

Diplomitöö

370367

August Mölder

Matr. nr. 14308

10 nov. 38^l

AA No 297

75331

Kihlus.

Võrdlev ajaloolis-dogmaatiline
ileraade.



Vastab diplomitöö nõudele.
20 nov. 1938 a. *[Signature]*

Tartu 1938
Rektori poolt eeskirja nr 1000
allkirjastatud 25 XI 38

Sisukord.

Kasutatud kirjandus ja lühendeid.	lk.	4
§ 1. Sissejuhatus.		7
§ 2. Kihluse mõiste ja otstarve.		10
§ 3. Kihluse teooriad:		
a) Üldikeevaade		15
b) Kihluse faktiikkuse teooriad.		17
c) Kihluse kui lepingu teooriad.		20
1. Kihlus kui obligatoorne selleping.		21
2. Kihlus kui obligatoorne - perekonna- õiguslik segaleping.		23
3. Kihlus kui perekonnaõiguslik leping.		24
§ 4. Keevaade kihlusiõiguse ajaloolisest arengust.		
a) Kihlus rooma õiguses.		29
b) Kihluse areng hiisemaal ajal.		33
c) Kihluse ajalooline areng Eestis.		37
§ 5. Kihlus kehtivas õiguses.		47

§6. Võrdlev ülevaade kihluse institutsioonist tänapäeva õigusüsteemides:

- | | |
|-------------------|----|
| a) Saksa õigus. | 52 |
| b) Šveitsi õigus. | 56 |
| c) Läti õigus. | 59 |
| d) Soome õigus. | 61 |

§7. Kihlus Tsiviilseadustiku ulnõu alusel:

- | | |
|---|----|
| a) Kooste, sõlmimine, lõppemine. | 63 |
| b) Hagi, kingid, varandusliku kahju häästamine. | 67 |
| c) Immateriaalse kahju häästamine. | 74 |

Kasutatus kirjandus jä lähendatud.

B. Berent, H. Blaese, H. Ehlers, C. Schilling, T. Zimmermann,
Lettlands Zivildgesetzbuch in Einzeldarstellungen, I. Band,
Riga 1938.

Konrad Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts,
II. Band, Jena 1913 = Cosack II.

Carl Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts,
IV Band, Tübingen 1908.

A. Cramer, Das Verlöbniß nach dem BGB, Würzburg 1902 =
= Cramer.

Heinrich Dernburg, Pandekten, III Band, Berlin 1903 =
Dernburg, Pandekten.

— System des Römischen Rechts, II Teil, Berlin
1912 = Dernburg, Römisches Recht.

Heinrich Dittenberger, Das Verlöbniß-Recht im bürgerlichen
Gesetzbuch für das deutsche Reich, Halle 1901 = Dittenberger.

Arthur Donig, Begriff, Voraussetzung und Wirkung des Ver-
löbnisses nach dem BGB, Rostock 1905 = Donig.

M. J. Eisen, Kosjad, Tartu 1932 = Eisen, Kosjad.

F. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II Band,
II Abteilung, Berlin 1908 = Endemann.

- Carl Erdmann, System des Privatrechts der Ostseeprovinzen,
I Band, Riga 1889 = Erdmann I.
- Emil Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evange-
 lischen Kirchenrechts, Leipzig 1909.
- Max Gmür, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,
II Band, I Abteilung, Bern 1923 = Gmür.
- D. Grimmī arvanus Osivilseadustku 1935 a. eelnõu koh-
 ta = Grimm.
- f. F. L. Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht,
III Band, I Abteilung, Göttingen 1843.
- Jakob Leuenberger, Das Verlöbniß im schweizerischen Recht,
 Bern 1908 = Leuenberger.
- Robert Mayr, Römische Rechtsgeschichte, II Buch 2. Hälfte,
 Berlin und Leipzig 1913 = Mayr.
- D. J. Meier, Russkoe grazhdanskoe pravo, S.-Peterburg 1910 =
 Meier.
- Leopold Nathan, Die juristische Konstruktion des Verlöb-
 nisses nach dem BGB, Rostock 1902 = Nathan.
- Theodor Sasse, Das Verlöbniß im Bürgerlichen Gesetzbuch,
 Heidelberg 1906 = Sasse.
- Fr. C. Savigny, System des heutigen römischen Rechts,
III Band, Berlin 1840 = Savigny III.

Leopold Schroeder, Die Hochzeitsbräuche der Esten, Berlin
1888 = Schroeder.

Rudolph Sohm, Institutionen, Leipzig 1905.

— Trauung und Verlobung, Weimar 1876.

Heinrich Titzel, Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches,
IV Buch, Leipzig 1906 = Titzel.

Otto Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
II Band, Tübingen 1927 = Warneyer II.

Klaus Zühlmann, Der Verlöbnißbruch im modernen Recht,
Zürich 1902 = Zühlmann.

BES = Balti Eraseadus.

BGB = Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich.

LKS = Heneriigi Evangeeliumi-Lutheri usu Kiriku Seadus,
Hõrkunud J. Loo, purjev. 1899.

LTS = Läti Tsiviilseadustik.

SAS = Soome Abieluseadus (Ariolütlolaks).

TSE = Tsiviilseadustiku 1936 a. eelnõu.

ZGB = Schweizerisches Zivilgesetzbuch.

§ 1. Sissejuhatus.

Kõikidel aegadel ja kõikide rahvaste elus on abielu institutid tähtsat osa etendanud, kuna kogu inimkond püsivalt areng on temaga tihedalt seotud. Väikeste riikide, et abielu kui õigusinstituut on tähtsaim kõrgest teostatavast erioiguslikest institutidest, kuna temal rajaneb kogu tänapäeva riiklik-ühiskondlik kord. Ja teepoolt - elamine ühes kujutluses ühiskonna mõistest monogaamilise abielu, saaksime hoopis uue, täielikult nii oma põhialustes kui ka üksikult detailselt erineva ühiskondliku vormi. Arvestades määratlemist mõju, mida abielu institut avaldab majanduslikku, sotsiaalsele ja poliitilisele elule, on väga arusaadav, et juba väga varakult ühiskondlik vormi tõmbas abielu õigustiku reguleerimise oma tegevusspiirkonda, mistõttu abielu õigus sisaldab tavaliselt avalik-õiguslike elemente.

Rahvaste juures, kes tunnustavad monogaamilise abielu põhimõtet, leuame üha enam varem õiguses kui

ka tänapäeval institundi, mis on loomulikaks teerajajaks
 abielule, viies abielulada-kavatsjad juba varemini teatud
 kindlasse suhtesse, mida me tunneme kihluse all.

Põhjust selle abielu elastuse tekkimiseks annab aja-
 olu, et ühelt poolt abielu astumise tähtsus üksikisika
 suhtes tungivalt nõuab hoolikat kaalumist enne abiele
 lõplikuks võlumist, kuna teiselt poolt abielulise koostelu
 ettevalmistus vajab teatavat aega tema korrapäraseks teos-
 tamiseks.¹⁾ Ja nii kuulub kihlus abieluõrgusse, moodus-
 tades selle esimese osa nii mõistatult kui ka enamalt-
 jaolt seadustechnilistelt järjestuselt üksikuis seadusandlusis.²⁾

Kihlusega seotud õiguslikud tagajärjed lahendatakse
 aga üksikuis õrgussüsteemis erinevalt, vastavalt õrgus-
 likule arusaamisele kihluse institundist. Siiski võime janna
 tähele kahte põhimõtet, millest tähtsades õrgussüsteemid
 kihlust reguleerivad. Nimelt esimene põhimõte tuleb
 otseselt hõlvida, mis riik omab kihluse õrgustiku regulee-
 rimise suhtes seotute, et kihlus on otseselt seoses riik-
 likule ja ühiskondlikule elule nii tähtsa institundiga

1) Vt. Dittenberger, lk. 1; Sasse, lk. 2.

2) Näit. BGB, ZGB, Soome Abieluseadus (Aavioliittolaki), aga
 samuti ka TSE.

nagu seda on abielu. Sellest põhimõttest lähtudes ei luba seadusandlused kihlust, mis käib vastu avalikale huvile. Nii keelatakse kihlused isikute vahel, kellele õigus keelab abielu sõlmimise, samuti pole lubatud ühel isikul kihluda üheaegselt mitme isikuga, kuna see oleks vastuolus monogaamilise printsiibiga. Samast põhimõttest tuleneb ka säte, millega seaduseandja võtab kihlatult õiguse hageda abielu sõlmimist, kuigi esineb kehtiv kihlus, kuna avalik huvi nõuab, et abiellumine peab järgnema poolte vabal tahtel.

Teiselt poolt peab seadusandlus arvestama ka kihlusest osavõtjate üksi-kiisikute tahtega ja huvidega. Tihti langeb avalik ja üksi-kiisiku huvi küll kokku, nii näiteks juhul, kui seadus tunnustab tühisteks kihlused, mis sõlmitud surve, pettuse või eksimuse tõttu, aga sagedasti seisab riigi huvi vastuolus üksi-kiisute osavõtjate huvidega - vähemalt ühe huviga neist. Nii on see juhul, kui kihluse lõpetamine tekitab küll ühele poolele kahjusid, riik aga ei ole huvitatud kihluse jätkumisest. Tavaliselt küll seadusandlused sel juhul võimaldavad poolele, kes kihluse lõppemise tõttu kahju kannatanud, hageda kahjude tasumist etc. teiselt poolelt.³⁾

³⁾ Dittenberger, lk. 2 j.

§2. Kihluse mõiste ja otstarve.

Kuna kihluse mõiste on aegade jooksul teinud läbi mitmeid murranguid, mida näeme hiljem kihluse ajaloolisele käsitlusele asudes, siis osutab universaalse ja igal ajal kehtiva kihluse definitsiooni andmine üsna raskes, seepärast püüdnud tänapäevale vastava mõiste määranguga. Ja tänapäeva õigusteooria üldtunnustatud vaate järgi mõistetakse kihluse all kahe erinevat isikut vastastikust hootust tulevikus üksteisega abielu sõlmida.⁴⁾ Kihlus tekitab Auleraste abikaasade vahel läheda perekonnaõigusliku suhte, mistõttu termin „kihlus“ võib kaks tähendust, kuna selle isikliku suhte kohta harvatakse sama terminit vastava kohase tõna puudumisel.⁵⁾ Nimelt mõistetakse kihluse terminiga

4) Vt. Nathan, lk. 1; Sasse, lk. 3; Endemann, lk. 45; Verdi levisiti Cramer, lk. 6

5) Nathan, lk. 1 j., samas ka nota 2 ja 3; Dittenberger, lk. 15; Endemann, lk. 38 ja nota 6; Donig, lk. 12 nota 1; Cramer, lk. 6: In dem Folgenden.... soll das eigentliche Ehevorsprechen mit dem Worte „Verlobung“, welches diesen Sinn auch genau zum Ausdruck bringt, und das zwischen den Verlobten begründete Rechtsverhältnis als „Verlöbniß“ bezeichnet werden. Kulid Sasse, lk. 4, arvab, et sealabi veel mitte „zum Ausdruck gebracht wird, was gemeint ist, denn „Verlöbniß“ und das - heutzutage weit gebräuchlichere - Wort „Verlobung“, sind Synonyma.“

Kord kihlust kui akti, mis abielluda-karatsejad kihlatuks
 teeb - seda võib tähendada ka sõnaga „Kihlumine“ - seega
 kihlust kui lepingut, kuna aga teiselt poolt tähendab kih-
 lus kihlujate kestvat perekonnaõiguslikku suhet, millesse nad
 astuvad kihlatootuse kaudu. 6) Esimeses mõttes mõistame kih-
 lust, kui räägime: A. ja B. kihlus leiab aset sel ja sel
 kuupäeval; kuna aga teises mõttes räägime ^{naht.} kihluse
 kestusest.

