameerika kohtud seda iidset akti tänapäevani.

Enne üldise kaubanduskoodeksi (*Uniform Commercial Code*) kehtestamist vaieldi küsimuse üle, kas säilitada müügilepingute kirjalik vorminõue. Lõpuks säilitati vanad reeglid ning vastavalt koodeksi sätetele on müügitehing summas üle 500 dollari või enam kehtiv (*enforceable*) vaid siis, kui tehingu sõlmimine on tõendatud kirjaliku dokumendiga, millele vähemalt kohustatud isik on alla kirjutanud. Sellised vorminõuded on esitatud näiteks käenduslepingutele (*suretyship*) ning tehingutele, mis täidetakse enam kui aasta hiljem tehingu sõlmimisest. Fakti suhtes, miks Ameerika Ühendriigi seadus on säilitanud sellise vorminõude,

²³⁸ M. H. Whincup. *Op cit*, p 97; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 54.

²³⁹ O. H. Phillips, A. H. Hudson. *Op cit*, p 336; W. T. Major. *Op cit*, p 4; M. H. Whincup. *Op cit*, p 97.

²⁴⁰ M. H. Whincup, *Op cit*, p 96.

²⁴¹ Spetsiifilis kirjalikku vormi kasutatakse praktikas sageli ehituslepingute (building contracts) sõlmimisel. Seda eelkõige põhjusel, et ehituslepingust tulenevatele nõuetele on kehtestatud 12-aastane aegumistähtaeg. Tavalises (lihtsas) kirjalikus vormis sõlmitud lepingutest tulenevate nõuete aegumistähtaeg on poole lühem – 6 aastat. – Vt: M. H. Whincup. *Op cit*, p 96.

kui moodne Inglise õigus on selle kaotanud, tuuakse mitmeid väheveenvaid argumente. Mainitakse näiteks, et Ameerika Ühendriikides kaldutakse sagedamini esitama nõudeid suuliste lubaduste pinnalt kui Inglismaal, sest hagejal pole riski kanda kaotuse korral kostja advokaadi kulusid ning et Ameerika Ühendriikides esineb kohtus tehinguvaidlusi rohkem kui Inglismaal.²⁴²

Võib järeldada, et vorminõuete kehtestamine eri õigusperekondades on seotud kindla eesmärgiga (tõendamisfunktsioon, hoiatusfunktsioon jne). Kahtlemata on kõigis õigussüsteemides tehingute kirjalikul sõlmimisel tähtsus just tõenduslikust seisukohast. Teiste vorminõuete kehtestamise eesmärkide ülearune tähtsustamine võib aga praktikas viia liigse formalismini ja kahjustada õiglustunnet. Eelkõige tõusetuvad probleemid just germaani õigusperekonna õiguskordades. Näiteks tulenevalt BGB §-st 766 on suuline tagatislubadus tühine isegi siis, kui selle tõendamisega ei ole probleeme ning arvestades näiteks hoiatusfunktsiooni, on tagatise andja suulist tehingut tehes käitunud kaalukamalt ja läbimõeldumalt, kui ta oleks käitunud tehingu kirjalikul sõlmimisel.²⁴³

Vorminõudeid kehtestavad seadusesätted võivad praktikas olla piiravamad, kui üldiseks tegutsemisviiside reguleerimiseks vajalik. Selliste vorminõudeid kehtestavate normide rakendamisel tekib küsimus, kas nende normide piiravat iseloomu on võimalik leevendada "korrigeerides" vorminõuete eiramisega kaasnevat õiguslikku tagajärge. Kas alati ja igal juhul on põhjendatud nõuda vorminõuete rikkumise tõttu tühistate tehingute alusel saadu tagastamist? Saksamaal on kohtud sellistes situatsioonides kaalutlenud, kas konkreetseid asjaolusid arvestades on ostja või müüja nõue kooskõlas hea usu (*Treu und Glauben*) (BGB § 242) põhimõttega. Seega pööratakse sätte kohaldamisel suurt tähelepanu poolte käitumisele, omavahelistele suhetele ning küsimusele, kas antud situatsioonis pole mitte ebaõiglane lubada poolel oma lubadustest taganeda lihtsalt formaalse vea tõttu. Veel üsna hiljutise ajani peeti hea usu vastaseks müüja nõuet asi tagastada, kui ta tahtlikult või hooletuse tõttu lõi ostjale mulje, et erilised vorminõuded pole nõutavad. Samas leiab kohtupraktikast otse vastupidiseid lahendusi.²⁴⁴ Õigusliku tagajärje osas võiks eristada olukordi, kus poole käitumine on

²⁴² E. Allan. An introduction to the Legal System of the USA. New York, 1996, p 122-123; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 55.

²⁴³ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 55.

²⁴⁴ Vt kaasus Saksa Föderaalkohtu praktikast: *Hageja oli püstitanud oma maale rea ridaelamuid. 1957. aasta lõpus sõlmis ta kostjaga kirjaliku kokuleppe, mille kohaselt viimane ostab ühe nimetatud elamutest kokulepitud hinna eest. Tõeline, seadusega kehtestatud vorminõudeid järgiv leping pidi sõlmitama hiljem, kuid see jäigi tegemata. Hageja esitas nõude, et kostja, kes oli elanud elamus peaaegu neli aastat, vabastaks tema omandi. Bundesgerichtshof tegi järelduse, et vorminõude rikkumine oli hageja süü ning senist kohtupraktikat arvestades oleks suudetud küllaldaselt hagi tagasilükkamist õigustada. Kuid kohus leidis: kõrvale ei saa jätta BGB §-s 313*

pahatahtlik ning ära kasutades teise poole usaldust, pöörab lepingupool formaalse rikkumise oma kasuks; ning juhtumeid, kus pooled on teinud tehingu heas usus (et tehing on kehtiv) ja üks pooltest on käitunud nii, et tehingu tühiseks lugemine oleks käsitletav õigustatud ootuse (usalduse) printsiibi raske rikkumisena.²⁴⁵ Tundub siiski, et notariaalse vorminõude kehtestamise eesmärki silmas pidades, ei saa lugeda liigseks formaalsuseks seadusandja tahet, lugeda sellist vorminõuet eiravad tehingud tingimusteta tühiseks. Poolte käitumine lepingusuhtes võiks aga kohtule anda põhjust kaalutleda (tulenevalt hea usu põhimõttest), kas tehingu järgi saadu tagastamine on konkreetses situatsioonis põhjendatud ning kas on mõeldav olukorra lahendamine nõudes tehingu seadusest tulenevat vormistamist. Selline kohtu kaalutusõigus võiks seonduda siiski erandlike olukordadega hea usu põhimõtte eriti raske rikkumise korral. Analoogsed asjaolud on arvestatavad ka tehingu kirjaliku vorminõude eiramisel, kuid selle vorminõude kehtestamise eesmärki silmas pidades, poleks vormivea parandmise nõue siinkohal otstarbekas.

Inglise seadusandlus on arenenud pidevalt ja hoolikalt kohtupraktikat jälgides. Kuigi inglise õiguse järgi on kinnisasja müügitehingute sõlmimisele esitatud kirjaliku vormi nõue ja selle eiramisel on nimetatud tehingud jõustumatud (*unforceable*), on kohtud kiiresti abiks võtnud nn osalise täitmise teooria. Selle teooria kohaselt võib müüja olla kohustatud suulist tehingut täitma siis, kui ostja on käitunud viisil, mis üldise arvamuse kohaselt kujutab endast tehingu osalist täitmist. Ameerika kohtupraktikast leiab vastuse küsimusele, mida mõeldakse osalise täitmise all. Enamikes osariikides üksnes maatüki valdusse võtmine ei tähenda veel osalist täitmist. Siia peaks lisanduma ka ostuhinna tasumine või maatüki pikaajalisem kasutamine ostja poolt. Samuti moodustab osalise täitmise fakt, et ostja on valduse üle võtnud ja kandnud sellega seoses täiendavaid kulusi või kui mõnel muul põhjusel oleks ostja suhtes jämedalt ebaõiglane tehingu täitmise tagajärg olematuks muuta.²⁴⁶

Prantsuse õiguses ei teki vajadust pöörduda eeltoodud küsimuste lahendamiseks hea usu põhimõtte või osalise täitmise teooria poole. Saksamaal ja üldise õiguse maades tõusetuvad vorminõude rikkumisest tulenevad probleemid juhtumitel, kui mõlemad pooled tunnistavad tehingu olemasolu ning rikutud on vaid seadusega sätestatud kohustuslikku vorminõuet. Prantsusmaal on aga vorminõudeid kehtestav *Code Civil art 1341* seotud tõendamise küsimusega. Kui tehingu sõlmimise fakt on tunnustatud, pole seda vaja tõendada, ja art 1341

toodud nõuet lihtsalt sellepärast, et kahjustatud poolele võib see kaasa tuua "raske tagajärje", selleks peaks tagajärg olema "tõepoolest talumatu". Antud kaasuses toob sätte rakendamine kostjale kaasa küll raske tagajärje - lahkumine oma kodust, kus on juba pikka aega elatud, kuid see pole "talumatu", sest hageja süü võimaldab kostjal esitada tema vastu kahjunõude ("culpa in contrahendo"). - K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 56.

²⁴⁵ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 57.

²⁴⁶ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 57-58.

kohaldamisele ei kuulu. Seega juhul, kui tehingu teine pool kinnitab, et tehing, mille alusel ta on esitanud hagi, tegelikkuses sõlmiti, ei saa ta kirjaliku tehingu puudumisele toetuda. Isegi kui pool eitab suulise lepingu sõlmimist, saab kohus toetuda "*commencement de preuve*"-le ja lubada vastaspoolel tõendada oma väiteid tunnistajate ütlustega.²⁴⁷

Vorminõuete kehtestamise erinevad eesmärgid määravad ka vorminõuete eiramise erinevad õiguslikud tagajärjed. Sellisest sõltuvusseosest tulenevalt on just romaani õigusperekonnas (ka üldise õiguse maades) vorminõuete rikkumisel liberaalsemad tagajärjed. Vorminõuetele ei omistata siin tehingu kehtivuse üle otsustamisel otsustavat tähendust. Germaani õigusperekonnas ollakse konservatiivsemad ning ranged sanktsioonid vorminõuete rikkumisel on püsinud läbi ajaloo. Seetõttu võib täheldada kaldumist liigsesse formalismi ning vorminõudeid rikkuva tehingu suhtes rakendatavad õiguslikud tagajärjed on vägagi piiravad. Kujunenud kohtupraktika on hea usu põhimõttel tuginedes jäike norme pehmenanud. Selline normi tõlgendamine konkreetset kaasust arvestades on mõistlik ja õiglane. Samas on ilmselt just germaani õigusperekonna rangete reguleeringute pikaajaline rakendamine kujundanud üldise veendumuse, et kirjaliku (teatavatel juhtudel ka notariaalse tõestamise) vorminõude järgimine on elementaarne ning mõistlik, mistõttu ei saa reeglitest kinnipidamist sellises kontekstis pidada pooltele ahistavaks.

Käesoleval sajandil kasutusele võetud uute lepingumudelite (tarbijalepingud) olemusest tulenevad uued funktsioonid vorminõuete kehtestamisele (informeerimisfunktsioon). Tulenevalt sellisest vorminõude kehtestamise eesmärgist rakendatakse informatsiooni andmise kohustuse rikkumisel spetsiifilisi sanktsioone, kuid reeglina ei loeta tehingut tervikuna kehtetuks.

Konkreetsed õigusnorme rakendades tuleb seadusandjal alati arvestada, et igal vorminõuet kehtestaval (vormivabadust piiraval) sättel on oma hind. Risk on pidurdada ärilist suhtlemist ning kahandada usaldust õiguskorra vastu juhul, kui kohus abstraktse õiguskorra huvidest tulenevalt rakendab üheselt seaduses sätestatud vorminõuet ja ei hooli konkreetsetes situatsioonides kätkevast õiglusest.²⁴⁸

BGB reguleeringutele tuginedes, võtab TsÜS üle saksa õiguses tehingute vorminõuete rikkumise puhul kehtestatud karmi sanktsiooni tehingu tühisuse näol. Siiski lähenetakse

²⁴⁷ K. Zweigert, H. Kötz. Introduction to Comparative Law. Vol 2. Oxford, 1987, p 58.

²⁴⁸ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 60.

üldreeglile siin paindlikumalt ning antakse võimalus kujundada kohtupraktikat vorminõude kehtestamise eesmärgi arvestades.

TsÜS § 83 lg 1 kohaselt on tehingu seaduses sätestatud vormi järgimata jätmise korral tehing tühine, kui seadusest või vormi nõudmise eesmärgist ei tulene teisiti. Seega väärrib positiivsena märkimist, et üldpõhimõte, mille järgi vorminõude eiramise õiguslik tagajärg peaks sõltuma sellise vorminõude kehtestamise eesmärgist, on eesti õiguses talletatud seaduses. Sätte sõnastamisel on arvestatud, et just jäiga ja range vorminõude sätestamisest germaani õigusperekonna õiguskordades, on tulenenud rida probleeme. Seetõttu on seadusandja tunnustanud võimalust, et üksikjuhtudel võib osutada otstarbekamaks ja õiglasemaks lubada vormiliselt vigase tehingu täitmist. Siinkohal on kaalutlemisel lähtealuseks vormi nõudmise eesmärk. Vorminõude funktsioone silmas pidades võib oletada, kas vastav vorminõuet rikkuv tehing peaks olema tühine või kehtiv. Näiteks tuleb tõdeda, et alati on tühine nõustamisfunktsiooni täitvat vorminõuet eirav tehing. Sellised on just notariaalset tõestamist nõudvad tehingud. Ka hoiatusfunktsiooni täitvate vorminõuete mittejärgimise tagajärjeks on üldjuhul tehingu tühisus. Vorminõude rikkumise tagajärjeks ei peaks aga olema tehingu tühisus juhul, kui vorminõude kehtestamise eesmärk on vaid avalikustamise funktsioon ja sellega seonduv kontrollifunktsioon (nt riigivaraseaduses sätestatud riigivara võõrandamise lepingu kirjaliku sõlmimise nõue). Seega jääb vorminõude eesmärgi üle otsustamine tulevase kohtupraktika sisustada.

Eesti õiguses puudub vorminõuet rikkuva tehingu kinnitamist reguleeriv üldsäte, nagu see on saksa õiguses (*BGB § 141*). Seega pole tehingupooltele esitatud tingimust, et vorminõuet rikkuva tehingu kehtivuseks tuleks tehing uuesti sõlmida. Tulenevalt võlaõigusseaduse erisätetest (kinge – VÕS § 261 ja käendus – VÕS § 144) on analoogselt *BGB-ga* aktsepteeritav vormivea kõrvaldamine lubatud toiminguga tegemisega. Järelikult on seadusandja silmas pidanud, et nimetatud sätted on erandiks reeglist, et vormivea kõrvaldamine pole üldiselt lubatud. TsÜS § 83 võimaldab aga vormivea kõrvaldamist, lähtudes vorminõude kehtestamise eesmärgist ka juhtudel, kui seaduses pole lubatud toiminguga tegemisega vormivea kõrvaldamise võimalust otsesõnu märgitud.

Asjaolu kõrval, et seaduses kehtestatud vorminõude eiramise õiguslik tagajärg sõltub vorminõude sätestamise eesmärgist, võimaldab õigusliku tagajärje “korrigeerimist” ka hea usu põhimõtte. Hea usu põhimõtte, kui tsiviilõiguse üldpõhimõtte, on sätestatud TsÜS §-s 138 ning selle tähendust võlasuhtes täpsustatakse VÕS §-s 6. Just hea usu põhimõtte võimaldab poolte tehingulist käitumist arvestades rakendada praktikas õiglasi lahendusi. Seega, lähtumine hea usu kriteeriumist peaks analoogselt saksa õigusega võimaldama vältida range vorminõude

esitamisest tulenevaid riske. Analoogselt saksa kohtupraktikaga peaks sellistes situatsioonides vaagima poolte käitumist konkreetsetes lepingusuhetes ja otsustama kas tehingu alusel saadu tagastamine on põhjendatud. Rõhutamist vajab, et selline tühise tehingu õigusliku tagajärje “parandamine” hea usu põhimõttele tuginedes, peaks seonduma erandlike rasket ebaõiglust ning pahatahtlikkust sisaldavate tehingusituatsioonidega. Õppida on ka inglise õiguses praktiseeritavast nn osalise täitmise teooriast. Selliste asjaolude kaalumine peaks võimaldama langetada kohtul mõistlikke ja õiglaseid otsuseid.

TsÜS § 83 lg 2 sätestab dispositiivse eeskirja ka kokkulepitud vormis sõlmitud tehingutele: kokkulepitud vormi järgimata jätmise korral on tehing tühine, kui seadusest või poolte kokkuleppest ei tulene teisiti. See säte on analoogne *BGB §-ga 125*, mille järgi tehinguga määratud vormi puudumise tagajärjeks on kahtluse korral samuti tühisus.

TsÜS § 83 sätestab varemkehtinud seadusega võrreldes tehingu vormi järgimata jätmise korral sarnase tagajärje (tehingu tühisuse). 1994. a TsÜS § 93 lg 1 järgi on tehing seaduses sätestatud kohustusliku lihtkirjaliku vormi või allkirja notariaalse tõestamise nõude järgimata jätmisel tühine, kui seadusest ei tulene teisiti. Oluliseks erisuseks on asjaolu, et kehtiva seaduse kohaselt võib tehingu tühisus olla välistatud ka juhul, kui vormi nõudmise eesmärgist tuleneb teisiti. Seega järgis 1994. a TsÜS *BGB § -s 125* esitatud ranget reeglit. Nagu saksa õiguseski võimaldas “paindlikumat” lähenemist hea usu põhimõtte rakendamise (1994. a TsÜS § 108). Ka on kehtiv seadus õigustatult üldistavam, kuivõrd 1994. a TsÜS § 93 kohaselt püüti eristada kohustusliku lihtkirjaliku vormi, allkirja notariaalse tõestamise vormi või notariaalse tõestamise vormi rikkumistest tulenevaid tagajärgi, kuigi rikkumise üldiseks tagajärjeks oli siiski tehingu tühisus. Tehinguga kokkulepitud vormi osas esitas 1994. a TsÜS reegli: tehinguga kokkulepitud vormi järgimata jätmisel on tehing tühine, kui selline tagajärg on tehinguga ette nähtud. Nii ei olnud kokkuleppel vormi suhtes mingit õiguslikku tähendust, kui tehingus puudus märges tehingu tühisusest sellise kokkuleppe eiramise puhuks. Seega pakub kehtiv norm dispositiivsuse põhimõttest tulenevalt vastupidise lähenemise. Ka siin tuleks hinnata kokkulepitud vormi funktsiooni kaalutlemaks, kas vorminõude rikkumise tagajärjeks võib olla tehingu tühisus. Suhtumine notariaalse tõestamise vormi järgimata jätmisesse oli 1994. a TsÜS-is eelduslikult rangem: seaduses või ka poolte kokkuleppes nõutud tehingu notariaalse tõestamise nõude järgimata jätmisel oli tehing tühine.

Konkreetsed vorminõuded erinevatele tehingutele sätestatakse võlaõigusseaduses ning üldjoontes vastab sellekohane regulatsioon germaani õigusperekonna reeglitele. Nagu selle

õigusperekonna õiguskordadele omane, eristatakse teatavaid majanduslikult tähtsamaid tehinguid, millele esitatakse karmimad vorminõuded. Erilise tähelepanu all on ka tagatislepingud ja ühekülgsed tehingud.

Reegel, mille kohaselt kehtestatakse saksa õiguse eeskujul rangemad vorminõuded kinnisasjade müügilepingutele on mõistlik ja põhjendatud. Vorminõuded kinnisvaratehingutele sätestatakse asjaõigusseaduses (AÕS). Lähtudes eraldamisprintsiipest esitatakse vorminõuded nii kohustustehingule kui käsutustehingule. Asjaõigusseaduse § 119 kohaselt peab tehing, millega kohustutakse omandama või võõrandama kinnisasja, olema notariaalselt tõestatud. Asjaõigusseaduse § 120 reguleerib asjaõiguslepingut kui kinnisomandi üleandmise alust ning sätestab sellisele üleandmise kokkuleppele notariaalselt tõestatud vormi nõude. Praktikast sõlmitakse reeglina mõlemad lepingud siiski üheaegselt (täpsemalt- teineteise järel) ja kajastatakse ühes dokumendis. Selline regulatsioon loob eelduse ka tugeva kinnistusraamatu printsiiptöötamisele. Kinnisvaratehingute notariaalne tõestamine tagab tehingu tõendusliku kindluse ning võimaldab rakendada efektiivselt vorminõude kehtestamise hoiatus- ja nõustamisfunktsiooni. Seaduses tehinguväärtuse määramist (üle mille on tehingule esitatud vorminõue), nagu see on romaani õigusperekonna õiguskordades, ei saa pidada õiguskäibe ega ka tehingu teinud isikute seisukohast efektiivsemaks põhimõtteks.

Kirjaliku vormi nõue on VÕS § 261 järgi sätestatud kinklepingule: kinkija avaldus endale kinklepingust tulenevate kohustuste võtmiseks peab olema tehtud kirjalikult. Mandri-euroopa õiguskordades eeldab kinge notariaalse tõestamise vormi (*BGB § 518, Code Civil art 931*). Kinnisasjade kinge nõuab ka eesti õiguses notariaalse tõestamise vormi. Kuivõrd vallasasjade kinklepinguga seondub üldreeglina vähem väärtuslike asjade üleandmine, on siinkohal mitte nii range vorminõude (kirjalik vorm) esitamine põhjendatud.

Sarnane saksa õigusega on ka suhtumine tagatislepingutesse. VÕS § 144 kehtestab kirjaliku vormi nõude käenduslepingutele, kus käendajaks on tarbija: tarbijalepingu puhul peab käendaja avaldus, milles ta kohustub võtma endale käendusest tulenevad kohustused, olema kirjalikus vormis. Tarbijaks loetakse võlaõigusseaduse tähenduses füüsilist isikut, kes teeb tehingu, mis ei seonu iseseisva majandus- või kutsetegevuse läbiviimisega (VÕS § 34). Kui käendaja tegutseb iseseisva majandus- või kutsetegevuse raames, on tal tarbijaga võrreldes oskused ja kogemused, mistõttu pole vorminõude hoiatusfunktsiooni rakendamine tema suhtes vajalik. Seega ei kehtestata seadusest tulenevalt vorminõuet käenduslepingule, kus käendajaks on nn professionaal.

VÕS §-des 402-421 kehtestatakse üldine regulatsioon tarbijakrediidilepingute sõlmimiseks. Tulenevalt VÕS § 404 lg-st 1 peab krediidilepingu puhul, millega oma majandus- või

kutsetegevuses tegutsev krediidiandja annab või kohustub andma tarbijale krediiti või laenu, taotleja avaldus kohustuste võtmiseks olema kirjalikus vormis. Tarbijale tuleb anda lepingudokument või selle koopia ning VÕS § 404 lg 2 sätestab loetelu andmetest, mis tuleb kajastada tarbija poolt alla kirjutatud tahteavalduses. VÕS § 404 lg-s 1 sätestatud vorminõude eiramise õiguslikuks tagajärjeks on tehingu tühisus. Selline õiguslik tagajärg seostatakse (vorminõude informeerimisfunktsioonist tulenevalt) üldreeglina ka asjaoludega, kui lepingus puudub mõni seaduses loetletud andmetest, mis tuli tarbijalepingus märkida. Sellisest eeskirjast võimaldab aga erandeid VÕS § 408 (lepinguvormi järgimata jätmise tagajärjed). Seega on järgitud teistes õiguskordades kasutatavat mõistlikku põhimõtet, mille kohaselt on ebamõistlik lugeda tarbijaleping kehtetuks vaid seetõttu, et selles ei esitata nõutavat infot. Nii muutub krediidileping seaduses sätestatud andmete puudumisel siiski kehtivaks, kui tarbija saab laenu kätte või hakkab krediiti kasutama. VÕS § 408 sisaldab põhjaliku regulatsiooni erinevate situatsioonide jaoks. Muu hulgas näiteks intressi puutuvalt: kui puuduvad andmed intressimäära kohta, kuulub kohaldamisele seadusest tulenev intressimäär (VÕS § 94), kui see ei ole suurem varem kokkulepitud intressimäärast.

Eeltoodust nähtub, et TsÜS § 83 pakub teiste õigussüsteemide vastavate sätete taustal hea ja selge regulatsiooni praktikas esinevate kaasuste lahendamiseks. Sellisel kujul on seadusandja loonud tingimused õiguskindluse ja õigluse põhimõtete tasakaalustamiseks ning välditud on *BGB* sellekohastest sätetest tulenev liigne formalism.

IV Tehingu sisupuudused tühisuse alusena

4.1. Tehingu sisu kohta kehtivad üldised nõuded

Lepinguvabaduse põhimõttest tulenevalt võivad tehingupooled määrata tehingu sisu. Tehingu sisu kujundamise vabadus pole aga piiramatult: õiguskordades esitatakse tehingu sisu suhtes nõuded, mille rikkumisel ei tunnustata poolte kokkulepet kehtivana.

Erinevates õiguskordades lubatakse pooltele põhimõtteliselt laiaulatuslikku lepingu kujundamise vabadust. Kuigi seaduses on sätestatud arvukalt regulatsioone võlaõiguslike lepingute sisu kohta, on need suurel määral dispositiivsed. Vaid vähestel eeskirjadel on imperatiivne iseloom, mistõttu taolisi sätteid ei saa pooled eirata (nt reeglid lepingu tüüptingimuste suhtes, mis loetakse ebamõitlikult kahjustavateks). Lisaks sellistele piirangutele konkreetsete imperatiivsete normide näol on seadusandja sätestanud üldklauslid, mille puhul toimub tehingu sisu piiramine seadusliku või sotsiaalse väärtustamise alusel.²⁴⁹ Seadusandja jätab siinkohal endale õiguse lugeda tühiseks tehingud, mis on vastuolus seaduse, avaliku korra või heade kommetega (*"ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt oder das gegen die guten Sitten verstößt"*, *"legally or morally offensive, contrary to public policy"*; *"contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public"*).

Seega piiravad kaasaegsed õigussüsteemid lepinguvabadust seaduslike keeldudega, aga ka õigusväliste standarditega, sest ühiskond ei saa aktsepteerida teatavat eetilisi piire ületavat käitumist.²⁵⁰

Normatiivsed üldklauslid, mis määravad tehingu tühisuse tehingu sisule esitatud nõuete rikkumise tõttu, on üldjoontes eri õigusperekondades samad. Otsustuse põhiraskus lasub aga iga individuaalse juhtumi puhul kohtul, kes peab kaalutlema, kas konkreetsetes kaasuses "tehingu sisu mahub lubatu piiridesse". Seega toimub seaduses sätestatud ebamääraste üldmõistete sisustamine kohtute poolt.

Eelkõige tekivad raskused mõiste "head kombed" sisutamisel. Erinevates õigusperekondades on traditsioonide ja tavade pinnalt, samuti domineeriva religiooni mõjutustel välja kujunenud

²⁴⁹ Köhler. *Op cit*, lk 197.

