

AunInnatöö

Hermann, Asta

Prof. *U. Uus*
Auhinnatöö
392516

1. detš. 1933 a. kolmanda auhiina
väärilües tunnustatud.
Autor: stud. jur. Asta Hermann.

Tartu ülikooli Sekretär

2 nov. 33 ✓

220

Saadud postiga, väljareedetud
on 1. nov. 1933 a.

Märgusõna: " R E L A T A R E F E R O " .

#924.



Ac
8692.

T A V A Õ I G U S

1933. a.



2/392516

Ü 24351234

S I S U K O R D .

Sissejuhatuseks.

I osa.

Tavaõiguse mõiste

1. peatükk. Tavaõiguse nõuded.

- § 1. Mõiste analüüs
- § 2. Rahvas
- § 3. Üldine õigusveene, opinio necessitatis
- § 4. Tavatsemisaktid
- § 5. Eksituse mõjust.

2. peatükk.

Tavaõiguse kehtivusest.

- § 1. Tavaõiguse kehtivuse põhjusest üldse.
- § 2. Suvangu teooria
- § 3. Tahte-teooria
- § 4. Veende-teooriad.

II o s a .

- § 1. Tavaõiguse hinnang ja kriitika.

1 peatükk: Tavaõigus ja seadus.

- § 1. Tavaõiguse ning seaduse vastalust
- § 2. Tavaõiguse seadusi muutvast jõust
- § 3. Tavaõiguse seadusimuutvast jõust. Järg.

2 peatükk : Ajalooline ülevaade hinnagust: Kriitika.

- § 1. Hinnang enne ajaloolist kooli
- § 2. Ajalooline kool ja ta järglased
- § 3. Tavaõiguse kriitika

III osa.

Tavaõigus Eestis.

- § 1. Ajalooline ülevaade.

S I S S E J U H A T U S E K S

Õigusele temas sisalduvate instituutide hulga, vajaliku mõistete kujundumise, ajalooliste sidemete, praktilis-politiliste ning majandusliste tendentsidega on midagi äärmiselt komplitseeritud. Igal rahval on oma kõlbline kord ja omad waated, milliste ümber kujundudes muutuvad ka õigusele esitatawad nõuded. Kõik sotsiaalsed normid teatawasti reguleeriwadinimeste käitumist, mõjustawad nende wastastikust suhtlemist. Õigusnormel, sotsiaal-normide ühe liigina, on täita sama ülesanne. Ent õigusnormid on kõigist sotsiaalseist normest kõige mõjukamad, kuna neist kinnipidamine on sunduslik, teiste täitmine aga oleneb iga üksiku indiwiidi suwangust. Pealegi on nende olemasolu seotud õigustuste kohustuste saabumisega, kuna seewastu teised normid annawad isikule, waid kohustusi, milliste täitmist keegi pole õigustatud nõudma. Õigus on tähtsaim kultuuri faktor, wast tema kaasabil on inimsugu muutunud metsinimestest kultuurrahwaiks. Õigus, säilitades riigis rahu ja korda, kaitstes riigiwõimu, korraldades warade jaotamist ning loomist, kaitstes indiwiidi ühiskonna ja ühiskonda indiwiidi wägiwalla eest, ning olles meie pedagoog, wõimaldab meil pidewalt edasi areneda wastu paremale tulewikule.

Küsimus: kuidas saabub õigus? nõuab erinewat wastust, wastawalt ajastule, millise kohta ta esitatakse. Teatawa aegjärgu õigus alistub selleaegsele loogika, usu ning kõlbluse nõudeile ning põhimõtetele. Wõttes mainitud küsimust histoorilise ehk õigemini prehistoorilise rahwaste-psühholoogia mõttes, tuleks meil kindlaks teha, kuidas saabuwad õigusnormid esmakordselt rahwaste lapseõlwes. Aegade kestel on püütud seda küsimust lahendada hüpoteeside abil. Teokraatliku waate järele on seadused inimkonnale antud kas Jumala poolt wahtult wõi ta maapealse esindaja poolt. On ilmne, et seda waadet ei saa õigusteadus omaks wõtta, sest pole empiriliselt põhjendataw ei Jumal ise ega ka see, et õigus oleks loodud kas Jumala poolt otseselt wõi tema juhtimisel. See on metafüüsiline waade, igasuguste empiriliste alusteta. On ju lõppeks usu küsimus, kas pidada õigust Jumala loominguks wõi mitte. Samuti ekslik on waade, et õigus on esmakordselt loodud kuninga wõi würsti poolt, kuna ka nn. loodusseisukorras oli tegu sugukondliku wõi patriarhaalse ühiskonnaga, millel olid omad õigusnormid kui mitte kirjutatud, siis ometi tawaõiguslikud. Ka ei pea paika wäide, et õigus on saabunud sotsiaalse lepingu alusel. See on waid oletus, politiline postulaat, kuna me empiriliselt sellise lepingu olemasolu ei saa kindlaks teha. Me koguni wõime kahelda, kas sellist lepingut üldse on olnud olemas. - Üldse tawatsetaks alata õiguse saabumisseletusega Aadama ja Eewa juurest ning kirjeldada, kuidas siis saabus esimene ning kõige algelisem õigus; sageli waadeldakse seejuures üksikut isikut kui aatomit, kui omaette, igasuguste suheteta olendit, ja sellisest lähtudes ehitatakse siis üles kogu ühiskondlik ilm. Ometi peaks olema selge, et selline wäide ei saa pidada paika: me ei tunne inimest milgi wiisil aatomina, waid ikka ainult ühiskondliku olendina, ja meil on küllalt põhjust kahelda, kas ta on üldse kunagi elanud wäljaspool ühiskonda. Mis puutub õiguse algseesse sündi, siis see ulatub kaugele sinnapoole ajaloolisi aegu. Ajaloolistel aegadel pörkume kõikjal rahwastele, kel on olemas juba oma walmid õigusnormid. Õiguse wanim aste, ta saabumine on meie suhtes seega saladuskatte all; ajaloolisele meetodile ta pole ligipääsetaw; wõrdlew õigusteadus ei ulatu nii kaugeisse aegadesse tagasi; tänapäewal madalaimal kultuuriastmel seiswate rahwaste ratsionaalne empiriline waatlus annaks wahest küll mõningaid tulemusi, ent senini pole seda tehtud, ega ole

see wist üldse täiel määral teostataw, Siinkohal oleme sunnitud leppima igasuguste analoogiate ja oletustega. Seepärast võib julgesti ütelda, et nii üldjoontes, kui üksikasjades on kogu sellekohane meie käsutuses olew materjal kõigiti ebamäärane. Seniste uurimuste tulemustena on saawutatud ainult mõned üksikud kindlad kõige üldisema loomuga laused. Nimelt ei kesta tänapäewal enam kujutlus, et inimsugu juba oma arengu algpäewil oli warustatud teadlikkude kujutluste tagawaraga. Enne positiiwse õiguse saabumist inimesed elasid instinktide järgi. Inimsoo arengut kujutletakse kui pidewat väljatöötamist teadmatuses teadwusele. See väljatöötamine pole tänapäewalgi weel lõpule jõudnud, ega saagi ta ka lõppema sa-
na, kuni üldse on olemas inimesi. See teadwusele jõudmine nõuab mõne ala suhtes pikemat kestwust, teise suhtes lühemat. Meil on põhjust oletada, et ta õigusl alal kestab wäga kaua. Õiguse mõiste ta indiuiduaalses erineuses teistest normi-komplektidest saabub wast wõrdlemisi hilja waimse elu ajalukku. Tuleb nimelt möönda, et alul oli õigus tihedas seoses nii usu kui kõlblusega. Inimsoo koidikul tuleb meil eriti õigust ning kõlblaid kombeid pidada lahutamatuks terwikuks. Ning lõppeks on üldse ainult wormiküsimus, kas rääkida sellal juba "õigusest" kui niisugusest, wõi mitte. Olid tööpoolest olemas käitumist reguleeriwad normide-komplektid, milliseid kanniisugus-tena tunt; ent "õigusest" võib rääkida ikka wast siis, kui inimlik mõistus haarab õigusnorme iseseiswa terwikuna wastandiks kombeile ning kõlblusele. Seejuures positiiwne õigus saabubki wast siis, kui ühiselu muutub sedawõrt keeruliseks, et te da pole enam wõimalik korraldada instinktide alusel, waid te da tuleb reguleerida õigustuste-kohustuste kaudu. Eraomanduse jne. tekkimisega muutuwad suhted komplitseeritumaks, inimühikud suuremaks, üksikute indiuiduaalsed erineused omandawad ot sustawa tähenduse. Sellal jõuti arusaamisele, et õigus, arendades inimeste ülalpidu nii, et see oleks soodne talle enesele kui ka ta kaasinimestele, wõimaldab inimeste keerulist ühiskond-likku kooselu. Senini ei osutunud selline sunnikord tarwili-kuks: suhted olid niiwõrt lihtsad, nii wähe komplitseeritud, kutsest ning haridusest tingitud erineused nii wäikesed, üksikutewaheline suhtlemine nii kitsapiiriline, et wõis kujuneda ühetaoline tegutsemiswiis. -Peab mööma, et alates positiiwse õiguse saabumisest, wõime tähele panna kõigil aegjärgudel, kui kujunewad uued eluwahekorrad, kui toimuwad suured materiaal- sed ning ökonoomilised muudatused, lühidalt: iga sotsiaalse murrangu ajal õiguslikkude wäadete põhjalikku erinemist ka ju- ba wähemate inimringide seas. Noortel ja wanadel, rikastel ja waestel, neil on kõigil erinewad õiguslikud waated. Nüüdsest peale tehakse terawalt wahet õiguse ning kõlbluse wahel; selle wahel, mis on õigus, ja mis peaks olema õigus, on sageli suur ku-ristik; ühetaolist õigustunnet pole enam olemas; õigus ei ela enam hulkade teadwuses - ta on seks liiga laiaulatuslik, liiga komplitseeritud. Tuhandel inimestel pole olemas wäheimatki aimu kõige olulisema tähtsusega normide olemasolust, ainult se da teab igaüks, et õigus on autoriteet, mis seisab ülalpool te da, ning millele ta peab paratamatult alistuma. Haridus ning kutse-ringid, waated kõlbluse, usu ning rahwa heaolu kohta on niiwõrt erinewad, et ei wõi üldse olla juttu rahwa sisuliselt ühetaolistest huwidest-tarwitseb waid meelde tuletada noid määratud huwide-wõitlusi, mis aset leiawad tänapäewal seadus- andluse alal!

Kuna inimwahekordade areng järjest kestab, peab ka posi-
tiiwne õigus, kohe pärast esmakordset saabumist, muutuma ning
kohanema noile uutele wahekordadele. Sellegi suhtes on esita-
tud mitmesuguseid teooriaid ning waateid. Mehhaaniliste teoo-
riate järgi indiwiidid wõiwad muuta positiiwset õigust oma
wabal suwangul, arwestamata igasuguseid muid objektiivseid
tingimusi. Seejuures osa selle teooria pooldajast wäidab, Ju-
malarendawat õigust kas otseselt wõi oma maapäälsete esin-
dajate/walitsejate/ kaudu oma wabal tahtel, kas inimestele õn-
neks wõi õnnetuseks. Teine osa peab positiiwset õigust seadus-
andja waba tahte awaldiseks. Seadusandjaks võib olla kas üksik
isik, isikute grupp wõi kogu rahwas. Olewat tarwis waid seadus-
andja wastawat tahet, ja õigus ongi muudetud. -Ajaloalise teoo-
ria

ria järgi on positiiwset õigust muutwaks teguriks rahwawaim wõi rahwateadwus, wõitlus-teooria järgi wõitlus, kuna marksistlikud teooriad wäidawad, positiiwse õiguse muutumine sõltuwat majanduslikest produktsiooniwahekordadest. -Kõik mainitud waated esitawad monistlikke õiguse muutumise tegureid. Me ei eita ühtki mainitud tegureist, waid aktsepteerime nad eranditult. Me ei wõi kunagi jätta arwestamata seda, mis meile on antud, ent me ei tohi seda antut ka kunagi jätta edasi arendamata wastawalt meie mõistuse nõudeile. Õiguse loominguks aitab kaasa seadusandja, ent mitte sel liialdatud määral nagu arwawad mehhaanilised teooriad. Lähemal uurimisel nimelt ilmneb, et seadusandja pole sugugi nii kõikwõimne nagu seda mehhaaniliste teooriate põhjal wõiks arwata; temagi tahtel on omad objektiwised piirid, millistest ta ei saa ega tohi üle astuda. Tawatsetakse öelda, inglise parlament saawat teha kõike, ainult meest naiseks ja naist meheks teha ta ei saawat. Seega seadusandja tahe on piiratud esijoonel loodusseadustega. Ent wähe sellest, ta peab arwestama ka weel sotsiaalseid ning psühholoogilisi norme, s. o. tema poolt antawad seadused peawad wastama riigis esinewaile nõudeile, ühiskondlikele nähteile ja kodanike psüühikale. Sest kui seadusandjalt antawad seadused käiks risti wastu faktilisile sotsiaalseile wahekordile, siis need seadused ei leiaks täitmist, waid nad kutsuksid esile rahulolematu- si, milliste paratamatuks tulemuseks oleks rewolutsioon. -Samuti on õiguse muutumiseks väga tähtis rahwateadwuse, s. o. rahwa tõekspidamiste ümberkujundumine. -Ka wõitlus on teguriks õiguse muutumisel, ent õigusloomingul pole tähtis mitte ainult majanduslike klasside waheline wõitlus materiaalsete hüwede pärast, waid ka wõitlus immateriaalsete asjade pärast on sageli väga oluline, nii näiteks töid ka ususõjad endiga kaasa õiguse muutumise. Kahtlemata tuleb meil, rääkides positiiwse õiguse muutumise faktoreist, arwestada ka majanduslike tegureid, ent majanduslike suhteid ei saa wõtta omaette, nad on ikka seoses mingi õigusnormiga. On küll ka weel praegugi teatud hulk õigusteadlasi, kes pooldawad marksistlikku õpetust; need on peamiselt kommunistid. Nõukogude Wene ülikoolis on see õpetus ainuke, mida üldse tohib õigeks pidada; kes teisiti õpetab, langeb karistuse alla. Mujal maailmas on aga waid wähe juriste, kes peawad positiiwset õigust eranditult majandusest sõltuwaks. Tegelikult pole majanduslikud tegurid ainukesed mõjustajad, waid arwesse tulewad pääle eeltoodute ka weel looduslikud tingimused: igas riigis oleneb osa positiiwse õiguse norme riigi geograafilisest asendist, ta kliimast, pinnase omadusist, elanike arwust, sugulisest ja ealisest jagunemisest, kultuurilisest tasemest, usust jne. Seega pole positiiwse õiguse muutumise tegurid sugugi monistlikud, waid pluralistlikud. Kud. -Nagu juba mainitud, on igale ajastule omane ta oma õigus. Ja ta tuleb alati silmas pidada, et positiiwne õigus pole kunagi ekslik, waid alati õige. Oma kehtiwuse tõttu õigusena sel ajal ta on alati "mõistlik". Seepärast ei tohi kunagi arwata, et meieaegne õigus on esmajärguline, wõrreldes meie esiwane- mate omaga. Merepõhjas elutsewad algelised loomad, ent nad on omal kohal. Ürgajal kehtis väga algeline õigus, ent õigusena ta oli sellal omal kohal. Meil pole mingit põhjust arwata, et meie wähem eksime kui meie esiwane- mad. Kahtlemata kord need, kes meid nimetawad esiwane- maiks, suhtuwad meieaegsesse positiiw- sesse õigusesse samuti, nagu meie oma esiwane- mate õigusesse. Nende seisukohalt see ju õngi ka õigustatud, sest eluwahekor- dade muutudes neid meieaegne õigus enam ei rahulda. Ent wae- walt küll tahaks keegi kahelda selles, et seesama õigus käes- olewal 20. saj. kõigiti omal kohal on. Ta on küllalt tundelik, ta reageerib kõigile muutustele, kohandub igasuguste uute elu- nõuetega.

See kohandumine wõib toimuda väga mitmel wiisil ning kujul. Teatawasti kõik positiiwse õiguse normid on saabunud teatud kindlas wormis/seaduste, kommete, määruste jne, näol. / Noid worme, milliste kaudu õiguslikud normid tekiwad, muutuwad ning lõpewad, tuntakse õiguse allikate nime all. See nimetus on sümboolne: pinnaalused weed kerkiwad maapinnale allikate kaudu; ka inimhinges wõib eritella selliseid pinnaaluseid woo- luseid-need on iga üksiku indiwiidi tõekspidamised, mida nime- metatakse intuitiiwseks õiguseks. Positiiwse õiguse allikate

kaudu see sisemine, peidetud intuitiivne õigus kerkib pinnale, ning õigusallikaina omandab nähtava kuju, ta positiiveerub. Seega muutub intuitiivne õigus nende õigusallikate kaudu positiivseks õiguseks. Seejuures need õigusallikad jagunewad omakorda kahte suurde liiki: originaalsed ehk algupärased-sellised õiguse allikad, mis ette nähtud kehtivas positiivses ^{õiguses} õiguses, ja deriwatiivsed ehk tuletatud-selliseid, mis kehtivas õiguskorras pole ette nähtud. Iga originaalne õiguse allikas kujundub hiljem ümber deriwatiivseks, s.o. positiivses õiguses ette nähtud loomingsormiks. Wiimaste hulka kuuluvad tawa-ehk kombeõigus, seadus, administratiivsed määrused, kohtupraksis, lepped; originaalsed on seadus ja määrus, kuna pole hästi mõeldaw, et tawaõigus, kohtupraksis ning lepped esineksid originaalseina õigusallikaina.

Käesolew käsitelu on pühendatud ühele deriwatiivsele õigusallikale, nimelt tawaõigusele, mille lähemale vaatlemisele nüüd asume.

1 . O S A

T A W A Õ I G U S E M Õ I S T E

1. PEATÜKK

T A W A Õ I G U S E N Õ U D E D

§ 1 . Mõiste analüüs.

Poleks wist liigne, kui esijoones puudutaksime mõne sõnaga nimetuse "tawaõigus" päritolu. Tawaõigust nimetatakse teisiti ka weel "kombeõigus". Nimelt on ilmnenud, et teatawad positiiw-õiguslikud normid wõiwad awalduda kommetes, ning wastawalt sellele ongi siis omistatud sellistele normidele nimetus "kombeõigus". Mis puutub nimetusse "tawaõigus", siis see on saabunud märksa hiljem, ja ta wõlgneb tänu oma olemasolule eest nüüdisaegsele püüdele, mis taotlewad meie emakeele uuendamist, kuna mainitud nimetus on mõisteliselt eelmisega täiesti identne. Ta on nähtawasti kas otseselt tuletatud igapäewases keeles sageli tarwitatawast sõnast "tawaline", wõi jälle uudes keeles esinewast nimisõnast "taba", mille genitiiw on "tawa" /sellest ka "tawatsema"/, ning mis tähendab kommet, harjumust. Analooogselt wõiks seega nimetada tawaõigust ka "harjumus-õiguseks", mis oleks täpne tõlge saksa terminist "Gewohnheitsrecht". Ladina keeles kannab tawaõigus nimetusi "consuetudo", wõi ka "usus mores" jne., wenekeelne termin on "obõe-noe prawo".

Et jõuda selgusele selles, mis on õieti tawaõigus, seks on tarwis tunda neid üksikuid olulisi momente, mis sisalduwad tawaõiguse mõistes, wõi, et end juridiliselt wäljendada: on tarwis kindlaks teha tawaõiguse üksikud nõuded. Seejuures mõtleme tawaõiguse nõuete all tawaõiguse saabumise olulisi momente, seega õieti ta saabumisenõudeid, milliseid lühidalt nimetatakse tawaõiguse nõueteks. Seega tuleks asuda nende nõuete mägritlemisele. Ent siin pörkume juba alul meetodilistele raskustele. Kuidas kätte saada noid nõudeid? Kas sel wiisil, et lahutame sõna "tawaõigus" kaheks sõnaks: "taba" ning "õigus", ja püüame siis kindlaks teha, mida kumbki neist wõiks tähendada? On ilmselt selge, et talitades nii, me ei jõuaks kuigi kaugele, sest nimetus "tawaõigus" wõib ju olla ekslikult walesti walitud. Edasi näib, et wõiks ju ka tarwitada induktiivset uurimismetodi. Seega tuleks esitaks selgitada, millised normid on tegelikult saanud tawaõiguseks, ning siis tuleks abstraktsiooni abil kindlaks teha neile kõigile ühised mõistelised tunnused. See meetod annab tawaliselt häid tulemusi, ent siinkohal ei saa teda rakendada. Sest induktsiooni jaoks on tarwis kindlat uurimismaterjali, siin aga pole seda. Sageli kerkib ju küsimus, kas teataw norm on tawaõiguslik wõi mitte, ning wastawalt sellele, kas wastus on jaataw wõi eitaw, tuleks määratella ka tawaõiguse mõiste ni wõi teisiti.

Noist meetodilistest raskustest aitab meid üle asjaolu, et on juba olemas kindel tawaõiguse definitsioon, milline on leidnud pea üldist tunnustamist. Kahtlemata on wastawaid

definititsioone olnud ka juba warem, ent kuna nad on kõlbmatuina kõrvalle heidetud, siis tuleb meil loomulikult arvestada selle definititsiooniga, millisega nad asendati, ning milline on uuemate uurimuste wili.

DEFINITITSIOON: TAWAÕIGUSEKS NIMETATAKSE POSITIIV-
-ÕIGUSLIKKE NORME, MIS ILMNEWAD KORDUWAIIS NING ÕIGUSLIKULT
TÄHTSAIS TEGUDES.

Wõttes selle definititsiooni lähema analüüsimise alla, on wõimalik eritella järgmisi tawaõigusele iseloomulikke tunnuseid:

- A. ta on positiivne õigus,
- B. ta awaldub tegudes,
- C. ta awaldub korduwaiss tegudes,
- D. wastaw tegu peab olema õiguslikult tähtis.

Siinkohal annan nüüd waid weel lühikirjelduse üksikuist nõuetest, kuna järgmistes §§-ides leiawad üksikasjalikku käsitlemist kõik olulisemad nõuded, mis tawaõigusele aegade kestel üldse esitatud.

Kõige pealt: tawaõigus on positiivne õigus. Ta on positiivne õigus, samuti nagu seadused ning määrusedki. Mis on positiivne õigus, see peaks sissejuhatuses öeldu põhjal olema selge: ta on objektiweeritud intuitiivsete normide kogu. Ta on alus, millele tuleb rajada kõigi kodanikkude õigussuhted, järelikult on ta olemasolu seotud õigustuste-kohustuste saabumisega.

Kuna ka seadused, määrused jt. moodustawad osa positiivsest õigusest, siis kerkib tahtmatult küsimus, millepöolest tawaõiguslikud normid erinewad teistest positiiv-õiguslikest. Neid eraldawaks tunnuseks on asjaolu, et tawaõigus awaldub tegudes. Seega ta on jus non scriptum. Positiivne õigus jaguneb nimelt kahte suurde liiki: kirjutatud õigus ehk jus scriptum, ning kirjutamata õigus ehk jus non scriptum. Tawaõigus jääb jus non scriptumiks ka sel juhul, kui teda üles kirjutatakse.

Tawaõiguslik norm ei saabu weel mitte ühe üksiku teoga. On tingimata tarwis, et tegu korduks, et ta saaks harjumuseks, kombeks, tawaks. Wast siis me oleme õigustatud ütleva, et wastawas tawas awaldub tawaõiguslik norm. Esikjuhtu nende korduwate tegude sarjas me nimetame pretsedendiks. Selle pretsedendiga tegelikult algatatakse tawaõiguslik norm, kuna kõik järgnewad teod sooritatakse ju pretsedendi eeskujul. Esikjuhtu kindlaks teha on väga raske, sageli koguni wõimatu.

Kõik teod wõime jagada õiguslikult tähtsaiks ehk juridiliselt relevantseiks, ning õiguslikult mittetähtsaiks ehk juridiliselt irrelevantseiks. Tawaõigusliku normi loomiseks nõuetawad korduwad teod peawad tingimata õiguslikult tähtsad ehk juridiliselt relevantsed, s. o. nad peawad enesega kaasa tooma õigustusi-kohustusi.

Käesolewaga tohiks antud olla üldjoontena tawaõigusliku normi oluliseimad tunnused. Kui seega tawatsetakse korduwalt mingit õiguslikult tähtsat tegu, siis wõime rääkida sellises teos ilmnewast tawaõiguslikust normist.

§2. Rahwas.

Kõik õiguslikud normid jagunewad ruumilise kehtiwuse suhtes üldisteks ja erinormideks, wastawalt sellele, kas norm kehtib teatud wahekordade-klassi kui terwiku, wõi ainult mõne ta liigi kohta. Üldised normid on seega sellised, mis kehtiwad üldreeglitena kõigi wastawate wahekordade kohta, kuna erinormid kehtiwad nende wahekordade kohta waid erijuhtudel. Üldine norm tuleb tarwitusele ainult erinormi puudumisel. Erinormide rohkusega saabub õiguse partikularism.

Järelikult jagunewad ka tawaõiguslikud normid üldiseiks ning partikulaarseiks. Selle erinewuse lõplikuks selgitamiseks aitab tublisti kaasa kõigi nende waadete käsitlemine, mis esitatud aegade jooksul selle "rahwa" wõi "rahwaosa" mõiste kohta, kes wastawaid tawaõiguslikke norme tawatseb. Ühtlasi on selle käsitlelu najal wõimalik määratella ka muid mõisteid.

Möödunud sajandi keskpaigani püsis õigusteaduses dogmana õpetus, et rahwatahe, rahwaweene, on ainuke ning fundamentaalne õigusallikas. Selle õpetuse rajajaks oli saksa ajalooline kool, eesotsas teadlaste Puchta ja Savignyga. Ajaloolise kooli esindajad nägid tawaõiguse probleemi alal walitsewa seaduse põhjust selles asjaolus, et segati ära rahwas tema poliitilises mõttes rahwaga ta loomulikus mõttes/wt. all 1/ -Rahwa mõiste põhjenuwat loomulikult ühise põlwnemise alusel; seega siduwat rahwaliikmeid nii waimne kui füüsiline sugulus. Asjaolust, et rahwas on "loomulik terwik"/Naturganzes/selle sõna tõsises mõttes, järgnewat, et rahwas ei wõi saabuda kunstlikul teel, ei wabal tahtel ega wabal kokkuleppel. Ent sugulus üksi ei loowat weel rahwast, sest wastasel korral eksisteeriks üks ainuke rahwas. Ühe rahwa eraldumine teistest olewat wajalik seks, et anda wõimalust üksikute rahwaste omapära arenemiseks ning väljakujunemiseks. Üksikuis rahwaliikmeis peituwa, alaliselt tegutsewa arenemisjõu tõttu saabuwat eriline loomulik ühtlus waimses ning füüsilises suhtes. Sellele sidemele liituwat weel teine-see olewat riiklik korraldus. Riiklik korraldus muudab rahwa kodanliseks ühiskonnaks, riigiks. Riigid ei olewat seega loomulikud ühingud, nagu on seda perekonnad ning rahwad. Riigid olewat inimtahte produktid, seepärast lei duwat riike, mille liikmed pole seotud nende loomulikkude sidemetega. Samas olewat aga natsionaalne side ometi riigi põhialuseks, kuna pole mõeldaw selline riik, mille liikmed kuuluwad igaüks eri-natsiooni. Ent tawaliselt ei eraldawat rahwas poliitilises mõttes rahwast loomulikus mõttes. Ja nii olewat ühe omadusi üle kantud teisele, ning olewat rahwast poliitilises mõttes nimetatud riigi wundamendiks. Tegelikult see aga olewat rahwa kui loomuliku ühiku omadus. Sellise ärasegamise läbi olewatki jõutud õpetusele riikide saabumisest lepingu põhjal, õpetusele awaliku wõimu ülekandmisest, rahwa-suweräniteedi õpetusele jne. Wastupidi olewat ülekantud rahwa kui poliitilise üksuse omadusi rahwale loomulikus mõttes. Kohase näitena wõiwat mainida tõsiasja, et ka tawaõigust on waadeldud kui alamatelt saabuwat õigust, seega on peetud tawaõiguse rahwast ta poliitilises mõttes, mis on ajaloolise kooli seisukohalt wäga ränk eksitus. -Seega rahwas, milline siinkohal wõiwat tulla kõne alla, olewat loomulikult suhteil /nagu kehaline ning waimne sugulus, wõimete ning weenete ühtlus/ põhjenuwat terwik. Mingit tegu wõiwat korda saata waid üksik indiwiid, mitte aga see terwik. Seega ei saawat olla juttu selle terwiku tegewusest.

Kui aga siiski mainitakse rahwa kui loomuliku terwiku tege-
wust, siis tulewat silmas pidada, et selle tegewuse all tuleb
mõista selle terwiku nähtamatut mõju ta üksikuile liikmeile,
ja et see mõju on tingitud just nende liikmete omawahelisest
sugulusest. Natsionaliteet kahtlemata mõjustawat inimese waim-
seid wõimeid. Eriti tulewat mainida natsionaliteedi mõju üksi-
ku isiku mõtlemiswiisile, ta kõlblatele ning õiguslikkudele
waadetele. Olewat waateid ning weendeid, millised pole omased
mitte üksikule kui seesugusele, waid mis on omased talle kui
teatawa rahwa liikmele. Olewat ilmne, et selliste waadete ning
weenete allikaks pole mitte üksiku, waid rahwa waim. Selliseks
rahwawaimu suunaks olnud kunagi ka religioon, kui ta weel kan-
dis natsionaalset ilmet; tänapäewal tulewat noist suundadest
eriti mainida rahwaste moraalseid ning ka nende õiguslikke
weendeid. Nagu hiljem näeme, peab ajalooline kool tawaõigust
just selle rahwawaimu saaduseks, ning identifitseerib üldist
õigusweenet tawaõigusega. - Selline on lühijoontes ajaloolise
kooli õpetus rahwast, kes temaseisukohalt wõttes on tawaõiguse
allikaks /wt. all 1 /.

Sellisest waatest lähtudes jõuab ajalooline kool tu-
lemusele, tawaõigus wõiwat saabuda waid rahwapärasest üksusest.
Selle põhjal olewat wõimalik wastata küsimusele millises ula-
tuses on olemas üldist ning partikulaarset tawaõigust. Üldine
tawaõigus olewat kogu rahwa weendes loodud ning ta kommetes
ilmnew õigus. Ent rahwas ise sisaldab teatawasti ka wähemaid
üksusi, mis olewat rahwapärased, s.o. nad on sisemiselt samal
wiisil seotud kui rahwas, ning nad on sellesama rahwa teistest
liikmetest kuidagi eraldatud. Kui lugu nii, siis olewat ka sel-
lisel ühikul omad erilised õiguslikud weended, mis moodustawat
partikulaarse tawaõiguse. Sellise erilise üksuse saabumine
toimuwat samal wiisil, kui toimub üksikute rahwaste eraldumine
suurest inimsoost. Teda põhjustawat ruumiline lähedus, eriline
ühine korraldus, ühiste warade olemasolu jne. Nii olewat sele-
tataw, et teatawa maa-ala, alewi, linna wõi küla elanikud on,
wastandiks teistele oma rahwa liikmetele, seotud mõtlemiswiisi
ning weende lähema sugulusega, moodustades seega erilised rah-
wapärased üksused, millistes saabub oma eriline õigus kõige ül-
dise õiguse kõrwal. See nende üksuste natsionaalne joon olewat
aga oluline nõue tawaõiguse saabumisel, sest mitmesugused ühin-
gud, seltsid jne. ei kuuluwat milgi tingimusel nende üksuste
hulka. Tulewat hoiduda pidamast partikulaarseks tawaõiguseks
ekslikul kombel eriti just sellist õigust, mis omalt ainelt
põhjeneb rahwaliikmete üksikute klsside weendel. Kaubandusõi-
gus, normid talupoegade wõi üldse maa kohta jne. wõiwat kuulu-
da nii üldisesse, kui partikulaarsesse tawaõigusesse, kuigi
kõik rahwaliikmed pole ei kaupmehed ega maaharijad. Ei olewat
oluline, kas kõigil rahwaliikmeil on olemas teataw õiguslik
weene, see olewat koguni wõimatu, tähtis olewat waid asjaolu,
~~xxxxkõigil~~ et see weene oleks üldine, s.o. et ta üldse oleks
saabunud rahwawaimust /wt. all 2 /.

Nagu eeltoodust selgub, esitas ajalooline kool tawa-
õiguse n.n. natsionaalsuse nõude, mille põhjal tawaõigus wõib
saabuda waid rahwa kui loomuliku terwiku üldisest õiguslikust
weendest, ja mingi rahwapärase üksuse õigusweendest.