Püüdes leida vastust küsimusele, mis on õiet-
 kihluse ohtarve, leiame sel alal üsna erinevad vaated
 teadlaste hulgas. Mõned näevad kihluses prooviraega, mille
 jooksul tuleb abielluda-karatsejail otsustada, kas asuda
 lõplikult abiellu võlmimisele, kuna aga teiselt poolt väi-
 detakse, kihlus olevat juba otsustatud abiellu ettevalmista-
 mise aeg. 7) See küsimus erit. küllaldast tähtsust just see-
 tõtta, et kihluse kaudu luuakse abielluda-karatsejate
 vahel üsna intimised suhted, ning nende nii või teiserviisi-
 ltest mõistmisest olenevalt seovad õigusüsteemid need suhted
 kindlate õiguslike järeldustega. Tõeliselt nõuab abiellu-

6) Saksa terminoloogias on tehtud ettepanek nimetada kihlus-
 teises mõttes (s.o. kihlus kui staatus) sõnaga „Bräuterschaft“ - vt.
 Nathan, lk. 2; samuti Stütz. Süski pole see kuigi tabar, kuna ta
 rõhutab ainult ühe poole seisukorda.

7) Sasse, lk. 5 jj.; Nathan, lk. 2 jj.; Donig, lk. 12 j.; Dittenberger,
 lk. 28 jj.

astumise tähtsus iga üksiku isiku elus põhjalikku ja igakülgset järelekaalumist.⁸⁾ Küsimus seisab aga selles, kas seda tuleb toimetada enne kihlumist, või kihluse kestel.

Kihluse kui katseajateooria pooldajad argumenteerivad järgmiselt: Abielulised juuvad naendumisele, et abielu nende vahel tööst on võimalik, alles kihluse kestusel. Kes on kihluse sõlmimisega liialt rutanud või eksinud, on mitte ainult õigustatud vaid isegi kohustatud abielusõlmimisest loobuma, kuna see silmnähtavalt ei saavutaks kõrget eesmärki, mis abielult nõutakse. On võimalik ka arvata hursi vastane, kui silmnähtavalt õnnetus abielus ainult seepärast sõlmitud saaksid, et see, kes on olnud kord A, peab ühtlasi ka B.⁹⁾

See vaade, mis küll individuaalsuse laia tegevusvälja võimaldab, osutub siiski lähemal vaatlusel vastuvõetamatuks. Nost ei kihluta ja selleks, et ükskõik isikusi vastastikku lähemalt tundma õppida, vaid just sellepärast, et ükskõik on juba tundma õpitud, ning et ollakse veendunud, et abieluline kooselu on võimalik ja edaspidine kaalumise

⁸⁾ Tähtselt väljendab seda Schiller, öeldes: „Drum prüfe, wer sich ewig bindet, ob sich das Herz zum Herzen findet!“

⁹⁾ Dittenberger, lk. 28 j.; Sasse, lk. 6 j.; Nathan, lk. 2 j.; Donig, lk. 12 j.

niisuguse¹⁰⁾ ja isegi siis kui kihlatakse niska lihikese tutvuse järgi, ollakse läbi-imbunud huvidest, et sobitakse üks-teisega häelikuult. Et kihluse kestel üks-teist tõesti lähemalt tundma õpitakse ja saadasti ligagi põhjalikuult, mida teadavad mitte just haruldased kihluse tihistamise juhud, on juba saadama koosriikimise tagajärg, mitte aga kihluse ootusarve. Samuti, kui vaadelda kihlust kui mingit proovi või katsega, peab kõlblast seisukohast lähtudes eitama kihlatute omavahelisi lähedaid suhteid, sest need tihiks. d alles siis aset leida, kui on jõutud veendumusele, et abiolu on täiesti võimalik.¹¹⁾

Teise vaate pooldajad näevad kihluses mitte mingisugust katsega, mille kestel arustatakse, kas abiolu sõlmuda, vaid just arustatud ja kokkulepitud abiolu ettevalmistuse perioodi.¹²⁾ Kihluse aeg peab moodustama neli-kuu kahe isiku senisest lahusolust abiolulisse kooselusse ning peab ühtlasi senikaua kuni abiolu sõlmimine pole veel aset leidnud, legitimeerima kihlatute suhteid seltskonna ees, sest üldiselt maksimaalset

10) Fitze, lk. 9 j.

11) Dittenberger, lk. 28 jj.; Nathan, lk. 2 jj.; Sasse, lk. 6 jj.; Donig, lk. 12 j.

12) Vt. supra nota 11, samuti Cramer, lk. 11 jj.

järge tunnustatakse pruudi ja peremehe lähedast suhted.¹³⁾

Kihluse kui katseaja tesoria madaldab kihluse ta-
valiseks armusahteks, mida aga ta toepoolst pole meie
kehtiva õigusliku arusaamise järgi. Iskusimus on, kui
suurel määral tunnustada tema õiguslikke tagajärge
arvestades tänapäeva vabamard raated abielu küsimustes
ning tähele pannes, et ei kahjustataks üldtunnustatud
patriiipi - matrimonia libera esse debent. Tänapäeval
kodanliku abielusõlmimise vormi kehtides, mille alusel
abielusõlmimisele peab esinema kuulutus, millise akti-
ja lõpliku abielusõlmimise vahel on järele või lühem
vabaeeg, võimaldab see üsna suurel määral saavutada
kihluse kui abielu ettevalmistuse aja effekte, kuna tei-
selt poolt mitmed õigusinstitutsioonid võimaldavad kihluse taga-
järgel kannatatud kahjude häistamist kannatajale ora-
liselt ka teisel küsil.¹⁴⁾

Märkimisväärne on, et mitmed õigussüsteemid kihlust
juriidilise mõistena üldse ei tunne. Nii Code
civil ei puuduta üldse kihlust ega tema tagajärge.
Nii ei saa kihluse murdmise puhul nõuda kahjustasu,

13) Endemann, lk. 54, nota 34.

14) Vid. conditio causa data causa non secuta, samuti
ka alusetu rikastumise instituti.

Kui mitte ei esine asjaolud, mis lubavad eeldada delikti, samuti leppetrahvi lubamine tunnustatakse tühiseks. ¹⁵⁾ Sama raatkohta jägariid. Varemaks Saksa partikulaarõiguses Badeni ja Bremeni seadused, Kõrvaldades kihluse reguleerimise õigusliku tegevuse sfäärist. Tegelikult pea samal seisukohal asus ka Preisi õigus, kus kihluse kaevatavus oli tehtud olenevaks tema sõlmimise kohtulikust või notariaalsest vormist, millist aga laiemad rahvahulgad harva silmas pidasid. ¹⁶⁾ Ka ex-Vene õiguses kihlus omas vaid moraalset tähendust kuna seadusandlus seda ei puudutanud. ¹⁷⁾

§3. Kihluse Teooriad.

a) Üldülevaade.

Raskused mis tekivad niles kihluse juriidilise olemuse selgitamisel on toonud endaga kaasa asjaolu, et paljude seaduste poolt on piiratud rida

15) Cramer, lk. 2.; Sasse, lk. 22.; Nathan, lk. 10.

16) Dittenberger, lk. 10 j.; Sasse, lk. 22.; Nathan, lk. 10.; Endemana, lk. 42 j. nota 38.

17) Meier, lk. 568: "V nastojaščee vremena obručenie ili pomolovka..... roždaet dlja toi i drugoi storonõ tolko npravstvennoi sojuz, no nikakim juriidičeskim značeniem eto soğlašenie ne sopровоždaetsja."

teooriaid, mis püüavad tuua selgust kihluse olemusse ja mõistesse, seda loogilisel viisil seletades ja põhjendades. Eriolulist tähtsust omab nende teooriate vaatlus siis, kui kehtiv õigus expressis verbis ei määra kihluse mõistet, ega anna ka küllaldast alust selle probleemi lahendamiseks süstemaatilise järgendamise kaudu. Selkorral jääb teadase ülesandeks tuua küsimusse täpselt selgus, kuna radusaandlus on keeldunud probleemi lõplikult lahendamisest.¹⁸⁾ Kuna ka BES kuulub radust-ke hulka, kus püüdnud kihluse legaalseadust, samuti pole mingit teist kehtivat õigusakti, kus see oleks määratletud, siis omab kehtiva õiguse sisukohaltki lähtudes küsimus küllaldast tähtsust.

Üldiselt võib eraldada teooriaid kahte jaaliiki: Osa teadlasi näeb kihluses lihtsat fakti, millega õiguskord teatud seldustel võib õiguslikud järeldused, kusjuures seda asjaolu väga erinevalt põhjendatakse. Teisalt osa autoreid käsitlevad kihlusest kui juriidilist teimingut ja nimelt kui lepingut¹⁹⁾ kihlijate vahel, kuigi ka siin lepingu juriidilise kvalifikatsiooni

18) Sasse, lk. 28.; Donig, lk. 19.; Cramer, lk. 3.

19) Nathan, lk. 16 j.; Sasse, lk. 28.; Dittenberger, lk. 24 j.; Endemann, lk. 44 j.

rühmise suhtes vaated suurel määral erinevad.

b) Kihluse faktiivkuse teooriad.