²⁵⁰ S. Whittaker, R. Zimmermann. *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge, 2000, p 678.

erinevad väärtushinnangud, mis määravad ka erineva suhtumise kõnealusesse mõistesse. Seega mõjutab väärtuskategooriate kujunemist ruumiline aspekt.

Diskussioonid moraaliküsimuste ümber seonduvad tavaliselt seksuaalsuhtesse puutuvate teemadega, nagu seksuaalsuhted väljaspool abielu, homoseksuaalsus ja pornograafia. Tegelikult kujundavad moraalinormid ka meie suhtumise rahasse ja varasse, mehe ja naise rollidesse ühiskonnas, sõprusesse, töösuhtesse jne. Raske on leida eluvaldkonda, millel poleks puutumust moraali. Siiski peetakse kõigis ühiskondades ja igal ajal - sündi, surma ja perekonna loomist puudutavaid teemasid moraalsete väärtuste põhiküsimusteks.²⁵¹ Seega tuleb "heade kommete" mõiste sisustamisel arvestada, et hõlmatud on väga lai ja eripalgeline moraalsete väärtuste spekter.

Mõiste "head kombed" sisustamist raskendab ka asjaolu, et "head kombed" on ajas muutuva iseloomuga: mis mõni aeg tagasi loeti ebamoraalseks, ei pruugi seda olla tänapäeval ja ümberpöördult. Väärtusstandardite muutlik laad ilmneb näiteks ilmekalt üldise õiguse maade pideva õigusliku arengu taustal.

Nii on vaid viimase paari aastakümne jooksul muutunud aktsepteeritavaks seaduslikus abielus mitteolevate isikute kooselu, kolmkümmend aastat tagasi oleks see olnud mõeldamatu. Samasugused muudatused on toimunud suhtumises homoseksuaalsusesse ja naisõiguslaste ideedesse.²⁵² Kihlveoga seostatud tehingud (*betting transactions*) tunnistati kuni 19. sajandini kehtivaks isegi siis, kui kihlveo objekt oli tänapäeva tähenduses täiesti ebamoraalne. *Gaming Act, 1845* alusel loeti edaspidiselt sellised tehingud tühiseks.²⁵³

Õiguskord peab selliseid ühikonnas toimuvaid arenguid järgima. Kohtul tuleb oma otsustustes arvestada seisukohtade muutumisega ja kujundada vastavalt sellele ka oma arusaam heade kommete olemusest ja tähendusest.²⁵⁴

Heade kommete vastasena kirjeldatakse käitumist, mis on vastuolus kõigi õiglaselt ja õigesti mõtlevate inimeste sündsustundega.²⁵⁵ Heade kommete seisukohast tehingule hinnangu andmisel on määravaks mitte kõrgete moraalinõuetega tundlik mõtteviis ega ka nürinenud tunnetus, vaid lähtuda tuleb selle kogukonna või grupi keskmisest arusaamast.²⁵⁶ Seega on vaja skaalal "täielik ebamoraalsus - kõrgendatud moraalitunnetus", arvestada just võimalikult suure

²⁵¹ C. Elliott, F. Quinn. English Legal System. 3rd ed. Great Britain, 2000, p 517.

²⁵² C. Elliott, F. Quinn. *Op cit*. p 517.

²⁵³ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 62.

²⁵⁴ B. Rüthers. Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. Heidelberg, 1997, S 217.

²⁵⁵ H. Heinrichs. Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. Band 7, 60. Aufl. München, 2001, § 138, Rn 2.

²⁵⁶ H. Köhler. *Op cit*, lk 199.

hulga ühiskonnaliikmete keskmist moraalitunnetust. Tehingu vastavust headele kommetele ei kontrollita üksikisiku kõlbluse alusel, vaid lähtutakse ühiskonnas üldiselt aktsepteeritavatest eetilistest veendumustest.

Prantsuse sotsioloog ja positivist *Émile Durkheim* juhib tähelepanu ka asjaolule, et arenenud ühiskonnas on üldse raske määratleda moraaliväärtusi, mis oleks väärtusteks kõigi jaoks. Vähemarenenud ühiskonnale on iseloomulik ühtse moraalikoodeksi järgimine kõigi ühiskonnaliikmete poolt. Seevastu tehniliselt arenenud kaasaegses ühiskonnas, kus inimesed suuresti erinevad üksteisest sotsiaalselt staatusest, sissetulekutelt, elukutselt, etniliselt taustalt, tõekspidamistelt jne, ei kipu ühiskonna liikmed jagama ja aktsepteerima ühesuguseid moraaliväärtusi.²⁵⁷ Seega on ühiskonnas raske leida konsensust küsimuses, milline käitumine on taunitav, milline heakskiitu pälviv. Seetõttu on raskendatud ka õigusväliste standardite rakendamine.

Kaaludes tehingu vastavust headele kommetele, on eesmärgiks kaitsta eelkõige tehingu pooli, aga ka avalikke huve. Õiguskirjanduses on esile tõstetud just üksikisiku huvide kaitse aspekti: kuna sotsiaalsete protsesside keerukus ja mitmekülgsus muudab järjest raskemaks üldise morali määratlemise, siis on heade kommete alusel tehingule hinnangu andmisel õiguspraktikas kujunenud peamiseks eesmärgiks üksikisiku huvide, mitte kogu ühiskonna huvide kaitse.²⁵⁸ Suhtumine heade kommete vastasesse tehingusse, kui kokkuleppesse, millega kahjustatakse vaid pooli (avalikke huve puudutamata), on liiga piiratud. Eelkõige on seadusandja eesmärgiks lepingupoolte kaitse, kuid selle kõrval ei saa jätta tähelepanuta avalikes huvides seatud üldpreventatiivseid eesmärgi. Avalikes huvides on suunata ühiskonna liikmeid selliselt, et heade kommete vastaseid tehinguid ei sõlmitaks ning taoliste tehingute tegemisel anda hinnang poolte käitumisele määrates tehingu õiguslikuks tagajärjeks selle tühisuse. Siinkohal tuleb silmas pidada, et avalike ja üksikisiku huvide kaitse eesmärgi ei saa lahutada ning eelduslikult peaksid need olema omavahel kooskõlas. Ka moraaliväärtuste pluralismi tingimustes saab näha üldisemaid tendentse ja suhtumisi, mis määravad avaliku huvi.

Just tasakaalustatud ja stabiilse ühiskonna huvides on kindlustada teatavatest sotsiaalsetest väärtustest ja moraalinõuetest kinnipidamine. Nimetatud väärtuste tagamiseks tehingute käibes on seaduseandja sätestanudki tsiviilseadustesse "heade kommete" mõiste ja määranud heade kommetega vastuolus olevate tehingute õiguslikuks tagajärjeks nende tühisuse.

²⁵⁷ C. Elliott, F. Quinn. *Op cit*, p 517.

²⁵⁸ B. Markesinis. *The German Law of Obligations. Vol I. The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*. Oxford, 1997, p 182.

Samuti võib praktikas osutuda probleemseks kahe üldklausli - "vastuolu heade kommetega" ja "vastuolu avaliku korraga", eristamine.

Näiteks võib lugeda tühiseks töötaja lubadust mitte konkureerida peale töölepingu lõpetamist oma tööandjaga teatava ajaperioodi jooksul, kuid seda erinevatel põhjustel: kokkulepet võib pidada heade kommete vastaseks, kuna töötaja andis sellise lubaduse tööandjale kui majanduslikult tugevamale poolele alistudes ja tema kui nõrgem pool vajab kaitset. Teisalt võidakse väita, et ühiskond on huvitatud tagada oma liikmetele õigus valida töö ja seda õigust ei tohiks ebaõiglaselt piirata.²⁵⁹ Taoline eristamine on seega sageli raske. Samas võib oletada, et enamus tehingutest, mis on vastuolus avaliku korraga, loetakse vastuolus olevaks ka heade kommetega.²⁶⁰ Järelikult puudub vajadus eristada tingimata avaliku korra või heade kommete vastast käitumist, kui need käitumisviisid on ühtviisi loetavad heade kommete vastaseks käitumiseks. Järeldusega, et mõiste "head kombed" hõlmab endas ka õiguskorras eksisteerivad korrapõhimõtted (avalik kord), võib nõustuda. Raske on tuua näiteid tehingutest, mis oleks vastuolus avaliku korraga, kuid kooskõlas heade kommetega. Paljud õiguskorrad (germaani õigusperekonnas) kasutavadki õigusväliste standarditega isikute käitumist reguleerides vaid heade kommete mõistet. Järgitav avalik kord ei saa olla midagi heade kommete välist, mistõttu puuduks justkui vajadus neid mõisteid teineteise kõrval eraldi rõhutada. Küll aga on "head kombed" laiem mõiste ning eksisteerib kaasusi, kus heade kommete vastasus ei kujuta endast avaliku korra rikkumist. Nimetada võib siinkohal tehinguid, mille sätted on kooskõlas õiguskorra põhimõtetega, kuid sisaldavad tehingupoole isiklikku või majanduslikku vabadust ülemääraselt ja õigustamatult piiravaid tingimusi (elu- ja töökoha vahetamise piiranguid sisaldavad lepingud jm) või tingimusi, mis on vastuolus kõlbluse või perekonnaelu põhimõtetega (abielupiiranguid sisaldavad lepingud jm). Mõistete eristamine on seega rõhuasetuse küsimus, kuid üldistavalt on heade kommete vastased ka käitumisvõimalused, mida loetakse avalikku korda rikkuvaks.

Romaani õigusperekonnas käsitatakse heade kommete vastaseid tehinguid ebamoraalsete tehingutena. "Heade kommete" mõiste sulandub siinjuures "avaliku korra" mõistes.²⁶¹ Kuigi inglise õiguses leiab käsitlusi, kus heade kommete vastane tehing (*contra bonos mores*), loetakse ebaseaduslikuks, peetakse siiski siinkohal silmas vaid tehinguid, mis on seksuaalsuhetesse puutuvalt laiduväärsed ehk ebamoraalsed (*sexually immoral*).²⁶² Seega, kui germaani õigusperekonnas on heade kommete mõiste üldmõisteks avaliku korra suhtes ning

²⁵⁹ H. Kötz. *Op cit*, p 154.

²⁶⁰ A. S. Hartkamp. *Op cit*, p 84.

²⁶¹ B. Nicholas. *Op cit*, p 129-130.

²⁶² M. P. Furmston. Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract. 13th ed. London [etc], 1996, p 364.

selle eraldi seaduses rõhutamist ei peeta vajalikuks, siis romaani õigusperekonna õiguskordades ja inglise õiguses kõneldakse eelkõige tehingute vastuolust avaliku korraga ning heade kommete rikkumine seondub just seksuaalmoraali valdkonnaga. Siinkohal on germaani õigusperekonnas käsitus "headest kommetest" õigustatult avaram arvestades põhimõttega, et "heade kommete" sisustamisel hõlmatakse väga eripalgelised moraaliväärtused ning need ei seonu ainult seksuaalsuhetesse puutuvate teemadega.

Tehingu sisu määramise vabadust piiratakse üldsuse huvide kaitse eesmärgil ka seaduslike keeldudega. Kuigi võlaõiguslike lepingute sisu määravad sätted on suurel määral dispositiivsed sisaldab seadus nende kõrval ka imperatiivseid norme ning kokkuleppeliselt ei või selliseid sätteid välistada. Rõhutada tuleb siinkohal seaduslike keeldude ja õigusväliste standardite (head kombed, avalik kord) vahelist seost. Käitumine, mis loetakse seadusandja poolt ebaseaduslikuks, võib olla vastuolus ka õigusväliste standarditega. Kui seaduse alusel on teatav käitumine keelatud, puudub vajadus tugineda asjaolule, et selline käitumine on vastuolus ka heade kommetega. Kõiki käitumisolukordi pole aga võimalik õiguslikult reguleerida ning neile antakse hinnang õigusväliste väärtuskategooriate alusel.

Seadusest tulenevad keelud võivad eelkõige olla otsesed. Sel juhul nimetab seadusandja ka keelu rikkumisega kaasneva õigusliku tagajärje. Seega ei teki probleeme juhtudel, kui seaduses on sõnaselgelt keelatud teatavad teod lugedes sellise tehingu sõlmimise tagajärjeks selle tühisuse. Näiteks on Saksamaa konkurentsipiirangute vastase seaduse § 1 järgi tühised ettevõtjate vahelised teenuste ja kaupade tootmist või turustamist konkurentsi piiramisega kahjustavad tehingud.²⁶³ Eestis kehtiva konkurentsiseaduse²⁶⁴ § 8 kohaselt on tühised konkurentsi kahjustavad kokkulepped. VÕS § 106 lg 2 kehtestab imperatiivse reegli: tühine on kokkulepe, millega välistatakse vastutus või piiratakse seda kohustuse tahtliku rikkumise puhuks, samuti kokkulepe, mis võimaldab võlgnikul täita kohustuse oluliselt erinevana võlausaldaja poolt mõistlikult eelatud või mis muul viisil ebamõistlikult välistab vastutuse või piirab seda.

Kui tehingu sõlmimise keeld pole seaduses esitatud otseselt, vaid see tuleneb seaduse mõttest, tuleb toetuda õigusnormi tõlgendamisel tehtud järeldustele. Tõlgendamine ongi vahendiks, mille abil muudetakse õigusnormi tekst selle tõlgendajale arusaadavaks, tehakse selgeks normi mõte, sisu ja eesmärk.

²⁶³ Hein Kötz. Oxford, 1997, p 162.

²⁶⁴ Vastu võetud 5. juunil 2001. a - RT I 2001, 56, 332.

Esimeseks sammuks on siinkohal õigusnormi teksti sõnastuse uurimine grammatikareeglite toel (grammatiline e sõnakohane tõlgendus).²⁶⁵ H. Köhler märgib tõlgendamise reegleid selgitades, et eelkõige annab tõlgendamise lähtepunktid õigusnormi sõnastus: näiteks formuleeringud "ei saa" või "on lubamatu" osundavad seaduslikule keelule, formuleeringut "ei peaks" võib lugeda poolimperatiivseks sanktsioonita normiks.²⁶⁶

Seadusandja tahte tõlgendamisel tuleb sedastada, mis on normi mõte ja objektiivsed eesmärgid, mida seadusandja selle normi loomisega tahab saavutada.

Seega peab tõlgendaja otsima vastust küsimusele, milline on normi mote ja millist eesmärki norm teenib. *Ratio legis est anima legis* - seaduse mõte on seaduse hing.²⁶⁷ Tõlgendamise olemuse on tabavalt väljendanud ka saksa õigusteadlane *Friedrich Karl von Savigny*, kellelt pärineb tõlgenduskriteeriumide üldine käsitlus: tõlgendamise ülesanne on asetada ennast mõttes seadusandja kohale ja korrata kunstlikult tema tegevust. Nii on tõlgendus seaduses talletatud mõtte rekonstruktsioon.²⁶⁸ Puutuvalt tehingutesse, mis rikuvad seadusest tulenevat keeldu, on H. Köhler selgitanud, et oluline on asjaolu, kas tehingu regulatsiooni jõustamine oleks vastuolus normi mõtte ja eesmärgiga, või mitte.²⁶⁹

Üsna tavapärane on seaduses märgitud sõnastus "on keelatud", mida saab lugeda osundavaks seaduslikule imperatiivsele keelule. Seejärel on normi mõtte ja eesmärgi seletamisel tuvastatav, kas keelunorm on suunatud ka tehingute tegemise vastu.

Näiteks ühiskonna efektiivse ja kvaliteetse toimimise eesmärgil lubatakse kaasaegsetes õiguskordades tegutseda teatavates valdkondades vaid isikutel, kellel on selleks vastav luba (litsents). Kui kindlustussfääris on luba tegutseda ja kindlustuslepinguid sõlmida vaid selleks litsenseeritud isikutel, loetakse sellekohase litsentsita turul tegutseva kindlustusettevõtte sõlmitud kindlustuslepingud tühiseks. (*Phoenix General Insurance Co v Administratia Asigurarilor (1987)*)²⁷⁰ Taoline lahendus on ebasoodne kindlustusvõtjale, kellel puudusid kahtlused kindlustuseltsi litsentsi puudumisest, kuid kohtul pole siinkohal teisi valikuid - antud situatsioonis oleks kindlustussumma väljamaksmiseks kohustamine selgelt vastuolus seadusest tuleneva keeluga välistada kindlustusturul litsentsita tegutsemine.

Kui keeld on suunatud vaid ühele poolele, loetakse tehing tühiseks vaid erandjuhtudel, mil sätte mõtte ja eesmärgiga oleks vastuolus sellise tehingu jõusse jätmine. Seda eriti juhtudel, kus ühele poolele ettekirjutatud keelunorm on suunatud teise lepingupoole kaitsele. Analoogete

²⁶⁵ Vt lähemalt: A. Aarnio. Õiguse tõlgendamise teooria. Tallinn, 1996, lk 200.

²⁶⁶ H. Köhler. *Op cit*, lk 198.

²⁶⁷ R. Narits. *Op cit*, lk 157.

²⁶⁸ F. C. Savigny. System des heutigen römischen Rechts.I. Berlin, 1840, S 213.

²⁶⁹ H. Köhler. *Op cit*, lk 198.

²⁷⁰ H. Kötz. *Op cit*, p 162.

näite võib tuua prantsuse kohtupraktikast. Kui seaduse kohaselt on vaid registreeritud pangal pädevus laenutegevuseks, siis sellistele nõuetele mittevastava äriühingu sõlmitud laenulepingud on tühised, kuna seaduse eesmärgiks pole kaitsta mitte ainult üldsuse huve laenutegevuse õiguse andmisel ja realiseerimisel, vaid ka laenuvõtjate huve. Samas võib näiteks äriühing, kellel on seaduse alusel õigus aktsepteerida vaid esimese järgu hüpoteeke, jõustada ka teise järgu hüpoteegid, kuna seaduse eesmärk on kaitsta juriidilise isiku ja tema liikmete huve, mitte võlgnike huve (*Nash v Halifax Building Society* (1979)).²⁷¹

Eesti kindlustustegevuse seaduse²⁷² § 10 lg-te 1 ja 2 kohaselt on tegevusluba õigus kindlustustegevuseks ning kindlustusandjana võib tegutseda isik, kellele on kindlustustegevuse seaduses sätestatud korras antud tegevusluba. Seaduse sõnastus viitab imperatiivsele normile. Vaid tegevusluba omavate kindlustusandjate suhtes võib eeldada, et kindlustusvõtjate ja kindlustatute huvid on piisavalt kaitstud, tegevusloata isikud tuleb kindlustusturult välistada. Kui seaduse keeld on suunatud mõlemale poolele ja mõlemad teadlikult seda eiravad, võib järeldada, et tehing loetakse tühiseks. Tehing loetakse tühiseks ka juhul, kui üks pooltest teadis, et teine lepingupool rikub seadust.

Näiteks Saksa seadus ebaseadusliku töö kohta seab eesmärgiks tõkestada varimajandust, keelates "mustalt töötamist" selle sotsiaalse kahjulikkuse tõttu.²⁷³ Järelikult on see keeluseadus *BGB § 134* tähenduses. Selline eesmärk on saavutatav siis, kui nimetatud tehingud lugeda tühiseks. Sellega püütakse hoida mõlemat poolt tagasi niisuguste lepingute sõlmimisest. "Mustalt töötamise" leping on seega *BGB § 134* järgi tühine juhul, kui mõlemad pooled rikkusid seadust.

Analoogseid sätteid "mustalt töötamise" (*travail clandestin*) vastu sisaldab Prantsuse töökoodeks (*Code du travail art L 324-9*). Tavapäraselt on lepingu rikkujaks vaid üks pool. Kui üks lepingupool ei oleks teadnud, et teine eksib seaduse vastu (esineb registreeritud ettevõtjana), on leping kehtiv, ja seda mõlema poole suhtes.²⁷⁴

Eesti korruptsioonivastase seaduse (KVS)²⁷⁵ § 24 lg 1 järgi on ametiisikul keelatud teha tehinguid iseendaga või muid sarnase iseloomuga või huvide konfliktiga seotud tehinguid. KVS § 1 järgi on seaduse ülesanne sätestada õiguslikud alused ja tegevusprintsüübid korruptsiooni ennetamiseks ja korruptsiooniga seotud isikute vastutuselevõtmiseks. Korruptsiooni tõkestamise eesmärgil kehtestatakse ametiisikutele toimingupiiranguid. Korruptsiooni

²⁷¹ H. Kötz. *Op cit*, p 164.

²⁷² Vastu võetud 6. juunil 2000. a - RT I 2000, 53, 343.

²⁷³ H. Köhler. *Op cit*, lk 198; H. Kötz. *Op cit*, p 162-163.

²⁷⁴ H. Köhler. *Op cit*, lk 198; H. Kötz. *Op cit*, p 162-163.

²⁷⁵ Vastu võetud 27. jaanuaril 1999. a - RT I 1999, 16, 276.

sotsiaalsed kahjulikkust arvestades on mõistetav seadusandja tahe lugeda toimingupiiranguid eiravad tehingud tühisteks.

Sageli esineb seadusesätteid, mis samuti otsesõnu tehingu tühisusele ei viita, kuid mis näevad ette karistuse (nt tegutsemislitsentsi äravõtmise või mõne muu santsiooni) sätte rikkumise eest. Sel puhul tuleb kohtul seadusesätet tõlgendades tuvastada, kas normi mõtteks ja eesmärgiks oli rakendada rikkuja suhtes vaid teatavaid sanktsioone või eeldatakse lisaks, et ka sõlmitud tehing on tühine.²⁷⁶ Kui tõlgendamisel leitakse, et seadus ei ole tehingu sisu, vaid ainult tehingu teostamise väliste asjaolude vastu (koht, aeg, isikute ring), eeldatakse reeglina tehingu kehtivust.

Nii leidis Saksa Riigikohus (*Reichsgericht*), et pühapäeval sõlmitud müügitehingud on kehtivad, olgugi et kehtinud seadus pidas pühapäeval kauplemist karistatavaks. Analoogetele järeldusele jõudis kassatsioonikohus (*Cour de Cassation*) Prantsusmaal.²⁷⁷ Näiteks on kohtuametnikele sätestatud keelu - mitte siduda end tasustatava kõrvaltööga, eesmärgiks takistada kohtutöötajate selliseid lepingulisi suhteid kaitsmaks eelkõige ametiaua (*dignité professionnelle*). Kliendi kaitse (kas klient saab kvaliteetset nõustamisteenust) pole siinkohal seadusandja huviks. Selline eesmärk on tagatud ka keeldu rikkunud töötaja karistamisel distsiplinaarkorras, mis oleks proportsionaalne tema süüga. Tehingu keeld on suunatud siin tehingu teostamise välise asjaolu vastu, puudutades teatavat isikute ringi. *Cour de Cassation* luges nõustamisteenuse osutamise tehingu kehtivaks, lubades seega seaduse keeldu rikkunud töötajal nõuda temale maksmata jäänud lepingujärgsete summade tasumist.²⁷⁸ Analoogetel tekib Saksamaal maakleril õigus lepingujärgsele maakleritasule, kuigi leping on sõlmitud vastava litsentsita maakleri poolt. Samuti on töövõtuleping elumaja ehitamiseks kehtiv, kuigi töövõtja pole ehitusettevõtjana tegutsemiseks nõuetekohaselt registreeritud.²⁷⁹

Ka eesti õiguses leiab näiteid tehingutest, mille tõlgendamisel võib järeldada, et seadusandja on keeldu kehtestades pidanud silmas muid eesmärke, kui tehingu tühisus. Näiteks määratletakse äriseadustikus (ÄS)²⁸⁰ äriühingu juhtorganite (üldkoosolek, nõukogu, juhatus) õigused ja pädevus, s.h kehtestatakse juhtorganite pädevusele teatavaid piiranguid. Nii sätestab ÄS § 306 lg 2, et tehingute tegemiseks, mis väljuvad aktsiaseltsi igapäevase majandustegevuse raamest, on vaja nõukogu nõusolekut. Sama tuleneb ÄS § 317 lg-st 1, mis sätestab loetelu tehingutest, mis väljuvad igapäevase majandustegevuse raamest ja mille sõlmimiseks on juhatus õigustatud

²⁷⁶ H. Kötz. *Op cit*, p 162.

²⁷⁷ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 64.

²⁷⁸ Civ 15.02.1961, *Bull cass* 1961, I, no 105. In: H. Kötz. *Op cit*, p 163-164.

²⁷⁹ BGH 23.11.1980, BGHZ 78, 269; BGH 19.01.1994, BGHZ 89, 369. In: H. Kötz. *Op cit*, p 163-164.

²⁸⁰ Vastu võetud 15. veebruaril 1995. a - RT I 1995, 26-28, 355.

vaid nõukogu nõusolekul. Arvestades, et tulenevalt sama paragrahvi lõikest 4 ei kehti sätestatud piirangud kolmandate isikute suhtes, ei pea ÄS § 317 nõudeid eirava tehingu tingimatuks tagajärjeks olema selle tühisus. ÄS § 306 lg 2 teises lauses sätestatu rikkumine võib aga kaasa tuua juhatuse liikme vastutuse ÄS § 315 lg 1 alusel.

Võib täheldada, et selliseid sanktsioone sätestavad õigusnormid seonduvad sageli haldusõigusõiguslike keelunormidega, millega kehtestatakse näiteks karistused teatavate ohutus-, korrakaitse, sanitaar- jt nõuete mittetäitmise eest. Seadus peab neil juhtudel silmas eelkõige ühiskondliku heaolu üldisi eesmärgi ja avalikkuse kaitset teatavate ohtude eest. Seetõttu ei tohiks nende normide rikkumise tagajärjeks olla tehingute tühisus, kuna õigusnorm ei tauni siinkohal tehingute sisu.

Kõik mandri-euroopa tsiviilseadustikud loevad tehingu sisu piiravate üldklauslitega vastuolus olevate tehingute õiguslikuks tagajärjeks nende tühisuse.

Germaani õigusperekonna tsiviilseadustikud eristavad vaid tehinguid, mis on vastuolus seadusega või heade kommetega: *BGB §-d 134 ja 138, ABGB § 879, OR art 20 (1)* ning Kreeka tsiviilkoodeksi *art-d 174 ja 178*.

Nii on germaani õigusperekonna tähtsaima esindaja *BGB § 134* kohaselt tehing, mis rikub seadusest tulenevat keeldu, tühine, juhul kui seadusest ei tulene teisiti. Seadusega vastuolus oleva tehingu õigusliku tagajärg ilmneb seaduse mõtte tuvastamisel.

H Köhler on selgitanud, et seejuures pole oluline õigusnormi liik, kuna *BGB § 134* tähenduses on iga õigusnorm seadus.²⁸¹

BGB § 138 järgi on tühine heade kommene vastane tehing.

Romaani õigusperekonna esindajana käsitletakse Prantsuse tsiviilkoodeksis tehingu sisulisi puudusi, kasutades tehingu aluse, ajendi (*causa*) mõistet. *Code Civil art 1131* kohaselt on tühine tehing, mis rajaneb seadusevastasele alusele (*sur une cause illicite*). Tulenevalt *art-st 1133* mõistetakse seadusevastasuse all vastuolu seaduse, heade kommene või avaliku korraga ("*La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public*").

