

PIIRATUD ASJAÕIGUSED OMALE ASJALE

ELMAR ILUS

MIT EINEM REFERAT:

DIE BEGRENZTEN DINGLICHEN RECHTE AN EIGENER SACHE

TARTU 1939

K. Mattiesen trükikoda o.-ü., Tartu, 1939.

Sisukord.

Sissejuhatus.	1
Üldisi märkmeid. Probleemi püstitamine. Piiratud asjaõiguste vajalikkus omale asjale õiguskäibes. Töö ülesehituse kava.	
Peatükk I.	
Asjaõigusliku kokkumise kustutav toime ja piiratud asjaõiguste omale asjale probleem	16
Kokkumisest üldse: kokkumise olemus ja liigitus. — Asjaõiguslik kokkumine. — Kokkumise õigust-kustutav toime ja selle teooriaid. — Asjaõigusliku kokkumise kustutav toime Rooma õiguses. — Asjaõigusliku kokkumise kustutav toime vanas Germaani õiguses. — Asjaõiguslik kokkumine praegusaaja tähtsamates seadusandlustes: Saksa, Šveitsi, Austria, Ungari, Tšehhoslovakkia, Prantsuse, Itaalia, Hispaania, Inglise, Kalifornia, Brasiilia, Ex-Vene õiguses, BES, Läti CL ja Eesti 1936. a. tsiviilseadustiku eelnõu järgi. — Kokkuvõte.	
Peatükk II.	
Omandiõiguse olemus ja piiratud asjaõigused omale asjale	51
Omandiõiguse probleemist üldse. — Roomaõiguslik ja germaaniõiguslik omand. — Käesoleva aja omandiõigus. — Omandiõiguse definitsioonidest üldse. — Omandiõiguse definitsioonide liigitus kolme rühma: funktsionaalseteks, kvantitatiivseteks ja kvalitatiivseteks definitsioonideks ning piiratud asjaõiguste omale asjale konstrueerimise võimalus nende definitsioonide seisukohalt. — Omandiõiguse ja piiratud asjaõiguste suhe, eriti erinevus sisult ja ulatuselt. — Omandiõiguse elastsuse (vetruvuse) põhimõte. Elastsuse olemus ja avaldumine. Vaade elastsusele kui seistatavale tungile. — Kokkuvõtted.	
Peatükk III.	
Kinnistusraamat ja tema tähendus soodustava tegurina piiratud asjaõiguste omale asjale probleemis	72
Kinnistusraamatu olemus ja tähendus asjaõiguses. — Kinnistusraamatu päritolu ja areng. — Kinnistusraamatu põhimõte.	

test üldse. — Kinnistusraamatu süsteemide liigitusi. — Üksikuid kinnistusraamatu süsteeme: Torrensi süsteem. Eestis kehtiv kinnistuskord. Taani ja Rootsi kinnistuskord. Prantsuse kinnistussüsteem. Inglise kinnistuskord. — Piiratud asjaõiguste omale asjale probleemi lahendusel eriti olulise tähendusega kinnistusraamatu põhimõtted: sissekande, avaliku usalduse ja eriti esimusastme (prioriteedi) põhimõte. — Õiguste konkurents ja esimusaste. — Asjaõiguslik esimusaste. — Esimusastme teooriaid. — Esimusastme liigid. — Sissekannetega asjaõiguste esimusastme (vanuse) määramine üksikutes tähtsamates seadusandlustes. — Esimusastme muutmisest ja esimusastme reserveerimisest kui kinnistusraamatulise esimusastme põhimõtte korrektiividest üldse ja üksikutes seadusandlustes. — Esimusastme paremaks muutmine ja halvendamine. — Prioriteedi-põhimõtte hinnang. — Kokkuvõtted.

Peatükk IV.

Asjaõiguste süsteem ja piiratud asjaõigused omale asjale selles süsteemis 106

Õiguse üldine liigitus isiku- ja varaõiguseks. — Varaõiguste liigitus: asjaõigused ja obligatsioonioigus ning nende vahel vahetegemise probleemist üldse. — Asja- ja obligatsioonioiguse vahe vanas Rooma, vanas Germaani ja Inglise õiguses. — Asjaõiguste üldine iseloomustus. Asjaõiguste üksikuid tunnuseid. Eriti asjaõiguses kehtiv *numerus clausus*'e põhimõte.

Asjaõiguste süstemaatika: Asjaõiguste liigitus provisoorseteks ja definitiivseteks. — Asjaõiguste liigitus objekti kuuluvuse järgi. — Asjaõiguste liigitus õigustuste ulatuse (mahu) järgi. — Sinaiski poolt loodud asjaõiguste-süsteem. — Asjaõiguste-süsteeme seadusandlustes. — Omandiõiguse ja piiratud asjaõiguste suhe asjaõiguste süstematiseerimise seisukohast. — Piiratud asjaõiguste klassifikatsioone: Piiratud asjaõiguste liigitus iseseisvateks ja asjaõiguslikku laadi isikuõiguslikkudeks õigussuheteks. — Piiratud asjaõiguste liigitus sisu ja ulatuse alusel. Piiratud asjaõiguste liigitus subjekti alusel. Piiratud asjaõiguste liigitus objekti kuuluvuse alusel. — Asjaõiguste jaotus substantis- ja väärtusõigusteks. — Eriti väärtusõiguste probleem, nende olemus (Kohler) ja liigitus. — Õpetus nn. omaldamisõigusest. — Kokkuvõtted.

Peatükk V.

Piiratud asjaõiguste omale asjale olemus, iseloom ja liigitus 128

Vaateid piiratud asjaõiguste omale asjale küsimuses ja nende vaadete hinnang. — Piiratud asjaõiguste omale asjale olemus, iseloom ja liigitus.

Peatükk VI.

Piiratud asjaõiguste omale asjale üksikuid instituute tähtsamates seadusandlustes	153
Omanikuservituudi ja omaniku-kinnispandi probleem seadus- andlustes. — Tähtsamate seadusandluste sätteid üksikute pii- ratud asjaõiguste omale asjale instituutide kohta.	
Kokkuvõte	196
Osundatud teoste loend	197
Referat: Die begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache	205

Sissejuhatus.

Üldisi märkmeid. Probleemi püstitamine. Piiratud asjaõiguste vajalikkus omale asjale õiguskäibes. Töö ülesehituse kava.

Kõrvutades õiguslauseid: „nulli enim res sua servit“ (Paulus, D. 8. 2. 26) ja „neque pignus neque depositum neque precarium neque emtio neque locatio rei suae consistere potest“ (Ulpianus, D. 50. 17. 45. pr.) moodsate, neile just diametraalselt vastupidi-seid seisukohti väljendavate õigussätetega: „Der Eigentümer ist befugt, auf seinem Grundstück zu gunsten eines andern ihm gehörigen Grundstückes eine Dienstbarkeit zu errichten“ (ZGB art. 733) ja „Eine Grundschuld kann auch für den Eigenthümer bestellt werden“ (BGB § 1196 I), peab mõtlema pidevale õiguse arengule, kus võivad tekkida algul üksikute uute õigusvormidena, hiljemini nende terve rühmana õigused, mis varemalt tundusid täiesti mõttetusena.

Sest kuigi tsiviilõiguse areng on oma laadilt võrdlemisi aeglane, kuigi instituudid, nende algmed kerkivad esile ja kujunevad „ettevaatlikult“, toimuvad ometi muudatused, tihtigi kardinaalsed.

Ja kui tsiviilõiguse areng on, nagu öeldud, võrdlemisi pidev ja aeglane, siis eriti asjaõiguse vallas on see areng võtnud veel eri-ilme ühe temas valitseva erilise „konservatiivse“ joone tõttu — instituutide arvulise kasvamise mõttes.

Üldiselt kehtib asjaõiguse kohta nn. s u l e t u d s ü s t e e m i p õ h i m õ t e : asjaõiguste tüübid on arvult piiratud, sest käesoleva aja õigus tunnustab vaid kindlaks määratud asjaõiguslikke instituute.

Samal ajal, kui näiteks obligatsiooniõiguses, kus on valitsemas lepingu vabaduse printsiip, võivad pooled üldreeglina luua seadustikes otseselt mitte leiduvaid, s. o. ka mittetüüpilisi lepinguid (tingimusega muidugi: mitte *contra leges* ja *bonos mores*),

siis asjaõiguse valdkonnas pole seesuguste uute iseseisvate, mitte-tüüpiliste õigussuhete loomine asjaosaliste eneste poolt üldreeglinas mitte lubatav.

Kuid see *numerus clausus*'e põhimõte asjaõiguses ei tähenda kaugeltki veel seda, et asjaõiguste tüübid oleksid aegade jooksul ja kõikjal ühed ja samad. Ei: nii ajas kui ruumis näeme asjaõiguste suletud süsteemis teatavaid muudatusi ja erinevusi; sõltudes väga mitmesugustest faktoritest — nii loomulikest, majanduslikest, juriidilistest kui ka psühholoogilistest, tunnustatakse seesuguseid asjaõigusi, nagu üldse õigusinstituute, vahel vähemal, siis jälle rohkemal arvul.

Veel enam, on olnud ja osalt on õigussüsteeme, kus asjaõiguste *numerus clausus*'e põhimõte polegi kehtiv.

On üldtunnustatud tõsiasi, et tsiviilõiguse instituutide ajaloolise arengu ja majandusliku struktuuri ajaloo vahel on tihe side. Seejuures peab tähendama, et kord tekkinud üldised õigussvormid võivad hiljemini peale algülesannete ka hoopis teisi elulisi vajadusi täitma hakata. Ja need õigustüübid võivad vahel jääda peaaegu muutumatuks, nad võivad aga samuti muuta oma esialgset struktuuri. Üldiselt aga võime seesuguste instituutide arengus siiski, nagu varemalt märgitud, teatavat alalhoidlikkuse ilmet tähele panna.

Ka asjaõiguslike instituutide ajaloolise arengu vaatlemisel näeme, et nad on võrdlemisi püsiva iseloomuga. Olgu küll, et algvormidele on aja jooksul lisandunud uusi instituute — vanemad õiguskujud kaovad harva —, elavad nad uute kõrval edasi, tihti vaid muutudes üksikasjus — ajaga kooskõlas.

Kuigi obligatsiooniõiguse alal toimuvad vastavad muudatused võrdlemisi kergemalt, ei saa ometi eitada muudatusi ka asjaõiguse alal. Ka seal on praktilise elu tarbe sunnil üksikud murangulise tähendusega muudatused võimalikud.

Teatav pretsedentsjuhus sageneb, suudab tungida tegelikku ellu, ja nõuab reglementatsiooni.

Ükskõik, on siis see esimesena seadusandlus, kus antakse uuele instituudile normeerings, või leiab vastav eluline suhe tähelepanu ja tunnustuse esialgselt õigusteoreetilises käsitluses. Kõige sagedamini aga on sunnitud seesugustele, seadusandluses mitte-leiduvatele, tihti ilmselt kehtivale õigusele isegi vastu käivatele õigussuhetele lahendust leidma — kohus.

Varema aja mõtlemisviisile oli võõras konstruktiivne mõisteline võimalus, et omanikule endale võiks kuuluda peale omandiõiguse ka veel teisi asjaõigusi. Sest omanikule paistavad ju kuuluvat omandiõiguse elementidena kõik need õigustused, mis võimalikud üksikute teiste asjaõiguse instituutide sisuna¹.

Seesugune seisukoht aga ei rahuldanud eriti just käibe huviseid. Iga õigus, nii omandiõigus kui ka teised asjaõigused tüübid, kujutavad endast iseseisvaid varaväärtusi. Ja neid teisi asjaõigusi kui omandi eraldatud eriväärtusi tuleks võimaldada ka omanikule endale kasustada.

Kuigi ei saa jagada seda üleolevat, iroonilist suhtumist, mida autorid harilikult osutavad Puchta arvamusel piiratud asjaõiguste omale asjale kohta, ei saa seda kui vägagi iseloomulikku siiski mainimata ja esitamata jätta, reservatsiooniga, et Puchta äärmuslik vaade on arusaadav oma aja seisukohast.

Piiratud asjaõiguste omale asjale kohta ütleb Puchta²: „Diese Fälle haben mehrere Juristen veranlasst, den monströsen Begriff eines Pfandrechts an der eigenen Sache anzunehmen... Über das Bedenken eines Pfandrechts an der eigenen Sache setzen sich schon die römischen Juristen deshalb hinweg, weil die Confusion keine Befriedigung enthält, wie sie das Arbitrium in der formula hypothecaria: eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse etc. voraussetzt.“

Pandiõiguse püsijäämise kohta *confusio* puhul ütleb Puchta³: „In solchen Fällen, wo Billigkeit und die wahre Intention des Geschäfts es erheischen, wird dieser Untergang verhütet, nicht durch die Annahme eines Pfandrechts an der eigenen Sache, sondern dadurch, dass der Erwerb des Eigenthums als nicht geschehen angenommen, das Geschäft vielmehr auf eine

¹ Piiratud asjaõiguste omale asjale olemusest arusaamine on ka nüüdki lihtsale mõtlemisviisile täiesti võõras.

Kuivõrd seesuguse õiguse omale asjale arusaamises raskusi võib tekkida, näeme Bozi teosest „Die Schule der Jurisprudenz“ (Berlin, 1923).

Ses teoses püüab Bozi muuhulgas induktiivsel teel viia lugejat (mõeldud on õigusteaduse üliõpilasi) arusaamisele kinnikvõlast ja omaniku hüpoteegist. Vt. mainitud teose lk. 104 jj.

² G. F. Puchta, Pandekten. Besorgt von A. F. Rudorff. Leipzig, 1872, lk. 314—315.

³ Puchta, op. cit., lk. 314.

mit der Erhaltung des Pfandrechts verträgliche Weise interpretiert wird.“

Samuti on piiratud asjaõiguste omale asjale võimaldamise kohta eitavas mõttes iseloomulik ka Preisi kohtuministri *Leonhardt*i väide, et on asjatu vaev üldse omaniku hüpoteeki juriidilisest seisukohast konstrueerida: ta ei lase end paigutada juriidiliste konstruktsioonide raamidesse ja käib vastu igale juriidilisele mõistele ⁴.

Siin olgu veel tähendatud, et piiratud asjaõiguste omale asjale probleemis on roomaõiguslikul õiguslausel „nulli enim res sua servit“ keskne tähendus. Oli aegu, kus sellele anti üldine põhimõtteline tähendus, kus „nulli res sua servit“ tundus nagu mingi loodusseadus ja piiratud asjaõigused omale asjale tunnistati võimalikuks.

Aga moodne õigusteadus, kus valitsevad fiktsioonid ja abstraktsioonid, ei tunnusta alati seesuguste „loodusseaduste“ muutumatusi. Nii et ka „nulli res sua servit“ on vaid *regula juris*, mitte, nagu väljendab tabavalt *Hartmann* ⁵, „ein wirklicher absoluter Rechtssatz“.

Märkimisväärne on asjaolu, et „nulli res sua servit“ põhimõtte esimesi ründajaid oli *romani*st *Jhering*, keda siis *germanistid* *Stobbe* ja *Gierke* energiliselt toetama asusid ⁶.

Ja hiljemad seadusandlused andsidki sellele õiguslausele vaid relatiivse tähenduse, tunnustades, et ka oma asja suhtes võib servituut olla.

See näitab, et ei tohi liiga suurt tähendust ja väärtust anda

⁴ *Köne Preisi saadikutekojas (Abgeordnetenhaus)* 30. nov. 1868. a.

⁵ *G. Hartmann, Rechte an eigener Sache. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 17. Jena, 1879, lk. 93.*

⁶ *R. Jhering. Passive Wirkung der Rechte. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 10. Jena, 1866.*

O. Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts. Bearb. von H. Lehmann. Bd. II. 1. Hb. Berlin, 1896.

O. Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. II. Sachenrecht. (Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. Herausg. von K. Binding. Abt. II, Teil III. Bd. II.) Leipzig, 1905.

teravatele formelitele ja definitsioonidele. Nende saavutamine pole alati teaduse kõrgeim ja lõplik eesmärk. Juuspeened formelid on tihti vastuolus asjade reaalse olemusega.

Rääkides käesoleva teose ülesehitusest, tuleb kõigepealt tähendada, et piiratud asjaõiguste omale asjale probleemi lahendamisel tuleb meil tegemist teha mõjult kahe suguste teguritega: ühelt poolt eitavad, takistavad tegurid (peatükk I ja II), teiselt poolt jaatavad, soodustavad tegurid (peatükk III).

Nimelt:

Piiratud asjaõiguste omale asjale arengus näeme, et just konfusiooni kustutava toime erandina tekivad esimestena piiratud asjaõigused omale asjale; seepärast tulebki kõigepealt tegemist teha konfusiooni põhimõttega, eriti asjaõigusliku kokkumise kustutava toime küsimusega, küsimusega, kas õigustatud ja kohustatud isikutele kuuluvate õiguste ja kohustuste ühtelangemine ühes ja samas isikus peaks kustutama ka omaniku isikus kõik teised asjaõigused⁷.

Tuleb tähendada, et kokkumise kustutav toime pole täiesti iseseisev, teistest institutidest sõltumatu nähtus tsiviilõiguses. Ja eriti asjaõigusliku kokkumise kustutav toime on tihedas seoses omandi mõistega. Seepärast tulebki käesoleva probleemi lahendamisel vaadelda ka omandiõigust, tema olemust, muuhulgas omandiõiguse vetruvuse põhimõtet, konsolideerimise tungi ja eriti tuleb vaadelda, kas ja kuivõrd laseb omandi teaduslik käsitlus kahelda *jura in re propria* võimaluses.

Siin püüame näidata, et kõikide asjaõiguste totaalsus omandiõiguses on murtud, et omandiõiguse kõrval on teisi õigusi omale asjale, mis pole omandiõigus, mis ei kattu ühe või teise omaniku õigustusega ja mis kokkumise puhul ei lähe siis ka üle omanikule omandiõiguses iseenesest oleva õigustusena.

Ja siin tuleb appi asjaõiguste, eriti immobiliaarõiguse jaoks

⁷ Et terminil: kokkumine, konfusioon, on kaks tähendust: kokkumine kui õiguste-kohustuste ühtelangemine ja teiseks selle toime. siis tuleb esimeses tähenduses tarvitada lihtsalt sõna kokkumine, konfusioon, kuna teise tähenduse jaoks tuleb neile sõnadele alati lisada veel sõnad „kustutav toime“.

loodud instituut — kinnistusraamat, kinnistusraamat, mis peab andma selge pildi üksikute kinnikute juriidilisest seisundist, peab andma kindlaid andmeid õigustatud isikute, esmajoones omaniku, aga ka teiste kohta, ning näitama kinnikul lasuvate koormiste iseloomu ja ulatust; kinnistusraamat, mille kaudu on lõplikult ja täiel määral võimalikuks muutunud piiratud asjaõiguste omale asjale kategooria.

Kinnistusraamatut vaadeldes näeme eriti, et tema kaudu osutub konfusiooni kustutava toime väljalülitamine võimalikuks, kusjuures kinnistusraamatu esimesastme põhimõtetel on keskne tähendus.

Kui Rooma õigus ja ka üldõigus (gemeines Recht) nõudsid, et teatav õigus pidi kokkumisel n.-õ. mõistelise paratamatusega kustuma, on see seisukoht just kinnistusraamatulise korra tõttu kõrvale jäetud. Kord loodud koht kinnistusraamatus jääb üldreeglina püsima, ja omanik ise võib selle koha enda kätte võtta.

Kui aga on olemas mingi õiguste kategooria, siis kerkib paratamatult küsimus tema koha kohta vastavas üldises süsteemis. Nii ka siin tuleb leida koht piiratud asjaõiguste omale asjale jaoks asjaõiguste üldises süsteemis.

Selleks osutub vajalikuks vaadelda üldse asjaõiguse kohta tsiviilõiguses, asjaõiguste tüüpe ja eriti nende liigitust.

Siin näeme, et piiratud asjaõigused omale asjale on asjaõigused ja neil on oma kindel koht teiste asjaõiguslike kude instituutide hulgas (peatükk IV).

Seesugusele eeltööle rajatuna järgneb käesolevas teoses (peatükk V) otsene piiratud asjaõiguste omale asjale olemuse vaatlemine, kusjuures ei saa mööda kõigepealt ülevaatest senini püstitatud teooriate kohta, millele siis lisandub käesolevas teoses põhjendatav seisukoht küsimuses, mis siiani siiski vägagi vaieldav on olnud.

Siin jõuame tulemusele, et piiratud asjaõigused omale asjale on iseseisva kategooriana täiesti võimalikud.

Näeme, et piiratud asjaõigus omale asjale tekitab kahesuguseid teoreetilisi-konstruktiiivseid raskusi: esiteks, kui tõesti selline piiratud asjaõigus omale asjale on olemas, siis tekib kujutlus enese vastu suunatud õigusest. Teiseks raskuseks on ikkagi see omandiõiguse täielikkus, kus öeldakse omanikul olevat kõik õigustused asja suhtes, mis üldse mõeldavad, ja seega ei jää seesugu-

sele, omanikule kuuluvale piiratud asjaõigusele enam raasugi ruumi.

Ja siin, asudes kõrvaldama neid raskusi, võime küsida koos Heck'iga⁸: kas siis ikkagi seadusandja on kõikvõimas? Ja ühtlasi võime väita, et ses mõttes piiratud asjaõiguses omale asjale kujunebki seaduseandja võimule teatav katse, „eksam“, mille on uuema aja seadusandlused sooritanud rahuldavalt.

Ülemalpool toodud raskusest saame üle, kui piiratud asjaõigusi omale asjale vaatleme kui formaalselt iseseisvaks muutunud omandi õigustusi, mida teatava piiratud asjaõiguse kuju omab ja üldiselt selle sätetele allub. Seega pole piiratud asjaõigus omale asjale paljas omaniku õigustus, küll on ta aga modifitseeritud piiratud asjaõigus, ja veel enam — iseseisvunud piiratud asjaõigus *sui generis*.

Näeme, et piiratud asjaõigus omale asjale on majandusliku käibe huvides kinnistusraamatuga võimaldatud õigus, kus see omanikule kuuluv, kuid omandist lahus olev õigus on mõisteliselt abstraheeritud⁹.

Samuti näeme, et just kinnistusraamatu täiuslikkuse astmel seadusandlustes on piiratud asjaõiguste omale asjale tunnustamisel — suuremal või vähemal ulatusel — sõltuvuse tähendus: kus kinnistusraamat on vähem arenenud, seal on ka piiratud asjaõigused omale asjale vaid eranditena võimalikud, kuna vastupidi, järjekindlalt läbiviidud moodsa kinnistusraamatu põhimõtted loovad seisundi, kus ka peaaegu erandita piiratud asjaõigused omale asjale on leidnud üldkuju- lise tunnustamise.

Edasi näeme sealsamas, et piiratud asjaõigused omale asjale, olles üks alaliik piiratud asjaõigustest, omavad üldiselt samu iseloomulikke jooni ja lasevad endid liigitada, nagu teisedki piiratud asjaõigused, välja arvatud lisaliigitus, tekkimise alusel.

Kui oleme püstitanud piiratud asjaõiguste omale asjale olemuse, tunnuste ja liigituse kohta vastavad seisukohad, tuleb neid asjaõigusi vaadelda üksikute tüüpide na veel ka konkreet-

⁸ Ph. Heck, Grundriss des Sachenrechts. Tübingen, 1930, lk. 97.

⁹ Olgu tähendatud, et asjaõigustes on üldiselt märgatav tendents abstraheeruda *causa*'st. Ja see viib nn. tavaliste, faktiliste õiguskujude kõrval rippumatute, abstraktsete õigusvormide loomiseni.

selt üksikutes ja — nagu seda määravad võimaluste piirid — tähtsamates seadusandlustes. Sellele n.-ö. teose eriosale on pühendatud eripeatükk (VI).

Et edaspidises käsitluses pole võimalust enam otseselt puudutada piiratud asjaõigusi omale asjale praktilise käibe tähenduse seisukohast, siis teeme seda paari reaga siin.

Näib, et käesoleva küsimuse lahendamisel on konstruktiivne mõistete jurisprudents (Begriffsjurisprudenz) järjekordselt alla jäänud nn. huvide jurisprudentsile (Interessenjurisprudenz), mis teatavasti õigusinstituutide vaatlemisel esiplaanile asetab õiguse sõltumise elulistest vajadustest ja huvidest.

Et instituudi käsitlemisel on temast arusaamiseks eriti vajalik vaadelda kõigepealt neid majanduslikke tingimusi, tegureid, s. o. neid tüüpilisteks muutvaid, massiliselt esinevaid elulisi suhteid, mis kutsuvad esile vastava õigusinstituudi, siis olgu möödamminnes vaadeldud neid praktilisi kaalutlusi, mis räägivad piiratud asjaõiguste omale asjale poolt.

Kõigepealt seatakse roomaõiguslikule „nulli res sua servit“ põhimõttele vastuväitena seisukoht, et omanikule kuuluv servituut, kui õigustus oma kinniku suhtes, polegi nii ebaloogiline ja absurdne, nagu seda varemalt arvati. Kui selline servituudiõigus, omades iseseisvat majanduslikku väärtust, s. t. eriti omaniku huvides on kasulik, siis pole põhjust teda mitte võimaldada. Servituudi kokkumisel näeme mittekustumise otstarbekohasust kasvõi järgmisest kaasusest: asja A suhtes kuulub X-le pandiõigus, Y-le servituut. Kui Y-le kuuluv servituut, mis ju vähendab asja A väärtust, juhtumisi kustuks, siis ei laseks X enam pärast luua uut samasugust servituuti.

Eriti, originaarselt tekkiva omanikuservituudi vajalikkus seisab selles, et seega omanikule võimaldada kahe temale kuuluva maatüki või ka ühe maatüki suhtes, mis hiljemini tükeldatakse, asjaõiguslikult nii korraldusi teha, et iga maatüki ostja kohe selgelt näeks, mida ta täpsalt võib omandada. Muidugi võidakse omandamise puhul lepingusse võtta vastav kohustus servituudi loomiseks, aga on mõeldav, et see kohustus osutub kasutuks lepinglase väljalangemise korral.

Mõnel juhul aga on omaniku servituudi tekkimise vajadus õiguspoliitiliseltki küllalt suur. Nii näitab Venediger¹⁰, et criti asunduse alal, näiteks suuremate maatükkide түкeldamise puhul, on omanikuservituut originaarsel kujul hädavajalik.

Et sellise omanikuservituudi järele on vajadus, näitab seegi, et püütakse leida teid, kuidas omanik saaks oma maatüki suhtes servituuti. Nii saaks Saksa õiguse alusel kaudselt seda teha järgmiselt talitades. Omanik võõrandab oma maatüki kellelegi kolmandale, laseb omale nimele luua servituudi, omandab taas maatüki ja BGB § 889 järgi, konfusiooni mittekestutava toime tagajärjel, jääb talle derivatiivne servituut oma kinniku suhtes. Või jälle, soovitatakse, omanik võõrandagu ainult osa valitsevast või teenivast kinnikust mõnele oma lähedasele isikule (naisele, sugulasele, sõbrale), ja selle osa taasomandamise järel on jällegi tekkinud BGB § 889 sätete alusel omanikuservituut¹¹.

Loomulikult pole neidki kaudseid võimalusi, kui seadusandlus asub kokkumise kestutava toime tunnustamisel.

Pandiõiguse puhul tuleb kõigepealt omaniku majanduslik huvi kokkumise puhul ilmsiks pandiõiguses kehtiva järjekorra — esimusestme põhimõtte seisukohast: vahel on tõsine praktiline mõte püsima jätta pandiõigust, mis on sattunud omaniku kätte, ajutiseltki, sest seega säilitaks ta oma esimusestmelise järjekorra, mis ju annab pandiõigusele tihti (kui viimastel kohtadel olevad pandiõigused on nõrgalt tagatud) tema väärtuse. Avaneb seega võimalus käibele lasta pandiõigust samas väärtuses ja sama esimusestmega.

Ütleme, omanik laseb kanda kinnistusraamatusse pandiõiguse teatava summa ulatuses omale nimele või võtab pantkirja omale nimele. Siis ta võib esiteks seda pandiõigust või sagedamini pantkirja liikvele lasta harilikus korras, ta võib aga teiseks selle hüpoteegi jätta ka enda kätte ja teistele kreditoridele konstituteerida teise-, kolmanda- jne. kohalised pandiõigused.

Seesugusel juhul, kui panditud asi läheb müügile, on omanik ise esimese astme pandikreditor ja võib saada eelistatud korras

¹⁰ G. Venediger. Die Eigentümergrunddienstbarkeit. Diss. Erlangen. Berlin, 1936, lk. 27 jj.

¹¹ Vt. H. Hoffmann. Die Zulässigkeit der Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten. Diss. Erlangen. Berlin, 1936, lk. 19.

rahuldust iseenda asjast. Siin aitavadki seda võimalust teostada omanikuhüpoteek (kitsamas mõttes) ja omaniku-kinnikvõlg¹².

Omanik saab hüpoteegi oma kinnikule kui iseseisva vara väärtese, talle jäävad sellest tekkivad õigused ka peale kinniku võõrandamist alles. Need ei lähe uuele omanikule kui omandi osised või päraldised edasi. Nii näiteks, kui seesugune omanik-hüpoteekaar legerib maatüki kellelegi kolmandale isikule, siis jääb hüpoteek pärijale, legataar võib hüpoteegi loovutamist nõuda vaid siis, kui see on pärandaja poolt sõnaselgelt lubatud.

Omanik saab ju omanikuhüpoteegina säilinud, seega vana hüpoteegi kindlustusel hiljemini tekkida võiva vajaduse korral kergemalt laenu, kui järgmiste vastu. Iseküsimus on, kui kaugele on üldse vaja minna kinnisvarade kindlustusel laenu saamise soodustamisel. Kindlasti on siin teatav ülevõlastumise hädaoht olemas. Kuid omaniku hüpoteek seda hädaohtu eriti ei suurenda, rohkem vahest teeb seda kinnikvõla instituut, eriti omaniku-kinnikvõlg, kus omaniku-kinnispandi mõiste ühes pandiõiguse abstraherimisega kohustusest on asjaõiguses abstraktsuse tippsaavutis.

Kokkuvõttes ei saa kuidagi põhimõtteliselt eitada pandiõiguse omale asjale otstarbekohasust ja lubatavust.

Samuti ei tohiks olla midagi selle vastu, kui omanikule ajutiselt kuuluvad obroki-õigus, maasunnis, põlisrent, hoonestusõigus jne., sest jällegi võib omanik neid õigusi, nende omaniku kätte sattumisel mitte kustuda lastes, kui omaette majanduslikke väärusi peale lühemat vaheaega edasi anda — käibele lasta, ilma et vajadust oleks seesuguse õiguse uuesti konstitueerimise järele. Nõuab see ju raha- ja ajakulu. Fiskaalsed huvid väga suurt osa siin ei etenda.

Seoses küsimusega piiratud asjaõigustest omale asjale, nende võimaldamisest, kerkib meie kehtiva õiguse puhul küsimus, kui võrd lubatav on olukord, nagu see meil praegu on kujunenud, kus blanko-obligatsioonid luuaksegi just kohe mingi „omanikuhüpoteegina“, võttes abiks vari-isikuid. Siin tekib omakorda küsimus, kas mitte käia vana Rooma ja Inglismaa eeskujul järgi, kus ju seadusandlus ei normeerinud iga kord tekkinud suhteid, vaid neid

¹² „Asja tarbimis-vahetusväärtuse jagamine saavutab siin oma ülimat pinget“, ütleb P o k r o v s k i. I. Покровский, Основные проблемы гражданского права. Петроградъ, 1917, lk. 208.

sanktsioneerib *legis corrigendae causa* kohus. Tuleb aga arvata, et meil, kus kirjutatud seadusnorm on oluline, kuigi tegelik elu „murrab sisse“, ei tohiks *contra leges* olukorda vähemalt kohus mitte võimaldada.

Aga seda enam peab seadusandlus vastu tulema tegeliku elu vajadustele ja kujunenud praktikat ühel või teisel viisil katsuma reglementeerida.

Kokkuvõetult võime öelda, et majanduslikud kaalutlused ühelt poolt ja immobiliaarõiguse „tehniline“ aparatuur kinnistusraamatu näol teiselt poolt ongi, mis on soodustavateks, jaatavateks faktoriteks piiratud asjaõiguste omale asjale tekkimisel.

Iseküsimus on aga, kuidas suhtuvad üksikud seadusandlused selle küsimuse lahendamisesse. Näeme väga erinevaid seisukohti. On seadusandlusi, kes piiratud asjaõigusi omale asjale otseselt tunnustavad (BGB, ZGB, meie Tsiviilseadustiku eelnõu, Taani ja Rootsi õigus), ja ka neid, kes seda kaudselt üksikutel juhtumitel võimaldavad (ABGB, Code civil).

Et praegusaja õigusteadus: osa seadusandlusi ja teooria on sunnitud olnud tunnustama seesuguseid teisi (peale omandiõiguse) õigusi omale asjale, siis on vajalikuks osutunud muuseas ka ümber kujundada asjaõiguste süsteemi ala. Vanemad jaotused, kus esinevad ainult omand ja *jura in re aliena*, ei ole rahuldavad.

Siin tuleb aga siiski märkida, et piiratud asjaõigused omale asjale pole erikategooriana, süsteemi erirühmana leidnud rakendamist (ja seda on ka raske teostada) seadusandlustes, s. t. tsiviilseadustikus. Küll aga tuleb seda kategooriat esile tõsta tsiviilõiguse õpperaamatuis ja isegi sel puhul, kui vastav seadusandlus, mida käsitleb õpperaamat, just pole resoluutselt võimaldanud seesuguseid õigusi. Sest kas antud seadusandlus võimaldab piiratud asjaõigusi omale asjale ja kui suures ulatuses, see ei sõltu probleemi põhimõttelisest lahendusest: seesugused iseseisvunud, omandist abstraheeritud õigused on eri asjaõiguste rühmana ikkagi võimalikud.

Ja nõustume siin H u b e r'iga¹³, kes tabavalt ütleb, et olgugi et „doktriin ei pea õigust looma, vaid olemasoleva õiguse jaoks õpetust vormima“, siiski lisab ta pisut edasi juurde: „...so

¹³ E. H u b e r, Die Eigentümerdienstbarkeit. Ein Beitrag zu ihrer Rechtfertigung. Festschrift dem Geheimen Justizrat Herrn Prof. Dr. Hermann Fitting. Bern, 1902, lk. 24.

bleibt es gleichwohl richtig, dass eben doch der Wissenschaft die Aufgabe gestellt ist, die Begriffe in systematischem Aufbau aus dem geltenden Rechte so zu formen, dass Widersprüche vermieden und die Schwierigkeiten, die aus dem Mangel an einer tieferen Erfassung der Grundlagen der Rechtsordnung erwachsen müssen, soviel als nur möglich beseitigt oder doch vermindert werden“.

Käesolevas sissejuhatuses olgu veel viidatud järgmistele teose endaga seotud asjaoludele ja küsimustele.

Kõigepealt termin: „piiratud asjaõigused omale asjale“.

Nimetus „piiratud asjaõigused omale asjale“ on tuletatud ühelt poolt terminist: *jura in re aliena* (terminist, mis pole, nagu ehk küll arvata võiks, Rooma juristide leiutis, vaid hilisema aja saavutis; Rooma õiguse allikad teda ei tunne) ja teiselt poolt Hartmann'i poolt loodud terminist „piiratud asjaõigused“ (begrenzte dingliche Rechte)¹⁴. Siit siis nimetus *jura in re propria* — õigused omale asjale või täpsamalt: piiratud asjaõigused omale asjale.

Kirjanduses, kohati ka käesolevas uurimuses on tarvitatud sageli termineid „omanikuservituut“, „omaniku-hüpoteek“, „omaniku-kinnikvõlg“ jt. Vastavate terminite lühiduse tõttu võib neid üksikute piiratud asjaõigulikude instituutide puhul ka tarvitada, kuid eelistatav on asjaõiguse tüübile siiski lisandada sõnad „omale asjale“; eriti on see soovitatav piiratud asjaõiguste omale asjale, kui omaette erikategooria nimetamise puhul. Tarvitades esimese sõnana „omaniku“, millele järgneks asjaõiguse tüübi erinimetus, oleks esiteks liigselt rõhutatud selliste õiguste seost omandiõigusega, kuna vastupidiselt termin „piiratud asjaõigus omale asjale“ paremini võimaldab nende õigustüüpide konstrueerimist iseseisva kategooriana omandi kõrval, õigustena *sui generis*. Teiseks on asjaõiguse süstemaatikas piiratud asjaõiguste liigitamisel ilmselt eelistatavam väljend „piiratud asjaõigused omale asjale“, milledele vastandina esinevad „piiratud asjaõigused võõrale asjale“. Terminid „omaniku piira-

¹⁴ Termin „piiratud asjaõigused“ — „begrenzte dingliche Rechte“ on BGB-le võõras. Küll tarvitavad aga motiivid BGB-le ja Saksa doktriin seda Hartmann'i poolt loodud väljendit. Vt. Hartmann, op. cit., lk. 71.

tud asjaõigus“ ja „mitteomaniku piiratud asjaõigus“ on ju küll mõeldavad ja väljendavad ka vastavate õigusinstituutide olemust, kuid nad tunduvad siiski liigse uudsusena.

Teiseks võib tekkida etteheide, miks on teoses niipalju tähelepanu pühendatud Germaani õiguse piirkonna, eriti Saksa seadusandlusele ja literatuurile. Peab tähendama, et piiratud asjaõigused omale asjale, eriti omaniku pandiõigus on peaaegu täiesti germaaniõigusliku päritoluga (Saksamaa, Šveits, Austria). Ja Saksa õiguse piirkonnast on see instituut läinud ka Taani ja Rootsi õigusesse ¹⁵, kuna seevastu Romaani õiguspiirkonnas pole sel instituudil kuigi suurt tähendust ja ka õigusteaduslik literatuur pole leidnud tarviliku olevat vastavate probleemidega eriti tegelda.

See, et rohkem on vaadeldud Germaani õiguspiirkonna seadusandlusi, on ka ses mõttes arusaadav ja põhjendatud, et see on seoses küsimuse käsitlemisega meie õiguse järgi.

Kuna meie BES obligatsiooniõiguse osas on täielikus ülekäalus Rooma õiguse mõjustus, on vastandina sellele asjaõiguse osas tunda tugevat Germaani õiguse mõju, eriti immobiliaarõiguses.

Meie Tsiviilseadustiku eelnõu on seda tendentsi mitmes asjaõiguse osas veelgi süvendanud, ja ka eriti käesoleva teose aine alal toimunud muudatuste eeskujuks on eelnõule olnud Germaani õiguspiirkonna uuemad tsiviilseadustikud, milledest on võetud uued põhimõttelised sätted. Eelnõu on siin lõpule viinud selle asjaõiguse reformi, mis 1889. a. pooleli jäi, kusjuures on eelnõu silmas pidanud eriti ka neid uuendusi, mis vastaksid meie küllaltki moodsale kinnistuskorrale.

Kolmandaks, mis puutub käesoleva töö aineküsimuse uudsusesse, eriti seda küsimust käsitleva kirjanduse seisukohast, siis on autor püüdnud anda senisest ulatuslikuma käsitlemise selle küllaltki huvitava ja vaieldava probleemi kohta ¹⁶.

¹⁵ Taani Tinglysning-seadus 31. märtsist 1926. a. Rootsi „Lag 11. okt. 1912 om vad iakttagas skall i avseende å införande av lagen om ändring i vissa delar av förordningen d. 16. juni 1875 ang. inteckning i fast egendom“. Sveriges Rikes Lag. Utgiven av S. Skarstedt. Stockholm, 1931.

¹⁶ Piiratud asjaõiguste omale asjale probleemi käsitlemise kohta Saksa õiguses ütleb Endemann: „... eine abschliessende Untersuchung für das heutige Recht fehlt noch“. F. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1. Abt.: Sachenrecht. Berlin, 1905, lk. 39.

Muidugi puudutavad seda teemat ka tsiviilõiguse õpperaamatud, eriti Germaani õiguse piirkonna tsiviilõiguse kursused (erandina käsitlevad möödaminnes seda küsimust ka prof. Siinaiski ja Rjazanovski venekeelsed tsiviilõiguse õpperaamatud).

Teiste, seda küsimust puudutavate teoste ja kirjutiste hulgas on kõigepealt seesuguseid, mis käesolevat probleemi vaid ühekülgsest valgustavad, esiteks ses mõttes, et vaadeldakse ainult üksikuid piiratud asjaõiguse tüüpe (enamalt jaolt omanikupandiõigust, harvemini omanikuservituuti), teiseks ses mõttes, et vaatlemine toimub vaid ühe konkreetse seadusandluse põhjal.

Aga ka üldisemakujuliste kirjutiste autorid (Jhering, Hartmann, Bekker), kes lähtuvad sealjuures enamasti omandiõiguse mõistest, on seda küsimust püüdnud valgustada ammu enne moodsate tsiviilseadustikkude ilmumist, eriti enne moodsa kinnistusraamatu lõplikku esilekerkimist ja kujunemist.

Käesoleva teosega aga on püütud probleemi terves ulatuses haarata, kõikide (võimaluse piirides) tähtsamate seadusandluste alusel.

Teos on jagatud kuude peatükki.

Järgnevalt vaatleme teose esimeses peatükis konfusiooni kustutava toime ja piiratud asjaõiguste omale asjale küsimust. See peatükk sisaldab endas ühtlasi ka pooleldi ajaloolise osa, mis puutub eriti Rooma õigusesse, mispärast siis viimast pole enam otseselt puudutatud lõpp-peatükis.

Siin, Rooma õiguses, nagu näeme, on küsimus siiani vaieldavaks jäänud. Küll võime aga teiste instituutide arengu analoogia najal Roomas kujutada, missugune võis olla Rooma õiguse seisukoht käesolevas küsimuses.

Nagu pärimisõiguses, omandiõiguses jne. tekkisid Roomas vanade õigusvormide kõrval uued, vanade jäädes hulgaks ajaks püsima, et vaid hiljemini lõplikult kaduda, nii hakkasid ka siin piiratud asjaõiguste omale asjale küsimuses tekkima küll praktilise vajaduse surve all uued, erandikujulised põhimõtted, kuid õigusareng jäi siiski pooleli, vanu põhimõtteid ei suudetud murda.

Teine peatükk käsitleb omandiõiguse ole-

must, eriti ka omandiõiguse elastsuse põhimõtet seoses piiratud asjaõiguste omale asjale probleemiga.

Kolmas peatükk näitab kinnistusraamatunajal, kus võivad olla ja kus mitte piiratud asjaõigused omale asjale.

Neljandas peatükis käsitletakse asjaõiguste süsteemi, vaadeldakse, milline koht on piiratud asjaõigustel omale asjale teiste asjaõiguste hulgas, asjaõiguste üldises süsteemis.

Peatükk viies on pühendatud piiratud asjaõiguste omale asjale olemuse, tunnuste ja liigituse vaatlemisele.

Kuues peatükk käsitleb piiratud asjaõiguste omale asjale tähtsamaid tüüpe, nende võimalikkuse küsimust ja õiguslikku konstruktsiooni üksikutes seadusandlustes.

Sellest nähtub muide, et käesolev teema on seoses peaaegu kõikide asjaõiguse osadega.

PEATÜKK I.

Asjaõigusliku kokkumise kustutav toime ja piiratud asjaõiguste omale asjale probleem.

Kokkumisest üldse: kokkumise olemus ja liigitus. — Asjaõiguslik kokkumine. — Kokkumise õigust-kustutav toime ja selle teooriaid. — Asjaõigusliku kokkumise kustutav toime Rooma õiguses. — Asjaõigusliku kokkumise kustutav toime vanas Germaani õiguses. — Asjaõiguslik kokkumine praegusaja tähtsamates seadusandlustes: Saksa, šveitsi, Austria, Ungari, Tšehhoslovakkia, Prantsuse, Itaalia, Hispaania, Inglise, Kalifornia, Brasiilia, Ex-Vene õiguses, BES, Läti CL ja Eesti 1936. a. tsiviilseadustiku eelnou järgi. — Kokkuvõte.

K o n f u s i o o n — kokkumine (Rooma õiguses — confusio, consolidatio ¹) — teatavate ühte ja samasse õigussuhtesse kuulu-

¹ Roomaõiguslik, ladinakeelne terminus technicus 'confusio' (mida tuleb hoida lahus 'confusio'st' kui omandi tekkimise viisist vedelikkude ja sulatatud metallide ühinemise korral) on kui üldine kuju rakendatav nii obligatsiooniõiguses kui ka asjaõiguses. 'Consolidatio' — tema alaliik (sõnast 'solidum', tähenduses 'servituutidest vaba omand'), nimelt omandi taasühinemine temast eraldatud oleva ususfruktiga ühes ja samas isikus (J. 2. 4. 3), kas seeläbi, et vilikasustaja saab omandiõiguse teenivale asjale (D. 7. 2. 3. 2; D. 7. 2. 6. pr.) või omanik saab tagasi vilikasustuse õiguse (D. 23. 3. 78. 2). Vt. Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. Bearb. von E. Seckel. Jena, 1914, lk. 92—93. — Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten, redigiert von J. Weiske. Bd. III. Leipzig, 1844, lk. 16 jj.

Schwedler väidab, et konfusioon jaguneb kahte rühma: asjaõiguslik ja obligatsiooniõiguslik, ning asjaõiguslik 'confusio' kannabki nime-tust 'consolidatio'. G. Schwedler, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit nach bürgerlichem Recht. Halle a. S., 1897, lk. 4.

Siiski on Schwedler samas sunnitud möönma: „Es liegt hierin zugleich eine Ausdehnung des Sprachgebrauchs der Quellen, welche den Ausdruck consolidatio nur beim Niessbrauch anwenden, cf. § 3 J. d. usufructu 2. 4“.

vate õiguse ja sellele vastuseisva kohustuse resp. koormise ühinemine ühes ja samas isikus on üldiselt, nii Rooma õiguses kui ka kõikides praegusaja seadusandlustes tuntud kui selle õiguse kustumise alus².

Meie teeme kõigepealt vahet asjaõigusliku konfusiooni ja obligatsiooniõigusliku konfusiooni vahel, kusjuures paljude ühiste tunnuste kõrval on kummalgi erinevaid iseloomulikke elemente³.

Asjaõiguslik konfusioon on tihedas seoses omandiõiguse mõistega ja ka piiratud asjaõigustega. Selline kokkumine toimub kindlal, vaieldamatu õiguslikul alusel. Õiguslikud alused kokkumisel on üldiselt nii universaalse (pärimine) kui ka singulaarse (loovutus jne.) suktessiooni juhud. Universaaljärglus on siiski sagedaim kokkumise esilekerkimise moodus⁴.

Meid huvitab siin vaid asjaõiguslik konfusioon. Seda asjaõiguslikku konfusiooni seoses piiratud asjaõiguste omale asjale probleemiga vaadeldes näeme, et õigussuhte kohustusena esineb siin konfusiooni puhul alati omandiõigus ning temale vastu aseta-

² Mosler defineerib konfusiooni kui ühe ja sama õigussuhte kahe faktori ühinemist ühes isikus. Vt. E. Mosler, Zur Lehre von der Konfusion nach gemeinem römischem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 18. August 1896. Diss. Berlin. Berlin, 1897, lk. 2.

³ Obligatsiooniõigusliku konfusiooni kustumistoime olemust tuleb näha obligatsiooni kahe, teineteisele vastu asetatud kontrahendi maksimis. Vt. Schwedler, op. cit., lk. 6 jj.

⁴ Ka Caliendo teeb vahet obligatsiooniõigusliku ja asjaõigusliku kokkumise vahel, nimetades esimest isiklikuks kokkumiseks — *confusione personale*, teist reaalseks — *confusione reale*. Caliendo teeb täpsat vahet nende kokkumise liikide vahel, öeldes, et isiklik kokkumine kutsub esile obligatsiooni kehtivuse lõppemise, asjaõiguslik kokkumine aga mõjub ainult asjaõigusele. Reaalse kokkumisega on meil tegemist iga kord, kui ühes isikus on ühendatud nii koormatud kui ka õigustatud kinniku omaniku-isiku omadused.

Olgugi, ütleb Caliendo, et personaalne ja reaalne kokkumine on sarnased, on ju neil mõlemal üldiselt objektiivse kustutamise iseloom, nähakse reaalses kokkumises siiski teataval määral ainult asjaõiguse nõrgenemist või uinumist ja mitte otseselt selle õiguse kustumist.

Vt. L. Caliendo, Ipoteca. Dizionario pratico del diritto privato. Fondato da V. Scialoja e già diretto da P. Bonfante, R. de Ruggiero. Direttore F. Maroi. Vol. III, p. II. Milano, (1934), lk. 27.

Muidugi tuleb silmas pidada, et Caliendo lähtub oma seisukohtade püstitamisel Itaalia tsiviilõiguse sätetest.

tud õigusena mingi teine asjaõiguslik instituut, olgu see servituut, maasunnis, pant või muu, mis, kuuludes teisele isikule, kitsendab seda omandiõigust. Ja siin — asjaõiguses mõjub kokkumine *ipso jure* (*confusio servitutis fit, servitus confunditur*), muutes kokkulangemise puhul õiguse ja kohustuse üheks varaühikuks. Konfusiooni kustutava toime põhjenduseks öeldakse, et omandiõigus absorbeerib õigusliku paratamatusega kõik samadesse kättesse kokkunud *jura in re*, sest omandiõigus sisaldab endas kõiki *jura in re* sisalduvaid õigusi ⁵.

Sach s nimetab seda obligatoorseks elemendiks asjaõiguses, mis on ühine mõlemale *confusio* liigile ja viimase ilmsikstuleku põhjustabki ⁶. Sest, öeldakse, keegi ei saa õigusi enda vastu teostada, samuti kui olla iseenese võlgnik või võlastaja.

Kaudsemas mõttes tähendab konfusioon mitte lihtsalt seda õiguste-kohustuste (resp. koormiste) ühinemist, vaid temaga tähendatakse sageli ka õigussuhte lõppemist ennast (*servitus confunditur*; kohustuses tekkis kokkumine, s. t. mõeldakse 'kohustus kustus').

Peale jaotuse 'asjaõiguslik' ja 'obligatsiooniõiguslik *confusio*' tuntakse veel teist konfusiooni liigitust. Nimelt teeme vahet ehtsa ja ebaehtsa kokkumise vahel ⁷. Konfusioon on ehtis, kui ühes isikus kokkuvad õigustus ja kohustus, kui teineteisele vastuseisvad õigustuse-kohustuse suhte pooled: a) kokkuvad peavõlgnik ja peavõlastaja; b) peavõlgnik ja käendaja; c) õigustus ja koormis (omandiõigus ja servituut, pandiõigus jne.). Ebaehtsa konfusiooniga on tegemist, kui kokkuvad ühes isikus mitu õigustust või mitu kohustust, näit. langevad kokku (korreaalobligatsiooni puhul) peavõlg ja käenduskohustus ⁸.

Selle jaotuse iseloomustusest näeme, et meid võib siin huvitada vaid asjaõiguslik *confusio* tema ehtsal kujul.

⁵ A. Exner, Das Oesterreichische Hypothekenrecht. Deutsches Hypothekenrecht, hrsg. von V. v. Meibom. Leipzig, 1881, lk. 657.

⁶ E. Sachs, Die Wirkungen der Konfusion nach Römischen Rechte und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin, 1898, lk. 12.

⁷ Ka Friedmann liigitab kokkumist ehtsaks ja ebaehtsaks. Vt. J. Friedmann, Die Wirkungen der confusio nach römischem Recht. Diss. Greifswald. Berlin, 1884, lk. 1.

Mosler tarvitab terminite 'ehtis' ja 'ebaehtis' asemel 'otsene' ja 'kaudne'. Mosler, op. cit., lk. 8.

⁸ Sachs, op. cit., lk. 10.

Tehes vahet ühelt poolt kokkumise kui teatava kindlakujulise õigusliku fakti kui sellise ja teiselt poolt selle õigusefakti toime, s. o. tagajärje vahel, tuleb vaadelda, kas kokkumine kui õiguslik fakt tekitab, muudab või lõpetab õigussuhte. Ja siin lasub meie arutluses raskuspunkt küsimuses, kas nimelt konfusiooni mõjul tingimata ja alati toimub asjaõiguste kustumine või on sellest ka erandeid. Peame kohe tähendama, et neid erandeid on. Erandite arv ja iseloom on aga õigusajaloos ja ka sama ajastu erinevates seadusandlustes mitmeti erinev.

Olgu veel tähendatud, et konfusiooni kustutav toime võib olla lõplik, s. t. kustunud õigus jääb kustunuks, aga ta võib olla ka ajutine, kus *confusio* puhul kustunud õigus hiljemini elustub, kui konfusioon on kadunud⁹. Vahepeal on õigus n.-õ. puhkavas, vaikivas seisukorras (*õigusekviesents*)¹⁰. Võrdluseks olgu viidatud õiguste ajutisele kadumisele asja osalise hävimise puhul. Asja rekonstrueerimisega võib õigus vahel ka taas elustuda.

Õiguse ajutisest kustumisest kokkumise puhul on väike samm konfusiooni kustutava toime üldisele kõrvaldamisele.

Seepärast võime seadusandlusi liigitada kahte rühma: ühtedes on konfusioonil kustutav toime, kas alati või vähemalt üldreeglina, teistes pole kokkumisel seesugust kustutavat toimet.

Kokkumise kustutava toime põhjenduseks on olemas peamiselt kolm tähtsat teooriat, vastavalt sellele, mis alusel see õiguse kustumine aset leiab. Nn. *obligatsiooniteooria*¹¹ näeb konfusiooni õigust-kustutava toime alust mitte omandiõiguse loomuses, vaid obligatsiooniõiguslikus suhtes eneses omaniku ja piiratud asjaõiguse subjekti vahel. Nad seisavad siin nagu tavaline õigustatu ja kohustatu obligatsioonis. See teooria,

⁹ Hoche väidab, et tuleb vahet teha, kas kokkumine leidis aset ajutise või püsiva omandi saamise puhul. Ainult esimesel korral on piiratud asjaõiguse taas elustumine võimalik. Vt. H. Hoche, *Die Servitutenconfusion*. Diss. Erlangen. Freienwalde a. O., 1895, lk. 12.

¹⁰ Õiguste revivistsents, eriti konfundeeritud piiratud asjaõiguste puhul, on kui omaette õigusprobleem käesoleva uurimuse raamidest välja jäetud.

¹¹ Schwedler, op. cit., lk. 92. Sachs, op. cit., lk. 11. Friedmann, op. cit., lk. 2 jj. ja 15.

nagu näha, eitab vahet obligatsiooniõigusliku ja asjaõigusliku kokkumise vahel ja seepärast tuleb teda ekslikuks pidada.

Absorptsiooniteooria¹², kus ka loogilisest seisukohast väidetakse konfusiooni kustutava toime paratamatust, lähtub omandiõiguse kui kõikehaarava õiguse mõistest. See on, öeldakse, loogiline konsekvents, et piiratud asjaõigus vähemulatusliku õigusena kokkumisel kõiki õigustusi sisaldava omandiga kaoks, kustuks.

Lõpuks, kolmandaks, võidakse konfusiooni kustutavat toimet põhjendada kasulikkuse-põhimõttega. See on kasulikkuseteooria¹³.

Mis puutub nende viimaste teooriate hinnangusse, siis olgu tähendatud, et absorptsiooniteooria tuleb kõrvale jätta sellepärast, et ta lähtub ekslikust omandiõiguse mõistest, nagu oleksid omandiõigus ja piiratud asjaõigused oma toimelt võrdsed ja neil pole erinevusi. Tegelikult, nagu näeme (vt. peatükk 11), on neil kaks pe erinevust: astmeline vahe, ja omandiõigust pole võimalik positiivselt defineerida, piiratud asjaõigusi aga küll.

Kasulikkuseteooria pole juba sellepärast õige, et sageli on kasulikum, nagu eespool (lk. 8jj.) on näidatud, konfusiooni puhul piiratud asjaõiguse püsijäämine.

Teooriad, mis eitavad konfusiooni kustutavat toimet, selle vajalikkust, lähtuvad peamiselt otstarbekohasuse seisukohast. Siin on kaks võimalust. Võime üldiselt tunnustada kokkumise kustutavat toimet, kuid selle kõrval luua otstarbekohasusest tingituna terve rea erandjuhtumeid, ja seda sõnaselgelt, mitte mingi kaudse tõlgendamise teel.

Oma konsekventset kuju omab see teooria ikkagi ainult sel juhul, kui ta väidab ja tõendab, et konfusioonil ei tarvitse loogilise paratamatusega olla õigust-kustutavat toimet. Ja suurel määral on see Jheringi, Hartmanni ja Bekkeri teene, et piiratud asjaõiguste puhul on kokkumise kustutav toime kõrvalda-

¹² Peamiselt Kretzschmar. Vt. P. Kretzschmar, Die Theorie der Konfusion. Leipzig, 1899, lk. 54.

¹³ Hoche asub ka konfusiooni kustutava toime põhjendamisel kasulikkuse-põhimõtte alusel. Ta leiab, et ka servituudi puhul kokkumise korral puudub sellel servituudil tema pearekvisiit — kasulikkus. Hoche, op. cit., lk. 11.

tud, vähemalt mõningates seadusandlustes (Saksa BGB, Šveitsi ZGB).

J h e r i n g lähtub siin seisukohast, et õiguses tuleb eristada kahte külge: aktiivset ja passiivset ¹⁴. Ja see passiivne külg võib aktiivse poole ajutise puudumise korral iseseisvalt edasi püsida.

Kuid alles H a r t m a n n ¹⁵ paneb sellele konfusiooni kustutava toime kõrvaldamise teooriale otstarbekohasuse-põhimõttel kindla aluse, sest alles Hartmann paigutab selle otstarbekohasusemomendi antud probleemis esikohale.

Ja tuleb tunnustada, et selle otstarbekohasuse-teooria alusel saab ka meie arvates küsimust rahuldavalt lahendada, sest institutide tekkimisel ja kujunemisel on otstarbel kindel otsustav funktsioon, tähendus.

Otstarbekohasuse-põhimõtte on omaks võtnud ka S a c h s, kes leiab, et konfusiooni kustutavast toimest erandite tegemist põhjustab peamiselt kolmandate isikute osavõtmine vastavast õigussuhtest, nii servituutidest kui ka pandiõigusest. Kui poleks peale isiku, kelles omandiõigus ja piiratud asjaõigus kokkusid, kedagi sellest õigussuhtest osa võtmas, siis oleks ka selline õigus omale asjale otstarbetu ja mõttetu ¹⁶.

Järgnevalt vaatleme a s j a õ i g u s l i k u konfusiooni juhte seadusandlustes; näeme kaheksaõiguseid seisukohti: 1) on püstitatud üldine kokkumise kustutava toime põhimõte, millest vaid üksikud erandid — nagu pooljuhuslikku laadi esinevad (Rooma õigus, BES); 2) Seadusandlus sisaldab küll sätte üldise konfusiooni kustutava toime põhimõtte kohta, aga samas ja *expressis verbis* tunnustatakse ka õiguste püsijäämist kokkumise puhul (BGB).

Algame R o o m a õ i g u s e g a.

Rooma õigus kuulub süsteemide hulka, kus konfusioonile on õigust-kustutav toime omane: omandi ja mõne teise asjaõiguse kokkumisel kustub see teine asjaõigus.

Kõigepealt ilmneb confusio kustutav toime servituutide juures. Kehtib ju põhimõte: nulli (enim) r e s s u a s e r v i t

¹⁴ J h e r i n g, op. cit., lk. 386 jj.

¹⁵ H a r t m a n n, op. cit., lk. 69 jj.

¹⁶ S a c h s, op. cit., lk. 32. Vt. ka H a r t m a n n, op. cit., lk. 104.

(D. 8. 2. 26). Sama põhimõte on väljendatud veel D. 8. 2. 30. pr.: „Si quis aedes, quae suis aedibus servirent, cum emisset traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est.“

D. 8. 4. 10: „Nemo ipse sibi servitutem debet.“

D. 7. 9. 4: „Si fructuarius proprietatem adsecutus fuerit, desinit quidem usus fructus ad eum pertinere propter confusionem“¹⁷.

D. 8. 6. 1: „Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit.“

J. 2. 4. 3: „... item finitur usus fructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam extraneo cedendo nihil agitur): vel ex contrario si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur“¹⁸.

Kokkumise kustutava toime kohta servituutide puhul ütleb Windscheid¹⁹: „... aus ihrem Begriff als eines Rechts an fremder Sache folgt, dass niemand an seiner eigenen Sache eine Dienstbarkeit haben kann... Der Eigentümer hat als solcher jedes R., welches möglicherweise den Inhalt einer Dienstbarkeit bilden kann; aber er hat es nicht als Dienstbarkeit, sondern als Stück seines Eigentums (l. 63 D. 7. 1: — „qui fundum habet.. usumfructum non [habet])“.

Kokkumise korral on servituudi lõppemine definiitivne — lõplik. Hilisem liitunud maatüki taaslahutamise endistesse osadesse, kui omanik võõrandab ükskõik kumma osa, ei suuda elustada servituuti: teeniv kinnik, sattudes uue omaniku kätte, on vaba kord temal lasunud servituut-koormisest. D. 8. 2. 30. pr.: „et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est: alioquin liberae veniunt“²⁰.

¹⁷ Ka D. 7. 6. 5; kuid siin on sõnad „nec enim potest ei suus fundus servire“ interpolateeritud, nagu seda märgib ka Bonfante. Vt. P. Bonfante, Corso di diritto romano. Vol. III. Diritti reali. Roma, 1933, lk. 20.

Sama tsitaadi teisi interpolateeritud sõnu vt. Index interpolationum, quae in Iustiniani digestis inesse dicuntur. Curaverunt E. Levy, E. Rabel. Tomus I. Weimar, 1929, veerg 100.

¹⁸ Samuti D. 7. 2. 3. 2; D. 7. 2. 6. pr.

¹⁹ B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bearb. von Th. Kipp. 9. Aufl. Bd. I. Frankfurt a. M., 1906, lk. 1024.

²⁰ Dernburg ütleb selle kohta: „Hier (s. t. Rooma õiguses) erscheint die Konfusion durchaus als absoluter Grund des Unterganges der Grundgerechtigkeiten, nirgends als bloss relativer Beendigungsgrund der

Muidugi on võimalik, et omanik võtab endale kohustuse endist kustunud servituuti uuesti konstitueerida. Kuid selline kohustus on puht-isiklik, mitte-asjaõiguslik. Ka servituudi alusel õigustatud isik, s. t. *praedium dominans*'i omanik võib hiljemini samas ulatuses uue servituudi omandada, vana aga on ja jääb kustunuks, ta on, nagu ütleb S a c h s ²¹, uuele vaid mõõdupuuks.

Olgu veel tähendatud, et konfusioonil on servituutide puhul kustutav toime loomulikult vaid sel tingimusel, et *confusio*'t tekitanud omandiõiguse saamise moodus oleks ise vaieldamatu ja mitte tühistatav. Sest näit. omandiõiguse näilik omandamine *praedium dominans*'i omaniku poolt ei kustuta servituuti. Selline ajutiselt (näilikult) kustunud servituut taaselustub, kui näilikus omandamises seatakse seaduslik seisund jalule. Näitena võib tuua allikatest juhu pärimise korral, nimelt testamendi tühisuse puhul: D. 7. 1. 57. pr.; D. 38. 2. 35 ²².

S a c h s ²³ vaatleb veel erilist kokkumise (*consolidatio*) juhtu ususfrukti puhul, kus ususfruktuaar on vilikasustuse loovutanud kellelegi kolmandale isikule. Sellisel juhul ei saa vilikasustaja, olgugi et ta sai vilikasustuse objekti omandiks, asjade kasutamist kolmandalt isikult ära võtta. Tähendab, sellisel juhul pole *consolidatio*'l õigust-kustutavat toimet.

Eriliselt on Rooma õiguses käsitletud servituutide kustumise küsimus kokkumise teel kaasomandi puhul. Lahendamisel on mõõtuandev servituudi jagatavus: kui servituut on jagamatu, nagu seda on kõik realservituudid ja *usus* ning *habitatio*, siis jääb *praedium dominans*'i omaniku ja *praedium serviens*'i ühe kaasomani kokkumisel servituut teiste kaasomanikkude suhtes ikkagi püsima ²⁴.

Rechte.“ H. D e r n b u r g, System des Römischen Rechts. Der Pandekten achte. umgearbeitete Auflage, bearbeitet von Dr. Paul S o k o l o w s k i. T. I. Berlin, 1911, lk. 499, nota 4.

²¹ S a c h s, op. cit., lk. 15.

²² „Die Servitut lebt wieder auf, wenn der Eigentumserwerb rückwärts hin rezindiert wird.“ D e r n b u r g, System, I, lk. 458, nota 11.

²³ S a c h s, op. cit., lk. 16.

²⁴ „Si partem praedii nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam, non confundi servitutum placet, quia pro parte servitus retinetur. itaque si praedia mea praediis tuis serviant et tuorum partem mihi et ego meorum partem tibi tradidero, manebit servitus. item usus fructus in alterutris praediis adquisitus non interrumpit servitutum.“ D. 8. 2. 30. 1.

Vastupidi, ususfrukt kui jagatav servituut kustub sellistel kokkumisjuhtudel vastavas osas ²⁵.

Allikates on veel toodud juhtum, kus kolmel kõrvutioleval ning kolmele omanikule kuuluval maatükil servituudi kustumise küsimus on kaasomandiga sarnanevalt lahendamist leidnud, s. t. kus — erandina üldisest reeglist — ei kustu ka servituut kokkumise puhul lõplikult. Nimelt D. 8. 3. 31. alusel, kui allpool asuva maatüki A omanik, kellele kuulub *servitus aquae ducendae* ülalpoolseisva maatüki B suhtes — kusjuures veetorustik läbib A ja B vahel asuva C maatüki *concedente domino* — hiljemini saab ka maatükk B omanikuks ja siis maatükk A ära müüb —, siis ei kaota viimane maatükk mingil viisil seda *servitus aquae ducendae*, vaid võib teda endises ulatuses teostada.

Teist laadi erandi *confusio* kustutavast toimest teevad Rooma juristid servituudi legerimise puhul, kui pärija võttis samast servituudist osa õigustatud või kohustatud isikuna ²⁶.

Ka *beneficium inventarii* ja fideikomissi puhul võib näha kon-

„Si communi fundo meo et tuo serviat fundus Sempronianus et eundem in commune redemerimus, servitus extinguatur, quia par utriusque domini ius in utroque fundo esse incipit. at si proprio meo fundo et proprio tuo idem serviat, manebit servitus, quia proprio fundo per communem servitus deberi potest.“ D. 8. 3. 27.

„Die bestehende Servitut wird durch Ereignisse in der Person einzelner Miteigentümer der herrschenden oder der dienenden Sache nicht berührt — servitus per partes retinetur.“ D e r n b u r g, System, I, lk. 428. Vt. ka S a c h s, op. cit., lk. 16 jj.; W i n d s c h e i d - K i p p, I, lk. 1066, nota 18.

Selle küsimuse kohta vt. ka E. E i n, Le azioni dei condomini. Roma, 1931, lk. 154 jj.

²⁵ „Si duobus usus fructus legetur et apud alterum sit consolidatus, ius adcrendi non perit neque ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo, et ipse quibus modis amitteret ante consolidationem, isdem et nunc amittet. et ita et Neratio et Aristoni videtur et Pomponius probat.“ D. 7. 2. 3. 2.

²⁶ D. 30 (de legatis) 116. 4: „Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est. itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit sive ei fundus heredis, licet confusione dominii servitus extincta sit, pristinum ius restituendum est. et nisi legatarius imponi servitutem patiat, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur: si vero fundo legato servitus non restituatur, actio ex testamento superest.“ — D. 30 (de legatis) 70. 1: „Nam et si fundus, qui meo fundo serviebat, tibi legatus fuerit, non aliter a me tibi praestari debeat, quam ut pristinam servitutem recipiam.“ — D. 8. 1. 18: „In omnibus servitutibus, quae aditione confusae sunt, responsum est doli exceptionem nocituram legatario, si non patiat eas iterum imponi.“

fusiooni kustutavast toimest erandi tegemist²⁷. Samuti siis, kui servituut on pandiõigusega koormatud²⁸.

Rooma õigus võimaldas servituudi püsijäämist ka omandiõiguse ajutise kokkumise puhul valitseva ja teeniva kinniku suhtes²⁹.

Erand on kokkumisel ka ususfrukti mittekustumine juhul, kui ususfrukt oli koormatud pandiõigusega. S a c h s³⁰ väidab, et siin on täielik analoogia ususfrukti tsessiooniga. Lõpuks, juhul, kui ususfrukt ja hõljuva tingimuse all kolmandale isikule legeritud omand kokkuvad, kustub ususfrukt. J u l i a n u s'e arvates — D. 7. 4. 17: „Si tibi fundi usus fructus pure, proprietas autem sub condicione Titio legata fuerit, pendente condicione dominium proprietatis adquisieris, deinde condicio extiterit, pleno iure fundum Titius habebit neque interest, quod detracto usu fructu proprietas legata sit: enim dum proprietatem adquisiris, ius omne legati usus fructus amisisti.“

Vastupidi, U l p i a n u s asub päris teisel vaatekohal: ususfrukt võib jääda püsima — D. 7. 2. 3. 2³¹.

Kokkuvõetult, kõikidel neil erandjuhtudel: 1) ususfrukti tsessioon, 2) panditud ususfrukt, 3) kaasomand, 4) kolmandale isikule legeritud ja pärijale osaliselt kuuluv ususfrukt, 5) ususfrukt ja kolmandale isikule tingimisi legeritud omand, ei kustu kokkumisel ususfrukt, vaid püsib edasi omal asjal, ja viimasel lasuv asjaõigus näib nagu mingi võõrale kuuluv õigustus.

Kerkib küsimus: kuidas kvalifitseerida ususfrukti seisundit sellistel ülemaltoodud *consolidatio* erandjuhtudel? Vaadeldes küsimust teatava õiguse toimejõu seisukohast võime nõustuda nii S a c h s'i kui ka W i n d s c h e i d'i seisukohaga: siin on tegemist „puhkava“ ususfruktiga kui ka nõrgendatud ususfruktiga, s. t. et siin pole tegemist efektiivse õigusega, vaid ususfrukt on ajutiselt toimetu³². Et aga ususfrukt siiski „elab“, seega ainult „varju-

²⁷ D. 36. 1. 75. (73). 1.

²⁸ Vt. J h e r i n g, op. cit., lk. 451, H a r t m a n n, op. cit., lk. 89 jj. Ka W i n d s c h e i d - K i p p, I, lk. 1247.

²⁹ D. 30. 116. 4; D. 8. 1. 18. Siiski paistab, et siin on tegemist uue servituudi loomisega endise asemele, ja nimelt laseb seda arvata sõnade „pristinum ius restituendum est“ ja „iterum imponi“ tarvitamine.

³⁰ S a c h s, op. cit., lk. 22.

³¹ S a c h s, op. cit., lk. 23.

³² S a c h s, op. cit., lk. 23; W i n d s c h e i d - K i p p, I, lk. 1250, nota 26.

surmas“ on, nähtub sellest, et omandi lahutamise korral „puhkavast“ ususfruktist viimane taas elustub loomulikuks ususfruktiks. Ja võib olla S a c h s'iga ³³ ühel arvamisel, et servituut sellisel juhul ei eksisteeri relatiivselt mitte ainult kolmandate isikute jaoks, vaid on kehtiv „absoluutselt“ ka omaniku jaoks.

Kokkuvõetult, reegel „nulli res sua servit“ pole Rooma õiguses siiski täiesti järjekindlalt ja vankumatult läbi viidud, seega on ka omanikuservituut erandina üksikjuhtudel võimalik, arusaadavalt ainult tuletatud-kujulisena. Kasulikkuse-, otstarbekohasuse-põhimõte, mis ju Roomas õigusinstituutide kujunemisel eriti mõõtuandev tegur oli, pidi ka siin avalduma.

Rooma õiguse allikad ei puuduta otseselt *superficies*'e ja *emphyteusis*'e kustumise probleemi kokkumise puhul. Et aga konfusiooni kustutav toime on asjaõiguste puhul Rooma õiguses üldreegel, siis peab — vastupidiste seisukohtade puudumisel, s. t. et erandeid pole mainitud — tulema otsusele, et ka *superficies* kustub, kui sellega koormatud maatüki omanik omandab mingi toimingu teel — nii *inter vivos* kui ka *mortis causa* — *superficies*'e või jälle *superficiarius* saab omandiõiguse maatükile, mis on koormatud *superficies*'ega. Samasuguselt tuleb lahendada ka *emphyteusis*'e kustumise küsimus *confusio* puhul ³⁴. Erandjuhud esinevad jällegi kolmandate isikute osavõtte puhul (nagu servituutide korral); näiteks, kui *superficies* on panditud ja omanik ning *superficiarius* kokkuvad ühes isikus, siis jääb *superficies* püsima.

Ka p a n d i õ i g u s e alal annab Rooma õigus üldreeglina konfusioonile kustutava toimejõu. Et pant peab võlastaja nõudmist tagama, siis peab ta kuuluma, öeldakse, ka teisele omanikule. Kui võlgnik-pandiomanik omandab kreditorile kuuluva pandiõiguse või kreditor saab omandiõiguse panditud asjale, siis kustub pandiõigus. Selle põhimõtte üldkujulisi väljendisi leiame allikates mitmel pool:

D. 50. 17. 45. pr.: „Neque pignus... rei suae consistere potest.“

D. 13. 7. 29: „Si rem alienam bona fide emeris et mihi pignori dederis ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse et sola precarii rogatio supererit.“

³³ S a c h s, op. cit., lk. 23—24.

³⁴ W i n d s c h e i d - K i p p, I, lk. 1117.