Lihtsaim neist on teooria, mis näeb seaduse sätteis, mis põhjusega kihluse lõpetamise korral etc. vastaspoolele teatavaid nõudeõigused kahjutasule etc. annavad, vaid positiivseid õigusnorme. See teooria, kui üldse seda teooriaks nimetada, ei selgita üldse midagi, vaid põhjub seletusest, sest ideaalselt oga seaduse säte peab rajanema õigusele. Sellele on tähelepanu juhtunud juba Celsus, *oeltes - jus est ars aequi et boni* - ning see kehtib samuti tänapäevalgi. Seega see hädaabi-nõu kihluse 'juriidilise konstruktsiooni' selgitamisel ei aita meid mingi edasi lahenduse suunas.²⁰⁾

Vastastikuse garantiilepingu teooria järgi, mis mõnede vaate järgi loetakse kihlust õigustominguks kvalifitseerivate teooriate hulka,²¹⁾ kuid hõlpsalt ometi ennem kuulub faktiivse teooriate sekka, seisneb kihlusetootus kokkuleppes millega kihlujad lubavad vastaspoolele tasuda kahjud, mis tekivad nendevaheliste tegelikkude suhete katkestamisest niivõlt ühe poole tegevuse tagajärjel.²²⁾

20) Nathan, lk. 28 j.; Sasse, lk. 29.; Endemann, lk. 44 nota 50.

21) Näit. Donig, lk. 23 j.

22) Nathan, lk. 29 jj.; Sasse, lk. 29.

See teooria püüab seletada peamiselt kihlusemurd-
mise tagajärgi, ning see onubki selle teooria põhiliseks
maks. Nimelt see, mida me peame oluliseks kihluse ole-
muses - kihlujate kokkulepet tulevaseks abielusõlmimiseks
ja sellest järgnevat suhteid poolte vahel - leiab käes-
oleva teooria poolt kõige vähem tähelepanu. Samuti
selle teooria fiktsioonile, et kihlatootuse siin seisneb
vastastikusel kahjutasumise garanteerimises, võime vastu
teada asjaolu, et väga paljud seadusandlused keelavad
sõluda abieluühendust leppekohaga, mis ju siinult ei õigi
sekkida võrre kahju tasumise garanteerimine. ²³⁾

Edasi peame peatuma lühidalt culpa in contra-
hendo teoorial, mille järgi kahjude häästamise kohustus
kihluvest taganemise puhul rajaneb põhimõttel, et see,
kes teist põhjustab kulukate sammude astumiseks, peab
need kahjud tasuma, kui sammude ootus talle läbi
läbi muutus tühi. ²⁴⁾ Culpa in contrahendo all Dern-
burg mõistab süüdi lepinguläbivõtmise puhul, seega
ta on vastand süüle pärast lepingu sõlmimist. Kuid
ta ei ole ikkagi ainult siis kui ilmuvad asjaolud, mis
lubavad eeldada süülist käitumist. See teooria

23) Nathan, lk. 31.; Sasse, lk. 20.

24) Sasse, lk. 31.; Dittenberger, lk. 26 jj.; Nathan, lk. 31 jj.

vaatleb kihlumiseast: kui lepingusõlmimise läbivõtmise, kusjuures alles abielusõlmimine tähendab lõplikku lepingut. Suis oleks aga üsna loomulik, et selliseid läbivõtmisi- võiks igal ajal lõpetada, kuna läbivõtmise katkestamine iteendast pole ju veel culpa in contrahendo ning sellest ei võiks järgneda millalgi kahjustasu kohustus. Järelikult kui üks kihlatust kihluse kestusel jõuab meendumusele, et abielusõlmimine oleks eksitus, võiks ta igal ajal tagasi astuda, ilma et seda talle süüks saaks lugeda.²⁵⁾

Jatkuvalt võtame vaatlusele nn. deliktiteooria, mille alusel kihlusest taganemise puhul tekib kahjustasu kohustus põhjendatult kihlusemurdmisel kui deliktil. Kuid üldiselt ei saa vaadelda kihlusest taganemist kui tsiviilõigusliku delikti juba lihtsalt seepärast, et paljud seadusandlused seda nii ei käsitle, kuna kihlatutele on tagasiastumine vabaks jätetud. Põhimõttest lähtudes, et abielud olgu vabad, siisab kihlatu vabas kaalutlusel kihlusest loobumine, ning seepärast ei saa loobujale ette heita õigusvastast käitumist.²⁶⁾

25) Dittenberger, lk. 27.; Nathan, lk. 32.; ~~Donig, lk. 20jj.~~

26) Nathan, lk. 35jj.; lk. 74jj.; Sasse, lk. 32jj.; Donig, lk. 20jj.; Cramer, lk. 13jj.; Endemann, lk. 44 nota 51.

c) Kihluse kui lepingu teooriad.

Teine järelik teooriaid käsitleb kihlust kui õiguslikku toimingu, täpsamalt öeldes, näeb kihluses lepingut kihlujate vahel. Kuigi kaugelt suurem osa teadlasi on sel arvamisel, mispärast võiksime seda vaadet märkida kui üldiselt vastuöetat, ²⁷⁾ siiski on lepingu lähema kvalifitseerimise küsimuses palju lahkiminekuid, mistõttu ka see grupp teooriaid ei kujuta endast tervikut.

Enne kui asume nende teooriate üksikasjalisemale vaatamisele, peame lahendama küsimuse, kas võimalik väia kihlust üldise lepingu mõiste alla, mis ikkagi on üks õigusliku toimingu alaliik. Kuna õiguslool on kihluse kindlate õiguslike tagajärgedega, tuleb kihlus kaheldamatult kvalifitseerida juriidiliseks toiminguks, kuigi sellele vaidlevad vastu kihluse faktilikkuse teooria pooldajad. ²⁸⁾ Raskem on aga vastata küsimusele, kas kihlus on leping. Vanemas õigusloos on üldiselt arvamisel, et lepingud kui kahe või mitme isiku kokkulepped, mis suunatud teineteise vahelise õigussuhte loomisele, muut-

27) Endemann, lk. 46; Sasse, lk. 36 j.; Cramer, lk. 4 j.; Donig, lk. 24, 29, 34; Dittenberger, lk. 60; Gmür, lk. 14; Meier, lk. 586; Warneyer, lk. 500.

28) Vt. Sasse, lk. 36

miscle või lõpetamisele kuuluvad ainult obligatsioon-
õigusse.²⁹⁾ See vaade kehtis niikasti rooma õiguses kui
ka hulga aega edaspidi. Alles Savigny näitas, et
lepingu mõiste piiramine obligatsioonõigusega pole pai-
kapidaar, märkides ainult ühte lepingu, kuigi suurimat,
rakendusala.³⁰⁾ Ja nii õigi tänapäeva õiguses loonud
lähivaade, et lepingud õigussuhete seotajana võivad
esineda niikasti obligatsiooni-, asja-, järeandus- kui ka
peresoonõiguse alal. Arvesse võttes sellist mõiste laiene-
mist, tuleb küll tunnustada, et Kihlus kui abidõuda-
karatejate vastastikune kokkulepe mahub kaheldamatult
lepingu mõiste alla laiemas mõttes.

1. Kihlus kui obligatoorne sellespeing.

Teooria, mis käsitleb kihlust kui obligatoorset
lepingut, on kaheldamatult vanim lepinguteooriaist.
Ajalt, mil polnud kehtinud ideaalsem arusaamine abi-
dõust, vaadeldi kihlust kui kohustusõigusliku lepin-

29) Savigny III, lk. 307 jj.; Nathan, lk. 22 j.

30) Savigny III, lk. 312: „Hier nun kommt der Vertrag bey
allen Arten der Rechtsinstitute vor... So zuerst bey den Obli-
gationen und zwar vor Allem zur Begründung derselben,
welche Verträge man vorzugsweise die obligatorischen nennt...
Ferner im Sachenrecht...“ Lk. 313, op. cit.: „Endlich gehören
unter die privatrechtlichen Verträge auch diejenigen, wodurch
in der Familie Rechtsverhältnisse bestimmt werden...“

gut, mille sisuks oli kohustus tulevikus abiolu sõlmida. Kihlus seega räägust kui pactum de contrahendo matrimonio.³¹⁾ Veel hilise ajani säilis arusaamine, et kihlatute kohustus abielusõlmimiseks on lepingujärgne obligatio, nagu tavaline obligatsioonivõrgustik kohustus, kuigi tema esimeseks on mitte mingi varanduslik vaid perekonnaõrgustik samme.³²⁾ Lähtudes sellest arusaamisest on mõistetar, miks teatarad õrgustisteedid võimaldasid hageda abielusõlmimist ja osaliselt seda ka sunniviisil hääde vüa lubasid.

Selline arusaamine kihlusest on tänapäeval täielikult kõrvale jäetud.³³⁾ Valitseva arusaamise järgi on obligatsioonivõrgustiku kohustuse sisuks varanduslikult hinnatar samme.³⁴⁾ Seda aga ei saa öelda abiolu kohta, kus tänapäeva arusaamise järele materiaalsed huvid on asetatar tahaplaanile. On võimatu vaadelda kihlatuid tavaliste võlgnikudena ja usaldajatena, seepärast ei saa olla abielusõlmimine obligatsioonivõrgustiku lepingu sisuks.

31) Sasse, lk. 37 jj.; Cramer, lk. 6 vaatleb kihlust kui obligatoorset synallagmaatilist lepingut.

32) Nathan, lk. 49.

33) Endemann, lk. 56.; Nathan, lk. 51 jj.; Sasse, lk. 38 j.; Donig, lk. 25

34) Nathan, lk. 52 j. ning sääl viidatud allikad; samuti BES 2907.

2. Kihlus kui obligatoorne-perekonnaõiguslik segaleping.

Selle teooria järgi, mis teatavas mõttes kujutab endast
 elmise teooria peenendamist, omab kihlus kahe suguse juriidilise
 tähenduse: ta on ühteaegu obligatsioonioiguslik ning
 perekonnaõiguslik leping. Kohustusõiguslik loomus ei ole
 niivõrt, kui kihluse sisuks on poolte vastastikune kohus-
 tus abielu sõlmimises - sellest seisukohalt on kihlus
 obligatsioonioiguslik leping, nimelt pactum de contrahendo-
 kuna aga teiselt poolt kihluseakti läbi loodud poolte
 isiklik vaherõõrd, mille sisuks on peamiselt kihluse tru-
 dus (fides sponsalicia) moodustab kihluse perekonnaõigus-
 liku külje.³⁵⁾

Sellise juriidilise kaarikmoodustite vastu, mis iseendas
 vastuolu sisaldab nagu kompromistteooriad tavaliselt, kannatades
 peaaegu teatava ebaselguse all, on kriitikal järg-
 mist ette tulla: kõrgepäält ta kannatab sama vea all
 mis ulner teooriaga, kuna ta näeb abielusõlmimises
 obligatsiooni objekti, mida see aga pole.³⁶⁾ Teiseks jääb
 selle teooria seisukohalt arusaamatuks, miks seadusandlused
 ei luba kihlusest taganemise puhul nõuda õigustatud

35) Donig, lk. 27jj; Dittenberger, lk. 59jj;

36) Nathan, lk. 59jj; Sasse, lk. 40jj; vrd. ka Cramer, lk. 22j.

poolel kogu täitmiseinteressi vaid ainult saadud kahju
 asumist. Kui seda katsutakse põhjendada asjaoluga, et
 see kärsks vastu kihlusepingu olemusele, mis on tihedas
 seoses abieluga³⁷⁾, siis järeldub juba iseenesest sellest, et
 abielutöötus ei saa kuuluda obligatsioonioigusse.