Seega annab *Code Civil art 1131* prantsuse kohtutele laia diskretsiooni. *Cause* on määratletav kui "instrument tehingu moraliseerimiseks", mistõttu täidab ta siinkohal n-ö ühiskonna kaitse rolli.²⁸²

²⁸¹ H. Köhler. *Op cit*, lk 197.

²⁸² J. Flour, J.-L. Aubert. *Les Obligations*. 1: L'acte juridique. 6th ed. Paris, 1994, p 195.

Analoogse käsitlemise võib leida Itaalia tsiviilkoodeksist (*Codice Civile art 1343*) ja Hispaania tsiviilkoodeksi *art-st 1275*. "*Causa*" mõistet kasutatakse siinkohal mitte ainult tehingu sõlmimisele kallutavaid põhjusi silmas pidades, vaid arvestades tehingu lõppeesmärki, mis ajendas üldse tehingut sõlmima.²⁸³

Siiski arvestavad prantsuse kohtud tehingute kehtivuse üle otsustades täpselt samasuguseid asjaolusid, mida võtavad arvesse kohtud Inglismaal või Saksamaal. Ilmselt puudub põhjus kõnelda seadusevastasest alusest: piisab hinnangust, et tehingu sisus esinevad olulised puudused. Seetõttu on ka hilisemad romaani õigusperekonna tsiviilkoodeksid tehingu tühisuse aluste käsitlemisel loobunud "*causa*" mõiste kasutamisest (*BW art 3:40* ning Portugali tsiviilkoodeksi *art 280*).²⁸⁴ Hollandi uues tsiviilkoodeksis ei kasutata enam „*causa*“ mõistet ning tehingule seatud sisulised piirangud on esitatud seaduses hoopiski germaani õigusperekonna vastavate reguleeringute eeskujul. *BW art 3:40* kohaselt loetakse tühiseks heade kommete ja avaliku korraga vastuolus olevad tehingud, samuti seadusest tulenevat keeldu rikkuvad tehingud.

Prantsuse õiguses on seadusest tuleneva keelu rikkumine tihedalt seostatud "avaliku korra" rikkumise mõistega. Selles suhtes võiks näha vastuolu *Code Civil art-ga 6*, mis sätestab keelu tehinguid sõlmides minna vastuollu avalikku korda reguleerivate seadustega. Sellest võiks järeldada, et avalik kord on sätestatud vaid seadustes. *Art 1133* eristab aga tehingu alust (*cause*), mis on keelatud seadusega või on vastuolus avaliku korraga.

Üldiselt siin ebakõla ei nähta ning kohtul tuleb alati otsustada, kas avaliku korra rikkumine on tuvastatav. Aktsepteeritakse kassatsioonikohtu (*Cour de cassation*) seisukohta - *cause* on ebaseaduslik kui ta on vastuolus avaliku korraga, kusjuures ei pea see samas olema seaduse alusel keelatud.²⁸⁵ Avaliku korda iseloomustab siinjuures pidev muutumine vastavalt ühiskonna sotsiaalsete ja majanduslike tingimuste ja ideede muutumisele ja arengule.

Inglise õiguses eristatakse kaasuste gruppe, mida kohtud käsitlevad ebaseaduslike tehingutena või tühistehingutena.

Tehing loetakse ebaseaduslikuks (*illegal*), kui sellega on rikutud seadusesätet või kui tehing on alatu või ebamoraalne.²⁸⁶ Nii peetakse õiguskirjanduses ebamoraalseks tehinguid, mille puhul "mõistliku" inimese meelest nende tehingute kohtu poolt aktsepteerimine põhjustaks avaliku pahameele. Põhimõtteliselt on see sarnane saksa kohtute seisukohaga, et sellised tehingud

²⁸³ H. Kötz. *Op cit*, p 155.

²⁸⁴ H. Kötz. *Op cit*, p 155.

²⁸⁵ B. Nicholas. *Op cit*, p 130.

²⁸⁶ W.T. Major. *Op cit*, p 192

riivaksid õiglase ja erapooletu inimese sündsustunnet.²⁸⁷ Erialakirjanduses on esitatud omakorda ebaseaduslike tehingute gruppide loetelusid: näiteks eristatakse tehinguid, mis on otseselt seadusega keelatud; kuriteo sooritamisele, kahju tekitamisele, kolmandate isikute petmisele suunatud tehingud; õigusemõistmist kahjustavad tehingud; avaliku elu korrupeerumisele suunatud tehingud; tehingud, mis on vastuolus seksuaalmoraaliga; maksuametkondade petmisele suunatud tehingud, samuti Ühendatud Kuningriigi huve kahjustavad tehingud.²⁸⁸

Samas eristatakse tehinguid, mis on vastuolus avaliku korraga (*public policy*) ning mis loetakse tühisteks (*void*). Sellised tehingud on tühised vaid lepingu nende punktide osas, mis lähevad vastuollu avaliku korraga, muidu on nad aga kehtivad. Seega seisneb erinevus ebaseaduslikest tehingutest asjaolus, et tehingus väljendatud ebaseaduslik säte (*illegal term*) puudutab (avaldab mõju) kogu tehingule, kaasaarvatud kõrvalkohustustele.²⁸⁹ Taolised tehingud on jällegi kirjeldatavad erinevate kaasuste gruppides: avaliku korraga vastuolus olevate tühiste tehingutena käsitletakse abielu kui institutsiooni kõigutavaid tehinguid, vanemlike kohustuste täitmist takistavaid tehinguid, seksuaalset ebamoraalsust õhutavaid tehinguid, töötamise vabadust piiravaid tehinguid ja kohtualluvust tõrjuvaid tehinguid.²⁹⁰

Public policy kontseptsioon on pälvinud kriitikat, kuivõrd mõiste on ähmane ning tema maht raskesti määratletav. Kaasajal leiab see siiski laialdast kasutamist.²⁹¹ Oluliseks peetakse rõhutada, et *public policy* mõiste on muutuva sisuga. Seejuures on osa avaliku korraga vastuolus olevaks peetavaid käitumismudeleid püsivama iseloomuga, teised aga muutustele altimad. Näiteks on eriti kiiresti ühiskonnas toimuvate majandustingimuste arengust tingituna muutunud töötamise vabadust piiravate tehingute käsitus.

Seega sätestatakse üldise õiguse maades sisuliste puudustega tehingute suhtes sõltuvalt teatavatest tingimustest erinevad õiguslikud tagajärjed ("*void*"-"*illegal*"). Mandri-euroopa juristile teeb sellise eristuse õigusliku tagajärje osas veel ähmasemaks asjaolu, et näiteks teatavad tehingud, mis kahjustavad avalikku korda, kuuluvad kaasuste gruppi, kus tehingute õiguslikuks tagajärjeks on ebaseaduslikkus; osa avalikku korda rikkuvaid tehinguid loetakse aga tühisteks.

²⁸⁷ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 65.

²⁸⁸ Vt lähemalt: M. P. Furmston. *Op cit*, p 349-372; W.T. Major. *Op cit*, p 192-202.

²⁸⁹ J. C. Smith. *Op cit*, p 252.

²⁹⁰ Vt lähemalt: R. Stone. *Op cit*, p 191-194; W.T. Major. *Op cit*, p 204-218.

²⁹¹ Kriitiline hoiak *public policy* kontseptsiooni väljendub hästi kohtupraktikas kasutatud piltlikus lauses: "*protest ... against arguing too strongly upon public policy; - it is a very unruly horse, and when you get astride it you never know where it will carry you.*" Positiivsemat suhtumist väljendab kujundlik lause kaasaegsest kohtupraktikast: "*With a good man in the saddle, the unruly horse can be kept in control. It can jump over obstacles.*" – Vt. A. G. Guest. *Op cit*, p 307-308.

Heade kommete sisu iseloomustab allumine kaasaegses ühiskonnas toimuvatele kiiretele muutustele, mistõttu tuleb konkreetsetele tehingutele hinnangut andes arvestada tehingu tegemise ajal kehtinud väärtushinnanguid. Ajalise aspekti kõrval on "heade kommete" mõiste mõjutatud ruumilistest faktoritest. Inimgrupp, kelle väärtushinnanguid arvestatakse, kuulub suuremasse kooslusesse - teatavasse ühiskonda, kuid siinkohal ei saa kindlasti arvestada kogu inimkonna väärtushinnangutega. Ühiskondade erinev kujunemislugu ja traditsioonid määravad "heade kommete" sisustamise mõnevõrra erinevalt.

Eeltoodust järelduvalt võib "heade kommetena" mõista ühiskonnaliikmete võimalikult suurel grupil ajas ja ruumis kujunenud keskmist moraalitunnetust. Kaasajal täheldatavas moraaliväärtuste pluralismi tingimustes on raskendatud keskmise moraalitunnetuse määratlemine ja seeläbi ka õigusväliste väärtuskategooriate rakendamine.

Eesti õiguses käsitletakse tehinguid, mis on tühised tõsise vea tõttu nende sisus TsÜS-i §-des 86-89.²⁹² Üldklauslid, mis piiravad tehingu sisu kujundamise vabadust seadusliku või sotsiaalse väärtustamise alusel, on eesti õiguse kohaselt alljärgnevad.

TsÜS § 86 järgi on tühine tehing, mis on vastuolus heade kommete või avaliku korraga. TsÜS § 87 sätestab, et seadusest tuleneva keeluga vastuolus olev tehing on tühine, kui keelu mõtteks on keelu rikkumise korral tuua kaasa tehingu tühisus, seda eelkõige juhul, kui seaduses on sätestatud, et teatud tagajärg ei tohi saabuda. Eelkõige võetakse siinkohal arvesse *BGB* vastavaid sätteid, mööndusega, et saksa õiguses eristatakse vaid seadusega vastuolus olevaid tehinguid ja heade kommete vastaseid tehinguid ("avalik kord" on paigutatav "heade kommete" üldmõiste alla). "Avaliku korra" mõiste eristamine seletub ilmselt Hollandi uue tsiviilkoodeksi mõjutustega (*BW art 3:40*).

TsÜS §-d 86 ja 87 vastavad üldjoontes 1994. a TsÜS-i § 66 lg-tele 1 ja 2. 1994. a TsÜS § 66 lg 1 kohaselt oli tühine tehing, mis oli vastuolus põhiseadusliku korra või heade kommetega. Selle seadustiku § 66 lg 2 järgi oli tühine ka seadusega vastuolus olev tehing, välja arvatud, kui seadust ei ole rikutud oluliselt.

Põhiseadusliku korraga vastuolus olevaks tehinguks saab olla tehing, millega on rikutud põhiseaduses kehtestatud õigusi ja vabadusi. Arvestades asjaolu, et põhiseadusliku korraga vastuolus olev tehing on ka seadusega vastuolus olev tehing, pidi selline eristamine olema taotluslik.

²⁹² Käesoleva töö piiratud mahtu arvestades jäävad siinkohal käsitlusest välja §-s 88 sätestatud käsutuskeeldu rikkuv tehing ning §-s 89 reguleeritud näilik tehing, kuivõrd töö eesmärgiks on keskenduda eelkõige tehingu sisu osas nende tühisuse määravatele üldklauslitele.

Seadusandja eesmärgiks oli tulenevalt õigusaktide hierarhiast käsitleda põhiseaduse kui riigi kõrgeima õigusakti rikkumist igal juhul seaduse olulise rikkumisena, seevastu kui ülejäänud õigusaktide olulise rikkumise tuvastamine oli aga antud kohtu pädevusse.²⁹³ Kehtivas seaduses ei määratleta tehingu õiguslikku tagajärge tulenevalt seaduse rikkumise olulisuse aspektist, siinkohal kaalutakse seaduse mõtet. Seega puudub vajadus tuua eriliselt esile põhiseadus kui riigi kõrgeim õigusakt. Põhiseaduses sätestatud keelu rikkumine on hõlmatud TsÜS § 87 regulatsiooniga.

TsÜS § 87 eesmärgiks on reguleerida üldklauslina juhtumeid, kui seaduses on sätestatud keeld teatavaks käitumiseks, kuid selles ei kajastu otseselt normi eiramise õiguslik tagajärg. Seega võib tehingu sisule kehtestatud piirang esineda seaduses: otsese keeluna koos sellele järgneva õigusliku tagajärgena või seaduses märgitud keeluna, mille õiguslik tagajärg on tuletatav TsÜS §-le 87 kui üldnormile toetudes. Seejuures tuleb kaaluda, milline on keeldu sätestava seaduse mõtte tehingu õiguslikku tagajärge silmas pidades. TsÜS § 87 tähendus ja olemus kattub *BGB* §-s 134 märgitud eeskirjaga.

TsÜS § 87 kohaselt on seadusega vastuolus olev tehing tühine, kui keelu eesmärgiks on tuua endaga kaasa tehingu tühisus, eelkõige juhul, kui seaduses on otsesõnu sätestatud, et teatud tagajärg ei tohi saabuda. Seega, tehing on tühine esmajoones siis, kui selline keeld on otseselt seaduses ette nähtud, samuti juhul, kui taoline keeld tuleneb seaduse mõttest. Järeldused varem kehtinud ja praegu kehtiva TsÜS-i võrdlusest on seaduse (seaduses sätestatud keelu) mõtet kaaludes sarnased - kui keeld pole otseselt seaduses märgitud, tuleb kaalutleda ühtlasi seda, kas rikkumine oli seadusandja arvates oluline.

Samuti hõlmab TsÜS § 87 regulatsioon suure osa heade kommetega või avaliku korraga vastuolus olevaid tehinguid, kuivõrd sageli on seaduses sätestatud piirang käitumisele, mida võib ühtlasi lugeda ka heade kommete või avaliku korra vastaseks. Nii võib TsÜS §-de 87 ja 86 vahel näha tihedaid seoseid: kõiki ühiskonna aspektist soovitud käitumiseeskirju ei saa kajastada õigusnormides. "Õigusvälise" ja ühiskonna aspektist mitteaktsepteeritava käitumise õigusliku tagajärg määratletakse toetudes TsÜS §-le 86.

"Heade kommete" mõiste esitati saksa õiguse eeskujul esmakordselt 1994. a TsÜS-is.²⁹⁴ Selle termini lahtimõtestamisel on käesolevaks ajaks kujunenud juba arvestatav kohtupraktika ka

²⁹³ R. Sõrg. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. 5. ptk. Tehingud. - *Juridica*, 1994, nr 8, lk 192.

Riigikohtu tasandil. Sätte eesmärgiks on keelata üldsusele vastuvõetamatute tehingute kehtivus. Sellise otsustuse tegemisel tuleb anda hinnang kogu tehingule. Hinnatakse nii tehingu sisu kui ka poolte käitumist. Riigikohtu lahendites on selgitatud, milliseid asjaolusid tuleb tehingu heade kommete aspektist hindamisel arvestada: silmas tuleb pidada nii lepingu sisu kui ka lepingu sõlmimise asjaolusid, poolte ettekujutusi, ajendeid ja eesmärgi.²⁹⁵

Eelöeldust järelduvalt eristatakse kõigis õigussüsteemides üldklauslitenä, mis välistavad tehingute kehtivuse sisulistel kaalutlustel: - vastuolu seadusega (ebaseaduslikkus), - vastuolu avaliku korraga ja - vastuolu heade kommetega (ebamoraalsus). Tuginedes Hollandi uue tsiviilkoodeksi põhimõtetele, on eesti õiguses peetud vajalikuks nimetada eraldi kõiki kolme üldklauslit. Saksa tsiviilõigusteooriat ja -praktikat arvestades ei oleks ilmselt "avaliku korra" mõiste väljajäämine nimetatud üldklauslitest põhjustanud probleeme ka eesti kohtupraktikas.

Alljärgnevad alajaotised kujutavad endast eelpool käsitletud üldklausli „head kombed“ põhjalikumat analüüsi. Arvestades töö mahtu ja asjaolu, et tehingu tühisust tingivate üldklauslite seas on just heade kommete vastane käitumine kõige komplitseeritum valdkond, vajab tehingu heade kommete vastasus enam tähelepanu. Seejuures on arvestatud, et heade kommete vastu eksimise tuvastamine sõltub paljudest faktoritest (tehingu sisu, ajaline, ruumiline aspekt ning tehingu poolte motiivid, ajendid, eesmärgid) ja eksimiste võimalused võivad olla erinevad. Eristada saab enamlevinud kaasuste grappe ning selline tinglik süstematiseerimine ongi järgnevate alajaotiste ülesehituse aluseks. Tavapraktika eripalgelisust ja muutlikkust silmas pidades pole esitatud kaasuste gruppide loetelu ammendav.

4.2. Perekonnaelu põhimõtete ja kõlblusega vastuolus olevad tehingud

²⁹⁴ Tehingu vastuolu seaduse, avaliku korra või heade kommetega oli reguleeritud ka 1940. aasta tsiviilseadustiku eelnõus (§ 190) - Vt Tsiviilseadustik. Eelnõu. Tallinn, 1940. Tartu, 1992. Balti eraseaduse art 3214 kohaselt loeti iga midagi seadusevastast, ebamoraalset või autut määritlev tehing mittekohustuslikuks.

²⁹⁵ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 24. mai 2001. a otsus AS ERA Pank (pankrotis) hagi OÜ Triblon vastu rendilepingu kehtetuks tunnistamiseks ja vara väljanõudmiseks võõrast ebaseaduslikust valdusest, 3-2-1-76-01. - RT III 2001, 19, 204; Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 29. aprilli 2002. a otsus Edmund Johannes Martini hagi OÜ

Perekonnaelu põhimõtted ja kõlblus on ühiskonna arenedes eriti alati muutustele. Hinnangud põhiväärtustele on küll jäävamad, kuid nende kohaldamine varieerub sõltuvalt sellest, milline on olnud teataval ajaperioodil valitsev avalik arvamus. Just selles valdkonnas avalduvad kõige enam seisukohtade muutused. See, mis alles hiljuti loeti vastuolus olevaks perekonnaelu põhimõtete ja kõlblusega, täna seda enam pole. Seejuures ei saa väita, et ühiskonna avalik arvamus muunduks selles valdkonnas järjekindlalt tolerantsuse suunas. Ühiskonna areng kulgeb kui mööda spiraali – näiteks seksuaalmoraalile esitatud nõuded karmistuvad, pikema ajaperioodi mööduses muututakse sallivamaks, misjärel liigutakse jällegi puritaanluse suunas jne.

Tehingud, mida loetakse vastuolus olevaks kõlblusega, seonduvad eelkõige abieluväliste seksuaalsuhetega.

Saksa õiguses loetakse heade kommete vastaseks abielus mitteolevate isikute tehingud, mis on suunatud tasumisele seksuaalteenuste osutamise eest või suhte hoidmise eest. Kuid kokkulepe tasu maksmise kohta kooselu lõppemisel pole iseenesest tühine, kui rahasumma maksmise eesmärgiks on näiteks maksta kooselu lõppemisel kompensatsiooni eraldi eluaseme loovutamise eest. Sellised kokkulepped on aga väga piiratud, sest kokkuleppe sisuks ei saa olla isiku õiguste ja vabaduste piiramine. Tehingu motiivist sõltuvalt loetakse kehtivaks või tühiseks ka abielumehe kinked ja ülalpidamismaksed oma armukesele. Sellised tehingud on tühised, kui nende eesmärgiks on tasuda suhte hoimise ja jätkamise eest. Tänapäeval aga loetakse kehtivateks tehinguid, mille motiiviks on hoolitsus oma endise armukese kindlustatuse eest tulevikus pärast pikaajalist suhet, tänu osutamine osutatud hoole, toetuse ja tähelepanu eest lõppenud suhte korral või muud sarnased kaalutlused.²⁹⁶ Enamasti käsitatakse kehtivatena ruumi rendilepinguid, kus elamispind on renditud isikutele, kes pole omavahel abielus.²⁹⁷

Prantsuse kohtupraktikas ilmneb samuti "*bonnes moeurs*" mõiste ebamäärasus, arvestades seksuaalmoraali puutuvate seisukohtade muutumist. Seonduvalt vabaabieludega on *Cour de cassation* arvestanud, et ühiskond on üha enam valmis aktsepteerima abieluväliseid püsisuhteid ja tunnustanud näiteks vabaabieli poole õigust nõuda õigusvastaselt tekitatud kahju hüvitamist partneri surmast tulenevalt.²⁹⁸

Brevis Invest, Enn Pauti ja Jaanus Saare vastu rendilepingu tühisuse tunnustamiseks, 3-2-1-29-02. - RT III 2002, 14, 164.

²⁹⁶ H. Kötz. *Op cit*, p 156.

²⁹⁷ H. Köhler. *Op cit*, lk 201.

²⁹⁸ *Civ* 27.02.1970, *JCP* 1970, II, 16305. In: B. Nicholas. *Op cit*, p 131.

Kinkija motiividest sõltuvalt eristavad prantsuse kohtud: tehinguid, mille eesmärgiks on õhutada abieluväliste suhete loomist ja jätkamist või võimaldada hüvitust sellise suhte eest (need on tühised) ning tehinguid, mille sõlmimise eesmärk on kanda moraalset vatutust partneri ees tulenevalt lõppenud lähisuhtest (need on kehtivad). Tasuliste tehingute puhul ei too aga tehingu teinud isiku ebamoraalne eesmärk iseenesest kaasa tehingu tühisust. Tehing on tühine üksnes siis, kui tehingu teine pool oli tema ebamoraalsetest motiividest teadlik. Näiteks kaasuses, kus prostituut laenab raha bordelli loomise eesmärgil (ebamoraalne motiiv), on laenuleping kehtiv, kui laenuandja polnud laenuvõtja sellistest motiividest teadlik.²⁹⁹ Analoogselt loetakse itaalia õiguses tühiseks tehingud, mis on sõlmitud mõlemapoolse kavatsusega *contra bonos mores* (*Codice Civile art 1345*).³⁰⁰

Vanemates kohtuasjades Inglismaal peetakse ebamoraalseks naisele antud mehe lubadust saada tema armukeseks (*Benyon v Nettleford (1850)*), s.o tulevikus vabaabielu soosivat (ettenägevast) tehingut. Tänapäeval aga vabaabielupaaride tehinguid näiteks oma sissetulekute ühendamiseks ühisteks ettevõtmisteks enam ebamoraalseks ei peeta.³⁰¹ Samuti on kehtivad ruumi rendilepingud, kus elamispind on renditud isikutele, kes pole omavahel abielus.³⁰²

Seksuaalset ebamoraalsust õhutavaks ja heade kommet vastaseks loetakse ka seksuaalteenuste osutamisega seonduvaid tehinguid.

Saksa kohtupraktikas käsitati heade kommete vastasena bordellimüügi- ja bordellirendilepinguid. Tänapäeval tunnustatakse selliste tehingute tühisust vaid teatavatel tunnustel (nt kui rent on ebatavaliselt kõrge ja rentnik ekspluateerib prostituute eesmärgiga katta rendimakseid).³⁰³ Seega ei loeta bordellimüügi- ja bordellirendilepinguid nüüdisajal ilma pikemata heade kommete vastaseks. Seevastu peetakse heade kommete vastaseks siiski veel prostituutidega nende kutsega (seksuaalteenuste osutamine) seonduvalt sõlmitud lepinguid.³⁰⁴

Inglise õiguses peetakse prostituutidega seotud tehinguid ebamoraalseteks. Üldiselt leiavad inglise kohtud, et prostituut ei saa esitada oma kliendile nõudeid tulenevalt talle teenuse osutamisest. Siiski pole ebaseaduslik *per se* mitte prostitutsioon, vaid prostituudi tegevus klientide tülitamisel oma pakkumistega. *Pearce v Brooks (1866)* kaasuses pole prostituut vastutav võlgade eest, mis tulenesid vankri (tõlla) rendilepingust, mida ta kasutas intiimteenusete osutamise eesmärgil, kusjuures rendileandja oli tema tegevusest teadlik. Tehing loeti

²⁹⁹ Civ 17.07.1989, JCP 1990, II, 21546. In: J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker. *Op cit*, p 327.

³⁰⁰ M. H. Whincup. *Op cit*, p 300.

³⁰¹ P. Richards. *Op cit*, p 235.

³⁰² M. P. Furmston. *Op cit*, p 365.

³⁰³ H. Kötz. *Op cit*, p 156.

ebaseaduslikuks ja rendileandjal puudus õigus nõuda maksmatajäänud renti. Sama kohaldub analoogselt ruumi või korteri rendi korral, mida kasutatakse prostitutsiooniga tegelemiseks.³⁰⁵

Hilisemates kaasustes on leitud, et kui prostituut rendib mõistlikel tingimustel ruume oma teenuse osutamiseks, ei loeta rendilepingut tühiseks vaid põhjusel, et rendileandja teadis, mis otstarbel tema ruume kasutatakse.³⁰⁶

Šotimaal peetakse moraalivastaseks näiteks tehingut, millega renditakse prostituudile lahtine auto, et võimaldada tal seal poseerida ja endale sel moel reklaami teha.³⁰⁷

Tänapäevast kohtu suhtumist ebamoraalsusesse väljendab Inglismaal *Armhouse Lee v Chappell* (1996) kaasus. Kohus rahuldab tehingu rikkumisest tingitud kahjunõude tulenevalt tehingust, mille objektiks oli telefoni teel intiimteenuste pakkumine. Kohus keeldus tunnustamast otsesõnu sellise tehingu tühisust.³⁰⁸

Võib väita, et eesti kohtupraktikast ei leia tehinguid, kus oleks sedastatud vastuolu seksuaalmoraaliga. Arvestades ühiskonnas valitsevaid suhtumisi moraalsetesse väärtustesse, ei või aga ilmselt väita, et selliseid tehinguid praktikas ei sõlmita. Oletatavasti on põhjusi (nt kartus avalikustamise ees, kahtlused politsei abi tõhususe suhtes), miks ei pööduta õiguskaitseorganite poole. Kohtupraktikast puuduvad bordellirendilepingute rikkumisest tulenevad kaasused.

Heade kommete vastaseks peetakse tehinguid, mis piiravad abieluvabadust ja ohustavad abielu stabiilsust. Kohtupraktikast tulenevalt on abielu kui institutsioon eriti tugevalt kaitstud inglise õiguses.

Nii loetakse heade kommete vastaseks reeglina abielupiiranguid, samuti abielusidemeid nõrgendavaid tehinguid. Tühisteks peetakse kokkuleppeid mitte abielluda teatud aja jooksul või üldse mitte. Tühine on ka kokkulepe võimaliku või kindla abielulahutuse kohta tulevikus, küll aga võidakse kokku leppida kohese lahutuse osas.³⁰⁹ Veel on tühiseks loetud kliendi ja vahendaja kokkuleppeid raha eest abikaasa leidmiseks.³¹⁰ Kui Šotimaal ei aktsepteeritud varasematel aegadel kehtivana abieluvahendusteenuse osutamisega seonduvaid lepinguid, siis tänapäeval ei peeta sellise teenuse pakkumist enam taunitavaks.³¹¹

³⁰⁴ H. Köhler. *Op cit*, lk 201.

³⁰⁵ P. Richards. *Op cit*, p 235; W.T. Major. *Op cit*, p 197.

³⁰⁶ M. P. Furmston. *Op cit*, p 364.

³⁰⁷ W. M. Gloag, R. C. Henderson. *Introduction to the Law of Scotland*. Edinburgh, 1987, p 102.