D. 41. 3. 33. 5: „Si rem tuam, cum bona fide possiderem, pignori tibi dem ignoranti tuam esse, desino usucapere, quia non intellegitur quis suae rei pignus contrahere. at si nuda conventionione pignus contractum fuerit, nihilo minus usucapiam, quia hoc quoque modo nullum pignus contractum videtur.“

Samuti kui servituutide puhul, ei kustu pandiõigus, kui kokkumine toimus mitteküllaldasel õiguslikul alusel. Seepärast ka näiliku kokkumise puhul (näit. kreditori poolt panditud asja ost osutus kehtetuks) kustub vaid pandiõigus näilikult, tegelikult ta aga ei lõpe. Allikad toovad perfidse näite selle kohta:

D. 24. 1. 7. 6:

„Si uxor a marito suo praedia, quae ob dotem pignori acceperat, emerit eaque emptio donationis causa facta dicatur, nullius esse momenti, pignoris tamen obligationem durare imperator noster cum patre suo rescripsit.“

Seega pole siin tegemist pandiõiguse elustumisega. Kustumine oli vaid näilik.

Analoogiliselt servituutidele ei lõpe pandiõigus ka sel juhul, kui ta kokkub kaasomaniku õigusega, s. t. kui ühe *pars indivisa* omanik omandab pandiõiguse, siis ei kustu viimane mitte. Edasi ei leia *confusio* kustutav toime aset, kui panditud ese on legeeritud (legaadina või fideikomissina) ³⁵.

Peale selle on meie probleemi lahendusel olulise tähendusega *confusio* kustutava toime kõrvaldamine juhtudel, kui panditud ese on panditud mitmele isikule. Vaatleme siin kolme juhtu:

1) Panditud asja omanik omandab ühe ülemal kohal seisva pandiõiguse. „Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum et testamento maritum et liberos ex eo natos, item ex alio heredes instituit: creditor cum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit: quaero, an, si ei iustus possessor offerat, compellendus sit ius nominis cedere. respondi posse videri non iniustum postulare.“ D. 20. 4. 19. Pandiõigus ei kustu kokkumisel.

2) Keegi omandab ühel ajal panditud eseme ja ülemal kohal seisva pandiõiguse. Näiteks kui keegi ostab võlgnikult asja, mis on panditud mitmele isikule, sel otstarbel, et müüja rahuldaks üht eespool seisvat kreditori, siis võib pandi ostja nende pandikreedi-

³⁵ Sachs, op. cit., lk. 25.

toride vastu, kes rahuldust saanust allpool seisavad, kaitset leida pandi valduses, kuivõrd rahuldatud kreditor pandi eest makstud ostuhinnaga rahuldatuks sai, ja allpool seisvad pandikreditorid võivad ainult siis saada pandi valduse, kui nad ostjale pakuvad ostuhinna, mille viimane maksis eespool seisvale pandikreditorile³⁶. Konfusiooni kustutav toime ei leia siingi aset³⁷.

3) Ülemaal kohal seisev pandikreditor omandab panditud eseme. Seda küsimust puudutab nn. *Lex Latinus Largus*, mille kohta ütleb *Wieszner*³⁸, et see on „Die interessanteste und bestrittenste Quellenstelle für die Behauptung, dass ein Pfandrecht an der eigenen Sache möglich ist, wenn der vorgehende Pfandgläubiger das Eigentum der ihm verpfändeten Sache erwirbt.“ See *Lex Latinus Largus* (D. 44. 2. 30. 1), võetuna *Paulus*'e lib. 14 quaestionum, kõlab järgmiselt:

„*Latinus Largus*: cum de hereditate inter *Maevium*, ad quem pertinebat, et *Titium*, qui controversiam moverat, transigeretur, traditio rerum hereditariarum *Maevio* heredi a *Titio* facta est, in qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo eiusdem *Maevii* heredis obligaverat quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit. his gestis posterior *Titii* creditor ius suum persecutus est et optinuit. post hoc iudicium *Maevius* heres repperit in rebus avitis chirographum eiusdem *Titii* ante multos annos conscriptum, per quod apparuit eum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam

³⁶ D. 20. 4. 17. „Eum qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.“

D. 20. 5. 3. 1. „Si tamen debitor non interveniente creditore pignus vendiderit eiusque pretium priori creditori solverit, emptori poterit offerri quod ad alium creditorem de nummis eius pervenit et usurae medii temporis: nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit an denuo pignori obliget.“

C. 8. 18 (19). 3. „Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in ius eorum successisti et contra eos. qui infirmiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes.“

³⁷ A. *Wieszner*, Das Pfandrecht an der eigenen Sache nach römischem Recht. Breslau, 1893, lk. 32 jj. G. *Buchka*, Die Hypothek des Eigentümers nach den neuesten Deutschen Gesetzgebungen und in ihrem Verhältnis zum Römischen Recht. Wismar-Rostock-Ludwigslust, 1875, lk. 7 jj.

³⁸ *Wieszner*, op. cit., lk. 4.

avo suo ab eodem Titio fuisse obligatum. cum ergo constet prius avo Maevii heredis in obligationem eundem fundum datum, de quo Maevius superatus est, quaero, an ius avi sui, quod tunc, cum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita exsequi possit. respondi: . . . in proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. actio tamen pigneraticia competit: verum est enim et pigneri datum et satisfactum non esse, quare puto non obstare rei iudicatae exceptionem.“

Tähendab: Maevius sai omandi asjale, mille suhtes talle aga juba ammu enne (pärandamise teel) hüpoteegiõigus kuulus, aga teadmata! Vahepeal vinditseeris teine hüpoteegi kreditor Maeviuselt tema pandi. Küsimus, kas Maevius saab hiljemini, kui ta avastab pandidokumendi pärandis, asja valdajalt — vastaselt *actio hypothecaria* abil asja omakorda tagasi nõuda. Tuleb õigeks pidada seisukohta, et siin jääb ühes *actio*'ga ka pandiõigus ise püsima³⁹. Wiesznier⁴⁰ näeb siin pandiõigust omale asjale. Ka Windscheid ütleb: „In diesem Sinne wird in den Quellen ein Pfandrecht an der eignen Sache anerkannt, wenn es ein vorgehender Gläubiger ist, in dessen Hand sich Pfandrecht und Eigentum vereinigen. . . . Es wäre sehr unrömisch (obgleich die Basiliken es tun), wenn man aus dieser Stelle den Satz herleiten wollte, dass zwar das Pfandrecht untergehe, aber die Pfandklage fort dauere. — Das Pfandrecht an der eigenen Sache ist eine Anwendung der Kategorie des (teilweisen) Ruhens der Rechte“⁴¹.

Vastupidisele seisukohale asub Dernburg⁴².

³⁹ Bachofen ütleb, et sõnad: „neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore“ tähendavad vaid seda, et pandi-valdus, mitte aga pandi-õigus pole ühendatud omandiga samades kätes. J. Bachofen, Das römische Pfandrecht. Bd. I. Basel, 1847, lk. 86, 91.

⁴⁰ Wiesznier, op. cit., lk. 17.

⁴¹ Windscheid-Kipp, I, lk. 1250.

⁴² Dernburg ütleb selle kohta: „Im Grunde wird in solchen Fällen nur das Eigentum mit einem Schutze gegenüber den Nachhypothekarien ausgestattet.“ Dernburg, System, I, lk. 528; „Das Pfandrecht erlischt, wenn sich Eigentum und Pfandrecht in einer Hand vereinigen. Hierauf führt schon der formale Grundsatz, dass an der eignen Sache ein weiteres, das Eigentum beschränkendes dingliches

Peab aga tähendama, et õigussuhtest osavõtjate — alamal seisvate hüpotekaaride pärast säilitabki ülemal seisev omanik — pandikreeditor oma huvides pandiõiguse omale asjale. Põhjendusena toob S a c h s ⁴³ tsitaadi allikatest: C. 8. 19. (20.) 1. 1: „quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est“. Teise hüpotekaari poolt esitatav *actio hypothecaria* teostatavus on sõltumuses *jus offerendi* teostamisest esimese hüpotekaari suhtes.

Lõpuks, kui pandi objektiks on mingi muu asjaõigus võõrale asjale, võib pandiõigus kokkumise korral püsima jääda ja nimelt juhul, kui kokku langevad omanik ja omandit koormava asjaõiguse subjekt, — siis jääb pandiõigus püsima ⁴⁴.

Konfusiooni kustutava toime mitteesinemisel pandiõiguse puhul, s. t. kui ta jääb „vaikivasse“ olekusse omale asjale püsima, kerkib küsimus, kuivõrd võib selline omanik, esinedes ühtlasi pandikreeditorina oma asja suhtes, teostada pandiõiguslikke nõudlusi. Selge on, et enda vastu ei saa ta neid mitte teostada. Küll aga võib ta esitada *actio hypothecaria* selle vastu, kes esimese pandikreeditorina tahab panditud eseme müügile asuda; ta võib kaotatud pandiobjekti *rei vindicatio*'ga ja ka pandihagiga tagasi nõuda. Sellest muide nähtub, et omale asjale pandiõiguse toime on peamiselt negatiivset laadi; siin kaitstakse end allpool seisvate pandikreeditoride vastu, et need ei saaks omandada teatavat eelmisel kohal seisvale pandikreeditorile kuuluvat varaväärtust. Seega on omale asjale pandiõiguse toime funktsioonid vaid niivõrd teostatavad, kui nad on suunatud alamal seisvate pandikreeditoride ja kolmandate isikute vastu ⁴⁵.

Asja müümine omaniku poolt on S a c h s'i ⁴⁶ ja W i e s z .

Recht nicht möglich ist. Dazu kommt aber, dass der Zweck des Pfandrechts unrealisirbar wird, sowie der Gläubiger Eigenthümer des Pfandobjects wird. Denn nur eine Sache, die nicht bereits zu seiner Vermögenssphäre gehört, kann ihm Befriedigung für seine Forderung, mit andern Worten, die effective Einlieferung des durch die Forderung ausgedrückten Werths in sein Vermögen verschaffen.“ H. D e r n b u r g, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. II. Leipzig, 1864, lk. 567—568.

⁴³ S a c h s, op. cit., lk. 29.

⁴⁴ Siin on seega kolm isikut: 1) omanik, 2) õigustatud isik (näit. *superficiarius*) ja 3) kolmas isik — pandikreeditor, kellele on antud pandiõigus.

⁴⁵ S a c h s, op. cit., lk. 30.

⁴⁶ S a c h s, op. cit., lk. 30.

ner'i⁴⁷ arvates lubamatu. Hartmann'i⁴⁸ arvates on see võimalik. Kui pandiõigus omale asjale siirdub uuesti mitte-omanikule, siis muutub ta jälle harilikuks pandiõiguseks, „ärkab puhkavast olekust“: uus pandikreeditor on järglane ainult oma eelneva isiku kui pandivõlastaja suhtes.

Kõigest öeldust näeme, et Rooma juristid praktilistel kaalutlustel taganevad ka siin üldisest põhimõttest, et omale asjale on võimalik vaid omandiõigus. Sealjuures on mõõtuandvad olnud *aequitas* ja otstarbekohasuse-põhimõtted; on ju loomulik, et järeleisvad pandikreeditorid teostaksid oma õigusi eelmisel kohal seisva kreeditori vastu, kes on ühtlasi panditud eseme omandanud⁴⁹. Viimaste õigusi ei tohi vähendada asjaolude mõjul eelmisel kohal oleva pandikreeditori isikus. Viimane, saanud omandiõiguse asjale, peab oma õigusi teostama ja takistama, et alamaalseisvad pandikreeditorid ei tungiks ülemale kohale⁵⁰.

⁴⁷ Wiesznier, op. cit., lk. 61.

⁴⁸ Hartmann, op. cit., lk. 114, Hartmann ütleb, et Rooma õiguse järgi oli omanikul — hüpotekaaril otsene praktiline mõte võõrandada asi just pandipidajana; siis kustuvad kõik allpool seisnud pandiõigused ja muud asjaõiguslikud koormised (*superficies* jne.). Võõrandab ta asja omanikuna, jäävad kõik *jura in re aliena* puutumatuks püsima.

⁴⁹ Sachs, op. cit., lk. 29, toob selle kohta põhjendusena juba varemalt mainitud tsitaadi: C. 8. 19. (20.) 1. 1.

⁵⁰ Nii toonitab ka Vangerow, et mõnel juhul tuleb *aequitatis causa* pandiõiguse edasikestmist *confusio* puhul tunnustada, sest seega on omanikul võimalus end halvemate pandikreeditoride vastu kaitsta. Ta esitab neli juhtu, ja nendest kahel viimasel on omanikul ka *actio pignoratitia*. K. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. I. Marburg-Leipzig, 1863, lk. 900.

Wening-Ingenheim, üks esimesi, kes räägib pandiõigusest omale asjale, konstateerib, kui ta on käsitelnud Rooma õiguse allikate järgi üksikuid pandi püsimajäämise juhtumeid, ka üldreeglina pandiõiguse kustumist konfusiooni korral, ehk sellest küll on terve rida erandeid. Need erandid võtab Wening-Ingenheim kokku kolme järgmisse põhimõttelisse rühma. Ta ütleb: „Will man die Ausnahme in den einzelnen Fällen betrachten, so dürfen sich diese auf folgende Art darstellen.“

I. Erwirbt ein Creditor das Eigenthum des Pfandes von dem Schuldner, so besteht die Wirksamkeit seines Pfandrechtes rücksichtlich der übrigen Creditoren fort. Fr. 59. pr. (XXXVI. 1) fr. 30. § 1. (XLIV. 2) C. 1. (VIII. 20).

II. Erhält Jemand neben dem Eigenthum das Pfandrecht eines durch ihn abgefundenen Creditors, dann dauert auch letzteres in gleicher Art fort. Fr. 17. (XX. 4) C. 3. (VIII. 19).

III. Geben die Gesetze einigen Personen Eigenthum, und ausserdem

Üldiselt on probleem piiratud asjaõigustest omale asjale Rooma õiguses vägagi vaieldav olnud ja vaieldavaks jäänudki. Seisukohta, et roomlased põhimõtteliselt ja üldiselt olevat tunnustanud piiratud asjaõigusi omale asjale, pooldavad Hartmann⁵¹, Buchka⁵², Windscheid⁵³, Wieszner⁵⁴ ja Sachs⁵⁵. Seda seisukohta eitavad Puchta⁵⁶, Arndts⁵⁷ ja teised.

Näib siiski paikapidavam olevat neist tagasihoidlikum seisukoht: Rooma õiguses nagu puudus üldine, selgelt väljendatud säte erandist *confusio* kustutava toime kõrvaldamise kohta, nii polnud ka üldist kategooriat piiratud asjaõigusi omale asjale. Olid üksikud läbimurded põhimõttest „nulli res sua servit“⁵⁸, aga õiguse areng ei jõudnud selliste õiguste omale asjale selgekujulise üldise tunnustamiseni. Sest mitte eitades rooma juristide praktilist meelt seadusandmisel, kus elulisel vajadusel oli suur oluline tähendus, pole siiski alust arvata, et konfusiooni kustutavast toimest kui üldpõhimõttest Roomas oleks jõutud juba mingi üldise erandi tegemiseni, s. t. juhtudeni, kus endine printsiip oli teadlikult ja kavatselt kitsendatud.

zur vollen Sicherheit noch das Pfandrecht, so kann auch dieses vollkommen wirksam gemacht werden. Fr. 7 (XX. 4) fr. 3. pr. (XXVII. 9) C. 6. (VII. 8) C. 6 § 2. (V. 9) C. 30. pr. (V. 12).“ Wenig-Ingenheim, Das Pfandrecht an eigener Sache. Archiv für die Civilistische Praxis. Bd. VI. Heidelberg, 1823, lk. 149—150.

⁵¹ Hartmann, op. cit., lk. 111, jõuab tulemusele, et Rooma õigus on teatavatel juhtudel omanik-hüpotekaar *pignoratitia in rem actio* ja sellele vastava *exceptio* abil pandivalduses kaitstud ja ta on *jus offerendi* suhtes teiste pandikreeditoridega võrdses seisundis.

⁵² Buchka jaatab üldiselt pandiõiguse omale asjale olemasolu Rooma õiguses, aga ainult ühel juhul, ja nimelt, kui pandikreeditor saab pantese omanikuks, või vastupidi, omanik omandab oma asjaga tagatud kohustuse, ilma et sealjuures pandikohustus ise kustuks, sest kui ka see kustuks, lõpeks ka pandiõigus. Buchka, Hypothek des Eigenthümers, lk. 46.

⁵³ Windscheid-Kipp, I, lk. 1250.

⁵⁴ Wieszner, op. cit., lk. 58.

⁵⁵ Sachs, op. cit., lk. 28 jj.

⁵⁶ Puchta, op. cit., lk. 314.

⁵⁷ Arndts'i seisukoht pole siiski päris kategooriline. Vt. L. Arndts, Lehrbuch der Pandekten. Stuttgart, 1872, lk. 656.

⁵⁸ Hartmann ütleb, et lause „nulli res sua servit“ pole mitte tõeline absoluutne õiguslause, vaid ainult teatav *regula juris*. Ta oleks üldisel rakendamisel isegi vale. Hartmann, op. cit., lk. 93.

Siinjuures oli suureks takistuseks kinnistusraamatu aparaadi puudumine.

Vaieldamatu on aga see, et Rooma õigus tundis erandina vaid derivatiivselt tekkivaid piiratud asjaõigusi omale asjale; puudub ju igasugune alus oletuseks, et seal olid võimalikud piiratud asjaõigused omale asjale originaarselt tekkivatena.

Üldõigus jäi esialgu Rooma õiguse vaadetele püsima.

Kuna Rooma õigus jõudis vaid *confusio* kustutavast toimest üksikute, pealegi vaieldavate erandite võimaldamiseni, on vanast Germaani õigusest, kus ka konfusiooni kustutav toime üldreeglina kehtis, aga pisut pehmemal kujul, jõudnud areneda BGB § 889 väljendatud õigusnorm, mis on osalt seletatav ka sellega, et pole teist ala BGB-s, mis nii vähe baseeruks Rooma õigusel kui asjaõigus, eriti immobiliaarõigus.

Selle kohta ütleb Hedemann⁵⁹: „Das römische Recht liess dann folgerichtig das *jus in re aliena* untergehen, es wurde vom Eigentum ohne weiteres aufgesogen (Konfusion). Davon ist das BGB aus technischen Gründen abgewichen. Es rechnet damit, dass das begrenzte dingliche Recht, z. B. eine Hypothek, die Tendenz in sich trägt, nicht in der Hand des Eigentümers, in die es ein Zufall geführt hat, zu verbleiben, sondern früher oder später erneut weiterzuwandern; dafür soll es bereitgehalten werden, und darum lässt man es fortbestehen: Aufrechterhaltung eines einmal geschaffenen wirtschaftlichen Werts.“

Aga juba enne BGB ilmumist on märgata Saksa õiguses asjaõigusliku konfusiooni kustutava toime nõrgenemist. Nii määrab Preisi üldine maaõigus (ALR I, 22, § 54) — olgugi et tunnustab konfusiooni kustutavat toimet —, et kinnistusraamatusse kantud või väliselt selgesti nähtav servituut omab, vaatamata kokkumisele, hiljemini aset leidnud omandiõiguse lahutamise järel uuesti toime, kui mitte omanik vahepeal, kokkumise ajal, pole lasknud servituuti kustutada või kui välised servituuti eraldavad tunnused pole kõrvaldatud. Siiski pole päris selge, kas

⁵⁹ J. W. Hedemann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin-Leipzig, 1924, lk. 81—82.

servituut mainitud paragrahvi alusel konfusiooni ajal tõeliselt edasi kestab või elustub ta taas omandiõiguse lahutamisel.

Analoogiliselt Preisi maaõigusele on küsimus reguleeritud Austria tsiviilseadustikus, aga selle erinevusega, et ABGB ei maini servituudi püsijäämist, kui tal on selged välised tunnused. Samuti ei mõju ABGB järgi konfusioon kustutavalt servituudile, kui on olemas kaasomandi suhted valitseva või teeniva kinniku peale ⁶⁰, ⁶¹.

Päris selge on aga kehtiva Saksa tsiviilseadustiku seisukoht. BGB § 889 tekst: „Ein Recht an einem fremden Grundstück erlischt nicht dadurch, dass der Eigenthümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigenthum an dem Grundstück erwirbt“ laseb end seletada kõigepealt majanduslikust vaatekohast, korraldada pandiõiguse abil criti palju reaalkrediiti, teiseks vastab ta täiel määral kinnistusraamatulisele avaliku usalduse põhimõttele.

Püstitanud üldnormi — § 889 — kokkumise kohta, sisaldab BGB aga erisätteid ka üksikute asjaõiguslikkude instituutide kokkumise puhul. Näiteks, kuna § 889 alusel kinnisvara vilikasustus jääb kokkumisel püsima, näeme, et vallasasja vilikasustuse puhul kehtib üldreeglina kokkumise kustutav toime, sest § 1063 I määrab: „Der Niessbrauch an einer beweglichen Sache erlischt, wenn er mit dem Eigenthum in derselben Person zusammentrifft.“ Samuti ütleb § 1072: „Die Beendigung des Niessbrauchs tritt nach den Vorschriften der §§ 1063, 1064 auch dann ein, wenn das dem Niessbrauch unterliegende Recht nicht ein Recht an einer beweglichen Sache ist.“

Huvitav on märkida, et BGB esimeses redaktsioonis leidis nendele sätetele lisana erandsäte — § 1016 I, 2 näol: „Die Aufhebung tritt jedoch nicht ein, solange der Niessbrauch mit dem Rechte eines Dritten belastet ist.“ See lause aga kustutati BGB II redaktsioonis ja tema asemele võeti § 1063

⁶⁰ Vt. Venediger, op. cit., lk. 24.

⁶¹ Erandeid konfusiooni kustutavast toimest leiame juba Meklenburgi 1848. a. hüpoteegikorrast ja ka Hessen-Darmstadt hüpoteegiseadusest a-st 1858, kus on öeldud: „Dienstbarkeiten und andere Rechte, welche dem dritten Besitzer an dem verpfändeten Gegenstande zustanden, ehe er ihn erworben hat, leben, nachdem er denselben wieder aufgegeben hat, ... wieder auf.“ Hypotheken-Ordnung für Hessen-Darmstadt, § 139.

II: „Der Niessbrauch gilt als nicht erloschen, soweit der Eigenthümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Niessbrauchs hat“ ⁶².

Edasi, kui vilikasustuse objektiks on mingi nõudeõigus ja selle nõudeõigusliku suhte võlgnikupool ja vilikasustaja kokkuvad, ei järgne samuti kustutavat toimet ⁶³.

Mis puutub kokkumise kustutavasse toimesse pandiõiguses, siis on ta Saksa kehtiva õiguse järgi erinev kinnis- ja vallaspandi puhul ⁶⁴. Üldiselt kinnispandi ja omandi kokkumisel esimene ei kustu (BGB § 889). Küll aga kustub hüpoteek, kui ta on maks-mata jäänud kõrvalkohustuste (näit. %) ja kreditorile tasuta-vate kulude kindlustamiseks (BGB § 1178 I).

Vallaspandiõiguses on kokkumisel aluseks BGB § 1256, mis ütleb: „Das Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Eigenthum in derselben Person zusammentrifft. Das Erlöschen tritt nicht ein, solange die Forderung, für welche das Pfandrecht besteht, mit dem Rechte eines Dritten belastet ist. Das Pfandrecht gilt als nicht erloschen, soweit der Eigenthümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat“ ⁶⁵.

§ 1256 tuleb rakendamisele ka laevahüpoteegi puhul. Tähen-dab, ka laeva kui vallasasja hüpoteegi puhul leiab üldreeglina aset konfusiooni kustutav toime. (Muide, laevade suhtes pole võima-lik ka kinnikvõlg) ⁶⁶.

Vaadeldes kokkumise kustutava toime küsimust Saksa kehti-vas õiguses õigustepandi puhul, võime eristada kolme juhtu: 1) Pandivõlastaja ja obligatsioonivõlastaja kokkuvad — pant kustub. (§ 1273 II: „Auf das Pfandrecht an Rechten finden die Vorschrif-ten über das Pfandrecht an beweglichen Sachen entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1274 bis 1296 ein Ande-

⁶² Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. III, Sachenrecht. Berlin, 1899, lk. 412.

⁶³ Sch wedler, op. cit., lk. 122—123.

⁶⁴ See on ka arusaadav, sest kinnispandiõigus on Saksa õiguses täiesti rajatud omapärastele põhimõtetele.

⁶⁵ Scepärast soovitab Heck ka § 1256 II puhul tarvitada nimetust „omaniku pant“. Heck, op. cit., lk. 425.

⁶⁶ Hedemann, Sachenrecht, lk. 421. M. Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Dritter Band: Das Sachenrecht. (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, begr. von L. Enneccerus, Th. Kipp, M. Wolff.) Marburg, 1932, lk. 657.

res ergibt. Die Anwendung der Vorschriften des § 1208 und des § 1213 Abs. 2 ist ausgeschlossen.“) 2) Pandivõlastaja ja panditud obligatsiooni võlgnik kokkuvad üheks võlgnikuks; siin ei ole konfusioonil kustutatavat toimet, sest üksteise vastu seisvad pandiõiguslikud suhted pole kokkunud; siiski ei kesta pandiõigus endises ulatuses edasi, vaid muudetuna, vastavalt võlastaja võimatusele endalt rahuldust nõuda ⁶⁷. 3) Panditud obligatsiooni subjektid, s. o. võlastaja ja võlgnik kokkuvad — pandiõigus jääb püsima ⁶⁸.

Edasi, mis puutub kokkumise kustutava toime mõjusse hoonestusõigusele, siis ei kustu viimane — Erbbaurecht (BGB § 1012—1017) — kokkumise korral, sest tema kohta tulevad rakendamisele § 889 sätted.

Ka asjaõiguslik ostu-eesõigus (dingliches Vorkaufsrecht, BGB § 1094—1104) ei kustu kehtiva Saksa õiguse järgi alati kokkumise puhul, ja nimelt jääb ta siis püsima, kui ostuks eesõigustatud isik saab kinnikule omandiõiguse muul teel kui ostu-eesõiguse teostamise kaudu (näit. pärimise teel ⁶⁹). Samuti ei kustu ka maasunnis (Reallast) BGB alusel kokkumise teel (§ 889); võib ta ju isegi olla peremehetu asja suhtes ⁷⁰.

Saksa partikulaarõiguslik põlisrent (Erbpacht), mis, nagu meilgi BES-s, kujutab endast jagatud omandi juhtu ja mida BGB otseselt ei normeer, kustub kokkumise teel, s. t. kui *dominus directus* või *dominus utilis* saab endale nii *dominium directum*'i kui ka *dominium utile* ⁷¹.

Šveitsi õigus, nimelt ZGB ei sisalda küll BGB § 889 sarnast normi, aga asjaõiguste mittekustumine kokkumise korral on ka ZGB üldpõhimõttena kehtiv.

⁶⁷ Sachs, op. cit., lk. 72; Schwedler, op. cit., lk. 143.

⁶⁸ BGB I redaktsioonis oli selleks vastav § 1223: „Vereinigen sich die dem Pfandrechte unterliegende Forderung und die Verbindlichkeit in derselben Person, so wirkt die Vereinigung nicht gegen den Pfandgläubiger.“ II redaktsioonis kustutati see § kui endastmõistetav. Vt. Protokolle, III, lk. 422 ja 536.

⁶⁹ Wolff, op. cit., lk. 445.

⁷⁰ Wolff, op. cit., lk. 456.

⁷¹ Vt. näitena G. v. Buchka, Landesprivatrecht der Grossherzögtümer Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz. (Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens von H. Dernburg, Ergbd. V.) Halle a. S., 1905, lk. 145.

Reaalservituutide puhul on see mittekustumine otseselt väljendatud ZGB art. 735-ndas, kus on öeldud:

„Wird der Berechtigte Eigentümer des belasteten Grundstückes, so kann er die Dienstbarkeit löschen lassen. Solange die Löschung nicht erfolgt ist, bleibt die Dienstbarkeit als dingliches Recht bestehen.“

Seega sõltub siin servituudi lõppemine tema kustutamisest kinnistusraamatus.

ZGB art. 735 sätted on laiendatavad ka isiklikkude servituutide kohta (Nutzniessung, Wohnrecht, Baurecht, Quellenrecht jne.⁷²). Ka maasunnis (Grundlast) ei kustu Šveitsi õiguse järgi kokkumise korral, s. t. kui õigustatud isik saab koormatud kinniku omanikuks või viimase omanik omandab maasunnise õigustuse. Küll aga kustuvad nõudlused sammete kohta, millede tähtaeg on juba möödunud ja ei teki uued sellised nõudlused, kuni kestab kokkumis-seisund⁷³. Et Šveitsi ZGB tunnustab õige laialdases ulatuses omaniku kinnispandiõigust, siis ei saa kokkumise kustutavast toimest kinnispandi puhul õieti juttugi olla⁷⁴. On võimalikud vaid üksikud erandid kokkumise mittekustutavas toimes.

Sellise erandi moodustab näiteks juhtum, kui maatükk on võõrandatud pandikreeditori nõudmisel ja pandivõlg on arvestatud ostuhinnaga; siis kustub pandikohustus kokkumise teel (OR art. 118). Kui sellisel juhul kohustus siiski oli koormatud mõne õigusega kolmanda isiku kasuks (pandiga, vilikasustusega), siis on selle kolmanda isiku nõusolek kohustuse lõppemiseks nõutav: kolmas isik on õigustatud endist võlgnikku alles jätma⁷⁵.

Mis puutub vallaspanti, siis kustub ta Šveitsi õiguse järgi

⁷² Vt. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Herausg. von M. Gmür. Bd. IV: Sachenrecht. II. Abt. von H. Leemann. Bern, 1925, lk. 429.

⁷³ Gmür, Kommentar, IV, 2, lk. 643.

⁷⁴ „Dans les cas de réunion sur la même tête des qualités de propriétaire et de créancier, créance et droit de gage subsistent à titre d'hypothèque sur soi-même, de forderungsbedeutende Eigentümerhypothek. S'il y a confusion des qualités de créancier et de débiteur, droit de gage et créance subsistent à l'état latent, et sortiront de nouveau leurs effets quand la confusion aura pris fin; cfr. art. 118 C. O.“ V. Rossel -- F. H. Mentha, Manuel du Droit Civil Suisse. Tome III. Lausanne-Genève, lk. 151.

⁷⁵ Gmür, Kommentar, IV, 2, lk. 881.

omandi ja pandiõiguse kokkumisel ühes isikus, kuivõrd ka kohustus on kokkumisel kustunud. Kui aga võõra võla jaoks konstitueeritud vallaspandiõiguse puhul omanik rahuldab võlastaja ja asjal lasub veel teine (järgnev) pandiõigus, siis tuleb pandiõiguse edasikestmist fingeerida, sest siin on omanikul huvi sellisest edasikestmisest. Sellega takistatakse teenimatut allpool seisva pandikreeditori edasinihkumist ülemale ⁷⁶.

Lõpuks, õiguste pantimise puhul mõjub Šveitsi õiguse järgi kokkumine ka üldiselt kustutavalt, s. t. kui panditud kohustus ja pandiõigus ühes ja samas isikus kokkuvad (pandikreeditor saab õigustoimingu kaudu või pärimise teel panditud kohustuse kreeditoriks). Kuid ka siin jääb sel juhul, kui kohustusel lasub mõni järgnev pandiõigus võõra võla eest, pandiõigus püsima. Samuti ka sel juhul, kui ühte langevad pandikreeditor ja võlgnik — kolmas isik (näiteks pärimise korral), ei kustu pandiõigus, vaid jääb püsima pandiõigusena oma võla suhtes ⁷⁷.

Et A u s t r i a ABGB, olles võrdlemisi vana seadustik, püsib üldiselt veel roomaõiguslikul seisukohal: „nulli res sua servit“, siis on ka kokkumisele antud üldiselt kustutatav toimejõud, kuid teatava reservatsiooniga. Nii ütleb ABGB § 526:

„Wenn das Eigentum des dienstbaren und des herrschenden Grundes in Einer Person vereinigt wird, hört die Dienstbarkeit von selbst auf. Wird aber in der Folge Einer dieser vereinigten Gründe wieder veräußert, ohne dass inzwischen in den öffentlichen Büchern die Dienstbarkeit gelöscht worden; so ist der neue Besitzer des herrschenden Grundes befugt, die Servitut auszuüben.“

Seega püsib kokkunud — kinnistusraamatusse kantud ja kustutamata jäänud servituut paberil edasi omanikuservituudina ⁷⁸. Kui servituut polnud kantud kinnistusraamatusse, siis on vajalik ühe kinniku võõrandamisel servituudi otsene või vaikiv taastekitamine. Mis puutub servituudi toimesse, mis on raamatusse kantud, aga kustutamata jäänud, siis püsib ta, nagu öeldud, raamatust kustutamiseni edasi, seistub vaid tema teostamine (ABGB § 1446). Kui üks maatükkest võõrandatakse ja servituut polnud kin-

⁷⁶ G m ü r, Kommentar, IV, 2, lk. 1099—1100.

⁷⁷ G m ü r, Kommentar, IV, 2, lk. 1139—1140.

⁷⁸ A. E h r e n z w e i g, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. I, 2. Hälfte: Das Sachenrecht. Wien, 1923, lk. 337.

nistusraamatust kustutatud, tõuseb servituut täies ulatuses jälle jõusse (ABGB § 526). Ja seda mitte üksnes valitseva kinniku uue omaniku kasuks, vaid ka teeniva kinniku uue valdaja suhtes ⁷⁹.

Isiklik servituut kustub Austria õiguse järgi, kui õigustatud isik saab omandiõiguse teenivale asjale (ABGB § 1445).

Kinnispandiõiguses on kokkumisel ABGB järgi samuti tingimuslik kustutav toime: hüpoteegiga koormatud kinnik vastutab niikaua võla eest, kuni see pandiõigus on kinnistusraamatust kustutamata (§ 469).

Vallaspant kustub aga Austria õiguse järgi kokkumise teel, kui pandikreeditor saab panditud asja omanikuks või pandi omanik omandab kohustuse, sest siis tal harilikult puudub huvi pandiõiguse edasipüsimiseks. Kui aga panditud asi on panditud veel teistele isikutele, siis jääb nüüdse omaniku kasuks (kui see omanik polnud isiklik võlgnik) endine esimusaste püsima ⁸⁰.

Ka hoonestusõigus (Baurecht) lõpeb vastava, 26. apr. 1912. a. antud Austria novelli järgi kokkumise puhul, kui õigustatud isik laseb sellise omaniku-hoonestusõiguse kinnistusraamatus kustutada (vrd. § 526 ABGB) ⁸¹.

Ungari 1910. a. tsiviilseadustiku eelnõus leiame üldist laadi sätte kokkumise toime kohta; nimelt selle eelnõu § 383 lausub:

„Ein Recht an einem Grundstücke erlischt nicht dadurch, dass der Eigentümer das Recht, oder dass der Berechtigte das Eigentum erwirbt. Ein in das Grundbuch eingetragenes Recht an einem Rechte erlischt nicht dadurch, dass sich die beiden Rechte in einer Person vereinigen.“

Seega on see norm rakendatav üldiselt vaid kinnisvarade kohta. § 383 üldkujulise sõnastuse tagajärjel pole ka eelnõus seda sätet korratud servituutide ja teiste piiratud asjaõiguste (kinnisasjadele) kustumise puhul. Erandsäte on toodud vilikasustuse kohta eelnõu § 575 II lõikes:

„Die Vorschriften des Absatzes 1 gelten entsprechend, wenn ein in das Grundbuch nicht eingetragenes Recht Gegenstand des Niessbrauchs ist.“

⁷⁹ Ehrenzweig, op. cit., lk. 381.

⁸⁰ ABGB § 1445. Vt. ka Ehrenzweig, op. cit., lk. 540.

⁸¹ Ehrenzweig, op. cit., lk. 414.

Mis puutub piiratud asjaõiguste vallasasjadele kustumisse kokkumisel, siis siin on Ungari eelnõule eeskujuks olnud uuemad tsiviilseadustikud — BGB, ZGB. Nii lausub vallasasjade vilikasutuse kohta Ungari tsiviilseadustiku eelnõu § 575 I lõige:

„Der Niessbrauch an einer beweglichen Sache endigt, wenn er mit dem Eigentum in einer Person zusammentrifft. Er endigt nicht, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse daran hat, dass der Niessbrauch fortbestehe.“

Ja vallaspandi kohta ütleb Ungari 1910. a. eelnõu § 630 I lõige:

„Das Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft. Die Vorschriften des § 629, Absatz 2 sind entsprechend anzuwenden.“

Sinna juurde lisatakse aga reservatsioonina sama § II lõikes:

„Das Pfandrecht erlischt nicht, insoweit der Eigentümer ein berechtigtes Interesse daran hat, dass das Pfandrecht fortbestehe.“

Ja § 629 II lõikes öeldakse:

„Ist das Pfandrecht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so kann das Pfandrecht nur mit Zustimmung des Dritten aufgehoben werden. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Vorteil sie dient; die erfolgte Zustimmung kann nicht widerrufen werden“⁸².

Tšehhoslovakkia tsiviilseadustiku eelnõu ei sisalda (olles Austria ABGB otsene järglane) üldist sätet kokkumise kohta asjaõiguste alal. Küll aga on ABGB § 526 vastavalt muudetud ja eelnõus § 501-na saanud järgmise redaktsiooni:

„Wird das Eigentum des dienenden und herrschenden Grundstückes in einer Person vereinigt, bleibt die Dienstbarkeit weiterhin bestehen.“

Sinna juurde tuleb eelnõu § 497 säte, et kinnistusraamatusse kantud servituudid kustuvad alles raamatust kustutamiseega. Sellest sättest nähtub, et nad seni püsivad servituudina edasi.

Sama võib järeldada ka eelnõu § 442 sisust hoonestusõiguse kohta, kus on öeldud (§ 442 I lõige, I lause):

„Das Baurecht geht durch Löschung in den Grundbüchern unter.“

⁸² Gesetzentwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für Ungarn. Veröff. durch d. Königl. Ungarische Justizministerium. Budapest, 1914.

Vallaspandi lõppemise kohta lausub eelnõu § 524:

„Wenn die verpfändete Sache zerstört wird; wenn sich der Gläubiger seines Rechtes darauf begibt; oder wenn er sie dem Schuldner ohne Vorbehalt zurückstellt, so erlischt zwar das Pfandrecht, aber die Schuldforderung besteht noch.“

Seevastu ütleb § 525 II lõige:

„Ist das Pfandrecht in die öffentlichen Bücher eingetragen, so erlischt es nur durch die Löschung.“

Siit võime järeldada, et kokkumisel kinnistusraamatusse kantud kinnispandiõigus iseenesest veel ei kustu (vt. ka eelnõu § 527 I lõige)⁸³.

Asudes vaatlema kokkumise kustutavat toimet *Prantsuse* õiguses, näeme, et Code civil on rajatud üldiselt põhimõttele: kokkumine kustutab piiratud asjaõiguse. Kuid ka sellest põhimõttest sättest on *Prantsuse* tsiviilõiguses mitmed erandid. CC art. 705 ütleb küll kategooriliselt: „Toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main“⁸⁴. Kuid see art. 705 kategoorilisuus pole siiski absoluutset laadi: on võimalikud teatavad erandid. Nii ütleb *Planiol*⁸⁵: „L’extinction de la servitude par l’effet de la confusion n’est pas toujours définitive; il arrive assez souvent que la servitude revit quand la confusion cesse, c’est-à-dire quand les deux fonds entre lesquels elle existait se trouvent de nouveau aux mains de deux propriétaires différents.“

Siin on võimalik kaks juhtu. Nii ütleb *Planiol* samas edasi:

1. „Si la confusion cesse en vertu d’une cause rétroactive, qui efface fictivement l’acquisition d’où la confusion est résultée, la servitude reparaît alors toujours, parce que la confusion est réputée ne s’être pas produite.“ (Näide: valitseva kinniku omanik ostab teeniva kinniku — konfusioon kustutab servituudi; kuid ostu-

⁸³ Vt. Tšehhoslovakkia Tsiviilseadustiku eelnõu motiive selle kohta: Das Bürgerliche Gesetzbuch für die čechoslovakische Republik. Reichenberg i. B., lk. 498.

⁸⁴ *Planiol* ütleb: „La confusion est donc pour les servitudes ce que la consolidation est pour l’usufruit, une application de la maxime: Nemini res sua servit.“ M. *Planiol*, Traité élémentaire de droit civil. Tome I. Paris, 1925, nr. 2980, lk. 976.

⁸⁵ *Planiol*, Traité, I, nr. 2981, lk. 976—977.

hind jääb tasumata ning ostja laseb ostu tühistada ja võtab oma kinniku tagasi. Siin nagu poleks ostu olnudki, konfusioon ei avalda oma toimet ja servituut kestab edasi. Ta nagu polegi kunagi kustunud.)

2. „Si la confusion cesse sans effet rétroactif, par exemple si le propriétaire unique des deux fonds vend ou lègue l'un d'eux, en principe la servitude ne revit pas. Toutefois la loi maintient la servitude, s'il existe entre les deux fonds un signe apparent qui l'annonce (art. 694)“⁸⁶.

Ka vilikasustus lõpeb Code civil'i järgi kokkumise teel, kusjuures kokkumine kannab Rooma õiguse eeskujul konsolidatsiooni nimetust: CC art. 617 ütleb: „L'usufruit s'éteint..... Par la consolidation ou la réunion sur la même tête, des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire.“

Mis puutub kinnispandiõigusesse, siis ka kinnispandiõigus (hypothèque) kustub kokkumise puhul, kusjuures Planiol annab ka selle kokkumisele nimetuse „consolidation“⁸⁷.

Kokkumine lõpetab Prantsuse õiguses ka vallaspandi (gage), sest vallaspant, ütleb Planiol⁸⁸, lõpeb kõigil neil kordadel, kui võlg ise on kustunud. Ja nagu teame, kustub võlg kokkumise teel CC art. 1300 järgi⁸⁹.

Teatava üldisemakujulise erandi kokkumise kustutavast toimest kujutab endast CC art. 2177 (peatükis „De l'effet des privilèges et hypothèques contre les tiers détenteurs“):

„Les servitudes et droits réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession, renaissent après le délaissement ou après l'adjudication faite sur lui. Ses créanciers personnels, après tous ceux qui sont inscrits sur les précédents propriétaires, exercent leur hypothèque à leur rang, sur le bien délaissé ou adjugé.“

Muidu aga — kordame — on kokkumise kustutav toime Prantsuse õiguses lõplik: piiratud asjaõigus ei elustu.

⁸⁶ „Destination du père de la famille“ kui erandi kohta vt. käesoleva teose pt. VI.

⁸⁷ Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*. Tome II, Paris, 1923, nr. 3388, lk. 1039; nr. 3417, lk. 1047.

⁸⁸ Planiol, *Traité*, II, nr. 2461, lk. 780.

⁸⁹ Planiol, *Traité*, II, nr. 598, lk. 197.

Itaalia õiguses kustuvad prediaalservituudid üldreeglina kokkumise teel (CC art. 664) ⁹⁰.

Vilikasustus kustub samuti konsolidatsiooni teel (CC art. 515) ⁹¹. *Emphyteusis* kustub konfusiooni puhul, samuti tuleb seda järeltada *superficies*'e kohta ⁹².

Mis puutub pandiõigusesse, siis ka Itaalia õigus ei tunne otsest omaniku panti ja laseb pandiõiguse ja omandi kokkumisel esimese üldreeglina kustutada (CC art. 2017) ⁹³, sest hüpoteek on obligatsiooni suhtes, mida ta tagab, aktsessoorne õigus, ja üldiselt on obligatsiooni lõppemise viisid ka hüpoteegi lõppemise viisideks.

Hispaania s kehtiv tsiviilseadustik Código civil tunneb samuti asjaõiguslikku kokkumise kustutavat toimet. Art. 513 p. 3. järgi kustub näit. vilikasustus, kui tema ja omand ühinevad ühes ja samas isikus. Ja art. 546. p. 1. järgi, kui omandiõigus

⁹⁰ Põhjendusi ja erandeid vt. N. Stolffi, Diritto Civile. Vol. II, Parte 2. Torino, 1928, nr. 661—667, lk. 312—314 ja R. de Ruggiero, Istituzioni di diritto civile. Vol. I. Messina, 1929, lk. 680.

⁹¹ Stolffi, II, 2, nr. 187—188 ja de Ruggiero, op. cit., lk. 647.

Ka Itaalia tsiviilseadustiku eelnõu järgi kustub *ususfructus* peale teiste mooduste „konsolidatsiooni või *ususfructus*'e ja tühja omandi (*nuda proprietà*) subjekti kokkumisega“. Codice civile, Secondo libro. Cose e diritti reali. Progetto. Roma, 1937. Art. 166, p. 3, mis vastab kehtiva Itaalia CC art. 515 sätetele.

⁹² Stolffi, II, 2, nr. 928, lk. 513, ja nr. 1003, lk. 554.

⁹³ N. Stolffi, Diritto Civile. Vol. II, Parte 3. Torino, 1932, nr. 383, lk. 173; nr. 992, lk. 411.

Caliendo, op. cit., lk. 25.

Samuti ütleb ka Chironi: „La confusione nella stessa persona delle due qualità di creditore e debitore, per la impossibilità che validamente coesistano nel medesimo soggetto e si possano esercitare due posizioni giuridiche in così grave contrasto tra di loro, toglie la esistenza del rapporto di credito. E con la cessazione del negozio garantito finisce la ragion di essere della sicurtà.“

G. P. Chironi, Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno. Vol. I. (Parte generale.) Milano-Torino-Roma, 1918, lk. 664.

Et kehtiv Itaalia koodeks ei lahenda küsimust, mis saab hüpoteegist, kui vilikasustus kokkub omandiga loobumise või mõne muu usufruktuuari vabatahtliku akti alusel, on projekt vajalikuks pidanud seda küsimust lahendada selles mõttes, et konsolidatsiooni korral ei lasu hüpoteek üksnes tühjal, paljal omandil (*nuda proprietà*), vaid laieneb ka *ususfructus*'ele, kui see polnud varemalt koormatud inskriptsiooni teel. Codice civile, Progetto, art. 421. Vt. ka Codice civile. Secondo libro. Cose e diritti reali. Relazione al progetto. Roma, 1937, lk. 181.

valitsevale kinnikule ja teenivale kinnikule satuvad ühe ja sama isiku kätte, lõpeb servituut ⁹⁴.

Ka Inglise õiguses kehtib üldine põhimõte: kui teeniva kinniku omandab valitseva kinniku omanik, siis kustub piiratud asjaõigus, sest omanik ei teosta oma õigust mitte enam võõra kinniku suhtes, vaid oma omandiõiguse alusel. Teeniva kinniku edasiandmisel, kui koormise edasikestmist soovitakse, peab see sõnaselgelt väljendatud olema, muidu võib koormis tekkida vaid uuena. Nii kustub asjaõiguslik rent (*leasehold estate*) ⁹⁵ kokkumise teel (*merger*), kui renditaja (*lessor*) saab endale rendiõiguse (tagasilangusõiguse — *reversion*'i alusel) või rentnik (*lessee*) rendiobjekti suhtes omandiõiguse. Mõlemad õigused ühinevad ja renditaja õigus võtab endise kuju ⁹⁶.

Ka servituudid kustuvad kokkumise puhul. Erandi moodustavad vaid nn. omandi naturaalsed õigused (*Le droits naturels de propriété*), mis küll sarnanevad tavaliste servituutidega, kuid erinevad neist ka tunduvalt ja muuhulgas ka selle poolest, et nad ei kustu kokkumisel ⁹⁷.

Kalifornia seaduste järgi lõpeb servituut, kui üks ja sama isik omandab servituudi ja õiguse teenivale kinnikule ⁹⁸.

Ka iga asjaõiguslik kindlustus, olles aktsessoorse iseloomuga, kustub nagu iga teinegi lisakohustus.

Sellest üldisest sättest aga on olemas teatud erandid pandiõiguse kohta, millised on kantud vastavasse avalikesse raamatuisse ⁹⁹.

Brasiilia *Codigo civil*'i järgi kustub servituut kolmandate isikute suhtes vaid kustutamiseга kinnistusraamatus (art. 708). Aga samas *Codigo civil*'is on püstitatud ka üldine norm, et

⁹⁴ Code Civil Espagnol. Traduction française par Mlle Le Pelley. Paris, 1932.

⁹⁵ *Term of years absolute* ehk *leasehold estate* on asjaõigusliku toimega rendiõigus ja kuulub seega asjaõiguste hulka. A. Curti, *Englands Privat- und Handelsrecht*. Bd. I. Berlin, 1927, lk. 101.

⁹⁶ Curti, op. cit., lk. 112—113.

⁹⁷ E. Jenks, *Digeste de Droit Civil Anglais*. Tome I. Paris, 1923. Art. 1237, märkus, lk. 494.

⁹⁸ К. Малышевъ, Гражданскіе законы Калифорніи. Томъ II. С.-Петербургъ, 1906. Art. 811, lk. 60.

⁹⁹ К. Малышевъ, Гражданскіе законы Калифорніи. Томъ III. С.-Петербургъ, 1906. Art. 2909, 2920 jj., lk. 400.

reaalservituut kustub muuhulgas, kui mõlemad kinnikud ühinevad ühe ja sama isiku omandis (Codigo civil, art. 710, I).

Vilikasustus lõpeb Brasiilia tsiviilseadustiku järgi samuti omandi ja vilikasustuse kokkumisel (Codigo civil, art. 739, V). Lõpuks kustub pandiõiguski, kui võlastaja ja asjaomaniku omused kokkuvad ühes ja samas isikus (Codigo civil, art. 802, V) ¹⁰⁰.

Ex-Vene tsiviilõiguses (VSK X k., 1. jagu) oli kehtimas üldreeglina kokkumise kustutav toime.

Nii kustub hoonestusõigus kokkumise teel, kui ühes isikus kokku langesid hoonestusõigus ja omandiõigus (VSK X k., 1. jagu, art. 542¹⁸, p. 2).

Ka eluaegne kasustusõigus (пожизненное владѣніе, mis oma juriidiliselt konstruktsioonilt on tegelikult vilikasustus) kustub kokkumise korral ¹⁰¹.

Pandiõigus kustub Vene tsiviilseaduste järgi, kui pandikreeditor saab panditud asja omanikuks ¹⁰².

Ex-Vene tsiviilseadustiku eelnõu järgi on kokkumise kustutav toime normeeritud teisiti kui VSK X kõite, 1. jao alusel. Nimetatud eelnõu art. 181 (923) järgi ¹⁰³ kustuvad asjaõigused võõrale asjale muuhulgas (punkt 3) õiguse võõrale asjale kokkumisel ühes ja samas isikus omandiga samale varale. Kuid eelnõu art. 184 (926) lisab juurde: „Kokkumise tõttu lõppenud asjaõigus võõrale varale taastub endise vanusega, kui kokkumine lõppes enne õiguse kustutamist kinnistusraamatus.“ See erand, et kuni kustutamiseni toimunud kokkumine annulleerub, on seletatav kinnistusraamatu avalikkusega. Kolmandate isikute huvides pole kokkumist olemas, kuni sissekanne ei ole kinnistusraamatust kustutatud ¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil. Vt. Die Zivilgesetze der Gegenwart. Herausgegeben von K. Heinsheimer. Bd. III. Brasilien, Codigo civil. Mit Übersetzung, Einleitung und Anmerkungen. Mannheim-Berlin-Leipzig, 1928.

¹⁰¹ В. Синайскій, Русское гражданское право. Вып. I. Кіевъ, 1914, lk. 277.

¹⁰² Г. Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражданского права. С.-Петербургъ, 1907, lk. 344.

¹⁰³ Гражданское Уложение. Кн. III. Вотчинное право. Томъ II. С.-Петербургъ, 1902. Гражданское Уложение. Проектъ, подъ редакціей И. М. Тютрюмова. Томъ I. С.-Петербургъ, 1910.

¹⁰⁴ Гражданское Уложение, III, 2, lk. 10.

Pandiõiguse kohta ütleb eelnõu art. 351 (1104):

„Pandiõigus lõpeb ... 3) panditud kinnikule omandiõiguse ja pandi kohustuse kokkumiseга ühes isikus...“

Kokkumise puhul, nagu väidetakse eelnõu motiivides ¹⁰⁵, absorbeerib omandiõigus kui oma mahult suurem loogilise paratamatusega vähema õiguse. Ka siin on erand ikkagi võimalik, kui kokkunud õigus polnud veel kustutatud kinnistusraamatust.

Selgem on ses küsimuses Freytag-Loringhoven'i seisukoht, kelle arvates Vene kinnistusraamatu projekti (Проектъ Вѣщнаго Устава) art. 926 tekst ¹⁰⁶ tähendab näilikult „lõppenud“ õiguse püsijäämist ¹⁰⁷.

Meil kehtiva BES järgi on kokkumisel piiratud asjaõiguste kohta kustutav toime.

Pandivaldus kustub konfusiooni teel ¹⁰⁸. Kruntrent (obrokiõigus) kustub samuti kokkumisel, s. o. juhul, kui obrokipidaja omandab omandiõiguse kinnikule ¹⁰⁹. Samuti kustub ka põlisrendi õigus kokkumisel ¹¹⁰.

Kokkumise kustutav toime kehtib ka reaalservituutide puhul, kuid teatavate reservatsioonidega. Nii ütleb BES § 1270:

„Wurde das Eigenthum des berechtigten und des dienenden Grundstücks nur auf gewisse Zeit in der nämlichen Person vereinigt, so wird die Dienstbarkeit, sofern nicht ausdrücklich anders bestimmt worden, wieder hergestellt, sobald die Vereinigung aufhört (a); fand aber die Vereinigung unbedingt und ohne Zeitbestimmung statt, so ist auch die Dienstbarkeit für immer erloschen (b).“

Ja § 1271 ütleb edasi:

„Ist nur ein Theil des dienenden oder des herrschenden Grundstücks mit dem andern vereinigt, so dauert die Servitut in Betreff des nicht vereinigten Theiles fort.“

¹⁰⁵ Гражданское Уложение, III, 2, lk. 529.

¹⁰⁶ Art. 926: „Прекратившееся вслѣдствіе совпаденія вѣщное право въ чужомъ имѣніи возстановляется съ прежнимъ старшинствомъ, если совпаденіе прекратилось до погашенія права по вѣщной книгѣ.“

¹⁰⁷ А. Л. Фрейтагъ-Лоринговенъ, Матеріальное право Проекта Вѣщнаго Устава. Томъ I. Юрьевъ, 1914, lk. 129.

¹⁰⁸ Vt. C. Erdmann, System des Privatrechts der Ostseeprovinzen Liv-, Est- und Curland. Bd. II. Riga, 1891, lk. 235.

¹⁰⁹ Erdmann, Privatrecht, II, lk. 244.

¹¹⁰ Erdmann, Privatrecht, II, lk. 253.

Ja lõpuks § 1272 lausub:

„Steht das dienende Grundstück im Miteigenthum mehrerer Personen, so wird die Dienstbarkeit durch die Vereinigung des berechtigten und des dienenden Grundstücks nur insofern aufgehoben, als das berechtigte Grundstück von allen Eigenthümern des dienenden gemeinschaftlich erworben worden“¹¹¹,¹¹².

Mis puutub pandiõigusesse, siis ka siin on kokkumisel üldiselt kustutav toime. BES § 1421 ütleb selgel sõnal:

„Das Pfandrecht erlischt durch Confusion, wenn nämlich der Pfandgläubiger Eigenthümer der verpfändeten Sache oder der Schuldner Erbe des Pfandgläubigers wird.“

Selle § märkuses on aga viide § 1363-le kui erandit sisaldavale §-le. See § 1363 kõlab järgmiselt:

„An der eigenen Sache kann für den Eigenthümer kein Pfandrecht entstehen (a). Wenn jedoch ein Pfandgläubiger das Eigenthum der ihm verpfändeten Sache erwirbt, so dauern die ihm durch sein früheres Pfandrecht gegen die übrigen Pfandgläubiger erworbenen Rechte fort (b)“¹¹³.

Lõpuks, kui ka maasunnise puhul kokkuvad õigus ja koormis ühes isikus, kustub maasunnis (BES § 1311), ja siin pole üldse oluline, kas oli see konfusioon ajutine või mitte, sest BES § 1312 ütleb ju sõnaselgelt:

„Wenn eine solche Vereinigung (Art. 1311) wieder aufhört, so bleibt die Reallast, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich festgestellt wird, erloschen“¹¹⁴.

Läti uus tsiviilseadustik 28. jaanuarist 1937 ei püstita üldist konfusiooni kustutava toime kõrvaldamise põhimõtet. Kokkumisel on üldiselt kustutav toime, kuid siiski pole mai-

¹¹¹ Vt. ka Erdmann, Privatrecht, II, lk. 268—269.

¹¹² Analüüsides BES § 1272 peamiselt tema allikana märgitud D. 8. 3. 27 alusel, tuleb Ein oma kirjutises „Kaasomanikkude korraldusõigusest“ järgmisele küllaltki vaieldavale seisukohale: „Arvan, et veel enamgi võib meie seadustiku raamides teha ja nimelt kahe samade kaasomanikkude päralt oleva krundi vahel *ex novo* servituudisuhet luua. Arvan kõik tingimused selleks leida võivat, kui mõlemad kaasomanikud on sellega nõus, sest art. 1095 eitab servituuti oma asja suhtes, kuna ühine asi pole ju täiesti oma asi.“ E. Ein, Kaasomanikkude korraldusõigusest „Õiguses“ 1930. a. nr. 10, lk. 442.

¹¹³ Vt. selle kohta samuti peat. VI.

¹¹⁴ Vt. Erdmann, Privatrecht, II, lk. 525.

omanikuks, siis tulevad rakendamisele vastavad eeskirjad reaalservituutide kohta.“

Tähendab, kinnisasja kasustusvaldus jääb omaniku käes püsima.

Vastupidi, kokkumisel on kustutav toime vallasasja kasustusvalduse puhul, sest eelnõu § 1039, II lõige ütleb:

„Vallasasja kasutusvaldus lõpeb, kui kasutusvaldaja saab ühtlasi vallasasja omanikuks.“

Kasustusõiguse puhul ei räägi eelnõu kokkumisest; et aga § 1080, I lõige ütleb, et „Ülejäävalt tulevad isikliku kasutusõiguse kohta vastavalt rakendamisele eeskirjad reaalservituutide kohta“, siis ka kasustusõigus ei kustu üldreeglina kokkumise teel.

Et ka reaalkoormiste kustumise kohta kokkumise puhul pole eelnõus otsest normi ja § 1085 ütleb, et, „Reaalkoormatis lõpeb sissekande kustutamisega kinnistusraamatust“, siis jällegi tuleb järeldada, et reaalkoormis lihtsa kokkumisega veel ei kustu.

Põlisrendi-õiguse kustumise kohta kokkumise korral samuti puuduvad sätted. Toetudes aga eelnõu § 894 üldkujulisele sõnastusele, võib järeldada, et ka põlisrendi-õigus ei kustu kokkumise teel.

Hoonestusõigus, kui piiratud asjaõigus, ei kustu eelnõu § 894 sätete kohaselt kokkumise korral, mida näitab ka see, et hoonestusõiguse lõppemist normeeriv eelnõu § 1115, nagu näha tema all toodud allikatest, on võetud Ex-Vene SK X kõite 1. jao art. 542¹⁸, millest on välja jäetud punkt 2, mis räägib kustumisest kokkumise puhul.

Järjekindlalt läbiviidud põhimõtte kohaselt, et vaid kinnistusraamatusse kantud asjaõigused ei kustu kokkumisel, lõpeb üldreeglina aga küll käsipant, kui ta langeb kokku omandiõigusega (eelnõu § 1146, I lõige). Saksa BGB eeskujul on aga ka sellest sättest tehtud järgmised erandid: 1) „Kui käsipant on koormatud õigusega kolmanda isiku kasuks, siis ei või käsipant lõppeda selle isiku nõusolekuta“, ja 2) „Käsipant ei lõpe, kuivõrd omanikul on õiguslik huvi käsipandi edasikestmiseks“ (§ 1146, II, III lõige).

Kinnispandile-hüpoteegile ei avalda aga kokkumine otsest kustutavat mõju, sest eelnõu § 1203 I lõige lausub kategooriliselt: „Kui hüpoteek ja omandiõigus sama kinnisasja peale langevad kokku ühes isikus, siis hüpoteek sellega ei muutu ega lõpe.“

Tunnustades omaniku kinnisvõlga (§ 1254), eelnõu loomuli-

kult ei tunnusta kokkumise kustutavat toimet ka kinnisvõla puhul.

Konfusiooni kustutava toime mõju seadusandlustes kokku võttes näeme järgmist arenemiskäiku: Kui varemalt, mil oli üldreegliks „nulli res sua servit“ põhimõtte laiemas tähenduses, on konfusioonil kustutav toime ning sellest on võimalikud vaid üksikud erandid, siis nüüd on olemas seadusandlused, kus võimalikud piiratud asjaõigused omale asjale ja kokkumisel asjaõigused ei kustu ja sellest mittekustumise reeglist on juba olemas üksikud erandid.

Nii näiteks peab vanemates seadusandlustes, kus kokkumise kustutav toime on üldreegel, selleks, et kokkumise kustutav toime aset leiaks, kokkumine olema lõplik, mitte vaid tingimuslik või ajutine (BES § 1270). Ja tavaliselt on konfusiooni kustutav toime kõrvaldatud või piiratud, kui ühel või teisel poolel on mitu isikut. Peale selle tehakse nendes seadustikkudes, kus selline kokkumise kustutav toime on üldreegel, erandeid veel teistel juhtudel, kui see paistab õiglane ja otstarbekohane olevat.

Teised uuemad tsiviilseadustikud (BGB, ZGB, Ungari eelnõu, Eesti eelnõu) seevastu aga on, nagu nägime, püstitanud otseselt kokkumise mittekustutava toime põhimõtte, tehes juba selles erandeid, peamiselt vallasasjade puhul.

Kõike ülemalöeldut arvesse võttes, tuleb konstateerida, et asjaõiguslik kokkumine, sest et tema kustutav toime, nagu nägime, on kõrvaldatav, pole enam takistavaks teguriks piiratud asjaõiguste omale asjale juriidilise konstruktsiooni loomisel.

P E A T Ü K K 11.

Omandiõiguse olemus ja piiratud asjaõigused omale asjale.

Omandiõiguse probleemist üldse. — Roomaõiguslik ja germaaniõiguslik omand. — Käesoleva aja omandiõigus. — Omandiõiguse definitsioonidest üldse. — Omandiõiguse definitsioonide liigitus kolme rühma: funktsionaalseteks, kvantitatiivseteks ja kvalitatiivseteks definitsioonideks ning piiratud asjaõiguste omale asjale konstrueerimise võimalus nende definitsioonide seisukohalt. — Omandiõiguse ja piiratud asjaõiguste suhe, eriti erinevus sisult ja ulatuselt. — Omandiõiguse elastsuse (vetruvuse) põhimõte. Elastsuse olemus ja avaldumine. Vaade elastsusele kui seistavale tungile. — Kokkuvõtted.

Mitte asjata pole valdav enamus piiratud asjaõiguste omale asjale juriidilise konstruktsiooni lahendajaist lähtunud o m a n d i m õ i s t e s t . Iseloomustav on siin näiteks käesolevas teoses varemini osundatud H a r t m a n n ' i kirjutise „R e c h t e a n e i g e n e r S a c h e“ ala-pealkiri, kus H a r t m a n n nimetab seda otseselt „U n t e r s u c h u n g e n z u r L e h r e v o m E i g e n t h u m s r e c h t“.

Ja peab ütlema, et omandiõigusel on otsustav tähendus piiratud asjaõiguste omale asjale probleemis, kuid see pole kaugeltki a i n u k e moment käesolevas küsimuses.

Järgnevalt vaatleme omandiõiguse m õ i s t e t ja o l e m u s t , et siis selgitada, kuivõrd omandiõigus võimaldab (on neid, kes seda jaatavad, kuna teised seda eitavad) või takistab piiratud asjaõiguste omale asjale kategooriat enda kõrval.

Kõigepealt olgu tähendatud, et omandi all nüüdki mõistetakse tihti mitte asjaõigust ennast, vaid selle õiguse eset ¹¹⁷. Täpne vahetegemine omandiõiguse ja asja vahel on üldõiguse teene.

¹¹⁷ Vt. näit. ABGB §§ 353, 354.

Vaatleme, mis on siis omand. Scialoja, tegeldes küsimusega, kas omand on õigus või mitte, ütleb, et omand pole üks õigus, vaid ta on õiguste kookene (un fascio di diritti). Ja kui tahetakse väljendada omandi mõistet, siis ei mainita, ütleb Scialoja, omandit kui seesugust, vaid mõnd tema tagajärge, nii et omand on rohkem õiguste põhjuseks kui õigus ise. Siin tuleb leida kokkuleppeline tähendus sõna „õigus“ jaoks. Õigem on Scialoja arvates siiski lugeda omandit eraõiguslikuks suhteks, sest omand on alati juriidiline suhe ja sõna „õigus“ subjektiivses mõttes võib väga hästi märkida seda suhet ¹¹⁸.

Kuid püüdes leida omandi kui juriidilise suhte jaoks õiget definitsiooni, võime täiel määral nõustuda sama Scialoja seisukohaga, kui ta ütleb: „La definizione della proprietà, come avviene di tutte le cose molto vicine a noi, è una delle più difficili e delle più curiose nella storia dottrinale del diritto“ ¹¹⁹.

Ja tõesti, kui vaadelda omandiõiguse definitsioone, siis juba pealiskaudsel vaatlusel torkab silma epiteetide teatav äärmuslik ilme: suur osa autoreist tarvitab omandiõigust defineerides ikka väljendeid: „täielik“, „täiuslik“, „piiramatu“, „ainane“, „juriidiline isandus“ (Herrschaft, господство, signoria) asja üle ¹²⁰.

Väidetakse ja üldiselt on see õige, et Rooma juristid arendasid *dominium ex jure Quiritium* — vahet tegemata vallas-

¹¹⁸ V. Scialoja, Teoria della proprietà nel diritto romano. Lezioni ordinate curate edite da Pietro Bonfante. Vol. I. Roma, 1928, lk. 302.

¹¹⁹ Scialoja, op. cit., lk. 260.

¹²⁰ Praegusaja õigusteaduses, ütleb Plank, valitseb ühtlane seisukoht, et õigus asja täieliku ja ainase isanduse (ausschliessliche Herrschaft) kohta on omandiõigus. Erinevad vaated ainult selle kohta, kas piisab selle peremehelikkuse tunnuse esiletõstmisest või on vaja definitsioonis märkida ka veel kitsendusi, mis tekivad omandis seaduse eeskirjade ja kolmandate isikute õiguste läbi. Plank's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Herausg. von E. Strohal. Bd. III, Sachenrecht. Berlin, 1915, lk. 259. Raiser, käsitledes omandiõiguse olemust, leiab siin kaks võimalikku seisukohta: ühed ütlevad, et omandiõigus on „isandusõigus“ („Herrschaftsrecht“), teised väidavad, et omandiõigus on asja kuuluvus teatud isikule (Brinz, Wirth, Scialoja, Bonfante, Puntchart). Raiser arvates on esimene seisukoht selgem, sest temas on väljendatud omandiõigusele iseloomulik sisu. L. Raiser, Eigentum. Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes. Herausg. von F. Schlegelberger. Bd. II. Berlin, 1929, lk. 772.

ja kinnisasjade vahel — täiuslikuks, jagamatuks, ajalt piiramatuks omandiõiguseks. Omandi piiramised olid mõeldud mitte tema endastmõistetava sisuna, vaid nagu erandina väljastpoolt tulevad koormised — *jura in re aliena* —, millede äralangemisel omand iseenesest jälle täisõiguseks muutus.

Selles mõttes võib rääkida roomaõigusliku omandi täiuslikemast kujust, absoluutseimast loomust, aga tegelikult polnud muidugi ka roomaõiguslik *dominium* piiramatu, igati täiuslik õigus. Ta oli seda küll põhimõtteliselt, aga ka teda kitsendati, olgugi vähesemal määral kui praegusaja omandit, üldsuse kui ka üksikute naabrite huvides.

Sellest seisukohast on ka vastuvõetav Bonfante definitsioon omandi kohta Rooma õiguses. Nimelt leiab Bonfante, kes defineerib omandit üldse kui „la signoria più generale, in atto o in potenza, sulla cosa“, et see on küll üldiselt ja piisavalt sobiv moodsa õiguse omandi vormel, aga Rooma omandiga on asi teisiti. Viidates nii omandi ajalisele esimesele kui ka omandi supremaadile teiste asjaõiguste hulgas, ütlebki Bonfante: „la proprietà romana è la signoria eminente tra le varie signorie generali sulla cosa“¹²¹.

Teisal märgib Bonfante Rooma omandi puhul järgmisi iseärasusi: 1. Antiiksuses Rooma õiguses olid Rooma kodaniku omanduses oleval maatükil piirid pühad, mis kindlaks määrati piduliku ja pühaliku tseremoonia abil. 2. Rooma omand oli esialgselt piiramatu isandus. 3. Rooma omandil on absorbeeriv jõud. 4. Rooma maaomand oli vaba nii avalikest kui ka erakohustustest. 5. Rooma omand oli igavene¹²².

Hoopis teist laadi kui *dominium* Roomas oli omandiõigus vanas Germaani õiguses. Õieti on see tingitud üldisest asjaõiguste olemusest vanas Germaani õiguses; nimelt ütleb selle kohta Kühnast järgmist: „Dem deutschen Recht ist die Vorstellung der Einheit der gesamten Vermögensverhältnisse eines Menschen mit der sie erzeugenden Persönlichkeit fremd. Es weiss nichts von der Einheit des Vermögens in der Person. Es

¹²¹ P. Bonfante, Corso di diritto romano. Vol. II. La proprietà. Roma, 1926, lk. 207.

¹²² Vt. B. Windscheid, Trattato delle Pandette. Prima traduzione italiana fatta dai professori Fadda e Bensa. Continuato da P. Bonfante in collaborazione con F. Maroi. Note dei traduttori. Torino, lk. 13.

betrachtet das Grundeigenthum nicht nur als den wesentlichsten Theil des Vermögens, sondern erkennt die dinglichen Besonderheiten der Individualität der Grundeigenthumsverhältnisse nach den verschiedensten Richtungen an“¹²³.

Ja seepärast on nii roomaõiguslik omandi mõiste, samuti kui moodne omand, vanale Germaani õigusele võõras: viimasele ei saa läheneda roomaõigusliku ja praegusaja individualistliku mõõdupuuga. Ses mõttes nimetavadki germanistid ka BGB omandit „undeutsch“¹²⁴.

Üldiselt peab siiski tähendama, et moodsa omandiõiguse kujunemisel on aluseks olnud roomaõiguslik absoluutne omandiõiguse mõiste.

See avaldub eriti ilmselt Code civil'i art. 544-s. Tema mõjul samuti Itaalia art. 436, Hollandi — § 625, Rumeenia — § 480, Hispaania — art. 348; samuti aga iseseisvalt on seda märgata BES § 707, ABGB § 354 ja Preisi ALR-s¹²⁵. Otseselt ei määra omandiõigust Saksa BGB § 903, vaid tema annab omaniku õigustuste iseloomu. BGB eeskujul talitab ka Brasiilia Código civil — art. 524, samuti Šveitsi ZGB — art. 641 ja Jaapani tsiviilseadustik — § 206.

Tunnustades roomaõiguslikku mõju omandiõiguse kujundamisel käesoleva aja seadusandlustes, ei saa muidugi väita, et see mõju oleks olnud ainuke. Ta vaid oli domineeriv. Germaani õiguse mõju asjaõigustele üldse ja osalt ka omandiõigusele on samuti väljaspool kahtlust¹²⁶. Et seega baseerub käesoleva aja omandiõigus suurel määral ühelt poolt roomaõiguslikul alusel, teiselt poolt aga ei saa eitada ka teatavat Germaani õiguse mõju.

¹²³ L. Kühnast, Die Grundschild des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin, 1888, lk. 83.

¹²⁴ K. Haff, Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. I. Stuttgart, 1927, lk. 133.

¹²⁵ Preisi üldise maaõiguse omandi definitsioon kõlab (ALR I, 8, § 1): „Eigenthümer heisst derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache, oder eines Rechtes, mit Ausschliessung Anderer, aus eigener Macht, durch sich selbst, oder einen Dritten, zu verfügen.“

¹²⁶ Võtame näit. kasvõi lääni- ja Germaani õiguse mõjul tekkinud õpetuse jagatud omandist (*dominium divisum*). Seda jagatud omandit tunnevad Preisi ALR I, 8, § 16—20; I, 18, § 1—12; ABGB § 357—360, 629, 1122—1150; ka Ungari õigus ja BES.

seda näeme ka sellest, et viimasel ajal on märgata omandiõiguse alal toimuvat „ümberhindamist“, tugevat avalik-õiguslikku mõjustust, mis meelde tuletab germaaniõiguslikku asjaõiguste režiimi — see aga on teatavas seoses omandiõiguse ja piiratud asjaõiguste probleemiga —, siis vaatleme lühidalt mõlema — Rooma ja Germaani õiguse omandi olemust ja erinevusi.

Rooma *dominium*'il oli neli mõistelist kontuuri: 1. Piiramine, mis väljendus kolmes suunas: a) *possessio* suhtes, kus omand oli juriidiline, *possessio* faktiline seisund; b) võlaõigussuhete vastu: omandiõigus oli neist tugevam; c) teiste asjaõiguste (*jura in re aliena*) suhtes, kus omand oli täisõigus, teised osaõigustused. 2. Kontsentratsioon, mis väljendus: a) omandi piiramatuses ja b) vindikatsioonis: „Ubi rem meam invenio, ibi vindico“. 3. Omandi universaalsus: terve asi kuulub omanikule, kaitstuna teiste vastu. („Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est“ — D. 50. 16. 25.) 4. Teoreetiliselt — põhimõttelt oli omand piiramatu õigus, tegelikult siiski mitmeti piiratud ¹²⁷.