3. Kihlus kui perekonnaõiguslik leping.

Enne üksi-kute tüüa alaliki kuuluvate teooriate li-
 hemale vaatlusele asumist peame jõudma selgusele pere-
 konnaõigusliku lepingu olemuse suhtes, kuna siin esinevad
 üsna tunduvalt erinevused obligatsioonioiguslikust lepingust.³⁸⁾
 Erinevused põhjenevad asjaolul, et perekonnaõigus ja
 obligatsioonioigus reguleerivad sisuliselt suurel määral
 lahkuvaid sfääre. Obligatsioonioigus moodustab õigus-
 like aluse peamiselt majanduslikeks varadevahetuseks, seega
 tuleb suhet varandusega võtta obligatsiooni olulise eelda-
 sena.³⁹⁾ Perekonnaõigus aga haarab normide kogumi, mille-
 ga korraldatakse abielust, sugulusest ning eestkostest-hool-
 dustest tulenevaid perekonnaõiguslike suhteid.

37) Dittengerger, lk. 50.

38) Ka BES eristab lepinguid laiemas mõttes, kuhu kuuluvad
 ka perekonnaõiguslikud lepingud (BES § 32, 183), ning lepinguid
 kitsamas mõttes s.o kui obligatsioonioiguslike lepinguid - BES § 3105.

39) Vrd. TSE § 1259, mis lubab üldreeglist ka erandi.

Obligatsioonioiguse alal valitseb üldiselt lepinguvabaduse printsiip, mille alusel poolte tahe võib obligatsiooni ainet vabalt kujundada, nii nagu see teatavasti õstberksi kohasem näib olevat. Küll võib õiguskord niles majanduslike varadevahetamise jaoks määratud hulga korraldatud institutite, aga ta ei keela, kui käibe huvid seda nõuavad, loomast uusi või muutmast olemasolevaid.

Koopis tehti on loogu perekonnaõiguslike institutidega, kuna nende teatavastiisest reglementeerimisest on avalik võim palju suuremal määral huvitatud, et jooksiks ja areneks ühiskond. Nii ei saa abikaasad sõlmida lepingut, millega nad kokku lepivad lahuselemise suhtes, kuna see käiks otseselt vastu abielu mõttele ning seepärast keelab seda õiguskord. Sellised korraldused on korraldatud poolte vaba tahte sfäärist. Teisalt on perekonnaõigus suurel määral mõjitatud kõlblaist ja rehgroosivast printsiipidest, mispärast perekonnaõiguse alal püüdnud selline õiguslik sundus nagu obligatsioonioiguses, kusjuures mitmed küsimused jäävad väljaspool õigusliku reguleerimist. 40) Arvesse võttes ulnevat on

40) Endemann, lk. 4 jj; Nathan, lk. 24 jj; Sasse, lk. 41 jj; Gmür, lk. 2 jj; Warnerer, lk. 499 j; kus on viidatud rikkalt kultuuri literatuuri;

selge, et olenevalt erinevast tegevusalast ka perekonna-
õiguslik leping tugevasti eraldub obligatsioonioiguslikust
lepingust juba oma olemuse poolest.

Teooriad, mis määritlevad kihlust kui perekonna-
õiguslikku lepingut, jagunevad ise kahte liiki: osa tead-
las- näeb kihluses perekonnaõiguslikku päälepingut, osa
aga sellepingut.⁴¹⁾ Põhilist vahet tuleb näha selles,
kas vaadeldakse kihlustootuse esemena kihlusevahetorda või
abieluvahetorda.

Teooria, mis käsitleb kihlust perekonnaõigusliku pää-
lepinguna, lähtub eeldusest, et pooled kihlust sõlmates
peavad silmas ainult kihlusevahetorda, millesse nad
tahts. d astuda kihluseasti läbi.⁴²⁾ Selle teooria järgi
osutub perekonnaõiguslikku tuhe poole vahel, mis läbib
kihlumiseasti läbi, omaette otstarbekas ja sihiks, kuna
abielusõlmimine osutub aga hoopis tahaplaanile. Kihla-
hute vastastikune kohustusid tulevad täielikult ai-
nult vastloodud perekonnaõiguslikust vahetorast, ega ole
sõlturuses tulevast abielusõlmimisest. Käesolevasse teo-
riasse kriitiliselt suhtudes tuleb kõigepealt tähelepanu
juhtida asjaolule, et see teooria omistab üleüldisest

41) Nathan, lk. 61 j.; Sasse, lk. 44; Endemann, lk. 56 nota 43.

42) Donig, lk. 26 j.; Nathan, lk. 62 jj.; Sasse, lk. 44 jj.

tähtsust kihlumiseakti läbi loodud vahekorale, unustades
 teega kihluse tõelise ootuste. Tõeliselt on kihlus vahend
 sihile jõudmiseks, i.e. abielusõlmimise eelaste, kusjuures
 pooltel kindlasti-istab ilme es tulevane abielumine-
 kihlus pole aga omaette ootuste, millise tähtsuse omistat-
 talle Käesolev teooria.⁴³⁾

Teidi teiseks loodud kujul esineb Käesolev teooria siis,
 kui järelehoitakse asetatakse mitte niivõrd kihluseakti läbi
 tekorale perekonnaõigustikule vahekorale, vaid just
 kihluseaktile endale, nähes selles perekonnaõigustikku jää-
 lepingut, mis esineb iseseisvana abielusõlmimise suhtes,⁴⁴⁾
 kuid mille ootusteks on siiski abielusõlmimise etteval-
 mistus. Kuna aga see teooria ei saa talata kühedat
 sidet kihluseakti ja abielusõlmimise vahel, on siiski
 õigem näha kihluses perekonnaõigustikku ellepingut,
 kuigi sui generis, omades teatavaid erinevusi- obligatooni-
 õigustikust ellepingut.

Teooria järgi, mis käsitleb kihlust kui perekonna-
 õigustikku ellepingut, on kihlus kui ellepingu ese-
 meks abielulepingu sõlmimine. Kõnelt poolt on väide-
 tud, et perekonnaõigustikud ellepingud pole üldse mõel-
 tud,

⁴³⁾ Nathan, lk. 65 jj.; Sasse, lk. 44 jj.; Donig, lk. 27; Ditten-
 Berger, lk. 52 jj.

⁴⁴⁾ Endemann, lk. 52 jj.

davad,⁴⁵⁾ ning sellepärast peaks järeldama vaid obligatiiv-
õigusega, aga see väide pole küllaldaselt veenav, sest ai-
nult objektiivselt, contractuaria, sisaldab väide, mis sellepärast
haralirest lepingust eraldab, kuna muidu võib ta olla
iseäranes ka muude lepingute. Sellepärast rakendusala
on sama ulatusega kui lepingu oma, ning tunnustades
lepingu laiendatud mõistet, peame järeldama, et sellepärast
on võimalik ka perekonnaõiguses.⁴⁶⁾ Kui edasi väidetakse,
et kihlust ei saa lugeda sepiarast sellepärast, kuna
kihlaste ^{ei saa} juhtumid hageda tähtsusega, siis peame jorda-
ma meele, et meil on tegemist puht-perekonnaõigusega
lepinguga, ning perekonnaõiguse suhetes. õiguskord aja
olemuse huvides ei luba suudust.

Kuiigi ka käsolev teooria pole absoluutselt püüdis-
teraba⁴⁷⁾, siiski peame tunnustama seda kõige sobi-
vamaks kihlaste õigusega loomu selgitamisel. Võttes
kõrku käsolevat teooriat saame järkjärgulise definitiivse:

45) Sasse, lk. 47 j.; Nathan, lk. 71 j.

46) Endemann, lk. 56 nota 43; Gmür, lk. 15; Sasse, lk. 48.

47) Endemann, lk. 56: „Der Vorvertrag muss sämtliche wesent-
lichen Punkte des Hauptvertrages bereits durch Einigung fest-
stellen und erfassen; diese inhaltliche Identität fehlt zwischen
Verlöbniß und Ehe.“ Gmür, lk. 16: „Allein es darf nicht übersehen werden,
dass neben diesem Hauptversprechen [= familienrechtlicher Vorvertrag] dem
Verlöbniß noch andere selbständige Verpflichtungen innewohnen.“

Kihlus on perekonnaõigusele eelpeing, millega kaks erinevast soost isikut lubavad vastast-kuu tulevikus abielu sõlmida. ⁴⁸⁾

§ 4. Nõraste kihlusõiguse ajaloolisest arengust.

a) Kihlus rooma õiguses.

Abieluõiguse varasimal arengustemel meie esileva järgi kihlusest abielu ettevalmistava staadiumina.

Abielusõlmimine tol ajal sündis üldiselt naisteröövimise teel, ⁴⁹⁾ mis ühelt poolt selgesti ilmneb vanadest mütoloogidest, millest selgib teatar ajalooline jätke, teisalt tõendavad seda vanadest Aõnapiõva loodusrahvaste kombed.

Mis puutub abielu sõlmimise kõigevarasemal rooma õiguse arengujärgul, siis näib, et ka siin on ürgne abielusõlmimise viis röövimise teel haritud olnud, mis puhtal on kuidagi võimatu rääkida kihlusest. Sohm tõendab koguni, et rooma ususabielu olla vanast röövimisest välja arenenud, ⁵⁰⁾ millele siiski eduga vastu vaideldakse. ⁵¹⁾ Igatahes üsna vara kehtis rooma õiguses

48) Sasse, lk. 53.

49) Tuletagem meelde kreeklaste mütoloogiat Euroopa röövimist Zeusi poolt, Helena röövimist; roomlaste juures sabiinitaride röövimist; germaanlaste juures Kudruni röövi.

50) Sohm, Institutionen, lk. 448 nota 3; vrd. ka Mayr, lk. 9.

51) Endemann, lk. 76 nota 3; Sasse, lk. 11.