³⁰⁸ M. H. Whincup. *Op cit*, p 290.

³⁰⁹ W.T. Major. *Op cit*, p 205

³¹⁰ G. H. Treitel. *An Outline of the Law of Contract*. London, 1979, p 167.

³¹¹ S. Woolman. *Op cit*, p 149.

Soome kohtupraktikas on peetud heade kommete vastaseks ja tühiseks selline kinnisasja tingimuslik müügitehing, mille kohaselt ostja müüb oma kinnisvara eeldusel, et ostja temaga abiellub.³¹² Taani kohtupraktikas on loetud tühiseks tehinguline lubadus abielluda tehingu poolega teatava rahasumma eest.³¹³

Abieluvabadust piiravaid tehinguid ei aktsepteeritaks ka eesti õigusruumis, sest kirjeldatud kokkulepped kitsendavad otseselt isiku põhivabadusi. Kaasaegses ühiskonnas on aga raske leida põhjendusi, miks keelata abieluvahendusteenuste osutamist. Tulenevalt VÕS § 664 lg-st 6 on eesti õiguses abieluvahendusteenuste osutamisega seonduvad tehingud kehtivad. Nimetatud paragrahvi kohaselt käsitletakse abielu sõlmimise vahendamiseks või abielu sõlmimise võimalusele osutamiseks sõlmitud maaklerilepingust tulenevat maakleritasu maksmise kohustust mittetäieliku kohustustena s.t kohustustena, mille võlgnik võib täita, kuid mille täitmist ei saa võlausaldaja temalt nõuda. Eesti kohtupraktikas kirjeldatud tehingud ei kajastu.

Abikaasade varaliste suhete määratlemiseks sätestab perekonnaseaduse (PkS) § 7 võimaluse sõlmida abieluvaraleping. Tulenevalt PkS § 13 lg-st 1 võidakse abieluvaraleping tunnistada kehtetuks või lugeda tühiseks TsÜS-i sätete alusel. Heade kommetega vastuolus ning mitteaktsepteeritavad on kindlasti lepingutingimused, mis välistavad abikaasa seaduslikke õigusi (nt õigus saada ülalpidamist, õigus ühisvara jagamisele abielu lõppemisel jms). Nimetatud tingimuste välistamine tuleneb ka seaduslikest piirangutest abieluvaralepingu sisule (PkS § 9 lg 2). Kohtupraktikas pole tunnustatud sellise abieluvaralepingu tühisust, mille alusel jäeti kogu ühiselt soetatud vara ühele abikaasale. Kohus märkis, et asjaolu, mille kohaselt üks lepingupool loeb sõlmitud lepingu endale ebasoodsaks, ei saa olla lepingu kehtetuks tunnistamise või tühisuse tunnustamise aluseks. Lepinguvabaduse põhimõttest tulenevalt on abielupooltel õigus kokku leppida teineteise suhtes vähem või rohkem soodsates või ebasoodsates tingimustes.³¹⁴ Nimetatud seisukohaga võib nõustuda. Selline kokkulepe võib olla tühine, kui esinevad ühte tehingupoolt piiravad lisatingimused nagu ühe tehingupoole ebasoodne olek (raskete asjaolude kokkusattumise mõju) ning sellise asjaolu ärakasutamine teise tehingupartneri poolt.

Perekondlikesse suhetesse puutuvalt ei tunnustata kokkuleppeid, mis välistavad või piiravad seadusest tulenevaid lapsevanemate kohustusi lapse ees.

³¹² P. Timonen. Suomen Laki. Helsinki, 1994, S 149.

³¹³ R. Nielsen. *Op cit*, sec 413-418.

³¹⁴ Tallinna Ringkonnakohtu tsiviilkolleegiumi 29. juuni 2001. a otsus Sulev Sepp`a hagi Hilje Sepp`a vastu abieluvaralepingu tühisuse tunnustamiseks, II-2/1053/01.

Nii on Hollandi Ülemkohus lugenud tühiseks endiste abikaasade vahelise kokkuleppe, mille kohaselt seati elatise maksmise tingimuseks lapse koolitamine katoliiklikus õppeasutuses.³¹⁵

Üldistavalt võib märkida, et põhiseaduslikke võõrandamatuid õigusi silmas pidades on ilmselt mitteaktsepteeritavad mistahes abikaasadevahelised tinglikud tehingud, mis piiravad lapse vaba eneseteostust ja otsustusvabadust. Eesti kohtupraktikasse pole sellised elatise maksmise tingimuslikud kokkulepped jõudnud, mis ei pea tähendama, et igapäevaelus selliseid tehinguid ei sõlmitaks.

Prantsuse kohtupraktikas on loetud heade kommete vastaseks tehingud, milles on ette nähtud kohustus maksta lapsendamise korraldamise eest, kuid esineb ka teistsuguseid näiteid. Seetõttu on kohtu suhtumine nimetatud tehingutesse siiski kõhklev.³¹⁶ Arvestades, et Eestis on abieluvahendusteenuse osutamine aktsepteeritav ning käsitletav VÕS § 4 järgi mittetäieliku kohustusena, võiks analoogne reegel olla rakendatav ka lapsendamise vahendusteenuse osutamise suhtes.

4.3. Isiklikku ja majanduslikku vabadust piiravad tehingud

Demokraatlikus ühiskonnas on isiksuse vaba arengu ja eneseteostuse tagamise põhimõtted põhiseadusega kaitstavad väärtused. Eesti Vabariigi põhiseaduse § 19 sätestab õiguse vabale eneseteostusele, § 29 kohaselt on eesti kodanikul õigus vabalt valida tegevusala, elukutset ja töökohta. Selliseid põhimõtteid järgides on mõisteta, et õiguskord taunib tehinguid, mis ebaseaduslikult piiravad isiku isiklikku ja majanduslikku vabadust. Seega peetakse heade kommete vastaseks tehinguid, millega kaasneb õigustamatu ja ülemäärane ühe poole isikliku ja majandusliku vabaduse piiramine.

Nimetatud valdkond pakub hulgaliselt kaasusi erinevate õiguskordade kohtupraktikast. Näiteks käsitletakse inglise õiguses selgelt heade kommete vastasena tehingut, mille järgi laenuvõtja kohustub edaspidiselt laenuandja kirjaliku nõusolekuta mitte vahetama elu- või töökohta, mitte võtma laenu või käsutama oma vara (*Horwood v Millar's Timber & Trading Co (1917)*).³¹⁷ Heade kommete vastasena on käsitletud ka tehingut, millega isik loovutab õiguse kogu oma

³¹⁵ A. S. Hartkamp. *Op cit*, p 83.

³¹⁶ *Civ 22.07.1987, JCP 1987, IV, 350*. In: B. Nicholas. *Op cit*, p 131.

³¹⁷ H. Kötz. *Op cit*, p 156-157.

palgale, mis on tema ainsaks sissetulekuallikaks.³¹⁸ Soomes on heade kommetega vastuolus tehing, milles kohustatakse tegutsema vastuolus oma kutsumuse ja tõekspidamistega (nt lubatakse vahetada usku).³¹⁹ Saksa õiguses on loetud tühiseks tehing, millega isik annab oma omandi teisele poolele üle sellises ulatuses, et kaotab sisuliselt igasuguse võime käsutada tulevikus oma vara.³²⁰

Sageli seondub isiku vabaduse kaitse aspektiga ka majanduslikult nõrgema või kogenematuma lepingupoole kaitse element. Näiteks luges *House of Lords* tühiseks tehingu, mille kohaselt autor loovutas kirjastajale väikese summa (50 naela) eest autoriõiguse kõigi oma tööde osas, mis ta järgneva kümne aasta jooksul loob. Seejuures kirjastaja ei kohustunud välja andma kõiki autori poolt loodud töid ning võis erinevalt autorist lepingu igal ajal lõpetada. Kuna autor oli oma vanuse (21 a) tõttu kirjastaja suhtes kauplemisjõult selgelt nõrgemal positsioonil, leidis kohus tehingu asjaolusid arvestades, et sellisel kujul piirab leping ebaõiglaselt autori loominguvabadust (*Schroeder Music Publishing Co v Macaulay (1974)*).³²¹ Saksa Riigikohus (*Bundesgerichtshof*) pidas samuti isiku loominguvabadust piiravaks tehingut, milles autor loovutas kirjastajale õiguse anda välja kõik tulevikus tema poolt kirjutatud tööd. Kuigi autorile oli jäetud õigus pöörduda teiste kirjastajate poole, kui lepingupartnerist kirjastaja keeldub töö väljaandmisest või pakub selleks ebasoodsamaid tingimusi, leidis kohus, et kirjastuselepingu põhiraskus on kandunud ebaõiglaselt lepingu ühele poolele, piirates sel viisil lepingupoole isiklikku ja majanduslikku vabadust ülemääraises ulatuses. Lepingust ilmneb autori tihe seotus lepingupartneriga ning tema vabadus otsida teisi kirjastajaid on piiratud, kuna lepingujärgsel kirjastajal on võimalus pakutavate tööde hulgast välja valida parimad ja nõutada nende kirjastamisõigust endale.³²²

Ühe lepingupoole majandustegevuse õigustamata ja ülemäärane ahistamine võib väljenduda ka pikaajalistes lepingulistes suhetes, mille puhul sõltub tehtud investeeringute tagasimaksmine äripartneriga sõlmitud lepingu püsijäämisest teatud ajaperioodiks. Selliste tehingute lubatavus õiguskorra poolt seostatakse taolistel juhtudel lepingu kestvuse kriteeriumiga.

See ilmneb näiteks juhul, kui kütusefirmalt või õllevabrikult äritegevuse alustamise võimaldamiseks saadud pikaajalise laenu eest nõustub bensiinijaam või õlut tarbiv hotell

³¹⁸ G. H. Treitel. *Op cit*, p 170.

³¹⁹ T. M. Kivimäki, M. Ylöstalo. Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Helsinki, 1959, S 302.

³²⁰ BGH 09.11.1955, BGHZ 19, 12. In: H. Kötz. *Op cit*, p 156-157.

³²¹ H. Kötz. *Op cit*, p 157.

³²² BGH 14.12.1956, BGHZ 22, 347, 354. In: H. Kötz. *Op cit*, p 157.

kasutama vaid nende firmade toodangut või taluma teisi piiranguid. Selliste kestvuslepingute iseenesest tühiseks lugemine asetab ebasoodsasse olukorda need väikesed bensiinijaamad või hotellid, kelle vähene kapital vajaks laenude näol toetust. Oluline on siin headesse kommetesse puutuvalt nende lepinguliste suhete põhjendamatult pikk kestvusaeg. Nii aktsepteeris *House of Lords* viieaastase kestvusega lepingut kütusefirma ja autoparandustöökoja vahel, kuid luges kahekümneaastast perioodi lepingu jaoks liiga pikaks (*Esso Petroleum Co v Harper's Garage (Stourport)* (1968)).³²³ Kohtul tuleb sekkuda olukorras, kus arvestades üldist arusaama õiglusest, poleks õige lasta tugevamal suruda ummikusse nõrgemat.³²⁴ Ka prantsuse kohtud lubavad sagedasti lepingupoolel taganeda kestvuslepinguga võetud kohustusest tarbida vaid ühe kindla äriühingu toodangut. Kohtud toetuvad siinkohal *Code Civil art-le 1129*, millest tulenevalt ei saa pidada tehingut kehtivaks, kui selle hind on "küllaldaselt" määratlemata. See säte on rakendatav pikaajaliste lepingute puhul, kui toodangut väljastaval äriühingul on lepingujärgne õigus kohandada hinda vastavalt muutuvatele tingimustele, nõudes tarbijalt lähtumist hetkel kehtivast hinnakirjast. *Bundesgerichtshof* on aktsepteerinud õlletarne lepingute puhul samuti kõhklusteta viie-aastast lepingut, pidades lubatavaks äärmist piiri lepingu kestvuse puhul kuni 20 aastat. Sellist lepingu kestvust peavad lisaks siiski õigustama ainult erilised asjaolud, näiteks õllevabriku investeeringute suurus, samuti asjaolu, kas kohustus hõlmab kogu või vaid osa ettevõtte vajadusest jookide järele jm. Kui bensiinijaam sellise kahekümneaastase lepingusuhte lõpetab, pole kütusefirmal lubatud tingimuste nõutamine, mille tõttu tal oleks õigus jätkata lepingut samadel tingimustel, kui pakutakse bensiinijaamale mõne teise varustaja poolt.³²⁵ Taolise õiguse jõustamine piiraks teise lepingupoole majanduslikku iseseisvust ja vabadust määral, mis pole aktsepteeritav. Kirjeldatud tehingute kehtivus on välistatud ka siis, kui nad võivad osutada ebamõistlikult konkurentsi piiravateks rahvuslike konkurentsiseaduste või Euroopa Liidu konkurentsireeglite kohaselt.

Spetsiifilise valdkonnana tuleks käsitleda konkureerimiskeeldu sisaldavaid lepinguid, mis piiravad ebamõistlikult sellise kohustuse võtnud poole majanduslikku vabadust. Konkurentsi piirangud sisalduvad tihti just töölepingutes, kuivõrd tööandjad näevad endises töötajas tulevast konkurenti: ühe tööandja juurest lahkunud töötaja võib pakkuda end tööle konkureerivasse firmasse või luua oma firma. Endise tööandja juures omandatud eriteadmisi ja informatsiooni kasutades võidakse üle võtta tema kliente. Mõistetavad on siinkohal endise

³²³ P. Richards. Op cit, p 236.

³²⁴ M. H. Whincup. Op cit, p 294.

³²⁵ BGH 14.06.1972. – NJW, 1972, 1459; BGH 17.01.1979. – NJW, 1979, 865; BGH 09.06.1969, BGHZ 52, 171, 176; BGH 31.03.1982, BGHZ 83, 313, 319. In: H. Kötz. Op cit, p 158.

tööandja huvid, kuid töötaja omandatud teadmised ja oskused on siiski tema kapital, mille realiseerimisele ülemääraste piirangute seadmine ohustaks isiku vaba eneseteostust. Tasakaalu loomiseks selliste tööandja - töötaja vastandlike huvide vahel, tunnustatakse üldreeglina konkurentsipiiranguid seadvaid lepinguid kehtivatena vaid teatavatel eritingimustel, mis tulenevad seadusest või kollektiivlepingutest.

Mandri-euroopa õiguskordades nähakse ette, et konkurentsipiirang on kehtiv vaid juhul, kui selline kohustus on piiratud oma ulatuselt, kehtivusajalt ja kehtivusruumilt ning tingimusel, et töötajale makstakse selle kohustuse täitmise eest täiendavat tasu. Konkurentsikeeld ei tohi reeglina ületada kolme aastat. Eeltoodud käsitlus tuleneb Itaalia tsiviilkoodeksi (*Codice civile*) art 2125 sõnastusest. Analoogselt on sätestatud konkurentsikeeld Saksa kaubanduskoodeksi (*Handelsgesetzbuch - HGB*) §-is 74 ja Šveitsi kohustiste koodeksi töölepingulist suhet reguleeriva peatüki art-is 340a. Töölepingulistes suhetes konkurentsikeeldu reguleerivad sätted on analoogselt kohaldatavad ka teistes lepingulistes suhetes, näiteks agendilepingu puhul. Selline reegel tuleneb Itaalia tsiviilkoodeksi (*Codice civile*) art-ist 1751, Saksa kaubanduskoodeksi (*Handelsgesetzbuch - HGB*) §-ist 90a ja Šveitsi kohustiste koodeksi §-ist 418d. Kohtud Prantsusmaal ja Inglismaal järgivad teataval määral sarnaseid reegleid.³²⁶

Näiteks leidis *Bundesgerichtshof* kaasuses, kus äriühingu tegevdirektor kohustus firmast lahkudes mitte asutama, siduma end või osalema kümne aasta jooksul samasuguses äris lähikonnas 25 km ulatuses, et konkurentsikeeld oli ülemäärane. Igasugused eelised, mida tegevdirektor saaks tulenevalt oma endistest ärisidemetest kasutada, on kaugelt enne sätestatud tähtaja lõppu juba kadunud ning firmale ei saa tekkida sellest, et turule tuleb uus konkurent, enam kahju.³²⁷ *Bundesgerichtshof* luges aga kehtivaks firma raamatupidajalt võetud kohustuse mitte suhelda kahe aasta jooksul firmadega, keda ta nõustas kolme aasta vältel enne firmast lahkumist.³²⁸

Üldise õiguse maades kontrollitakse rangelt, et töö- ja ärilepingud ei sisaldaks ebamõistlikult ettevõtlusvabadust piiravaid tingimusi ning igasugused piiravad sätted loetakse eelduslikult tühiseks. Tööandja kohustuseks on siinkohal tõendada vastupidist. Kui tööandja tõendab, et lepingulised piirangud on mõistlikud, loetakse vastavad sätted kehtivaks (*Nordenfelt v Maxim Nordenfelt (1894)*).³²⁹ Mõistlikkuse printsiip puudutab tehingus sätestatud piirangu ning tegelikult kaitstava huvi suhet. Tehing loetakse ebamõistlikuks, kui minnakse kaugemale, kui on vajalik selle huvi ajaliseks, ruumiliseks ja sisuliseks kaitseks. Siinkohal tuleb kaalumisele ka

³²⁶ H. Kötz. *Op cit*, p 159.

³²⁷ BGH 13.03.1979. - NJW, 1979, 1605).

³²⁸ BGH 26.03.1984, BGHZ 91, 1, 6. In: H. Kötz. *Op cit*, p 159-160.

avaliku huvi kriteerium ja tehing võib olla tühine vastuolu tõttu avaliku huviga (nt juhul, kui piirangud on seatud töötajale, keda vajatakse antud paikkonnas just tema erioskuste tõttu).³²⁹

Nii loeti Inglismaal kehtivaks advokaadibüroost lahkumisel sätestatud piirang mitte võtta nelja aasta jooksul tasu klientidelt, keda ta nõustas advokaadibüroos viimase kolme aasta vältel (*Bridge v Deacons (1984)*), analoogselt luges prantsuse kohus kehtivaks advokaadi lubaduse kolme aasta jooksul mitte nõustada endisi kliente (*Soc 12.06.1986*).³³¹

Taani lepinguseaduse *art 38* järgi on kehtetud ettevõtlusvabaduse piirangud, mis kehtivusaja, kehtivusruumi või muude muude tingimuste poolest kitsendavad ebamõistlikult isiku õigust tööle. 1964. a vastu võetud palgatöö seaduse *art 18* kehtestab üldreegli, mille kohaselt ilma spetsiaalse lisatasuta ei tohi tööandja piirata endise töötaja tegevusvabadust rohkem kui aastaks. Piirang on tühine, kui töötaja on töölt ebaseaduslikult vallandatud või sunnitud lahkuma.³³²

Soomes ei ole peetud lubaduse andjale siduvaks lepingut, milles võeti kohustus mitte tegutseda teataval tegevusalal. Samuti on kehtetu tööleping, milles võeti kohustus mitte töötada isiku juures, kes tegutseb sellisel tegevusalal, kui nimetatud tingimused on antud ajal ja kohas rangemad, kui see on vajalik konkurentsi piiramiseks.³³³

Eesti õiguses reguleerib töösuhetesse puutuvaid konkurentsipiiranguid põgusalt töölepinguseaduses töötaja kohustusi sätestav § 50, mille p-ist 6 tulenevalt kohustub töötaja mitte osutama tööandjale konkurentsi, sh mitte töötama tööandja loata viimase konkurendi juures, kui need kohustused on ette nähtud töölepinguga. Need kohustused lasuvad töötajal ka pärast töölepingu lõpetamist, kui pooled sõlmisid niisuguse kokkuleppe ja tööandja maksis töötajale taolise kohustuste täitmise eest eritasu või andis muud hüvitust. Seega ei sea seadus siinkohal peale töölepingu lõppemist piiranguid konkurentsikeelule ajas ja ruumis, mistõttu tuleb kohtul igakordselt kaaluda, kas piirang ei ahista ülemääraselt töötaja majanduslikku vabadust. Seaduses sätestatud konkurentsikeelu mõistliku kehtivusaja ja kehtivusruumi piirang oleks siinkohal kohtule toeks. VÕS § 689 käsitleb põhjalikumalt agendilepinguga seonduvat konkurentsipiirangut. VÕS § 689 lg-te 2 ja 3 kohaselt võib konkurentsipiirangu kokkuleppe sõlmida kuni kaheks aastaks agendilepingu lõppemisest ning see võib laieneda üksnes agendilepingus määratud piirkonnale või klientide ringile, kellega agent pidi lepinguid vahendama või sõlmima, ja üksnes lepingutele, mida agent pidi vahendama või sõlmima. Konkurentsipiirangu kestuse aja eest peab käsundiandja maksma agendile mõistliku hüvitise,

³²⁹ M. H. Whincup. *Op cit*, p 292.

³³⁰ G. H. Treitel. *Op cit*, p 172-175.

³³¹ H. Kötz. *Op cit*, p 159-160.

³³² M. H. Whincup. *Op cit*, p 296.

³³³ S. J. Burton. *Principles of Contract Law*. St Paul, Minn, West Publishing Co, 1995, p 26.

isegi kui selles ei olnud kokku lepitud. Tulenevalt VÕS § 689 lg-st 6 on nimetatud sätetest agendi kahjuks kõrvalekalduv kokkulepe tühine. Järelikult puudub vajadus kaaluda selliste kokkulepete vastavust heade kommete kriteeriumile.

Konkurentsi piiravatel sätetel on eriline aktuaalsus ka ettevõtete (äride) ostu-müügi puhul.

Pooled on ärisuhetes võrdsemas positsioonis kui tööandja-töötaja vahelistes suhetes, mistõttu seadusandja püüab ärisuhetesse vähem sekkuda ja tunnustab ettevõtja õigust kaitsta oma huve suuremas ulatuses kui töösuhetes.³³⁴ Seega tõlgendatakse tööandja omanikuhuvi kitsamalt ja ettevõtja omanikuhuvi laiemalt. Töötaja vajab rohkem kaitset kui ettevõtja.

Üldiselt on ettevõtte müümisel tavapärane, et müüja võtab endale kohustuse mitte ostjaga konkureerida. Selline piirang teenib mõlema poole huve, sest ostja maksaks ettevõtte eest rohkem, kui ta võib kindlasti loota, et müüja konkurents on välistatud. Sellistes suhetes väljendub ilmekalt ka keelu talumise mõistlik hind - st konkurentsikeeldu tuleb siinkohal hinnata arvestades, et keeld tohiks piirata müüja vabadust pakkuda konkurentsi sellises ulatuses, mis on vajalik müüdnud ettevõtte väärtuse ja hea nime (ka tarbijaskond, varustusallikad jms) (*goodwill*) säilitamiseks.³³⁵

Seega ei saa konkurentsikeeldu sätestav lepingutingimus kehtida piiranguteta. Piirangute sätestamine ajas ja ruumis vm võimaldab luua tasakaalu lepingupoolte erinevate huvide vahel. Arvestades aga konkreetseid kaasuseid, võib esineda erandlikke juhtumeid, kus konkurentsikeeld võib kehtida ka piiranguta ruumis (nt juhul, kui lepingupartneri ärisidemed ulatuvad üle terve maailma ning ettevõtte ostjal on õigustatud huvi, et müüja ei pakuks talle konkurentsi mis tahes riigis). Reeglina on siiski piirangud ajas, ruumis ning tegevusvaldkonnas iseenesestmõistetavad.

Eeltoodud käsitlemise puhul tuleb arvestada, et konkurentsi käsitlevad ja piiravad üldsätted tulenevad eelkõige kehtestatud konkurentsiseadustest ja Euroopa Liidu konkurentsi regulatsioonidest. Seaduses sätestatud otsest keeldu rikkuvad tehingud on seetõttu tühised. Mandri-euroopa tsiviilseadustike sätted annavad üldise suunise, millises ulatuses võib töösuhetes jt lepingulistes suhetes konkurentsipiiranguid seada. Konkreetse lepingu analüüsimisel selgub, kas lepingus sätestatud piirangud pole vastuolus heade kommetega (ei piira ülemääraselt lepingupartneri isiklikku ja majanduslikku vabadust). Võib esineda ka juhtumeid, kus konkurentsi keelav lepingusäte on näiteks ettevõtte müümisel heade kommete seisukohast laitmatu, kuid võib olla konfliktis konkurentsipiirangute vastase seadusega.

³³⁴ M. H. Whincup. *Op cit*, p 294.

³³⁵ H. Kötz. *Op cit*, p 159.

Isiku majandustegevusega seonduvad spetsiifilise valdkonnana tehingud, milles nähakse liigkasuvõtmise koosseisu tunnuseid. Seetõttu on nad vastuolus heade kommetega ja sellest tulenevalt tühised.

Saksamaal on sätestatud liigkasuvõtmistehingu koosseis *BGB § 138 lg-s 2*, mille järgi on eelkõige tühine tehing, millega keegi, kasutades ära teise sundolukorda, kogenematust, otsustusvõime puudumist või olulist tahtenõrkust (tahtejõuetust), laseb endale või kolmandale isikule soorituse eest lubada või tagada varalisi eeliseid, mis on sooritusega võrreldes silmatorkavalt ebavõrdsed.³³⁶ Seega on eelkõige liigkasuvõtmistehing heade kommehete vastane ja tühine tehing.

Liigkasuvõtmistehingu koosseisu esimeseks elemendiks (eelduseks) on silmatorkav ebaproportsionaalsus soorituse ja vastusoorituse vahel. See kehtib kõigi vastastikutest lepingute puhul, nagu laen, üür ja kompromiss. Ebaproportsionaalsuse määratlemine toimub soorituse ja vastusoorituse objektiivsete väärtuste (turuhind) võrdlemise teel.³³⁷

Nii tuleb laenu puhul võrrelda lepinguintressi ja turuintressi. Kohtupraktika kohaselt on silmatorkava ebaproportsionaalsusega tegemist siis, kui lepinguintress on kas topelt nii kõrge kui turuintress (intresside suhteline erinevus) või kui intresside absoluutne erinevus on vähemalt 12%. Arvestada tuleb siiski kõiki laenulepingu asjaolusid kogumis - väljamakstav summa, muud laenuga seoses olevad kulutused, laenu kestus, riski suurus jms.³³⁸

Tuvastatud silmatorkavast ebaproportsionaalsusest ainuüksi ei piisa liigkasuvõtmistehingu koosseisuks. Tehing peab peale selle olema teoks saanud kasutades ära teise poole "sundolukorda, kogenematust, otsustusvõime puudujääke või olulist tahtenõrkust". See asjaolu on liigkasuvõtmistehingu koosseisu teiseks elemendiks.

Sundolukorra all võib mõista olukorda, kus tehingu tegemiseks on tungiv vajadus, rajanegu see siis kas majanduslikul kitsikusel või muudel asjaoludel. Kogenematus on elu- või ärikogemuse puudumine laiemas mõttes, st mitte kogenematus teatud kindlal elu- või majandusalal. Eelkõige eeldatakse kogenematust noorte või vaimse piiratusega isikute puhul.³³⁹

BGB § 138 lg-st 2 tulenevalt on liigkasuvõtmistehingu koosseisuks nõutav kolmanda elemendina ka eelnimetatud asjaolude ärakasutamine lepingupoole poolt.