Saksa õiguses seevastu oli omandil hoopis teine ilme. Nii ütleb selle iseloomustuseks H e d e m a n n: „Es ist aus einer ganz anderen Grundauffassung, einer ganz anderen Betrachtungsweise herausgewachsen. Der Römer ist beim Ausbau seines Eigentumsbegriffs auf die Person eingestellt gewesen. Das Eigentum war ihm in erster Linie dazu da, der Persönlichkeit, dem Vollbürger (Quiriten) zu dienen. So auch erklärt es sich, dass er zwischen Bodeneigentum und Fahrniseigentum keinen nennenswerten Unterschied gemacht hat. Von dieser sachlichen Qualität wurde der auf die Herrscherperson eingestellte Blick ganz von selber abgelenkt. Hingegen fiel der Blick der erwachenden germanischen Rechtswelt auf die vor ihm ausgebreitete Sachgüterwelt, die Person trat dahinter zurück, der Eindruck der Sache war entscheidend“ ¹²⁸.

Saksa omandiõigusele on iseloomulikud järgmised jooned:

A. 1. Vahe vallas- ja kinnisasjade režiimi vahel; 2. väline nähtavus (Rechtsschein); 3. Rooma *possessio* ja omandi vahet seega (punkt 2. alusel) olla ei saanud, seevastu oli üldine kuju õiguslik

¹²⁷ H e d e m a n n, Sachenrecht, lk. 54.

¹²⁸ H e d e m a n n, Sachenrecht, lk. 55.

Gewere, mida nimetatakse Hedemann'i poolt vahekujuks Rooma *possessio* ja omandi vahel¹²⁹; 4. heausklikkuse kaitse.

B. Sotsiaalne element omandis oli märksa tugevam kui Rooma õiguses, sest juba oma olemuses, sisus oli Germaani omandiõigus piiratud. Ütleb ju G i e r k e: „... das Eigentum ist nicht zum Missbrauch, sondern zum rechten Gebrauch verliehen. Seinen Inhalt bildet nicht willkürliche, sondern rechtlich geordnete Macht. Und es ist nicht reine Befugnis, sondern mit Pflichten gegen die Familie, die Nachbarn und die Allgemeinheit durchsetzt“¹³⁰.

C. Mis käesoleva teose seisukohast eriti oluline, on see, et Germaani õiguses pole olemas teravat vahetegemist omandi ja piiratud asjaõiguste vahel¹³¹. Seevastu näeme Germaani õiguses, et omand ise võis olla astmeline (Abstufung)¹³².

D. Saksa omandiõigus — eriti kinnisomand — oli läbi põimunud avalik-õiguslike elementidega igasuguste koormiste näol (nn. õpetus *dominium eminens*'ist ja ka patrimonialõigus)¹³³.

Nende mõlema — rooma- ja germaaniõigusliku omandi mõiste kokkupõrkel oli täielik ja loomulik kokkusulamine võimata: erinevused olid seks liiga suured; paratamatult tuli aga leida üks või teine *modus vivendi*, kompromiss mõlema vahel. Üks omapärasemaid kokkupõrke tulemusi oli varemalt mainitud õpetus jagatud omandist (Obereigentum, Untereigentum). Teisena märgib H e d e m a n n¹³⁴ iseseisvat protsessuaalse kaitse tekimist, kus *possessio* oli omandiõiguse presumtsiooniks. Kolmandaks, Rooma ja Germaani omandiõiguse kokkupõrkel eraldub avalik õigus eraõigusest.

Nagu ülemal öeldud, on praegusaja omandiõiguseses tunda mõlema, nii Rooma kui ka Germaani õiguse mõju. See väljendub omandiõiguse n.-ö. kahekülgsuses (Doppelseitigkeit des

¹²⁹ H e d e m a n n, Sachenrecht, lk. 55.

¹³⁰ G i e r k e, Sachenrecht, lk. 358.

¹³¹ Nii ütleb H e d e m a n n: „Aber... das deutsche Eigentum immer an die wechselnden Bedürfnisse der Umwelt, an den Verkehr und die staatliche Gemeinschaft angepasst geblieben ist.“ H e d e m a n n, Sachenrecht, lk. 56—57.

¹³² G i e r k e, Sachenrecht, lk. 358.

¹³³ H e d e m a n n, Sachenrecht, lk. 57.

¹³⁴ H e d e m a n n, Sachenrecht, lk. 60.

Eigentums) ¹³⁵. Omandi definitsioones näeme, et ühelt poolt tavaliselt rõhutatakse õigust oma suva järgi asjaga vabalt talitada (BES § 707; BGB § 903; CC. art. 544: „La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue...“), teiselt poolt järgneb kitsendus sellise talitamise kohta (BES § 708; BGB § 903; CC. art. 544: „... pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements“). Lähtekohaks on enamikul juhtudel ikkagi esimene — vaba talitamise moment (CC, BGB, ABGB).

Seda omandiõiguse kahekülgst tuleb lahus hoida omandiõiguse positiivsest ja negatiivsest toimest. Omandiõiguse positiivne toime avaldub isandlikkuses, peremehelikkuses asja üle, mis omakorda võib olla 1. õiguslik käsustusõigus, 2. faktiline käsustusõigus (kasustamine, vilja võtmine). Omandiõiguse negatiivne toime tähendab kõikide kolmandate kaaskodanikkude põhi- mõttelist ekskludeerimist omandi objektile mõjustamisest.

Järgnevalt asume vaatlema omandiõiguse definitsioone otse- selt meid huvitavast seisukohast, ja nimelt, k a s j a k u i v ö r d nad võimaldavad piiratud asjaõigusi omale asjale iseseisva õigustekategooriana omandiõiguse kõrval. Siin peab kohe mär- kima, et omandiõiguse mõiste kohta on ääretu palju seisukohti — definitsioone loodud ja avaldatud. Et omandiõiguse olemusest on nii palju erinevaid arusaamisi, seletub muuseas ka sellega, nagu väljendub G i e r k e, et omand „on ajalooline, mitte aga loogiline kategooria“ ¹³⁶.

Omandi definitsioone võib jagada mitmel alusel mitmesse rühma. Nii jagab Scialoja omandi iseloomulikke jooni kolme rühma. Ja siit saab ta siis ka kolm rühma omandi definitsioone.

Esimene rühm püüab viia omandi mõistet ta oluliste posi- tiivsete elementide alla (diritto di usare, fruire, rivendicare, alie- nare, jne.), sest kõiki neid õigustusi võime leida mitmesugustes kombinatsioonides. Osa autoreid, ütleb Scialoja, püüab anda kõiki elemente, milleta omand pole see, mis ta on seesugusena. Nii ühed kui ka teised pole Scialoja arvates toiminud päris õieti,

¹³⁵ H e d e m a n n, Sachenrecht, lk. 65—66.

¹³⁶ G i e r k e, Sachenrecht, lk. 348.

kuid siiski on omandi elementide loend selle rühma definitsioonide iseloomustuseks ¹³⁷.

Omandi definitsioonide teise rühma paigutab Scialoja need, kus on tahetud esikohale tõsta valdaja üldist tahet asja suhtes. Aktiivne element omaniku võimu sisuna seisab tahte haaramise võimaldamises asja üle. Siin avaldub definitsioonides omaniku tahe dünaamilise momendina.

Kolmas omandi definitsioonide rühm tõstab esile, vastupidi-selt eelmisele, staatilise momendi omandis kui õigussuhtes, s. t. asja kuuluvuse momendi omanikule, jättes puudutamata inimese tahte avaldamise võimaluse asja üle ¹³⁸.

Eespoolne omandi definitsioonide rühmitus pole mitte ekslik, kuid käesolevas teoses vaadeldava probleemi lahendamisel on

¹³⁷ Scialoja, op. cit., lk. 272—273.

Et selle rühma definitsioonid on ekslikud, näeme ka Bonfante seisukohavõtust omandi definitsioonide kohta. Omandi definitsioonide puhul, ütleb Bonfante, on meil tegemist kahe kriteeriumiga. Ühelt poolt pole võimalik omandi normaalset sisu väljendada positiivselt, vaid ainult negatiivselt, s. t. pole öeldud, mida võib omanik oma asjaga teha, sest üldreeglina kuuluvad talle asja suhtes kõik õigustused (facoltà). Seega, kui tahta anda omandi positiivset sisu, siis tuleks see õigus tunnustada tõeliselt defineerimatuks. Teisest küljest võidakse kõiki neid omaniku õigustusi omanikult ära võtta, ja sellisel juhul säilitab omand vaid võime end jälle välja sirutada, kui vastavad takistused kaovad. Windscheit, Trattato, lk. 8—9.

¹³⁸ Eriti, et leida võimalikult täpsat mõistet Rooma klassikalist tüüpi omandile, soovib Scialoja omalt poolt luua teise ja kolmanda rühma definitsioonidest kombineeritud definitsioon, s. t. ühendada kuuluvuse ja tahte avaldamise elemendid. Selle kohaselt loobki Scialoja järgmise omandimõiste: „La proprietà è un rapporto di diritto privato, per il quale una cosa, come pertinenza di una persona, è completamente soggetta alla volontà di questa in tutto ciò che non sia vietato dal diritto pubblico o dalla concorrenza dell'altrui diritto.“ Scialoja, op. cit., lk. 273.

Bonfante, tuues Ferrini poolt antud omandidefinitsiooni, mille järgi „on omand õigus, mille alusel kuulub asi isikule ja allub temale, vähemalt võimaluse piirides, universaalsel viisil“, samuti vaadelnud ülemlaetud Scialoja definitsiooni, märgib ta, et Ferrini definitsioon on küll rajatud Scialoja kontseptsioonile, mis vähemalt on vaba liialdatud püüetest eraldada omandit (piiramatus) ülivõimust, ja seega on see definitsioon ka oma lüheduselt vastuvõetav, kuid temast tuleb kõrvaldada viimane kahekordne vaade kuuluvuse (pertinenza) ja isanduse (signoria) vahel. Seepärast annabki siis Bonfante omalt poolt järgmise kokkusurutud omandidefinitsiooni: „La proprietà è la signoria più generale, in atto o in potenza, sulla cosa.“ Bonfante, Corso, II, lk. 202.

otstarbekohasem lähtuda siiski teisest, alamaljargnevast omandi definitsioonide liigitusest. Nimelt, et käsitledav probleem on siiani jaatavalt ja teatava määrani konsekventselt lahendatud vaid Saksa õiguse piirkonna seadusandlustes ja loomulikult siis ka vastavate riikide, s. t. Germaani õiguspiirkonna doktriini poolt põhjalikumalt käsitletud kui Romaani õiguse piirkonna autorite poolt, siis on arusaadav, et võtame aluseks omandiõiguse definitsioonide liigituse, mis ongi moodustatud otseselt käesoleva probleemi lahendamiseks. See liigitus, rajatuna H u b e r'i poolt ¹³⁹, on levinum vastava ala kirjanduses Saksa, Šveitsi ja Austria õiguses.

Nimelt, kui vaadelda omandiõiguse definitsioone, siis võime neid paigutada järgmistesse kolme pearühma ¹⁴⁰. Esimesse omandiõiguse definitsioonide rühma kuuluvad niisugused, millel on lähtekohaks — kui tarvitada H u b e r'i väljendeid — „das Verhältnis der Person zur Sache in seiner innern Rechtfertigung, oder die Funktion der Sache in ihrem Verhältnis zum Rechtssubjekt“. Siit ka selle teooria nimetus — „funktionalne teooria“ ¹⁴¹.

Seesugused definitsioonid baseeruvad järgmistel kaalutlustel. Õigussuhte olemuses peab loogiliselt küll olema õigustus ja kohustus, omandi puhul aga on õigustatud isikul tema juriidiline seisund olemas, ilma et sellele tarvitseks vastu seista kohustatud subjekt. Asi ise aga pole subjekt, vaid objekt. Nn. kolmandad isikud otseste kohustatud subjektidena kõne alla ei tule. Siit järeldab Huber ¹⁴², et seesuguste omandiõiguse definitsioonide järgi pole omand üldse õigussuhe, ei mingi *jus in re*, ta polegi asjaõigus selle sõna otseses mõttes. Tema olemus peitub sel juhul peamiselt selles, et temas seob asi end isikuga, et isiksus nagu laiendub, kusjuures laiendamine seisab selles, et subjekt teostab isandust asja üle ja seega üldiselt laiendab, tõstab, tugevdab oma võimu.

¹³⁹ H u b e r, op. cit., lk. 25 jj.

¹⁴⁰ Siin olgu tähendatud, et mitte kõik definitsioonid omandi kohta ei lase endid paigutada täiel määral ühe või teise rühma alla. Eriti on seadusandlustes esinevad omandidefinitsioonid liit-definitsioonid, sisaldades tunnuseid tavaliselt kahest rühmast. Näiteks Code civil'i art. 544 ja 545, BES § 707 jt.

¹⁴¹ H u b e r, op. cit., lk. 25--26. Vt. ka H. H o f f m a n n, op. cit., lk. 23.

¹⁴² H u b e r, op. cit., lk. 26.

Esimese omandiõiguse definitsioonide rühma alaliigina märgib H u b e r definitsioone, kus pearõhk on pandud õiguslikule kuuluvusele asja suhtes (rechtliche Zugehörigkeit zur Sache), kus viimane esineb seega isiku p e r t i n e n t s i n a ¹⁴³.

Siia — esimesse definitsioonide rühma — kuuluvad ka need definitsioonid, mis esile tõstavad asja ja subjekti identsuse ja selles näevad omandi olemust (Leist). Kolmandaks on olemas definitsioonid, milledes asi ja omand identifitseeritakse. Selliste omandimõistete puhul on omandi ja teiste asjaõiguste vahel põhimõttelist laadi vastuolu ¹⁴⁴.

Teine rühm omandiõiguse definitsioone lähtub omandiõigusliku suhte sisust, tema kvantiteedist ja näeb omandis õigustuste summat, milliseid aga on võimalik mõelda ka üksikult, kuid mida alati tuleb lugeda omandi juures olevateks, kui mitte pole toimunud mingi selliste õigustuste eraldumine — iseseisvumine, kas seaduse ettekirjutusel või eraalgatusel. Omandi ja teiste asjaõiguste vahel pole siin põhimõttelist vahet; erinevus seisab selles, et omand on õiguskorralt saanud oma sisu alatiseks ja ta omandiks ka jääb, kuigi üksikud õigustused võivad eraldatud olla. Seevastu teiste asjaõiguste puhul just sisu täpne ja piiratud fikseerimine kujutabki vastava õiguse „individuaalsuse“.

Enamik kehtivatest seaduseandlustest käib selle omandiõiguse definitsiooni järgi. (Muu hulgas näiteks BES § 707 ja 708; eelnõu § 895; BGB § 903; ABGB § 354; Code civil'i art. 544) ¹⁴⁵.

¹⁴³ Wirth ütleb: „Das Eigentum ist wesentlich rechtliches Pertinenzverhältnis und folgeweise erst Herrschaft.“ „Das Wesen des Eigentums besteht im rechtlichen Pertinenzverhältnis der Sache, nicht in einzelnen Befugnissen und auch nicht in der Herrschaft über die Sache.“ K. Wirth, Beiträge zur Systematik des römischen Zivilrechts. Erlangen, 1856, lk. 37 ja 31.

¹⁴⁴ H u b e r iseloomustab neid definitsioone: „Wer Eigentümer ist, hat kein Recht an der Sache, sondern die Sache selbst.“ H u b e r, op. cit., lk. 29.

¹⁴⁵ Ka Läti uus tsiviilseadustik — CL, sest seal on vastavas § 927 sõna-sõnalt retsipeeritud BES § 707 definitsioon omandi kohta. Seega on omandiõigus „täielik võim asja üle ehk õigustus asja vallata, kasustada, temast kõiki võimalikke kasusid saada, teda käsustada ja igalt kolmandalt isikult asja omandihagiga tagasi hageda“.

Sama sisaldab ka Itaalia tsiviilseadustik. Itaalia Codice civile art. 436 ütleb: „La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti.“ Ka Itaalia tsiviilseadustiku eelnõu tõstab esile kaks omandi elementi: ühelt poolt on omand õigus asja kasustada ja käsustada, teiselt poolt on sellel õigusel eksklusiivne iseloom. Uus on omandi definitsioonis Pro-

Samuti on ta doktriinis eelistatud (Beseler¹⁴⁶, Heusler¹⁴⁷, Windscheid¹⁴⁸, Wolff¹⁴⁹ ja mitmed teised).

Sellelt seisukohalt võiks omandiõigust ennast vaadelda kui ühte *jus in re propria*, mille vastu seisavad *jura in re aliena*^{150, 151}.

Ka selle, omandiõiguse definitsioonide teise rühma alaliike on mitu: ühtedes püütakse¹⁵² üksikuid õigustusi loendada, teised rõhutavad rohkem nende õigustuste kogusummat¹⁵³.

getto art. 18 järgi omandi sotsiaalse funktsiooni rõhutamise sõnastus („... in conformità della funzione sociale del diritto stesso“). Vt. ka Codice civile. Relazione al progetto, lk. 17.

¹⁴⁶ „Im Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens bedeutet Eigenthum so viel als Vermögen, während es im technisch-juristischen Sinne das Recht der Herrschaft über eine Sache ausdrückt.“ G. Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. I. Abth. Berlin, 1885, lk. 318.

¹⁴⁷ „Eigenthum ist das Recht, das seiner Natur nach dazu befähigt ist, seine volle Ausübung in allseitiger Beherrschung des Gegenstandes, an welchem es besteht, in Bezug sowohl auf Nutzung als auf Verfügung zu finden.“ A. Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts. Bd. II. Leipzig, 1886, lk. 47.

¹⁴⁸ „Eigentum bezeichnet, dass jemandem eine (körperliche) Sache eigen ist, und zwar nach dem Rechte eigen ist; daher genauer statt Eigentum Eigentumsrecht. Dass aber jemandem eine Sache nach dem Rechte eigen ist, will sagen, dass nach dem Rechte sein Wille für sie entscheidend ist in der Gesamtheit ihrer Beziehungen. Dies zeigt sich nach einer doppelten Richtung: 1. der Eigentümer darf über die Sache verfügen, wie er will; 2. ein anderer darf ohne seinen Willen über die Sache nicht verfügen... Das Eigentum ist die Fülle des Rechts an der Sache, und die einzelnen in ihm zu unterscheidenden Befugnisse sind nur Äusserungen und Manifestationen dieser Fülle.“ Windscheid-Kipp, I, lk. 856—857.

¹⁴⁹ Wolff ütleb: „Eigentum ist das umfassendste Herrschaftsrecht, das man an einer Sache haben kann.“ Wolff, op. cit., lk. 154.

¹⁵⁰ *Jura in re aliena* terminit — olgu siin tähendatud — ei tunne Rooma õiguse allikad, mõiste aga on neil olemas.

¹⁵¹ Ka Germaani õiguses (ka hilisemas) pole vahe omandi ja teiste asjaõiguste vahel niivõrd olemuslik kui kvantitatiivne, ulatuslik. Hedemann, Sachenrecht, lk. 56.

¹⁵² Veel Mühlenbruch defineerib: „Eigenthum (dominium, proprietas) ist die vollständige rechtliche Herrschaft über eine körperliche Sache. Die in dem Umfange des Eigenthums von selbst liegenden Befugnisse sind: ein vollständiges und ausschliessliches Gebrauchs-, Nutzungs- und Verfügungsrecht.“ C. Mühlenbruch, Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechts. 2. Aufl. Halle, 1847, lk. 158.

¹⁵³ „Das Eigentum ist das alle Beziehungen umfassende Herrschafts-

Kolmanda rühma moodustavad omandiõiguse definitsioonid, kus lähtekohaks on omandisuhte kvaliteet. Mitte õigustuste summa, kvantum, vaid isanduse omapära on siin omandi olemuse elemendiks¹⁵⁴. Seda isanduse omapära väljendatakse mitmel viisil. Öeldakse: omand on üldine, täielik, ülim, isandus asja üle, omanikul on absoluutne piiramatu võim asja üle jne.¹⁵⁵,¹⁵⁶.

recht über die Sache.“ O. Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts. Bearb. von H. Lehmann. Bd. II. 1. Hb. Berlin, 1896, lk. 276.

¹⁵⁴ Kvalitatiivset omandimõiste määramist pooldavad H. Hoffmann (vt. H. Hoffmann, op. cit., lk. 23), Scheel (vt. H. Scheel, Das Mobiliarpfandrecht an eigener Sache. Diss. Marburg, 1934, lk. 19), Venediger (vt. Venediger, op. cit., lk. 48), ja ka de Ruggiero definitsioon kuulub siia. De Ruggiero defineerib omandit järgmiselt: „Due caratteri fondamentali presenta adunque il dominio, dai quali non si può prescindere nella definizione sua: l'astrattezza, ed illimitatezza del diritto, e la elasticità sua, che rende possibili in concreto atteggiamenti diversi del rapporto concettualmente unico.“ de Ruggiero, op. cit., lk. 503.

Ka Rootsi õiguse järgi võime omandimõistet pidada kvalitatiivselt defineeritavaks. Carlsoni arvates on omandil Rootsi õiguses alati universaalne käsutusõiguse iseloom, kus erandid on otseselt mainitud. Omandi sisaldab õiguse käsustada eset, kui puuduvad takistavad põhjused kas kellelegi kuuluva kindlakujulise õiguse või seaduse enese sätte alusel. Vt. G. Carlson, Schwedisches Sachenrecht. Die Zivilgesetze der Gegenwart. Bd. X: Das Zivilrecht der nordischen Länder. Teil I. Das Zivilrecht Finnlands und Schwedens. Berlin, 1936, lk. 152.

¹⁵⁵ „Das Eigentum ist die volle rechtliche Unterwerfung einer Sache, die vollkommene rechtliche Herrschaft über einen körperlichen Gegenstand. Als die Totalität aller dinglichen Rechte enthält das Eigentum an sich die ausschliessliche Befugnis zu jeder Anwendung der Sache, zu jeder Verfügung über sie.“ Puchta, op. cit., lk. 218—219.

„Regelmässig ist das Eigentum (dominium) die vollständige und ausschliessliche rechtliche Herrschaft einer Person über eine körperliche Sache.“ J. Baron, Pandekten. 4. Aufl. Leipzig, 1882, lk. 212.

„Das Eigentumsrecht ist das Recht allgemeiner Herrschaft über die körperliche Sache. Es gewährt seiner Bestimmung nach jedwede Macht über die Sache, welche nach Natur und Recht möglich ist.“ Dernburg, System, I, lk. 319—320.

Täielikkus ja elastsus on Sachau arvates omandiõiguse peamised iseloomustustunnused. Vt. O. Sachau, Eigentum, Grundschild, Eigentümer-Grundschild. Diss. Rostock. Berlin, 1909, lk. 5.

BES § 707: „Eigentum ist das Recht der vollständigen Herrschaft über eine Sache, oder die Befugnis, die Sache zu besitzen, zu gebrauchen,

Kuna omandiõiguse teise ja kolmanda rühma definitsioonide vahel tihti raske on üleminekut ja piirigi leida, on ühelt poolt nende mõlema ja teiselt poolt esimese rühma definitsioonide vahel vahe selgesti märgata. Selle vahe kohta ütleb H u b e r ¹⁵⁷ tabavalt: „Während die erste einen rechtlich geschützten faktischen

alle möglichen Nutzungen daraus zu ziehen, darüber zu verfügen, und sie von jedem Dritten mit der Eigenthumsklage zurückzufordern.“

Tsiviilseadustiku eelnõu § 895: „Omand on õiguskorra piirides täielik õiguslik võim asja üle, eriti õigus oma äranägemise järgi asja vallata, kasutada, käsutada, õigustamata isikute mõjuavaldusi asjalt kõrvaldada ning asja õigustamata isikutelt tagasi nõuda. Omandis sisalduvad õigused eeldatakse olevateks, kuivõrd need ei ole kitsendatud seaduse eeskirjadega või teiste isikute õigustega.“

Saksi tsiviilseadustiku § 217 ütleb: „Das Eigenthum gewährt das Recht der vollständigen und ausschliesslichen Herrschaft über eine Sache.“

„La propriété est le droit réel par excellence, le plus étendu et le plus ancien de tous les droits réels. C'est la domination complète et exclusive d'une personne sur une chose corporelle (plena in re potestas).“ P. G i r a r d, Manuel élémentaire de Droit Romain. Paris, 1906, lk. 253.

„Das Eigenthum ist die oberste rechtliche Herrschaft über eine Sache, aus welcher alle andern Rechte an ihr abgeleitet sind. Das Eigenthum ist an sich nicht die vollständige und ausschliessliche, sondern nur die oberste rechtliche Herrschaft; denn es widerspricht nicht seinem Wesen, dass über dieselbe Sache in einzelnen Beziehungen auch andern Personen, als dem Eigenthümer Rechte zustehen.“ O. S t o b b e, Handbuch des Deutschen Privatrechts. Bd. I. 1. Abth. Berlin, 1883, lk. 50.

CC art. 544: „La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.“

Omandimõiste kohta Ex-Vene SK X k. I j. art. 420 järgi vt. prof. V. J e l j a š e v i t š 'i art. Vene tsiviilseaduste kommentaarid: А. Э. Вормсъ, В. Б. Ельяшевичъ, Законы гражданскіе (Св. Зак. т. X, ч. 1). Практическій и теоретическій комментарий. Вып. II. Москва, 1913, lk. 278 jj.

¹⁵⁶ B o n f a n t e ütleb, et harilikult on omandi definitsioonid ehitatud isanduse (signoria) mõistele asja üle, võimele isikul seda asja käsutada. Tavalisem omandi definitsioon kõlab: omand on üldine isandus, kas abso-luutne, täielik või eksklusiivne asja üle. W i n d s c h e i d, Trattato, lk. 5.

Samas loendab B o n f a n t e terve rea omandi epiteete, milline loend muidugi pole purgiv, kuid siiski näitab, kui mitmekesine on omandist arusaamine üksikutel autoritel. W i n d s c h e i d, Trattato, lk. 5.

Omandi definitsioone glossades, glossaatorite ja teistes teostes vt. S c i a l o j a, op. cit., lk. 264—265.

¹⁵⁷ H u b e r, op. cit., lk. 38.

Zustand umschreibt, beziehen sich die beiden letztern auf ein Recht des Eigentümers.“

Sellele tuleb juurde lisada, et püüdes vahet teha omandi ja omandiõiguse vahel, pole esimene definitsioonide rühm ses mõttes vastuvõetav, sest et seal see vahe kohati nagu hoopis ja paratamatult kaob.

Käesoleva probleemi — piiratud asjaõiguste omale asjale seisukohast pole see esimene definitsioonide rühm ka sobiv: selle omandidefinitsiooni järgi pole võimalik piiratud asjaõigus omale asjale, sest ka omand, sõna otseses mõttes, pole ju omaniku õigus asjale. Ja kuigi (nagu väidab H u b e r ¹⁵⁸) ka esimese grupi definitsioonide puhul, kuigi pole loogiliselt konsekvantne ja võimalik tunnustada otseselt piiratud asjaõigusi omale asjale, on sama otstarbe saavutamine õiguste teatava modifitseerimise teel siiski teostatav, teeb seesugune omandiõigusest arusaamine seadusandlustes ometi enam raskusi ja, peaasi, takistab asjaõiguste süstematiseerimist.

Omandiõiguse mõiste teise ja kolmanda rühma definitsioonide alusel on aga piiratud asjaõigused omale asjale täiesti võimalikud. Mõlemad need teooriad aitavad selgitada piiratud asjaõiguste loomust. Omand on õigus ja tema kõrval on teised õigused.

Kuidas nende vastastikune suhe siiski kujuneb, on iseasi ja erinev teise ja kolmanda rühma definitsioonide puhul. Tuleb siiski paremaks pidada vaadet omandiõigusele, kui asja suhtes kõigi õigustuste kvantumile, mis võivad kuuluda ja põhimõtteliselt kuuluvadki omanikule, missugusest põhimõttest aga on erandid võimalikud.

Meie poolt aluseks võetud kvantitatiivse teooria arvustuseks öeldakse ¹⁵⁹, et sellelaadiliste definitsioonide kohaselt esiteks kui omanikul puudub osa õigustusest, siis pole enam omandiõigust ja teiseks pole võimalik õigustuste täielik loendamine omandis, ning seega võiks kerkida õigustusi, mis ei kuuluks kellelegi. Sellele tuleb vastata, et kvantitatiivse teooria puhul on meil tegemist vaid omandi põhimõttelise sisu määramisega. Sest selle teooria järgi on omand isikule kuuluvate õigustuste summa, kus neid

¹⁵⁸ H u b e r, op. cit., lk. 38.

¹⁵⁹ S c h e e l, op. cit., lk. 18.

õigustusi võidakse kujutleda aga ka eraldiseisvalt¹⁶⁰. Nende õigustuste täielikku olemasolu omandis küll tavaliselt presumeeritakse, kuid ainult niikaua, kui pole otsest, vastupidist seaduse sätet või pooltevahelist kokkulepet.

Lõpuks olgu siin tähendatud, et kvantitatiivne omandiõiguse mõiste vastab eriti ka viimase aja omandi loomule, kus omandiõiguselt tema piiramatuse, täiuslikkuse, absoluutsuse tunnuste võtmine on saanud kergesti märgatavaks tõsiasiaks, mõnedes seadusandlustes küll vähemal määral, teistes aga seda tunduvas ulatuses.

Kokkuvõetult: pooldades seega omandiõiguse kvantitatiivset definitsiooni võib öelda, et omandiõigus on ulatuslikum asjaõigustest, seega üks — olgugi põhitüüp — teiste hulgas asjaõiguste süsteemis.

Võttes aluseks piiratud asjaõiguste omale asjale probleemi lahendamisel selle kvantitatiivse omandiõiguse mõiste¹⁶¹, tuleb siin veel kord märkida, et omandiõiguses peituvate õigustuste summa hulgas (mis, nagu allpool — IV peatükis — näeme, võivad olla ka piiratud asjaõiguste sisuks) on olemas nii faktilist laadi õigustused (tegelik kasustamine) kui ka juriidilist laadi õigustused (võõrandamine, koormamine).

On ju küll selge, et pole mingit võimalust kõiki omaniku õigustusi loendada, kuid neid võib siiski rühmitada. Tavaliselt (peamiselt Rooma õiguse eeskujul: *uti frui, abuti*, millega seltsib valdamine) leiame omandis kolm õigustuste rühma: 1. kasustus-, 2. käsustus- ja 3. valdusõigustus. Neist omandiõigustustest saab paljusid eraldada, moodustada iseseisvaid asjaõigusi. Kui aga kõik kolm õigustuste rühma või käsustuse õigustus täielikult kaob, kaob ka omandiõigus¹⁶².

¹⁶⁰ Venediger ütleb ka, et asjaõigused jagunevad omandiõiguseks ja piiratud asjaõigusteks isandusliku võimu ulatuse järgi. Omandi puhul on õigustuste maht määramata, piiratud asjaõiguste puhul on see isandusõigustus kindlaks määratud. Vt. Venediger, op. cit., lk. 1.

¹⁶¹ Ekslikuks võib ka omandi kvalitatiivset definitsiooni vaevalt pidada, sest selle järgi, kui omand on oma omapära poolest määratav, on ka piiratud asjaõigused omale asjale, kui õigused *sui generis*, oma loomult defineeritavad.

¹⁶² Seadusandlused, andes omandiõiguse mõiste, püüavad loendada ka temas olevaid tähtsamaid õigustusi: ABGB § 353; Code civil'i art. 544; Itaalia Codice civile art. 436; Saksi tsiviilseadustiku § 217; Preisi ALR I, 8,

Märkides, et omandiõigus on põhimõtteliselt kõikide mõeldavate õigustuste summa asja suhtes, kus need õigustused on loendamatud, tuleb järgnevalt tegemist teha omandiõiguse ja piiratud asjaõiguste suhte küsimusega, sest need õigustused, mis moodustavad oma summas omandiõiguse, võivad olla ka, nagu öeldud, üksikult ja pisemate ja suuremate rühmadena piiratud asjaõiguste sisuks.

Tuleb kõigepealt väita, et omandiõigus ja piiratud asjaõigused erinevad teineteisest sisult ja selle ulatuselt, kusjuures on piiratud asjaõigustele iseloomulik, et nende sisu ulatus — vastandina omandile — saab ja tavaliselt määrataksegi kindlaks. Siin tuleb kohe tähendada, et omandiõigus pole siiski totaalne õigus ses mõttes, et ka kõik teised asjaõigused temas iseenesest sisalduvad. On erilaadilisi asjaõigusi, millede terve sisu ei kattu omandiõiguse sisuga ja ei lange siis ka kokkumisel omanikule omandiõiguses endas oleva õigustusena. Suurem osa piiratud asjaõigustes leiduvaid õigustusi on tõesti omandis otseselt olemas, omanik ise teostab neid õigustusi, kui omand on vastavatest kitsendustest vaba. Teatavate õigustuste kohta seda aga ütelda ei saa (näiteks tagamisfunktsioonid piiratud asjaõiguste kujul).

See seisukoht pole aga täiesti vaieldamatu. Seepärast püstitab juba Hartmann¹⁶³ küsimuse, kas ja kuivõrd üldse on mõeldav, et omale asjale on veel rohkem õigust võimalik saada, kui seda annab omandiõigus. Hartmann lähtub siin omaniku õigustest Rooma õiguses *dominium ex jure Quiritium*'i ja bonitaarse omandi puhul. Kõrvutades omandist ühelt poolt ja *superficies*'est ning *emphyteusis*'est teiselt poolt tekkivaid õigustusi ja konstateerides, et on võimalik servituudi edasikestmine kaasomaniku kasuks kaasomandiks muutunud asja suhtes, jõuab Hartmann tulemusele, et isegi klassikalises Rooma õiguses võimaldas omandi mõiste tema sisu ulatust loendada ses mõttes, et oma asja suhtes võis olla veel mõni teine õigus. Siis jääb see „enam-

§ 1—2, 26; BES § 707—709. Nii ka meie 1936. a. tsiviilseadustiku eelnõu § 895: „...eriti õigus oma äranägemise järgi asja vallata, kasutada, kasutada, õigustamata isikute mõjuavaldusi asjalt kõrvaldada ning asja õigustamata isikutelt tagasi nõuda.“

Saksa BGB otsest definitsiooni omandiõiguse kohta ei sisalda, annab aga küll üldisel kujul omaniku õigustuse mahu (§ 903).

¹⁶³ Hartmann, op. cit., lk. 75 jj.

õigus“, mis ületab tavaliselt omanikule kuuluvad õigustused, ikkagi iseseisvaks õiguseks, on see siis pandiõigus või mõni muu asjaõigus ¹⁶⁴.

Seda seisukohta, et piiratud asjaõiguste sisu alati pole omandiõiguse õigustustena otseselt olemas, tuleb pidada täiesti õigeks, olgugi et seda vaadet pooldab võrdlemisi vähe autoreid ¹⁶⁵.

Olgu tähendatud, et selle seisukoha poolt tuuakse sageli väitena ka asjaolu, et omand seisab kõigile piiratud asjaõigustele esimusastmelt j ä r e l (seega annab ka piiratud asjaõigus omale asjale teatava esimuse omandiga võrreldes) ¹⁶⁶.

Ometi ei saa seda väidet õigeks pidada, sest esimusastmeline erinevus ei tähenda veel seda, et õigustused ise ei või esineda nii omandiõiguses kui ka piiratud asjaõigustes. (Esimusastme üle vaata lähemalt peatükk III.)

Lõpuks osutub vajalikuks peatuda veel o m a n d i õ i g u s e e l a s t s u s e l (ja sellega seoses rääkida konsolidatsiooni tungist, resorbeerimisest, *jus recadentiae*'st), mis on ju sõltumuses omandi sisu põhimõttelise piiramatusega, ulatuslikumusega, konfusiooni kustutava toimega ja on seega ka nagu eitavaks teguriks piiratud asjaõiguste omale asjale võimaldamisel ¹⁶⁷.

Võime ühineda B o n f a n t e poolt antud omandi elastsusepõhimõtte definitsiooniga. Ta ütleb: „La facoltà di espandersi

¹⁶⁴ Peale muu jõuab H a r t m a n n otsusele, et teatavatel juhtudel võib omandiõigus isikul kaduda, aga temale jääb piiratud asjaõigus, H a r t m a n n, op. cit., lk. 84—85.

¹⁶⁵ Samal seisukohal asub ka P l a n c k. Vt. Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bisher herausgegeben von Dr. E. Strohal. Bd. III, 1. Lfg. Berlin, 1915, lk. 207. Seda seisukohta kaitseb veel näiteks ka E n d e m a n n. Ta ütleb: „Das Eigentum stellt sich nicht als ein absolutes, notwendig die Sache in allen Beziehungen ergreifendes Herrschaftrecht dar.“ „...es erstarkt zu einem vollwirksamen begrenzten Rechte, sobald durch Veräußerung des Eigentums oder durch Abtretung der Belastung eine Spaltung der Rechtslage hergestellt ist.“ E n d e m a n n, op. cit., lk. 40—41.

¹⁶⁶ Näiteks P l a n c k. Vt. Planck's Kommentar, III, 1. Berlin, 1915, lk. 207.

¹⁶⁷ Ekslik aga on elastsust pidada omandiõiguse eritunnuseks. Elastsus pole ainuüksi omandiõigusele omane iseloomujoon; ka teised asjaõigused tunnevad *jus recadentiae*'t. Näit. *superficies*'ele ja *emphyteusis*'ele on konsolidatsiooni toime omane. Neid võib mõni teine õigus piirata; langeb see ära, võtavad *superficies* ja *emphyteusis* endise kuju.

nuovamente al cessare dei limiti e dei diritti concorrenti è stata designata con motto efficace la „elasticità del dominio“, e il rilievo ad esso dato è da reputare una conquista essenziale nella elaborazione dommatica del concetto della proprietà“¹⁶⁸.

Nagu öeldud, vaadeldakse omandiõigust tavaliselt kui ulatuslikumat, põhimõtteliselt piiramatut isandusõigust, mis haarab asja kõigis ta osades, talle vastu seades piiratud asjaõigused¹⁶⁹. Ses mõttes avaldub just omandi elastsuse kaudu omandi ja tema kitsenduste suhe.

Kokkukõlas omandi elastsuse-põhimõttega presumeeritakse omandiõiguse kitsendustest vaba olekut (BES § 708; BGB § 903; meie tsiviilseadustiku eelnõu § 895: „... Omandis sisalduvad õigused eeldatakse olevateks, kuivõrd ...“; Brasiilia Código civil'i art. 527)¹⁷⁰,¹⁷¹.

Omandi elastsuse olemus seisab muide selles, et omand evib nagu tsentripetaalset jõudu, tendentsi võtta endist ulatust, kus iga teda kitsendava õigustuse äralangemine tuleb talle nii-öelda kasuks. Ja kuigi omandiõigust on mõni teine õigus koormamas, siis on ju omand tegelikult küll kitsendatud, kuid oma õiguslikus olemisses jääb ta endiseks. Langevad koormised ära, siis „kosuvad“ omaniku õigustused iseenesest, andes omandile jälle täieliku kuju¹⁷², sest omand on vetruv — elastne. On võimalik tema sisu vähendada kolmandaile isikuile antud õiguse kaudu vägagi suures

¹⁶⁸ Windscheid, Trattato, lk. 9.

¹⁶⁹ Gierke ütleb: „Omandiõigus on tänapäeval iseenesest piiramatu asjaõigus. Piiramatu on ta aga ainult teiste asjaõigustega võrreldes.“ Gierke, Sachenrecht, lk. 364.

¹⁷⁰ On vaateid, et ka piiratud asjaõigused on mittetäielikud omandiõigused *imperfectas propiedades* või — kui tarvitada Gierke väljendit — omandiõiguse killud (*Eigentumssplitter*).

¹⁷¹ Olgu tähendatud, et elastsuse-põhimõte ei ole rakendatav asja reaalse või ideaalse jagamise puhul.

¹⁷² See elastsuse-põhimõte on seoses ka roomaõigusliku omandimõistega. Rooma õiguse omand oli — kui tarvitada Kohler'i sõnu — nagu levitant, kes kõik õigused asjale alla neelas. Mõte, et omand võis võimalikult vähe kitsendatud olla, et ta võimaluse korral pidi alati esile tungima, — see mõte tundub ju puht-roomaõiguslikuna. Igasugust omandi tükeldamist tuli vältida. Kus võimalik, pidi konsolidatsioon aset leidma. J. Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, 2. Teil: Sachenrecht. Berlin, 1919, lk. 394—395.

ulatuses. Ja kuigi on omandiõigus vahel mõne teise õiguse kaudu peaaegu tühjaks ammutatud (redutseeritud, nagu väljendab Baron¹⁷³, „auf Nichts“), jääb ta siiski püsima õiguseks, mis haarab asja tervikus. Ta sisaldab alati, ilma erilist loendit vajamata, neid õigustusi, mis pole omanikult võetud, ja, peaasi, omandiõigus säilitab alatiseks võime, pärast teda piiranud õiguste kadumist jälle paisuda täielikuks isandlikuks õiguseks. Ses mõttes ei olegi omandiõigus mitte ainult kõigi võimalikkude õigustuste summa teataval momendil, vaid ka äärmiselt kitsendatud omandiõigus on ikkagi omandiõigus, sest ta võtab enesele endise kuju, kui kitsendused piiratud asjaõiguste näol ära langevad. Ja et kõik teised õigused enamikus on mõeldud alati möödaminevatenä, ajutistena, kuna omand on põhimõtteliselt igavene, ja nimelt ses mõttes, et ta on tähtajatu¹⁷⁴, siis on ka elastsus konsekvantne nähtus. Nii et piiratud asjaõigus on ja jääb alati osaliseks isandusõiguseks asjale: ikka jääb ruumi omandiõigusele; saades oma sisu omandiõiguse sisust, kitsendab piiratud asjaõigus viimast. Kuna omandiõigus oma vetruvuse tõttu võib paisuda — takistuste kadudes — endise ulatuse ja mahuni, ei saa seda piiratud asjaõigus mitte: kunagi ei saa ta kõrvale lükata omandiõigust, või mis veel enam, ise omast jõust muutuda — omandiõiguse ära langedes — omandiks, kui täielikuks isandusõiguseks.

Omandiõiguse vetruvuse toime avaldub *ipso facto*: konsolidatsioonitung on ju alati olemas ja püüab jalamaid tegevusse astuda, nii peaaegu kui takistused (omandi piiramised) kaovad, kusjuures konsolidatsioonile võib anda väga erineva ilme, vastavalt omandiõiguse ühele või teisele erinevale definitsioonile¹⁷⁵.

¹⁷³ Baron, op. cit., lk. 213.

¹⁷⁴ Sinaiski pühendab oma töös „Osnovõ“ sellele omandiõiguse iseloomujoonele eri peatüki, ja nimelt seoses igamisinstituudiga. Vt. В. Н. Синайский, Основы гражданского права. Вып. II. Прага, 1926. lk. 40 jj.

¹⁷⁵ Puchta vaate järgi tuleb omandiõpetusest, kui kõikide asjaõiguste totaalsusest omandi sisus, paratamatult järeldada, et iga õigustus asjale on juba iseenesest omandiõiguses olemas ja piiratud asjaõigused on vaid n.-õ. ajutised väljavõtted (Auszüge), õigustused sellest omandist. Selle järele toimub ka nn. konsolideerimistung puht-elementaarselt: „ajutised väljavõtted“ saavad jälle oma endise koha. Puchta, op. cit., lk. 219 jj.

Ei saa seega, ega pole tarviski eitada elastsuse-põhimõtet. Aga ei saa muidugi olla nõus ka niisuguste äärmuslikkude vaadetega, kus vetruvusele on antud mingi absoluutse reegli jõud¹⁷⁶.

Jus recedentiae toimub kindlasti, kuid ainult sellistel juhtudel, kui ta pole kõrvaldatud. Sest elastsus on ikkagi püüetung resorbeerimisele, missugune tung aga vastupidiste jõudude toimele sageli võib seisma jääda (mitte kaduda). Ses mõttes on omandiõiguse elastsus muidugi loogiline ja terve põhimõte, kuid teda tuleb rakendada vaid siis, kui omandiõiguse kõrval pole omaniku kätte sattunud teise asjaõiguse olemasolul majanduslikku ega õiguslikku mõtet.

Lõpuks, mis puutub veel vahetegemisse omandiõiguse ja piiratud asjaõiguste vahel, siis olgu täiendavalt lisandatud, et selline vahetegemine on vajalik ühiskondlikust seisukohast. Nii on mõlema — omandiõiguse ja piiratud asjaõiguste olemasolu põhjendatud nn. jaotamis-põhimõttega (Teilungsgedanke, nagu ütleb Heck¹⁷⁷). Siiski võib siin märgata mõjustamas kahte erinevat tendentsi: 1. nähakse omandis absoluutset isandust ja indiviidile kuuluvat õigust (Code civil); 2. omandil on sotsiaalne funktsioon (germaani õigus ja moodne õigus)¹⁷⁸.

Ja see kõik on omakorda teatavas seoses ka omandi sisuga ja probleemiga, kas üksikud omandis esinevad õigustused võivad olla iseseisvad või mitte.

Vaadeldes praegusaja seadusandlusi näemegi, et käesoleva aja omandiõigus pole tunnustatud enam nii absoluutsena kui varematel aegadel: ühiskondliku elemendi rõhutamine hakkab pikapeale aset leidma¹⁷⁹. Ja sellest sõltuvalt on arusaadav, et ka omandi-

¹⁷⁶ Nagu seda teeb Puchta. Vt. eespoolne osund.

¹⁷⁷ Heck, op. cit., lk. 74. Samas nimetab Heck omandiõigust — Generalrecht ja piiratud asjaõigust — Spezialrecht.

¹⁷⁸ Huvitav on nende kahe tendentsi kokkupõrge ja lahendus BGB-s. BGB esimese redaktsiooni § 848 vastu oli eriti Gierke. Ta nõudis, et omandist jäetaks kõrvale roomaõiguslik absoluutse ja piiramatu võimu moment. Vt. J. W. Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. Teil II, 1. Hälfte: Das materielle Bodenrecht. Berlin, 1930, lk. 124.

¹⁷⁹ See toimus võrdlemisi mitte ammu: Alles 19. s. 3. veerandil tekivad uuesti vaated, et omand ei tohi olla absoluutne, nõutakse riigi ja ühiskonna võrdõiguslikku osavõttu omandis. Vt. Hedemann, Fortschritte, II, 1, lk. 126.

õiguse definitsioonid on hakanud loobuma isandlikkuse ja totaalsuse tunnuste erilisest allakriipsutamisest omandis. Ja tuleb tähendada, et omandiõiguse absoluutsena kujutamises on teatav tagasitõmbuv tendents märgatav, seoses üldise eraõiguse avalik-õiguslustamise nähtusega ¹⁸⁰. Näeme, et käesoleva aja kinnisomandiõigust võime näiteks seaduslikkude kitsenduste tõttu — peamiselt üldsuse, riigi, aga ka otseste naabrite huvides — kohati vaid hädavaevalt nimetada „peremehe“ õiguseks. Ja kindlasti on vastastikune mõjustus seesuguse omandiõiguse sisu ja omandiõigusliku definitsiooni vahel: kui poliitiliselt on omandiõigus tunnustatud piiramatuks, siis otsitakse ja luuaksegi ka juriidilisi definitsioone, mis võimalikult alla kriipsutaksid omandiõiguse laia, absoluutse sisu loomust. Ja vastupidiste vaadetega ajastuil muutuvad ka definitsioonid, sisaldades märksa vähem-resoluutse „täielikkuse“ esiletoomist omandis ¹⁸¹.

Kõike omandiõiguse puhul öeldut arvesse võttes võime küll väita, et omandiõiguse olemus kõigi tema tunnustega ei ole takistavaks teguriks piiratud asjaõiguste omale asjale konstrueerimisel, ei ole seda omandiõiguse otsene olemus ega ka eriti omandiõiguse elastsuse-põhimõte. Ja nimelt, lähtudes omandiõiguse kvantitatiivsest definitsioonist ja vaadelles omandi vetruvust kui vaid tungi, mis küll üldreeglinas püüab aset leida, vastavate vastupidiste tegurite olemas olles aga oma toimet ei tarvitse avaldada, — siis näeme, et piiratud asjaõigused omale asjale pole loogilises vastuolus omandimõistega.

¹⁸⁰ Avalik-õiguslikkude elementide tungimise tõsiasja asjaõiguste valdkonda, eriti aga omandiõiguse režiimi, — selle huvitava probleemi jätame siin lähemalt käsitlemata, sest tal puudub otsene seos vaadeldava küsimusega piiratud asjaõigustest omale asjale.

¹⁸¹ Käesolevast peatükist jätame välja küsimuse omandi duplitsiteedist, millel on küll ka, kuid kaudne tähendus piiratud asjaõiguste omale asjale probleemis. Konstateerime vaid, et omandiõiguse duplitsiteet esineb praegusel ajal üldiselt kolmel juhul: 1. kui on kinnistusraamatusse kantud mitteomanik; 2. kui omandiõigus on relatiivselt toimetu ja 3. fidutsiaarse omandiõiguse ülekande puhul. Heck, op. cit., lk. 210.

PEATÜKK III.

Kinnistusraamat ja tema tähendus soodustava tegurina piiratud asjaõiguste omale asjale probleemis.

Kinnistusraamatu olemus ja tähendus asjaõiguses. — Kinnistusraamatu päritolu ja areng. — Kinnistusraamatu põhimõtetest üldse. — Kinnistusraamatu süsteemide liigitusi. — Üksikuid kinnistusraamatu süsteeme: Torrensi süsteem. Eestis kehtiv kinnistuskord. Taani ja Rootsi kinnistuskord. Prantsuse kinnistussüsteem. Inglise kinnistuskord. — Piiratud asjaõiguste omale asjale probleemi lahendusel eriti olulise tähendusega kinnistusraamatu põhimõtted: sissekande, avaliku usalduse ja eriti esimusastme (prioriteedi) põhimõte. — Õiguste konkurrents ja esimusaste. — Asjaõiguslik esimusaste. — Esimusastme teooriaid. — Esimusastme liigid. — Sissekannetega asjaõiguste esimusastme (vanuse) määramine üksikutes tähtsamates seadusandlustes. — Esimusastme muutmisest ja esimusastme reserveerimisest kui kinnistusraamatulise esimusastme põhimõtte korrektiividest üldse ja üksikutes seadusandlustes. — Esimusastme paremaks muutmine ja halvendamine. — Prioriteedi-põhimõtte hinnang. — Kokkuvõtted.

Kui omandiõiguse loomus ühes temast sõltuva kokkumise kustutava toimega võib piiratud asjaõiguste omale asjale probleemis olla takistavaks — negatiivseks teguriks, kaheldavaks tehes vähemalt selliste õiguste iseseisva ja iselaadi kategooria võimaluse, siis vastupidi on kinnistusraamat õigusinstituut, mis, kuuludes käesolevas küsimuses soodustavate — jaatavate tegurite hulka, just peamiselt ongi olnud selliseid õigusi võimaldavaks vormiks, ehk — tarvitades piltlikku võrdlust — nagu lõuendiks, kuhu on seadusandlus *utilitatis causa*, praktilise vajaduse surve all loonud vastava süžee pildi — piiratud asjaõigused omale asjale.

Järgnevalt vaatlemegi esiteks üldiselt kinnistusraamatu olemust, arengut, süsteeme ja põhimõtteid ning nende põhimõtete

rakendust üksikutes seadusandlustes, sest võib väita, et kinnistusraamatu täiuslikkuse astmest sõltub väga suurel määral käesolevas teoses vaadeldava probleemi lahendus, s. t. kuidas on piiratud asjaõiguste omale asjale kategooria üksikutes seadusandlustes kujundatud.

Nagu näeme allpool (peatükk VI), on just täiuslikuma kinnistusraamatuga varustatud seadusandlustes ka piiratud asjaõigused omale asjale, eriti originaarsel kujul, esimesena ja ühtlasi ka laiemas ulatuses tunnustuse leidnud. Kinnistusraamatu tähtsust iseloomustades võime nõustuda Hedemanni'ga, kes, väites, et majanduslike mõjustuste kõrval etendab immobiliaar-asjaõiguses niisama suurt osa tehniline aparatuur, ütleb: „Die wichtigste solche technische Figur ist das Grundbuch“¹⁸². Iseloomulik on ka kinnistusraamatu prantsuskeelne nimetus „le grand livre de la propriété foncière“.

Vaatleme kõigepealt kinnistusraamatu üldist funktsiooni, ülesannet.

Asjaõiguste üheks tunnuseks on nende nähtavus, publit-
siteet.

Vallasasjade puhul on selleks nähtavakstegemise instrumen-
diks, vahendiks — valdus, kinnisasjade puhul aga kinnistusraa-
mat¹⁸³. See kinnistusraamatu õigus jaguneb teatavasti kahte
ossa: 1. kinnistusraamat materiaalses ja 2. kin-
nistusraamat formaalses mõttes. Piiratud asjaõiguste
omale asjale probleemi käsitledes tuleb meil tegemist teha peami-
selt kinnistusraamatu materiaalsoigustliku küljega, riiva-
tes vaid kohati — vajaduse korral — ka formaalset kinnistusraa-
matu õigust.

Nagu teada, on praegusaja õigussüsteemides üldiselt küllaltki
tuntav v a h e mobiliaar- ja immobiliaar-asjaõiguse režiimi vahel,

¹⁸² J. W. Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. Teil II, 2. Hälfte. Berlin, 1935, lk. 1.

¹⁸³ Nende mõlema instituudi sugulust laseb iseloomulikult ilmsiks tulla Austria õigus. Austria õigus tunneb peale tavalise valduse veel nn. „raamatulist valdust“ (Buchbesitz, Tabularbesitz), mis tekib omandi või mõne muu asjaõiguse sissekandmisega kinnistusraamatusse (ABGB § 321, 322, 355, 441). See „raamatuline valdus“ on teataval määral sarnane „loomuliku valdusega“, kuid erineb siiski viimasest. Tähtsaim erinevus on see, et tal pole valduskaitset. Ehrenzweig, op. cit., lk. 54—55.

ja nagu eespool öeldud, on avalikkuse kriteerium vallasasjade jaoks valdus ja kinnisvarade jaoks avalikud kinnistusraamatud, aktide ja registre kogude näol.

Mitte aga kõikides seadusandlustes pole see vahe kinnis- ja vallasasjade vahel viinud ka järjekindla erineva varade süsteemi ning käsitlemiseni ja eriti, mis puutub kinnistusraamatusse, pole neis seadusandlustes, kus see vahe on mõju avaldanud, kinnistusraamatu areng siiski mitte ühtlane olnud. Ja me näeme, vaadeldes üksikuid praegusaja seadusandlusi, suuri erinevusi kinnistusraamatu alal. Samuti võime ühes ja samas riigis kinnistusraamatu arengus ajaliselt suuri võnkumisi märgata ¹⁸⁴.

Kui vaadelda asjaõiguste publitsiteedi ja kinnistusraamatu küsimust seoses mobiliaar- ja immobiliaar-asjaõigusega ajaloolise arengu seisukohalt, siis näeme, et kõige vähem on mõju avaldanud kinnisvarade erinevus Rooma õiguses, kus, nagu teada (välja arvatud vanemad *mancipatio* ja *in jure cessio* vormid), õiguste ülekandmine nii vallas- kui ka kinnisvaradele toimus ühtlaselt *traditio* teel. *Traditio* ise põhines mitteformaalsel ja mitteavalikul toimingul ¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Et teema laialivalgumist vältida, ei saa käesolev peatükk anda enam-vähem täielikku hinnangut kinnistusraamatu kohta. Kinnistusraamatu vajaduse põhjenduseks olgu siin vaid niipalju tähendatud, et pandiõigusel on kinnistusraamatu arengus eriti suur tähendus, sest, nagu ütleb Gierke, on Rooma õigusest tulnud moodsa pandiõiguse kapitalistlik iseloom, Germaani õigus aga andis vahendid — eriti kinnistusraamatu näol — pandi käibevõimelisemaks tegemiseks. Gierke, Sachenrecht, lk. 835.

Sellele lisandab Hedemann: „Nagu ärimees hästi korraldatud raamatupidamises näeb tähtsamat alust ärilise tegevuse arendamiseks, nii saadakse kinnistusraamatu abil kinnisvarade käibele soodustavalt kaasa mõjuda ja see kergendab samuti siis ka reaalkrediiti.“ Hedemann, Fortschritte, II, 2, lk. 31.

On aga, vastupidi, vaateid olnud, et kinnistusraamatu olemasolu on tingitud vaid riigi fiskaalsetest huvidest, saada kinnisvarade käibelt maksude näol uut sissetulekut. Seda väidet kasutati omal ajal vastuargumendina kinnistusraamatu vastu, samuti kui seda, et kinnistusraamatuline aparatuur on liiga keerukas ja kallis. Vt. ligemalt Hedemann, Fortschritte, II, 2, lk. 35—36.

¹⁸⁵ Mitteis avastas 1899. a. Egiptuse kinnistusraamatu, milles arvati kehtivat isegi avaliku usalduse põhimõte.

Seda küsimust selgitasid edasi teised, nende hulgas eriti L. Wenger. Hiljemini tekkis terav vaidlus Mitteis'i seisukohtade kaitsjate ja vastasvoolu vahel, kes nägi Egiptuse nn. kinnistusraamatus vaid katastri

Keskaja Germaani õigus sellevastu teeb kindlat vahet vallas- ja kinnisvarade režiimi vahel, nõudes kinnisvaradesse puutuvate õiguste ülekandmisel teatavate pidulikkude — avalikkude vormide täitmist.

Neil vormidel on kinnistusraamatu arengus suur tähendus.

Vaieldamatult peaks selge olema, et praegusaja kinnistusraamat on germaaniõigusliku päritoluga. Tuleb siis vaadelda lühidaltki tema arenemiskäiku Germaani õiguses.

Selles arenemiskäigus on vanima õiguse Sale'l, kui omandit ülekandval asja- ja ühtlasi obligatsioonioiguslikul formaalpeingul esimese, tekkimisastme tähendus ¹⁸⁶.

Samal ajal tehti investituuri (*investitura*) kaudu tunnistajate juuresolekul — maatükil endal olles — kokkulepe kui selline avalikult ka teatavaks ¹⁸⁷.

Keskajal ei toimunud investituur, võtnud *Auflassung*'i kuju, enam paramatult kinnikul (maatükil) enesel, vaid muutus sümboolseks toiminguks: mõne eseme üleandmiseks, hiljemini aga vastava üriku edasiandmiseks. Seesugune investituur (üriku üleandmise kaudu) pole, olgu tähendatud, mitte puhtal kujul germaaniõiguslik, vaid siin on mõjustamas olnud ka roomaõiguslik *traditio per cartam*. Oli oluline, et see üriku üleandmine võis toimuda mõnedes kohtades (nii *lex Ribuarica* järgi) vaid kohtus.

Siit jällegi sugeneb alus edaspidiseks arengu astmeks.

Hiljemini laienes *lex Ribuarica* kord teistele maa-aladele, nii et lõpuks üriku üleandmine toimus alati kohtus.

Veel hiljemini käis selle üleandmis-tegevusega kaasas kohtuotsus. Oli võimalik ka näilik protsess, mille otsusega siis kinnisomand üle kanti hagejale. (Seega mingi paralleel *in jure cessio*'le Rooma õiguses.)

Kinniku omandajat vaadeldi kohtus kui hagejat, kellele see kinnik oli antud nagu kohtuotsusega, mis nagu oleks tehtud oletatava protsessi puhul võõrandajaga — kostjaga.

taolist, fiskaalsetes huvides loodud avalikku raamatut. Seega kerkis esile probleem, kas sissekandel selliseisse raamatuisse on eraõiguslik avaliku usalduse jõud või mitte. Vt. H e d e m a n n, Fortschritte, II, 2, lk. 5—6, eriti nota 4.

¹⁸⁶ H a f f, op. cit., lk. 156.

¹⁸⁷ Vt. selle kohta ligemalt R. S c h r ö d e r, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig, 1907, lk. 289.

Siit ka korroboratiivne tähendus võõrandamisakti kinnistamisel.

Aja jooksul suureneb see kohtulik kaasabi kinnikutele omandiõiguse ülekandmisel¹⁸⁸, ja lõpuks kujuneski tast nn. kohtulik „*Auflassung*“: kokkulepe toimus kohtus ja selleks oli vaja ka veel eelkäivat proklaami (1 tähtaasta kestusega).

Ja et andmed *Auflassung*'i kohta kanti kohtu protokolli, siis seega võttis *Auflassung* teatava üriku kuju.

Rööbiti *Auflassung*'i ilme muutumisega avalik-kohtulikuks ja kirjalikuks võib märgata teatavate, algastmeliste kinnistusraamatute tekkimist ja arenemist. Siin olgu viidatud keskajal tarvitusel olnud „raamatutele“, nagu nn. *Kopialbücher*, siis *Traditionsbücher* jt.¹⁸⁹

Eriti aga on kinnistusraamatu arengus suur tähendus XII saj. 2. veerandil esinema hakanud üksikutes linnades — algul ürikute kogu näol — peetavail raamatuil, nn. linnaraamatuil — *Stadtbücher*.

Sissekandel seesugusesse raamatusse — *Stadtbuch*'i — oli esialgselt vaid tavaline tõendusjõud.

Kuigi Rooma õiguse retseptsioon tõi kinnistusraamatu arengusse võrdlemisi tugeva seisaku ja ühtlasi paiskas ka endise arengu segigi, võtab see areng hiljemini Kesk-Euroopas, peamiselt Germaani õiguspiirkonna riikides, üldiselt siiski jälle endise suuna, tüürib avalikkude ametlikkude raamatute poole, kuhu kantakse asjaõigused.

Seega võidi *Auflassung* kui asjaõiguslik toiming kohtulikus vormis kanda ka kohtuprotokolli, hiljemini mõnel pool ka erilistesse nn. kohturaamatutesse (*Gerichtsbücher*), või siis nn. linnaraamatusse (*Stadtbuch*)¹⁹⁰.

Kus aga Rooma õiguse retseptsiooni mõju oli tugevam, võttis kinnikutele omandiõiguse ülekanne teise kuju. Omandi ülekandmise eel käis siis nn. kohtulik insinuatsioon ja sellele võis (ja sa-

¹⁸⁸ Kohtuliku kaasabi puhul oli mõõtuandvaks teguriks ka maahärrade huvi — kontrollida kinnisvarade käivet, samuti nende fiskaalne huvi saadavate maksude näol. Vt. Hedemann, Fortschritte, II, 2, lk. 193—194.

¹⁸⁹ Schröder, op. cit., lk. 719—720.

¹⁹⁰ Kohtulikesse raamatuisse kandmisel polnud õieti õigust-tekitavat jõudu, see oli vaid akti konfirmatsioon, kinnitamine.

geli oligi see nii) järgneda sissekanne kohturaamatusse või jälle omandi ülekanne kinnitati kohtu poolt.

Järgmise, eelviimase astmena kinnistusraamatu ajaloolises arengus tuleb nimetada nn. „h ü p o t e e g i r a a m a t u t“.

Selle nn. hüpoteegiraamatu süsteemi järgi notariaalse lepingu alusel toimunud kinniku traditsioon annab omandajale materiaalse omandiõiguse, sissekanne vastavasse hüpoteegiraamatusse — formaalse omandiõiguse.

Oluline erinevus on siin see, et hüpoteegiraamatusse sissekandmata omanik võib — vastandina puht kinnistusraamatu põhimõttele — oma omandit edasi anda. Ainult hüpoteekidega kinniku koormamised vajavad sissekannet hüpoteegiraamatusse ¹⁹¹.

Lõppstaadiumina kujuneski sellest hüpoteegiraamatust üksikutes riikides m o o d n e k i n n i s t u s r a a m a t, nagu ta on Saksamaal, Šveitsis, teataval määral ka Austrias, Taanis ja Baltimaal ¹⁹².

Seega ei jõudnud see areng mitte kõikjal oma lõppkujuni, aga selle nähtuse huvitavate põhjuste vaatlemine ulatub käesoleva teose raamidest üle.

Edasi tuleb tähendada, et ka väljaspool seda germaani kinnistusraamatu piirkonda, väljaspool tema vahenditut mõjustust, on peaaegu sama laadi instituute tekkinud.

Lõpuks, Germaani õigusepiirkonna kinnistusraamatu ja seega ka meil kehtiva kinnistuskorra (mis on ju germaani päritoluga) seisukohast olgu kokkuvõtlikult veel tähendatud, et selles kinnistusraamatu arengus esinevad oluliste teguritena eriti järgmised kolm: 1. asjaõiguslik toiming (eriti *Auflassung*), 2. kohtuabi selle toimetamisel ja 3. nn. linnaraamat — *Stadtbuch* (samuti kohtu-protokolli kandmine, *Gerichtsbuch*).

Et piiratud asjaõiguste omale asjale küsimuses on kinnistusraamatul ta tervikus oluline tähendus, siis peab siin lühidalt peatuma ka üksikute praegusaja k i n n i s t u s r a a m a t u p õ h i -

¹⁹¹ Nii näiteks Preisi Hypothekenordnung aastast 1783 ja Preisi ALR I, 10, § 15 jj.

¹⁹² Kuna Saksa kinnistusraamatu arengus tavaliselt nähakse vaid seda eitavat mõju, mida on avaldanud roomaõiguslik kirjandus, siis sellele vastandina räägib Hedemann tunnustusega sellest ettevalmistavast tööst, mida tegi pandektiõiguslik literatuur selles küsimuses 17.—18. saj. H e d e m a n n, Fortschritte, II, 2, lk. 206 jj.

mõtete juures, seda enam, et just osa neist põhimõttest on otustava tähendusega piiratud asjaõiguste omale asjale kategooria võimaldamisel moodsas õiguses.

Loomulikult ei saa väita, et kõik kinnistusraamatu põhimõtted oleksid ühevõrra tähtsad käesoleva probleemi käsitlemisel. Seejärest vaatlemegi siin algul kõiki neid, et hiljemini üksikasjalisele käsitlemisele võtta just vaid eriliselt olulise tähendusega põhimõtteid.

Et meieaegne kinnistuskord suudaks täita seda tema peale pandud ülesannet, olla kinnikühiku juriidilise seisundi peegliks, on tema jaoks ülesseatud järgmised kindlad põhimõtted. Ühed neist põhimõttest on aluspõhimõtted, teised — lisapõhimõtted.

Esimene aluspõhimõte on raamatusse kandmise — sissekandeprintsiip (Eintragungsprinzip).

See printsiip oma absoluutsel kujul tähendaks, et eranditult kõik asjaõigused kinnisvaradele võivad tekkida, muutuda ja lõppeda ainuüksi nende õiguste raamatusse kandmise teel. Et selle põhimõtte eranditu rakendamine viiks äärmise formaliseerimiseni, on see põhimõtte seadusandlustes kehtiv teatavate eranditega.

Teine aluspõhimõte — avalikkus laiemas mõttes või õigemini avaliku usalduse printsiip on loomulik täiendus esimesele põhimõttele: ainult mõlema olemasolu kinnistuskorras tagab selguse ja kindluse asjaõiguste vallas. Avaliku usalduse printsiip tähendab kinnistusraamatusse sissekannete usaldusväärstust ja õiguste pööratamatust: kõik, mida sisaldab raamat, loetakse õigeks; kõik, mida raamat ei sisalda, kuid sisaldama peaks, loetakse olematuks.

Ka see printsiip ei ole seadusandlustes absoluutsel kujul rakendamist leidnud. Poolte eneste ja halvas usus toimunud kolmandate isikute suhtes see põhimõte harilikult ei kehti. Nii et vale sissekanne on kehtiv ainult *bona fide* kolmandate isikute suhtes.

Neist kahest asjaõiguste kinnistussüsteemi peapõhimõttest on tuletatud veel neli lisaprintsiipi:

1. Avalikkuse-põhimõtte formaalses mõttes seisab kinnistusraamatute avalikkuses, kättesaadavuses, õiguses sissekandeid vaadata, saada neist väljavõtteid.

2. Spetsiaalsuse-põhimõte on teataval määral tehniline reegel. Ta avaldub kahes suunas: 1) iga üksik raama-

tusse kantav õigus peab käima ainult teatava kinnisvara kohta ja 2) iga sissekantud õigus peab sisult ja mahult täpsalt fikseeritud olema.

Selle põhimõtte abil individualiseeritaksegi iga üksik kinnisvara; seepärast tunnevad ka praegusaja täielikumad kinnistus-süsteemid ainult nn. reaalfooliumi, s. o. kinnistusraamatut, kus igal kinnikul on oma „leht“, vastandina personaalfooliumile, kus kinnistusraamat on peetud isikute — omanikkude järgi.

Kolmas lisapõhimõte — esimesastme-, vanuse-, järjekorra-printsiip — tähendab, et varemalt raamatusse kantud õigusel on eesõigus hilisemate ees (*prior loco, potior jure; prior tempore, potior jure*).

Viimane, neljas lisaprintsiip kõlab: kinnistusraamatusse kantud õigused ei allu aegumisele laiemas mõttes.

(Peale nende põhimõtete on moodsais kinnistusraamatuis rõhutatud ka veel nn. legaalsuse-põhimõtet: enne tegelikku sissekandmist toimub sissekande seaduspärasuse ametlik kontroll.)

Eeltoodud põhimõtete läbiviimise ulatuse seisukohast võime kinnistusraamatuid jagada kõigepealt 1. enam arendatud ja 2. vähem arendatud kinnistussüsteemideks. Teiseks on võimalik eristada kolme järgmist süsteemi: 1) lihtne kronoloogiline süsteem: kõik aktid on ajalises järjekorras kokku korjatud, vaatamata kinnikutele ja isikutele; 2) personaalfoolium ning 3) reaalfoolium¹⁹³. Kolmandaks võime vahet teha kinnistusraamatu vahel, 1. kus on läbi viidud tsentralisatsioonipõhimõte (Torrensi süsteem, Londoni maa-koormiste register), ja 2. kinnistusraamatu vahel, mis on süsteemiks korraldatud detsentralisatsiooni-põhimõtte alusel. Seda võib nimetada ka geograafiliseks kinnistusraamatuks, kus kinnistusaktid peetakse kinnistusjaoskondades kinnikute asukoha järgi¹⁹⁴. Neljandaks, sissekandesunduse alusel saame rühmitada kinnistusraamatuid: 1. fakul-

¹⁹³ Germaani õigusepiirkonnas (Saksamaal, Šveitsis, Austrias, ka Baltimaal, Taanis) on kehtimas üldiselt reaalfoolium, ainult erandina personaalfoolium, ja nimelt, kus valitseb liiga suur maaomandi tükeldamine (nüüdki veel Württembergis, Hessenis jm.). Reaalfooliumi teine nimi on *Blattprinzip*.

¹⁹⁴ Meie õiguses: Not. s. § 307.

tatiivseteks (Torrensi süsteem) ja 2. obligatoorse-
teks (Saksa, Šveitsi süsteemid). Praegusel ajal domineerivad
siiski kaks kinnistusraamatu kuju: 1. puht kinnistus-
raamatu-süsteem (*Grundbuchsystem*) ja 2. lihtne
hüpoteegiraamatu-süsteem (*Pfandbuch-, Hypotheken-
buchsystem*).

Viimane tahab põhimõtteliselt vaid kinnisvarade võlastumist
näidata, puht kinnistusraamat aga püüab kõiki kinnisvaradesse
puutuvaid õigussuhteid, ja nimelt asjaõiguslikke eraõigusi purgi-
valt nähtavale tuua¹⁹⁵.

Rääkides kinnistusraamatust materiaalse kinnistuskorra
õiguse tähenduses, tuleb kinnistusraamatut terminoloogiliselt
mõista kahes mõttes: kitsamas mõttes vastab ta Saksa BGB ja
Šveitsi ZBG mõistele (*Grundbuch*), teiselt poolt tähendab kinnis-
tusraamat kõiki avalikke raamatuid, ürikute kogusid, mille üles-
andeks on korraldada kinnisvarade käivet. Seega kuulub siia ka
hüpoteegiraamat, Torrensi süsteem jne.¹⁹⁶

Järgnevalt peatume lühidalt üksikutel tähtsamatel
kinnistussüsteemidel.

Nagu tähendatud, võime meie mõlema kinnistusraamatu alus-
põhimõtte koordineeritud järjekindla läbiviimise alusel kinnistus-
süsteeme liigitada kahte peagruppi: algelisemaiks ja moodsaiks,
täiuslikumaiks. Aga on ka vahepealseid, keskmist tüüpi süsteeme.

Algelisemate süsteemide hulka kuulub esimeses järjekorras
Prantsuse hüpoteegikord, mis on kehtiv mõningate erinevustega
üldiselt Prantsuse õiguse piirkonnas. Täiuslikumad kinnistussüs-
teemid esinevad, nagu öeldud, Germaani õiguse piirkonna riikides.

Keskmise tüüpi kinnistussüsteemides moodustab nn. Torrensi
süsteem, mille vaatlemisele me eeskätt asumegi.

See omapärane süsteem on mittejuristi Robert Torrensi leiutis — eesmärgiga kõrvaldada juristide kaasabi vajadust kinnis-
varade liikluses.

Robert T o r r e n s (surn. 1884. a. Lõuna-Austraalias) hakkas

¹⁹⁵ Hüpoteegiraamat kehtis Preisis 1872. aastani, Baieris 1900. aastani, Hamburgis 1895. aastani jne. Ka praegu kehtib Saksa õiguses laevade hüpoteegi puhul Pfandbuchsystem, mitte Grundbuchsystem.