Seda nõuet ei olewat enne ajaloolise kooli tekki-
mist üldse tarwilikuks peetud. Rooma juristid olewat mõistnud
tawaõigust loowa rahwa all populustx, seega rahwast politili-
sesmõttes. Rooma jurist Julianuse järele loowat tawaõigust sa-
ma rahwas, kellele kuulub Rooma riikliku korralduse põhjal sea-
dusandlik wõim. Ka uuemad juristid ei suutwat eritella maini-

-
1. PUCHTA, DAS GEWOHNHEITSRECHT, 1., lk. 134 jj.
 2. PUCHTA, DAS GEWOHNHEITSRECHT, 1., lk. 148 jj.

tud kahte mõistet. /wt. all 1 / Seewastu leiab ajaloolise kooli teine esindaja Friedrich Karl v. Savigny /wt. all 2 /, et roomlaste waated tulewat üldiselt pidada rahuldawaiks, ning kui need waated on wiinud uuemaid juriste eksiteele, siis olewat seda põhjustanud ainuüksi ebamäärane väljenduswiis. Nende järele olewat tawaõiguse kehtiwuse põhjuseks consensus populos, seega nende consensus, kelle suhtes wastaw norm hakkab kehtima /utentium ehk ka omnium/. Nende ütelusi olewat wõõriti mõistetud, kui awaldatakse arwamust, nad tahtnud öelda, et tawaõiguse kujundamine olewat wõimalik üksikute tahtelise otsuse läbi, ja olewat seega sõltuw samade isikute tahtest, kes teostawad komiitsiaals seadusandlust. See wõõritimõistmine omawat eriliselt saatusliku tähenduse seepoolest, et selle põhjal näis ~~muu~~ tawaõigus olewat otseses seoses erilise riikliku korraldusega, nii et ta näis muutuwat kõlbmatuks keiserlikule Roomale. Savigny wäidab, rooma juristide järele pole consensus mitte tahteline otsus, waid sisemise tarwiduse mõjul ühtuw meelus. Ning populus, kellele see consensus kuulub, pole ka mitte teatawal ajajärgul triibustena ning tsentuuriatena kogunenud rahwas, waid ta olewat pigem see ideaalne, läbi kõigi generatsioonide kestew rooma natsioon, milline kõigist erinewaist riiklikest korraldusist hoolimata jääwat ikka samaks. -Kesk-aegsed juristid wõtsid aga omaks rooma juristide kontseptsiooni sellisel kujul, millisena teda hiljem esitas Puchta. Seepärast ei leitud sellal consuetudol ning näit. mõne linna statuudil olewat muud erinewust, kui et esimene saabub waikwa, teine selgesõnalise nõusoleku põhjal /sel wiisil tõlgitseti rooma juristide "tacita civium conventio"/. Sellega on seletataw ka sellise keelelise tawa kujunemine, mis mõistab "consuetudines" all üksikute rahwaste ning linnade õigusi üldse. Esitati ka wäide, waid see, kes on õigustatud looma statuuti, wõiwat sisse tuua mingi consuetudo, jne. Ajaloolise kooli järglased waidlesid ägedasti selle wastu, et just natsionaalselt seotud inimeste üksus on wajalik eeldus tawaõiguse saabumisel. Wäideti, iga ühist* elu- ja suhtlemishuwidega seotud inimeste ring on soodus pind tawaõiguse tekkimiseks /Mühlenbruch, Kierulff/. Savigny /wt. all 3 /, põhimõttelikult siiski kinni pidades natsionaalse põhialuse rekwiisiidist, modifitseeris Puchta õpetust sel wiisil, et erandjuhtudel pidas ühist õiguslikku weenet wõimalikuks ka siis, kui natsionaalne side puudub; seda eriti rahwuswahelise õiguse alal, millise olemasolu Puchta täiesti salgast, tahtes selwiisil päästa oma teooriat /wt. all 4 /. Üldiselt rõhutab aga ka Savigny kõikjal õiguse natsionaalset loomust. Ta wäidab, et rääkides rahwast kui loomulikust üksusest, seega kui positiwse õiguse kandjast, ei tohtiwat seejuures mõelda noile üksikuile isikuile, kellest ta koostub. See rahwa loomulik ühtlus kestuwat läbi kõigi generatsioonide, ühendades sel wiisil olewikku minewiku ja tulewikuga. Asjaolu, et õigus sugugi ei sõltuwat rahwaliikmete käitumisest teatawal aegjärgul, olewat eriti tähtis seepärast, et ta on õiguse edaspidise arengu aluseks. -Savigny järglased heitsid tawaõiguse natsionaalse iseloomu nõude hoopis kõrwale. Seda põhjustas Puchta suhtumine kiriklikkudesse tawadesse. Kuna kirikuõigusele ei saa kuidagi omistada natsionaalset iseloomu, siis Puchta, olles kõigiti järjekindel, wiis "tõelise tawaõiguse kirikuõiguse waldkonnast hoopis wälja; sellised kirikuõiguslikud tawad, milliste olemasolu ei saa salata, ta põhjendas Kristuse poolt kirikule antud autonoomia mõistele, ning tembeldas nad wäga kunstlikult obserwantsideks. /wt. all 5 /.

-
1. PUCHTA, DAS GEWOHNHEITSRECHT, 1., lk. 149 jj.
 2. Savigny, SYSTEM DES HEUTIGEN ROEMISCHEN RECHTS, 1., lk. 145 jj.
 3. Savigny, SYSTEM DES ROEMISCHEN RECHTS, 1., lk. 33.
 4. PUCHTA, DAS GEWOHNHEITSRECHT, 1., lk. 142.
 5. PUCHTA, DAS GEWOHNHEITSRECHT, 2., lk. 267-278.

Scheurl näitas sellise teguviisi põhjendamatust, ning Bluhme nimetas seda waadet Puchta õpetuse nõrgaks küljeks. Kõik Puchta wastased olid enam-wähem ühisel arwamusel, et igasugust mingi ühishuwiga seotud inimeste ringi tuleb pidada tawaõiguse produtseerimisele soodsaks pinnaks. Sturm /wt.all 1 / ja weel mõned teised aga on kindlal arwamusel, et tuleb siiski kinni pidada natsionaalsuse nõudest, ning eraldada rahwas selle sõna loomulikus mõttes rahwast poliitilises mõttes. Mis puutub kaasaegsesse teadlasisse, siis leidub ka nende hulgas weel mõningaid, kes peawad tarwilikuks natsionaalsuse nõude esitamist.

Lõppeks tuleb weel mainida sageli esinewat nimetust "obserwants", mis tähendab igasuguste korporatsioonide poolt loodud tawaõigust. Õigusliku tawa ja obserwantsi wahekord on umbes samasugune kui näit. seaduse ja statuudi oma, erinewus seisab waid ulatawuses. Ning kuna terwikut käsitledes käsitletakse ühtlasi ka igat üksikut osa, siis on ilmne, et lähem obserwantsi käsitelu oleks liigne /wt.all 2 /

-
1. STURM, DER KAMPF DES GESETZES MIT DRE RECHTSGEWOHNHEIT, lk. 25
 2. STURM, DER KAMPF DES GESETZES MIT DER RECHTSGEWOHNHEIT, lk. 17

§3. Üldine õiguslik weene; opinio necessitatis.

Olles eelmises lõikes waadelnud ajaloolise kooli esitajate poolt nõutud n.n. natsionaalsuse rekwiisiiti, me siirdume järgmise tawõiguse eelduse waatlemisele.

Selleks on õpetus üldisest õiguslikust weendest. Selle õpetuse, millisele andis lõpuliku kuju ajalooline kool oma peamiste esindajate Puchta ning Savigny kaudu, põhjustas fiktsioon, et üldine tahe loob seadusi. Rahwas ei olewat mitte ainult selleks pinnaks, millel õigus saabub, waid ta olewat ühtlasi ka õigusallikas. See õpetus wäidab; õigus olewat rahwa wõi rahwaosa õigusliku weende wäljendus, ning sellisena ühtlasi ka rahwawaimu toode, kuna ju õigus on üks rahwawaimu paljudest suundadest. Teatawat õiguslikku weenet ei omawat üksik isik mitte kui niisugune, wõi kui mingi perekonna liige, waid ta omawat seda kui teatawa rahwa liige. Selles suhtes erinewat õiguslikust weendest moraalne weene, milline olewat omane nii üksiku-, perekonna- kui ka rahwawaimule. Õigusliku wabaduse olemasoluks olewat tarwilik, et teatawa üksiku isiku tahte wastas seisaks teine tahe, millist esimene tunnustaks osalt küll kui teise tahtewõimelise isiku tahtet, ant osalt kui enda oma, kuna ju mõlemad põhjenuwat üldisel õiguslikul weendel. Ajal, mil eksisteeris waid esimene inimene, polnud weel õigust, kuna puudunud teine wastaw tahe, olgu siis, et alginimese oleks end seadnud wastamisi Jumala tahtega, mis puhul inimtahe oleks kahtlemata häwinenud. Kui eksisteeris juba mitu inimest, siis nad moodustanud perekonna, millest kujunes hiljem rahwas. Ühe juurest neist kahest inimühendusest tulewat otsida õiguse algmeid. Patriarhaalses ühiskonnas oli mees nii naise kui ka teiste pereliikmete suhtes wõimukandjaks; seega polnud ei naisel ega lähemal sugulasil perepea omast erinewat tahtet. Kui perekond alistus perepea tahtele, siis oli järelikult temagi seotud ühise weendega, ant see polnud õiguslik weene. Perekonna laienedes rahwaks, olid wastamisi seatud isikud, kelle tahe polnud enam painutatud ühise perepea wõimu alla ning kes seega olid üksikuina sõltumatud. Seepärast moodustawat rahwusside aluse õigusele, kuna ta loowat ühelt poolt üldise õigusliku weende, teisalt aga õiguslikule wabadusele wastawa liikmete suhte. Seega olewat näidatud, et nii õiguse causa instrumentalis, kui ka ta causa principalis peitub rahwas. Tawaõiguse mõiste olewat rajatud otseselt rahwaweendele, s. o. ta saabuwat wahetumalt ühisest õiguslikust weendest, milline olewat rahwawaimu saadus. Järelikult on tawaõigus waid üks rahwaweende wäljenduswiisidest, ja nimelt otsene, kuna seaduses awalduwat rahwatahe kaudselt. Tawaõiguse saabumist põhjustawaks asjaoluks olewatki waikiwa üldise weende kujunemine; see protseduur toimuwat aga warjatult, nii et ei olewat wõimalik teda juridiliselt tõestada. /wt. all 1 /.

See ühise õiguse weende ja ta tähtsuse ülehinnang kutsus esile tugewa opositsiooni. Leiti, nimetus "tawaõigus" ei sobiwat sellisele rahwaweende-õigusele üldse, teda wõidawat pigem nimetada "rahwaõigus". Puchta-Savigny waadet, et õigusweendele õiguskohuslikkus on juba iseenesest omane, pooldawad tänapäewal ainult väga wähesed /Gerber, Göschen, Thoel ja Stobbe/. Enamik peab tawaõiguse saabumisel ühist õigusweenet ja taba üht-aegu wajalikuks. Zitelmann on ainuke jurist, kes ei pea rahwaweenet tawaõiguse kujunemisel üldse wajalikuks. Üldiselt peab aga mainima, et enamik juriste ei piiritle seda küsimust küllalt selgesti.

Dernburg, kes on omal alal küllalt suur autoriteet, näeb selles, et rahwaweenet peetakse ühtlaseks ning fundamen-

taalseks õigusallikaks, nii tõtt kui walet. /wt. all 1 /. Olewat ilmne, et normaalsete riigi- ning õigussuhete puhul rahwaweene, kui ta on saawutanud teatawa tegewuse astme, peab wiima tabadeni ning seadusteni. Ent seejuures ei olewat rahwaweene ainuke õiguskujundamisele wiiv tegur. Esijoones tulewat silmas pidada, et riigielu pole alati kaugeitki nii terve, et rahwaweenedele oleks antud waba woli. Ajalugu tõendab, et mõned rahwad on sajandeid olnud sunnitud alistuma nende õigusweendega wastolus seiswale õigusele. Nagu kõige inimliku, nii olewat ka õiguskujundamisel tegewad igasugused kõrwaltegurid, ning koguni juhused. Nii wiivat sageli näit. lihtsalt immiteerimistung tawadeni, wõi jälle saabuwat seadused seadusandjate subjektiivseist waateist. Rahwaweene ise ei ole õigusallikas, ta olewat waid üks õigusallikate kujundamisele wiiwaid motiive. Seda põjustawat asjaolu, et rahwaweenet ei saa objektiivselt kuidagi kindlaks teha. Teda woiwat intuiitiivselt tunnetada, ta olemasolu ei saawat aga kuidagi tõestada. Õigusallikail pidawat tingimata olema kindlad ilmnemisvormid. Seadusel ning tawal on selline vorm olemas, ühisel õigusweendel aga mitte. Järelikult me ei saawat teda milgi tingimusel pidada õigusallikaks.

Saksa teadlane Stier-Somlo on pühendanud sellele küsimusele eraldi teose /wt. all 2 /. Kuna see probleem ei kuulu täies ulatuses käesolewa lõigendi kompetentsi, siis puudutan teda waid niiwõrt, kui on tarwis selge ettekujutuse saamiseks mõistest "rahwaweene". -Ta asub kõige pealt oma uurimisaine piiritlemisele. Meil on siin tegu rahwaweendega õigusallikana. Selle all ei tule mõista mitte seda rahwaweenet, mis wahest kujundus pärast mingi seaduse saabumist, waid seda, millisest õigus wast peab saabuma. Kuna ka Puchta ja Savigny olewat äraseganud õigusweende ja nii nimetatud õigusweende teooriad, siis olewat see täiesti põhjendatud, kui Zitelmann neid seepärast laidab: "See on ju midagi hoopis erinewat, kas wõetakse mingit normi kehtiwa õigusena, wõi leitakse, et ta on kohane rahuldama mõnd olemasolewat õiguslikku tarwet" /wt. all 3 / Ent rahwaweende mõiste wajawat weel ühest teisest küljest selgitust. Rahwaweenet ei tulewat siin selliselt seisukohalt wõtta, nagu räägitakse sageli näit. rahwa iseloomust, rahwa kõlblast tasapinnast wõi rahwa heaolust. Kõigi mainitud mõistete puhul on tegu mingi wormilise ütelsega, millist tarwitades ollakse teadlik, et see on ainult osaliselt õige. Kui öelakse mõne rahwa kohta, et ta on ihne, praktiline wõi kuumawereline, siis on kahtlemata tegu üldistamisega, milline on tehtud seks. Net saada tast paremat ülewaadet; rõhutatatakse mingit tüüpilist joont, ent rahwa iseloomustamiseks ei piisa ainult sellest ühest joonest, kui tahetakse olla täpne, siis tuleb sellele lisandada weel arwutu hulk teisi omadusi. Kahtlemata wõib mingit rahwast, rääkides ta kõlblast tasemest, nimetada ausaks, õiglaseks wõi ebakõblaks; ent keegi ei kahtle selles, et siin on tegu üldistamisega, milline ei wasta konkreetsele tõelikkusele. Rahwaweendest räägitawat aga lihtsalt selles mõttes, et õiguse loojaks on rahwawaim. Meil pole mingisuguseid sellekohaseid tõendusid. Waid ühe mitteteadusliku, piiratud kogemustele rajatud tunde põhjal woiwat öelda, et üksikud ideed, millised püüawad wõi on püüdnud läbi lüüa, on teatawa rahwa spetsiifiline omandus, et neis väljendub ta algupära; et on olemas teatud liiki tarbeid, kõlblisi ning usulisi waateid, millised oma wastawa õigusliku väljenduse leiawad teatawa rahwa juures. Ent need on kõik waid oletused. Seegi kontseptsioon peab rahwawaimu, rahwa omapära millekski kindlaks, olemasolewaks, peab teda wähemalt mõtteliseltki hinnatawaks suuruseks. Kuid see üldine mõiste, mille piirjooned lähemal waatlusel samuti ebamäärasiks tuhmuwad, nagu rahwa iseloomu ning kõlbla taseme mõistete omad, andwat mei-

-
1. DERNBURG-SOKOLOVSKI, SYSTEM DES ROEM. RECHTS, 1., §§1-24
 2. STIER-SOMLO, DIE VOLKSUEBERZEUGUNG ALS RECHTSQUELLE, 1900.
 3. ZITELMANN, GEWOHNHEITSRECHT UND IRRTHUM, ARCHIV FUER ZIVILISTISCHE PRAXIS, Bd. 66, n. 13.

le kaunis kaheldawa aluspõhja. Seega tulewat wõtta kõnekäändu õigustloowast waimust kujutlusena mingist ihaldatawast seisukorrast. Ent teaduslikult ta jääwat ikkagi waid fiktsiooniks. Sest kuigi wahest tõesti on olemas natsionaalsed õigusideed ning tarbed, mis wõitlewad oma olemasolu eest, siis nad lõpuli- kult kerkiwad positiiw-õiguslikule silmapiirile wast siis, kui nad muutuwad rakendatawaks, olles omandanud nähtawa kuju. Kes aga suudaks tõendada, et see juridilisele silmapiirile kerki- mine toimub kogu rahwaweende wõi seda weenet õieti edasi and- wate esindajate läbi, ning et see sel wiisil toimub, et see nä- gematu rahwawaim leiab õige väljenduse. Olewat ilmne, et isegi juhul, kui wahel tõepoolest teatawa õigusliku idee teostami- seks peaks antama rahwa poolt nõusolu, siis tegelik õigusloo- ming toimub ometi ilma igasuguse tema kaastegewuseta. Selline oli Stier-Somlo waade ajaloolise kooli õpetusele rahwaween- dest.

Wõiks kerkida küsimus, kust wõttis ajalooline kool mõisted "rahwawaim" ning "õigusweene". Lähemad uurimused on sel- gitanud, et seejuures olid tegewad kaks faktorit. Kõige pealt tuleb mainida, et Puchta teooria on mõjustatud saksa filosoofi Schellingi ideedest. Wiimase tõid lugedes tunduwat kohati, nagu loetaks mõnd ajaloolise kooli programmi. Edasi olid tegewuses ka välised mõjud. Ajaloolise kooli esindajad olid endi teadma- ta mõjustatud politilistest ideedest, millised olid omandanud prantsuse rewolutsiooni ning "rahwa-suweräänsuse" mõiste mõ- jul erilise wärwingu. Saksamaal awastati nüüd kollektiiworgani, rahwa, tähtsus, teda hakati hindama ning üle hindama. Seepärast ongi ka arusaadaw, et ajaloolise kooli õpetuse põhjal ei saabu seadused ning tawad mitte positiiwse walitsuswõimu läbi, waid nad wõrsuwad rahwa sülest, kelle waimlisi ning kõlblisi emanat- sioone juhib ühtlane tahe. Seepärast on täiesti põhjendatud inglise teadlase Herbert Spenceri wäide: "Kus iganes kujundub inimlik autoriteet, koostugu ta siis kas ühest isikust wõi ük- sikuist wäljawalituist, seal püstitatakse teooria, seaduse kõik- allikas olewat just selle autoriteedi tahe. Rahwapärase walit- suswormi saabudes moondub see teooria sel wiisil, et kohustust, midagi teha wõi tegemata jätta, ikka weel riiklikel eeskirjul põhjenuwaks peetakse, kusjuures aga awalik tahe on see autori- teet, mille kaudu need eeskirjad muutuwad kohustuslikeks." Ja on kindlaks tehtud, et sellal, kui ajalooline kool oma õpetust, ^{muudatus} waldas rahwawalitsuse probleem kõikide meeli!

Need olukorrad ning tegurid, mis mõjustasid ajalooli- se kooli rajajaid, on muutunud. Rahwaweende probleemi tuleb see- tõttu tänapäewal käsitleda olenemata noist kahest tegurist. See probleem ei olewat aga õigusteadusele üldse wastuwõetaw. Kaasajal näikse arusaamisele olewat jõutud, et see õpetus pol- nud isegi tema rajajaile enestele päris selge. Zitelmann, selle õpetuse põhjalikum tundja, ütleb selle kohta järgmist /wt. all 1 /: "Uheks peamiseks, ning wõiks öelda, pea ülesaamatuks ras- kuseks, osutub selle kindlakstegemine, mida tähendab see Puchta ja Savigny poolt propageeritaw "üldine õigusweene", mis on ju üks nende õpetuse põhimõistetest. See mõiste moondub selle kä- tes, kes tahab teda wõtta kriitiliselt; talle on omane müstili- ne udune ebamäärasus, milline muudab ta käsitlemise wastumeel- seks ning wäsitawaks toiminguks. . . . Ma julgen koguni wäita, et ka Puchta ise pole waewaks wõtnud endale selgitada, mida tuleb õieti mõista selle "õigusweende" all; igatahes pole ta oma ar- wamust kuskil selgesti väljendanud. . . . Savignyl näib olewat sellest mõistest just samasugune kujutlus nagu Puchtal, ning ka tema ei esita mingit lähemat selgitust!"

Kuna ta kaasaegsed teadlased ei suutnud anda rahul- dawat lahendust õigusweende probleemile, siis arwas Stier-Som- lo tarwiliku olewat, iseseiswalle uuringuile asuda /wt. all 2 / Ta leiab et õigusweenet wõiks nimetada "sisemiseks arwamuseks sellest, mis peab olema õigus. See sisemine arwamus realiseerü-

1. GEWOHNHEITSRECHT UND IRRTUM, ARCHIV FUER ZIV. PRAXIS, Bd. 66, lk. 384 jj.

2. DIE VOLKSUEBERZEUGUNG ALS RECHTSQUELLE, 1900.

wat seeläbi, et ta astub teadwusse, kuigi ta elemendid: tunded ja kujutlused, wõiwad wiibida weel alateadwuses. Õigusweene olewat seetõttu meie teadwuses asetsew arusaamine sellest, mis on õigus. Kuna see õigusweene aga oma alguse saab tundmuste- ning kujutlustekomplekti läbi, millises sisalduwad tuhanded erinewad elemendid, siis see õigusweene on täidetud kujutlus- tega, mis on loomult eetilised, poliitilised, usulised ja sotsi- aalsed. Seega wõiwat üksiku isiku õiguslik weene omada väga mitmesugust wärwingut. Kõik olenewat igakordseist wastolus olewaist mõjudest ning wastawaist kogemusist. -Kuna seega kaht- lemata olewat olemas üksiku isiku õigusweene, siis pidawat eda- si küsima, kas on olemas ka rahwa õigusweenet, seega rahwa tead- wuses asetsewat arwamust selle kohta, mis peab olema õigus. Se- da tulewat kahtlemata eitada. Sest pole mõeldaw selline teadwus, mis oleks omane mittekehaliselt mõeldud olendile. Ent sellest weel ei järgnewat, et ei wõiks olla rahwaweenet psüühilise fe- nomeenina. Seepärast eksiwat Zitelmann, kui ta rahwaweenet ole- masolu pidawat puht seepärast wõimatuks, et weende all mõiste- takse kehaliku olendi olemasoluga seotud kujutlust, ning pole olemas sellist aju, sellist mõistust, mis oleks üldweende kand- jaks. Wiga seiswat selles, et küsimus on walesti esitatud. Tule- wat küsida: kas on olemas üksik-isiku hingeelu kõrwal ka mõ- jult tuntaw massi hingeelu, ning wiimase wõimaliku sisuna mas- si õigusweene? See olewat äärmiselt keeruline psüühiline prob- leem, mis seoses selle teise weel komplitseeritumaga, kas on olemas mingi üldsuse, üldse mingi isikute aggregatsiooni wai- muelu. 50 kuulajat pole mitte ainult 50 üksikut isikut, kes kuu- lawad mingit ettekannet; nad moodustawad ühtlasi ka terwikliku üksuse ühtlaste tundeawaldustega. Neil on iseseiswad psüühil- lised elamused, mis wõiwat awalduada "üldises heakskiitmisel", "ül- dises pahameeles" jne. Selline terwikisik olewat äratuntaw te- ma mõjult. Olewat seega olemas massi-tunded, millised lähewad põhjalikult lahku üksikisiku tundeawaldusist. Kui mingi põhjus mõjub üksikule isikule, siis ta ei kutsu esile sama mõju, kui mõjudes massile. Keegi ei waidle selle wastu, et üksikuisikus wõiwad tunded ning kujutlused muutuda weendeks. Ent samuti wõi- wat teatud terwikuks koondunud isikute kogus igaüks kujundada tundmusist ning kujutlusist weendeid, millised, massiliselt ning ühtaegu awaldatawina, mõjuwad teisiti kui üksikute isikute juures. Wastupidi wõiwat massi puhul järgneda ka mingi spon- taanne instinktiivne awaldu, millist sama põhjus üksikute isi- kute juures üldse esile ei kutsuks. Seepärast tulewat püstita- da wäide: üksikisiku hingeelu kõrwal on olemas ka weel mõjult erinew massi hingeelu. Nad olewat mõjult sama erinewad, nagu ro- heline leht pole mitte sama, mis taimemahl, wärwaine, sooned, ku- de ja päike, ning nagu on wesi midagi muud kui hapnik ja wesi- nik. Samuti, nagu wee juures lisandub ta kahele algosisele mei- le mõistatusliku keemilise protsessi mõjul neist kahest täi- esti erinew kolmas, nii ka taime lehe juures. Tas on olemas si- semine nägematu elu, mis neid mainitud osiseid korraldab ning nad seob nii, et saabub just see produkt, ning et ta esineb just sel ja mitte mõnel teisel kujul. Samuti on lugu massi hin- geeluga, mis koostub üksikisikute hingeeludest; siingi on saadus midagi hoopis muud, kui need osised, millistest ta koostub. Sa- muti, nagu me ei suuda seletada selle keemilise ning selle tai- meosa saabumisprotsessi olemust, me ei saa ka selgitada mõis- tuse abil selle massiliikumise, massi-tundeawalduste ning mas- siweende olemust. -Seega terwik, mis koostub üksikuist isikuist, wõiwat tajuda sotsiaalseid, eetilisi jt. tundeid, wõiwat luua weendeid, olgu selliseks terwikuks siis parlament, auditoorium, rahwakoosolek wõi teatri-publik. Järelikult olewat mõisteli- selt mõeldaw, et ka rahwal on oma üldweene. Ent siinkohal tule- wat arwesse just sisuline külg. Kuigi me ajus pole wõimalik täiesti eritella tundmusi ning kujutlusi, siis üksikisiku juu- res me ometi saame teha wahet eetiliste, usuliste ning õigus- weenete wahel. Õigus teatawasti sisaldab eetilisi, poliitilisi ning sotsiaalseid elemente. Seepärast on juba üksikisiku õi- guslik üldweene igasuguste õiguslikkude ja muude kujutluste ning wastoluliste tunnete lõppsaadus, milline on omakord mõ- justatud kasu taotlemisest, egoismist ja altruismist, kaswatu- sest ja haridusest. Õiguslik üldweene peaks seega koostuma sa- madest osadest, olles sünteetiliselt mõeldud üksikisikute õi-

gusweenete resultaat, kuigi üldweene mõjult üksikisiku õigusweendest erinev. Järelikult pidawat üldweene sisaldama lugematuid ühtelangewaid ja risti-wastukäiwaid, üksteist arendawaid ning isekeskis wõitlewaid kujutlusi ja tundmusi. Seepärast olewat ilmne, et üldine massiweene wõib kujuneda waid wäga lihtsate küsimuste puhul, nagu eluhoid, sissetuleku-allikad, terwishoid. Olewat aga täiesti wõimatu, et massiweene õiguse kohta wõiks haarata kogu rahwast. Massi õiguslik teadwus kaasaegse rahwaarwu ning riiklikute korralduste juures pole üldse mõeldaw. Sest see eeldab, et miljonitel inimestel on sama haridusline tase, samad waated riikliku ning isikliku wõimu suhtes. Ühtlased weened, mis käiksid keeruliste õiguslikkude küsimuste kohta, wõiwad suurte raskustega saabuda waid wäikestes asjatundjate wõi asjasthuwitatute gruppides. Seega õpetusel rahwa-weendest kui õigusallikast pole tänapäewal, moodsas riiklikus elus mingit tähtsust.

Enamik juriste peab üldist õiguslikku weenet tähtsaks tawaõiguse rekwisiidiks. Niiwõrt, kui nõuetawa üldweene all ei mõelda mitte rahwaweenet, waid juhuse, huwide, usu, hariduse, ilmawaate wõi kasu läbi seotud gruppe, ja niiwõrt kui teda arwatakse wõiwat kindlaks teha, wõibki ka teda selliseks tawaõiguse nõudeks pidada. Ent ometi peab mainima, et sageli segatakse üldine õigusweene ja nn. opinio necessitatis, kuigi wiimane põjalikult erineb rahwa-weendest kui õigusallikast. Opinio necessitatis juba eeldab mingi õigusnormi olemasolu, kuna rahwa-weene kui õigusallikas tahab wast luua õigust. /wt. all 1 /

Järgmisena meil tuleks määratella mõiste "opinio necessitatis". Teda nimetatakse teisiti ka weel "necessitas juris"; see tähendab, et teo kordasaatjad peawad olema weendunud kätsetatawa teo hädatarwilikkuses, ehk teiste sõnadega, teataw tawaõiguslik norm peab wastama ta looja õiguslikule weendele. Sturm defineerib seda opinio necessitatis kui "seotawuse tunnet tegelikult olemasolewa suhtlemiskorraga" /wt. all 2 /

Opinio necessitatis nõude esitasid juba wanad roomlased. Mis puutub keskaegsesse juristidesse, siis Puchta arwates /wt. all 3 / nende juures esineb see nõue hoopis erilisel kujul. Nii wäidab juba glossaator Azo, mingi tegu pidawat olema ette wõetud kindlas usus, et temas ilmnew norm kehtib ka tulewikus. Samuti saab opinio necessitatisest Accursius aru. Selle tõendusega nad tahtsid kõrwaldada tawa autoriteedi suhtes kahtlust aratawast wastuwäite, mille põhjal taba on wastolus põhimõttega, et: non exemplis sed legibus judicandum. Puchta leiab, õige põhjus peituwat selle autoriteedi loomuses, nimelt selles, et seda autoriteeti ei tule omistada mitte tawale kui niisugusele, waid niiwõrt, kui temast tunnetatakse õigusnorm, samuti nagu seadusõigus tähest. Ent glossaatorid üldse segawat tawaõiguse statuaarsega, ja nii nad pidawat ka siin tawa aluseks waikiwat statuuti, ilma et sellest wõidaks järeldada, et nad esitasid selle nõude kui iga akti kohta makswa. Tulewat seega tõendada järgmist: mingit tegu peab põhjustama weene sellest õigunormist, mis temas peitub. Järelikult see peab olema tawatse ja enda weene. -Nagu juba mainitud, peab enamik juriste opinio necessitatis ilmtingimata wajalikuks tawaõiguse nõudeks. See ongi opinio necessitatis, mida nõudsid juba wanad roomlased. Uuemad esitawad selle nõude aga pea igaks omamoodi. Wõiks mainida weel Sturmi waadet, kes selgitab opinio necessitatis järgmiselt: On tarwis, et tegutsejal oleks tawatsedes tunne, et ta on seotud tegelikult olemasolewa suhtlemiskorraga. See ongi opinio necessitatis. Wastaw tõlgendus ladina keelest oleks "tarwiduse tunne". Isik talitab küll wabalt, ent ometi mitte omawoliliselt, kuna tal peab plema tunne, et ta on sunnitud nii talitama objektiivse wõimukorra sunnil. Ent seotawuse tunne olemasolewa suhtlemiskorraga pole mitte kohe olemas, ega saa ta

-
1. STIER-SOMLO, VOLKSUEBERZEUGUNG ALS RECHTSQUELLE, 1900.
 2. DER KAMPF DES GESETZES MIT DER RECHTSGEWOHNHEIT, lk. 7.
 3. DAS GEWOHNHEITSRECHT, 2., lk. 37.

manifesteeruda üksikus isikus, waid ainult kogu rahwas wõi selle teatawas partiklis. On tarwis aja mõju seks, et ajajooksul tahtelised aktid muutuksid tahtetuiks; üksiku isiku tahe sumbutatakse niiwõrt, et ta alistub natsionaalsele kalduwusele, seega ta subjektiivne wabadus allub objektiiwsele wajakusele. Sunnib kõlbline ühiselu sund /Geselligkeitstrieb/kuuletuma mõnele seadusele wõi tawale, siis on kahtlemata tegu õigusliku seaduse wõi tawaga. Seaduse suhtes on seda sundi kerge kindlaks teha; see kõlbline sund on ju loonud riigi ning seadusandja, ning seepärast ta peab sundima sõnakuulmisele igasuguse riikliku seaduse wastu, mis on antud seadusandlikus korras. Tawaõiguse suhtes on seda sundi aga palju raskem kindlaks teha. Siin on esijoones tarwis tunda selle sunni energiat, intensiivsust. Wiimast wõib tõestada kauaaegne kestvus, ent weelgi paremini sagedane tawatsemine lühikese aja kestel, kuna siin pole ju tegu iganemisega, waid on tarwis kindlaks teha olemasolewat sundi normile alistumiseks. Seejuures on tingimata tarwis kindlaks teha, et teataw taba pole mitte lihtne harjumus, waid et ta on tõesti õiguslik taba, teiste sõnadega, tuleb silmas pidada, et oleks olemas opinio necessitatis, millisega roomlased tabawalt on tähistanud õigusliku sunni loomust wastandina tawalise harjumuse omale. Üldist weenet pole olemas, sest kus on aju, mis on selle üldweende kandjaks, kus on mootorid ergud, milliseid mõjustab üldine tahe? Õigussünd alistub normile, niipea kui tunnetab tas õigusnormi /opinio necessitatis/. Ta alistub normidele, ent ta sunnib neid ka kujundama. /wt. all 1 / Isegi juhul, kui kõik oleksid weendunud, et teatawa tehingu suhtes kehtib wastaw norm, ning kui kõik oleksid talitanud sellekohaselt, siis ometi nende kõige energilisemast weendest hoolimata ei saaks saabuda objektiiwse õiguse wõim. Opinio necessitatis pole weene, waid ta on tunne seotawusest tegelikult olemasolewa suhtlemiskorraga, ning selle tunde saabumisega on muutunud olemasolew kord õiguskorraks /wt. all 2 /.

