

271900

T. Grünthal.

PANDIÕIGUSE, ERITI KINNISPANDIÕIGUSE ARENGUST

ROOMA-, SAKSA- ja BALTI ÕIGUSES.

#1057

9 mail 36
32

mis kirjutanud Käsokova t33 kirjutanisel.

- ACHILLES, Bürgerliches Gesetzbuch, 6 tr. 1918.
- BARM, Sistema riinskago prava, II k. 3 tr. 1908.
- BÄCKSTRÖM, Omvärldens närala ipoteekare prava, 1891.
- **T. Grünthal.**
- BENSCHER, Liv-, Est- und Curländisches Privatrecht, 1902.
- BRUCK, Die Eigentums-hypothek, Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht u. Zivilprozess, 10 k. 2 tr. 1912.
- PANDIÕIGUSE, ERTI KINNISPANDIÕIGUSE ARENGUST
- BUNOVSKI, Sved građanskij zakonovenij gubernij pribaltiiskih, I ja II, 1914.
- Rooma-, Saksa- ja Balti õiguses.
- BUNDE, Das Liv- u. estländische Privatrecht, I osa, 2 tr. 1847.
- BRACK, Lehrbuch des deutschen baltischen Rechts, II k. 6 tr. 1913.
- BRACK, System des deutschen baltischen Rechts, III k. 1905.
- BERNHARD, Das Pfandrecht, I ja II, 1890 - 1891.
- BERNHARD, Pandekten, I k. 1891.
- BERNHARD, Das bürgerliche Recht des Königreichs Preussens, III k. Das Sachenrecht, 2 k. 1897.
- BERNHARD u. HENRICH, Preussisches Hypothekenrecht, 1877.
- BERNHARD, Poljskoe ipoteeknoe pravo, 1888.
- Dokladi o "Poljskiskoe ogorodi" i ostrove "Karlos" (Tallinna linnavalitsuse valjaanne), 1908.
- ESCHER-ESCHER-BARTEN-WIELAND, Kommentar zum Schweizerischen ZGB, IV k. Wieland, Sachenrecht, 1908.
- FRIEDMANN, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II k. I osa, Sachenrecht, 2/3 tr. 1905.
- FRIEDMANN, System des Privatrechts der Gesetzprovinzen, II, Sachenrecht, 1891.
- FISCHER, Grundbuchordnung, 5 tr. 1918.
- FRIEDMANN-LEHNDORF, Materialjuroe prava preakta votšinnago ustava, I ja II, 1914.



2297

6. VI. 36. oufer o-mandernad magister
juris kraadi.

5. VI. 1936

- STURD/MAYR, Geschichte u. System des römischen Rechts, I ja II, 1908.
- GUB, Kommentar zum Schweizerischen ZGB, IV, Sachenrecht, 1911/1913.

V. A. HAGEN, Die Hypothek L i t e r a t u r, 1886.

- BARMANN, Recht an eigener Sache, Ihering's "Jahrbücher für Dogmatik" 17
mis tarvitatud käesoleva töö kirjutamisel.

- NEUMANN/SECKEL, Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts, 9 tr.
1914.

- ACHILLES, Bürgerliches Gesetzbuch, 8 tr. 1916.

BARON, Sistema rimskago prava, II k. 3 tr. 1908. Samata, 1932.

✓ BAŠMAKOV, Osnovnõja načala ipotečnago prava, 1891.

- BROECKER, Liv-, Est- und Curländisches Privatrecht, 1902. 1936.

→ BRUCK, Die Eigentümerhypothek, Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht
u. Zivilprozess, 10 k. 2 tr. 1913.

BUKOVSKY, Svod graždanskij uzakonovenij gubernij pribaltiiskih, I ja II,
1914.

- BUNGE, Das Liv- u. estländische Privatrecht, I osa, 2 tr. 1847.

COSACK, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, II k. 6 tr. 1913.

CROME, System des deutschen bürgerl. Rechts, III k. 1905. Provinzen, 1898.

• DERNBURG, Das Pfandrecht, I ja II, 1860 - 1864. 1914.

• DERNBURG, Pandekten, I k. 6 tr. 1900.

DERNBURG, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs u. Preussens, III k.
Das Sachenrecht, 2 tr. 1901.

- DERNBURG u. HINRICHS, Preussisches Hypothekenrecht, 1877.

DUTKEVIČ, Poljskoe ipotečnoe pravo, 1888. I ja II, 1909 - 1910.

Dokladõ o "Policeiskom ogorode" i ostrove "Karlos" (Tallinna
linnevalitsuse väljaanne), 1908.

EGGER-ESCHER-WAHTER-WIELAND, Kommentar zum Schweizerischen ZGB, IV k.
Wieland, Sachenrecht, 1908. Zeitschrift für

ENDEMANN, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II k. 1 osa, Sachenrecht,
8/9 tr. 1905. I k. 1904.

→ ERDMANN, System des Privatrechts der Ostseeprovinzen, II, Sachenrecht,
1891.

FISCHER, Grundbuchordnung, 6 tr. 1913. Buch, III k. Sachenrecht, 3 tr. 1906.

- FREYTAG-LORINGHOVEN, Materialjnoe pravo proekta votčinnago ustava, I ja
II, 1914.

- GASSMANN ja NOKKEN, Položenija o preobrazovanij sudebnoi časti, I ja II,
1889. Geschichte des Liv- Est und Curländischen Pri-
vatrechts, 1862.

← O.GIERKE, Deutsches Privatrecht, II k. Sachenrecht, 1905.

← J.GIERKE, Sachenrecht, 1925.
- Instanzen, 16 tr. 1920.

- GIRARD/MAYR, Geschichte u. System des römischen Rechts, I ja II, 1908.
- GMÜR, Kommentar zum Schweizerischen ZGB, IV, Sachenrecht, 1911/1912.
- V. d. HAGEN, Die Hypothek des Eigentümers, 1836.
- HARTMANN, Recht an eigener Sache, Iherings, "Jahrbücher für Dogmatik" 17k
- NEUMANN/SECKEL, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9 tr. 1914.
- STOBBE/LEHMANN, Handbuch des Deutschen Privatrechts, II k. I ja 2, 1891.
- HOFFMANN, Das Eigentümergrundpfandrecht, Marburgi dissertatsioon, 1917.
- KANTOR/SACKELBERG, Sbornik rešenij bövsago prav. Senata, 1932.
- KASSO, *Ponjatje o zaloze v sovremennom prave.*
- KAZNELSON, Blankošireeritud obligatsioonid. Õigus Nr.1 - 1936.
- KOHLER, Lehrbush des bürg. Rechts, II k. 2 j. Sachenrecht, 1919.
- KOCH, Fragen des Zwangs-, Eigentümer- u. Sicherungshypothek, Greifswaldi diss. 1920.
- KRUEGER/MOMMSEN, Corpus juris civilis, 1920.
- KUHLENBECK, Das System des römischen Privatrechts, 1913.
- KUPFFER, Bemerkungen zu den seit Einführung der neuen Gerichte geltenden Abänderungen der Hypothekengesetze der Ostseeprovinzen, 1893
- MARTŃONOV, Položenie o notarialnoi časti, 9 tr. 1914.
- MEIBOM, Das deutsche Pfandrecht, 1867.
- MÜLLER, Zur Lehre von der Eigentümerhypothek, Erfurdi diss. 1917.
- MUELLER, Mängel unseres Hypothekenverkehrs, Rigasche Zeitschrift für Rechtswissenschaft, 1931 (V aastak.) I vihk.
- NEVSOROV, Kratkoe izloženie kurssa mestnago prava, I ja II, 1909 - 1910.
- NUSSBAUM, Deutsches Hypothekenwesen, 1913.
- OBERNECK, Das Reichsgrundbuchrecht, II k. 4 tr. 1909.
- PPAFF, Zur Kritik des Pfandrechtsbegriffes, Grünhut's "Zeitschrift für das privat- u. öffentliche Recht der Gegenwart" I k. 1874.
- Proekt votčinnago ustava s objasniteljnoju k nemu zapiskoju, I ja II k. 1893.
- ? PUCHTA, Pandekten, 12 tr. 1877.
- PLANCK, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, III k. Sachenrecht, 3 tr. 1906
- POOM, Kolmas isik kehtiva hüpoteegiõiguse seisukohalt, Õigus Nr.4, 1933.
- SCHMIDT, Der ordentliche Zivilprozess nach livländischem Landrecht, 1880.
- SCHWIND, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, 1909.
- SINAISKY, Osnovõ graždanskago prava, II, 1926.
- SIBER, Römisches Recht, II.
- SOHM, Institutionen, 16 tr. 1920.

- ✓ SOHM, Über Natur u. Geschichte der modernen Hypothek, Grünhut's "Zeitschrift für das privat- u. öffentliche Recht der Gegenwart", I k. 1874.
Sisukord.
- STAUDINGER/KOBER, Kommentar zum BGB, Sachenrecht, 7/8 tr. 1912.
- STAEEL von HOLSTEIN, Die Kodifizierung des baltischen Provinzialrechts, Baltische Monatschrift, LII. Band, 1901. Lhk.
- STOBBE/LEHMANN, Handbuch des deutschen Privatrechts, II k. 1 ja 2, 1897.
- SYDOV/BUSCH, Zivilprozessordnung, 14 tr. 1913. 2.
- THAL, Publičnaja vera krepostnago reestra, Žurnal Min. Just. 1908, 3 r. 9.
- WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1 k. 7 tr. 1891. 13
- WINTER, Die Eigentümerhypothek im heutigen Rechte, Göttingen diss. 1909. 17.
- WOLFF, Das Sachenrecht, 8 tr. 1929.
- ZWINGMANN, Zivilrechtliche Entscheidungen der Riga'schen Stadtgerichte 1-8 k. 1871 - 1888.

Pandiõiguse areng Saksa õiguses.

1. Pandiõiguse arengisjürgud.	18.
2. Pandiõiguse vanim Saksa õiguses	18
3. 12. sajandi pandiõiguse (Altere Satzung)	20
4. 13. sajandi pandiõiguse (jüngere Satzung)	23
5. Keskajandi Saksa vanima kinnispandiõiguse põhimõtteid.	25
6. Keskajandi retseptsiõõni üleminekuaeg Saksa pandiõiguses	26
7. Vanima hüpoteegi kujunemine	28
8. 14. kinnispandiõiguse üldpõhimõtteid.	30
9. 15. kinnispandiõiguse juriidiline iseloom	32
10. 16. kinnispandi liigid.	35
11. 17. vanima kinnispandiõiguse	42

III jagu.

Kinnispandi areng viimastel.

12. Kinnispandi ajalooline areng	53
13. Kinnispandi areng viimastel 1899. a. kohtureformi järgi I. kinnistuse seaduse, II. kinnistuse seaduse järgi.	59
14. KES pandiõiguse üldisest iseloomust	72
15. Hüpoteek KES järgi	77

I osa.
Pandiõiguse areng Rooma õiguses.

§1. Pandiõigus ja käendus.

Sisukord.

I jagu. Pandiõiguse areng Rooma õiguses.

	Lhk.
§ 1. <u>Pandiõigus ja käendus.</u>	1.
§ 2. <u>Pandiõiguse areng Rooma õiguses.</u>	2.
§ 3. <u>Rooma pandiõiguse sisu.</u>	6.
§ 4. <u>Rooma pandiõiguse toime.</u>	9.
§ 5. <u>Rooma pandiõiguse lõppemine.</u>	13.
§ 6. <u>Kokkuvõtteid Rooma pandiõiguse kohta ja selle kriitika.</u>	17.

II jagu.

Pandiõiguse areng Saksa õiguses.

§ 7. <u>Pandiõiguse aremenisjärgud.</u>	18.
§ 8. <u>Pandiõigus vanimas Saksa õiguses</u>	18
§ 9. <u>Vanem kinnisasja pantimisviis (ältere Satzung)</u>	20
§10. <u>Uuem kinnisasja pantimisviis (jüngere Satzung)</u>	23
§11. <u>Kokkuvõtteid Saksa vanima kinnispandiõiguse põhimõtteist.</u>	25
§12. <u>Rooma õiguse retsepttsiooni üleminekuaeg Saksa pandiõiguses</u>	26
§13. <u>Moodsa hüpoteegi kujunemine</u>	28
§14. <u>BGB kinnispandiõiguse üldpõhimõtteid.</u>	30
§15. <u>BGB kinnispandiõiguse juriidiline iseloom</u>	32
§16. <u>BGB kinnispandi liigid.</u>	35 35
§17. <u>Omaniku kinnispandiõigus</u>	42

III jagu.

Kinnispandi areng Baltimaal.

§18. <u>Kinnispandi ajalooline areng</u>	53
§19. <u>Kinnitusraamatute süsteem 1889.a.kohtureformi järgi</u> <u>I.Kinnistusjaoskonnad, II.kinnistusraamatud.</u>	59
§20. <u>DES pandiõiguse üldisest iseloomust</u>	72
§21. <u>Hüpoteek DES järgi</u>	77

Pandiõiguse ning koorma õiguse.§1. Pandiõigus ja käendus.

Tsiviilkäibes on teatud toimingute sõlmimisel oluliseks tingimuseks krediit. Krediit omakorda vajab aga kindlustust. Tsiviilõigus on välja arendanud kaks olulisemat kindlustusviisi: 1) krediit võib põhineda isiklikel vastutusel (personaalne krediit), kus võlgniku kohustuse täitmise eest astub kaasvastutajaks keegi kolmas isik, käendaja; 2) kreditorile on kindlustuseks mingisugune varaese, pant (reaalne krediit). Seega käendus on isiklik vastutus, kuna pandiõigus on asjaline kindlustus. Omalt iseloomult on aga käendus ja pandiõigus lähedased instituudid; nad on vahendid, mis on sihitud ühele ja samale eesmärgile - kindlustada krediiti.¹⁾ Nad on mõlemad aktsessoorsed, kõrvalõigused, mille saatus on tingitud ja määratud mingisuguse teise, peaõiguse saatusel. Aktsessoorne õigus järgneb peaõigusele, kui vari kehale.²⁾ Pandiõigus pakub ainult materiaalsel kindlustust, kuna käendus tugeneb veel moraalsele vastutusele, eeldades tihedas ühenduses seisvaid ühiskondlikke koondisi, kus seisuse liikmed on solidaarsed ja valmis üksteist toetama. Ajajärkudel, kus aga seisuslik koondumine lõdveneb, tungib esile tarvidus reaalse krediidi järgi. Arvatakse koguni järeldada võivat teatud rahva moraalse tasapinna üle selle järgi, millist tähtsust tema õiguslikus käibes omavad käendus ja pandiõigus.³⁾ Roomlastele olid vabariigi ajastul mõlemad kindlustusviisid tuntud, ----- kuid käendus näib omanud olevat suuremat tähtsust, mis seletatav on selleaegse ühiskondliku korraldusega. Teatud juhtudel ei saanud isikliku vastutust, käendust, asendada pandiga.⁴⁾

Kuid isiklik vastutus, käendus, on tõhus ainult seni, kuni vastutaja on aus ja moraalne isik ning, mis väga oluline, maksuvõimeline. Maksujõuetuse korral käendaja vastutus kaob. Selle tõttu reaalne krediit pandiõiguse näol, kus kreditor teatud varaesemest saab rahuldust võlgniku poolt tähtajaks kohustuse täitmata jätmisel,⁵⁾ osutub vajaliseks tsiviilkäibe

1) Dernburg, Das Pfandrecht, I § 1.

2) Eck, Vorträge, lhk. 557.

3) Dernburg, op. cit. § 1.

4) Ulpian, D., 46,5, de stip. praet. 7.

5) Dernburg, Pandekten I, § 261.

piiride laienemisel. Mida intensiivsemaks ja mitmekesisemaks muutub teatud rahva majanduslik tegevus tööstuse ja kaubanduse näol, seda rohkem tuntakse vajadust reaalse kindlustuse, pandi järgi. Seda näitab juba Rooma õiguse areng. Kuid veel mitmekesisem on olnud pandiõiguse areng Saksa õiguses. Nende kahe õiguse mõjustamisel on kujunenud Balti õiguses pandiõiguse areng. Kuna esialgu siin algeline pandiõigus arenes täiesti Saksa natsionaalse õiguse eeskujul, tõi olulise pöörde ka siin Rooma õiguse retseptsioon. Rooma õiguse pandiõiguse mõisteid ja põhimõtteid ei suutnud vältida Bunge BES koostamisel. Alles 1889 a. kohtureform ja sellega seoses antud seadused suutsid BES hüpoteegi õigust osaliselt moderniseerida, lähendades teda moodaale Saksa hüpoteegi õigusele, kuid seda ainult osaliselt.

§ 2. Pandiõiguse areng Rooma õiguses.

Pandiõiguse arengus Rooma õiguses võime määritleda kolme staadiumi:

fiducia, pignus, hypotheca.

1. Omanduspant e. fiducia.

Vanim vorm, kuidas roomlased pandiõiguse mõtet teostasid, oli fidusiaarne omandusõiguse ülekandmine kreditorile, usalduspant; võlgnik andis siin vastava asja suhtes vormiliselt omandusõiguse üle kreditorile (valduse üleandmine polnud vajalik⁶⁾), kuid viimane kohustus panditud asja ausalt võlgnikule tagasi andma, kui see oli tasunud talle oma võla. See õigustoiming, mille abil asi vormiliselt kreditori omanduseks anti, võis toimuda ainult mancipatio ja in jure cessio läbi.⁷⁾ Järelikult oli see toiming lubatud ainult Rooma kodanikele, kellel oli vastav protsessivõime, commercium.

See pandiõigus oli aga väga kohmakas ja ebaotstarbekas.⁸⁾ Kreditorile kuulus küll formaalne omandusõigus asjale ja selle õiguse põhjal võis ta asja võõrandada, et saada rahuldust oma nõudele, kuid tema oli seotud pactum fiduciae läbi. Kui aus mees, oli kreditor seotud usalduskohustusega: tasus

⁶⁾ R. Sohm. Institutionen, § 72 ja nota 1 lhk. 384.

⁷⁾ Toimingu vormi kohta:

Isidor. Orig. V 25 § 23. Fiducia est, quum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in jure ceditur (Tsiteeritud Dernbargi järgi).

⁸⁾ Dernburg, Pfandrecht I § 2.

võlgnik võla, pidi ta asja andma tagasi. Nii oli asi küll vormiliselt kreditori omandus, kuid müüa teda ta ei võinud, olgu siis, et võlgnik erilepinguga (*pactum de vendendo*) seda lubas. Halvas seisukorras oli ka võlgnik. Kreditor võis olla võõrandanud asja kolmandaile isikule. Säärasel juhul oli võlgnik õigustatud kreditorilt ainult kahjutasu taotlema (kindlustushagi *actio fiduciae*), kuid tal polnud nõudeõigust kolmanda isiku vastu, keda loeti asja õigeks ja täielikuks omanikuks. Kui ka asja valdus oli jäänud võlgniku kätte ja selle tõttu tal oli õigus ühe aasta jooksul omandusõigust tagasi nõuda (*usureceptio ex fiducia*)⁹⁾, oli see ainult nõrk kaitse.¹⁰⁾ Sinna juurde tuleb veel lisada, et erilise kokkuleppe põhjal võis kreditor asja võla katteks omale jätta, kui võlga ei tasutud tähtajaks (*lex commissoria*), millega võlgniku *actio fiduciae* ära langes.

On seepärast arusaadav, miks *fiducia*, kui õigusinstituut välja suri. Ta on Justiniani õigusest täiesti kadunud. Juba keiser Konstantin oli kaotanud *lex commissoria* mitte ainult *fiducia* suhtes, vaid üldse igasuguse pandiõiguse juures.¹¹⁾

2. Pignus e. valduspant.

Selle pandiõiguse põhimõte seisab selles, et võlgnik annab teatud asja kreditori valdusse eeldusega, et asi jääb seniks kreditori kätte, kuni võlgnik tasub oma võla, s.t. lunastab pandi. Nii oli siis kreditoril asja suhtes valdus, mitte aga omandusõigus. Võlgniku seisukord oli siin hea. Jäädes asja omanikuks, kuulus talle *rei vindicatio* igatüüpe vastu. Peale selle oli ta pärast võla tasumist õigustatud asja pandipidajalt isikliku haviga (*actio pigneraticia directa*) välja nõudma. Niipea kui võlgnik võla oli tasunud, ei võinud keegi tema asja enam kinni pidada. Kuid kreditori seisukord polnud siin kadestamisvääriline. Kuigi asi oli tema faktilises valduses ja preetor oli talle andnud possessoorsed interdiktid, puudus tal siiski asjaline õigus pandieseme suhtes ja seepärast puudus tal ka kolman-

9) ~~f.)~~
Kuhlenbeck, op. cit. § 92.

10) R.Sohm, op. cit. § 72, nota 3.

11) Kuhlenbeck, op. cit. § 92 p. 1.

12) R.Sohm, op. cit. § 72; Dernburg, Pfandrecht, I, § 4.

date isikute vastu in rem actio.¹²⁾ Kreditoril puudus korraldusõigus pandieseme suhtes. Ta ei võinud pandieset müüa, kui võlgnik ei tasunud võlga. Pignus oli lihtne arestipant; ta oli kreditori käes kui ese, millele võis tulevikus pöörata sundtäite. Aegamööda kujunes siiski tavaks, et pandiks andmise lepingule seltsis pactum de vendendo. Nii muundus valduspant müügi-pandiks. See areng lõppes sellega, et müügiõigust hakati lugema valduspandi oluliseks osaks (essentiale negotii). Sellega sai aga võimalikuks mõte paljast lepingupandist, kus hädavajalik polnud pandieset võlgniku valdusest ära võtta, omandusõigus aga igal juhul jäi võlgnikule, kreditorile anti aga asja kohta õigus seda oma nõude rahuldamiseks võõrandada. Tuleb tähendada, et selline areng sai võimalikuks preetori ediktide läbi.

3. Hüpoteek e. valduseta lepingupant.

Pandivahekord tekib siin võlgniku ja kreditori lihtsa kokkuleppega (ilma pandieseme mancipatio ja traditio'ta), et teatud võlgniku vara- esemed oleksid kreditorile tarbekorral rahuldusvahendiks. Seda kutsuti obligare; pignus obligatum. Hiljem hakati sellist pandiõigust kutsuma kreekakeele sõnaga - hypotheca. Seda sõna tarvitab esimesena Gaius, hiljem Marcian, kuid pea samas tähenduses, kui pignus.¹³⁾ On kindel, et selline pandileping, kus asja üleandmine kreditorile ei toimunud, polnud jus civili järgi mõeldav. Hüpoteek on järkjärgult kujundatud preetori poolt. Kuigi hüpoteegi kujunemise küsimus on väga vaieldav,^{13-a)} näib siiski tõenäoline

12) R.Sohm, op. cit. § 72; Dernburg, Pfandrecht, I, § 4.

13) Nii ütlem Marcian D., 20,1 de pign. et hyp., 5,1: Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.

13-a) Nii väidab Dernburg, Pfanr. I, lhk. 67-76, et Rooma hüpoteek on Greeka päritolu; sellele väitele vaidlevad teised vastu, väites omalt poolt, et hypotheca olevat Rooma päritolu, kusjuures tema algkujuks olnud avalikõiguslikul alusel kujunenud pedituuri instituut, s.t. kus riik, rahvas või linnad võtsid vastavaiilt isikult nende kohustuste kindlustuseks maatükid - praedes (obligare praedium) ja mis kohustuse täitmata jätmise korral kuulusid võõrandamisele (venditio ex lege praedictoria). Seda seisukohta kaitsevad Jourdan, Etudes de droit romain, L' hypothèque, 1876, lhk. 45-65, samuti Manigk, Pfandrechtliche Forschungen, Heft 1, lhk. 55 jj. Girard asub seisukohale, et pedituuri instituut võis teatud mõju hüpoteegi kujunemisele avaldada, kuid tema arvates on h. siiski kujunenud siintekstis mainitud tasuõigusest (Girard/Mayr, Geschichte u. System des röm. Rechts, II, lhk. 836 jj.) Fehr, Beiträge z. Lehre v. röm. Pfandrecht, Upsala 1910, samuti Ebrard, Digestenfragmente ad formulam hypothecariam, 1917, väidavad, et Rooma klassikud-juristid üldse ei tarvitanud ~~näidatuna~~ „hypotheca“, vaid ainult - pignus ning

olevat, et hüpoteegi kujunemisel mängis suurt osa põllumajanduslik tava, mille järgi rentnik andis maaomanikule-renditajale pandiks oma inventari (invecta, illata, inducta), et kindlustada korralikku rendi tasumist, nii kui Gaius ütleb (J. 4,15, de interdict., 4): res pro mercedibus ~~fundi~~ pignori futužas. Muidugi ei saanud siin pandiõigusest tavalises mõttes juttu olla, kuna rentnik ei saanud oma inventari kohta renditajale üleandada ei valdust ega omandusõigust, sest kuidas oleks ta vastasel korral võinud majandada põldu. Renditajale kuulus ainult inventari aresti e. kinnipidamise õigus juhuks, kui tal tarvilikuks osutus rentniku vastu avaldada taotlusi rendivahekorra põhjal. Selle sihi saavutamiseks andis juba vabariigi ajastul preetor renditajale interdictum adipiscendae possessionis, nn. interdictum Salvianum, millega renditaja võis rentniku inventari nõuda oma valdusse, s.t. panna oma õiguse rentniku inventari valdamiseks kehtima. Kuid see interdictum oli sihitud ainult rentniku vastu. Seega polnud siin veel juttu asiõigusliku iseloomuga pandiõigusest. Alles Hadrianuse ediktis andis jurist Salvius Julianus renditajale rentniku illata suhtes formula in rem actio jaoks, nn. actio Serviana. Seega lepingupant, kui igauhe vastu võimne õigus asja peale, oli lõplikult õigusellu astunud täisõigusliku instituudina. Kui selline mittevormilisel kokkuleppel põhinev pandiõigus oli esialgu kohaldatav ainult põllumajanduslikkude maatükkide rendivahekordades ja hiljem levis ka linnakinnisvaradele, sai selline pandiõigus pärastpoole ka teistes võlavahekordades rakendatavaks, kus kreditor ja võlgnik olid vastavalt kokku leppinud.¹⁴⁾ Seega pandiõiguse tekkimine oluliseks osaks pole enam valduse üleandmine, vaid

alles hiljem olevat kompilaatorid selle sõna mahutanud klassikaliste juristide teostidesse. Seda seisukohta pooldab ka R.Sohm, op. cit. lhk. 453, nota 4 ja lhk. 460 nota 4-c. Veenvalt vaidleb sellele vastu Siber, Römisches Recht II, lhk. 125, nota 1, väites, et see oleks mõeldav, kuid vaevalt tõenäoline, sest greeklased tegid vahet käsipandi ning valduseta pandi vahel; ka Roomas oli tarvis sellist vahet teha vanema pignus datum ja pignus obligatum vahel. Jurist Gaius ~~arvab~~ greekakeelises riigiosas ja seepärast on päris tõenäoline, et tema hakkas tarvitama pignus obligatum märgitsemiseks hüpoteeki, mida tema järgi tegid ka pealinna juristid.

¹⁴⁾ Girard/Mayr, op. cit. II, lhk. 829.

pandileping (~~ad~~ res hypothecae sit).

Actio Serviana kui utilis, s.t. quasi Serviana, hypothecaria actio, leidis rakendamist kõigile sellistele kokkuleppe läbi tekkinud pandiõigustele. Järelikult preetorlik asjaline pandiõigus sai actio quasi Serviana¹⁵⁾ läbi samuti rajatud, kui preetorlik omandusõigus omalajal actio Publiciana läbi või superfitsiaari ja conductor agri veetigalis asjalised õigused vastavate preetoriõiguslike hagine läbi.¹⁶⁾ Hüpoteegi kõrval püsisid edasi fiducia ja pignus. Fiducia kadus hiljem ühes mancipatio ja injure cessio'ga kuid millal just, see on vaieldav.¹⁷⁾ Pignus aga püsis alati hüpoteegi kõrval, kahtlemata küll eestkätt kergesti üleantavate vallasasjade suhtes.¹⁸⁾ Tuntud allikas ütleb koguni, et pignus ja hüpoteek erinevad ainult nimede poolest.¹⁹⁾ See on muidugi liialdus. Pea erinevus seisab ikkagi selles, et ainult hüpoteek võimaldab pandiõiguse tekkimist ilma valduse üleminekuta,²⁰⁾ olgugi et kreditoril hiljem õigus on, kui võlga ei tasuta, panti oma valdusse nõuda. Pealegi võis hüpoteegiga koormata veel seda asja, mis oli antud käsipandiks või millel oli juba hüpoteek.

§ 3. Rooma pandiõiguse sisu.

Vaatleme nüüd üldjoontes Rooma pandiõiguse tähtsamaid avaldusi, silmas pidades pignust ja hüpoteeki, kui kaht kõrvuti püsinud pandiõiguse liiki.

15) Justinian, Inst., 4,6, de actionibus, 7: Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur.... Quasi Serviana autem qua creditores pignora hypothecasve persequuntur.

16) Girard/Mayr, op. cit. II, lhk. 839.

17) Girard/Mayr, op. cit. II, lhk. 571 nota 2.

18) Dernburg, Pfandrecht, I, lhk. 47.

19) Marcian, D. 20,1 de pignori et hypothecis, 5,1: Inter pignus autem et hypothecam tentum nominis sonus differt.

20) Ulpian, D., 13,7, de pign. act., 9,2: Propria pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem.

1. Pandiõiguse tekkimine.

Asjaline kindlustus tekib: 1) isikute tahteavaldusega (pignus conventionale), kuid mitte ainult vastava kokkuleppega, vaid ka viimse tahte avaldusega.²¹⁾ Üldreeglina võib pantida oma asja (in bonis tempore conventionis) isik, kes võimne on seda võõrandama.²²⁾ Kuid võib pantida ka võõrast asja eeldusega, et panditaja saab selle omanikuks, kusjuures pandiõigus tekib momendist, millal panditaja sai asja omanikuks²³⁾;

2) seaduse põhjal. Rooma õigus arendas välja hulga vaiklikke hüpoteeke,²⁴⁾ mis tekivad seaduse jõul; siia kuulusid üüritaja pandiõigus üürniku siseseseadele; maatüki renditaja pandiõigus rentniku põllusaagile; laenaja pandiõigus tema rahaga ehitatud majale; fiskuse pandiõigus maksude võla suhtes võlgniku varale; eeskoste- ja hoolealuse nõudlused eestkostja ja hooldaja varale;²⁵⁾ Justinian andis vaikliku pandiõiguse abielunaisele mehe varale abiellu toodud kaasavara (dos) suhtes.

2. Pandiõiguse kindlustatud taotlus.

Pandiõigus on aktsessoorne asjaline õigus, mis eeldab mingisugust peakohustust, millele ta on kindlustuseks.²⁶⁾ Viimaseks võib olla igasugune kohustus, ka tulevane ja obligatio naturalis, samuti võib kohustus olla tingimisi.²⁷⁾

²¹⁾ Ulpian D., 13,7, de pignoratitia actione, 1 et 26: "Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventionē, etsi non traditum est". "Pignus testamento constitutum posse". vrd. BES § 1384.

²²⁾ Gaius, D., 20,1, de pign. et hypothecis, 15, võrdle BES § 1471 ja 1386.

²³⁾ Marcian, D., 20,1, de pig. et hyp. 16,7: "Aliena res utilitatem potest obligari sub conditione, si debitoris facta fuerit"; veel sealsamas Papian, 1, pr. vrd. BES § 1364, 1365.

²⁴⁾ D., 20,2. In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

²⁵⁾ vrd. BES § 1413.

²⁶⁾ Marcian, D., 20,1, de pign. et hyp., 5: "Res hypothecae dari sciendum est pro quacunque obligatione".

²⁷⁾ D., 20,1, de p. et hyp., 5; vrd. BES § 1338, 1349, 1350.

3. Pandiõiguse ese.

Pandiõiguse ese muutus aja jooksul.²⁸⁾ Pignuse ja hüpoteegi esemeks võisid esiotsa olla ainult kehalised asjas, vallas- ja kinnisasjad vahettegematult. Pandipidajal oli esiotsa pandieseme suhtes ainult valdusõigus, jus possidendi. Hiljem aga tekkis kreditorile ka jus distrahendi, pandieseme võõrandamise õigus. Alles siis tekkis põhimõte, et võib pantida kõike, mida võib võõrandada.²⁹⁾ Selle juures roomlased lubasid pantida ka murdosi teatud asjast ja mitte ainult kaasomanikkudel, vaid ka üksikomanikul.³⁰⁾ Kuid sellejuures selline asja murdosa koormav pandiõigus jäi edasi sellele murdosale ka siis, kui hiljem pandiandjale kokkuleppel või kohtuotsuse läbi omandusõigus selle asja reaalosale tekkis.³¹⁾ Tuleb tähendada, et pandiõigust asja murdosale ainuomaniku suhtes ei luba moodne õigus.³²⁾ Pandiõiguse esemeks peale üksikute kehaliste asjade võivad olla kogumid (universitates rerum), samuti igasugused õigused, nagu kasutusvaldus, samuti maaservituutide kasutamine.³³⁾ Kohustuseõiguseline võib pantida kohustuse (pignus nominis), samuti võib pandiõigust lahus kohustusest pantida (pignus pignoris, Afterpfand)³⁴⁾.