¹⁹⁶ Formaalses kinnistuskorra õiguses võib sõnal „kinnistusraamat“ omakorda olla mitu tähendust. Vrd. Not. s. § 303 ja 304.

oma mõttele teed rajama a. 1856. Selle püüde tulemusena võeti a. 1858 vastu seadus „Real property act'i“ nime all. See süsteem ei tunne üldist sissekande-sundust. Ta kujutab enesest lihtsalt teatavate kinnisvarade kohta koostatud dokumentide käivust. Kinnisvarade mobiliseerimine on seega eriti kergendatud ¹⁹⁷. Süsteemile allumine on fakultatiivne.

Kinnistuskord on järgmine: 1. kinnisvaraomanik esitab sooviavalduse registriametile direktorile; 2. direktor avaldab sellest ametliku teadaande; 3. kuulutab siis õiguse immatrikulatsioonil ja 4. koostab kaks identset akti, milledest ühe saab omanik, kuna teine jääb registrisse, mida peetakse reaalfooliumi kujul.

Kõik aktid on koondatud pealinna.

Peatähendus on immatrikulatsioonil, mis annab õigusele vaieldamatuse iseloomu. Ses mõttes on aktil ka avaliku usalduse jõud.

Nõrk külg sellel süsteemil on ta mittetäielikkus, mis on tingitud sissekande sunduslikkuse põhimõtte puudumisest.

Torrensi süsteem kehtib Austraalias, Kanadas, üksikutes Põhja-Ameerika osariikides ja Havai ning Filipiini saartel.

Inglismaal ebaõnnestus selle süsteemi kehtimapaneku katse. (Praegu ligineb Inglise kinnistuskord Saksa omale, selle vahega, et Inglismaa — välja arvatud London — ei tunne sissekande-sundust.)

Et Saksa ja Šveitsi kinnistusraamatus on ülemaltoodud põhimõtted enam-vähem konsekventselt läbi viidud, siis osutub nende vaatlemine üksikult asjatuks ja ülearuseks ¹⁹⁸

¹⁹⁷ Iseloomustavalt tabavalt ütleb selle kohta Hedemann, et Torrensi süsteemis vaadeldakse kinnikut kui „vedelat kaupa“ (flüssige Ware). Hedemann, Fortschritte, II, 2, lk. 118. Sellele lisab Huber: „Es lässt sich eine vollständigere Mobilisierung von Grund und Boden ... schwer denken.“ Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Entwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. Bd. II. Bern, 1914, lk. 397.

¹⁹⁸ Käesoleva aja Germaani õigusepiirkonna kinnistuskorrad on rajatud peamiselt Preisi seadusandlusele. Aluseks kuninglik edikt a. 1693. Siis hüpoteegi- ja konkursikord a. 1722, konkursiseadus a. 1748, hüpoteegikord a. 1750 ning hüpoteegikord a. 1783. Nad on selles mõttes ühtlased, et nende järgi on asjaõiguse tekkimiseks vaja nende kandmine avalikku raamatusse. Aga alles 1750. a. seadusega on proklaami abil võimalus anda asjaõigusele vaieldamatut iseloomu.

1783. a. seadus tõi sisse legaalsuse-põhimõtte. Kõiki neid põhimõtteid

Küll aga vaatleme peale Torrensi süsteemi veel teisi vähemtuntuid ja Saksa ning Šveitsi kinnistusraamatust erinevaid kinnistuskordi.

Kõigepealt olgu meil kehtiva kinnistuskorra kohta lühidalt ja iseloomustuseks tähendatud vaid järgmist.

Erilise tähendusega on meile Hansa linnade, Lüübeki ja Hamburgi õigus, kus õiguse lahutamatu sidet raamatuga põhjendatakse sealse ammuse ning omapärase ajaloolise arenguga, kusjuures sel sidemel on protsessuaalne iseloom.

Kindel on, et juba Lüübeki õigus, samuti Hamburgi õigus nõudsid „*Auflassung*’it“ rae ees ja sissekannet nn. linnaraamatuse (*Stadtbuch*)¹⁹⁹.

Kuna BES, 1864. a. kodifikatsiooni kujul, kuulus kinnistusraamatu alal võrdlemisi vähemtäiuslikkude süsteemide hulka²⁰⁰, tõi alles 1889. a. reform olulise muudatuse kinnistusraamatu ajakohastamise mõttes. Nii ütleb T h a l selle kohta: „Сводъ 1864 г. въ области ипотечной системы не только не отличается творчествомъ, но подъ вліяніемъ романстическихъ тенденцій его составителей скорѣе задержалъ дальнѣйшее развитіе началъ, перенесенныхъ въ Остзейскія губ. изъ Любека и Гамбурга“²⁰¹.

Vähem tuntud kinnistuskorrana — muide ka võrdlemisi hiljutise seaduse alusel — olgu kõigepealt mainitud T a a n i k i n n i s t u s k o r d a.

Ka see, alles 1926. a. 31. märtsi seadusega loodud kinnistuskord on suurel määral Germaani õigusepiirkonna kinnistussüsteemidega sarnane.

Kehtivad üldiselt kõik kinnistusraamatu põhimõtted: näiteks

aitas omalt poolt edasi arendada ka Preisi ALR a. 1794. Sest ALR I, 10, § 7 jj. väljendab juba avaliku usalduse põhimõtet kolmandate heausklikkude isikute suhtes.

Ka Ungari 1910. a. Tsiviilseadustiku eelnõu on rajatud puhta kinnistusraamatu põhimõttele. Vt. § 370 jj.

¹⁹⁹ Vrd. BES § 3018 all toodud allikatest Lüübeki linnaõiguse (1586. a.) lib. V, tit. 6, art. 1.

²⁰⁰ Kinnistussüsteemi kohta meil, eriti enne kohtureformi 1889. a. ja ka pärast vt. A. A. Б а ш м а к о в ъ, Основные начала ипотечнаго права. Либавъ, 1891, lk. 67 jj. Selle küllaltki täieliku käsitlese refereerimine osutub siin ülearuseks.

²⁰¹ Л. С. Т а л ь, Публичная вѣра крѣпостного реестра въ Прибалтійскихъ губерніяхъ. Журналъ Мин. Юстиціи. 1908. Nr. 3, lk. 74, nota 1.

on olemas sissekande (§ 1), avaliku usalduse (§ 5), legaalsuse (§ 15), spetsiaalsuse (§ 17) ja vanuse (§ 25) printsiip.

Ka saksaõiguslik vahetegemine obligatsiooniõigusliku lepingu ja asjaõigusliku ülekanstva toimingu vahel on Taani 1926. a. 31. märtsi seaduses püsima jäänud. Eitades sellise vahetegemise vajadust ja hinnates Taani uut kinnistuskorda ütleb Kruse²⁰² põhjamaade nn. Tinglysning-korra ja teiste, eriti Saksa ja Inglise eeskju kohta järgmist: „In gewissen Beziehungen kann die nordische Tinglysning wohl vom fremden Recht lernen, besonders vom deutschen und vom englischen; aber in einem der zentralsten Punkte können die fremden Rechtsordnungen meiner Auffassung nach vom Norden lernen, nämlich bei der sehr schwierigen Aufgabe: die richtige Grenze zwischen der vertraglichen Selbstbestimmung und der Tinglysning zu ziehen.“

Täiuslikumate kinnistuskordade hulka kuulub ka Rootsi kinnistusraamat. Rootsi kinnistuskord kannab nimetust „Lagfart“, kui see puutub omandiõigust. Piiratud asjaõiguste kinnistamisel tarvitatakse nimetust „Inteckning“²⁰³. Rootsi kinnistusraamatut reguleerivad 1875. a. 16. juuni kuninglikud²⁰⁴ seadused ühes 3. juunil 1932. a. antud muudatuse seadusega, mis jõustus 1. jaanuaril 1933.

Rootsi kinnistuskorra iseärasusena olgu mainitud, et erandlikult on, peale kinnisvaradesse puutuvate asjaõiguste, võimalik kinnistusregistrisse kanda ka hüpotekaarset pandiõigust vallasasjale, ja nimelt on see eriti ette nähtud esiteks laevade pantimise pu-

²⁰² Fr. Vinding Kruse, Das Eigentumsrecht. Bd. II. Berlin-Leipzig, 1935, lk. 1042.

²⁰³ Üks piiratud asjaõigustest, mida võib Rootsi õiguse järgi kinnistusraamatusse kanda (inteckning'i kujulise sissekande näol), on kõigepealt nn. maakinnisvara kasustamisõigus. Maakinnisvara kasustamisõigus on normeeritud seadusega 14. juunist 1907 („Lag 14 juni 1907 om nyttjanderätt till fast egendom“). Maakinnisvarade kasustamisõiguse definitsiooni see seadus ei anna. Ta on asjaõigus, omades asjaõiguslikku kaitset, kus kaitseabinõuna võib kasutada kinnistusraamatusse sissekandmist (inteckning). Selle maakinnisvarade kasustamisõiguse alla kuuluvad sellised täiskasustamise õigused, nagu rent, üür ja eriline hoonestusõigus. Vt. Carlson, op. cit., lk. 181 jj.

²⁰⁴ Kungl. förordning ang. lagfart å fång till fast egendom; given Stockholms slott d. 16 juni 1875 ja Kungl. förordning ang. inteckning i fast egendom; given Stockholms slott d. 16 juni 1875.

hul²⁰⁵, teiseks erilise viljapandiõiguse jaoks²⁰⁶ ja kolmandaks ka õiguse kohta elektrienergiale²⁰⁷.

Lõpuks, on mainimisväärt ka see, et Rootsi õiguse järgi tuli pandiõiguse puhul sissekannet iga 10 aasta tagant uuendada²⁰⁸. Nüüd on see nõue vastava 1934. a. 15. juuni seadusega kõrvaldatud²⁰⁹.

Algelisemate kinnistuskordade hulka kuulub, nagu öeldud, Prantsuse õiguse kinnistussüsteem, mis on üldiselt, väikeste erinevustega, kehtimas ka teistes Prantsuse õiguse piirkonna riikides²¹⁰.

Code civil'i art. 1583 järgi tekib asjaõigus kinnisvaradele kokkuleppe momendist. Siit kujunenud täielik kindlusetus ning selgusetus seesuguste õiguste omandamisel viiski vastava, 1855. a. 23. märtsi nn. Transkriptsiooniseaduse andmisele²¹¹.

Selle seaduse järgi on kaks registrit: transkriptsiooni- ja inskriptsiooniregister. Transkriptsiooniregister on niisugune register, kus õigustoimingute ürikud on sõna-sõnalt ära kirjutatud — transkribeeritud²¹².

See 1855. a. 23. märtsi seadus määras kõigepealt, et transkriptsiooni kaudu teatavatest ürikutest tuletuvaid õigusi ei saa

²⁰⁵ Seadus laevahüpoteeği kohta 10. maist 1901. a. Lag om inteckning i fartyg; given Stockholms slott d. 10 maj 1901.

²⁰⁶ Seadus vilja pantimise kohta 20. juunist 1924. a. Lag med särskilda bestämmelser ang. olovlig befatning med spritdrycker och vin; given Stockholms slott d. 20 juni 1924. Vt. Carlson, op. cit., lk. 151.

²⁰⁷ Seadus elektrienergia kohta 22. juunist 1920. a. Lag med vissa bestämmelser om registrering av elektriska anläggningar samt om rätt till elektrisk kraft m. m.; given Stockholms slott d. 22 juni 1920.

²⁰⁸ 1875. a. 16. juuni kinnistusseaduse § 19.

²⁰⁹ Muid Rootsi kinnistusraamatu materiaal- ja formaalõiguslikke sätteid vaata Carlson, op. cit., lk. 149 jj.

²¹⁰ Vahe ühe Saksa kinnistusraamatu ja Prantsuse kinnistuskorra vahel vt. R. Fö r t s c h, Vergleichende Darstellung des Code civil und des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin, 1897, lk. 73 jj.

²¹¹ Prantsuse kinnistuskorra kohta enne 1855. a. seadust, s. t. Code civil'i järgi, vt. Fö r t s c h, op. cit., lk. 73.

²¹² „La transcription est la copie d'un acte sur des registres spéciaux tenus dans chaque arrondissement par le conservateur des hypothèques, mais sa forme matérielle a été changée en 1921.“ Planiol, Traité, I, nr. 2600, lk. 844.

kolmandate isikute vastu esitada, kui need isikud enne seda transkriptsiooni olid omandanud õigusi sama transkriptsiooni teel.

Prantsuse õiguse järgi ei ole aga transkriptsioon mitte asjaõiguste tekkimise tingimuseks, sest Prantsuse transkriptsioonisüsteem on rajatud õiguskindlusele (tagamisele), mitte aga õiguste tekkimisele: omand tekib lepinguga. Kindluse kolmandate isikute suhtes saab omand aga transkribeerimise momendist.

Ka ei saa iga kolmas isik puudulikule transkriptsioonile toetuda, vaid see õigus on ainult neil, kellede õigused ise on vastavalt transkribeeritud (või inskribeeritud) ²¹³.

Inskriptsiooniregister on register, kuhu kantakse poolte eneste poolt ülesmärgitud andmed (borderaux), nende õiguslikkuse alust kontrollimata. Siia kantakse vaid privileegid ja hüpoteegid. Ka siin ei ole sissekanne kunagi selliste õiguste tekkimise tingimuseks, ta pole isegi kõikide seesuguste õiguste jaoks ette kirjutatud, küll aga lubatud.

Inskriptsioon on vajalik, et privileege ja hüpoteeke kolmandate isikute, s. t. uute omandajate suhtes alal hoida ja seega õieti hüpoteekide esimusastet määrata (Code civil'i art. 2166, 2106, 2134). See nõue ei käi aga kõikide privileegide ja hüpoteekide kohta.

Inskriptsiooni ei vaja näiteks 1. privileegid CC art. 2101 järgi (vähemalt mitte teiste kreditoride suhtes); 2. seaduslikud hüpoteegid, mis kuuluvad allealisele abikaasale jne. (CC art. 2135).

Inskriptsioon kaotab oma jõu, kui ta kümne aasta pärast, tema daatumist arvates, ei ole uuendatud (CC art. 2154). Pärast seda toimunud inskriptsioon loetakse juba uueks inskriptsiooniks ²¹⁴.

Prantsuse kinnistuskord Code civil'i järgi on teatav kompro-

²¹³ „Le système de la transcription laisse subsister le principe de la transmission de la propriété par le seul consentement: l'art. 1138 n'a pas été abrogé par la loi de 1855, et la simple convention de vente est encore, en principe, translatrice de propriété par elle-même; seulement l'application de cet article, au lieu d'être *absolue*, n'est plus que *partielle*." Planiol, Traité, I, nr. 2615, lk. 851.

²¹⁴ Tegelikult pole Prantsuse transkriptsiooni- ja inskriptsiooniregister mitte päriselt enam seda, mis ta oli algul, 1855. a. seaduse järgi, vaid ürikud paigutatakse algul lahtiselt ajalises järjekorras üksteise juurde ja alles teatav arv ürikuid köidetakse kokku.

miss puht kinnistusraamatu ja roomaõigusliku kinnisvarade režiimi vahel.

Prantsuse kinnistusraamatut peetakse kõigepealt personaalfooliumi kujul, kinnikute omanikkude järgi.

Sissekande-põhimõte pole õieti isegi kinnispandiõiguse jaoks läbi viidud: pandiõigus tekib enne inskriptsiooniregistrisse kandmist.

Spetsiaalsuse-põhimõte on Code civil'is väljendatud art. 2129.

Esimusastme küsimus on lahendatud Code civil'i art. 2134—2145.

Teataval määral on Prantsuse õiguses kompromissiks ka see, et Prantsuse kinnistuskord esineb n.-ö. kaksiksüsteemina, kus leiduvad erinevad transkriptsiooni- ja inskriptsiooniregister.

Prantsuse süsteemiga sarnanevad Belgia, Monako, Bulgaaria, Portugali, Rumeenia, Kreeka, Luksemburgi, Hispaania ja Itaalia (Codice civile a. 1856, art. 1932 jj.) kinnistuskord²¹⁵.

Prantsuse asumaadest on Tuneesias eriline süsteem juba 5. juulist 1885. a. kehtimas, ja nimelt midagi Torrensi ning Prantsuse emamaa kinnistussüsteemi segu²¹⁶.

Lõpuks olgu tähendatud, et ka Prantsusmaal on katseid olnud täielikumat kinnistusraamatut luua. Näitena võiks tuua jõusse astumata jäänud seaduse 27. juunist 1795. a. Siin olid ette nähtud pearaamat (Livre de raison) ja selle kõrval kuus lisaregistrit.

Kinnistusraamatu põhimõtteid oli selles seaduses küllaltki selgel kujul väljendatud. Seadus oli väga üksikasjaline: ta koosnes 270 artiklist. Põhjused, miks see seadus kehtima panemata jäi, olid peamiselt fiskaalset laadi: kardeti, et uus kinnistusaparatuur osutub liiga kalliks.

Reformi-ettepanekuid on olnud ka hiljemini²¹⁷, aga ka need jäid vaid paberile.

Vähemarenenud kinnistussüsteemide hulka kuulub ka Brasiilia 1916. a. 1. jaanuari tsiviilseadustikus

²¹⁵ C. Predari, *Auflassung. Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes*. Hrsgb. von F. Schlegelberger. Bd. II. Berlin, 1928, lk. 275.

²¹⁶ Planiol, *Traité*, I, lk. 862.

²¹⁷ Prantsuse kinnistussüsteemi ajalugu ning hinnangut vt. Hedemann, *Fortschritte*, II, 2, lk. 65 jj. ja Planiol, *Traité*, I, nr. 2633 jj., lk. 859 jj.

leiduv kord. Brasiilia koodeksi järgi tekivad asjaõigused kinnikutele juriidilise toimingu alusel sissekandmisega immobiliaarregistrisse (Codigo Civil'i art. 856—862).

Asudes vaatlema Inglise kinnistuskorda tuleb märkida, et isegi Inglismaa, kes on tavaliselt teatavasti igasuguse välismaise õiguse retseptsiooni suhtes tagasihoidlik, oli sunnitud just kinnisvarade režiimi reformi puhul aluseks võtma võõraid eeskujusid, ja nimelt suurel määral germaaniõiguslikke kinnistusraamatute põhimõtteid.

Poolelioleva reformi tulemusena on Inglismaal kehtiv kord segu Saksa, Austraalia ja Austria kinnistuskorrast ²¹⁸.

Inglismaal pole üldist kinnistusraamatut üldise sissekandesundusega. Küll aga on olemas terve maa jaoks maasunniste register (Land charges register). Sellesse registrisse, mis asub Londonis, on vajalik kõikide maasunniste sissekanne. Sissekandeta on nad tühiised (Land Charges Act 1925).

Seevastu on kinnistusraamat (Land register) Inglismaal vaid üksikutes osades ja osalise sissekandesundusega olemas.

Sissekantavad on ainult nn. legal estates. Legal estate võib, kui absoluutne õigus (absolute title), kui valdusõigus (possessory title), kui rendiõigus (good leasehold title) või kui tingitud õigus (qualified title) registrisse sisse kantud olla ²¹⁹.

Mis puutub eriti hüpoteekidesse, siis on Inglise õiguses hüpoteeke, mis ei vaja sissekandmist, ja siiski pakuvad täielikku kindlust. On aga hüpoteeke, mis vajavad sissekandmist nn. maasunniste registrisse, — muidu pole neil mingit jõudu või neil puudub täisväärtus.

Huvitav on märkida, et esimest hüpoteeki ei kanta registrisse, sest et ta ilma sisse kandmata omab täit toimejõudu. Järgmised hüpoteegid aga peavad registrisse sisse kantud olema. Igal kinniku koormisel on maasunniste registris oma kindel esimusaste, ja nimelt sissekande ajalises järjekorras, vaatamata lepingu sõlmimise daatumile (Law of property Act 1925. 29. 97).

²¹⁸ Wolff, op. cit., lk. 75.

Vt. ka E. Heymann, Überblick über das englische Privatrecht. Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung. Begr. von F. Holtzendorff. Hrsgb. von J. Kohler. Bd. II. München-Leipzig, 1914, lk. 321.

²¹⁹ Curti, op. cit., lk. 170—171.

Kui kinniku koormis kustutatakse, tungib allpool seisev, ajalisel järgmine koormis tema kohale.

Järgnevalt asume vaatlema neid kinnistusraamatu põhimõtteid, mis otseselt ja peamiselt teevadki kinnistusraamatu soodustavaks teguriks piiratud asjaõiguste omale asjale probleemi jaataval lahendamisel.

Kinnisvarale asjaõiguse „nähtavaks tegemine“ toimub, nagu teame, sissekandega kinnistusraamatusse.

Kehtib nn. materiaalne sissekande-põhimõte²²⁰, mis oma konsekventsel kujul tähendab, et kõik asjaõigused kinnikute suhtes peavad olema kinnistusraamatusse kantud, s. t. et näiteks omandiõigus võib tekkida ainult sissekandega; et sissekanne on vajalik kinniku koormamiseks mõne teise asjaõigusega, kuna sissekandeta ei saa selline õigus asjaõigusena tekkida.

Samuti toimub muutumine ja lõppemine asjaõiguste puhul kinnistusraamatu kaudu.

Peab aga tähendama, et sissekanne pole sageli üksnes õiguse tekkimise ja muutumise otseseks aluseks, vaid nende vahendiks. Moodsamas kinnistusraamatus — tema praegusel puhtal kujul (Saksa õigus, Šveitsi õigus) — pole sissekandel ainuüksi konfirmatoorne, vaid, koos asjaõigusliku toiminguga, õigust-loov, konstitueeriv tähendus²²¹.

Iseloomulik on, et tihti näib sissekande-põhimõtte pandiõiguse kui omandiõiguse koormamise puhul olulisema tähendusega olevat kui omandiõiguse enese ja teiste piiratud asjaõiguste puhul. See on tegelikult tingitud reaalkrediidi huvidest: kes laenuab kinniku vastu omanikule, see peab teadma, kes on temast rohkem eesõigustatud kreditorid.

Nagu öeldud, sissekande-põhimõtte konsekventsel rakendami-

²²⁰ Sissekande-põhimõtte kannab ka nimetust „Auflassungsprinzip“, „Einverleibungssystem“, „Ingrossationssystem“, „Intabulationsprinzip“.

²²¹ Asjaõiguste omandamine toimub näiteks BGB järgi asjaõigusliku lepingu alusel, milles me eristame kahte koostisosa: esiteks nn. *Einigung* kui tahtemomendi avaldis ja teiseks sissekanne kinnistusraamatusse või ka asja üleandmine — *traditio*, kui reaalne moment. Seega pole kokkulepe — *Einigung* saksa õiguses mitte iseseisev leping, vaid teise lepingu koostisosa.

Vt. G. Ortlieb, *Einigung und dinglicher Vertrag*. Diss. Marburg. Berlin, 1904, lk. 44.

sel tähendab, et õigussuhte muutus võib toimuda ainult sissekandega kinnistusraamatusse, s. t. et asjaõiguste sissekanne on kohustuslik, seega õigus, mis võib olla sisse kantud, ühtlasi ka peab olema sisse kantud. Siin, tarvitades Hedemanni²²² väljendit, „kinnik personifitseeritakse“.

Mis puutub üksikutesse tähtsamatesse seadusandlustesse, siis on BGB § 873, šveitsi ZGB art. 656, 665, Austria ABGB § 431 ja ka BES ning meie tsiviilseadustiku eelnõu järgi²²³ kehtimas üldine sissekande-põhimõte (kuid teatavate eranditega; kõik õigustoimingulised muudatused kinniku suhtes vajavad sissekandmist, kõik seaduslikud muudatused on sissekande-vabad), kuna Prantsuse õigusepiirkonna seadusandlustes on sissekande-sundus palju nõrgem²²⁴. (Fakultatiivne on sissekanne, nagu nägime. Torrensi süsteemi järgi)²²⁵.

Kinnistusraamatu avaliku usalduse põhimõte kuulub õigusinstituutide hulka, mis usaldatavuse seob õiguse nähtavusega; põhineb ju kinnistusala tervikus, nagu ütleb Freytag-Loringhoven, teatava formaalse ja materiaalse tõe kompromissil²²⁶.

Et kinnistusamet peab enne kinnistamist sissekandmise võimalust kontrollima, s. t. kinnistusraamatu üheks eeltingimu-

²²² Hedemann, Fortschritte, II, 2, lk. 2.

²²³ Sissekande tähendus meie kehtiva õiguse järgi on väljendatud BES § 3002: „... 1. in der Eintragung (Ingrossation, Intabulation, Inprotokollierung) der über das Rechtsgeschäft aufgenommenen Urkunde in die bei den betreffenden Behörden zu diesem Zweck besonders geführten gerichtlichen oder öffentlichen Bücher ...“

Ainult korroboratsioon annab asjaõiguse — § 3004: „Die Corroboratio ist unerlässlich in allen Fällen, wo, auf Grundlage eines Rechtsgeschäfts, dingliche Rechte an Immobilien erworben werden sollen. Nur zur Gewinnung eines Pfandrechts an Immobilien ist in Liv- und Estland (ausser Reval) die Corroboratio oder Ingrossation desselben nicht unumgänglich nothwendig.“ § 813. alusel võib ainult sissekantud omanik käsustada kinnikut. Ts. s. eelnõu § 884, I ütleb: „Asjaõiguste omandamiseks kinnisasja peale on vajalik nende õiguste sissekandmine kinnistusraamatusse (kinnistamine).“

²²⁴ Ungari 1910. a. eelnõus on sissekande-põhimõte väljendatud võrdlemisi täiuslikul kujul. Vt. eelnõu § 371.

Seevastu pole Tšehhoslovakkia eelnõus, nagu nähtub § 399 ja 402 tekstist, sissekande-põhimõttel sellist sunduslikku ilmet.

²²⁵ Sissekande-sunduse ulatuse järgi süsteemide liigitust vt. üleval.

²²⁶ Фрейтаг-Лоринговенъ, Матеріальное право, I, lk. 107.

seks on legaalsuseprintsip, siis loomulikult võib sissekandele anda teatavat erilist tõendusjõudu.

See on õigusepärasuse oletus.

Seda mõtet on tabavalt väljendanud J e n n y, kes ütleb: „Das Grundbuch ist *die Form des Immobiliarsachenrechts*, die Form der Kundmachung der dinglichen Rechte an Grundstücken“²²⁷. Kinnistusraamat on avaliku usaldusega varustatud ametlik raamat, mis peab kinnisvarade eraõiguslikku õigusolukorda nähtavaks tegema. Oma ülesannet teostab kinnistusraamat selle läbi, et ta kinnikusse puutuvad õigussuhted võimalikus täiuslikkuses selgeks, ülevaatlikuks ja usaldusväärseks teeb.

On kehtimas oletus: on kellegi kasuks kinnistusraamatusse sisse kantud mingi õigus, siis arvatakse, et see õigus temale ka kuulub; on sissekantud õigus raamatust kustutatud, siis oletatakse, et õigus ei eksisteeri. See oletus kehtib nii omandiõiguse kui ka piiratud asjaõiguste suhtes, ja nimelt sellise sissekande kuju kohta, nagu ta just on sisse kantud.

Lahkuminekid tegeliku õigusolu ja kinnistusraamatu sissekannete vahel võivad alati esineda: kinnistusraamat võib olla ebaõige, sellised lahkuminekid on aga erandjuhud ja seepärast on oletus kinnistusraamatu õigepärasusest ikkagi küllaldasel määral põhjendatud.

Sissekannete õigepärasuse presumtsioon kehtib sissekannete kasuks ja ka vastu, samuti kõikide kolmandate isikute kasuks ja vastu.

Sissekannete õigepärasuse oletus tuleb rakendamisele õieti tõendamiskoormise küsimuse lahendamise puhul: oletus kehtib tsiviilprotsessis, kinnistusosal endas ja ka administratiiv-asutistes. Aga oletus — olles *praesumptio juris* — on ümberlütatav vastutõenditega, seega: kes oletust eitab, see peab selle ka tõendama.

Kuid sissekande õigepärasuse presumtsioon ei ole küllaldane õiguskäibe kindlustamiseks: kinnistusraamat peab oma andmete õigepärasust ka tagama. Sest näiteks Saksa BGB § 891 ja šveitsi ZGB art. 971 väljendust leidnud presumtsioon on õieti tõendusnorm, seega protsessuaalset laadi säte. Õiguskäive nõuab

²²⁷ F. J e n n y, Der öffentliche Glaube des Grundbuches nach dem schweizerischen ZGB. Bern, 1926, lk. 1.

aga, et kinnistusraamatu andmetele võib tingimata ka tugineda, kartmata tõendamist ja väidet, et kinnistusraamat pole õige.

Siin tuleb appi avaliku usalduse põhimõte (materiaalne publitsiteediprintsiip): *bona fide* õigustoimingu teel kinnisvara suhtes asjaõiguse omandanud isiku jaoks on kinnistusraamatu sisu ka siis õige, kui viimane tegelikult seda polegi. See on ju isenesest legaalsuse-põhimõtte paratamatu täiendus.

Vaatleme, mis on avalik usaldus.

Ajalooliselt tuleb avalikkuse algideed näha esiteks germaani-õiguslikus „*Gewere's*“, mis *Gierke* sõnade järgi on „Kleid der Sachenrechte“²²⁸. Teisest küljest baseerub avaliku usalduse põhimõte ajalooliselt kohtulikule ürikule omasel tõendusjõul. Hiljemini sai sellest täielik tõendusvahend. Siit ka arusaadav, miks näiteks prantslased tarvitavad avaliku usalduse mõiste jaoks tabavalt ja tavaliselt terminit *force probante*, kuna sõna *publicité* omab laiemat sisu.

Avaliku usalduse põhimõte on väljendatud Saksa BGB § 892; Šveitsi ZGB art. 973; Austria ABGB § 321 ja 1500; Ungari 1910. a. eelnõu § 385; BES § 812—813; meie tsiviilseadustiku eelnõu § 874; Brasiilia *Codigo Civil* § 858 ja 859.

Avalikkus kinnistuskorra alal tähendab soovi kõiki õigussuhteid kinnikutele allutada avaliku kaitse alla ja kõrvaldada salajust²²⁹. Avalikkus (materiaalses mõttes) on avaldanud end kahes suunas: esiteks, õiguste intabulatsioon, protokollimine jne. olid vaid kaitsevahendeiks, kus omanik teadis, et teda ei saa kahjustada; aga asjaõiguslik ülekanne põlnud sellest sõltuv: see oli võimalik nii vormivabalt kui ka notariaalselt²³⁰. Teiseks, sissekande tegemine ja sissekanne ise on vastastikuses sõltumuses. Asjaõiguse saamiseks on nad mõlemad nõutavad²³¹.

See, et kinnistusraamatul on avaliku usalduse jõud, tähendab, et kinnistusraamat võib olla ebatäiuslik ja isegi ebaõige. Näiteks on sinna kantud õigused, mis pidid küll tekkima, kuid ei tekkinud, või seal leiduvad õigused, mis on juba kustunud, ja

²²⁸ *Gierke*, *Sachenrecht*, lk. 187.

²²⁹ „*Rechtsschein ist eine solche äusserliche Gestaltung der Verkehrsverhältnisse, welche den Verkehr zum Glauben an eine bestimmte Gestaltung des materiellen Rechtes führt.*“ *Köhler*, *Sachenrecht*, lk. 5.

²³⁰ Nii Preisi ALR I, 10, § 6, 10, 15.

²³¹ Selline intabulatsioonisüsteem on läbi viidud Austria ABGB § 431-s.

vastupidi, seal ei leidu õigusi, mis on kindlasti olemas, kuid mis on jäänud sisse kandmata. Kõigele sellele vaatamata aga kehtib selle suhtes, kes usaldas kinnistusraamatu andmeid ja sellele vastavalt on sooritanud mõne kinnistusraamatulise toimingu, kinnistusraamat kui õige ja täiuslik (positiivselt ja negatiivselt).

Avalikku usaldust võime seega defineerida kui kinnistusraamatule omast, kolmandate heausklikkude isikute kasuks loodud fiktsiooni raamatus märgitud kinnisasjasse puutuvate asjaõiguste õigepärasuse ja täiuslikkuse kohta, nii nende olemasolu, sisu kui ka — mis on meile samuti oluline — esimusastme kohta ²³².

Ses mõttes ongi avaliku usalduse põhimõttel kahesugune toime: 1. negatiivne: mis pole veel sisse kantud ja mis on juba kustutatud, seda pole olemas; 2. positiivne: kõik sissekantud on olemas ja õige ²³³.

Samast seisukohast vaadatuna avaldub avaliku usalduse kaudu ka kinnistusraamatu tähtsaim funktsioon: asjaõigusliku heauskliku õiguskäibe kaitse; sest üldiselt võetuna pole ju kaitsitud ainult 1. seaduslikud muudatused ja 2. obligatsiooni õigused.

Teisest küljest vaadatuna avaldub avaliku usalduse toime järgmiselt: 1. kolmandate isikute kasuks toimunud käsustus on kehtiv, olgugi kinnistusraamatus sissekanne ebaõige; 2. õiguse muutumine sissekande teel kinnistusraamatusse on lõplik ja 3. kinnistusraamatu avalik usaldus legitimeerib õiguse käsustamiseks ka sissekantud mitteomaniku.

Ja just sellepärast, et *publica fides*'e otstarve on põhjendatav käibe huvidega ja viimane määrab ka avaliku usalduse kuju ning piirid, ongi sellest põhimõttest teatavad taganemised paratamatud (nii ei tule see avaliku usalduse põhimõte *mala fides*'e puhul, nagu teada, mitte rakendamisele).

Edasi, et avaliku usalduse põhimõte muudab ebaõige sissekande kinnistusraamatus tõeliseks õiguseks, võib avaliku usalduse printsiip teatavatel juhtudel siiski tuua liiga ränka ebaõiglust

²³² Siit, s. t. esimusastme-põhimõtte seisukohast, tärkab ka vajadus rääkida avalikust usaldusest üldiselt. Vt. J e n n y, op. cit., lk. 4; E n d e m a n n, op. cit., lk. 371.

²³³ Avaliku usalduse põhimõtte kohaselt on kinnistusraamatu sisu heausklikkude kolmandate isikute suhtes mitte üksnes õige, vaid ka täielik. Seepärast kehtibki lause: „Mida pole kinnistusraamatus, seda pole vaja arvestada.“

õigussuhetesse. Et seda vältida, selleks on kinnistusraamatu õiendamise, parandamise instituut olemas.

Kolmandaks, mõnedes seadusandlustes (näiteks Saksa õiguse järgi) on avaliku usalduse põhimõtte rakendatav ainult kinnistusraamatu enda kohta, mitte väljavõtete kohta jne.

Neljandaks, materiaalselt eksisteerivad, aga kustutatud õigused (näiteks võltsdokumendi alusel, eksikombel jne.) ei ole siduvad hilisemale õiguse omandajale.

Ja lõpuks olgu siin veel tähendatud, et süsteemilt on asjaõiguste ring täpsalt piiratud ning suletud; seepärast kehtib ka ainult selles ringis leiduvate asjaõiguslikkude instituutide kohta materiaalne publitsiteedi-põhimõtte; seega on *numerus clausus* avaliku usalduse põhimõtte kaudu seoses heauskliku valduse kaitsega.

Teatava õiguse mõisteline sisu ei suuda igal juhul veel määrata ta tegelikku ulatust ja kaalu: õigused ei olele isoleeritult, vaid esinevad kõrvuti. Eriti on selle poolest raskusi nn. õiguste konkurentsi puhul.

Nii ka siin: ühe ja sama asja suhtes võib olla ühel ajal mitu õigust.

Siin on võimalik nende üheaegsete õiguste konkurentsi probleemi lahendus kahel teel: esiteks võidakse tunnustada need õigused võrdjõulisteks, aga teiseks võib neid nende jõu poolest seada ka teatavas astmelisse järjekorda, millest saame siis esimusastme-põhimõtte²³⁴.

See esimusastme-põhimõtte tuleb kinnistusraamatusse kantavate asjaõiguste puhul sissekande ja avaliku usalduse põhimõtteist, sest nagu väljendab *Endemann*: „Kinnistusraamat annab objektiivselt tagatise, et sissekantud õigus on sellisena, sellises ulatuses ja sellises esimusastmes olemas, kui ta on raamatusse märgitud“²³⁵.

Sissekantud õigus, kui ta omab avaliku usalduse jõudu, peal jõult olema nõrgem kui temast eespool seisev õigus ja tugevam kui temast allpool seisvad sissekanded: tal peab olema kindel va-

²³⁴ Teravaimal kujul esineb esimusastme-põhimõtte eriti pandiõiguses, eriti kinnispandiõiguse alal.

²³⁵ *Endemann*, op. cit., lk. 371.

nus²³⁶,²³⁷. Esimusastme- — prioriteedi-põhimõtte side avalikkuse-põhimõttega materiaalses, aga ka formaalses mõttes on selge: vaatajale asjast huvitatud isikule peab, et sissekandele toetuda, selge olema kinniku koormiste ulatus ning iseloom, aga ka nende esimusastmeline järjekord, sest prioriteedi-põhimõtte kohaselt konkureerivad õigused ekskludeerivad vastastikku üksteist.

Omapäraselt kirjeldab ja iseloomustab Kohler²³⁸ esimusastme-põhimõtte olemust. Et asjaõigused kinnisvaradele seisavad astmeliselt üksteise järel, siis, ütleb Kohler, kerkis probleem: mida teha, kui mõni eespool seisev õigus kustub? Vanema õigusliku arusaamise järgi tekkis siin mingi tühi ruum, kuhu füüsikast võetud analoogia põhjal, nagu mingi *horror vacui* põhimõtte kohaselt, allpool seisvad õigused edasi liikudes sisse tungisid. Siin tekkis Germaani õiguses, nagu nimetab seda Kohler, vastutus „etaažide“ järgi. Selle nn. *Stockwerkstheorie* nimetuse ja olemuse kohta ütleb Kohler, et etaaži mõiste on tekkinud ruumalaliselt; miks aga mitte rakendada teda ka väärtuse vallas. Siin asetseks iga õigus kindlaksmääratud „korral“; kui ta kustub, siis vabaneb etaaž ja omanik võib seda etaaži jälle vabalt käsustada.

Kohler ise aga möönab, et see *Stockwerkssystem* on rakendatav vaid nn. väärtusõiguste suhtes, kuna ta teiste piiratud asjaõiguste jaoks pole kohane²³⁹.

Olgu tähendatud, et prioriteedi-põhimõtte oma olemuses üldse tähendab kõigepealt teatavat eesõigustust ning vajab selleks kinnistusraamatut sõna laiemas mõttes. S. t. ühe asjaõiguse vanus, esimusaste pole just hädavajalikult seotud puht kinnistusraamatuga ja võib seega seda korraldada lihtsalt ürikute järjestamise teel, kas notariaadis või mujal.

²³⁶ „Die Eintragung ist das Mittel für die Bestimmung des Rangverhältnisses zwischen mehreren ein Grundstück belastenden Rechten.“ Gierke, Sachenrecht, lk. 321—322.

²³⁷ On olemas vaade, et vanus on vaid spetsiaalsuse üks avaldustest. Vt. Фрейтагъ-Дорпиговень, Матеріальное право, I, lk. 82.

²³⁸ Kohler, Sachenrecht, lk. 392 jj.

²³⁹ Kohler eelistab seda nimetust — *Stockwerkssystem* nimetusele *Locustheorie*.

Edasinihkumise kohta ütleb Kohler: „Dieses Nachrücken ist für sie von Vorteil, verschiebt aber die Lage des Eigentümers, der von nun an nur solche Grundrechte begründen kann, die hinter allen Nachrückenden in tieferem Range stehen.“ Kohler, Sachenrecht, lk. 392.

Kuid nagu teisedki põhimõtted, saab prioriteet alles täiusliku kinnistusraamatu kaudu igati rahuldavalt täita oma otsest ülesannet.

Vaatleme siis nüüd, mis on asjaõiguslik esimusaste ja milles ning kuidas ta asjaõigustes avaldub. Ei ole kahtlust, et siin on esimusastmel oluline tähendus²⁴⁰.

Satuvad näiteks mitu õigust sama asja kohta kokku ja ei piisa asjast või tema väärtusest kõikide õiguste rahuldamiseks, siis siin ei kohaldata — nagu võla puhul — konkursilaadilist, ühele astmele rajatud proportsionaalset õigustatud isikute rahuldamist.

See pole juba seepärast võimalik, et iga hilisem koormis võib põhimõtteliselt tekkida vaid varemaid koormisi kahjustamata. Need varemtekinud asjaõiguslikud koormised osutuvad kollisiooni puhul hilisemaist tugevamaiks: nad käivad just oma varema tekkimise tõttu esimusastmelt ees.

Esimusastme olemuse kohta on mitmeid erinevaid teooriaid. Tuleb arvata, et esimusaste pole iseseisev õigus²⁴¹, ka mitte lisaõigus või antud konkureeriva õiguse alatine sisu, vaid siin on tegemist teatava õiguse sisemise omadusega²⁴². See on vaid suhe, milles on üks õigus teisega²⁴³.

²⁴⁰ Vt. C. Predari, Rangordnung der dinglichen Rechte. Rangänderung. Rangvorbehalt. Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes. Hrsgb. von F. Schlegelberger. Bd. V. Berlin, 1936, lk. 700, 714.

A. Nussbaum, Lehrbuch des Deutschen Hypothekenwesens. Tübingen, 1921, lk. 25.

²⁴¹ Ka obligatsioonioiguslik eelisõigus pole iseseisev õigus. Nii ütleb selle kohta Jaeger, käsitledes üldse esimusastme probleemi: „Das Konkursvorrecht bildet nicht ein besonderes, neben der Forderung stehendes, wenn auch von ihr abhängiges Recht, wie solche aus Pfand- und Bürgenhaftung erwachsen. Es ist vielmehr eine der Forderung selbst innewohnende Kraft, eine auf ihrem Rechtsgrunde beruhende Wirksamkeit.“ E. Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen. Bd. II. Berlin-Leipzig, 1933, § 61, Anm. 11, lk. 171.

²⁴² Wolff ütleb esimusastme kohta: „Der Rang ist nichts als das Verhältnis, in dem dieses Recht zu anderen Rechten steht. Der Rang ist kein Recht, der Vorrang erzeugt aber Rechte, Vorzugsrechte zumal bei der Zwangsvollstreckung. Diese Rechte, die man als „Rangrecht“ zusammenfassen darf, sind nicht selbständige, neben dem Liegenschaftsrecht stehende Rechte, sondern Teile seines Inhalts.“ Wolff, op. cit., lk. 120.

²⁴³ Selles mõttes defineerib esimusastet ka Breit: „Rang bedeutet

Et esimusaste aitab korraldada õiguste konkurentsi asjaõiguste puhul, lahendades seda konkurentsi aga ainult samaladiliste õiguste vahel, siis pole õiguste konkurent ja esimusaste mitte üks ja sama mõiste. Veel enam, esimusaste pole õigusele — ei obligatsiooni- ega asjaõigusele — paratamatult kaasa sündinud, vaid tuleb ilmsiks alles õiguse kollisiooni puhul teisega. Ja siis annabki ta õigusele ta õige väärtuse.

Esimusastme-põhimõtte rakendamist võib asjaõiguste puhul tähele panna kahel erineval juhul: esimussuhe on 1. võimalik eriliiki asjaõiguste puhul (näiteks ühe ja sama asja suhtes maasunnis ja pandiõigus), 2. ta on aga sagedam ja seega praktiliselt olulisema tähendusega just sama liiki asjaõiguste puhul (näiteks mitu pandiõigust ühele ja samale asjale).

Mitme omandiõiguse puhul ei tule esimusastme-põhimõtte üldse kõne alla. Nendevahelise suhte määrab omandiõigusele omane eksklusiivsuse-printsiip: omandiõigused on iseseisvad ja võrdsed. Et omandiõigus ise ei oma mingisugust esimusastet, siis piiratud asjaõigused, tuletatutena temast, kitsendavad teda ja käivad seepärast alati temast ees, s. t. et prioriteedi-põhimõtte väljendusena on piiratud asjaõigused, konkureerides omandiga, viimasest tugevamad. See on oluline, nagu näeme allpool, ka piiratud asjaõiguste omale asjale olemuse selgitamise katseis.

Vaadeldes esimusastme liigituse küsimust, tuleb vahet teha absoluutse ja relatiivse esimusastme vahel. Absoluutne esimusaste tähendab seda, et iga eelnev õigus on tugevam kõigist temale järgnevatest õigustest. Relatiivse esimusastme puhul on aga võimalik, et esimese koha õigus (näiteks hüpoteek) on küll tugevam teisel kohal asuvast õigusest, see teise koha õigus jälle on tugevam kolmandal kohal olevast õigusest, kuid see kolmanda koha õigus ise on tugevam esimesest ²⁴⁴.

... die Stufe der Anwartschaft auf Erfüllung zwecks Vermeidung der Konkurrenz mehrerer Rechte bei ihrer Verwirklichung.“ Ja „... allgemein (ist) der Rang — sei es dinglicher oder obligatorischer Rechte — zu bezeichnen als eine dem dinglichen oder obligatorischen Recht für den Fall der Konkurrenz mit einem gleichartigen Rechte verliehene Stärke, vermögen deren bei der Verwirklichung das eine Recht entweder zurückgedrängt wird (Vor- und Nachrang) oder sich beide anteilige Beschränkung gefallen lassen müssen (Gleichrang).“ M. B r e i t, Der Grundbuchs Rang und seine Probleme. Berlin, 1928, lk. 4 ja 6.

²⁴⁴ Vt. lähemalt B r e i t, op. cit., lk. 31.

Tuleb veel märkida, et ei tohi samastada termineid „(esimusastme-) koht“ — Rangstelle ehk lihtsalt Stelle, ja „esimustaaste“ — Rang, olgugi et neid termineid väga sageli nii seadustes kui ka vastavas kirjanduses vahet tegemata tarvitatakse. Vahe nende vahel seisab selles, et esimustaaste on üldine põhimõtteline mõiste, esimusastme-koht ehk koht näitab aga, mitu õigustkoormavat ühikut majanduslikus mõttes tegelikult eelnevad teatavatele õigustele ²⁴⁵.

Olgugi et esimusastme-põhimõte kehtib asjaõiguses nii valdas- kui ka kinnisvarade suhtes, on meile erilise tähendusega siiski esimusastme probleem just kinnisvarade režiimis. Maades, kus on olemas enam-vähem täiuslik kinnistusraamat (Saksa, Šveitsi, Austria, Eesti, Läti, Taani), on kinnistusraamatul peale muu määrav tähendus ka asjaõiguste esimusastme küsimuses ²⁴⁶.

Aga ka nn. transkriptsiooni- ja inskriptsioonisüsteemi riikides (Prantsuse õigus oma mõjupiirkonnaga) on inskriptsiooni-registril, kui vaid ürikute kogul, esimusastme määramisel otsustav tähendus. Olgugi et vastav õigus ise tekib poolte vahel palja kokkuleppega, on selle õiguse toime kolmandate isikute suhtes sõltuv sissekandest — inskriptsioonist. Seda enam, et ka transkriptsiooni- ja inskriptsioonisüsteemi maad tunnevad üldreeglina vähemal või suuremal määral sissekande-sundust.

Ei vaja erilist põhjendamist, et Torrensi süsteemis on esimusastmel oluline tähendus.

Nii kinnistusraamatu (s. o. *Grundbuchsystem* selle täpsas tähenduses) ja hüpoteegisüsteemi, samuti transkriptsiooni ja inskriptsiooni kui ka Torrensi süsteemi puhul on esimusastme määramisel seega just sissekande mõistel omakorda mõõtuandev osa.

Sissekanded toimuvad ruumilt ja ajalt üksteise järele. Seepärast võib ka esimusastme määramisel käia kahesuguse põhimõtte järgi: 1. Ajaline esimustaaste on rajatud põhimõttele: *prior tempore, potior jure*, 2. ruumiline esimustaaste — põhimõttele: *prior loco, potior jure*. Esimest — aja-

²⁴⁵ Breit, op. cit., lk. 46 jj.

²⁴⁶ Ka Inglise õiguses on esimusastme-põhimõte olemas ja, nagu nägime, oleneb ta sissekande ajalisest järjekorrast, mitte lepingu sõlmimise daatumist. Ka tunneb Inglise õigus edasinihkumise võimalust. Curti, op. cit., lk. 128.

lise esimusastme põhimõtet nimetatakse, nagu teada, ka vanusepõhimõtteks, sest siin on tegemist vanuseastmega. Seadusandlustes võivad need põhimõtted ka koostatult rakendatud olla. Nii näiteks ongi Saksa õiguses kohaldatud mõlemaid printsiipe: kinnistusraamatu samas osas on aluseks ruumiline järjekord (*Locusprinzip*), erinevates raamatu osades aga määrab esimusastme ajaline järjekord (BGB § 879).

Samas osas on sissekanded rajatud Saksa õiguse järgi *locus*-põhimõttele isegi siis, kui sissekanded pole varustatud daatumiga; veel enam, ka siis, kui ruumilt eespool seisval sissekandel on hilisem daatum kui järelseisval ²⁴⁷.

Teised seadusandlused käivad enamikus ajalise järjekorra põhimõtte järgi.

Nii Austria õigus ²⁴⁸ (Grundbuchgesetz § 4). Samuti Šveitsi õigus (ZGB art. 972, I: „Die dinglichen Rechte entstehen und erhalten ihren Rang und ihr Datum durch die Eintragung in das Hauptbuch“) ²⁴⁹.

Šveitsi õiguses on asjaõiguste prioriteedi küsimus kujundatud pisut erinevalt, sest ZGB on omaks võtnud nn. kindlate kinnistusraamatu kohtade põhimõtte.

Mis puutub sissekantavatele asjaõigustele esimusastme andmisse kinnistamise menetluses, siis tuleb tähendada, et sissekannetele daatumi andmisel on olulise tähendusega sissekande sooviva avalduse, s. t. kinnistusetootluse esitamise aeg. Kinnistusraamatu ametnik ise ei saa vabalt, suva järgi määrata sissekannete järjekorda, vaid see sõltub sooviva avalduse sissetuleku momendist. Niisiis on ikkagi vanuseprintsip mõõtuandev. Selle momendi täpne fikseerimine on seega eriti vajalik ja seadusandlustes ka ette nähtud.

Pidades sooviva avalduse esitamist sissekande tegelikuks aluseks, erinevad üksikud seadusandlused siiski sellele sooviva avalduse daatumile otsustava tähenduse andmisel kinnistusraamatus endas.

²⁴⁷ Vt. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Bd. III. Sachenrecht. Berlin-Leipzig, 1929, lk. 76.

²⁴⁸ „Deshalb trägt jede Eintragung an der Spitze die Angabe des Datums und der Zahl des zugrunde liegenden Gesuches. Die Zahl entscheidet über den Rang.“ Ehrenzweig, op. cit., lk. 123.

²⁴⁹ Gmür, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. IV. Sachenrecht. III Abt. Erl. von F. Ostertag. Bern, 1917, lk. 283 jj.

Mõõtuandev on, mis esineb lähtekohana. Nii erinevad selle poolest näiteks ka Saksa ja Šveitsi õigus. Näeme: Saksa BGB, GBO lähtuvad esimusastme määramisel nn. *locus*-süsteemist (BGB § 879), aga Šveitsi õiguses (ZGB art. 972) on aluseks nn. daatumsüsteem.

Nimelt selle viimasena mainitud ZGB art. 972 järgi on just sooviavalduse aeg kinnistusraamatus esimusastme määramisel mõõtuandev: kuigi selle sooviavalduse alusel sissekanne ise on hiljemini toimunud, on asjaõiguse esimusaste määratud ikkagi sooviavalduse esitamise ajaga, kusjuures seega asjaõiguse omandamine toimub tagasiulatuva jõuga sellest sooviavalduse esitamise momendist ja mitte sissekande tegemise ajast ²⁵⁰.

Ka A u s t r i a õ i g u s e järgi algab sissekande õigustoime mitte alles sissekande kirjutamisega kinnistuspearaamatusse, vaid sooviavalduse esitamise momendist (ABGB § 440), tingimusel, et sooviavaldus rahuldati ja selle alusel toimus hiljemini tegelikult ka sissekanne. Seega on omanikuna sissekantud isik asjaõigusliku jõuga omanik juba avaldise esitamisest alates. Ja sissekannete järjekord peab vastama sooviavalduste ajalisele esitamise järjekorrale. Iga sissekanne omab enda alguses sooviavalduse daatumit ja järjekorranumbrit. Ning just viimane, järjekorranumber, on sissekantud õiguste esimusastme puhul otsustava tähendusega.

S a k s a kinnistusraamatulise esimusastme puhul näeme: 1. samas kinnistusraamatu osas olevate õiguste esimusastme määrab sissekandmise aja järjekord (mitte sissekande juures olev daatum); 2. erinevates kinnistusraamatu osades leiduvad õigused aga omavad esimusastet daatumiga, mida nad kannavad; 3. mittesissekantud õigused (s. t. õigused, mis sissekannet ei vaja) omavad esimusastet tekkimisaja alusel.

Seega on Saksa õiguses sissekande daatumil prioriteedi puhul määrav tähendus, kusjuures selle daatumi määrab GBO § 45, mille järgi kantakse sissekanne kinnistusraamatusse tema tegemise päeva daatumiga.

Ka P r a n t s u s e õ i g u s e järgi on ajaline järjekord mõõtuandev. Code civil'i art. 2147 ütleb: „Tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de

²⁵⁰ G m ü r, Kommentar, IV, 3, lk. 283 jj.

la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand cette différence serait marquée par le conservateur." Seega on küllaldane kindlaks teha daatum, millal hüpoteegiürik sattus ametniku kätte, ja see määrabki hüpoteegi esimusastme.

Samuti ka Rootsi õiguses määrab hüpoteegi esimusastme ajaline põhimõte, kusjuures otsustav on sissekandetaotluse esitamise päev (Handels Balk, Kap. 17, § 9).

Erilise probleemi moodustab täiesti ühel ajal esitatud soovi avalduste, kinnistusetootluste alusel asjaõigustele kinnistusraamatulise esimusastme andmise küsimus. Nagu Code civil (art 2147), annavad ka teised seadusandlused seesugusel juhul sissekannetele võrdse esimusastme²⁵¹. Nad kannavad küll erinevaid järjekorranumbreid, aga nende üheaegsus on kinnistusraamatus erilisel määrgitud. (Siin on võimalik teatav kinnistusastutise enda poolt lahendamatu seisukord. Näiteks on üheaegselt sisse kantud kolm iseseisvat ostjat-omanikku. Jääb ainuke võimalik tee: kui kokkuleppe teel lahendust ei saavutata, kes neist on omanik, siis otsustab küsimuse kohus²⁵².)

Mis puutub asjaõiguste kinnistusraamatulise esimusastmetsse, eriti üheaegselt esitatud kinnistusetootluste alusel meil kehtivas õiguses, siis näeme kõigepealt, et BES-s määrab hüpoteekide vanuse § 1351. („...Die Priorität der Hypotheken richtet sich nach dem Zeitpunkt ihrer Eintragung in die öffentlichen (Krepost-) Bücher...“). Seega on meil asjaõiguste tekkimise ja vanuse tekkimise momendid samad, identsed²⁵³.

Notariaalseadustiku alusel tuleb esiteks asjaõiguse tekkimise kui ka vanuse määramise momendiks lugeda kinnistamise kohta määruse tegemise päeva; teiseks, erinevatel päevadel kinnistamiseks esitatud, aga ühel ja samal päeval määrusega kinnistatud

²⁵¹ BGB § 879.

Šveitsi õiguse kohta vt. G m ü r, Kommentar, IV, 3, lk. 285.

²⁵² Selles mõttes tehakse vahet formaalse ja materiaalse esimusastme vahel. Formaalse esimusastmega on meil tegemist, kui õigused kinnistatakse kinnistusetootluste esitamise järjekorras ja alusel. Materiaalse prioriteediga on meil aga tegemist, kui ühevanuste kinnistusetootluste puhul üks õigus, rajatuna kohtumäärusele resp. otsusele, kantakse eesõigustatuna kinnistusraamatusse teiste ette.

²⁵³ Vanuse kohta ka enne kohtureformi a. 1889 vt. Баумковъ, op. cit., lk. 150 jj.

aktidest antakse vanemus varemesitatule; kolmandaks, ühel päeval sissetulnud ja ühel ajal määrusega kinnistatud aktid loetakse üheaegseiks (Not. seadustik § 348—349).

Meie 1936. a. tsiviilseadustiku eelnõu järgi käsitlevad esimusastet erilisi kommentaare vajamata § 879 ja 880. Nimelt ütleb § 879: „Asjaõigused tekivad ja saavad oma järje ning kuupäeva kinnistusraamatusse kandmisega. Nende jõud algab päevikusse sissekande ajast eeldusel, et seaduslikud tõendused on teadaandele juurde lisatud.“

Ja § 880 lisab juurde:

„Sissekanded kinnistusraamatusse toimuvad selles järjekorras, milles teadaanded saabuvad või avaldused kinnistusjaoskonna vastava ametniku juures alla kirjutatakse. Posti kaudu ühel ning samal päeval saadud teadaanded ja kinnistusjaoskonna vastava ametniku juures ühel ning samal päeval allakirjutatud avaldused loetakse toimunuiks üheaegselt.“

Peale nende üldiste asjaõiguste kinnistusraamatulise esimusastme põhimõtete on selles küsimuses ja nimelt otseses seoses kinnistusraamatuga endaga veel teatavad nende üldiste põhimõtete korrektiivid.

Selleks on nimelt kaks instituuti: 1. esimusastme muutmine hiljemini (Rangänderung) ja 2. esimusastme reserveerimine (Rangvorbehalt).

Esimusastme muutmisel antakse hilisemale õigusele varemini sissekantud õiguste ees esimusastmelt eesõigus. Selleks on vajalik kokkulepe kõikide sissekantud õiguste subjektide vahel.

Esimusastme reserveerimine võimaldab omanikule juba enne asjaõiguste tekkimist mõne tulevase õiguse jaoks vastav koht vabaks jätta.

Siin olgu märgitud, et Šveitsi õiguse jaoks on esimusastme reserveerimine ülearune, sest kindlate kinnistusraamatu kohtade süsteem täidab sama ülesannet.

See absoluutse prioriteedi põhimõte (*Locustheorie, Werttheorie, Prinzip der festen Priorität* ehk, nagu teda nimetab Kohler, „Stockwerksystem“, kus näit. iga hüpoteegi objektiks on erinev osa ühest ja samast kinnikust) ühes tühjade kohtade küsimusega on Šveitsi õiguses tekitanud arusaamatusi. Selline tühi õigus, mis

vajab täitmist, on, nagu ütleb K o h l e r ²⁵⁴, majanduslik ja õiguslik arusaamatus. Küsitakse, kas omanik on kohustatud seda tühja kohta täitma, kas kinniku võõrandamise korral on uus omanik õigustatud tühja kohta täitma või kuulub see õigus endisele omanikule. Neid arusaamatusi väldib Saksa BGB, seal ei teki tühje kohti, vaid omanik saab endale positiivse õiguse omale asjale.

Tagasi tulles kinnistusraamatulise esimusastme korrektiivide juurde, kus esimusastme muutmine on mõeldav niisiis olemasolevate sissekantud õiguste teissuguse prioriteedi määramiseks, kui see algul oli, ja esimusastme reserveerimine on rakendatav tulevas-tele õigustele järjekorra andmisel, vaatleme lühidalt neid institute tähtsamates seadusandlustes.

Esimusastme muutmine (*nachträgliche Rangänderung*) on Saksa õiguses väljendatud BGB § 880-das ja esimusastme reserveerimine (Rangvorbehalt) BGB § 881-s ²⁵⁵.

Ka meie tsiviilseadustiku eelnõus on need mõlemad institutid olemas. Eelnõu § 881 ütleb:

„Järjevahekorda võib hiljem muuta. Järje muutmiseks on nõutav kokkulepe tagasiastuvate ning etteastuvate kinnistusraamatust nähtuvate õigustatud isikute vahel ja muutuse sissekanne kinnistusraamatusse.“

Esimusastme reserveerimise leiame eelnõu § 882-s: „Omanik võib kinnisasja koormamisel mõne õigusega jätta endale eelisõiguse lasta mõnd teist ulatuselt kindlaksmääratud õigust sisse kanda selle koormava õiguse ette. Eelisõigus vajab sissekannet kinnistusraamatusse selle õiguse juurde, mis peab tagasi astuma.“

Transkriptsiooni- ja inskriptsioonisüsteemi maad tunnevad ka esimusastme reserveerimist (*Clause d'antériorité ou de concurrence*). Selles nähakse lepingut tundmatu kolmanda isiku kasuks ja isegi kui teatavat omanikuhüpoteegi (*hypothèque sur soi-même*) asendit (*Ersatz*), sest võlastaja loobumine temale kuuluvast paremast kohast võimaliku tulevase kreditori heaks kujutab endast teataval määral ju hüpoteegi loomist omaniku-võlgniku jaoks. Vajalik on, et sellise hüpoteegi koha reserveerimisel ära

²⁵⁴ K o h l e r, Sachenrecht, lk. 393.

²⁵⁵ Ka Rootsi õiguse järgi võidakse esimusastet muuta, kas omaniku palvel või tema nõusolekul. Muutmine toimub nn. kinnistuskohatuniku poolt. Vt. Carlson, op cit., lk. 191.

tähendatud oleksid hüpoteegi suurus ja asjaolu, et see tulevane hüpoteek on teiste suhtes eesõigustatud ²⁵⁶.

Lõpuks olgu veel tähendatud, et peale esimusastme muutmise ja koha reserveerimise võime veel vahet teha esimusastme paremaks muutmise ja halvendamise vahel. Esimusastme paremaks muutmisega on meil tegemist siis, kui väheneb antud õigusele eelneva või eelnevate õiguste ulatus, ja halvenemisega, kui eelneva resp. eelnevate õiguste ulatus suureneb. Et siin pole tegemist esimusastme koha muutmisega, nähtub sellest, et esimusastme koha muutumisel muudab vastav õigus oma esimusastmelist suhet teiste õigustega terves ulatuses, siin aga on muutumine osaline.

Kokku võttes ja hinnates võime öelda: põhimõte, et samale kinnikule sissekantud asjaõigused ei ole astmelt mitte võrdsed, vaid on korraldatud astmeliselt vastavalt prioriteedile, on — nagu väidab Nussbaum — üks Saksa, aga ka üldse moodsa kinnisvaraõiguse alussammastest ²⁵⁷. Selle põhimõtte väärtus seisab selles, et seda, kes kinniku suhtes mõne õiguse omandab, ei tohi hilisemate sissekannetega halvemasse õigusseisundisse asetada. Kinnistusraamatuline prioriteedi-põhimõte kõrvaldab siin enam-vähem kõik ebaselgused, ja see on, vähemalt iga reaalkrediidi puhul, n.-ö. närviks. Hüpoteekide puhul avaldub esimusastme põhimõtte esiteks laenu kergemas saamises, teiseks %% ulatuses. Seega oleks edasinihkumine õieti allpool seisvate hüpoteekaaride aluseta rikastumine.

Aga nagu nägime, kehtib prioriteedi-põhimõte mitte üksnes hüpoteekide suhtes, vaid kõigi eraõiguslike kinniku koormiste kohta ²⁵⁸. Ilmne on näit. prioriteedi tähtsus rahas sammatava maasunnise ja hüpoteegi puhul. Samuti on esimusastmeline suhe vilikasustuse ja hüpoteegi vahel olulise tähendusega, sest pandikreeditori ees vastutavad ju ka kinnisvara sissetulekud. Eriti nähtub esimusastme toime panditud kinniku sundmüügi korral:

²⁵⁶ M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*. Tome XII (par E. Bequé). Paris, 1929, lk. 334.

²⁵⁷ Nussbaum, *op. cit.*, lk. 25.

²⁵⁸ Kuid mitte alati pole sissekantud esimusastmel avaliku usalduse jõudu. Nimelt ei tarvitse seaduslikud esimusastme suhted seista, nagu see on Saksa õiguses, avaliku usalduse kaitse all. Nad on, kuigi pole neid vaja kinnistusraamatusse sisse kanda, ikkagi kehtivad. Vt. lähemalt Breit, *op. cit.*, lk. 107—108.

siin tarvitseb ostja — uus omanik tunnustada vaid neid õigusi, mis on sundmüüki taotlevale isikule kuuluvast õigusest vanemad, sest kõik hilisemad õigused kustuvad sundmüügiga.

Et aga prioriteedi-põhimõtte konsekventne rakendamine on seadusandlustes raskendatud, näemegi, et sellest põhimõttest on seadusandlustes tehtud teatavaid erandeid; neid leidub nii materiaalses kui ka protsessuaalses õiguses (nii näit. annab BGB nn. hädasteile (*Notwege*), samuti üleehitusele eesõiguse varemalt sissekantud asjaõiguslikkude kinniku koormiste suhtes. Protsessiõiguses on samuti terve rida eesõigustatud kohustusi) ²⁵⁹.

Lõpuks, kui vaadelda esimusastme probleemi veel sellest seisukohast, kas nn. liikuv (Rooma õigus) või liikumatu esimusastmeline kord on otstarbekohasem, tuleb arvata, et moodsates seadustes (näit. BGB ja ZGB) tavaliselt esinev kompromiss, kus kinnikute jaoks on kehtiv pool — liikumatu esimusaste, vallasvarade jaoks aga — liikuv esimusaste, on praktilise seisukohast rohkem õigustatud kui iga teine võimalus puhtal kujul.

Kui nüüd resümeerides vaadelda kinnistusraamatut, eriti käesoleva teema seisukohast tema kolme tähtsat printsiipi: sissekande-, avaliku usalduse ja peamiselt prioriteedi-põhimõtet, siis võime konstateerida:

Sissekanne ja prioriteet on loogiliselt seotud, samuti avaliku usalduse ja prioriteedi-põhimõte. Sissekanne on vahendiks, et määrata mitme, ühte ja sama kinnikut koormava õiguse esimusastmelist suhet.

Ja oletus, et kellegi kasuks sissekantud õigus — olgu see siis omandiõigus või mõni piiratud asjaõigus — loetakse sellele isikule kuuluvaks, vastupidi, kui selline õigus on kinnistusraamatust kustutatud, presumtsioon, et see vastavale isikule enam ei kuulu, need mõlemad oletused kui alus prioriteedi-põhimõttele, — kõik see on ühtlasi suurimal määral võimalikuks teinud ka piiratud asjaõiguste omale asjale kategooria.

Vaade, et piiratud asjaõigus paratamata kustub kokkumise puhul, on seletatav suurel määral Rooma õiguse immobiliaarõiguse mitterahuldava süsteemiga. Seal *confusio* puhul kustunud piiratud asjaõigus ei jätanud mingit nähtavat jälge õiguskäibesse, s. t. teda polnud olemas ka objektiivsest vaatekohast. Kinnistusraa-

²⁵⁹ Nussbaum, op. cit., lk. 27.

mat võimaldab aga siin sellise õiguse edasikestmist, sest ka peale kokkumist on võimalik õiguse olemasolu näha vastavast kinnistusraamatust. Ja see asjaolu — kinnistusraamatu puudumine — avaldas Freytag-Loringhoven'i arvates Rooma õiguses, tema õpetuses *confusio* puhul, rohkem mõju kui puhtloogilised kaalutlused, nagu õiguslaused: „*res sua nemini servit*“²⁶⁰ jt. See germaaniõigusliku päritoluga õigussäte, et kokkumise puhul ei tarvitse asjaõigus võõrale kinnikule kustuda, võimaldab kinnistusraamatu abil seda, et igasugune piiratud asjaõigus, olles objektiivsest seisukohast iseseisva kuju võtnud, võib ka oma asja suhtes esineda. Ja me näeme, et mida täiuslikum on kinnistusraamat, seda kaugemale ulatub piiratud asjaõiguste omale asjale tunnustamine.

²⁶⁰ Фрейтагъ Лоринговенъ, Матеріальное право, I, lk. 130.

PEATÜKK IV.

Asjaõiguste süsteem ja piiratud asjaõigused omale asjale selles süsteemis.

Õiguse üldine liigitus isiku- ja varaõiguseks. — Varaõiguste liigitus: asjaõigused ja obligatsioonõigus ning nende vahel vahetegevuse probleemist üldse. — Asja- ja obligatsioonõiguse vahe vanas Rooma, vanas Germaani ja Inglise õiguses. — Asjaõiguste üldine iseloomustus. Asjaõiguste üksikuid tunnuseid. Eriti asjaõigustes kehtiv *numerus clausus*'e põhimõte.

Asjaõiguste süstemaatika: Asjaõiguste liigitus provisorseteks ja definitiivseteks. — Asjaõiguste liigitus objekti kuuluvuse järgi. — Asjaõiguste liigitus õigustuste ulatuse (mahu) järgi. — Sinaiski poolt loodud asjaõiguste-süsteem. — Asjaõiguste-süsteemi seadusandlustes. — Omandiõiguse ja piiratud asjaõiguste suhe asjaõiguste süstematiseerimise seisukohast. — Piiratud asjaõiguste klassifikatsioone: Piiratud asjaõiguste liigitus iseseisvateks ja asjaõiguslikku laadi isikuõiguslikkudeks õigussuheteks. — Piiratud asjaõiguste liigitus sisu ja ulatuse alusel. Piiratud asjaõiguste liigitus subjekti alusel. Piiratud asjaõiguste liigitus objekti kuuluvuse alusel. — Asjaõiguste jaotus substantis- ja väärtusõigusteks. — Eriti väärtusõiguste probleem, nende olemus (Kohler) ja liigitus. — Õpetus nn. omaldamisõigusest. — Kokkuvõtted.

Kõik õigus on jagatav isikuõigusteks ja varaõigusteks. Isikuõigus korraldab isiku seisundit ja tema eluliste huvide sfääri. Varaõigus reguleerib isiku suhteid väljaspool teda olevate eluliste hüvedega ²⁶¹.

²⁶¹ Gierke jaotab õigusi objekti alusel:

1. Rechte an der eignen Person (Persönlichkeitsrechte).
2. Rechte an Sachen (Sachenrechte, dingliche Rechte).
3. Rechte an anderen Personen (persönliche Rechte im objektiven Sinn des Wortes).

Viimased omakorda jagunevad:

- a) Rechte auf eine Handlung (Obligationenrechte).
- b) Rechte an fremder Persönlichkeit (Personenrechte).

Varaõigusel on kaks ülesannet täita: ühiskonna huvides esiteks kõiki võrdselt kaitset väärivaid varaõiguslikke huvisid võrdsel viisil kaitsta ja teiseks varade käibe, kuivõrd ta vajab soodustamist õiguse poolt, seda soodustust pakkuda ²⁶².

See varaõigus jaguneb omakorda kahte pearühma: ühelt poolt asjaõigus ja teiselt poolt obligatsiooniõigus. Üldiselt võetuna ei ole vahe asjaõiguste ja obligatsiooniõiguse vahel, nagu väidab ka Grimm, mitte absoluutset laadi, vaid on ainult suhteline. „Ta pole,“ ütleb Grimm, tarvitades Gierke väljendust, „loogiline, vaid ajalooline kategooria“ ²⁶³.

Kuid praegusaja õiguses peame seda vahet siiski tunnustama, ja üldiselt peetaksegi asjaõigust absoluutseks ja obligatsiooniõigust relatiivseks õiguseks ²⁶⁴. Ja see vahe asjaõiguste kui absoluutsete ja obligatsiooniõiguse kui relatiivse õiguse vahel seisab nende kaitstes kolmandate isikute vastu. Esimest kaitstakse kõikide vastu, teisi ainult *inter partes*.

Ka Bonfante ütleb, et *actio in rem* näib olevat olemuslikuks ja purustamatuks iseloomustuseks asjaõigusele. Andes obligatsiooniõiguslikule suhtele *actio in rem*, muudame ta asjaõigu-

c) Rechte einer Verbandsperson an ihren Gliedpersonen und der Gliedpersonen an ihrer Verbandsperson (innere Körperschaftsrechte).

d) Rechte am Rückstande einer weggefallenen Person (Nachlassrechte).

Teiseks jaotab Gierke õigusi subjekti määratavuse alusel: 1. õigused, kus subjekt on vahetult määratud, 2. õigused, kus subjekt on mittevahetult määratud, ja 3. õigused määramatu subjektiga. O. Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. I. Allgemeiner Teil und Personenrecht. Leipzig, 1895, lk. 260—264.

²⁶² G. A. Meumann, Prolegomena zu einem System des Vermögensrechts. Abt. I. Breslau, 1903, lk. 73.

²⁶³ Д. Гриммъ, Проблема вещныхъ и личныхъ правъ въ древне-римскомъ правѣ. Труды русскихъ ученыхъ за-границей. Томъ I. Берлинъ, 1922, lk. 25.

Asja- ja obligatsiooniõiguse vahetegemise suhtelist iseloomu tunnustab näiteks ka Kohler. Vt. J. Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, Teil 1: Schuldrecht. Berlin, 1906, lk. 2.

²⁶⁴ Nii ütleb näiteks Gierke: „Als Sachenrecht oder dingliches Recht bezeichnen wir jedes Recht, das seinem Subjekt die Herrschaft über einen als Sache ausgeschiedenen Bestandteil der äusseren Güterwelt Jedermann gegenüber verschafft. Alle Sachenrechte sind absolute Rechte, und alle sind Vermögensrechte.“ Gierke, Sachenrecht, lk. 1.

seks. *Actio in rem* teeb vastava õiguse sõltumatuks isikust ja isiklikust suhtest ²⁶⁵.

Siiski tähendab G r i m m siin korrektiivina, et see vahetegemine õigusekaitse alusel osutub tihti puudulikuks ²⁶⁶: on juhtumeid, kus asjaõigus ei leia kaitset kõikide vastu (*Hand wahre Hand*). Teiselt poolt esineb obligatsiooniõigusi, mis on kaitstud mitte üksnes *inter partes*, vaid ka teiste, kolmandate isikute vastu (*jus ad rem, actio Pauliana*). Seepärast soovitab G r i m m vahetegemiseks asja- ja obligatsiooniõiguse vahel definitsiooni, mille järgi on asjaõigused sellised õigused, mis evivad presumtiivset kaitset kõikide vastu, obligatsiooniõigused sellised, mis saavad presumtiivset kaitset *inter partes*. Ja selle korrektiiviga tulebki küsimus lahendatuks lugeda. Kuid seda ainult üldiselt ja peamiselt praegusaja õiguse seisukohast.