Opinio necessitatis nõude kohta wõiks öelda niipalju, et tema esitamise erilise rekwisiidina on täiesti ülearu-ne. On ilmselt selge, et kui rahwas tawatseb mingit tawaõiguslikku normi, siis on sellega ühtlasi ka öeldud, et selle normi loojal /rahwal/ on olemas see weene; seega ta niisugusel korral kahtlemata wastab ta looja õiguslikule weendele.

-
1. STURM, KAMPF DES GESETZES MIT DER RECHTSGEWOHNHEIT, lk. 18 jj.
 2. STURM, KAMPF DES GESETZES MIT DER RECHTSGEWOHNHEIT, lk. 6.

§4. Tawatsemisaktid.

Nagu juba mainitud, awaldub tawaõigus korduwaig, õiguslikult tähtsais tegudes. Seega ta on tegudes awalduw õigus. Järelikult tuleb omistada tawatsemisaktidele väga suur tähtsus. Eeltoodud tawaõiguse definitisiooni põhjal on nõuetaw, et tegusid oleks mitu, ja et nad oleksid õiguslikult tähtsad. Ent aegade kestel on esitatud tawatsemisaktidele weel rida teisi nõudeid. Tingimused, milliseid peetakse wajalikuks tawaõiguse saabumiseks, puudutawad just nende üksikute toimingute loomust, millistes wastaw norm ilmneb. - Diskussioonid tawa üksikuist nõudeist tegelikult algasid pärast seda, kui ajalooline kool oli awaldanud oma sellekohased seisukohad. Sellest saadik hakati elawalt waidlema tawa suhte üle üldise õigusweendega. Ajalooline kool nimelt alahindas tawatsemisaktide tähtsust. Kuna ta nimetas ühist õigusweenet kõikõiguse allikaks, siis ta järelikult ei pidanud tawatsemist kuigi oluliseks momendiks. Tawa oli waid üheks selliseks organiks, mille kaudu ilmnes ühine õigusweene. Nende arusaamise põhjal wõiwat olla õpetusel tawaõiguse nõuetest waid see mõte, et tahetakse kindlaks teha, milliste eelduste põhjal kohtunik on õigustatud pidama mingit tegu tawaõigusliku normi awalduseks. Milgi tingimusel ei tohtiwat neid nõudeid nimetada tawaõiguse saabumisel wajalikeks. /wt. all 1 /

Selguse mõttes oleks tarwis waadata weidi lähemalt ajaloolise kooli õpetust tawast /wt. all 2 /. Kõige pealt: tawaõigus eksisteeriwat rahwa kommetes. Sellega olewat tahetud rõhutada kahte asjaolu: esiteks seda, et õigus sisaldub natsionaalseis tabades, teiseks, et õigus ei saabu ega kujune mitte tabade kaudu, waid wastuoksa, õigus loob ning määrabki tawad. See, mida käsitlewat ajaloolise kooli kaasaegsed juristid, olewat harjumus, mitte aga taba. Harjumus ning taba langewad teatud mõttes küll ühte, ent nende erinevus seisab selles, et harjumuseks nimetatawat üksikisiku kui niisuguse teguwiisi, mis puhul isik tegutsedes ei tarwitse sugugi olla weendunud oma teguwiisi otstarbekuses ning wajalikkuses; ta talitab waid seepärast nii, et ta sellises olukorras olles on juba korduwalt nii talitanud. Taba olewat seewastu tegu, mille puhul seda tegu esile kutsuw waikiw tahtesuunamine pole olemas mitte üksikus kui seesuguses, waid see tahtesuunamine on tal teistega ühine. Taba wõiwat seega olla perekonnal, kogukonnal, rahwal, mitte aga üksikisikul kui niisugusel. Predikaati "taba" wõiwat omistada üksikute isikute tegudele waid sel määral, kui neis peegeldub üldine weene. Seega olewat ilmne, et õigus, niiwõrtkui ta on otsene rahwaweene, wäljendub tawas, ning et harjumused, olles põhjustatud üksikutest isikutest, pole õiguse awaldused. - Tawa põhjendajaks, esilekutsujaks olewat õiguslik weene, ning mitte ümberpöördult. Tegu muutuwat tawaks teda põhjustawa weende tõttu, mis nõuab ta kordamist, mitte aga lihtsalt selle kordumise enda tõttu. - Seewastu Stahl, ja piiratud määral ka Beseler /wt. all 3 / nägid tawaõiguse kehtiwuse põhjust just selles, et kord tawatsetud norm just selle tawatsemise tõttu omandab kehtiwuse. Tawa mõju õiguskujundamisele tunnustawad kõik juristid peale Puchta. Isegi Savigny tunnustab teda piiratud määral /wt. all 4 /. Ta küll nimetab waadet, et taba on positiiwse õiguse saabumispõhjus, üldjoontes ekslikuks, leiab aga, et temas on siiski ka terake tõtt. Peale rahwateadwuses üldiselt tunnustatud ning juurdunud positiiwsete normide on olemas ka mõningaid üksikasjalisi korraldusi, milliste olemasolu on wähem kindlustatud. Ent selle puuduwa kindluse nad wõiwat omandada sel teel, et neid kordu-

-
1. PUCHTA, DAS GEWOHNHEITSRECHT, 2., lk. 24.
 2. PUCHTA, DAS GEWOHNHEITSRECHT, 1., lk. 167 jj.
 3. ZUR KRITIK DER JURISTISCHEN GRÜNDBEGRIFFEN, 1., lk. 100.
 4. SYSTEM DES HEUTIGEN ROEM. RECHTS, 1., lk. 35-37.

walt tawatsetakse, ja nii juurduwad nemadki rahwa teadwusse. Sellised juhud esinewat eriti sagedasti siis, kui rahwa õigustloow jõud ei kuulu ta loomuse silmapaistwate omaduste hulka. Edasi olewat ka juba paljude korralduste ning määruste loomusele omane relatiivne ükskõiksus: on waid tarwidus mingi kindla kehtiwa normi järele, kusjuures see norm wõib olla miilne tahes. Siia kuuluwat igasuguseid arwulisi wahekordi määritlewad seadused, samuti ka need, mis määrawad kindlaks mingi õigusliku toimingu wormilise külje. Kõigil neil juhtudel meie waremaaegne tahtmus olewat meile hilisemal tegutsemisel autoriteediks, ja nii wõiwat tõe poollest tawa kui seesugune mõjustada õigusloomingut.

Puchta õpetus tawast kui üldise õigusliku weende tunnetamiswahendist kutsus esile teise äärmuse: tõendati, tawaõigus tekkiwat tawa läbi. Kuidas siis see taba ise tekib, selles lähewad arwamused lahku. Üldiseim arwamine on aga selline, et üksikud teod oma kordumisega põhjustawad tawaõiguse saabumise - actus inducunt consuetudinem. Nii arwasid juba glossaatorid, legistid, kanonistid; seda tõendab nende teooria nõuetest, eriti aegumise nõue, ja siis ka õpetus tawaõiguse tõestamisest, millise põhjal tawaõigus näib hariliku tõsiasjana just seepärast, et teda põhjendati wäliste tegudega. Puchta on arwamusel, see nähe seletuwat selle wiisiga, kuidas sellal rakendati tawaõigust igapäewases elus. /wt. all 1 / Kui keegi rajas omad nõudmised mingile tawaõiguslikule normile, siis oli kohtunikule esijoones tähtis selle normi nähtaw eksistents wastawate toimingute näol. Wõhikud põhjendasid oma nõuet harilikult sellega, et nad õelsid, see olewat ikka nii olnud. Sellega osutati selle normi kestwale tawatsemisele. Seetõttu wõidud wäga kergesti seda, mida oli tarwis tõestada ning millele tuli toetuda selle tõestamise juures, pidada õigusnormi saabumispõhjuseks; ning seepärast nimetatud seda kordumist ning neid üksikuid tegusid, millistest ta koostub, tawaõiguse allikaiks. Ent tege-likult olewat ka glossaatorid aru saanud, et ainuüksi korduwa- te tawatsemisaktidega pole midagi peale hakata, kuna ju ka corpus juris rõhutab consensus populi olemasolu wajalikkust; seepärast leiduwat ka glossades sageli juhuslikke märkmeid, korduwad teod kutsuwat waid siis esile consuetudo, kui on olemas rahwaweene, et wastaw talitamiswiis peab olema kehtiw ka tulewikus jm. 16. saj. juristide teooriaist on Puchta arwates parim Cujaciuse oma. Tema õpetuse põhjal aja mõjul kujundub taba, ning wast see kutsub esile weende. Teiste teooriad olewat niiwõrt nõrgad, et ei tulewat üldse kõne alla. Opetust ei olewat seepärast ümber kujundatud, et oldud weendunud, selline õpetus leiduwat juba rooma õiguses. Hilisemad juristid, kes küll sugugi ei austanud rooma õigust ning eriti mitte glossaatoreid, olewat selle asemel, et tõele jõuda lähemale, teinud kõik tawaõiguse suhtes olemasolewate eksiarwamuste süwendamiseks. Nende töödest ilmnewat järjest selgemini, et tawaõiguse allikaks on üksikud teod, actus introductivi. Ent Puchta kaas- aegsete juristide teooriate seas leiduwat aga juba õigemaid.

Savigny teatawasti juba tunnustas piiratud määral tawa mõju õiguskujundamisele; ta järglased tunnustasid aga pea eranditult seda mõju. Nii ütleb näit. Windscheid /wt. all 2 / : ükski inimlik mõistus ei suuda wastu seista tõsiasja jõule; mis on kaua aega olnud olemas, näib meile puht seepärast õiguse- na, et ta on olemas, olnud. - Ent sellest tawa tunnustamisest hoolimata keelduwad paljud pidamast taba iseenesest õigusallikaks. Adickes /wt. all 3 / leiab, nad sattuwat seejuures endi wäidetega wastollu. Sest õigusallika olemus seiswatki temas peituwas jõus, millise abil ta temast saabuwale korrale õigus- korra iseloomu omistab, ja seda omadust olewat taba kahtlemata wõimeline õigusnormile andma.

Eeltoodust peaks üldjoontena selguma see hinnang,

-
1. DAS GEWOHNHEITSRECHT, 1., lk. 173 jj.
 2. PANDEKTEN, §15, Anm. 2, §16, Anm. 3.
 3. ZUR LEHRE VON DEN RECHTSQUELLEN, lk. 52 jj.

milline on aegade kestel saanud osaks tawale. Edasi meil tuleks waadata weidi lähemalt n.n. pretsedente. Tawaõigus teatawasti ilmneb korduwa is tegudes. Ent iga korduwa teo eel peab kahtlemata käima mingi esiktalitus. Selliseid tegusid nimetatakse pretsedentideks ehk pretsedenttegedeks. Järelikult nimetatakse pretsedendiks seesugust tegu, mis osutub eelkäijaks korduwaile tegudele. Seega pretsedendiga tegelikult algataksegi tawaõiguslik norm, kuna ju kõik järgnewad toimingud sooritatakse tema eeskujul. Sellise pretsedendi kindlakstege mine on väga raske, ning sageli koguni wõimatu. On kaalutud, kas pretsedendi nääl wahest tuleb ilmsiks teataw norm. Tuleb mainida, et temast tawaõiguslikku normi siiski ei järgne, ta waid awab tee sellise normi saabumisele.

Tuleb weel mainida, et taba järgneb tegudest peamiselt, ent ta wõib awalduda ka teatawa teo tegematajätmises, kui selles awaldub tahe, kui ta ilmneb tahteawaldusena. Samuti pole omadus, olla teatawa õigusnormi awaldus, piiratud teatud liiki tegudega. Ka glossaatorid leidsid, et ükski tawatsemise liik pole wõimatu. Nii pole eriti sugugi tarwis, et teod oleksid kohtulikud; see nõue heidetakse juba keskaegsete juristide poolt kõrwale. Uuemal ajal hakkasid teda mõned juristid taas aktsepteerima, ent waldaw enamus on siiski wastupidisel arwamusel.

Tingimused, milliseid peetakse wajalikuks tawaõiguse saabumisel, puudutawad just nende üksikute toimingute loomust, millistes wastaw norm peitub. Kui seega käesolew peatükk käsitleb eriti just tawaõiguse nõudeid, siis tuleb silmas pidada, et uuemal ajal walitseb tendents waadata kõigile noile nõuetele kui üksiku tawatsemisakti predikaatidele. See tendents ilmneb juba selles tawaõiguse definiitsioonis. Eks defineerita ju tawaõigust sellise positiivse õigusena, mis awaldub korduwais ning õiguslikult tähtsais tegudes. Me ei leia seega, et eriti rõhutataks üldist wõi üksiku isiku õiguslikku weenet, rõhutatakse waid tegude omadust, olla korduwad ning õiguslikult tähtsad.

① Seega esimene nõue, milline esitatakse tawaõiguslikku normi väljendawaihe toimingule, on see, et: tegusid peab olema mitu. Kui mitu neid peab olema, see on waieldaw. Kindel on igitahes see, et ühest ainsast teost on wähe. See esimene tegu on ju see ülalmainitud pretsedenttegu, millisest tawaõiguslikku normi weel ei järgne, ent mis awab tee selle normi saabumisele. Dernburg wäidab /wt. all 1 /, olukorrast järgnewat, kui mitmest teost on küllalt. Waldaw enamus aga teeb tegude arwu olemaks kohtuniku suwangust. Wastawalt toimingu olemusele, wõib kohtunik nõuda kord rohkem, kord wähem tegusid; ent sealjuures ta peab silmas pidama, et tegude arwu suurenedes järjest kahaneb individuaalse ja juhusliku mõju.

② Teiseks nõuti, et wastawad teod oleksid ühetaolised, katkestamatud. Seega leiti, et see awaldab tawale mõju, kui wahpeal sooritatakse wastupidisel normil põhjenewaid tegusid. Dernburg leiab, /wt. all 2 / seegi olenewat olukorrast, kas teatawad kõrwalekaldumised tawatsetawast wõi koguni tawale risti wastukäiwad teod on waid abnormsused, wõi kas nende kaudu saabub kahtlus tawa olemasolu suhtes. Puchta selgitab seda küsimust lähemalt /wt. all 3 /. Harilikult nõutawat, et teod oleksid uniformes, continui et non interrupti. Tawa autoriteedi esiletõstmiseks mainitawat consuetudo tenaciter servata, vetustissima et jugiter observata, ning oldawat arwamisel, et ei saa olla juttu olemasolewast tawast, kui on olnud mos varius. Tawaõiguse olemasolu tõestada püüdw kohtunik ei pidawat endalt küsima, kas katkestamise läbi takistatakse tawaõiguse saabumist, waid tal tulewat kaalutleda, kas kõrwalekaldumine senitawatsetud normist on sedalaadi, et kuidagi ei saa oletada üldise õigusweende olemasolu /mispuhul kohtunik wõiwat olla täiesti weendunud, et tawaõiguslikku normi pole üldse olemas/, wõi

-
1. SYSTEM DES ROEMISCHEN RECHTS, 1., lk. 43 jj.
 2. SYSTEM DES ROEMISCHEN RECHTS, 1., lk. 43 jj.
 3. DAS GEWOHNHEITSRECHT, 2., lk. 89 jj.

kas ta muudab selle weende olemasolu küsitawaks. Wiimasel puhul aitawat juba mõningaist juhtudest, et teha, kuigi mitte wastupidise weende olemasolu tõenäoliseks, siis ometi kõneall olewa weende olemasolu kahtlaseks. Teisalt tulewat aga kindlasti silmas pidada, et ka iga üldtunnustatud õigusnormi puhul olewat ometi võimalik, et teda kas mingi eksiarwamuse tõttu wõi lihtsalt teadmatusest ei kasutata seal, kus teda kindlasti tuleks kasustada. Seepärast ei saawat teatawa õigusnormi korduwat tawatsemisel põhjenuwat arwamust kuidagi ümber lükata ainsa wastupidiselt tawatsemisega. - Sturm leiab /wt. all 1 / sellele toimingute ühtluse nõude põhjenduse tawaõiguse enese loomusest. Seni, kui puuduwat toimingute ühtlus, kestuwat weel huwide wõitlus; seega olnud eelnewad kordumised ikka weel tahelised; allutud igasugustele mõjudele, ega tuntud end sugugi seotud olewat ülalpool huwe seiswa objektiivse õiguse wõimuga. Ka Sturmi arwates on võimalik, et esinewad üksikud erinewad toimingud, ilma et seeläbi tekiks kahtlust tawaõiguse olemasolu suhtes, ent need toimingud pidawat olema arwult ning omadusilt sellised, et nende puhul näib olewat tegu põhjendamata subjektiivse wastutalitamisega siiski olemasolewale normile. Ka roomlaste pealiskaudseist märkmeist järgnewat, et nad seda waadet pooldawat. Tegelikult kuuluwat aga ka seegi küsimus kohtuniku kompetentsi.

③ Kolmanda nõudena tuleb mainida asjaolu, et tawatsemisaktid pidawat korduma kaua aja kestel. Ollakse üldiselt weendunud, et ajaline **kestwus on** tawaõigusliku normi kujunemisel-wäga tähtis tegur. Eriti tekitas elawaid waidlusi aja wältus. Mõned nõudsid 100 aastat, kuna sõna longaevum omas kusagil rooma õiguses selle tähenduse. Enamikuga piirdus sellal tawallise iganemisajaga, seega nõudes 10 aastat. Kiriku suhtes oli see aeg 40 aastat, maaisanda suhtes aga määramatu aeg /wt. all 2 /. Hiljem lepitud kokku, et ei määrata üldse mingit kindlat aega, waid jäetakse kohtuniku hoolde igakordse ajalise kestwuse määramine. Savigny leiab, ka siin tulewat ära hoida kõige näilise, juhusliku ning ajutise mõju. - Rooma õiguses peetakse tawaõigusliku normi awalduseks sellist tegu, mis on longa consuetudo. Tarwitatakse ka weel teisi nimetusi: inveterata, diuturna consuetudo, antiquitas probata consuetudo, longaevus usus, quae per plurimos annos observata sunt. - Ajalise kestwuse nõude esitamine tundub liigsena, kuna teatud tawatsemise kestwus peitub ju, juba kordumise, ning eriti konstantse kordumise mõistes. - Üldise arwamuse järele ei põhjene see nõue mitte sellel, et kestwusest saaks järeldada õigusliku weende olemasolu, waid sellel, et objektiivne õigus kui wõimumõiste pole seesugusena mitte kohe antud, waid on tarwis teatawat kestwust, millise wältel ta endale selle wõimu kätte wõitleb /wt. all 3 /. Puchta arwates /wt. all 4 / muutuwat aga teatawa õigusnormi olemasolu seda kindlamaks, mida pikemaajalist tawatsemise kestwust saab talle omistada. - Tõepoolest ongi ka tegu eksitusega, kui üksikud teadlased wäidawad, et rahwa tahe wõib ilmnedä ka ühekordses tegewuses. Inimwaimul on omadus. austada kõike seda, mis on kestnud kaua. Sest olemasolewa mõju, temast järgnewad kasud ja kahjud on ilmsed, kuna seewastu pole teada, kuidas mõjub see, mida tahetakse panna asemele; seda näitab wast tulewik. Rahwas tunneb seda instinktiivselt, ning seepärast ta tahabki, et peetakse kinni wanadest kommetest /wt. all 5 /. Aeg on tawajuures samuti oluline nagu iganemise juureski. Ent tawast saab õigus objektiivses mõttes, kuna iganemine kas põhjustab wõi häwitab mingit subjektiivset õigust, seega õigustust, ning puudutab waid ühte üksikut wahekorda.

-
1. DER KAMPF DES GESETZES MIT DER RECHTSGEWOHNHEIT, lk. 20 jj.
 2. SAVIGNY, SYSTEM DES HEUT. ROEMISCHEN RECHTS, lk. 172 jj.
 3. STURM, DER KAMPF DES GESETZES. . . . , lk. 19.
 4. DAS GEWOHNHEITSRECHT, 2. , lk. 104.
 5. DERNBURG-SOKOLOVSKI, SYSTEM DES HEUTIGEN ROEMISCHEN RECHTS, 1. Teil, lk. 43 jj.

④ Neljandaks nõutakse wastawa teo ettewõtmist õigusliku tarwiduse tunde mõjul. See on n.n. opinio necessitatis, mida mul tuli puudutada juba eelmises lõikes, ühenduses üldise õigusweendega. Järelikult ei loo kauaaegsed wiisakuskombed ega kauaaegne ühetaoline heategewuse harrastamine weel mitte tawaõiguslikku normi. Wiimasel juhul paistab nimelt eriti silma asjaolu, et nii andjad kui saajad teawad, et wastaw tegu on tahteline, et ta seega wõib samahästi ka ära jääda wõi teisiti toimuda. - See tingimus on kõigist kõige tähtsam. Savigny leiab, et selles mõttes wõiwad eriti kohtulikud otsused sobida tawaõigusliku normi awaldusteks, kuna need wõiwad saabuda waid kohtuniku õiguslikust weendest, mitte aga tema omawolist. See wastu olewat lepingud wähe sobiwad, kuna nad sisaldawat alati tahtelist elementi /wt. all 1 /. - Seoses käesolewa nõudega tuleb meil määratella n.n. usanssi mõiste. Sageli segatakse nimelt tawaõigus ja äriline tawa ehk usanss. Seepärast meil tuleb peatuda weidi pikemalt Labandi sellekohase artikli juures /wt. all 2 /. Usanss olewat üks neist paljudest mõistetest, mis seisawad wastolus tawaõigusega. Omalt tegelikult tähenduselt ning wäliselt kujult usanss aga sageli nii sarnlewat tawaõigusele, et seeläbi raskendub ta tõelise loomuse äratundmine ja tekib oht, et teda wõidak ära wahetada tawaõiguslikkude kujunditega. Usanss on seega esijoonel selline mõiste, mis esineb kaubandusõiguse alal. Usanssi prototüüp olewat äriline taba, milline ilmneb kahe üksiku kaupmehe wahelises kestwas wastastikus ärilises suhtlemises. Selline suhtlemine koostub tehinguist, milliste puhul need kokkulepped, mis kord kahe lepingosalise wahel sõlmitud, tulewad ikka jälle ning samal wiisil kasutamisele kui nende tahtele ning huwidele wastawad. Kui tahame aga püstitada usanssi mõiste wastandiks tawaõiguse omale, siis pidawat astuma weel samm edasi ning kujutama selles ärilises suhtlemises ühelt poolt indiuiduaalselt kindla kaupmehe, ning teiselt poolt määramatu arwu lepingosalisi, n.n. ostjaskonna. Sel juhul, kui pole wälja tingitud erilisi muudatusi, kehtiwat ka nende uute ostjate suhtes, kellega pole weel wälja kujunenud indiuiduaalset ärilist suhtlemist, waikiwalt kokkulepituina need samad tingimused, mis tulewad tarwitamisele teiste suhtes; seega omandawat äriline tawa sel puhul laiemat ulatust ning suuremat tähtsust. Ärilises suhtlemises esineb üsna sageli nähe, et loobutakse lähemate tingimuste kindlaksmääramisest, kuna wiimased on kindlaks kujunenud, kõigil juhtumel samad ning teatud määral notoorsed. Nii näiteks ostetakse wõi tellitakse ilma hinna suhtes eriti kokku leppimata selliseid kaupu, millel on kindel hind, wõi millised on tarifeeritud hinnakirjas. - Kui aga oletame mõlemalt poolt ebamäärast arwu lepingosalisi, siis saamegi usanssi mõiste wastandiks tawaõiguse omale. Usanss pole seega muud kui kõrgem potents sellisest ärilisest tawast, mis areneb kahe ärisõbra wahel. Usanss on nende lepigukohaste määratluste ühetaoline sisu, mis teatud kaubitsejate ringi äritehinguis järjest korduwad. Kuna teatud tehingute puhul wastawad lepigukohased tingimused on täiesti stereotüüpsed, siis pole neid igakordselt tarwis üksikasjadeni korrata ega uuesti formuleerida; nad eksisteeriwad sõltumatu lepingu osana, pars contractusena; nad kehtiwad muutumatult kokkulepituina, kui neid pole eriti ära muudetud wõi modifitseeritud. Samad tingimused, mis wiivad kaupmehe wõi käitise-omaniku lubama oma ostjaskonnale erilisi soodustusi, põhjustawad sama teguwiisi kõigi mingi ringkonna kaupmeeste wõi käitise-omanike juures, ja nii saabub ühe üksiku kaubandusliku ettewõtte tegewusest kogu ringkonna wõi töondusharu usanss. Seega pole usanssile omane lokaalse wõi subsidiaarse õigusallika loomus, ja nende n.n. kodifikatsioon wõi kindlakstegemine pole sugugi kaubanduslikkude ühingute jt. autonoomia awaldus, sellelaadset seadusandlust kaubandusõiguse alal üldse ei eksisteeri.

⑤ Wiindaks oli nõuetaw, et tegu ei põhjeneks eksitusel.

1. SAVIGNY, SYSTEM DES HEUTIGEN ROEM. RECHTS, 1. lk. 174.
2. ZEITSCHRIFT FUER DAS GESAMTE HANDELSRECHT, Bd. 17, 1872.

Selle nõude najal tahtis ajalooline kool tõestada oma õpetuse eeskujulikkust /wt.all 1 /. Nimelt tunnustanud roomlased eriti seda nõuet väga, ent seeläbi olewat tekkinud rohkesti wastolusid. Roomlaste waate kohaselt pidi ju õigusnorm saabuma wast tawa läbi; ning seega polnud teda esimese teo ajal kindlasti weel olemas. Ometi pidi antud reegli põhjal temaga kaasas käima opinio necessitatis. Järelikult põhjendawat see esimene tegu ehk pretsedent eksitusel, ningx teda ei tohtiwat tawaõiguse saabumisel üldse mitte arwesse wõtta. Ent samuti olewat lugu ka selle teise teoga, mis nüüd saab esimeseks, ja edasi ka iga järgnewaga, kolmandaga, neljandaga jne. Seega olewat tawaõiguse kujunemine täiesti wõimatu, kui ei taheta loobuda ühest noist mainitud tingimustest. Seewastu ei tekkiwat ajaloolise kooli õpetuse järele mingit wastolu, kuna selle põhjal õigusnorm waid awaldub, ning mitte ei saabu tawa läbi; järelikult pidi esimese kindlakstehtawa teoga opinio necessitatis juba kindlasti kaasas käima, ega olnud seejuures wõimalik mingit eksitust. -Mitteekslikkuse nõude suhtes piirdun siinkohal ülaltooduga, kuna see näiliselt nii tähtsusetu asjaolu on siiski niwõrt oluline, et käsitlen teda eraldi järgnewas lõikes.

⊙Kuuendaks tuleb mainida weel tegude kohtulikkuse nõuet. Teatawasti õigusnormide tawatsemine sünnib kas õigussuhte; wõi awaliku wõimu organi poolt. Kohtuniku kõrgeim ülesanne on õiguskaitse. Kohtuniku otsus pole seeläbi weel mitte õiglane, kui ta üksiku juhtumi suhtes teeb otsuse wastawalt oma weendele. Olewat weel oluliselt tähtis, et tehtud otsus wastaks noile otsustele, mis warem selliste juhtumite puhul tehtud /wt.all 2 /. Sest see olewat õigluse esimene käsklus, et kõiki mõõdetaks sama mõõduga. Teiste sõnadega: pole küllalt, kui mingi otsus on subjektiivselt õiglane, ta peab olema ka objektiivselt õiglane. Kohtuotsuste rida pidawat sarnlema ühetaoliste lülidega ahelale, wast siis wõiwat olla juttu õiglasest kohtumõistmisest. Seega kohtunik, mingit küsimust esmakordselt otsustades, asetawat omale tõkke tulewaste otsuste suhtes. Otsus mingi esmakordse juhu kohta ühtlasi wäljendawat ka üldist tulewikus kasustamisele tulewat normi, seega pole kohtunik sama juhu kordumisel sugugi enam õigustatud talitama oma waba tahtewõiwangu alusel. Selline eelnewaist otsusist kinnipidamine olewat seda olulisem, et kohtunikuseisuse isiklik koosseis on alaliselt muutuw, ja subjektiivne õiglus oleks waid nõrk tagatis juhtumite objektiivselt õiglaseks lahendamiseks. Seepärast olewat selliste pretsedentjuhtude autoriteetivõimust kõige wabamais riiges, nagu wanas Rooma wabariigis ning inglise riigikorras. -Tegelikult aga tulewat noid ideaalseid nõudeid piirata, ning eriti just selliseis riigeis, kus objektiivse õigluse realiseeringut takistawat asjaolu, et neis on palju kohtuinstantsi ja puuduwat kõrgem ühtlustaw kohus. Ent kõigest hoolimata tulewat noist nõuetest üldjoontes siiski kinni pidada, sest olewat ilmne, et mida suuremaks kaswab ühetaoliste otsuste hulk, seda enam kaswab ka wastawa otsuse kohuslikkus, siduwus. Ent seepärast ei tohtiwat pretsedentidele weel mitte omistada absoluutset, waid seaduste abil kõrwaldatawat kohuslikkust, kuna eelpool rõhutatud objektiivse õigluse printsiip pigemini just nõudwat selle kohuslikkuse piiramist. Kõikjal nimelt, kus kohtunik on jõudnud positiiwsele weendele eelmiste otsuste ekslikkusest ning õigusetusest, olewat ta kohuseks tulewikus ära hoida selliseid otsuseid. Sest kunagi ei saawat kahe õiglusetu otsuse tulemuseks olla kolmas sama õiglusetu. Ainult tulewat enne hoolikalt kaalutleda, kas eelnenud otsused olid tõepoolest õigluswastased. Kõikjal, kus kohtunikul on weel mingisuguseid kahtlusi, samuti seal, kus on tingimata tarwis kindlat normi kõikuwa teadmatuse asemel, wõi kus senine talituswiis on ümbritsetud kauatawatsetu oreooliga, pidawat kohtunik alistama oma isikliku waate tawale. Mainitud kitsendustega

-
1. SAVINY, SYSTEM DES HEUT. ROEMISCHEN RECHTS, 1., lk. 174 jj.
 2. ADICKES, ZUR LEHRE VON DEN RECHTSQUELLEN, lk. 54 jj.

tulewat aga omistada eelnewaile otsustele siduwust kohtuniku suhtes. Sellised kindlad otsused, kohtulikud teod, olewat ühtlasi ka suurepäraseid tõendised wastawa tawaõigusliku normi olemasolust. -Ka ajalooline kool on üldsusega ühel arwamusel, et kohtulikud teod pole just mitte eriti nõuetawad, ent sellised otsused, mis põhjenedawad mingil tawaõiguslikul normil, on wõimsad tõendised tema olemasolust /wt. all 1 /.