Komme abielu kihluse kaudu ette valmistada. Raske on
 äelda, millises vormis kihlus toimus, kuid üks on
 misa tõenäoline, et vanimal ajal ta esines ühekülgse
 hõõtusena, millega pater familias kohustus oma tütre
 tserle poolele naiseks andma, milline akt avaliselt
 toimus sponsio vormis.⁵²⁾ Selleksival huntu aga ka
 kahekülgset lepingut, kusjuures pater familias lubas oma
 tütre tserle lepinguosalisele naiseks anda, tserle pool
 aga kohustus tütrega abielluma.⁵³⁾ Mõlemal juhul oli
 kihlaleping kaevatar actio ex sponsu alusel, mis küll
 polnud sunnitud abielu sõlmimisele, vaid tüüdlaselt
 poolt rahalise kahjatu saamisele.⁵⁴⁾

Edasises arengus rooma õigus lähtus põhimõttest,
 et on contra bonos mores ktsendada mingil viisil
 abielusõlmimise vabadust, seepärast juba umbes Puunia
 sõdade aegu oli kihluse alusel kahi tõstmise kao-
 tatud.⁵⁵⁾ Vastavalt ka Trahvi klauslid, mis olid nähtud

52) D. 23, 1, 1, 2: sponsalia autem dicta sunt a spondendo:
 nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores
 futuras; Mayr, lk. 8; Sasse, lk. 12; Dittenberger, lk. 3.

53) Endemann, lk. 38 ja nota 9 samas.

54) Endemann, lk. 39; Sasse, lk. 12.

55) Endemann, lk. 39, eriti nota 10.

ette kihlusest taganemise kindlustuseks, tunnustat- kehtetuks
 kui- mitterastavaid õiguslikele ja kõlblaile vaatele. ⁵⁶⁾
 Sellel juhul võimaldat trahvilubajale kohtus vastava
 nõude esitamisel teda kõrvaldada *exceptio doli* ga. ⁵⁷⁾

Kuna üldiselt oli kehtvuse omandanud põhimõte,
 et *consensus facit nuptias* ja sellele vastaralt abielu
 sõlmiti *nudo consensu*, siis on misa loomulik, et ka
 kihluse kehtvuseks piisas vormivabast kokkuleppest. ⁵⁸⁾
 Rooma juristikid määrtsid kihluse järgmiselt: *spon-*
salia sunt mentio et repromissio nuptiarum futura-
rum. Nagu nähtub sellest, omas peamist tähtsust
 asuult kokkuleppimine tulevase abielu sõlmimise kohta,
 ninged eriti- vormnõuded polnud vaja. Üldiselt
 kehtvaks kihluseks oli vajalik, eriteks, abielujate poolt
 nõusolek, mis võis olla vaikimisest üldatar, eriti *filia*
familias e suhtes, samuti järeldatar konkudentelt, tei-
 seks, vähemalt seitsemeaastane vanus, kolmandaks, abielutaxi-
 tuste püüdmine, mis ei lange ära enne abielu sõlmimist,
 ning neljandaks, oma päter *familias* e nõusolek, mida

56) D. 45, 1, 134 pr.: *quia inhonestum visum est vinculo
 poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.*

57) Endemann, lk. 39 nota 11.

58) Dernburg, Pandecten, lk. 11; Sasse, lk. 12; Dittenberger, lk. 3;
 Endemann, lk. 39; Mayr, lk. 8. D. 23, 1, 4: *Sufficit nudus
 consensus ad constituenda sponsalia.*

nõut. kihluseks samuti nagu abidukski.⁵⁹⁾ Kihluse võt-
 igal ajal lõpetada vastast kuul kokkuleppel, samuti
 ka võis seda vaba kaalutluse järgi ühekülgse üksiktle-
 m-tega tühistada.

Kihlused olid, hoolimata sellest, et tema alusel
 ei saanud tõsta haqi, misna kindlad juriidilised taga-
 järjed, mis annavad tõendus sellest, et seda perekonna-
 õigusliku suhtena tunnustati. Ta lõi nn. quasi-affini-
 tās'e vahel, mis oli abidustusteks ühe kihlata ja
 teise sugulaste vahel. Samuti tõi ta kihlatuile kaasa
 õiguse keelduda tunnustuse andmisest teise kihlata suh-
 tes. Tõrskõrdu kihlus või abellumme varem, kui esimene
 kihlus polnud lõpetatud, tõi kaasa infamia.⁶⁰⁾

Rooma õiguse hilisemal staadiumil, nn. rooma-hel-
 lenilisel ajastul, tulid ilmsiks mitmeid mündatu-
 sed, mis kujutasid nagu pöördumist tagasi kauga-
 miasse minevikku. Alakati muutis Augeraniini rõhutama
 kihlusevõimust. Kuigi ei lubatud leppetrakti, levis eriti
 idapoolsetes provintses üsna laialt käsiraha - archa
 sponsalicia - andmise komme. See pool kes kihlusest
 taganenutes tüüdlane, kaotas traktiks oma archa,

59) Dittenberger, lk. 4; Sasse, lk. 12; Endemann, lk. 39; Dernburg,
 Pandekten, lk. 11 j. j.

60) Endemann, lk. 39; Sasse, lk. 12.

juhul aga kui ta ise oli aruka vastuvõtja, pidi ta-
 gasi andma kahekordsel määral. Samuti poolel, kes siind-
 lane kihluse lõpetamises, polnud õigust nõuda tagasi tehtud
 kinke. Püüt siiski teenud rohkem kinke tagasi anda
 kui pool, kui kihlus lõppes peigmehe surmaga ning
 kui kihlus oli kinnitatud suudlusega - osculo interveniente.⁶¹⁾

b) Kihluse areng hilisemal ajal.

Vanemas germaan-õrguses äldtunnustatud normina
 abielu sõlmimiseks esines naise ostmine, kuna naise
 võõrmine nina verakult kadus. Kihlusena esines
 pruudi- ja peigmehe vaheline ostuleping, milles kok-
 ku lepit- esimesele maksimale hinnaga - meta - suhtes.

Ajaliseks hiljem järgnes tüdrukute siindmine -
 traditio puellae. Nende kahe ant-õrgusliku loo-
 mu üle tekkis teadlaste hulgas vaidlus, mis eriti
 äge oli Sohmi ja Friedbergi vahel.⁶²⁾ Oluline oli

vanemas sassa õrguses, et pruut ei esinevad lepingu
 pooleks, vaid just lepingu objektina. Edasine areng
 tõi endaga kaasa asjaolu, et mitte enam
 pruut ise, vaid mundium tema üle figureeris

⁶¹⁾ Dernburg, Römisches Recht, lk. 857; Dittenberger, lk. 4;
 Endemann, lk. 39; Sasse, lk. 13.

⁶²⁾ Vid. Friedberg, Verlobung und Trauung, Leipzig 1876; Sohmi,
 Trauung und Verlobung, Weimar 1876.

lepingu esmena, samuti ei maksitud hinda enam isik-
kulle, kelle mundiumi all puud 12.11.17, vaid see anti-
puudole tema lepingu kehtestamiseks. ⁶³⁾

Üldiselt arengut keskajal tähistas suund, mis püü-
dis puud isiklikult oma persona eestkostest vabas-
tada. Nii lubati puudile ise kihlust põlvnõuda, kuigi
alul eestkostja nõusolekul.

Altolem kihluseõiguse areng 12.11.17 üsna suurel mää-
ral kanoonilise õiguse mõju all. Katoliku kirik tunnus-
tas juba algusest saadik tihedat sidet kihluse ja
abieli vahel, misjärel on arusaadavad kiriku püüdis
tõmmata ka kihluse reguleerimine kirikuõiguse sfääri. ⁶⁴⁾
Vastavalt põhimõttele - ecclesia vivit lege Romana -
järgi - kiriklik õigus kihluse ja abieli alal üsna
tähelepanuväärt rooma õiguse printsiipe, kuid tina esmas-
vastavalt abieli sakramentaalse laadi tunnustamisel
kihluse siduva jõu tugevam toovõtamine. Teisalt
2-ksa salata, et ka germaani õiguse raated tundu-
vat mõju avaldasid. ⁶⁵⁾

⁶³⁾ Endemann, lk. 40 ja nota 21 samas; Dittenberger, lk. 6; Sasse,
lk. 16; Zihlmann, lk. 6

⁶⁴⁾ Zihlmann, lk. 11 jj.; Sasse, lk. 17; Leuenberger, lk. 27 jj.

⁶⁵⁾ Endemann, lk. 40 j.; Sasse, lk. 17; Dittenberger, lk. 6.

Kanooniline õigus tege vahet sponsalia de futuro ehk kihluse ja sponsalia de praesenti ehk abielusõlmimise vahel, kusjuures eristab moment seis selles, et abieluõigus esimesel juhul oli suunatud tulevikku, teisil juhul oli antud olevikuks.⁶⁶⁾ See kannis segane eristatusalusas tõi praktilises rakenduses kaasa väga palju väärit- mõistamist ja muud ebasoovitavaid nähtusi. Vastavalt kihluse sõdura jõe tugevne misle moodustas kihlus (sponsalia de futuro) kindla, pea abielulisele kooselule sarnaneva ühenduse, mis copula carnalis'e läbi muutus kehtivaks abieluks.⁶⁷⁾ Alles Tridenti- kirikukogus tege muut- serava vahel kihluse ja abielusõlmimise vahel, kusjuures abielusõlmimises nõuti vastast- kust tahte- avaldamist preestri ja kahe võ: kolme tunnistaja es.⁶⁸⁾

66) Endemann, lk. 40; Leuenberger, lk. 32 jj.; Dittenberger, lk. 6 j.; Sasse, lk. 17 j.; Dong, lk. 16.

67) Kuna eeldati sel korral abielu sõlmimise tahet: contra praesumptionem tamen huiusmodi non est probatio admittenda. Et valitsevale segaduse lõppu teha, sunnustas Luther kõik tingimusteta kihlused sponsalia de praesenti'ks, millega tege- luskohalt kihluse liigitus kaotas tõhendamise evangeelse kiriku jaoks. Alles hiljem, kui jäi kehtivusele laulatus ku- a- nu- õiguslik abielumise vorm, omandas kihlus abieluõiguse mõttes muut- taksuse erilisel määral. Vt. Endemann, lk. 41; Zihlmann, lk. 15 j.; Leuenberger, lk. 39

68) Sasse, lk. 18 j.; Dittenberger, lk. 7; Zihlmann, lk. 13; Endemann, lk. 41

Enamjagu Saksa parteikulaarseadusi ei tunnustanud
 küll võimalust hageda abielusõlmimist, kuid võimal-
 dasid siiski põhjuseta kihlusest laaganemise puhul
 kannatanud poolele nõnda kahjustatu. Kolmas kate-
 gooria seadusandluse ei omistanud kihlusele mingit
 juriidilist mõju, nagu baaderi ja breemen-õigus.⁷²⁾

c) Kihluse ajaloolise areng Eesti.