Mis puutub vahetegemisse asjaõiguste ja obligatsiooniõiguse vahel ajalooliselt ja esiteks R o o m a õ i g u s e s, siis, nagu väidab M i t t e i s ²⁶⁷, oli Rooma juristidele võõras praegu tuntud subjektiivsete õiguste rühmitamine sisu järgi. Tehes vahet õigusekandjate ja objektide vahel (*res ja personae*) ei seo nad sellega eraõiguste erinevusi sisu alusel. Teatav süstemaatika muidugi on — väidab M i t t e i s edasi —, aga ta ei esine kuskil klassifikatsiooni algatusena. Teatavad vähemrahuldavad ja tähtsusetud jaotused kuuluvad pealegi pealeklassikalisse Rooma õigusesse. Ning süstemaatiline rühmitus on rajatud mitte niipalju juriidilisele kui majanduslikule vaatekohale. Kokku võttes leiab M i t t e i s, et „on vaid üks ala, kus teravalt ilmneb vahetegemine õiguste vahel, s. o. protsess“.

Asjaõigused võisid vanas Roomas G r i m m i ²⁶⁸ järgi olla: 1 omand, kui 1. täielik, teistele isikutele kuuluvate vastuõigustega piiramatu omand (teovõimsale *pater familias*'ele kuuluv omand); 2. *nudum jus*, puht-oodatav omand (*sui heredes* omand *pater fa-*

²⁶⁵ Bonfante, Corso, III, lk. 4—5.

²⁶⁶ Г р и м м ъ, Проблема. I, lk. 26.

²⁶⁷ L. Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. Bd. I. Leipzig, 1908, lk. 86.

²⁶⁸ Д. Г р и м м ъ, Проблема вещных и личных правъ въ древнеримскомъ правѣ. Труды русскихъ ученыхъ за-границей. Томъ II. Берлинъ, 1923, lk. 63.

*nili*as'e eluajal); 3. reaalsete vastuõigustega piiratud omand (fidutsiaari ja fidutsiendi suhted); II *jura in re aliena*.

Bonfante ütleb varanduslikkude õiguste liigitamise kohta asja- ja obligatsiooniõiguseks järgmist: „Nel campo dei diritti privati di carattere patrimoniale la tradizione distingue due grandi categorie di diritti, i quali (secondo vedute che, a nostro avviso, sono al giorno d'oggi più che mai fallaci) s'intendono anche nella moderna dottrina, esaurirne pienamente il contenuto; da un lato si hanno i diritti reali, dall'altro i diritti personali o d'obbligazione, i crediti (*obligationes*).“

Mis puutub vahetegemisse Rooma õiguses, siis seal oli isiklike õiguste jaoks olemas üldine *terminus technicus*, kuid allikate põhjal ei saa sellise oskussõna olemasolu asjaõiguste jaoks mitte selgelt konstateerida. Bonfante ei nõustu traditsioonilise seletusega, et oskussõna puudumine on tingitud asjaolust, et roomlased ei teinud täpsat vahet omandi kui seesuguse ja tema objekti vahel. Vaade, et roomlased terminiga *res* tähendasid omandit ja *jus in re* tähendas õigust võõrale asjale, ei leia Bonfante poolt toetust. Ta väidab, et väga tähelepanelik Rooma õiguse allikate tekstide uurimine näitab, et termin *jus in re* on tarvitatud küllaltki ebamäärases tähenduses, nii et teda on Bonfante arvates ohtlik samastada nii meie asjaõigusega kui ka mõistega *jus in re aliena*²⁶⁹.

Üldse tuleb tähendada, et me teravat omandiõiguse eraldamist teistest asjaõigustest ning isiklikest õigustest võõrale asjale vanimas Rooma õiguses siiski ei näe. Igasugune suhe asjaga oli teatav ühtlase õiguse ja nimelt omandiõiguse erikuju. Selline õigus oli kas täiuslik, olles koondatud ühtedesse kättesse ühele subjektile, või ta oli mittetäielik, kui teda kitsendasid selle õigusega samalaadilised teiste isikute vastuõigused.

Sellest küljest on vanal Rooma õigusel teatav sarnasus vana Germaani õigusega, sest ka vana Germaani õigus lähtus, nagu väidab Gierke²⁷⁰, ühtlase õigusliku isanduse (*Herrschaft*) mõistest asja üle, kus see isandus võimaldas aga mitmesuguseid modifikatsioone.

²⁶⁹ Bonfante, Corso, III, lk. 4—5.

²⁷⁰ Gierke, Sachenrecht, lk. 351. Vt. ka Schröder, op. cit., lk. 287.

Kokkuvõetult võib seega öelda, et nii vanas Germaani õiguses kui ka vanas Rooma õiguses polnud diferentseeritud varade valdamise vorme, küll aga kujunesid sellised vormid juba klassikalises Rooma õiguses.

Vaatamata mõningatele ühistele joontele erinevad Rooma õigus ja Germaani õigus varaõiguse alal teineteisest siiski tunduvalt ²⁷¹.

Meid huvitab juba varemalt märgitud vahe: kui Rooma õigus ei tundnud õiguslikus suhtes põhimõttelist vahet kinnis- ja vallasasjade vahel, siis seevastu oli Germaani õiguses kinnisvaradesse puutuvate õiguste sisu, tekkimise ja lõppemise kohta terve rida erilisi õigusinstituute, mis andsid immobiliaar-asjaõigusele, kui teatavate õiguspõhimõtete kompleksile, kindlakujulise, nüüdki veel peamiselt Rooma õigusel baseeruvast mobiliaar-asjaõigusest erineva ilme.

Olgu veel tähendatud, et niisama teravate vahede puudumist asjaõiguses, nagu see oli Germaani õiguses, näeme ka Inglise õiguses. Näiteks tähendab „*estate*“ kinniku igasugust käsutamise- ja kasutamiseõigust, ükskõik missuguses ulatuses. Siia kuuluvad õigused, mis annavad täieliku võimaluse teostada omandiõigust, aga samuti ka nn. *incorporeal hereditaments* (servituudid, maasunnised jne.). Osalise ulatusega õigusi — *estates* — võib niisiis iseloomustada kui kvalitatiivselt ühtlasi asjaõiguse erikujusid kinnikute üle ²⁷².

Enne kui asuda asjaõiguste süstematiseerimisele ja eriti leida ka piiratud asjaõiguste omale asjale rühma jaoks vastav koht selles asjaõiguste süsteemis, on vajalik — muidugi kokkuvõtlikult — asjaõigusi üldse iseloomustada, sest sellega määrame ju ka piiratud asjaõiguste omale asjale juriidilise loomuse üldisi jooni.

²⁷¹ „Das deutsche Recht räumte von je den Sachen einen ungemein kräftigen Einfluss auf die Prägung des Sachenrechts ein. Es behandelte die Sachen als selbständige Ausgangspunkte der Rechtsbildung.“ Gierke, Sachenrecht, lk. 1.

Rooma õigus ei eitanud asjade erinevuse mõju vahetegemises asjaõigustes, aga püüdis siiski asjade õigusliku nivelleerimise poole. Tulemus: kokkupõrkel Rooma õigusega tumenes ja segunes Germaani õiguse iseloom hilisemates seadusandlustes, kus avaldus mõlema õiguse mõjustus.

²⁷² Г р и м м ъ, Проблема, I, lk. 36.

Asjaõiguste iseloomustuse na olgu kõigepealt lühidalt loendatud järgmised tunnused ²⁷³.

1. Asjaõiguste primaarne tunnus on, et nad vahetult seovad isikuid asjadega ²⁷⁴.

2. Asjaõigused sisaldavad kaks peaelementi: esiteks — positiivse ehk aktiivse elemendi, mis annab isikule teatavad õigustused, millede kaudu isik teostabki vahetult oma võimu ja valitsemist asja üle. Teiseks sisaldavad asjaõigused negatiivse ehk passiivse elemendi, millega eemaldatakse kõigi kolmandate, kõrvaliste isikute mõjustamine vastavale asjale. Nendes elementides peitubki asjaõiguste absoluutne iseloom: asjaõigused on suunatud mitte üksikute isikute vastu, vaid kõikide vastu. Õiguse rikkujaks võib osutada iga kolmas isik.

Seda, et asjaõiguses kõrvaldatakse kõigi kolmandate isikute mõjustamine asjale, nimetab tsiviilõigusteadus, nagu teada, asjaõiguste eksklusiivsuse põhimõtteks. Siit järgneb ka, et asjaõiguses esineb aktiivsubjektina õigustatud isik, passiivsetena — kõik teised isikud. (Võlaõiguses on just vastupidi: aktiivseks subjektiks ei ole õigustatud, vaid kohustatud isik ²⁷⁵.) Üldiselt on asjaõigus seega suunatud kõikide vastu peale õigustatud isiku enda.

3. Peale nende omavad asjaõigused veel teisi tunnuseid. Nii järgneb asjaõigus alati asjale — *inhaeret rei*, kuidas ka ei muutuks asja seisund õiguskäibes. Doktriin nimetab seda asjaõiguste omadust järgimis-põhimõtteks — *droit de suite*.

4. Asjaõigused, olles absoluutsed õigused, omavad kokkupõrkel, konkureerides võlaõigustega, kui relatiivsete õigustega, alati eesõigust. Doktriin nimetab seda eelistamis-põhimõtteks — „*droit de préférence*“. Selle eelistamis-põhimõtte järgi on asjaõiguslik kaitse tugevam võlaõiguslikust ²⁷⁶.

²⁷³ Siin ja ka edaspidi jäävad käsitlusest välja asjaõiguste segavorimid: 1. *jus ad rem*, kui vahepealne kuju asja- ja obligatsioonioiguse vahel; 2. perekonnaõiguslik varaõigus ja 3. avalik omand.

²⁷⁴ Siin pole juttu suhtest isiku ja asja vahel. Vastasel korral tuleks eitada vastava instituudi õiguslikku loomust, sest subjektiivse õiguse seisukohast on õigus võimalik vaid isikute ja isikute gruppide vahel.

²⁷⁵ Aga on seisukohti, et asjaõiguste puhul hoopis puudub kohustatud subjekt. Vt. Windscheid-Kipp, I, § 49, nota 3, lk. 220—221. Dernburg, System, I, § 39, nota 8, lk. 78—79. Scheel, op. cit., lk. 14.

²⁷⁶ Asjaõiguste absoluutse kaitse põhimõte on moodsas õiguses (vastandina Rooma õigusele) nõrgendatud heauskliku omandaja kaitse kaudu.

5. Asjaõiguste absoluutse ja võlaõiguste relatiivse kaitse vahega on seoses veel teine asja- ning võlaõiguste erinevus.

Nimelt loetakse asjaõigusi, kui võlaõiguslikke suhteid, kes-
t u s e l t p i k e m a a j a l i s t e k s. Omandiõigus on, nagu teada,
põhimõtteliselt igavene. Teiste, s. t. piiratud asjaõiguste kestus
varieerub üksikute instituutide juures määramata ajast eluaegse
ja kindlate, kuid ikkagi võrdlemisi pikemaajaliste tähtajamää-
radeni.

6. Edasi, asjaõigused haaravad kindlasti rohkem üldhuvi-
sid kui võlaõiguslikud instituudid ²⁷⁷.

7. Siis, asjaõigustele on omane veel, nagu korduvalt tähen-
datud, nn. p u b l i t s i t e e d i - p õ h i m õ t e, s. t. asjaõigusliku
suhte väline nähtavus, avalikkus, mis avaldub selles, et asjaõigus-
liku toime tekkimine, muutumine ja lõppemine on seotud välise
tunnusega.

8. Asjaõiguse tunnuseks tuleb märkida ka seda, et immo-
biliaarõigusel on eriti tihe side avaliku õigusega, ning ka seda,
et käesoleva aja asjaõiguses kehtib peamiselt majandusliku indi-
vidualismi põhimõte.

9. Lõppeks, üheks asjaõiguste eritunnuseks on, nagu me
teame, see, et nende kohta kehtib nn. „*numerus clausus*’e põhi-
mõte“, mille järgi ei saa isikud autonoomselt, vabal kokkuleppel
luua uusi asjaõiguslikke instituute, vaid viimaste arv on sõltuv
teatava seadusandluse loendist, kus nad moodustavad kindlakuju-
lise suletud süsteemi — ringi.

Mis puutub sellesse asjaõiguste *numerus clausus*’e põhimõt-
tesse, mis on eriti seoses ka piiratud asjaõiguste omale asjale prob-
leemiga, siis olgu kõigepealt tähendatud, et see *numerus clausus*
asjaõiguses pole muidugi mingi absoluutselt kehtiv põhimõte, sest
eriti majanduslikud olukorrad tingivad sageli uute asjaõiguslik-
kude tüüpide tekkimise. Peab aga silmas pidama, et viimased
omandavad täieliku õigusliku tunnustuse siiski alles seaduse
kaudu, s. t. kui nad õiguskorra poolt on n.-ö. legaliseeritud.

Vanale Saksa õigusele oli iseloomulikuks jooneks tema tüü-
pide rohkus. Rooma õigus seevastu võimaldas asjaõiguslikku abso-

²⁷⁷ Seda huvide sfääri märgib tabavalt Hedemann, öeldes: „Das Sa-
chenrecht hat innerhalb der bürgerlichen Rechtsordnung eine besondere Auf-
gabe zu erfüllen. Es soll die Festigkeit der Güterwelt gewährleisten.“ He-
d e m a n n, Sachenrecht, lk. VII.

luutset kaitset *actio in rem* kaudu ainult teatavatel, kindlaksmääratud juhtudel. Siit ka *numerus clausus*'e põhimõtte asjaõiguslikkude tüüpide tunnustamisel. Et näit. *actio in rem* oli võimalik ainult teatavate õiguste jaoks, siis väljaspool neid asjaõiguslikke instituute tuli kasustada obligatsioonioiguslikku kaitset. (Algul *actio in rem* oli võimalik vaid omandiõiguse ja servituutide jaoks, siis pandiõiguse ja lõpuks ka *superficies* ja *emphyteusis*'e kohta. Maasunniseid Rooma õigus ju, nagu teada, ei tundnud.) Vanem üldõiguslik doktriin loobus *numerus clausus*'e põhimõttest ja õpetas, et iga isiklik õigus (*titulus*) muutub asjaõiguseks, niipea kui lisandub asjavaldus (*modus acquirendi*)²⁷⁸.

See tüüpide vabaduse printsiip pääses kehtima ka Preisi üldises maaõiguses (ALR), kus asjaõiguse tekkimiseks vallasasja puhul nõuti üleandmist ja kinnisvara puhul kinnistusraamatusse kandmist. Olulisem oli tüüpide vabadus siiski immobiliaarõiguses.

18. saj. lõpul ja 19. saj. esimesel poolel toimunud agraaruuendused tõid siia muudatuse: omandiõigus hakkas oma kitsendustest vabanema ja vabaomandi põhimõtte nimel kadusid aegapidi ka paljud piiratud asjaõiguste instituudid, kuni lõpuks jõutigi nn. tüüpide sunduse põhimõttele.

Ja praegusaja kinnistusraamatu korra juures on teataval määral paratamatult tarvis piirata asjaõiguslikkude tüüpide arvu. Vallasasjade puhul etendab see *numerus clausus*, nagu öeldud, vähemat osa.

Numerus clausus'e põhimõtte alustena toob Heck²⁷⁹ kaks kaalutlust. Ühelt poolt on see põhimõtte tingitud õiguskaitse korraldusest (nn. *Freiheitsschutz*) ja teiselt poolt on olemas vajadus asjaõiguste süsteemi lihtsustada (*Vereinfachungsprinzip*).

Muidugi, seadusandlused ei või ega jäägi püsima ühtede ja samade tüüpide juurde. Olevaid asjaõiguse instituute muudetakse, uusi luuakse juurde, mõned võivad hoopis kadudagi²⁸⁰. *Numerus*

²⁷⁸ Vt. Heck, op. cit., lk. 86.

²⁷⁹ Heck, op. cit., lk. 87—88.

²⁸⁰ Olgu tähendatud, et ZGB järgi on olemas teatavad asjaõigused, aga kantonaalõigus sisaldab veel teisi. BGB-s samuti on suurem hulk asjaõigusi loendatud, aga Saksa partikulaar-seadusandlused tunnevad terve rea teisi piiratud asjaõigusi. Nii näit. pole *Erbpacht* BGB-s eneses normeeritud, küll aga tunnevad teda nn. „maaõigused“ (BGB. E. G. art. 63 alusel). *Erbpacht* on olemas Mecklenburgis, Lüübekis, Tüüringis, Lippes, osalt Preis jne. Vt. Wolff, op. cit., lk. 372.

clausus'e põhimõte kehtib praegusel ajal Saksa, Šveitsi, Austria, Ungari, Tšehhoslovakkia, Rootsi, Soome, Hollandi, Portugali, Argentiina, Jaapani õiguses. Prantsusmaal seevastu on teatav tüüpide loomise vabadus²⁸¹, kuna Itaalias on küsimus vaieldav²⁸².

Üldiselt seda *numerus clausus*'e põhimõtet pooldatakse, kuid leidub ka vastupidiseid seisukohti. Nii B e l j a t s k i n²⁸³, vaieldes asjaõigusliku *numerus clausus*'e vastu, mis olevat vastuolus käibe arenguga ja mitmekesisumisega, sest tekkivat ju ka asjaõiguste puhul uusi õiguskaitset vajavaid õigusvorme, kaitseb Ex-Vene senati otsuseid, kus tegeliku tarbe seisukohast sellest põhimõttest mõnigi kord on loobutud (näiteks Ex-Vene senati tsiviildep. otsused 1913. a. nr. 36 ja 1914. a. nr. 52).

Seoses *numerus clausus*'e põhimõttega olgu veel tähendatud, et vallasvarade suhtes esineb üldse vähem asjaõiguslikke tüüpe kui kinnisvarade kohta (vallasasjade suhtes üldtuntumad asjaõigused on vaid: omandiõigus, vilikasustus ja pandiõigus).

Lõpuks kordame varem-öeldut (peat. III): asjaõiguste *numerus clausus*'e põhimõte on teostatav kinnistusraamatu abil, olles kinnistusraamatu avaliku usalduse põhimõtte kaudu peale selle seoses ka heauskliku valduse kaitsega.

Järgnevalt asume käsitlema asjaõiguste s ü s t e m a t i s e e r i m i s e küsimust.

Siin, mis puutub asjaõiguste liigitusse, tuleb kõigepealt märkida, et asjaõiguses on kaks erinevat korda: üks p r o v i s o o r n e ja teine d e f i n i t i i v n e. Esimesel juhul on meil tegemist valdussuhete korraga (Ordnung der Besitzverhältnisse)

²⁸¹ Prantsuse õiguse kohta tuleb aluseks võtta CC art. 543 redaktsiooni. Vt. ka märkus selle art. 543 kohta: Die Zivilgesetze der Gegenwart. Bd. I. Frankreich. Code civil. Mit Übersetzung, Einleitung und Anmerkungen. Erste Hälfte, Art. 1—1100. Mannheim-Berlin-Leipzig, 1928, lk. 152.

²⁸² Ka Taani ja Norra õiguses on küsimus lahtine, sest seal puuduvad, nagu seda väidab ka Gieseke, sätted, mis suleksid asjaõiguste ringi. Vt. P. Gieseke, Belastung. Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes. Herausgegeben von Fr. Schlegelberger. Bd. II. Berlin, 1929, lk. 429—431. Vt. ka Wolff, op. cit., lk. 5.

Inglise õiguse kohta ütleb Curti: „Beschränkte dingliche Rechte können nur nach bestimmten, bereits bestehenden Typen geschaffen werden.“ Curti, op. cit., lk. 114.

²⁸³ С. А. В ѣ л ѣ к ѣ н ѣ ъ, Частное право въ основныхъ принципахъ. (Курсъ гражданского права.) Каунасъ, 1928, lk. 221—222.

ühes valduse kaitsega kitsamas mõttes ja teisel juhul toimub definitiivne varaväärtuste, nn. asihüviste (*Sachgüter*) jaotamine õiguste kaudu asjadele (*Rechte an Sachen*) ²⁸⁴.

Selle asjaõiguste liigitusega sarnaneb ka Wolff'i oma. Nimelt jaotab Wolff asjaõigusi esialgseiks (*vorläufige*) ja lõplikeks (*endgültige*). Esimesse rühma kuulub valdus kui nn. *Herrschafts-Tatsache*. Teise rühma moodustavad tõelised asjaõigused (*eigentliche, endgültige Sachenrechte*) ²⁸⁵.

Nüüd asumegi otseselt vaatlema vaid nende definitiivsete, tõeliste asjaõiguste klassifikatsioonivõimalusi, sest valdus, olles provisoorne asjaõiguse instituut, ei etenda ka käesolevas küsimuses — piiratud asjaõiguste omale asjale probleemid — kuigi suurt ja tähelepanuväärivat osa.

Neid definitiivsete asjaõiguste klassifikatsioone on mitu, kusjuures nende iseloom suurel määral oleneb vastava ajastu asjaõiguse ilmet ja ka üksikutes seadusandlustes kehtivast õigussüsteemist.

Vaatleme tähtsamaid teoorias esinevaid süsteeme.

Kõigepealt võime asjaõigusi liigitada objektikuuluvuse alusel. Sellekohaselt saame omandiõiguse, kus objektiks on oma asi ja õigused võõrale asjale. See süsteem on küllaltki levinud, eriti sageli esines ta aga pandktiõiguslikus kirjanduses ²⁸⁶. Süsteemi puuduseks on, et peale omandiõiguse ja õiguste võõrale asjale on olemas veel teisi asjaõigusi, nimelt piiratud asjaõigusi omale asjale.

Teiseks, kui võtta asjaõiguste liigitamisel aluseks üksikute

²⁸⁴ Heck, op. cit., lk. 1.

²⁸⁵ Wolff, op. cit., lk. 4.

²⁸⁶ Näit. Windscheid-Kipp, I, lk. 851. Д. Д. Г р и м м ъ, Лекции по догмѣ римскаго права. Петроградъ, 1916, lk. 155. Kaasaegse tsiviilõiguse õpperaamatuist on selle liigituse omaks võtnud Tjutrjumov. Vt. И. М. Т ю т р ю м о в ъ, Гражданское право. Тарту (Юрьевъ), 1927, lk. 154—155. Erdmann seevastu ütleb, et liigitus — omand ja *jura in re aliena* tuleb kõrvale jätta ja käsitleda peale omandiõiguse teisi asjaõigusi lihtsalt teatavas järjekorras. Erdmann, Privatrecht, II, lk. 4.

Selle klassifikatsiooni raamidesse mahub teataval määral ka süsteem, kus ühelt poolt esineb omand — *la proprietà* ja teiselt poolt kasustus-asjaõigused — *diritti reali di godimento* ja tagamis-asjaõigused — *diritti reali di garanzia*. Vt. näit. de Ruggiero, op. cit., lk. 500, 631 ja 695. Ka N. Stolfi *Diritto civile* II köite I jagu käsitleb omandit ja valdust, II köite II jagu — kasustus-asjaõigusi ja II köite III jagu — tagamis-asjaõigusi.

instituutide õigustuste ulatus, mah t, siis näeme, et ühel pool seisab omandiõigus kui ulatuslikum ja nimelt põhimõtteliselt piiramatult asjaõigus ja tema kõrval seisavad teised piiratud ulatuses õigustustega asjaõigused. Siit jaotus: piiramatud ja piiratud asjaõigused. Et aga piiramatuid asjaõigusi on vaid üks — omandiõigus, siis ongi kujunenud traditsiooniliseks praegusaja asjaõiguste klassifikatsiooniks omandiõigus ja piiratud asjaõigused²⁸⁷. Selle liigituse ainsa puudusena võib märkida asjaolu, et termin „piiratud“ nõuab vastandina mõistet „piiramatult“. Et aga tegelikult on kaasaegne omandiõigus alati kitsendatud, siis tuleb siin teha reservatsioon, et on tegemist vaid põhimõttelise piiramatusega.

Omapärase katse liigitada asjaõigusi teeb Sinaiski oma Balti tsiviilõigust käsitlevas õpperaamatus. Nimelt jagab Sinaiski asjaõigused omaniku tiitliteks (титулы собственника) ja mitteomaniku tiitliteks — asjaõigusteks (титулы не собственника), väites, et seesugune jaotus omab teadusliku klassifikatsioonina ühtlast tunnust ja samuti edukalt kriipsutab alla asjaõiguste üheaegse olemasolu võimalust samale asjale nii omaniku õiguste kui ka mõne teise mitteomaniku õiguse kujul²⁸⁸.

Tuleb aga märkida, et teoreetilise klassifikatsioonina on see Sinaiski jaotus kõigiti küll rahuldav, loogiliselt õige ja ka purgiva: ta hõlmab kõiki asjaõigusi.

²⁸⁷ Selle liigituse leiame ka Gierke'l. Vt. Gierke, Sachenrecht, lk. 598.

²⁸⁸ Синайский, Основы, II, lk. 8.

Samas teoses annab Sinaiski ülevaate ka asjaõiguste klassifikatsioonist üldse. Ajaloolise arengu seisukohast on Sinaiski järgi asjaõiguste klassifikatsioonid järgmised.

Esimese asjaõiguste klassifikatsioonina mainib Sinaiski Rooma klassifikatsiooni, mis esineb küll rohkem loendi kujul kui tõelise süsteemina, kus tehti vahet valduse, omandiõiguse ja nn. õiguste võõrale asjale (servitutid, *superficies*, *emphyteusis* ja pandiõigus) vahel.

Teise klassifikatsioonina esineb Sinaiski järgi nn. franko-germaani süsteem, kus on tehtud vahet täisomandi ja mittetäisomandi vahel, kus on olemas kõrvaline osavõtt asjaõiguse näol võõra asja peale. Kolmanda klassifikatsioonina mainib Sinaiski šveitsi süsteemi, mille järgi on asjaõigused kas piiratud või piiramatud.

BES-s on, ütleb samas Sinaiski, läbi põimunud mõlemad, nii Rooma kui ka franko-germaani klassifikatsioonid.

Seadusandlustes on aga Sinaiski klassifikatsioon raskesti rakendatav ja seepärast peab tast seal loobuma Šveitsi klassifikatsiooni kasuks, mis ikkagi ka küllaldasel määral — teatavat väikest ebatäpsust piiramise ulatuse kohta mitte arvestades — vastab teaduse nõuetele.

Tegelikult on aga ka üksikutes seadusandlustes asjaõiguste liigitus (nii jaotus omandiõiguseks ja teisteks asjaõigusteks kui ka nende teiste asjaõiguste omavaheline liigitus) vägagi erinev ja kohati äärmiselt puudulikult põhjendatud; seal puudub tihti igasugune alus jaotuseks.

Nii näiteks Code civil'i II raamatu II tiitel räägib omandist, III tiitel — isiklikkudest servituutidest, IV tiitel — reaalservituutidest ning alles III raamatu XVIII tiitel privileegidest ja hüpoteekidest.

Austria tsiviilseadustiku — ABGB II jao I alajaotuse II peatükis räägitakse omandist, VI peatükis pandiõigusest, VII peatükis servituutidest.

Peaegu sama jaotus on läbi viidud ka Tšehhoslovakkia tsiviilseadustiku eelnõus, selle vahega, et VI peatükina on vahele võetud hoonestusõigus, kuna VII peatükis on servituudid, VIII peatükis pandiõigus ja IX peatükis — reaalsunnised.

Saksa BGB III raamatu asjaõiguste süstemaatika on, nagu ütleb Hedemann²⁸⁹, õige primitiivset laadi, tarvitades sealjuures piiratud asjaõiguste jaoks „värvitut“ terminit — „*Rechte an Sachen*“ (näiteks BGB § 873)²⁹⁰. BGB III raamatu III jaotus räägib omandist ja IV jaotus, ilma et selle juures oleks mingi märgatav süsteemiline üleminek, hoonestusõigusest. Ning sellele järgnevad teised asjaõigused (BGB III raamatu jaotused V—IX).

Iselaadne on Ex-Vene tsiviilseadustiku eelnõu asjaõiguste liigitus. Vene projekti²⁹¹ art. 740 (1) ütleb: „Asjaõigused on: 1. omandiõigus; 2. õigused võõrale varale ja 3. kinnispant ning

²⁸⁹ Hedemann, Sachenrecht, lk. 49 ja 81.

²⁹⁰ Terminit *Rechte an Sachen* tarvitab näiteks ka Dernburg. Vt. Dernburg, Sachenrecht, lk. 216.

Omapäraselt nimetab neid *Rechte an Sachen* Wolff oma õpperaamatus: omandiõigusele järgnevad piiratud asjaõiguslikud instituudid „koormiste“ — Belastungen — nimetuse all. Vt. Wolff, op. cit., lk. 363.

²⁹¹ Гражданское Уложение. Кн. III. Вещное право. Томъ I. С.-Петербургъ, 1902.

käsipant.“ (Seega on tehtud otsest vahet pandiõiguse ja teiste piiratud asjaõiguste vahel.)

Vene projekt tunneb järgmisi asjaõigusi võõrale varale: Art. 917 (175) loendab need. „Asjaõiguste hulka võõra vara peale kuuluvad: 1. pärilik obrokiõigus (наследственное оброчное владѣние); 2. maapõuevarade ümbertöötamise õigus (право на разработку нѣдръ земли); 3. vilikasustus (пользовлѣние); 4. servituudid ja 5. reaalsunnised (вотчинныя выдачи).“

Ka Ungari 1910. a. tsiviilseadustiku eelnõus pole asjaõiguste süsteemis üksikud asjaõiguste rühmad küllalt selgelt eristatud. Nii räägib Ungari eelnõu II osa IV tiitel omandist, V tiitel — servituutidest, VI tiitel — hoonestusõigusest, VII tiitel — pandiõigusest ning hüpoteekidest ja VIII tiitel käsitleb reaalsunniseid.

Seevastu on seadusandluse seisukohast täiesti rahuldav Šveitsi ZGB asjaõiguste süsteem: ZGB IV jagu, rääkides asjaõigustest, sisaldab endas I osana — omandiõiguse ja II osana — piiratud asjaõigused.

Mis puutub BES asjaõiguste süsteemi, siis räägib BES II raamatu III jagu omandist, IV jagu — servituutidest, V jagu — maasunnistest, VI jagu — pandiõigusest ja VII jagu — väljaostuõigusest, kuna asjaõigusesse kuuluv põlisrendiõigus on paigutatud hoopis obligatsiooniõiguse ossa (s. t. BES IV raamatusse, kus ta leidub XIII jaos) ²⁹².

Täiesti rahuldavaks, võimaluste piirides, peab lugema aga meie tsiviilseadustiku eelnõu asjaõiguste süsteemi, kus IV raamatu II osa käsitleb omandit ja III osa — piiratud asjaõigusi tema üksikute instituutide näol.

Et paremini aru saada piiratud asjaõiguste olemusest üldse ja eriti piiratud asjaõigustest omale asjale ja seega selgitada seesuguste õiguste vastavat kohta asjaõiguste süsteemis, tuleb veel otseselt puudutada piiratud asjaõiguste otsest suhet omandiõigusega.

Asjaõiguste hulgas on ju omandiõigusel, nagu teada, eriline

²⁹² Erdmann jaotab asjaõigusi Balti eraseaduses järgmiselt: 1. omandiõigus, 2. laiaulatuselised kasutusõigused võõrale kinnisomandile (die ausgedehnten dinglichen Nutzungsrechte an fremdem Grundeigenthum), 3. servituudid, 4. pandiõigus ning lisana alles maasunnised ja väljaostuõigus. Vt. Erdmann, Privatrecht, II, lk. IV—VII.

seisund. Ta on asjaõigus, mis on suunatud asja valitsemisele terves ulatuses. Vastandina omandiõigusele esinevad kõik muud asjaõigused, sest nad haaravad asja ainult osaliselt, kandes seepärast ka nimetust „piiratud asjaõigused“.

See mainitud asjaõiguste jaotus on, nagu nägime eespool, ajalt ja ruumilt erinev, ja seda kahest küljest: esiteks on omandiõiguse mõiste ja sisu üksikuil ajastuil ja eri riikides muutuv, teiseks aga on ka piiratud asjaõiguste arv ja kuju ajaloos ja samaaegsetes seadusandlustes erinev.

Nagu tähendab G i e r k e ²⁹³, kadus vanas Germaani õiguses vahe omandi ja piiratud asjaõiguste vahel samade isandlikkude õiguste tugevamatesse ja nõrgematesse vormidesse. Vana Germaani õigus lähtus ühest terviklikust, õiguslikust asja valitsemise mõistest ja see valitsemine oli võimalik mitmel kujul. Selline omand ehk — nagu seda nimetab G i e r k e ²⁹⁴ — „*wandelbarer Eigentumsbegriff*“ erines täiesti nii roomaõiguslikust kui ka nüüdisaja omandiõiguse mõistest ²⁹⁵.

Pärandatava omandiõiguse kõrval oli võimalik eluaegne omand, vältava kõrval — tähtajaline ja lõpetav-tingimuslik omand, tegelikult oleva omandi kõrval — suspensiivselt tingitud ja ooteomand. Ühe ja sama asja suhtes olid võimalikud mitut laadi isandusõigused, mis üksteist nii kasustamise, valdamise ja käsustamise mõttes vastastikku täiendasid, aga ka piirasid.

Kinnisvaradele omandiõigus, mis meile eriti oluline, olles G i e r k e väite järgi ²⁹⁶ algusest peale teatavatele liidustele ja üksikisikutele kuuluvate õiguste mõjul jaotatud mitmesuguste ristlevate punktide vahel, — see kinnisomand pidevalt areneb suureneva tükeldumise (*Zerlegung*) suunas.

Seega on piiratud asjaõigused vanemas Germaani õiguses siiski küll olemas, kuid nad esinevad omandiõiguse erivormidena ja temast tuletatuina (*Ausflüsse*).

²⁹³ G i e r k e, Sachenrecht, lk. 351.

²⁹⁴ G i e r k e, Sachenrecht, lk. 351.

²⁹⁵ Rooma õigus tundis asjaõigustena, nagu teame, ühel pool omandit, teisel pool õigusi võõrale asjale (termin *jura in re aliena* muide polegi Rooma juristide poolt loodud, vaid hiljemini tekkinud). Siia kuuluvad: servituumid, *emphyteusis*, *superficies*, pandiõigus. Üldõiguses (*gemeines Recht*) lisanduvad veel germaaniõiguslikud reaalsunnised ja mitmed eriliigid kinnishüpoteeki.

²⁹⁶ G i e r k e, Sachenrecht, lk. 352.

Keskaja Saksa õigus teeb juba vahet omandiõiguse ja piiratud asjaõiguste vahel, aga endine terviklik isandusõiguse mõiste asjale, selle olemus jäi püsima. Omand ja piiratud asjaõigused haaravad asja mitte laadi poolest erinevalt, vaid eriulatuses. Seepärast oli Saksa omand keskajal, nagu ütleb G i e r k e ²⁹⁷, üks asjaõigus teiste asjaõiguste kõrval. Ta võimaldas ka teiste asjaõiguste olemasolu. Viimased olid mõistelt ulatuse poolest küll piiratud, aga haarasid asja samal viisil kui omandki. Need asjaõigused — G i e r k e ²⁹⁸ nimetab neid „*verselbständige Eigentumssplitter*“ — polnud arvult piiratud. Iga omandiõiguse osis, mida oli võimalik eraldada ja iseseisva õigusena käsitleda, võis olla mõne piiratud asjaõiguse sisuks. Ja sellest oli tingitud ka keskaja asjaõiguste äärmiselt suur arv ja mitmekesisus ²⁹⁹.

Ses mõttes ongi tabav H e c k'i ³⁰⁰ väide, et nii omandiõigus kui ka piiratud asjaõigused on tekkinud Saksa õiguses ühest ja samast isandusõigusest asja üle (*Sachherrschaft*). „Ja mõisteline erinevus on seega,“ jätkab H e c k, „hilisema differentseerumise ja terminoloogia tulemus“ ³⁰¹.

Kaasaegses omandiõiguses ja piiratud asjaõiguses, nende vahelises vahetegemises on märksa tunduvam roomaõiguslik mõju, kuna germaaniõiguslikud põhimõtted on vaid osaliselt mõjule pääsenud, kusjuures nüüdne omandiõigus on, nagu väidab G i e r k e ³⁰², formaalse mõiste poolest abstraktne, temas peituvate õiguste summast erinev ja seega igal pool ühesugune õigus.

Ajalooliselt on seega omandiõiguse ja piiratud asjaõiguste suhe olnud, nagu nägime, Rooma ja Germaani õigussüsteemis erinev. Mis puutub sellesse suhtesse nüüdisaja õiguses, siis seisavad piiratud asjaõigused, kui vahenditult isandusõigused asjale, iseseisvalt omandiõiguse kõrval. Nad ei vaja omandiõigust vahelülis, sest oma olemuselt ei koorma nad ju omandit kui niisugust, vaid asja ennast. Seepärast on piiratud asjaõigus võimalik ka

²⁹⁷ G i e r k e, Sachenrecht, lk. 355 jj.

²⁹⁸ G i e r k e, Sachenrecht, lk. 359.

²⁹⁹ Omandi ja piiratud asjaõiguste suhte ning viimaste kuju ning arvu kohta, eriti feodaalõiguse mõjul vt. I. Покровский, Основные проблемы гражданского права. Петроградъ, 1917, lk. 195 jj.

³⁰⁰ H e c k, op. cit., lk. 80.

³⁰¹ H e c k, op. cit., lk. 80.

³⁰² G i e r k e, Sachenrecht, lk. 361.

mitte kellegi omanduses oleva asja (*res nullius*) suhtes, tingimusega muidugi, et asi ise võiks omanduses olla ³⁰³.

Ses mõttes võibki öelda, et nüüdisaja õigus ei tunne ühte terviklikku asjaõiguste süsteemi, nagu seda oli Roomas, vaid kesk-aegse Germaani õiguse mõjul on olemas asjaõiguse dualism ³⁰⁴.

Ja muuseas ka seepärast, et piiratud asjaõigused on iseseisvad õigused, mitte vajades tingimatu vahelülina omandiõigust, ja haaravad asja ennast, võib ka omanikule endale kuuluda iseseisva õigusena mingi piiratud asjaõigus ³⁰⁵.

Lõpetanud omandiõiguse ja teiste asjaõiguste, s. o. piiratud asjaõiguste vahelise suhte käsitlemise, vaatleme järgnevalt piiratud asjaõiguste klassifikatsioone. Selliseid klassifikatsioone on terve rida, vastavalt sellele, mis võetakse klassifitseerimise aluseks.

I. Piiratud asjaõigused on kas iseseisvad asjaõigused või asjaõiguslikku laadi isikuõiguslikud suhted.

Esimesed ongi otseses mõttes piiratud asjaõigused ja kuuluvad käsitlemisele asjaõiguse osas, teised — nagu näiteks abikaasade varaõiguses mehe vilikasustuse õigus naise vara suhtes, eelpärija õigus pärandile jne., — need kuuluvad vastavalt kas perekonna või pärimisõigusesse.

Ka sisult ja ulatuselt on piiratud asjaõigused jaotatavad üksikutesse instituutidesse. Nagu omandi sisus on üksikuid õigustusi äärmiselt palju, nii võiks ka piiratud asjaõigusi, mis on ju oma laadilt omandi osaõigustused (*Teilbefugnisse*), olla äraarvamatu hulk. Tegelikult aga määravad käibe tarve ja õiguskord ka siin piiratud asjaõiguste tüüpide kuju ja arvu (*numerus clausus*).

II. Sisu järgi tuleb piiratud asjaõiguste jaotust pidada

³⁰³ Gierke, Sachenrecht, lk. 598.

³⁰⁴ В. А. Рязановский, Лекции по гражданскому праву. Вып. III. Харбин. 1923, lk. 9.

³⁰⁵ Ses mõttes vajab teatavat korrektiivi ka Hedemann'i (Sachenrecht, lk. 30) seisukoht, mille järgi omand on terve asjaõiguse algvorm ja põhitüüp. Tema kõrval on, ütleb Hedemann, aja jooksul tekkinud teised asjaõiguse tüübid, kuid neile on see ühine, et nad ei esine kunagi iseseisvalt, vaid ikka olemasoleva omandi kõrval. Seda üldiselt õiget seisukohta tulebki korrigeerida täiendusega, et erandina on võimalik ka mitte kellegi omanduses oleva asja suhtes piiratud asjaõigus.

üheks kõige olulisemaks. Määrab ju sisu erinevus iga üksiku piiratud asjaõigusliku instituudi olemuse.

Sisu alusel võib eristada kolme piiratud asjaõiguste rühma:

1. kasustusõigused,
2. omaldamisõigused ja
3. tagamisõigused³⁰⁶.

Kasustus- ja pruukimisõigused (Gebrauchs- und Nutzungsrechte) on õigused, mis annavad õigustatud isikule asja kasutada. (Siia rühma kuuluvad näiteks servituudid, obrokiõigus, põlisrendiõigus, hoonestusõigus.)

Need kasustusõigused on vahetud asjaõigused, sest nad rahuldavad õigustatud isiku vajadusi asja enda omaduste kaudu, võimaldades asja tarvitamist ühel või teisel viisil.

Kasustuse ulatuse poolest võib neid kasustusõigusi veelgi liigitada alarühmadesse.

Nii saame kasustusõiguste alajaotustena 1. ulatuslikumad kasustusõigused (hoonestusõigus, obrokiõigus, põlisrendiõigus) ja 2. piiratud kasustusõigused (servituudid).

Piiratud asjaõiguste teise rühma kuuluvad sisu järgi liigitult omaldamise piiratud asjaõigused (Erwerbsrechte). Need õigused võimaldavad õigustatud isikule teataval, ettenähtud juhul ja tingimustel omandada vastavat asja.

Sellesse rühma kuuluvad nn. ooteõigused (*Warterrechte*, *Anwartschaftsrechte*), nagu seda on väljaostuõigus, asjaõiguslik ostueesõigus ja asjaõiguslik tagasiostuõigus³⁰⁷.

Kolmanda rühma moodustavad, nagu öeldud, tagamis-asjaõigused (*Haftungsrechte*). Need õigused võimaldavad õigustatud isikule õigustuse kaudu asjale saavutada mingi samme teostamist. Peamine selline õigus on pandiõigus.

³⁰⁶ Heck'il on sellest pisut erinev liigitus. Ta jaotab piiratud asjaõigusi 1. kasustusõigusteks (*Nutzungsrechte*), 2. tagamisõigusteks (*Sicherungsrechte*) ja 3. ooteõigusteks (*Anwartschaftsrechte*). Heck, op. cit., lk. 76.

De Ruggiero jagab piiratud asjaõigused vaid kahte rühma: ühelt poolt kasustamis-asjaõigused ja teiselt poolt tagamis-asjaõigused. De Ruggiero, op. cit., lk. 631.

³⁰⁷ Ooteõigusi jaotab Kohler omakorda järgmistesse alaliikidesse: 1. Volle Anwartschaftsrechte (näit. eel- ja järelepärimise puhul). 2. Gemindeerte Anwartschaftsrechte: a) Verwirkungsrecht, b) Näherrecht. Kohler, Sachenrecht, lk. 347 jj.

Siin olgu veel tähendatud, et sisu järgi piiratud asjaõigusi liigitades tuleb silmas pidada, et vastava asjaõiguse paigutamisel ühte või teise rühma ei saa arvestada kõiki tema elemente, mis võivad olla omased ju mitme rühma tunnustena, vaid mõõtuandev on vastava asjaõiguse domineeriv element, n.-ö. primaarne instituudi sisu.

III. Subjekti alusel võib piiratud asjaõigusi liigitada nn. reaalõigusteks³⁰⁸ ja personaalõigusteks. 1. Personaalõigused kuuluvad kindlale, individuaalselt tähendatud isikule (nii näiteks ei või kinnikservituudid esineda personaalsete piiratud asjaõigustena, küll aga teised servituudid). 2. Reaalõigused on õigused kinniku igakordse omaniku kasuks. Siia kuuluvad kinnikservituut, samuti ka reaalsunnis, asjaõiguslik ostueesõigus. Vastupidi pole aga hoonestusõigus, vilikasustus, kinnikpant kunagi reaalõigused.

Personaalsed piiratud asjaõigused omakorda jagunevad ülisiklikkudeks (*usus, habitatio*) ja ülekantavateks õigusteks (hoonestusõigus)³⁰⁹.

IV. Objekti alusel piiratud asjaõigusi liigitades saame piiratud asjaõigused 1. vallasasjadele (vallas pant, vilikasustus); 2. kinnisvaradele (enamik piiratud asjaõigusi); 3. piiratud asjaõigused õigustele ja 4. piiratud asjaõigused varandusele, sest ka terve varandus, kui õiguste ja kohuste kogum, võib olla piiratud asjaõiguste objektiks, näiteks abielumehe vilikasustusõigus oma naise vara suhtes jne.

Suurem osa piiratud asjaõigusi ongi võimalikud ainult kinnisvarade suhtes, osa mõlemat liiki asjade suhtes ja ainult vallas pant on erandina vaid vallasasjade kohta võimalik.

V. Objekti kuuluvuse järgi võime piiratud asjaõigusi liigitada 1. piiratud asjaõigusteks võõrale asjale, kui sagedaim juhtum; 2. piiratud asjaõigusteks peremehele asjale (omanik derelinkveerib asja, mis on koormatud piiratud asjaõigusega) ning, mis käesoleva teose seisukohast on oluline, 3. piiratud asjaõigusteks omale asjale.

³⁰⁸ Terminit ja mõistet „reaalõigus“ ei tule siin samastada terminiga ja mõistega „asjaõigus“, olgugi et selleks termini „reaalõigus“ tõlge põhjust annaks.

³⁰⁹ Heck jaotab personaalseid piiratud asjaõigusi 1. võõrandatavaks ja 2. võõrandamatuiks (*ususfructu*). Heck, op. cit., lk. 77.

Lõpuks puudutame veel asjaõiguste jaotuse probleemi s u b s t a n t s - ja v ä ä r t u s õ i g u s t e k s, mis on eriti oluline moodsa pandiõiguse olemuse ja vormide seisukohast.

See jaotus — substantis- ja väärtusõigused — ei kattu alati piiratud asjaõiguste jaotusega, sest ta haarab mõnedel autoritel (näit. H e d e m a n n i l) ³¹⁰ ka omandiõiguse.

Jaotus — substantis- ja väärtusõigused on Kohler'i enese sõnade järgi tema poolt esmakordselt tarvitusele võetud ³¹¹. Ja peab möönma, käesoleval ajal on ta küllaltki levinud ³¹².

Vaatleme seda jaotust lühidalt K o h l e r'i järgi.

Kõigepealt olgu tähendatud, et Kohler tarvitab piiratud asjaõiguste mõiste jaoks terminit *dingliche Rechte* („Dingliche Rechte sind Rechte an der Sache, welche das Eigentum belasten, ohne es aufzuheben“) ³¹³.

Ja need *dingliche Rechte* on kas 1. reaalsed substantisõigused või 2. paljalt väärtusõigused (*Wertrechte*).

Nende iseloomustuseks ütleb K o h l e r ³¹⁴: „Das Wertrecht, im Gegensatz vom Substanzrecht, ist ein dingliches Recht an der Sache, welches die Befugnis gibt, aus ihren Nutzelementen einen bestimmten Wert zu entnehmen, in der Art also, dass, wenn man den Wert erlangt hat, der Zweck erreicht und das dingliche Recht erschöpft ist. Darin liegt eine gewisse Ähnlichkeit zum Schuldrecht: In beiden geht der Zweck auf einen solchen Wert; nur die Mittel sind verschieden: beim Schuldrecht die Verpflichtung der Person, beim Wertrecht die dingliche Haftung der Sache.“

Substantisõigused omakorda jagunevad: a) lihtsateks substantisõigusteks (*einfache Substanzrechte*); siia kuuluvad servituudid, ka isiklikud; b) substantisõigusteks valdusega: aa) lihtsad

³¹⁰ H e d e m a n n jagab asjaõigused kolme gruppi: 1. omandiõigused (*Eigentumsberechtigungen*; siia kuulub esmajoones omandiõigus, siis fideikomiss, osalt ka ostueesõigus); 2. kasustamisõigused (hoonestusõigus, põlisrendiõigus jne.); 3. koormised (*Belastungen*), kus mitte asi looduskehana (tarvitades saksakeelset väljendit — *Sachkörper*), vaid kui väärtusobjekt (*Wertobjekt*) õiguse poolt haaratakse. H e d e m a n n, Sachenrecht, lk. 30, 82. Wolff, kes tarvitab termini *Wertrecht* asemel ka sõna *Verwertungsrecht*, annab viimasele pisut (eriti ulatuselt) teise tähenduse. Wolff, op. cit., lk. 6.

³¹¹ K o h l e r, Sachenrecht, lk. 366.

³¹² Vt. ka G i e r k e, Sachenrecht, lk. 604.

³¹³ K o h l e r, Sachenrecht, lk. 257.

³¹⁴ K o h l e r, Sachenrecht, lk. 366.

substantsõigused asja valdusega (*einfache Substanzrechte mit Sachbesitz*); siia kuulub vilikasustus; bb) iseseisvunud asjavaldusõigused (*Sachbesitzrechte mit Verselbständigung*); siia kuuluvad hoonestusõigus, põlisrendiõigus jne.

Olgu veel tähendatud, et K o h l e r'i järgi kuulub kinnikvõlg (nii tavaline kui ka omaniku-kinnikvõlg) nn. puht-absoluutsete väärtusõiguste hulka ³¹⁵.

Et vaadeldud õpetuse järgi kuulub väärtusõigus asjaõiguste hulka, millega võime täiesti nõustuda, siis jääb ka pandiõigus kui väärtusõigus selle jaotuse kohaselt ikkagi asjaõiguseks.

On aga vaateid, mille järgi pandiõigus, olles küll absoluutne õigus, ei kuulugi otseselt enam asjaõiguste valdkonda.

Jättes kõrvale vanemad pandektiõiguslikud tsiviilõiguse süsteemid, kus vaieldakse küsimuse üle, k a s j a k u i v õ r d on pandiõigus üldse asjaõigus ja kas ta ei sarnane rohkem obligatsiooniõigusega ³¹⁶, peatume siin lühidalt S i n a i s k i, R j a z a n o v s k i ja F r e y t a g - L o r i n g h o v e n'i õpetusel nn. o m a l d a m i s õ i g u s t e s t (права присвоения), mida mainitud autorid

³¹⁵ Kohler, Sachenrecht, lk. 419, 422 jj.

³¹⁶ Nii tuleb v. Meibom'i arvates hüpoteek üldse välja heita asjaõiguste hulgast ja paigutada täielikult obligatsiooniõigusesse. Vt. V. v. Meibom, Das Mecklenburgische Hypothekenrecht (Deutsches Hypothekenrecht. Hrsgb. von V. v. Meibom. Bd. II). Leipzig, 1871, lk. 35.

On vaateid, mille järgi pandiõigus on teatav *rei obligatio*.

M ü h l e n b r u c h ütleb: „Pfandrecht ist: Haftung eines Vermögens-objects zur Sicherung eines Forderungsrechts — *rei obligatio*.“ M ü h l e n b r u c h, op. cit., lk. 185.

V a n g e r o w ütleb samuti: „Dass in all' diesen Punkten das Pfandrecht sich eben so sehr der *Obligatio* annähert, wie es sich von den übrigen *jura in re aliena* unterscheidet, bedarf keiner besondern Ausführung, und da dürfte es doch wohl mehr als eine bloße „in das Reich der Phantasie zu verweisende Spielerei“ (s. Puchta, Vorles. §. 193. a. E., Dernburg I. S. 111) sein, wenn man im Gegensatz zu den übrigen *jura in re aliena*, welche eine *rei servitus* begründen, das spezifische Wesen des Pfandrechts in eine *rei obligatio* setzt.“ Vt. V a n g e r o w, op. cit., lk. 798.

Vt. selle küsimuse kohta A r n d t s, op. cit., nota 2, lk. 192, W i n d s c h e i d - K i p p, I, nota 8, lk. 1128.

Kaasaegse tsiviilõiguse käsitlejatest on ses mõttes märkimisväärt ka C o s a c k, kes vaatleb kinniku igakordse omaniku kohustust hüpoteegi puhul kui reaalobligatsiooni. Ta ütleb: „Das Grundpfandrecht ist zwar ein dingliches, aber nicht immer ein ausschliesslich dingliches Recht.“ K. C o s a c k, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II. Jena, 1913, lk. 220.

ka ei pea võimalikuks paigutada otseselt asjaõiguste hulka, kuid samuti mitte obligatsiooniõigusesse.

Nii ütleb Rj a z a n o v s k i, et omaldamisõigused kuuluvad absoluutsete õiguste hulka, sest seesuguse õiguse omaja õigustusele vastab kõikide kolmandate isikute kohustus hoiduda segamast selle õigusala sfääri.

Omaldamisõigused erinevad Rj a z a n o v s k i arvates asjaõigustest, sest nad ei anna vahetut isandust asjale (ei füüsilises ega ka ideelises mõttes), nad avavad vaid võimaluse seesuguseks isanduseks tulevikus. Ka ei saa omaldamisõigusi lugeda asjaõigusteks seepärast, et mõned neist, näit. pandiõigus, ei anna õigustust asja kui niisuguse omaldamiseks, vaid omaldamine on võimalik ainult asja käibeväärtuse suhtes ³¹⁷.

Sellest küljest — seega objekti järgi — võib omaldamisõigusi liigitada: 1. asja omaldamise õigusteks (näit. maapõue varade ümbertöötamise õigus) ja 2. asja käibeväärtuse omaldamise õigusteks (pandiõigus, väljaostuõigus) ³¹⁸.

Et aga asjaõiguse oluliseks tunnuseks on ta absoluutne iseloom ja vahenditus, siis tuleb ka pandiõigust meie arvates ikkagi lugeda asjaõiguseks, sest ta haarab oma objekti vahetult. Pandiõiguse asjaõiguslik iseloom väljendub samuti nn. *droit de suite*'is: ta järgib asja, missugune iganes oleks selle saatus.

Pandiõigus allub kui asjaõigus kõigi asjaõiguste eeskirjadele ja eriti kinnistusraamatu sätetele ³¹⁹.

Lõpptulemusena võime öelda: piiratud asjaõigused, nende hulgas ka pandiõigus ja teised nn. väärtusõigused, asetsevad iseseisvatena omandiõiguse kui põhimõtteliselt piiramatu asjaõiguse kõrval, ja seesuguste piiratud asjaõiguste ühe liigitusena on võimalik ka nende õiguste jaotus objekti kuuluvuse alusel, millise jaotuse

³¹⁷ Рязановский, op. cit., lk. 69. Ses mõttes tarvitabki Freytag-Loringhoven mõistet: „Мобилизация мѣнновой цѣнности недвижимости.“ А. Л. Фрейтагъ-Лоринговенъ, Матеріальное право Проекта Вѣщнаго Устава. Томъ II. Юрьевъ, 1914, lk. 1.

³¹⁸ Рязановский, op. cit., lk. 70. Vt. ка Сивайский, Основы, II, lk. 85.

³¹⁹ Maasunnise asjaõiguslikkuse küsimuse jätame ligemalt vaatlemata, konstateerides, et maasunnis on piiratud asjaõigus. Teooriaid ja literatuuri selles küsimuses vt. Gierke, Sachenrecht, § 148—151, lk. 699 jj. Samuti Erdmann, Privatrecht, II, lk. 509 jj.

järgi on piiratud asjaõigused võimalikud esiteks võõrale asjale ja teiseks võimalikud samuti o m a l e asjale.

Ning sel piiratud asjaõiguste omale asjale rühmal on oma kindel k o h t üldises asjaõiguste süsteemis.

Sest kõike eespool-öeldut arvesse võttes võime asjaõigusi õigusteoreetiliselt käsitleda järgmise süsteemi kohaselt.

Asjaõigus jaotub k a h t e o s s a. Esimene osa sisaldab asjaõiguse nn. provisoorse korra ja kinnistusraamatu käsitletuse. Ja nimelt koosneb see esimene osa k a h e s t j a o s t, kus esimene jagu käsitleb valdust kui seda provisoorset, esialgset asjaõiguse korda, kuna teine jagu räägib kinnistusraamatust kui asjaõiguse tehnilisest figuurist, millel on üldine tähendus teiste asjaõiguslikkude instituutide kohta ³²⁰.

Selle süsteemi kohaselt käsitleb t e i n e o s a asjaõiguste lõplikke, definitiivseid instituute. See osa jaguneb omakorda k a h t e j a k k u. Esimene jagu sisaldab käsitletuse omandiõigusest. Sama osa teine jagu kõneleb piiratud asjaõigustest. Ja omakorda koosneb selle teise osa teine jagu k a h e s t a l a j a o t u s e s t. Esimeses alajaotuses tulevad käsitlemisele piiratud asjaõigused võõrale asjale, kusjuures üksikute asjaõiguslikkude tüüpide liigitus ja järjestus on korraldatud nende õiguste sisu alusel. Ja lõpuks, teise osa teise jao teises alajaotuses tulevad vaatlemisele piiratud asjaõigused omale asjale, nende olemus ja üksikud tüübid, kusjuures viimaseid, samuti kui piiratud asjaõigusi võõrale asjale, tuleb liigitada ja järjestada nende sisu järgi.

³²⁰ Iga liigituse ette (s. o. liigitamisel osadeks, jagudeks ja alajaotusteks) tuleb endastmõistetavalt paigutada vastavat süsteemilist liigitust selgitav ja põhjendav, seega sissejuhatav peatükk.

PEATÜKK V.

Piiratud asjaõiguste omale asjale olemus, iseloom ja liigitus.

Vaateid piiratud asjaõiguste omale asjale küsimuses ja nende vaadete hinnang. — Piiratud asjaõiguste omale asjale olemus, iseloom ja liigitus.

Vaadeldes üksikuid teooriaid ja seisukohti piiratud asjaõiguste omale asjale üle, näeme, et osa neist on püstitatud üldisel kujul kõikide piiratud asjaõiguste omale asjale kohta. Suur osa teooriatest on aga siiski lähtunud vaid omanikupandiõigusest ja nende arutlused kõnelevad siis ka ainult omaniku-hüpoteegist ja omaniku-kinnikvõlast.

See on teataval määral ka arusaadav, sest, nagu ütleb Gierke³²¹: „Das Eigentümergrundpfandrecht ist der ausgeprägteste Typus der dinglichen Rechte an der eignen Sache“, ja seepärast tokkiski peamiselt siit äge vaidlus piiratud asjaõiguste omale asjale olemuse kohta üldse.

Vaadeldes teooriaid ja seisukohti piiratud asjaõiguste omale asjale kohta selle järgi, kuidas need teooriad või seisukohad suhtuvad käesolevasse probleemi, võime neid liigitada kolme rühma, ja nimelt kõigepealt eitavateks, kus kategooriliselt väidetakse, et selliseid õigusi pole olemaski, teiseks n.-ö. vahepealseteks, pooleldi-pooldavateks, nagu mingi paratamatusega leppivateks, sageli lihtsalt konstateerivateks, et sellised õigused on olemas, ja kolmandaks, täiesti jaatavateks, kus neid õigusi võetakse kui loomulikke õiguste kategooriat.

Algame eitavate ja n.-ö. vahepealsete seisukohtade vaatlemisega.

Siin olgu esimesena viidatud literatuuris ikka ja alati toodud

³²¹ Gierke, Sachenrecht, lk. 921.

Freisi kohtuministri *Le o n h a r d t*'i arvamusele, et on asjatu vaev üldse konstrueerida omanikuhüpoteeki juriidilisest seisukohast: ta ei lase end paigutada juriidiliste konstruktsioonide raamidesse ja käib vastu igale juriidilisele mõistele ³²².

Samuti on liiga korduvalt naeruvääristatud *P u c h t a* iseloomustust omaniku-pandiõiguse kohta, mis olevat „monströser Begriff“ ³²³.

Oma õpetuses omandist lähtub *P u c h t a* kõigi asjaõiguste totaalsusest kui omandi sisust. Seega on iga õigustus asjale paratamatu konsekventsusega juba omandiõiguses olemas ja piiratud asjaõigused on seepärast vaid n.-ö. ajutiseks väljavõetud õigustused sellest omandist.

Siin toimub nn. konsolideerimistung, näit. omandi ja pandiõiguse kokkumise puhul, puht-elementaarselt.

Küsimus, kas on olemas asjaõigusi, mis sarnanevad küll omandiõiguse sisuga, aga on siiski teisiti konstrueeritud, nii et nad ei või üle minna omandisse, ei saa siin üldse tekkidagi: omandiõigus oma sisuga on kõik.

Ka *P l a n c k* asub piiratud asjaõiguste omale asjale suhtes eitavale seisukohale.

P l a n c k ütleb ³²⁴:

„Die Frage nach der juristischen Konstruktion eines solchen Rechtes neben dem Eigentume hat dem § 889 gegenüber kaum mehr als theoretische Bedeutung.... Der oft gehörte Einwurf, dass die Befugnisse, die das Recht gewähren könne, bereits in dem Eigentum enthalten seien, darf nach den Untersuchungen.... als abgetan betrachtet werden.... Das Eigentum steht den übrigen Rechten an der Sache nach.... Ein solches Recht wirkt aber nicht bloss gegen das Eigentum, sondern auch gegen die ihm im Range gleich- oder nachstehenden Rechte. Gegen diese vermag es auch dann sich zu betätigen, wenn der Eigentümer der Berechtigte ist.“

K i n d e l'i ³²⁵ järgi on näiteks omaniku-kinnispandiõigus kõike muud kui tõeline pandiõigus. Sest käib nii loogika kui ka

³²² Kõne Preisi saadikutekojas (Abgeordnetenhaus) 30. nov. 1868. a.

³²³ *P u c h t a*, op. cit., lk. 314.

³²⁴ *P l a n c k*'s Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Hrsgb. von E. Strohal. Bd. III: Sachenrecht. Berlin, 1915, lk. 206—207.

³²⁵ *W. K i n d e l*, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek. Festgabe für R. Koch. Berlin, 1903, lk. 78 jj.

tsiviilõiguse põhimõtete vastu — väidab Kindel —, et omanikul enda maatüki suhtes oleks tõeline pandiõigus.

Pandiõigus koosneb üksikutest õigustustest, mis on omandist kui õigustuste kogust eraldatud. Omanikuhüpoteek on seega õigustuste summa, mis lõppenud, kuid kustutamata jäänud hüpoteegist omandiõigusesse tagasi lähevad või sissekantud, aga kehtetu hüpoteegi puhul on omanikule alles jäänud.

Bremer³²⁶ leiab, et mõiste „pandiõigus omale asjale“ sisaldab iseendas juba teatavat vasturääkivust.

Nii kui servituut on õigus servituudiks õigustatud isikule mittekuuluvale (võõrale) asjale, samuti on ka pandiõigus õigus pandikreeditorile mitte kuuluvale (võõrale) asjale.

Seepärast ütleb Bremer kategooriliselt: „An der eigenen Sache, an dem eigenen Recht kann man nicht noch ein Recht haben“³²⁷.

Arangio-Ruiz seob printsiibi „*nulli res sua servit*“ piiratud asjaõigustega võõrale asjale. See printsiip nõuab Arangio-Ruiz'i arvates täpsat vahetegemist omandiõiguse ja *jura in re aliena* vahel. Paratamatult neelab omandiõigus endasse tema kõrval samale asjale oleva teise asjaõiguse. Piiratud asjaõigus on seega võimalik ainult siis, kui ta subjektiks pole omanik. Seepärast ründab Arangio-Ruiz ka vaadet, mille järgi servituut on omandi kitsendus³²⁸.

Goldschmidt³²⁹ ütleb, et omaniku-kinnispandiõigus on vaid tehnilistel põhjustel ekslikult nimetatud õiguseks omandist.

Jhering'i³³⁰ seisukoha järgi tähendab omanikuhüpoteek kohustuse olemasolu samaaegse õigustuse puudumisega. Siin on tegemist, nagu ütleb Jhering, seisundiga — „passive Gebundenheit der Sache“.

³²⁶ F. P. Bremer, Hypothek und Grundschuld. Göttingen, 1869, lk. 48.

³²⁷ F. P. Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjecte. Leipzig, 1867, lk. 146.

³²⁸ V. Arangio-Ruiz, *Ius in re aliena*. Dizionario pratico del diritto privato. Fondato da V. Scialoja e già diretto da P. Bonfante, R. de Ruggiero. Direttore F. Mario. Vol. III, p. II. Milano, (1934), lk. 119.

³²⁹ R. Goldschmidt, Systematik des Pfandrechtes und der Hypothek des Eigenthümers. Berlin, 1877, lk. 6.

³³⁰ Jhering, op. cit., lk. 490.

Ka H a c h e n b u r g ³³¹ asub enam-vähem Jhering'i seisukohal. Ta väidab, et tavaliselt on hüpoteek kinniku koormis, küsib aga: mis on siis omanikuhüpoteek?

Omanikuhüpoteek on Hachenburgi arvates rohkem kui kinnistusraamatus koha reserveerimine pandiõiguse jaoks, samuti rohkem kui „vaba koha“ õigus. Ta on hüpoteek, mitte vaid abstraktne õigus nõuda teatava rahasumma maksmist kinnikust või käsustada teatavat kohta kinnistusraamatus. Ta on hüpoteek, kuid teataval määral kitsendatud teostamisvõimalusega omaniku kätes. Puudub see isik, kelle kasuks vastav samme peab toimuma. Hachenburg ütleb, see pole mingi hüpoteegi modifikatsioon, hüpoteegi liik, mis teatava lisandusega erineb seaduses loodud normaalvormist, vaid on hüpoteegi osa, poolik hüpoteek, mis alles uue õigustatud isiku juurdetulekul muutub normaalhüpoteegiks ³³².

Seadus annab omaniku nimel sissekantud piiratud asjaõigusele iseseisva toimejõu, sidudes kinnikut omaniku isikuga, kuni uue õigustatud isiku esilekerkimiseni.

Hachenburgi järgi on omaniku-pandiõigus seega nagu mingi subjektita õigus ³³³.

H i r s c h ³³⁴ ütleb, et omanikuhüpoteek on „die zu einem bestimmten Teil und Rang im Grundbuche verlaubliche Surrogationsbefugnis des Eigentümers“.

D e r n b u r g'i ³³⁵ arvates on omanikuhüpoteek ja omanikukinnikvõlg ikkagi kinnispandi liigid. Nimelt on asjaõiguslik koormamine, kinnikust teatavat rahasummat maksta, vastutus sammekohustuse (Leistensollen) eest ka siin olemas. See sam-

³³¹ M. H a c h e n b u r g, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Mannheim, 1895, lk. 21 jj.

³³² Omanikuhüpoteek ja kinnikvõlg on mitte teineteisest erinevad õigussuhted, väidab H a c h e n b u r g, vaid sama instituudi kaks vormi, ja seepärast on omanikuhüpoteek ja omanikukinnikvõlg täiesti identsed. H a c h e n b u r g, op. cit., lk. 26—28.

³³³ Selle teooria puudulikkust tuleb näha muide ka selles, et subjektita õiguse olemasolu üldse on vaieldav.

³³⁴ H. H i r s c h, Die Übertragung der Rechtsausübung. Berlin, 1910, lk. 228.

³³⁵ H. D e r n b u r g, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preussens (Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. Bd. III). Halle a. S., 1908, lk. 689—690.

mekohustus on siin vaid eventuaalne, juhuks, kui omaniku-kinnik-võlg või omanikuhüpoteek tulevikus satub teistesse kättesse, kui seda on omanik, või et sundmüügi teel sellele kohale langev saave (Ertrag) kuulub omanikule.

Windscheid'i jaoks³³⁶ on pandiõigus omale asjale „eine Anwendung der Kategorie des (teilweisen) Ruhens der Rechte“.

Ex-Vene tsiviilseadustiku projekti autorid³³⁷ seletavad, et ainuüksi praktilised kaalutlused, mida BGB motiivid omaniku-pandiõiguse kasuks esile toovad, ei tohiks kõigutada seda põhilauset, et keegi ei või oma õiguses piiratud olla teise samuti temale kuuluva õigusega! Siin tekib kunstlik omaniku isiku poolitamine, kus see isik on ka vähema õiguse kandja, ja seesugust võimalust ei tunne teised tsiviilõiguse alad.

„Nagu keegi ei või olla — ütlevad Ex-Vene tsiviilseadustiku projekti autorid — enese kreditoriks ja võlgnikuks ühel ja samal ajal, nii ei peaks olema lubatav ka fiktsioon omaniku kitseandamisest teise tema enda õigusega.“

Omanikuhüpoteegi olemuse vaatlemisel lähtub v. Meibom³³⁸ seisukohast, et hüpoteek tekib sissekandega, kui formaalaktiga. („Es ist daher die Eintragung der Formalakt, durch welchen die Hypothek entsteht.“)

Kellel on õigus sissekannet lasta teha, sel on samuti õigus saada pantkirja. Kinniku omanik, kellele see pantkiri väljaandmisele kuulub, on seega võimeline hüpoteegiõiguse tekkimist pantkirja enese käes hoidmisega edasi lükata. See on niisiis nagu mingi poolik juriidiline akt.

Sissekande toime kohta ütleb v. Meibom: „Die Wirkung der Eintragung auf eigenen Namen kann demnach nur aus den partikularrechtlichen Satzungen bestimmt werden, durch welche sie zugelassen worden ist.“

Ja selline sissekanne erineb v. Meibom'i arvates suurel määral kinnistusraamatulise koha vabaksjätmisest³³⁹.

³³⁶ Windscheid-Kipp, I, lk. 1250.

³³⁷ Гражданское уложение, III, 2, lk. 12.

³³⁸ v. Meibom, op. cit., lk. 148 jj.

³³⁹ Aluseks on siin v. Meibom'il lause: „Der zeitige Eigenthümer kann für sich selbst und auf seinen eigenen Namen eintragen lassen.“ v. Meibom, op. cit., lk. 151.

Olgu veel tähendatud, et v. Meibom eitab oma nimele sissekannete tegemise sõltumatust ja tekkimist pandiõiguse iseseisvumisest.

Ta näeb omanikuhüpoteegis omalaadilist instituuti, mis pole rajatud ei Rooma ega ka Germaani õigusele ³⁴⁰.

Buchka ³⁴¹ järgi saavutab omanikuhüpoteek oma täistoime, kui ta satub võõrastesse kätte. Eriti, tekkinud piiratud asjaõigusena võõrale asjale, ei tarvitse see õigus oma loomult midagi kaotada. Teatavad muudatused õigustuses, ulatuses on tingitud ajutisest seisundist. Ka pole põhjust neid õigusi, mis tekivad juba algusest peale iseseisvatena, vaadelda teisiti, kui derivatiivselt tekkinud piiratud asjaõigusi omale asjale.

Kühnast leiab, et omandi kõrval omale asjale on mõeldavad ka teised õigused, ja seega on kujutus kõikide asjaõiguste totaalsusest omandis murtud. On võimalikud täiesti erilaadilised õigused, mis ei ole ja mis ei lähe üle omandi sisusse, millede sisu ei kattu omandi ühe või teise õigustusega ega lähe üle ka omanikule ³⁴².

Raskused, mis tekkisid Preisi õiguses omanikuhüpoteegi konstruktsiooni määramisel, püüdis von der Hagen lahendada seletusega, et hüpoteegi tõeline objekt pole kinnik ise, vaid selle väärtus, ja nimelt väärtus, mis väljendus ostuhinnas.

Eespool seisev kreditor absorbeerib sellest oma rahulduseks vajamineva osa, ülejääk kuulub allpool seisvale kreditorile. Viimase nõudmist tagab seega hoopis teine objekt kui esimese nõudmist. Kui nüüd eespool seisev pandikreditor välja langeb, siis läheb temale kuuluv väärtusosa omaniku käsustusse, kuna allpool seisvad pandikreditorid ei oma mingit õigust oma seisundit parandada.

Von der Hagen ütleb veel, et omale asjale ei või olla erilist, omandist juba tuletuvat ega seal, kus ta eksisteerib teises subjektis, omandit piiravat õigust; omanikul on õigus vaid vabaks saanud väärtusosale uut hüpoteeki konstitueerida ja see toimub fiktsioonina vana hüpoteegi tsessiooni teel ³⁴³.

³⁴⁰ v. Meibom, op. cit., lk. 151.

³⁴¹ Buchka, Hypothek des Eigenthümers, lk. 103 jj.

³⁴² Kühnast, op. cit., lk. 75.

³⁴³ von der Hagen, Die Hypothek des Eigenthümers. Arnsberg, 1836, lk. 40.

See teooria on tekkinud, nagu öeldud, seoses omanikuhüpoteegi mõistega Preisi õiguses. Esimeseks veaks selles teoorias on see, et Preisi õiguses ja ka BGB järgi vastutab hüpoteegi eest mitte asja üksik, eraldatud väärtusosa, vaid terve kinniku väärtus. Ja peaasi, see teooria jätab piiratud asjaõiguste omale asjale kui õiguste rühma tõelise olemuse ligemalt vaatlemata, sest omaniku-pandiõigus on vaid üks juhtum seesugustest õigustest ³⁴⁴.

Kui senini vaadeldud teooriad piiratud asjaõiguste omale asjale kohta on asunud kas hoopis eitavale seisukohale või võrdlemisi tagasihoidlikule tunnustamisele, siis järgnevalt vaatleme seisukohti, mis suhtuvad märksa pooldavamalt — jaatavamalt piiratud asjaõiguste omale asjale probleemisse.