⊕ Seitsmendana tuleb weel mainida nõuet, et tawatsemisaktid peawad olema mõistuslikud /rationabilis/. Savigny leiab, olewat küllalt kahtlane, jätta otsustamine sellise eamäärase omaduse üle kohtuniku suwangu hooleks /wt. all 2 /. Puchta määritleb n.n. ratsionaalsuse nõuet lähemalt. Harilikult tulewat mingi normi tawatsemisest järeldada üldise rahwaweende, ja seega ka tawaõiguse olemasolu. Ent sageli wõiwat ometi juhtuda, et tawatsetaw norm ei saa üldse olla õigusnorm, kas ainult mingil teatud juhul, wõi üldse mitte kunagi. Seda mõistlikkuse nõuet põhjendatawat noile rooma õiguse korraldustele, mis omistawad mingi consuetudole waid sel juhul autoriteeti, kui nad pole wastolus ratioga, ning kui nad pole halwad tawad. Seejuures leidwat enamik juriste, et kohtunik ei tohi õigusnormi kõrwale heita puht oma isikliku suwangu põhjal. -Irrationabiles on nimetatud selliseid tabasid, mis wastolus jumalikkude eeskirjade wõi riigi ning kiriku üldise heaoluga. Mõningad uemad arwasid, kohtunik pidawat selle üle otsustama, kas on olemas ratsionabiliteedi nõue. Teised püüdsid seda pehmendada, öeldes, tawa ratsionaalsus olewat sellega juba tõestatud, et tawatsejad ise on weendunud selle oma teo kõlbulikkuses. -Puchta peab siinkohal õigeaks järgmisi põhimõtteid /wt. all 3 /: Meil tulewat siin selgitada, kas teataw tegu põhjened õigusnormil. Kohtunik pidawat sellise õigusnormi olemasolu eitama, kui suhe, mida tahetakse lahendada wastawa normi abil, ei allu üldse inimlikele korraldusile. Seega kristlik kohtunik ei saa õigusnormiks pidada ühtki sellist, mis muudab ära mõne jumaliku seaduse. Kuigi jumalikul käsud juba ammu ei etenda enam mingit osa meie õigussüsteemes, ning meie n.n. emantsipatsiooni aegjärgul näib olewat kohane wabastada õigus religiooni mõju alt, siis seks, et õigus oleks kindlam, olewat siiski soowitaw wõtta eeskju rooma juristidelt, kes nimetanud õigusteadust *divinarum atque humanarum rerum notitia*. -Ka hääde kommetega /gute Sitten/ wastolus olewa tawa puhul ei tohtiwat kohtunik oletada, et on tegu rahwaweendel põhjenedawa. Ent kohtunik ei tohtiwat tarwitada mõõdupuuna oma subjektiivset tunnet, kuna talle wõib kergesti näida kõlbluswastasena midagi seesugust, mis seda üldsuse arwates sugugi pole. Kohtunik pidawat küll kindlaks tegema, kas antud juhul on olemas õiguslik weene, ent tal puudub seadudandlik wõim, millisega ta wõiks ära muuta seda weenet, ja seega ühtlasi ka tawaõigust. -Lõppeks wõiwat mingi tawaõigusliku normi olemasolu teha wõimatuks ka seesugune kõrgem õigus, millisega paralleelselt ta ei saa püsida, ning mida ta ei saa ka ära muuta. Kehtiwad õiguses leiduwat printsiipe, millised teewad wõimatuks teatawate neile wastukäiwate normide olemasolu, nii et wiimased ei saa nende kõrwal püsida isegi mitte jus singularena. Seega tulewat siin pidada wõimatuks seesugulise wastolulise normi olemasolu seni, kuni püsib see printsiip ise. Selliseks õiguslikuks printsiibiks olewat ratio; rooma õiguga lausub, ratioga wastolus olewale tawale ei saawat omistada autoriteeti. Seesuguseks kõrgemaks printsiibiks tulewat pidada ka korra säilitamist kodanlikus ühiskonnas, kuna pole mõeldaw selline rahwaweene, mis oleks wastolus awaliku korraga. -Lõppeks wõiwat tawaõiguse olemasolu teha wõimatuks ka sellise õiguse eksistents, mis on temast suurem ulatawuselt ning mahult; nii on olemas üldist õigust, mis teeb wõimatuks partikulaarõiguse saabumise teatawa küsimuse

-
1. SAVIGNY, SYSTEM DES HEUTIGEN ROEM. RECHTS, 1., lk. 173 jj.
 2. SYSTEM DES HEUTIGEN ROEMISCHEN RECHTS, 1., lk. 176.
 3. DAS GEWOHNHEITSRECHT, 2., lk. 54 jj.

suhtes. Seega olewat üldse kolm põhjust, milliste põhjal tuleb oletada, et õigusnormi pole olemas, ning tuleb keelduda omistamast autoriteeti tawale. Need põhjused on tawatsetawa normi wastolu jumalikkude seaduste, heade kommete ning kõrgemate õigusprintsipiidega. Seewastu wõiwat mõni muu otstarbetus wõi mõistuswastatus põhjustada waid wastawa normi äramuutmist seadusandja poolt, wõi mõjustada otseselt rahwast oma weenet muutma, kuna seewastu milgi tingimisel ei tohtiwat üksik kohunik, talitades oma isiklikkude waadete järele, kõrwale heita wastaw norm /wt. all 1 /. -Uuemaist kirjanikest waid Dernburg peab tarwilikuks eraldi mainida, et wastawa normi tawatsemisakt ei tohi olla wastolus terwe mõistuse ning häade kommetega. /wt. all 2 /.

8) Kaheksandaks mõningad nõuawad weel erilise tingimusena, et wastawad üksikud aktid peawad olema awalikud. Sedagi nõuet käsitleb lähemalt Puchta /wt. all 3 /. Rooma juristid nimetawat consuetudos peituwat üldist weenet tacita civium conventiõks, ning tacitus consensus omniumiks seesuguseid norme, mida populus probavit. Keskaegsed juristid olewat esitanud järgmised sellekohased küsimused: kes on see rahwas, kelle heakskiitmist eeldatakse? ja: kuna tawa saabub ju üksikisikute tegude läbi, siis mille põhjal me wõime oletada selle heakskiitmise olemasolu? Esimese küsimuse suhtes tulewat mainida, et segati rahwas ta loomulikus mõttes, ta natsionaalne mõiste, poliitilise korporatsiooniga. See põhjustanudki wäite, olewat waid tarwis majoriteedi nõusolu, ja wiinud küsimusele kas ekskommunitseeritud rahwas wõib põhjendada mingi tawa. Sama asjaolu põhjustanud ka nõude, et walitseja peab olema teadlik tawa olemasolus wähemalt sel juhul, kui tawa on wastolus jus scriptumiga. Teise küsimuse kohta käiwat wäide, et teod olewat niisugusel juhul awalikud, kui on olemas rahwa nõsolek. Keskaegsed juristid eritlesid selles mõttes kohtulikke ning mittekohtulikke tegusid, kusjuures wiimastest saawat rahwas harwemini kuulda. Sest saadik ongi jäänud püsima n.n. awalikkuse nõue, kuigi temast on aegade kestel wäga mitmet moodi aru saadud. Wanemad juristid nõudsid selliseid tegusid, millistest järgneks rahwa waikiw nõusolu, kui tawaõiguse tõeline põhjalus. Lisaks sellele nõudsid kanonistid ka weel seadusandja kaasteadmist. Hiljem hakanud sellekohaseid wäiteid mõjustama waade, et tawaõigus saabub wast tawast. Seepärast seletatud tegude awalikkust nii, et wastawaist tegudest peawad teada saama need isikud, kelle suhtes nad muutuwad kohustuslikuks normiks. Segatud seega awalikkuse nõue seaduste publikatsiooniga. Need, kes põhjendasid tawaõiguse seadusandja tahte, õelnud, pole nõuetaw tegude awalikkus, waid see asjaolu, et tegusid ei salataks ega warjataks. Puchta jõuab lõpptulemusele, et seesugust tegude awalikkuse nõuet üldse ei eksisteeri. Et teod on saabunud üldisest weendest, seda pole üldse tarwis kindlaks teha iga üksiku kohta eraldi, see järgnewat juba nende kordumisest. -Ka Savigny /wt. all 4 / leiab, et need, kes omistasid erilise tähtsuse, lähtuwad kas consensus populist wõi consensus principist, mis olewat lausaldased eksitused tawaõiguse olemuse suhtes, ning seepärast ei saawat tegude publitsiteedi nõuet üldse aktsepteerida. -Teatawasti ei peeta ka kaasajal tarwilikuks, seda nõuet eriti rõhutada.

-
1. PUCHTA, DAS GEWOHNHEITSRECHT, 2., lk. 54 jj.
 2. SYSTEM DES HEUTIGEN ROEM. RECHTS, 1., lk. 43 jj.
 3. DAS GEWOHNHEITSRECHT, 2., lk. 40 jj.
 4. SAVIGNY, SYSTEM DES HEUTIGEN ROEMISCHEN RECHTS, 1., lk. 180 jj.

§5. Eksituse mõjust.

Tawaõigusele osaks saanud hindamine on imelikul kombel väga tunduvalt mõjustanud teaduslikku teooriat. Ja see hinnang on olnud aegade kestel väga kõikuw. Seepärast on iga-suguste spetsiaalküsimuste suhtes ka weel tänapäewalgi olemas kõige wastolulisemaid waateid. Nii lähewad arwamused tunduvalt lahku selles, millist mõju awaldab eksitus tawaõiguse saabumisele. See küsimus näib olewat detailne ning tähsusetu, ent praktiliselt ta omab küllalt suure tähtsuse. Tänapäewal leidub küllalt juriste, kes üldiselt tunnustawad põhimõtet, et tawaõigus ei tohi põhjeneda eksitusel, ja teisi, kes seda asjaolu täiesti salgawad. Kolmandad jälle piirawad ning kitsendawad teda, enamasti päris omawoliliselt, ja nii näit. wäidetakse, et kauakestew taba, mis põhjeneb mingi seaduse ekslikul interpretatsioonil, ei produtseeri tawaõigust.

Enamikul põhimõtte: tawaõigus ei tohi põhjeneda eksitusel, pooldajaist kui ka wastastest ei näi olewat selge selle ütelse mõiste ning ulatawus. See on seletataw selle probleemi saabumiswiisiga. Selle üle poleks küll kunagi hakatud waidlema, kui mitte üks koht pandektidest poleks maininud eksitust tawaõiguse juures. See koht räägib lihtsalt ühest non ratiõne, introductum sed errore primum deinde consuetudine optentum, ja räägitakse kakweel kaasaajalgi päris üldiselt eksitusest tawaõiguse juures. On ilmne, et läheksime liig kaugele, kui täiel määral jaataksime lauset, et eksitus takistab tawaõiguse saabumist; teatawate tawatsemisaktide puhul esineb ju sageli eksitusi, mis on iseenesest täiesti kahjutud. Teisest küljest poleks aga ka õige teda täiesti eitada, sest wõib ju näiteks juhtuda, et teataw tegu ei kehti tawaõigusliku normi tawatsemisena, kuna eksitus, millisel ta põhjeneb, puudutab mainitud juhu puhul väga olulisi asjaolusid.

Nagu juba mainitud, walitseb segadus selle probleemi käsitamise suhtes. Kõige pealt tuleb öelda, et puudub selgus selle eksituse psühholoogilise toime kohta. Paljud käsitlewad eksituse suhet tahteaktidega üksiku tawatsemisakti puhul, teised jälle eksitust rahwatahte suhtes, kolmandad käsitlewad eksitust üksikisiku wõi üldise weende suhtes. Zitelmann leiab, et õpetusele tawaõigusest on olulise tähtsusega ja talle omase juriidilise tähendusega ainuüksi järgmine küsimus: millist mõju awaldab tawaõigusele eksitus, et see norm juba kehtib õigusena? /wt. all 1 /. Ta nimetab seda ka weel eksituseks objektiivse õiguse suhtes, ehk lühidalt õiguseksituseks.

Waatleme weidi lähemalt sellekohaseid waateid, Et uuri-da selle nõude ajaloolist külge, seks waatame esijoones, mida ütleb selle kohta Puchta. Tema arwates /wt. all 2 / räägiwad keskaegsed juristid eksituse mõjust tawaõiguse olemasolule niiwõrt kahtlewalt, et tahtmatult jääwat mulje, nagu oleks neil puudunud selge ettekujutus sellest errorist, mille mõju nad püüdsid kindlaks määrata. Kui nad rääkiwat consuetudõst non ratiõne sed errore inducta, siis ikka ainult kui consuetudõst contra legem, ja error seiswat neil nähtawasti ainult selles, et wastasel juhul pole silmas peetud kehtiwat õigust, waid on talitatud contra legem. - See kahtlew seisukoht olewat üle läinud ka uuemaile juristidele. - Puchta ise leiab, et kui tõestataw eksitus peaks tõepoolest takistama teatawat tawaõigusliku normi pidamast olemasolewaks, siis ainult seeläbi, et ta teeb olematuks õigusliku weende, millele põhjeneb taba. Näiliselt olewat wõimalikud järgmised kaks juhtu: 1. et tegu kui niisugune põhjeneb tegutseja eksitusel; sellest ei järgneks muud, kui et wastawat tegu ei saa kasustada kui tõendist teatawa tawaõigusliku normi olemasolu suhtes, 2. näib, et wõib olla tegu eksitusega rahwa poolt; kuna maksab põhimõte: nulla voluntas errantis est, siis sellise eksituse tagajärjel muutuks õigus-

normi olemasolu täiesti võimatuks, Ent lähemal waatlusel ilmnewat, et wiimane juhtum pole üldse mõeldaw. Rahwa arwamus, seega natsionaalsest rahwawaimust saabunud waade, wõiwat küll olla ekslik selliste küsimuste suhtes, milliste otsustamine ei kuulu rahwawaimu kompetentsi. Ent kus on tegu normiga, millise peab püstitama rahwa-teadwus, seal ei saawat olla juttugi natsiooni eksitusest. Järelikult wõiwat küsimus seista waid selles, kuiwõrt tawatseja eksitus wõib mõjustada wastawa teo pidamist mingi õigusnormi tawatsemiseks. Ning selles mõttes jõuab Puchta järgmisele resultaadile: juhul, kui tegutseja on arwamusel, et tema poolt tawatsetu on juba õigusnorm, kaotawat wastaw tegu iseenesest igasugused eeldused, olla mingi normi tawatsemisakt. Seewastu olewat wõimalik, et alul puudunud üldine weene saabub hiljem; ent see ei sündiwat mitte seepärast, et wastaw eksitus on lewinenud ning leidnud üldist tarwitamist, waid seeläbi, et rahwa õigusmeelele see norm näib heama ning wastuwõetawana. Kui ei saaks oletada sellist weenet, siis oleks olemas ikka waid igasuguse autoriteedita, eksitusel, ning mitte rahwaweendel põhjenaw taba. Näitena wõidawat tuua juhul, kui teatawale isikule lubatakse mingi õiguse teostamist teiste isikute suhtes, kuna ollakse ekslikult arwamusel, et on olemas wastaw seadus, mis teda selleks õigustab. Kui seda õigustuse teostamist lubas kogu selle tawatsemise kestel waid see ekslik arwamus, ilma et sellele oleks liitunud mingi iseseisew tunne sellise teguwõisi õigustatusest, siis ei eksisteeri selle tawatsemise tagajärjel mingit tawaõiguslikku normi, ning samuti nagu pole olemas õigustawat seaduslikku normi. Ja seda nimelt seepärast, et puudub rahwaweene, ning mitte seepärast, et wastaw arwamus oli ekslik. Natsionaalset arwamust mingi seaduse olemasolu üle pole olemas, samuti nagu pole natsionaalset arwamust teatawa ilmajao olemasolu, loodusnähte olemuse wõi ajaloolise sündmuse üle, seepärast pole wõimalik ka sellekohane natsionaalne eksitus.

Ka Savigny peab wõimalikuks erandlikke, eksitusel põhjenewaid tegusid. Nii näit. ei olewat eksitus takistuseks seesugusel juhul, kui tegelikult olemasolewa rahwaweende kõrwal teoreetiline eksitus on osutunud waid tugewnduseks. Samuti olewat lugu siis, kui tegu on miiwõrt wäline ning loomult ükskõikne, et ei saa olla juttu sellekohasest sisemisest weendest /wt. all 1 /.

Kui teatawat normi mainitakse kehtiwana, siis tekib kõige pealt küsimus, milline on sellekohane õiguallikas. Nii ka selle normi puhul, millise põhjal tawaõigus ei tohi põhjeneda eksitusel. Sellise normi allikaks peetakse ühte kohta rooma õigusest, ja nimelt Celsuse l. 39. D. de leg. 1. 3, mis kõlab järgmiselt: Quod non ratione introductum sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet. Selle koha ümber on kestnud elawad waidlused, ning kaasajani on esitatud 3 tähtsamat interpretatsiooni. Ühed waidawad, eeltoodud tsitaadiga olewat tahetud öelda, et eksitusel põhjenew taba ei loo õigust. Sellist tõlgendamist peab Zitelmann kahel põhjusel wõimatuks. Esiteks tulewat mõõnda, et seda kohta nii mõistes, ta ei kehti mitte waid õigusliku eksituse, waid ka igasuguse teise eksituse suhtes. Ja ka õigusliku eksituse suhtes ta kehtiwat igasuguse piiritluseta. Selliselt tõlgendades eriti ei tohtiwat esitada lauset, et tawaõigus wõib hiljem hakata kehtima, kui tawatsemine, mis esialgu põhjenes eksitusel, hakkab hiljem toimuma õigusliku weende mõjul. Sest see rooma õiguse norm käiwat just selle wiimase juhu kohta, millist paljud ei tahtwat tunnustada: mis alul sünnib eksituse põhjal, hiljem consuetudine optentum est. Seetõttu tõlgendab Zitelmann mainitud kohta järgmiselt: singulaarsekt õigusnormi saawat analoogselt laiendada nagu igat teistki; ent juhul, kui rooma juristide õigustloowa tegewuse läbi, wõi tawa läbi, mis põhjeneb eksitusel, eriti seaduste ekslikul tõlgendamisel, on statueeritud teiste õiguspõhimõtetega wastolus olew erandnorm, siis ei tohi

teda laiendada /wt.all 1 /.

Zitelmanni waadetega wastolus on Sturm. Üldjoontes ta ütleb eksituse kohta järgmist /wt.all 2 /: kui on tawatsetud mõnda ekslikult õigusnormiks peetud normi, siis juhul, kui tawatsejad järgnewail kordadel ise aru saawad, et senini on olnud tegu eksitusega, ei omistata sellisele tawale objektiivse õiguse wõimu. Sageli juhtuwat aga nii, et unustatakse eksituse põhjus, ning norm kehtib tegelikult õigusnormina. Sel juhul on olemas pärast mõneajalist kestwust õiguslik taba, ning kohtunik talitaks oma subjektiivse weende, mitte aga objektiivse õiguse kohaselt, kui ta ei wõtaks arwesse sellist normi, pidades teda ekslikuks. - Mis puutub tsiteeritud rooma õiguse koha seletamisse, siis leiab Sturm, et seda olewat wõimalik seletada kahel wiisil. Esiteks wõiwat see koht rääkida eksitusel põhjenuwast tawast, milline ei saa püsida seepärast, et ta teatawal aegjärgul on keelatud rahwa üldistes õigusnormides; error seiswat selles, et peetakse makswaks spetsiaalset normi, ning kas tõeliselt olemasolewat üldist õigusnormi peetakse mitte-olemasolewaks, wõi ümberpöördukt. Teiseks ta peab aga õigeaks ka Windscheidi waadet. Nimelt olewat ka wõimalik oletada, et eksitus takistab kui õiguslik eksitus; sest ratio tähendab õiget arwestust, mitteeksitust, ja seega ta wõib väga hästi olla ka wastand errorile. Olewat ilmne, et tawatsejad oleksid aru saanud eksitusest, kui sellele oleks juhitud nende tähelepanu. Selline tegu wõiwat juurduda, ning muutuda õigusnormiks. Kui tawatsejad saaksid wast siis aru, et on tegu juurdunud eksitusega, siis nad ometi ei loobuks sellest normist, kuna wiimase loojaks on ju ikkagi tawaõigus, ning mitte eksitus. Zitelmann ja Dernburg eksiwat, kui nad arwawad, et mainitud kohas on juttu hilisemast tawast. Seewastu räägitawat seal hoopis esimest kordadest, kus talitatakse ekslikult, ning seda mitte ei tehtaks, kui tawatsejad saaksid aru omast eksituseest. Hilisemal juhtudel wõiwat aga eksitus ununeda, ning saabuda õiguslik taba.

-
1. GEWOHNHEITSRECHT UND IRRTUM, Archiv für ziv. Praxis, Bd. 66. n. 13 lk. 345.
 2. DER KAMPF DES GESETZES MIT DER RECHTSGEWOHNHEIT. lk. 21.

gi kahtlust kahe ülejäänud õigusallika /seaduõigus, juristide-õigus/ olemasolu suhtes, ega ole tarwis seda kehtiwust eriti põhjendada. Sest kuna kaudne õiguse saabumine eeldab ka otsese olemasolu, kuna juhul, kui poleks rahwast ega otsest rahwaweeknet, poleks ka riike ega juriste, seega ka mitte juristideõigust ega seadusi, siis wõidawat pigem öeldax, et selle teise kahe õigusallika olemasolu pigem tõendab tawaõiguse kehtiwust, ega wõiwat tekitada mingit kahtlust. -Õigus omandawat oma tõelise kehtiwuse kohtute kaudu, millised on üks riikliku korralduse haru; seega ta omandawat kehtiwuse kodanliku ühiskonna ja riikliku wõimu haru läbi, mida nimetatakse justitsiks. Riiklik korraldus wõiwat olla ka weel wäga madalal järjel, nagu ta oli seda näit. wanade germaanlaste juures; ent ometi me ei leidwat rahwast, kellel puuduks üldine weene üldise tahte realiseerimise suhtes. Olewat mõeldaw, et riiklik wõim takaks piirata tawaõiguse kehtiwust, ta tarwitamist kohtutes kas sel määral, et ta üldse keelab tawaõiguse tarwitamist kohtutes, ning nõuab, et piirdutakse waid seadustega, wõi jälle nii, et ta teeks takistusi ta kehtiwuse tõestamiseks. Sellist kitsendamist wõiksid põhjustada erinewad waated ühe wõi teise õigusallika kõlblikkuse kohta, wõi teised politilised põhjused. Seeläbi olewat siis üldse wõinud tekkida kahtlused tawaõiguse kehtiwuse suhtes, ning samuti ka katsed neid kahtlusi põhjendada. Ent sellised kahtlused oleksid wõinud saabuda ainuüksi wäljast poolt, mitte aga järgneda tawaõiguse ning riigiwõimu loomusest, kuna ju riik ka sugugi ei absorweeriwat seda natsionaalset ühingut, milline olewat ta aluseks. Kuna ta ju õieti lähtuwat samast allikast, kust woolaxb tawaõigus, ning kuna riiklik korraldus olewat waid ühe rahwa lõplik formeerumine, siis olewat wõimatu, et riik astuks waenuliselt wastu tegewusele, millisest ta ise saabunud, mis moodustab ta sisu, ta põhialuse. Järelikult wõiwat isegi selles olukorras rääkida tawaõiguse kehtiwusest ainult samuti kui räägitakse õiguse kehtiwusest wõi rahwaste ning riikide olemasolust. -Ent enamik ta kaasaegseist juristidest olewat hoopis wastupidisel arwamusel; kuna neile olewat selle õigusallika kehtiwuse selgitamine just eriliseks uurimisaineks. Selle küsimusega tegeletud juba waremail aegadel; uemad erinewat wanadest seepoolest, et nad seda küsimust weel palju hoolamini ning palju komplitseeritumalt käsitlewat. -Edasi asub Puchta selgitama noia tegureid, mis aitawad kaasa selliste arwamuste saabumiseks. -Esijoones ta mainib sellise tegurina kirikut. Niipea kui kirik suutnud kõige warasemal keskajal end wabastada ilmaliku wõimu mõju alt ning hakanud omandama wälist sõltumatust, ei olewat wõinud jääda tulemata konflikt ta seaduste ning üksikute rahwaste kommete ning õiguslikkude tabade wahel. Olewat seega loomulik, et kirik noisse tawaõigustesse, mis otseselt wõi kaudselt puudutasid kirikut, ei suhtunud just mitte heatahtlikult. Sellele lisanduwat weel sisemise põhjusena asjaolu, et katoliikliku kirikukorralduse loomuse tõttu, milline ei põhjene sugugi natsionaalseil aluseil, waid mis neist pigemini wõimalust mõõda püüab üle saada, ei saanud tawaõigus olla kuidagi kirikliku-õiguse allikaks. Kuigi kirik polnud ise täiesti teadlik sellises mittewastawuses, mis ilmnewat kanonistide töödest, kes selle allika mainimisel tsiwilistide teooriale, siis ei saawat ometi eitada, et teataw tume aimdus olnud sellest siiski olemas. Juba waremates kanoonilistes õigus-kogudes, nagu Gratiani dekreet ja selle allikad, leiduwat rida kohti, kus rõhutatakse tabade uurimise tarwilikkust, alistades taba jus naturaléle, ratiole, veritasele. Sellised kohad ei tulenewat ei juristide teooriaist ega põhjenewat nad rooma õigusel, waid nad olewat tekkinud puhtkiriklikel printsiipidel. Nii Peetruse kui ka hilisemais kanoonilistes õiguskogudes ilmnewat see tawaõiguse sekundaarne seisund küllalt selgesti. Nii rääkiwat Corpus juris canonicisse kuuluwad dekreetide kogud, niiwõrt kui nad üldse puudutanud tabasid, aina sellistest, milliseid nimetatakse maksusetuiks tõsioludele, mõistusele, kiriklikule wabadusele wastukäiwaina. Seega olnud wsihitud selle õigusallika wastu tugew opositsioon, milline olewat põhjustanud asjaolu, et ei saanud tekkida idee, et tawaõiguse kehtiwuse põhjus peitub temas eneses; kuna selliste kitsenduste tõttu sunnitud juriste otsima seda põhjust mujalt. -Üks uemaid kanoniste, kes püüab näidata katoliikliku kirikukorraldust ning ta ajalugu wõimalikult hääs walguses, leidwat,

tawaõigus~~xx~~ olnud katolikus kirikus eriti priwilegeeritud seisukorras. Selline õpetus olewat lausaldaselt ekslik. Corpus juris canonicis leiduwat tõepoolest kohti, kus kinnitatakse ning tunnustatakse üksikuid tawaõiguslikke norme, ent sest hoolimata pidawat ometi olema selge, et seda ei saa nimetada mingi õigusallika eelistamiseks, kui teda ei muudeta täiesti ära. Katoliku kiriku seisukohalt see olekski olnud mõttetu, soodustada natsionaalseil allikail põhjenuwat õigusallikat, kuna ta ju ise tahtis olla sama üldine nagu religioongi. Sellega oleks omistatud natsionaalsele printsiiibile suur mõju sellisele korraldusele, mis on alati püüdnud wabaneda selliseist partikulaarseist mõjudest. Puchta leiab siin olewat tegu tawaõiguse olemasolu ning ta wälise esinemiswormi ärawahetamisega. Consuetudo, harjumus jne. olewat ju midagi puhtfaktulist ning õiguslikult mittetähtsat; õigusliku tähtsuse omistawat talle ju waid temas peituw mõte. See mõte wõiwat olla wäga mitmesugune, ning seepärast esinewat ka wäga mitmesuguseid tabasid. Nii me leidwat ka kanoonilise õiguse allikais eeskirju, mis tungiwalt soowitawad kinnipidamist wanast ning kombeksaanust, ning see olewatki ka täiesti kooskõlas katoliku kiriku loomusega. Kui oleks seega taba ning tawaõigus identsed mõisted, siis oleks ülal mainitud kanoonistil õigus, kui ta nimetab tawaõigust katoliiklikus kirikuõiguses eriti soodustatuks. Ent see taba, mida kanooniline õigus soodustab, olewat midagi hoopis muud, kui see, mis põhjeneb üldisel rahwaweendel.

Järgmisena asub Puchta /wt. all 1 / keskaegse ilmliku wõimu waatlemisele, ning leiab siin kaks asjaolu, mis tema arwates wõisid põhjustada tawaõigusele ebasoodsate waadete saabumist. Esimesena ta mainib keisri wõimu rahwaste ning nende senise korralduse üle, teiseks rooma õiguse, üldse jus commune lewinemist wastandiks germaani õigusele. Nimelt olnud germaani rahwaste korraldus keskajani selline, et kindla riikliku korralduse kujunemisele wõidi pigemini waadata kui surwele, mitte aga kui wabaduse garantiile. Senine loomulik wabadus, ehk õigemini: sidumatus õigusega, ei olewat wõinud leida kaitset hästikorraldatud riigiwõimult. Selline oli alamate waade. Ent ka riigiwõim omalt poolt pidanud kahjulikuks mõndagi, mis seda tegelikult sugugi põlnud. Nii tekkinud opositsioon regendi ning üksikisiku loomuliku wabaduse wahel. Mõlemad seisnud wastamisi waenuliku parteina, ning seda asjaolu, et walitseja ning walitsetawad moodustawad terwiku, nii et ühe tahe on ühtlasi ka teise oma, ei olewat pääsenud mõjule. Sellise olukorra juures rahwad waadanud oma õigusele ning kommeteale kui millelegi, mida tuleb kaitsta usurpatsioonide eest; et see olnud tõesti nii, seda näitawad sajanõude kestel sõlmitud lepped keisri ning seisuste, walitsejate ning alamate wahel. Ei olewat siis ime, kui keisrid ei pidanud seda rahwa tawaõigust millekski kogu sellele rahwale omaseks, mille liikmed olid ka nemad, ning kui õigusele, mis põhjeneb üldisel rahwaweendel; waid sellele waadatud kui alamate õiguskorrale, millise arengut peab riigiwõim takistama. Ning selline meelsus astunudki tegewusse seal, kus opositsioon põlnud küllalt tugew, et seda ära holda. - Need waated awaldanud mõju ka glossaatoreile, seda enam, et ka corpus juris ise sisaldawat kohti, millised pooldawad eeltoodud meelsust. Seega keskaegsed juristid pidawat, wastandina walitsejale just alamaid tawaõiguse allikaks, mispärast nad tegewat tawaõiguse tootmiswõimu olenewaks statuutide andmise wõimest. Nad omistanud tawaõiguse kehtiwuse põhjuse kas täiel määral seadusandlikule wõimule, kelleks oli wanas Roomas rahwas, wõi tegewat ta olenewaks walitseja, seadusandja nõusolekust. - Sellised olid Puchta arwates need asjaolud, milliste mõjul hakati otsima neid põhjus~~ix~~eid, miks tawaõigus kehtib.

Kuna seewastu uuemad juristid eranditult peawad õigustatuks, et püütakse selgitada neid põhjusi, milliste mõjul mingi tawaõiguslik norm omab kehtiwuse. Nii ütleb näit. Sturm /wt. all 2/ selle kohta järgmist: õigus põhjenuwat lahutamatul

-
1. DAS GEWOHNHEITSRECHT, 1., lk. 190 jj.
 2. DER KAMPF DES GESETZES MIT DER RECHTSGEWOHNHEIT, lk. 13 jj.

wabaduse ning vajalikkuse /Notwendigkeit/ ühendusel. Samuti p põhjenuwat sellisel ühendusel ka taba. Seega olewat tawa ole-
mus sisemine vajalikkus, tarwidus. Ta toob sellekohase näite.
Keegi möödub järjekindlalt iga päew ühest kerjusest. Esimesel
ning teisel päewal ta andwat talle, puhtast kaastundest mõjus-
tatuna, mingi almuse. Nädala pärast ta olewat nii harjunud and-
ma kerjusele almust, et ta ei tee seda juba mitte enam kaas-
tundest, waid sisemise wadjaduse sunnil; ta talitab sundiwa wax
sundiwa seaduse kohaselt, ent see seadus olenewat just tema
enda iseloomust, sest kaastundmuseta inimene ei alistuks sel-
lele seadusele. Sama, mis siin üksikisiku juures on iseloomxxx,
olewat rahwa õigusliku tawa puhul natsionaalne õigustunne.
Wiimane kutsuwat esile huwidele wastawa tegeliku korra, sündi-
gu see siis teadlikult wõi teadwusetult. Ühetaoline, alul sihi-
lik, hiljem teadwuseta ning mittewabatahtlik kordamine, õiglus-
tunne ning ka aja jõud wangistawat rahwa tahte; ta tundwat en-
nast ennast seotud olewat tegeliku olemasolewa korraga; seega
olewat tegelikust korrast saanud õiguslik kord; wiimasest saa-
wat abstraheerida teadwuseta täidetawaid norme, milliste summat
me nimetame tawaõiguseks. Seepärast me ei tohtiwat otsida õi-
gusliku tawa põhjust selles, et rahwas tahab luua endale õigust,
sest rahwa tahe on subjektiivne mõiste; ega tohi me ka oletada,
et weene, wastaw õigus on juba olemas, põhjustaks õigusliku
tawa, sest ka igasugune weene on midagi subjektiivset; waid me
pidawat leidma õiguslikum tawa põhjuse kõige puhtamas objek-
tiivsuses, nimelt õigustunde wõimus, milline, põhjenedes rahwus-
likul alusel, andwat rahwa õiguselule wastawa suuna. Waadet, et
taba on õiguse saabumispõhjus, nimetab Sturm materialistlikuks;
seewastu wõiwat nimetada ajaloolise kooli sellekohast õpetust,
mille põhjal taba on waid õiguse awaldumisworm, spiritualistli-
kuks. Tema isikliku waate põhjal, mis olewat muide ka üldine,
olewat taba lihtsalt õiguse kehtiwuse wäline tõsiasi. Kuidas
see ideaalne wõim tekib, s. t. kuidas õigusliku tawa saabumis-
loos ühineb õigusmõiste wajalikkuse mõistega, seda ta seletab
järgmiselt: nii nagu inimesed saawad aru kas wõi näit. weksli-
suhete tähtsusest, nii olewat neil ka aimdus õigustundest, mil-
line juhul, kui ühe isiku omawoli wõitluses olemasolu eest sa-
tub wastollu teise isiku omawoliga, pidawat wiima lahenduseni.
Omaabis ei saa leida sellist lahendust, kuna see wiiks taas
tagasi omawoli juurde. Seepärast otsiwat õigustunne teist la-
henduswiisi. Algawat huwide wõitlus; wajalikkuse nõuded, wõimsa
juristide-seisuse mõju, eelarwamused, vis inertiae, kõik need
mõjurid wiiwat wälja ühtlase tawani. See wõitlus kestuwat seni,
kuni aja mõjul tegelik olukord on muutunud õiguslikuks, kuni
õigustunne on wiinud instinktiivselt täidetawa objektiivse
õigusnormini, milline oma ideaalse wõimuga walitsewat rahwast.
Sest momendist, kui konstantse teguwiisi juures tunne: nii see
pidi olema! paisub õigusliku wajalikkuse tundeks, kui ta seega
objektiweerub, olewat olemas kehtiw tawaõiguslik norm. -Maini-
tud waade on leidnud nüüdisaegsete teadlaste juures üldist
tunnustust, ning teda teda tuleb pidada õigeaks.