4. Pandiõiguse ulatus.

Pandiõigus hõlmab peale panditud eseme enese kõik esemed, mis on tema päraldisteks. Juriidilise paratamatusega pandiõigusele allub kõik see, mis ühes panditud esemega õiguslikus mõttes moodustab ühise asja.³⁵⁾ Järelikult levib pandiõigus asja päraldistele, juurdekasvule ja neile tema saadustele ja viljale, mis on hagi avaldamisel alles asjaga ühenduses.³⁶⁾

28) Girard/Mayr, op. cit. lhk. 843.

29) D., 20,1 de pign. et hyp., 9,1. "Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pigneratōnem recipere potest".

30) Dernburg, Pandekten I, § 272 p. 1 vrd. BES § 1357, samuti Pfandr. I, § 35; C., 8,20, si communis res pignerata sit D., 20,6, Quibus modis pignus solvitur, 8,5.

31) D., 20,6, Quibus modus pignus solv., 7,4 vrd. BES § 1359.

32) Saksa BGB § 1114; BES § 1358, märkus 2, Not. Sead. § 310 p. 2.

33) D., 20,1, de pign. et hyp. 11,2; 12. Vrd. BES § 1357, 1361, 1362, 1367.

34) BES § 1465 - 1468, 1606; Saksa BGB § 1273.

35) Dernburg, Pandekten, I, § 273 p. 1. D., 20,1 de pign. et hyp. 16.

36) Vrd. BES § 1372.

§ 4. Rooma pandiõiguse toime.

Pignuse ja hüpoteegi kreditoril on ainult kaks õigust pandieseme suhtes: jus possidendi ja jus distrahendi.

1. Jus possidendi.

Kreditori esimene ning vanim õigus on jus possidendi, s.t. valduse õigus, mis tekib pignusekreditoril kohe; hüpoteegikreditoril aga siis, kui kindlustatud kohustus kuulub täitmisele. Nagu kasustusvaldajal on õigus võrast asja kasutada (jus utendi fruendi), samuti on kreditoril õigus kasutada pandieset. Oma õigusi võib kreditor kaitsta actio hypothecaria läbi, mille eesmärgiks on taotella pandieseme valdust (possessionem pignoris persequitur).³⁷⁾ Actio hypothecaria on *abst*õiguslik hagi (vindictio pignoris), mida pandikreditor võib esitada iga valdaja, eriti ka panditaja vastu, et kindlustada enesele eelisõigust, mis järgneb pandieseme valdusest. Menetlus vastab täiesti sellele, mis on näit. vindikatsioon ja publitsiaarse hagi juures.³⁸⁾ Üksikasju me ei puuduta. Kostjal on siiski võimalik hagi väärata teatud vaietetega. Nii on pandiandjal teatud beneficium excussionis; ta võib kreditorilt nõuda, et see oma taotluse pööraks esmajoones teatud pandiesemele. Nii määrasid keisrid Severus ja Caracalla, et kreditor, kellele üheaegselt kuulub üldpandiõigus ja eripandiõigus, peab eeskätt rahulduma esemetega, mis vastutavad eripandiõiguse alusel ja alles siis, kui neist ei jätku, võib ta taotluse pöörata üldpandiõiguse põhjal vastutavate asjade vastu (excussio realis).³⁹⁾ Justinian määras, et pandikreditor enne kui nõuab pandieseme välja kolmandalt isikult, peab katsuma saada rahuldust isikult, kes isiklikult võla eest vastutavad, nimelt võlgnikult ja käendajailt (excussio personalis)⁴⁰⁾ Erilist tähtsust omab veel pandiõiguse vaie e. pandiõiguse vanusest ja järjekorrast tuletuv vaie (Die Einrede der Rangordnung). Kuna üks ning sama ese võib olla mitme pandiõigusega koormatud, siis tekib pandikreditoride vahel rahulduse saamisel pandiesemest vastav järjekord. Kusjuu-

³⁷⁾ Girard/Mayr, op. cit. lhk. 845.

³⁸⁾ Girard/Mayr, op. cit. lhk. 846.

³⁹⁾ C., 8,13, de pign., 2.

⁴⁰⁾ Nov. 4., de fidejussoribus, cap. 2.

res eelisõigustatud on see, kes oma koha poolest on esimene, s.t. üldse see, kelle pandiõigus on tekkinud varemini teistest.⁴¹⁾ Erand oli ainult teatud eelisõigustatud pandiõiguste suhtes, näit. fiskuse maksunõudlused,⁴²⁾ siis nende nõudmised, kes vastava eseme korrashoiuks olid kulu kandnud (versio in rem),⁴³⁾ naise kaasavara tagasinõudlus,⁴⁴⁾ samuti olid eelisõigustatud avaliku võimu esindaja ees või kolme tunnistaja juuresolekul koostatud hüpotekikirjad keiser Leo sellekohase seaduse põhjal.⁴⁵⁾

Võlgniku, samuti kolmanda isiku vastu, kellel asja suhtes puudus õigusalus, oli teisel, kolmandal ja üldse kaugemal pandikreeditoril samane õigus, kui esimesel, kuid kaugem pandikreeditor ei või oma pandiõigust panna kehtima selle pandikreeditori vastu, kelle pandiõigus oli vanem, kelle koht oli temast eespool.

Jus possidendil on negatiivne tähtsus, sest võttes pandieseme enese valdusse, kreditor võib sellega sundida võlgnikku või teisi vähemõigustatud kreditore pandieset enese käest välja ostma tema võla tasumisega. Kuid on võimalik, et võlgnikul ja teistel kreditoridel selleks puudub huvi, eriti kui pandiese väärtus ei ületa eelisõigustatud kreditori nõudlust. Sellisel korral tekib kreditoril tarvidus pandieset realiseerida, sest tal pole ju mõtet võõrast asja igavesti enese käes hoida.

2. Jus distrahendi.

Pignuse valdaja pole selle omanik. Kui tema pandieseme võõrandab, loeti seda varguseks, furtum. Kuid, et kindlustada pandieseme suhtes kohustuse mittetäitmisel võlgniku poolt ^{kreditorile} vastavat korraldusõigust, selleks lisati pandilepingule vastavad klauslid: a) lex commissoria, mille põhjal pandieseme kohustuse täitmata jätmisel langes kreditori omanduseks; b) kokkulepe, mille järgi pandiese asjatundja hindamise alusel langes kreditori omanduseks; c) viimaks kokkulepe, mille järgi kreditor oli õigustatud kohustuse

41) Caracalla, C., 8,17 (18), Qui potiores in pignore, 3 (4). Si fundum pignori accepisti, antequam rei publicae obligaretur, si aut prior es tempore, ita potior jure.

42) C., 4,46, si proptor publ. pens. 1.

43) D., 20,4, qui pot. 5, 6.

44) C., 8,17 (18), qui pot., 12.

45) C., 8,17 (18), qui pot., 11.

täitmata jätmisel pandieset müüma, võõrandama.⁴⁶⁾ *essentiale negotii* ⁵²⁾

Neist kõrvaltingimustest areneski lõppeks välja jus distrahendi. Seljuures peab alati meeles pidama, et nii pignus kui ka hypotheca esialgu andsid kreditorile ainult jus possidendi. Nii et jus distrahendi ei järgnenud sugugi ei pignuse ega hüpoteegi juures nende juriidilisest iseloomust, vaid pandilepingule poolte erilisel kokkuleppel lisanduvaist kõrvaltingimustest.⁴⁷⁾ Selline vaatekoht püsis kaua. Nii Javolenus, Trojani ja Domitsiani kaasaeglane ütleb, et kes panditud asja müüb erilise kokkuleppega, osutub vargaks.⁴⁸⁾ Aga ka Gaius, kes elab Antonin Piuse ajal, nõuab erilist kokkulepet pandieseme müügiks.⁴⁹⁾ Alles aegamööda areneb juristide keskel arvamus, et selline igasse pandilepingusse tavaliselt mahutatud võõrandamistingimus osutub endastmõistetavaks ja seda tuleb eeldada iga pandilepingu juures, olgu siis kui pooled otseselt sellest loobuvad.⁵⁰⁾ Justinian läks veel kaugemale ja lubab pandieset võõrandada isegi siis, kui see oli keelatud, kui aga kreditor oli enne võõrandamisele asumist kolm korda võlgnikku hoiatanud ja nõudnud kohustuse täitmist.⁵¹⁾ Nii alles

46) Labeo, D., 20,1, de pign. et hyp., 35.

47) Girard/Mayr, op. cit. lhk. 849.

48) Javolenus, D., 47,2 de turtis, 74 (73): "Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut ante, quam dies venditionis veniret pecunia non solvata, id fecit, furti se obligat." ⁵³⁾

49) Gaius, 2,64: "alienare potest ... creditor pignus ex pactione, quamvis eius et res non sit, sed hoc forsitan video videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvaturis." ⁵⁴⁾

50) Ulpian, D., 13,7, de pign. act., 4. ⁵⁵⁾

51) D., 13,7 de pig. act. 4: "nisi ei ter fuerit denunciatum ^{ut} est solvat et cessaverit." See lause on Windscheidi arvamus järgi, mida üldiselt ka teised jagavad, lisandatud Justiniani kompilaatorite enesete poolt Ulpiniani seisukoha juurde (Windscheid, Lehrbuch d. Pandektenr. § 237, nota 5). ⁵⁷⁾

58) Marcian, D., 20,5, de turtis, pign., 5. ⁵⁸⁾

distrahendi lõppeks pandilepingu juures oluliseks, *essentiale negotii*.⁵²⁾ Seega alates Justinianist võis kreditor pandieset võõrandada, olgu siis, et vastava kokkuleppega ta sellest õigusest oli loobunud, millal ta pidi selle keelu vältimiseks deebitorile tegema kolm hoiatust. Peale selle pidi kohustuse täitmine olema kätte jõudnud. Näib aga tõenäoline olevat, et kreditor alati enne, kui ta asus pandieset võõrandama, pidi võlgnikku munitsema maksmisele.⁵³⁾ Pandieset võib võõrandada ainult see kreditor, kes on esimene oma koha poolest.⁵⁴⁾ Ainult siis võis järgmine kreditor pandieseme kohta võõrandamisõiguse saada, kui ta oli esimesele kreditorile võla ära maksnud ja sellega saavutanud esimese kreditori koha, mis talle läks üle hüpotekaare suktsessiooni põhjal (jus offerendi et succendi).⁵⁵⁾

Kreditor võis pandieset neil eeldustel müüa ka avaliku võimu kaasabil või ka omal algatusel. Ise ei tohtinud ta asja osada,⁵⁶⁾ samuti ka mitte võlgnik.⁵⁷⁾ Jäi asi müümata, oli kreditor õigustatud keisri armuaktiga - *dominii impetratio* - saama asja omale.⁵⁸⁾

Ostja ja müüki toimetava kreditori vahel tekivad üldiselt samad kultivahekorrad, kui hariliku müügi juures. Ostja on kohustatud ostuhinda tasuma ja alles pärast selle tasumist saab ta omanikuks. Võõrandaja on kohustatud asja üle andma või loovutama oma *actio hypothecaria*, kui temale võla tasub koha poolest järgmine kreditor.⁵⁹⁾ Tema vastutab *evictio* puhul, kuid

- 52) Girard/Mayr (op. cit. lhk. 850; Siber, *Römisches Recht*, II, 364).
- 53) Sellise määruse andis keiser Diokletsian; C., 5,37, de administr. tutorum, 18; samuti C., 8,27 (28) de distract. pign. 4.
- 54) D., 20,5, de distract. pign. 1; C., 8,17 (18) Qui potiores, 8.
- 55) Paul, 2,13,8: "Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in cum transferatur, dimittere potest." Marcian, D., 20,5, de distract. pign. 5. "Cum secundus creditor oblata priori pecunia an locum eius successerit venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit."
- 56) Paul, 2,13,4.
- 57) D., 13,7, de pigner. act., 40.
- 58) C., 8,33, de jure dominii, 1.
- 59) Marcian, D., 20,5, de distr. pign., 5.

oma õiguse suhtes, mitte aga pandiandja suhtes, kes enese suhtes ise sel-
list vastutust kannab.⁶⁰⁾ Pandiandja kaotab asjale omandusõiguse. Tal on
õigus ülejäägile ostuhinnast (hyperõcha), kuivõrd seda võla tasumisest
üle jääb. Selleks on tal actio pignoratitia directa.⁶¹⁾ Pandieseme võõran-
damisega kustub järgnevate kreditoride pandiõigus esemele, kuid neil on
õigus saada rahuldust hyperõcha'st.⁶²⁾ ka pandiõigus.⁶⁷⁾

Paulus toob ette juhtumi, kus remanet propter pignus naturalis ob-

ligatio.⁶⁸⁾ Sellest § 5 Rooma pandiõiguse lõppemine.

1. Pandiõiguse kustumine tema aktsessoorse iseloomu tõttu.

Kui kohustus, mille kindlustuseks pandiõigus oli seatud, kustub
täitmisega, uue toiminguga või üldse milgil viisil kreditori rahuldami-
sega, siis kustub ka pandiõigus, sest eesmärk, mida ta teenis, on saavu-
tatud ja seega on kadunud ta alus ning mõte.⁶³⁾ Kuid sellejuures tuleb
eeldada, et kohustus on kustunud terves ulatuses, vastasel korral ei kus-
tu pandiõigus, sest pandiõigus on omalt iseloomult tükeldamatu. Järelikult
kui osa võlga on jäänud tasumata, vastutab terve pandiese edasi ka võla
ülejäagi eest. Kui sureb kreditor, jagatakse ipso jure tema taotlus te-
ma pärijate vahel, kuid pandiese vastutab tervelt iga pärija ees. Kui su-
reb võlgnik ja temast jääb järgi mitu pärijat, siis pärija, kelle käes
on pandiese või osa sellest, vastutab terve võla eest, s.t. mitte ainult
selle võla osa eest, mis tema kui pärija peale langeks.⁶⁴⁾

Kuna pandiõigus on aktsessoorse iseloomuga kohustus, siis peab ta
kutsuma ka confusio korral, s.t. kui kreditori õigused ja võlgniku ko-

60) D., 20,5, de dist. p. 12,1; D., 21,2, de evict. 71,1. Tuleb tähendada,
et selles punktis Rooma juristide seisukohad on kõikuvad (Girard/
Mayr, op. cit. nota 3, lhk. 852).

61) D., 13,7, de pign. act. 42.

62) Marcian, D., 20,4, Quae res pign. 12,5.

63) Dernburg, Pandekten I, § 290; Sohm, Institutionen, § 72. Dernburg,
Pfandrecht, II, lhk. 574 jj. võrdl. BES § 1414.

64) C., 8,27 (28) de distr. pign. 6; C., 8,31 (32), si unus ex plur.
heredibus, 1 et 2. Vrd. BES § 1344, 1345, 1346, 1372.

hustused ühtuvad teatud isikus,⁶⁵⁾ sest pandiõiguse aktsessoorne iseloom seisabki selles, et ta kustub ühes kohustusega, millele ta on kindlustuseks⁶⁶⁾. Kuid pandiõigus ei kustu sellega, kui kaob hagiõigus, kohustus ise aga jääb püsima kui naturalis obligatio, sest sellise kohustuse järgi võib toimuda maksmine ja sel eeldusel püsib ka pandiõigus.⁶⁷⁾ Paulus toob ette juhtumi, kus remanet propter pignus naturalis obligatio.⁶⁸⁾ Sellest väljendusest tahavad mõned teha järelduse, et mitte vastav kohustus pole pandiõiguse aluseks, vaid pandiõigus ise kui selline, on kohustuse aluseks. Siit tehakse edasi järgmine samm ja väidetakse, et pandiõigus võib olla ka ilma ~~pea~~ kohustuseta, et ta polegi aktsessoorne õigus.⁶⁹⁾ Tahetakse näha juba ~~kama~~ õiguses pignus rei suae, millest on arenenud moodsa õiguse omanikuhüpotek, reaalobligatsioon. Windscheid näit. ütleb, et õigus saada rahuldust omast asjast on mõttetud ja seepärast pandiõigus kustub omandiõiguse ja pandiõiguse ühtumisel. Kuid, jätkab ta, on suur oluline tähtsus selles, et omanik võib takistada teisi saada tema asjast rahuldust nii, et osa väärtust jääks talle. Sellises mõttes õiguseallikad tunnustadagi pignus rei suae, kui omandusõigus ja pandiõigus ühtuvad eelmise kreditori isikus. Sel juhul pandiõigus on ajutiselt mingisuguses uinavas seisundis - Ruhe des Rechtes -, kus õigus kas

65) Ulpian, D. 20,1 de pign. 14,1: "Item liberatur pignus sive solutum est debitum sive eo nomine satisfactum est, sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus vel si qua ratione obligatio eius finita est". Vrd. BES § 1421.

66) Ulpian, D., 46,3 de solut. 43 "In omnibus speciebus liberationem etiam accessiones liberantur, puta adpromissores hypothecae pignora."

67) Ulpian, D., 20,1, de pign., 14. "Ex quibus casibus naturalis obligatio constitit, pignus perseverare constitit."
BES § 1423 järgi, mis pole küll kohaldatav käsipandi ja (kinnistatud) hüpotekide suhtes, kustub aegumise tõttu hagimise õigus ja ühes sellega ka pandiõigus. Nii et BES ei tunnusta võimalust pandiõiguse edasikestmiseks täielikult aegunud taotluse suhtes (Erdmann, System, II, lhk. 380).

68) D., 36,1 ad sen. c. Trebellianum, pr. 61.

69) Windscheid, I, § 225 in fine, § 249 p. b.

Buchka, Hypothek des Eigentümers. 73, 74 p. 23, D., 41,3 de usur.
Hartmann, Recht an eigener Sache, Iherings Jahrbücher, 17 k.

73) Pandekten, I, § 290, 291, Pfandrecht, II, lhk. 514 - 518; 537 - 594.

tervelt või osaliselt ei avalda oma mõju. Kuid takistuse kõrvaldudes (confusio lõppedes pandieseme võõrandamisel) pandiõigus muutub jällegi harilikuks, ilma et ta tekiks uuesti.⁷⁰⁾ Tuleb tähendada, et õiguseallikad mõningaid pidemeid annavad sellise seisukoha kaitsemiseks.⁷¹⁾

Kuid see seisukoht osutub siiski ekslikuks. Kõige pealt räägivad sellele vastu kategooriliselt õiguseallikad, üteldes, et "neque pignus, neque depositum... rei suae consistere potest", või "Si rem alienam bona fide emeris et mihi pignori dederis ... deinde me dominus heredem instituit, desinit ^{pignus} esse".⁷²⁾ Teiseks, nagu veenvalt väidab Dernburg,⁷³⁾ räägib sellele vastu Rooma õiguse süsteem ja vaim. Roomlased armastasid juriidilisi põhimõtteid formuleerida ja väljendada täpselt, selgelt ja järjekindlalt. Kui nad tõeliselt oleksid tunnustanud pandiõiguse lahusolevaks vastavast peakohustusest, siis oleks selline seisukoht leidnud vastava väljenduse õigusallikais. Kui õigusallikais leidub fragmente, mis nagu näiksid tunnustavat pandiõigust omaette õiguseks, siis on need üksikud juhud, kus katsuti kaitsta omanikku, kellel varem oli pandiõigus tekkinud pandiesemele, hilisemate, temast allpool seisvate kreditoride vastu. Kuid see on ainult õigluse põhimõtteist tingitud erand, kõrvale kaldumine üldpõhimõtteist, mis on kehtimas asiõiguses. Nii juhul, kui esimene kreditor omandaks pandieseme, sattuks ta hädaohtu, et järgmine kreditor astuks tema asemele ja nõuaks enesele pandiesemest rahuldust, olgugi et esimene

70) Wrnndschid, I, § 248, 249.

71) Peale notas 67 tähendatud Ulpiani seisukoha antakse eriline kaal Pauluse fragmendile D., 44,2 De except. rei judicatae 30,1, kus puudutatakse omandusõiguse omandamist pandikreditori poolt nii, et sellega vastav kohustus jäi puutumata omandamistoiminguga. Leppetoominguga Maevius sai Titsiuselt viimasele kuuluva maatüki omanduseks. Kolmas isik, kellele see maatükk oli panditud, võttis selle actio hypothecaria abil Maeviusse valdusest ära. Pärast protsessi Maevius leidis oma paberite seas dokumendi, millest selgus, et vaidlusealune maatükk oli panditud tema pärandajale - vanaisale - enne kui kolmandale isikule. Maevius küsis Pauluselt, kas võib kolmas isik tema, Maeviusse, hagile, kui ta hakkab temalt parima pandiõiguse põhjal asja välja nõudma, vastu seada exceptio rei judicatae. Paulus vastas eitavalt. "In proposita autem quaestione magis me illud movet numquid pignoris ius extinctum sit daminis aequisito. Competit, verum est enim, et pignori datum et satisfactum non esse".

72) D., 50,17, dereptis juris, 45; D., 13,7 de pignus. 29, D., 41,3 de usurpat. p. 5.

73) Pandekten, I, § 290, 291, Pfandrecht, II, lhk. 514 - 518; 567 - 574.

kreeditor, kes praegu sai küll asja omanikuks, pole asjast oma pandiõigusele saanud rahuldust. Et vältida sellist ebaõiglust, Rooma õigus kindlustab omanikule, endisele pandikreeditorile, selle seisundi, mis tal oli allpoolseisvate pandikreeditoride suhtes enne eseme omanikuks saamist. Järelikult erandina üldreeglist tunnustab õigus, et sellisel juhul ei teki confusio isiku suhtes, kes oli esimene pandikreeditor ja sai nüüd omanikuks.⁷⁴⁾

Väga erinevad on uurijate arvamused successio hypothecaria juriidilise iseloomu kohta. Üldiselt mõistetakse successio hypothecaria all järgneva pandikreeditori astumist tema eelseisva kreeditori kohale selle kreeditori rahuldamise tagajärjel tasutud võla ulatuses.⁷⁵⁾ Tekib küsimus, milline õigus tekitab sellel eelmise kreeditori kohale asunud kreeditoril? On õpetlasi, kes väidavad, et siin järgmine kreeditor astub esimese kreeditori õigustesse (successio in jus), nii et tema on esimese pandikreeditori õigusjärglane, nimelt, et esimese kreeditori pandiõigus läheb talle üle ilma peakohustuseta.⁷⁶⁾ Seega tahetakse näha ka successio hypothecaria's pignus rei suae. Kuid teised õpetlased on vastupidisel seisukohal:

väidetakse, et successio hypothecaria juures ei lähe mitte üle pandiõigus eelmiselt kreeditorilt tagapool seisvale, vaid et viimasele tekib uus pandiõigus, kuid see omandab sama juriidilise seisundi, ja sama koha, kui oli eelmise kreeditori kustunud pandiõigusel.⁷⁷⁾

Viimast seisukohta tuleb eelistada, kuna selle poolt räägivad vastavad õiguseallikad,⁷⁸⁾ kus nõutakse, et pandieseme omanik annaks kreeditorile, kes asub eelmise kreeditori rahuldamisega viimase kohale, uue pandiõiguse

74) Selles mõttes Paulus (nota 71) argumenteerib, et neque enim potest pandiõigus edasi kesta kreeditori omanikuks muutumisel, kuid ta lubab omanikule Maeviusesele) actia hypothecaria selleks, et kaitsta omandusõigust allpoolseisvate kreeditoride vastu. Omanikul on siin kvalifitseeritud omandusõigus, "besondere Berechtigungen", kuid mitte pandiõigus (Dernburg, Pandekten, § 291 nota 8).

75) Dernburg, Pandekten, I, § 289.

76) Seda seisukohta kaitseb Windscheid, I § 233 nota 16, kus toodud samuti selle seisukoha pooldajad.

77) Seda seisukohta kaitseb Dernburg, Pfandrecht II, § 161 - 166, Pandekten I, § 289. Sama seisukoha võtavad omaks Girard/Mayr, lhk. 853, Siber, ap. c. § 63 II, 1.

78) D., 20, 3 quae res pignoris, 3, C., 8, 18 de his qui in priorum, locum, 1; eriti D., 13, 7 de pign. act. 2.

2. Pandiõiguse iseseisev kustumine. Pandiõigus võib kustuda veel iseseisvalt, sõltumata temaga kindlustatud taotlusest. Näiteks:

- a) pandieseme müük esimese pandikreditori poolt lõpetab nii selle kreditori enese kui ka järgnevate kreditoride pandiõigused⁷⁹⁾;
- b) pandikreditori loobumine pandiõigusest, mis võib olla sõnaselgelt või vaikivalt väljendatud⁸⁰⁾;
- c) pandieseme hävimine⁸¹⁾;
- d) aegumine, kus tuleb silmas pidada: 1) heausulist kolmandat isikut, kes omandab pandieseme, olles mitteteadlik eset koormavast pandiõigusest ja samal ajal mitte olles panditaja pärija; selline isik saab longi temporis praescriptio, kui ta 10 või 20 a. eset valdas, sõltudes sellest, kas ta elab kreditoriga ühes provintsis või mitte⁸²⁾; 2) võlgnikkustest ja tema pärijaid, kes võisid pandiõiguslikele hagidele vastu vaielda hariliku hagemise aegumisega; aegumine kestab 40 a.,⁸³⁾ mõningail juhitudel 30 a.

§ 6. Kokkuvõtteid Rooma pandiõiguse kohta ja selle kriitika.

Eelpool tutvusime üldjoontes Rooma pandiõiguse iseärsustega. Kui silmas peame, et pandiõiguse eesmärk on kindlustada krediiti ja kui me sellest seisukohast hindame Rooma pandiõigust, siis peame ütlema, et pandiõigus osutub Rooma õiguses üheks kõrgemaks instituudiks.⁸⁴⁾ Tema pakub

- 79) C. 8,17 (18), Qui potiozes, 6. BES § 1434.
- 80) D., 20,6, quibus modus pign. vel hyp. solv., 5 pr. et 8,1. C., 8,25 (26), de remiss. pign., 6. Windscheid, I, § 248. BES § 1424 - 1433.
- 81) D., 20,6, Quibus modus, 8 pr.; BES § 1419.
- 82) C., 7,36, Adversus creditorem, 1 et 2. BES § 1422.
- 83) C., 7,39, De praescriptione XXX vel XV annorum, 7, 1 et 2. BES § 1423 (vt. nota 67).
- 84) R. Sohm, op. cit. lhk. 466; L. Kühlenbeck, Op. cit. § 93; Puchta, Institutionen, II, lhk. 250; Dernburg, Pandekten, I, § 264.

II jagu.

väga ebakindlat kindlustust. Tema nõrkuseks on peaasjalikult see, et tema läbi tekkivad õigused pole selged ja ülevaatlikud kolmandaile isikuile. Pandiõigus tekib vormitu, kreditori ja võlgniku omavahelise kokkulellega, mis ei paku kindlustust toimingu tõelisuses ja sõlmimise aja suhtes kolmandaile isikuile. Sellejuures ei tehta mingit vahet pandiõigusega koormamisel kinnis- ning vallasvarade vahel. Rooma õiguses puudus kord, kuidas üldiselt teatavaks teha asja pandiõigustega koormamist. Keiser Leo seadis küll sisse nn. *pignus publicum*,⁸⁵⁾ mille järgi avaliku võimu esindaja ees või kolme tunnistaja juuresolekul seatud hüpoteegid loeti eelisõigustatuiks omavahel sõlmitud era["]isikute ees, kuigi viimased olid märgitud varajasema daat["]umiseega. Sellega taheti pidurdada varade koormamist fiktiivsete hüpoteekidega, mis toimus tõeliste kreditoride tüssamiseks. Kuid ka see abinõu ei andnud soovitud tulemusi ja peaasjalikult seepärast, et Rooma õigus ei tunnud avalikke hüpoteekraamatuid. Selle tagajärjeks oli täielik teadmatus selle üle, kuivõrd vastav vara on hüpoteekidega koormatud.

Kuid vähe veel sellest, et lepinguga tekkinud pandiõigused polnud avalikult teada ning et võis oma kõike olevat ja tulevikus pälvitavat vara üld- e. generaalhüpoteegiga koormata, nägi seadus ette veel huk["] pandiõigusi, mis tekkisid ilma lepinguta seaduse enese jõul ja mis tavaliselt koormasid tervet võlgniku vara üldhüpoteegina. Ükski kreditor ei võinud saada kindlat ja usutavat ülevaadet selle kohta, millises ulatuses võlgniku vara oli pandiõigusega koormatud. Ja kuigi tal selline ülevaade olekski olnud, võisid hiljem seaduse põhjal tekkida teatud isikutele privilegieritud pandiõigused, mis tühistasid varasemate pandiõiguste vanuse ja järjekorra. See kõik kõigutas ja viis täielisse korratusse krediidi.

Sellise olukorra juures on arusaadav, miks roomlased pandiõigust pidasid viletsaks kindlustuseks ja miks nad sellele eelistasid käendust.

85) C., 8,17 (18), Qui potiores, 11.

86) Meibom, Das deutsche Pfandrecht, I, 22 ff.

II jagu.

Pandiõiguse areng Saksa õiguses.§ 7. Pandiõiguse arenemisjärgud.

Saksa pandiõiguse arengus on märgata mitu arenemisjärku. Alates vanimast ajast kuni Rooma õiguse retseptioonini arenes pandiõigus siin omapärasel rahvusõiguslikul alusel, kehastades eneses põhimõtteid ja omades juriidilist struktuuri, mis teda oluliselt eristab Rooma õiguses kujunenud pandiõigusest. See rahvusomapärasel alusel kujunenud pandiõigus sai mitmeti mõjustatud ja muudetud retsepteeritud Rooma õiguse poolt. Alles uuemal ajal, alates XVIII sajandist on Saksa pandiõigus järkjärgult vabaneenud Rooma õiguse mõjust ning väljakujunenud moodsaks õigusinstituudiks, kusjuures mõningad Vana-Saksa õiguse põhimõtted on kasustatud ja edasi arendatud. Eriti viljakas on olnud pandiõiguse alal Saksa riikide seadusandlus XIX sajandi kestel, mis avaldub mitmes koodeksis ja mis praeguse kuju on leidnud 1. jaanuarist 1900 a. kehtivas terve ühendatud Saksamaa tsiviilseadustikus, BGB. Seadusandlik töö arenes siin käsikäes teoreetiliste uurimustega. Olgu mainitud, et peale põhjalikkude teoreetiliste uurimuste Rooma pandiõiguse üle Saksa teadus XIX sajandil rikastus üksikute uurimustega Saksa pandiõiguste üle. Siin tuleb eriti rõhutada Tübingeni prof. V. von Meibomi poolt mitme teise õpetlase kaastööl 1871 - 1889 a. väljaantud monograafiaid (9 köidet) Saksa pandiõiguse alalt, mis esimesena selgitasid mitmeid Saksa rahvusliku õiguse iseärasusi. Seda tööd jätkasid mitmed teised õpetlased, näit. Stobbe, Köhler, Gierke, Puntschart, Sohm, Schwönd, Dernburg. See põhjalik teaduslik töö oli suureks toeks BGB moodsa pandiõiguse kujundamisel.

§ 8. Pandiõigus vanimas Saksa õiguses.

Saksa õigus tundis kahte liiki pante: võetud (das genomene Pfand) ja antud ehk seatud pant (das gegebene oder gesetzte Pfand).⁸⁶⁾ Pandivõtmi-

⁸⁶⁾ Meibom, Das deutsche Pfandrecht, lhk. 22 jj.

ne (Pfändung) seisis selles, et võlgniku varast võeti vastav asi kredito-
ri rahuldamiseks. See toimus harilikult kas sooritusmenetluses, s.o. kohtu-
otsuse täitmisel või protsessi algul hagi kindlustusvahendina, Sellist võe-
tud panti kutsuti pfand, pfandschaft, pfandschatz.⁸⁷⁾ Pandiandmine (Die
Pfandsetzung oder Satzung) eeldas alati kokkulepet poolte, s.o. pandiandja
ja pandivõtja vahel; kokkuleppe sisu võis olla väga erinev; nii võisid
pooled kokkuleppida, et kui teatud tingimus saabub, näit. kui ühe poole
vastav lubadus jäi tähtajaks täitmata, siis pant langes karistuseks vas-
taspoolele. Või pandi üleandmine toimus kokkuleppega, et pandisaaja võis
pandieset või selle kasustust pidada enesele ekvivalendiks teisele poolele
võlgu antud raha või muu varanduse eest, kuid olles kohustatud panti taga-
si andma, kui vastaspool selle välja lunastaks. Pooled võisid kokkuleppi-
da ka veel nii, et pandisaaja pidi pandi kasustusest saadavad tulud võlast
maha arvama; samuti oli võimalik, et pandisaaja võis pandi võõrandada ja
selle väärtusest katta võla, kui pandiandja ei tasunud võlga tähtajaks.

Sellist antud panti kutsuti Wedde, Wetteschaft, Weddeschat,⁸⁸⁾ kuid
sama märksõnaga tähistati tihti ka õigustoimingut ennast, samuti märke,
millistega märgitseti toimingu sõlmimist.-

Pandiõigus on Saksa õiguse mõttes vastutusõigus (Haftungsrecht).
Kuid sellejuures erineb ta teistest germaaniõiguses arenenud vastutusõi-
gustest sellega, et ta on alati asjaline, vastava valdusega seoses olev

87) Meibom, op. c. lhk. 22, nota 3, lhk. 23 jj. Stobbe/Lehmann Handbuch d.
deutsch. Privatrechts, II, 2, 3 tr. lhk. 116 jj. Sõna pant,
phant, fant, pfant, nagu teda kirjutavad üksikud õigusallikad,
tuleb tõenäoliselt vana-prantsuse paner, panar, mis tähendab
röövima, riisuma, ära võtma, järelilikult midagi võla tasuks võt-
ma. Sellest le pan, lad. pannus, pannum, mis märgitseb mingit
ära võetud, kistud vara ~~eset~~, eriti võla kindlustuseks võetud
vara ~~eset~~. Vanimaks õigusallikaks, kus esineb sõna pant, on
Lex Frisiorum'ile arvatavasti 802 lisandatud Additio Sapientum.
vt. Meibom, op. cit. lhk. 23, 24, 25, eriti notae 16, 17, 20.