³³⁶ Liigkasuvõtmistehingu tühisus ei tulene saksa õiguses mitte ainult *BES § 138 lg -st 2*, vaid ka *§-st 134* (seadusega sätestatud keeluga vastuolus oleva tehingu tühisus), mis on seotud saksa kriminaalkoodeksi §-ga 302a.

³³⁷ H. Köhler. *Op cit*, lk 202.

³³⁸ R. Brownsword, N. J. Hird, G. Howells. *Good Faith in Contract: concept and context*. Suffolk, 1999, p 295; H. Köhler. *Op cit*, lk 202.

³³⁹ H. Köhler. *Op cit*, lk 203.

Ärakasutamisega on tegemist siis, kui lepingupartner (liigkasuvõtja) kasutab neid asjaolusid enda huvides ja on teadlik soorituse ja vastusoorituse silmatorkavast ebaproportsionaalsusest. Siinjuures pole oluline, kelle poolt tuleb tehingu sõlmimise initsiatiiv.³⁴⁰

Seega esineb liigkasuvõtmise koosseis *BGB § 138 lg 2* järgi siis, kui ilmnevad kõik eeltoodud koosseisuelemendid. Juhul, kui neid kõiki ei täheldata, on mõeldav *§ 138 lg 1* rakendamine.

BGB § 138 lg 1 hõlmab liigkasuvõtmistehinguga sarnase tehingu koosseisu, kui ilmneb silmatorkav ebaproportsionaalsus soorituse ja vastusoorituse vahel ning kui esineb soodustatud lepingupoole taunitav suhtumine, eriti näiteks teise poole raske olukorra teadlik ärakasutamine. Sellise jämeda ebaproportsionaalsuse korral peab tingimata olema võimalik järeldada, et tegemist on mingi lepingu teisele poolele takistuseks oleva asjaolu teadliku või vähemalt raskest hooletusest tingitud ärakasutamisega.³⁴¹ Järelikult ei piisa tehingu tühisuse tunnustamiseks *BGB § 138 lg 1* alusel vaid ebaproportsionaalsusest soorituse ja vastusoorituse vahel.

Seega hõlmab *BGB § 138 lg 1* sisuliselt nii *§ 138 lg-s 2* sätestatu, kui ka olenevalt objektiivsetest asjaoludest liigkasuvõtmistehinguga sarnaste tehingute koosseisu. Liigkasuvõtmistehingu täieliku koosseisu (*BGB § 138 lg 2*) väljatoomise eesmärgiks on rõhutada ja selgelt määratleda kohtupraktikas enam esinevaid või eriti taunitavaid heade kommete vastaseid tehinguid. *BGB § 138 lg 2* lisati Saksa tsiviilseadustikku hiljem lähtudes just eeldusest, et ebavõrdsed tehingud on kahtlased ja ebaõiglased.

Kohtupraktikas kohaldataksegi *BGB § 138 lg-t 2* tavaliselt ühenduses *§ 138 lg-ga 1*, mis sätestab, et heade kommetega vastuolus olevad tehingud on üldiselt tühised. *BGB § 138 lg 2* kannab endas veel väheselgi määral rooma õigusest tuntud „õiglase hinna“ (*laesio enormis*) põhimõtet,³⁴² mis on tänapäeval seadustatud prantsuse õiguses (*lésion*).³⁴³ Nimetatud põhimõtte³⁴⁴ kohaselt peab kehtivas tehingus soorituse ja vastusoorituse vahel valitsema suhteline ekvivalentsus.³⁴⁵

³⁴⁰ H. Köhler. *Op cit*, lk 203.

³⁴¹ H. Köhler. *Op cit*, lk 204.

³⁴² Sellekohane konkreetne säte jäeti Saksa tsiviilseadustiku koostamisel *BGB*-st välja põhjendusel, et seda peeti vastuolus olevaks tehinguvabaduse põhimõtetega. Leiti, et piisab üldsätetest (*BGB § 134, 138 lg 1*), mille kohaselt on tühised seaduse või heade kommetega vastuolus olevad tehingud - Vt H. Kötz. *Op cit*, p 131.

³⁴³ P. D. V. Marsh. *Op cit*, p 291.

³⁴⁴ Rooma õigusest pärineva põhimõtte alusel kujunes keskajal välja nn "õiglase hinna" teooria, mille kohaselt peavad kõikides tehingutes vastastikused sooritused olema samaväärses väärtuselises tasakaalus. Sellist doktriini rakendati kõikide vahetustehingute suhtes, kuni *Code Civil-i* vatuvmiseni. Selline lahendus, kus *lésion* säilitati vaid kolmele tsiviilkoodeksis sätestatud juhule, pärinevat Napoleonilt endalt. *Lésion-i* kohaldamine näiteks kinnisvara müügitehingutele oli Napoleoni põhjendustel vajalik kaitsmaks tugevat perekonda, mis omakorda tagab ja kindlustab riigi stabiilsust. Vallasvara müük riiki ei puudutanud, käsutustehingud maaga seevastu olid seotud riigi huviga ning omaniku kohustuseks oli käsutada kinnisvara oma perekonna huve silmas pidades. - Vt lähemalt: P. D. V. Marsh. *Op cit*, p 291; K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 68).

³⁴⁵ H. Kötz. *Op cit*, p 10.

Lésion-i põhimõtte rakendub *Code Civil* kohaselt vaid teatavatele lepingutüüpidele.³⁴⁶ Näiteks kinnisvaratehingute puhul, kui kinnisvara müüja saab vähem kui 7/12 tegelikust hinnast, võib ta *Code Civil art 1674* kohaselt nõuda tehingu tühistamist. Tulenevalt *art-test 1675 ja 1676* tuleb nimetatud suhtarvu kindlakstegemisel lähtuda kinnisvara seisust ja hinnast müügitehingu sõlmimise ajal ning lepingu tühistamiseks on müüja õigustatud kahe aasta jooksul, arvates müügitehingust. *Code Civil art 1681* kohaselt on ostjal valikuvõimalus: kas anda asi tagasi ja saada raha vastu või jätta see endale, makstes kinni hinnavahe ja täiendavalt 1/10 asja koguhinnast. Austria õiguses on sätestatud üldreegel, mille kohaselt võivad lepingu mõlemad pooled igasuguste tehingute puhul tehingu tühistada, kui ühe poole täitmine on kaks korda enam väärt kui teise poole vastutäitmine (*ABGB § 934*).³⁴⁷ Ka Itaalia tsiviilkoodeks jätab pooltele tehingust taganemise õiguse disproportsionaalsuse tõttu täitmise ja vastutäitmise vahel (*Codice Civile art 1448*). Üldise õiguse maades puudub *laesio enormis* põhimõttega analoogne doktriin. Anglo-ameerika õigussüsteemis seisneb kehtiva tehingu olemus lubadustes vastutasu eest, kuid siin ei kaaluta niivõrd vastastikuste tehinguliste lubaduste väärtuste tasakaalu.³⁴⁸ Seega on *laesio enormis* siiani tunnustatud austria õiguses ning tulenevalt Prantsuse tsiviilkoodeksi reguleeringutest romaani õigusperekonna õiguskordades.

Kohtupraktikast nähtub, et ka saksa kohtunikud on teinud mitmeid jõupingutusi, et arendada välja ebamõistliku (ülemäärase) intressimäära doktriin. Tuntud on Stuttgardi apellatsioonikohtu kohtuniku *Rolf Benderi* julged ideed arendamaks, headele kommetele ja *laesio enormis* põhimõttele tuginedes, välja teooriat liigkasuvõtlikest tehingutest. Tema seisukoha järgi ei või lepinguvabaduse põhimõtte tunnustamine viia võlgniku sotsiaalse hävinguni. Seega, kui võlgniku võetud laen ületab tema võimalusi ja hävitab tema tegelikud sissetulekud, võib selline tehing olla tühine. Kohtuotsuses tsiteeriti isegi Ameerika konstitutsiooni, viidates iga indiviidi õigusele, et talle jääks lootus ("*right of hope*"). Otsus tühistati ja seda kritiseeriti, kuid argumente sellise lähenemise toetamiseks leiab ka teistest kaasustest. Esitatud kontseptsioonile on kariks ka asjaolu, et n-ö ülejõu-sooritus muutub nähtavaks selle ilmnemisel alles peale lepingu sõlmimist ja vähemalt lepingu osalist täitmist. Seega saab heade kommete vastane olla mitte tehing, vaid just selle sotsiaalne tagajärg (toime).³⁴⁹ Siiski võib kahelda, kas vaid asjaolu, et kokkulepitud intressimäär on selgelt ülemäärane, annab alust otsustada sellise tehingu

³⁴⁶ Vt *Code Civil art-d 887, 1305 ja 1674*.

³⁴⁷ Erinevalt üldreeglist puudub selline õigus poolel, kes tegutseb kaupmehena (Austria kaubanduskoodeksi § 351a). Selline õigus puudub ka müüjal, kes on täielikult teadlik asja väärtusest ja müüb asja näiteks sõbrale odavamalt (*Freundschaftspreis*). Samuti ei kohaldata sätet ostja suhtes, kes tunnistas ostmisesel, et ta maksab asja eest ebatavalise hinna, sest eelistab just seda. - Vt H. Kötz. *Op cit*, p 131.

³⁴⁸ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 68-69.

³⁴⁹ R. Brownsword, N. J. Hird, G. Howells. *Op cit*, p 297-298.

kehtivuse üle. Tunnustades eraõiguse tuginemist lepinguvabaduse põhimõttele, tuleb ilmselt aktsepteerida poolte õigust määratleda soorituste ja vastusoorituste väärtuselist suhet. Seetõttu tuleks suhtuda ettevaatusega normidesse, mis külmutavad hinna või seavad sellele piirid. Küll aga peaks kohtud sekkuma juhtumitel, mil vastastikuste soorituste väärtuseline disproportsioon ilmneb tingimustes, kus kasutatakse ära teise poole sundolukorda, madalamat kauplemisjõudu jms. Reeglina seaonduvad sellised asjaolud soodustatud isiku taunitava (ebaõiglase) käitumisega. Sellist kaalutusõigust võimaldavadki germaani õigusperekonna reguleeringud *BGB § 138 lg 1 ja 2* näol, kehtestamata siinkohal *laesio enormis* doktriini erinormi.

Enamus mandri-euroopa tsiviilseadustikke on omaks võtnud *BGB § 138 lg-ga 2* analoogse lahenduse: *ABGB § 879(2) no 4*, *OR art 21*, Kreeka tsiviilkoodeksi *art 179*, Portugali tsiviilkoodeksi *art 282*, Poola tsiviilkoodeksi *art 388*, Ungari tsiviilkoodeksi *art 201(2) ja 202*. Selline põhimõte sisaldub ka põhjamaade lepinguõiguses.³⁵⁰ UNIDROIT rahvusvahelistes kaubanduslepingute põhimõtete *art 3.10* pealkirja all "jāme ebavõrdus" ("*gross disparity*") sätestab, et tehing või selle individuaalne säte võidakse tühistada, kui tehingu sõlmimise ajal tehing või selle säte annab ühele poolele õigustamatult ülemäärase eelise teise poole ees. Seejuures tuleb arvestada tehingu olemust ja eesmärki, aga ka asjaolu, kui üks pool saab õigustamatuid eeliseid, kasutades ära teise poole sõltuvust, rasket majanduslikku olukorda, ettevaatamatust, kogenematust, ignorantsust või kauplemisoskuste puudumist.

Tavaarusaamas liigkasuvõtlike tehingute sage esinemine kajastub selgelt ka eesti õiguspraktikas.

Oma varasemates lahendites märgib Riigikohus, et teatavatel asjaoludel võib tehing olla heade kommete vastane liigkasuvõtmise tunnusel.³⁵¹ Riigikohus rõhutab, et seadus ei tee kitsendusi intressi suuruse osas ja selles lepivad pooled kokku lepingu sõlmimisel. Intressi võib piirata lähtudes põhiseaduse § 32 lg-s 2 märgitud üldise huvi kriteeriumist. Piiranguks intressi suuruse osas on samuti TsÜS §-is 66 (kuni 30. juunini 2002 kehtinud redaktsioonis) sätestatud vastuolu heade kommetega.³⁵² Taolisest lähenemisest võiks näha valmisolekut anda lepingus kokkulepitud intressile hinnang heade kommete seisukohalt.

³⁵⁰ H. Kötz. *Op cit*, p 131.

³⁵¹ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 23. oktoobri 1997. a otsus Multiehituse AS-i hagi Džemma Bassova vastu laenulepingust tulenevate summade sissenõudmiseks, 3-2-1-116-97. - RT III 1997, 31/32, 332; Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 19. septembri 2000. a otsus Valentin Levini hagi OÜ MAXI-SE, Kersti Võlu ja Sergei Zahharovi vastu ostu-müügilepingu tühistamiseks ja 25 000 krooni saamiseks, 3-2-1-106-00. - RT III 2000, 20, 231; Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 15. novembri 2000. a otsus OÜ Kagu hagi Ülles Rätsepa vastu 182 000 krooni väljamõistmiseks, 3-2-1-118-00. - RT III 2000, 27, 303.

³⁵² Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 23. oktoobri 1997. a otsus Multiehituse AS-i hagi Džemma Bassova vastu laenulepingust tulenevate summade sissenõudmiseks 3-2-1-116-97. - RT III 1997, 31/32, 332.

Hilisemates lahendites leitakse, et olemuslikult katab TsÜS § 66 lg 1 muuhulgas §-de 69, 70, 72-74 (kuni 30. juunini 2002 kehtinud redaktsioonis) sätestatud koosseisud ning on kohaldatav juhtudel, mis ei ole kaetud TsÜS-i nimetatud paragrahvidega.³⁵³ Kahtlemata pole heade kommetega kooskõlas sõlmida näilikke tehinguid, kallutada teist poolt tehingu tegemisele pettuse, ähvarduse ja vägivallega või kasutada ära teisel poolel esinevaid raskeid asjaolusid. Selles mõttes võiks rääkida erinormidest 1994. a TsÜS § 66 lg 1 (TsÜS § 86) suhtes. Seega tuleb Riigikohtu seisukoha järgi vaidlused raskete asjaolude kokkusattumise mõjul äärmiselt ebasoodsatel tingimustel sõlmitud tehingute kehtivuse üle lahendada tuginedes 1994. a TsÜS §-ile 74 (TsÜS §-ile 97). Nimetatud paragrahvi koosseis kujutabki endast sisuliselt liigkasuvõtlike tehingute koosseisu *BGB § 138 lg 2* mõttes. TsÜS § 97 rakendamiseks on analoogselt nõutav kolme koosseisuelemendi (eelduse) üheaegne esinemine: objektiivne eeldus - tehingupoole ebasoodne olek (raskete asjaolude kokkusattumise mõju), subjektiivne eeldus - teise poole ärakasutamine ja hinnanguline eeldus - tehingu äärmine kahjulikkus, ebasoodsus tehingu teinud isikule. Objektiivse eeldusena käsitletav raskete asjaolude kokkusattumine on laiemalt mõistetav ja selle sisu ongi laiemalt avatud TsÜS §-is 97: raskete asjaolude ärakasutamisenäi mõistetakse tehingupoole erakorraliste vajaduste, sõltuvussuhte, kogenematus vms asjaolude ärakasutamist (vrld objektiivsete eeldustega *BGB § 138 lg-s 2*). Hinnangulise eeldusena mõistetav - tehingu äärmine ebasoodsus tehingu teinud isikule, on võrreldav käsitlusega silmatorkavast ebaproportsionaalsusest soorituse ja vastusoorituse vahel. Seega saame 1994. a TsÜS § 74 (TsÜS § 97) mõttes rääkida raskete asjaolude kokkusattumise mõjul tehtud tehingutest, kus teine pool seda olukorda liigkasuvõtlikult ära kasutab. Eeltoodust võib järeldada, et ka eesti kohtupraktika kujuneb lepinguvabaduse printsiipi rõhutades põhimõttel, et tuleb aktsepteerida tehingupoole õigust vaagida vastastikuste soorituste suhet. Kohus peaks sekkuma vaid situatsioonis, kus esinevad lisaks n-ö teised liigkasuvõtliku tehingu koosseisu eeldused.³⁵⁴ Selline lahendus tundub mõistlik. Küsimusele,

³⁵³ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 16. oktoobri 2002. a otsus Balti Baas AS (pankrotis) hagi OÜ Rasmusson vastu kasutusvalduse lepingu ja varade üleandmise-vastuvõtmise akti tühisuse tunnustamiseks, nende alusel saadud vara tagastamiseks ning otsuse täitmise korra ja tähtaja kindlaks määramiseks, 3-2-1-80-02. - RT III 2002, 27, 302; Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 22. oktoobri 2002. a otsus AS A&O LAENUGRUPP (kohtuotsustes ka A & O LaenuGrupp AS) hagi Helgi Salve vastu 87 600 krooni saamiseks ning Helgi Salve vastuhagi tehingu kehtetuks tunnistamiseks, 3-2-1-108-02. - RT III 2002, 27, 305.

³⁵⁴ Varasemas kohtupraktikas esineb näiteid, kus intressikokkuleppe loetakse tühiseks arvestades vaid sellise kokkuleppe liigkasuvõtlikku iseloomu. Nii märgitakse, et laenulepingu intressi käsitlev tingimus 3% kuus on liigkasuvõtjalik, mis on oma ülemäärasuse tõttu vastuolus heade kommetega (Tallinna Ringkonnakohtu tsiviilkolleegiumi 9. aprilli 2001. a otsus Jaan Türneri hagi Enno Kaare vastu võla 360 000 krooni ja intressi 129 600 krooni saamiseks, II-2/4/01); Samuti käsitles kohus heade kommete vastasena laenulepingut, mille puhul märgiti kogu laenuperioodi intressiks 72%. Aastane intressimäär oli seega 36% ehk 3% laenusummalt kuus. Kohus leidis, et kokkulepet, kus lepingu kestvuse lõpuks tõuseb aastaintress 72%-ni ei ole võimalik pidada heade kommetega kooskõlas olevaks (Tallinna Ringkonnakohtu tsiviilkolleegiumi 5. aprilli 2002. a otsus AS A&O

kas kohus peaks sekkuma, kui isik on oma tegevusega põhjustanud iseenda sotsaalse hävingu, saab ilmselt vastata eitavalt. Laenupakkumise tingimusi on võimalik valida ja isik on oma valikutes vaba. Valikuvabadusega seonduvad riskid jäävad isiku enda kanda. Otsustus konkreetsete laenutingimuste kasuks võib olla sõltuvalt isiku raskest olukorrast või kogenematuses vms talle ebasoodne. Sellised asjaolud loovadki eelduse TsÜS § 97 kohaldamisele ning isiku kaitse aspektist on kohtu sekkumine õigustatud. Kohtupraktika kujundada on TsÜS § 97 rakendamise hinnangulise eelduse (tehingu äärmise ebasoodsuse ja kahjulikkuse ehk silmatorkava soorituse ja vastusoorituse eaproportsionaalsuse) mõistlik määr.

Nõustudes Riigikohtuga selles, et TsÜS § 97 sätestab liigkasuvõtlike tehingute koosseisu, tekitab aga küsitavusi nimetatud paragrahvis käsitletavatele tehingutele, kui heade kommete vastastele tehingutele kehtestatud õiguslik tagajärg. Saksa õiguses on liigkasuvõtlikud tehingud mõistetavad tühistatavate tehingutena, eesti õiguses käsitletakse selliste ajendite mõjul sõlmitud tehinguid tühistatavate tehingutena. Lepingu võib tühistada kuue kuu jooksul, arvates ajast, mil vastava asjaolu mõju lakkas, kuid mitte hiljem kui kolme aasta jooksul lepingu sõlmimiset (TsÜS § 99 lg 1 p 1 ja lg 2). Leping jääb kehtima, kui lepingupool oma tühistamisõigust seaduses sätestatud tähtaja jooksul ei kasuta. Kirjeldatud liigkasuvõtlike tehingute käsitlemine tühistatavate tehingutena tähendab, et hinnatakse konkreetset tehingulist suhet otsustamata tehingu sisu üle moraalikategooriatest lähtuvalt. Määrates liigkasuvõtlike tehingute õiguslikuks tagajärjeks nende tühistatavuse, on eesti õiguses loobunud saksa õiguses sätestatud põhimõttest, et just liigkasuvõtlikud tehingud on eriti taunitavad heade kommete vastased tehingud. Saksa õiguse kohaselt tuleb selliseid tehinguid hinnata üldistest moraalikategooriatest lähtuvalt ning määrates liigkasuvõtlike tehingute õiguslikuks tagajärjeks nende tühisuse, kujundatakse ühiskonna suhtumist taunimisväärsesse käitumisse.

Eemaldumist siinkohal saksa õiguses sätestatud põhimõtetest ei pea autor õigustatuks. Kindlasti on ühtviisi taunitavad näiteks nii pettuse, ähvarduse või vägivalla mõjul sõlmitud tehingud, kui ka liigkasuvõtlikud tehingud. Kõrvutades selliseid tehinguid, tekib küsimus, kas on põhjust suhtuda just liigkasuvõtlikesse tehingutesse eriti taunivalt ning eristada neid ülalnimetatud tehingutest määrates liigkasuvõtlike tehingute õiguslikuks tagajärjeks nende tühisuse. Loetletud tehingute ühisjooneks on asjaolu, et sellistes tehingutes pole tehingupoolle tahe vabalt

LAENUGRUPP hakis Helgi Salve vastu 87 600 krooni saamiseks ning Helgi Salve vastuhagi tehingu kehtetuks tunnistamiseks, 2-2/278/02. Samas on lahendeid, kus kokkuleppe liigkasuvõtliku iseloomu kõrval (intress 10% kuus) rõhutatakse ka asjaolu, et laenuvõtja oli rahalaenamisel sundolukorras, kus tal oli raha hädasti vaja ning muudel tingimustel ei õnnestunud seda saada (Tallinna Ringkonnakohtu tsiviilkolleegiumi 22. juuni 2001. a otsus Irina Juressi hakis Tatjana Viskvarka vastu võla 52 260 krooni ja kahju 2355 krooni nõudes, II-2/964/01.

kujunenud (esineb tahtepuudus). Liigkasuvõtlike tehingutega kaasneb aga ka "jäme ebavõrdsus", kus üks tehingupool saab teist kahjustades tema arvel õigustamatult ülemäärase eelise (rikastub teise arvel). Sellised tehingud vajaksid hinnangut üldistest moraalkategooriatest lähtuvalt, et kujundada ühiskonna suhtumist. Liigkasuvõtmist saab juba eelduslikult käsitada häbiväärse käitumisena ning põhimõttega, et liigkasuvõtlik tehing on eriti taunitav heade kommete vastane tehing, pole kooskõlas võimalus, et taoline tehing tühistatava tehinguna võib jääda kehtima (kui tühistamise tähtaeg on möödunud). Tulenevalt eeltoodust on autor seisukohal, et liigkasuvõtlike tehingute puhul peab olema aktsepteeritav nõude esitamine tuginedes tehingu tühisusele selle vastuolu tõttu heade kommetega (TsÜS § 86 alusel). Vastasel korral asetaksime liigkasuvõtliku tehingu läbi kannatanu ebasoodsasse olukorda, kui sellise tehingu tühistamise tähtaeg on möödunud. Võimaluse taoltega õiguskaitsevahendina liigkasuvõtliku tehingu tühisuse tunnustamist välistab praegu TsÜS § 97 olemasolu. Nimetatud paragrahvi puuduseks on ka asjaolu, et kehtiva seaduse kohaselt on liigkasuvõtliku tehingu tühistamise õigus füüsilisel isikul. Seetõttu on tehingu tühistamine juriidilise isiku poolt TsÜS § 97 alusel välistatud. Seega võimaldab kehtiv seadus juriidilisele isikule paremat kaitset (tuvastatav tehingu tühisus TsÜS § 86 alusel), kui füüsilisele isikule, kes võib tehingu tühistada ainult TsÜS § 97 alusel arvestades seejuures aegumistähtaegadega.

TsÜS § 97 kehtetuks tunnistamine võimaldaks anda liigkasuvõtlikele tehingutele ka laiemat tähendust, nagu see on käsitatav saksa õiguses (*BGB § 138 lg 2*, kui liigkasuvõtmistehingu täielik koosseis, ning *BGB § 138 lg 1*, kui liigkasuvõtmistehinguga sarnaste tehingute koosseis). Saksa õiguse eeskujul võib eeldada, et praegu TsÜS §-s 97 sätestatud liigkasuvõtliku tehingu mõiste jääb osade praktiliste juhtumite lahendamiseks liiga "kitsaks".

Riigikohus on juhtinud tähelepanu ka sellele, mida peaks kohtud silmas pidama liigkasuvõtmise tunnuste tuvastamiseks. Nii leiab Riigikohus, et tehingut tuleb vaadelda tervikuna, arvestades lepingu sõlmimise ja selle täitmise tingimusi, tagatise olemasolu, intressi suurust, tehingupoolte varasemat praktikat sarnaste tehingute tegemisel, nende täitmist jne. Samuti tuleb kohtul kontrollida selliste asjaolude esinemist, nagu ühe poole kogenematus, sundolukord või muu tema tahet mõjutanud asjaolu, mis samuti annavad aluse pidada intressikokkulepet sõlmituks raskete asjaolude kokkusattumise mõjul.³⁵⁵

Tinglikult võib käsitletud valdkonnaga seostada ka tehingud, mille alusel antakse ühele lepigupoolle õigustamatult eeliseid teiste isikute arvel. Sellised situatsioonid tulenevad töö- ja

³⁵⁵ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 16. oktoobri 2002. a otsus Heino Lõivekese hagi Aimar Naggeli vastu 100 000 krooni saamiseks, 3-2-1-80-02. - RT III 2002, 27, 302.

ärilepingutest, mille tingimused võimaldavad ühele töötajale või äriühingu juhtorgani liikmele soodustusi ning sellega riivatakse teiste töötajate õiglustunnet ja piiratakse nende õigusi samasugustele soodustustele.

Eesti kohtupraktika eristab siinkohal töölepinguid ja äriühingu juhtorgani liikmega sõlmitud lepinguid. Riigikohus on leidnud, et lepingut, millega tööandja kohustus maksta endisele töötajale pensionilisa tulenevalt töölepingulisest suhtest, tuleb hinnata aspektist, kas leping vastas töölepinguseaduse (TLS) §-s 10 lg 1 kehtestatud põhimõttele - töö edukusega mitteseotud eeliste lubamine ja andmine on seadusevastane, ning kohaldamisele ei kuulu 1994. a TsÜS § 66 lg 1. Äriühingu juhtorgani liikmele ei ole äriühing tööandja ning nendevahelistele suhetele töölepinguseadus ei laiene (TLS § 7 p 10). Äriühingu kohustust maksta pensionilisa juhatuse endisele liikmele saab aga hinnata sellise kokkuleppe headele kommetele vastavuse aspektist arvestades kõiki tuvastatud asjaolusid kogumis, sealhulgas käsitletava soodustuse andmise põhjust.³⁵⁶ Nõustuda võib järeldusega, et töölepinguid ja äriühingu juhtorgani liikmega sõlmitud lepinguid tuleb käsitada siinkohal erinevalt. Endise töötaja soodustamine äriühingu juhtorganiga sõlmitud lepingu alusel võib olla heade kommete vastane, kui isikut on soodustatud ülemääraselt ja õigustamatult (näiteks pole isikul võrreldes teiste töötajatega suuremaid teeneid äriühingu ülesehitamisel vms). Soodustuse andmise põhjendatuse aspektist saab otsustada tavapraktikas levinud ning avalikkuse õiglustunnet riivanud äriühingute ja nende juhtorganite liikmete vaheliste soodustavate lepigute headele kommetele vastavuse üle. Näiteks on ka lepingutesse märgitud lahkumiskompensatsioonid poolte vaba tahte väljenduseks, kuid nende summade ülemäärane ja õigustamatu suurus võib välistada nende kehtivuse.