Siin vaatleme esimesena ja pisut ligemalt Hartmann'i seisukohti ja väiteid piiratud asjaõiguste omale asjale kohta ³⁴⁵. Hartmann soovib kõigepealt näidata, kas ja kuivõrd üldse on omandiõiguse mõiste järgi omale asjale mõeldav veel teine õigus, mida ei saa pakkuda omand, see tähendab, kas pole seega *jura in re aliena* konstrueeritavad ka kui *jura in re propria*.

Hartmann lähtub omandimõistest, mis on ülim, olemuselt haaravam eraõiguslik isandus asja üle, kuid siiski mitte piiramatut võim selles suhtes, olles kitsendatud kolmandate isikute õigustega. Siit leiab Hartmann, et õigused, mis võõra asja suhtes tavaliselt esinevad, võivad ka oma asja suhtes teatava väärtusega olla ja saavad omandi kõrval eksisteerida ³⁴⁶.

Eriti omanikuhüpoteegi puhul märgib Hartmann kahte võimalust: esiteks, varjuna, näiliselt, fiktsioonina püsib küll hüpoteek, tõeliselt aga on olemas omandi vabadus ja omaniku piiramatut käsustusvõime; teiseks kaob just omanik pandikreeditori isikus ja omand jääb pandiõiguse varjuna püsima.

Viimast seisukohta põhjendades toob Hartmann paralleele

³⁴⁴ Selle teooria puudus on ka see, et tema järgi sissekandega oma nimele ei tekigi hüpoteeki ja seega tekib siin vaid teatav teiste, kolmandate isikute isiklik kohustus tunnustada omandi vabadust asja väärtusosa suhtes. Seega pole siin asjaõigust olemas.

Selle nn. *Wertteils-theorie* arvustust vt. ka F. E. Meyer, *Schuldbrief und Gült nach den schweizerischen Zivilgesetzbuch-Entwürfen von 1900 und 1904*. Zürich, 1905, lk. 160 jj.

³⁴⁵ Hartmann, op. cit., lk. 129—133.

³⁴⁶ Hartmann, op. cit., lk. 129.

roomaõiguslikust omandi duplitsiteedist, kus sama asja suhtes kuulus ühele isikule *dominium* vana *jus civile* järgi, teisele preeatori õiguse järgi — *in bonis*.

Sama lugu on võimalik ka kinnistusraamatu süsteemi alusel: üks on tõeline, kuid mitte sissekantud omanik, teine ekslikult (siiski *bona fide*) sissekantud mitteomanik, ja see viimane on avaliku usalduse, kinnistusraamatu õigusepärasuse presumtsiooni tõttu ikkagi võimeline kinniku käsustamiseks, ta esineb selleks legitimeeritud omanikuna. Erijuhuna toob Hartmann siin järgmise võimaluse. Eksikombel sissekantud mitteomanik, näiteks pärija, pandib kinniku mittesissekantud omanikule, näiteks legataarile. Kui nüüd esimene pärija annab kinniku edasi kolmandale isikule, siis tekib *jus in re aliena*. Kui aga legataar tõendab, et tema on omanik, ja sellel alusel parandatakse kinnistusraamat, tekib legataarile pandiõigus omale asjale.

On võimalik, seletab Hartmann edasi, et omanikule on panditud tema enda kinniku suhtes olev *superficies*'e või *emphyteusis*'e õigus, ja seega paistab siin teataval määral tegemist olevat piiratud asjaõigusega omale asjale. Tuleb aga tähendada, et tegelikult pole siin siiski puhtal kujul piiratud asjaõigust oma asja suhtes olemas, sest siin on tegemist kahe õigusega ja nende kahe objektiga: omandiõigusel on objektiks kinnik ise, kuna pandiõigusel on objektiks *superficies* või *emphyteusis* kui iseseisvad õigused ³⁴⁷.

Kõike kokku võttes jõuab Hartmann otsusele, et piiratud asjaõigus omale asjale võib omandi tavalist sisu teatavas mõttes veelgi laiendada, mis muidu ja muul teel poleks üldse mõeldav ega võimalik.

Hinnates Hartmanni seisukohti käesolevas küsimuses, tuleb üldiselt tunnustada tema argumentide ja vaadete leidlikkust, kuid samuti ei saa jätta tähendamata, et Hartmann jääb piiratud asjaõiguste omale asjale probleemi lahendamisel seisma poolele tee, sest Hartmanni leiab, et otstarbe momendist tingituna võivad teatavad piiratud asjaõigused olla vaid *jura in re aliena* kuju-

³⁴⁷ Hartmann tähendab muu hulgas, et järgnevaist Rooma õiguse allikaist olevat näha, et omanikule endale võib tema maatükil kuuluda õigus „altius tollere“, „officere luminibus vicini“, „prospectui vicini“, „stillicidium vel flumen non recipere“. D. 8. 2. 2. ja 21; D. 8. 3. 2; D. 8. 4. 7. 1; D. 44. 2. 26. pr.; D. 39. 1. 15. Hartmann, op. cit., lk. 95.

lised. Näiteks oleks Hartmann'i arvates otstarbe- ja ka mõistusevastane, kui kellelegi kuuluks oma kinniku suhtes põlisrendi- või põlisüüriõigus ³⁴⁸.

Võrdlemisi vastuvõetav on G i e r k e vaade ³⁴⁹ piiratud asjaõigustele oma asja suhtes.

Gierke teeb vahet õigussuhte objektiivse ja subjektiivse külje vahel. Subjektiivsest seisukohast pole kinnispandiõigusel omale asjale (olgu tähendatud, et Gierke räägib piiratud asjaõiguste omale asjale probleemist peamiselt vaid omaniku-pandiõiguse puhul) iseseisvat olemist (selbständiger Bestand). Ta ei anna omanikule asja suhtes õigusi, mida pole tal olemas juba omanikuna.

Omanikule ei või enda vastu kuuluda õigustusi, mida loob piiratud asjaõigus tavaliselt omaniku vastu. Kolmandate suhtes ei ole ühtegi õigustust asja üle, mida ei oleks tal ka omanikuna. „In Ansehung des subjektiven Rechtsverhältnisses besagt also das Eigentümergrundpfandrecht nicht, dass eine Beschränkung des Eigentums besteht, sondern, dass eine bestimmte Beschränkung des Eigentums n i c h t besteht“, ütleb Gierke ³⁵⁰.

Objektiivselt vaatekohalt on aga omandist lahutatud eriõigus kinnikule olemas. Kinnispandile vajalik sisu on omandi sisust n.-õ. välja tõstetud ja iseseisva varaesemena konstitueeritud.

Kinnistusraamatu kaudu tehakse see õiguslik asjaolu igaühele nähtavaks ja ta saab asjaõigusliku jõu.

Rääkides omaniku-kinnispandist, ütleb Gierke ³⁵¹, et omaniku-kinnispandiõiguse sisu kattub vastava kinnispandi sisuga võõrale asjale, kuid lisab samas juurde: „Allein da das subjektive Rechtsverhältnis ruht, kann der Eigentümer von sich aus den Rechtsinhalt nicht geltend machen.“

Selline on lühidas kokkuvõttes Gierke seisukoht omaniku-kinnispandi kohta.

Ometi peab tähendama, et see küllaltki leidlik omanikupandiõiguse lahendamise katse on vaid osaliselt õige. Selle teooria puudus seisab nimelt omaniku-kinnispandi subjektiivse külje kä-

³⁴⁸ Hartmann, op. cit., lk. 132.

³⁴⁹ Gierke, Sachenrecht, lk. 922 jj.

³⁵⁰ Gierke, Sachenrecht, lk. 922—923.

³⁵¹ Gierke, Sachenrecht, lk. 931.

sitlemises. Tõsi on, et omanik ei saa kõiki õigustusi teostada (näit. sundmüüki nõuda), aga suuremat osa küll (näit. käsustada). Omanik, kellele kuulub ühtlasi kinnispandiõigus, saab Saksa õiguse järgi näit. rahuldust, protsente sundvalitsemise ajal jne. Ja kõik need õigustused pole ju mitte omaniku õigustused omandist, vaid pandiõigusest.

Ka Freytag-Loringhoven³⁵² asub piiratud asjaõiguste omale asjale suhtes Gierke eespool-toodud seisukohal, s. t. et piiratud asjaõigustel omale asjale on objektiivselt iseseisev eksistents, kuigi nad ei avaldu subjektiivsest seisukohast.

Nagu Gierke ja paljud teisedki, püstitab ka Freytag-Loringhoven ja rakendab siis oma seisukohad peamiselt kinnispandiõiguse puhul. Ja sellest tuleb, et Freytag-Loringhoveni arvates on vähemalt omaniku-kinnikvõlg omandist ja kohustusest eraldunud iseseisev õigus; omanikuhüpoteegi puhul fingeeritakse kohustuse olemasolu (olguigi et see kohustus kokkumise teel kustus).

Teooriate hulgast, mis on püstitatud piiratud asjaõiguste omale asjale kohta ja mis seda probleemi püüavad lahendada jaa-tavalt, tuleb järgmisena eriti esile tõsta Huber'i vaadet³⁵³.

Huber lähtub piiratud asjaõiguste omale asjale olemuse analüüsimisel omandiõiguse kvalitatiivsest definitsioonist. Ta väidab³⁵⁴:

„Wenn der Eigentümer der Qualität nach das absolute Recht an der Sache besitzt, so stehen ihm nicht nur die einzelnen Eigentümerbefugnisse als Verfügungs- und Nutzungsgewalt über die gegebene Sache zu, sondern er besitzt über diese die Herrschaft auch in dem Sinne, dass er aus ihr machen kann, was er will und was nach der Rechtsordnung möglich ist. Daraus folgt, dass er auch ein Recht an eigener Sache zu bilden vermag, allein dieses Recht ist alsdann nicht... ein abgelöstes Stück von der Summe der Eigentümerbefugnisse, sein Eigentum wird um das Recht an der eigenen Sache, das er gebildet hat, nicht ärmer, sein Eigentum bleibt nach wie vor die absolute oder oberste Herrschaft über die

³⁵² Фрейтаг-Лоринговенъ, Матеріальное право, II, lk. 179.

³⁵³ Huber põhjendab oma varemosundatud teoses, Die Eigentümerdienstbarkeit, mis kannab alapealkirja: Ein Beitrag zu ihrer Rechtfertigung, esmajoones (I, lk. 9) omanikuservituudi vajalikkust, siis üldse piiratud asjaõigusi omale asjale (II, lk. 23) ja siis eriti omanikuservituuti (III, lk. 49), kus ta püüab näidata, kas omanikuservituut on kooskõlastatav omandi mõistega.

³⁵⁴ Huber, op. cit., lk. 45.

Sache. Was er mit der Ausscheidung einer Berechtigung erreicht, ist vielmehr die Schaffung eines eigenen Wertes, den er entweder als *ius in re aliena* an einen Dritten abgibt oder auch als Recht an eigener Sache für sich behalten kann. Die Schaffung eines solchen eigenen Wertes an und aus dem Eigentumsgegenstand ist nun freilich bloss in der Art und in dem Umfange möglich, wie es die objektive Rechtsordnung ermöglicht oder zulässt, und eine blosser Erklärung des Eigentümers, dass er ein gewisses Recht als selbständigen Vermögenswert gebildet wissen wolle, wird ohne besondere Hilfe der Rechtsordnung nirgends auf Anerkennung rechnen können.“

Et Huberi järgi on omanikul absoluutne isandusvõim asja üle, ses mõttes, et ta sellega võib teha, mida soovib ja mis õiguskorras see on võimalik, seega ka õigust omale asjale luua, siit leiab Meyer³⁵⁵, arvustades Huber'i seisukohti, et õigused omale asjale kui subjektiivsed õigused, mis annavad õiguslikku võimu, peavad omama võrdset sisu ja pakkuma samu õigustusi, kui teisedki asjaõigused. Nad peavad langema üldisesse asjaõiguste kategooriasse.

Aga meie omakorda ei või nõustuda Meyeri väitega, et piiratud asjaõigustel omale asjale pole sisu.

Esiteks, piiratud asjaõigusel võõrale asjale on oma kindel sisu ja seepärast ka nende kaasliigil — piiratud asjaõigustel omale asjale on kindel sisu, olgugi vähem ja erinev kui esimestel.

Teiseks ei näita Meyer, miks siis piiratud asjaõigused omale asjale ei ole piiratud asjaõigused. Nad on konkreetsest, tavalise piiratud asjaõiguse võõrale asjale seisukohast küll tõesti mitmeti erinevad õigused, aga ikkagi objektiivselt olemas. Ka kehtib nende kohta, terve rühma kohta *numerus clausus*'e põhimõte.

Edasi, Meyer'il esineb siin veel teine imelik seisukoht: väites, et omanikuhüpoteek ei ole sama, mis harilik hüpoteek, tahab Meyer öelda veel enam, et omanikuhüpoteek polegi pandiõigus, sest — ütleb ta —:

„Dem Eigentümerhypothekar fehlen also alle Befugnisse, die sonst für das Pfandrecht wesentlich gelten, die seinen Inhalt und seine Individualität ausmachen, von denen nichts weggenommen werden darf, wenn ein Pfandrecht noch vorhanden sein soll: vom Pfandrecht dürfen ja nicht einzelne Befugnisse abgetrennt werden, wie vom Eigentum, wenn es (Pfandrecht bleiben soll“³⁵⁶.

Aga selle kohta võib öelda, et ühe ja sama instituudi piirides

³⁵⁵ Meyer, op. cit., lk. 171.

³⁵⁶ Meyer, op. cit., lk. 171.

võib olla palju alaliike, mis üksteisest ka „sisult ja individuaalsusest erinevad“, kui seda sisu ja individuaalsust küllaltki kindlalt mõista. Omanikuhüpotek, harilik hüpotek, omaniku-kinnikvõlg — need on ikkagi kinnispandiõiguse kui üldmõistelise institutsiooni alaliigid.

Järgnevalt toetub Meyer eriti veel Šveitsi ZGB Seletuskirja (*Erläuterungen*) seisukohtadele. Ta ütleb, et Šveitsi ZGB Seletuskiri teeb vahet õiguste vahel formaalses ja materiaalses tähenduses. Ja omanikuservituut, omaniku-pandiõigus ongi õigused formaalses tähenduses. Siinjuures toetub Meyer peamiselt järgmisele kohale ZGB Seletuskirjas, kus on öeldud ³⁵⁷:

„Der formale Bestand der Grunddienstbarkeit auf Grund des Eintrages hat darin eine besondere Bedeutung, dass die Dienstbarkeit erst durch die Löschung des Eintrages ihren Untergang findet und demgemäss, so lange sie nicht gelöscht ist, durchaus mit rechtlicher Wirkung ausgerüstet bleibt. Wird also das Eigentum am herrschenden Grundstück mit demjenigen am dienenden vereinigt, so behält der Eigentümer der beiden das formale Recht in dem Sinne, dass, sobald während der Existenz des letztern aus irgend einem Grunde die Trennung des Eigentums wieder eintritt, die Dienstbarkeit auch wiederum materielle Bedeutung erhält. Gibt man dies zu, so darf dann auch noch der weitere Schritt gewagt werden, von vornherein die Errichtung einer Dienstbarkeit von zunächst nur formalem Bestand zu gestatten. Wirkung der Eintragung an dem eigenen Grundstücke des Berechtigten muss dabei sein, dass, sobald das Eigentum am dienenden von demjenigen am herrschenden Grundstücke sich trennt, die materielle Rechtskraft der Dienstbarkeit zur Geltung kommt.“

Meyer'i arvates on sel jaotusel oma põhi all, sest sissekandega saab ju õigus oma formaalse jõu. See on üldiselt täiesti õige, kuid siiski on mõeldav, et omanikule võib kuuluda ka sissekandeta (näiteks kui puudub kinnistusraamat), piiratud asjaõigus oma asja suhtes.

Oma hüpoteeegi seletuses lähtub Meyer, nagu ta ise ütleb, ideaalsete pandikohtade süsteemist („vom System der ideellen Pfandstellen“) ³⁵⁸, millist lähtekohta tuleb üldiselt õigeks pidada.

³⁵⁷ Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. Bd. II. Bern, 1914, lk. 142.

³⁵⁸ Meyer, op. cit., lk. 183.

Teisal ütleb Meyer: „Der auf den Namen des Grundeigentümers ausgestellte Gült- oder Schuldbrief bestimmt einen ideellen Teil des Grund-

Esimusastmel on siin otsustav tähendus, kusjuures osade suurus määrab esimusastmelise suhte. Pandiõigus tervele kinnikule on jagatud mitte sisult, vaid oma ulatuselt ³⁵⁹.

Täiesti selge ja kindel on käesolevas piiratud asjaõiguste omale asjale võimalikkuse küsimuses ka K o h l e r'i seisukoht.

Kui on olemas, ütleb Kohler ³⁶⁰, mingi õigus asjale, siis on täiesti ükskõik, kellele asi kuulub, ja isegi, kas ta üldse kellelegi kuulub. Piiratud asjaõigus on nii *res nullius*'e suhtes ja ka oma asja peale seega täiesti võimalik.

Ka H e c k suhtub täiesti pooldavalt seesuguste piiratud asjaõiguste omale asjale kategooria olemasolusse.

Need õigused, ütleb Heck ³⁶¹, mida saab omanik piiratud asjaõiguste omale asjale kaudu, pole mõeldavad otseselt omandi õigustuste kaudu. Nad p e a v a d võtma piiratud asjaõiguste kuju.

Piiratud asjaõigustel omale asjale on kaks funktsiooni täita. Esiteks annab seesugune õigus omanikule kaitset allpool seisvate õiguste vastu ja teiseks, kui eristada omandiõigus teisest õigusest omale asjale, võimaldab ta viimase eraldi kasustamist, peamiselt muutes seda teist õigust uuesti piiratud asjaõiguseks võõrale asjale.

Heck tõusetab siin ka analoogiaküsimuse: kas laseb see õigusvorm — asjaõigus omale asjale — end rakendada ka juhtudel, kus ta pole otseselt ette nähtud?

Sellele, muide vaieldavale küsimusele, vastab Heck täiesti jaatavalt ³⁶². Eriti ütleb ta omaniku-pandiõiguse kohta järgmist:

„Das Institut des Eigentümerpfandes ist für die Blüte unseres Grundkredits von geringerer Bedeutung als andere Institute des Hypothekenrechts. Aber es ist für die praktische Anwendung

stückes zur Haftung für eine künftige Schuld. Der Eigentümergehülfs- oder -schuldbrief ist die Zurückgewinnung oder Auslösung eines ideellen Teiles des Grundstückes, der gehaftet hatte.“ M e y e r, op. cit., lk. 189.

³⁵⁹ Selle kohta tuleb aga korrektiivina öelda sama, mis ütleb G i e r k e üldse esimusastme suhte kohta piiratud asjaõiguste omale asjale suhtes: esimusastme suhe ü k s i ei ütle midagi, ta pole õiguse sisu. Teiseks on see M e y e r'i seisukoht pealegi rakendatav peamiselt ZGB jaoks, mitte aga üldiselt, veel vähem kõikide piiratud asjaõiguste omale asjale suhtes.

³⁶⁰ K o h l e r, Sachenrecht, lk. 394.

³⁶¹ H e c k, op. cit., lk. 97.

³⁶² H e c k, op. cit., lk. 99.

unseres Gesetzes, für die juristische Technik von besonderer Wichtigkeit. Bei den meisten Vorgängen des Hypothekenverkehrs spielt das Eigentümerpfand eine eingreifende Rolle. Die Entscheidung praktischer Fälle aus dem Gebiet des Hypothekenrechts ist nur demjenigen möglich, der die Grundzüge dieses Instituts verstanden hat“³⁶³.

Edasi ütleb Heck, et kinnispandiga tekib alati väljavaade omaniku-kinnispandile, missugust nähtust nimetab Heck vari-funktsiooniks (Schattenfunktion). See väljavaade tulevasele tek-kimisele võib olla omaette õiguse objektiks. Seda võib käsustada, aga siiski mitte sisse kanda lasta kinnistusraamatusse. Sest — ütleb Heck — „Der hypothekarische Schatten findet im Grund-buch keinen Raum“³⁶⁴.

Piiratud asjaõigus omale asjale on Hecki arvates siiski vaid õigustorsio, mille olemus seisab teatavas kinnistusraamatu-lise koha kasutamises³⁶⁵.

Täiesti jaatav on ka Wolff'i seisukoht piiratud asjaõiguste omale asjale kohta.

Wolff³⁶⁶ ütleb küll, et piiratud asjaõigus on vaid omandi iseseisvunud osasisu („verselbständigter Teilinhalt des Eigentums“), aga omanik võib konstitueerida neid ka omale nimele. Need õigustused, mida sisaldab nüüd piiratud asjaõigus omale asjale, olid ka koormamatus omandis olemas, aga iseseisvaks muu-tudes saab see õigus kindla esimusastme.

Sachau³⁶⁷ lähtub vaatest omandiõigusele kui „piiratud õiguslikule võimule“ („begrenzte Rechtsmacht“) ja leiab, et see-pärast võib omanik oma asja suhtes omada ka veel teisi õigusi, mis annavad talle asja üle isandusõigustusi, mida omand ei si-salda.

Lõpuks Venediger³⁶⁸ lähtub seisukohast, et seadus (BGB § 889), kõrvaldades konfusiooni kustutava toime üldiselt ja põhimõtteliselt, tunnustab seega üldiselt ja põhimõtteliselt ka piiratud asjaõigusi omale asjale. Piiratud asjaõigus jääb peale kokkumist püsima ja säilitab oma toimivuse üldreeglina täies

³⁶³ Heck, op. cit., lk. 349.

³⁶⁴ Heck, op. cit., lk. 358.

³⁶⁵ Heck, op. cit., lk. 98.

³⁶⁶ Wolff, op. cit., lk. 155.

³⁶⁷ Sachau, op. cit., lk. 13.

³⁶⁸ Venediger, op. cit., lk. 34—35 ja 47—48.

ulatuses. Ja on täiesti mõeldav, ütleb Venediger, et just seetõttu, et talle kuulub kõikide õigustuste summa või ülim võim asja üle, loob üksikute isandusvõimalustest asja üle iseseisva õiguse — piiratud asjaõiguse omale asjale. Seda enam, et sellekujulised õigused annavad omanikule rohkem kui see õigus, mis vastavas seadustikus moodustab omandiõiguse instituudi.

Nagu kõigest ülemaltoodust näeme, on enamik teooriaid asunud piiratud asjaõiguste omale asjale suhtes jaatavale seisukohale. Kuid sealjuures seavad paljud selle õiguste kategooria liiga suurde sõltumusse omandiõigusest. Ka on teooriad püstitatud peamiselt omaniku-pandiõiguse kohta, ja selle all kannatab seesuguste õiguste üldine iseloomustus. Eriti, et seega ei nähta seesuguste piiratud asjaõiguste omale asjale kui terve iseseisva rühma olemasolu.

Olles pühendanud omandiõigusele terve peatüki (peat. II), näeme, et ka käesolev teos ei taha eitada omandiõiguse mõiste tähendust piiratud asjaõiguste omale asjale juriidilise konstruktsiooni leidmisel. Aga on veel teisi niisama tähtsaid õigusinstituute, mida tuleb käesoleva probleemi lahendamisel samuti arvestada. Ja seda püüabki teha ka käesolev uurimus.

Vaadeldes piiratud asjaõiguste omale asjale probleemi omandiõiguse seisukohast, küsime ka meie kõigepealt: kas ja kuivõrd on omandiõiguse kõrval veel mõeldavad ja olemas õigustused, mida ei anna omandiõigus?

Siin tuleb vastata jaatavalt.

Lähtudes omandiõiguse kvantitatiivsest definitsioonist (vt. peatükk II) näeme, et õigustustest asja suhtes kuulub üks osa omanikule, sealjuures fikseerimata kujul; teine osa, fikseeritud kujul, võib olla piiratud asjaõiguse sisuks. Ja viimaste hulgas on loomulikult suurem osa niisuguseid, mis on ka omanikul (eriti õigustused asja valdamise ja kasutamise alal), aga on ka üksikuid käsustusõigustusi, mida omanikul pole (näit. pandi sundmüügi nõudmise õigus).

Seega on piiratud asjaõiguste omale asjale abil teataval määral võimalus isegi laiendada omandis olevaid õigustusi. Kuid olgu tähendatud, et piiratud asjaõiguste omale asjale puhul pole lähtekohaks ometi mitte omanik, kelle õigusi piiratud asjaõigus laiendab, vaid esikohal on piiratud asjaõigus ise, mis satub küll väga

ligidasse kokkupuutesse omandiõigusega, sellesse kokkumise mõjul siiski mitte „ära sulades“.

Ja seepärast võimegi G i e r k e poolt ³⁶⁹ püstitatud küsimusele: kas on omanikul omandiõiguse kõrval võimalik veel eriline piiratud asjaõigus, vastata jaatavalt ja väita, et omandiõigus pole mitte kõiki võimalikke õigustusi asja suhtes sisaldav õigus, ja need võimalikud õigustused võivad samuti olla piiratud asjaõiguste sisuks.

Ja siin tulebki tähendada, et G i e r k e'l on ainult osaliselt õigus, kui ta ütleb, et õigust o i m e seisukohast on piiratud asjaõiguste omale asjale puhul õigustoime avaldunud vaid objektiivselt, kuna subjektiivne õigussuhe „puhkab“. Nagu nägime ülemal, pole ka subjektiivne õigussuhe täiesti ja üldiselt kvietsentses seisundis, vaid ta võib ka avalduda ³⁷⁰.

Et piiratud asjaõiguste sisu pole omandiõiguses iseenesest veel olemas, väidavad ka H a r t m a n n ³⁷¹ ja E n d e m a n n ³⁷².

Ka seisab piiratud asjaõigus omandiõiguse kõrval esimusastmelt ju alati paremal kohal ³⁷³. Nii on seda ka piiratud asjaõigus omale asjale ³⁷⁴.

Seega, lähtudes ikkagi kvantitatiivsest omandiõiguse mõis-

³⁶⁹ G i e r k e, Sachenrecht, lk. 922.

³⁷⁰ Piiratud asjaõiguse omale asjale puhul pole meil tegemist õiguse latentsusega, puhkamisega, sest omanik saab (näiteks BGB § 889 järgi) talle võimaldatud õigustusi tõeliselt kasustada. Sellega suurendab seadus omaniku õigustusi ja omanik võib neid teostada õiguslikus käibes.

³⁷¹ H a r t m a n n, op. cit., lk. 71 jj.

³⁷² E n d e m a n n, op. cit., lk. 39 jj.

³⁷³ K ü h n a s t ütleb, et pandi, eriti kinnikvõla puhul ei ole oluline „Anspruch auf Zahlung, sondern Zahlung in einer bestimmten Priorität nicht nur dem Schuldner, sondern auch Dritten gegenüber...“ K ü h n a s t, op. cit., lk. 90.

³⁷⁴ Täiesti rahuldava põhjenduse selleks, et peale omandi ja piiratud asjaõiguste võõrale asjale on piiratud asjaõigused ka omale asjale loogiliselt mõeldavad, toob H. H o f f m a n n, öeldes: „Das Wesen des dinglichen Rechtes ist die mehr oder weniger begrenzte unmittelbare Sachherrschaft, die Wirkung gegenüber jedermann. Das dingliche Recht wirkt somit nicht nur gegenüber dem Eigentümer, sondern auch gegenüber jedem Dritten. Immerhin wirkt das begrenzte dingliche Recht auch gegenüber dem Eigentümer. Im Umfang des Rechtsschutzinteresses kann daher begrifflich ein begrenztes dingliches Recht an der eignen Sache anerkannt werden.“ H. H o f f m a n n, op. cit., lk. 26.

test, lahendub ka konfusiooni kustutava toime küsimus, selle otsene mõju omandiõiguse elastsuse tõttu konsolideerumise näol, s. t. et omandiõigus resorbeerib kõik teised asjaõigused endasse: konsolidatsioonitung on olemas, aga konsolideerimine ise võib aset leida, aga ka ära jääda.

Leides seega, et omandiõiguse olemus pole otseseks takistuseks piiratud asjaõiguste omale asjale konstrueerimisel, näeme aga veel, et on olemas õigusinstituut, mis just täiel määral võimaldabki seesuguste õiguste esiletulekut ja eriti ta objektiivselt nähtavat olemasolu. Kinnistusraamatu mõju, millele on pühendatud käesoleva teose kolmas peatükk, tohiks olla ses mõttes vaieldamatu, sest kinnistusraamat annab objektiivselt tagatise, et sissekantud õigus on niisugusena, niisuguses ulatuses ja niisuguses esimusastmes olemas, kui ta on raamatusse märgitud.

Ja seega võib veel enamgi öelda: iga piiratud asjaõigus omale asjale võib tekkida, kui legitimeeritud mitteomanik (olgu ta siis ekslikult kinnistusraamatusse kantud omanik või isegi vallasasja valdaja) konstitueerib piiratud asjaõiguse tõelise omaniku kasuks ja tõeline omanik peab konstitueerijat omanikuks, — siis muutub see piiratud asjaõigus piiratud asjaõiguseks omale asjale. Sest sissekanne kinnistusraamatusse — isegi kui ta on ebaõige — loob ikkagi „midagi“ ja see on sarnane tavalise õigusega.

Edasi, on olemas nn. asjaõiguste suveräänsuse põhimõte, s. t. asjaõigus võib olla sõltumatu isikust ja *causa*'st. Sõltumatus isikust esineb kõigepealt peremehele asja suhtes asjaõiguse (eriti veel näiteks kinnikvõla) puhul.

Causa mõju on, nagu teame, üldiselt erinev obligatsiooni- ja asjaõiguses. Esimeses on tal enamikus igal individuaalsel juhul muutusi esilekutsuv mõju. Asjaõigus aga ei allu nii suurel määral *causa* mõjule. Eriti ilmneb *causa*'st lahutumine, abstraherumine kinnikvõla puhul. Ja omaniku-kinnikvõla puhul on see abstraherumisprotsess — asjaõiguse suveräänsus — viidud võimaluste piirideni. Kas siin aga, nagu seletatakse³⁷⁵, teooria arvel käibe tarvetele on järele antud, on iseasi. Meie arvates on järele antud vaid teatavaile teooriaile, õpetustele, mis aga ei tarvitse olla ainuõiged, eriti mitte ajas.

³⁷⁵ K ü h n a s t, op. cit., lk. 29.

Miks mitte vaadelda piiratud asjaõigusi omale asjale eri rühmana kui uut tüüpi õigusi, miks katsuda neid suruda olemasolevasse raamistikku ja nõuda täpsat vastavust olemasolevatele teooriaile, mis ei tarvitse ju ainukehtivad olla, sest, tarvitades K ü h n a s t'i sõnu, „pidevas õiguse edasiarengus ei tohi arusaadavalt keegi kahelda“³⁷⁶.

Teame, kuis keeb vaidlus kinnikvõla juriidilise konstruktsiooni üle, kus ka see instituut ei mahu hästi endistesse pandiõiguse raamidesse. Ei ole veelgi täiesti vaibunud ainuõiguste, eriti autori õiguse loomu küsimus, kus muide omandiõigus jällegi etendab küllaltki suurt ja nimelt takistava teguri osa. Ses mõttes võikski võtta teatava pooltargumendina piiratud asjaõiguste omale asjale probleemi lahendamisel paralleeli nende õiguste ja omandiõiguse vahel ühelt poolt ja autoriõiguse ning samuti omandiõiguse vahel teiselt poolt. Nagu autorile kuuluv omandiõigus raamatule ja samale autorile kuuluv autoriõigus teosele on lahusolevad õigused, nii kuulub ka piiratud asjaõiguste omale asjale puhul omanikule asja suhtes omandiõigus ja sama asja peale ka veel mingi piiratud asjaõigus. Siiski tuleb siin olulist erinevust silmas pildada: autoriõiguse ja omandiõiguse puhul on meil tegemist erisuliste ja ka eriobjektiga õigustega, piiratud asjaõiguste omale asjale ja omandiõiguse puhul aga on tegemist ühe ja sama objektiga, mõlemad õigused erinevad vaid sisult.

Samuti mitte küll üldise ja täieliku analoogiana, kuid siiski ilmeka argumentatsioonina võime tuua suhte omandiõiguse ja maapõuevarade kaevamise õiguse vahel. Nimelt, kui seadusandlus piirab maaomanikku teatavate maapõuevarade kaevamises, siis on juhul, kui riigivõim annab eriloa alusel selliste varade kaevamise õiguse samale maaomanikule tema maa-alal, meil tegemist ka õigusega omale asjale, ja nimelt piiratud asjaõigusega omale asjale. Vahe seisab peamiselt selle õigustuse tekkimise aluses: tavaline piiratud asjaõigus omale asjale on tekkinud puht-eraõigusliku toimingu alusel; toodud juhtumil on siin aluseks riigivõimu akt. Aga olgugi et õigustiitlid on erinevatele alusele rajatud, need õigustiitlid on lahutatud omandiõigusest, mis ju ka ise on õigustiitel.

Aga ka siin tuleb tähendada, et see analoogia katse võib osutuda ekslikuks. Nimelt erinevad vastavad sätted ja põhimõtted

³⁷⁶ K ü h n a s t, op. cit., lk. 69.

maapõuevarade kaevamise kohta üksikute riikide seadusandlustes. On riike, kus mäe-õiguse sätete kohaselt on maapõuevarade kaevamise õigus puhtakujuline *e r i õ i g u s*, kusjuures sellel õigusel on ka oma eriobjekt: maaomanikule kuuluvast kinnikus leiduvad maapõuevarad on tunnustatud riigi omandiks. Selliste seadusandluste järgi toimub maapõuevarade kaevamise õiguse andmine eraisikule, n.ö. näiliku piiratud asjaõiguse loomine oma asja suhtes, vastavasisulise erilise haldusakti alusel ³⁷⁷.

Kuivõrd erinevad, samuti ka kõikuvad, muutlikud ajalt ja ruumilt on tsiviilõiguse õpetused ja süsteemid, nägime asjaõiguste üldise süsteemi vaatlemisest (peat. IV). Ja siin tuleb uuesti viidata asjaõiguse iseloomule vanas Germaani õiguses, kus polnud olemuslikku vahet omandiõiguse ja teiste asjaõiguste vahel, misugune seisukoht laseb kaudselt põhjendada ka piiratud asjaõiguste omale asjale kui iseseisvate õiguste eksisteerimist omandiõiguse kõrval.

Ses mõttes, nimelt õiguse arengu seisukohast, toetab omandiõiguse kvantitatiivse definitsiooni vastuvõetavust ka see, et ta sobib meie ajal toimuva nähtusega, kus omand on pidevalt kaotanud ja kaotab veelgi suure osa oma, kord võrdlemisi piiramatust olemusest ja ulatusest ³⁷⁸.

Nagu eespool (peatükk II) tähendatud, on omandiõiguse kujunemisel kõigepealt roomaõiguslikul individualistlikul ja germaaniõiguslikul ühiskondlikku laadi omandimõistel oluline tähendus. Nende mõistete vastastikuse mõjustuse tasakaalust või ülekaalust on suurel määral olenenud üksikute ajastute omandiõiguse struktuur.

Sinna juurde on tulnud teiste tegurite mõju. Mitmed ühiskondlikud õpetused on, nagu teada, ka omandi oma vaatluse objektiks teinud, kas teda oma kaitse alla võttes (näiteks 19. sajandi majanduslik liberalism ja kapitalism) või teda ägedalt rünnates (kommunistlik teooria) ³⁷⁹.

³⁷⁷ Lõpuks, muuseas on ju ka täiesti konstrueeritav õigussuhete ahelkompleks, kus omanik on omas majas üürnik, omas talus rentnik jne.

³⁷⁸ Selles mõttes on praeguse aja omandiõigus suuresti erinev roomaõiguslikust omandist, mida Brinz ei peagi enam otseselt õigussuhteks, vaid leiab, et roomaõiguslik omand on isiku võimu laiendamine, see on nn. kinniku omaniku laiendatud 'ego'. A. Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. I. Erlangen, 1873, lk. 470 jj.

³⁷⁹ Kokkuvõtliku, olgugi teataval määral sihindliku ülevaate omandi-

Üldise kompromissina tundub siiski seisukoht, et omand tuleb vabastada äärmuslikust individualistlikust, igati puutumatust eraomandi iseloomust ja seega rohkem rõhutada temas ühiskondlikku funktsiooni.

Ja see kompromislik omandi loomus paistab pidevalt tungivat ka seadusandlustesse. Sest kui jätta arvestamata üksikute riikide

õiguse struktuuri arengust (peamiselt Saksamaal) annab W. Merk oma teoses „Das Eigentum im Wandel der Zeiten“ (Langensalza, 1934).

Merk teeb kõigepealt vahet inimeste koondistele kuuluva ühisomandi ja üksikisikuile kuuluva eraomandi vahel (osundatud teose lk. 8). Tehes vahet ka roomaõigusliku ja germaaniõigusliku omandi vahel ütleb ta (osundatud teose lk. 12 ja 13): „Die Römer haben früher und schärfer als andere Völker das Eigentum als sachenrechtliche Allgewalt, als unbeschränktes und unteilbares Recht, als einseitige Herrschaft ausgestaltet. Das römische Recht ist bestrebt, alle an der Sache denkbaren Herrschaftsbefugnisse in der Hand des Eigentümers festzuhalten, alle unmittelbare Sachherrschaft in der einen und unteilbaren Gewalt eines selbstherrlichen Sondereigentümers zusammenzufassen. Es ist durchaus abgeneigt, Teilbefugnisse davon zugunsten anderer Personen abzusplittern.“ ... „Dem germanischen Recht ist die römische straffe Zusammenfassung aller Sachherrschaft in der Hand des Eigentümers fremd. Das germanische Sachenrecht ist von dem sozialen Gedanken beherrscht, dass wirtschaftliche Sachgüter nicht in den Händen eines verhältnismässig kleinen Kreises von Eigentümern bleiben, sondern dass daran möglichst viele Volksgenossen unmittelbaren Anteil haben sollen.“

Germaani omandis endas on piirid; ta toob kaasa kohustusi nii perekonna, naabrite kui ka teiste ühiskonnaliikmete vastu. Omanikul pole ka täiesti vaba suvalist käsutusõigust surma puhuks: veresugulastel on ooteõigus. Eriti kinnisomand pole lihtne kaup, vaid ta on kõikide ühiskonnaliikmete õigusliku, majandusliku ja sotsiaalse olukorra aluseks (lk. 15).

Eriti ründab Merk (lk. 24 jj.) ka 18. sajandi loodusõigusliku kooli ja 19. sajandi majandusliku liberalismi mõju omandile. Nn. omandi vabaduse põhimõtte mõjul vabanes omand maasunnistest, omanik tunnistati vabaks omandi käsustamisel, ta võis võõrandada ja tükeldada kinnikuid. Selle omandivabaduse-põhimõtte eriti eitavaks tulemuseks oli maa kinnisvarade võlgadega koormamise vabadus ja kinnikute mobiliseerimine. Liigne kinnikute tükeldamine, ülevõlastumine ja kinnikutega spekulatsioon sundisid viimaks seadusandlusi vahele astuma. See toimuski: maaomandi tükeldamist raskendatakse, pärandamise vabadust piiratakse (*Anerbenrecht* leiab jälle poolehoidu), eriti aga kitsendatakse omandit avalik-õiguslikult. Lõpuks märgib Merk (lk. 41 jj.) üht äärmuslikku pealeilmasõjaaegset tendentsi omandiõigusesse suhtumises, nimelt püüdu sotsialiseerimise võttena „õõnestada“ omandit ülemääraste maksudega. Kokkuvõttes jääb Merk eraomandile küll truuks, kuid nõuab eraomandilt ühiskondlikku teenimist: „... Sonder-eigentum muss pflichtbegrenzt ... sein“ (osundatud teose lk. 50).

erandlik suhtumine sellesse instituuti, mille tulemuseks on eks-treemsed omandimõiste reglementatsioonid mõnedes seadusandlus-tes, on enamikus riikides eraomandi põhimõte siiani püsima jää-nud, aga sealjuures on teda igati püütud ikka rohkem ja rohkem rakendada ühiskondlikku teenistusse³⁸⁰.

Riiklik osavõtmine omandist on nagu mingi *dominium divi-sum*'i näol kõikjal õige tugev. Ja kui omandiõiguse definitsioonid on enamikus tsiviilseadustikes üldiselt küll endised, siis üksik-seadusandlikud aktid piiravad tihti omanikku (peamiselt muidugi kinnisomandi puhul) äärmuseni, jättes omanikule kohati mingi *dominium utile* taolise õiguse.

Kokku võttes näeme, et ühelt poolt konfusiooni kustutava toime ja konsolidatsioonitungi kõrvaldamise teel a b s t r a h e e - r u b k i piiratud asjaõigus õiguseks omale asjale ja teiselt poolt muudab kinnistusraamatuline sissekanne, mis ju, nagu valduski, annab teatava õiguse asjale, piiratud asjaõiguse omale asjale ise-seisvaks õigusühikuks, individualiseerides seda õigust, mis, isi-kut muutes, nagu omandki ja teised asjaõigused, sisult ei tarvitse oluliselt muutuda, jäädes kustutamiseni üldiselt püsima. Piiratud asjaõigused omale asjale kujutavad endast täiesti normaalsete õi-guste rühma, mõjudes vaid esialgselt pisut võõrastamapanevalt.

Ja kui konfusiooni kustutava toime kui eitava teguri kõrval-dumine toimus algul teatavate üksikeranditena kokkumise puhul, siis saab neist üksikeranditest hiljemini teatav üldisekujuline erandsäte, kus sõnal 'kokkumine' on ainult veel puht kokkulan-gemist kui teatavat asjakäiku väljendav tähendus, kusjuures see asjakäik, sündmus võib kaasa tuua vastava tagajärje — õigussuhte tekkimise, muundumise või lõppemise, aga see taga-järg võib niisama hästi ka ära jääda. Ja lõpuks on siin kõrval jõutud ka otsese piiratud asjaõiguste omale asjale konstitueerimise võimaldamiseni.

See aga ei toimunud kõikjal ühel ajal ja samal mää-ral³⁸¹. Ja nüüdki oleme jõudnud vaid olukorrani, kus teata-

³⁸⁰ Saksa nn. Weimari põhiseadus, Die Deutsche Reichsverfassung vom 11. August 1919, ütleb art. 153 lõpus: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste.“

³⁸¹ Omal nimel sissekande tegemise õigusinstituuti tunnustati sea-duslikult esimesena Meklenburgis. Meklenburgi „Revidirte Hypothekenord-nung für Landgüter“ 18. okt. 1848. a. ütleb § 16, nr. 4: „Der zeitige Eigen-

vates seadusandlustes vaid kaudselt vägagi piiratud ulatuses neid õigusi tunnustatakse. Teistes seadusandlustes on see võimaldatud laiemas ulatuses, üldise põhimõttena väljendatud kujul, kus näemegi, et seesugused õigused — piiratud asjaõigused omale asjale on olemas, kuigi — olgu siin tähendatud — ükski seadusandlus neid otseselt nii ei nimeta! Nad on asjaõigused ja asjaõiguste teoreetilises süsteemis on neil ka oma kindel koht ja nimelt piiratud asjaõiguste kui üldise liigi alaliigina. Nad on asjaõigused *sui generis*, kus seesugused piiratud asjaõigused omale asjale on küll suurel määral abstraktsiooni teel saadud, aga nad pole mitte fiktsioon, nagu abstraktse loomuga kinnikvõlg on ka asjaõigus *sui generis*, kuid ikkagi asjaõigus.

Et piiratud asjaõigus omale asjale pole oma konsekventsel kujul mingi fiktsioon, seda tõendab ka see, et vastavate sätete kohaselt on seadusandlustes, kus kokkumise kustutav toime on sõnaselgelt kõrvaldatud (näiteks BGB § 889, Eesti 1936. a. Tsiivilseadustiku eelnõu § 894), ka sõnaselgelt öeldud, et kokkumise puhul asjaõigus ei kustu, vaid jääb püsima.

Edasi, et piiratud asjaõigused omale asjale on asjaõigused, siis on neil seesugustena olemas ka üldised asjaõigustele omased tunnused (vt. peatükk IV).

Eriti nähtub asjaõiguse iseloom sellest, et asja omanik saab võõrandada omandiõigust eraldi piiratud asjaõigusest omale asjale. Teiselt poolt, et omandis olevat asja võib võõrandada iseseisvalt, siis on iga uus omanik ühtlasi ka piiratud asjaõiguse omale asjale (näiteks omaniku-hüpoteegi) subjektiks ³⁸².

Nagu omandi ja piiratud asjaõiguse võõrale asjale puhul, nii ka piiratud asjaõiguse omale asjale kohta on esimusastmel oma kindel tähendus ja see on sarnane mõlemat liiki piiratud asjaõiguste puhul: nad mõlemad on esimusastmelt tugevamad kui omandiõigus ³⁸³.

thümer kann für sich selbst und auf seinen eigenen Namen eintragen lassen, auch dürfen bereits eingetragene Forderungen auf ihn cedirt und umgeschrieben werden.“

³⁸² Heck, op. cit., lk. 352.

³⁸³ Seisukoht, et omand seisab kõigile piiratud asjaõigustele esimusastmelt järel ja ka piiratud asjaõigus omale asjale annab omandiga võrreldes teatava esimuse, on olnud — nagu nägime ülemal — mõnede teooriate

Piiratud asjaõigustes omale asjale näeme kõigepealt vastava õiguse kindlat *s i s u*, mis võrdub üldiselt piiratud asjaõiguse võõrale asjale tavalise sisuga, kuid pisemas ulatuses ³⁸⁴. *O b j e k t i k s* on sama kinnis- või vallasasi ja *s u b j e k t i k s* — igakordne õigusekandja, nagu piiratud asjaõigusteski võõrale asjale ³⁸⁵ (te-

lähtekohaks. Sellele väidab vastu Gierke, et esimusaste ei saa olla õiguse sisuks. Gierke, Sachenrecht, lk. 922.

Omalt poolt võime ühineda Gierke'ga vaid niipalju, et esimusaste pole otseselt piiratud asjaõiguse omale asjale selle olemuseks, õiguse ainsaks sisuks, kuid üheks tähtsamaks elemendiks tema olemuses on ta ometi.

Bekker loendab 4 järgmist piiratud asjaõiguse omale asjale klassi, millel on tema arvates tugevam toime kui omandiõigusel: a) õigused, millele seesmine positiivne külg ületab omandi seesmise külje ja mis seepärast annavad omanikule selliseid õigusi asja käsutuseks ja kasutuseks, milliseid omanik muidu ei omaks; b) õigused, millele väline külg ületab omandi välise külje, kusjuures õigustatud isik võib mõjustusi asjale tagasi tõrjuda, nagu seda omanik ise poleks saanud teha; c) õigused, mis ületavad omandi intensiivsusest ja seega osutuvad tugevamateks kolmandate isikute õigustest, millele ees omand kui nõrgem pidi taganema; d) õigused, milliseid kaitseb õigusvahend, mida ei saa kasutada omanik. E. Bekker, Allerlei von den dinglichen Rechten, insbesondere von den Rechten an eigner Sache. Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. Bd. II. Stuttgart, 1880, lk. 44.

³⁸⁴ Võtame selle kohta näitena deriveeritud piiratud asjaõiguste omale asjale juhu: Pandiõigus, kui piiratud asjaõigus võõrale asjale, kokkumisel mitte tervikus ei kao, ei lähe üle omandiõigusesse, vaid *o s a s i s u s t* jääb püsima. Samuti on ju ka tavaline pandiõigus võõrale asjale oma sisult lahus omandiõigusest. Ses mõttes allub pandiõigus omale asjale tavalisele pandiõiguse normistikule, erinedes vaid selle poolest, et õigustoimes on ta osaliselt paralüeeritud. Ja eriti see, et omaniku pandiõiguse puhul pole sundmüügile laskmise õigust, ei ole küllaldaseks põhjuseks eitada omaniku-pandiõiguse iseseisvat olemist omandist. Sest õigesti väidab E. Hoffmann: „... der scheinbar weitergehende Inhalt der Pfandrechte im Zwangsverfahren hat in Wahrheit mit dem Inhalt der Rechte nichts zu tun, sondern beruht nur auf dem Rangverhältnis von Eigentum und begrenzten Rechten. Dieses Rangverhältnis berührt nicht den Inhalt des Eigentums selbst, sondern nur seine Ausübung.“ E. Hoffmann, Das Eigentümergrundpfandrecht. Diss. Marburg. Darmstadt, 1917, lk. 69.

³⁸⁵ Täiesti tabavalt ütleb selle kohta Crome: „Dieses im Eigentum nicht schon von selbst enthaltene Recht hat der Eigenthümer in den betreffenden Fällen ganz wie ein sonstiger Berechtigter. Er kann es also nicht bloß selbst ausüben, sondern auch weiter übertragen und sonst darüber verfügen; ebenso kann es zwangsweise gegen ihn gepfändet und einem Dritten überwiesen werden. Nur die Selbstausübung des Rechts ist insoweit beschränkt, als Niemand gegen sich selbst eine Leistung betreiben kann.“ C. Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. III. Tübingen, 1905, lk. 741.

gelikult on piiratud asjaõigustes omale asjale õigusekandjaks omanik), ja selle õigusekandja absoluutne õigus on suunatud kolmandate isikute vastu.

Lõpuks, kui käsitleda piiratud asjaõiguste omale asjale liigitust, siis ka siin on sellel asjaõiguste rühmal tihe side ja sarnasus teiste piiratud asjaõigustega.

Seepärast on see klassifikatsioon, mis on antud viimaste kohta käesoleva teose peatükk IV-s, üldiselt rakendatav ka piiratud asjaõiguste omale asjale kohta.

Juurde tuleb vaid üks uus jaotus, mis omab olulise tähenduse eriti piiratud asjaõiguste omale asjale puhul.

Nimelt, peale teiste jaotuste jagunevad piiratud asjaõigused omale asjale:

1. esialgselt (ursprünglich) ja
2. tuletavalt, kaudselt (nachträglich) tekkivateks õigusteks.

Ses mõttes ütlebki Heck³⁸⁶, et omandi ja piiratud asjaõiguse kokkumise puhul saame sekundaarse piiratud asjaõiguse omale asjale. Omanikuhüpoteek on ZGB järgi ja omanikukinnikvõlg BGB järgi aga primaarsed piiratud asjaõigused omale asjale.

Esialgsel, originaarsel kujul tekkiva piiratud asjaõiguse puhul kerkib veel küsimus nn. endaga kontraheerimise (Selbstkontrahierung) üle³⁸⁷. Üldiselt pole see ju võimalik, kuid moodsad õigussüsteemid, kus on olemas *expressis verbis* reguleeritud

³⁸⁶ Heck, op. cit., lk. 97.

³⁸⁷ Endaga kontraheerimise probleemi üle vt. lähemalt M. Samson, Das sog. Selbstkontrahieren nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Erlangen. Neumünster, 1901. Selles teoses jõuab Samson otsusele, et Rooma õiguses polnud selline endaga kontraheerimine võimalik, aga juba üldõiguses on peapõhjused seesuguse keelu kohta osalt ära langenud. Üldiselt aga ei võimalda seda ka üldõigus, sest selleks on vaid üksikud sätted olemas. Seevastu võimaldas juba BGB esimene eelnõu põhimõtteliselt, olgugi mitte sõnaselgelt, endaga kontraheerimist. Samsoni arvates kriitika mõjul praegusesse BGB redaktsiooni paigutatud § 181 keelab aga kindlalt endaga kontraheerimise. Samson, op. cit., lk. 66 jj.

Et aga, nagu öeldud, omanikukinnikvõlg ja uuema Saksa Riigikohtu otsuse kohaselt on isegi omanikuservituut BGB alusel originaarsel kujul tekkivatena võimalikud, siis tuleb seda Samsoni mainitud teoses toodud seisukohta ekslikuks pidada.

omaniku-kinnikvõlg, tunnustavad seega ka sellest „endaga kontraherimise“ keelust selgekujulisi erandeid.

Muuseas võib aga ka omaniku-kinnispandiõigus (kitsamas mõttes) olla esiteks ehtsakujuline, nagu ta seda on BGB-s (Eigentümergrundschuld, Eigentümerhypothek), ZGB-s (Eigentümer- ja Inhabergült, Eigentümer- ja Inhaberschuldbrief), Taani ja Rootsi õiguses omanikuhüpoteek; teiseks võib ta esineda aga ka ebaehtsana, nimelt omaniku õigusena, kinnistusraamatus vabaks saanud pandikoha käsustamise kujul (nn. Rangstelle BGB-s, ABGB-s Pfandrechtsübertragung).

Lõpuks olgu tähendatud, et järjekindlal kujul piiratud asjaõigused omale asjale on võimalikud ikkagi peamiselt kinnisasjade puhul. Valdus, olles küll paralleelne instituut kinnistusraamatule asjaõiguste nähtavakstegemise, publitsiteedi mõttes, ei võimalda vallasasja suhtes vähemalt originaarsel kujul piiratud asjaõiguse tekkimist omale asjale (välja arvatud juhtumid, kui ka vallasasja kohta olev asjaõigus kantakse vastavasse registrisse).

Lõpptulemusena kõike öeldut kokku võttes võime väita: lähedes praktilisest seisukohast, s. o. elulistest vajadustest ja teguritest, mitte nõudes asjaõiguse kustumist kokkumise korral, võttes aluseks omandiõiguse kvantitatiivse mõiste, on kinnistusraamatu abil — eriti viimases kehtivate avaliku usalduse ja esimusastme põhimõtte tõttu — põhimõtteliselt võimalik luua (ja seadusandlused on seda ka teinud) eriliiki piiratud asjaõigusi, nimelt piiratud asjaõigusi omale asjale, kusjuures konsekvantseima, täiuslikema lahenduse saab piiratud asjaõiguste omale asjale probleem sellises seadusandluses, kus asjaõiguste sissekandele kinnistusraamatusse on antud õigust-loov tähendus, konstitutiivne jõud.

Selle, seadusandluse, õiguskorra tähtsuse rõhutamise seisukohast paistab muide, et käesolev seisukoht piiratud asjaõiguste omale asjale probleemi kohta on võrreldav juriidilise isiku puhul loodud nn. juriidilise teooriaga: nii siin kui ka seal on meil tegemist eriliste õiguskujudega, mille on loonud õiguskord oma vastavate sätetega.

PEATÜKK VI.

Piiratud asjaõiguste omale asjale üksikuid instituute tähtsamates seadusandlustes.

Omanikuservituudi ja omaniku-kinnispandi probleem seadusandlustes. — Tähtsamate seadusandluste sätteid üksikute piiratud asjaõiguste omale asjale instituutide kohta.

Lõpetanud piiratud asjaõiguste omale asjale kui õiguste rühma üldise käsitlemise, vaatleme järgnevalt konkreetsemal kujul üksikuid piiratud asjaõiguste omale asjale tüüpe seadusandlustes.

Kõigepealt püüame analüüsida kahte tähtsaimat seadusandlustes esinevat piiratud asjaõigust omale asjale, nimelt nn. omanikuservituuti ja omaniku-pandiõigust, viimast peamiselt kinnispandi kujul.

Vaadelnud nende instituutide üldisi iseloomulikke jooni, käsitleme selle järel üksikute tähtsamate seadusandluste sätteid üldse piiratud asjaõiguste omale asjale kohta. Siinjuures olgu tähendatud, et käsitus on ülevaate kujuline, sest pole võimalust vaadelda kõiki ja kõikides seadusandlustes esinevaid piiratud asjaõiguste omale asjale tüüpe kõigis üksikasjus ja purgival.

Omanikuservituut on seadusandlustes aegamööda kodanikuõigused omandanud ja sealjuures mitte võrdselt igal pool. Ja nagu nägime, on omanikuservituudi tunnustamine sõltumuses konfusiiooni kustutava toime küsimusega. Võttes servituudilt kui instituudilt, mis põhineb kinnistusraamatul, kokkumise kustutava toime, olemegi loonud aluse omanikuservituudi kujundamiseks.

Kuid, kordame, see omanikuservituudi tunnustamine pole kaugeltki ühtlane kõigis praeguse aja seadusandlustes.

Põhimõte „nemini res sua servit“ on Code civil'i maade poolt omaks võetud ja seega kehtib üldiselt omanikuservituudi keeld järgmistes seadusandlustes: Prantsusmaal (CC art. 705), Itaa-

lias (CC art. 664), Hollandis (BW art. 753), Hispaanias (CC art. 546), Portugalis (CC art. 2267), Argentiinas (CC art. 3053), Brasiilias (CC art. 710). Aga ka väljaspool Code civil'i piirkonda on kehtimas üldiselt omanikuservituudi keeld: Austrias (ABGB § 1445, § 526), samuti kehtivas Ungari õiguses; Jaapanis, Inglismaal pole omanikuservituut otseselt lubatud.

Seevastu šveitsi õigus (ZGB art. 733) võimaldab otseselt omanikuservituuti isegi primaarsel kujul.

Saksa õiguses yaremalt valitsenud arvamuse järgi ei saanud omanikuservituut tekkida otseselt, küll võis aga servituut püsima jääda kokkumise puhul. Hiljemini aga, nagu näeme alamal, on seda seisukohta kardinaalselt muudetud.

Seega võiksimegi käesolevas küsimuses seadusandlusi jagada kahte järgmisesse rühma.

Esiteks, seadusandlused, kus ei tunta omanikuservituudi konstitueerimist, aga siiski konfusiooni kustutava toime erandlik kõrvaldamine võimaldab omanikuservituuti, teiseks seadusandlused, kus omanikuservituut on otseselt lubatud.

Võrdlemisi üldisel kujul on konfusiooni kustutav toime kõrvaldatud näiteks Preisi ALR-s, kus I. 22. § 52 ütleb: „Grundgerechtigkeiten können, gleich anderen dinglichen Rechten, durch Confusion verloren gehen.“ Edasi ütleb § 53: „Derjenige also, in dessen Person das Eigenthum der berechtigten und verpflichteten Sache zusammen kommt, ist befugt, die auf letztere eintragenen Grundgerechtigkeiten löschen zu lassen, oder die das Dasein derselben bezeichnende Anlage fortzuschaffen.“ Ja lõpuks lausub § 54: „Ist dieses aber nicht geschehen, und die verpflichtete Sache gelangt demnächst wieder an einen besondern Besitzer: so tritt die vorige Grundgerechtigkeit wieder in ihre Wirkung“³⁸⁸.

Peale selle on arvata, et Preisi maaõiguse järgi oli võimalik omanikuservituut ka kaasomandi puhul³⁸⁹.

Saksi 1863. a. tsiviilseadustiku § 571 võimaldab ka kaasomanikkude vahel omanikuservituuti. Originaarne omanikuservituut on Saksi BGB § 520 kohaselt üldiselt keelatud, kuid § 575

³⁸⁸ Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. Hrsgb. mit Kommentar in Anmerkungen von C. F. Koch. Erster Theil, zweiter Band. Berlin, 1870, lk. 886—887. Vt. samas nende paragrahvide kohta käivaid kommentaare.

³⁸⁹ Vt. H. Hoffmann, op. cit., lk. 14.

järgi on esiteks võimalik derivatiivne omanikuservituut kinniku võõrandamise puhul edasilükkava tingimusega ja teiseks võimaldab sama paragrahv *tacita*-kujulist servituudi loomist omaniku poolt kahe temale kuuluva kinniku kohta — tulevase omandiõiguse lahutamise puhuks ³⁹⁰.

Peale selle on Saksi BGB järgi võimalik servituudi taaselusumine, vaatamata kokkumisele, kui omandiõiguse ühendamine valitseva ja teeniva kinniku suhtes oli ainult möödamineva loomuga või selle vastu oli tagajärjekalt vaidlus tõstetud ³⁹¹.

Samuti püstitab ka Austria tsiviilseadustik servituutide puhul kokkumise kustutava toime üldreegli kõrval erandi. ABGB § 526 lausub: „Wenn das Eigentum des dienstbaren und des herrschenden Grundes in Einer Person vereinigt wird, hört die Dienstbarkeit von selbst auf. Wird aber in der Folge Einer dieser vereinigten Gründe wieder veräußert, ohne dass inzwischen in den öffentlichen Büchern die Dienstbarkeit gelöscht worden; so ist der neue Besitzer des herrschenden Grundes befugt, die Servitut auszuüben.“

Et servituut jääb kokkumise korral püsima, on BGB § 889 järgi vaieldamatult selge. Küsimus aga, kas peale sellise derivatiivse omanikuservituudi on ka originaarne omanikuservituut võimalik, seda on BGB kehtimise ajal lahendatud erineval, isegi üksteisele täiesti vastupidisel viisil. Nimelt tuleb kõigepealt tähendada, et Saksa BGB motiivid eitavad põhimõtteliselt vahetult tekkiva omanikuservituudi võimalust ³⁹². See motiivide seisukoht

³⁹⁰ Saksi BGB § 575 ütleb: „Eine stillschweigende vertragsmässige oder letztwillige Bestellung einer Dienstbarkeit findet namentlich statt, wenn Jemand zwei Grundstücke eigenthümlich besitzt, deren eines das andere durch eine Anlage oder Vorrichtung belästigt und das Eigentum eines dieser Grundstücke auf einen Anderen, oder beider Grundstücke auf verschiedene Personen, ohne Beseitigung der Anlage oder Vorrichtung übergeht.“

³⁹¹ Saksi BGB § 594 lausub: „Grunddienstbarkeiten erlöschen, wenn sich das alleinige Eigentum an dem herrschenden und dienenden Grundstücke in einer Person vereinigt, leben aber wieder auf, wenn die Vereinigung des Eigenthums an beiden Grundstücken aus dem Grunde aufhört, weil solche entweder von Anfang an nur eine vorübergehende war, oder durch Anfechtung des ihr zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts aufgehoben wird.“

³⁹² BGB motiivid põhjendavad seda seisukohta järgmiselt: „Der Begründung einer Grunddienstbarkeit zu Gunsten eines eigenen Grundstücks

pole aga üksi mõõtuandev, sest tuleb vaadata, mida seadus ise selle kohta ütleb. Aga ka BGB vastavaid sätteid tõlgendades on esma-joones Saksa Riigikohus oma otsuses 26. jaanuarist 1901 originaarset omanikuservituuti kategooriliselt eitunud ³⁹³.

Ka vanemate teoste autorid asuvad selles küsimuses samale seisukohale ³⁹⁴, esitades selle vaate kaitseks väite, et ükski ei saa endaga kokkulepet sõlmida ning et selles küsimuses kehtib ka praegugi veel roomaõiguslik põhimõte: *nemini res sua servit*.

Seda seisukohta aga on Saksa õigusteaduslikus kirjanduses juba varem inigi kaaluvate argumentidega rünnatud. Nii näiteks leiab Wolff ³⁹⁵, et kui seadusandlus on lubanud isiku ühepool-
sel tahteavaldusel tekkivat omaniku-kinnikvõlga, kui ta tunnus-
tab kõigi asjaõiguste püsimist kinnikute puhul, kokkumisele vaa-
tamata, siis pole põhjust keelata ka omanikuservituuti originaar-
sel kujul.

Ja Kohler väidab ³⁹⁶, et kui senini kahest ühele omanikule kuuluvast maatükist üks tegelikult juba teenis teist, siis kujuneb, niipea kui need osad üksteisest eraldatakse, endine tege-
lik teenimissuhe jagamise kaudu servituudi suhteks. Sellisel juhul, kui pole muud alust, tekib servituut nn. *generatio spontanea* näol.

Seega pidasid Wolff ja Kohler (aga samuti ka Heck ³⁹⁷), vastandina varem in valitsenud vaatele, võimalikuks

an einem anderen eigenen Grundstück durch den Eigenthümer beider Grundstücke steht der Umstand hindernd im Wege, dass die Möglichkeit eines Vertrages mit sich selbst in diesem Falle nicht anzunehmen ist. Die Zulassung eines gleich wirksamen einseitigen Stiftungsaktes findet sich nicht im geltenden Rechte, und wird auch durch ein praktisches Bedürfnis nicht erfordert.“ Motive, III, lk. 480.

³⁹³ Otsuste köide 47, lk. 202. Ka varem in asus Saksa Reichsgericht originaarse omanikuservituudi suhtes eitavale seisukohale ja nimelt üldõiguse alusel. Otsus 23. veebruarist 1897. Otsuste köide 39, lk. 237.

³⁹⁴ Nii ütleb näiteks Bullinger, ühinedes Saksa Riigikohtu 1901. a. 26. jaanuari otsusega: „Mangels ausdrücklicher Vorschrift und der Möglichkeit analoger Anwendung der §§ 1196 und 1009 BGB ist die Selbstbestellung einer E. Gr. D. nach bürgerlichem Recht unzulässig.“ W. Bullinger, Die Dienstbarkeit des Eigentümers. Diss. Göttingen. Hannover, 1929, lk. 38.

³⁹⁵ Wolff, op. cit., lk. 386.

³⁹⁶ Kohler, Sachenrecht, lk. 44.

³⁹⁷ Heck, op. cit., lk. 99.

siin analoogia tarvitamist omaniku-kinnispandiõiguse eeskujul³⁹⁸.

Ja lõpuks on siis ka Saksa Reichsgericht selle kohtupraktises kaua kehtinud seisukoha originaarse omanikuservituudi lubamatuse kohta minetanud. Nimelt Saksa Kammergericht ja seejärel ka Reichsgericht on nüüd asunud vastupidisele, sellele osa doktriini poolt ammugi pooldatud seisukohale: originaarne omanikuservituut on ka BGB järgi võimalik. Nüüd seletab Reichsgericht³⁹⁹, et BGB § 873-s (mille sätted omal ajal Reichsgericht'i arvates olidki takistuseks originaarse omanikuservituudi võimaldamisel) mainitud kokkuleppe nõutavuse põhimõttest tuleb käesolevas küsimuses teha erand, sest Saksa tsiviilõigus lubab täiel määral piiratud asjaõigusi ka oma kinniku suhtes. Ja kuigi BGB § 873 I lõige nõuab üldiselt kokkulepet (Einigung) õigustatud ja vastaspoole vahel, sisaldab sama § 873 I lõige lõpus sõnad: „so weit nicht das Gesetz etwas anderes vorschreibt“. Ning sellele lausele rajabki Saksa Reichsgericht oma jaatava otsuse originaarse omanikuservituudi kohta.

Venediger⁴⁰⁰ püüab, et veelgi tõhusamalt toetada seda omanikuservituuti originaarsel kujul, omalt poolt põhjendada tema lubatavust analoogiaga BGB § 1196 alusel. Ka servituudi puhul, samuti kui omaniku-kinnikvõla puhul, on tegemist omaniku huvide kaitsega, ja miks mitte siis siingi lubada vastava asjaõiguse tekkimist kokkuleppeta.

Seega tuleb küsimus omanikuservituudi kohta Saksa õiguses lugeda jaatavalt lahendatuks.

Nagu eespool nägime, võimaldas Saksi tsiviilseadustik (§ 575) teatavatel erandjuhtudel omanikuservituudi tekkimist esialgsena. Samuti teeb seda, nagu näeme allpool, ka Prantsuse õigus. Ja esialgselt oli omanikuservituudi konstitueerimine võimalik ka ainult üksikutes šveitsi kantonites (ja nimelt Code civil'i mõjustusel kantonites Neuchâtel, Valais, Vaud, Fribourg). Kuid alles ZGB koostamisega jõuti šveitsi õiguses üldisel kujul iseseisvalt

³⁹⁸ Samal seisukohal asub ka Döring. Vt. P. Döring, Die Eigentümergrunddienstbarkeit. Diss. Göttingen. Göttingen, 1910, lk. 25.

³⁹⁹ Vastav 1934. a. otsus on trükitud ajakirjas „Juristische Wochenschrift“, 1934, lk. 282 jj.

⁴⁰⁰ Venediger, op. cit., lk. 45—46.

tekkida võiva omanikuservituudi tunnustamise põhimõtte (ZGB art. 733) ⁴⁰¹.

Ja tõepoolest, miks ei või kinnistusraamatuline servituut tekkida iseseisvalt?

Tavaliselt võivad ju kaks maatükki ühe omaniku käes jääda teineteisest piiriga eraldatuks. Omanik saab neid piire parandada, muuta, ta peaks saama ka ühte maatükki teise kasuks koormata servituutidega. Sel teel korraldaks ta võimalikke naabrusvahekordi juba ette, juhuks, kui ta ühe neist maatükkidest võõrandab.

Miks aga seadusandlused siiski võrdlemisi vähe tähelepanu on pööranud teistele piiratud asjaõigustele omale asjale, võrreldes omaniku-kinnispandiõigusega, on seletatav sellega, et tungivam vajadus on olnud omanikuhüpoteegi järele; seevastu, ostueesõiguse, hoonestusõiguse, servituutide ja reaalsunniste jaoks pole selline õiguse edasipüsimine, kokkumisele vaatamata, nii oluline, või nagu ütlevad motiivid BGB jaoks: „... durch das praktische Bedürfnis weniger dringend gefordert wird“ ⁴⁰².

Moodne pandiõigus on seesmiselt ehituselt rooma- ja germaaniõiguslike põhimõtete moodustis ⁴⁰³. Endine germaaniõiguslik pandiõiguse puht asjavastutus (Sachhaftung), mis on vahepeal Rooma õiguse retseptsiooni mõjul tugevasti tumenenud, viib hiljemini pandiõiguse kui asjaõigusliku suhte iseseisvumiseni.

Siit ka vaade pandiõigusele kui asivõlale (dingliche Schuld) ⁴⁰⁴.

Kinnispandiõiguse kuuluvust asjaõiguste hulka, nagu nägime

⁴⁰¹ Seega ka Türgi tsiviilseadustikus, mis on retsipeeritud ZGB.

⁴⁰² Motive, III, lk. 203.

⁴⁰³ Nagu seletas Buchka veel 1871. a., ütleb valitsev arvamine, et uuema aja omanikuhüpoteegil pole midagi ühist vanema pandiõigusega omale asjale. Buchka, Hypothek des Eigenthümers, lk. 6.

⁴⁰⁴ Gierke, Sachenrecht, lk. 834; eriti aga O. Gierke, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte. Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte. Hrsgb. von O. Gierke. Heft 100. Breslau, 1910. Seal, lk. 49—50, ütleb Gierke: „Dass die Sachhaftung des deutschen Rechts ein besonderes und durchaus selbständiges Rechtsverhältnis war, ergibt sich aus dem Gesagten. Sie kann als reine Sachhaftung für sich bestehen. Besteht hinter ihr, neben ihr oder vor ihr persönliche Haftung oder Vermögenshaftung, so verliert sie damit nicht ihre selbständige Grundlage und Wirkungskraft. Diese ihre Selbständigkeit hat die Sachhaftung auch nach der Rezeption trotz zeitweiliger Verdunkelung bewahrt und im modernen deutschen Recht wieder zur vollen Blüte entfaltet.“

ülemal (peat. IV), tihti eitatakse (Sinaiski, Rjazanovski, Kohler ja teised). On loodud terve uus kategooria absoluutseid õigusi väärtusõiguste (Wertrechte, omaldamisõigused, права присвоения) nime all.

Tegelikult on aga pandiõigusel kõik asjaõiguse olulised tunnused olemas. Ta annab õigustatud isikule vahenditu ja kõigi kolmandate isikute suhtes kehtiva asjaisanduse. Olgu küll, et õigustatud isikul ei ole mingit iseseisvat mõjustusõigust asjale kui kehale, olgu küll, et õigustatud isikul üldreeglina kinnispandi objekti suhtes puudub valdus ja müügiõigus, aga pandipidajal on asja igakordse omaniku ja iga teise õigustatud isiku suhtes teostatav eelisõigus asja väärtusest rahulduse saamiseks.

Pandipidajale kuuluv asjaõigus väljendub õiguse kestuse ajal n.-õ. asjaõigusliku seose näol: õigustatud isik võib hagi kaudu igal ajal ja igaühele keelata panditud asja halvendamist, mis võiks põhjustada asja väärtuse vähendamist. Ses mõttes väidabki Saksa riigikohus: „Wie bei jedem anderen dinglichen Rechte, besteht auch bei der Hypothek die Dinglichkeit in der unmittelbaren Unterwerfung einer Sache unter die Herrschaft einer Person in bestimmter Beziehung, und zwar ist der Hypothekengläubiger berechtigt, sich wegen seiner Forderung aus dem belasteten Grundstück zu befriedigen“⁴⁰⁵.

Pandiõiguse kui asjaõiguse olemuseks on see, et ta vahetult annab tagava asja kreditori võimusesse, ja nimelt sellisel viisil, et pandipidaja ilma omaniku osavõtteta saab pandivõlga sundkorras sisse nõuda, ja selles ongi asja vahetu allumine pandipidajale ja see teeb selle õiguse asjaõiguseks. Seepärast on kinnispandiõigus, nagu teisedki piiratud asjaõigused, võimalik ka pere-mehetu asja ja ka oma asja suhtes.

Tõsi küll, kinnispandiõigus haarab oma lõpptoimes asjast vaid tema väärtuse, täpsamalt, tema vahetusväärtuse, kuid ometi pole kinnispandiõigus harilik väärtusõigus, mille esemeks on asjast täiesti eraldatud väärtus. Kinnispandiõigus haarab esmajoones ikkagi asja ennast, õiguse teostamine aga on võimalik asja väärtuse esilekutsumise kaudu.

Nii näiteks Saksa õiguses (BGB) haarab kinnispandiõigus

⁴⁰⁵ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 93, lk. 236.

Rooma õiguse eeskujul, kus terve asi on vastutav hüpoteekaari ees, ka tervet asja, mitte mõnd tema väärtusosa.

ZGB järgi kehtib Germaani õiguse eeskujul, kus kinnik on nagu väärtuseosadesse jagatud, nn. *locus-põhimõte*, kindlate koh-tade süsteem, kus igale pandipidajale on rahuldamise saamise mõttes antud kindlaks määratud väärtuseosa ja pandist vabad ko-had kuuluvad omanikule. BGB-s on selleks esimusastme reser-veerimine ja omanikuhüpoteek ⁴⁰⁶.