88) Sõna Wedde, gooti Wadi, tuletub juurest ich wite, gooti vida, mis tähen-
dab: mina sõlmin kokku, ühendan, alistan; sellest latiniseeritud Wadi-
um, wadia; pr. gage. Wt. Meibom, op. c. lhk. 24.

Meibom, op. c. II, 1, 50.

89) O. Gierke, Deutsches Privatrecht, II, lhk. 311, nota 3.

91) O. Gierke, op. cit., lhk. 312.

(in einer Gewere erscheinendes Haftungsucht) vastutus.⁸⁹⁾ Esiotsa Saksa õiguse arusaamise järgi võis antud pandiga kindlustatud vastutus olla puhtasjaline vastutus, mille kõrval igasugune teine vastutus ära langes. Hiljem võis pandivastutuse kõrval olla veel mõni teine vastutus, kuid selleks oli alati tarvilik erikokkulepe.⁹⁰⁾

Kuigi Saksa õigus kinnis- ja vallasasjade pantimise suhtes lähtus enamvähem ühistest seisukohtadest, tuleb siiski nentida, et Saksa õiguse vaimu ja struktuuri kohaselt asiõigus vallas- ja kinnisasja suhtes nägi ette olulisi erinevusi. Selle tõttu pandiõigus vallas- ja kinnisvara suhtes on arenenud oluliselt erinevaiks õigusinstituutideks. Me jälgime siin eestkätt kinnisasja pandiõiguse arengut.

Kinnisasjade pantimisel Vanemas Saksa õiguses on eristatavad kaks ajajärku: 1) vanem kinnisasja pantimisviis (ältere Satzung) ja 2) hilisem kinnisasja pantimisviis (jüngere Satzung).

§ 9. Vanem kinnisasja pantimisviis (ältere Satzung).

Kinnisasja pantimine toimus esialgselt vastava kinnisasja andmisega valdamiseks ning kasustamiseks. See oli piiratud asjaline õigus, mida märgitsetakse teatud juriidilise terminiga "ältere Satzung".⁹¹⁾ Seega "ältere Satzung" lubab teatud analoogiat Rooma pignusega, s.t. ta on valduspandiõigus. Pandiandja jääb pandi omanikuks, kreditor saab aga valduse ja kinnisasjade suhtes alati ka kasustuse, vallasvara suhtes

89) Die Gewere, see on Saksa õiguses kujunenud juriidilise valduse mõiste; samuti nagu Rooma õiguses juriidiline valdus eristab lihtsat detentio't, pidamist, teatud õigusallusele rajatud asja oma käes pidamisest, nii on see ka Saksa õiguses. Kuid Rooma õiguses on sellise juriidilise valduse tekkimise aluseks teatud isiku tahtväljendus, eriline animus; Saksa õigus seab Gewere ^{suhtes} otsustada aga majandusliku seisundi valdusobjekti suhtes: majanduslik kasustamine (Nutzungsbesitz) teatud asja suhtes. Järelikult kes asja ei kasuta enese jaoks, vaid teise nimel, näit. valitseja, sellel pole ka Gewer'et. Seega on Gewere iga asjalise õiguse majanduslikult väärtuslik sisu. Nii on see omandus-, kasustus-, pandi- ja t. õiguste juures: õiguse väärtus seisab selles, et õigustatud isikule kuulub kasustusvaldus, s.t. et ta tegelikult kasustab asja. Vt. Stobbe/Lehmann, op. c. II, 1, 385.

90) O.Gierke, Deutsches Privatrecht, II, lhk. 811, nota 9.

91) O.Gierke, op. cit., lhk. 812.

reeglipäraselt samuti kasustuse.⁹²⁾ Pant on pandisaaaja käes ja tal on selle suhtes "Nutz und Gewere" ja see moodustab talle "brukliken pande".⁹³⁾ Kui pole teisiti kokku lepitud, langeb pandieseme vili kreditorile, kui tasu võlgnikule laenatud raha eest (nn. Ewigsatzung, Pfandschaft, pignus (vadium) mortuum, mort-gage); kuid hiljem tekkisid ka kokkulepped, mille järgi pandieseme vili arvati maha (Todsatzung, Satzung auf Todschlag; vadium vivum, viv-gage).⁹⁴⁾ Pantija säilitab omandusõiguse. Tal on õigus pandieseme võõrandamiseks, kui pole teisiti kokku lepitud. Tihti pandi- pidaja reserveeris enesele ostueesõiguse⁹⁵⁾. Kuid omaniku Eigengewere asja valduse ja kasustuse suhtes oli vaikivas olekus, väljaarvatud mõned erandid, näit. ~~prokesside~~ ^{intresside} arvestamine. Omanik võis aga asja uuesti oma valdusse ja kasustusse tagasi saada, s.t. tema Gewese hakkas uuesti maksma, kui ta asja pandivahekorrast välja lunastas ja tasus asja peale tehtud tarvilikud kulutused.⁹⁶⁾ Lunastamine võis toimuda igal ajal, kuid tihti nõuti ülesütlemist, samuti oli tähtaegade suhtes kokku lepitud.⁹⁷⁾

Kreditori õigused piirduvad kasustusõigusega ja ta ei või leida rahuldust asja substantsist. Tal pole õigust taotella võla lunastamist, samuti asja võõrandamist. Kuid selle eest on tema kasustusõigus püüdatav ja edasiantav, järelikult võib ta seda müüa, anda lääniks, rentida jne.⁹⁸⁾ Isegi pandiõigust ennast (Satzungsrecht) võis ta edasi anda, kui ta vastavalt pantijaga oli kokku leppinud.⁹⁹⁾

92) M. Wolff, Das Sachenrecht, lhk. 454. Gierke arvab, et vallasvara suhtes pandivaldajal polnud kasustusõigust (op. cit. lhk. 957, nota 12).

93) Meibom, op. cit. lhk. 341 jj., O. Gierke, op. cit. lhk. 813.

94) Meibom, op. cit. lhk. 399 jj.; Gierke, op. c. lhk. 814, Stobbe/Lehmann, op. c. II, 2 lhk. 126 jj.

95) Gierke, op. c. lhk. 814, nota 25.

96) Gierke, op. cit. lhk. 815; Meibom, op. c. lhk. 366, 378 jj., 380.

97) Gierke, op. cit. lhk. 815, Meibom, op. c. lhk. 380, nota 380 ja 379; Stobbe/Lehmann, op. c. II, 2 lhk. 127, nota 39.

98) Gierke, op. c. lhk. 815, nota 35; Meibom, op. c. lhk. 347; Stobbe/Lehmann, op. c. II, 2, lhk. 124, nota 24.

99) Gierke, op. c. lhk. 815; Meibom, op. c. lhk. 348 jj.; Stobbe/Lehmann, op. c. lhk. 128, nota 44.

103-b) Wolff, op. c. lhk. 456.

103-c) Bunge, Liv- u. Estl. Privatrecht, I, 2 tr. lhk. 818, nota 7.

Satzung tekis kreditori asetamisega asja valdusse (durch rechtsförmliche Einräumung einer liegenschaftlichen Geweße), mis toimus asiõigusliku toiminguga kohtu või rae ees.¹⁰⁰⁾

Vanem Satzungen oli omalt iseloomult puht asjavastutus (reine Sachhaftung).¹⁰¹⁾ Kreditori taotlusele on ainukeseks kindlustuseks pant, mispärast pandieseme hävides või väärtuse vähenedes kreditoril pole õigust pöörata omi taotlusi võlgniku isiku või ta muu vara vastu.¹⁰²⁾

Tuleb lõppeks veel märkida, et Satzungen võis tekkida peale maatükide igasuguste teiste kinnisvarade ja nendega seoses olevate õiguste suhtes, näit. läniõigus, kümnis, rendis; tollivõtmise õigus, juutide kaitse jne.¹⁰³⁾

Olgu lõppeks tähendatud, et vanim kinnisvarapant (äldre Satzungen) püsis hulk aega, jäädes oluliselt puudutamata isegi Rooma õiguse retseptioonist, kuna ta omalt iseloomult oli lähedane antikreesisele. Nii oli Meklenburgis äldre Satzungen XVI lõpul veel üldiselt tuntud. Ta püsis üksikuis riikes koguni XIX s., kus ta lõppeks ära keelati, kui instituut, mis võimaldas ebaausaid toiminguid.^{103-a)} Preisi maaõiguses püsis valdus-
pant kinnisasja suhtes 1900 a. Saksa BGB ei tunne enam sellist pandiõigust. Nii on see nüüd tervel Saksamaal kadunud.^{103-b)} Tema kauaaegne püsimine on seletatav asioluga, et tema võimaldas võõrandada, ^{Kuigi} määrata ajaks pantimise kujul, kinnisvaru, mille tõeline võõrandamine muidu oli väga keeruline ja raskendatud. Näit. eriti Baltimaal XVII s. teisest poolest hakati äldre Satzungen'it kasutama just nende isikute poolt, kes muidu poleks võinud kinnisvara kohta omandust pälvida.^{103-c)}

100) Geweße, lad. vestitura e. investitura, tähendab: 1) kõige esmalt vastava isiku asja valdusse viimist; valdusse "riietumist";
104) Gierke, 2) tehnilises sõnatarvituses kasustusvaldust (Nutzungsbesitz) enmast ja 3) selle järgi valduskasustuses olevat eset, eriti maja ja krunti. Vt. Stobbe/Lehmann, op. c. II, 1 lhk. 195. Gierke, op. c. lhk. 187 jj.

101) Gierke, op. c. lhk. 817.

102) Gierke, op. c. lhk. 817; Stobbe/Lehmann, op. c. II, 2 lhk. 129.

103) Gierke, op. c. lhk. 817; Meibom, op. c. 296 jj.; Stobbe/Lehmann, op. c. II, 2, lhk. 129.

103-a) Stobbe/Lehmann, op. c. II, 2, lhk. 144 - 145.

103-b) Wolff, op. c. lhk. 456.

103-c) Bunge, Liv- u. Estl. Privatrecht, I, 2 tr. lhk. 319, nota "g."

§10. Uuem kimmisasja pantimisviis (jüngere Satzung).

Juba frankide ajastul tunti sellist pantimisviisi, kus kimmisvara jäi omaniku valdusse edasi,¹⁰⁴⁾ kuid alles hiljem arenes linnaõiguses sellest välja iseseisev õigusinstituut, mida nüüdne õigusteadus märgitseb "jüngere" ehk "neuere Satzung". See instituut sisaldas eneses moodsa hüpoteegi algidusid.¹⁰⁵⁾ Kuid oleks ekslik arvata, et "neuere" Satzung oleks arenenud vanimast pandiõigusest (ältere Satzung). Ta pole viimase edasiareng, vaid on selle vastand.¹⁰⁶⁾ Temaga paralleelselt püsis edasi ka ältere Satzung. Kui Saksa maaõiguses maapind (fundus) oli teatud mõttes res mancipi, mis ei võinud olla harilikuks maksuvahendiks ja sooritusobjektiks võla sissenõudmisel, vaid ainult maksustusobjektiks, siis see vana talupojalise õiguse põhimõte pidi taganema linnades kapitali võidukäigu ees. Nagu Rooma linnades, samuti ka Saksa linnades kaob vahe kinnis- ja vallasvara suhtes, kinnisasjad tõmmatakse kiirese ärikäibesse. Linna kimmisvarad muutusid kapitaliks. Nagu linnakimmisvara - maja - püstitatakse kapitali abil, nii mõeldakse ja koheldaksegi teda kui kapitali. Linna kimmisvara võib seega olla, kui kapital, maksuvahendiks ja sooritusobjektiks. Kõige iseloomustavam on, et linna kimmisvarapandiõigus on rajatud samadele põhimõtetele, kui vallasvara (fahrende Habe) pantimine.¹⁰⁷⁾ Selle järgi linnaõiguse pandiõigus pole kasustusõigus, vaid see on eksekutsiooni--c. sooritusõigus, mis täide viiakse kohtuvõimu abil. Pandiese on siin eksekutsiooniesemeks, kindlustades kreditorile maksmist. Tema toime on kas asja üleandmine kreditorile või selle võõrandamine, dis~~tr~~aktsioon.¹⁰⁸⁾ Kreditorile tekib siin esialgu pandi-

104) Gierke, op. c. lhk. 818.

105) M.Wolff, op. c. lhk. 454, nota 11.

106) R.Sohm, Ueber Natur u. Geschichte d. modernen Hypothek, Zeitschrift f. d. Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart (Grünhuts Zeitschrift) V k., lhk. 16.

107) R.Sohm, op. c. lhk. 10 - 18.

108) R.Sohm, op. c. lhk. 15; Brunnek, Die Forschungen d. deutsch- u. französisch. Rechtsgeschichte, lhk. 467.

eseme suhtes paljas ooteõigus (anwartschaftliches Recht) ja alles siis, kui on saabunud kohustuse soorituse hetk, on kreditoril võimalus leida rahuldust pandist.¹⁰⁹⁾

Ka sellise linnaõiguses väljakujunenud pandiõiguse (jüngere Satzung) seadmine toimub avaliku võimu abil, kohtu või rae ees ja mis eriti tähtis, toiming kantakse kohtu-, linna- või erilise pandiraamatusse.¹¹⁰⁾

Pandikreditor saab asjalise õiguse, mis juba enne võla tasumise tähtaaja saabumist avaldub kinnisvara sõltuvuses võla suhtes. Kreditorile ei kuulu küll esialgselt asja valdus (Sachgeweze), kuid tal on vastav anwartschaftliche Geweze, mis võimaldab talle oma õigust uue omaniku vastu maksma panna, kui ta omad õigused omandusõiguse üleminekul avaldas.¹¹¹⁾

Võlgnik säilitab omandusõiguse ja täieliku valduse (Sachgeweze). Ta võib panti edasi võõrandada, kuid esialgu ainult kreditori nõusolekul, vastasel korral võis toiming tühineda. Asja teistkordne pantimine, mis vanemas pandiõiguses (ältere Satzung) oli keelatud, polnud ka siin esialgu lubatav, kuid aegamööda läi läbi vastupidine põhimõte ja see saigi uuema pandiõiguse tähtsaimaks edusammuks.¹¹²⁾ Järelikult tekkis arusaamine, et pandiõigusest tekkinud koormise tõeliseks esemeks on asja väärtus kui selline, mis pärast hilisem pandiõigus võib koormata seda asja enamväärtust, mis eelmisest pandiõigusest jäi vabaks. Omalt iseloomult ka uuem pandiõigus esialgselt läi puht asjavastutuse (Sachhaftung), nii et kreditor võis rahuldust saada ainult pandist, ning selle äralangemisel polnud tal muud taotlusõigust.¹¹³⁾ Kuid juba keskajal mõned õigused andsid kreditorile võimaluse nõuda tarbekorral rahuldust võlgniku muust varast.¹¹⁴⁾

109) Gierke, op. c. lhk. 818.

110) Meibom, op. c. lhk. 415 jj. Stobbe/Lehmann, op. c. II, 2, lhk. 145, nota 5 - 6; Gierke, op. c. lhk. 819.

111) Gierke, op. c. lhk. 820, nota 62, kus toodud ka Sohmi ja Stobbe seisukohad, kes ei taha tunnustada jüngere Satzung'i asiõiguslikku iseloomu.

112) Gierke, op. c. lhk. 821; Stobbe/Lehmann, op. c. II, 2, lhk. 133.

113) Gierke, op. c. lhk. 823; eriti Lübecki õigus III, 255.

114) Näit. Hamburgi linnaõigus 1292 ja 1497 a., samuti Riia linnaõigus IV, 5 § 5 (Napiersky, lhk. 167).

Uuema pandiõiguse esemeks võisid olla peale omanduse igasugused teised kinnisvaralised õigused.

Uuemast pandiõigusest arenes välja ka terve vara vastutuse põhimõte võla eest, kuigi see polnud tõeline pandiõigus, vaid omapärane vastutusõigus (Haftungsrecht), mis kreditorile võla sissenõudmisel andis mõningaid kergendusi,¹¹⁵⁾ aitas see võrdlemisi ebamääraselt arenenud instituut teed tasandada roomaõigusliku üldhüpoteegi ülevõtmisele. Tuleb lõpuks veel mainida, et uuem pandiõigus, mis kujunes linnades, ei tõrjunud maalt välja vanemat pantimisviisi (ältere Satzung), vaid nad mõlemad eksisteerisid paralleelselt. Kokkuvõtlikult võib öelda, et uuem pandiõigus (jüngere Satzung) märgitseb suuri edusamme Saksa pandiõiguse arengus.

§ 11. Kokkuvõtteid Saksa vanima kinnispandiõiguse põhimõttest.

Kui võtta kinnispandiõigus, nagu ta oli väljakujunenud Saksa õiguses kuni Rooma õiguse retseptioonini, siis iseloomustavad teda järgnevad põhimõtted:¹¹⁶⁾

1) Pandiõigus kinnisasjadele tekib ainult vastava õigustoiminguga, mitte aga seaduse jõul. Reeglipäraselt on selle juures nõutav kohtu või riigivõimu kaasabi.

2) Eriti maal levinud ältere Satzung annab kreditorile kinnisvara valduse ja kasustuse (Besitz und Genuss); reeglipäraselt langeb kasustusest saadud tulu kreditori kasuks (Ewigsatzung); harvem on ettenähtud, et kasustusest tekkiv tulu arvutatakse maha laenukapitalist (Todtsatzung).

3) Ältere Satzungi juures on pant ainuke ese, mis kindlustab kreditori nõuet; mispärast kreditoril pole õigust sissenõudmist pöörata võlgniku muule varale, kui ta võlgniku mora korral pandieseme endale jätab või selle laseb võla tasuks vöörandada ja kui sel viisil saadud vääratus ei kaõta võlga.

4) Nn. jüngere Satzung, mis oli rakendatav linnades, jättis pan-

¹¹⁵⁾ Gierke, op. c. lhk. 824 - 825.

¹¹⁶⁾ Stobbe/Lehmann, op. c. II, 2 lhk. 140 - 141.

ditud kinnisasja võlgniku kasustusse ja valdusse. Hiljem võimaldus selle viisil kinnisasja pantida mitme võla eest; sellejuures osaliselt tunnustati ka prioriteedi põhimõtet.

5) Jüngere Satzungi juures, kui pandist ei saada niipalju väärtust et pandiga kindlustatud võlg saaks kaetud, vastutab võla eest ka muu võlgniku vara, samuti ta isik.

6) Üldhüpoteek, kus võlgniku kõik vara mõne võla eest vastutas, ei anna kreditorile eelisõigust vanemate pandikreditoride ees.

§ 12. Rooma õiguse retseptsioon ja ülemineku-

aeg Saksa pandiõiguses.

Keskaja lõpu poole Rooma õigus retseptsiooniga ühines Saksamaal üldõigusega. Vastavalt sellele loeti ka Rooma pandiõigus üldõiguseks. Rooma pandiõigus seisis aga olulistel punktides Saksa rahvusliku õigusega teatavas vastuolus. Nagu eelpool oli märgitud, Saksa õigus tegi olulist vahet asiõiguste seadmisel kinnis- ja vallasasjade suhtes. Toimingud kinnisasjade suhtes, eriti pandiõiguse seadmine neile, pidi toimuma avalikult kohtu või rae ees. Rooma õigus ei tunnustanud sellist vahetegemist. Samuti on talle võõras Saksa õiguse avalikkuse, publitsiteedi põhimõte. Õigustoiminguliseks pandiõiguse seadmiseks hüpoteegi näol nii kinnis- kui vallasasjale on küllaldane vormivaba leping või viimne tahteavaldus.

Saksa õigus ei tunnustanud seadusejärgseid pandiõigusi. Rooma õigus lõi aga kaasa hulka seadusejärgseid pandiõigusi. Pandiõigus võib tekkida ka kohtuotsuse põhjal.

Saksa õigus pidas pantimisel silmas spetsialiteedi põhimõtet, s. t. pandiõigusega koormati üksikuid kindlaksmääratud võlgniku varaesemeid. Rooma õigus selle vastu tunneb üldhüpoteeki, mis koormavad kõike võlgniku vara nii praegust kui tulevast. Üldhüpoteegid tekivad harilikult seadusjärgselt ilma õigustoiminguta.

Rooma õigus lubab pandieset koormata mitmete hüpoteekidega, andes varasematele eelisõiguse, vanuse, hilisemate ees, kuid see põhimõte saab jällegi kõigutatud igasuguste eelisõigustatud hüpoteekide kasuks, millistest Saksa õigus ei teadnud midagi.

Kuigi keiser Leo käsukirjaga avalikult ametivõimu ees või kolme tunnistaja juuresolles tehtud hüpoteegid olid eelisõigustatud, aitas see abinõu siiski vähe kaasa Rooma hüpoteegi vanuse kindlakstegemisel.

Omalt sisult ka Rooma pandiõigus on asjavastutus võla eest, kuid temal puudub mõiste puhtast asjavastutusest, mida tundis Saksa õigus ja mis eeldab pandiõiguse iseseisvust. Rooma pandiõigus on puhtaktsessoorne õigus, mis on seoses isikliku nõudega ja mis eeldab peale võlgniku vastutuse subsidiaarset asjavastutust. Pandiõigust teostab Rooma õiguses kreditor ise pandi müümisega. Pandieseme ensolejätt võla katteks (nn. Verfallpfand) oli keelatud.-

Rooma pandiõiguse ülevõtt, mis toimub järkjärgult,¹¹⁷⁾ tõrjub ikka enam ja enam Saksa rahvusliku pandiõiguse põhimõtted käibest välja, kuigi mõnigi selle omapärase õiguse printsiip suudab püsida, eriti üksikute limnade õigustes. Nii toimus Saksa pandiõiguses Rooma õiguse retseptsooniga suur murrang. Tuleb tähendada, et üksikuis osariikes Rooma õiguse mõju oli suurem, teistes vähem.¹¹⁸⁾ Nii et Saksa pandiõigus retseptiooni läbi kaotas suurelt osalt oma endisest rahvuslikõiguslikust iseloomust, kuid ka Rooma pandiõigus ei hakanud siin kehtima täielikult ja muutmata. Tekkis mingisugune õigusmõistete segu.

Kuigi see uus pandiõigus üksikuis küsimusis uue elu tarvidustele näis vastavat, tähendas ta siiski üldiselt, võrreldes keskaegse Saksa õigusega, sammu tagasi. Uus pandiõigus kõigutas põhjalikult reaalkrediiti.¹¹⁹⁾

Kuid Rooma õiguse autoriteedist ja levikust hoolimata, osutusid Saksa rahvusliku pandiõiguse paljud põhimõtted niivõrd otstarbekaiks ja elujõulisiks, et nad varakult valmistasid teed võõra õiguse ümberkujundamiseks, mis algas üksikuis osariikes juba XVIII sajandil ja XIX s. juba üldiselt sihiteadliku seadusandluse läbi. Selle tulemuseks on uus õigusinstituut, mis eneses kehastab küll paljugi Rooma õiguse põhimõtteid, kuid mis oluliselt siiski nii oma välise kuju ning ka sisu poolest on arendatud Saksa õigusest.¹²⁰⁾

117, 118) Stobbe/Lehmann, op. c. II, 2, lhk. 142.

119)

120) Gierke, op. c. lhk. 827; Stobbe/Lehmann, op. c. II, 2, lhk. 142.
Gierke, op. c. § 156, I in fine.

§ 13. Moodsa hüpoteegi kujunemine.

Moodsa hüpoteegi kujundamisel said mõõduandvaiks Preisi 1722 a. 14.veebruari hüpoteegi- ja konkursiseadus ja Kuur-Saksi seadusandlus 1724 a. hüpoteekide kohta. Siin seati osalt jalule publitsiteedi ja spetsialiteedi põhimõtte, osalt viis selle põhimõtte järjekindlalt läbi. Avalikkudeks hüpoteekideks kinnisvarade suhtes loeti ainult sellised, mis olid avaldatud ja kantud selle kohtu raamatuisse, kus asus kinnisasi.¹²¹⁾ Need seadused annavad erilise tähtsuse kinnistusraamatule, tõstes seega uuesti esikohale vana Saksa õiguse põhimõtte, et kõik toimingud kinnis- ja suhtes tulevad teha avalikult kohtu ees ja kanda sellekohastesse raamatutesse. Kinnistusraamat, kui kinnisaja õigusjliku seisundi avalik näitaja, on sellega saanud tunnustuse. On õige, et need XVIII s. alguse seadused ei heitnud päriselt kõrvale veel kinnistusraamatutesse sissekandmata hüpoteeki, lugedes talle ainult eelisõigustatuks avaliku hüpoteegi. Kuid selle juures on seadusandja kehtitanud hüpoteegi suhtes põhimõtteid, mis mitmeti kõrvale kalduvad Rooma õiguse seisukohtadest. Hilisem seadusandlus, eriti Preisi 1794 a. maaõigus, arendas neid põhimõtteid julgelt edasi, kaotades üldse hüpoteegi, mis polnud kantud kinnistusraamatusse.¹²²⁾ Selle arengu tulemuseks on, et hüpoteeki vaadeldakse, kui vastavat kinnisaja koormavat vastutust, mis kreditorile annab õiguse saada rahuldust teatud suuruses ning järjekorras kinnisaja väärtusest. Tähendab, hüpoteegi läbi tekib mingisugune iseseisev asjavastutus, mis on kohuslik kinnisaja igakordsele omanikule. Pandiandja isiklik vastutus on sellejuures kõrvalise tähtsusega. Sellega hüpoteek omalt juriidiliselt iseloomult on lähenenud reaalkoormustele.¹²³⁾ Eriti reljeefselt on see iseloom

121) Dernburg, Pandekten, I, § 264 p. 3, a. Stobbe/Lehmann, op. c. II, 2 § 147.

122) Preisi üld. maaõigus (ALR) I, 20 § 411 - 412; Dernburg u. Hinrichs, Preuss. Hypot. Recht, lhk. 23.

123) Stobbe/Lehmann op. c. II, 2 lhk. 163. Gierke (op. c. § 156, III, 2, nota 35) väidab, et Saksa hüpoteegi põhimõtte, et võla eest vastutab vastav asi ning et selline vastutus on lahutamata asjast, on arenenud Vana-Saksa õigusinstituudist Rentenkauf, kuna Schweitsis on see arenenud güldist.

127) Stobbe/Lehmann, op. c. II, 2 lhk. 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200.

väljendatud n.n. Grundschuldis. Meklenburgi hüpoteegi seadus 2.jaan. 1854 a. esimesena tunnustas täiesti iseseisvat kinnisasja vastutust, kusjuures kinnistusraamatusse ei kanta seda õiguslust, mille põhjal vastav võlg on tekkinud, vaid kinnisasja väärtus vastutab puhtabstraktse kohustuse eest.¹²⁴⁾ Suureks edusammuks moodsa hüpoteegi arengul oli Preisi 5.mai 1872 a. seadus, mis sai eeskujuks ka teistele Saksa osariikidele. Paralleelselt sellele arenes pandiõiguse ümberkujundamine Saksa õiguslikel alustel Austrias (Kinnistusraamatu seadus 25.juulist 1861 a.) ja Schveitsis. Seadusandlus igal maal püüdis võimalikult järjekindlalt läbi viia publitsiteedi ja spetsialiteedi põhimõtteid, kuid teistes küsimustes oli märgata erinevusi. Nii näit. mõnel maal olid sisseseatud kinnistusraamatud kõigi toimingute jaoks, mis puudutasid kinnisasja, kuid teistel maadel piirduti ainult n.n. võla c. hüpoteegiraamatutega, samuti erinesid seisukohad hüpoteegilise võla iseloomu kohta, kuivõrd seda lugeda iseseisvaks asjavõlaks.¹²⁵⁾

Ainult 1896 a. BGB ja 1897 Kinnistusraamatu seadus (Grundbuch-Ordnung, GBO) andsid Saksa keisririigile ka ühtlase pandiõiguse. Selle õiguse kujundamisel on peaasjalikult eeskujuks olnud Preisi seadused, kuid osalt ka teised allikad. Arvestades asiolu, et uus seadus pidi asendama seadusi, mis mitmeti olid erinevad ja et igas osariigis hüpoteegiõigus oli arenenud mitmeti omaette ja et rahvas seal oli kodunenud pandiõiguse erinevate avaldusvormidega, tuli seadusandjal luua kompromisse ja teatud määral loobuda lihtsusest ja järjekindlusest, luues mitu kinnispandi liiki, nimelt hüpoteegi, mis omakorda tunneb kaht erinevat alaliiki, ^{ja siis veel} Grundschuldi ja Rentenschuldi.¹²⁶⁾ Kuid sisuliselt on kõik need kinnispandi liigid üksteisele lähedalt sugulased, mis ilmneb juba sellestki, et iga selline pandiõigus, olles kantud kinnistusraamatusse, võib olla vastava sissekandega ümberkirjutatud teist liiki pandiõiguseks, milleks pole tarvis teiste võrdsete või tagapoolseisvate kreditoride nõusolekut.¹²⁷⁾

¹²⁴⁾ Stobbe/Lehmann, op. c. II, 2, § 147.

¹²⁵⁾ Gierke, op. c. lhk. 837.

¹²⁶⁾ Gierke, op. c. lhk. 838.

¹²⁷⁾ BGB § 1186, 1198, 1203.

Allpool võtame moodsa Saksa hüpoteegiõiguse iseloomustamiseks veel eraldi sõna. Praegu nendime aga kokkuvõtlikult, et moodne hüpoteek oma välise avaldusvormi poolest põhineb Saksa õiguse põhimõtteil. Kinnistusraamatusse kandmine on ainukeseks võimaluseks, et luua hüpoteeki ja kindlustada talle vanust, eelisõigust. Seaduslikud ja kohtuotsusest tekkinud pandiõigused annavad kreditorile ainult sissekande aluse kinnistusraamatusse ja ainult sissekandmisega tekib ka nende suhtes hüpoteek. Hüpoteegi suhtes on seega läbiviidud ilmtingimataalt avalikkuse, publitsiteedi ja spetsialiteedi põhimõtted. Seega on reaalkrediidile loodud kindlus ja julgeolek.

Omas siselmises struktuuris baseerub moodne hüpoteek põhimõtteil, mis märgitsevad Rooma pandiõiguse ümberkujundamist Saksa õiguse vaatekohadelt. Saksa Satzungi põhimõtted on leidnud rakendsust, kuid Rooma õiguse põhimõtted on sellejuures mitmeti avaldanud mõju. Alles Rooma õiguse abstraktsete arusaamiste juures võis areneda moodne hüpoteegiõigus, kasutades selle juures Saksa õiguse lähtekohti, neid arendades, täiendades ja muutes. Rooma õiguse retseptsioon, kugi ta esiotsa rahvusliku õiguse põhimõtted segi paiskas, sai ometi selleks elustavaks uueks vereks, mis Saksa juristide loogilist mõtlemist edasi viis ja mis andis värskust ja avarust edasiarenguks neile idudele, mis peitusid Saksa rahvuslikus õiguses esiotsa väga algelisel ja tihti abitul kujul.

§ 14. BGB kinnispandiõiguse üldpõhimõtteid.

1. Publitsiteedi põhimõte. Avalikkuse, publitsiteedi põhimõte iseloomustab moodsa tsiviilõiguses tervet kinnisvara kohta käivat asiõigust. Eriline tähtsus on sel põhimõttel kinnispandi suhtes. Kinnispant tekib ainult kinnistusraamatusse kandmisega (Eintragungsprinzip).¹²⁸⁾ Vastandina Rooma õigusele ei tunne moodne õigus seaduslikke või vaiklikke kinnispandiõigusi.

2. Prioriteedi põhimõte. Kuna kinnispandiõigus loetakse tekkinuks kinnistamise läbi ja sellest arvatakse iga kinnispandi vanus ja eelisõigus kinnisvarast rahuldust saada, siis sellega on kaotatud igasugused

¹²⁸⁾ BGB § 873, 1115; GBO § 13.

seadusejärgsed eelisõigused, mida tundis Rooma õigus.

3. Avaliku usu (fides publica) põhimõte. Kuna kinnistusraamatud eeldasid avalikku usku, fides publica, siis tema sissekanded õigustavad igat heausulikku kolmandat isikut eeldama, et vastav õigus on omalt sisult ja jõult selline, nagu see nähtub kinnistusraamatust. ^{129), 130)} See põhimõte on ka kehtiv kinnispandiõiguse suhtes ja seda ka siis, kui vastav õigus (näit. kindlustushüpotek) on puhtaktsessoorne. ¹³¹⁾

4. Spetsialiteedi põhimõte seisab selles: a) et iga pandivõla eest on vastutav teatud, kindlaksmääratud kinnisasi, kinnistusühik, kuid on võimalik, et kinnispandivõlg on kantud mitmele kinnisasjale korraga (Gesamthypothek) ¹³²⁾; 2) summa, mille ulatuses kinnisvara pandivõla eest vastutab, peab täpsalt olema kinnistusregistrisse kantud. ¹³⁰⁾ See vald-

5. Legaliteedi põhimõte eeldab, et kinnistusraamatu pidaja riigiametnik enne vastava pandiõiguse kinnistamist on kohustatud kontrollima vastava toimingu seadusepärasust. Kui partikulaarses seadusandluses see kontroll eeldas materiaalõiguslikku läbikatsumist ("materielle Legalität"), Kuna kinnispandi tekkimise aluseks on vastav poolte, s.o. võlgniku ja usaldaja kokkulepe ja sellise kokkuleppe jaoks on ettenähtud teatud vorm, siis kinnistusametniku järelvalve seisabki selles, et kontrollida, kas see kokkulepe on sõlmitud seadusepäraselt (Consensprinzip). ¹³³⁾ Kuid ka praegu leidub seadusandlusi, kus pandiõigustega kinnisvara koormamine kuulub teatud määral sisulisele kontrollimisele, eriti selles suhtes, et kinnisvara ei koormataks pandivõlaga üle ta tõelise väärtuse. ^{134), 135)}

129) BGB § 892.