4.4. Õigusemõistmist ja avalikku võimu kahjustavad tehingud

Üldjuhul on tühised igasugused õigusemõistmist kahjustavad tehingud, vaatamata sellele, kui raske üleastumisega on konkreetsel juhul tegemist.

³⁵⁶ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 7. novembri 2001. a otsus Ivo Söödori hagi AS Mõigu Ehituskoondis vastu 28 000 krooni saamiseks ja AS Mõigu Ehituskoondis vastuhagi pensionilepingu tühisuse tunnustamiseks, 3-2-1-131-01. - RT III 2001, 30, 323.

Inglise õiguses võib leida hulgaliselt näiteid, mis seda reeglit kinnitavad. Näiteks käsitletakse tühistena tunnistajaga sõlmitud tehingut ütluste andmisest keeldumiseks (*Harmony Shipping Co SA v Davis (1979)*), tehingut abielulahutuse hagi tagasivõtmiseks (*Gipps v Hume (1861)*), samuti tehingut, millega üks pool loobub ülalpidamiskoole esitamisest abielulahutuse menetluses kohtus (*Hyman v Hyman (1929)*).³⁵⁷ USA-s ei pruugi aga olla ebaseaduslik kokkulepe, millega lubatakse tunnistajale maksta ütluste andmise eest. See on seletatav asjaoluga, et reeglina on USA protsessiõiguses tunnistajate nõutajaks ja kutsujaks pooled, mitte kohus.³⁵⁸

Kõikides õiguskordades on heade kommete ja seaduse vastane kokkulepe, millega võetakse kohustus panna toime kuritegu. USA-s loetakse taoliste kokkulepete hulka ka lubadus rikkuda lepingut.³⁵⁹ Soome õiguse järgi pole siduv leping, mis kohustab pooli tegema karistatavat tegu.³⁶⁰

Ühiskonna huvides on eelkõige oluline, et igale kuriteole järgneks vältimatult karistus, mistõttu ei tohiks eraõiguslike lepingute sõlmimise eesmärgiks olla kriminaalsüüdistuse välistamine. Isiku süüdimõistmine saab toimuda vaid sõltumatu kohtu poolt, seega on üldjuhul kehtetud kurjategija ja ohvri vahelised kokkulepped, kus makstakse süüdistuse esitamata jätmise eest. Sellised kokkulepped pole lubatavad, kui süüdistus puudutab avalikku huvi. Kui kannatanul on võimalus esitada kahjunõue tsiviilkohtumenetluses (laim, isikuvastane rünne (*assault*)) on pooltevahelised kokkulepped seaduslikud. Inglismaal on kehtetud tehingud, millega püütakse vältida süüdistuse esitamist näiteks huligaansuse, valevande andmise, politseiametniku solvamise ja võltsimise eest. Küll aga on lubatavaks loetud kaubamärgiseaduse rikkumisega seotud ja muud kokkuleppeid, mis ei puuduta otseselt avalikku huvi.³⁶¹

Eeltoodud lepingud olid suunatud õigusemõistmisega kaasneva tagajärje - karistuse vältimisele. Õigusemõistmist kahjustavad ka tehingud, millega kõrvalseisev (asjas huvi mitteomav) isik seadusevastaselt protsessivat poolt õhutab ja toetab (*maintenance*) ning toetab teda rahaliselt, eesmärgiga protsessi võitmisel kasust osa saada (*champerty*).³⁶²

³⁵⁷ P. Richards. *Op cit*, p 232; M. P. Furmston. *Op cit*, p 368.

³⁵⁸ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 65.

³⁵⁹ T. A. Downes. *A Textbook on Contract*. 4th ed. London, 1995, p 188.

³⁶⁰ P. Timonen. *Op cit*, 1994, S 150.

³⁶¹ G. H. Treitel. *Op cit*, p 168-169; M. P. Furmston. *Op cit*, p 370.

³⁶² *Criminal Law Act 1967* ei käsitle nimetatud protsessiva poole toetamise juhte enam kuritoena, mis ei välista aga sellisele tegevusele suunatud tehingute tühistust - Vt P. Richards. *Op cit*, p 233; M. P. Furmston. *Op cit*, p 370.

Kohus on asjas lõplik kohtumõistja ning kohtu jurisdiktsiooni ei saa lepingupoolte poolt välistada. Üldise õiguse maades ollakse selliste kohtu kompetentsi välistavate lepingusätete suhtes eriti tähelepanelikud. Pooled võivad sätestada lepingus kohtuvälise vaidluse lahendamise viisi, kuid ei saa end siduda kohustusega hoiduda kohtusse pöördumisest, seega säte, mis välistab kohtu kontrolli arbitri otsuse üle, on kehtetu (*Lee v Showmen's Guild (1952)*). Küll aga loetakse kehtivaks klausel, mille kohaselt on kohtusse pöördumine keelatud enne arbitri-poolse otsuse tegemist (*Scott v Avery (1856)*).³⁶³ Erinevalt Saksa tsiviilprotsessi koodeksi (*Zivilprozeßordnung*) § 274 sätestatust on juhul, kui lepingupool pöördub kohtusse enne arbitri-poolse otsuse tegemist, Inglise kohtutel tulenevalt arbitraažiseaduse (*Arbitration Act, 1950*) § 4 lg-st 1 õigus siiski asja arutada. Ameerika Ühendriikides ei võta arbitraažiklausel lepingupoolelt õigust pöörduda kohtusse, kuid nad peavad arvestama tulenevalt lepingusätete rikkumisest kahjunõude esitamise võimalusega.³⁶⁴

1991. a vastu võetud seaduse Eesti Kaubandus-Tööstuskoja Arbitraažikohtu kohta³⁶⁵ § 7 sätestas põhimõtte, mille kohaselt on arbitraažikohtu otsused lõplikud ega kuulu edasikaebamisele ja protestimisele. 10. veebruari 1999. a seadusemuudatuse kohaselt on §-s 7 loetletud juhtumid, mil huvitatud poolel jääb siiski õigus esitada ühe kuu jooksul arbitraažikohtu otsuse kättesaamisest alates taotlus otsuse tühistamiseks Tallinna Ringkonnakohtusse. Seaduse §-s 7 märgitud juhtumite loetelu on ammendav ja ei taga siiski sellisena põhiseaduse §-s 15 sätestatud igaühe õigust pöörduda oma õiguste ja vabaduste rikkumise korral kohtusse. Seaduse Eesti Kaubandus-Tööstuskoja Arbitraažikohtu kohta nii kehtinud kui kehtiv § 7 ei vasta enamikes õiguskordades rakendatavale põhimõttele, mille kohaselt kohtu jurisdiktsiooni ei saa lepingupoolte poolt välistada. Nimetatud sätte tühistamisel oleks kõrvaldatud ka seaduse vastuolu põhiseaduse §-ga 15.

Õigusemõistmisega seonduv on ka advokaadile makstavatesse tasumääradesse puutuv kohtupraktika erinevates õiguskordades. Diametraalselt erinev suhtumine advokaaditasudesse Mandri-Euroopas ja USA-s tuleneb juba erinevast arusaamast advokaadikutsest kui sellisest.

Saksamaal võib ebamõistlikult kõrge advokaaditasu küsimist pidada advokaadi kutse-eetika rikkumiseks, kuid see pole iseenesest vastuolus heade kommetega. Kokkulepe kõrge advokaaditasu maksmiseks võib olla tühine vaid teatavatel tingimustel, mis kujutavad endast *BGB* § 138 lg 2 koosseisuelemente (nt kliendi ärakasutamine või kliendilt ebaõiglase tasu saamine, mis sarnaneb väljapressimisega). Saksa kohtupraktikas on kujunenud aga seisukoht

³⁶³ W.T.Major. *Op cit*, p 204-205.

³⁶⁴ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 66.

³⁶⁵ Vastu võetud 14. augustil 1991. a - RT 1991, 25, 308; 1999, 18, 302.

lugeda heade kommetega vastuolus olevaks ja tühiseks kokkulepped, mille järgi advokaaditasu suurus on tingimuslikult seotud protsessi eduga ning mis määratletakse teatava protsendina kliendile võidetud (väljamõistetud) summast. Taolisi kokkuleppeid ei kiideta heaks ka mujal Mandri-Euroopas: Austrias, Šveitsis, Prantsusmaal, Itaalias, samuti Inglismaal, kuigi selles osas on ka arvamuste lahkuminekuid. Siinkohal lähtutakse põhimõttest, et advokaat on kui "õiguse tööriist", kes teenib õigust, mitte niivõrd kliendi huve. *Pactum de quota litis*³⁶⁶ kokkuleppeid peetakse seetõttu advokaadi objektiivsust kahjustavaks ning taoliste kokkulepete sõlmimise otsene keeld tuleneb ka CCBE (*Council of the Bars and Law Societies of the European Union*) Advokaatide Eetikaodeksi p-st 3.3.1. Selline lähenemine avaldub samuti Euroopa ülikoolides advokaatide koolitamise põhimõtetes - advokaate õpetatakse lahendama ja otsustama asju kohtuniku vaatenurgast.³⁶⁷

Täiesti vastupidisel seisukohal ollakse Ameerika Ühendriikides, kus advokaadi põhieesmärgiks on kõigi õiguslike vahenditega teenida maksimaalselt kliendi huve. Selline lähenemine on ilmselt realistlikum Mandri-Euroopa suhtumistest, kus advokaat esineb kui objektiivse seaduse kaitsja ning kliendi huvid on justkui teisejärgulised. Advokaatide õpetamisel pööratakse põhitähelepanu väitlusoskuse arendamisele, et vaidlusalused küsimused lahendataks nii efektiivselt kui võimalik. Seetõttu loetakse Ameerika Ühendriikides tavapäraseks honorarid arvutatuna protsentuaalselt kliendile võidetud summast. Heade kommetega vastuolu võib tekkida näiteks juhul, kui advokaat lubab ebaeduka protsessi korral vabastada kliendi kohtukuludest või kohustub need maksma ise, sest advokaat ei tohiks õhutada klienti protsessima advokaadi enda kasu (tulu) silmas pidades.³⁶⁸

Eesti õiguses reguleerib advokatuuri pädevust ja korraldust, sh advokaatide tegevust 2001. a vastu võetud advokatuuriseadus.³⁶⁹ Advokatuuriseaduse § 43 kohaselt on advokaat õigusteenust osutades sõltumatu ning juhindub seadustest, advokatuuri organite õigusaktidest ja otsustest, advokaadi kutse-eetika nõuetest ning headest kommetest ja südametunnistusest. Seadusega reguleeritakse advokaaditasuga seonduv: tasus (vorm ja suurus või määr) lepitakse kokku kliendilepingus (§ 60), kusjuures tasu määratakse ajatasuna, kindlas suuruses või osana kliendi

³⁶⁶ "*Pactum de quota litis*" tähendab kokkulepet, mis on sõlmitud advokaadi ja tema kliendi vahel enne kliendi asjas lõpliku lahenduse saamist, mille alusel klient kohustub tasuma advokaadile tasu tulemuselt, sõltumata sellest, kas tulemus väljendub rahas või muus asja lõppedes kliendi poolt saadud hüves. - Vt. CCBE (*Council of the Bars and Law Societies of the European Union*) (Euroopa Liidu) Advokaatide Eetikakoodeks. Vastu võetud Euroopa Liidu riikide Advokatuuride ja Õigusliitude poolt Lyonis 28. novembril 1998. aastal peetud CCBE Plenaaristungil ja muudetud CCBE Plenaaristungil 6. detsembril 2002. CCBE eesmärgiks on ühtlustada oma liikmesorganisatsioonide poliitika.

Kättesaadav. Arvutivõrgus: http://www.advokatuur.ee/?sisu_id=10&sisu_id1=28, 5. september 2003.

³⁶⁷ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 66-67.

³⁶⁸ K. Zweigert, H. Kötz. *Op cit*, p 66-67.

³⁶⁹ Vastu võetud 21. märtsil 2001. - RT I 2001, 36, 201; 102, 676.

kasust, mida ta saab õigusteenuse osutamise tõttu. Kokkuleppel kliendiga võib tasu seada sõltuvusse advokaadi töö tulemustest ja muudest asjaoludest (§ 61).

Eesti Advokatuuri eetikakoodeks³⁷⁰ ei sätesta *pactum de quota litis*´e keeldu. Nimetatud akti § 17 kohaselt määratakse tasu suurus ja vorm õigusteenuse osutamise eest (advokaaditasu) kokkuleppel kliendiga ja sätestatakse õigusteenuse lepingus. Seega on kliendilepingu pooled vabad igasugustest tasumäära piirangutest. Teatavatel tingimustel võib aga ülemäärane advokaaditasu kliendilepingus olla aluseks kaaluda tehingu vastuolu heade kommetega, näiteks kui kasutatakse ära kliendi kogenematust, sundolukorda või muid selliseid asjaolusid.

Eeltoodust võib järeldada, et advokaaditasudega seonduvalt järgitakse enam USA-s aktsepteeritud põhimõtteid. Advokaadi põhieesmärgiks on teenida maksimaalselt kliendi huve. Eestis ei nähta *de quota litis* kokkulepetes vastuolu kõlblusnormidega, kuid Euroopa Liidu liikmesriigina on vältimatu Eesti Advokaatide eetikakoodeksi põhimõtete ühtlustamine vastavalt euroopa õigusruumi traditsioonidele.

Avalikku võimu puutuvalt välistatakse avaliku võimu õõnestamisele suunatud tehingute kehtivus.

Selliste tehingute hulgas tuuakse Inglismaal välja erinevad rikkumiste koosseisud. Heade kommete vastased on tehingud, mis on kavandatud maksupettuse eesmärgil (nt rendilepingud koostatuna kahes dokumendis, millest vaid ühe alusel makstakse tulumaksu (*Napier v National Business Agency (1951)*)).³⁷¹ Analoogselt saab maksupettusena käsitleda ka rendi-, töö- jt lepinguid, milles varjatakse tegelikult maksustatavaid summasid eesmärgiga maksta vähem makse.

Heade kommete vastastena käsitletakse ametnike korrupeerumisele viivaid tehinguid (eelkõige ametikohtade ja auastmete n-ö müügitehingud).

Nii loetakse tühisteks kokkulepped, mis seovad parlamendiliiget hääletamisel isiku tahtega, kes väljaspool parlamenti dikteerib talle käitumisviisi parlamendis.³⁷² Prantsusmaal loetakse tühisteks kokkulepped tasuta jookide pakkumiseks valimistel valijate mõjutamise eesmärgil, samuti lepingud, mille eesmärk on teenida ja kindlustada teatava hüve eest administratsiooni poolehoidu.³⁷³

Avalikku võimu kahjustavate tehingutena on heade kommete vastased riigi kui terviku huve kahjustavad tehingud. Inglise õiguses käsitletakse sellistena näiteks kaubanduslepinguid, mis

³⁷⁰ Jõustunud 1. juunil 1999. a. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.advokatuur.ee/?sisu_id=5, 5. september 2003.

³⁷¹ W.T.Major. *Op cit*, p 195.

³⁷² G. H. Treitel. *Op cit*, p 169.

teenivad kasu Ühendatud Kuningriigiga sõjajalal olevale riigile. Riigi huve kahjustavaks ja ühtlasi heade kommete vastasteks on peetud ka lepinguid, mis kahjustavad Ühendatud Kuningriigi sõbralikke suhteid teiste riikidega, rikkudes näiteks võõrriigi seadust (viski ekspordilepingud Ameerikasse 1920-ndate aastate keeluseaduse ajal (*Foster v Driscoll* (1929))).³⁷⁴ Prantsuse õiguses on loetud riigi huve kahjustavaks näiteks lepinguid, mille alusesl renditi varustust Saksa okupatsioonivägedele.³⁷⁵

Kokkuvõtvalt võib järeldada, et eesti kohtupraktikas ei leia tehinguid, millele oleks antud hinnang õigusemõistmise või avaliku võimu kahjustamisest lähtuvalt. Tugevad moraalipõhimõtted kujunevad eelduslikult välja stabiilses ühiskonnas. Eestis, kui kiireid muudatusi läbi teinud üleminekuühiskonnas, on ühtsed aktsepteeritavad moraalipõhimõtted kujunemisesjärgus ning ilmselt esineb enam taunimisväärset käitumist. Seetõttu ei saa kindlasti väita, et õigusemõistmist või avalikku võimu kahjustavaid kokkuleppeid ei sõlmita. Õigusemõistmist või avalikku võimu kahjustavate tehingute puhul võib aga eeldada, et mõlemad tehingupooled annavad endale reeglina aru selliste tehingute sisuks olevate kohustuste ebaseaduslikkusest (tehingud, mis sõlmitakse maksupettuse eesmärgil, kuriteo sooritamiseks, riigi huvide kahjustamiseks vms). Seega võib kohtusse pöördumisel olla takistuseks ka hirm võimaliku karistuse ees.

Ilmselt pole kahtlust, et eeltoodud õigusemõistmist ja avalikku võimu kahjustavad tehingud pole kehtivatena tunnustatavad ka Eestis. Teiste õiguskordade kohtupraktika tundmine pakub siinkohal tuge eesti kohtupraktika kujundamisel. Käsitletud õiguskordade regulatsiooni arvestades tuleks ka eesti õiguses kehtestada põhimõte, mille kohaselt ei saa lepinguga välistada kohtu kontrolli arbiteri otsuse üle. Asjaolu üle kas *pactum de quota litis* kokkulepped väärivad hukkamõistu, võib vaielda, kuid Euroopa Liidu liikmesriigina tuleks ilmselt omaks võtta ka Euroopa Liidu õigusruumis toimivad põhimõtteid.

KOKKUVÕTE

Käesoleva töö põhieesmärgiks seati uurida õigusteoreetilisel tasandil tühiste tehingute olemust, õiguslikke tagajärgi ning tühisust tingivate asjaolude (eelduste) tähendust ja sisu. Järgnevalt on

³⁷³ B. Nicholas. *Op cit*, p 131.

³⁷⁴ W.T.Major. *Op cit*, 197.

³⁷⁵ B. Nicholas. *Op cit*, p 131.

välja toodud uurimustöö käigus esitatud olulisemad seisukohad ning järeldused töös püstitatud hüpoteesi suhtes.

Tühiste tehingute regulatsiooni selgitamine eeldab tehinguõpetuse üldmõistete (tehing, tehinguvabadus, kehtiv tehing, kehtetu tehing) avamist. Eestis lähtuti eraõiguse reformimisel mandri-euroopa õigusmudelist, eelkõige aga saksa õigusest. Tuginemine germaani õigusperekonna tsiviilseadustikele määras ka suhtumise tehingu olemusse ja sisusse.

Kehtivas seaduses rõhutatakse eriti põhimõtet, et tehing on isiku privaatautonomia väljenduseks ning tehingu defineerimisel lähtutakse toimingu mõistest. Tehingut mõistetaksegi kui toimingut või omavahel seotud toimingute kogumit, milles väljendub seda teinud isiku tahe tuua kaasa vastav õiguslik tagajärg. Sel moel on tehingu määratlus võrreldes varasema seadusega laiem: TsÜS § 67 järgi on tehingu mõistega hõlmatud ka 1994. a TsÜS §-s 65 nimetatud muu (õigus)toiming, mida ei käsitatud tehinguna. Kehtivas seaduses on liigne abstraherimine kaotatud ning arvestatud, et vähe on toiminguid, mida ei võiks määratleda tehinguna ning selliste toimingute (nt eraldi ofert ja aktsept) käsitamiseks muu (õigus)toiminguna puudub praktiline vajadus. Praktikast tekita probleeme ka asjaolu, et TsÜS § 67 ei hõlma toiminguid, mis tehakse kavatsuseta tuua kaasa kindel õiguslik tagajärg ning õiguslik tagajärg saabub isiku tahtest sõltumata seaduse jõul (kirjandus-, kunsti-, teadusteoste loomine). TsÜS § 67 reguleerib eraõiguslikke juriidilisi fakte ning nimetatud muude toimingutega seonduv sätestatakse eriseadustes (autoriõiguse seadus, patendiseadus jt). Õigustatult on pööratud enam tähelepanu tahteavaldusele kui tehingu olemuslikule koostisosale. Erinevalt varem kehtinud seadusest kasutatakse tahteavalduse mõistet ka tehingu legaaldefiniitsioonis. Selline muudatus on igati õigustatud. Töös analüüsitud õiguskordades käsitatakse just tahteavaldust tehingu tingimatu koosseisuelemendina.

Tehingu kehtivuse eelduseks (tingimuseks) on tehinguvabadusele seaduses sätestatud piirangute järgimine. Lepinguvabaduse põhimõte on üldprintsipiina endiselt aktsepteeritav enamikes õiguskordades, kuid järjest enam tuleneb seadusest pooltele lepinguvabadust piiravaid sätteid. Piiravad reeglid peaksid olema optimaalsed ja vajalikud, et välistada tehingupoolte ja kogu õiguskäibe ülemäärast takistamist. Mida enam kehtestab seadusandja piiranguid, seda enam on põhjusi, et rikutakse tehingu kehtivuse eeldusi. Seega on rikkumiste tagajärg - tehingu kehtetus - otseselt sõltuv seaduses sätestatud piirangutest.

Kehtetu tehing võib esineda kahes vormis. Tühise tehingu sisu ja tähenduse avamine eeldab selle eristamist kehtetute tehingute teisest vormist - tühistatavatest (vaieldavatest) tehingutest. Tehingu kehtetuse kontseptsioon tugineb tehinguga seonduva vea raskusastme eristamisel. Eriti

raske puudus tehingus pole ühiskonna jaoks aktsepteeritav ning selliste tehingute õiguslikuks tagajärjeks on nende tühisus. Seega võib tühiste ja tühistatavate tehingute eristamise kriteeriumina nimetada ühtlasi era- või avaliku huvi kaitsmise aspekti.

Võrreldes varem kehtinud seadusega on tühiste tehingute regulatsiooni *BGB* eeskujul oluliselt täiendatud. TsÜS-i § 84 lg-tes 2-4 sätestatud tühiste tehingute kinnitamise ja ümbertõlgendamise reeglid avardavad tehingupoolte tahte realiseerimise võimalusi ning soodustavad ühtlasi õiguskäivet. Oluliseks muudatuseks arvestades 1994. a TsÜS-i regulatsiooni on tühise tehingu tagasitäitmine vastavalt alusetu rikastumise sätetele. Praktikast tekitas probleeme varasemas seaduses põhjaliku regulatsiooni puudumine tehingu täitmiseks üleantu tagastamiseks. Erinevate õiguskordade võrdlusest järeldus, et ka romaani õigusperekonnas ja üldise õiguse maades tunnistatakse üldistatud restitutsioonipõhimõtte vajadust (nagu see on saksa õiguses). Nii saaks vältida erireeglite paljusust ja tagada süsteemsem lähenemine. Eesti õigusesse *BGB* eeskujul ülevõetud alusetu rikastumise kontseptsioon annab konkreetseid juhised kehtetute tehingute tagasitäitmiseks ning tagab üleandja kaitse tagasinõude esitamisel. Varem kehtinud seadusega võrreldes on uudne tehingute kehtetuse kontseptsiooni tuginemine abstraktsiooniprintsiibi tunnustamisele. Siinkohal ei saa esitada küsimust, kas halvemad või paremad on õiguskorrad, kus abstraktsiooniprintsiipi rakendatakse või mitte ning millise võimaluse oleks pidanud valima eesti seadusandja. Arvestades, et asjaõigus tugineb Eestis germaani õigusperekonna mudelile, oli õiguse süsteemsuse seisukohalt paratamatu ka abstraktsiooniprintsiibi rakendamine. VÕS § 1028 lg 2 p-s 3 sätestatud restitutsiooni piiramise põhimõte on varasema seadusega võrreldes uudne. Nimetatud sätte sisustamiseks veel kohtupraktika puudub. Analoogselt saksa õigusega on restitutsiooni keelamine võimalik eelkõige juhtumel, kui tehing on tühine seadusest tuleneva keelu rikkumise või vastuolu tõttu heade kommetega, ilmselt aga ka teiste tehingu puuduste puhul. Erinevate õiguskordade restitutsiooni erireeglite võrdlusest ilmnes, et optimaalseim lahendus erireeglite rakendamiseks on anda sellise otsustuse tegemine kohtu pädevusse. Seejuures tuleks arvestada taolisi põhimõtteid, nagu õiglus, mõistlikkus ja heauskus. VÕS § 1028 lg 2 p 3 regulatsioon teeb nende põhimõtete arvestamise võimalikuks. Seega võib VÕS § 1028 lg 2 p-s 3 sätestatud pidada heaks lähtealuseks erinevate kaasuste lahendamisel nii oma ulatuselt (hõlmab mitte ainult sisuliste puudustega tehinguid) kui ka sisult (kohtu kaalutusõigus).

Tehingu kehtetus (sh tühisus) võib olla selliste tehingute õiguslikuks tagajärjeks, kus tehingu subjektid (pooled) ei vasta seaduses ettenähtud nõuetele. Puuduste tuvastamisel tehingu

subjekti osas on lähtealuseks küsimus tehingu poolte teovõimest. Isikutele, kelle tahteavalduste õiguslik siduvus pole nende ebapiisava vaimse küpsuse tõttu õigustatud, pakub õiguskäibe ohtude eest kaitset piiratud teovõime ja teovõimetuse instituut. Enamik õiguskordi lähtuvad üldprintsibist, mille kohaselt piiratud teovõimega isiku poolt ilma seadusliku esindaja nõusolekuta tehtud tehingud on kehtetud. Selliste isikute suhtes teostatav kaitsefunktsioon ei tohi olla ülemäärane võrreldes nende kaitse vajadusega ning ei peaks õigustamatult pärssima õiguskäivet. Taolist eesmärki arvestades peab piiratud teovõimega isikute tehingute regulatsioon olema paindlik ning võimaldama neile vaimsete võimete kohase iseseisva tegutsemisvabaduse. Teovõimetuse instituuti saab aga nimetada isikuvabaduse põhimõtet eiravaks ülemääraseks kaitseabinõuks. Nimetatud põhimõtetele tugineb üldjoontes ka Eestis rakendatud uus teovõime kontseptsioon. Kehtivas seaduses on loobutud teovõimetuse instituudist. Eemaldumine saksa õigusruumist on siinkohal põhjendatud. Mandri-Euroopas üldiselt aktsepteeritava teovõime kontseptsiooni kohaselt on õiguskäibes vaimse seisundi tõttu abi vajavatele isikutele piisavaks kaitseabinõuks nende teovõime piiramine. Kehtiv seadus loeb põhjendatult isiku teovõimetuks tunnistamise või teovõimetuks lugemise õigustamatuks isiku põhiseaduslike õiguste piiramiseks.