Nii et kokkuvõetult tuleb kinnispandiõigust lugeda ikkagi pii-ratud asjaõiguseks, seda enam, et muidu tekiks asjatu dualism pandiõiguses, sest valdusega seotud vallaspandiõigust tuleks ju siis vaadelda kinnispandiõigusest lahus. Vaatamata suurtele eri-nevustele on need mõlemad pandiõiguse liigid siiski piiratud asja-õiguste rühma liikmed.

Seoses pandiõiguse iseseisvumise tendentsiga ⁴⁰⁷ ja tema väärtusõigusliku külje väljakujunemisega tekkis Germaani õiguse pinnal omaniku-kinnispandiõigus. Kõigepealt ikkagi erandjuh-tudel, kus konfusiooni kustutatav toime aset ei leidnud. Hiljemini üldistusid sellised erandnähtused ⁴⁰⁸.

Need praktilised ülesanded, mida see õigusinstituut peab täit-ma, ja need vajadused, milledele ta võlgneb oma tekkimise, olid aga juba palju varemini olemas, kui kujunes omaniku-hüpoteegi-õiguse tehniline mõiste.

Selle probleemi materiaalse sisuga, mida nüüdsel ajal saa-dakse lahendada võrdlemisi kergel viisil, tegelesid, nagu nägime (peat. I), juba Rooma juristid. Ja seal, kus veel nüüdki pole otse-selt seadusandlustes tunnustatud omanikuhüpoteeki, saavutatakse sama otstarvet teiste õigustehniliste vahenditega, olgu see siis kitsamas või laiemas ulatuses, sest praktilised vajadused sunnivad nende rahuldamist leidma, olgugi kaudsel teel.

Kui küsida, milleks ja millal on omanikul näiteks veel vaja omandiõiguse kõrval ka hüpoteeki oma kinniku kohta, sest nagu

⁴⁰⁶ Vt. ka Wolff, op. cit., lk. 530.

⁴⁰⁷ Gierke toob tõenduseks asjaolu, et Šveitsis just kantonites, kus *Gült* oli levinud, ka kõige esmalt tekkis omanikuhüpoteek. Aja jooksul kujunesid siis rööbiti nii omanikuhüpoteek kui ka omaniku-kinnikvõlg. Gierke, Sachenrecht, lk. 919.

⁴⁰⁸ Üldõiguses tunnustati pandiõiguse edasikestmist omaniku kätes vaid niisugustel juhtudel, kus omandiõigus ja cespool seisva pandikreedi-tori õigus ühes isikus kokku langesid.

paistab, on ju omanik ilma selletagi vaba objekti igakülgtsel kasutamisel ja käsustamisel, — siis peab tähendama, et on õiguskäibe seisukohast küllaldasi põhjendusi, miks see instituut on tarvilik.

Omanikuhüpoteegiga, samuti kui teiste piiratud asjaõigustega omale asjale, saavutab omanik, kordame varemöeldut, selliseid tagajärgi, missuguseid ei suuda omandis muidu peituvad õigustused talle tavaliselt pakkuda. Omanikuhüpoteegi puhul on siin kindel eriti see, et allpool seisvad hüpoteegid on majanduslikust vaatekohast teist laadi väärtused kui eespool seisvad hüpoteegid.

On ju õige, et nende tagajärgede saavutamiseks on üldiselt kaks võimalust olemas: omanikuhüpoteek ja esimusastme, kinnistusraamatulise koha reserveerimine (*Rangvorbehalt*); aga mõlemad need õigusinstituudid erinevad mitmeti teineteisest oma toime poolest. Sundmüügi korral likvideerib omanik-hüpoteekaar oma hüpoteegi, esimusastme reserveerimise puhul aga, kui sellele kohale pole varemalt antud hüpoteeki kolmandale isikule, kaotab see koht igasuguse tähenduse.

Sellele erinevusele vaatamata suudavad nii omanikuhüpoteek kui ka esimusastme reserveerimine mõlemad praktilisi vajadusi piisaval määral rahuldada.

Lisaks sellele olgu siin veel tähendatud, et näiteks Rooma õiguses oli esimese ja järgmiste pandikreeditorite õigusseisund põhimõtteliselt erinev. Esimesel pandikreeditoril ükski oli täielik pandiõigus ja eriti õigus pandi müügiks. Järgnevad pandikreeditorid aga omasid vaid *jus offerendi* ja õigust esimese poolt müügist saadud hinna ülejäägile — *hyperocha*'le.

Praegusaja õiguse järgi on hüpoteekaarkreeditoride õigused põhimõtteliselt võrdsed, sest ka allpool seisev hüpoteekaarkreeditor omab õigust panditud kinniku sundkorras müüa laskmiseks.

Edasi, ka tingimusliku ja tulevase kohustuse jaoks reserveeritud hüpoteegi järjekorra määrab ta koht kinnistusraamatus. Ning lõpuks olgu veel tähendatud, et ühe ja sama sissekande piirides võib hüpoteegi puhul olla ka oma esimusastmeline järjekord. Ses küsimuses on aga seadusandluste seisukohad erinevad ⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ Nii tulevad näiteks Saksa õiguse järgi kõigepealt rahuldamisele nõudlused kulutuste peale, siis teatavad protsendid ja alles lõpuks kapital. Vt. *Dernburg, Sachenrecht*, lk. 713.

Nii selge kui on omanikuhüpoteeegi (laiemas mõttes) majanduslik põhimõte: eriti teenimatut allpool seisvate hüpotekaaride edasinihkumist takistada, seda vaieldavam on tema õiguslik konstruktsioon.

Selle leidmiseks tulevad rakendamisele samad teooriad, mis on püstitatud üldse piiratud asjaõiguste omale asjale kohta. (Vt. peatükk V.) Et osa neist teooriaist on, nagu eespool tähendatud, püstitatud just omaniku kinnispandiõiguse puhul, pole mõtet neid kõiki siin korrata. Peatume siin lühidalt vaid kolmel erineval vaatel omanikuhüpoteeigile, mis on otseselt püstitatud moodsa omaniku-kinnispandi kohta.

Esiteks väidab Wolff⁴¹⁰, et omanikuhüpoteeek on nn. „*Eigentumssplitter*“, nagu iga teinegi piiratud asjaõigus. Ka omaniku-kinnikvõlg on omandi sisuga täidetud, aga omandist eraldatud, iseseisvunud piiratud asjaõigus omale asjale ja ei erine seega teistest piiratud asjaõigustest, mis kuuluvad võõrale⁴¹¹. (Olgu siiski tähendatud, et siin on erinevus õigustuste mahus: omanikul ei ole iga kord sundmüügile laskmise õigust, ta ei saa vahel protsente jne.)

Teiseks võib mainida nn. väärtuseosa-teooriat (Wertteilstheorie). Selle teooria järgi on omaniku-kinnikvõlg eriti olemas omandi sisus, aga ta sisul pole piiratud asjaõiguse kuju. Ta pole omandi kõrval nii iseseisev kui muud piiratud asjaõigused. Väidetakse⁴¹², et ta pole omandikoormis, sest omaniku-kinnikvõla puhul on meil tegemist koormavaba omandiga.

See vaade viib kindlate pandikohtade teooriani ja võib seega õige olla vaid ZGB, mitte BGB jaoks, ning järelikult pole ta juba üldiselt rahuldav⁴¹³.

Kokkuvõetult on omanikuhüpoteeegis (laiemas mõttes), nagu ütleb Hedemann⁴¹⁴, avaldunud 19. saj. juristide konstruktiivne mõtlemisvõime. Selle kõrval on aga ka tähtsad praktilised vajadused rahuldatud. Ja olgugi et need viimased olid ammu

⁴¹⁰ Wolff, op. cit., lk. 545.

⁴¹¹ Wolff, op. cit., lk. 546.

⁴¹² H. Obernek, Das Reichsgrundbuchrecht. Bd. II. Berlin, 1909, lk. 19 jj.

⁴¹³ Wolff, op. cit., lk. 545—546.

⁴¹⁴ Hedemann, Sachenrecht, lk. 420.

olemas, pidurdas juriidilise konstruktisooni vaieldavus omaniku kinnispandiõiguse arengut ja lõplikku kujunemist. Omanikuhüpoteegi mõiste on rajatud mõttele, et kord tekkinud hüpoteek püsib iseseisvalt edasi ja võib varanduse iseseisva osana ka kinniku omaniku kätte sattuda, kus omandiõigus aga mitte ei tarvitse teda endasse imeda.

Üldiselt on pandiõigus omale asjale seega juhtum, kus on õigus, täielikult edasi püsides, vaid peamiselt teatavas suunas toimiv ja nimelt järelhüpoteekaaride ja kolmandate isikute vastu. Sealjuures on omanikuhüpoteek otseses sõltumuses prioriteedipõhimõttest; viimase tõttu on esimusastme otsustav tähendus hüpoteegi v ä ä r t u s e määramisel.

Lõpuks olgu tähendatud, et omanikuhüpoteek (laiemas mõttes) ehk omaniku-kinnispandiõigus võib esineda üldiselt kahel peakujul:

1. aktsessoorse omanikuhüpoteegi kujul ta kitsamas mõttes ja

2. abstraktse omaniku-kinnispandi — omaniku-kinnikvõla kujul. Seejuures on mõlemad (s. t. omanikuhüpoteek laiemas mõttes) selle poolest tavalise hüpoteegiga sarnased, et neid võib loovutada, pantida ja ka teiste asjaõigustega koormata (näiteks vilikasustusega) ⁴¹⁵.

Rääkides omanikuhüpoteegist ja omaniku-kinnikvõlast, olgu veel tähendatud, et peale nende vahelise erinevuse abstraktsuse näol on omanikuhüpoteegi ja omaniku-kinnikvõla vahel veel see, teatavas mõttes praktiline erinevus, et termini vastu „omanikuhüpoteek“ võib tuua väiteid, nagu kuuluks siin omanikule ühtlasi ka isiklik nõudedokument ja omanik ei saa ju iseenda vastu nõudmist omada, seevastu on omaniku-kinnikvõlg vähemalt selle poolest konstruktiivselt veata. (Erandina võib aga ka omanikuhüpoteek olla selline veata ehk, nagu öeldakse, „ehtne“ omanikuhüpoteek, kui isiklik võlgnik ja panditud kinniku omanik ei ole üks ja sama isik ning viimane omandab asjaõigusliku hüpoteegi kui ka isikliku võlakohustuse ⁴¹⁶. Viimast, võrdlemisi haruldast

⁴¹⁵ Vahe hariliku pandi ja omaniku-kinnikvõla vahel seisab S a c h a u arvates ainult sissenõudmise erinevas laadis: esimesel juhul on see iseseisev, teisel — mitte. Vt. S a c h a u, op. cit., lk. 60.

⁴¹⁶ N u s s b a u m, op. cit., lk. 61—62.

omanikuhüpoteegi juhtu nimetab *Dernburg* „forderungsbekleidete Eigentümerhypothek“) ⁴¹⁷.

Edasi, nii omanikuhüpoteek kui ka omaniku-kinnikvõlg võivad esineda esialgselt tekkivatena (originaarsetena) kui ka derivatiivsetena, s. t. tekkivatena võõrashüpoteegist ja võõraskinnikvõlast ⁴¹⁸. Võõrashüpoteegi omanikuhüpoteegiks muutumine toimub teatavate asjaolude olemasolul automaatselt, *ipso jure*, ilma sissekande muutmiseta kinnistusraamatus, poolte teadmata ja soovita ⁴¹⁹.

Nii omaniku-kinnikvõla kui ka omanikuhüpoteegi olemus seisab ka veel selles, et neid vaadeldakse sundmüügi korral samuti kui iga teist hüpoteeki ja kinnikvõlga: kui ta on sundmüüki taotleva võlausaldaja õigusest eespool, siis jääb ta püsima ja uus omanik peab teda tunnustama kinniku koormisena. Asetseb seesugune omaniku-kinnikvõlg allpool sundmüüki taotleva võlastaja õigust, siis võtab ta osa müügist saadud raha jaotamisel, vastavalt oma kohale pandiõiguste hulgas ⁴²⁰.

Mis puutub omaniku kinnispandiõiguse (laiemas mõttes omanikuhüpoteegi) sisusse, siis olgu siin vaid tähendatud, et omanik saab küll:

1. omaniku-kinnispanti edasi anda,
2. omaniku-kinnispanti omakorda koormata pandiga, vilikasustusega,
3. omaniku-kinnispanti sisu muuta (näiteks esimusastet, kokkuleppel teiste pandikreeditoridega),
4. loobuda omaniku-kinnispandiõigusest, teda kustutada lastes.

Omanik ei saa:

1. kinniku sundmüüki nõuda,

⁴¹⁷ Mis on nn. forderungsentkleidete ja forderungsbekleidete Eigentümerhypothek, vt. *Dernburg*, Sachenrecht, lk. 728.

⁴¹⁸ ZGB-s on mõlemad võimalused olemas; BGB järgi võib ainult kinnikvõlg tekkida esialgsel kujul.

⁴¹⁹ See nn. „Selbsteintritt“ (Heck) on kinnistusraamatu ebatäpsuse allikaks. Kuigi hüpoteek hiljemini kantakse omaniku nimele, siis toimub see kinnistusraamatu parandamise näol, ja see ei ole ikkagi ju uus, iseseisev sissekanne: õigus tekkis enne.

⁴²⁰ Nii BGB ja ABGB järgi, kuna ZGB järgi ei arvestata omanikuhüpoteeki sundmüügi korral.

2. protsente pandiõiguse kogu kestuse aja eest. Küll saab ta protsente sundvalitsemise (Zwangsverwaltung) ⁴²¹ määramise puhul tegeliku sundvalitsemise aja eest.

Et omanik ise ei saa nõuda sundmüüki ja samuti sundvalitsemist, seda põhjendab N u s s b a u m Saksa õiguses sellega, et teda ei või lasta kahju teha teistele hüpoteekaaridele, sest kui näiteks kinnikut vari-isikule (Strohmänn) odavalt kätte mängida, oleksid teised hüpoteegid kõrvaldatud ⁴²².

Küll aga saab omanik nõuda kinnistusraamatu sissekande parandamist ja sealt vastava akti — pantkirja (Hypothekenbrief) väljaandmist ⁴²³.

Aga juba enne hüpoteegi ja omandi kokkumist on omanikul teatav ooteõigus sellele. Ja et omanikuhüpoteek (laiemas mõttes) on kindel majanduslik väärtus, siis ka see ooteõigus sellele on teatav varaväärtus.

Seda saab omanik käsustada: üle kanda, pantida, aga samuti saab võlastaja teda pantida. Ainult sissekandeid selle kohta pole võimalik teha ⁴²⁴.

Hinnates omaniku hüpoteegi (laiemas mõttes) tähendust piiratud asjaõiguste omale asjale probleemide, peab tähendama, et kinnistusraamatu arengus on hüpoteek, tarvitades H e d e m a n n'i ⁴²⁵ sõnu, „tooniantvalt“ kaasa mõjunud.

Ja omakorda on kinnistusraamat mõjunud pandiõiguse moodsaate vormide ja piiratud asjaõiguste omale asjale tekkimisele. Ja suurel määral piiratud asjaõigused omale asjale on seoses nn. kindlate kohtade põhimõttega, ja viimane põhimõte tekkis peamiselt pandiõiguse alal, aga paralleelselt sundis praktiline vajadus tunnustama ka teisi piiratud asjaõigusi oma asja suhtes.

⁴²¹ Nii BGB § 1197 järgi.

⁴²² Vt. N u s s b a u m, op. cit., lk. 70.

⁴²³ BGB § 1144 ja § 1176 mõtte kohaselt, kui kinnikvõlg on osaliselt tekkinud või osaliselt juba kustutatud, siis ei tohi omanik nõuda pantkirja väljaandmist, sest siin on kreditorile kuuluval osal omanikule kuuluva hüpoteegi osa suhtes eesõigus.

⁴²⁴ Seda nimelt Saksa õiguses GBO § 40 alusel. Vt. ka Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Dr. Busch, Dr. Lobe, Michaelis, Oegg, Sayn, Schliewen und Seyffarth. Bd. III: Sachenrecht, bearb. von Dr. Busch und Schliewen. Berlin-Leipzig, 1929, lk. 605.

⁴²⁵ H e d e m a n n, Fortschritte, II, 2, lk. 4.

Õigus on N u s s b a u m'il⁴²⁶, kui ta väidab, et moodne õigus vaatlleb hüpoteeki rohkem kreditori kui võlgniku seisukohast, sest moodne hüpoteek, eriti omaniku-kinnispandiõigus, on vahend kapitali paigutamiseks, mille püsivust tuleb igati kindlustada.

Samuti on iseloomulik ja tabav P u n t s c h a r t'i seisukoht omaniku kinnikvõla kohta, kui ta ütleb: „Die Eigenthümergrundschuld ist nur ein vorbereitendes Geschäft für eine Grundschuld. Eigenthümerhypothek und Eigenthümergrundschuld sind nichts als Haftung des Grundstücks für eine eventuelle Schuld“⁴²⁷.

Lõpuks ei saa siinjuures mööda minna ka kinnisvarade mobiliseerimise küsimusest, kus omaniku kinnispandiõigus on tähtsaimaid tegureid.

Kinnispandi ülesandeks on peamiselt muidugi tagada kreditori nõudmisi, aga niisama tähtis on ta tsirkuleerimisvõime reaallobligatsioonina.

Ses mõttes on siin kinnikvõlaga ja omaniku-pandiõigusega saavutatud nn. reaalkrediidi emantsipatsioon⁴²⁸.

Kuid väide, et moodsaid pandivorme, eriti omaniku-kinnikvõlga tuleb vaadelda kui kinnikvekslit, mis võib täiesti vabalt tsirkuleerida, ei pea siiski paika. Hüpoteeki võib ju kui kapitali paigutamise vahendit käibelev lasta, nagu tööstusobligatsioonid ja teisigi väärtpabereid, kuid nad on oma loomult siiski raskepärasemalt liikumisvõimelised kui muud paberid.

Me nägime, et omaniku-kinnikvõlg võib kõigepealt olla derivatiivne, s. t. ta on vahel kui mingi ajutine nähtus, kus pole kreditori veel olemas. Aga teiseks võib ta algusest peale olla iseseisev õigusvorm — originaarsel kujul. Ja just viimase vastu oldi omal ajal (eriti Saksamaal), nähes temas liiga kaugele minevat kinnisvarade mobiliseerimise instrumenti⁴²⁹.

⁴²⁶ N u s s b a u m, op. cit., lk. 61.

⁴²⁷ P. P u n t s c h a r t, Der Grundschuldbegriff des Deutschen Reichsrechtes in Gesetz und Literatur. Graz, 1900, lk. 64.

⁴²⁸ K ü h n a s t, op. cit., lk. 95.

⁴²⁹ BGB II eelnõu III lugemisel Saksa riigipäeval ütles keegi saadik: „Wenn der einzelne Eigentümer von dem Rest seines Vermögens, was er in dem Grundbesitz zu stecken hat, nun einen Grundschuldbrief ausstellen lässt, so steckt er den einfach in die Tasche und kann bei jeder Gelegenheit, sei es am Biertisch, sei es in irgendeinem Geschäftslokal, sei es bei einem Wucherer, dem er Geld schuldig ist, den Grundschuldbrief loswerden, mithin den Wert des Ganzen, was er noch besitzt, eine schlimmere

Olgu siin veel tähendatud, et tegelikult on see vorm ka Saksa-maal praktikas küllaltki harukordne ⁴³⁰.

Et Saksa BGB omaniku-kinnispant on äärmiselt keeruline instituut ja ta on praktikas rakendamisel palju raskusi tekitanud, seepärast püüdis ka ZGB kui hilisem seadustik seda vaudust, mida peab rahuldama omaniku-kinnispant, teisiti korraldada. Ja ka Austria õigus ei julgenud reformi puhul järgida BGB eeskujut. Mõlemad jäid peatuma kindlate kohtade süsteemi juurde.

ZGB järgi ei saa omanik ja selle õigusjärglased sundmüügi korral, nagu varemalt öeldud, saadud summast mitte midagi. Küll aga saavad seda reaalkreeditorid. Võrreldes ses küsimuses ZGB ja BGB seisukohti ütleb N u s s b a u m ⁴³¹:

„Dadurch werden allerdings der „Wettlauf“ der Pfändungsgläubiger und die zahlreichen unerfreulichen Erscheinungen vermieden, die sich an ihn anschliessen. Aber wenn der Gläubiger des Eigentümers nicht die Eigentümerhypothek pfänden kann, so wird er zur Zwangsversteigerung des Grundstücks gedrängt, um den in der offenen Stelle enthaltenen Vermögenswert zu erfassen. Das ist wenig erwünscht.“

Lõpuks, pandiõiguse üldist arengut vaadeldes võime konstateerida järgmist fakti:

Kuna moodne pandiõigus veel hiljuti oli üldse suunatud vara-väärtuste võimalikult laiaulatuselisele mobiliseerimisele ja eriti 19. sajandit võib põhjendatult nimetada „võlastumise, vabastumise sajandiks“, on kõige viimasemal ajal seesugune tendents juba kartusi tekitanud ja on püütud ka seadusandlustes pidurdada ja piirata kinnikute liiga kaugele arenevat „liikuvaks“ tegemist.

Seepärast tunnevad ka Taani 1926. a. 31. märtsi seadus ja Rootsi 1912. a. 11. okt. novell ainult omanikuhüpoteeki, mitte aga omaniku-kinnikvõlga. Ja ka Prantsuse õigusepiirkonnas pole julgetud minna BGB ja ZGB eeskujut teostama.

Sest mis puutub omanikuhüpoteeki Prantsuse õigusepiirkonnas, siis tekib see Code civil'i maades üldiselt (olgu et seegi pole otsest väljendust leidnud seadusandluses) juhul, kui isiklikult mittevastutav omanik rahuldab hüpoteekaarkreeditori ja selle

Mobilisierung des Grundeigentums können wir uns nicht denken.“ Vt. H e d e m a n n, Sachenrecht, lk. 427.

⁴³⁰ H e d e m a n n, Sachenrecht, lk. 430.

⁴³¹ N u s s b a u m, op. cit., lk. 71—72.

rahuldamise tõttu saab isikliku võlgniku vastu teatava regressiõiguse. Kinniku sundmüügil vaadeldakse teda kui iga teist hüpotekaarvõlastajat.

Kaugeleminevamaid reforme Prantsuse õigusepiirkonnas ei ole seniajani ette võetud, olgugi et mitmelt poolt ja korduvalt on seda ka seal soovitatud.

Kas aga omaniku-kinnikvõlg on seaduseandlustes igal juhul eitav või jaatav nähtus, see on iseküsimus. Tuleb arvata, et seda ühest küljest igati otstarbekat instituuti tuleb nii reglementeerida, et tema võimalikud eitavad küljed esile ei pääseks. Selleks tuleb luua omaniku-kinnikvõlale (ja üldse kinnikvõlale) selline seadusandlik raamistik, et tema sageli esinevad ohtlikud mõjud (kinnikute ülevõlastumise võimalus jm.) oleksid pidurdatud. Seega oleneb kinnikvõla probleem peale vastava riigi majanduslikkude ja muude omapärasuste suurel määral eriti seadusandja oskusest küsimust selle terves ulatuses otstarbekalt ja kasulikult reguleerida.

Analüüsinud üldiselt tähtsamaid piiratud asjaõiguste omale asjale tüüpe — omanikuservituuti ja omaniku-pandiõigust, asume järgnevalt käsitlema neid ja teisi vähemtähtsaid piiratud asjaõiguste omale asjale instituute tähtsamates seadusandlustes, kusjuures käsitlus toimub juba otseselt üksikute seadusandluste järjestuse alusel.

Vaatleme kõigepealt veel Saksa õiguse seisukohti käesolevas küsimuses, eriti seda, mis puudutab otseselt Saksa õiguse erinevusi.

Saksa õiguses on põhimõtteliselt võimalikud kõik piiratud asjaõigused omale kinnikule, sest sellised õigused ei kustu kokkumisega (BGB § 889) ⁴³².

Eriti oluline on aga ka Saksa õiguses omaniku kinnispandiõigus, sest ka Saksamaal on see instituut piiratud asjaõiguste omale asjale arengus tähtsat osa etendanud.

Olgu tähendatud, et just Saksa pandiõiguse arengus näeme,

⁴³² Muidu küll ei kustu kinnistusraamatulised asjaõigused kokkumisel, aga BGB astub sammu veel edasi: mitte üksnes kinnistusraamatusse kantud õigused, vaid ka sissekandmata asjaõigused võõrale kinnisvarale ei kustu BGB § 889 järgi konfusiooni puhul.

kuis algul omanikuhüpoteeki võimaldatakse, sallitakse tagasihoidlikumas ulatuses, hiljemini aga selgekujuliselt tunnustatakse ⁴³³.

Saksa omanikuhüpoteek (laiemas mõttes) on tekkinud Preisi seadusandluse eeskujul, sest alles Preisi õigus jõudis esimesena üldise õiguspõhimõtteeni: omanik võib tasutud hüpoteeki igal juhul käsustada kolmandate isikute suhtes, kusjuures seda käsustus-õigust saadi võimaldada seoses *locus*-põhimõttega.

Eriti põhjaneva tähendusega on Preisi seadusandluses 1802. a. 11. aug. kuninglik reskript ja 1872. a. 5. mai hüpoteegi seadused.

1868. a. toimus Preisi saadikutekojas suur vaidlus omanikuhüpoteegi üle.

1872. a. 5. mail avaldati ja 1. okt. samal aastal astusid jõusse kuulsad Preisi hüpoteegiseadused, arvult 4. Nendest on tähtsamad kaks esimest:

1. „Das Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten“ (lühendatult EEG).

2. Die Grundbuchordnung ⁴³⁴.

Siin olgu märgitud, et eriti esimese seaduse (EEG) § 55 võimaldab kinnikvõla (mitte hüpoteekide) blanko edasiandmist ⁴³⁵ ning sama seaduse § 62 ja 64 on omanikuhüpoteegi jaoks otsustava sisuga.

Kuigi Preisi 1872. a. seadused sisaldasid võrdlemisi kaugeleminevaid sätteid omaniku-kinnispandi kohta, siis on alles BGB, kus ju „lugejale üle anti terve bukett hüpoteeke“ ⁴³⁶, andnud

⁴³³ Rääkides maa krediidi-instituutidest 19. saj. esimesel poolel, ütleb Dernburg: „Die Hypothek des Eigenthümers war mit dem Institut gegeben. Es war zulässig und wurde sogar empfohlen, dass der Grundbesitzer Pfandbriefe auf sein Gut eintragen liess, auch wenn er des Kredites zeitweise nicht bedürftig war, damit er sich jederzeit Geldmittel durch Verwerthung der auf seinem Gute eingetragenen Pfandbriefe verschaffen könne, wenn er solche künftig brauchte oder auch nur, wenn ihm die Konjunktur günstig war.“ H. Dernburg, Das Preussische Hypothekenrecht. (Deutsches Hypothekenrecht. Hrsgb. von V. von Meibom. VIII. Das Preussische Hypothekenrecht.) Abth. II. Leipzig, 1891, lk. 25.

⁴³⁴ Preisi 1872. a. reformi kohta ja criti ka EEG süsteemi ja sisu kohta vt. H. Dernburg, F. Hinrichs, Das Preussische Hypothekenrecht. (Deutsches Hypothekenrecht. Hrsgb. von V. von Meibom. VIII. Das Preussische Hypothekenrecht.) Abth. I. Leipzig, 1877, lk. 60 jj.

⁴³⁵ Dernburg, Das Preussische Hypothekenrecht, II, lk. 62.

⁴³⁶ Hedemann, Sachenrecht, lk. 405.

omanikuhüpoteegile (laiemas mõttes), tema konstruktsioonile lõpliku kuju. Aluseks — pandi iseseisvus ja olenevus esimusastmest.

BGB-s on, nagu teame, omaniku-kinnispandiõigus kahte liiki: 1. omanikuhüpoteek ja 2. omaniku-kinnikvõlg.

BGB ei sisalda täpsat, ühtlast sätet selle kohta, millal tekib ühel või teisel juhul omaniku-kinnispandiõigus. Seadustikus on aga terve rida üksiknorme, mida tuleb koos käsitleda, et saada üldpilti käesolevast omaniku-kinnispandi tekkimise küsimusest.

Vaatleme järgnevalt, kuidas siis tekib omaniku-kinnispandiõigus, s. t. nii omanikuhüpoteek kui ka omaniku-kinnikvõlg.

I. Omanikuhüpoteegi tekkimine.

Võõras hüpoteek saab omanikuhüpoteegiks. Neid juhte on mitu:

1. BGB § 1163 I lõige ütleb: „Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigenthümer zu. Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigenthümer die Hypothek.“

2. BGB § 1168: „Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigenthümer. Der Verzicht ist dem Grundbuchamt oder dem Eigenthümer gegenüber zu erklären und bedarf der Eintragung in das Grundbuch. Die Vorschriften des § 875 Abs. 2 und der §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung. Verzichtet der Gläubiger für einen Theil der Forderung auf die Hypothek, so stehen dem Eigenthümer die im § 1145 bestimmten Rechte zu.“

3. Kokkumise korral (BGB § 889).

4. BGB § 1170, II lõige: „Mit der Erlassung des Ausschlussurtheils erwirbt der Eigenthümer die Hypothek. Der dem Gläubiger ertheilte Hypothekenbrief wird kraftlos.“ (Vt. ka § 1171.)

5. Ka nn. Arresthypothek und Zwangshypothek võivad kuuluda omanikule, kui nende aluseks olev protsessiõiguslik otsus tühistatakse (ZPO § 868, 932 II) ⁴³⁷.

Et Saksa BGB tekst ei näe ette otseselt tekkivat, esialgselt omanikuhüpoteeki (s. t. primaarsena), siis kerkib küsimus, kas ei saa mitte pooltevahelise kokkuleppega seda omanikuhüpoteeki konstitueerida.

⁴³⁷ Nussbaum, op. cit., lk. 64.

H e c k leiab, et kaalutlused räägivad selle võimaluse jaatamise poolt ⁴³⁸.

Samuti tarvitab N u s s b a u m väljendit „esialgselt tekkiv omanikuhüpoteek“ ⁴³⁹.

II. Omaniku-kinnikvõlg tekib järgmistel juhtudel:

1. Omaniku-kinnikvõlg tekib õigustoimingu kaudu. BGB § 1196 ütleb:

„Eine Grundschuld kann auch für den Eigenthümer bestellt werden. Zu der Bestellung ist die Erklärung des Eigenthümers gegenüber dem Grundbuchamte, dass die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll, und die Eintragung erforderlich; die Vorschrift des § 878 findet Anwendung.“

2. Võõrast kinnikvõlga konstitueerides võib ajutiselt ja ka kestvalt tekkida omaniku-kinnikvõlg, nimelt, kui on sisse kantud nn. Briefgrundschuld, pantkiri ise aga on veel üle andmata, s. t. omaniku käes. BGB § 1163, II lõige lausub: „Eine Hypothek, für welche die Ertheilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, steht bis zur Uebergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigenthümer zu.“

3. Võõras kinnikvõlg muutub omaniku-kinnikvõlaks:

- a) kui kreditor loobub kinnikvõlast (BGB § 1168);
- b) teadmata kinnikvõla kreditor kaotab proklaami korras oma õiguse (BGB § 1170, 1171);
- c) kokkumise puhul (BGB § 889);
- d) kinnikvõla väljaostu puhul, kus pole tegemist kinnikvõlaga kindlustatud võlakohustuse tasumisega (BGB § 1144, 1192, 1200, II lõige).

Õeldust näeme, et Saksa õiguses sisaldab iga võõras hüpoteek ja iga võõras kinnikvõlg endas eventuaalse omanikuhüpoteegi või omaniku-kinnikvõla.

Mis puutub omaniku õigustustesse omaniku-kinnispandi puhul, siis ta võib Saksa õiguse järgi 1. omaniku kinnispanti enda käes hoida, 2. edasi anda, 3. kustutada lasta (siin leiab aset teiste hüpoteekaaride edasinihkumine) ⁴⁴⁰. Kui aga omanik võõrandab

⁴³⁸ H e c k, op. cit., lk. 426.

⁴³⁹ N u s s b a u m, op. cit., lk. 64.

⁴⁴⁰ Erandina nihkub hüpotekaar edasi:

1. kui pooltevaheline lepe (Einigung) on kehtetu või teda tegelikult polnudki (otsene nihkumine § 1183 alusel).

kinniku üksinda, siis muutub omaniku-kinnispant tavaliseks kinnispandiõiguseks võõrale asjale.

Olgu veel tähendatud, et omaniku-kinnikvõlg kuulub nii üksik-omanikule kui ka (kaasomandi puhul) igale kaasomanikule ta mõteline osa kohaselt.

Lõpuks olgu tähendatud, et kuna üldiselt ju hüpoteegi ja omandiõiguse kokkumisel hüpoteek ei kustu vastavalt BGB § 889 sätetele, kustub hüpoteek, kui ta on tekkinud maksmata jäänud kõrvalkohustuste (näiteks protsentide ja kreditorile tasutavate kulude) kindlustamiseks (BGB § 1178, I) ⁴⁴¹.

Mis puutub omaniku vallaspandi võimalusse Saksa õiguses, siis tuleb siin esiteks küsida, kas vallaspandiõigus jääb kokkumisel püsima või kustub, ja teiseks, kas on võimalik originaarne vallaspandiõigus. Esimese küsimuse peale tuleb vastata, et vallaspandiõiguse kustumine kokkumise teel on BGB järgi võimalik § 1256 I lõike I lause alusel („Das Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Eigenthum in derselben Person zusammen-trifft“).

Kuid kahel juhul ei toimu kustumine mitte:

1. § 1256 I lõike II lause ütleb: „Das Erlöschen tritt nicht ein, solange die Forderung, für welche das Pfandrecht besteht, mit dem Rechte eines Dritten belastet ist.“
2. § 1256 II lõige ütleb: „Das Pfandrecht gilt als nicht erloschen, soweit der Eigenthümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat.“ (Olgu tähendatud, et õiguslik huvi pandiõiguse püsimises omale nimele kui ka teiste piiratud asjaõiguste püsimises kokkumise korral etendab küllaldast osa ⁴⁴².)

2. § 1181 järgi näilik edasinihkumine, kui võlausaldaja on saanud rahulduse kinnikust või selle päraldisest.

3. Allpool seisvad hüpotekaarid nihkuvad ülemale edasi ka siis, kui kinnistusraamatu järgi eespool seisev pandiõigus tühistatakse, eriti kui hüpoteek tühistatakse omaniku nõusolekul. Selle vaieldava seisukoha poolt vt. Nussbaum, op. cit., lk. 66; Heck, op. cit., lk. 351.

⁴⁴¹ Vt. ka Wolff, op. cit., lk. 522.

⁴⁴² Mis on see õiguslik huvi, seda väljendab tabavalt Scheel, öeldes: „An einem ihm selbst zustehenden Pfandrecht kann der Eigentümer nur dann ein Interesse haben, wenn es ihm Befugnisse verleiht, die er nicht schon in seiner Eigenschaft als Eigentümer hat.“ ... „Es bedarf keiner Ausführung, dass ein derartiges Interesse stets dann vorhanden ist, wenn ausser dem zur Vereinigung kommenden Recht nachstehende oder gleich-

Mis puutub küsimusse originaarse vallaspandi võimaluse kohta, siis tuleb seda eitada ja see on ka üldine seisukoht. Mõisteliselt on ta ju konstrueeritav, kuid et siin vallasasjale asjaõiguse väliseks tunnuseks on ainult valdus ja puudub kinnistusraamatuline esimusaste, siis on raske seda omaniku vallaspandiõigust originaarsel kujul ka tegelikult reglementeerida. Iseasi on register-vallaspandi — vallahüpoteeegi puhul.

Aga kas ka esimesel juhtumil on tegemist omaniku-vallaspandiga, on vaieldav. Enamik Saksa õigusteadlasi eitab omaniku-vallaspanti üldse ja ainult üksikud autorid on asunud vastupidisele seisukohale, et omanikul võib olla ehtne pandiõigus oma vallasaja peale ⁴⁴³.

Et omanikuhüpoteebiga (laiemas mõttes) võimaldatud omaniku huvide kaitse ja § 1256 järgi antud õigus on olemuselt üks ja sama — nad erinevad vaid nimelt —, siis H e c k soovitabki ka BGB § 1256 II puhul tarvitada nimetust „omanikupant“ ⁴⁴⁴.

Ka vallaspandi puhul omale asjale väljendub Saksa õiguses ta iseloom selles, et omanik ise ei tarvitse asja esimusastmelt halvemale kreditorile välja anda.

Lõpuks olgu tähendatud, et Saksa õiguses on nn. laevahüpoteegi puhul omaniku-pandiõigus vaid niipalju võimalik, nagu iga muugi vallasaja puhul. Omaniku-kinnikvõlg aga ei saa laevade puhul üldse ette tulla ⁴⁴⁵.

Edasi, mis puutub pandikspeangu õigusesse Saksa õiguses, siis on see õigus, nagu teised, lepingulisedki pandiõigused, piiratud asjaõigus ja peamiselt õigus võõrale asjale. Aga nagu K r a e m e r õigesti näitab ⁴⁴⁶, on pandikspeangu õigus mitte

stehende Rechte vorhanden sind. Diese würden in die Stellung des Pfandrechts einrücken, wenn dieses erlischt, ohne dass sie einen eigentlichen Anspruch darauf hätten.“ S c h e e l, op. cit., lk. 65. E n d e m a n n, op. cit., lk. 898. C r o m e, op. cit., lk. 258.

⁴⁴³ S c h e e l, op. cit., lk. 55.

⁴⁴⁴ H e c k, op. cit., lk. 425.

⁴⁴⁵ Vt. ka W o l f f, op. cit., lk. 657.

⁴⁴⁶ A. K r a e m e r, Pfändungspfandrecht an eigener Sache. Diss. Breslau. Leobschütz, 1930, lk. 24 jj. Ka S a n d e n leiab, et pandikspeangu õiguse võimalikkuse küsimust oma asja suhtes ei tule vaadata materiaalsoiguslikust seisukohast, vaid see probleem tuleb lahendada protsessuaalõiguse põhimõtete kohaselt; seega tulevad rakendamisele esmajoones tsiviilprotsessi sätted. A. S a n d e n, Zulässigkeit und Wirkung der Pfändung eigener beweglichen Sachen. Diss. Heidelberg. Born-Leipzig, 1907, lk. 9.

üksnes materiaalõiguslik instituut, vaid tal on ka protsessuaalõiguslik tähendus. Ja seepärast, väidab Kraemer⁴⁴⁷, asub pandikspeangu õigus nii oma tekkimise kui ka toime poolest õieti väljaspool eraõiguse valdkonda. Kuid sealjuures pole oluline, et pandikspeetav asi kuuluks võlgniku varandusse: ka võlausaldajale endale kuuluva asja suhtes on pandikspeangu õigus täiesti võimalik. Ja et oma asja pandikspeangu õigus on võimalik, siis on ka omast asjast rahulduse nõudmine seesuguse õiguse alusel täiesti mõeldav ja võimalik⁴⁴⁸.

Omaniku servituudiõigusest Saksa seadusandluses — ja nimelt BGB järgi — oli juttu juba ülemal. Nägime, et Saksa õigus üldiselt võimaldab omanikuservituuti. Küsimus oli siiani aga lahtine, kas BGB järgi on võimalik ka originaarsekujuline servituut oma asja suhtes. Saksa Reichsgericht on, kooskõlas osa doktriini esindajate vaadetega, asunud, nagu nägime (lk. 157), selles küsimuses lõpuks selgelt väljendatud jaatavale seisukohale: omanikuservituuti võib luua ka esialgsekujulisena.

Siin olgu veel tähendatud, et Saksa õiguses oli ka varemalt valitsenud arvamuse järgi võimalik, et servituut tekib ühele ja samale omanikule kuuluvaist kinnikuist ühe võõrandamise puhul *vaikides* endale võetud kohustuse teel, kus see tekkimine on tingitud maatükil asetsevatest seadeldistest või muudest majanduslikkudest asjaoludest⁴⁴⁹.

Mis puutub eriti omaniku vallasasja vilikasustusse, siis BGB järgi kustub vallasasja vilikasustus küll üldiselt, põhimõtteliselt kokkumise puhul (BGB § 1063, I), aga vilikasustus jääb püsima juhul, kui omanikul on vilikasustuse edasikestmiseks mingi õiguslik huvi (BGB § 1063, II).

Omanik võib näiteks vilikasustusõigust teostada mõne hili-sema pandiõiguse suhtes, samuti pärijana pärandikreeditoride suhtes lasta seda pärandist maha arvata.

Teistest omaniku piiratud asjaõigustest Saksa õiguses mainime kõigepealt veel omaniku-hoonestusõigust.

Hoonestaja võib oma õiguse — mis BGB järgi on teatav juriidiline *fundus* — ka omanikule endale üle kanda.

⁴⁴⁷ Kraemer, op. cit., lk. 29.

⁴⁴⁸ A. v. Bergen, Die Pfändung eigener Sachen. Diss. Göttingen. Göttingen, 1909, lk. 37.

⁴⁴⁹ Gierke, Sachenrecht, lk. 643. Wolff, op. cit., lk. 387.

Teiseks, ka tagasilangemisel (Heimfall) saab omanik hoonestusõiguse oma kätte, kus ta püsima jääb (BGB § 889), ja sel puhul jäävad jõusse ka hoonestusõigusel lasuvad kolmandate isikute hüpoteegid, kinnikvõlad ja reaalsunnised.

Mõlemal juhul saab omanik hoonestusõiguse oma kinnikule, s. t. meil on tegemist omaniku-hoonestusõigusega.

Edasi, ka asjaõiguslik ostueesõigus ei kustu alati kokkumise puhul, ja nimelt siis mitte, kui õigustatud isik saab omandi muul teel kui ostueesõiguse teostamise kaudu (näiteks pärimise teel) ⁴⁵⁰.

Ja lõpuks, reaalsunnis ei kustu kokkumise puhul (BGB § 889) ja võib olla ka peremehele asja kohta ⁴⁵¹.

Piiratud asjaõiguste omale asjale kohta šveitsi õiguses olgu vaid lühidalt järgmist tähendatud, sest eelmistes osades on juba korduvalt puudutatud ka šveitsi õiguse seisukohti ses küsimuses.

Ka šveitsi õigus tunneb omaniku-kinnispandiõigust kahel kujul: omanikuhüpoteeki (Eigentümerschuldbrief) ja omaniku-kinnikvõlga (Eigentümergeült) ⁴⁵².

Et aga šveitsi õiguses kehtib nn. kindlate kohtade süsteem, mis on rajatud germaaniõiguslikule põhimõttele (kinnik jagati väärtuseosadesse), siis on ka kinnispandiõigus erinev BGB-st.

Kõigepealt, ZGB järgi ei nihku allpool seisev hüpotekaar isegi mitte sissekande kustutamise korral edasi, nagu see on ette nähtud BGB-s (ZGB art. 813, eriti 814 ja 815).

Sellest tingituna tulebki märkida omapärast asjaolu, et ZGB tunneb nn. tühjade kohtade instituuti, s. t. pandiõiguse äralangemisel ei teki iseenesest kohe omaniku-pandiõigus. Kuid sellele vaatamata tunneb ZGB ka omanikuhüpoteeki ⁴⁵³.

Suurema erinevusena olgu märgitud ka seda, et omanikuhüpoteek kitsamas mõttes on ZGB järgi võimalik esialgsena, originaarsena. Seega võivad nii Schuldbrief kui ka Gült tekkida omaniku ühekülgse sooviavaldusega kinnistusametile ja õiguse sisu kandmisega kinnistusraamatusse (ZGB art. 859, II).

⁴⁵⁰ Wolff, op. cit., lk. 445.

⁴⁵¹ Wolff, op. cit., lk. 456.

⁴⁵² Seevastu pole nn. Eigentümergegrundpfandverschreibung ka ZGB järgi tunnustamist leidnud. Vt. ka G m ü r, Kommentar, IV, 2, lk. 663.

⁴⁵³ Mis on nn. „leere Pfandstelle“, vt. L e e m a n n'i seletused ZGB art. 813 ja 814 kohta. G m ü r, Kommentar, IV, 2.

Šveitsi õigus tunneb ka nn. pandikoha reserveerimist, mida tuleb lahus hoida omanikuhüpoteegist.

Mõlemad aga tagavad tulevase pandiõiguse esimusastet, annavad talle koha teiste asjaõigustega konkureerimisel.

Lõpuks olgu veel kord rõhutatud, et ZGB on siiani ainuke kehtiv tsiviilseadustik (kui mitte lugeda Türgi tsiviilseadustikku, mis on ju enam-vähem puhtal kujul retsipeeritud ZGB), kus on sõnaselgelt väljendatuna võimalik ka omanikuservituut esi- algsel, originaarsel kujul.

Mis puutub Austria õigusesse, siis Austria ABGB-s aastast 1811 puudus omanikuhüpoteek ja ka hiljemini toimus omanikuhüpoteegi areng Austrias märksa aeglasemalt ja tagasihoidlikumalt kui Saksa ja Šveitsi õiguses.

Alles 1871. a. püstitab *Das allgemeine Grundbuchgesetz* (GBG) järjekindlamal kujul kinnistusraamatuliste asjaõiguste kohta sissekande ja avaliku usalduse printsiibid.

Ja lõpuks on 1916. a. novelliga toimunud suuremad muudatused ka omanikuhüpoteegi alal ⁴⁵⁴.

Doktriin väidab, et ka pärast 1916. a. reformi ei tunne ABGB omanikuhüpoteeki Saksa BGB mõttes, samuti pole Austria süsteem sarnane Šveitsi kindlate kohtade süsteemiga ⁴⁵⁵.

Ja see väide on niipalju õige, et Austria õiguses puudub täielik omanikuhüpoteek ses mõttes, et 1. omanik ei saa omale nimele hüpoteeki konstitueerida uue, iseseisva sissekandena kinnistusraamatusse; 2. omanikul puudub käsustamisõigus, kui hüpoteek ei saa kohustuse kehtimatuse tõttu algusest peale tekkida.

Sellest vaatekohast ongi nagu püsima jäänud Exner'i väide, et „omanikuhüpoteegil pole Austria õiguspinnal mingit kehtivust“ ⁴⁵⁶.

Küll oli Austria õiguses võimalik juba enne 1916. a. novelli jätta pandiõigusele vaba koht vastava märkusega esimusastme kohta kinnistusraamatus. Omanikuhüpoteek tekkis, kui omandiõigus ja hüpoteek ostu, pärimise jne. puhul kokkusid ühtedes kätes. Kas aga võlgnik võis materiaalselt kustunud, kinnistus-

⁴⁵⁴ Die Kaiserliche Verordnung (III. Teilnovelle) vom 19. März 1916. RGBl. nr. 69.

⁴⁵⁵ Hedemann, Fortschritte, II, 2, lk. 313.

⁴⁵⁶ Exner, op. cit., lk. 654.

raamatus aga veel mitte kustutatud hüpoteeki uue kohustuse jaoks, kas endise või uue võlastaja kasuks, edasi anda, see oli kaua aega vaieldav ⁴⁵⁷.

Praktika kaldus seda võimalust jaatama.

1888. a. 14. juuni seadus (RGrBl. nr. 88) tunnustas allpool seisvate võlastajate edasiliikumist. Aga 1916. a. novell (nn. III novell) kõrvaldas sellise edasiliikumise võimaluse, ja seega on Austria omanikuhüpoteegi kõrval normeeritud ka kustunud hüpoteegi käsustamise õiguse küsimus. Omanikuhüpoteek tekib vaid siis, kui on olemas veel vähemalt üks omanik-hüpoteekaarist lahusolev võlastaja (ABGB § 1446).

Omanik võib käsustamisõigust teostada kuni hüpoteegi kinnistusraamatust kustutamiseni ja erilise märkuse alusel isegi kolm aastat peale kustutamist (1916. a. seaduse, s. t. III novelli § 37 ⁴⁵⁸).

Edasi, kui omandiõigus ja kinnispandiõigus ühes ja samas isikus kokkuvad ja isiklik kohustus kustub, siis võib omanik Austria õiguse järgi vabanenud pandi koha üle vabalt käsustada (ABGB § 469), aga omanikuhüpoteeki ei teki (ABGB § 1446).

Kui aga pandiga tagatud kohustus peale kokkumist mõne kolmanda isiku suhtes edasi püsib, siis tekib omanikuhüpoteek.

Omanikuhüpoteek võib kinnistusraamatust näha olla, kui hüpoteekaarvõlastaja laseb end omanikuna raamatusse kanda.

Kui aga sissekanne pole sunduslik (näiteks kui omanik on hüpoteekaarvõlastaja pärijaks) ja isik seda ka ei tee, siis on endine hüpoteekaarvõlastaja märgitud küll veel võlastajana, aga tõeliselt on siin tegemist kinnistusraamatu ebatäpsusega, sissekandmata omanikuhüpoteek on ikkagi olemas.

Kinnistusraamat vajab seesugusel juhul parandamist.

Et aga omanik võib ABGB § 1446 uue redaktsiooni (1916. a. III novelli § 36) järgi pandiõigust üle kanda kolmandale isikule, siis järeldab sellest *Ehrenzweig* ⁴⁵⁹, et omanikul on võimalik end ise pandivõlastajana kinnistusraamatusse sisse kanda lasta. — Seega esineb siin mitte omaniku poolt pandiõiguse otse-

⁴⁵⁷ *Ehrenzweig*, op. cit., lk. 511.

⁴⁵⁸ Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich in der Fassung nach den drei Teilnovellen. Von J. Freiherrn von *Schey*. Wien, 1922, lk. 287.

⁴⁵⁹ *Ehrenzweig*, op. cit., lk. 513, samuti ka nota 10.

ses mõttes ülekanne endale, vaid ainult omandatud õiguse sissekandmine kinnistusraamatusse.

Omanikuhüpoteegi toime avaldub Austria õiguse järgi kolmes suunas:

1. Omanik võib hüpoteeki ilma omandiõiguseta ja omandiõigust ilma hüpoteegita kolmandale isikule üle kanda.
2. Omaniku kreditorid võivad rahulduse saamiseks omanikuhüpoteegi vastu omad nõudmised esitada.
3. Kinniku sundvalitsemise puhul või sunniviisilise müümise korral võib omanik-hüpoteekaar nõuda esimusastmele vastavat rahuldust (ABGB § 470).

Omanikul aga pole hüpoteekaarhagi esitamise õigust.

Samuti ei saa ta nõuda sundvalitsemist või sunniviisilist kinniku müüki.

Austria õigus tunneb veel nn. omaniku käsustamisõigust (Verfügungsrecht). ABGB § 469 järgi võib omanik, kui pandivõlg on kustunud, pandiõiguse üle kanda uue kohustuse tagamiseks. Seesugust hüpoteeki ei saa aga omanik ise omandada ega omale nimele kirjutada lasta ⁴⁶⁰.

1916. a. seaduse III novelli § 37 järgi võib omanik ühe pandiõiguse kustutamisel kinnistusraamatust reserveerida endale õiguse luua uut, samas astmes ja samas või vähemas suuruses pandiõigust.

Mis puutub omanikuservituuti, siis püsib Austria õigus üldiselt roomaõiguslikul vaatekohal: *nulli res sua servit*.

Seega kustub ABGB § 526 järgi servituut kokkumise puhul. Kuid servituut elustub, kui üks kinnikuist uue omaniku poolt võõrandatakse ja servituut jäi vahepeal kinnistusraamatust kustutamata. Seega püsib servituut paberil edasi kui omanikuservituut ⁴⁶¹.

Kui omanikul on kaks kõrvutiasetsevat kinnikut ja ta soovib ühte maatükest tulevikus võõrandada ühes servituudiga, siis peab omanik sel puhul otsima vari-isiku, kellele ta võõrandab ühe kinniku, ja loonud siis sinna servituudi, omandab ta uuesti selle kinniku.

Erandina on Austria õiguses võimalik, et servituut võib

⁴⁶⁰ E h r e n z w e i g, op. cit., lk. 515.

⁴⁶¹ Austria õiguse järgi võib servituudi puhul teeniv kinnik muide ka peremehetu olla. Vt. E h r e n z w e i g, op. cit., lk. 335.

isegi kinnistusraamatusse kandmata omanikul olla. Seda nimelt siis, kui ühel maatükil leiduvad seadeldised teise kinniku kasuks, näiteks müür, millele toetub naabrimaja, kraav, kuhu voolab naabri reovesi, jne.

Kui nüüd üks või teine maatükk võõrandatakse, siis on Austria praktikas kujunenud vaade, et kahtluse korral jääb varemalt olnud seisund püsima. *Ehrenzweig*⁴⁶² nimetab seda „*stillschweigende Dienstbarkeitsbestellung*“.

Lõpuks, Austria ABGB tunneb ka omaniku-hoonestusõigust (*Eigentümerbaurecht*)⁴⁶³.

Taanis oli, nagu väidab *Kruse*⁴⁶⁴, juba enne nn. Tinglysning-seadust⁴⁶⁵ omanikul võimalik enese kui kreditori nimel pantkirja välja anda. Samuti võis omanik isegi võlakohustuse tasudes lasta seda endale indosseerida, mitte lastes teda kviteerida, et võimaluse ja vajaduse korral seda jällegi kolmandale indosseerida.

Peale selle tarvitati Taanis enne 1926. a. 31. märtsi seadust ka nn. akommodatsioon-obligatsioone, n.-ö. *pro forma* pantkirju, küllaltki tihti.

Seesugune pantkiri anti näilikult küll kellegi võlausaldaja nimel välja, tegelikult oli see aga nn. vari-isik, kellega sõlmiti siis ka veel eriline leping-akt, et omanik saaks end tema vastu kaitsta.

Seesugust akommodatsioon-obligatsiooni tarvitasid sageli ka pangad⁴⁶⁶.

1926. a. 31. märtsi seadusega osutus akommodatsioon-obligatsiooni instituut täiesti ülearuseks. Selle seaduse järgi on omanikul nimelt täielik võimalus lasta endale välja anda omanikuhüpoteeki, s. o. otseselt ja seadussättele vastavalt kehtivat pantkirja, mida saab omanik laenu puhul käsipandina kohe üle anda kreditorile (Tinglysning-seaduse § 40).

Muidu aga alluvad seesugused omaniku nimele väljaantud

⁴⁶² *Ehrenzweig*, op. cit., lk. 337.

⁴⁶³ *Ehrenzweig*, op. cit., lk. 414.

⁴⁶⁴ *Fr. Vinding Kruse*, *Das Eigentumsrecht*. Bd. III. Berlin-Leipzig, 1936, lk. 2025.

⁴⁶⁵ Seadus nr. III, 31. märtsist 1926. a.

⁴⁶⁶ *Kruse*, *Eigentumsrecht*, III, lk. 2027.

pantkirjad formaalseile ja materiaalseile sätteile, mis leiduvad Tinglysning-seaduses pantkirjade kohta üldse.

Mõlemad — nii akommodatsioon-obligatsioon kui ka omanikuhüpoteek on oma praktiliselt toimelt nagu võrdsed: laenu saamine on võimalik mõlema kaudu.

Kindlasti aga on akommodatsioon-obligatsioonil nõrgaks küljeks see, et ta on ikkagi vaid *pro forma* dokument, et seal figureerib vari-isik, kelle vastu peab end erilise aktiga kaitsma. Sedahalbust pole omanikuhüpoteegil.

Et 1926. a. 31. märtsi seadus võimaldab aga vaid tõeliste ja kehtivate ürikute sissekandmist, siis on akommodatsioon-obligatsiooni tähendus praktikas tegelikult kadunud.

Selle küsimuse iseloomustamiseks olgu 1926. a. 31. märtsi seadusest toodud osa § 40-dast. Seal öeldakse: „Erlischt ein tingkundig gemachtes Pfandrecht an einem Grundstück ganz oder zum Teil oder erweist es sich als nicht gültig entstanden, so hat der Eigentümer ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vereinbarung mit einem nachstehenden Pfandgläubiger oder anderen das Recht, die somit ledig gewordene Stelle — entweder sogleich oder später — mit einem neuen Pfandrecht zu besetzen, es sei denn, dass er beim Erlöschen oder später ausdrücklich auf dieses Recht verzichtet. Falls der Pfandbrief nach Erlöschen des Pfandrechts abgekündet wird, ohne dass der Eigentümer gleichzeitig sein Recht der Besetzung der ledigen Stelle mit einem neuen Pfandrecht ausübt, so muss aus dem Tingbuch hervorgehen, dass das frühere Pfandrecht jetzt dem Eigentümer zusteht. Im Fall der Pfändung, des Konkurses oder einer anderen Vollstreckung fällt ein lediges Pfandrecht den Gläubigern zu.

Entsprechende Vorschriften gelten für eine dem Eigentümer zum Zweck späterer Bestellung eines Pfandrechts vorbehaltene Stelle.

In einem nachstehenden Pfandbrief soll jedoch gültig vereinbart werden können, dass das dadurch bestellte Pfandrecht in dem Masse aufrücken soll, als ein vorstehendes Pfandrecht durch Abtragsleistungen vermindert wird, oder wenn dieses Pfandrecht an einem im voraus angegebenen bestimmten Zeitpunkt ganz eingelöst wird“⁴⁶⁷.

Sellest näeme, et omanik võib igal ajal seda oma õigust kasustada ilma allpool seisvate kreditoride käest nõusolekut nõutamata.

⁴⁶⁷ Taani 1926. a. 31. märtsi Tinglysning-seaduse teksti saksakeelne tõlge on toodud: Kruse, Eigentumsrecht, III, Anhang, lk. 1673 jj.

Üldse tähendab K r u s e aga selle küsimuse kohta Skandinaavia õiguses järgmist ⁴⁶⁸:

„Das nordische Recht braucht bei der Frage vom Aufrückungsrecht ebensowenig wie bei der Frage von der Negoziabilität seine Zuflucht zu einer Spaltung zwischen Forderungsrecht und Pfandrecht zu nehmen; die Konstruktion, dass der Eigentümer ein Pfandrecht an seinem Grundstück habe, welches nach Befriedigung der Pfandforderung besteht, ist in unserem Recht nicht notwendig, um den Eigentümer gegen das Aufrücken der nachstehenden Hypotheken zu schützen. Wird eine Hypothek ausgezahlt, so nehmen wir ganz natürlich an, dass damit normalerweise sowohl Pfandrecht als Forderung erloschen sind; trotzdem erlauben wir dem Eigentümer, unter gewissen Bedingungen aufs neue ein Pfandrecht und eine Forderung in der Stelle der früheren Hypothek zu begründen, also unter Ausschluss des Aufrückens nachstehender Hypotheken. Dieses Recht des Eigentümers ist ursprünglich in der Rechtsprechung entwickelt worden, ohne Anhalt in der Gesetzgebung; und im dänisch-norwegischen Recht hat diese Praxis bis in die jüngste Zeit keine Stütze in der Gesetzgebung gehabt. Im schwedischen Recht ist die diesbezügliche frühere Praxis im Inteckningsgesetz von 1875 § 25 gesetzlich festgelegt worden.“

Kuid arvustades seda põhjamaade praksist ei soovita Kruse ses küsimuses siiski mitte järgneda Saksa eeskujule ⁴⁶⁹.

Käsitledes piiratud asjaõigusi omale asjale R o o t s i õ i g u s e seisukohast, peatume vaid pandiõigusel ⁴⁷⁰. Lepinguline pandiõigus saab Rootsi õiguse järgi kinnistusraamatusse kandmisega asjaõigusliku jõu, kusjuures sissekande kohta antud dokument, mida nimetatakse lihtsalt *inteckning*, on nagu sissekantud õiguse kandjaks ⁴⁷¹.

Üldiselt on kinnispant Rootsi õiguses aktsessoorne õigus; ta on formaalselt seotud nõudeõigusega. Kuid kui hüpoteegiga tagatav võlg on maatüki omaniku poolt tasutud, „elab“ hüpoteek selle omaniku käes edasi. Viimasel on õigus seda hüpoteeki, nimelt dokumenti selle kohta endise esimusastmega uuesti edasi anda uue võla tagamiseks. Kuigi seesugune kord oli Rootsis tegelikult ole-

⁴⁶⁸ K r u s e, Eigentumsrecht, III, lk. 1861—1862.

⁴⁶⁹ K r u s e, Eigentumsrecht, III, lk. 1862.

⁴⁷⁰ Olgu ainult tähendatud, et servituute reguleerib Rootsi õiguses eriline 1907. a. 14. juuni seadus, mille järgi on Rootsi õiguses võimalikud vaid reaalservituudid. Vt. C a r l s o n, op. cit., lk. 187.

⁴⁷¹ C a r l s o n, op. cit., lk. 188.

mas juba ammust ajast, siis alles 1932. a., s. o. kinnistusala muutva novelli andmisega tunnustab Rootsi seadusandlus otseselt ja konsekventsel kujul omanikuhüpoteeki. Selles muudetud kinnistusseaduses on eriti olulise tähendusega § 25—27. Nende järgi on omanikul õigus näiteks kinnisvara müügi puhul enampakkumise teel samu õigusi teostada, mis kuuluvad igale teisele hüpoteegidokumendi pidajale. Ainult protsente ei saa omanik enda käes oleva hüpoteegi dokumendi põhjal nõuda ⁴⁷².

Kuna vallaspandi puhul ilmub pandiõiguse aktsessoorne loomus täies ulatuses ning selguses, siis ei tunnusta ka Rootsi õigus üldreeglina vallaspandi püsijäämist võlasuhteta ⁴⁷³. Erandid on tehtud siin juhtudel, kui nõudeõigus, mida tagab pant, aegub. Siis jääb vallaspandiõigus ikkagi püsima. Lõpuks, mis puutub eriti laevahüpoteeki, siis tuleb laevad pantimise korral 10. mail 1901. a. laevakinnistuse kohta antud seaduse põhjal kinnistada ⁴⁷⁴. Siia kuuluvad laevad üle 5 registertonni. Ja sama seaduse alusel võimaldab Rootsi õigus derivatiivset omaniku laevahüpoteeki, jättes ta aga originaarsel kujul reglementeerimata. Nimelt võib laevaomanik, kes on tasunud hüpoteegikohustuse, selle järele välja anda sama esimusastmega ⁴⁷⁵.

Üldiselt on ju õige, et Prantsuse õigus ei tunne omaniku-kinnispandiõigust. Kuid seda siiski peamiselt ses mõttes, et Code civil ei tunne iseseisvat pandiõiguse tekkimist oma asja suhtes. Veel enam, nagu nägime eespool, kehtib Prantsuse õiguses konfusiooni kustutava toime põhimõte.

Kuid ka Prantsuse õigus tunneb (CC art. 1251 järgi) võimalust, et kohustuse tasumisele vaatamata ei kustu iga kord hüpoteek. Nimelt, kui kinniku omandaja kasustab ostuhinna hüpoteegikreeditorile maksmisena, siis ei kustu seesugused hüpoteegid, vaid omandaja astub nagu nende kohale ja võib toetuda neile allpool seisvate võlastajate suhtes ⁴⁷⁶.

⁴⁷² Üksikasjalisemalt vt. Carlson, op. cit., lk. 189.

⁴⁷³ Siia kuulub ka omapärane Rootsi õiguse instituut — viljapantimisõigus. Vt. käesolev teos lk. 84.

⁴⁷⁴ Lag om inteckning i fartyg; given Stockholms slott d. 10. maj. 1901.

⁴⁷⁵ Carlson, op. cit., lk. 205.

⁴⁷⁶ Muidu aga nihkuvad Prantsuse õiguses mõne hüpoteekaari väljalangemisel järgnevad hüpotekaarid, Rooma õiguse eeskujul, edasi.

Pole huvituseta märkida, et ka Prantsuse õiguses on olnud konkreetne katse luua hüpoteeki omaniku nimele (*hypothèque sur soi-même*), nimelt III a. 9. messidori seadusega, mis aga jõusse ei astunud. Selle seaduse II peatükk kandiski pealkirja „*De l'hypothèque sur soi-même*“ (art. 36—83).

See seadus lubas lasta igale panditava kinniku omanikule tekkida hüpoteeki omale nimele, ajaks aga mitte üle 10 aasta ja mitte üle $\frac{3}{4}$ kinniku väärtuse ulatuses. Hüpoteek avaldus vastava pantkirja kaudu (*cédula hypothécaire*), mille andis välja kinnistusametnik (*conservateur des hypothèques*).

Ja ka hiljemini on rohkem kui üks kord püütud tuua Prantsuse õigusesse omanikuhüpoteeki, mille kohta tarvitatakse hinnangut: „*née d'un trait de génie du législateur de la Révolution*“⁴⁷⁷.

Lõpuks, mis puutub blanko-hüpoteekkirja võimalusse Prantsuse õiguses, siis ütleb *Planiol*⁴⁷⁸ selle puhul kassatsioonikohtu poolt tehtud otsuse (25. I 1905) kohta järgmist: „*La loi permet qu'un titre de créance contenant constitution d'hypothèque soit rédigé en brevet, c'est-à-dire que l'original peut être remis au créancier . . . Or la jurisprudence a admis que ce titre peut être accompagné de la clause à ordre, c'est-à-dire transmissible par endossement comme un effet de commerce, et que l'endossement transfère l'hypothèque en même temps que la créance.*“

Erilist tähelepanu on pööratud — nii Prantsuse oma kui ka välismaa õigusteadlaste poolt — omanikuservituudile Prantsuse õiguses, kus vaatluse all on peamiselt „õiguse valulaps“ (*Kohler*)⁴⁷⁹ — „*destination du père de famille*“ instituut.

Code civil tunneb üldist normi, et iga servituut kustub, kui valitsev ja teeniv kinnik kokkuvad samades kätes (CC art. 705).

Kuid Code civil teeb sellest üldisest reeglist erandi „*destination du père de famille*“ instituudi puhul.

See instituut — „*destination du père de famille*“ — on Code civil'i art. 692 ja 693 järgi ainult „*servitudes continues et apparentes*“ puhul võimalik.

⁴⁷⁷ *Planiol*, *Traité*, II, nr. 2670 bis, lk. 839.

⁴⁷⁸ *Planiol*, *Traité*, II, nr. 2671, lk. 840.

⁴⁷⁹ *Kohler*, *Sachenrecht*, lk. 534. *Kohler*'il ka ülevaade selle instituudi kohta Prantsuse coutume'ides ja Inglise õiguses — lk. 538—539. Vt. ka *Wolff*, op. cit., lk. 387.

Mis on „destination du père de famille“, selle kohta ütleb Planiol⁴⁸⁰ järgmist:

„La destination du père de famille est l'acte par lequel une personne établit entre deux héritages qui lui appartiennent (ou entre deux parties d'un même héritage) un *état de fait qui constituerait une servitude s'il s'agissait de deux héritages appartenant à deux propriétaires différents*. Tant que les deux immeubles appartiennent au même propriétaire, *la servitude n'existe pas*, à cause de la règle „Nemini res sua servit“. Mais, s'ils viennent à être séparés pour appartenir à des propriétaires différents, *la servitude prend naissance*, sans titre ni prescription; la cause qui la fait naître reçoit donc un nom particulier; c'est la „destination du père de famille“ (propriétaire). De là l'art. 692: La destination du père de famille *vaut titre*, c'est-à-dire qu'elle est un mode de constitution différent du titre et qui en dispense. La même formule se trouvait déjà dans la première rédaction de la coutume de Paris, faite en 1510 (art. 91).“

Peale selle, kui omanik kahest temale kuuluvast päritud kinnikust, millel on olemas nähtav servituut, võõrandab ühe, ilma et lepingus oleks servituudi kohta kokkulepet, jääb servituut Code civil'i art. 694 järgi aktiivselt või passiivselt võõrandatud kinniku kasuks või võõrandatud kinniku peale lasuma.

Seega, ütleb H u b e r⁴⁸¹: „Die *destination du père de famille* würde also Geltung haben für *servitudes continues et apparentes*, der Ausschluss der Konfusionswirkung aber für *servitudes apparentes*, auch wenn sie nicht *continues* sind.“

Teatav, teist laadi erand konfusiooni kustutavast toimest servituutide puhul on väljendust leidnud Code civil'i art. 2177 järgi (peatükk: „De l'effet des privilèges et hypothèques contre les tiers détenteurs“).

See art. 2177 ütleb: „Les servitudes et droits réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession, renaissent après le délaissement ou après l'adjudication faite sur lui.“

Muidu aga on konfusiooni kustutav toime Prantsuse õiguses servituutide puhul lõplik ja omaniku poolt temale kuuluvaist kahest ühe kinniku müümise puhul ei elustu servituut⁴⁸².

⁴⁸⁰ Planiol, Traité, I, nr. 2960, lk. 969.

⁴⁸¹ Huber, op. cit., lk. 58.

⁴⁸² Ütleb ju Planiol: „Lorsque la propriété du fonds dominant passe, d'une manière quelconque, au propriétaire du fonds servant, ou réciproquement, la servitude s'éteint par confusion, parce qu'un propriétaire ne peut pas avoir de servitude sur sa propre chose (art. 705). La confusion

Kui vaadelda piiratud asjaõiguste omale asjale probleemi Itaalia õiguse seisukohast, eriti pandiõiguse puhul, siis, nagu ütleb Caliendo⁴⁸³, näib Itaalia õiguses tegemist olevat tõeliselt õiguse puhkamisega, sest Codice civile art. 2031 ja 2032 järgi on juttu otseselt hüpoteegi taaselustumisest (rinasceno, rinascere)⁴⁸⁴. Sest, ütleb Caliendo edasi, Itaalia õiguses, et mitte asetada omanikku halvemasse seisundisse, nimelt et hüpoteekaarkreeditor, omandanud koormatud kinniku, ei satuks palja isikliku võlausaldaja positsiooni, juhul kui ta kaotab uuesti omandiõiguse sellele kinnikule, — selleks leidubki Itaalia tsiviilseadustiku art. 2017 säte, et sellisel juhul kustunud hüpoteek taaselustub. Ja see taaselustunud hüpoteek säilitab siis oma endise koha kinnistusraamatus⁴⁸⁵.

Erinev on omaniku hüpoteegivõimalikkuse kohta Itaalia õiguses Chironi seisukoht. Oma suures traktaadis pandiõiguse üle ütleb Chironi⁴⁸⁶ hüpoteegi lõppemise kohta Itaalia õiguses, et hüpoteek kustub seaduse järgi, kui võlg on konfusiooni puhul kustunud. Kokkumise olemus lõpetab siin õiguse, sest puudub võimalus teda täita kas üldse või ka ainult ajavahemikus, kuni kestab see kokkumisseisund. See on üldine põhimõtteline norm. Kui see seisund aga kaob ja ei teki mõnd teist takistavat asjaolu, siis, ütleb Chironi, võib õigussuhe taaselustuda. Olgugi, ütleb Chironi edasi, et seadus ei anna seesugust iseloomu konfusioonile üldisel kujul, vaid need on erandjuhud. Ja nimelt, hüpoteek, millel on oma iseseisev juriidiline kuju, on küll paralüseeritud samade asjaolude poolt, mis avaldasid oma mõju ka tagatavale võlale, kuid ta saab taas tagasi oma jõu, kui seda hüpoteeki saame siduda jällegi võlaga. Ja kuigi seadus mõtleb siin küll otseselt

est donc pour les servitudes ce que la consolidation est pour l'usufruit, une application de la maxime: *Nemini res sua servit.*“ Planiol, Traité, I, nr. 2980, lk. 976. Vt. ka nr. 2981.

⁴⁸³ Caliendo, op. cit., lk. 26.

⁴⁸⁴ Näiteks ütleb Codice civile art. 2031: „Le ipoteche rinasceno col credito, se il pagamento vien dichiarato nullo.“ Siin võib peale „maksmise“ tegemist olla aga ka mõne muu lõppemise alusega.

⁴⁸⁵ Caliendo, op. cit., lk. 27. Ka Arangio-Ruiz arvab, et hüpoteegi püsijäämist, vaatamata kokkumisele, tuleb Itaalia õiguses konstrueerida Codice civile art. 2017 alusel õiguse taaselustumise võimalusena (possibilità di reviviscenza). Arangio-Ruiz, op. cit., lk. 128 jj.

⁴⁸⁶ G. P. Chironi, Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno. Vol. II (Parte speciale). Milano-Torino-Roma, 1918, lk. 636–637.

endise võla taaselustumist, ometi pole õiguse üldise mõtte järgi takistust siduda hüpoteeki ka mõne teise võlaga. Ja lõpptulemusena jõuabki Chironi siin jaatavale arvamusele omanikuhüpoteegi põhimõttelise lubatavuse kohta Itaalia õiguses, kui ta ütleb: „Così, anche nell'ordinamento della legge italiana si potrebbe costruire la cosiddetta *ipoteca del proprietario*.“

Käesolevas teoses vaadeldava probleemi lahendamisel on Itaalia tsiviilseadustiku eelnõu a. 1937 üldjoontes jäänud kehtiva õiguse alusele, tehes siiski mõningaid küllaltki olulisi muudatusi. Nii näiteks mitte küll loobudes põhimõttelisest lähtekohast „nemini res sua servit“⁴⁸⁷ on eelnõu kehtivast õigusest erinevalt sõnastanud art. 227, kus on uus säte servituudi loomise kohta kaasomandis oleva kinniku kasuks ühele kaasomanikule üksi kuuluva kinniku peale ja ümberpöörduvalt⁴⁸⁸.

Mis puutub hüpoteegi taaselustumise võimalusse, siis on Itaalia tsiviilseadustiku eelnõu ka ses küsimuses jäänud kehtiva Codice civile alusele⁴⁸⁹.

Kokku võttes peab siiski ütlema, et Itaalia õiguses on antud juhtumitel nii kehtiva Codice civile kui ka 1937. a. eelnõu järgi

⁴⁸⁷ Üldiselt aga lõpeb servituut Itaalia Progetto järgi (art. 261, mis vastab kehtiva C. c. art. 664), kui valitseva ja teeniva kinniku suhtes kokkub omandiõigus ühes ja samas isikus. Kuid servituut võib elustuda, kui konfussioon ära langeb põhjusel, mis on seotud omandamisega.