130) ^{-Kober,} Stauding (Kommentar zum BGB, ~~K. Kober~~, Sachenrecht, lhk. 182 jj.; Gierke, op. c. § 119, VIII.

131) Gierke, op. c. lhk. 840, nota 6.

132) BGB § 1132; Schveitsi ZGB § 973.

133) Stobbe/Lehmann, op. c. II, 2, § 148, 2 ja 3.; Gierke, op. c. lhk. 841.

134) Üksikute Saksa osariikide suhtes vt. Gierke, op. c. lhk. 841, nota 15. Vt. art. 117 EG (BGB juurde); Preisi seadus 20. aug. 1906 a. piirab kinnisasjade võlga koormamist teatud piirini (Wolff, op. c. § 52, III, 1.). Schveitsi ZGB § 848, 849 kinnisvõla (Gült) suhtes.

135) Üldiselt annab aga moodne õigus kinnisvara omanikule vabaduse oma kinnisvara võlgadega koormamisel (Verschuldungsfreiheit). Nii tunnustab BGB § 1136 tühiseks kokkuleppe, millega võlgnik usaldaja vastu kohustub oma kinnisvara mitte võrandada või koormata uute koormustega

6. Käibevoime. Kinnispandiga seoses olevad õigused on loovutatavad. Seda loovutust soodustab vastav väärtpaber, mis kinnistusametniku poolt kreditorile tema kasuks kinnisvarale kantud pandiõiguse kohta väl- ja antakse ja milline paber kehastab seda õigust ja eeldab seda õigust iga isiku suhtes, kelle kätte see paber on tulnud seaduspäraselt. (Befriedigungs-

recht, Zugriffsrecht, Verwertungsrecht). Samuti pole kahtlust, et krediti-

tor võib ka enne § 15. BGB kinnispandiõiguse juriidiline iseloom. kolmas

Pandiõiguse juriidiline iseloom on õigusteoorias väga vaieldav.

Pandektiõiguses vaidlus keerleb peaaesjalikult küsimuse ümber, milline õigus kuulub pandipidajaile - kas asiõigus või nõudeõigus, mis on sihitud kas asja - pandieseme enese või selle omaniku vastu.¹³⁶⁾ See vaidlus lahenes uuemas seadusandluses ja ka õpetlaste valdavamas enamuses selles mõttes, et pandiõigus on omalt iseloomult asiõigus, kuid sellejuures leitakse, et see on asiõigus sui generis, mis ei anna õigustatule otsest meeleva da asja üle, samuti ka mitte õigust iseseisvalt asja võõrandada, kuid mis võimaldab nõuda rahuldust asja väärtusest asja sundmüügi teel kohtuliku sundsoorituse kaudu. Praegusel ajal ollakse peaaegu üksmeelselt kindlad seisukohas, et kinnispandiõigus on piiratud asiõigus. Nii Saksa BGB (§ 1113), kui ka Schweitsi ZGB (§ 905) iseloomustavad seda kui õigust,

¹³⁶⁾ Dernburg, Pfandrecht I, lhk. 104 jj., samuti Pandekten, I, 2 osa § 262, on seisukohal, et pandiõigus on asiõigus, das Pfandrecht ist ein dingliches Recht. Oma väite põhistab ta peaaesjalikult D., 9,4, de noxalibus actionibus, 30. Gaius libro ad edictum praetoris urbani titulo de damno infecto:... sive domini sint sive aliquid in re re jus habeant, qualis est creditor et fructuarius. Seesama põhimõtte kordub D., 39,2, de damno infecto, 19 pr. samal seisukohal Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, lhk. 47 jj. Windscheid, I, § 224 nota 8.- Seisukohata, et pandiõigus kuulub nõudeõiguse valda, kaitses esmalt Büchel, Civilrechtliche Erörterungen, 2 tr. 1847, I k. lhk. 259 jj., samuti Sintenis, Pfandrecht, § 2, Vangerow, I, § 363, nota 2. Eriti huvitav on veel Sohmi seisukoht (Grünhut, Zeitschrift, V, über Natur u. Geschichte der modernen Hypothek lhk. 32 jj.), mille järgi "die moderne Hypothek bedeutet eine Obligation, kein dingliches Recht. Die Errichtung der Hypothek ist ein Formalkontrakt Die Hypothekenklage des modernen Rechts ist eine Schuldklage, eine actio in personam aber eine actio in personam, welche "in rem scripta est."

¹³⁷⁾ Freitag-Loringhoven, Materialbes pravo projekta votsinnago ustava, II lhk. 5; Valfi, op. c. § 131.

¹³⁸⁾ Selle juures ei tule endisestest vahet ka vahetada isikliku vastutust, - mis võlgnikul võib olla kreditori vastu selle võlavahetorra alusel, mille kindlustuseks ta on võlgniku hüpoteegi -, asjalise vastutusega, mis loovutatakse, sest et omanik ja võlgnik ei ole ta alati ühes ja sees. Vastugi kui võla sissenõudmise omanik ja pandiõiguse on ühes ja sees isik, olenes kreditorist, kus ta võlgniku võlga isikliku vahetorra alusel või pandiõiguse väärtusest.

mis koormab kinnisvara (Das Grundpfandrecht belastet das Grundstück). Samuti pole olulist vaidlust selle üle, et see õigus annab usaldajale teatud meelevalda asja üle. Selle meelevaldaõiguse sisu suhtes ollakse samuti üldiselt niipalju ühel arvamusel, et see võimaldab kreditori saada rahuldust asja väärtusest, nõuda kohtulikult asja realiseerimist (Befriedigungsrecht, Zugriffsrecht, Verwertungsrecht). Samuti pole kahtlust, et kreditor võib ka enne asja kohtulikku võõrandamist nõuda, et omanik või kolmas isik ei vähendaks asja väärtust (BGB § 1134, ZGB § 808, 809, 810). Seega kreditorile kinnispandiõigus annab pandieseme üle teatud õigused, mis on absoluutse iseloomuga.

Kuid muis küsimusis, mis puudutavad pandikreditori ja kinnisasja omaniku teisi vahetuid, lähevad arvamused lahku. Peaküsimus, mille üle vaidlus keerleb, seisab selles, et kas panditud kinnisvara omanikku tuleb lugeda pandijärgseks võlgnikuks, või on siin esil iseseisev kinnisvara koormus, olgugi see seatud sõltuvusse vastavast kohustusnõudest?¹³⁷⁾ Selles küsimuses leiame järgmisi tähtsamaid teooriaid.

1. Asiõigusliku võla teooria (die Theorie der dinglichen Schuld), mida esindab O. Gierke. Selle järgi iga kinnispandivõla juures on olemas asivõlg, millega on seoses kinnisasja vastutus. Asivõlg loob vastava sammekohustuse rahaga (kapital, protsendid) ja seda kinnisasjast ("aus dem Grundstück"), ning selline samme pöörduv igakordse kinnisasja omaniku vastu. Omanik võib seda kohustust täita vabatahtlikult muust oma varast, kuid sunniviisil võib kreditor täitmist nõuda ainult kinnisvarast.¹³⁸⁾ Kuna kinnispandivõlg on asivõlg, siis on tema suhtes kehtivad oma reeglid ja kohustusõiguse normid pole tema kohta pikema jututa rakendatavad. Eriti ilmneb see viivituse suhtes. Kinnisvõla suhtes võib kreditor viivituse korral taotella ainult viivitusprotsente (BGB § 1146), mitte aga muud kah-¹³⁹⁾jude tasumist, nagu see aset leiab isikliku kohustuse juures (BGB § 286).

¹³⁷⁾ Freitag-Loringhoven, Materialnoe pravo projekta votcinnago ustava, II lhk. 5; Wolff, op. c. § 131.

¹³⁸⁾ Selle juures ei tule endastmõistetavalt äravahetada isiklikku vastutust, - mis võlgnikul võib olla kreditori vastu selle võlavahekorral alusel, mille kindlustuseks ta on välja ^{seadnud} andnud hüpoteegi -, asjalise vastutusega, mis koormab kinnisasja, sest et omanik ja võlgnik ei ühtu alati ühes ja samas isikus. Muidugi kui võla sissenõudmisel omanik ja pandivõlgnik on üks ja samane isik, oleneb kreditorist, kas ta nõuab võlga isikliku vahekorral alusel või pandieseme väärtusest.

¹³⁹⁾ Gierke, op. c. cit. § 158.

Tuleb tähendada, et asivõlg kui mõiste leiab rakendust ka uusimas seadusandluses kui vastand isiklikule võlale. Samuti tegeliku elu ja käibe seisukohalt mõistetakse kinnisvõlgade all võlge, mis on seotud vastava kinnisasjaga. Kuid sellele teorialle räägib teatud määral vastu BGB § 1142 sõnastus, mille järgi omanik on sammeks õigustatud, kuid mitte kohustatud.

2. Realkohustuse teooria (Theorie der Realobligation), mille tähtsamaks esindajaks on Crome. Selle teooria lähtekoht seisab selles, et asivõlavahekord, mis eeldab kreditorile vastavat asiõigust nõuda, kohustab teiselt poolt kinnisasja omanikku vastavat rahasummat kinnisvarast sammama. Kuid siin lastakse silmist tõsiasi, et kohustus midagi maksta kinnisvarast on omalt iseloomult siiski teine, kui võlgniku kohustus tasuda kreditorile midagi võlakohustuse alusel. Selle teooria pooldajad lähtuvad BGB § 1113, 1191, 1192, kus on öeldud, et vastav summa tuleb maksta ("zu zahlen") kinnisvarast; järelikult kus midagi tuleb maksta, peab olema isik, kes maksab, kuid sellejuures ei panda tähele § 1147, kus on lähemalt seletatud, et see "maksmine" toimub sundsoorituse korras; seega puudub eraõiguslik maksiskohuslane; see mis õigustatud tuleb maksta, nõutakse sisse kohtutäituri poolt kinnisasja sundmüügi teel. Muidugi võib kinnisasja omanik võla tasuda vabatahtlikult, kuid seda ei tee ta asjaga, vaid oma rahaga; järelikult sel juhul ei toimu maksmine nii, nagu see teooriast järgneks.¹⁴⁰⁾

3. Puhta väärtustuse teooria (Theorie des reinen Verwertungsrechts). See teooria on eriti levinenud ja tema järgi võim, mis kreditorile asja üle kuulub, seisab asjaväärtustamises: õigustatu võib asja vastava rahalise taotluse puhul ära võtta, seda võõrandada või riigivõimu poolt lasta võõrandada, kasustada või riigivõimu kaasabil lasta valitseda. See väärtustamiseõigus tuletub vastavast nõudest ja selle kindlustusest (hüpoteek või vallas pant) või nõudest sõltumatalt (kinnisvõlg). Asja väärtusest saadav summa katab kindlustatud nõude (Forderung); õigustatu võib selle nõude põhjal "otsida rahuldust asjast" ("seine Befriedigung

140)

M. Wolff, op. cit. § 131, II, 1.

aus der Sache suchen"), nagu ütleb BGB § 1204, 1133 lõige 2. Nii kinniskui vallaspandi juures puuduvat isik, kes kohustatud oleks maksta. BGB § 1142 annab kinnisasja omanikule ainult õiguse, kuid ei loo talle kohustust maksta. Polevat tähtsust ka BGB väljendustel, mis räägivad hagist kinnisasja igakordse omaniku vastu; need olevat ainult terminoloogilised hõlbustused, piltlikud väljendused, mis aga ei märgitsevat tõelist sisu.¹⁴¹⁾ Selle teooria vastu tähendatakse, et ta ei arvestavat õigusnormidega, samuti ka selle tõsiasjaga, et tegelikus elus käibe seisukohalt tunnustatakse kinnisasja omaniku asjavõlga.¹⁴²⁾

Piirdume käesoleva lühikese ülevaatega kinnispandiõiguse juriidiliste teooriate kohta. Nagu selgub, on seisukohad siin vägagi erinevad ja vaieldavad. Võib ütelda, et üks on kindel: käibe huvid nõuavad otsest kinnisasja koormamist, mis pole seoses omaniku koormamisega. Sellist koormamist katsub võimaldada moodne õigus, kuid sellejuures kinnisasja omanik on õigustatud pandikreeditori õiguse teostamist asja võõrandamise näol tasumisega kõrvaldama. Kuid sellest ei teki kinnisasja omaniku suhtes veel kohustust. Kui omanik oma majanduslikku ja moraalset ohvrit, mida ta kannab asja võõrandamise vältimiseks, subjektiivselt seisukohalt saastab õiguskohustusega, siis selline subjektiivne seisukoht ei muuda objektiivset asjade seisundit. Samuti pandikreeditori subjektiivsel seisukohal pole otsustavat tähtsust. Talle kuulub õigus sundmüügi teel saada kinnisasja väärtust. Kui ta selle juures arvestab, et kinnisasja omanik vabatahtlikult tasub talle selle, mis ta õigustatud oleks saada kinnisasja väärtusest, selleks aga kinnisasja omanikku sundida ei saa, siis tema need arvestused põhinevad subjektiivsel arvamusel. Sellistest subjektiivsetest arusaamistest luua aga objektiivseid teoreetilisi seisukohti õsutub võimatuks.¹⁴³⁾

§ 16. BGB kinnispandi liigid.

BGB tunneb kinnispandina hüpoteeki ja kinnisvõlga (Grundschuld).

Mõlemaid määritletakse, kui vastava kinnisasja koormust, mis õigustab

¹⁴¹⁾ Selle teooria silmapaistvamaks esindajaks on M.Wolff (op.c.§ 131,I).

¹⁴²⁾ Julius Gierke, Sachenrecht, § 54, V, 4.

¹⁴³⁾ Freitag-Loringhoven, op. cit., § 48.

saama kinnisasjast vastavat rahalist rahuldust.¹⁴⁴⁾ Järelikult hüpoteek ja kinnisvõlg on võimalikud ainult kinnisvara suhtes.

I. Hüpoteek on aktsessoorne, st. tema oleneb mingisugusest kohustusest, millele ta teenib kindlustusena. Ilma kohustuseta ei või tekkida hüpoteeki, ilma kohustuseta ei või ta edasi püsida: seepärast ei saa hüpoteegi kohustusest lahutada, ei saa neid kumbagi, s.o. hüpoteeki ja kohustust, lahus loovutada.¹⁴⁵⁾ Kui puudub kohustus, olles puudunud algusest saadik või kustunud hiljem, pole olemas ka hüpoteeki. Kuid sellest ei järgne veel, et sellisel juhul üldse mingisugust kinnisasja koormust poleks olemas. Ainult see koormus pole sel korral hüpoteek ja ta ei osutu selle kasuks, kelle jaoks ta oli kinnistusraamatusse kantud. Selline kinnisasja koormus, mis püsib ilma kohustuseta, on kinnisvõlg ja selle järgi õigustatuks osutub kinnisasja omanik ise.¹⁴⁶⁾

Hüpoteek jaguneb omakorda kaheks suureks alaliigiks: 1) harilik c. käibehüpoteek ja 2) kindlustushüpoteek.

1. Käibehüpoteek on omalt iseloomult aktsessoorne, kuid silmas pidades kinnistusraamatu avalikku usku heausuliste kolmandate isikute suhtes, võib selline hüpoteek käibes liikleda ka siis veel, kui kohustus ise, mille jaoks ta oli seatud, on kustunud. Nii et siin on reeglipäraselt isiklik kohustus hüpoteegiga seotud hüpoteegi tekkimisel; hiljem võib aga hüpoteek iseseisvalt, sõltumata kohustusest, püsida.¹⁴⁸⁾ Selli-

144) BGB § 1113, 1191.

145) BGB § 1153.

146) BGB § 1163, 2 lõige, 1177.

147) BGB § 1186 räägib harilikust hüpoteegist kui vastandist kindlustushüpoteegile. Käibehüpoteek (Verkehrshypothek) on õigusteooria poolt loodud mõiste, mis tabab hästi selle hüpoteegi iseloomu. Esimesena tarvitas seda mõistet Dernburg, Sachenrecht, § 208, II, 2.

148) Küsimus on teorias siiski vaieldav. Seisukohta, mis siin tekstis on esitatud, pooldavad M. Wolff, Sachenrecht, § 137, Kober, op. c. ad § 1113, I, 2, lhk. 676 jj. Sama seisukohta pooldab ka J. Gierke, op. c. lhk. 880, 884. Teised asuvad seisukohal, et BGB järgi hüpoteegi sõltuvus isiklikust kohustusest põhimõtteliselt püsib, kuid ka nad ei eita, et see aktsessoorsus saab pehmendatud kinnistusraamatute avaliku usu läbi. Seda seisukohta esindavad Schwind, Wesen u. Inhalt des Pfandrechts, lhk. 107 jj., Plank, Sachenrecht, lhk. 507 jj., samuti Dernburg, Sachenrecht, lhk. 587, 623, kes asub seisukohale, et BGB säilitab juriidilise konstruktsiooni seisukohalt hüpoteegi aktsessoorse iseloomu, kuid seda suudab ta ainult legaalse fiktsiooni abil.

ne järeldus tuleb BGB § 1138, mis ütleb, et juhul, kui kinnisasja omanik võib hüpoteegi vastu vaielda isikliku kohustuse põhjal (§ 1137), hüpoteegi omanik võib end selliste väidete vastu kaitsta BGB § 891 - 899 eeskirjade põhjal, s.t. tema võib hüpoteegi vastu tõstetud vaide tagasi lükata, toetudes kinnistusraamatu sissekandele, mis talle kui heausulisele isikule on hüpoteegiga seotud õiguste määrajaks, sõltumata sellest, et isiklik kohustus, mille kindlustuseks hüpoteek oli seatud, on kustunud. Kreditori järglase vastu ei saa seega esitada vaideid, mis võlgnikul võisid olla kas isikliku võlvahekorra või mõnel muul põhjusel senise usaldaja vastu, väljaarvatud need, mis nähtuvad kinnistusraamatust, hüpoteegikirjast või mis ~~muude~~^{muide} kreditorile hüpoteegiga seotud õiguse üleminekul olid teada.¹⁴⁹⁾ Nagu sellest järgneb, on selle hüpoteegi juures eriti silmas peetud käibe huvisid. Tema seisab hüpoteegiõiguse keskpunktis.

Oma vormi poolest võib käibehüpoteek olla kas raamatuhüpoteek (Buchhypothek) või ~~kirja~~^{kirja}hüpoteek (Briefhypothek), s.t. hüpoteek on märgitud ainult kinnistusraamatusse ja erilise dokumendi väljaandmine usaldaja ning võlgniku kokkuleppel, mis märgitakse kinnistusraamatusse, jääb ära, või antakse usaldajale eriline hüpoteegikiri pärast hüpoteegi kinnistusraamatusse kandmist.¹⁵⁰⁾ Hüpoteegikirja peaesmärk on selles, et hõlbustada dokumenteeritud õiguse käibet. Seega on seletatav, miks hüpoteegikirja ei lubata sellise hüpoteegi jaoks, mis pole mõeldud käibes liiklemiseks, näit. kindlustushüpoteegi juures. Käibe hõlbustamine saavutatakse sellega, et kinnispandiga seoses olevad õigused, niivõrd kui vastava kirja väljaandmine pole keelatud, on kehastatud vastavas dokumendis, kirjas. Ainult sellest silmapilgust, millal kinnisasja omanik selle kirja usaldajale üle annab, omandab usaldaja kinnistatud õiguse, kuni selle momendini kuulub see õigus omanikule endale. Hüpoteegiga seoses olevate õiguste

¹⁴⁹⁾ Planck, op. cit. lhk. 507.

¹⁵⁰⁾ Tuleb tähendada, et BGB ei tunne nimetusi Briefhypothek ja Buchhypothek (§ 1116); need nimetused on loodud teoreetilises kirjanduses. Seega seadus ise ei tee põhimõttelikku vahet nende kahe hüpoteegi vormi vahel. Planck, op. cit. lhk. 510.

¹⁵²⁾ Planck, op. cit. § 1139. lhk. 537 - 538.

loovutamine toimub hüpoteegikirja üleandmisega, sellejuures vastava sissekande tegemine kinnistusraamatusse pole tinginata nõutav, vaid selleks on küllalt vastavast loovutusavaldusest kirjalikul kujul. Järelikult loovutus võib toimuda väljaspool kinnistusraamatut kirjaliku loovutusavaldusega ja hüpoteegi-paberi üleandmisega (BGB § 1154.¹⁵¹) Kreditor, kellele hüpoteegi-paber on üleantud väljaspool kinnistusraamatut, peab võlgnikule esitama oma õiguste teostamisel hüpoteegikirja, samuti dokumendi, mis tõendab õiguste talle üleminekut (BGB § 1155).

^{Kirja-} Paberi-hüpoteek on kindlustuseks ka kinnisasja omanikule. Usaldaja võib oma õiguste üle korraldusi teha ainult seni, kuni hüpoteegidokument on ta käes; järelikult kui omanik võla talle tasub ja hüpoteegidokumendi kätte saab, pole omanikul karta riski, et usaldaja võiks hüpoteegiga seoses olevate õiguste üle veel korraldusi teha, tuges kinnistusraamatute avalikule usule, mis tal näit. võimalik on raamatu-hüpoteegi juures kuni pole vastav sissekanne tehtud kinnistusraamatusse hüpoteegitasumise üle.¹⁵²

2. Kindlustushüpoteek (Sicherungshypothek, BGB § 1184, 1185).

Tema iseärasus seisab puhtas aktsessoorses iseloomus. Oluline on siin see, et kinnistusraamatu sissekandel pole isikliku nõude suhtes mingit tähtsust; see on hüpoteek, kus hüpoteeginõude suhtes kinnistusraamatu sissekandel pole sellist mõju, nagu seda nägime käibehüpoteegi suhtes. See tähendab: 1) et õigus, mis usaldajale hüpoteegi põhjal kuulub, sõltub vastavast nõudest, nagu see tõelikult on, mitte aga nõudest, nagu see kinnistusraamatu järgi näib olevat. Kinnistusraamatu avalik usk ei kata siin nõuet. Seepärast on vaietetel, mis võivad hüpoteeginõude vastu olla, siin teine tähtsus ning ulatus, kui käibehüpoteegi juures; isik, kellele kindlustushüpoteek on loovutatud, ei saa ennast kaitsta ^{ainult} kinnistusraamatute avaliku usuga, tema vastu on võimalikud kõik vaided, mis on võimalikud

¹⁵¹) Kober, op. c. lhk. 816 jj.; Planck op. c. lhk. 511. Blankotsessioon pole lubatud; vt. Wolff, op. cit. lhk. 493, nota 12; Achilles, Bürg. Gesetzbuch, § 1154, nota 4; Kober, op. c. § 1154, I, C, c (lhk. 820).

¹⁵²) Planck, op. c. § 1139,1 (lhk. 582 - 583).

hüpoteegi esimese usaldaja vastu;¹⁵³⁾ kinnistusraamatu sissekandel on siin ainult see tähtsus, et vastav nõue kindlustatakse asiõigusliku koormusega ja kus sissekanne õiglase kolmanda isiku suhtes on kehtiv, kui on olemas hüpoteeklik nõue; 2) et kreditor, usaldaja ei saa oma nõude tõenduseks toetuda ^{ainult} kinnistusraamatu sissekandele. Käibehüpoteegi juures ei eeldata ainult, et vastav kehtiv kokkulepe hüpoteegi sissekandmiseks on olemas, vaid ka, et vastav kehtiv nõue on ja kuulub usaldajale (BGB § 891, 1138). On aga kindlustushüpoteek sissekantud, siis eeldatakse, et ta on tekkinud, kui on tekkinud vastav nõue; kuid ei eeldata nõude olemasolu. Tähendab eelduse aluseks on hüpoteegi seadmise akti kehtivus; kreditor peab tõendama, et kohustus, mille kindlustuseks on seatud hüpoteek, on tõeliselt olemas.¹⁵⁴⁾

Vastavalt sellele iseloomule pole kindlustushüpoteek mõeldud käibe jaoks; selle tõttu pole siin tarvilik väljaanda hüpoteegikirja, vaid seadus keelab selle koguni ära (BGB § 1185), järelkult kuigi vastav kiri oleks väljaantud, on see tühine.

Nagu eeltoodust selgub, on kindlustushüpoteek omalt iseloomult rohkem sarnane üldõigusliku hüpoteegiga, nagu see oli fikseeritud üksikuis partikulaarseis õiguisis, kuid oleks ekslik järeldada siin täielikku sarnasust. Ka kindlustushüpoteegi kohta kehtivad omaniku-hüpoteegi eeskirjad. Nii, kui nõuet pole olemas, või kui see kustunud, siis pole kinnisasja koormus sellega veel tühine, vaid see moodustab omaniku kinnisvõlga; peale selle BGB § 1180 põhjal, nagu käibehüpoteegi juureski, on võimalik vastava kokkuleppega üht kohustust asendada teisega. Kuna käibehüpoteek tekib vastava isikliku kohustuse kindlustuseks kokkuleppe (Eini-gung) põhjal kinnisasja omaniku ja kreditori vahel ning sissekandmisega kinnistusraamatusse (Eintragung), siis kindlustushüpoteegi tekkimine toi-

153) See järgneb BGB § 1185 2 lõikest, kus on öeldud, et § 1138 eeskirjad ei leia kindlustushüpoteegi juures rakendust, samuti § 1157, kus öeldakse, et omanik võib uue kreditori vastu esitada samad vaided, mis tal olid esimese usaldaja vastu.

154) M. Wolff, op. c. § 151, I.

mub osalt teisiti. Kindlustushüpoteek tekib kolmel viisil:

a) sissekandmisega soovitusmenetluses kohtuotsuse täitmisel. Lähem korraldus selle üle leidub tsiviilprotsessis (ZPO § 866 - 868, 932). See on nn. Zwangs- e. Arresthypothek. Sellise hüpoteegi sissekandmist võlgniku kinnisvarale võib nõuda kreditor, kellele kuulub võlgnikult sissenõudmisele võlasumma, mis ületab 500 riigimarka või kelle hagi on kindlustatud samas ulatuses arrestikäsuga. Kustub milgil põhjusel kindlustatud nõue, muutub kindlustushüpoteek omaniku kinnisvõlaks (Eigentümergrundschuld, BGB § 1163); selline hüpoteek kantakse hooldaja kinnisasjale ka hoolekandekohtu korraldusel, kui on tarvis kindlustada mingit nõuet hooldaja vastu.¹⁵⁵⁾

b) Surrogatsiooni läbi (BGB § 1287 II 1.; ZPO § 848 II lõige), kus kreditoril oli pandiõigus vastavale nõudele ning kui selle nõude põhjal ta omandas kinnisvara, siis pandiõigus nõudele muundub kindlustushüpoteegiks kinnisvarale.

c) õigustoimingu läbi, kus tuleb silmas pidada: aa) hüpoteeki ettenäite- ja ordripaberitele (BGB § 1187 - 1189) ja krediithüpoteeki (Höchsthypothek, BGB § 1190). Need hüpoteegid loetakse kindlustushüpoteekideks ka siis, kui see pole eriliselt märgitud kindlustusraamatus (BGB § 1187 II 1., 1190 III 1.); bb) kokkuleppe läbi tekitatud kindlustushüpoteek. Kreditor ja võlgnik võivad kokkuleppida, et hüpoteek kantakse kinnistusraamatusse kindlustushüpoteegina; hüpoteek tuleb aga sellisena märkida kinnistusraamatus (BGB § 1184 II 1.).

II. Kinnisvõlg (Grundschuld).

Kinnisvõlg on kinnispandiõigus, mis asiõiguslikult pole olenev mingisugusest isiklikust nõudest, kohustusest. See on lihtsalt asiõigus, mis õigustab saama teatud isikut kinnisasjast vastava rahasumma (BGB § 1191). Järelikult on ^{ta} asiõiguslik abstraktne võlg, mille eest on vastutav kinnisasi. Sellise võla tekkimine võib harilikult tingitud olla isiklikust kohustusest, kuid see kohustus ei oma asiõiguslikult tähtsust. Selle

¹⁵⁵⁾ Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1889, FGG, § 54. Kober, op. c. § 1190, 2. Wolff, op. c. lkk. 690.

¹⁵⁷⁾ Julius Bierke, op. c. § 57, 2.

kinnisvõla alajaotuse moodustas rendi^{se}võlg (Rentenschuld, BGB § 1199), mille järgi kinnisvarast tuleb reeglipäraselt korduvate tähtaegade järgi tasuda vastav summa, rendis.

Omalt iseloomult kinnisvõlg erineb hüpoteegist ainult sellega, et puudub isiklik kohustus. Seepärast BGB § 1192 ütlebki, et kinnisvõla suhtes tulevad rakendamisele kõik hüpoteegi kohta käivad eeskirjad niivõrd, kui need ei eelda kohustust. Vastavalt sellele võib kinnisvõlg olla raamatu- või ^{Kirja} paberikinnisvõlg. Kinnisvõla suhtes pole rakendatavad eeskirjad kohustuse märkimise kohta kinnistusraamatusse (BGB § 1115), samuti ei saa võlgnik esitada vaideid isiklikust kohustusest (BGB § 1137).

Peale selle tunneb seadus veel mõningaid eeskirju, mis on rakendatavad ainult kinnisvõla suhtes.

Nii tekib kinnisvõlg kinnisasja omaniku avaldusega kinnistusametnikule ja selle avalduse sissekandmisega kinnistusraamatusse (BGB § 1196). Järelikult on siin tegu ükskõigse õigustoiminguga, korraldustoiminguga, mis koosneb omaniku tahteavaldusest ja avalikuvõimu esindaja poolt koostatud aktist (BGB § 878).

Nagu juba eelpool oli tähendatud, võib hüpoteek muunduda omaniku-kinnisvõlaks (Eigentümergrundschuld), või juhul, kui hüpoteek oli küll kinnistusraamatusse kantud, kuid millegipärast pandivahekord jäi tekkimata, tekib omaniku jaoks kinnisvõlg. Aga ka võõra isiku kasuks seatud kinnisvõlg võib muunduda omaniku-kinnisvõlaks, näit. kui omanik kinnisvõla kapitali tasub.

Kinnisvõlg võib seatud olla ka sel viisil, et kinnisvõlapaber antakse välja ettenäitaja nimele (BGB § 1195), kuid selle juures tulevad rakendusele kõik ettenäite-paberite jaoks seatud seadusreeglid, järelikult on sellise võlapaberi väljaandmiseks tarvilik riigivõimu luba (BGB § 1195, 795)¹⁵⁶⁾

Kinnisvõlg võib muudetud olla hüpoteegiks (BGB § 1198).-

Kinnisvõla otstarbekuse küsimus leiab elavat käsitlust BGB välja-töötamisel.¹⁵⁷⁾ Arvamused olid selle instituudi poolt ja vastu. Vastased

¹⁵⁶⁾ Planck, op. c. § 1195, 2; Kober, op. c. § 1195, 2. Wolff, op. c. lhk. 590.

¹⁵⁷⁾ Julius Gierke, op. c. § 57, 2.

kartsid, et kinnisvõlg, seoses omaniku-hüpoteegiga, ~~ja kinnisvõlga~~ võib mobiliseerida kinnisomandust krediidi-käibesse, annab võimaluse kergel käel koormata kinnisvaru võlgadega. Kardeti veel hädaohtu kinnisvõla abstraktsest iseloomust, võlaaluse puudumisest, mis teeb omanikule raskeks igasugused vaided. Kinnisvõla instituudi kaitsjad leiavad, et kinnisvõla suurim väärtus on just tema iseseisvus, mis loob lihtsa ja selge õigusvahekorra ja annab usaldajale kindla ja julge seisundi. Samuti hõlbustavat kinnisvõlg omanikule saada kiirelt krediiti ja ilma suurte formaalsusteta lasta käibesse kinnisvara väärtusega kindlustatud abstraktse võlakohustuse. Selle kohta tuleb tähendada, et kinnisvõlal tingimata on mõningaid negatiivseid omadusi, kuid teisest küljest on tal aga palju positiivseid külgi, mis teevad temast väga hõlpsa ja moodsa krediidi instrumendi. Kartused, et kinnisvõlg soodustab kinnisvarade ülelaenuustamist, ei ole suurel määral paika pidanud. Kogemused on näidanud, et ülelaenuustamine võib toimuda samal määral ja veel rohkemgi mõne primitiivse hüpoteegi süsteemi juures. Kõik oleneb majanduselust ja krediidi tarvidusest. Tõsiasiaks jääb, et kinnisvõlg ühes omaniku-kinnispandiõigusega osutub suureks edusammuks hüpoteegiõiguse arengus. Saksamaal leiab ta kõige rohkem rakendust Mecklenburgis, kuna Lõuna-Saksamaal ta pole kohanenud.

§ 17. Omaniku-kinnispandiõigus.