Tulenevalt uuest teovõime kontseptsioonist, on 1994. a TsÜS-iga võrreldes oluliselt muutunud ka piiratud teovõimega isikute tehingute regulatsioon. Piiratud teovõimega isikute tehingute kehtivus seostatakse seadusliku esindaja eelneva nõuseolekuga või hilisema heakskiiduga. Taoline regulatsioon määratleb ka selliste isikute tehingute õigusliku tagajärjena „hõljuva“ kehtetuse. 1994. a TsÜS-iga võrreldes, kus piiratud teovõimega isikute tehinguid käsitleti vaieldavate tehingutena, on siinkohal enam toetatud piiratud teovõimega tehingupoole kaitse. Tehingu teine pool jääb märksa ebakindlamsse olukorda, kuid tema käitumisest (heakskiidu taotlemine) sõltub ka taolise ebamäärase situatsiooni lõpetamine. Saksa õigusest ülevõetud põhimõte, kus seaduslikule esindajale antakse piiratud teovõimega isikute tehingutes otsustav roll, loob üldjoontes eeldused tasakaalu leidmiseks selliste isikute kaitseesmärgi ja õiguskäibe kaitse vahel. Sellist eesmärki toetaks aga enam üldreegli suhtes paindlike erandite tegemine arvestades piiratud teovõimega isikute individuaalseid vaimseid võimeid ja konkreetseid tehingulisi situatsioone. Eemaldumine saksa õiguse jäikadest reeglitest oleks siinkohal õigustatud. Mandri-euroopa õiguskordade ja ka inglise õiguse eeskujul võinuks TsÜS pakkuda just alaealistele kui piiratud teovõimega isikutele iseseisvaks tegutsemiseks avaramaid võimalusi, kui on sätestatud TsÜS § 11 lg 3 p-des 1 ja 2. Eranditena üldreeglist, mille kohaselt alaealiste kui piiratud teovõimega isikute ilma seadusliku esindaja nõusolekuta tehtud tehingud on kehtetud, võiks kehtiv TsÜS aktsepteerida selliste isikute üldiselt tavapäraseid ja

vähetähtsaid tehinguid. Mõistete "tavapärane" ja "vähetähtis" sisustamine on sõltuvalt konkreetsestest asjaoludest vaidluse korral kohtu ülesandeks. Mõistlik on lugeda kehtivaks piiratud teovõimega isiku poolt seadusliku esindaja nõuseolekuta tehtud tehing, kui see täidetakse vahenditega, mille andis talle selleks otstarbeks või vabaks kasutamiseks tema seaduslik esindaja või viimase nõusolekul kolmas isik (TsÜS § 11 lg 3 p 2). Omal äranägemisel võiks olla kasutatav ka piiratud teovõimelise isiku enda teenitud raha, kui see ei takista tema oluliste vajaduste rahuldamist. TsÜS § 11 lg 3 p-s 1 sätestatu seondub praktikas vaid väheste tehingutega ning on piiratud teovõimega isiku kaitse seisukohast ebapiisav. Otstarbekas on sätestada siinkohal avaram regulatsioon ja täiendada TsÜS § 11 lg 3 p 1 „huvi ja kasu“ kriteeriumiga. Seega tuleks kehtivaks lugeda piiratud teovõimega isiku ilma seadusliku esindaja nõusolekuta tehtud tehingud, millest ei teki isikule otseseid tsiviilkohustusi ning samuti tehingud, mis teenivad piiratud teovõimega isiku huvi ja kasu ega koorma teda üleääraste riskide ja kohustustega. Olukorras, kus loobunud on saksa õiguses sätestatud teovõimetuse kontseptsioonist, tundub küsitav erireeglite kehtestamine alla 7-aastaste alaealiste tehingutele (TsÜS § 12). Alla 7-aastased pole TsÜS-i järgi küll õiguskäibes osalemisest kõrvaldatud, kuid raske on leida põhjendust asjaolule, et neile rakendub eriregulatsioon võrreldes teiste piiratud teovõimega isikutega. Kõikide alla 18-aastaste alaealiste tehingud võiksid alluda ühesugustele reeglitele. Seega võiks kehtivas seaduses piiratud teovõimega isikute tehingute regulatsioon piirduda TsÜS §-dega 10 ja 11. Eeltoodut arvestades, ei tohiks TsÜS § 12 tühistamine põhjustada seaduselünka (st olukorda, kus praktiline situatsioon vajab reguleerimist, kuid puudub vastav õigusnorm).

Kõikides õiguskordades tunnustatakse üldprintsibiina vormivabaduse põhimõtet. Samas sätestatakse teatavatele tehingutele vorminõuded, mille eiramine toob kaasa tehingu kehtetuse (sh tühisuse). Tehingute õiguslike tagajärgede aspektist on oluline süüvida eesmärkidesse, mille tõttu vorminõudeid kehtestatakse. Seda põhjusel, et tehingu kehtivus või kehtetus peaks tulenema konkreetse vorminõude kehtestamise eesmärgist.

Erinevatele vormi liikidele esitatavad nõuded on kehtivas seaduses võrreldes varasemate reguleeringutega täpsemalt sisustatud ning terminoloogiliselt eristatud. Õiguskäibes toimivat praktikat arvestades on oluliselt täpsustatud ja kaasajastatud varasemas seaduses kirjaliku vormi kohta sätestatud. TsÜS § 80 ja digitaalallkirja seaduse näol on loodud õiguslik baas uudse elektroonilise vormi igapäevaseks kasutamiseks. Tehingu vormiküsimused seonduvad tehingu sõlmimisega, aga ka selle muutmisega. TsÜS § 77 lg 3 teise lause ja VÕS § 13 lg 2 sõnastusest

tuleneb lähenemine vastupidistest positsioonidest (reeglitest). Seega pole nimetatud normid omavahel kooskõlas ning selline puudus tuleks normide sõnastust korrigeerides parandada.

TsÜS § 83 sätestab varemkehtinud seadusega võrreldes tehingu vormi järgimata jätmise korral sarnase tagajärje – tehingu tühisuse. Siiski lähenetakse siin germaani õigusperekonna õiguskordadest tulenevale üldreeglile paindlikumalt ning antakse võimalus kujunadada kohtupraktikat vorminõude kehtestamise eesmärgi silmas pidades. Seega väärrib positiivsema märkimist, et üldpõhimõte, mille järgi vorminõude eiramise õiguslik tagajärg peaks sõltuma sellise vorminõude kehtestamise eesmärgist, on eesti õiguses sätestatud seaduses. Sätte sõnastamisel on arvestatud, et just jäiga ja range vorminõude sätestamisest germaani õigusperekonna õiguskordades, on tulenenud rida probleeme. Seetõttu on seadusandja tunnustanud võimalust, et üksikjuhtudel võib osutada otstarbekamaks ja õiglasemaks lubada vormiliselt vigase tehingu täitmist. Asjaolu kõrval, et seaduses kehtestatud vorminõude eiramise õiguslik tagajärg sõltub vorminõude sätestamise eesmärgist, võimaldab õigusliku tagajärje “korrigeerimist” ka hea usu põhimõte. Lähtumine hea usu kriteeriumist peaks analoogselt saksa õigusega võimaldama vältida range vorminõude esitamisest tulenevaid riske. Sellistes situatsioonides peaks vaagima poolte käitumist konkreetsetes lepingusuhtes ja otsustama kas tehingu alusel saadu tagastamine on põhjendatud. Rõhutamist vajab, et selline tühise tehingu õigusliku tagajärje “parandamine” hea usu põhimõttele tuginedes, peaks seonduma erandlike rasket ebaõiglust ning pahatahtlikkust sisaldavate tehingusituatsioonidega. Konkreetsed vorminõuded erinevatele tehingutele sätestatakse võlaõigusseaduses ning üldjoontes vastab sellekohane regulatsioon germaani õigusperekonna reeglitele. Teiste õigussüsteemide vastavate sätete taustal pakub TsÜS § 83 selge ja hea regulatsiooni praktikas esinevate kaasuste lahendamiseks. Seadusandja on loonud tingimused õiguskindluse ja õigluse põhimõtete tasakaalustamiseks ning välditud on *BGB* sellekohastest sätetest tulenev liigne formalism.

Piiramatu pole ka tehingu sisu kujundamise vabadus ning kõikides õiguskordades on sätestatud üldklauslid, mille puhul toimub tehingu sisu piiramine seadusliku või sotsiaalse väärtustamise alusel. Kehtivana ei tunnustata kokkuleppeid, mis on vastuolus seaduse, avaliku korra või heade kommetega. Tuginedes Hollandi uue tsiviilkoodeksi põhimõtetele, on eesti õiguses peetud vajalikuks sätestada seaduses eraldi kõik kolm üldklauslit. TsÜS § 87 eesmärgiks on reguleerida üldklauslina juhtumeid, kui seaduses on sätestatud keeld teatavaks käitumiseks, kuid selles ei kajastu otseselt normi eiramise õiguslik tagajärg. Seega võib tehingu sisule kehtestatud piirang esineda seaduses: otsese keeluna koos sellele järgneva õigusliku tagajärgega või seaduses märgitud keeluna, mille õiguslik tagajärg on tuletatav TsÜS §-le 87 kui

üldnormile toetudes. Seejuures tuleb kaaluda, milline on keeldu sätestava seaduse mõte tehingu õiguslikku tagajärge silmas pidades. TsÜS § 87 tähendus ja olemus kattub *BGB* §-s 134 märgitud eeskirjaga. "Õigusvälise" ja ühiskonna aspektist mitteaktsepteeritava käitumise õigusliku tagajärg määratletakse toetudes TsÜS §-le 86. Saksa tsiviilõigusteoriat ja -praktikat arvestades ei oleks ilmselt "avaliku korra" mõiste väljajäämine üldklauslitest põhjustanud probleeme ka eesti kohtupraktikas. Järgitav avalik kord, kui õiguskorras eksisteerivad korrapõhimõtted, ei saa olla midagi heade kommete välist. Seetõttu katab "heade kommete" mõiste "avaliku korra" mõiste ning otsene vajadus nende eraldi rõhutamiseks puudub.

Heade kommete vastu eksimise tuvastamine sõltub paljudest faktoritest ja eksimiste võimalused võivad olla väga erinevad. Eristada saab enamlevinud kaasuste grappe. Tavapraktika eripalgelisust ja muutlikkust silmas pidades pole selliste kaasuste gruppide loetelu ammendav.

Võib väita, et eesti kohtupraktikast ei leia tehinguid, kus oleks sedastatud vastuolu seksuaalmoraaliga. Arvestades ühiskonnas valitsevaid suhtumisi moraalsetesse väärtustesse, ei või aga ilmselt väita, et selliseid tehinguid praktikas ei sõlmita. Oletatavasti on põhjusi (nt kartus avalikustamise ees, kahtlused politsei abi tõhususe suhtes), miks ei pöörduta õiguskaitseorganite poole. Teiste õiguskordade sellekohast kohtupraktikat iseloomustab kõhklev ja heitlik suhtumine, kuid nende kogemus toetaks ka eesti kohtupraktika kujunemist. Kindlasti pole ka eesti õigusruumis aktsepteeritavad abieluvabadust, seadusest tulenevaid lapsevanemate kohustusi või lapse vaba eneseteostust piiravad või välistavad tehingud. Kirjeldatud kokkulepped kitsendavad oluliselt isiku põhiseaduslikke võõrandamatuid õigusi. Arvestades, et Eestis on abieluvahendusteenuse osutamine aktsepteeritav ning käsitletav VÕS § 4 järgi mittetäieliku kohustusena, võiks analoogne reegel olla rakendatav ka lapsendamise vahendusteenuse osutamise suhtes.

Isiku vaba arengu ja eneseteostuse põhimõtted on põhiseadusega kaitstavad väärtused ka eesti õigusruumis. Seetõttu taunitakse tehinguid, mis ebaseaduslikult piiravad isiku isiklikku ja majanduslikku vabadust. Levinumad ja probleemsemad ka eesti kohtupraktikas on selles valdkonnas nn liigkasuvõtmistehingutest tulenevad vaidlused. Nõustuda võib Riigikohtu seisukohaga, et liigkasuvõtlite tehingute koosseis on kajastatud TsÜS §-s 97. TsÜS § 97 mõttes saab rääkida raskete asjaolude kokkusattumise mõjul tehtud tehingutest, kus teine pool seda olukorda liigkasuvõtlilikult ära kasutab. Rõhutades lepinguvabaduse printsiipi tuleb aktsepteerida tehingupoolte õigust kokkul leppida lepingu (ka hinnanguliselt ülemääraselt kõrges) hinnas või intressimääras. Küsimusele, kas kohus peaks sekkuma, kui isik on oma tegevusega põhjustanud iseenda sotsaalse hävingu, saab ilmselt vastata eitavalt.

Laenupakkumise tingimusi on võimalik valida ja isik on oma valikutes vaba. Valikuvabadusega seonduvad riskid jäävad isiku enda kanda. Kohus peaks seega sekkuma vaid situatsioonis, kus lisaks tehingu äärmisele ebasoodsusele ja kahjulikkusele ehk silmatorkavale soorituse ja vastusoorituse ebaproportsionaalsusele, esinevad ka teised liigkasuvõtliku tehingu koosseisu eeldused. Selline lahendus on aktsepteeritav enamikes mandri-euroopa tsiviilseadustikes, aga ka *UNIDROIT* rahvusvahelistes äriühingute põhimõtetes. Probleeme tekitab TsÜS §-is 97 käsitletavatele liigkasuvõtlikele tehingutele, kui heade kommete vastastele tehingutele kehtestatud õiguslik tagajärg. Saksa õiguse eeskujul vajaksid nimetatud tehingud hinnangut üldistest moraalkategooriatest lähtuvalt, et kujundada ühiskonna taunivat suhtumist. Seega peaks liigkasuvõtlike tehingute puhul olema aktsepteeritav nõude esitamine tuginedes tehingu tühisusele selle vastuolu tõttu heade kommetega (TsÜS § 86 alusel). Võimaluse taotleda õiguskaitsevahendina liigkasuvõtliku tehingu tühisuse tunnustamist välistab praegu TsÜS § 97 olemasolu. Nimetatud paragrahvi puuduseks on ka asjaolu, et kehtiva seaduse kohaselt on liigkasuvõtliku tehingu tühistamise õigus ainult füüsilisel isikul. Seega võimaldab seadus juriidilisele isikule paremat kaitset (tuvastatav tehingu tühisus TsÜS § 86 alusel), kui füüsilisele isikule, kes võib tehingu tühistada TsÜS § 97 alusel arvestades seejuures aegumistähtaegadega. TsÜS § 97 kehtetuks tunnistamine võimaldaks anda liigkasuvõtlikele tehingutele ka laiema tähenduse, nagu see on käsitatav saksa õiguses (*BGB § 138 lg 2*, kui liigkasuvõtliku tehingu täielik koosseis, ning *BGB § 138 lg 1*, kui liigkasuvõtmistehinguga sarnaste tehingute koosseis). Täpsustamist vajaksid eesti tööõiguses konkurentsipiiranguid kehtestavad sätted. Erinevalt enamike õiguskordade vastavatest sätetest ei sea kehtiv töölepinguseadus peale töölepingu lõppemist piiranguid konkurentsikeelule ajas ja ruumis, mistõttu tuleb kohtul igakordselt kaaluda, kas piirang ei ahista ülemääraselt töötaja majanduslikku vabadust. Seaduses sätestatud konkurentsikeelu mõistlik kehtivusaja ja kehtivusruumi piirang oleks siinkohal kohtule toeks.

Seonduvalt õigusemõistmist ja avalikku võimu kahjustavate tehingutega tuleb märkida, et seadus Eesti Kaubandus-Tööstuskoja Arbitraažikohtu kohta § 7 ei vasta enamikes õiguskordades rakendatavale põhimõttele, mille kohaselt kohtu jurisdiktsiooni ei saa lepingupoolte poolt välistada. Nimetatud sätte tühistamisel oleks kõrvaldatud ka seaduse vastuolu põhiseaduse §-ga 15. Advokaaditasude osas järgitakse Eestis enam USA-s aktsepteeritud põhimõtteid, sest kliendilepingu pooled on vabad igasugustest tasumäärade piirangutest. Teatavatel tingimustel võib aga ülemäärane advokaaditasu kliendilepingus olla aluseks kaaluda tehingu vastuolu heade kommetega, näiteks kui kasutatakse ära kliendi kogenematust, sundolukorda või muid selliseid asjaolusid.

Tehingu tühisuse aluste kataloogi kui terviku analüüsi põhjal võib üldistavalt järeldada, et seadusandja on käsitlenud tehingu tühisuse aluseid nendevahelisi proportsioone ja tasakaalustatust silmas pidades. Tehingu tühisuse aluste komplekse käsitlemise raames sai hinnata iga tehingu tühisuse alust eraldi selle eesmärgi ja vajalikkuse aspektist ning tuvastada, kas tehingule seatud piirangu rikkumise puhuks kehtestatud õiguslik tagajärg (tehingu tühisus) on põhjendatud. Seadusesätete puhul, mis käsitlevad tehingu puudusi subjekti osas ning tehingu vormipuudusi, võib märkida, et varasemat seadust on oluliselt täiendatud ja parandatud selle rakendamisel tekkinud probleeme silmas pidades. Just nendes valdkondades on õnnestunud vältida ka germaani õigusperekonna regulatsiooni puudusi. Eemaldumine veelgi saksa õiguse põhimõtetest oleks õigustatud alaealiste sõlmitud tehinguid käsitlevate sätete puhul. Tehingu sisupuuduste osas on aga täheldatav, et saksa õiguse regulatsiooni järgimine oleks välistanud liigkasuvõtlike tehingutega (TsÜS § 97) seonduvad probleemid. Nimetatud tehingute puhul tuli tõdeda, et sätestatud õiguslik tagajärg (tehingu tühistatavus) pole liigkasuvõtlike tehingute kui heade kommete vastaste tehingute olemust ja tähendust silmas pidades põhjendatud.

Töös tehtud järeldused võimaldavad tõdeda, et hüpotees osutus olulises osas õigeks. TsÜS vastab käsitletud teemat silmas pidades kaasaja tehinguõpetuse põhimõtetele.

VOID TRANSACTION

SUMMARY

Legal order in a modern democratic society should allow every person in his private sphere of life wide freedom to fashion his or her legal relationships in accordance with his interests and aims. The most important ground for the formation of such legal relationships creating rights and obligations is transactions.

A transaction concluded can fulfil its objective only if it complies with certain requirements. All legal orders, despite the recognition of the principle of private autonomy, have established

rules to which a valid transaction must conform. Such provisions set requirements to the content, form and subject of a transaction. If the requirements are ignored a transaction is defective and a possible consequence thereof may be the invalidity of the transaction. Thus, the regulation of invalidity of transactions has to be considered as one of the central parts of the theory of transactions. The general term of invalid transactions embraces both void and voidable transactions. This thesis is devoted to the study of void transaction.

The main objective of the thesis is to clarify the nature and legal consequences of void transactions, and to examine the significance and content of circumstances (prerequisites) giving rise to nullity. General issues relating to transactions, including the regulation of nullity of transactions, have been established in the General Part of the Civil Code Act, wherein the principles of civil law have been determined. It can be stated that by now the foundations of Estonian civil law have been laid. At the same time the Acts reforming private law, adopted ten years ago, are already being replaced by new ones. Thus, the General Part of Civil Code Act of 1994 (hereinafter "1994 CPCC"), which was one of the first Acts to be adopted in the course of civil law reform, has been replaced by the General Part of Civil Code Act of 2002 (hereinafter "CPCC"). Bearing in mind this fact one of the objectives of this thesis is the comparative analysis of the Acts adopted in 1994 and 2002, and an attempt to offer guidelines for the fashioning of judicial practice, and to propose amendments to the valid law. The main objective of the thesis is further supported by evaluation of pertinent Estonian legal regulation against the background of relevant norms of various legal orders. As the general regulation of void transactions is based on the traditions of Germanic family of law, it is essential to compare the principles of Estonian law first and foremost with those of German law. Nevertheless, a much broader background has been chosen for the comparison of the provisions of Estonian civil law. Knowledge of how void transactions are regulated in the countries belonging to Germanic and Roman families of law as well as in common law countries will help to clarify the background of formation of pertinent provisions and principles in Estonian law and how justified these are. The use of wide variety of comparative data will be conducive to tracing the problems arisen from the approach to void contracts in other countries and in Estonia, and suggest practical solutions.

The necessity to study the chosen topic arises from the fact that so far no scientific research of general character on transactions has been published in Estonia. There are a few studies on individual issues of transactions, as well as on some circumstances giving rise to nullity of transactions (conflict with good morals), but there are no complete and comprehensive studies of the topic. The thesis is also topical due to the adoption of the new General Part of the Civil

Code Act, which significantly amended the general regulation of transactions, including the norms providing for nullity and invalidation of transactions. The new norms have not been analysed thoroughly and relevant judicial practice is but developing.

This thesis is structured bearing in mind the system of circumstances (prerequisites) giving rise to nullity of transactions. Today various restrictions have been imposed on the freedom of transactions. Among these all legal systems recognise the classical prerequisites of validity of transactions: the subjects of (parties to) a transaction must conform to requirements provided for by law, a transaction must have a form prescribed by law, and the content of a transaction must conform to requirements established by law. The thesis analyses the circumstances giving rise to nullity of transactions and assesses the pertinent provisions of Estonian law.

The system of circumstances resulting in nullity of transactions also determines the structure of this analysis. The thesis is divided into four chapters, presented in a logical sequence.

The first chapter deals with the nature of a void transaction and the position thereof in the theory of transactions. The concept and nature of a transaction in different legal systems is being explained and the prerequisites of validity of transactions are determined. Proceeding from civil codes of the Germanic family of laws Estonian law, too, defines a transaction on the basis of such fundamental concepts as (legal) act and declaration of intent. As the problems of validity of transactions are directly related to those of freedom of transaction and restriction of the freedom, the implications of the principle of freedom of transaction as one of the foundations of contract law are analysed, as well as the trends of development thereof in contemporary legal sphere. The idea of freedom of transaction has acquired a new meaning. Today, a contract is seen as an expression of co-operation between parties, affecting not only the interests of the parties to a contract but also those of the general public. In this context such keywords as contractual law, parity of contract, protection of the weaker party, etc., have become essential. Different legal orders have chosen to restrict the will of parties more and more, recognising as valid only those transactions that conform to certain conditions, that is to the prerequisites of validity. The more restrictions the legislator imposes the more reasons there will be for violating the prerequisites of validity of transactions. Thus, the result of a violation - nullity of a transaction - depends directly on the restrictions established by law. In all legal systems the classical prerequisites of validity of transactions - the subjects of (parties to) a transaction must conform to requirements provided for by law, a transaction must have a form prescribed by law, and the content of a transaction must conform to requirements established by law - can be traced. A void transaction can have two forms. To define the

content and meaning of a void transaction it is necessary that a distinction be drawn between void transactions and the other form - voidable - transactions. This chapter deals with the legal nature, principles of distinguishing between and implications of the two types of invalid transactions - void and voidable transactions. The explanation of actual consequences of void transactions in legal practice is presented at the close of the chapter. A void transaction has no desired legal consequences from inception (*ab initio*), yet it has its effect or consequences on the parties that the latter did not want. Legal consequence of both void and voidable transactions is one and the same - invalidity of the transaction. In all legal orders legal consequences with retroactive force are attributed to an invalid transaction. The principles of resorting to restitution in different legal orders are analysed in the chapter, and the implementation of principle of abstraction, valid in German law, in Estonian law is assessed. The chapter also deals with exceptions to the general principle of restitution.

In the second chapter of the thesis the deficiencies concerning the subjects of transactions are dealt with. To ascertain circumstances giving rise to nullity of such a transaction the nature of the institutes of active legal capacity, restricted active legal capacity and absence of active legal capacity are defined. The comparison of different legal orders leads to a conclusion that in addition to active legal capacity and restricted active legal capacity also the institute of absence of active legal capacity is distinguished only in the Germanic family of law. The new concept of active legal capacity, implemented in Estonia, pursuant to which it is only possible to restrict a person's active legal capacity due to his or her mental state or maturity, is analysed thoroughly. The possibilities to declare that a minor (irrespective of age) has no active legal capacity, to declare that an adult person has no active legal capacity or to restrict the active legal capacity of an adult by a court are excluded. The amendments to the valid law are in line with the concept of active legal capacity recognised in Continental Europe, and they also take into account the criticism of the institute of active legal capacity of German law. The major part of the chapter deals with transactions concluded by persons with no active legal capacity and with restricted active legal capacity. It appears, taking into account the models of other Continental European legal orders and English law, that the CPCC could have offered more extensive possibilities of independent action to minors as persons with restricted active legal capacity. The chapter analyses, against the background of pertinent solutions of other legal orders, the possibilities of amending and improving the valid law. The objective of the proposed amendments is to strike a balance between the protection of the

formation of legal relationships and the protection of persons with restricted active legal capacity.

The main issue of the third chapter is the deficiencies of form of transactions. From the point of view of legal consequences of transactions ignoring formal requirements it is essential to consider the objectives born in mind upon establishing formal requirements. This is important because the validity or invalidity of a transaction should depend on the objective of the provision for a certain formal requirement. That is why the reasons and objectives of establishing formal requirements are analysed. Next, the nature of formal requirements of a transaction (concerning the written form and the form of notarial certification and notarial authentication) are explained. It can be concluded that in comparison with the earlier law the requirements set to the form of transactions have been defined more precisely and have been updated. More thorough analysis is devoted to transactions ignoring formal requirements and the author has tried to answer the question of how to strike a balance between excessive formalism and the principle of fairness. On the basis of regulations of BGD Estonian law has introduced a severe sanction of nullity of a transaction in the case of violation of formal requirements. Nevertheless, Estonian law takes a more flexible approach to the general rule and allows the courts to fashion their practice bearing in mind the objectives underlying formal requirements. Concrete formal requirements to various transactions are provided for in the Law of Obligations Act, and the regulation of the sphere in general is in line with the rules of the Germanic family of law. It is inherent to the legal orders of the referred family of law to draw a line between certain transactions which are considered to be more important from the economic point of view (contract of sale of immovables) and to establish more strict formal requirements thereon. More strict requirements have also been established in regard to contracts of guarantee and unilateral contracts such as gratuitous contracts. Reasons for that are easy to understand, as the person who lodges a security is, as a rule, at a greater risk, and in the case of a gratuitous contracts burdening only one party it is essential to ascertain whether the person assuming an obligation has made a serious and contemplated decision.