Ent aegade kestel on esitatud weel palju teisi waa-
teid, teooriaid, milliste sihiks on olnud määratella tawaõiguse
kehtiwuse põhjust. Neist on tähtsaimad kolm: nn. suwangu-teoo-
ria, tahte-teooria ning weende-teooriad; käsitlen neid igaühte
eraldi lõigendis.

§ 2. Suwangu-teooria.

Enamik waremaaegseid, ning ka weel mõned üksikud kaas-aegsed teadlased tuletawad tawaõiguse kohuslikkuse sellest asjaolust, et seadusandja teda lubab ning heaks kiidab. Sel teoorial, mida nimetan parema tärmini puudumisel suwangu-teooriaks, on paljubarjundeid: räägitakse seadusandja awaldatud ja waikiwast, spetsiaalsest ja üldisest konsensist wõi tahtest.

Selle teooria puudulikkus ilmneb just siis, kui asuda tema abil lahendama spetsiaalküsimusi. Kui näiteks püüaksime tema põhjal otsustada tawaõiguse üksikute nõuete olemasolu, siis näeksime, et ta jätab selles suhtes ruumi igale järgnevaist teooriaist, ega tee ta mõisteliselt wajalikuks ühegi nõude olemasolu: sest seadusandja wõib tawaõiguse suhtes teha igasuguseid korraldusi, seega ta järelikult wõib määrata ka seda, et üldine õigusweene wõib kujundada õigust kas iseenesest, wõi ainult sel juhul, kui teda tawatsetakse üksikuis aktides jne. /wt. all 1 /. Selle teooria kritiseerimisele asume aga wast käesolewa lõigendi lõpus, enne on tarwis käsitleda üksikuid sellekohaseid waateid.

Mis puutub ajaloolisse kooli, siis see hõidab suwangu teooria kõlbmatuna kõrwale, ning leiab, et seadusandja suwang ei saa kuidagi olla tawaõiguse kehtiwuse põhjuseks. Ta sellekohane seisukoht awaldub Puchta teoses /wt. all 2 /. Kuna tawaõiguse allikaks tulewat pidada loomulikku weenete ühtumist, siis juba seepärast ei wõiwat olla riiklik wõim tema kehtiwuse põhjustajaks, et selle riigiwõimu enda olemasolu oleneb algsest rahwaweende mõjust. Riikliku korralduse saabumist olewat näiliselt wõimalik seletada kolmel wiisil. Esimest wiisi, riigiwõimu saabumist lepingu alusel, tulewat tänapäewal pidada kahtlemata fiktsiooniks. Teiseks näiwat tõenäolisena, et riik on saanud rahwa loomliku ning natsionaalse ühtumise läbi. Sel juhul olewat riigiwõim kõigiti mõistuswastane, ning teda ei wõidaks juba puht seepärast pidada millegi muu õigusliku põhjuseks. Seega jääwat üle waid kolmas oletus, et seadusandlus on ise ka selle üldise weende läbi saanud, ega wõi ta sellepärast olla wiimase kehtiwuse põhjuseks. Samuti ulatuwat ju ka üldise weende tekkimine kaugele üle riigiwõimu sfääri, teda ei saawat tabada üldse ükski maine wõim. Seega wõiwat olla juttu waid seadusandluse mõjust selle üldise weende maksmapanekule, tawaõiguse tegutsemisele; kas wõiks seepärast öelda, et seadusandja on tawaõiguse kehtiwuse põhjuseks, et ta wastawa seadusega wõib kaotada tawaõiguse igasuguse kehtiwuse? Kui seda jaatada, siis wõiwat sama hästi ka igauks meist öelda, et ta on oma naabri elu põhjuseks, kuna ta wõiks teda surnuks lüüa.

Oleks wiljatu, jälgida kõiki neid modifikatsioone, millistega uemad teadlased esitawad seadusandja tahet kehtiwuse põhjusena. Sest praktiliselt on mõjunud waid see waade üldiselt, mitte aga need wäikesed erineused. Mõningad peawad küsimust puhtteaduslikuks, ega tee wastusest mingisuguseid järeldusi tawaõiguse enese kohta. Teised seewastu tegid sellest tawaõiguse olemasoluks olulise nõude. Wanemad juristid kujundasid sellest nõudest siis seadusandja generaalse ja spetsiaalse, awaldatud ning üldise konsensuse. Seejuures leiab Puchta /wt. all 3 /, et generaalse waikiwa konsensusega pole õieti midagi öeldud, ning seepärast ta olewat kõige wähem hädaohtlik tawaõiguse olemasolule. Generaalse awaldatud consenssi puhul wõidud wähemalt olewiku suhtes osutada corpus juris civilisele ja canonicile, samuti ka riiklikele sedusile, millistes see consensus olewat juba antud üldise õigusena. Seewastu olewat spetsiaalne consens tawaõiguse olemasolule juba palju häda-

-
1. ZITELMANN, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 66. n. 13.
 2. DAS GEWOHNHEITSRECHT, 1., lk. 209 jj.
 3. DAS GEWOHNHEITSRECHT, 1., lk. 211.

ohtlikum. Spetsiaalsest waikiwast consensusest saadi weel see- läbi kuidagi üle, et tarwitati walesti mõistet consensus, mida olewatki ka küllalt sageli tehtud. Ent spetsiaalne awaldatud consensus tegelikult kustutas tawaõiguse õigusallikate seast; seda wiimast consensust olewat aga üldiselt väga harwa nõutud, kuna ainult wähesed taotlesid seda tawaõiguse täielikku häwi- tamist.

Adickes /wt. all 1 / aga teatud määral siiski õigustab suwangu-teooriat. Ta enda arwates awastas selle teooria tõeli- se tuuma, eriti selles suhtes, mis puutub seadusandja waikiwas- se suwanguusse. Wõiwat tõepoolest rääkida seadusandjast kui ta- waõiguse kaudsest põhjustajast, kuna ta wastawat normi waiki- walt heaks kiidab selle aja kestel, mis wajalik wormilise üle- kohtu, õiguswastasuses kõrwaldamiseks ning uuele korrale õi- korra loomuse omistamiseks. Niisugusel puhul olewat väga olu- line, et seadusandja waikiks, kuigi ta on puudustes teadlik.

Kõige pealt tuleb mainida, et esitatud teooria on kõi- giti puudulik ning tähtsusetu. On ilmselt selge, et see teooria põhjeneb fiktsioonil. Sest tawaõigus kehtis, kui mitte kaua enne seadusandja olemasolu, siis ometi kaua enne seda, kui seadus- andja hakkas reflekteerima ta kehtiwuse kohta. Samuti tuleb se- da teooriat selles suhtes pidada ekslikuks, et ta eeldab sea- dusandja selgesõnalise wõi waikiwa suwangu olemasolu. Mis puu- tub eriti generaalsesse, kõige tulewase tawaõiguse eel käiwas- se sanktsiooni, siis selline oli tõepoolest Justinianuse kodi- fikatsiooni läbi olemas kindla seadusena, ent see oli kehtiw- waid sellal, nüüdisajal aga sellist ei eksisteerü, sest meile pole corpus juris mitte seadusõigus, waid tawaõigus. Ning lõp- peks, kuigi oletame, et seadusel on jõud keelata tawaõigust, siis pole sellega ometi weel öeldud, et tawaõigus kehtib ainu- üksi tänu seadusele; kes nii arwab, see wahetab ära positiiwse põhjuse ühe takistawa tingimuse puudumisega; Puchta ütleb wä- ga tabawalt, me ei olewat seepärast weel mitte oma naabri elu põhjuseks, et me wõime teda surnuks lüüa.

§3. Tahte-teooria.

Paljud teadlased tuletavad tawaõiguse kehtiwuse rahwa wõi wastawat normi zawatsewate isikute tahteaktist. Ka seda tahteteooriat on esitatud wäga mitmesugustes modifikatsioonides. Rooma juristid rõhutawad korduvalt tacita civium conventiot, wõi tacitus consensus populi ehk omniumi. Rahwas kui seadusandliku wõimu kandja wõib oma sellekohast tahet, et mingi norm oleks õigusnorm, awaldada kas selgesõnaliselt /seadus/wõi ka waikides /tawaõigus/. On juba korduvalt tähendatud, et siinjuures olewat tegu arawahetamisega. Nimelt leitakse, et siinjuures wahetatawat politiliselt organiseeritud populus rahwaga ta "loomulikust mõttes". See arawahetamine sai paljudele hilisematele teadlastele saatuslikuks. Muide tuleb aga möönda, et rooma juristid pole kogu sellele waatele detaidides omistanud mingit praktilist tähendust: nad löid selle teooria, kuna neil oli tarwidus, põhjendada kehtiwat korda teoreetiliselt. Ent hilisemad teadlased wõtsid seda teooriat tõsiselt. See on seletataw selle suure autoriteediga, mida omistati rooma õigusele. Seda teooriat tarwitatigi siis ka wäga mitmel wiisil. Puchta kirjeldusest /wt. all 1 / ilmneb, kuidas glossaatorite teooria sidus consuetudo statutumiga, ja kuidas wähemate ringide tawaõigust tootwat jõudu tuletati autonoomiast. Seda autonoomia mõiste rakendamist siinkohal peab Zitelmann /wt. all 2 / tahteteooria seisukohalt mitte ainult arusaadawaks, waid koguni paratamatuks weaks. Ta leiab, et kui tawaõiguse kujundamine on kaudse /waikiwa/ seadusandluse töö, siis wõib tema subjekt olla ka ainult seesugune, mis warustatud wõimuga anda seadusi, seega autonoomne subjekt. Ka selguwat siit, kui kergesti wõib sellelt teoorialt sattuda tagasi seadusandja suwangu teooriale: sest autonoomiale waadatawat kui juba olemasolewate õigusnormide panusele /Niederschlag/ autonoomse subjekti jaoks; kuna nimelt autonoomia on olemas kehtiwa õiguse tagajärjel, siis wiib ka autonoomia tagasi juba olemasolewaille positiivsele õigusnormele, kuna ju tawaõigus on olemas autonoomia tagajärjel.

Uuemal ajal otsisid selle teooria pooldajad talle jälle uut põhialust, ning sidusid teda ajaloolise kooli põhiwaadetega. Tawaõigust kujundawat tahet iseloomustati lähemalt kui üldsuse, rahwa tahet. Seega teda ei mõistatud mitte kui üksikute tahet, waid analoogselt üldisele õigusweendele, kujutleti teda mingi ülalpool üksiktahet seiswa orgaanilise fenomeenina.

Tahte-teooria praktiline tähtsus on aga wäga suur. Sest esitatagu teda millises warjundis tahes: igasugusel kujul ta nõuab tawaõiguse saabumiseeldusena, et üksikuid tawatsemisakte wõetaks ette tawatsejate poolt tahtmisega, muuta tawatsetawat tulewikus õigusnormiks.

Juba glossaatorid esitasid kokkumatult selle nõude, ning sama terawalt ka paljud hilisemad teadlased. Kuna tänapäewal ilmneb konstantne õiguse tarwitamine just kohtute tegevuses, siis sellest järgneb, et kohtud tahtelikult ja teadlikult wõiwad harrastada teatud liiki seadusandlust /wt. all 3 /.

Ülaltoodust järeldus olewat möödapääsematu. Sest need "omnes", kelle tahtel pidawat põhjenema tawaõigus, on ju eelkõige just tawatsejad. Ka need uemad, kes statueeriwad "rahwa tahet" wastawalt ajaloolise kooli põhimõtetele, ei pääse sellest järeldusest. Sest mõistetagu selle "rahwa tahte" all mida tahes: seks, et teda saaks üldse ära tunda, ta peab esinema ük-

-
1. DAS GEWOHNHEITSRECHT, 1., lk. 149.
 2. GEWOHNHEITSRECHT UND IRRTHUM, Archiv für ziv. Praxis, Bd. 66, n13.
 3. ZITELMANN, Archiv für ziv. Praxis, Bd. 66, n. 13.

sikuna; seega on nõuetaw ka üksiku tawatsemisakti juures tawatseja seadusandlik "tahe". Asjaolu, et paljud seda nõuet ei esitata, seletuwat seega, et puudub selge kujutus sellest "tahtest", ning seepärast teda segatakse wõi identifitseeritakse mõistega "rahwaweene".

Esitatud tahteteooria on wastuwõetaw, kuna ta näib käsitlewat seadusõigust ning tawaõigust ühtlaselt, ning näib tuletawat ühisest allikast. Ent ometi tuleb teda pidada puudulikuks ning empiirilisel tõeestamatuks. - Wõimatu on ta esijoonest seepärast, et just need üksikud, kes wastawat normi tawatsewad, seda seeläbi muudawad tawaõiguseks, et nad tahawad teda õiguseks muundada. Sest isegi juhul, kui selline tahe oleks olemas, jääks ometi lahendamata peaprobleem: kuidas wõib wähes-te üksikute tahe põhjustada ka teiste suhtes kehtiwat õigust. Ning suhteliselt on ju nende hulkk wäga wäike, kel on wõimust tawatseada wastawat normi. Kuna seega peaks räägitama consensus utentiumist, siis rääkides consensus omniumist, mõeldakse seejuures üldtahet selles erilises metafüüsilises tähenduses, wõi jälle on tegu ränga eksitusega. Sest utentes pole weel mitte omnes, nad pole enamasti isegi mitte majoritõet, nad on waid mõned üksikud. Ning jääbseletamatuks, miks need üksikud oma tahtega saawad siduda teisi. - Ent pealegi pole noil üksikuil seda tahet üldse olemas! Selline tahe oleks wõimalik ainult selliste isikute juures, kes on weendunud siintoodud eksliku teooria õigustatusest. Sest tahetakse ning wõidakse tahta ainult seda, mida arwatakse oma tahte abil ka wõiwat kätte saada. Ent kes ei usu, et ta oma tahte abil wõib luua õigust, see seda ka ei taju. Ja nii olewatki ka tõeestatud empiirilise waatluse abil, et üksikute tawatsemisaktide sooritajail seda tahet pea kunagi pole. -

Seda esitatud argumenti ei kõrwaldata ka mitte seeläbi, et opereeritakse eelmainitud mõistetega "üldtahe", seega eriti rahwatahtega. Sest kuigi ka üldsuse tahet tuleb kujutella erinewana üksikute tahtest, siis tal ometi pole ühtki teist realiseerumise moodust, ühtki teist awaldumiswõimalust, kui just nende üksikute tahtena. Kui ta sel teel ei awaldu, siis ta pole üldse tunnetataw, ega tule sellisena ka üldse mitte arwesse. Nagu aga juba mainitud, pole sellesuunalist empiiriliselt tõeestatawat üksikute tahet kas üldse mitte olemas, wõi ta wähemalt esineb wäga harwa. Üldiselt tuleb seega mõõndada, et sellist üldsuse tahet tawaõiguse kujundumisel üldse ei esine.

Ning kuigi oletaksime ta olemasolu, siis me seega ometi ei saaks lahendada probleemi tawaõiguse kehtiwuse nn. põhjusest. - Tawaliselt alatakse lihtsalt wäitega, et üldtahtel, eriti rahwatahtel, on jõud luua õigust, mis sõnaselgelt awaldub seadusena, ja waikiwalt tawana. Ent mis tõeestab siis selle nii tähtsa lause õigustatust? Seadusõiguse suhtes wõime tegelikus elus tähele panna just hoopis wastupidist. Seadusõigus on see, mida seadusandjad seadusena tahtsid, mitte aga üldise tahte sisu. On ju küll wõimalik, et teatawa riigikorra puhul teostab poliitiliselt organiseeritud rahwas seadusandlikku wõimu; ent tawaõiguse subjektiks olewat ju rahwas ta loomulikus mõttes! Ja kuigi see poleks nii, siis ometi selgitaks meile see waade tawaõiguse saabumist ainult nois riiges, kus seadusandlik wõim on rahwal; on aga ilmselt selge, et see me wajame kõikjal ühtwiisi kehtiwat põhjendust.

Kui tahaksime oletada, et see on kõikjal rahwa tahe, mis loob nii seadusi kui tawaõigust, siis wõiksime seda arwata ikkagi waid selle eeldusega, et see rahwa üksikuid isikuid ka tõeepoollest seob. Ent niisugusel juhul wajab tõeestamist ka juba see eeldus ise. Isegi see nii enesest mõistetaw wäide, et üksikisik iseoma tahteakti läbi on seotud selle enda poolt tahetuga, ei pea uemate uurimuste põhjal paika. Rahwatahe olewat aga nende üksikute tahtest erinew, ning nii jääb meil ikka püsima probleem: kuidas saab mingi tahe siduda teist, temast eri erinewat?

Ning kuigi ka see eeldus peaks paika, siis jääks see teooria "õldisest tahtest" ikkagi weel puudulikuks. Selle teooria põhjal on rahwas kõrgeima õigustloowa wõimu subjekt. Seega oleks seletatud ikkagi ainult üldise, mitte aga erilise tawaõiguse kohuslikkus. Just seepärast osutuaki siin hädatarwili-kuks autonoomia mõiste juurdetoomine. Et mingil rahwaosal rii-

gi piires on jõud luua õigust, see on võimalik ainult siis, kui ta üldse võib teha õigust, s. o. kui tal on autonoomia. - On selge, et see autonoomia juurdetoomine on siin teatud mõttes pääsetee. Ent sellele võiks vastuväitena esitada asjaolu, et ka paljud juhuslikult, ühise elukutse, tegewuse või huvide läbi, kokku sattunud väikesed inimringid toodavad tavaõigust, kuigi neil pole mingit autonoomiat /wt. all 1 /.

1. ZITELMANN, GEWOHNHEITSRECHT UND IRRTUM, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 66, n. 13.

§4. Weende-teooriad.

Ka nüüdisajal nõutakse veel, et tawaõiguse kujundamisel oleks tegew "õiguslik weene". Wanemad juristid, ning ka mõned üksikud uuemad, peawad tarwilikuks sellist weenet nende üksikute isikute juures, kes tawatsewad wastawat normi. Olles nõue, on üksikute õigusweene ühtlasi ka kausaalmoment tawaõiguse saabumiseks. Ent seewastu pole seda üksikute weenet just mitte otseselt tawaõiguse kohuslikkuse põhjuseks peetud. Sest seeläbi tekiks ju kohe ränk arusaamatus: kuidas saab üksikute õigusweene siduda kõiki teisi? Tõepoolest ei saakski seda ka kuidagi põhjendada. Ja pealegi poleks, selt seisukohalt wõttes, kuidagi arusaadaw, miks siis on ühtlasi ka veel nõuetaw ühetaoline taba, pikem tawatsemisaeg, ning ühetaolised tawatsemisaktid. Kuna need wastuwäited on möödapääsematud ning paratamatud, siis otsisid need, kes pidasid nõuetawaks üksikute tawatsewate subjektide õigusweenet, tawaõiguse kohuslikkuse põhjust milleskis muus, juurdetulewas, eriti seadusandja suwangus; ent küllalt sageli nad jätsid selle küsimuse ka hoopis puudutamata.

Kuna ajalooline kool heitis kõlbmatuna kõrwale teooria sedusandja suwangust, siis tekkis tal tarwidus mingi teise põhialuse järele. Ühtlasi ta tahtis õpetust tawaõiguse nõuetest seada mitte ainult lihtsalt selle põhialuse kõrwale, waid ta tahtis teda ühtlasi ka tuletada sellest põhialusest. Seda saawutas ta seeläbi, et ta statueeris üksikisiku psüühhilise üldfenomeeni, ja nimelt esijoones rahwaweende.

Siinkohal oleks päris huwitaw jälgida Zitelmanni sellekohaseid mõttekäike /wt. all 1/. Kuigi Zitelmann on teatawasti üks noist wähestest, kes ei pea õigusweenet tawaõiguse saabumisel üldse wajalikuks, siis üldjoontes on ta seisukohad ometi küllalt huwitawad, ning tehes mõttes wastawad kitsendused ning piiritlused /wt. selle kohta 1. ptk. §§ 2, 3/ wõiksime nii mõneski suhtes pidada tema waateid õigeiks.

Zitelmann leisb, et kui tahetaks olla konsekwentne, siis, kuna weene eeldab weendunud subjekti, tulewat kõigepealt kujutleda wastawat üldisikut, rahwast, kes oleks sellise üldweende kandjaks, s. o. tulewat oletada, et on olemas nägematu üksikuist rahwaliikmeist erinew ning neist sõltumatut elu elaw ühtlane olend "rahwas", millisele on omased psüühhilised wõimed, millel on seega waim, rahwawaim. See rahwawaim on rahwa õigusliku weende allikas, see rahwa õiguslik weene on omakord "õiguse allikas". Rahwaweene produtseerib õigust kas otseselt /tawaõigus/ wõi representantide kaudu. - Selline waade olewat rajatud tuntawalt ka waremaaegselle. Pole teada, kas rooma juristid oma consensus omniumiga, millisest nad tuletasid tawaõiguse, mõttlesid ühtlast rahwatahet, seda tahet, mis pole üksikisikute tahete summa. Gierke olewat uurimuste waral kindlaks teinud, et arusaamine rahwast, kui ühtlasest isiksusest, ja idee üldtahtest on wäga wanad. Ajalooline kool oma õpetusega õiguse orgaanilisest saabumisest waid arendas edasi wanu mõtteid. Weel tänapäewalgi walitseb arwamus, et tawaõiguse kohuslikkuse põhjus peitub üldsuse õiguslikus weendes, "üldises õigusweendes". Muidugi on enamuse juures kadunud mõte ühtlasest psüühhilisest fenomeenist, millisele peamiselt oligi rajatud Puchta-Savigny teooria. Ent see üldine rahwa wõi rahwaosa õigusweene esineb siiski kõikjal esimese rekwisiidina. - Üksikute tawatsemisaktide tähenduse suhtes lähewad aga arwamused lahku. Puchta, Savigny ning nende järglased waidawad, et õiguslik weene isenesest ongi juba õigus, ning seepärast nad näewad wastawa normi tegelikus tawatsemises ainult tawaõiguse tunnetamisallikat. Zitelmann leiab, et olles konsekwentne, tulewat järeldada, et tawatsemine pole ainuke tawaõiguse tunnetamisallikas, ja seega

peaks pidama võimalikuks ka tawatsemata tawaõiguse olemasolu! Teine osa teadlasi peab tawatsemist tawaõiguse saabumisallikaks, kolmandad püüavad lepitada mõlemaid waateid. Ent isegi need, kes üksikut tawatsemisakti peavad tawaõiguse saabumisnõudeks, ei näe tawaõiguse kohuslikkuse põhjust üksikute õigusweendes, vaid ka selles omapärases üldfenomeenis, üldises õigusweendes, milline pidawat olema midagi muud kui kõigi wõi enamuse õigusweenete lihtne liitmine. Seega peitawat see põhjus sisemises momendis, mitte aga välises momendis, tawatsemises. Zitelmann leiab, sellise waate puhul pidawat olema selge, et tawatsemisaktide olemasolus tuleb näha vaid tunnetamisallikat, mitte aga saabumisnõuet. Kui üldine õigusweene on olemas, siis see ei tee ju teda olematuks, et teda pole senini veel tawatsetud-wõiwat ju oletada, et senini pole esinenud kohast juhust tawatsemiseks. Küll ütlevat näit. Windscheid, et mitte tawatsetud weene, kui midagi puht-sisemist, ei saa üldse tulla arwesse. Ent see pole Zitelmanni arwates kuidagi põhjendatud.

Olewat tõesti olemas selliseid norme, milliste juures esineb üht wõi teist laadi weene; ent samas on olemas suur hulk tawaõiguslikke norme, mis kunagi ei wõi olla objektiks weendele. Nende normide kohta räägib ka Savigny /wt. all 1 /. Ta ütleb, need olewat normid, milliste olemuses peitub relatiivne ükskõiksus, nende puhul olewat oluline waid see, et mingi kindel norm kehtiks, olgu siis see norm ise milline tahes. Ning kõige selle põhjal jõuab Zitelmann tulemusele, et üldine õigusweene pole kunagi tawaõiguse nõudeks, ega ole ta ka kunagi tawaõigusliku normi kohustawa jõu põhjuseks.

Millisele seisukohale asuda selle weende-teooria suhtes, see peaks selgunud olema eelmisest, tawaõiguse nõudeid käsitlewaid peatükist.

II. O S A

T A V A Õ I G U S E H I N N A N G J A

K R I I T I K A

I. PEATÜKK

T A V A Õ I G U S J A S E A D U S

§ 1. Tavaõiguse ning seaduse vastolust.

Olles selgitanud käesoleva käsitelu esimeses osas tavaõiguse mõiste, vaadeldes ta tähtsamaid nõudeid ning ta kehtivuse põhjust, tuleks meil järgmisena asuda selle hinnangu jälgimisele, milline on aegade kestel saanud tavaõigusele osaks; lõppeks tuleks meil kritiseerida tavaõigust nüüdisaegsete vaadete seisukohalt. Ent enne, kui annan ajaloolise ülevaate tavaõigusele osakssaanud hinnangust, pean tarvilikuks lähemalt käsitleda tavaõiguse ning seaduse kollisiooni, ning seda järgmistel põhjustel: Teatavasti on olemas vaid kaks tähtsat positiivse õiguse allikat. Need on tavaõigus ning seadus. Seaduse ning tavaõiguse suhtest ütleb prantsuse teadlane Lebrun /vt. all 1./ järgmist: seadusele ning tavale on ühine see joon, et nad mõlemad produtseerivad positiivset õigust; ent nende saabumisviis on erinev; seadusnorm tekib vastava akti läbi, ning ta ulatavus on seadusandliku võimu poolt täpselt kindlaks määratud, tavaõiguslik norm kujundub ajajooksul selles samas ühiskondlikus rühmituses, millise suhtes ta hakkab kehtima. Selle kahe õigusallika, seaduse ning tava, suhe varieerub vastavalt epohhidele ning ühiskondadele. Sageli eksisteerivad seadusõigus ning tavaõigus paralleelselt. Uhteviisi viljakad, nad produtseerivad mõlemad ühtaegu tunnustatavaid norme. Selline olukord tekitab ülesaatuid konflikte, ning ta esineb üsna sageli.

Igasuguse seadusliku õiguse kehtivuse eelduseks on asjaolu, et on juba olemas vastav üldine õigusnorm, millise põhjal teatav isik on seadusandja. Sellest eelnevast normist tuletabki iga järgnev seadusõiguslik norm oma kehtivuse. Ent kuidas on saabunud selline norm, teiste sõnadega: kuidas seletada seadusandja autoriteeti? Sellele küsimusele leiame vastuse Zitelmanni kirjutises /vt. all 2./. Ta väidab, kujutlus, et mingi norm on kehtiv õigusnormina, s.o. et üksikud isikud, kelle kohta see norm käib, on temale vastavalt õigustatud ning kohustatud, saabuvat siis, kui keegi paneb tähele, et mingi norm on tulnud tarvitamisele mitmel puhul ning kauema aja kestel õigusnormina, ning kui see isik peab õigeks, et motivatsioonide allikas on mõjuv ka edaspidise kasutamise puhul. See üldine õigusnorm, millise põhjal teatav isik on õigustatud olema seadusandja, olevat saabunud origi-

1. LA COUTUME, PARIS, 1932, sissejuh.
 2. GEWOHNHEITSRECHT UND IRRTUM, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 66, n. 13.

naarsel teel. Kui nimelt kauemat aega on täidetud isiku käsku, mis nõuab kõigi nende alistumist, kellesse ta puutub, kui pealegi olukord on seesugune, et sellise võimutsemise edaspidine kestvus näib olevat tõenäoline, kui seega olevat oodata, et vastav isik ka edaspidi rakendab normi, et tema on valitseja ning seadusandja, siis saabuvat ajajooksul seesugune vaade, et vastava isiku võimutsev seisund on õiguslik seisund, ning et ta järelikult on ka õigustatud andma üldkohuslikke seadusi.

Kui seega vastav seadusandliku võimuga varustatud isik annab mingi eluvahekordi määritleva korralduse seks ettenähtud seadusandlikus korras, siis on seeläbi saanud üldkohuslik, seadusõiguslik norm. Ent kuidas tekib siis kollisioon selle seadusliku normi ning nende eluvahekordade vahel, milliseid ta määritleb?

Adickes /vt. all 1./ selgitab seda nii: Igasuguse õiguse eelduseks on kindlad ning tegelikult olemasolevad suhted, ta võib seega vaid senini olla õiglane ja otstarbekohane, kuni püsivad need põhialused. Vastandiks tavaõigusele, mis igasuguste uutele eluvahekordadele, kuna ta on seevõrt elastne, esineb seadusõigus kindla ning tugeva, kergesti äratuntava, ent ühtlasi ka vormilisel alusel põhjeneva õigusena, mis on seepärast legaalsel viisil äramuudetav vaid uue vormilise akti, seadusandluse tahteavaldusega. Kui nimelt riik on kord millegi suhtes oma taht avaldanud, ilma et oleks määranud kindla tähtsuse selle kehtivuse lõppemiseks, siis kehtib see tahteavaldus seni ikka edasi, kuni teda kord kindlasõnaliselt ära muudetakse.

Kuna seega seadus muutmatult edasi kehtib ning ühtlasi kivistub, ja eluvahekorrad järjest muutuvad ning vahelduvad, siis on mõlematevaheline konflikt mõõdapääsmatu. Muide tuleb mõnda, et see on üks õigusteaduse olulisemaid ülesandeid, hoida ära või vähemalt edasi lükata sellise konflikti saabumist, tõstes esile kõik ilmnevad puudused ning lüngad. Adickes leiab, et niisuguse konflikti puhul olevat süüdi ainult seadusandja. Kui ta mingit vahekorda korraldab, siis ta seega võtvat omale kohustuse, ka edaspidi säilitada oma normide ning muutuvate eluvahekordade vahelist koosõla; kui ta jätab täitmata selle kohustuse, siis ta saatvat sellega korda kuriteo, mis otsekohe kutsuvat esile järgneva seadus- ning õigusvastasuse, seaduse rikkumise.

Selle seaduse ning tavaõiguse vahelise kollisiooni toimest ütleb Lebrun /vt. all 2./ järgmist: kogemuste põhjal võib öelda, et kui üks noist allikaist on üleolevas seisukorras, siis teine peab alistuma. Seadus tungib vähehaaval tavaõiguslikkudesse juridilistesse süsteemidesse, ja tavaõigus, olles vast praegu välja tõrjutud seaduse poolt, sünnib otsekohe mingil teisel kujul uuesti. Seega seadus ning tavaõigus pole mitte ainult kaks paralleelset õigusallikat, vaid nad on ka kaks rivaali, kaks alaliselt võistlevat konkurenti. Ning see seaduse ning tavaõiguse konflikt esineb pea kõigis seadusandlustes.

Seadusallikate laad teatavas ühiskonnas pole omalt ilmet sugugi püsiv. On märgata teatavat rütmust iga rahva saabumisoos. Selt seisukohalt võetuna teeb iga rahva õigus üldiselt läbi kolm faasi.

Esimene faas: ühiskonna tekkimise ajal on tavaõigus pea ainuke õigusallikas. Seadusandlik võim on puudulikult organiseeritud. Keskvõim, mis moodustub kuningast, võimukandjate koosolekust või ametnikest, kontsentreerib kogu oma tähelepanu riigi üldisele organiseerimisele, sõjaväe kujundamisele ning välissuhetele. See keskvõim kujundabki õigust, ta võib kehtivaid õigusnorme ära muuta. Harva annab ta ka mõne üldise seaduse, et täita mõnd eriti silmapaistvat tühikut, või kõrvaldada mõnd tavaõigusest järgnevat härmust, ent seda juhtub üldiselt väga harva. Valdava enamiku selleaegsest eraõigusest moodustab tavaõigus, seadus esineb viimase kõrval päris tühise tegurina.

Teine faas: aegade kestel arenes ühiskond, seadusandlik võim organiseerus; nüüd ta juba küllalt sageli segas ennast kodanike erivahekordadesse. Ta ei lepi enam sellise tähtsusetu funktsiooniga, nagu on seda tavaõiguse tühikute täitmine. Ta

1. ZUR LEHRE VON DEN RECHTSQUELLEN, lk. 77 jj.
2. LA COUTUME, sissejuhat.

segab end kõigisse oma sfääresse. Kuna ta järjest spetsialiseerub ning tugevneb, siis seaduste hulk üha kasvab, ning seadusandluse tegevussfäär aina laieneb. Selle teise staadiumi kestel on nii tavaõigus kui seadus ühteviisi tegevad, ning nende poolt produtseeritavale norme omistatakse ühesugune autoriteet.