1. Eelpool, käsitades pandiõiguse arengut Rooma õiguses, nägime, et siin vanima vaatekoha järgi pandiõigust oma asja suhtes milgil tingimusel ei tunnustatud.¹⁵⁸⁾ Pandiõigus pidi kindlustama võõrast nõuet. Seepärast oma asja suhtes ei võinud kellegile tekkida pandiõigus.¹⁵⁹⁾

158) D., 50,17, de diversis regulis juris antiqui, 50: "Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest."

159) D., 41,3, de usurpationibus et usucapionibus, 33,5: "Non intelligitur, quis suae rei pignus contrahere".

160) See "võla de pandikohtade" süsteem on Schweitsi ZGB § 813 ja 814 hästi väljendatud, vastandiks omaniku-kinnispandiõigusele.

Kuigi see vaatekoht üldjoontes püsis ka hilisemas Rooma õiguses, võisime nentida eelpool, et siiski teatud juhtudel, õigluse ja otstarbekuse põhimõttest lähtudes, hakati tunnustama mõningaid omaniku-hüpoteeke. Kuid need olid ainult üksikud erandid ja kõrvalepõiked üldpõhimõttest. Vastupidiselt Rooma õiguse vaatekohale, et panditud ese mitmele kreditorile vastutab terves ulatuses, leidub üksikuis Saksa õigusallikais vaatekohti, et pandikreditorile vastutab ainult kinnisvara teatud väärtuseosa; nii esimesele kreditorile see osa pandieseme väärtusest, mis katab tema nõude; iga järgmise kreditori ees vastutab kinnisvara enamväärtus, s.t. see väärtuse osa, mis eelmise hüpoteegi kattest vabaks jääb.¹⁶⁰⁾ Sellest kohapõhimõttest järgneb, et iga hüpoteek on seotud kindla osaga pandieseme väärtusest, ning et kaugemad kreditorid eelmiste äralangemise korral ei saa oma nõudmistega edasi liikuda ja et vabaks jäänud hüpoteegikoht, mis eeldab teatud osa kinnisvara väärtusest kui kindlustusvahendit, jääb kinnisvara omaniku enese käsutusse ja ta võib selle üle teha uuesti korraldusi, s.t. seda pantida.¹⁶¹⁾

Rooma õiguse retseptsoon surus läbi teisi vaatekohti, et pandiõigus peab koormama alati võõrast asja. Veel Preisi ALR (I, Tit.20, § 1) määritles üldiselt pandiõigust, kui asiõigust võõra asja substantsile, mis on seatud kellegi tema nõude kindlustuseks, kuid juba siin oli kinnistusraamatu avaliku usu kaitseks ausate kolmandate isikute suhtes läbiviidud põhimõte, et hüpoteek seni kuni ta pole kustutatud kinnistusraamatust, loetakse nende suhtes ~~hüpoteek~~ edasikestvaks, olgugi et ta tegelikult on kustunud. Hilisemate seadusandluse aktidega sai seda põhimõtet autentilisel tõlgendusel edasi arendatud ja üksikuil juhtudel tunnustatud omaniku-kinnispandiõigust. Palju järjekindlamalt arenes omaniku-hüpoteek Mecklenburgis, kus Saksa rahvusliku õiguse põhimõtted olid säilinud puhtamal kujul. Siin kujunes pandiõigus kinnisvara suhtes, mis ei tunnustanud aktsessorset põhimõtet. Isiklik kohustus, mille kindlustu-

¹⁶⁰⁾ Bruck, Die Eigentümerhypothek, lhk. 16.

¹⁶¹⁾ See "vabade pandikohtade" süsteem on Schweitsi ZGB § 813 ja 814 hästi väljendatud, vastandiks omaniku-kinnispandiõigusele.

seks hüpoteek anti, loeti sedavõrd tähtsusetaks, et seda ei märgitud kinnistusraamatusse. Hüpoteek, olles kantud kinnistusraamatusse, tekitab iseseisva koormuse kimmisajale,¹⁶²⁾ mis võib olla sissekantud isegi omaniku enese nimele, millega sai tunnustatud puhtal kujul omaniku hüpoteek. See Mecklenburgi eesküju mõjutas tunduvalt ka Preisi seadusandlust, mille tagajärjel ülevõeti Mecklenburgi iseseisev hüpoteek kinnisvõla (Grundschuld) nime all lisandiks aktessoorse iseloomuga hüpoteegile; peale selle sai laiendatud juhte, kus tekib omaniku-hüpoteek.¹⁶³⁾

2. BGB koostamisel võeti juba esimesse eelnõusse omaniku-hüpoteek omaette arendatud juriidilise instituudina nimetuse all "Eigentümerhypothek". See instituut tekitas ägeda poleemika küll teadlaste küll majandusmeeste ringkonnist. Väideti, et see instituut on oma juriidilise konstruktsiooni poolest võimatu, et tema on rahvamajanduslikult hädaohtlik.¹⁶⁴⁾ See äge vaidlus lõppes siiski sellega, et omaniku-hüpoteek kui õiguslik instituut puhtmajanduslikel kaalutlusil leidis täieliku tunnustuse ja vastuvõtmise Saksa BGB. Omaniku-kinnispandiõigus pole siin enam mõni erand, kõrvaline nähtus, nagu ta oli seda veel Preisi seadusandluses, vaid ta on üldkehtiv ja tervele kinnispandiõigusele üldistatud õiguslik instituut, mis on omane kõigile liikidele, eriti ka kindlustushüpoteegile.

3) Omaniku-kinnispandiõigus on kujunenud ning arenenud Saksa õiguse põhimõtteist. Saksa õigusele on omane vaatekoht, et kimmisasi võib olla oma väärtuse suhtes jaotatud vastavasse väärtusosisse (Wertparzellen, Wertquanten) ja et iga selline väärtuseosa võib olla koormatud eri-

162) Revid. Hyp. Ord. f. Landgüter v. 18.X.1878, § 16; eriti olgu mainitud Mecklenburg-Schwerini 2.I.1854 a. Gesetz über Grund- u. Hypothekenbücher für den Privat-Grundbesitz in den Domänen, mis esimesena Saksamaal kõrvaldas võlatiitli sissekandmise kinnistusraamatusse ja seegä hüpoteegi muutis puhtkujuliseks kimmisvõlaks. Seadus 8.IV.1869 a. lubas hüpoteegi kanda koguni omaniku enese nimele (vt. Stobbe/Lehmann, op. c. II, 2 lhk. 158).

163) Preisi 5.V.1872 a. Gesetz über den Eigentumserwerb u. die dingliche Belastung der Grundstücke; Dernburg, Sachenrecht, § 213.

164) "Zusammenstellung der gutachtlichen Ausserungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches", gefertigt im Reichsjustizamt, Berlin 1890., 3. raamat, lhk. 328 - 337.

õigusega. Nii oli Saksa õiguse vaatekohalt võimalik selline kaasoman-
 dus, kus ühele kuulub kinnisasi 100 schillingi väärtuses, teisele aga
 osas, mis ületab selle väärtuse, enamväärtus ("Überteuering").¹⁶⁵⁾ Samu-
 ti oli Saksa õiguse järgi võimalik, et isegi omandusõigus oli jaotatud
 kahe isiku, ülemomaniku (dominus directus) ja kasutusomaniku (dominus
 utilis) vahel.¹⁶⁶⁾

Sama väärtuse jaotuse põhimõtte leidis rakendust ka reaalkredii-
 dis. Kreditorid, kes omanikule laenutavad kinnisvara kindlustusel, ei
 või tavaliselt arvestada seda, et eelseisvad hüpoteegid tasutakse. Nad
 peavad kalkuleerima, kuivõrd nende hüpoteekide katteks jätkub kinnis-
 vara väärtust pärast eelseisvate hüpoteekide rahuldumist. Nad võtavad
 endale teatud riski kaotada osaliselt oma kapital juhul, kui kinnisva-
 ra sundvõõrandamisel kinnisvara eest saadud summast ei jätku nende hü-
 poteekide rahulduseks. Vastavalt selle laenatakse hilisemate hüpoteeki-
 de vastu raha palju raskemate tingimustega (kõrgemad protsendid), kui
 esimese hüpoteegi vastu. Järelikult kui asuda seisukohal, nagu see oli
 Rooma õiguses, et juhul, kui omanik tasub esimese hüpoteegi ja seega
 õigus ning kohustus ühtumise tagajärjel kustuvad, järgmised hüpoteegid
 automaatselt nihkuksid edasi, s.t. omandaksid parema koha, olles kind-
 lustatud suurema võimalusega saada rahuldust kinnisvara väärtusest, ja
 lisaks sellele kasutaksid kõrget protsenti. See tähendaks edasinihku-
 vate hüpoteekide omanikele teenimata rikastumist kinnisvara väärtusest.
 Teisest küljest halveneks aga omaniku majanduslik seisund: uue kredii-
 di hankimisel poleks tal enam käsutada esimene kindel koht kinnistus-
 raamatus, vaid ta võiks uue hüpoteegi kanda kõigi teiste hüpoteekide
 järgi. Teiste sõnadega - omaniku krediit oleks otsas või äärmisel ju-
 hul, kui keegi talle krediiti annaks, tuleks tal maksta kõrget protsen-

165) M.Wolff, op. c. § 143.

166) Ka meil BES järgi tuntud instituut, § 942 jj. vt. lähemalt T.Grün-
 thal, Otsese omaniku õigustest kruntrendile (obrokile) antud kin-
 nisvara suhtes, "Õigus" Nr.8 - 1931 a.

167) M.Wolff, op. c. ltk. 523 - 524.

168) M.Wolff, op. c. § 147.

ti. Et seda pahet vältida, selleks on kaks teed võimalikud:¹⁶⁷⁾

a) Nn. kindlate kohtade süsteem, mis oli rakendatav Mecklenburgi õiguses ja mis rakendust on leidnud Schveitsi (ZGB § 813, 814) ja ka Austria õiguses (Allg. BGB § 469, 469-a, 470, 1446). Selle süsteemi põhimõte seisab selles, et iga kreditori pandiesemeks pole terve kinnisasi, vaid teatud väärtuseosa sellest kinnisasjast: langeb mõni eelmine kreditor ära, siisei nihku tema järgi seisev kreditor mitte edasi, vaid vabanenud koht jääb vabaks ja see on kinnisasja omaniku käsutuses; vastav osa kinnisasja väärtusest pole seega koormatud. Teiste sõnadega - iga kreditor on ning jääb seotuks selle kohaga, mis kinnistusraamatusse sissekandmisel tema pandiõigusele oli määratud.¹⁶⁸⁾

b) On võimalik luua olukord, et kinnisasja omanik suksedeerib sissekantud ja makstud kinnispandist järgnevad õigused. Seega kinnisasja omanik muutub samal ajal ka pandikreditoriks. Kustutatakse aga vastaval kokkuleppel sissekantud pandiõigus üldse (BGB § 1179), siis võivad järgnevad kreditorid edasi nihkuda ja omandada seega paremad kohad. Preisi õigus ja tema järgi ka BGB valisid selle viimase võimaluse.

4. Eeltoodust järgneb, et omaniku-kinnispandiõigus võlgneb oma olelu majanduslikale kaalutlusile. Reaalkrediidi hõlbustuse ja soodustuse püüd on ellukutsunud ja seadusse surunud selle instituudi. Nii näeme, et kõik moodsad õigused on ühel või teisel kujul selle instituudi omaks võtnud. Mis aga õigusetoorias endiselt väga vaieldav on, see on omaniku-kinnispandiõiguse juriidiline iseloom.¹⁶⁹⁾ Juba alates läinud sajandi keskpaigast, millal esimesena selle küsimuse lähemale kaalutlu-

¹⁶⁷⁾ Dernburg, Sachenrecht, lhk. 613.

¹⁶⁸⁾ M.Wolff, op. c. lhk. 523 - 524.

¹⁶⁹⁾ M.Wolff, op. c. § 147.

sele võttis v. d. Hagen, on see leidnud, kui oluline küsimus omaniku õiguste probleemis oma asjale, alalist käsitlust. Nii on Puchta¹⁷⁰⁾ seda ristunud monstrooseks mõisteks, teised jälle (Bremer, Preisi koh-tuminister Leonhardt), vastuoluliseks, mittekonstrueeritavaks (unkonstruierbar) jne. On jõudnud kujuneda mitmed teooriad, kuid üldtunnustust ei leia neist ükski.

Tutvume siin mõne tähtsama teooriaga.

a) Väärtuseosa teooria (Die Wertteilstheorie). Selle teooria looja on v. d. Hagen.¹⁷¹⁾ Selle teooria järgi on pandiesemeks mitte kinnisasi ise, vaid tema väärtuseosa. Seades kinnisasjale pandiõiguse kellegi võõra isiku kasuks, lõikab omanik sellega ühe osa kinnisasja väärtusest oma omandusõigusest välja. Omandab omanik selle pandiõiguse ise, pöördub see väärtuseosa uuesti tema omanduseks tagasi.¹⁷²⁾ "Omaniku-hüpoteek pole seepärast tõeliselt hüpoteek, vaid ainult omanikule kuuluv õigus, voli, hüpoteegi formaalse edasikestmise abil kasutada teatud väärtuseosa oma kinnisvarast, mis ta oli eraldanud kellegi teise isiku heaks ja mis seaduse jõul on uuesti talle tagasi langenud".¹⁷³⁾

Selle teooria vastu tuuakse see asiolu, et BES järgi pandiõigus levib tervele kinnisasjale, mitte aga tema mõnele osale. Vastupidine seisukoht on tunnustatud Schweitsi ZGB läbi. Ka Saksa riigikohtu praksis on pidevalt kindel olnud seisukohal, et hüpoteek koormab tervet kinnisasja, mitte aga mõnda selle väärtuseosa.¹⁷⁴⁾

b) Järgsuse e suktsessiooni teooria, mida pooldab Dernburg,¹⁷⁵⁾ ning mille tuum seisab selles, et omanik, saades tagasi hüpoteegi, omandab selle järgi õigused, mis kuulusid kreditorile.

c) Mõned asuvad seisukohal, et omaniku-kinnispandiõigus on oma-

170) Pandekten, 12 tr. Lhk. 310 nota 1.

171) vt. nota 168.

172) Seda seisukohta kaitsevad samuti Puntchart, Pfandrechte an eigener Sache (koguteoses Festgabe für v. Amira), 1908 a., lhk. 136; Bruck, Die Eigenthümerhypothek, 1903, lhk. 129.

173) Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 2 tr. Berlin, 1900, lhk. 456.

174) Staudinger/Kober, op. c., § 1113, I. 1, d.

175) Sachenrecht, lhk. 613.

ette asiõigus, mis seisab väljaspool omandusõigust.¹⁷⁶⁾ See seisukoht seisab aga paratamatult vastuolus üldtunnustatud põhimõttega, et omandusõigus sisaldab eneses kõik omaniku õigused asja suhtes. Järelikult ka omaniku-kinnispandiõigus nagu iga teine piiratud asjaline õiguski moodustab killu omandusõigusest.¹⁷⁷⁾

d) Paistab, et siiski kõige põhjendatum on O.Gierke seisukoht,¹⁷⁸⁾ mille järgi omaniku-kinnispandiõigust tuleb määratella õigussuhte subjektiivsest ning objektiivsest küljest. Omaniku-kinnispandiõigus on oma subjektiivse olemuse poolest omandusõiguse osa, aga oma objektiivse olemuse poolest on ta iseseisvustatud piiratud asjalise õiguse kujul.

Kui subjektiivne õigussuhe ei oma pandiõigus oma asjale omandusõigusest iseseisvat olemust. Ta ei anna omanikule mingisugust õigust asja üle, mis ei sisalduks omandusõiguses. Omanikule ei saa iseenda vastu tunnustada õigusi, mida annab piiratud asjaline õigus kellegile teisele omaniku vastu. Kolmandate vastu ei oma omanik selle õiguse läbi mingisugust asiõiguslikku võimu, mis ei kuuluks talle omandusõigusest. Subjektiivse õigussuhte poolest ei tähenda omaniku-kinnispandiõigus mitte, et omandusõigus oleks kitsendatud, vaid vastupidi, et omandusel pole teatud kitsendust.

Kuid teiselt poolt on objektiivselt seisukohalt antud teatud eriõigus, mis on lahutatud omandusõigusest. Kinnispandiõigust moodustav sisu on väljatõstetud omandusõiguse sisust ja on konstrueeritud kui iseseisev varaese. Kinnistusraamatuse sissekandmisega on see õiguslik asjaseisund tehtud igapähele nähtavaks ning varustatud asjalise jõuga. Sellega on saavutatud olukord, et omanikule kuulub tema kinnisomandusest teatud eraldatud osa pandiõiguse näol. Tema võib selle osa üle käsutada pandiõiguse loovutuse vormis, kuid samal ajal omandusõiguse käsutus ei laiene sellele osale peale. Kui kinnisasi võõrandatakse sunniviisil, siis langeb sellele osale vastav -----

176) Hartmann, Rechte an eigeher Sache, 1877, lhk. 73 jj.

177) O.Gierke, op. c. § 166, II; M.Wolff, op. c. § 147, I, 1.

178) op. c. § 166, II.

väärtuseosa.¹⁷⁹⁾ Asjaõiguslikku võlga omaniku enese vastu ei ole. On ainult loodud objektiivne olukord, mille jõul kinnisvara on koormatud vastava võlakandega ja vastav õiguskanne on ühenduses väljaeralditava väärtusosaga. Samuti nagu võlgnik võib vastava omanduse kehastada väärt-pabereis, võib ta kinnispandiõiguse kanda kinnistusraamatusse ja luua sellega objektiivselt tõelise võlvahekorra, olgugi et samal ajal subjektiivne võlvahekord on vaikivas olekus. Sel põhjusel võib omaniku-kinnispandiõigus väljendada kõiki neid avaldusi, kuid ainult ka neid avaldusi, mis ei eelda subjektiivset õigussuhet. Kuid nii pea, kui omanik ning kreditor ei esine enam ühes isikus, vaid need funktsioonid jagunevad kahe isiku vahel, muundub omaniku-kinnispandiõigus täieliseks kinnispandiõiguseks.

Võime seda O.Gierke poolt rajatud teooriat, mis on Saksa õigusteaduses valitseval seisukohal,¹⁸⁰⁾ kokkuvõtta nii: subjektiivse sisu poolest on kinnispandiõigus täiesti omandusõiguse osa; oma objektiivse sisu poolest on see õigus iseseisvalt staatud piiratud ajalise õiguse kujul. Subjektiivne õigussuhe on niikaua vaikivas olekus, kuni hüpoteek on omaniku käes; läheb see aga mitteomaniku kätte, ärkab ^{laas ellu} subjektiivne õigussuhe.

5. Omaniku-hüpoteek BGB järgi ei nõua, et isiklik nõue, mille kindlustuseks hüpoteek oli kinnistusraamatusse kantud, tingimata läheks üle omanikule. On ettenähtud hulk juhte, kus hüpoteek läheb omanikule

179) BGB § 1197 sisalduvad ainukesed kitsendused omanikule tema kinnispandiõiguse suhtes: 1) ei või ta nõuda kinnisasja sunnimüüki oma õiguse rahulduseks ja 2) protsente võib ta nõuda ainult siis, kui kinnisasi teiste kreditoride nõudel on võetud sundvalitsemisele ja seda selle valitsuse vältel. Kõigi muu suhtes kuuluvad omanikule kõik kinnispandikreditori õigused. Vt. Staudinger/Kober op. c. § 1197. Koguni erinev seisukoht väljendub Schveitsi ZGB § 815, mille järgi sundvõõrandamisel omaniku-hüpoteeki ja -kinnisvõlga, samuti vabu kohti kinnistusraamatus ei arvestata.

180) M.Wolff, op. c. lhk. 539, nota 7; Staudinger/Kober, kes seda teooriat pooldab, § 1177, I 4; Kretzschmar, Sachenrecht, 1906 a., lhk. 539.

181) Sachenrecht, lhk. 539.

182) "

üle ilma isikliku kohustuseta (§§ 1163, 1168, 1172, 1175, ZPO § 868, samuti juhud, kus omanik on ühtlasi isiklik võlgnik, §§ 1171, 1173 lõige 1). See omaniku-hüpoteek, mis on omaniku käes ilma isiklise nõude kaasatulekuta, on ettenähtud BGB § 1177 I lõikes. Seda kutsutakse juuriidilises kirjanduses "Hypothek des Eigentümers", või, nagu Dernburg seda nimetas, "forderungs^{ent}kleidete Eigentümerhypothek".¹⁸¹⁾ Selline hüpoteek muundub BGB § 1177 I l. põhjal kinnisvõlaks, kusjuures protsentide ja maksukoha suhtes jäävad kehtima isikliku nõude jaoks määratud tingimused. Õiguse üleminek omanikule vastava olu tagajärjel toimub siin vahenditult seaduse enese jõul. Sellest hetkest osutub ebaõigeks kinnistusraamat, kuhu on sisse kantud kreditor ja kelle asemele astub omanik. Seepärast BGB § 894 põhjal on omanik või selle õigusjärglane õigustatud taotlema kinnistusraamatu õiendust.

BGB § 1177 II lõige näeb ette vastandina sellele juhule, kus hüpoteek läheb omanikule üle ühes kohustusega, mille kindlustuseks ta oli seatud ja sissekantud (§ 1143, 1173 II lõige, samuti ka §§ 1171, 1173 I l. jt. juhtudel, kui on eeldus, et omanik ning isiklik võlgnik pole samased). See on teoorias nimetatud "Eigentümerhypothek" või, nagu Dernburg esimesena seda nimetas,¹⁸²⁾ "forderungsbekleidete Hypothek". Selline hüpoteek jääb ka omaniku käes hüpoteegiks, kuid niikaua kui ta omaniku käes on, korraldatakse temast tuletuvad õigused omaniku-kinnisvõla kohta käivate reeglite kohaselt (§ 1177, II l.). Järelikult ka siin ei saa omanik, niikaua kui hüpoteek tema käes on, ise taotleda oma kinnisasja sundmüüki.

Omanik võib sellise hüpoteegi lasta ümberkirjutada oma nimele (BGB §§ 1144, 1145), kuid ta võib seda ka niisama, s.t. ilma igasuguse uue sissekandeta, kui hüpoteeki edasianda kolmandale isikule ja kinnisasja võõrandamisel jätta enesele kui tõelise hüpoteegi. Sellejuures, kui hüpoteek on uuesti käibesse lastuna sattunud mitteomaniku kätte, omab viimane seda samuti, nagu ta liikles enne omaniku kätte sattumist,

181) Sachenrecht, lhk. 617.

182) " " " Sachenrecht, § 208, II, 2 (lhk. 587); § 222, II (lhk. 622).

183) Assbaum, Deutsches Hypothekenwesen, 1918, lhk. 56 ff.

s.t. seoses esialgse kohustusega (BGB § 1153). Omaniku vastu on lubatud avaldada kõiki vaideid, mis kuuluvad isiklikule võlgnikule ja käendajale ja samas ulatuses nagu kreditori vastu, kelle hüpoteek tema kätte tuli (BGB § 1137, 770, 1138). Kuna omanik hüpoteegi ei omanda õigustoiminguga vaid seaduse alusel, siis ei saa ta toetuda BGB § 892 ettenähtud kinnistusraamatu sissekande õigsuse eeldusele, kuid ta suhtes on rakendatavad § 893 eeskirjad, mille järgi ta võib kaitsta ennast õigustoiminguga või täitmisega, mis on toimunud sellele, kelle kasuks vastav õigus oli kinnistusraamatusse sissekantud.¹⁸³⁾

6. Olles tutvunenud üldjoontes omaniku-kinnispandiõigusega, nagu see on kujundatud Saksa BGB järgi, jääb meil teha mõningaid lõppkokkuvõtteid.

Tuleb nentida kõige pealt, et BGB koostamisel on õnnestunud luua omaniku-kinnispandiõigus, mis on majanduslikust küljest viidud kindlasse süsteemi ja mis ka juriidilise konstruktsiooni poolest on järjekindel ning loogiline. See instituut on enesega kaasa toonud kinnispandiõigusesse uued põhimõtted. Selle instituudi tunnustamine on alusteni vapustanud seniseid olulisi kinnispandiõiguse põhimõtteid. Kõige pealt on BGB faktiliselt purustanud peapõhimõtte, et hüpoteek on mingisuguse nõude aktsessorium; kuigi seaduse teksti järgi hüpoteek on ta tekkimisel aktsessorne kohustus, muutub ta käibes tegelikult täiesti iseseisvaks omaetteolevaks asiõiguseks, nii et aktsessorium võib ülalhoida Dernburgi tabava väljenduse kohaselt ainult seadusandliku fiktsiooni abil.¹⁸⁴⁾ Teiseks on BGB resoluutselt kõrvaldanud põhimõtte, et järgmised hüpoteekaarid võiksid koormuste redelil oma nõuetega edasi nihkuda; iga hüpotekaar jääb sellel redelil paigale, mis talle oli määratud kinnispandiõiguse sissekandmisel; erandid on lubatud ainult omaniku ja hüpotekaari erilisel kokkuleppel, mis aga ei või puudutada kolmandate õigusi.¹⁸⁵⁾ Kolmandaks, kuigi seadus rõhutab, et hüpoteegi eest vastutab

¹⁸³⁾ Staudinger/Kober, op. c. § 1177, II, 2, a.b.; Planck, op.c. § 1177, c., a.

¹⁸⁴⁾ Sachenrecht, § 208, II, 2 (lhk.587); § 222, II (lhk. 623).

¹⁸⁵⁾ Nussbaum, Deutsches Hypothekenwesen, 1913, lhk. 56 jj.

terve kinnisvara kui niisugune, mitte aga ainult mõni selle väärtuse-osa, kujuneb asi tegelikult siiski nii, et kreditor võib saada sundvõõrandamisel ainult teatud väärtuseosa kinnisasjast; järelikult tegeliku seisundi järgi hüpotekaarsele kreditorile kuulub õigus mitte kinnisasjale kui sellisele, vaid selle väärtosale, mis on hüpoteegi sissekandmisel kindlaksmääratud nii kvantitatiivselt kui ka kvalifikaatiivselt (koht koormuste redelil!). Omaniku-kinnispandiõigus on just see, mis takistab muuta kvalifikaatiivselt vastavat kinnispandiõigust.¹⁸⁶⁾

Kinnispandiõiguse areng Eestis.

¹⁸⁶⁾ O. Gierke, op. c. § 158, 3.

§ 18. Kinnispandiõiguse ajalooline areng Baltimaal.

Pandiõiguse areng Baltimaal moodustab huvitava osa siinsest eraõiguse arengust. Meie kodumaal, alles XIII sajandil alistatud Saksaist tulnud sõdurite poolt, säilitas esialgselt muutumatult siinse rahva, eestlaste ja liivlaste, eraõiguse.¹⁸⁷⁾ Siinse rahva säilitas ka oma maa kui eramanduse, olgugi, et see koormati mõnesuguste kohustustega.¹⁸⁸⁾ Saksa õigus tungis siin järkjärgult ja seda peaaegu liikalt isegiõiguseks. Samuti võib kindel oleval, et meie maa linnades, kuhu asus elama palju Saksa kaupmehi ja ka Kinnispandiõiguse areng Baltimaal. liikumalt ja täielikult. Kuna linnadesse muutunuid tuli kõige enam Lübeckist, Bremenist ja Hamburgist, siis tšid nad kaasa oma omalinnade seadused ja tavad.¹⁸⁹⁾

1. Satzung. Juba vanades allikates leiame jälgi, millest võib järeldada, et Saksa kolonistid tšid kaasa ka Saksa pandiõiguse Satzungi mõel.¹⁹⁰⁾ Kusejuures Satzung (siin nimetatud ka Vergewisterung) andis pandivõtjale iseseisva asjalise õiguse, Geweße, nagu seda nägime selle institutumi käsitlemisel Saksamaal. Satzungi juures esialgselt oli peaaegu giks anda omanduseks kinnisvara vblausaldajale. Tavaliselt maksis pandivõtja panditajale terve aja väärtuse ja pandivõtja sai seja kohe oma valdusse.¹⁹¹⁾ Panditajale jäi aga õigus panti pärast lepingut ettenähtud tähtaega või kui sellist tähtaega polnud ettenähtud, siis igal ajal ta-

187) See selgub eriti prof. Ulmetsa uurimustel: "Grundzüge der Agrargeschichte", Tartus, 1885 a. ja "Eestlaste lepingud vögrastega XIII sajandil" (Õigus Nr. 2 - 1885 a. ja Nr. 2 - 1886 a.). Need uurimused avavad koguni uusi väljavastaid meie koduma õiguse ajaloo uurimisel ja kinnitavad seda, et meie maal esialgselt vähemalt kohalik eraõigus jäi pantumatalt püsima (vt. eriti Õigus Nr. 2 - 1886 a. lhk. 69 j.).

188) Geschichte des Liv-, Est- u. Curländischen Privatrechts. St. Petersburg, 1862; lhk. 36: "Die Bischöfe, als Landesherren, erkannten zwar das Eigentumsrecht der Lehnseingeborenen an Grund und Boden an, beschränkten dasselbe aber durch Zins und Frohne".

189) Geschichte des Liv-, Est- u. Curländischen Privatrechts, lhk. 6-8.

190) " " " " " " " " " " § 37.

191) " " " " " " " " " " lhk. 52, notes 1, 4 ja 5.

§ 18. Kinnispandiõiguse ajalooline areng Baltimaal.

Pandiõiguse areng Baltimaal moodustab huvitavama osa siinsest eraõiguse arengust. Meie kodumaa, olles XIII sajandil alistatud Saksast tulnud sõdurite poolt, säilitas esialgselt siinse rahva, eestlaste ja liivlaste, eraõiguse.¹⁸⁷⁾ Siinne rahvas säilitas ka oma maa kui eramanduse, olgugi, et see koormati mõnesuguste kohustustega.¹⁸⁸⁾ Saksa õigus tungis siin järkjärgult ja seda peamiselt läänioigusena. Samuti näib kindel olevat, et meie maa linnades, kuhu asus elama palju Saksa kaupmehi ja käsitöölisi, Saksa õigus juurdus põhjalikumalt ja täielikumalt. Kuna linnadesse uustulnukaid tuli kõige enam Lübekist, Bremenist ja Hamburgist, siis tõid nad kaasa oma omalinnade seadused ja tavad.¹⁸⁹⁾

1. Satzung. Juba vanades allikates leiame jälgi, millest võib järeldada, et Saksa kolonistid tõid kaasa ka Saksa pandiõiguse Satzungi näol,¹⁹⁰⁾ kusjuures Satzung (siin nimetatud ka Vergewisserung) andis pandivõtjale iseseisva asjalise õiguse, Geweize, nagu seda nägime selle instituudi käsitlemisel Saksamaal. Satzungi juures esialgselt oli peaeesmärgiks anda eramanduseks kinnisvara võlausaldajale. Tavaliselt maksis pandivõtja panditajale terve asja väärtuse ja pandivõtja sai asja kohe oma valdusse.¹⁹¹⁾ Panditajale jäi aga õigus panti pärast lepingus ettenähtud tähtaega või kui sellist tähtaega polnud ettenähtud, siis igal ajal ta-

- 187) See selgub eriti prof. Uluotsa uurimusest: "Grundzüge der Agrargeschichte", Tartus, 1935 a. ja "Eestlaste lepingud võõrastega XIII sajandil" (Õigus Nr.2 - 1935 a. ja Nr.2 - 1936 a.). Need uurimused avavad koguni uusi väljavaateid meie kodumaa õigusajaloo uurimisel ja kinnitavad seda, et meie maal esialgselt vähemalt kohuslik eraõigus jäi puutumata püsima (vt. eriti Õigus Nr.2 - 1936 a. lhk. 68 jj.).
- 188) Geschichte des Liv-, Est- u. Curländischen Privatrechts. St. Petersburg, 1862; lhk. 36: "Die Bischöfe, als Landesherren, erkannten zwar das Eigentumsrecht der Landeseingeborenen am Grund und Boden an, beschränkten dasselbe aber durch Zins und Frohne".
- 189) Geschichte des Liv-, Est- u. Curländischen Privatrechts, lhk.6-8.
- 190) " " " " " " " § 37.
- 191) " " " " " " " lhk. 52, notae 1, 4 ja 5.

gasi osta. XIV sajandi keskpaigast alates¹⁹²⁾ muutub Satzungi iseloom selles mõttes, et teda hakati rakendama, kui kindlustusvahendit laenude juures, kuid sellejuures jäi püsima vana vaade, et asi jääb seniks pandivõtja valdusse kuni laen saab tasutud.¹⁹³⁾ XV s. esimesest veerandist näib juurdunud olevat tava, mille järgi usaldajale anti õigus juhul, kui võlgnik ei tasunud laenu tähtajaks, võtta oma valdusse pandilepingus selleks määratud kinnisvara "mit und ohne Recht, s.t. kas ilma või kohutuliku kaasabiga."¹⁹⁴⁾ Pandieset võis ta kapitali, protsentide ja kahjude arvel kasutada kuni laenu tasumiseni. See pantimise viis sai alguseks hiljem väljakujunenud immissiooni instituudile, s.t. kohtu poolt seatud pandiõigusele kinnisvara peale, mis eriti täpsalt ja üksikasjaliselt korraldati Rootsi ajastul¹⁹⁵⁾ ja mis püsis hilisema ajani kohtuotsuse täitmise menetluses teatud muudatustega kuni 1889 a. kohtureformini.¹⁹⁶⁾ Samuti kui Saksamaal, valmistas hilisem Satzung, mis ei olnud laenu tekkimisel seoses varaeseme üleandmisega usaldaja valdusse, teed Rooma õiguse hüpoteegi retseptsoonile. Satzung ise Erbpfandbesitz'i nime all püsis aga Baltimail edasi. Rootsi ajal tarvitati seda instituuti eriti selleks, et mööda hiilida seaduse keelust, millega teatud isikud olid takistatud kinnisvaru omandama. Satzung võimaldas aga kinnisvara kauema aja vältel kasutada ühel alusel omandusõigusega (dominium utile). Hiljem juba Vene valitsuse ajal, kui 3.mai 1783 a. seadusega kinnisvara ostu-müügi lepinguilt seati sisse kinnistuslõiv, hakati pandivaldust (Pfandbesitz) kasutama selleks, et mööda hiilida kinnistus-

192) Geschichte des L., E., u. C. Privatrechts, lhk. 52, notae 1,4 ja 5.