The fourth chapter concentrates on the deficiencies of content of transactions. The main issues dealt with are the general clauses restricting the content of transactions and the nature of the clauses. In all legal orders transactions which are in conflict with the law, public order or good morals, are deemed to be void. Thus, modern legal systems restrict the contractual freedom by legal prohibitions, as well as by extra-legal standards, because a society can not

accept behaviour violating certain moral limits. In addition, general requirements to the content of transactions are analysed in the chapter, and bearing in mind that the general terms provided by law are left for the courts to interpret, appropriate court cases have been described by way of illustration. The more general discussion of transaction contrary to good morals has been divided into subthemes, which constitute a more thorough analysis of the general clause of "good morals". The analysis is primarily based on judicial practice. The author has reckoned with the fact that the finding of a violation of good morals depends on many factors (the content of transaction, the aspects of time and space, motifs and ulterior aims of parties) and that the types of violations may be different. That is why groups of similar cases can be brought out, but as the everyday practice is manifold and changing the suggested classification is far from being exhaustive.

The discussion of transactions conflicting with the principles of family life and morality leads to a conclusion that the judicial practice of different legal orders in this respect can be characterised as undecided and inconsistent. Under the referred subtheme the following transactions are discussed: transaction conflicting with morality (related primarily to extra-marital sexual relationships), transactions restricting the freedom of marriage, threatening the stability of marriage, and transactions restricting the obligations of parents to children. It can be claimed that in Estonian judicial practice there are no examples of findings of transactions conflicting with sexual morality. Considering the prevalent public opinion on moral values it can not obviously be argued that such transactions are never concluded in real life. One could think of reasons (e.g. fear of publicity, mistrust in the effectiveness of police interference) why people do not address the law enforcement agencies. Nevertheless, it can be stated with conviction that transactions restricting or excluding the freedom of marriage, obligations of parents proceeding from law, or free self-realisation of a child are not acceptable in Estonian legal space. The referred agreements considerably restrict the inalienable constitutional rights of persons.

Among transactions restraining personal or economic freedom the transactions with the elements of usury are among the most widespread and problematic ones. The author substantiates the conclusion that the courts should interfere only in a situation where in addition to extremely disadvantageous and prejudicial nature of a transaction, i.e. striking imbalance between performance and counter-performance, some other prerequisites of an usurious transaction are present. Such a solution is accepted in the majority of Continental European civil codes, as well as by international principles of UNIDROIT. Covenants not to

compete, which unreasonably restrict the economic freedom of the covenantor, are thoroughly discussed under this subtheme.

The last subtheme of the chapter is devoted to analysis of transactions prejudicing administration of justice and public power. Here the transactions prejudicial to administration of justice and public power, as well as transactions excluding court jurisdiction are dealt with. In relation to administration of justice also the conformity of principles of remuneration contained in the contracts the advocates conclude with their clients are discussed.

The objective of the analysis based on the structure of this thesis is to identify the possible developments of the institute of transactions and the tendencies and principles that could be imported from other legal systems. This aspiration also proceeds from the general structure of the thesis. Comparative analysis of pertinent regulation in countries belonging to Germanic and Roman families of law and common law countries is prevalent in the thesis. Estonian legal theory and practice is presented in relation to the conclusion drawn from the analysis of other legal systems. Against the background of the earlier version of the General Part of the Civil Code Act the changes that have taken place in Estonian legal sphere are assessed. The choice of source materials has been affected by the scarcity of relevant Estonian language law literature. Proceeding from the General Part of the Civil Code Act, much attention has been paid to law literature and sources of law (civil codes) of Germany, Switzerland, Austria and the Netherlands, - the countries that served as models upon drafting the referred Estonian Act. To achieve a broader understanding of the research topic the views expressed in the law literature of the countries of Roman family of law, Anglo-American countries and Nordic countries have been taken into consideration. As for the judicial practice the basic emphasis has been laid on the judgments of the Supreme Court of Estonia. Pertinent judgments of second and first instance courts have been used to a lesser extent.

KASUTATUD KIRJANDUSE LOETELU

- Aarnio, A.** Õiguse tõlgendamise teooria. Tallinn, 1996.
- Allan, E.** An introduction to the Legal System of the USA. New York, 1996.
- Ananjeva, J.** et al. Nõukogude tsiviilõigus. Üldosa. Tallinn, 1971.
- Anepaio, T.** Tuntud tundmatu seadustik Balti eraseaduse väljaanded. Õpetatud Eesti Seltsi aastaraamat 1994 - 1999. Tartu, 2002.
- Atiyah, P. S.** The Rise and Fall of Freedom of Contract. Oxford, 1985.
- Atiyah, P. S.** Essays on Contract. Oxford, 1986.
- Atiyah, P. S.** An introduction to the Law of Contract, Oxford, 1989.
- Beatson, J., Friedmann, D.** Good Faith and Fault in Contract Law. Oxford, 2001.
- Bell, J., Boyron, S., Whittaker, S.** Principles of French Law. Oxford, 1998.
- Bocken, H., Bondt, W. de.** Introduction to Belgian Law. The Netherlands, 2001.

- Brownsword, R., Hird, N. J., Howells, G.** Good Faith in Contract: concept and context. Great Britain, 1999.
- Brox, H.** Allgemeiner Teil des BGB. 27., neuberab. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München, 2001.
- Chitty, J.** Chitty on Contracts. Vol I. General Principles. 26th ed. London, 1989.
- Dahl, B., Melchior, T., Rehof, L. A., Tamm, D.** Danish Law in a European Perspective. Copenhagen, 1996.
- Downes, T. A.** A Textbook on Contract. 4th ed. London, 1995.
- Eichler, H.** Rechtssysteme der Zivilgesetzbücher: Vermächtnis und Aufgabe. Frankfurt a. M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, Lang, 1993.
- Elliott, C., Quinn, F.** English Legal System. 3rd ed. Great Britain, 2000.
- Eesti Advokatuuri eetikakoodeks.** Jõustunud 1. juunil 1999. a. Avutivõrgus. Kättesaadav: http://www.advokatuur.ee/?sisu_id=5, 5. september 2003.
- Euroopa Liidu Advokaatide Eetikakoodeks.** Vastu võetud Euroopa Liidu riikide Advokatuuride ja Õigusliitude poolt Lyonis 28. novembril 1998. a peetud CCBE Plenaaristungil ja muudetud CCBE Plenaaristungil 6. detsembril 2002. a. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.advokatuur.ee/?sisu_id=10&sisu_id1=28, 5. september 2003.
- Ferid, M.** Sonnenberger, H. I. Das Französische Zivilrecht. Heidelberg, 1994.
- Fisher, H. D.** German Legal System and Legal Language. Great Britain, 1997.
- Flour, J., Aubert, J.-L.** Les Obligations. 1: L'acte juridique. 6th ed. Paris, 1994.
- Flume, W.** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd.2. Das Rechtsgeschäft. 3.erg. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York, 1979.
- Furmston, M. P.** Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract. 13th ed. London [etc], 1996.
- Gloag, W. M., Henderson, R. C.** Introduction to the Law of Scotland. Edinburgh, 1987.
- Greig, D. W., Davis, J. L. R.** The Law of Contract. Setton, 1987.
- Guest, A. G.** Anson's Law of Contract. 26th ed. Oxford, 1984.
- Gustafsson, L.** Business Laws in the Nordic Countries. Legal and Tax Aspects. Stockholm, 1998.
- Herbots, J.** Contract Law in Belgium. The Netherlands, 1995.
- Klami, Hannu Tapani.** Studies on the Roman Law of Contract. Helsinki, 2000.
- Hartkamp, A. S., Tillema, M. M. M.** Contract Law in the Netherlands. The Hague, London, Boston, 1995.
- Hausmaninger, H.** The Austrian Legal System. Wien, 1998.
- Heinrichs, H.** Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. Band 7, 60. Aufl München, 2001.
- Hübner, H.** Allgemeiner Teil des BGB. 16. Aufl. Berlin, 1984, S 339.
- Ilus, E.** Rooma õiguse alused. Tallinn, 2000.
- Kivimäki, T. M., Ylöstalo, M.** Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Helsinki, 1959.
- Kull, I.** Lepinguõigus I. Tallinn, 1999.
- Kull, I.** Effect of Harmonisation of European Civil Law on Development of Estonian Law of Obligations. Juridica International, 1, 1998.
- Kull, I.** Lepinguvabaduse põhimõte Euroopa ühtlustuvas tsiviilõiguses ja Eesti tsiviilõiguse reform. Riigikogu toimetised , 2, 2000.
- Kull, I.** Hea usu põhimõte kaasaegses lepinguõiguses. Doktoriväitekiri. Tartu, 2002.
- Kull, I.** Hea usu põhimõte lepinguõiguses ja selle kohaldamise kohtupraktikast. Riigikohus 2001. Lahendid ja kommentaarid. Tallinn, 2002.
- Köhler, H.** Tsiviilseadustik. Üldosa. Tallinn, 1998.
- Kötz, H.** European Contract Law. Vol I. Oxford, 1997.
- Lindmäe, H.** Kriminialistika tehnika. Tallinn, 1976.
- Major, W. T.** Law of Contract. 8th ed. London, 1994.
- Manigk, A.** Willenserklärung und Willensgeschäft. Aalen. 1970.

- Markesinis, B.** The German Law of Obligations. Vol I. The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction. Oxford, 1997.
- Marsh, P. D. V.** Comparative Contract Law: England, France, Germany. Gower, 1994.
- Narits, R.** Õiguse entsüklopeedia. Tallinn, 2002.
- Nicholas, B.** The French Law of Contract. 2nd ed. Oxford, 1992.
- Nielsen, R.** Contract Law in Denmark. The Hague, 1997.
- Nystén-Haarala, S.** The Long-Term Contract. Contract Law and Contracting. Helsinki, 1998.
- Phillips, O. H., Hudson, A. H. O.** Hood Phillips' First Book of English Law. 8th ed. London, 1988.
- Piip, A.** Kaubandusõigus ja –protsess, Tallinn, 1995.
- Principles of International Commercial Contracts.** Published by the International Institute for the Unification of Private Law (Undroit). Rome, 1994.
- Pöyhönen, J.** An Introduction to Finnish Law. Helsinki, 2002.
- Richards, P.** Law of Contract. 2nd ed. London, 1995.
- Roonemaa, H.** Pretsedent seadustas digiallkirja kasutamise. Postimees, 26. juuni 2003.
- Rüthers, B.** Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. Heidelberg, 1997.
- Samuel, G., Rinkes, J.** Contractual and Non-contractual Obligations in English Law. Systematic analysis of English law of obligations in the comparative context of the Netherlands Civil Code. Nijmegen, 1992.
- Savigny, F.C.** System des heutigen römischen Rechts. I. Berlin, 1840.
- Schlechtriem, P.** Võlaõigus. Üldosa. Tallinn, 1999.
- Sepp, H.** Tehingu tühisus ja kehtetus kohtupraktikas. Juridica, 10, 1996.
- Smith, J. C.** The Law of Contract. 2nd ed. London, 1993.
- Starck, B., Roland, H., Boyer, L.** Obligations, 2: Contract. 4th ed. Paris, 1993.
- Stone, R.** Contract Law. 2nd ed. London, 1996.
- Sõrg, R.** Tsiviilseadustiku üldosa seadus. 5 ptk. Tehingud. Juridica, 8, 1994.
- Tampuu, T.** Alusetu rikastumise õigus võlaõigusseaduses. Lühülevaade. Juridica, 7, 2002.
- Terré, F., Simler, P., Lequette, Y.** Droit civil. Les obligations. 4th ed. Paris, 1992.
- Timonen, P.** Suomen Laki. Helsinki, 1994.
- Treitel, G. H.** An Outline of the Law of Contract. London, 1979.
- Varul, P.** Eesti õigussüsteemi taastamine. Juridica, 1, 1999.
- Varul, P.** Legal Policy Decisions and Choices in the Creation of New Private Law in Estonia. Juridica International, 1, 2000.
- Whincup, M. H.** Contract Law and Practice. The English System and Continental Comparisons. 4th ed. The Hague, London, Boston, 2001.
- Whittaker, S., Zimmermann, R.** Good Faith in European Contract Law. Cambridge, 2000.
- Wilhelmsson, T.** Perspectives of Critical Contract Law. Dartmouth, 1993.
- Woolman, S.** An Introduction to the Scots Law of Contract. Great Britain, 1987.
- Zimmermann, R.** Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science. Law Quarterly Review, Vol 112, 1996.
- Zimmermann, R.** (Hrsg). Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik. Heidelberg, 1999.
- Zimmermann, R.** The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Deventer, 1992./1990.
- Zweigert, K., Kötz, H.** Introduction to Comparative Law. Vol 2. Oxford, 1987.
- Ylikangas, H.** Miks õigus muutub. Tartu, 1993.

KASUTATUD ÕIGUSALLIKATE LOETELU

Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. Aug. 1896, Stand 01.07.1999, Tallinn, 2001.

Code Civile. The French Civil Code as amended to July 1, 1976. Translated with an Introduction by John H. Crabb. New Jersey, 1977.

Codice Civile. The Italian Civil Code. Translated by Mario Beltramo, Giovanni E. Longo, John Henry Merryman. USA, 1969.

The Civil Code of the Netherlands (translated into Russian). Translated by М. Ферштман. Leiden University, Faculty of Law. Leiden, 1996.

The General Civil Code of Austria. Revised and brought up to date and annotated by Paul L. Baeck. Oceana, 1972.

The Swiss Federal Code of Obligations as of January 1, 1984. By Simon L. Goren. Colorado, 1987.

Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts. Available at: http://europa.eu.int/eur-lex/en/lif/dat/1993/en_393L0013.html, 3. september 2001.

Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit. Available at: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=Directive&an_doc=1987&nu_doc=102, 27. juuli 2003.

The Principles of European Contract Law. Commission on European Contract Law (last modified 1997). Available at: <http://www.kclcl.or.jp/EUDialogue/lando.htm>, 15. märts 2003.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. International Institute for the Unification of Private Law, Rome, 1994; Available at: <http://www.unidroit.org/english/principles/pr-pres.htm>, 15. märts 2003.

United Nation Convention on the International Sale of Goods. April 11, 1980. ÜRO rahvusvaheliste müügilepivate konventsioon. - RT II 1993, 21/22, 52.

Advokatuuriseadus, 21. märts 2001. a - RT I 2001, 36, 201; 102, 676.

Asjaõiguseadus, 9. juuni 1993. a - RT I 1993, 39, 590; 1995, 26-28, 355; 57, 976; 1996, 45, 848, 51, 967; 1997, 52, 833; 1998, 12, 152; 30, 409; 59, 941; 1999, 26, 377; 27, 380; 2001, 34, 185; 93, 565; 2002, 47, 297; 53, 336; 99, 579; 2003, 13, 64; 17, 95; 78, 523.

Eesti NSV Tsiviilkoodeks, 21. juuni 1964. a - ÜVT 1964, 25, 115; 1968, 46, 341; 1969, 30, 295; 1970, 37, 332; 1973, 9, 68; 44, 389; 53, 465; 1974, 28, 247; 1977, 6, 72; 37, 424; 1980, 31, 490; 1985, 27, 451; 1986, 19, 251; 1988, 6, 68; 25, 295; 1989, 17, 203; EV ÜVT 1990, 20, 300; RT 1990, 12, 128; 1992, 33, 418; 49, 615; RT I 1993, 72/73, 1021; 1994, 25, 406; 53, 889.

Eesti Vabariigi põhiseadus, 28. juuni 1992. a - RT I 1992, 26, 349.

Digitaalalkirja seadus, 8. märts 2000. a - RT I 2000, 26, 150; 92, 597; 2001, 56, 338; 2002, 53, 336, 61, 375.

Kindlustustegevuse seadus, 6. juuni 2000. a - RT I 2000, 53, 343; 2001, 43, 238; 48, 268; 59, 359; 87, 529; 93, 565; 2002, 35, 215; 63, 387; 102, 600; 105, 612; 2003, 17, 95.

Konkurentsiseadus, 5. juuni 2001. a - RT I 2001, 56, 332; 93, 565; 2002, 61, 375; 63, 387; 82, 480; 88, 510; 87, 505; 102, 600; 2003, 23, 133.

Korruptsioonivastane seadus, 27. jaanuar 1999. a - RT I 1999, 16, 276; 87, 791; 2000, 25, 145; 2001, 58, 357; 2002, 53, 336; 63, 387; 2003, 18, 108; 51, 349; 88, 591.

Notariaadiseadus, 6. detsember 2000. a - RT I 2000, 104, 684; 2001, 93, 565; 2002, 57, 357; 61, 375; 64, 391; 102, 600; 2003, 18, 100.

Perekonnaseadus, 12. oktoober 1994. a - RT I 1994, 75, 1326; 1996, 49, 953; 1997, 28, 422; 35, 538; 2000, 50, 317; 2001, 15, 154; 16, 69; 53, 307; 2002, 53, 336.

Perkonnaseaduse eelnõu. Arvutivõrgus. Kättesaadav:

<http://www.just.ee/index.php3?cath=2377>, 4. veebruar, 2004.

Riigikogu otsus "Seadusloome järjepidevus", 1. detsember 2002. a - RT 1992, 52, 651.

Seaduse Eesti Kaubandus-Tööstuskoja Arbitraažikohtu kohta, 14. august 1991. a - RT 1991, 25, 308; 1999 18, 302.

Tsiviilseadustiku eelnõu. EV Riigivolikogu erikomisjoni 12. märtsi 1940. a redaktsioon. Tartu 1992.

Tsiviilseadustiku üldosa seadus, 27. märts 2002. a - RT I 2002, 35, 216; 2003, 13, 64; 78, 523.

Tsiviilseadustiku üldosa seadus, 28. juuni 1994. a - RT I 1994, 53, 889; 65, õiend; 89, 1516; 1995, 26-28, 355; 49, 749; 87, 1540; 1996, 40, 773; 42, 811; 1998, 30, 409; 59, 941; 1999, 10, 155.

Tsiviilseadustiku üldosa seaduse eelnõu seletuskiri. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.just.ee>, 2. september, 2000.

Tõestamisseadus, 14. november 2001. a - RT I 2001, 93, 564; 2002, 53, 336; 2003, 18, 100.

Töölepinguseadus, 15. aprill 1992. a - RT I 1992, 15/16, 241; 1993, 10, 150; 26, 441; 1995, 14, 170; 16, 228; 1996, 3, 57; 40, 773; 45, 850; 49, 953; 1997, 5/6, 32; 1998, 111, 1829; 1999, 16, 276; 60, 616; 2000, 25, 144; 2000, 51, 327; 57, 370; 102, 669; 2001, 17, 78; 42, 233; 53, 311; 2002, 61, 375; 62, 377; 110, 656, 111, 663; 2003, 4, 22; 13, 69.

Võlaõigusseadus, 26. september 2001. a - RT I 2002, 35, 216; 60, 374; 2003, 78, 523.

Äriseadustik, 15. veebruar 1995. a - RT I 1995, 26/28, 355; 1998, 91/93, 1500; 1999, 10, 155; 23, 355; 24, 360; 57, 596; 102, 907; 2000, 29, 172; 49, 303; 55, 365; 57, 373; 2001, 34, 185; 56, 332; 336; 89, 532; 93, 565; 2002, 3, 6; 35, 214; 53, 336; 61, 375; 63, 387; 388; 96, 564; 102, 600; 110, 657; 2003, 4, 19; 13, 64; 18, 100; 78, 523; 88, 591; 78, 523.

KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA LOETELU

Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 23. oktoobri 1997. a otsus Multiehituse AS-i hagi Džemma Bassova vastu laenulepingust tulenevate summade sissenõudmiseks, 3-2-1-116-97. - RT III 1997, 31/32, 332.

Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 11. juuni 1998. a otsus Aino Illaru hagi Meelis Tomsoni vastu lepingute tühisuse tunnustamiseks, 3-2-1-77-98. - RT III 1998, 22, 223.

Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 19. septembri 2000. a otsus Valentin Levini hagi OÜ MAXI-SE, Kersti Võlu ja Sergei Zahharovi vastu ostu-müügilepingu tühistamiseks ja 25 000 krooni saamiseks, 3-2-1-106-00. - RT III 2000, 20, 231.

Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 15. novembri 2000. a otsus OÜ Kagu hagi Ülle Rätsepa vastu 182 000 krooni väljamõistmiseks, 3-2-1-118-00. - RT III 2000, 27, 303.

Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 24. mai 2001. a otsus AS ERA Pank (pankrotis) hagi OÜ Triblon vastu rendilepingu kehtetuks tunnistamiseks ja vara väljanõudmiseks võõrast ebaseaduslikust valdusest, 3-2-1-76-01. - RT III 2001, 19, 204.

Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 7. novembri 2001. a otsus Ivo Söödori hagi AS Mõigu Ehituskoondis vastu 28 000 krooni saamiseks ja AS Mõigu Ehituskoondis vastuhagi pensionilepingu tühistuse tunnustamiseks, 3-2-1-131-01. - RT III 2001, 30, 323.

Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 29. aprilli 2002. a otsus Edmund Johannes Martini hagi OÜ Brevis Invest, Enn Pauti ja Jaanus Saare vastu rendilepingu tühistuse tunnustamiseks, 3-2-1-29-02. - RT III 2002, 14, 164.

Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 16. oktoobri 2002. a otsus Balti Baas AS (pankrotis) hagi OÜ Rasmusson vastu kasutusvalduse lepingu ja varade üleandmise-vastuvõtmise akti tühistuse tunnustamiseks, nende alusel saadud vara tagastamiseks ning otsuse täitmise korra ja tähtaja kindlaks määramiseks, 3-2-1-80-02. - RT III 2002, 27, 302.

Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 16. oktoobri 2002. a otsus Heino Lõivekese hagi Aimar Naggeli vastu 100 000 krooni saamiseks, 3-2-1-80-02. - RT III 2002, 27, 302.

Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 22. oktoobri 2002. a otsus AS A&O LAENUGRUPP (kohtuotsustes ka A & O LaenuGrupp AS) hagi Helgi Salve vastu 87 600 krooni saamiseks ning Helgi Salve vastuhagi tehingu kehtetuks tunnistamiseks, 3-2-1-108-02. - RT III 2002, 27, 305.

Tallinna Ringkonnakohtu tsiviilkolleegiumi 9. aprilli 2001. a otsus Jaan Türneri hagi Enno Kaare vastu võla 360 000 krooni ja intressi 129 600 krooni saamiseks, II-2/4/01.

Tallinna Ringkonnakohtu tsiviilkolleegiumi 22. juuni 2001. a otsus Irina Juressi hagi Tatjana Viskvarka vastu võla 52 260 krooni ja kahju 2355 krooni nõudes, II-2/964/01.

Tallinna Ringkonnakohtu tsiviilkolleegiumi 29. juuni 2001. a otsus Sulev Sepp`a hagi Hilje Sepp`a vastu abieluvaralepingu tühistuse tunnustamiseks, II-2/1053/01.

Tallinna Ringkonnakohtu tsiviilkolleegiumi 5. aprilli 2002. a otsus AS A&O LAENUGRUPP hagi Helgi Salve vastu 87 600 krooni saamiseks ning Helgi Salve vastuhagi tehingu kehtetuks tunnistamiseks, 2-2/278/02.

Civ 22.07.1987, *JCP* 1987, IV, 350. In: B. Nicholas. *Op cit*, p 131.

Civ 27.02.1970, *JCP* 1970, II, 16305. In: B. Nicholas. *Op cit*, p 131.

Civ 17.07.1989, *JCP* 1990, II, 21546. In: J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker. *Op cit*, p 327.

Soc 12.06.1986 H. Kötz. *Op cit*, p 159-160.

Benyon v Nettleford (1850). In: M. P. Furmston. *Op cit*, p 365.

Gipps v Hume (1861). In: M. P. Furmston, *Op cit*, p 362.

Pearce v Brooks (1866). In: P. Richards. *Op cit*, p 235; W.T. Major. *Op cit*, p 197.

Nordenfelt v Maxim Nordenfelt (1894). In: M. H. Whincup. *Op cit*, p 292.

Horwood v Millar's Timber & Trading Co (1917). In: H. Kötz. *Op cit*, p 156-157.

Hyman v Hyman (1929). In: M. P. Furmston, *Op cit*, p 362.

Foster v Driscoll (1929) W.T.Major, *Op cit*, p 197.

Napier v National Business Agency (1951)). W.T.Major, *Op cit*, p 195.

Lee v Showmen's Guild (1952)). W.T.Major. *Op cit*, p 204-205.

Scott v Avery (1856) W.T.Major. *Op cit*, p 204-205.

Esso Petroleum Co v Harper's Garage (Stourport) (1968). In: P. Richards. *Op cit*, p 236.

Schroeder Music Publishing Co v Macaulay (1974)). In: H. Kötz. *Op cit*, p 157.

Harmony Shipping Co SA v Davis (1979). In: M. P. Furmston, *Op cit*, p 362.

- Bridge v Deacons** (1984) H. Kötz. *Op cit*, p 159-160.
Lobb v Total Oil (1985). In: M. H. Whincup. *Op cit*, p 294.
Phoenix General Insurance Co v Administratia Asigurarilor (1987). In: H. Kötz. *Op cit*, p 162.
Nash v Halifax Building Society (1979)). In: Hein Kötz. Oxford, 1997, p 164.
Lee v Chappell (1996). In: M. H. Whincup. *Op cit*, p 290.
BHG 09.11.1955, BGHZ 19, 12. In: H. Kötz. *Op cit*, p 156-157.
BGH 14.12.1956, BGHZ 22, 347, 354. In: H. Kötz. *Op cit*, p 157.
BGH 09.06.1969, BGHZ 52, 171, 176. In: H. Kötz. *Op cit*, p 158.
BGH 14.06.1972. – *Neue Juristische Wochenschrift*, 1972, 1459.
BGH 17.01.1979. – *Neue Juristische Wochenschrift*, 1979, 865.
BGH 13.03.1979. – *Neue Juristische Wochenschrift*, 1979, 1605.
BGH 31.03.1982, BGHZ 83, 313, 319. In: H. Kötz. *Op cit*, p 158.
BGH 26.03.1984, BGHZ 91, 1, 6. In: H. Kötz. *Op cit*, p 159-160.

KASUTATUD LÜHENDITE LOETELU

- | | |
|------|---|
| ABGB | - Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch |
| AGBG | - Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen |
| AÕS | - Asjaõigusseadus |

BES	- Balti Eraseadus
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	- Bundesgerichtshof
BGHZ	- Decisions of the Bundesgerichtshof in civil cases
Bull Cass	- Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
BW	- Nieuw Burgelijk Weboek
CCBE	- Council of the Bars and Law Societies of the European Union
CISG	- United Nations Convention on International Sale of Goods
Civ	- Cour de cassation, chambre civile
DAS	- Digitaalalkirja seadus
EEC	- European Economic Community
JCP	- Jurisclasseur Périodique
KVS	- Konkurentsivastane seadus
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift
NotS	- Notariaadiseadus
OR	- Obligationenrecht
PECL	- Principles of European Contract Law
PICC	- Principles of International Commercial Contracts
PkS	- Perekonnaseadus
RT	- Riigi Teataja
Soc	- Cour de cassation, chambre sociale
TLS	- Eesti Vabariigi töölepingu seadus
TsK	- Eesti NSV Tsiviilkoodeks
TsÜS	- Tsiviilseadustiku üldosa seadus
TõestS	- Tõestamise seadus
UNIDROIT	- International Institute for the Unification of Private Law
VÕS	- Võlaõigusseadus
UCC	- Uniform Commercial Code
ÄS	- Äriseadustik
ÜRO	- Ühendatud Rahvaste Organisatsioon
ZGB	- Zivilgesetzbuch