Kolmas faas: Seadusandlik võim, kelle mõjupiirkonna ulatavus järjest suureneb, avaldab ikka jälle uusi seadusi, millised hävitavad ajajooksul tavaõiguse mõju. Selles staadiumis vastav ühiskond järjest läheneb kodifikatsioonile, selle pika arenemiskäigu loomulikule piirile. Ajastul, mil õigussuhete hulk enam ning enam kasvab, muutudes ühtaegu ka komplektsemaks ning erinevamaks, tekitab tavaõiguse puuduste ületamine suuri raskusi. Selleaegne seadusandja peab olema täiesti sõltumatu ning täiel määral teadlik oma ülesande ulatusest. Ta kaalutleb võimalust, korraldada õigusvahetordi täiuslikumal viisil. Seks ta kõige pealt kogub kõik need ühisest allikast päritolevad normid, mis kehtisid seni. Ta uurib neid, töötab nad ümber, ning moodustab neist ühtlase süsteemi. Nüüdsest peale on seadus välja tõrjunud tavaõiguse. Ent kas alatiseks?

See areng, mille mitmesuguseid faase me leiame kõikjal, ei toimi mitte kõigis seadusandlustes ühte moodi ning ilma iga suguste takistusteta. Nende astmete vaheldumine võib ajutiselt katkestuda, nad võivad saabuda hilinemisega, ning vahest esineb koguni selline nähe, et hilisemalt faasilt minnakse üle varasemale /vt. all l./.

Omalt algupäralt on õigus tavaõiguslik, ent kodifitseerimise momendist ta muudab oma välist kuju, ning nüüdsest peale ta on väliselt muutunud puhtseaduslikuks. Just nimelt sel momendil peaks ka tavaõigus kaduma. Kui on tegu täiusliku kodifikatsiooniga, ning kui kodifitseerijad on võtnud vaevaks ära muuta kogu senikehtinud õiguskorda, siis ei jäägi ka tavaõigusest enam kübetki kehtivaks. Kuigi on veel olemas üksikud tavaõiguse fragmendid, siis on ta osa õigusallikana ometi läbi. Seadusandlik võim on hästi organiseeritud, ta võtab oma peale unustusse jäänud kohtade ning lünkade täiendamise. Seda teevad tavaliselt kodifitseerijad, ning need täiendused võetakse seadustesse sisse vaid sel määral, kui võrd nad vastavad uutele saabunud eluvahekordadele. Tõepoolest näib olevat kõigiti põhjendatud selline oletus, et tavaõigusele pole enam jäetud ainsatki funktsiooni. Kuigi see teoreetiliselt peaks ka nii olema, siis ometi võime öelda ajaloost saadud näidete põhjal, et tegelikult on lugu teisiti.

Ühiskondliku arengu jätkudes kasvab õigusvahetordade hulk kiiremini kui seadusandja suudab luua uusi seadusi. Sotsiaalsed suhted hargnevad ning arenevad, luuakse uudsusi, millised leiavad vast hiljem sanktsioneerimist seadusandliku võimu poolt; vastavad seadused vananevad, enne kui neid suudetakse kohandada ajanõuetele, või asendada parematega. Säilinud tavaõiguslikud normid on siirdunud teisele tegevusväljale, kus nad teostavad oma autoriteeti. Tarbekorral nad kerkivad jälle esile. Ja kirjeldatud olukorra puhul osutubki appelleerimine tavaõigusele taas vajalikuks.

Need mitmesugused vahendid, milliste varal on püütud kõrvaldada seaduste puudusi, ilma et seejuures lahkutakse seaduslikkuse raamest, on eranditult osutunud kõlbmatuks. Seepärast tuleb tahtmatult pöörduda jälle tagasi tavaõiguse juurde, tunnustades seega, et mõlemad õigusallikad on ühtaegu vajalikud.

§ 2. Tavaõiguse seadusimuutvast jõust.

Seaduste äramuutmise tava läbi kuulub nende ainete hulka, milliste üle on tüütuseni vaieldud. Selles suhtes moodustab ühe äärmuse see vaade, mis täiesti eitab tavaõiguse derogeerivat jõudu seaduste suhtes. Glossaatoritest esindab seda vaadet Placentinus. Ent see vaade on leidnud poolehoidu ka uuemate juures. Ka neis vaadetes, millised on jäänud peatuma pooliku konsekventsi juurde, peitub kujutus, et seadusandlik võim on ainuke õigusallikas, ning igasugusele teisel viisil saabumisele tuleb suhtuda kui teatavale usurpatsioonile, mida tuleb võimalust mööda piirata ning kitsendada. Ei tahetud lubada, et rahvas consuetudo contraria abil kõrvaldaks mõne kehtiva seaduse, kuigi üldises õiguses on küllalt selgesti öeldud, et desultudo abil on võimalik ära muuta kehtivat seadust.

Ajaloolise kooli sellekohane seisukoht /vt. all 1./ on järgmine: Mingi seaduse olemasolu võib peituda põhjus, et kõikjal ei saa oletada tavaõiguse olemasolu, kuigi on olemas tava. Kui aga tavaõigus on tõepoolest olemas, siis ei mõjasta otsustamist ta kollisiooni üle tavaõigusega mitte tema omadustavaõigusena, vaid sellele kollisioonile tuleb vaadata kui kahele samast õigusallikast päritoleva omale.

Olles selgitanud üldjoontena need vaated, millised on avaldatud tavaõiguse seadusimutva jõu ehk derogeerimisvõime kohta, asume vaatlema nüüdisaegseid sellekohaseid seisukohti.

Tänapäeval ollakse arvamisel /vt. all 2./, et tavaõigusel, kui objektiivsel võimul, mis seob rahvast ka ilma ta sellekohase subjektiivse tahteta, ning seadusel, kui kohustava normi objektiivsel võimul, on jõu ning kehtivuse suhtes sama ulatus, ning et see samastamine ei allu mingisugustele muudatustele. Seaduse objektiivsest võimust järgneb, et seadus võib tavaõiguse saabumist tõkestada ning kehtivat tavaõigust derogeerida; tavaõiguse objektiivsest võimust järeldub, et ta, kuna ta ju pole subjektiivse rahvatahte avaldis, võtab ka riigilt võimu oma tahte läbiviimiseks, ning derogeerib ta varemäägseid seadusi. Seadused muudetakse ära seaduste ning tabade läbi. Seadus on objektiivne õigus, ning õiguslik tava on objektiivne õigus; kui mingi hilisem seadus muudab ära varasema, siis tähendab see seda, et hilisem objektiivne õigus muudab ära varasema. Seega peab võima ka hilisem objektiivne õigus õigusliku tava näol ära muuta varasemat objektiivset õigust seaduse näol. Vaevalt on vist tarvis lisada, et vastava aegjärgu loogilistel, usulistel ning kõlblistel printsiipidel põhjenevaid seadusi ei saa derogeerida noile printsiipidele vastukäivad tavad.

Sageli näeme vahetatavat õiguse rahvusliku põhialuse politilisega, seega segatakse subjektiivne rahvatahe ülalpool rahvast seisva õiguse objektiivse võimuga. Uuemaegsed teadlased on avaldanud arvamust, et rooma juristid tuletasid tavaõiguse jõu rooma rahva seadusandlikust võimust, milline, samuti nagu komiitsiaal, loovat õigust ka veel konkludentsete toimingute varal. Tegelikult aga seletavad rooma juristid seeläbi tavaõiguse üheväärse kehtivuse põhjust omalt isiklikult vaatekohalt seadusele ning tavale /vt. all 3./. Roomlastele oli seadus vaid korraldusekohase rahva, seega riigi tahteakt; selles peitub nende arvates ka ta kohustav jõud, mitte aga rahvaveendes. Samuti on roomlaste vaadete kohaselt tavaõigus otsese osavõtu läbi väljendatud objektiivne rahvatahe. Nimetusega "rebus ipsis et factis" tähistatakse just tavaõigust, ning nende res et facta kohuslikkuse põhjuseks pole mitte neis peituv veene, vaid nad omandavad selle kohuslikkuse vast siis, kui nad longa consuetudo'na on muutunud õiguskorraks. Seeläbi, et nähti rahva tahteakti nii seaduses kui ka selles objektiveerivas õiguskorras, õiguslikus tavas, püüti seletada seaduse ning tavaõiguse üheväärsust; oldi aga kaugel sellest, et oletada subjektiivses rahvatahtes tavaõiguse keh-

1. PUCHTA, DAS GEWOHNHEITSRECHT, 2., lk. 214.
2. STURM, DER KAMPF DES GESETZES MIT DER RECHTSGEWOHNHEIT, lk. 23 jj.
3. STURM, DER KAMPF DES GESETZES MIT DEM GEWOHNHEITSRECHT, lk. 25.

45

tivuse põhjust.

Glossaatorid otsisid roomlaste juures asjata tavaõiguse teooriat, ning seetõttu nad sattusid eksiteele. Tehes vahet vabariikide ning ainuvalitsusriikide riikide vahel, nad lähtusid vaatest, et kuna viimastes pole rahval osavõttu seadusandlusest, siis pole tal ka tavaõiguse produtseerimine lubatud. Samuti ekslikud olid hilisemad vaated, mis tegid tavaõiguse saabumise olenevaks seadusandja suvangust /vt. ~~411~~ l. osas 2. ptk. §2./ . Selle põhjal nimetati koguni seadusandjat tava saabumise negatiivseks põhjustajaks, kuna ta võiks keelata mingi tava saabumist, ent ta ei tee seda. Siin on aga tegu vaid selle tõsiasjaga, et normi: "lex posterior derogat priori" põhjal oleks seadusandjal võimalus ära muuta vastavat tava seaduse läbi. Seepärast ei tohi aga veel arvata, et seadusandja võiks anda seaduse, mis alaliselt keelaks mingi seadusega vastolulise tava tekkimise, sest ka see seadus võib saada ära muudetud mõne sellekohase tavaga. Igatahes ei leiduvat üldises õiguses küll ühtki seadust, mis tavaõigust sel viisil kitsendaks, sest teda ju tunnustatakse täiel määral nii rooma õiguses kui ka riiklikes seaduses /vt. all l./ .

Umbes samadel alustel põhjeneb ka nn. kohtulikkuse nõue: seadusi ära muuta võivad vaid selline tava, mis on leidnud tunnustamist in contradictorio iudicio. Ent sellest eksitusest saadi peagi üle, kuna jõuti arusaamisele, et rooma juristide märkmed olid vaid head nõuanded, mis osutasid sellele, et olemasolev kohtuotsus tunduvalt kergendab tavaõiguse tõestamist. Ühtlasi langeb ära ka avalikkuse nõue derogatoorse tava suhtes, kuna see põhjeneb tunnustamise vajalikkuse mõttel. Pealegi pole ju üldse võimalik mingi salajaspidamine, kuna õiguslik tava on ju ennast objektiveeriv õiguse võime rahva üle, salajaspidamisest võib aga juttu olla vaid subjektiivsete väljenduste puhul, nagu näit. "õigusveene".

Uhe teise arvamuse põhjal saab seadust ära muuta desuetudo, kuna consuetudo contraria pole seaduse suhtes võimu. Ka selline arvamus olevat täiel määral ekslik, kuna desuetudo ja consuetudo contraria on lahutamatud.

Lõppeks püüti tava mõistet modifitseerida sel viisil, et tehti nõuetavaks aegumise kestvuse kindlaksmääramine seks, et omistada consuetudole derogatoorset jõudu. Sellekohaseid seadusi olevat esile kutsunud just glossaatorite meetod, ühendada üksikuid corpus jurise osi, et siis ühe koha sõnastuse põhjal seletada teist. Nõuti 10-40 aastat. Kui see eksitus näis olevat juba peaaegu kõrvaldatud, siis ta ometi veel püüdis tungida üldisesse õigusesse kanoonilise õiguse kaudu. Nii määrasid nimelt paavstid, et tava, mis tahab ära muuta mõnd kirikuseadust, peab kestma vähemalt 40 aastat. Hiljem püüti neid kohti kanoonilisest õigusest kõrvaldada.

Nende püüete seast tuleb mainida veel tänapäevalgi levinenud vaadet, et consuetudo contraria saab ära muuta küll dispositiivseid norme, mitte aga keelavaid või käskivaid sündseadusi. Selle vaate eelkäijaks oli glossaatorite ekslik arvamus, et õigusliku tava abil saab derogeerida vaid selliseid seadusi, millised on ära muudetavad mõne leppe abil /vt. all 2./ . Kes lähtub vaeleks osutunud vaatest, et tavaõigus tugineb seadusandja suvangul, see ei saa tõepoolest nõus olla sellega, et jus cogens kui seadusandja tingimusteta tahe on äramuudetav tava läbi; kes aga vaid nende mõlemate seadusliikide loomises tahab leida sellist vahet, see ei leia seks mingit põhjust. Ius dispositivum on selline norm, mille suhtes eraisiku tahtel on kõrvale kaldumised võimalikud, ius cogens aga määrab oma rakedamisjuhud absoluutselt kindlaks ning keelab igasuguse kõrvalekaldumise, mis põhjustatud eratahtest. Vahe seisab seega selles, et ius dispositivumi korral tarvitamine võib jääda, ius cogensi puhul aga mitte.

See mitterakedamine üksikjuhu puhul on aga täiesti erinev seaduse enese kõrvaldamisest, sest kuigi ta erandjuhul jääb kõrvale, siis seadus kui niisugune jääb ometi täiel määral jõusse.

Dispositiivsete seaduste kõrvaldamine pole aga sugugi kergem kui sündivate seaduste oma.

-
1. STURM, DER KAMPF DES GESETZES... lk. 27.
 2. PUCHTA, DAS GEWOHNHEITSRECHT, 2. p.208 Amn.131.

Tuleks mainida veel ühte iseäralikku vaadet, mis küll tunnustab seaduse ning tava üheõigustatust, ent samas ometi viimasel minutil omistab seadusele suurema jõu /vt. all 1./.

Olles vastanud jaatavalt küsimusele, kas tava võib muuta seadusi, väidab ta edasi, ühes koodeksi kohas olevat tegu konkreetse juhuga, kus tuleb rakendamisele kehtiv tava, või samuti veel kehtiv lex. Selle vastolu juures pidavat üksikjuhul olema eesõigus lexil. Selle näilise vastolu puhul tuleb ütelda järgmist: emb-kumb, kas on tegelik olukord muutunud õiguslikuks, nii et igaüks tunneb end olevat seotud selle korraga; sellisel puhul pole mõeldav veel ikka kehtiv seadus selle objektiveerunud õiguskorra kõrval; või jälle on seaduse võim veel nii suur, et selle kõrval ei saanud kujuneda; niisugusel juhul pole võimalik õigusliku tava olemasolu seaduse kõrval. Tegelikult peitub siin aga see mõte, et õigusliku tava võim ilmneb kaugelt aeglasemalt kui seaduse oma, ning otstarbekuse kaalutlusil ei tohi kohtunik jätta seadust liig vara kõrvale. Vastuväiteks võidakse tuua juhul, kus mõlemad võitlevad elemendid, seadus ning tavaõigus, seisavad vastamisi võimult täiesti võrdseina. Ka seesugune juhul ei tohiks tekitada ülepääsmatuid raskusi. Asja piltlikult kujutades võiks ütelda, et vastavalt tungide parallelogrammi seadusile, peaks järgnema kaldumine diagonaali suunas, ning seda kaldumist on tähele pandud ka praktilises elus, ning kuna seesugusel korral ei sobi hästi ei nimetus seadus ega ka tava, siis anti sellele mõlemate elementide segust koosnev nimetus usuaalinterpretatsioon.

Üldist arvamust korrigeerides võime öelda, et tavaõigus võib kehtivat õigust nii täiendada kui ka ära muuta. Vastavas corpus jurise kohas öeldu pole siintooduga aga sugugi vastolus, seal on tahetud öelda vaid järgmist: Üldise seaduse puhul, mis teeb võimatuks igasuguse partikulaarse tavaõiguse, ei saa püsida partikulaarne tavaõigus, omistatagu talle muidu kui tahes suur tähendus. Seda tulemust tuleb pidada rahuldavaks, kuna ta ühest küljest täielikult tunnustab tavaõiguse ning seaduse samavääristamist, teisalt seepärast, et on enesestmõistetav, et sellise rahvaste kaose juures, nagu ta valitses Roomas, oli partikulaarsete tabade saabumine väga loomulik nähe, ning selline õiguse ühtlust rõhutav seadusandja nagu Justinianus pidas nähtavasti vajalikuks partikulaar-tabade tavatsejate tähelepanu juhtida eriti viimaste seisundile neid keelavate riiklikkude seaduste suhtes.

Nii järgneb, et õigusliku tava loomusele vastav väide, et tavad võivad ära muuta seadusi, leiab täiel määral tunnustust ka rooma õiguses. Seega tuleb küsimust, kas seadused võivad saada ära muudetud tabade läbi, üldise õiguse seisukohalt tingimata ning ilma igasuguste kitsendusteta jaatada. Kui peaks antama üldise õiguse järele seadus, milline tahaks ära muuta tavaõiguse derogeerivat jõudu, siis üksik õiguslik tava ei saa seda veel mitte takistada, ent niipea, kui oleks kujunenud üldine tavaõigus, mis sihiks selle kitsendava normi kaotamisele, olekski see seadus ka kohe derogeeritud /vt. all 2./ . Ent tuleb tunnustada, et just sellist seadust derogeeriva tavaõiguse kujundamiseks on nõutav palju pikem ajaline kestvus, kui see tavaõiguse juures muidu on viisiks.

Mingi seaduse derogatsiooni protsessi ette kujutades tuleb hoiduda eksiarvamusest, et sel puhul on tegu teadliku, sihiliku vastuhakkamisega seaduslikele korraldusile, milline paiskaks segi valitseja ning valitsetavate suhted ega viiks kunagi õiguseni. Tegelikult on lugu nii, et seadusandja poolt normitud vahekordade suhtes tekib vastoluliste huvide heitlusest, otstarbekuse kaalutlusist jne. ühesugune harjumus, milline ajajooksul kordub täiesti teadmatult, ning õiglustunde ning aja võimu läbi vangistab rahva tahte, nii et see tunneb end seotud olevat tegelikult olemasoleva suhtlemiskorraga. Sellest momendist peale on tava ise õigus, ning vastav seadus on derogeeritud; seega mitte subjektiivse tahte või õiguseveendega seotud harjumuse läbi, vaid lihtsalt objektiivse õiguse võimu mõjul.

1. JÄGER, LINDES ZEITSCHRIFT, IX B, pag. 430.
2. WINDSCHEIA, PANDEKTEN, §18, Anm.3.

47

§ 3. Tavaõiguse seadusmuutvast jõust.

/Järg/

Meil jääks lahendada vaid veel viimane küsimus, kuidas on lugu tavaõiguse jõuga, kui seadused ta derogeeriva jõu täiel määral ära muudavad, nagu teevad seda paljud uuemad seadused.

Sturm /vt. all 1./ toob rea sellekohaseid näiteid saksa õiguse alalt, kaalutleb nende õigustatust, ning vaatleb nende mõju.

Nii näiteks omistavat Preisi maaõigus tavaõigusele vaid suppletoorse tähenduse; seega ei saa tavaõigus seal sisse tuua ühtki uut maaõigusega vastuolus olevat normi. - Austria üldise kodanliku seadusraamatu § 10 põhjal pole mitte ainult keelatud iga uue tavaõiguse kujunemine contra või praeter ius, vaid kõrvaldati ka kogu vana tavaõigus, välja arvatud need õigusnormid, millistele seadustik ise toetub. - Prantsuse õiguse põhjal kehtivat õiguslikud tavad ainult kaubanduses, ning ka sealgi ainult siis, kui seadused ise neile osutavad. - Baadeni maaõigus ei omista tabadele mingisugust võimu seaduse suhtes, seal nad on vaid interpretatsiooni-vahendid, samuti nagu Saksi õiguse põhjal. - Omapärane seisund omistatakse tabadele Würtembergi õiguse järele. Selle põhjal saabuavad tavad küll üldise õiguse järele, ent maaseadusega võrreldes on nende tähendus vaid subsidiaarne. - Kaubandusõiguse põhjal ei derogeeri kaubandus - tavaõigus mitte kodanlist /bürgerliches/ õigust, küll aga kaubandusõigust.

Seadusandjate seisukohalt on need katsed, milliste abil nad püüavad omistada tavaõigusele alistuvat seisundit, täiesti põhjendatud. Samuti, nagu vajab seadus otsese riikliku tahtena seadussõnastuse kõrval ka veel sundvõimu, vajab ka õiguslik tava sellist sundvõimu, ning see võib lähtuda ainult riigist. Kuna riigile kui selleks sundvõimu omanikule tuleb omistada võime ette kirjutada, mis on õigus, siis peab talle lubatama ka ette kirjutada, et vaid tema seadused kehtiks õigusena. Kas sel püüdel on mingisuguseid tagajärgi, see ei tule siinkohal arvesse; igatahes seni, kuni riik teostab oma tahte ning sunnib peale omaid seadused, ei kehti tavaõigus. Ent sellest ei saa kuidagi järeldada, et seadusandja oleks positiivne või negatiivne tavaõiguse põhjustaja. Samuti, nagu võib seadusandja normi: "lex posterior derogat priori" põhjal ära muuta üksiku tava, nii võib ta ka vastava seaduse abil ühe õiguseallika sulgeda; nagu kehtib seadus, mis keelab üksiku tava saabumise seni, kuni ta saab sundida, nii kehtib ka see seadus, mis suleb tava - õigusallika vaid seni, kuni ta saab peale sundida oma tahtet. Sellest järgneb, et nii ühel kui teisel seadusel on teavad tulemused, ent analoogselt saab ka järeldada, et viimasena mainitud seaduse mõju on küll kauaaegne, ent samas ometi vaid ajutine mõju. -

Selline isik, kes ei tunnusta tabade derogatoorset jõudu, ei oskaks kuidagi seletada nähet, et kõigil aegadel on seadusi ära muudetud tabade abil; teisalt ometi peab tunnista- ma, et kui seadusandlus kunagi ei astuks vahele, siis võimalduks olukord, kus seadus ning õigus päranduksid edasi põlvest põlve nagu mingi pärandatav haigus.

Üldise õiguse alalt võiks tuua arvutul hulgal näi- teid, kuidas on ära muudetud seadusi tabade abil. Ent seda jõu- du, derogeerida seadusi, nüüdisajal tunnustatakse ka teistel aladel, seda tõendavad vastavad näited kaubandusõiguse alalt jne. Tuleb alati ning kõikjal pidada silmas, et mitte keelava seaduse vorm ei suuda murda tava jõudu, vaid et seda suudavad ainuüksi kõrgemad ülevalpool õigust seisvad printsiibid.

2. PEATÜKK

A J A L O O L I N E Ü L E V A A D E H I N -
N A N G U S T; K R I I T I K A.

§ 1. Hinnang enne ajaloolist kooli.

Eeltoodu põhjal peaks olema selge, mida tuleb mõista tavaõiguse all, millised on ta olulisemad nõuded, ta kehtivuse põhjus, ning milline on ta seisund seadusõiguse omaga võrreldes. Lõppeks tuleks veel anda ajaloolise ülevaade tavaõigusele aegade kestel osaks saanud hinnangust. Kuna tavaõiguse hinnangu ajaloo osas on osutunud pöördepunktiks just saksa ajaloolise kooli saabumine, siis näib olevat kõigiti õigustatud selline teguviis, et jaotades selle hinnanguloo perioodideks, võtame jaotamise aluseks just ajaloolise kooli, ning jaotame käesoleva käsitelu kahte ossa, käsitledes esimeses tavaõiguse hinnangut enne ajaloolist kooli, ning teises osas ajaloolise kooli teooria mõjul saabunud muudatusi ning uudsusi.

Tavaõigust on nii üle hinnatud kui ka ala hinnatud. Võiks öelda, et õieti just ajaloolise kooli saabumine tähistab seda piiri, tavaõiguse alahinnangu ning ülehinnangu suhtes. Sellega pole tahetud väita, et pärast ajaloolist kooli poleks üldse enam esinenud tavaõiguse alahindajaid. Seega tahtsin vaid mõnuda, et alates ajaloolisest koolist, on olemas kindel baas, kindel alus, millele rajatakse kõik järgnevat teooriad, kas võttes omaks ajaloolise kooli põhimõtteid, ning arendades neid edasi, või jälle selles mõttes, et kritiseeritakse neid põhimõtteid ning püütakse neid asendada parematega. Ajaloolise koolini olid olemas vaid üksikud fragmendid, katkendlised osad tavaõiguse teaduslikust teooriast. Eksisteerisid vaid üksikud ebamäärased mõisted, ning nendega opereerides jõuti vahel kõige ekslikumate vaadeteni. Sellise aluse rajamises seega seisiski ajaloolise kooli õpetuse tähtsus. Seeläbi tasandati tee õigemate vaadete saabumisele. Kui toimida siin vastavalt Hegeli filosoofiale, siis võiks öelda, et teooriad enne ajaloolist kooli olis tees, ajaloolise kooli teooria oli nende antiteesiks, ning seega oleks uemate ning eriti ka kaasaegsete teadlaste ülesandeks luua nende vastandlikkude vaadete süntees. Nende ülesandeks on lepitava kesktee leidmine selle kahe äärmuse vahel. Ning ta ongi ka täitnud need temale esitatud ülesanded. Kaasaegsed teadlased on tavaõiguse suhtes pea kõik ühisel arvamusel. Loomulikult esineb ju ka erinevusi, ent teisiti see ei saagi üldse olla, sest kui kõik teadlased oliksid iga probleemi suhtes ühisel arvamusel, siis poleks õigusteadusel kui niisugusel üldse enam mõtet. Seega teatavad differentseid on tarvilikud ning paratamatud, ent me sellest hoolimata võime rääkida arvamuste ühetaolisusest, me oleme samas teadlikud, et seejuures on tegu üldistamisega. Siin on sellisel ütelusel sama mõte kui siis, kui näiteks räägitakse teatava rahva iseloomust, ning leitakse taolavat ihne. Nii nimelt öeldakse šotlaste kohta päris üldiselt, et nad on ihnsad. Ent seejuures on kahtlemata igaüks, kes seda räägib, veendunud selles, et antud juhul on tegu üldistamisega. Kuna šotlaste seas leidub palju ihnsaid inimesi, siis on seda omadust laiendatud kogu rahvale, kuigi ka nende seas leidub kahtlemata selliseid inimesi, kes on üleaarugi helded. Samuti on lugu ka nüüdisaegsete teadlastega. Kuna paljud neist on tavaõiguse suhtes üldjoontes ühisel arvamusel, siis öeldakse seda ju ba päris üldiselt kõigi kohta, kuigi seejuures ollakse sisemiselt veendunud, et see pole maksev kõigi kohta. Ent: nulla regula sine exceptione, see on lause, mis on maksev igasuguste vahekordade kohta, ning nii järelikult ka siin kohal. Vaid niipalju tahtsin öelda tavaõiguse hinnangu suhtes üldiselt.

57

Edasi tuleks meil selgitada kõige pealt need asjaolud, need tüliküsimused, mis põhjustasid seda mitmesugust hinnangut.

Tuleb möönda, et vähesed pandektiõiguse ained on suhteliselt küllalt lühikese aja kestel tekitanud nii palju vaidlusi ning lahkarvamusi, nagu tegi õpetus tavaõigusest. Samuti on ka see tavaõiguse hinnang avaldanud tublisti mõju vastavale teaduslikule teooriale. Põhjuseid, mis mõjustasid sellise mitmesuguse hinnangu, on esijoones kaks: esimeseks seesuguseks tüliküsimuseks oli arvamus, et juhul, kui kohtus mingi õigustühil osaliseks toetuvad tabadele kui tõsiasjadele, siis peavad nad neid suutma ka tõestada. Teiseks tüliküsimuseks oli, kas võivad tavad kõrvaldada neist vanemaid seadusi.

Järgnevana tuleb meil hakata vaatlema seda hinnangut, milline sai osaks tavaõigusele roomlaste juures. See hinnang muutub meile ilmseks seeläbi, et jälgime rooma tavaõiguse olemust, alates vanimast ajast, ning lõpetades keiserriigi ajaga.

Meil no väga puudulikud andmed õiguse sabumisviiside kohta kõige vanemal aegadel. Sest just see ürgne saabumisvorm on selline, et ta ilmestub vaid väimsete uurimiste tagajärjel, ega pole silmnähtav. Vanadeks allikateks on peamiselt igasugused muistekjutud. Ning need ei esita meile seda ainekku, millise põhjal saame teha vastavad järeldused mingi rahva usuliste, kõlbliste ning ühtlasi ka õiguslike vaadete kohta, kaugeltki mitte tõsioludele vastavalt, vaid kuidagi luulelises vormis. Seepärast saame määrata õigusallikate seisukorda Vanas Roomas vaid seeläbi, et seome need üldised teadmised, millised meil on olemas rahvaste õigusliku teaduse kohta üldse, nendega, millised meil on kasutada roomlaste kohta käivatena.

Vana-Rooma kodanikkond jagunes teatavasti patriitsideks ja plebeideks. Juristid seletavad seda jagunemist selle asjaoluga, et rooma rahvas koostunud kahest suguharust, mis isekeelsid olid kaunis lähedas suguluses. Ladina keelel leitud niihästi patriitside kui ka plebeide juures, erinevuse tinginud aga see, et plebeid olid segunenud sabinlastega ja hiljem ka etruskidega. - Tuleb kõige pealt mainida, et plebeidel ning patriitsidel oli erinev õigus. Plebeide õigus erines patriitside omast nimelt negatiivselt, kuna neil puudusid mõningad patriitsidele omased õigused. Nii polnud neil riiklike ametite pidamise õigust / ius honorarium/, siis ka possessio ager publicusest jne. Ent seejuures ei saa veel rääkida sellest, et patriitsid ning plebeid elasid ühise õiguse järele, mis eraldus vaid mõnede üksikute küsimuste suhtes. Vanad roomlased pidasid oma õigusest niivõrd lugu, et ei võinud olla juttugi selle ülekandmisest võõrale suguharule. Seega tuleb küll oletada, et ikkagi kestus sisserändajate õiguse formaalne eraldamine. - Seepärast materiaalselt oli patriitside ning plebeide õigus suuresti kokkukõlas, ent leidis ometi rohkesti erinevusi, kuna oli ju tegu kahe erineva suguharu õigusega. Vormiliselt elasid aga kumbki oma õiguse järele, kusjuures plebeide üle mõistis kohut kas kuningas ise, kui klientaarne kohtunik, või kuninga poolt määratud kohtunik - plebei. Sest on igatahes vaevalt mõeldav, et mõni patriits oleks kutsutud kohut mõistma kuninga kliendi üle.

Selle õigusliku olukorra areng kujunes vastavalt plebsi natsionaalsele ning poliitilisele saatusele. Mis puutub viimasesse, siis on teada niipalju, et kuningad kõigiti püüdsid lähendada plebsi üldsusele. Neid püüdeid pooldasid teatava määrani ka patriitsid, kuna plebs oli neile täitsa võõra elemendina küllalt kardetav. Kuningate ning aristokraatide huvid erinesid aga vaid nende püüete teostamisviisi suhtes, kuna kuningate ning aristokraatide huvid olid selles küsimuses täiesti vastandlikud. Tsentuuriate sisseseadmisega Servius annetas kodakondsuse ka plebeidele; seega pidi lõppema vahetegemine mõlemate suguharude vahel ka õiguslikus suhtes. Plebeide üle ei mõistnud kohut mitte enam patronaatne kohus, vaid plebeiline iudex. See vormiline muutus kajastus ka õiguse sisus. Kuna mõlemate suguharude õigused olid juba algselt kaunis sarnased, siis selle muutuse tagajärjel need veelgi suuremal määral ühtlustusid. - Nii kujunes ajajooksul rooma ius civile, millises nende mõlemate õiguste vaheline erinevus oli säilinud vaid veel eriliste, patriitside seisuslike privileegidena. Seega

see politiline sarnastamine aitas tublisti kaasa selle ühtlustamisprotseduuri kiirendamiseks. Kindlat aega ei saa sellele protseduurile fikseerida, ent tuleb kindlasti arvata, et see koalitsatsioon jõudis lõpule juba enne 12 tahvli seadusandlust. Seega põhjenevad valeandmetel sellised ajaloolised uurimused, mis lähtuvad seisukohast, et plebeilise ning patriitsilise õiguse erinevus kestis kuni 12 tahvli seadusandluseni. - Mis puutub selleaegse õiguse vormi, siis see oli täies ulatuses tavaõiguslik. Et sellal niisugune õigus oli tõepoolest olemas, see ei vaja tõestamist. Ent tekib küsimus, kas selle õiguse püsimise suhtes ning ta maksmapanekuks kohtutes sellal eksisteerisid erilised sisseseaded või organid, või kas pole sellised üldse kindlaks tehtavad.