193) " des L., E. u. C. " " 54, 55.

194) See on omapärane, Liivimaaal kujunenud õigusinstituut, Vergewisserung. Lähemalt Schilling, Waldemar-Erich'ses Recht, lhk. 144 jj. Samuti: Stobbe/Lehmann, op. c. II, 2 lhk. 136, nota 25.

195) Geschichte des L., E. u. C. Privatrechts, lhk. 154, nota 8.

196) O.Schmidt, Der ordentliche Civilprocess nach livländischem Landrecht, § 68.

lõivu maksmisest. See nähtus äratas valitsuse tähelepanu ja pärast küsimuse põhjalikku uurimist eriti instituudi ajaloolise kujunemise kohta,¹⁹⁷⁾ anti määrused, mis piirasid tähtaegu, milleni võisid kinnispandi kasutamiselepingud olla sõlmitud, ka anti võimalus teatud aja jooksul ilma kinnistuslõivu tasumata nende lepingute asendamiseks sõlmida ostu-müügi lepingud. Lõppeks 24.detsembril 1841 a. (VSTK, 12151) antud seadusega korraldati instituut täiesti ümber (BES § 1501 - 1538), kuid sellejuures kinnispandikasutuslepingute suhtes, mis oli sõlmitud Eesti- ja Liivimaal kuni 14.juulini 1827 a., Kuramaal aga 19.märtsini 1830 a., jäi kehtima endine kord (BES § 1539 - 1568).¹⁹⁸⁾

2. Hüpoteek. Nagu nägime, juba XV sajandi esimesest veerandist hakkas Liivimaal tekkima pandiõigus, mis ei eeldanud pandieseme kreditori valdusse minekut. Kuid juba hulk aega enne seda, XIII lõpust alates nõudsid üksikud linnaõigused,¹⁹⁹⁾ et vara pantimine ilma valduse üleandmiseta hüpoteegi näol pidi toimuma tingimata avalikult kohtu ees. Samad põhimõtted leidsid hiljem rakendust ka maal asuvate kinnisvarade suhtes. Samal ajal ka vallasasjade pantimise suhtes peasis kehtivusele Saksa õiguse seisukoht: vallasasja võis pantida ainult usaldaja, kreditori, valdusse andmisega (Faustpfand, käsipant). Kuid Rooma õigus, olles retsipeeritud Saksamaal, ulatas oma mõjuga ka Baltimaale. Ka siin peasis kehtivusse Rooma pandiõiguse omapärasused, seaduslikud, vaiklikud ja üldised hüpoteegid. Publitsiteedi ja spetsialiteedi põhimõtted, mis iseloomustasid Saksa pandiõigust, kui mitte päriselt ei kadunud, pidid siiski mitmeti kamatama ning tumenema Rooma õiguse mõjul. Sellejuures näeme huvitava nähtust, et kui Saksamaal Rooma õiguse mõju pandiõiguses järkjärgult kahanes ja vana rahvusliku õiguse põhimõtted uuesti keh-

197) Keisri poolt kinnitatud Semati esitis 3.apr. 1802 a. (VSTK, 20216)

198) Geschichte des Liv-, Est- u. Curländischen Privatrechts, § 196, kui ka Bunge, Liv- u. Estl. Privatrecht § 153 jj.

199) Oelrichsi poolt koostatud Riia linnaõigus, II, 19, 27; Tallinna jaoks 1282 a. valmistatud Lübecki õigus art. 16, 115, 239, 352; Eestimaa maa kohtu (Landgericht) protokoll 5.juulist 1585 a.

tivusele peasesid ning XVIII ja XIX sajandi jooksul selle rahvusliku õiguse alusel kujunes moodne pandiõigus, siis Baltimaal 1864 a. BES kodifitseerimisel Rooma pandiõiguse põhimõtteid leidsid täit tunnustust, kuna Saksa rahvuslikust pandiõigusest, eriti neist moodsaist seadustest, mis sel ajal Saksa üksikuis osariikes kehtisid, õieti midagi mainimisväärtset pandiõiguse suhtes ei võetud üle. Alles 1889 a. kohtu reform, mis riiklikpoliitiliselt seisukohalt taotles kaudselt Baltimaade venestamist, tõi kaasa olulisi muudatusi siinses pandiõiguses. Reform märgit-
ses pandiõiguses tagasipöördumist Saksa rahvusliku õiguse lähtekohtade juurde, milleks BES välja heideti Rooma õiguse seaduslikud, vaiklikud ning üldhüpoteegid. Samal ajal toimus põhjalik ümberkorraldus kinnistusraamatute ning nende pidamise suhtes. Säärase arengu seisaku põhjuseks oli meie maa omapärane poliitiline olukord, eriti Vene ajal, kus mõjuv seisus, rüütelkond, püsis kramplikult oma eesõiguste ja tavade juures ja kus riigivõim Baltimaa asjust, eriti ka seadusandlusest katsuti hästi kaugel hoida. Teisest küljest katkes XVI sajandil side Saksamaaga ning Baltimaa õiguslik ja kultuuriline areng ei saanud pidada kontakti Saksamaaga.

3. Kinnistusraamatud. Rootsi valitsuse ajal jõuti meie maa õiguslikku olukorda mitmeti parandada. Muu seas Rootsi valitsuse ajal hakati jälle kinnisvaradele tehtud võlgade ingrossatsiooni nõudma kohturaamatuisse. Esimesi jälgi selle üle leidub Eestimaaal juba XVI s. lõpul. Ingrosseeritud e. avalikud hüpoteegid olid eelisõigustatud, võrreldes erahüpoteekidega. Rootsi valitsus hakkas korraldama ka üldiselt kinnistusraamatute pidamist.²⁰⁰⁾ Liivimaal algasid ingrossatsioonid uuesti jälle Rootsi ajal, kui nad enne seal üldse olid aset leidnud.²⁰¹⁾

Kuid kõik need algatused jäid Baltimaa Vene valitsuse alla minekul hulgaks ajaks tardunud olukorda.

Alles 1747 a. 11. aprillil Eestimaa kindralkuberneri ukaasiga tehti ülemmaakohtule kohuseks pidada kinnistusraamatuid, millistele anti

²⁰⁰⁾ Kuninglik resolutsioon 5. maist 1665 a.; kuninglik päkat 24. jaanuarist 1684 a.

²⁰¹⁾ Erdmann, System des Privatrechts, II, lhk. 457, nota 3.

avalik iseloom; ühtlasi määrati kindlaks sissekannete tegemise ja kustutamise menetlus; ostu-müügi lepingud pidid toimuma kinnistusraamatusse kandmisega; ingrosseeritud hüpoteegid olid eelisõigustatud eraviisil seatutele. Need põhimõtted leidsid edasiarendamist ja täpsustamist ülemmaakohtu enese poolt 16. juunil 1797 a. 16. juunil avaldatud juhatuskirjas, mis sai selle asutise hilisema hüpoteegilise tegeluse ja korralduse aluseks.²⁰²⁾ Liivimaal seati kinnistusraamatute pidamine uuesti, s.o. pärast Rootsi aega, sisse Senati ukaasiga 15. märtsist 1784 a.²⁰³⁾

(Ansch.) Eesti kubermangus oli üldiseks hüpoteegiliseks asutiseks Tallinnas asuv ülemmaakohus (Oberlandgericht),²⁰⁴⁾ millele allusid maal ning Lihula alevis asuvad kinnisvarad; 11. veebruaril 1867 a. keisri poolt kinnitatud riiginõukogu esitisega allutati ülemmaakohtule ka Haapsalu, Rakvere, Paide, Paldiski ja Tallinna-Toompea kinnistus- ja hüpoteegi asjad, mis senini olid olnud kubermangu valitsuse kompetentsis.²⁰⁵⁾ Narva linnas olid kõik kinnistus- ning hüpoteegi asjad kohaliku magistraadi võimkonnas, Haapsalus allusid väikesed kinnisasjad ja hüpoteegid, kuni 30 rublani, sealsele magistraadile.²⁰⁶⁾ Ka Tallinna linn, Toompea välja arvatud, moodustas omaette hüpoteegilise ringkonna, kus kinnistus- ning hüpoteegilised asjad allusid kohalikule magistraadile.²⁰⁷⁾ Talumaa de kohta oli samuti ülemmaakohus kinnistus- ning hüpoteegilistes asjades kompetentseks kohtuks.²⁰⁸⁾ Liivimaal kinnistus- ning hüpoteegilised asjad allusid Riias asuvale hoovikohtule (Hofgericht).²⁰⁹⁾ A. 1784-1838 olid hoovikohtu võimkonnas ka vähemate linnade kinnistus- ja hüpoteegilised asjad, kuid ministrite komitee otsusega 14. juunist 1838 a. anti see õigus vastavate linnade magistraatidele. Ainult väikestes, kuni

202) A. Bašmakov. Osnovanõja načala ipotečnago prava, lhk. 79. Geschichte des L., E. u. C. Privatrechts, § 193, 197.

203) Bunge, Privatrecht, § 121 nota b.; Erdmann, System, II, lhk. 457, nota 3.

204) Balti seaduste kogu I k. § 856, 857 p. 14.

205) Bašmakov, op. c. lhk. 80.

206) Balti Sead. Kogu I k. § 1534 p. 26 ja 27; § 1250 p. 13.

207) Balti Sead. Kogu I k. § 1014 p. 33.

208) Eestimaa Talurahva Sead. § 211, 255.

209) Balti Sead. Kogu § 311 p. 3.

30 rublani ulatavais kinnistus- ja hüpoteegilistes asjades olid maakoh-
tud kompetentsed.²¹⁰⁾ Talumaade suhtes oli Liivimaal kompetentseks koh-
tuks vastav kreisikohus (Kreisgericht)²¹¹⁾ Riia linnas allusid hüpotee-
gilised ja kinnistusasjad magistraadile.²¹²⁾

Mis puutub menetlusse neis kohtuis kinnistus- ning hüpoteegilisis
asjus, siis olid sellele omased võistlusprotsessi põhimõtted. Ingrossat-
sioonile ning korroboratsioonile²¹³⁾ eelnes avalik kohtuistung, millele
omakord oli eelnenud vastav kuulutus ja väljakutse huvitatud isikuile
(Anschlag). Asjaosalised esinesid kohtu ees pooltena, neile seltsisid
kolmandad isikud, interveniendid, kes vaidlesid sissekande vastu või pa-
lusid omalt poolt nende õigusi kindlustada.²¹⁴⁾ Alles pärast sellist prot-
seduuri kohus tegi määruse sissekande toimumiseks. Sellejuures Tallinna
linnas sissekanne omandas väeramata jõu pärast teatud tähtaja või prok-
laami möödumist (BES § 3018). Tallinna linnaõigusse oli vastav norm üle-
võetud Lübecki õigusest. Siin vaadeldi kohtu poolt tehtud kinnistumää-
rust kui ~~ta~~valist kohtuotsust, mis seadusjõuneb alles pärast edasikae-
betähtaja möödumist.²¹⁵⁾

Mis üldiselt puutub meie maal enne 1889 a. kohtureformi peetud
kinnistusraamatuisse, siis olid need üldiselt kaunis puudulikud. Enam-vä-
hem täpsalt peeti ainult hüpoteegivõlgade sissekandmist. Ingressseerimine
toimub vastava akti köitmisega kinnistusraamatusse; aktist akti ärakiri
vastava pealkirjaga asjaosalisele. Kinnistusregistrit kui ametlikku raa-
matut ei tuntud. Eraviisil kantseleiseks orienteerumiseks peeti küll
abiraamatuna registrit, kuid puudulikult ning sellel polnud ametlikult

210) Balti Seaduste Kogu I k. § 369 p. 9.

211) LTS § 75 jj.

212) Balti Sead. Kogu I k. § 458 p. 30.

213) Ingrossatsioon tähendab kinnistustegeluses tavaliselt võlgade sisse-
kandmist kinnisvarale, kuna korroboratsioon märgitakse har. ostu-
müügi lepingute kandmist sellekohastesse raamatuisse ja asjaosalise-
tele vastava akti väljaandmist.

214) Bašmakov, op. c. lhk. 79.

215) See oli Saksa õiguses tuntud Auflassung, "ilmne loobumine", mis
seisis selles, et teatud isik loobub oma õigusest kinnisvarale vas-
tava avaldusega kohtu ees; samuti avaldas omanik, et ta annab vas-
tava vara teisele pandiks. See toimus selleks lavastatud teesklus-
protsessi (Scheinprozess) läbi. Vt. O. Gierke, op. c. lhk. 274 jj.

tähtsust.

Erandiks olid Riia magistratuuris peetud kinnistusraamatud, kus peale võlgade olid täpsalt sissekantud omanikud ja võõrandamistoimingud. Riia magistratuuri poolt 1880 a. koostatud kinnistuseinstruktsioon sai eeskujuks uute kinnistusraamatute sisseseadmisel 1889 a.²¹⁶⁾

§ 19. Kinnistusraamatute süsteem 1889 a. kohtureformi järgi.

I) Kinnistusjaoskonnad.

1. 1889 a. kohtureform muutis põhjalikult Baltimaal kehtiva kohtusüsteemi, rajades uued kohtud ja menetluse neis 1864 a. kohtuseadustele. Ühtlasi sellega toimus reform ka kinnistusasjanduses. Kuid see reform piirdus peamiselt formaalse kinnistusõiguse reformiga,²¹⁷⁾ mis asendas BES § 3002 märkuses (1864 a. redaktsioonis) ettenähtud määrused kinnistusraamatute pidamise korral ning korroboratsiooniuuete juures rakendatava menetluse kohta uute reeglitega.²¹⁸⁾ Materiaalõiguslikud normid jäid aga muutmata.²¹⁹⁾ Seda piiratud reformi ulatust, samuti materiaalsoiguslike normide puudulikkust kinnistuse kohta tuleb silmas pidada, kui asuda käsitlema meil praegu kehtivat kinnistusõigust. Sellega on ühtlasi seletatav, et meie kinnistusõiguses paljud küsimused, mis moodsas õiguses on täpsalt ja süstemaatiliselt korraldatud, meil on lünkaliselt lahendatud või sagedasti hoopis jäänud lahendamata.

2. Kinnistusasjade toimetamine anti eriliste kinnistusjaoskondade hooleks, mis asutati vastavate rahukogude (apellatsioonikohtud rahukohtunikude asjus) juures ja veel mõnes linnas vastava linna kinnistasjade jaoks (Pärnus, Narvas ja 1911 a. Valgas); nende ülemaks oli vastav rahukogu

²¹⁶⁾ Bašmakov, op. c. lhk. 80; Erdmann, II, § 177, 178, 179.

²¹⁷⁾ Gassmann ja Nolcken, Položenia o preobrazovanii sudebnoi časti, I osa, lhk. 291 - 292, lisa VIII, ajutised määrused kinnistusasjade menetluse kohta.

²¹⁸⁾ Vremennõja pravila o porjadke proizvodstva krepostnõh del, § 2 - 68, Gassmann ja Nolcken, op. c. lhk. 291-333, nüüd Not. Sead. § 303-368.

²¹⁹⁾ Aj. Määr. § 1 (Not. Sead. § 303) märkuses on öeldud: "Vse ostalnõja postanovlenija ob ukreplenij prav na nedvižimoe imustšestvo, vošedšija v graždanskija uzakonenija nazvamõh gubernij, a takže podležastšija pravila ustavov mestnõh kreditnõh učreždenij, sohranjajut silu na buduštee vremja."

esimees või kohalik rahukohtunik.²²⁰⁾ Kinnistusjaoskonna jooksev töö lastakse sekretäri õlul, kes määratakse ametisse kohtuministri poolt vastava eksami sooritanud isikute hulgast. Sekretär võib toimida ka notarina aktide suhtes, mis tema jaoskonnas kuuluvad kinnistamisele.²²¹⁾ Peale selle on jaoskonna teenistuses vastav arv kantseleiametnikke.

3. Kinnistusjaoskonna kompetentsus ulatab kohaliku rahukogu piirkonnas asuvaile kinnisasjadele; üksikutes linnades asutatud kinnistusjaoskondade kompetentsus piirdub linnamaa piiridega.²²²⁾ Eesti ajal on rahukogud 1. veebr. 1935 a. ümbernimetatud ringkonnakohtuiks. Nii asuvad siis kinnistusjaoskonnad nüüd meil ringkonnakohtute juures, üksikuis linnades (Kuresaare kinnistusjaoskonnas, mille piirkonnaks ka terve Saaremaa maakond ühes Kuresaare linnaga; Võrus, mille piirkonnaks on Petseri ja Võrumaa ning linnad; Narvas, Pärnus ja Valgas) on kinnistusjaoskonna ülemaks vastav jaoskonnakohtunik.

4. Järelevalve suhtes kinnistusjaoskonnad alluvad vastavale rahukogule (nüüd Eestis ringkonnakohtule). Samale kohtule (nüüd Eestis ringkonnakohtu apellatsiooniosakonnale) antakse kaebused kinnistusjaoskonna ülema määruste peale (Not. S. § 353) erakaebuste jaoks ettenähtud korras ja tähtajal, kui nendega on kinnistamise palve tagasi lükatud või rahuldatud vähemas ulatuses ning mitte sel viisil, kui oli palutud. Teised, s. o. kolmandad isikud, võivad kinnistamise tühistamist taotella ainult vastava hagiga.²²³⁾

5. Kinnistusesemeks on kõik kinnisasjad, mis eksisteerivad omaette ühikutena ja ei moodusta teise kinnisasja päraldist. Juhul, kui terve kinnisasi antakse kasutada kellegile omandusõiguse (dominum utile obroki- või põlisrendilepingu juures) alusel, jääb kinnisasi juriidiliselt edasi samaks kinnistusühikuks, kui aga selline kasutus on seatud ainult teatud osale kinnisasjast, moodustab see osa omaette kinnistusühiku.²²⁴⁾

220) Not. Sead. § 286, 289.

221) Not. Sead. § 288, 291, 292, 295.

222) Not. Sead. § 287.

223) Not. Sead. § 365, 366.

224) Not. Sead. § 309.

hoitakse kinnistusaktid (GBO § 94). Need aktid koosnevad dokumentidest või nende kopeeridest.

II. Kinnistusraamatud.

1. Kinnistusraamatud on seatud selleks, et kindlustada õigusi kinnisasjale. Nende eesmärk on anda täpsaid ja usaldustväärivaid andmeid huvitatuile vastava kinnisasja juriidilisest ja majanduslikust seisukorrast. Selle eesmärgi saavutamiseks tuleb kinnistusraamatus märkida: kinnisasja suurus, asukoht, tema omanik, millised kolmandate isikute jaoks seatud koormused ja asiõigused on tal kanda, milliste võlgade eest ta vastutab. Kokkuvõttes: kinnisasi, omanik, koormused ja võlad on need, mida kinnistusraamat peab näitama. Kuna need raamatud peetakse piinliku formaalsusega ja kohtu valvel teostsevate asjatundlike ametnike poolt, siis väärivad need raamatud avalikku usaldust. Sel põhjusel need raamatud on aluseks reaalkrediidi ja kinnisasjade kohta sõlmitavate õigustoimingute kindlusele. Korralikult peetaval kinnistusraamatul on seega otsustav ja oluline tähtsus kinnisomanduse kohta tsiviilkaibes. Moodne kinnispandiõigus on mõeldav ja korralikult funktsioneeriv ainult korralikult peetavate ja täpsalt seaduses korraldatud kinnistusraamatute juures.

2. Moodsas kinnistusasjanduses on peatähtsus kinnistusraamatul. Nii näeme, et Saksa BGB § 891 ja 892 järgi kinnistusraamatu sissekannet teatud kinnisasja suhtes iga heausuline isik võib lugeda õigeks ja omandada selle põhjal õigusi. Selle juures ^{määrab} seadus, ²²⁵⁾ et iga kinnisasi omab kinnistusraamatus erikoha, lehe (Grundbuchblatt). See leht ongi kinnisasja suhtes kinnistusraamat tsiviilseadustiku (BGB) mõttes, Järelikult kui tsiviilseadustik räägib õiguste ja koormuste sissekandmisest ja kustutamisest vastava kinnisasja suhtes kinnistusraamatus, mõeldakse selle all vastava kinnisasja jaoks kinnistusraamatus määratud kohta (besondere Stelle, Grundbuchblatt), mis kannab vastavat pealkirja ja jaguneb osadesse. See kinnistusraamatus üksiku kinnisasja jaoks määratud koht ongi selle kinnisasja suhtes kinnistusraamatuks, mis eeldab avalikku usaldust (fides publica) ja mis näitab heausklikule kolmandale isikule kinnisasja omanikku, koosseisu, koormusi ja võlge. ²²⁶⁾ Iga "kinnistuslehe" jaoks

225) Grundbuchordnung (GBO) 24.III.1897 a. § 3.

226) M. Wolff, op. c. § 29, I.

hoitakse kinnistusaktid (GBO § 94). Need aktid koosnevad dokumentidest või nende ära kirjadest, mis asjaosalised esitavad, kinnistusametnikkude poolt koostatud protokollidest ja kinnistusraamatustest. Neil kinnistusaktidel (Grundakten) on suur praktiline tähtsus, sest need hõlbustavad ülevaadet ja võimaldavad viiteid "kinnistuslehes". Kuid otsustandev vastava õiguse suhtes on ikkagi "kinnistusleht" ise.²²⁷⁾

3. Kui pöörduda selle korra juurde, mis 1889 a. kohtureform Baltimaal kinnistusraamatute suhtes kehtitas, siis tuleb nentida, et siin asjad kaugeltki pole nii selged, kui asja mainitud moodsas Saksa õiguses.

Küsimus, mis meie õiguses vaieldav on, seisab selles, kas võib kinnistusregistrit, mis meil seati 1889 a., samastada moodsa kinnistusraamatuga ja kas sissekandel kinnistusregistrisse on tähtsus asiõiguse tekkimisel kinnisasjale.

Esimene, kes selles küsimuses jaatavat seisukohta püüdis põhistada, oli A. Bašmakov.²²⁸⁾ Tema, lähtudes kohtureformi elluviimise määruste § 106²²⁹⁾ tekstist, kus on öeldud, et Liivi- ja Eesti kubermangus ei seata sisse erinevaid raamatuid aktide jaoks valduse aluste suhtes ning aktide jaoks, mis näitavad kinnisasjade koormamist hüpoteekidega ja asjaliste servituutidega (endised ingrossatsioonid ja korroboratsioonid raamatud), vaid et edaspidi kõik aktid ja dokumendid, mille alusel toimub õiguste kinnistamine kinnisasjale, kantakse ühedesse ning samadesse kinnistusraamatuisse,²³⁰⁾ argumenteerib järgmiselt: väljendus "kinnistusraamatud" kinnistuse mõiste komplitseerimise tagajärjel on võimne evima kaht tähendust, mida tuleb eristada. Kõige laiemas ja vähem täpsas mõttes see märgitseb: kõiki raamatuid, mis on tarvilikud kinnistamise juures; ühe sõnaga - kõik raamatud, millest vastav akt läbi kantakse, enne kui asjaosalisele välja antakse kinnistusakt. Selles mõttes tulevat tõlgitseda

227) Julius Gierke, op. c. § 12, V.

228) op. c. lhk. 92.

229) Pravila o privedenij v deistvie zakonopoloženij o sudebnoi časti "A". Gassmann ja Nolcken, op. c. II j. lhk. 241.

230) "Vse aktõ i dokumentõ, na osnovanij koih ukrepljajutsa prava na nedvižimoe imustšestvo, vnosjatsja vpredj v odne i teže krepostnõja knigi".

resp. selle sissekanne kinnistusraamatusse ning kolmandate isika BES § 3002 p. 1 väljendust 1890 a. redaktsioonis.²³¹⁾ Päriss täpsaks ja enam kitsamaks osutu^{va} taga kinnistusraamatu mõiste kitsamas mõttes, mille määritelu andvat Ajutiste määruste kinnistusasjade menetluse kohta § 3 (nüüdne Not. Sead. § 309), mille järgi kinnistusraamat koosnevad "algaktidest ja dokumentidest, mille alusel toimus õiguste kinnistamine kinnisajale, ühes tõestatud ärakirjadega kinnistuse määruste üle". Nii et kui lähemale tulla väljendusele "kinnistusraamatud" laiemas mõttes, siis võivad ütelda, et selle nimetuse all tulevat mõista kinnistusraamatut kitsamas mõttes ja peale selle kinnistusregistrit, kui selle lahutamata päraldist. Bašmakov on sunnitud tunnistama, et sellist tõlgendust otseselt seadus ei väljenda, kuid seda õigustavat asiolu, et nüüdsest peale kinnistus polevat mõeldav ja ei võivat üldse lugeda toimunuks, kuni pole tehtud vastav sissekanne kinnistusregistrisse. Järelikult akti lisamine kinnistusraamatusse ja sissekanne kinnistusregistrisse olevat vältimatud ja lahutamata kinnistuse mõistega. Oma väite kinnituseks Bašmakov viitab veel TKS § 1848, mille järgi kohtutäitur^{ina} sissenõudmise pööramisel kinnisajale kinnistusjaoskond saadab ainult ärakirja kinnistusregistri osast.

Seda Bašmakovi seisukohta on omalt poolt kaitsnud ning edasi arendanud L.Thal,²³²⁾ lähtudes seisukohast, et 1889 a. reformi juures Ajutiste kinnistamismääruste koostamisel oli püütud säilitada võimalikult need põhimõtted, mis leidsid käsitamist siinsetes kohtutes enne reformi, kuid teisest küljest võeti aluseks 19.mai 1881 a. põhireeglite aluseid,²³³⁾ mis omakorda olid rajatud Riia magistraadi kinnistusinstruktsioonile 1880 a. Viimase § 102 ja 112 järgi tekkivat asiõigus alles magistraadi otsusest,

231)

BES § 3002: "Kohtulik juriidilise toiminguga kinnitus ehk korroboratsioon ellidab juba selle toiminguga eelnenud toimumist ja seisab üldises korras: 1) akti kandmises (ingrossatsioon e. intabulatsioon) vastavate ametasutuste juures selleks seatud kohtu- ehk avalikkudesse raamatuisse ja 2) vastava tunnistuse väljaandmises toimunud sissekande üle, s.o. korroboratsioon kitsas mõttes".

232)

L.Thal, Publičnaja vera krepostnogo reestra v pribaltiiskih gubernijah, Žurnal Min. Justicij 1908 a., 3. raamat.

233)

Võsočaiše utverždenoe 19.V.1881 goda mnenie Gosudarstvennago Soveta.

238)

"Ajutised määrused" § 2 (nüüdne Not. Sead. § 303); "o nahotvoriš inženijah v zakonopoloženijah ob ipotskah", Saznan ja Nalozna, II ltk. 359 - 374, § 1, 2, 4 j.t.

resp. selle sissekandmisest kinnistusraamatusse ning et kolmandate isikute jaoks on mõõtuandev mitte sissekande aluseks olnud toiming, vaid magistraadi otsus resp. selle sissekanne. Meil Eesti ajal on seda seisukohta kaitsnud P.Poom,²³⁴⁾ kes väidab, et "kolmandale heausulisele isikule on ainsaks mõõdupuuks kinnistussissekande suhtes üksnes see, mis on kantud kinnistusraamatusse, resp. kinnistusregistrisse; mitte milleski muus ei pruugi kolmas heausuline isik veenduda ega midagi muud kontrollida. Eriti ei pruugi sellele isikule korda minna kinnistussissekande materiaalõiguslik alus - causa".²³⁵⁾ Need seisukohad tekitavad siiski olulisi kahtlusi, eriti kui jälgida meie vastavaid seadusi. Olgu kõige pealt nenditud, et ükski meie seadus ei väljenda põhimõtet, et asiõigus tekiks kinnisasjale sissekandega registrisse, vaid meie seadustes on jutt akti kandmisest kinnistusraamatusse.²³⁶⁾ Seejuures sissekandmise all tuleb mõista endastmõistetavalt mitte faktilist akti või dokumendi lisamist kinnistusraamatusse, vaid momenti, millal kinnistusjaoskonna ülem teeb sissekandmise üle vastava määruse.²³⁷⁾ Seadus ise samastab avalikke ja kinnistusraamatuid, andes neile ühe ja sama tähenduse. Mis eriti tähtis, seadusandja on seda sõnaselgelt väljendanud ka 1889 a. seadustes.²³⁸⁾ Järelikult see moment, millal kinnistusjaoskonna ülem teeb kinnistamise määruse, on meie seaduse järgi kinnistuse menetluses olulise tähtsusega, sugugi mitte aga vastava sissekande tegemine kinnistusregistrisse, mis on kantseleiline toiming. Bašmakovi seisukohta kõigutavad eriti aga "Ajutiste Määruste" § 3, 4 ja 5 (nüüd Not. Sead. § 304, 305 ja 306), kus on öeldud, et kinnistusraamatud koosnevad algaktidest ja -dokumentidest, mille alusel toimus õiguste kinnistamine kinnisasjale ühes tõestatud ärakirjadega määrustest nende õiguste kinnitamise, kindlustuse, muutmise või kustutuse

234) P.Poom, kolmas isik kehtiva hüpoteegiõiguse seisukohalt, "Õigus" Nr. 4 - 1933 a.

235) "Õigus" Nr.4 - 1933 a., lhk. 149.

236) Not. Sead. § 302, märkus; BES § 3002; 809 - 811, 944, 1262 - 1264, 1310, 1328, 1503, 1554 ja 3016.

237) Nii ütleb BES § 809: "See (õigus) tekib alles vastava ametasutuse määruse tegemise tagajärjel juriidilise omandamise aluse ja sel puhul valmistatud aktide sissekandmise üle selle jaoks määratud kohturaamatusse".

238) "Ajutised määrused" § 2 (nüüdne Not. Sead. § 303); "o nektorõh izmenenijah v zakonopoloženijah ob ipotekah", Gassmann ja Nolcken, II, lhk. 359 - 374, § 1, 2, 4 j.t.

üle (Not. Sead. § 354, 355). Need kinnistusraamatud koostatakse iga aasta kohta eraldi, kusjuures aasta jooksul kinnistatud aktid ja dokumendid kinnistamise järjekorras õmmeldakse kaustikusse, mis aasta lõpul köidetakse ja neile lisandatakse kaks alfabeedilist nimestikku, üks kinnisasjade nimetuste järgi (mis peetakse ainult maal asetsevate kinnisasjade kohta) ja teine omanikkude perekonnanimede järgi. Iga aasta kohta koostatud raamatud loetakse aga ainult üldise kinnistusraamatu osadeks eelnevate ja järgnevate aastate kohta. Nii siis seadusandja kahtlemata seab kinnistusraamatuna esikohale selle raamatu, kuhu kantakse kinnistamise järjekorras kõik aktid ja dokumendid, mille põhjal kinnistamine toimus ühes ärakirjadega kinnistamismäärustest. "Ajutiste Määruste" § 2 ja BES § 3002 p. 1 mainitud avalikkude ehk kinnistusraamatute all tuleb mõista just seda raamatut, mis osutub enne 1889 a. kohtureformi peetud kinnistusraamatute järglaseks. Nende raamatute hulka ei kuulunud kinnistusregister, mida peeti küll mõnel pool, kuid ainult kantseleilise abiraamatuna, nagu eelpool nägime. Ka "Ajutiste Määruste" § 7 (nüüd Not. Sead. § 308) ei omista mõõtuandvat tähtsust kinnistusregistrile; tema ütleb: "Peale § 4 ja 5 (nüüd Not. Sead. § 305 ja 306) ettenähtud kinnistusraamatute peetakse veel nende raamatute erilist registrit § 19 - 22 (nüüd Not. Sead. § 320 - 323) ettenähtud vormi järgi". Seadusandlikes motiives²³⁹⁾ öeldakse, et kohtutes avalikkude raamatute kohta peetav registratuur erinevat oluliselt vormi ja siselise jaotuse ning sisu poolest üksikute kohtute juures peetavate registrite vahel, mispärast osutunud tarvilikuks kinnistusasjade menetluse korra ühtlustamiseks määrata edasiseks ühised registrid, mis asendaksid kõik mitmesuguste nimetuste all esinevad avalikkude raamatute registrid, mis peeti senistes kohtuasutustes.- Nagu ka neist motiividest selgub, ei tahtnud seadusandja 1889 a. kinnistusregistrile anda mingisugust iseseisvat tähtsust, vaid tema on oma mõtte ning eesmärgi poolest jäänud teiste kinnistusraamatute registriks, nende juhendiks ning abiraamatuks. Oma juriidilise konstruktsiooni poolest ei saa teda milgil tingimusel samastada Saksa GBO ettenähtud Grundbuchblatt'iga, sa-

239) Gassmann ja Nolcken, op. c. I, lhk. 294.

muti nagu meie Not. Sead. § 303, 304 j. t. ettenähtud kinnistusraamatuid, mis sisaldavad kinnistamise aluseks olnud akte ja dokumente, ei saa milgil viisil samastada Saksa GBO § 94 ettenähtud kinnistusaktidega (Grundakten). Seepärast on täiesti ekslik Saksa kehtivate seaduste ja nende alustel kirjutatud teaduslike tööde põhjal teha analoogilisi järeldusi meie kinnistusraamatute suhtes. Olgu siin mainitud ka prof. C. Erdmanni seisukohad.²⁴⁰⁾ Tema rõhutab, et BES korroboratsioon oluliselt erineb Saksa õiguse seisukohtadest, eriti 5. mail 1872 a. Preisi seadusest.²⁴¹⁾ Kui viimane sõltumatult õigustoimingust, causa'st, kinnistamise rajab sissekandetiitlile (Eintragungstitel), asjaosaliste vastavale avaldusele kohtu ees (bloss auf die bezügliche Erklärung der Parteien vor Gericht), toimub BES järgi korroboratsioon just õigusaluse, s. t. vastava õigustoimingu sissekandmisega kinnistusraamatusse. Kuigi Riia magistratuuri 1880 a. juhatuskiri väljendab seisukohti, mis lähedased on Saksa moodsa õiguse seisukohtadele, ei anna Erdmann neile tähtsust, kuna 1889 a. kohtureformi ja sellega seoses olnud seadusandlike aktide juures need seisukohad pole leidnud arvestust.²⁴²⁾ ²⁴³⁾

Nii peame jõudma järeldusele, et meil kehtiv seadus ei õigusta ei otseselt ega kaudselt seisukohta, nagu tekiks meil asiõigus kinnisasjale ainult vastava sissekande tegemisega kinnistusraamatu registrisse ja ainult selles ulatuses, nagu see on sinna märgitud.