Asudes kihluse ajaloolise arenemise käsitlemisele
 Eestis, tuleb tähendada, et see institut folkloris-
 tide, ajaloolaste ja keeleteadlaste andmel on esinenud
 juba väga vanasti, igatahes ammu enne ristiusu
 tulekut. Seda tõestavad veel tänapäevalgi sõnad „kihel-
 kond“, „kihlvedu“ ja „kihlus“ mis ilmselt on tule-
 tatud sihisest vanast tüvest. Nääljures on üsna
 kindel, et kihlus ei esinenud ainult eeraõiguskaja-
 kard ka arali-kõrguskaja mõistena, kuna teata-
 vasti kogu Vana-Eesti jagunes erilisse pöödala-
 listisse haldusüksustesse, mida nimetati kihlakonda-
 deks - kihlakondadeks. Kas kihluse sõlmimist tuleb
 ühendusse vää panti-andmisega või mingi muu
 sellelaadilise toimingu, vajab veel lähemat uurimist.

⁷²⁾ Sasse, lk. 22; Cramer, lk. 2; Nathan, lk. 10.

Kihla, kosja ja pulmakomberid on lähemalt uurinud terve rida folkloriste, etnolooge, ajaloolasi ja keeleteadlasi. Nimitagem siinkohal vaid Forselius't, Hupel'it, Kreuzwald'i, Wiedemanni, Schroeder'it, Jung'i, Eisen'it, Hurt'a jt. Nõudse on sellealane literatuur võrdlemisi rikkalik⁷³⁾ sisaldades mõndagi huvitavat ka õrguse ajaloo alalt, eriti mis puutub harvaõrguse hilisemal ajal, käsitlegu see siis kihluse või nõudse abielu sõlmimist. Väga palju materjali sisaldub veel käsikirjades ja osalt isegi läbitöötamata kujul.

Eestlaste, nagu väga paljude teiste rahvastegi juures, vanima abielumise vormina esines naise võõrmine.⁷⁴⁾ Seda tõendab tänapäevalgi see asjaolu, et sageli abielumist nimetatakse naisevõtmiseks, mis tähendab, et vanasti naine vägivallaga võeti või tõmmati. Tõmbamise kohta Eestis leidub andmeid võrdlemisi-vahelisest ajast, nimelt juuskopp Kieveli kirikukatsumise protokollidest 16. saj. alul. Selle abielumise vormi puhul on muidugi raske rääkida kihlusest kui poolte kokkuleppes. Kuid on üsna tõenäoline, et kõrvut-tõmba-

⁷³⁾ vt. Schroeder, die Hochzeitsbräuche der Esten, lk. 10 jj.

⁷⁴⁾ Schroeder, lk. 19. Eisen, Kosjad, lk. 2 j.

misega viies ka kokkaleppeline abielusõlmimise viis,
ning arvatavasti just naise ostmise teel, nagu seda
tõendavad eesti rahvalaulud.⁷⁵⁾ Hilisemais kosjakonneteski
on säilinud magedad varemast ostmise vormist, nagu
käsiraha andmine jne.⁷⁶⁾

Folklooris-kult kirkhus tähendas na. lugemist
või pruntleri või mõrsjakooht, mis vormus kirikuõpetaja
ees. Nimelt pärast õnnestunud kosimist oli järgmise
kõik õpetaja juure, mis alles kosimise sanktsioneeris.
See oli abielu eelpeingu sõlmimise peigmehe ja
mõrsja vahel, kusjuures õpetaja eksamineeris pruntpaar-
i pühakirja tundmises, lastes lugeda piiblit või
testamenti. Kuna varemajal kirjaoskus polnud just
suur, siis püüdnud ka sellega, et pruntpaar õpetajale
mõne palve peast ette luges. Mitte mõrsjaid ostas vali-
noomitus. Sageli vormus kirkhus laupäeval pärast õnnes-
tunud kosje, aga nõutav see polnud, vaid olenes kiriku-
õpetaja soovist. Oli kombeks saanud selgubul vaheta-
da sõrmused, kindad või muud sellesarnast.

Kirkhusle õpetaja juure sõidet. tavaliselt rongis,
kusjuures mõrsja ja isamees istusid ühes sõidukis,

75) Eisen, lk. 4; Schroeder, lk. 29 jj.; Hurt, Vana Kannel.

76) Eisen, lk. 6 j.

peigmees pruudi- saatiannaga Aeres. Tagasitulekul sõitsid
aga peigmees ja nõiija koos. Koju tagasi jõudnud,
pühitseli kihlusest tavaliselt lõbusa jooduga, mida
nimetat- isna mitmesuguselt, nagu "suured viinad" jne.
Samuti oli kombeks vahetada künke. 77)

Kihlusele järgnes kolmekordne kuulutamine
ja kuulutamisele laulatus ja pulmad, kusjuures kihluse
ja pulmade vahel oli teatar vaheaeg, et nõiija-
rile anda võimalust kümseks kaalumiseks enne abielu-
sõlmimist. 78) Paganuseajast on jäänud kihluse tubli
osa ebauskude, mis kõrvalisemates maakohtades on
säilinud tänapäevani. Umbes samasuguseid kihlakom-
beid näeme mitte ainult teiste soome-ugri rahvaste,
 vaid ka enamajao indo-germaani rahvaste juures,
kusjuures varemalt kihlus võis tähendada formaal-
set abielusõlmimist. 79)

Kihlus tõi endaga kaasa ka juriidilisi tagajärgi,
kuna seläbi- abieluside vähemalt isialgu oli sõlmitud,
millega kolmandad pidid arvestama, ning mida keegi karis-
tamata ei saanud jurestada.

77) Eisen, lk. 35 jj.; Schroeder, lk. 44.

78) Eisen, lk. 39.

79) Schroeder, lk. 44 j.; Senenberger, lk. 17 jj., lk. 21.

Täpsamalt on kihluse juriidiline struktuur fikseeritud Eesti kihlsemal ajal kirikuseadustega, niivõrd rootsiraegse kui ka üsna suurel määral sellele põhjenera Vene riigi Evangeeliumi-Lutheri usu kiriku seadusega aastast 1832.⁸⁰⁾ Viimati nimetatud seaduses käsitletakse kihlust neljandas peatükis se-ies järeus § 336 — § 345. Paralleelselt LKS-iga tuleb arvestada Vastavaid sätteid ka BES-is,⁸¹⁾ alates viimase kehtimahakkamisest, millised küll iseseisvalt võttes on üsna tüüpilised.

Kihluse all, mis esineb fakultatiivse institutsioonina, kirikuseaduse mõttes mõistetakse kihlujate avalikku, pühalikku ja vastast-kust töötust teineteisega abielu astuda (LKS § 336). Samas öeldakse edasi, et kihlus seadusliku jõe omandamises peab kas 1) olema toimetasud kodanlike lepingute tarvis määratud norm-järge või 2) sündima õpetaja es kahe meessoost tunnistaja juuresolekul. Viimasel juhul seaduse sätte kohaselt annavad kihlatavad üksik-ise kätt ja vahetavad sõrmused. Kuna aga BES § 2993 määrab, et juhul

⁸⁰⁾ Mida järgnevalt lihendatakse LKS, kusjuures on mõeldud 1896 a. redaktsiooni. Ka BES § 2 ütleb, et lutherlaste vahel abielude sõlmimisel tuleb arvestada LKS-i eeskirju.

⁸¹⁾ Vt. infra § 5

Kui seadus selgesõnaliselt ei nõua kindlat vormi, on õiguskorralduste toiminguks sõlmimine täiesti vormivaba, siis on see LKS-i vahetegu kihluse sõlmimisega liikide vahel juriidiliselt irrelevantne⁸²⁾ sest juhul kui kihluse sõlmimisel õpetaja es pole silmas peetud kõiki normivõndeid, jääb omel kihlus kehtima, kuna ta kodanlike lepingute sõlmimiseks ettenähtud vormile vastab, s.o. tegelikult on vormivaba. Kõrvaldatakse veel asjaolu, mida mõistab seadus pühalikute hootuse all. Kuna kihlus võib toimuda ka mittekirjalikul teel, siis tuleb arvata, et kihluse olemasolus piisab kibaldaselt avalikust, vastastikusest ja hõõrsest⁸³⁾ hootusest abielluda ikestisega.

Kihluse hõõrse peab olema tingimusteta, ning pärast kihlust tuleb abiellu mitte hiljem kui viie aasta jooksul linnades, maal aga nelja kuu jooksul maha kuulutatama, vastasel korral fihistub kihlus iseendast.⁸⁴⁾ Otsest kose tõttu kihluse ja abiellu

82) Vt. Erdmann I, lk. 350: "... so ist jene Unterscheidung eine im Ganzen irrelevante."

83) Erdmann I, lk. 350 nota 3.

84) LKS § 338. Vt. ka Erdmann I, lk. 350 nota 4.

vahel pole lubatud kihlus neil juhtudel, mil ei ole võimalik järgner abide.⁸⁵⁾

Kihlus ei õigusta isendast veel tõstma haag-abide sõlmimiseks.⁸⁶⁾ Kui aga üks pool end ilma mõjuvate põhjuste esitamise laulatada ei lase, võib teine pool ilmalikus kohtus niikasti kantud varandusliku kahju kui ka teostatud au eest taasu nõuda.⁸⁷⁾

Autestuse eest on mõeldav kahjustasu nõudmine ainult siis, kui on tõepoolest tegu mingi raske au kahjustamisega, mis ammugi mitte iga kihluse lõpetamise puhul ei esine.

Sõu-kuni esimene kihlus ei ole lõpetatud, ei ole lubatud sõlmida uut kihlust. Kui sellest sättest kinni ei peeta, loetakse ainult esimene kihlus teaduslikuks.⁸⁸⁾

Kihlust võib lõpetada kõrgpäält poolte vastastikusel kokkuleppel. Selkorral on nõutav, et kehtelaks tunnustamine toimaks samal viisil nagu

85) LKS § 337

86) Erdmann I, lk. 350

87) LKS § 342. See on omaaja kohta üsna vabameelne säte, kuna siin eeldatakse mõlema poole õigust nõuda immateriaalse kahju eest hüvitust. Samuti: ZGB § 93, mitte aga BGB ega TSE.

88) LKS § 343.

Sõlmimise, s.o. kui kihlus toimus õpetaja es, siis tuleb ühe õpetaja ja kahe tunnustaja juuresolekul deklareerida, et pooled oma hootuse abil astuda tagasi võtavad.⁸⁹⁾

Ka ühemeelselt on lubatud kihluse konsistooriumi kaudu sihiks tunnustada järgmistel põhjustel:⁹⁰⁾

- 1) Kui on esinenud sundus kihluse sõlmimisel; 2) Kui on aralikul teada, et teine pool kõlblusest elu elab;⁹¹⁾
- 3) Kui teine pool mõne kolmanda isikuga on kihlunud;⁹²⁾ 4) Parandamata nakkushaiguse korral; 5) Kui teine pool kihluse kehtetus tunnustamist taotleja poolega on halvasti ja teostatavalt ümber käinud; 6) Kui üks kihlatast teise vastu, nagu kaalus ritleb, äravääramata põlastust tunneb;⁹³⁾ 7) Kui tuleb ilmsiks pettus;⁹⁴⁾

89) LKS § 339.