Selliseks õiguse kindlustamise ning tuntavakstegemise organiks oli kõige pealt selle vana õiguse enese loomus ta sümboolse, ning samas ometi lihtsa pühalikkusega, milliste läbi õigus ise omandas kehastatud olemuse. Need normid, millised meil teada, puudutavad eriti kodanlikku ning pontifikaalset korraldust. Pole kuidagi kindlakstehtav, kuidas selles suhtes oli lugu kõige vanema plebeilise õigusega. Üldiselt tuleb aga mainida, et kõige vanema rooma tavaõiguse suhtes võime õigeks pidada sama, mida kõigi rahvaste vanima õiguse suhtes tuleb oletada. Edasi on tarvis silmas pidada, et kohtulikku otsusi tarvitati kui õiguse panuseid / Niederlagen/, kuna kohtunikke avalikult usaldati, ning omistati neile väga suur autoriteet. Seeläbi omandasid kohtulikud otsused suure tähtsuse, nad olid kaugelt enam kui vaid üksiku tüliküsimuse lahendused. Res judicatae'de autoriteedi kinnistumiseks aitas tublisti kaasa ka selleaegne käitumise avalikkus.

Edasi mainitakse ülestähendusi, ent need polnud mitte tõelised seadused. Millises vahekorras olid need kuningate ediktid selleaegse kehtiva õiguskorraga, selle kohta puuduvad meil igasugused andmed. Teine õigusallikas, seadusandlus, milline sellal juba eksisteeris tavaõiguse kõrval, pole viimasest sugugi täielikum. Kuigi sageli räägitakse selleaegsete kuningate seadusandlusest, siis on selgitanud uuemaaegsed uurimused, et seadusandlusest kõnelevad andmed põhjenevad eranditult kõik niivõrt küsitavail allikail, et neile ei saa omistada üldse mingit tähendust.

Pärast ülestähendamist 4 saj. võttis rooma õiguse kujundamine hoopis iseäralise pöörde. Seda 12 tahvli seadusandlust ei põhjustanud mitte selleaegsete õigusnormide suur hulk ning mitmekesisus, sest seekordne õigus oli äärmiselt lihtne. Ta kasvamine ning arendamine langeb aegjärku, mis saabus kohe pärast 12 tahvli. Viimased moodustasidki selle põhialuse, millele rajati õiguskujundamine nüüdsest peale, ning nende mõju Rooma riigis on ulatunud läbi kõigi aegade. Seejuures tuleb silmas pidada, et 12 tahvli seadusandlust ei saa pidada mingi teadusliku töö viljaks. Viimast asjaolu on tarvis eriti rõhutada sel juhul, kui räägitakse 12 tahvli mõjust hilisemale seadusandlusele, ja samuti ka neist enestest arusaamiseks. Seda tuleb korduvalt rõhutada, sest kuigi on sellekohaste uurimuste varal tõestatud, et niinimetatud teaduslik aeg algas vast kaugelt hiljem, unustatakse seda ometi tihti peale.

Õigusallikate seisukord oli pärast 12 tahvli koostamist üldjoontes järgmine: ühelt poolt jäid muidugi paljud seni kehtinud ning ka edaspidi kehtivad õigusnormid üles tähendamata. Sest on vaevalt usutav, et selleaegsete roomlaste õigusliku suhtlemise kord piirdus nende väheste normidega, millised on üles tähendatud 12 tahvli. Teisalt on aga võimalik järeleda säilinud fragmentide põhjal, et see ülestähendus oli teataval määral siiski täiuslik, sest decemvir'id ei tähendanud üles mitte ainult neid õigusnorme, milliste puhul näis kirjalik fikseerimine olevat hädavajalik, vaid nad püüdsid üles tähendada kogu kehtivat õigust nii suures ulatuses kui võimalik. Ning just seeläbi saigi võimalikuks, et seadus nii vormilt kui sisult muutus kogu rooma õiguse põhialuseks, temast sai fons omnis publici private juris. Pärast seda ülestähendust oli roomlastel osalt seaduslikult kindlaks määratud õigust, osalt seesugust, mis püsis, ülestähendamata, ning ilmselt rahva tabades. Ent need mõlemad

Ex Bibl. univ. Tart.

ei erinenud omalt sisult, kuna mõlemad põlvnesid samast natsionaliteedist ning käsitlesid samu vahekordi. See nende mõlemate õigusliikide identifikatsioon põhjustas asjaolu, et roomlased ei teinud kaugeltki nii teravalt vahet seadusõiguse ning tavaõiguse vahel, nagu seda tehakse nüüdisajal. Sel ajal oli aga selle identifitseerimise mõju seesugune, et väliselt 12 tahvli seadused näisid olevat ainumaksivad, ning juba olemasolev ning edaspidi kujundatav kirjutamata õigus loeti vaid kirjutatud seaduste jatkuks. Viimast tegevust nimetasid roomlased interpretatio'ks. Kõige pealt on kindel, et termin "interpretatio" ei või tähendada otsest rahva tegevust; see sõna ise tähendab "sarnaseks, identseks tegema", ning kuna mõlemad õigused olid juba nagu nii samad, siis on selge, et selle sisemise loomuliku vahekorra tähistamiseks, milles oli ülejäänud õigus kirjutatuga, ei sobi see nimetus. Teisalt oleks samuti ekslik, kui võtaksime seda tegevust täiesti eksegeetilisena. Sel puhul kaotaks tavaõigus iga suguse tähtsuse, kuna lex ja interpretatio olid ainukesed õigusallikad, ning interpretatio all mõistetakse vaid seaduse eksegeesi. Ent selline oletus eeldab õiguse teaduslikku käsitlemist, ning seega ka juristide seisuse olemasolu. See oli sellal aga täiesti võimatu, olgu siis, et oletaksime, õiguse teaduslik käsitlemine suri vahepeal välja, ning tekkis uuesti vast Cicero aegjärgu saabudes.

Tuleb kahtlemata oletada, et tol ajal õigus oli veel kogu rahva omandus, ilma patriitside ning plebeide vahelisi seisuslikke vahesid arvestamata. Oletus, et preestrid-patriitsid olid täielikud õigustundjad, ei pea paika. Kui oletaksime midagi seesugust, siis oleks sest võimalik analoogselt järeldada, et õiguse ürgseks allikaks on seadusandlus, mil pole vähe matki ühist natsionaalse elemendiga. Kui aga teada, et õigus oli kogu rahva omandus, siis pole kuidagi aru saada, kuidas preestrid-patriitsid said õigusega nii tutvuneda, et plebeidel see võimalus puudus; ning seda eriti, kui võtta ka veel arvesse selleaegset avalikkust tehingute puhul, ning vastumeelsust iga suguste esinduste vastu. - On ju õige, et ajajooksul läks õiguslik teadus järjest enam juristide peale üle, ent see oleb õiguse loomusest, nimelt tema mitmekesisusest, milline eeldab teaduslikku käsitlemist, millega ei saa hakkama igaüks. Õigust ennast tundis sellal küll iga rooma kodanik, ent esimesest tuleb eritella liig teadmisi, mis juba sellal olid ära õpitavad. Need käsitlesid kohtulikke menetluse norme, ning mõningaid mittekohtulikke toiminguid, milliste täpset täitmist nõuti karmilt. Ning kogu rahva avalik elu oli läbiimbunud usu liste elementidega, siis esines sama nähe ka siin. See kõik eeldas preesterlike teadmisi, milliseid omasid patriitsid, ning see osa õiguslike teadmisi oligi rahva teadvusele võõras. Selles punktis oli aga ka võimalik, et üksikud isikud avaldasid õigusele mõju, nagu seda eeldab interpretatio.

Kuna tõepoolest olid olemas isikud, koguni teatav seisuski, kes rakendasid seadusi, avaldasid mõju ka õiguse kujundamisele /kohtunikud/; ning kuna nende mõju õiguskuju ndamisele oli väliselt märgatavam kui ükski teine mõju, siis on selletatav, kuidas ka juba roomlastel võis tekkida idee, et need isikud on ainukesed õiguskuju ndajad. Need aga ei moodustanud veel sugugi mitte juristide seisuse, ega olnudki ka nemad juristid; viimased saabusid vast Ciceroga vabariigi lõpupäevil, ning kujundusid lõplikult välja vast printsipaadi ajal. Nende õigustundjate mõju avaldus seeläbi, et nad vormiliselt sidusid tavaõiguse 12 tahvli nõuetega. Sest kuna oli olemas seadustekogu, siis vajaduse korral pöörduti esijoones selle poole, ning vaadeldi ka ülejäänud õigust samas valguses. Seega tavaõigus muutus 12 tahvli normide täienduseks, ning nii saabuski tegevus, mida nimetati interpretatio.

Peale seaduse esines ka veel teisi õiguse panuseid. Selliseks organiks on edicta magistratum, nimelt konsuli ning hiljem prätori oma. Ka need edicta olid alul kahtlemata antud 12 tahvli seadusõigusega pea vastuolus oleva loomuse.

Edasi tuleks mainida õigust alalhoidvaist organeist ka veel neid kindlaid, muutmatuid norme kohtulikkude ning mittekohtulikkude tehingute puhul, millised olid seaduses ära

kohtulikkude tehingute puhul, millised olid seaduses äratähendatud; siis ka veel res judicatae, mis olid sellal palju olulisemad kui seadusliku väljakujunemise ajal.

5. ning 6. saj., kui avalikud ametid olid kättesaadavad ka plebeidele, hakkasid mõned roomlased vabatahtlikult uurima õigust, ning nii saabusid rooma juristid. Need esimesed juristid ei loonud aga midagi uut, nende tegevus polnud põhtseaduslik, nad olid võrdlemisi passiivsed, ning nad hoidsid kinni lex'ist ning interpretatiost ning kaitsesid neid rooma õiguse laiendamise eest.

Seniõeldu tulemusena võib öelda järgmist: Tavaõiguse hinnangu suhtes tuleb möönda, et temale eellistati kirjutatud 12-tahvli seadusi, millisega viidi seosesse kogu ülejäänud õigusega, misjärel toda üheltpoolt küll tunnustati kui mainitud seadustega identset õigust, ent teisest küljest tavaõigusel oli ikkagi sekundaarne seisukoht, võrreldes seadusõigusega.

5. ning 6. saj. laiendus rooma õigus jus gentiumi saabumise läbi umbes samal määral, kui Rooma linn ülejäänud Itaalia ning provintide lisandumisega. Samuti, nagu ilmariigi saabudes Rooma linn ei kaotanud oma mõjuvõimu, nii ei tõrjunud ka jus gentium jus civile väljaga ega muutnud teda ära, ta vaid osutus vaikselt tegutsevaks ümbermoondavaks jõuks.

Vanimal ajal, kui linn polnud kaubanduslikus mõttes veel kuigi arenenud, oli tal suhtlemine peamiselt naabrusesolevate ning nende rahvastega, kellega ta oli sõbralikus läbikäimises. Paljudel neist oli rooma commercium, ning nendega läbikäimine võis sellepärast toimuda ius civile alusel.

Kui kuningavõim oli kaotatud, siis ei kingitud enam kaugeltki igale peregriinile, siiserändajale kodakondsust. Kui nende hulk kasvas väga suureks, siis nad elasid lihtsalt kui peregriinid, ning sellistena kindlustas neile praetor ka nende õigused. Hiljem oli Roomal kõigi nende rahvatega, kelle liikmed oleksid võinud sattuda sellisesse olukorda, lepingutega määritletud suhted.-

5 ning 6. saj. oli peregriinide hulk kasvanud väga suureks. Nende jaoks nimetati eriline praetor peregrinus, kes pidi lahendama tüliküsimusi peregriinide eneste vahel, ning peregriinide ja roomlaste vahel.

Ent nüüd tekib küsimus, millise õiguse järgi sarnastel juhtudel kohut mõista. Selle vastolu lahendas ius gentiumi saabumine. See jus gentium avaldas mõju roomlaste sellekohasele õigusele, samuti nagu jus gentiumi kujundavad roomlased muutsid selle väga roomapäraseks õiguseks. See mõju seisis kõige pealt selles, et ta hakkas kehtima ka roomlaste vahelistes suhetes. Peregriini õiguse ümbertöötamine vastavalt roomlaste nõuetele tähistab rooma õigusteaduse algust. Peregriini õiguse kaudu tungis rooma õigusesse see üldine element, mida võime tähele panna kõigi rahvaste juures. Rooma juristide järele on õigus saanud kahest allikast ning koosneb kahest osast, jus civilest ja jus gentiumist. Viimast peavad roomlased selleks õiguseks, *omnis in omnes gentes et inter omnes homines* kehtib. Selle õiguse tootjaks osutub kõigile inimestele ühine naturalis ratio.

Senitoodu põhjal võib järeldada, et jus gentium oli tavaõigus ning püsis sel kujul seniks kuni ta teaduse tärkamise ajal rooma juristide kätte üle läks, ning nende poolt edasi kujundati. Ent seda tuleb võtta vaid üldjoontes kehtivana, kuna kahtlemata üksikud normid määritleti rahvusvaheliste lepete abil, ning teiseks avaldasid magistraadid ta kujunemisele mõju. Nimelt omandas jus gentiumi saabumisega praetori edikt senisest palju suurema tähenduse. Neid edikte tuleb ühede teadlaste arvamise järele pidada siiski meie protsessi - korraldusega sarnlevaks, milline ei piirdunud aga vaid protsessi vormidega. Teised aga arvavad ediktes võivat näha tavaõiguse kontrollorgane, selliseid, mis pidid hoolitsema tavaõiguse säilumise ning ta õietimõistmise eest. On tõepoolest õige, et ediktid sisaldasid ka palju materiaalseid õiguslikke määrusi, ent igal juhul on siin tegu praetori enese mõjuga õigusele.

On kindlaks tehtud, et praetor õiguse, millise ta rakendas oma ediktes, ei loonud mitte vaba suvangu alusel. Ta võttis oma edikti sisu kehtivast õigusest, ning peamiselt just kirjutamata õigusest, milline elas rahva kommetes; kuna ta sellega rahuldus vajadust, mis õigusnormide hulga kasvamisega ikka enam päevakorraks kerkis. Mõlemad praetorid olid selles suhtes ühtlases seisukorras, sest ka praetor peregrinus polnud mitte uue õiguse looja, vaid

kehtiva õiguse organ. Ning mida enam jus gentium hakkas avaldama mõju rooma õigusele, seda sarnasemaks muutusid mõlemate praetorite ediktid.

Seniõeldu tulemusena võib mainida, et ediktid olid osalt vaid tavaõiguse panused, osalt aga sõltumatud õiguse allikad, ning seega nad teataval määral tasandasid tee õigusteaduse saabumisele. Ka rooma juristid ei pidanud edikte tavaõiguse organeiks, ning nende ajal viimased polnudki seda ka enam sellisel määral, kui varem.

Mis puutub Cicero loominguusse, siis on esijoones tarvis tutvuneda tema jus civile organite loeteluga, mis on üldjoontes kokkukõlas eelpooltooduga. Kõige kehtiva õiguse aluspõhja moodustavad lex, siis ta mainib ajaloolises järjestuses kõiki neid tegureid, mis senini esiatud peamiselt tavaõiguse organitena. "Mos" ei tähenda mitte lihtsalt tavaõigust, vaid ainult sellist, mis pole omandanud ühte mainituist kindlaist vormest; sest Cicero ei räägi mitte tavaõiguse saabumisest, vaid ka allikaist, ning panustest. See kokkuseade on sagedane ning esimest kõige selleaegsete juristide töis, ning sellest järgneb, et sellal ei tehtud tavaõiguse ning promulgeeritud õiguse vahet, nagu meie seda oleme harjunud nägema, vaid et rooma juristid, raakides õigusallikaist, mõtlesid ikka seda välist kuju, ta otsest esinemisvormi. Cicero väidab, olevat olemas kolm õiguse peaallikat. Õiguse ürgallikaks olevat natura, mis on meile sisse-sündinud otsene jõud. Selline looduse õigus olevat usk, õiguste kaitse jne.; eraõigusele olevat see allikas vähese tähtsusega. Teise allikana ta mainib consuetudat. See olevat rahva tahtel põhjenev õigus, milline ei avalduvat aga mitte selgesõnalise määritlemise, vaid tabade (vestustas) kaudu. See tavaõigus olevat kindel ning kohuslik juba väljakujunenud komme. Siia kuulub suurem osa seda, mida praetorite ediktid sisaldasid juba vanast ajast saadik, ning mis on muutunud just üleandmise läbi kindlaks ning püsivaks. Olevat olemas veel erilisi õiguseallikaid, mis saavat selleks consuetudo enese kaudu. Siia kuulub, et see, mida saab kindlaks teha kokkulepe teel, on samuti kohuslik, kui aequitas'e ja res judicata'de arvesse võtmist. Mis puutub lõppeks lex'i, siis olevat too natura

või consuetudo läbi antud õiguse lõpulik kindlaksmääramine. On tähelepannev, et seaduseõigust ning tavaõigust vaadeldes, ta viib neid teatavasse materiaalsesse ning ajaloolisesse siledemesse. Kuna Cicero ei räägi õiguse kui seesuguse saabumisviisidest, siis on talle consuetudo vaid organ, milline kuulub õiguse juurde. – Jus civile jaotuse kõrval püüab Cicero jaotada kogu õigust. Tema jaotus on järgmine: in legem, morem, aequitatem. Seejuures pole mos mitte rahvaveendest saanud, õigus ise, vaid tava, seega vorm, millest esineb-

Oleme jõudnud ajastusse, mida täie õigusega võiks nimetada juristide ajaks. Need suurused, kelle tähtsus on aastatuhandete möödudes pigem kasvanud kui kahanenud, on avaldanud mõju väga paljudele järgnevaile ning koguni ka nüüdisaegsele juristele. Selle mõju olemasolu on seda tähtsam ning imelikum, kuna on olemas väheseid õpetusi, milliste kohta käivad rooma juristide vaated on säilinud nii puudulikult kuul kui käesoleva kohta käivad. Kuna säilinud andmed kujutavad endast vaid üksikuid fragmente, siis on need andmed ning õpetused, mis restituteeriti keskaegsete juristide poolt ning mis moodustavad nüüdisaegsete juristide seisukohtade aluspõhjal, vägagi erinevad roomlaste tõelistest õpetustest. Esijoones on vaja uurida, millises valguses on paistnud neile juristidele kehtivad õigusallikad ning eriti just tavaõigus.

Rooma juristideaegne õigus põhjeneb osalt otsesel rahvaveendel (tavaõigus), osalt nende isiklikul tööviljal, õigusteadusel (jurisprudents). Nendeaegne tavaõigus ei omanud enam oma otsest esialgset kuju, vaid ta oli ülestähendatud seadustes, ediktides ning juriidilistes kirjatöödes. Nende ülestähenduste seas olid tähtsaimad 12 tahvli seadused, kuna nende läbi omandas jus civile ning selle valdkonda kuuluv tavaõigus teadusliku iseloomu. See asjaolu takistas rooma juriste tegemast teravat vahet seadusõiguse ning tavaõiguse vahel, ning teiseks takistas ka viimase täielikku mõistmist. Sama lugu oli tavaõigusega ediktides. Tavaõigus näis siin magistraadi ettekirjutisena; ediktides peeti silmas ka seadusõigust, ning peale selle sisaldasid nad ka asutise suvangu alusel antud määrusi. Ka siin ei astunud tavaõigus nähtavalt esile, ning

57

vastolu, vastasus jus civile ning praetorliku õiguse vahel oli niivõrd kaugel sellest, olla ühtlasi ka vastasuseks teadusõiguse ning tavaõiguse vahel, et ta pigemini aitas kaasa selle vastasuse tekkimise takistamiseks. Sama vähe märgatav oli tava ning seadusõiguse vastasus ka kolmandas organis, nimelt varemaja seadustundjais, kes nagu juba mainitud, teda käsitlesid seadusliku interpretatio legis duodecim tabularum osana.

Täniseni säilinud rooma juriidilise kirjanduse fragmentides leidub siiski rohkesti andmeid õigusallikate kohta. Ulpianus jaotab õigust kirjutatuks ning kirjutamatuks. See jaotus oli põhjendatud, kuna siiski ka veel tema ajal oli kirjutamata õigust, mida institutsioonides nimetatakse mores. Kui Cajus institutsioonides ei maini kirjutamata õigust, siis on see arusaadav, sest tema mainib vaid õigusallikaid kaudses mõttes, see on õiguallikate ilmnemismõtte, õiguse tunnetamisvahendeid ehk panuseid. Ent tolleaegse olukorra juures oli arusaadav ka see asjaolu, et rooma juristid õigusallikate loetelu juures üldse ei mõelnudki kirjutamata õigusele.

See õigus, mis ei kuulunud õigusallikasse: leges, plebiscita, senatus-consulta, edicta magistratum, constitutiones principum ning autoritas prudentium, võeti kokku mõiste alla "mores", millist võetakse osalt kui õiguse tunnetamise vahendit, osalt kui õiguse saabumisallikat. See nimetus esineb kõige sagedamini just liites "mores majorum", milline nimetus juba näitab, et on tegu millegi vanaaegsega.

Järgmisena tuleb vaadelda, kuidas rooma juristid nende ajal consuetudo näol esinevad õigust, hindasid ning rakendasid.

Kahtlemata oli juristide kiritöodes tavaõigusest praktilises mõttes, see on, kui nüüdki vaid veel rahva kommetes esinevast õigusest väga harva juttu. Selleaegset õiguslikku olukorda vaadeldes võidakse veenduda, et tolleaegne rahvas polnud enam nii võimukas õiguse suhtes, kui varem. Et õiguslik teadvus oli muutunud rahvale võõraks seeläbi, et kogu õigus oli üleviidud teaduslikule alusele. Mainitud õigusorganite võimu ulatavuse suurenedes järjest

harvemini kasustati rahva kommet õiguse tunnetamisvahendina. Pärast seda, kui praetorlikud ediktid olid suurenenud omalt mahlult, kui oli võimalus saada juristide responsasid, ning kui eksisteeris rohkesti teoseid õiguse üle, millised peale muu ka rooma tavaõigust käsitlesid mitte ainult kui seesugust, vaid kui süsteemi, mis ei vaja välist autoriteeti, võis vaid väga harva juhtuda, et kohtutes põhjendati omi väiteid üldise rooma tavaõigusega ta ürgsel kujul; kuna oli ju palju kergem põhjendada neid omi nõudeid praetori ediktiga, juristi responsaga, või mõne juriidilise teose tadasliku deduktsiooniga. Samuti nagu tänapäeval mõni advokaat tarbekorral tsiteerib vastavaid seadusi, mitte aga rahva tabasid; olgu siis, et ta tahab näidata, et ta teab, millisest allikast põlvneb vastav norm.

Teisiti oli lugu provintside ning üksikuist civitas-test. Seal toimus tuginemine tavaõigusele veel üsna sageli. Seal esinev õigus oli teatavasti partikulaarne tavaõigus. Ent ta kasustamine vähenes sealgi sel määral, kui võrd muutus üldisema kodakondsus, ning seega ka rooma õiguse kasustamine. Uhtlasi omandas ka jus gentium oma lõpulikult kujunemisel ikka enam roomaõiguse ilmet. Ning nii jäi tavaõigus kehtima vaid üksikute vahekordade puhul. Pealegi oli ta väga palju kaotanud enda omapärast, kuna esiteks inkorporeeriti rooma riigile võõraid rahvaid ning teiseks seepärast kohtunikeks olid roomlased. On ju üldiselt teada, kui võrd lähedases seoses oli rooma juristide töötegeliku eluga, ning seega ka õiguse rakendamise. Kuna tavaõigus kasustati kohtutes harva, siis oli temast ka nois töödes harva juttu; ning kui temast üldse räägiti, siis enamasti ikka vaid nois partikulaarseist tabadest. Allikad tõendavad seda väidet.

Edasi tuleb meil vaadelda, kuidas rakedati tavaõigust kohtuniku poolt. Uuemad juristid esitavad väga üldiseks saanud väite, pooled pidavat tõestama vastavat tavaõiguslikku normi, millele nad tuginevad. Üldse on otsusttegevale kohtunikule antud kaks punkti, milliste suhte ta peab määrama. Esimese moodustab õigus, teise factum, tegu. Ta ülesandeks on esijoones mõlemaid tunnetada,

ning neid siis siduda, või nagu öeldakse, õigust rakendada factumile. Poolad võivad kohtunikku toetada õigustunnetamise toimingu seeläbi, et nad osutavad vastavale normile, või muutes talle tunnetamisallikad kättesaadavaiks. Ent seega ei kõrvaldata ega pikendata kohtuniku isetegevust, kohtunik ex officio ise veendub nimetatud normi olemasolust; poolte tegevus on mõjul hoopis erinev esialgsete allegatsioonist. Niivõrd, kui peetakse tavaõigust tõeliseks õiguseks, kehtib ka tema suhtes kõik ülaltoodu. Just tavaõiguse alal võibki osutada tarvilikuks juhtida kohtuniku tähelepanu vastavale normile, ning seda eriti seal, kus kohtumõistjaks pole mitte rahvas ise vaid rahva seast valitud esindajad. Ka siin peab kohtunik ex officio vastava tavaõigusliku normiga tutvunema, samuti nagu oleks ta tähelepanu juhitud mõnele seadusele, millise ta oleks peaaegu unustanud.

Glossatorite ajast saadik on püütud tavaõigust väljatõrjuda õigusvallast, teda eraldada, ning asetada tõsiasjade hulka. Või jälle väidetakse, ta olevat tõepoolest õigus, ent kuna ta põhjenevat tegudel, tulevat seda tõestada. Sest need teod olevat tõsiasjad. Selliste tõsiasjade all võib mõelda kõige pealt neid, milliste läbi vastav norm saadud. Ent selles mõttes ei põhjene ju ka seadusõigus, sugigi lähem tõsiasjadel, sest factum, mille läbi ta saad: üldise tahteavaldamine, promulgatsioon, on kõigati väliselt tunnetatav ning kindlaks tehtav. Pole arusaadav, miks tavaõigus peaks võtma faktilisema kuju, kui teine, ja seda veel põhjusel miks mõlemile täiesti ühine.

Mis puutub rooma juristidesse, siis näeme, et nemad pole mõelnudki sellisele tõestamisele. Ent rohkem me oma allikate põhjal ei tea, kui seda negatiivset tõsiasja, et rooma õiguses ei nõutud tavaõiguse tõestamist; nii me ei tea ka lähemalt kuidas talitas kohtunik tavaõiguse kindlakstegemisel ning milline oli selles suhtes poolte osa.

Pärast õiguse teadusliku käsitlemise, seega ka juristide ajastu lõppemist, tuleb omistada esikoht õiguse edasikujundamise alal seadusandlusele. Mis puutub tavaõigusesse, siis kujundusid enamasti vaid partikulaarsed tavad, ning harva ka mõned üldised.

Pidades silmas selleaegset olukorda ning rooma õiguse arenemiskäiku üldse, pole vist küll ekslik oletada, et sellal oli tava esijoones negatiivselt tegev, seega vanade õigusnormide mittetäitmisel ning kaotamisel. Uksikute kohtade partikulaarõiguses leiame sageli sellist, mis põhjenes taval ning arenes edasi ilma üleskirjutamata. Sellise partikularismi tekkimised olid eriti soodne hilisem keisrite aeg. Ulsidelt peab mõnna, et tavaõigust ei mainitud keisrite konstitutsioonides mitte harva, ning keisrid ei suhtunud temasse sugugi vaenulikult. Vahe sellest, nad omistavad talle koguni seaduse jõu, kusjuures eriti rõõmustatakse asjaolu, ei consuetudo ei tohi olla vastuolus riiklikkude huvidega, kui ta tahab jääda kehtivaks.

Tähtsaim keisrite määrusist tavaõiguse suhtes on üks Constantinusse kodeksis esinev seadus, mis näiliselt määrab, et tavaõigus ei saa kunagi äramuuta mingit seadust. Tegelikult aga selgub, et selles on kokkuvõetud kogu Rooma tavaõigusetooria, milline on järgmine: Kauane, alaline, kasustamine avaldab tõepoolest kaunis märgatavat mõjuõiguse tunnetamisele, ent ta avaldab seda mõju vaid siis, kuitemaga liitub teatav sisemine moment, milline ongi just peamise tähtsusega. Seega pole küllalt, kui teatavat normi vaid kauaaegselt tavatatakse, s.o. kui on olemas consuetudo ususque longaevus. On tarvis, et see norm oleks õiguslik norm; sest väline moment ei asenda sisemist, ei kõrvalda seda: *usus non vincit rationem ant legem*.

Selline oli üldjoontes see rooma õigus, milline hiljem retsipeeriti Saksamaale. - Järgmiseks tuleb meil vaadelda neid ürgiseid vahakordi, millised kehtisid vanade germaanlaste juures. Germaanlaste kõige vanema korralduse ajal oli iga vaba isik nii-võrd oma enda isand, et Tacitus leiab sakslaste juures väga vähe jälgi avalikust võimust. Ta suhe selle ühiskonnaga, millisesse ta kuulus, oli umbes samasugune, nagu praegu liitriikide vaheline leping. Õigusvastaselt toimija polnud kuritegija, vaid kahjukannataja, ning selle katsjate vaenlane. - Nende lausetega tavaliselt iseloomustatakse germaani rahva vanimat põhikorraldust. Ent on ilmselt selge,

61

et seega tublisti liialdatakse, sest vastasel korral ei või olla germaani ahvast, vaid tuleks raakida sõltumatuist, päris omavõlilisis, juhuslikes sidemeis elavaist indiviidest. Tegelikult aga oli olemas nii sisemine natsionaalne side, kui ka väga alge-
lisel viisil korraldatud riiklik võim. Õiguslike vaadete rea-
liseerimine ei toimunud mitte täieliku seesugusena esineva avaliku
võimu poolt. Viimast asendasid vabade koondised, omavolilised ühin-
gud, millistes keegi ei loobunud omast loomulikust vabadusest,
need koondised täitsid kõige pealt kohtute funktsioone. Seal ra-
kendatavad normid põlvnesid kahe suguseist allikaist. Nad olid
osalt tavaõiguslikud, osalt kõikide nõusolul lepinguliselt loodud
õigus. Viimane liik asendas seadusõigust. Õigus polnud üles tä-
hendatud, ent ta oli nende mainitud kohtute abil täiesti kindlus-
tatud, nii siis, kui otsustegijaiks olid kõik koondise liikmed,
või üksikud, kes teostasid seda teiste kontrolli all.

Enne kui Saksamaal võis olla juttu riigi võikirikiku
seaduseandmisest, oli olemas kolm õigusosa, milliseid eriliste
sellekohaste kohtute poolt karmilt eritleti. Rahvaõiguses ning
rahvakohtutes räägib see, mis eespool öeldud õigusallikate seisu-
korra üle; ent see käib ka markide õiguse kohta, milline kehtiv
markides, ning koosnes ka tavaõigusest ning omavolist. Kolmas
õigusosa, õueõigus erines selles mõttes, et ta ürgeliselt põlv-
nes isanda läänist. Ent tegelikult oli seegi õigus, mida tarvitati
just õuekohtutes, ikkagi ka puht tavaõigus, niihästi isanda ala-
mate vaheliste kui ka isanda ning alamate suhete määritlemisel.

Mis puutub üksiku vabadusse, siis see väljendus õiguse
suhtes selles, et tema jaoks polnud ühtegi õigust, mis poleks
lähtunud temast endast. Ei ühtegi omavoli, mida ta tematekkimisel
või ise ühiskonna liikmeks saamise juures polnud hääks kiitnud.
Kohut võisid mõista tema üle vaid need, kellega teda sidus ühine
meelsus. Kõige vanema vaate põhjal polnud ka kohtud puhtavalik
võim; neist lähtuv sund kandis pigemini eravõimu ilmet, milli-
sele sunnitu pidi alistuma, kui ülekaalus olevale, tugevamast
lähtuvale.

Inimsoo koidikul meie leiame sellise toore seisukorra kõigi rahvaste juures. Saksamaal aga valitses see olukord väga kaua, kuigi ta asus hästikorraldatud maade ning ühe tõelise riigi, Rooma, naabruses. Ent lähemal kokkupuutumisel nende riigega toimus ka siingi murrang võrdlemisi kiiresti. See kindla korralduse, avaliku võimu kujunemine. Selle kiiruse tõttu vana olukord ei jätnud tublisti mõju avaldamata uuele. See algeline vabadus astus võitlusse avaliku võimuga; uus korraldus osutus mahasurumiste, privileegitaoliste vabastamiste ning partikulaarsete valitsuste seguks; riiklik elu, kus igäiks tunneb ennast tingitud ning tingiva liikmena tervikust, ei saanud kujuneda.

Frahki kuningate võim otseselt ei piiranud üksiku vabadust, kui me ei võta arvesse seda tõeliselt olemasolevat eksekutiivset võimu, mida osalt ei teostatud ning osalt oli vähe tähtis. Vaba elas veel ikka omaenda poolt seotud õiguse põhjal, ning kui kuningas koos oma ilmaliku ning vaimuliku aadliga andis rahvaõiguse alapid puutuvaid kapitulaariaid, siis need ei hakanud maksuma, kui nad polnud rahvakoosoleku poolt vastu võetud. Rahvakohtute eesotsas seisid küll kuninglikud ametnikud, ent otsustegijad olid poolte suguseltsi liikmete seast valitud. Rahvaõiguse ülestahendused polnud enamiku saksa rahvaste juures muud, kui vaid senise õiguse väikese osa märked, mis ei alistanud rahvaid kuidagi neile võõrale õigusele, vaid olid enamasti seks, et kellegi võõra suguharu seas viibides tema enda õiguse üle saaks tema üle kohut mõistetud, kuna otsustegijad oma rahva seas väga harva nende abi vajasisid.