⁴⁸⁸ Eelnõu art. 227 lausub: „Può costituirsi una servitù a vantaggio del fondo comune sopra un fondo di esclusiva proprietà di uno dei condomini. Può altresì stabilirsi col consenso di tutti i condomini sul fondo comune una servitù a vantaggio del fondo di esclusiva proprietà di uno di essi.“

Seletuskiri eelnõu juurde ütleb, et see säte on küll vastuolus rooma-õigusliku põhimõttega „nemini res sua servit“, kuid eelnõu on siiski asunud teisele seisukohale, eriti arvestades doktriini, mille kohaselt kaasomanduses olev teeniv kinnik on teiste kaasomanikkude osade suhtes „res aliena“. Ja vastupidi, kui kaasomandis olev kinnik on valitsev, siis pole põhimõte „res sua servit“ takistuseks, sest siin puudutab servituut *jure proprietatis* vaid oma osa. Relazione, lk. 91.

⁴⁸⁹ Eelnõu art. 472 vastab Codice civile art. 2017 ja eelnõu art. 488 ja 489 — Codice civile art. 2031 ja 2032 sätetele.

Seletuskirjas eelnõu juurde on öeldud, et eelnõu on kaudsete hüpoteegi lõppemise mooduste hulgas jäänud kõikide endiste lõppemisviiside juurde. Küsimus, kas ka *datio in solutum*'i puhul kustunud hüpoteek taaselustub ühes võlaga, on eelnõus leidnud eitava lahenduse vastavalt obligatsiooniõiguse eelnõu art. 177 sätetele. Vt. Relazione, lk. 197—198.

tegemist piiratud asjaõiguse kustumisega või ka puhkamisega ja hiljemini selle õiguse taaselustumisega. Seega pole siin otseselt tegemist piiratud asjaõigusega omale asjale.

Et B a l t i e r a s e a d u s e järgi kehtib üldiselt konfusiooni kustutava toime põhimõte, siis ka piiratud asjaõigused omale asjale on mõeldavad, võimalikud vaid kaudsel teel, eranditena.

Otseseid piiratud asjaõigusi omale asjale ei derivatiivsel ega ammugi primaarsel kujul BES ei tunne.

Mis puutub kõigepealt omaniku pandiõigusesse, siis BES § 1421 ütleb selgel sõnal: „Das Pfandrecht erlischt durch Confusion, wenn nämlich der Pfandgläubiger Eigenthümer der verpfändeten Sache oder der Schuldner Erbe des Pfandgläubigers wird.“

Sellele lisandab Erdmann ⁴⁹⁰:

„Durch das Vorhandensein anderer nachstehender Pfandgläubiger und deren Nachrücken in die nunmehr vacante Pfandstelle kann jedoch insofern eine Ausnahme von dieser Schlussfolgerung geschaffen werden, als jene anderen Creditoren dem Eigenthümer factisch seine Befriedigung aus der Sache illusorisch machen. Für diesen Fall, also wenn ein Pfandgläubiger das Eigenthum an der Pfandsache erwirbt, dauern diejenigen Befugnisse, welche er den nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber besass, auch während seiner Eigenthümerzeit fort, so dass ein Nachrücken derselben ausgeschlossen ist. Ein wahres Pfandrecht jedoch, welches z. B. die Distractionsbefugniß mit den Wirkungen der Distraction gewährte, existirt deswegen noch nicht. Die Rechte dieses Zwischenzustandes sind vielmehr bloss negative und bloss den späteren Pfandgläubigern gegenüber wirkende. Es liegt hier eine Conservirung der Stellung des Pfandrechts für eine Zukunft, in welcher Eigenthum der Pfandsache und Pfandgläubigerschaft wieder auseinandergehen, vor. Uebrigens tritt das hier erwähnte Privilegium nur ein, wenn ein bisheriger Pfandgläubiger das Eigenthum der Pfandsache erwirbt, nicht auch umgekehrt, wenn der Eigenthümer der Sache ein Pfandrecht an derselben erlangt. Ferner kann in allen denjenigen Fällen von diesem Recht nicht die Rede sein, in welchem nicht bloss das Pfandrecht, sondern auch die F o r d e r u n g durch Confusion erlischt. Denn in diesem Falle geht das Pfandrecht nicht wegen Confusion, sondern wegen Erlöschens seiner Forderung unter. Endlich kann auch dann kein Fortbestehen der Pfandbefugnisse angenommen werden, wenn in dem Erwerbe der Pfandsache durch den Pfandgläubiger ein ausdrücklicher oder stillschweigender Verzicht auf das Pfandrecht gesehen werden muss.“

⁴⁹⁰ E r d m a n n. Privatrecht, II, lk. 385—386.

Peale selle on omaniku pandiõiguse võimaluse kohta meil kehtivas õiguses veel selgem BES § 1363 säte: „An der eigenen Sache kann für den Eigenthümer kein Pfandrecht entstehen (a). Wenn jedoch ein Pfandgläubiger das Eigenthum der ihm verpfändeten Sache erwirbt, so dauern die ihm durch sein früheres Pfandrecht gegen die übrigen Pfandgläubiger erworbenen Rechte fort (b).“

Selle kohta ütleb jällegi Erdmann ⁴⁹¹:

„Das Pfandrecht, als nur eine der im Eigenthum steckenden Befugnisse, kann selbstverständlich nicht dem Eigenthümer an seiner eigenen Sache zustehen, welche ihm schon ohne das Pfandrecht zur Disposition steht und daher keine neue Sicherheit gewähren kann. Die Einführung der Rangfolge verschiedener Pfandrechte an derselben Sache hat jedoch auch für den Eigenthümer ein Interesse zur Folge, die früher als Pfandgläubiger erworbene Rangstellung sich als Eigenthümer conserviren und für den Fall aufsparen zu können, wo für ihn gegen einen späteren Eigenthümer derselben (weiter veräusserten) Sache wieder eine Forderung begründet sein wird... Das Provincialrecht... bezeichnet nur den hier vorliegenden Fall als eine Ausnahme von dem regelmässig eintretenden Grundsatz, dass Pfandrechte durch Confusion erlöschen. Es kann somit derselbe sich nicht gut auf alle, früher oder später entstehenden, Forderungen des Weiterveräusserers erstrecken. Das gemeine Recht, auf welches wir hier zur Aushülfe recurriren müssen, denkt hier an diejenigen Fälle, in welchen durch den Ankauf der Sache von Seiten des besseren Pfandgläubigers in Wirklichkeit keine Befriedigung der Ansprüche desselben stattfand, sondern dieselben bei dem Weiterverkauf in der Form eines rückständigen Kaufschillings wieder auftreten. Für diese Fälle, in welchen somit zwar formell, nicht aber materiell, ein neuer Anspruch erwacht, kann der alte Gläubiger seine alte Rangstellung auch später geltend machen. Es versteht sich hierbei von selbst, dass seiner neuen Forderung ein Pfandrecht überhaupt zustehen muss und dieselbe nicht etwa in einem bloss persönlichen Anspruch gegen den Schuldner bestehen darf. Es kann dieses Pfandrecht ferner nur gegen den dritten Pfandgläubiger, nicht gegen die Sache selbst und nicht etwa durch Cession an andere Personen während der Eigenthumszeit des Berechtigten geltend gemacht werden.“

Erikusimuse moodustab meie kehtivas õiguses nn. „blanko-obligatsiooni“ kustumine omaniku kätes, missugune probleem on

⁴⁹¹ Erdmann, Privatrecht, II, lk. 340—342.

omakorda seoses pantkirjade-obligatsioonide blanko edasiandmise lubatavusega BES järgi.

(Blanko-obligatsiooni küsimus seisab küll väljaspool selle töö raame ja seepärast ei tarvitse meie temal pikemalt peatuda, aga et tal on siiski teatav tähendus meid huvitava probleemi kohta, osutub vajalikuks teda vaadelda lühidalt, vajaduse piirides.)

See pantkirjade (nn. võlakohustuste, „obligatsioonide“) blankopealdisega edasiandmise võimalus on levinud ja tema pooldajate hulka kuuluvad ka Bašmakov⁴⁹² ja Freytag-Loringhoven⁴⁹³.

Bašmakov, kelle seisukohaga võime nõustuda ka meie, väidab:

Et võlakohustuse üleandmise vorm oleneb Balti eraseaduse § 3471 järgi täiesti poolte suvast ja blankopealdisega üleandmine käib BES § 3473 sätete alla (ka „ettenäitajale“), ja edasi, et BES § 3122 järgi loetakse ettenäitaja — dokumendi pidaja, kuni dokument on tema käes, väljaandja kreditoriks, siis võib seesugune kreditor, pantkirja ettenäitaja (väidab Bašmakov) kasutada ka pandiõigust kinnistusraamatus, vajamata selleks kinniku omaniku nõusolekut⁴⁹⁴.

Erand tuleb teha vaid kreditori muutumisel novatsiooni teel (BES § 1591), sest novatsioon on üks pandiõiguse lõppemise moodustest (BES § 1414).

Konstateerides, et obligatsiooni „blanko“ edasiandmine on BES järgi võimalik, tuleb aga küsimusele, kas võib blanko-obligatsioon, omaniku kätte sattudes, püsima jääda, vastata eitavalt: konfusiooni kustutav toime on siin üldreegel!

Erandid on siiski samad, mis on BES § 1421 ette nähtud.

⁴⁹² Башмаковъ, op. cit., lk. 167.

⁴⁹³ Freytag-Loringhoven, vaieldes Ex-Vene tsiviilseadustiku eelnõus leiduva keelu vastu, pooldab blankotsessiooni, väites, et selle instituti hüved kaaluvad üles tema pahed, ja see on seletatav sellega, et kinnisvarade käibes on tegemist kitsama asjaosaliste ringiga ja nende keskel valitseva distsipliiniga. Фрейтаг-Лоринговенъ, Материальное право, II, lk. 266 jj.

Ka Poom, kes oma kirjutises „Kolmas isik kehtiva hüpoteegiõiguse seisukohast“ („Õigus“ nr. 4. 1933. a.) rõhutab blankopealkirja põhjal valdaja kätte läinud obligatsioonide puhul kinnistusraamatu avaliku usalduse põhimõtet, märgib blanko obligatsioonide vajadust meil õiguskäibe huvides. (Vt. osundatud kirjutise lk. 159 ja 160.)

⁴⁹⁴ Башмаковъ, op. cit., lk. 167 jj.

Hoopis iseasi on, et tegelikus elus jäävad seesugused blanko-obligatsioonid omaniku käes püsima ja lastakse tihti omaniku poolt jälle liikvele, meelde tuletades ZBG art. 859 otseselt lubatud *Inhaberschuldbrief*’i.

Selle kohta ütleb ka Seletuskiri Tsiviilseadustiku 1936. a. eelnõu juurde: „... Tegelikult on aga kujunenud sootu teissugune olukord, kui seaduse järgi arvama peaks. Kasutades võimalust hüpoteegiga tagatud kirjalikku võlakohustust muuta nimelisest ettenäitaja peale, on seesugused „blanko-obligatsioonid“ omandanud seesuguse ilme, et neid seatakse ilma tõelise võlakohustuseta, käivad käest kätte ilma vastavat võlakohustust üle andmata, võivad algusest peale või hiljem seista panditud kinnisasja omaniku enda käes jne. Sel viisil need „blanko-obligatsioonid“ on tõeliselt kaotanud selle ilme, mida nad seaduse järgi peaksid omama, olgugi et ka viimane ise on selles suhtes teatava määraneni vastuoluline (vrd. näit. B 1414 jj., eriti 1421 ja 1527 ühelt ja 1598 teiselt poolt) ja omandanud kõik need funktsioonid, mis välismaade vastavates seadustes on seatud selleks loodud erilise instituudiga (Saksa „*Grundschuld*“ jm.). Sellest faktilisest olukorrast peab seadusandlus paratamatult tegema järeldused“⁴⁹⁵.

Et seesuguseid kokkumisjuhte blanko-obligatsioonide puhul iga kord on raske tõendada, siis — kordame — toimub seesugune derivatiivse omanikuhüpoteegi tekkimine tegelikus elus võrdlemisi sageli.

Aga veel enam. Kasustatakse vari-isikut, kelle nimele luuakse rahatu hüpoteek, obligatsioon saab blankopealdise ja jääb samas omaniku enda kätte⁴⁹⁶. Ning jällegi tõendada sellist pantkirja rahatust on enamikul juhtudel võimatu.

See, puhtal kujul *contra leges* toimuv n.-ö. primaarne omaniku-pandiõiguse tekkimine näitab selgelt, kui võrd vajalik on seesuguseid, tegelikku ellu sissetunginud hädaabinõusid — möödapääse-

⁴⁹⁵ Seletuskiri, lk. 65.

⁴⁹⁶ Et sellist vari-isiku abiga tehtud „omanikuhüpoteeki“ hiljemini blankopealdisega varustatuna meie õiguses heauskliku kolmanda isiku kätes kehtivaks võidakse tunnistada, näeme ühest hiljutisest Riigikohtu otsusest. Nimelt on Riigikohtu otsusega 26. aprillist 1938. a. (avaldatud ajakirjas „Õigus“ nr. 10. 1938. a., lk. 476) selline fiktiivne obligatsioon kehtivaks tunnistatud, kuna kolmas isik oli omandanud sellise kinnistusraamatusse sissekantud ja blankopealdisega varustatud obligatsiooni heas usus, tõelisi asjaolusid teadmata.

matuid surrogaatvahendeid asendada seaduses lubatud õigusvormidega, nagu seda ongi teinud meie Tsiviilseadustiku eelnõu.

Mis puutub omanikuservituudiõigusesse BES-s, siis olgu viidatud juba eespool osundatud BES § 1270, 1271 ja 1272 sättele, mille alusel ei saa BES järgi tunnustada isegi derivatiivset omanikuservituuti.

Läti uus tsiviilseadustik (CL), mis on suurel määral säilitanud BES süsteemi ja sisu, on käesolevas teoses vaadeldava küsimuse lahendamisel teinud vaid vähemaulatuselisi muudatusi. Üldjoontes on jäänud BES alusele. Nagu nägime, on kokkumise kustutav toime CL järgi üldiseks põhimõtteks.

Retsipeerinud BES sätte servituudi kustumise kohta kokkumise puhul (CL § 1237 vastab BES § 1265 sättele), kordab Läti CL ka BES § 1270 sätet servituudi taaselustumise kohta, kui kokkumine oli ajutine, BES § 1271 sätet servituudi püsijäämise kohta, kui vaid üks osa valitsevast või teenivast kinnikust on ühendatud, missugusel juhul servituut püsib mitteühendatud osa peal, ja ka BES § 1272 sätteid servituudi püsijäämise võimaluse kohta kaasomandisoleva teeniva kinniku suhtes. Kõik need kolm BES eriparagrahvi on Läti CL koondanud ühte paragrahvi — § 1241, kus on tehtud vaid tähtsuseta sõnalisi muudatusi.

Mis puutub pandiõigusesse Läti CL järgi, siis ka selles osas on CL säilitanud BES süsteemi ja sisu. Kõigepealt tuleb tähendada, et Läti CL tunnustab, nagu BES-ki, ainult aktsessorset panti. CL § 1309 ütleb ju selgel sõnal: „Pandiõigus lõpeb iseene-
sest selle nõudmise kustumisega, milleks ta oli loodud, ükskõik missugusel viisil see kustumine toimub“⁴⁹⁷. Ka teeb CL sellest § 1309 toodud üldisest põhimõttest üldkujulise erandi, samuti kui BES § 1415, sõnastades seda vaid järgmiselt: „Kui kreditori õigus kustunud nõudmisele uuendub, siis uuendub ka pandiõigus iseenesest“ (CL § 1310).

Üldist CL suhtumist omanikuhüpoteeki ei muuda ka § 1311 ja 1312 p. 4 sätted ilma lõpplauseta. CL § 1311 (= BES 1416) ütleb: „Kohustuse lihtsa novatsiooni korral võib vana pandiõigus vastastikuse kokkuleppe alusel püsima jääda.“ Päris selge on ka CL § 1312 p. 4 säte. Selle järgi kustub pandiõigus, isegi pandiga

⁴⁹⁷ CL § 1309 vastab BES § 1414 sättele, kui mitte arvestada teatavat koondamist sõnastuses.

tagatud nõudmise püsides, „kokkumise korral, kui pandipidaja saab panditud asja omanikuks või võlgnik muutub pandikreeditori pärijaks“. (Seega vastab CL § 1312 p. 4 ilma lõpplauseta BES § 1421-le.) Ometi laseb mainitud CL § 1312 p. 4 lõpus leiduv lause mõista, et ka Läti tsiviilseadustik on sunnitud olnud tegema teatud muudatusi kreditori huvides, kes panditud asja on omandanud. Nii lõpeb see § 1312 p. 4 sõnadega: „erand sellest juhise-st on toodud § 1300-s.“

Ja siin CL § 1300 leiamegi teatava uudse paragrahvi. Selle § 1300 esimene lause ütleb kategooriliselt: „Oma asja suhtes ei või omanikul mingit pandiõigust olla.“ Teine sama paragrahvi lause aga lisab: „Siiski, kui võlausaldaja saab panditud asja omandiks, jäävad talle püsima ta endise pandiõigusega teiste pandikreeditoride vastu omandatud õigused.“ Et Läti CL siin omaniku-pandiõigust siiski ei tunnusta, selgub, peale esimese selgekujulise lause § 1300-s, ka sõnadest „endise pandiõigusega“; seega kasustab see endine kreditor vaid teatavaid õigusi teiste pandikreeditoride suhtes.

Asudes vaatlema piiratud asjaõigusi omale asjale meie Tsi-viilseadustiku eelnõus (1936. a. redaktsioonis), tuleb kõigepealt mainida, et vastavatest instituutidest saame meie vaid niipalju otseseid seletusi, kui nad on väljendatud eelnõu paragrahvides en-dis. Seletuskiri Tsiviilseadustiku 1936. a. eelnõu juurde, arvesta-des tema lühidust, mis on omakorda seletatav seletuskirja eesmär-giga, ei sisalda palju täiendavat seaduse tekstile ⁴⁹⁸.

Küll aga tulevad kaudselt rakendamisele vastavad välismaade seadustikud (ZGB, BGB ja Ungari Tsiviilseadustiku eelnõu), kust on võetud s i s u l t u e d BES-s mitteleiduvad paragrahvid.

Kui vaadelda eelnõu uusi sisulisi sätteid asjaõiguses meid

⁴⁹⁸ „Vastandina omandiõigusele piiratud asjaõigused eeldavad, et sellekohased esemed, mille peale need õigused omandatakse, seisavad juba kellegi omandis. Seetõttu kõnesolevaid õigusi nimetati varem tavalisteks õigusteks võõrastele asjadele. Kinnistusraamatu süsteemi tõttu, mis võimal-dab vähemalt mõningaid neist õigustest seada ka oma enda asjale, pole eel-mainitud termin enam otstarbekohane. Vastavalt sellele ning silmas pida-des ka nende õiguste sisu ja iseloomu võrreldes omandiõigusega ning samuti doktriini ja välismaisi eeskujusid on kõnesolevad õigused nimetatud pii-ratud asjaõigusteks“, ütleb vastavatele muudatustele viitav Seletuskirja tekst, lk. 60.

huvitava küsimuse kohta, siis olgu esimesena viidatud juba varemalt osundatud § 894-dale kui konfusiooni kustutavat toimet kinniku puhul kõrvaldavale sättele, mille kohta ka eelnõu seletuskiri (lk. 54) ütleb, et „kinnistusraamatu olemasolu tõttu isenesest ei hävi piiratud asjaõigus oma enda kinnisasjale (§ 892), nagu see on loogiline ja mõistetav kinnistusraamatu olemasolu puudumisel“⁴⁹⁹.

Sama mittekustumise põhimõtet näeme esiteks ka reaalservituutides. Eelnõu § 1009 järgi jääb servituut kuni kustutamiseni püsima asjaõigusena. Olgugi et tähendatud § 1009 all on toodud ka BES § 1270—1272, on seaduse tekstist enesest näha, et eeskujuks on rohkem olnud samas osundatud ZGB artikkel 735⁵⁰⁰. Seega tuleb järeldada, et eelnõu võimaldab otseselt ainult derivatiivset omanikuservituuti, mitte aga originaarsel kujul.

Kinnisasja kasustusvalduse kohta (vilikasustus), kui kasutusvaldaja saab ühtlasi kinnisasja omanikuks, tulevad rakendamisele — § 1040 III järgi — vastavad eeskirjad reaalservituutide kohta (s. t. § 1009).

Põhjapanevamad muudatused, võrreldes BES-ga, on Tsiviilseadustiku eelnõus toimunud asjaõiguste osas muuseas ka pandiõiguse alal ja eriti ka omaniku-pandiõiguse alal, kusjuures need muudatused, olgu kohe tähendatud, on kooskõlas eelnõu asjaõiguse osas leiduva materiaalse kinnistusraamatu õigusega.

Lähtekohaks on siin — s. t. omaniku kinnispandiõiguse puhul — eelnõu § 894 säte kokkumise kustutava toime kõrvaldamise kohta. Seda kordab veelgi eelnõu § 1203 I lõige, öeldes: „Kui hüpoteek ja omandiõigus sama kinnisasja peale langevad kokku ühes isikus, siis hüpoteek sellega ei muutu ega lõpe.“

Sellele lisanduvad eelnõu § 1204 ja 1205 sätted.

§ 1204 lausub: „Kui kohustus, mille tagamiseks hüpoteek seatud, ei teki, siis kuulub hüpoteek kinnisasja omanikule.“

Kui kohustus, mille tagamiseks hüpoteek seatud, lõpeb, siis omandab hüpoteegi kinnisasja omanik.

⁴⁹⁹ Võrdluseks olgu toodud Ex-Vene Tsiviilseadustiku eelnõu art. 926 (184), kus on öeldud: „Прекратившееся владѣніе совпаденія вѣщнаго права въ чужомъ имѣніи возстановляется съ прежнимъ старшинствомъ, если совпаденіе прекратилось до погашенія права по вѣщной книгѣ.“

⁵⁰⁰ Tsiviilseadustiku 1936. a. eelnõu paljundatud ja laialisaadetud eksemplarides on ZGB § 735 asemel trükitud H (= ZGB), 725.

Hüpoteek, mille suhtes pantkirjast ei ole loobutud, kuulub kinnisasja omanikule, kuni pantkiri pole üle antud usaldajale.“

Ja § 1205 ütleb: „Kui usaldaja hüpoteegist loobub, siis omandab hüpoteegi kinnisasja omanik.

Loobumine peab avaldatama kinnistusjaoskonnale või notari kaudu kinnisasja omanikule ning vajab sissekandmist kinnistusraamatusse.“

Sellest nähtub, et eelnõu, samuti kui BGB, ei võimalda primaarset omaniku-kinnispanti, küll aga täielikul kujul sekundaarset, derivatiivset.

Edasi, eelnõu § 1215 kohaselt, kus on öeldud (lõiked I, II): „Kui kinnisasjale on seatud hüpoteegid mitmes järjekohas, siis ühe hüpoteegi kustutamisega ei ole järgneva hüpoteegi usaldajal õigust vabanenud järjekohale edasi astuda.

Kustutatud eelkäiva hüpoteegi asemele võib seada uue.“ Ja selle paragrahvi all toodud osundist (H 814) järeldub, et eelnõu on omaks võtnud Šveitsi nn. kindlate kohtade süsteemi, seda enam, et järgmine paragrahv — § 1216 — otseselt tarvitabki terminit „tühjad hüpoteegi kohad“.

Mis puutub omaniku-kinnikvõlasse, siis ka seda on meie Tsiiviilseadustiku eelnõu otseselt tunnustanud.

Eelnõu § 1247 II lõige ütleb selgel sõnal: „Kinnisvõlakirja võib välja anda ka kinnisasja omaniku enese nimele.“

Seega on eelnõus primaarne omaniku-kinnikvõlg võimalik, arusaadavalt ka derivatiivne (§ 1248: „Kui usaldajat pole olemas või kui usaldaja kinnisvõlast loobub, siis võib kinnisasja omanik valida, kas sissekanne kinnistusraamatus kustutada või lasta püsida. Ta on õigustatud kinnisvõlakirja edasi kasutama.“)

Need kui ka muud sätted omaniku-kinnikvõla kohta on eelnõus koostatud peamiselt ZGB (osalt aga ka BGB) eeskujul.

Kokku võttes näeme, et omaniku kinnispandiõigust on meie Tsiiviilseadustiku eelnõu tunnustanud võimalikult täiel määral.

Omaniku-kinnispandiõiguse kõrval on aga (nagu nägime juba eespool) olemas ka veel kinnistusraamatu koha reserveerimise võimalus (eelnõu § 882) ⁵⁰¹.

⁵⁰¹ Võrdlusena olgu tähendatud, et Ex-Vene kinnistuskorra seaduse eelnõu, kus muide ka hüpoteekaaride edasinihkimine polnud võimalik, jäi omanikuhüpoteegi küsimuses peatuma nn. kinnistusraamatulise eelmärkuse juurde. Вотчинный уставъ, art. 108, II ütleb: „Съ погашеніемъ залога по

Lõpuks, mis puutub omaniku vallaspandiõigusesse, siis selle kohta on mõõtuandvad eelnõu § 1146 II ja III lõige.

Nimelt ütleb § 1146 I lõige: „Käsipant lõpeb, kui ta langeb kokku omandiõigusega samas isikus.“ II ja III lõige aga lisavad: „Kui käsipant on koormatud õigusega kolmanda isiku kasuks, siis ei või käsipant lõppeda selle isiku nõusolekuta. Käsipant ei lõpe, kuivõrd omanikul on õiguslik huvi käsipandi edasikestmiseks.“

Seega on derivatiivne omaniku vallaspandiõigus teataval määral võimalik nagu BGB-ski.

Terve piiratud asjaõiguste omale asjale suhtes toimuv reform on, nagu tähendatud ülemal pool, tihedas seoses kinnistusraamatu õigusega.

Ja kui põhjendatult võib väita, et kehtivas õiguses ei ole piiratud asjaõigused omale asjale ja kinnistusraamat küllaldaselt kooskõlas, ses mõttes, et meie võrdlemisi moodne kinnistusraamat võimaldaks suuremal määral piiratud asjaõigusi omale asjale, s. t. 1889. a. reform kinnistusosal oli kaugemale minev kui muus asjaõiguse osas, — siis seega, et meie Tsiviilseadustiku eelnõu on kinnistusraamatu põhimõtteid, mis juba kehtivas õiguses on küllaltki arendatud, veelgi selgemalt ja süstematiseeritult esile toonud, misugune asjaolu teeb meie kinnistuskorra peaaegu niisama täiuslikuks, kui seda on Saksa ja Šveitsi kinnistuskord, — siis võib rahuldusega konstateerida, et eelnõu on nüüd ka lõpule viinud selle asjaõiguse reformi, mis jäi pooleli 1889. aastal.

See tõendab veelkordselt, et on olemas teatav kindel sõltumus kinnistusraamatu täiuslikkuse ja piiratud asjaõiguste omale asjale kui iseseisva õiguste kategooria võimaldamise vahel.

вотчинной книгѣ, статья объ этомъ залогѣ приобретаетъ значеніе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, о чемъ означается въ самой записи о погашеніи.“
Vt. ka Freytagh-Loringhoven, *Материальное право*, II, lk. 81.

Kokkuvõte.

Kõike käesolevas teoses öeldut kokku võttes võime väita:

1. Piiratud asjaõiguste omale asjale juriidilise konstruktsiooni lahendamisel pole asjaõiguslik kokkumine takistavaks teguriks, sest asjaõigusliku kokkumise kustutav toime on kõrvaldatav teoreetiliselt ja seda on kõrvaldanud ka mitmed seadusandlused.
2. Defineerides omandiõigust kui põhimõtteliselt kõikide õigustuste kogusummat asja suhtes (kvantitatiivne teooria) ning nähes omandiõiguse elastsuse seistatavat tungi võime konstateerida, et omandiõiguse kõrval on võimalikud veel teised ja samale isikule kuuluvad piiratud asjaõigused sama asja kohta.
3. Kinnistusraamatu instituut, eriti temas kehtiv avaliku usalduse ja sellest sõltuv esimusastme põhimõte on otsustava tähendusega piiratud asjaõiguste omale asjale mõiste loomisel, andes vastavale õigusele tema objektiivselt nähtava olemise.
4. Õiguskord, seadusandluse näol, lähtudes otstarbekohasuse ja huvide kaitse põhimõttest võib, peab ja ongi loonud vastavate eluliste suhete jaoks erikujulised asjaõigused — piiratud asjaõigused omale asjale, mis avalduvad nii objektiivse kui ka subjektiivse õiguse seisukohalt.
5. Kuuludes üldisesse piiratud asjaõiguste rühma omavad piiratud asjaõigused omale asjale kindla sisu, neil on ühiseid tunnuseid teiste asjaõigustega, aga samuti oma eritunnused.
6. Vaadeldes seadusandlusi võime konstateerida teatavat sõltumust kinnistusraamatu ja piiratud asjaõiguste omale asjale probleemi lahendamise vahel: täiuslikum kinnistusraamat võimaldab järjekindlamat piiratud asjaõiguste omale asjale kui iseseisva rühma kujundamist. Eriti on see võimalik, kui kinnistusraamatusse asjaõiguste sissekandel on konstitutiivne, õigust-loov jõud.

Osundatud teoste loend.

1. Arangio-Ruiz, V. *Ius in re aliena*. (Dizionario pratico del diritto privato, fondato da V. Scialoja e già diretto da P. Bonfante, R. de Ruggiero. Direttore F. Maroi. Vol. III, p. II: Ip—L. Milano, (1934), lk. 117—129.)
2. Arndts, L. *Lehrbuch der Pandekten*. 7. Aufl. Stuttgart, 1872.
3. Bachofen, J. *Das Römische Pfandrecht*. Bd. I. Basel, 1847.
4. Baron, J. *Pandekten*. 4. Aufl. Leipzig, 1882.
5. Башмаковъ, А. А. *Основные начала ипотечного права*. Либава, 1891.
6. Bekker, E. *Allerlei von den dinglichen Rechten, insbesondere von den Rechten an eigener Sache*. (Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. Bd. II. Stuttgart, 1880, lk. 11—50.)
7. Бѣляцкинъ, С. А. *Частное право въ основныхъ принципахъ*. (Курсъ Гражданскаго Права.) Каунасъ, 1928.
8. Bergen, A. von. *Die Pfändung eigener Sachen*. Diss. Göttingen. Göttingen, 1909.
9. Beseler, G. *System des gemeinen deutschen Privatrechts*. 4. Aufl. Abth. I. Berlin, 1885.
10. Bonfante, P. *Corso di diritto romano*. Vol. II. La proprietà. Sezione I. Roma, 1926. Vol. III. Diritti reali. Roma, 1933.
11. Bozi, A. *Die Schule der Jurisprudenz*. 2. Aufl. Berlin, 1923.
12. Breit, M. *Der Grundbuchrang und seine Probleme, insbesondere die bisher unlösbaren Rangschwierigkeiten des Aufwertungsgesetzes*. Berlin, 1928.
13. Bremer, F. P. *Hypothek und Grundschuld*. Göttingen, 1869.
14. Bremer, F. P. *Das Pfandrecht und die Pfandobjecte*. Leipzig, 1867.
15. Brinz, A. *Lehrbuch der Pandekten*. Bd. I. Erlangen, 1873.
16. Buchka, G. *Die Hypothek des Eigenthümers nach den neuesten Deutschen Gesetzgebungen und in ihrem Verhältnis zum Römischen Recht*. Wismar-Rostock-Ludwigslust, 1875.
17. Buchka, G. von. *Landesprivatrecht der Grossherzogtümer Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz*. (Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens von H. Dernburg. Ergbd. V.) Halle a. S., 1905.
18. Bullinger, W. *Die Dienstbarkeit des Eigentümers*. Diss. Göttingen. Hannover, 1929.
19. *Das Bürgerliche Gesetzbuch für die čechoslovakische Republik*. Über-

- setzung des Entwurfes der Kommission für die Revision des ABGB. Hrsgb. vom Justizministerium der Čechoslovakischen Republik. Reichenberg i. B., (1924).
20. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Erläutert von Dr. Busch, Erler, Dr. Lobe, Michaelis, Oegg, Sayn, Schliewen und Seyffarth, Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht. 7. Aufl. Bd. III: Sachenrecht. Bearbeitet von Dr. Busch, Schliewen. Berlin-Leipzig, 1929.
 21. Caliendo, L. *Ipoteca*. (Dizionario pratico del diritto privato, fondato da V. Scialoja e già diretto da P. Bonfante, R. de Ruggiero. Direttore F. Maroi. Vol. III, p. II: Ip—L. Milano, (1934), lk. 1—28.)
 22. Carlson, G. *Schwedisches Sachenrecht*. (Die Zivilgesetze der Gegenwart. Bd. X. Das Zivilrecht der nordischen Länder. Teil I. Das Zivilrecht Finnlands und Schwedens. Berlin, 1936, lk. 141—232.)
 23. Chironi, G. P. *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*. Vol. I. Parte generale. Milano-Torino-Roma, 1918. Vol. II. Parte speciale. Milano-Torino-Roma, 1918.
 24. *Code civil*. (Die Zivilgesetze der Gegenwart. Hrsgb. von K. Heinsheimer. Bd. I. Frankreich. *Code civil*. Mit Übersetzung, Einleitung und Anmerkungen. Hälfte I. Art. 1—1100. Mannheim-Berlin-Leipzig, 1928.)
 25. *Code civil Espagnol*. Traduction française par Mlle Le Pelley. Paris, 1932.
 26. *Codice civile*. Secondo libro. Cose e diritti reali. Progetto. Roma, 1937.
 27. *Codice civile*. Secondo libro. Cose e diritti reali. Relazione al progetto. Roma, 1937.
 28. *Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil*. (Die Zivilgesetze der Gegenwart. Hrsgb. von K. Heinsheimer. Bd. III: Brasilien. *Brasiliens Codice Civil*. Mit Übersetzung, Einleitung und Anmerkungen. Mannheim-Berlin-Leipzig, 1928.)
 29. Cosack, K. *Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. Bd. II. Jena, 1913.
 30. Crome, C. *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. Bd. III. Tübingen, 1905.
 31. Curti, A. *Englands Privat- und Handelsrecht*. Bd. I. Personen-, Familien-, Sachen- und Erbrecht. Berlin, 1927.
 32. Dernburg, H. *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*. Bd. II. Leipzig, 1864.
 33. Dernburg, H. — Hinrichs, F. *Das Preussische Hypothekenrecht*. Abth. I. (Deutsches Hypothekenrecht. Hrsgb. von V. von Meibom. Bd. VIII. Abth. I.) Leipzig, 1877.
 34. Dernburg, H. *Das Preussische Hypothekenrecht*. Abth. II. (Deutsches Hypothekenrecht. Hrsgb. von V. von Meibom. Bd. VIII. Abth. II.) Leipzig, 1891.

35. Dernburg, H. Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preussens. (Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens von H. Dernburg. Bd. III.) Halle a. S., 1908.
36. Dernburg, H. System des Römischen Rechts. Der Pandekten achte, umgearbeitete Auflage. Bearb. von P. Sokolowski. Teil I. Berlin, 1911.
37. Döring, P. Die Eigentümergrunddienstbarkeit. Diss. Göttingen. Göttingen, 1910.
38. Ehrenzweig, A. System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. I. Hälfte 2: Das Sachenrecht. Wien, 1923.
39. Ein, E. Le azioni dei condomini. Roma, 1931.
40. Ein, E. Kaasomanikkude korraldusõigusest. (Juriidiline ajakiri „Õigus“. Tartu, 1930, nr. 10, lk. 433—451.)
41. Endemann, F. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. II. Abt. 1: Sachenrecht. Berlin, 1905.
42. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung, ausgearb. durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission. Amtliche Ausgabe. Berlin-Leipzig, 1888.
43. Erdmann, C. System des Privatrechts der Ostseeprovinzen Liv-, Est- und Curland. Bd. II: Sachenrecht. Riga, 1891.
44. Exner, A. Das Oesterreichische Hypothekenrecht. (Deutsches Hypothekenrecht. Hrsgb. von V. von Meibom. Bd. V.) Leipzig, 1881.
45. Förtsch, R. Vergleichende Darstellung des Code civil und des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin, 1897.
46. Фрейтагъ-Доринговень, А. Л. Матеріальное право Проекта Вочиннаго Устава. Т. I—II. Юрьевъ, 1914.
47. Friedmann, F. Die Wirkungen der confusio nach römischem Recht. Diss. Greifswald. Berlin, 1884.
48. Gesetzentwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für Ungarn. Die dem Reichstage vorgelegte Fassung. Veröff. durch das Königl. Ungarische Justizministerium. Budapest, 1914.
49. Gierke, O. Deutsches Privatrecht. Bd. I. Allgemeiner Teil und Personenrecht. (Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. Hrsgb. von K. Binding. Abt. II, Teil III, Bd. I.) Leipzig, 1895.
- id. Deutsches Privatrecht. Bd. II. Sachenrecht. (Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. Hrsgb. von K. Binding. Abt. II, Teil III, Bd. II.) Leipzig, 1905.
50. Gierke, O. Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte. (Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte. Hrsgb. von O. Gierke. 100. Heft.) Breslau, 1910.
51. Gieseke, P. Belastung. (Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes. Hrsgb. von Fr. Schlegelberger. Bd. II. Berlin, 1929, lk. 426—433.)

52. Girard, P. F. Manuel élémentaire de Droit Romain. 4. éd. Paris, 1906.
53. Goldschmidt, R. Systematik des Pfandrechts und der Hypothek des Eigenthümers. Berlin, 1877.
54. Гражданское Уложение. Книга третья. Вещное право. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданскаго Уложения. Томъ I. Ст. 1—174. С.-Петербургъ, 1902. Томъ II. Ст. 175—420. С.-Петербургъ, 1902.
55. Гриммъ, Д. Проблема вещныхъ и личныхъ правъ въ древне-римскомъ правѣ. (Труды русскихъ ученыхъ за-границей. Томъ I. Берлинъ, 1922, lk. 22—64. Томъ II. Берлинъ, 1923, lk. 44—68.)
56. Гриммъ, Д. Д. Лекціи по догмѣ римскаго права. Петроградъ, 1916.
57. Hachenburg, M. Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Mannheim, 1895.
58. Haff, K. Institutionen des Deutschen Privatrechts. Bd. I: Personen- und Sachenrecht. Stuttgart, 1927.
59. von der Hagen, A. Die Hypothek des Eigenthümers. Arnsberg, 1836.
60. Hartmann, G. Rechte an eigener Sache. Untersuchungen zur Lehre vom Eigenthumsrecht. (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Hrsgb. von R. v. Jhering. Bd. XVII. Jena, 1879, lk. 69—144.)
61. Heck, Ph. Grundriss des Sachenrechts. Tübingen, 1930.
62. Hedemann, J. W. Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. Teil II. Hälfte 1: Das materielle Bodenrecht. Berlin, 1930.
Teil II. Hälfte 2: Die Entwicklung des formellen Bodenrechts. Berlin, 1935.
63. Hedemann, J. W. Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. (Grundrisse der Rechtswissenschaft. Bd. III.) Berlin-Leipzig, 1924.
64. Hirsch, A. Die Übertragung der Rechtsausübung. Berlin, 1910.
65. Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9. Aufl. Bearb. von E. Seckel. Jena, 1914.
66. Heusler, A. Institutionen des Deutschen Privatrechts. Bd. II. Leipzig, 1886.
67. Heymann, E. Überblick über das englische Privatrecht. (Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung. Begr. von F. Holtzendorff. Hrsgb. von J. Kohler. 7. Aufl. Bd. II. München-Leipzig, 1914, lk. 281—353.)
68. Hoche, H. Die Servitutenconfusion. Diss. Erlangen. Freienwalde a. O., 1895.
69. Hoffmann, E. Das Eigentümergrundpfandrecht. Diss. Marburg. Darmstadt, 1917.
70. Hoffmann, H. Die Zulässigkeit der Bestellung von Eigentümergrunddienstbarkeiten. Diss. Erlangen. Berlin, 1936.
71. Huber, E. Die Eigentümerdienstbarkeit. Ein Beitrag zu ihrer

- Rechtfertigung. (Festschrift dem Geheimen Justizrat Herrn Professor Dr. Hermann Fitting dargebracht.) Bern, 1902.
72. Index interpolationum quae in Iustiniani digestis inesse dicuntur. Curaverunt E. Levy, E. Rabel. Tomus I. Weimar, 1929.
 73. Jaeger, E. Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen. Bd. II. Berlin-Leipzig, 1933.
 74. Jenks, E. Digeste de Droit Civil Anglais. 2. éd. Tome I. Paris, 1923. Tome II. Paris, 1923.
 75. Jenny, F. Der öffentliche Glaube des Grundbuches nach dem schweizerischen ZGB. (Abhandlungen zum schweizerischen Recht. Neue Folge. 17. Heft.) Bern, 1926.
 76. Jhering, R. Passive Wirkung der Rechte. (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. X. Jena, 1866, 387—580.)
 77. Kindel, W. Betrachtungen über die Eigentümerhypothek. (Festsache für R. Koch. Berlin, 1903, lk. 75—109.)
 78. Koch, C. F. Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. Kommentar in Anmerkungen. 5. Aufl. I. Theil, I. Band. Berlin, 1870.
 79. Kohler, J. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, Teil I: Schuldrecht. Berlin, 1906.
Bd. II, Teil II: Sachenrecht. Berlin, 1919.
 80. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Hrsgb. von M. Gmür.
Bd. IV. Sachenrecht. Abt. II, von H. Leemann. Bern, 1925.
Bd. IV. Sachenrecht. Abt. III, von F. Ostertag. Bern, 1917.
 81. Kraemer, A. Pfändungspfandrecht an eigener Sache. Diss. Breslau. Leobschütz, 1930.
 82. Kretschmar, P. Die Theorie der Confusion. Leipzig, 1899.
 83. Kruse, Fr. Vinding. Das Eigentumsrecht.
Bd. II. Berlin-Leipzig, 1935.
Bd. III. Berlin-Leipzig, 1936.
 84. Kühnast, L. Die Grundschild des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin, 1888.
 85. Малышевъ, К. Гражданскіе законы Калифорніи. Томъ II—III. С.-Петербургъ, 1906.
 86. Meibom, V. v. Das Mecklenburgische Hypothekenrecht. (Deutsches Hypothekenrecht. Hrsgb. von V. von Meibom. Bd. II.) Leipzig, 1871.
 87. Merk, W. Das Eigentum im Wandel der Zeiten. (Schriften zur politischen Bildung. II. Reihe. Recht. Heft 5.) Langensalza, 1934.
 88. Meumann, G. A. Prolegomena zu einem System des Vermögensrechts. Abt. I. (Studien-Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Hrsgb. von R. Leonhard. 12. Heft.) Breslau, 1903.
 89. Meyer, Fr. E. Schuldbrief und Gült nach den schweizerischen Zivilgesetzbuch-Entwürfen von 1900 und 1904. Zürich, 1905.
 90. Mitteis, L. Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. Bd. I. Leipzig, 1908.
 91. Mosler, E. Zur Lehre von der Konfusion nach gemeinem römischen

- Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 18. August 1896. Diss. Berlin. Berlin, 1897.
92. Mühlenbruch, C. F. Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechts. 2. Aufl. Halle, 1847.
 93. Nussbaum, A. Lehrbuch des Deutschen Hypothekenwesens nebst einer Einführung in das allgemeine Grundbuchrecht. 2. Aufl. Tübingen, 1921.
 94. Oberneck, H. Das Reichsgrundbuchrecht. 4. Aufl. Bd. I—II. Berlin, 1909.
 95. Ortlieb, G. Einigung und dinglicher Vertrag. Diss. Marburg. Berlin, 1904.
 96. Planck, G. Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. III: Sachenrecht. Berlin, 1902.
 97. Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bisher herausg. von E. Strohhal. Bd. III, Lief. 1: Sachenrecht. Berlin, 1915.
 98. Planiol, M. Traité élémentaire de Droit Civil. Tome I. (Avec la collaboration de Georges Ripert.) 10. éd. Paris, 1925. Tome II. 9. éd. Paris, 1923.
 99. Planiol, M. — Ripert, G. Traité pratique de droit civil Français. Tome XII (par E. Bequé). Paris, 1929.
 100. Покровский, I. А. Основные проблемы гражданского права. Петроградъ, 1917.
 101. Poom, P. Kolmas isik kehtiva hüpoteegiõiguse seisukohast. (Juridiline ajakiri „Õigus“. Tartu, 1933, nr. 4, lk. 145—161.)
 102. Predari, C. Auflassung. (Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes. Hrsgb. von Fr. Schlegelberger. Bd. II. Berlin, 1929, lk. 269—277.)
 103. Predari, C. Rangordnung der dinglichen Rechte, Rangänderung, Rangvorbehalt. (Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes. Hrsgb. von Fr. Schlegelberger. Bd. V. Berlin, 1936, lk. 700—714.)
 104. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs-Justizamts bearb. von Dr. Achilles, Dr. Spahn, Dr. Gebhard. Bd. III: Sachenrecht. Berlin, 1899.
 105. Puchta, G. F. Pandekten. 11. Aufl. Besorgt von A. F. Rudorff. Leipzig, 1872.
 106. Puntschart, P. Der Grundsuldbegriff des Deutschen Reichsrechtes in Gesetz und Literatur. Graz, 1900.
 107. Raiser, L. Eigentum. (Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes. Hrsgb. von Fr. Schlegelberger. Bd. II. Berlin, 1929, lk. 772—796.)
 108. Рязановский, В. А. Лекции по гражданскому праву. Вып. III. Харбин, 1923.

109. Rossel, V. — Mentha, F. H. Manuel du Droit Civil Suisse. Tome II—III. Lausanne-Genève (s. a.).
110. de Ruggiero, R. Istituzioni di diritto civile. Vol. I. Messina, 1929.
111. Sachau, O. Eigentum, Grundschuld, Eigentümer-Grundschuld. Diss. Rostock. Berlin, 1909.
112. Sachs, E. Die Wirkungen der Konfusion nach Römischen Rechte und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin, 1898.
113. Samson, M. Das sog. Selbstkontrahiren nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Erlangen. Neumünster, 1901.
114. Sanden, A. Zulässigkeit und Wirkung der Pfändung eigener beweglichen Sachen. Diss. Heidelberg. Bornä-Leipzig, 1907.
115. Scheel, H. A. Das Mobiliarpfandrecht an eigener Sache. Diss. Marburg. Marburg, 1934.
116. Schey, J. von. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich. Wien, 1922.
117. Schröder, R. Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig, 1907.
118. Schwedler, G. Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit nach bürgerlichem Recht. Halle a. S., 1897.
119. Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. Bd. I. Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht. Bern, 1914.
120. Scialoja, V. Teoria della proprietà nel diritto romano. Lezioni ordinate curate edite da P. Bonfante. Vol. I. Roma, 1928.
121. Шершеневичъ, Г. Ф. Учебникъ русскаго гражданскаго права. С.-Петербургъ, 1907.
122. Синайскій, В. И. Основы гражданского права в связи с частью III Свода узаконеній, действующих в Латвіи и Эстонии. Вып. II. Рига, 1926.
123. Синайскій, В. И. Русское гражданское право. Вып. I. Кіевъ, 1914.
124. Stobbe, O. Handbuch des Deutschen Privatrechts. 2. Aufl. Bd. II, Abth. I. Berlin, 1883.
125. Stobbe, O. Handbuch des Deutschen Privatrechts. 4. Aufl. Bearb. von H. Lehmann. Bd. II. Hb. 1. Berlin, 1896.
126. Stolfi, N. Diritto Civile. Vol. II. Parte 2. I Diritti Reali di Godimento. Torino, 1928.
- Vol. II. Parte 3. I Diritti Reali di Garanzia. Torino, 1932.
127. Sveriges Rikes Lag. Utgiven av S. Skarstedt. Stockholm, 1931.
128. Таль, Л. С. Публичная вѣра крѣпостного реестра въ Прибалтійскихъ губерніяхъ. (Журналъ Министерства Юстиціи. С.-Петербургъ, 1908, nr. 3, lk. 67—88.)
129. Тютрюмовъ, И. М. Гражданское право. Тарту (Юрьевъ), 1927.
130. Тютрюмовъ, И. М. Гражданское Уложеніе. Проектъ. Томъ I. С.-Петербургъ, 1910.
131. Uluots, J. Seletuskiri Tsiviilseadustiku 1936. a. eelnõu juurde. Tallinn, 1936.

132. Vangerow, K. A. von. Lehrbuch der Pandekten. Bd. I. Marburg-Leipzig, 1863.
133. Venediger, G. Die Eigentümergrunddienstbarkeit. Diss. Erlangen. Berlin, 1936.
134. Weiske, J. Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten, enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft. 2. Ausg. Bd. III. Leipzig, 1844.
135. v. Wening-Ingenheim. Das Pfandrecht an eigener Sache. (Archiv für die Civilistische Praxis. Bd. VI. Heidelberg, 1823, lk. 134—150.)
136. Wieszner, A. Das Pfandrecht an der eigenen Sache nach römischem Recht. Breslau, 1893.
137. Windscheid, B. Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Bearb. von Th. Kipp. Bd. I. Frankfurt a. M., 1906.
138. Windscheid, B. Trattato delle Pandette. Prima traduzione italiana fatta dai professori Fadda e Bensa e continuata da P. Bonfante in collaborazione con F. Maroi. Note dei traduttori. Torino, (s. a.).
139. Wirth, K. Beiträge zur Systematik des römischen Civilrechts. Erlangen, 1856.
140. Wolff, M. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 9. Bearb. Bd. III: Das Sachenrecht. (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Begründet von L. Enneccerus, Th. Kipp, M. Wolff. Bd. III.) Marburg, 1932.
141. Вормъ, А. Э. — Ельяшевичъ, В. Б. Законы гражданскіе (Св. зак. т. X, ч. I). Практическій и теоретическій комментарий. Вып. II. Москва, 1913.
142. Zivilgesetzbuch vom 28. Januar 1937. Ausgabe des Lettischen Justizministeriums. Riga, 1937.

REFERAT.

Die begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache.

In dieser Arbeit wird der Versuch gemacht, die begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache als Gruppe von Rechten einer allseitigen Betrachtung zu unterziehen. Zunächst werden die begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache vom Standpunkt ihrer praktischen Bedeutung für den Rechtsverkehr betrachtet. Insbesondere werden jene wirtschaftlichen Faktoren untersucht, durch die diese Gruppe von Rechten bedingt ist. Entscheidend ist hier somit das Prinzip der Zweckmässigkeit, der Nützlichkeit. Das sehen wir besonders beim Eigentümergrundpfandrecht, dann bei der Eigentümergrunddienstbarkeit, aber ebenso auch bei den anderen begrenzten dinglichen Rechten an eigener Sache.

Wenn die Möglichkeit einer Konstruierung begrenzter dinglicher Rechte vom juristischen Standpunkt aus untersucht wird, muss je nach ihrer Wirkung zwischen zwei verschiedenen Arten von Faktoren unterschieden werden — einerseits den verneinenden, hindernden und andererseits den bejahenden, begünstigenden Faktoren. Zu den ersteren gehört die rechtsauflösende Wirkung einer Konfusion dinglicher Rechte sowie der Begriff des Eigentumsrechts nebst dem Prinzip der Elastizität des letzteren. Zu den bejahenden Faktoren gehört das Grundbuch mit dem für dasselbe geltenden Eintragungsprinzip, öffentlichen Glauben und Prioritätsprinzip.

Im ersten Hauptstück wird die rechtsauflösende Wirkung einer Konfusion dinglicher Rechte und das Problem der begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache betrachtet. Hier wird von der Konfusion im allgemeinen, von ihrem Wesen und ihren Arten gesprochen. Vor allem wird die rechtsauflösende Wirkung der Konfusion dinglicher Rechte im römischen, im germanischen Recht, sowie in den wichtigsten Gesetzgebungen der Gegenwart behandelt (in Deutschland, der Schweiz, England, Kalifornien, Brasilien, im früheren Russland, in dem in Estland geltenden Liv-, Est- und Kurländischen Privatrecht, im neuen Zivilgesetzbuch Lettlands und in dem Entwurf eines Zivilgesetzbuches für Estland vom Jahre 1936). Die rechtsauflösende Wirkung der Konfusion in den verschiedenen Gesetzgebungen betrachtend, wird folgende Entwicklung konstatiert: Während früher die

Konfusion im allgemeinen eine rechtsauflösende Wirkung hatte und nur einzelne Ausnahmen hiervon möglich waren, gibt es jetzt Gesetzgebungen, wo begrenzte dingliche Rechte an eigener Sache möglich sind, und wo die dinglichen Rechte bei der Konfusion nicht erlöschen; nunmehr sind von der Regel dieses Nichterlöschens einzelne Ausnahmen möglich. In den älteren Gesetzgebungen, wo die rechtsauflösende Wirkung der Konfusion allgemeine Regel ist, muss z. B. die Konfusion, damit ihre rechtsauflösende Wirkung eintreten kann, endgültig sein und nicht nur einen bedingten oder zeitweiligen Charakter tragen. Gewöhnlich ist die rechtsauflösende Wirkung der Konfusion aufgehoben oder beschränkt, wenn auf der einen oder anderen Seite mehrere Personen stehen. Ferner werden in jenen Gesetzgebungen, wo die rechtsauflösende Wirkung der Konfusion allgemeine Regel ist, Ausnahmen auch noch in anderen Fällen gemacht, in denen dies gerecht oder zweckmässig erscheint.

Die neueren Zivilgesetzbücher (BGB, ZGB, der ungarische Entwurf, der estnische Entwurf von 1936) stellen im Gegensatz zu den früheren ausdrücklich den Grundsatz der nichtrechtsauflösenden Wirkung der Konfusion auf, wobei sie von diesem Grundsatz gewisse Ausnahmen, vorwiegend in bezug auf bewegliche Sachen, zulassen. In Anbetracht alles dessen stellt Verf. die These auf, dass die sachenrechtliche Konfusion nicht mehr ein Faktor ist, der die Schaffung der juristischen Konstruktion begrenzter dinglicher Rechte an eigener Sache behindert.

Im zweiten Hauptstück der Arbeit finden wir eine Betrachtung über das Wesen des Eigentumsrechts und über die begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache, und zwar wird hier zunächst das Problem des Eigentumsrechts im allgemeinen, das Eigentum im römischen und im germanischen Recht und das Eigentum im Recht der Gegenwart behandelt. Hierauf finden sich die Definitionen des Eigentumsrechts im allgemeinen und die Einteilung dieser Definitionen in funktionelle, quantitative und qualitative; sodann wird die Möglichkeit einer Konstruierung begrenzter dinglicher Rechte entsprechend diesen Definitionen untersucht. Anschliessend wird das Verhältnis zwischen Eigentumsrecht und begrenzten dinglichen Rechten berührt, besonders deren Verschiedenheiten nach Inhalt und Umfang. Im Zusammenhang mit dem Eigentumsrecht wird das Prinzip der Elastizi-

tät des Eigentumsrechts, sein Wesen und seine Erscheinungsart untersucht.

Bei der Betrachtung des Eigentumsrechts in den heutigen Gesetzgebungen wird zusammenfassend festgestellt, dass das Eigentumsrecht unserer Zeit nicht mehr als so absolut betrachtet wird wie in früheren Zeiten: allmählich beginnt eine Betonung des gesellschaftlichen Elements um sich zu greifen, und infolgedessen ändern sich auch die Definitionen des Eigentumsrechts.

Unter Berücksichtigung alles dessen, was über das Eigentumsrecht gesagt worden ist, kann die These aufgestellt werden, dass das Wesen des Eigentumsrechts, insbesondere das in ihm in Erscheinung tretende Prinzip der Elastizität, nicht als ein Faktor zu betrachten ist, der die Konstruierung begrenzter dinglicher Rechte an eigener Sache behindert. Die letztgenannten Rechte stehen zu dem Begriff des Eigentums nicht in logischem Widerspruch.

Im dritten Hauptstück der Arbeit wird das Grundbuch und seine Bedeutung als begünstigender Faktor im Problem begrenzter dinglicher Rechte an eigener Sache betrachtet. Hier wird zunächst im allgemeinen vom Wesen des Grundbuches und seiner Bedeutung im Sachenrecht gesprochen. Sodann wird die Herkunft des Grundbuches betrachtet und festgestellt, dass es dem germanischen Recht entstammt. Bei der Darlegung der Entwicklung des Grundbuches ergibt es sich, dass die zum Gebiet des germanischen Rechts gehörigen Gesetzgebungen über das vollständigste Grundbuchwesen verfügen. Hierauf werden die Prinzipien des Grundbuches im allgemeinen und die Einteilung der Grundbuchsysteme behandelt. Weiter folgt die Betrachtung der einzelnen wichtigsten Grundbuchsysteme. Beschrieben werden das Torrensische System, die in Estland geltende Grundbuchordnung, das dänische und das schwedische Grundbuchwesen, sowie das französische Transkriptions- und Inskriptionsverfahren. Abschliessend ein kurzer Überblick auch über das englische Grundbuchwesen.

Sodann finden die Grundbuchprinzipien Behandlung, die vom Standpunkt einer Lösung des Problems begrenzter dinglicher Rechte an eigener Sache von besonders wesentlicher Bedeutung sind, und zwar das Eintragungsprinzip, das Prinzip des öffentlichen Glaubens und besonders das Prioritätsprinzip. Bei

der Betrachtung des letztgenannten Grundsatzes werden die Frage der Konkurrenz der Rechte im allgemeinen, die Prioritätstheorien und die Arten der Priorität, darunter besonders die sachenrechtliche Priorität, behandelt. Es folgt eine Untersuchung, wie die einzelnen wichtigeren Gesetzgebungen die sachenrechtliche Priorität durch Eintragungen in das Grundbuch bestimmen. Endlich werden Rangänderung und Rangvorbehalt als Korrektive des Prioritätsprinzips im allgemeinen und deren Regelung in den einzelnen Gesetzgebungen, desgleichen auch die Institute der Rangverbesserung und der Rangverschlechterung betrachtet. Nach einer Bewertung des Prioritätsprinzips wird auf Grund aller dieser Ausführungen folgendes festgestellt:

Eintragung und Priorität, sowie öffentlicher Glaube und Priorität stehen in einem logischen Zusammenhang miteinander. Die Eintragung ist das Mittel, durch das die Priorität und die Rangordnung mehrerer ein und dieselbe Grundbucheinheit belastender Rechte bestimmt werden.

Die Vermutung, dass das zu jemandes Gunsten eingetragene Recht — ganz gleich, ob Eigentumsrecht oder begrenztes dingliches Recht — der in der Eintragung bezeichneten Person zugeordnet wird, und die Präsumtion, dass ein derartiges Recht, wenn es aus dem Grundbuch gelöscht worden ist, nicht mehr der entsprechenden Person zuzurechnen ist, — diese beiden Vermutungen als Grundlagen des Prioritätsprinzips haben zugleich in grösstem Umfang auch die Kategorie der begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache aufstellen lassen. Die Auffassung, dass ein begrenztes dingliches Recht bei der Konfusion notwendigerweise erlischt, kann in sehr weitreichendem Umfang durch das unbefriedigende System des römischen Immobilienrechts erklärt werden. In ihm hinterliess ein durch Konfusion erloschenes begrenztes dingliches Recht keinerlei sichtbare Spuren im Rechtsverkehr, d. h. es war auch vom objektiven Standpunkt aus nicht vorhanden. Demgegenüber ermöglicht das Grundbuch hier das Fortbestehen eines derartigen Rechts, denn auch nach der Konfusion kann das Vorhandensein dieses Rechts aus dem entsprechenden Grundbuch ersehen werden. Diese aus dem germanischen Recht stammende Rechtsvorschrift, dass ein begrenztes dingliches Recht an einem fremden Grundstück bei der Kon-

fusion nicht zu erlöschen braucht, bietet mit Hilfe des Grundbuches die Möglichkeit, dass jedes begrenzte dingliche Recht vom objektiven Standpunkt aus eine selbständige Gestalt annehmen und auch an eigener Sache in Erscheinung treten kann.

Das vierte Hauptstück ist der Betrachtung des Systems der Sachenrechte und der begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache im Rahmen dieses Systems gewidmet.

Zunächst wird die allgemeine Einteilung der Rechte in Personen- und Vermögensrecht und hierauf die Einteilung der Vermögensrechte in Sachen- und Obligationenrecht dargelegt. Verf. verweilt etwas bei dem Problem der Unterscheidung von Sachen- und Obligationenrecht im allgemeinen und betrachtet dann diesen Unterschied im römischen, im germanischen und zum Teil auch im englischen Recht. Hierauf folgt eine allgemeine Charakterisierung des Sachenrechts. Sodann werden die einzelnen Merkmale der Sachenrechte und besonders das Prinzip des im Sachenrecht geltenden Numerus clausus erörtert.

Der zweite Teil dieses Hauptstücks ist den Fragen der Systematik der Sachenrechte gewidmet. Nach einer Einteilung der Sachenrechte in provisorische und in definitive folgt die Einteilung derselben nach der Zugehörigkeit des Objekts und nach dem Umfang der Berechtigungen. Das von Sinaiski aufgestellte System der Sachenrechte wird einer Betrachtung unterzogen und hierauf ein kurzer Überblick über die verschiedenen Systeme der Sachenrechte in den wichtigsten Gesetzgebungen geboten. Der Unterschied zwischen dem Eigentumsrecht und den begrenzten dinglichen Rechten wird vom Standpunkt der Systematisierung der Sachenrechte betrachtet. Anschliessend wird die Frage der Klassifikation der begrenzten dinglichen Rechte erörtert. Es werden folgende Einteilungen dargelegt: diejenige der begrenzten dinglichen Rechte in selbständige und in personenrechtliche Rechtsverhältnisse sachenrechtlichen Charakters; die Einteilung der begrenzten dinglichen Rechte nach Inhalt und Umfang; die Einteilung der begrenzten dinglichen Rechte nach dem Subjekt; die Einteilung der begrenzten dinglichen Rechte nach der Zugehörigkeit des Objekts; die Einteilung der Sachenrechte in Substanz- und Wertrechte, besonders das Problem der Wertrechte, ihr Wesen (Köhler) und ihre Einteilung. Endlich wird die Lehre von den sog. Erwerbsrechten berührt.

Im Endergebnis wird festgestellt: Die begrenzten dinglichen Rechte, darunter auch das Pfandrecht und die sonstigen sog. Wertrechte, stehen selbständig neben dem Eigentumsrecht als einem grundsätzlich unbegrenzten dinglichen Recht; und als Einteilung dieser begrenzten dinglichen Rechte ist u. a. auch die Einteilung dieser Rechte nach der Zugehörigkeit des Objekts möglich. Demgemäss kann es begrenzte dingliche Rechte erstens an fremder Sache und zweitens an eigener Sache geben. Auch die Gruppe der begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache hat ihren festen Platz im allgemeinen System der dinglichen Rechte.

In rechtstheoretischer Hinsicht kann das Sachenrecht nach folgendem System behandelt werden:

Das Sachenrecht zerfällt in zwei Teile. Der erste Teil enthält die Behandlung der sog. provisorischen Ordnung des Sachenrechts und die Behandlung des Grundbuchs. Er besteht wiederum aus zwei Abschnitten, von denen der erste den Besitz als die provisorische, einstweilige Ordnung des Sachenrechts behandelt, während der zweite vom Grundbuch als jener technischen Figur des Sachenrechts spricht, die für die übrigen sachenrechtlichen Institute von allgemeiner Bedeutung ist.

Der zweite Teil dieses Systems behandelt die endgültigen, definitiven Institute des Sachenrechts. Auch er zerfällt in zwei Abschnitte, von denen der erste die Betrachtung des Eigentumsrechts enthält, während der zweite von den begrenzten dinglichen Rechten spricht. Dieser zweite Abschnitt zerfällt seinerseits in zwei Unterabschnitte. Im ersten werden die begrenzten dinglichen Rechte an fremder Sache behandelt, wobei sich die Einteilung und die Reihenfolge der einzelnen sachenrechtlichen Typen nach dem Inhalt dieser Rechte richtet. Im zweiten Unterabschnitt dagegen sind die begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache, ihr Wesen und ihre einzelnen Typen zu betrachten, wobei diese Rechte — ebenso wie die begrenzten dinglichen Rechte an fremder Sache — gleichfalls nach ihrem Inhalt einzuteilen und anzuordnen sind.

Als Zusammenfassung des in den vorhergehenden Hauptstücken Gesagten spricht das fünfte Hauptstück der Arbeit vom Wesen, vom Charakter und von der Einteilung der begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache. Vor allem werden hier die

über die begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache in der Literatur geäußerten Ansichten dargelegt und bewertet. Es folgt eine zusammenfassende Darstellung des Wesens, Charakters und der Einteilung der begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache.

Bei der Betrachtung des Wesens der begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache wird festgestellt, dass einerseits auf dem Wege einer Aufhebung der rechtsauflösenden Wirkung der Konfusion und des Konsolidationsdranges das begrenzte dingliche Recht zu einem Recht an eigener Sache abstrahiert wird, dass andererseits die Eintragung im Grundbuch, die ja auch wie der Besitz ein gewisses Recht an einer Sache gibt, das begrenzte dingliche Recht an eigener Sache in eine selbständige Rechteinheit verwandelt, indem sie dieses Recht individualisiert, das sich bei einer Änderung der Person ebenso wie das Eigentumsrecht und die übrigen dinglichen Rechte nicht wesentlich zu verändern braucht und bis zur Löschung im allgemeinen bestehen bleibt. Die begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache bilden also eine Gruppe völlig normaler Rechte, die nur auf den ersten Blick ein wenig befremdend wirkt.

Und wenn die Beseitigung der rechtsauflösenden Wirkung der Konfusion als eines verneinenden Faktors zunächst nur in einzelnen Ausnahmen bei der Konfusion vor sich gegangen ist, so wird aus diesen Einzelausnahmen später eine gewisse allgemeine Ausnahmegestaltung, bei der das Wort „Konfusion“ nur noch die Aufgabe hat, das Zusammenfallen als einen bestimmten Vorgang zum Ausdruck zu bringen; hierbei kann dieser Vorgang eine gewisse Rechtswirkung — nämlich die Entstehung, Änderung oder Beendigung eines Rechtsverhältnisses — nach sich ziehen, aber diese Rechtswirkung kann ebensogut auch ausbleiben. Endlich ist man hierbei auch zur Ermöglichung einer direkten Konstituierung begrenzter dinglicher Rechte an eigener Sache gelangt.

Dies geschah jedoch nicht überall gleichzeitig und in gleichem Umfang. Selbst jetzt sind wir erst bis zu einem Zustand gelangt, wo diese Rechte in manchen Gesetzgebungen nur mittelbar und nur in beschränktem Umfang anerkannt werden. In anderen Gesetzgebungen ist dieses in grösserem Umfang ermöglicht, und zwar in Gestalt eines allgemeinen Grundsatzes; hier

sehen wir, dass derartige Rechte — begrenzte dingliche Rechte an eigener Sache — vorhanden sind, wenngleich keine einzige Gesetzgebung — und dies sei hier betont — sie ausdrücklich als solche bezeichnet. Es handelt sich hier um dingliche Rechte, und im theoretischen System der dinglichen Rechte haben sie ihren festen Platz, nämlich als Unterabteilung der allgemeinen Gruppe der begrenzten dinglichen Rechte. Die begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache sind dingliche Rechte *sui generis*, die sich in weitreichendem Masse auf dem Wege der Abstraktion gebildet haben; aber sie sind keine Fiktion, wie ja auch die abstrakte Grundschild ebenfalls ein dingliches Recht *sui generis*, aber immerhin ein dingliches Recht ist.

Dass das begrenzte dingliche Recht an eigener Sache in seiner konsequenten Form keine Fiktion ist, ergibt sich auch daraus, dass in den Vorschriften jener Gesetzgebungen, in denen die rechtsauflösende Wirkung der Konfusion ausdrücklich aufgehoben worden ist (z. B. BGB § 889, im estnischen Entwurf eines Zivilgesetzbuches von 1936 § 894), auch ausdrücklich gesagt wird, dass ein dingliches Recht bei der Konfusion nicht erlischt, sondern bestehen bleibt.

Weiterhin wird bei der Betrachtung der Merkmale der begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache in demselben Hauptstück konstatiert, dass sie mit den allgemeinen Merkmalen dinglicher Rechte ausgestattet sind.

Endlich betrachtet Verf. die Klassifikation der begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache und stellt dabei die These auf, dass hier das allgemeine System der Klassifikation begrenzter dinglicher Rechte anzuwenden ist, wobei jedoch ausserdem eine neue Einteilung hinzukommt, die für die begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache von besonderer Bedeutung ist. Und zwar sind die begrenzten dinglichen Rechte entweder ursprünglich oder nachträglich. Es wird hier auch zwischen dem echten und dem unechten Eigentümergrundpfandrecht unterschieden und im allgemeinen konstatiert, dass begrenzte dingliche Rechte an eigener Sache immerhin hauptsächlich bei Grundstücken (Immobilien) am folgerichtigsten möglich sind; denn wenn auch der Besitz im Sinne der Sichtbarmachung und Publizität dinglicher Rechte als ein dem Grundbuch paralleles Institut zu betrachten ist, so ermöglicht der Besitz bei einer beweglichen Sache nicht

die Entstehung eines begrenzten dinglichen Rechts an eigener Sache, wenigstens nicht in der ursprünglichen Erscheinungsform, mit Ausnahme jener Fälle, in denen auch das dingliche Recht an einer beweglichen Sache in ein entsprechendes Register eingetragen wird.

Im letzten Hauptstück der Arbeit, das den speziellen Teil des Ganzen darstellt, werden die einzelnen Typen der begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache auf Grund der wichtigsten Gesetzgebungen konkreter betrachtet. Vor allem wird das Problem der beiden wichtigsten in den Gesetzgebungen in Erscheinung tretenden begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache — der Eigentümergrunddienstbarkeit und des Eigentümerpfandrechts (letzteres hauptsächlich in Form des Grundpfandrechts) — vom allgemeinen Standpunkt aus analysiert.

Hieran schliesst sich im zweiten Teil dieses Hauptstücks die Betrachtung dieser und der anderen Institute der begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache in den wichtigsten Gesetzgebungen. Dabei werden sowohl die Vorschriften der geltenden Gesetzgebungen als auch die Bestimmungen einiger Entwürfe (Italien, Ungarn), besonders die Normen des Entwurfs des Zivilgesetzbuches für Estland vom Jahre 1936 über die begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache behandelt. Der letztgenannte Entwurf, der die entsprechenden Normen des ZGB und des BGB rezipiert hat, hat die begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache ausdrücklich anerkannt. Es wird folgendes konstatiert: Bisher standen in Estland nach dem geltenden Recht die begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache und das Grundbuchwesen nicht völlig miteinander in Einklang. Das verhältnismässig moderne Grundbuch hätte begrenzte dingliche Rechte an eigener Sache in grösserem Umfang möglich gemacht. Die Grundbuchreform vom Jahre 1889 war also weitgehender als die Reform der übrigen Teile des Sachenrechts. Dadurch dass der Entwurf des Zivilgesetzbuches von 1936 die bereits im geltenden Recht gut ausgebildeten Prinzipien des Grundbuches noch deutlicher und systematischer hervorgehoben hat, wird das estnische Grundbuchwesen nahezu ebenso vollkommen wie das in der Schweiz und in Deutschland. Somit kann man mit Befriedigung feststellen, dass der Entwurf nun auch jene Reform des Sachenrechts zu Ende geführt hat, die im Jahre 1889 unvollendet geblieben war.

Auf Grund aller bisherigen Ausführungen werden folgende Thesen aufgestellt:

1. Die juristische Konstruktion begrenzter dinglicher Rechte an eigener Sache wird durch die sachenrechtliche Konfusion nicht behindert, denn theoretisch kann die rechtsauflösende Wirkung der sachenrechtlichen Konfusion aufgehoben werden, und dies ist auch in mehreren Gesetzgebungen geschehen.

2. Indem wir das Eigentumsrecht als die Summe grundsätzlich aller Rechte an einer Sache definieren (Quantitätstheorie), und indem wir in der Elastizität des Eigentumsrechts eine hemmbare Kraft erblicken, sehen wir, dass neben dem Eigentumsrecht auch andere derselben Person gehörende begrenzte dingliche Rechte an der gleichen Sache möglich sind.

3. Das Institut des Grundbuches, besonders das in demselben geltende Prinzip des öffentlichen Glaubens und das aus demselben sich ergebende Prioritätsprinzip, ist für die Schaffung des Begriffs der begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache von entscheidender Bedeutung, indem es dem entsprechenden Recht sein objektives Dasein verleiht.

4. Ausgehend von dem Grundsatz der Zweckmässigkeit kann und muss die Rechtsordnung in Gestalt der Gesetzgebung für die entsprechenden Lebensverhältnisse besondersgestaltete dingliche Rechte schaffen und hat das auch getan — nämlich die begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache, die sowohl vom Standpunkt des objektiven als auch von demjenigen des subjektiven Rechts in Erscheinung treten.

5. Da sie zur allgemeinen Gruppe der begrenzten dinglichen Rechte gehören, haben die begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache einen festen Inhalt: sie haben mit den übrigen dinglichen Rechten gemeinsame, daneben aber auch ihre besonderen Merkmale.

6. Bei der Betrachtung der Gesetzgebungen können wir eine gewisse Beziehung zwischen der Gestalt des Grundbuches und der Lösung des Problems der begrenzten dinglichen Rechte an eigener Sache feststellen: das vollkommenste Grundbuch ermöglicht die folgerichtigste Konstituierung begrenzter dinglicher Rechte an eigener Sache als einer selbständigen Gruppe von Rechten. Insbesondere ist dieses möglich, wenn die Eintragung dinglicher Rechte in das Grundbuch eine konstitutive, rechtsbegründende Wirkung hat.