90) LKS § 340

91) Kui see aga aralikul pole teada, siis õigust tagasiastumiseks nagu poleks, kuigi ebakõllkat elu saaks isegi toetada.

92) Muidugi tuleb arvesse ainult hilisem kihlus, sest varasem ei lase käesolevat üldse kehtivusele pääseda. Vt. Erdmann I, lk. 352 nota 2.

93) Äravääramata põlastus tegelikult võimaldab igal ajal kihlusest tagasi astuda, deklareerides äravääramatut põlastust. Kihluse mündal see kogu enumeratiivoni mõttetuks.

94) Siin all ei tule mõista iga väikest ebatõde. Vt. Erdmann I, lk. 352 nota 6.

8) kui teine pool usku muudab; 9) kui vanemad või
 esikostjad seaduslikel põhjustel abiellu astumise aja
 keelavad; ⁹⁵⁾ 10) kui ei järgne määratud aja jooksul abi-
 elu maksumbitamist. ⁹⁶⁾ Kui kõrgil neil loetletud
 põhjustel on kihlus tunnustatud kehtetuss ihe pool
 nõudmisel, siis on teisel poolel õigus ilmaltu kohta
 läbi-omale kahjutamist nõuda. ⁹⁷⁾

Nagu selgub espoolöeldust, ei õigusta kihlus
 iseenesest veel toetama hagi / abiellu sõlmimiseks.
 Etand- sellest üldreeglit moodustab juhtum, kui

⁹⁵⁾ Seaduslikud põhjused on üksikasjalikult loendatud
 EK S § 321-s, käsitledes peamiselt kõlblaad põhjusi.
 Kui võivad vanemad oma täisealistel lastel abiellumise keela-
 ta, kui vastaspool on joodik elab ebakõlblat elu,
 võib nakkushaigust või haigetõbe, on meelela pillaja,
 on õigused kaotanud, on endisest abielust lahutamisel
 tunnustatud süüdlaseks proleks, kui abiellujate elua,
 kasvatus ja hariduse vahe on liiga suur etc.

⁹⁶⁾ S.o. linnades ihe aasta jooksul, maal nelja kuu
 jooksul, arvates kihluse sõlmimisest.

⁹⁷⁾ See säte tundub üsna imelikuna, kuna sellest nagu
 järgneks, et teine pool võib ka siis kahjutama nõuda,
 kuigi ta näit. ebakõlblat elu elas, kui aga kihlus on
 vastaspoole nõudel tühistatud. Seda tuleb siiski eitada,
 kusjuures seda peab vabandama halva ja puuduliku
 seaduse redaktiõnniga, sest § 342 rätib, et ainult mõju-
 vate põhjuste a mitteolemasolul tekib kahjutamiskohustus.

Kihlatute vahel kehtis aset copula carnalis. Sel juhul peab konsistoorium, kui ta leab mõrja kaebuse põhjendatud, oma otsuse läbi ette kirjutama, et laulatuse ette võetakse, ja kus sellest hoolimata kolme kuu jooksul abiellumist ei järgne, tunnistab konsistoorium mõrja, ta nime sellesohase palve jäädle, kihlatud peigmehe lahutatud abielunaiseks, mille alusel kümnesil on õigus ilmata kus kohtus on õigusi maksma janna.⁹⁸⁾

Edasi. — loeb madus mahakummutamite, olgu see toimunud kes või üksainus kordki, võidseks varmit-ku kihlusega,⁹⁹⁾ samuti on seeingused viisil kihlatuks tunnustatud võimales taotleda oma õigusi samuti nagu tavaliisel kihlatul.¹⁰⁰⁾ Tõelise abielusõlmimise^{vastu} võivad varelda isikud, kes on ähe või herte abielluda-kavatsejaga kihlatud, kusjuures kihlus pole veel lõpetatud.¹⁰¹⁾

98) LKS § 341. Tänapäeva koodeksi.d ei luba üldiselt hagi abieli sõlmimiseks, kuna see oleks vastuolus abieli sõlmimise vabaduse printsüübiga. Mõõdunud sajandile oli see aga veel üsna iseloomustar.

99) LKS § 352.

100) LKS § 354.

101) LKS § 355 p. 3.

§ 5. Kihlus kehtvas õrguses.

Kehtvas õrguses kihlus käsitletakse õigusallikaks on BES oma vastavate sätetega, niipalju kui need on tõlde olemas. Varemajal täiendas BES-i kihluse osas üha suurel määral LKS, eriti mis puutub kihluse sõlmimisse ja tähistamisse, samuti kahjutatu nõudmisse juhul kui abi oleks sõlmimata. Kuna nüüd LKS on oma kehtvuse mõnetanud, siis on BES-i sätted ilma selleta üha suurel määral tähtsused, mis juhul tuleb rakenduslike seaduse-, aga võimalik ka, et õrguse analoogia mõnel juhul. Sjal juhul osutab nende liinliikude ja nappide sätete alusel terveks kihtuse institut. Konstruktiivne kehtvalt raskes mäsandeks. Täpselt uskirju maldab BES ainult kihlakirjade tagasihoidmiseks, millised süüsi ka osatseid kehtvad, samuti ka puundi õrguste kohta mittevaralist laadi kahjude häastamisel, ning ka laste õrguste reguleerimiseks, kes on sündinud kooselust kihlakirjade vahel.¹⁰²⁾ On mäeldav, et kihluse juhul tekkivate vahetordade lahendamisel arvestatakse vana inerts- ja harjumuse tõttu ka LKS sätetega, aga mingit normatiivset alust sel pole.

¹⁰²⁾ BES § 129 - § 131, 158, 159, 160, 148, 149.

Kihluse mõiste BES-is fikseerimist pole leitud, aga see pole just eriti hädavajalik, kuna BGB, § 798¹⁰³⁾ mõeti ei sisalda kihluse legaalsefiksiooni. ¹⁰³⁾ Sepärast tuleb arvata, et selleni tuleb tarvitada õigusteoorias mõistelt väljakujunenud ja tunnustatud mõistet¹⁰⁴⁾, nagu tehakse seda ka mainitud seaduste rakendamisel. Kuna BES § 2993 määrab, et juhul kui seadus ei nõua õigustoimingute sõlmimisel expressis verbis erilist vormi, on see sõltuvuses poolte tahtest, siis tuleb järeldada, et kihlus kehtiva õiguse alusel on täiesti vormivaba. Samuti pole oluline, et ta oleks avalikult teatavaks tehtud kolmandatele isikutele.

Kui seaduses ei leida sätet, et kihlusest ei teki hagi abielusõlmimiseks, tuleb seda siiski üldada, kuna vastane olukord ei oleks kooskõlas meie õiguse looga arusaamisega ja hääde kommetega.¹⁰⁵⁾

¹⁰³⁾ Mõnede arvates pole see vajalik ega soovitatav. Vrd. Leuenberger, lk. 218: „Definitionen gehören nicht in ein Gesetzbuch, sondern bleiben am besten der Wissenschaft überlassen.“ Siiski õiguse selguse ja täpsuse mõttes tuleb selles kahelda.

¹⁰⁴⁾ Vt. supra lk. 4 § 2.

¹⁰⁵⁾ Seda saab a contrario järeldada ka BES § 158-st. Iest kui seadus võimaldab hageda abielu sõlmimist juhul, kui esineb puuduli aratlemine suguhendusele, siis a contrario kui aratlemist ei esine, langeb ära võimalus esitada hagi.

Kihlus kui tulelase abielu töötamine saab esineda ainult siis, kui on tõesti võimalik ja lubatud järgneva abielu sõlmimine, vastasel korral kihlus on kehtetu. Abielu tähtsuse või raieldavuse põhjusel osutavad õhklas. ka kihluse tähtsuse resp. raieldavuse põhjusi ki. ¹⁰⁶⁾ Kihluda võivad ainult abielumisealised, ¹⁰⁷⁾ kuma poleks õrglane lugeeda seda võimalikkus ka varem, sest kihluse otsese seose tõttu abieluga on mõntar, et sellise akti sõlmimiseks omaksid poolte täht arusaamist selle reloomust ja alatuset, mis pole täielikult mõeldar enne abielumiseks jõudmist. Ka on alaealiste suhtes mõntar vanemate nõusolek, sest kohtetarate suhtes aga eestkõrta oma. ¹⁰⁸⁾

Kihlus lõpetab ka poolte abielumisega, surma läbi, contrarias consensusega aga ka ühekülgse tagasiastumisega. Vastavalt sellele reguleerib B&S

¹⁰⁶⁾ Erdmann I, lk. 354 j. Takte puudused avaldavad mõju ka kihlusele, samuti ku-abielule. Kui tulevad arvesse eksimus, pettus, surre etc.

¹⁰⁷⁾ Keht-ra Abieluseaduse § 2 alusel abieluda ei või meesrikuud enne 18 aastat, nariisikuud enne 16 aastat.

¹⁰⁸⁾ Kui alaealine on kihlunud oma seadusliku esindaja nõusolekuta, jääb kihlus hõljuvase olukorda ning tema parastine kehtestumine oleneb hiljem antud kinnitusest, või kui pool ise täisriikka jõudmisel seda kinnitab.

üksikasjalikult kihlakonade saatus kihluse lõppemisel. Siin esineb üks arvukast *condictio causa data causa non secuta* rakendamiskohadest, millist antu tagasi nõudmise alust üldiselt käsitleb BES § 3706.¹⁰⁹⁾

Kui kihlus lõpeb kokkuleppel või ka ühe poole taotlusel ilma et kumbagile poole saaks midagi süüks arvata, siis on kihlatud õigus nõuda tagasi teineteisele tehtud kinge, milline õigus läheb üle ka nende pärijatele.¹¹⁰⁾ Lõpeb kihlus ühe poole surma juhul, siis on selle pärijail ja samuti ellujäänud poolel õigus nõuda tagasi kinge,¹¹¹⁾ millega kihlakõnede tagasinõudmine erineb tavalisest *condictio*st, mis juhul kui eeldatud sündmus jääb täitumata juhuse läbi, ei võimalda andjale tagasi nõude õigust.¹¹²⁾ Lõppes kui kihlus katkeb ühe poole süü läbi, on na. süütu poolel õigus pidada endale saadud kingid, on aga õigustatud nõudma tagasi omapoolseid.¹¹³⁾

¹⁰⁹⁾ BES §§ 3703-3718, kihlakonade kohta eriti § 3706.