Kui aga tegelikult sellel registril siiski on suur tähtsus ja tema suhtes on eeldus, et ta õigelt ja täpsalt näitab kõiki neid suhteid,

240) Erdmann, System, II, Lhk. 117 - 122.

241) See Preisi seadus on võetud aluseks kinnistusraamatute korraldamisel Saksa BGB ja sellele lisandub 24. III. 1897 a. Reichsgrundbuchordnung'is (GBO). Vt. M. Wolff, op. c. lhk. 74, V.

242) Erdmann, II, lhk. 122, nota 2.

243) Erdmann (op. c. II, lhk. 352), käsitades kinnispandi, hüpoteegi, tekimist, ütleb muu seas: "... weil der Act der Eintragung nicht die Ursache der Pfandrechte bildet, sondern eine ausser ihm liegende Ursache, die Willenserklärung der Parteien, voraussetzt. Die Eintragung, selbst wo sie zur Entstehung der Pfandrechte notwendig geworden, ist stets nur eine Form, welche alleinstehend, d. h. ohne den wirklichen Entstehungsgrund des Pfandrechts, bedeutungslos bleibt".

mis õiguslikku ja majanduslikku seisundit kinnisasja kohta määravad ja mis kinnistusraamatus eneses leiduvais dokumentes ja aktides sisalduvad, siis ei põhine see niivõrd seaduse eeskirjadel, kuivõrd asiolul, et neid registreid peetakse asjatundlikult ja erapooletult vanutatud ametniku poolt kohtuniku otsesel järelevalvel ja kaastegevusel. Seega on pea alati eeldus olemas, et kinnistusregister peegeldab õigelt ja täpsalt ning kokkuvõtlikult kinnistusraamatu sisu, sest et kõigi kinnisasja kohta toimunud kinnistusjaoskonna ülema määruste ja nende aluseks olnud aktide sissemärkimine sellesse registrisse on sunduslik ja peab toimuma kohe peale vastava määruse tegemist. Sel eeldusel võib näit. kohtutäitur piirduda kinnisasja sündmüügil registri osa ära kirjaga (TKS § 1848), kuid seadus näeb ka ette, et tarbekorral, kui huvitatud isikud seda nõuavad ja vastava kulu kannavad, kohtutäitur nõuab kinnistusjaoskonnalt ka ära kirjad kinnistatud dokumentidest enestest (TKS § 1857), samuti Not. Sead. § 335 näeb ette, et kinnisasja omanikule vastaval palvel antakse välja krediidi tunnistus, mis sisaldab eneses täielikud andmed kinnisasja koosseisu, teda koormavate asiõiguste ja võlgade kohta. Harilikult piirdatakse aga vastava ära kirjaga kinnisasja kohta kinnistusregistris peetavast osast. Selle juures on täiesti arusaadav, et seadus nõuab, et kinnistusraamatu register oleks kokkukõlas kinnistusraamatus eneses olevate dokumentidega ning kinnistusjaoskonna ülema määrusega. Seadus (Not. Sead. § 328) käsib ära parandada iga vea, mis ilmneb registri sissekandes ja pole kokkukõlas kinnistusjaoskonna ülema määrusega. Järelikult seadus ei omista sellisele ekslikule sissekandele registris mingit jõudu ja tähtsust ja laseb seda kõrvaldada ning asendada uuega, mis on kokkukõlas kinnistusjaoskonna ülema määrusega, kusjuures see hilisem sissekanne loetakse olnuks, s.t. omab vanuse esialgse eksliku sissekande päevast. Selle juures seadusandlikes motiives öeldakse, et ekslik sissekanne kinnistusregistrisse endast ei loo mingisuguseid õigusi.²⁴⁴⁾ Teist moodi on asi siis, kui kinnistusjaoskonna ülema määruseise on ekslik, s.t. pole kokku-

244) Gassmann ja Nolcken, op. c. I, lhk. 313.

kõlas kinnistamiseks esitatud õigustoimingu sisuga (Not. Sead. § 368), kusjuures tehakse uus määrus ning see uus määrus ei või puudutada nende heausuliste isikute õigusi, mis on kinnistatud kuni selle määruse tegemiseni (do postanovlenia sego opredelenia).-

4. Seisukohad, milleni jõudsi meie kinnistusraamatute süsteemi ja juriidilise tähtsuse käsitusel, osutavad määravaiks ka avaliku usalduse (fides publica) küsimuse selgitamisel. Me peame jõudma järeldusele, et kolmas isik ei või oma head usku rajada ainult kinnistusregistri siskandeile, vaid tema usu suhtes on otsustavad kinnistusraamatus leiduvad algdokumendid, aktid ja kinnistusjaoskonna ülema määrused. Kohtupraktis on juba Vene ajal selle seisukoha omaks võtnud.²⁴⁵⁾

Asiolu, et seaduse ettekirjutuse järgi²⁴⁶⁾ kinnistusregister on avalik ja seda igäiks alati võib järgi vaadata ja et muid kinnistusraamatuid võivad kõrvalised isikud järgi vaadata ainult kinnistusjaoskonna ülema eriloal ja ainult siis, kui selleks on põhjendatud tarvidus, ei anna mingit asjaotsustavat tähtsust registrile. Just vastupidi - asiolu, et seadus võimaluse annab tarviduse korral pöörduda kinnistusraamatu enese poole, näitab, et selle uurimine on tarvilik, kui tekib kahtlus, kas

245) Peterburi Kohtupalati otsus 22.märtsist/21.aprillist 1906 a. Tallinna linnaomavalitsuse nõudeasjas Johan Mende vastu (toodud ühes hagi-palvega ning muude lisadega ja asjaosaliste seletustega Tallinna linna poolt 1908 a. Vene keeles avaldatud raamatus "Dokladõ o poli-čeiskom ogorode i ostrove "Karlos". Kahjuks pole teada kuidas see asi Senati tsiviildepartemangus lahenes.

Senati TKD seisukoht on aga väljendunud otsuses Nr.11 - 1915 a., kus keegi oli sündmüügil ostnud talu, mille kohta pastori kasuks polnud maasunnist sissekantud kinnistusregistrisse ja kus ostja seepärast keeldus seda sümist täitmast. Selle täitmist nõuti aga põhjusel, et see sümis oli vastava toiminguga seotud ja kinnistusjaoskonna ülema määrusega see toiming oli kinnistatud, kuid vastav sissekanne oli jäänud kinnistusregistrisse tegemata. Kohus oli rahuldanud hagi, millega nõuti uuel omanikult sümise täitmist. Senat jättis omaniku kaebuse tagajärjeta, põhjendades oma seisukohta nii: "Not. S. § 315 põhjal kinnistusregistri ossa tulevad kanda kõik õigused ja kindlustused, mis kinnisasja koormavad, kuid selle seaduse mittetäitmine ei või vähendada õigusi, mis on kolmandate isikute kasuks seatud päris- ja kinnistusraamatuisse (v podlinnõh krepostnõh knigah) (Not. Sead. § 303, 304; BES § 3002)". Järelikult Senat on asunud seisukohale, et lahkumineku korral kinnistusraamatusse kantud kinnistatud akti ja kinnistusregistrisse tehtud vahel, on otsustav kinnistusraamat.

246) Not. Sead. § 332, 333.

registri sissekanne on küllalt täpne ja õige. Nii et põhiraamatuks on äkkagi kinnistusraamat ja ainult selle kokkuvõtteks selgel graafilisel ülevaatlikul kujul on register, kusjuures on eeldus, et kõik sissekanded, mis registrisse on tehtud ja kinnistusjaoskonnaülema poolt allakirjutatud, osutuvad kokkukõlalisteks kinnistatud dokumentide ja aktide sisuga ning kinnistuse määrusega.

Kuna kinnistusregister evib seega praktiliselt meil kehtivas kinnistussüsteemis võrdlemisi tähtist osa, siis tutvume lähemalt tema pidamise viisiga.

5. Kinnistusregister. (Not. Sead. § 308, 309, 310). Selles registris on iga kinnisasi omaette eriline osa, milles väljendub spetsialiteedi põhimõte: iga kinnisasi on omaette kinnistusühik, mis iseseisvalt ja jagamatalt kannab tema peal lasuvat majanduslikku vastutust. Iga selline registri osa saab erinumbri (kinnistusnummer), mis on lahutamata kinnisasjaga seotud, olgugi et mõni eelmine osa ühes oma numbriga kaob, näit. kui kinnisasi lakub olemast omaette kinnistusühik, olles tükeldatud ja ühendatud teiste kinnisasjade külge (samasse põhimõte); enne 1889 a. kohtureformi olid kinnisasjade numbrid vahelduvad, olid nn. põhinumbrid ja vahepealsed numbrid, mille tagajärjeks oli, et kinnisasja majandusliku ning juriidilise seisundi üle oli raske orienteeruda.

Kinnistusregistrisse kantakse kõik kinnisasjasse puutuvad juriidilised suhted ja talle seatud õigused ja kindlustused, samuti kõik nende õiguste ja kindlustuste muudatused ja kustutused (Not. Sead. § 315).

Registri ossa tehakse kahesuguseid sissekandeid (Not. Sead. § 316): kirjed (statja, Posten) ja märkused (otmetka). Kirje põhineb alati mõnel lõplikul kinnisvarale seatud õigusel; järelkult kirjede sisuks on kinnisvarale kinnistatud õigussuhted ja õigused, või nende muudatused ja kustutused (Not. Sead. § 316). Märkused kas üldse ei sea mingit õigust kinnisasjale enesele, vaid on sihitud omaniku vastu, taotledes kinnisasja võõrandamise takistamist omaniku poolt teatud isikute kahjuks, või jälle on nende eesmärgiks kindlustada vastav koht

vanus, teatud tulevasele õigusele kinnisasja peale, milline õigus pole veel lõplikult kindlaks tehtud. Need märkused võivad olla kahesugused:

1) keelumärkused, mis keelavad omanikule igasuguste korralduste tegemise kinnisasja üle selle võõrandamise või koormamise näol; siia kuuluvad sissenõude kinnisasjale pööramise märkus (TKS § 1847); omaniku maksujõuetuks kuulutamine (TKS § 1899 lisa p. 3); märkus omandusõiguse vaidluse korral hagi kindlustuse üle (BES § 956, 959) j. t., 2) hoiumärkused, mis ei takista omanikku üldiselt korraldusi tegemast, kuid mis määravad vastavale taotlusele eelisõiguse, vanuse, kinnisvara väärtusest rahulduse saamisel, võrreldes tagapool seisvate sissekannetega; siia kuuluvad rahaliste hagide hüpoteegilise kindlustuse määrused, kindlustused kinnisasja koormavate asiõiguste kohta käivais hagides jne. (Not. Sead. § 316, 317).

6. Kuna kinnistusregistri osa peab olema ülevaatlik ja sellest peab asjast huvitatule paistma kinnisasja majanduslik ja juriidiline seisund, siis seadus (Not. Sead. § 318 - 323) korraldab üksikasjaliselt, kuidas tuleb pidada kinnistusregistri osa. See osa koosneb pealkirjast ja neljast jaost. Pealkiri sisaldab: a) kinnisasja kinnistusnumbri; 2) kinnisasja nimetuse, kui see tal on olemas ja 3) kinnisasja asupaiga. Registri jaod omakorda jagunevad lahtriteks. I jaos märgitakse: 1. lahtris: a) kinnisasja koosseis; b) tema päraldised; c) tema kasuks seatud servituudid ja maasunnised; d) tema külge liidetud teised maatükid ja e) kinnisasja maaalaline suurus, samuti temaga ühendatud maatükkide ja tema päraldiste koosseis; 2. lahtris: a) maatükid, mis eraldatakse kinnisasjast kas müügi teel või kruntrendile andmisega, äranäidates nende suurust ja b) esimeses lahtris märgitud maasunniste ja servituutide kustutamine. Registri osa II jaos märgitakse: 1. lahtris: a) kinnisasja omanik (otsene omanik, samuti kasutusomanik, kui asi tervikuna on antud kruntrendile²⁴⁶) või põlisrendile (BES § 942, 1324 jj., 4133 jj.); b) valduse alus ja c) summa, mille eest kinnisasi on omandatud, kui omanduse ülemineku akt sisaldab seda; peale selle neid kohtis, kus abikaasade vahel on abieluline varaühisus (Narvas ja Liivimaa linnades), märgitakse kas kinnisasi kuulub ühisvaranduse hulka või moodustab omani-

246) T. Grünthal. Otsese omaniku õigustel kruntrendile antud kinnisvara suhtes, "Õigus" Nr. 8 - 1931 a.

ku erivara; 2. lahtrisse: a) märkused, mis on ettenähtud Not. Sead. § 316 p. 1 ja 2, s.t. omaniku maksujõuetuks kuulutamise ja sissenõudmise pööramise üle kinnisasjale, aga samuti sama § p. 3 ettenähtud märkused, kui nendega kindlustatakse hagi omandusõiguse üle kinnisasjale; b) testamendiga või lepinguga seatud keeld kinnisasja võõrandada (BES § 959); c) kinnisasjale pärandatava fideikomissi asutamine (BES § 2339); d) pärija määramise lepingud, mis puutuvad kinnisasjasse (BES § 2487, 2494 lisa), e) siia kanti ka perekondlikkude fideikomisside asutamine (BES § 2539, mis Eestis kaotati 1919 a. maaseadusega); f) kõik muudatused, mis puutuvad pp. a - e all märgitud õigustesse, samuti nende õiguste kasutamine. Peale selle Vene Senati seletuse järgi 1914 a. Nr.55 tuleb sellesse lahtrisse kanda obrokiõiguse või põlisrendi seadmine juhul, kui see ei seata tervele kinnisasjale (millal see märgitakse 1. lahtris), vaid mõne selle osale.

III jaos märgitakse: 1. lahtris: a) kinnisasja koormavad asiõigused, välja arvatud need, mis on kantud II jao 2. lahtrisse, samuti võlad, mis on kantud IV jakku; b) märkused, mis kindlustavad vastavate koormuste kandmist kinnisasjale (Not. S. § 316 p. 3, 5, 6); 2. lahtris: kõik muudatused ja kustutused, mis puudutavad 1. lahtri sissekandeid.

IV jagu koosneb erandina teistest jagudest viiest lahtrist. 1. lahtris märgitakse: a) pandiõigused (hüpoteegid), mis koormavad kinnisasja; b) riigi vaieldamatute taotluste kindlustuse märkused,²⁴⁷⁾ samuti märkused, mis kindlustavad pandiõiguse kandmist kinnisasjale; 2. lahtris: summa, milleni ulatab pandiõigus või märkus; 3. lahtris: igasugused muudatused, mis puudutavad 1. lahtri sissekandeid ja nende kustutusi, välja arvatud need, mis kantakse 4. lahtrisse; 4. lahtris: a) täielik või osaline pandiõiguste kustutus ja b) märkuste kustutus, mis kindlustavad rahalisi taotlusi ja 5. lahtris: summa, mille ulatuses pandiõigus on kustutatud või märkus tühistatud.-

Seega kinnistusregistris on ühetaolised teated kogutud ühte jakku kokku. Register jaguneb 4 jakku, kusjuures esimene jagu puudutab kinnisasja, teine jagu - omanikku, kolmas jagu - kinnisasja koormusi ja neljas

247)

T.Grünthal. Vaidlematute riigimaksude kindlustamisest hüpoteegilises korras võlglaste kinnisvarale, "Õigus" Nr.9 - 1931 a.

jagu - võlge. Seega on register oma üksikuis jagudes ülevaatlik ning selge. Jaod omakorda jagunevad lahtritesse, kuhu kantakse erinevalt sissekanded, mis suurendavad omaniku õigusi ja sissekanded, mis vähendavad neid õigusi.

7. Kinnistustoimik. Not. Sead. § 330 põhjal peetakse iga kinnisasja kohta veel erilist toimikut (krepostnoe delo), milles sisalduvad: 1) kinnistusregistri osa ärakiri ja 2) ärakirjad kõigist dokumentidest ja aktidest, mis selle kinnisasja kohta on lisatud kinnistusraamatusse, samuti ärakirjad avaldusraamatust (Not. Sead. § 345) ja kinnistuspäevikust (Not. Sead. § 348). Peale selle lisatakse sellesse toimikusse plaanid, kaardid ja muud sellised kinnisasja faktilist olukorda selgitavad dokumendid, mis ei panda kinnistusraamatusse.

Omalt iseloomult on kinnistustoimik puhtal kujul abiraamat, mis võimaldab põhjalikult kinnistusregistri osa kõrval tutvuda kinnisasja kohta käivate toimingutega ja tema juriidilise ning majandusliku olukorraga.

§ 20. BES pandiõiguse üldisest iseloomust.

1. BES pandiõiguse aktsessoorne iseloom.

Nagu Rooma õiguse põhimõtete käsitlemisel nägime, on pandiõigus seadl puhtaktsessoorse iseloomuga. BES pandiõigus on peamiselt rajatud Rooma õiguse allikaile.²⁴⁸⁾ Saksa õigusest on ta retsipeerinud Satzungi, s.o. pandivalduse, kuid seda ei saa tema juriidilise iseloomu tõttu lugeda tõeliseks pandiõiguseks.²⁴⁹⁾

Pandiõigus teenib kindlustusena teatud nõudele.²⁵⁰⁾ Kreditorile kuulub siis õigus saada rahuldust pandieseme müügihinna selle võõrandamise läbi.²⁵¹⁾ Pandiõigus võib olla seatud aga ka eeldusel, et see nõue mida ta kindlustab, tekib alles tulevikus.²⁵²⁾

248) Erdmann, II, lhk. 323; allikad BES § 1335 jj. all.

249) Erdmann, II, lhk. 326, nota 3; lhk. 323, nota 4.

250) BES § 1337.

251) BES § 1335.

252) See on esil, eriti n.n. krediithüpeteegi juures, kusjuures kinnistusraamatusse kantakse summa, milleni hüpeteegi kindlustus ulatab (BES § 1337, märkus).

Pandiõigus võib kindlustada tingimõuet, kusjuures pandiõigus astub jõusse t tingimuse teostamisega, kuid seejuures pandiõigus loetakse tekkinuks tema seadmise resp. ingrossatsiooni momendist.²⁵³⁾ kui aga kindlustatakse nõuet, mis on kindla tähtajaga, astub pandiõigus kohe jõusse.²⁵⁴⁾

BES järgi pole pandiõigus ainult nõude oleluga seatud, vaid ka selle õigusliku raamiga.²⁵⁵⁾ Takistused ja vaided, mis nõudel ees seisavad, takistavad teostada ka pandiõigust.²⁵⁶⁾ Sel põhjusel kui pole kehtiv ning ei oma seaduslikku mõju nõue, pole kehtivust ning mõju ka pandiõigusel.²⁵⁷⁾ Järelikul kui nõue on aegunud, kustub sellega ühes ka pandiõigus.²⁵⁸⁾ Kui nõue, mille kindlustuseks on seatud pandiõigus, on seadusevastane, siis pole jõudu ka pandiõigusel ja pandiandja võib tagasi nõuda pandi.²⁵⁹⁾ Vaided, mis nõude vastu on tasumise, tasaarvestuse, uuenduse jne. alusel, on samuti kaitsevahendiks pandiõiguse vastu.²⁶⁰⁾ On võimalik pandiõigusega kindlustada ka obligations naturales, kuid seda õigust ei saaks hageda.²⁶¹⁾

Pandieseme vastutus ei või ilialgi kaugemale ulatada, kui nõue ise,²⁶²⁾ millega eriti BES rõhutab pandiõiguse aktsessoorset iseloomu.²⁶³⁾

Nõude tõeliku rahuldamisega kustub ka pandiõigus, sest ta ei või olla omaette õigusena.²⁶⁴⁾ Pandieseme väärtus, mis jääb vabaks pärast nõude

253) BES § 1359. Vt. Gassmann ja Nolcken, I, lhk. 368. Ingrossatsioon annab pandiõigusele vanuse, kuigi ta võib tingim. nõude suhtes jõustuda hiljem.

254) BES § 1348. BES § 1341.

255) Erdmann, 2, lhk. 329.

256) BES § 1339.

257) BES § 1340.

258) BES § 3639, 1414, Erdmann, I, lhk. 325, 331.

259) BES § 1340. Järelikult pandiõigus, mis on kindlustanud hasartmängust tekkinud kohustust, on tühine (BES § 4340).

260) Dernburg, Pfandrecht, I, § 73.

261) BES § 1338, 1339.

262) BES § 1341.

263) Erdmann, II, lhk. 330 nota 5.

264) Dernburg, Pfandrecht, II, lhk. 574 jj. BES § 1341.

rahuldamist, kuulub võlgnikule tagasiandmisele.²⁶⁵⁾ Pant vastutab terve nõude eest, mispärast juhul, kui osa võlga on tasutud, pant endiselt vastutab ka ülejäänud osa eest.²⁶⁶⁾ Järelikult ka selles suhtes BES pandiõigus tunnustab täiel määral Rooma õiguse põhimõtet, et pandi vastutus on jagamatu - pignoris causa indivisa eest. Pandivastutus on jagamata ka võlgniku pärijate suhtes.²⁶⁷⁾

2. Pandiõiguse esemed. Nagu Rooma õiguseski, võib BES järgi pandiõiguse esemeks olla kõik, millel on müügiväärtus ja mille võõrandamine pole sõnaselgelt keelatud.²⁶⁸⁾ Järelikult mitte ainult kehalised esemed, vaid igasugused õigused, mis pole lahutamata seotud kreditori isikuga ja mida võib loovutada, võivad olla ka pandiõiguse esemeiks.

Rooma õiguse põhimõtete järgi pandiõigust ei saa olla omal asjal. Nagu eelpool nägime, tundis see põhimõtte siiski teatud erandeid õigluse kindlustuseks. See põhimõtte on rakendust leidnud järjekindlalt ka BES.²⁶⁹⁾ Järelikult kui pandiõigus ja omandusõigus ühe ning sama eseme peale ühtuvad ühes isikus (confusio), kustub selle läbi pandiõigus. On olemas ainult üks erand: kui kreditor pälvib omandusõiguse temale panditud asja kohta, siis õigused, mis ta oli omandanud endise pandiõiguse põhjal teiste kreditoride suhtes, säilitavad oma jõu. Kuid nagu prof. Erdmann öieti rõhutab,²⁷⁰⁾ ei saa siin juttu olla omaniku-pandiõigusest moodsa õiguse mõttes. Siin on esil ainult vastava pandiõiguse koha säilitamine juhaks, kui ese edasi võõrandatakse ja tekib uus nõue. Seadus järelikult ei taha siin luua mingisugust omanikupandiõigust, vaid peab silmas juhtu, kus pandiese on ostetud vanema pandipidaja poolt ja tõelikult tema pretensioon pole rahuldatud, vaid eseme edasimüügi korral see pretensioon ärkab uuesti ellu maksmata jäänud ostuhinna näol. Seda oma õigust võib tema teostada ainult teiste temast tagapool seisvate kreditoride

265) BES § 1342.

266) BES § 1343, 1344, 1372.

267) BES § 1346.

268) BES § 1357.

269) BES § 1421, 1363.

270) Erdmann, II, lhk. 341.

suhtes, kuid kolmandaile isikuile asja tema omanduseks olles ei saa ta seda õigust loovutada.

Neil kaalutlusil on teoreetiliselt täiesti alusetad need katsed, mille järgi BES normide järgi katsutakse näit. hüpoteegi suhtes konstrueerida omaniku-hüpoteeki. Kuid sellest allpool.

Kuna BES tunnustab heausulise kolmanda isiku suhtes Hand muss Hand wahren põhimõtet ka pandiõiguses, siis on võimalik pantida ka võõrast asja, mis omanik vabatahtlikult oli andnud kolmanda isiku kätte,²⁷¹⁾ olgugi et omanik sellest pantimisest polnud teadlik. Pantida võib võõrast asja eeldusega, et asi saab pandiandja omanduseks, kuid pandiõigus astub jõusse ainult siis, kui ese läheb pandiandja omanduseks ja ainult omanduse ülemineku momendist.²⁷²⁾ Kuni 1889 a. kohtureformini BES tundis vaiklikke pandiõigusi, samuti pandiõiguse võlgniku tervele varale, nn. üld-e. generaalhüpoteegid. Reform viis läbi põhimõtte, et pandiesemeks võivad olla ainult üksikud, individualiseeritud asjad.²⁷³⁾

3. Pandiõiguse tekkimine. Rooma õiguse põhimõtete järgi pandiõigus tekib vaba toiminguga, seaduse või kohtuotsusega. Kõik need pandiõiguse tekkimise viisid olid tuntud juba vanimale kohalikule õigusele.²⁷⁴⁾ Vaiklikud ja seaduslikud pandiõigused, Rooma õiguse retseptiooni järel, levisid Eesti- ja Liivimaal eriti Rootsi valitsuse ajal.²⁷⁵⁾ Ainult Eestimaa linnaõigus pidas vanast Saksa õiguse põhimõttest kinni, mille järgi kinnisasjade suhtes pandiõigus ei tekkinud seaduse põhjal ipso jure, vaid alles vastava sissekandega kohturaamatuisse, Erand oli ainult alaealiste üldhüpoteekide suhtes hooldajate varale, mis olid kehtivad ka ilma sissekandmiseta kohturaamatuisse.²⁷⁶⁾ Ka Eestimaa talurahva seadus ei tundnud mingisugust seaduslikku hüpoteeki (ETS § 1007 jj., mis kaotasid kehtivuse 1889 a. kohtureformiga). 1889 a. kohtureform kaotas seaduse

271) BES § 1370.

272) BES § 1365.

273) BES § 1372.

274) Erdmann, II, lhk. 350.

275) Bunge, Privatrecht, I, § 147.

276) BES 1864 a. väljaandes § 1383 märkus.

järgi tekkivad pandiõigused. Vstavalt sellele määrab BES § 1383, et pandiõigus tekib: 1) eraisikute tahteavaldusega või 2) kohtuotsuse põhjal. Vabatahtlik, s.t. eraisiku tahteavalduse läbi tekib pandiõigus ka vasta-²⁷⁷⁾ va kokkuleppega või viimse tahteavaldusega. Kuna BES on juriidilise toimingu vormi suhtes võrdlemisi vabal seisukohal,²⁷⁸⁾ siis ka pandiõiguse tekitamiseks toiming ei vaja erilist vormi; selleks on ainult oluline võlgniku selge tahteavaldus, et vastav varaese peab olema kreditori nõudele pandiks. Ainult Eestimaa linnaõigus nõudis hüpoteegi jaoks kirjaliku vormi.²⁷⁹⁾ 1889 a. kohtureformist alates, kus hüpoteek on võimalik ainult kinnisvara suhtes ja tuleb ilmtingimata kanda kinnistusraamatusse, on endastmõistetav, et hüpoteek vajab kirjalikku kuju. Muidugi on võimalik, et hüpoteek määratakse ka suulise testamendiga, kuid ka suuline testament kantakse hoiukorra menetluses tunnistajate ütelnuste põhjal kohtuprotokollile ja antakse sellest pärast testamendi seadusejõusse astunuks kuulutamist pärijatele tõestatud ärakiri, mille põhjal toimubki sissekanne kinnistusraamatusse.²⁸⁰⁾

1889 a. kohtureformist alates on kreditorile antud õigus igat seadusejõulist kohtuotsust, milles on väljamõistetud raha või mida võib raha peale arvutada, lasta sissekanda võlgniku kinnisasjale kohtuliku hüpoteegina.²⁸¹⁾

4) Pandiõiguse lõppemine BES järgi ühtub üldjoontes täiesti Rooma õiguse põhimõtetega, mis on eespool käsitatud, mispärast me seda siinkohal eriti enam ei käsita.

5. 1889 a. kohtureform tõi olulisi muudatusi meie pandiõiguse selles mõttes, et ta kaotas vaiklikud seadusejärgsed ja üldpandiõigused, mis kõigutasid krediiti. Samuti kohtureform parandas oluliselt kinnistusraamatu pidamist, mille tagajärjel eriti kinnispandiõigus omandas avalikkuse ja kindluse. Samal ajal vallasasjade suhtes pandiõigust tunnus-

²⁷⁷⁾ BES § 1384.

²⁷⁸⁾ BES § 2993, 2994.

²⁷⁹⁾ BES § 1389.

²⁸⁰⁾ TKS § 1962, 1964, 1968.

²⁸¹⁾ BES § 1412, TKS § 1846.

²⁸²⁾ BES § 1336.

tati edespidi ainult käsipandi näol pandieseme üleandmisega kreditori valdusse.²⁸²⁾ Nende uuendustega, mis ühendavad endis Rooma ja Saksa õiguse põhimõtteid, on meie pandiõigus oluliselt paranenud, võrreldes 1864 a. kodifikatsiooniga, kuid siiski on tal veel tõsisid puudusi, eriti kinnispandi suhtes. Nende puudustega tutvume, käsitades hüpoteeki kehtiva BES järgi.

§ 21. Hüpoteek BES järgi.

I. Hüpoteegi juriidiline iseloom.

BES-se hüpoteek on omalt iseloomult puhtaktsessoorne kohustus. Seadus vaatleb teda, kui pandiõigust, mis on seatud kinnisvarale.²⁸³⁾ Seepärast on tema suhtes rakendatavad üldiselt hariliku pandiõiguse kohta käivad normid, mõned erandid väljaarvatud. Oma iseloomult on ja jääb ta alati olenevaks nõudest, millele ta on kindlustuseks. Vastavalt sellele kõik vaided, kitsendused ja kustumised, mis tabavad kindlustatud nõuet, kehtivad ka hüpoteegi, kui aktsessoorse kohustuse vastu. Hüpoteek ei teki muidu, kui pole olemas või ei teki hiljem vastav nõue.²⁸⁴⁾

Kui moodsa käibehüpoteegi juures, nagu ülalpool nägime, heausklikkude isikute suhtes kinnistusraamatu sissekanne hüpoteegi muudab iseseisvaks omaette eksisteerivaks õiguseks, siis is meil selline olukord on tundmata. Meil kinnistusraamatusse vastava juriidilise toiminguga sissekandmisel on ainult relatiivne tähtsus: tema katab ainult formaalsed puudused, kuid juriidilise toiminguga materiaalseid nõrkusi ingrossatsioon ei kata.²⁸⁵⁾ Kui moodsa hüpoteegiõiguse järgi ingrosseeritud nõue juba isendast omab jõu ning tähtsuse, siis meie seaduse järgi kõik vaided, mis on olemas esialgse nõude vastu, on ühtlasi maksvad ka ingrosseeritud nõude vastu, nii esialgse kreditori kui ka hilisema tsessionaari suhtes. See- ga tuleb nentida, et meie kinnistusraamatute sissekandeil hüpoteekide

282) BES § 1336.

283) BES § 1336, 1357 märkus, 1569.

284) BES § 1337 märkus, 1339.