Esmakordselt kogesid sakslased alistumist niisugusele õigusele, mille loomisest nad ise polnud osa võtnud, vaimulikkudes kohtutes, milliste mõju piirkond laienes peagi väljaspoole vaimulikke suhteid, ja mis mõistsid õigust mitte natsionaalse rooma õigusel põhjeneva kanoonilise õiguse põhjal. Siin ei mõistnud kohut juba mitte enam poolte suguseltsi liige heakombe hing tava mõjul, vaid õpetatud kohtunik. Kanonistlikkutes õigusallikates ilmneb ka esmakordselt opositsioon tavaõiguse vastu, milline pahatihti oli kanoonilisega vastolus. Üldjoontes aga jäi õigus

samaks, mis enne, ainult tähendati mõnda üles ja õpetati teistele edasi, ent rahva veene oli veel ikka sama elav kui enne.

Gaukorralduse lõppemisega, sõjaväeteenistuse muutmisega, läänikorra laienemise ning maaisanduse saabumisega kaotas suurem osa rahvast seose mitte ainult kogu riigi, vaid ka üksiku ta territoriumi avalikkude suhetega. Igal olid vaid teenistus- või korporatsiooni suhted, oli ta siis isandaseisuse liige, rüütel, talupoeg või linnakodanik. Saksa maahärrad on need, kes moodustavad vabade klassi vanas mõttes. Selline tõeline kodanline vabadus, kus on üks tervikus ning tervikuga vaba, kus ta ennast viimasega üks tunneb olevat, ei saanud kujuneda ülalmainitud olukordades.

„Natsioon lagunes“, ütleb väga õieti Eichhorn, „hulgaks suuremaiks ning vähemaiks ühiskondadeks.“ Seega sisemine natsionaalne side küll ei hävinenud, ent ta väliselt mõnel puhul üldse mitte ei esinenud või teisel jälle esines väga nigelalt. Selles uues ilmas jäi küll keiser kõigile nähtavaks keskuseks, ent ta oli nii vähesel määral aktiivne, et järjest edenes püüe tagasi tõmbuda ning õigust partikulariseerida.

Samas seisukorras, nagu rahvas, oli enne rooma õiguse kontseptsiooni ka saksa õigus. Kohtud olid pea eranditult maaisandlikud või nad vähemalt said selleks. Neis tarvitatav õigus oli enamasti vanadest aegadest säilinud kohtukorralduse abil maksvana hoitud tavaõigus ning suurvalt osalt ta oli teine üldine õigus, millest võis pidada kogu saksa rahva õigusveendel põhjenevaks; ent oma väljenduselt, see tähendab, kuna ta esines vaid kohtu tarkusena, ent mitte üldisemal kujul, teaduslike tööde või riiklike seadustena, ta näis olevat partikulaarne. Sama on maksev linnakohtute kohta. Keiserlike kohtutes oli lugu teisiti, siin mõistetakse keiserlik õigus näis ka väliselt üldise õigusena, senikaua, kui neis kohtutes mõisteti kohut heakombe ning tava põhjal, oli olemas veel tugi üldisele saksa õigusele.

Taba ning kohtupraktis kujundasid endises saksa riigis üldise õiguse, esijoones seeläbi, et nad retsipeerisid roomaõiguse norme, kujundasid nad ümber vastavalt saksa vaimule ning sel teel ühendasid, sidusid rooma õiguslikud ideed moodstate germaani omadega.

Üldiseks nimetati teda seepärast, et ta oli kõikide riigiosadele ühine, vastandiks üksikute riiklikkute üksuste õigusele, ent sealjuures maksis põhimõte: Landrecht bricht gemeines Recht. 1806.a. lagunes Saksamaa lõpulikult. Ent rahvus jäi ometi alles tänu ühisele tuhandeaastasele ajaloole, ühisele keelele, kirjandusele, teadusele ning ühisele institutsioonidele. Seepärast püsis üldine õigus poliitilise loomuga katastroofidest hoolimata elujõulisena. Ta polnud loodud seaduseandluse läbi, vaid oli saanud rahva enese sülest tava, kohtupraktise ning teaduse poolt kujundatuna. Kohtupraktis ning teadus seilitsid teda üldisena ning kujundasid teda kui niisugust ka edasi, kuigi rahva poliitiline ühtlus oli hävitatud. Ettevalmistusi rooma õiguse retseptsooniks leiame juba varajasel keskajal, suure hooga algas see sissetung vast 15.sajandi keskel ja 16.algul. Põhjuseks oli jõrgmine asjaolu. Kuna territorium oli kindlustet ning igas riigi osas maksid erinevad, seega normide hulk ning mitmekesisus oli väga suur, siis tehti üldistamistendents, nõue ühe üldise õiguse järele. Seda arvati leidvat Justinianuse corpus juris'e näol.

Rooma õigus on omandanud Saksamaal vaid subsidiaarse maksvuse, s.t. ta tuli tarvitusele vaid siis, kui on tarvis täita kodumaise õiguse tühikuid, olgugi et see õigus on partikulaarne. Kuigi retseptsooniaegsed romanistid väidavad, et partikulaarne taba ei saa ära muuta üldist õigust. Kui see oleks leidnud tunnustust, oleks rooma õigus omandanud pea ainuvalitsuse. Ainuvalitsuse Saksamaal. Sest saksa õiguslikud vaated tuginesid peamiselt just partikulaarsele tabadele.

Pretsipeeritud rooma õiguseühes Saksamaal valitsenud õiguse partikularismiga aitasid kaasa seks, et saabus massiliselt positiivne õigus. Ning kogu see õigus oli seejuures äärmiselt kirju ning igasuguse süsteemita normide kogu.

17.saj. avaldus ratsionalistlik ilmavaade, milline laien- dus kõigile aladele, ning seega ka õigusele. Ratsionalistliku mõtteviisi omaksvõtmiseta järjel saabus nn. mõistuseõigus, mil- lise abil püüti nüüd kõrvaldada seda segadust õiguslail. Mõistus-

õigus saatiski suurt korda, kuna ta viis kahes suhtes headele tule-
 mustele. Esiteks asutati esmakordselt seda massilist positiivset
 õigust kritiseerima seisukohalt, mis asus väljaspool teda ennast.
 Teiseks, liigestati see õigusmaterjal süstemaatiliselt. Ning nende
 süsteemide varal loodigi 18. ja 19. saj. kodifikatsiooni, eesotsas
 Preisi riikide üldise maaõigusega.

Mis puutub selleaegsesse teaduslikesseproduktioonesse,
 siis peab mõnna, et neil puudub sügavus ning omapära. Eriti tuleb
 seda rõhutada 18. saj. lõpust päritolevate ideede suhtes.

Loodusõiguslik kool 18. sajandil on positiivse õiguse uuri-
 mise alal vähe korda saatnud. Selles loodusõiguslikus koolis saavu-
 tab positiivse õiguse alahinnang oma tipu. Ta peab nimelt positiiv-
 set õigust seadusandja vaba tahte avaldiseks. Nii esitasid sellesse
 kooli kuuluvad teadlased ka tavaõiguse suhtes nõude, et tavaõiguslik
 norm peab olema lubatud valitseja poolt (vt. lähemalt I osa, 2 pea-
 tükk § 2). Selline ennekuulmata alahinnang kutsuski ka välja teise
 äärmuse ajaloolise kooli näol, millise vaateid käsitlem lähemalt
 järgnevas lõigendis.

§ 2. Ajalooline kool ja ta järglased.

Ratsionalismile andis hoobi saksa filosoof Kant, näidates mõistuse ekslikkust. Seepärast hakati ka loodusõigusse, mis põhjenes mõistusel, skeptiliselt suhtuma. 19. saj. I poolel tekib uus vool, historism. Hakati uurima ajalugu ja säält otsima fakte. Õigusteaduse vallas olid selle voolu esindajateks Savigny ja Puchta. Hakati uurima õiguse ajalugu, kusjuures eriti väärne koht omistati iga rahva tsiviilõiguse uurimisele.

Kuna eelmistes osades on olnud juttu ajaloolise kooli seisukohtadest, nii tavaõiguse suhtes üldiselt kui ka igasuguste spetsiaalsete küsimuste kohta, siis piirdun siinkohal vaid sellega, et esiteks veidi iseloomustan lähemalt ajaloolise kooli printsiipe üldse, ning rõhutan veekord, et ajalooline kool pidastavaõigust kõige perfektsemaks positiivseks õiguseks, kuna ta on otseselt, vahetult väljakujunenud rahva hingest. Rahva sisemised tõekspidamised, muutudes, muundudes välisteks tegudeks, olevat parimad positiivse õiguse normid, kuna nendele ei alluta mitte sunni mõjul, vaid nad on kokkukõlas rahva enese hingega.

Friedrich Karl Savigny (1779–1861), kuulus rooma õiguse uurija ja õigusajaloolise kooli asutaja, astus vastu 17. ja 18. sajandil valitsenud loodusõiguse kooli vaadetele. Tema õpetuse printsiibid olid järgmised: 1) õiguse orgaanilise arengu tunnustamine, 2) seaduseandja õigustloova tegevuse eitamine, 3) õigusele natsionaalse iseloomu omistamine. Vaatleme neid printsiipe lähemalt: 1) õigus areneb (tekib, muutub, lõpeb) mitte üksikute inimeste tahtmist mööda, vaid täiesti iseseisvalt, sarnaselt organismi arengule. See areng pole hüppeline ega katkendline, vaid järjekindel ja pidev. See õiguse areng on tingitud rahva hingeelust, s.o. rahva kommetest ja tõekspidamistest, ent mitte milgi tingimusel seaduseandja tahtest. Seega rahvas ise arendab õigust, rahva üldtunnustatud kombed ja tõekspidamised ongi õiguse normid. 2) eeltoodust järgneb, et mingit "seaduseandjat" ei saa olla, sest õigus töötab välja rahva hinges ja avaldub ta kommetes. Seadus võib vaid takistada õiguse arengu loomulikku käiku. Seepärast seaduseandja täidab kõige paremini oma ülesannet siis, kui ta ei loo seadusi, vaid piirdub ainult tavaõiguse sanktsioneerimisega.

67

3) Vastandiks loodusõiguse kooli kosmopolitilistele vaadetele, mille järgi loodusõigus pidi olema ühine kõigile maadele ja rahvastele, Savigny väidab, et iga rahvuse eraõigus on omapärane, samuti nagu on erinevad nende keel, kombed ja riiklik korraldus. Ent paistab imelik, et Savigny, kes nii kõrgele asetab natsionaalse printsiibi, astus vastu Thibaut natsionaalsetele püüetele - Saksamaa väikeste riikie ühendamisele. Samuti pole kooskõlas ta printsiipidega, et ta Saksamaal nihutas esikohale mitte germaani oma tavaõiguse, vaid rooma õiguse.

Georg Puchta (1798-1846) oli Savigny õpilane ja ühtlasi ta õpetuse edasiarendaja. Eitav suhtumine seadusandlusse põhjustas huvi teise (Savigny ja Puchta järgi ainsa) õigusallika - tavaõiguse vastu. Selle küsimusele pühendas Puchta oma töö "Das Gewohnheitsrecht", milles asetab tavaõiguse ainsa õiguse seisukohale, kuna seaduseandlus ei või luua ühtki normi; seadusandluse ülesanne on vaid tavaõiguse kirjapanek ja sanktsioneerimine. Ühtlasi näitas ta ses töös tavaõiguse kui rahva tahteavaldise praktilist tähtsust ja jõudu.

Loodusõigusliku kooli mõju oli ajaloolise kooli õpetuse mõjul vaid kõrvaletõrjutud, mitte aga murtud. Ta mõju avaldus esijoones seadusandluse alal. Mõlemate koolide õpetused näivad olevat täiesti vastandlikud, ent tegelikult siin on tegu kahe suunaga, mis vajalikult peaksid teine teist täiendama. Vaatamata loodusõiguse ning ajaloolise kooli vastandlikkusele, leidub ometi punkt, milles nad ühte langevad: loodusõiguse kooli järgi on olemas loodusseadused, mis olid juba olemas enne riiki ja mida ei suuda muuta riigivõim ajaloolise kooli õpetuses asendab loomuse õigusttavaõigus, mis samuti on puutumatu riigivõimule. Vahe loodus- ja tavaõiguse vahel seisab selles, et esimene on igavene ja muutumatu ning ühine kõigile rahvaile, kuna tavaõigus on alaliselt arenev ja ühtlasi erinev iga rahva juures.

Selle suhtes tuleb möönda järgmist: õiguse põhialuseks on kahtlemata ta ajalugu, Ent kuna inimvahekorrad arenevad, siis peab ka õigus alaliselt edasi kujunema. See areng ei saa toimuda ainuüksi tava ning teaduse najal; siin on hädavajalik ka seaduseandluse kaasabi, mis mitte vaid ajalooliselt edasiantud ei arenda, vaid ka are-

vajaliku ning otstarbekohast kindlaks teeb.

Ajaloolise kooli õpetust arendas edasi orgaaniline kool. mis leidis, et rahvas sarnleb organismile, millise organite vastastikust suhtumist peab reguleerima õigus sel viisil, et üksikute liikmete käitumine ei muutuks hädaohtlikuks kogu organismile - rahvale. Ning kuna rahvas ~~pr~~organism areneb pidevalt edasi, nagu teisedki organismid, siis on see pidev arenemine omane ka õigusele.

19. sajandi teisel poolel romanistlik teadus püüdis vabandada ajaloolise kooli ühekülgsusest, ent seejuures ta üldjoontes ikkagi ei loobunud ajaloolise kooli tuumast. Iseseisvaid, osalt täiesti erinevaid radu sammusid neli suurt teadlast - romanisti: Alois Brinz, Bernhard Windscheu, Rudolf Ihering ja Heinrich Bernburg. Ent tavaõiguse seisukohalt nende teooriad ei paku midagi uut, ega ole nad niivõrd tähtsad, et oleks tarvilik vaadelda nende teooriaid eraldi lähemalt.

Lõppeks võiks veel üldiselt öelda mõne sõna tavaõiguse tähendusest varemmail ajal ning praegu. In

Inimsöö koidikul reguleeriti igasuguseid vahetõrki ainuüksi tavaõiguse abil. Kirjutatud õigust sel ajal ei tuntud. Tavaõigus, mida lapsed vanemalt omandasid ühes keelega, kandus edasi põlvest põlve ja tema järgi elati. Ka vanas Roomas elati mores majorum'ite järgi, keskajal hakati tavaõigust kirja panema. Seega keskaja seaduse raamatud pole muud, kui kombeõiguslike normide kogu. Alles 100-150a. tagasi muutus kirjutatud õigus Euroopa kontinendil peamiseks õiguse allikaks. Kuid ka praegugi on riike, kus kombeõigusel suur tähtsus. Nii on Inglismaal maksev suurel määral endisest ajast päritolev tavaõiguslik kord ja inglise jurist peab seepärast otsime pretseidente. Inglise kombeõiguslik kord on üle läinud P.-Ameerika Ühendriikidesse ja Inglise Asumaaadesse. Ka Venemaal asusid talupojad tsaarivalitsuse ajal eraõiguslikes asjus tavaõigusel, kuna kirjutatud õigus oli määratud vaid kõrgemaile seisustele. Mõnes Venemaa osas, nagu Siberis, ka kriminaalõigus baseerus tavaõigusel. Praegu on tavaõigusel suur tähtsus veel Balkani riiges. - Seega näeme, et inimsugu on palju kauem elanud tavaõiguse, kui kirjutatud õiguse järele.

§ 3. Tavaõiguse kriitika.

Tavaõiguse kritiseerimist on võimalik toimida nii, et kaalutleme lähemalt neid pahesid, milliseid pannakse tavaõigusele süüks, ning püüame selgitada nende põhjendatust. Lõppeks tuleks siis veel mõne sõnaga puudutada neid põhjusi, miks tavaõigus nüüd sajajal on loovutanud oma esikoha seadusõigusele.

Üks peamisi tavaõigusele tehtavaid etteheiteid on asjaolu, et ta pole küllalt selge, kuna teod, millistes ilmneb vastav norm, pole täpselt kindlaks määratavad, ning seepärast tavatseb neid igauks eri variatsioonides; ning kuna pole kindel norm ise selle, korduva teo näol, siis pole kindlad ka temale rajatavad õigustused ja kohustused. Mis puutub sellesse etteheitesse, siis tuleb tunnistada, et ta on vähesel määral tõesti põhjendatud, ent see puudus pole omane mitte vaid tavaõiguslikele normele, vaid igasugusest allikast lähtunud positiivsele õigusele. Samuti, nagu tavaõigus võib muutuda teatud gruppide ning kihtide kaitseabinõuks, on seda olnud ning on veelgi enam seadusõiguslike norme. Teatavad seisused, kasutades vastavate seaduste sõnalise väljenduse ebamäärasust, on neid sageli sajandite kaupa tõlgendanud oma isiklike huvide kohaselt, ning tinginud omale nende põhjal välja igasuguseid privileege ning soodustusi. Üldse tuleb öelda igasuguse seadusandluse kohta, et ta on huvide-seadusandlus, ning rahuldavad huvid on enamasti just ikka valitseva kihi omaid. Seevastu polegi hästi mõeldav, et tavaõigus oleks valitseva kihi produkt, ning sellisena kaitseks ta võimutsemispüüdeid. Ajaloo kestel on seda tõesti juhtunud, ent igatahes palju harvemini, kui seda võib öelda seadusõiguse suhtes. Ning mis puutub üldse tavaõiguse ebatäpsusse, siis selles suhtes tuleb ta eitajaile vastu astuda. Kui tavaõigus esineb veel elava õigusena, siis ta on kõigiti täpne, vähemalt seadusõigusega võrreldes. Algastme aega inimsoo õiguslikus loominguks tuleb piiritleda kümnete tuhandete aastatega, ning sellal reguleeriti kõik vahekorrad tavaõiguse najal. Teda tarvitatakse ju suurel määral ka veel praegu. Kui ta oleks nii väga ebamäärane ning ebatäpne, siis sellest ajast oleks kahtlemata pidanud jätkuma seks, et jõuda arusaamisele tavaõiguse väärtusetuses ning ebamäärasuses, ning ta oleks juba ammu pidanud olema kõrvale heidetud! Kuna aga tavaõigus ju faktiliselt eksisteerib ka veel tänapäeval, siis tuleb mõnda, et siin on tegu liialdusega, mida ei tarvitse võtta kuigi tõsiselt. Kuigi tuleb tunnistada, et tavaõiguse ebatäpsus võib vahel põhjustada arusaamatusi, ning ta erandlikult võib olla ka valitseva kihi produkt, siis võib seda ometi samahästi olla ka iga teine positiiv-õiguslik norm.

Tavaõiguse ebatäpsusega on lähedas seoses ka veel teine etteheide. Nimelt leitakse, tavaõigusele alistumine olevat raskendatud, kuna pole olemas kindlat ettekirjutust, mis annaks kohustuse alistumiseks. Seepärast leiduvat sageli neid, kes protesteerivad tavaõiguse vastu, ning hakkavad toimima teisiti. - Seegi on puudus, mis tavaõigusel on ühine igasuguse muu positiivse õigusega, ent milline on temale omane palju kitsamas ulatuses kui teistele õigusallikatele. Võtame taas võrdluseks seadusandlikul teel saabunud normid. Kuidas on lugu nende täidetavusega? Kas elame tõesti sellisel ideaalsel ajastul, kus igas suhtes järgitakse seadustele, kus ei esine mingisuguseid üleastumisi, ning mil toimub kõik vastavais korraldustes ette nähtud viisil? Tarvitseb vaid korraks heita pilku ajalehte, et veenduda sellise arvamuse naiivsuses ning absurdsuses. Ei või ometi öelda, et need päev-päevalt korduvad vargused ning tapmised annaksid tunnistust kõigiti seaduspärasest käitumisest. Seega näeme, et ka sellise korralduse puhul, millist reguleeritakse seaduslike normide abil, leidub inimesi, kes löövad käega igasuguste ettekirjutustele ning talitavad oma vaba suvangu järele, milline käib risti vastu noile ettekirjutustele. Kui nähakse ta-

vaðiguse suhtes selles puudust, et leidub isikuid, kes ta normidele ei alistu, siis, tahtes olla konsekventne, tuleks samuti talitada ka seadusõiguse suhtes. Tuleks hakata agiteerima ka seaduste vastu, öeldes, et kuna leidub inimesi, kes ei pea seadustest kinni, siis seadused ei kõlba kuhugi. Ent mis siis lõppeks kõlbab? Kui meil poleks enam tavaõigust ega tunnustaks me ka seadusi, siis oleksime jälle välja jõudnud loodusseisukorraneni, kus valitses bellum omnium contra omnes. Ning kuhu jääks siis kultuur ning tsivilisatsioon oma suursaavutistega? - Seega on ilmne, et kuigi tavaõigus oleks tõepoolest seesugune, et on raskendatud temale alistumine, siis selles ometi veel ei järgneks, et ta oleks kuidagi vähem vastuvõetav kui seadused. Ent muide pole see eelmainitud etteheide tavaõiguse suhtes sugugi põhjendatud. Sest positiivne tavaõigus oma õitsengu ajal on äärmiselt eluline õigus. Ta sünnib inimesse sisse, kasvab temaga koos. Talle alistumine on seepärast ka massiline ning enesestmõistetav. Kirjutatud seadusele alistumine on aga hoopis raskem, sest inimene peab enne seadust lugenud olema ning temaga harjuma, mida tavaõiguse juures pole üldse tarvis. Ta kandub üle vanemalt lastele ühes keelega, seega neile täiesti sisse juurdudes. Seda asjaolu, et tavaõigus on kõigile äärmiselt kättesaadav, pole üldse küllaldaselt hinnatud, kuigi see on üks ta tähtsamaid külgi. Et teda kaasajal vähe tuntakse, seda põhjustab asjaolu, et seaduslikud normid domineerivad.

Üks peamisi tavaõiguse puudusi olevat see, et ta on vähe liikuv ning liiaks konservatiivne õigus, et ta pole seega ajakohane; ometi peaks olema ilmselt selge, et tavaõigus ei saa jääda ajast maha ega jõuda temast ette. Ta sünnib inimestesse sisse ning areneb seega ühtlaselt inimsoo arenguga. Kuna ta tõesti võib-olla ei rahulda kõiki nõudeid, see võib olla sotsiaalsete murrangute ajal, kuna ta ei saa küllalt kiiresti reageerida. Ent pikaldase elutempo korral ta on kõigiti otstarbekohane. Seevastu leidub küllalt seadusi, mis on liiaks progressiivsed, või jälle ajast maha jäänud.

Mis puutub tavaõiguse kindlakstehtavusse, siis tuleb mõnda, et kõigile neile, kes elavad alaliselt ühel kohal, on tavaõiguslikud normid täpsalt selged. Kui seega tavaõiguslikud normid pole küllalt kindlakstehtavad, siis on see maksev ainuüksi seesuguste võraste isikute suhtes, kes kusagilt mujalt vastavasse kohta saabuavad.

Selle viimase asjaoluga on seletatav ka nähe, miks tänapäeval tavaõigus oma esikoha on loovutanud jus scriptumile. Ta oli vastav ikkagi ainult noile aegadele, kus eluvahekorrad kiiresti muutusid ning inimesed rohkem paigal asusid. Praegusel ajal aga kiiresti muutuvad ja juurdetulevad uued eluvahekorrad nõuavad kiiret reguleerimist, milleks tavaõigus on liig aeglane. Samuti ei asu inimesed enam paigal, vaid rändavad ühest maailma otsast teise. Nii näit., kui avastatakse Ameerikas kulla-, raua- või söelade, siis voolab sinna inimesi kokku kõikjalt. Kui need inimesed hakkaksid toimima enesega kodumaalt kaasa toodud tavaõiguse järgi, tekkiks vastastikkused arusaamatused ja tülid, sest tavaõigus on igal rahval erinev. Seepärast osutub tarvilikuks korraldada elu kirjutatud normide järgi, millede tundmaõppimine on kerge ka võõrale.

Nende tegelikku vahekorda tänapäeval selgitagu järgmine piltlik võrdlus, mis käsitleb kahe samasuguse ühisest lähtest saabunud allika vahekorda, nagu on seda seadus ning taba õigusallika: Kui nüüd kahe sellise allika omanik ühe allika suleb, siis kuhjub veerohkus selle tagajärjel teisesse; kui ta teist allikat laiendab ning tuleb takistatud voolule järjest rohkem abiks, siis jääb suletud allikas kauaks suletuks. Ent omanik eksiks, kui ta arvaks, et ta on vee võimu ära võitnud, ning ta saab oma eksitusest aru, kui ta hakkaks teist allikat laiendama; siis aheldatud element purustaks kammitsad ning hakkaks vabalt voolama nagu ennegi. Mitte elemendi võim polnud murtud, ta oli vaid tükiks ajaks takistatud võim olemast. Nii ka ülaltoodud juhul seadus pole mitte murtud tavaõiguse võimu, vaid tavaõigust ajutiselt ainult takistati võimuks saamast.

Tavaõigus on etendanud inimsoo elus määratu tähtsat osa, kuna ta aastatuhandete vältel reguleeris kogu õiguslikku

77

suhtlemist. Kuigi ta vahest ka sellist tähtsat seisukohta enam kunagi tulevikus ei oma, siis on ta ikka vägagi mõõduandev ning etendab seadusandluse kõrval küllalt tähtsat osa. Seda tagab juha inimeste loomus. Inimvaimul on omadus austada kõike seda, mis on kestnud kaua. Sest olemasoleva mõju, temast järgnevad kasud või kahjud on ilmsed; kuna seevastu pole teada, kuidas mõjub ning tegutseb see, mida tahetakse panna asemele; seda näitab vast tulevik. Rahvas tunneb seda instinktiivselt, ning seepärast ta tahabki, et peetakse aus vanu kombeid.

Nii siis: t a v a õ i g u s o n k e h t i n u d
a l a t i n i n g k a h t l e m a t a k e h t i b k a
t u l e v i k u s .

T A V A Õ I G U S E E S T I S .

§ 1. Ajalooline ülevaade.

Rääkides tavaõiguse levingust Eestis, tuleks ülevaatlikkuse mõttes alata Vana-Eesti ajast. Kuna meil puuduvad igasuguseid sellekohased kirjalikud tõendused, siis tuleb piirduda vaid oletustega. Seepärast tuleb alata Eesti tavaõiguse käsitlemisega 13. sajandi esimesest poolest, millisest ajast alates meil on kindlamaid ning usutavamaid andmeid.

Eesti maa ja rahva alistumisega 13. saj. sakslastele ei toimunud kohalikus õiguskorras järske murranguid. Esialgu jõi üldjoontes püsima vanade eestlaste õiguskord, milline kehtis nii eestlaste eneste kui ka võõraste suhtes, kuna viimased võtsid teda osaliselt üle. Ent võõraste saabumisega ilmusid siia ka võõra õiguse normid, millised hiljem hakkasid taotlema Vana-Eesti õiguskorra ümberkujundamist, kui nad levisid ka eestlaste kohta. See kaasatoodud õigus aga ei jäänud püsima oma esialgsel kujul, vaid ta kujundus ümber vastavalt kohalikele õiguskorrale. Need võõrsilt saabunud normid olid omalt loomult ka tavaõiguslikud, samuti nagu oli seda Vana-Eesti õiguskord. Kuigi tavaõiguse kõrvale kerkis varakult ka kirjutatud õigus, siis see oli peamiselt ikka ka üleskirjutatud tavaõigus. (Vt. all 1). Loomult ning kehtivuselt oli keskaegne õiguskord partikulaarne, üldiseid, kogu maad ning rahvast puudutavaid norme oli väga vähe.

Maa-alaliselt oli selleaegne õigus jaotatav maa- ning linna õigustesse, kusjuures esimesed kerkisid üksikuis maahärraskondades väljaspool linnade piire, teised aga just linna piirides, vastavalt kohalikkudele seisustele, jagunes sinne õiguskord viide eriliiki. Oli võimalik eritella kiriku-, lääni-, mõisa-, talurahva- ning linnaõigusi. Kuna neid eesti tavaõiguse seisuse kohaselt erineb eestkätt selleaegne talurahva õigus, mis käsitles vahakordi talupoegade vahel ning talupojaisikut kui seesugust, siis vaatleme lä-

1) Eesti Rahva Ajalugu, V. lk. 494.

hemalt just selle õiguse saatust.

Õiguse tavaõiguslik looming, võõra õiguse laenud ning õiguse mitmekesisus tõid kaasa tarviduse õigust kirjalikult üles tähendada, et saavutada ülevaadet õiguskorrast. Sel viisil saabusid kodifikatsioonid ning õigusraamatud. Talurahva õigusraamatute seast omab erilist tähendust nn. Külaõigus. Ordumaade ehk Eesti talurahva õigus sisaldab peamiselt karistusõigusliku norme elu-, tervise- ja varandusvastaste süütegude eest. Raskemate süütegude puhul määratakse koguni surmanuhtlusi. Rusika- ehk veretasu võimalust nad üldse ei näe ette. Ordumaade ehk Eesti talurahva õigust nimetatakse teisiti ka veel Liivi talurahva õiguseks. Eesti talurahva õiguse vanust pole suudetud täpselt määratella. Ent on igatahes kindel, et ta on kaugelt vanem kui ülestähendused säilunud käsikirjadel. - Saare-Lääne talurahva õigus on omalt saabumiselt noorem kui eelmine. Ta sisaldab peale karistusõiguslike normide ka veel eraõiguslikke, ning ta on omalt sisult rikkalikum ning paremini läbitöötatud. Saare-Lääne piiskopkonna "vanim rüütliõigus" sisaldab veel üht talurahva õigust, nn. külaõigust, millinormid määritleb vahakordi küla-elanikkonna vahel külamaade suhtes ning eriti menetluskorda tüliküsimuste lahendamisel.

Pole kahtlust, et mainitud talurahva õigusraamatud sisaldavad peamiselt seda õigust, mida tavaõiguslikul teel oli talurahva seas kujundanud. Seepärast nad sisaldavad norme, mis ulatuvad suurelt osalt Muinas-Eesti aegadesse. Keskajal neid vaid arendati edasi vastavalt uutele eluvahekordadele.

Peale mainitute sisaldab kohalikku maa- ning talurahva õigust veel nn. Liivi peegel.

Vaadates seega tagasi õiguslikku elu arengule keskajal, tuleb mainida, et ajastu alguses puuduvad üldse kirjalikud ülestähendused õiguslike normide kohta, ning elatakse tavaõiguse alusel, mille normid on pärit osalt Eesti vanast õigusest, osalt kaasa- toodud sisserännanud sakslaste poolt. Tarve kindlalt fikseeritud õigusliku aluse järele põhjustas eraviisiliselt koostatud õigusraamatute saabumise. Need ülestähendused on loomult väga primitiivsed. Elu vahekordade areng nõusid ka õiguse arenemist. Seepärast algab

võõraste õiguste retseptsioon, eriti Saksamaalt. Materiaalse õiguse edasiareng ei lakka küll täielikult, ent toimub ilma igasuguste intensiivsuseteta. Ainult tavaõiguse ja maahärrade kirjade ning privileegide kaudu.

Järgnevail Rootsi-, Poola- ning Taahi ajal kestus see areng samasuguses suunas. Ainuüht et Rootsi aja lõpul kehtis ka juba kaunis suur osa kirjutet õigust, ent see oli ikkagi vast üles tähendatud tavaõigus. Mitte aga vastavad seaduslikud määrused. Veneaegses Eestis püsisid tavaõiguslikud normid suuremal määral kui Rootsi aja lõpul.

Seega võib öelda, et Eestis elati samuti nagu mujalgi, kuni 19. sajandini puht tavaõiguse alusel. Sellest kehtis kuni 13. sajandini ajastu, mil reguleeriti eluvahekordi kirjutamata tavaõiguse alusel, ning 13 kuni 19. saj. alguseni elati kirjutet tavaõiguse põhjal.

Veneajal ühtlasi kodifitseeriti kohalik tavaõigus Balti Eraseaduse III köitesse. Seega saabusid esimesed kirjutet seadused vast 19. saj. alul, nii et kirjutet õiguse iga pole meie maal järjeklikult kõigi pikk. 19. sajandi alul nimelt viiakse talupojad üle kirjutet seadustele. Esimesed sellised seadused olid orjusest vabastamise ning teised talurahva olukorda puudutavad korraldused. Seega korjub jus scriptum sellal tavaõiguse välja ning asendab teda. Ent täielikult väljatõrjutud pole tavaõigus veel tänapäevani, sest ka praegu leidub veel küllaldaselt eluvahekordi, milliseid reguleeritakse pea ainuüksi tavaõiguse najal.

Teatavasti veel tänapäeval Eestis kehtivad sellised tavaõiguslikud normid, milliseid kehtivaina ettenähtud Balti Eraõiguse III köites. Ent meil ei kehti tavad mitte ainult selles ulatuses, millises neid mainitud sadustik lubab, vaid praksises on see tarvitamine kaugelt laialdasem. Tegelikus elus laiendub tavaõiguse mõju pea kõigile eraõiguse, ning ka osale avalik-õiguslikest sfäärest.

Auhinatöö
392516

TÜ RAAMATUKOGU



1 0300 01155949 1