285) BES § 3016, kui muu seas on öeldud: "Dagegen hebt die Corroboration nicht die innerem Mängel des Geschäfts, so dass ein in materieller Beziehung an sich ungültiges Rechtsgeschäft durch die Corroboration keine Gültigkeit erlangt".

suhtes puudub see formaalne jõud, mis on tuntud moodsas hüpoteegiõiguses. 286)

Hüpoteek tekib ainult sissekandmisega kinnistusraamatusse. 287)

Sissekande aluseks võivad olla: a) eratoimingud (leping või testament); 288)

b) seadusejõuline kohtuotsus. 289) Kuna 1889 a. kohtureformiga kaotati seaduslikud ja vaiklikud hüpoteegid, siis sellest ajast seadus ei või olla aluseks, et kanda hüpoteeki kinnistusraamatusse. Ainuke erand selles suhtes on säilinud hooldamise asjus, kus hoolekandekohus võib paluda kanda hooldaja kinnisvarale hüpoteegi nõuete kindlustuseks, mis võivad tekkida hoolealuste vara valitsemisest. 290) Eratoimingul põhinev hüpoteek kantakse kinnistusraamatusse ainult omaniku nõusolekul, kuna kohtuotsuse põhjal või hoolekandekohtu korraldusel sissekantavad pandiõigused sellist nõusolekut ei nõua. 291)

Et sissekanne hüpoteegi suhtes oleks kehtiv, selleks on tarvis:

a) et see toimuks vastavas ametasutuses, milleks on kinnisasja asupaiga kinnistusjaoskond; 292)

b) et see toimuks vastaval ajal; nii võib hüpoteegi kinnistamist paluda

286)

Erdmann, II, lhk. 480. Lisaks sellele, mis ülalpool kinnistusraamatute suhtes oli toodud, olgu tähendatud, et seadusandlikes motiives (Gassmann ja Nolcken, op. c. I, lhk. 301-303) Ajutised määrused kinnistasasjade menetluse kohta, § 15) on küll öeldud, et kinnistusraamatute sissekanded on otsustava tähtsusega ja et neile võib heausklik III isik tugeada, kuid seadus ise sellaseid kategoorilisi seisukohti ei väljenda; samuti need motiivid teisel (Aj. määrused § 66 all, Gassmann ja Nolcken, I, lhk. 331-332) samuti tunnustavad, et kinnistusraamatud ei oma ilmtingimatat tähtsust, vaid BES § 3016-3019 jõul nende sissekanded võivad olla vaieldavad. Järelikult, nagu ka Erdmann, II, lhk. 479, nota 5, õieti tähendab, meie seadus tunnustab kinnistusraamatu avalikust ainult kitsamas mõttes, s.t. et kõik toimingud, mis puutuvad kinnisasjasse ja seavad sellele asiõigusi, peavad kohuslikult olema ingrosseeritud, kuid kinnistusraamatu sissekanne, mis põhineb juriidiliselt tühisel aktil, ei kaitse III isikut.

287) BES § 1393, 1569.

288) BES § 1384.

289) BES § 1383, 1412, 1574.

290) BES § 1413.

291) BES § 1576.

292) BES § 1571.

ainult seni, kuni pole kohtu ees tõstetud palve omaniku maksujõuetuks tunnustamise üle; on selline palve kohtule aga avaldatud või koguni vormiline konkurss omaniku vara üle avatud, siis ei või hüpoteekide sissekanne enam toimuda; ²⁹³⁾

c) et nõudel oleksid sissekandmiseks vajalikud omadused, s.t. et nõue oleks kindlustatud pandiga kinnisasjale, teiste sõnadega, et vastavas toimingus oleks öeldud, et vastava nõude kindlustuseks seatakse kinnisasjale pandiõigus, milleks kinnisasja omanik avaldab oma nõusoleku; ²⁹⁴⁾ kui pandiõigus kantakse sisse seadusejõulise kohtuotsuse või hoolekande-kohtu korralduse põhjal, siis omaniku nõusolekut tarvis ei ole;

d) et kinnisasi, mille kohta hüpoteek kinnistusraamatusse kantakse, omaks selleks tarvilikud omadused, s.t. oleks kinnistusraamatu järgi iseseisev uhik ja et võlgnik oleks selle omanik; sellejuures rahasumma, milleni hüpoteegi vastutus ulatab, peab olema täpsalt tähendatud; ²⁹⁵⁾

e) et kinnistamisel oleksid täidetud seaduses ettenähtud formaalsused; selleks, et kinnistamisel kõik vorminõuded oleksid täidetud, tuleb vastav toiming sõlmida kas notari või kinnistusjaoskonna sekretäri juures, kes peavad veenduma aktitegijate teovõimelis. Nagu juba ülalpool oli tähendatud, ingrossatsioon katab kõik vormivead, kuid õigustoimingu sisulisi puudusi ta ei kaota. Eestimaa linnaõiguse järgi ingrosseeritud toimingute vastu ei saa milgil tingimusel enam vaielda, kui on möödunud tähtajaline aasta ingrossatsioonist. ²⁹⁶⁾ Liivimaa ja Eestimaa maaõiguste järgi iga sissekanne kinnistusraamatusse muutub sisuliselt vaieldamatuks, kui on tehtud kohtulik täävituse, millega on kutsutud kõiki huvitatud isikuid omi vaidlusi tähtajalise aasta jooksul ülesandma. ²⁹⁷⁾

2. Hüpoteegikirja, "obligatsiooni", liiklemine käibes.

Hüpoteek tekib vastava akti sissekandmisega kinnistusraamatusse

293) BES § 1572; § 1899 lisa § 5 ja 6, kuid konkursivalitsus võib taotleda ühe aasta jooksul konkursi avamisest arvates hüpoteekide tühistamist, mis on kantud võlgniku kinnisasjale ka enne konkursi avamist, kui ta tõendab, et see on toimunud sihiga teha kahju kreditorile; teatud kordadel on konkursivalitsus sellest tõendamisest vaba (1916a 3. juuli seadus, art. X, p.2, VSKK 1916 a. Nr.194, art. 1645).

294) BES § 1574.

295) BES § 1580.

296) BES § 3018.

297) BES § 3019, TKS § 2054 jj.

ja selle akti tõestatud ära kirja väljaandmisega kinnistuspealkirjaga kinnistusjaoskonnast kreditorile.²⁹⁸⁾ Seda kinnistusjaoskonnast väljaantud akti, mis kehastab eneses vastavat hüpoteegiga kindlustatud rahanouet, nimetatakse meil tavaliselt obligatsiooniks. Olgu tähendatud, et ükski meie seadus ei tunne sellist nimetust. BES (§ 3002) üldse lähemalt ei määra selle akti nime, kutsudes seda üldise sõnaga "tunnistus" (svideteljstvo, Zeugnis), Not. Sead. räägib üldiselt kinnistusaktidest (krepstnõje aktõ), märgitsedes sellega akti, mis tõendab üldse mingisuguse uue õiguse kinnistamist kinnisasjale. Saksa BGB nimetab akti, mis kinnistusametniku poolt hüpoteegi sissekandmise üle väljaantakse ja mis kehastab käibes hüpoteegiga seoses olevat pandiõigust, "Hypothekenbrief" (BGB § 952). Meie eraseaduses ei leidu selle hüpoteegikirja, obligatsiooni, liiklemise kohta erimäärusi. Seepärast hüpoteegikirjaga seoses olevate õiguste edasiandmine, loovutus toimub üldiselt samal alusel, kui see on kohustusõiguses kindlaks määratud (BES § 3474 - 3481). Kuna aga hüpoteek on aktsessorium, siis läheb ta nõudega üheskoos loovutuse korral edasi.²⁹⁹⁾ Nagu iga võladokument, peab obligatsioon sisaldama eneses kreditori nime, sest seadus keelab eraisikuile võladokumente ettenäitaja nimele väljaanda.³⁰⁰⁾ Analoogiline keeld on ka Saksa BGB,³⁰¹⁾ eriti nõutakse, et hüpoteegi sissekandmisel oleks märgitud kreditori nimi,³⁰²⁾ hüpoteegi blanko loovutus on BGB järgi üldse keelatud.³⁰³⁾ Meie kinnistusjaoskondade tegeluses tekitas kahtlusi küsimus, kas on lubatav blankopealkirjutuse tegemine obligatsioonile pärast obligatsiooni tegemist notari juures, kuid enne selle korroboratsiooni? See küsimus oli arutusel Riigikohtu üldkogus ja seal seletati, et obligatsioonide varustamine blanko-pealkirjutustega enne nende sissekandmist kinnistusraamatusse on lubamata, mispärast kinnistusjaoskonnad ei või kinnistada selliseid obli-

298) BES § 3002; Not, Sead. § 360-363; Vene Sen. Üldk. ots. 1897/46.

299) BES § 1339, 3476.

300) BES § 3121 märkus.

301) § 795.

302) BGB § 1115.

303) BGB § 1154.

gatsioone.³⁰⁴⁾ Riigikohus on lähtunud siin põhimõttest, et eme hüpoteegi kinnistamist mingisugust pandiõigust obligatsiooni järgi kinnistasjale ei teki. Kuna aga BES § 3476 järgi keegi rohkem õigusi ei või teisele üle anda, kui tal enesel on, siis ei saa kreditor, kellel enesel pandiõigust ei ole, enne hüpoteegi kinnistamist üle anda ka pandiga kindlustatud nõudmise õigust. On ta aga oma nõudmise õiguse, mida võlgnik oli kohustatud hüpoteegiga kindlustama, siiski enne selle kohustuse täideviimist ettenäitajale in blanko üle andnud, siis on tsessionaar selle blanko- pealkirjutuse põhjal omandanud ainult pandiga kindlustamata jäänud nõudmise õiguse, mille kindlustamist hüpoteegiga ta juba ei või taotella, sest et obligatsiooni kinnistamine nimeta ettenäitaja kasuks üldse pole lubatud.

Selle Riigikohtu seisukoha vastu on vaieldud,³⁰⁵⁾ kuid näib, et see seisukoht on siiski õige ja seisab kokkukõlas nende seadusereeglitega, mis korraldavad meil pandiõigust üldse, eriti aga pandiõigust kinnistasjale. Kuna pandiõigus kinnistasjale ei teki muidu, kui kinnistusraamatuse kandmisega ning pandiõigus on peanõudest lahutamata (BES § 1337, 1339), ning peanõude tsedeerimise korral (see üle) läheb BES § 3476 põhjal kõigile tema juurde kuuluvate ja loovutuse momendil juba olemasolevate õigustega.³⁰⁶⁾ Järelikult kui loovutuse momendil peanõude kohta mingisugust pandiõigust kinnistasjal veel ei olegi tsedendi kasuks, siis ei või selle üleminekust tsessionaarile juttu olla. Kui aga oletada, et tsessionaar võiks loovutuse põhjal nõuda talle blanko tsedeeritud obligatsiooni sissekandmist kinnistusraamatusse olgugi tsedendi nimele, siis oleks sellega värvavad avatud igasugustele fiktiivtehinguile ning ei saaks enam juttu olla hüpoteegist kui puhtaktsessoorsest kohustusest, mida ta BES selgete ning kategooriliste eeskirjade järgi on, vaid meie hüpoteek muutuks täiesti abstraktseks kohustuseks, veelgi abstraktsemaks, kui on seda Saksa

304) Üldkogu otsus 19.IV.1926 a. avaldatud 1926 a. otsuste kogus Nr.6 all.

305) W.Kaznelson, Blankoõireeritud obligatsioonid, Õigus Nr.1 - 1936 a.

306) BES § 3476 ütleb: "Der Cessionar kann zwar nicht mehr und keine größeren Rechte erwerben, als der Cedent hatte: allein die Forderung geht mit allen dazu gehörigen und im Augenblicke des Cession bereits begründeten Rechten auf ihn über"...

310) BES § 8123.

käibehüpoteek, mida näiteks ei saa muuta blankopealkirjaga edasiantavaks väärtpaberiks. Iga sugune alus puudub aga väitel, nagu võimaldaks blankopealkirjutusega obligatsioone enne kinnistamist tsedeerida BES § 3467.³⁰⁷⁾ Siin on jutt ainult sellest, milliseid nõudeõigusi võib loovutada, kuid olemasolemata pandiõigust kinnisvarale, mille tekkimiseks seadus nõuab kinnistamist ja seda kindla isiku nimele ning selleks vastavat tahteavaldust omaniku-võlgniku poolt, ei saa milgil viisil ^{Cusida} tingimõiguseks, mis saab tulevikus ja mida enne selle saabumist võiks loovutada. BES § 3472, 2993 ühisest mõttest järgneb, et obligatsioonil, kui vastava võlakohustuse loovutus võib toimuda ainult vastava loovutusaktiga, s.t. kirjalikult, mis tavaliselt kirjutatakse obligatsioonil endal, millele järgneb obligatsiooni üleandmine. Vene Senat asus seisukohal, et obligatsiooni loovutust ei saa tõendada tunnistajate läbi, vaid selleks on tarvis kirjalikku tõendust.³⁰⁸⁾ Meie kinnispandiõiguses blanko-loovutus, mis Saksa BGB on täiesti tundmata, mängib suurt osa. Õieti see instituut ongi see, mis võimaldab obligatsioonil liikleda väärtpaberina ja sellejuures kaugelt suuremas ulatuses, kui see võimalik oleks seaduse otsese mõtte järgi. Blanko-loovutus tähendab seda, et võladokument võib olla edasiantud vastava loovutuspealkirja kirjutamisega sellel dokumendil mitte ainult teatud kreditori nimele, vaid igale ettenäitajale. Sellised ettenäitajale loovutatud kohustused alluvad näitepaberite reeglitele,³⁰⁹⁾ kuid ainult teatud ulatuses: ainult liiklemise viisis ning võimes, s.t. omandusõigus nende paberite suhtes, samuti meist järgneva nõudeõiguste üleandmine toimub lihtsalt dokumendi üleandmisega käest kätte.³¹⁰⁾ Kuid kõik teised reeglid näitepaberite suhtes, eriti ka eeskirjad, mis ütlevad, et võlgnik ei või ennast kaitsta vaidega paberi pidaja vastu, mis tal või-

307) W.Kaznelson, main. artiklis.

308) Toodud Bukovskis kommentarina "w" § 3471 all. Siin on kahtlemata silmaspeetud esimest loovutust, milleks kreditor peab vastava loovutuspealkirja tegema; on aga obligatsioon edasiantud nn. blankopealkirjaga, siis võib ta liikleda, ilma et uut pealkirja tarvis oleks, vaid dokumendi seaduslik pidaja on igauks, kelle käes see on (BES § 3473, 3122, 3123).

309) BES § 3473.

310) BES § 3123.

sid olla esialgse või mõne vahepealse kreditori vastu, ³¹¹⁾ pole kohaldatavad ettenäitajale tsedeeritud obligatsiooni suhtes. Järelikult obligatsiooni pidaja, kellele see on üleantud blanko-loovutuspealkirjaga, osutub ainult esialgse kreditori õigusjärglaseks, mispärast tema ei oma obligatsiooni järgi iseseisvat, eelmisest kreditorist sõltumatat õigust. Kuid selle juures need obligatsioonipidajad, kelle käes see dokument oli ~~blanko~~ edasiantupealkirja alusel, kuid kes selle jälle edasi on andnud, ilma et nad endid vastavate pealkirjade läbi oleksid legitimeerinud selle järgi kreditoriks, s.t. on dokumendi ja sellega seoses olevad õigused loovutanud käest kätte ilma jälge dokumendil jätmata, langevad arvestusest välja. Järelikult, kui seaduse järgi ³¹²⁾ võlgnik võib ennast tsessionaari vastu kaitsta mitte ainult kõigi vaietega, mis ta selle vastu isiklikult on, vaid ka ~~need~~ ^{nendega}, mis tal olid loovutuse momendil tseдени vastu, siis pole tal õigust ennast kaitsta vaietega, mis tal võisid olla mõne obligatsioonipidaja vastu, kelle käes see oli vahe peal blanko-edasiantupealkirja alusel, kuid kellelt see oli edasiantud käest kätte uuele kreditorile, ilma et selle üle obligatsioonis mingit pealkirja oleks tehtud. ³¹³⁾ Kõik sellised eelnenud obligatsioonipidajad, kellest pole dokumendil jälge jäänud, ei eksisteeri heauskliku obligatsiooni hilisema pidaja suhtes juriidiliselt üldse.

311) BES § 3125.

312) BES § 3480.

313) Zwingmann, IV, lhk. 202, Vene Senati TKD otsuses 1912 a. Nr.136 Tassa asjas seletatakse: "Blanko-pealkirjaga edasiantud obligatsiooni ~~pidaja~~ keda BES § 3122 põhjal loetakse selle kohustuse väljaandja kreditoriks, peab täpsalt teadma peale oma võlgniku ainult seda kohustuse tseдени, kellele kohustus oli väljaantud; tema osutub nagu selle otseseks õigusjärglaseks, kuna kõik vahepealsed tseдениd, kes pole jätnud kohustusele jälge, ^{ei} nii ütelda jäljetalt ~~ei~~ kohustusest välja langenud, mispärast sellise dokumendi pidaja ei või olla kohustatud isegi teadma, kelle käes oli see dokument enne, kui see sattus tema kätte. Sel põhjusel ei saa sellise paberi heauskliku pidaja peale panna kohustust vastata vaietele, mis on sihitud talle eelnenud kohustuse pidajate vastu, kes pole sellele jälge jätnud... Vastupidine seisukoht poleks mitte ainult ebaõige, vaid hävitaks nende paberite vaba liiklemise, mis on ettenähtud BES § 3123, sest on ilmne, et ükski ettevaatlik inimene ei nõustuks enese peale üle võtma nõuet, mis võib seoses ^{ole} tema suhtes vastutusega kõigi talle tundmatute selle paberi pidajate eest".

Nii võime siis ütelda, et blanko-loovutuse korral iga võladokumendi pidaja omandab õigusjärglasena kõik esimese kreditori, samuti ka selle kreditori õigused, kes tegi dokumendile blanko-edasiandepalkkirja, mispärast võlgnik on õigustatud iga sellise võlaakti pidaja vastu esitada kõik need vaided, mis tema oleks võinud teha iga kreditori vastu, kes sellisena on märgitud võladokumendis.

Kuna meie pandiõiguses lähemad eeskirjad obligatsiooni liiklemise kohta puuduvad ja seepärast võlaõiguses leiduvaid loovutusinstituudi reeglid ka obligatsiooni loovutuse suhtes tuleb rakendada ning need eeskirjad on rakendatavad ainult selle loovutuse viisi kohta, siis on selge, et obligatsiooni pidaja vastu võlgnik võib esitada kõiki vaideid, mis järgnevad obligatsiooni kui pandiõigusega seoses oleva kohustuse vastu. Kuna pandiõigus eeldab teatud nõude olemasolu, millele ta on kindlustuseks ning millega ta on seoses (BES § 1337, 1339), s.t. pandiõiguse tekkimiseks on tarvis vastav causa debendi, siis BES § 3480 põhjal võlgnik võib obligatsiooni pidaja vastu esitada vaide, et obligatsioon on väljaantud fiktiivselt, s.t. et nõuet, mille kindlustuseks ta pidi olema, pole tegelikult olemas (BES § 2951, 2952). See on väga oluline vaie. Kui eriti silmas pidada meie pandiõiguse, selle seas ka kinnispan-di, puhtaktessorset iseloomu, mille suhtes ka kinnistusraamatu sissekanne asja millegagi ei muuda, - siis näib meile, et selle vaide vastu kreditor võib osutada tihti väga raskes olukorras olevaks. Kuna aga elu on kaugemale arenenud, kui meie pandiõigus, siis näeme, et kohtupraktis on juba enne 1889 a. kohtureformi katsunud leida väljapääsu ummikust, milles meie reaalkrediit on puuduliku pandiõiguse tõttu. Nii leiame Zwingmanni kogus mitu otsust, kus on väljendatud põhimõte, et obligatsiooni tegemine isiku nimele, kes tõepoolest ei olegi kreditor, vaid sellisena esineb ainult selleks, et varustada obligatsiooni oma blanko-edasiandepalkkirjaga, et sellega võimalus oleks obligatsiooni lasta krediidinstrumendina käiku, pole mingisugune simulatsioon, vaid tõeline juriidilise toiminguga tekitamine eesmärgiga saada omanikul kinnisasja kindlustusel krediiti. Samuti on Vene Senat oma üslpool mainitud

314)

Zwingmann, V, otsus Nr.753, 737,I; VI, otsused Nr.1072, 1073 j.m.t.

otsuses Tassa asjas teatud määral aktseptinud seda seisukohta. Kuid kõik need seisukohad on arusaadavad käibe huvide seisukohalt, kuid neid on raske, ütleksime võimata, põhjendada meie kehtiva õiguse normide põhjal. Kohus peaks siin kinnispandiõigusele andma koguni teise sisu ja põhimõtteid, kui see järgneb kehtivast seadusest, millele kohus aga peab baseeruma.³¹⁵⁾ Kui nõrgad Zwingmanni kogus tsiteeritud otsuste alused on, selgub juba sellest, et kohus siin omi seisukohta põhistab moodsa Saksa õigusteooria vaatekohtadega, tsiteerides Stobbe ja teiste autorite töid. Need teoreetikud rajavad aga oma järeldused koguni teistsugustele õigusnormidele, kui seda on BES pandiõiguse põhimõtted, mis oluliselt on jäänud truiks Rooma pandiõiguse alustele. Moodne Saksa kinnispandiõigus pole aga ialgi Baltimaal olnud retspeeritud, eriti ka mitte Bunge kodifikatsioonis. 1889 a. reform ei ole selles suhtes ka oluliselt midagi muutnud. Erdmann on omal ajal vihjanud neile asioludele³¹⁶⁾ ja peab ütleva, et sellist ajast saadikd kohtupraktis ning õigusteooria pole palju edasi jõudnud. Ka praegu peab nentima, et BES kinnispandiõigus üldse, eriti aga sellega seoses olevate võladokumentide liiklemine ja loovutus tsiviilises käibes osutub seadustiku nõrgemaks kohaks, kus kohtutegelus on väga kõikum ja kus tegelikus elus alatasa tõuseb esile probleeme, mille kohta seadusest ei leidu otsest ega kaudset vastust. Tegelik elu nõuded ja tarbed on siin ammu ülekasvanud vananenud seadusenormidest. Parandust võib siin tuua ainult seadusandlikul teel.-

3. Hüpoteegi kustumine.

Kuivõrd Balti Eraseaduse hüpoteek omalt iseloomult on aktsessoorne, ilmneb eriti ka sellest, et seadus sõnaselgelt tema kustutamisele rakendab samad viisid, mis on kehtivad pandiõiguse kustumiseks üldiselt.³¹⁷⁾ Erand on ainult aegumise suhtes, mis hüpoteeki ei kustuta. See erand on rajatud põhimõttele, et kinnistusraamatusse kantud õigus ei kuulu aegumisele.³¹⁸⁾ Kuid kinnistatud õigusest tuletuvad kõrvalõigused (protsen-

315) TKS § 9.

316) Erdmann, II, lhk. 484, nota 1; § 173.

317) BES § 1597.

318) BES § 3636.

did, tagatised, kulud) alluvad aegumisele üldalusel, olgu siis, et nad on moodas õiguses nn. omaniku-hüpoteegil. Sellist järeidust meie BES on kapitaliseeritud erisummaks ja ingrosseeritud kinnistusraamatusse, normidest ei riskeeriks aga tema. Kui kohtupraktika mõnel juhul mis juhul nad samuti ei aegu. 319)

Kuid rõhutades nii otsustavalt alla hüpoteegi aktssessorsele iseloomule ja seades ta üldalusele muu pandiõigusega, on seadusandja siiski olulise muudatuse teinud, mis põhimõtteis hüpoteegi formaalse kustutamise mõttes, kui ta ütleb, et "hüpoteegi aluse kustutamine üksi pole küllaldane, et täielikult lõpetada hüpoteeki, mis pärast see pole kolmandaile isikuile kohuslik, kuni pole hüpoteegi lõppemine märgitud vastavas kinnistusraamatus." 320) Järelikult kolmandaile isikuile pole kohuslik faktiline, vaid formaalne hüpoteegi lõppemine, mis toimub kinnistusraamatusse vastava sissekande tegemisega. Kuigi nõue, mis oli hüpoteegi aluseks, on kustunud näit. per confusionem, siis hüpoteek kolmandate isikute suhtes kehtib formaalselt edasi, kuni ta pole kustutata kinnistusraamatust. Tekib küsimus, keda seadus mõistab siin "kolmandate isikute" all. Kuna hüpoteegiga seoses olevaid õigusi võib loovutada ainult tsessiooni teel ning tsessionaar osutub ainult esimese kreditori õigusjärglaseks, 321) ning võlgnik tema vastu võib esitada vaide hüpoteegi aluse kustumise üle, siis ei saa "kolmanda isiku" all mõista tsessionaari või teisi kustunud hüpoteegilise nõude õigusjärglasi, sest et need isikud ei või omada rohkem õigusi, kui esimene kreditor, kelle suhtes aga hüpoteegi aluseks olev nõue on kustunud. 322) On õige, et tegelikult lastakse üuesti käiku obligatsioon, mis võlgniku enese kätte on sattunud ja kus hüpoteegi aluseks olev nõue on kustunud per confusionem, 323) kuid meie seadus sellist teguviisi milgil kombel ei õigusta, sest sellega oleks täiesti kadunud hüpoteegi aktssessorne iseloom ja me peaksime omistama meie hüpoteegile samad funktsioonid, kui

319) Erdmann, II, lhk. 487.

320) BES § 1598.

321) BES § 3476, 3480.

322) Erdmann, II, lhk. 484.

323) BES § 1421, 3565.

on moodsas õiguses nn. omaniku-hüpoteegil. Sellist järeldust meie BES normidest ei riskeeriks aga keegi teha. Kui kohtupraktis mõnel juhul siiski sellisele hädaohtlikule teele on asunud,³²⁴⁾ siis on siin lähtekohaks olnud küll käibe huvid ja obligatsioonide liiklemise hõlbustamine, kuid selle juures on ignoreeritud meie seaduse norme. Vene Senat toetub küll BES § 3567, mis käib kohustusõiguse kohta, nagu nähtub ta allikaist, kuid ei võta selle juures sugugi arvesse § 1421, mis korrab confusio't pandiõiguse suhtes ja selle all olevaid allikaid, mille mõte on selline, et pandiõigus, mis konfusiooni läbi on kustunud, ei või hiljem uuesti ellu ärkada, kui kreditor hiljem võõrandab omandatud asja teisele või oma nõudeõiguse edasi loovutab. Rooma õiguse põhimõtte järgi, millele BES § 1421 on rajatud, jääb kord kustunud ^{pandiõiguse} vahekord lõplikult kustunuks.³²⁵⁾ Nii näit. kustub servituut lõplikult ja jäädavalt, kui valitseva kinnisasja omanik omandab ka teeniva kinnisasja.³²⁶⁾ Sel põhjusel on õige Erdmanni seisukoht,³²⁷⁾ et kustunud hüpoteegi loovutus, mis praksises tihti ette tuleb, on kaunis hädaohtlik asi, mis püsib ainult selle tõttu, et hüpoteegi kustumist on raske tõendada, kuid juhul, kui selline tõendamine siiski võimalik on, võib tsessionaar, kellele on loovutatud hüpoteegiga kindlustatud obligatsioon, mille alus on kustunud, sattuda raskesse olukorda ja tema hagi, mis onsihitud rahulduse saamisele kinnisasjast (BES § 1569), 1335), võib kuuluda tagasilükkamisele.

Erdmanni arvates³²⁸⁾ tuleb "kolmandate isikute" all siin mõista kinnisasja kolmandaid kreditore, eriti tagapool seisvaid hüpoteekaare. BES § 1598 keelab järelikult neile edasi nihkuda oma hüpoteekidega vabale pandikohale kuni pole toimunud kustunud hüpoteegi formaalne mahakus-

324) Näit. Vene Senati TKD otsus 1912 a. Nr.120 Tasso asjas, samuti Riia raekohus (Zwingmann, VI, otsused Nr.1072 ja 1073); VIII, Nr.1552 ja 1553).

325) D., 46,3 De solutionibus et liberationibus, 98,8: "In perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest".

326) Dernburg, Pfandrecht, II, § 171.

327) Erdmann, II, lhk. 484.

328) Erdmann, II, lhk. 485.

tutamise kinnistusraamatust. Sellist maha kustutamist võib taotella võlgnik, kuid kreditori nõusolekul, mida võib teatud korral asendada kohtuotsus või kohtumäärus juhul, kui hüpoteek kustutakse mortifikatsiooni teel ³²⁹⁾ täävitusemenetluse korras. Samuti võivad hüpoteegi kinnistusraamatust kustutamist paluda võlgniku õigusjärglased, nagu pärandustomp, pärijad, samuti konkursivalitsus. Tekib küsimus, kas selline õigus on tagapool seisvail hüpoteekaarseil kreditoridel. Erdmann eitab nende suhtes sellist õigust, väites, et samuti nagu ingrossatsiooni juures on tarvilik võlgniku nõusolek, samuti ei saavat kolmandad isikud võlgniku nõusolekuta taotella ingrosseeritud võla kustutamist, kuigi hüpoteegi alus oleks ära langemud. ³³⁰⁾ Seda seisukohta saab aga vaevalt õigeks pidada. Kõige pealt hüpoteegi sissekandmine võib toimuda omaniku nõusolekuta, kui sissekantakse hüpoteek seadusejõulise kohtuotsuse põhjal. ³³¹⁾ Hüpoteek võib aga kustutatud olla ka kohtuotsuse põhjal. ³³²⁾ Kuna tagapoolseisvate hüpoteekide pidajate huvid on sihitud selle peale, et kinnisvarast saada täit rahuldust, siis võib neil olla huvi nõuda eelseisva hüpoteegi kustutamist kinnistusraamatust kohtuotsusega põhjusel, et hüpoteek on kustunud ning et seepärast pole alust formaalselt hüpoteeki pidada veel kinnistusraamatus, vaid et see tuleb kustutada, mille läbi tagapool seisvad hüpoteegid nihkuksid vastavalt edasi. Sellist õigust ei oleks tagapool seisvail hüpoteekaaridel ainult siis, kui kinnisasja on ostnud üks kreditor, kusjuures tema kasuks sel kinnisasjal olev hüpoteek, samuti teiste kreditoride hüpoteegid jäävad muutmata ³³³⁾ ja seda muidugi sel eeldusel, et kreditor, ostes kinnisasja, on arvestanud hüpoteegi ostuhinna hulka. Järelikult kui siin kinnisvara võõrandatakse mõne teise hüpoteekaarse kreditori nõudel, tuleb omaniku hüpoteegile arvestada kinnisasja väärtusest vastav summa, arvestades ta hüpoteegi vanust.

329) BES § 1600, TKS § 2081 - 2086.

330) Erdmann, II, lhk. 486.

331) BES § 1383, 1412.

332) BES § 1600.

333) BES § 1363, 1394.

Jääb meil üle vaadelda veel mõningaid iseärasusi hüpoteekide kustutamisel.

Seadus³³⁴⁾ rõhutab, et kinnispandiõigus kustub ka kreditori loobumise tagajärjel, kuid see loobumine ei või olla kaudne, vaid peab väljenduma sõnaselgelt ning peab olema vastuvõetud kinnisasja omaniku-võlgniku poolt.³³⁵⁾

Kinnisasja sundmüügi korral kustutakse kohtumäärusega kinnistusraamatust kõik hüpoteegid, milliste kohta ostja pole otseselt avaldanud, et ta võtab need oma peale.³³⁶⁾ Seda kohus peab tegema oma sundmüügi kinnitamise määruses ex officio.³³⁷⁾

4. Üldkokkuvõtteid.

BES hüpoteegiõigus oli 1889 a. kohtureformini rajatud Rooma pandiõiguse põhimõttele, tunnustades hüpoteeki nii kinnis- kui vallasasjale, samuti tunnustades seadusjärgseid vaiklikke kui ka üldhüpoteeke tervele võlgniku varale. Kinnistusraamatute sissekanne hüpoteekide suhtes polnud järjekindlalt läbiviidud, mispärast seadusejärgsed hüpoteegid kehtisid ka ilma ingrosseerimata; erandiks oli ainult Eestimaa linnaõigus, kus ei tuntud avalikku üldhüpoteeki ja kus hüpoteegi seadmine kinnisasjale võis toimuda ainult kohtu ees kohturaamatuisse kandmisega.³³⁸⁾ 1889 a. kohtureform moderniseeris kinnistusraamatute pidamisviisi ja lõi uued asutused nende raamatute pidamiseks, kuid materiaalõiguslikud normid, mis korraldavad õiguste sissekandmist kinnistusraamatuisse, jäid üldiselt muutmata.

Kinnispandiõigust muutis 1889 a. kohtureform selles mõttes, et eraõigusest heideti välja seadusejärgi tekkiv vaiklik, samuti üldhüpoteek. Hüpoteegiga võib koormata ainult iseseisvat kinnisasja. Hüpoteek tekib alles vastava sissekande tegemisega kinnistusraamatus, kusjuures sissekande aluseks võib olla vabatahtlik toiming, leping või testament või seadusejõuline kohtuotsus, millega võlgnikult mõni rahasumma on väl-

334) BES § 1424.

335) Erdmann, II, lhk. 394.

336) BES § 1602, 3967.

337) TKS § 1874 p. 1. Gassmann ja Nolken, I, lhk. 113.

338) Erdmann, II, lhk. 504.

ja mõistetud.

Nende muudatustega piirdubki 1889 a. reform. Tuleb seega nentida, et kehtiv BES kinnispandiõigust vaatab kui üht osa üldisest pandiõigusest, mis on rajatud ühistele alustele. BES hüpoteek ei moodusta seega mingit erilist pandiõiguse alaliiki omaette juriidiliste omadustega, vaid ta baseerub üldiselt Rooma õiguses väljakujunenud põhimõtetel. Moodsa kinnispandiõiguse alused ja põhimõtted, mis arenesid Saksamaal ja Schveitsis XIX s. jooksul ja leidsid väljendust lõplukul kujul Saksa BGB ja Schveitsi ZGB, on BES normidele tundmatud, mõni väike erand väljaarvatud. Kohtupraxis enne 1889 a. reformi, lähtudes reaalkrediidi ja kodanliku käibe huvidest, on püüdnud rakendada Saksa moodsa kinnispandiõiguse põhimõtteid ka BES normide kohaldamisel. Neid seisukohti on hilisem kohtupraxis üldiselt kimni püüdnud, kuid neid seisukohti on raske kokkukõlla viia meil kehtiva seadusega.

Üldkokkuvõttena võime ütelda, et kinnispandiõiguse normid BES on vananenud, ei vasta nüüdisaja majanduselu nõudeile, mispärast vastav seaduslik reform on mööd apääsemata.