¹¹⁰⁾ BES § 129

¹¹¹⁾ BES § 130. Vt. Erdmann I, lk. 351. Täpselt on see sassa ja šveitsi õiguses - vrd. BqB § 1301 ja ZGB § 94.

¹¹²⁾ BES § 3718

¹¹³⁾ BES § 131. Vrd. BES § 3717.

Eriliselt tuleb kihluse si. viülõrguslikeksude tagajär-
 gede seas esile tõsta eksiteele viidud pruudi õigust,
 mille alusel, juhul kui kihlatute vahel on leidnud
 aset seksuaalvahetust, pruut võib tõsta hagi abielu-
 sõlmimiseks.¹¹⁴⁾ See on ilmselt vana arusaamise jäänus,
 mis eelneva kihluse olemasolul tunnustas abielu sõlmi-
 tust, kui kihlatute vahel leidis aset seksuaalsuhe.¹¹⁵⁾
 Kui peigmees süüski abielusõlmimisele ei asu, tunnustab
 kohus pruudi, kui ta seda palub, peigmehe lahuta-
 tud abielunaiseks nihes vastavate õigustega.¹¹⁶⁾ Sama õigus
 kuulub ka neitsile, kes on avatletud suguhendusele
 kindla abielulubadusega.¹¹⁷⁾ Kuid esivõlunimetatud õigusi-
 laab maksma ^{panna} ainult nihe aasta jooksul, sest hiljem
 enam hagi tõsta ei saa.¹¹⁸⁾ Kihlatute lapsed võrdsusta-
 takse abielulistege, kui hiljem abielu järgneb, või kui pruut
 tunnustatakse kohtalikkult peigmehe lahutatud naiseks.¹¹⁹⁾

114) BES § 158.

115) Erdmann I, lk. 355. Vt. ka supra § 4, b).

116) Abielusõlmimine peab järgnema kolme kuu jooksul - BES § 158.
 Tänapäeva kehtivad koodeksid üldiselt sellist õigust pruudile ei omista.

117) BES § 159, samas ka kitsendusi.

118) BES § 160.

119) BES § 148; vrd. ka § 149.

§ 6. Võrdlev ülevaade Kihluse institutsioonist Aõna-
päeva õigussüsteemides.

a) Saksa õigus.

Saksa kehtiv õigus BGB näol on piiridunud
lühiajalise kompromissi-ühelt poolt õigustiku arusaamise vahel,
mit tahab kõrvaldada abieluolusmitest igasuguse sunni-
momenti ja teisalt vaate vahel, mille järgi antud hõ-
ltsust tuleb täpsalt hõlata, kuigi see piiridutab kõrgelt-
isiklike suhteid. Teispoolt on BGB sellise kesktee
ka leidnud, kuigi eluõna koostamisel on kaalitud üsna
äärimis-vaadekohti.¹²⁰⁾

Kõsime Kihluse õigustiku mõiste kohta on
BGB täielikult jätnud teaduse vastata, kuna BGB
sisaldab kihluse legaldefiniitiooni, arvestades tema-
ga kui tuntud suurusega. See omastkohast üsna
mugav viis kõsime kõplikust otustamistest jõe-
da on üsni teataval määral kahjustanud õrguse täp-
sust ja selgust, kuna teadlaste vaated alati e- lange
täiesti ühte.

Kihluseks ei nõuta erist vormi, seega ta

¹²⁰⁾ Dittenberger, lk. 18 jj.; Donig, lk. 29 jj.; Sasse, lk. 23 jj.

normivaba kokkulepe, mis võib toimuda suuliselt, kirjalikult ning isegi konkudentsete toimingute kaudu. Samuti pole võrdselt, et ta teatatakse kolmandatele isikutele, sest ka see ei tee kahju kihluse kehtvusele, kui ta salajas hoitakse.¹²¹⁾

BGB ei näe ette võimalust, et pruut teatud erilistel asjaoludel saaks tõsta hagi abielu sõlmimiseks, millega ta tunnustab põhimõtet - matrimonium libera esse debent.¹²²⁾ Seda põhimõtet tunnustades erineb BGB fundamendalt meie kehtvast õigest kui ka TSE-st.¹²³⁾ Arvestades öeldut, on üsna arusaadav, et seadus brachilubadused, mis on antud juhul, kui abielu ei järgne, tunnustab tühiuks.

Põhjuseks kihlusest taganemine võib kaasa kohus-
 Anse käestada kahju, mis tekkinud sellest, et teine kihlata või selle vanemad (resp. vanemate asemel toimivad isikud) on teinud abielu ootel kulutusi või võtnud

¹²¹⁾ Endemann, lk. 47; Sasse, lk. 53 j.; Cosack II, lk. 523; Warneyer II, lk. 501; Donig, lk. 47 j.

¹²²⁾ BGB § 1297; eriti kujukalt väljendab seda ka Endemann, lk. 63: „Denn nach den für uns heute geltenden Grundsätzen genießt nur die aus freiem, sittlichem Entschlusse eingegangene eheliche Verbindung Achtung und Vollenwert.“

¹²³⁾ Vrd. BGB § 158, 159; TSE § 225, 226.

endale kohustus. Teisele kihlatule tulevad tasuda ka kahjud, mis see on saanud teetõttu, et ta abiellumise ootuses on teinud korraldusi oma varanduse või teenistuskoha suhtes.¹²⁴⁾ Kahjutaru kohustus ei ole aga ainult sellel määral, kui võrd kulud või muud varanduslikud korraldused olid asjaoludega kooskõlas ja mitte üleliigsed või otstarbetud.¹²⁵⁾ Namuti tulevad kahjud teisele poolele häästada, kui teise poole tagasiastumine on põhjustatud sihe poole süü läbi, mis moodustab küllaldase aluse kihlusest tagasiastumisest.¹²⁶⁾

Edasi tunneb saksa õigus nn. moraalse kahju häästamise instituti. BGB omistab sellise õiguse ainult laitmatale kihlatud pruudile, kui ta on olnud peigmehega seksuaalvahetorras, määrates et pruut võib kahju

¹²⁴⁾ BGB § 1298. Tasuda tulevad kulud niivõrd, kui võrd nad on kihluse lõpetamise tõttu muutunud otstarbetuks. Vt. Endemann, lk. 70 jj.; Warneyer II, lk. 503 jj.; Cosack II, lk. 524 j.; Sasse, lk. 64 j.

¹²⁵⁾ Kulud olgu vastavad oludele, arvestades rahva ütlust: "Fuhrknecht verlobt sich ohne Austernfrühstück." Endemann, lk. 72 nota 16: "Der deutschen Rechtsanschauung schien es nicht zu entsprechen, dass getäuschte Liebe mit Geld abgemessen und getröstet werde; auch lässt sich die Gefahr nicht verkennen, dass öfter Verlobnisse geschlossen oder behauptet werden, um durch Geltendmachung des (erwarteten) Verlobnisbruches Gewinn zu erzielen."

¹²⁶⁾ BGB § 1299.

est, mis varanduslik kahju ei ole, parajalt rahuldust
 rahas nõuda.¹²⁷⁾ Laitmatu on selline puut, kes oma kõlb-
 lalt puhta eluviisi tagajärjel avalikku lugupidamist erib.
 See immateriaalse kahju häastamise hagi oma loomult
 on actio vindictam spirans, ja kui kõrgelt-isiklik,
 ei ole ühantav ega lähe ka pärijatele üle, olgu siis,
 et ta on tunnustatud lepinguga või on juba kohtu-
 likult alustatud.¹²⁸⁾

On kujunenud üldiseks kombeks, et pooled teevad
 kihluse sõlmimisel vastastokuseid kingitusi. BqB
 määrab, et juhul kui jääb sõlmimata abile, võivad
 kihlatud teineteiselt tagasi nõuda¹²⁹⁾ seda, mis on antud
 teisele kingitusena või kihluse tunnuseks, kusjuures
 väljanõudmine toimub õigustamata rikastumise ees-
 kirjade järgi.¹²⁹⁾ Mõrda kihlusest aeguvad kahe aasta
 kestel, arvates kihluse lõpetamisest, s.o. pärast seda
 tähtaega ei saa nõuda tagasi kinke, ega ka hageda materi-
 aalse ning immateriaalse kahju häastamist.¹³⁰⁾

¹²⁷⁾ BqB § 1300. Võrdluseks olgu tähendatud et siveitsi õigus omis-
 tal õiguse nõuda immateriaalse kahju häastamist ka "perg-
 mehele" - vt. ZqB § 93. Vrd. ka LKS § 342.

¹²⁸⁾ Warneyer II, lk. 505 jj.; Endemann, lk. 73 jj.; Cosack II, lk. 524 j.
 Donig, lk. 53 jj.; Sasse, lk. 66 j.

¹²⁹⁾ BqB § 1301.

¹³⁰⁾ BqB § 1302.

b) Šveitsi-õigus.

Kihlus enne ZGB keht-maksmise oli reglementeeritud üksikute kantonite parikulaarseadustega, mis püüasid ühtlasest kihluse institutsioonist teha ühtsuse võltsi. ¹³¹⁾

Seejärel tähendas ZGB jõustumine 1912 suurt edusammu õiguse selguse, ühtluse ja moderniseerimise alal, mis eriti on tunduvalt kihluseõiguse alal.

Ka ZGB, nagu BGB, ei sisalda kihluse mõiste lähemat määratlust, kuid märgib üldiselt, et kihlus sõlmitakse abielutöötuse läbi. ¹³²⁾ Tähelepanuväärne on, et ZGB teeb vahet kihluse kui staatuse ja kihluse kui akte, kui abielutöötuse vahel. ¹³³⁾ Kihluse sõlmimiseks ei nõua seadus mingit kindlat vormi, seega kihlust võib sõlmida suuliselt, kirjalikult ja konkludentsete toimingutega, kus-aga selles selgub poolte tahe, mis suunatud tulevasle abielumisele.

Mõeldumustatus on põhimõte, et kihlusest ei

¹³¹⁾ Leuenberger, lk. 215 jj.; Zühlmann, lk. 38 jj.; Gmür, lk. 14.

Mõeldiselt võib märkida, et kihluse õigustliku reguleerimise alal kantonid jagunesid nelja liiki: 1) kantonid, kus puudus kodifitseeritud tsiviilõigus, 2) kantonid, kus esineb Code civil'i mõju, 3) Austria õiguse mõju all olevad kantonid ja 4) kantonid, kus on võetud eeskujuks Zürichi tsiviilkoodiks. Vt. Leuenberger, lk. 148 jj.; Zühlmann, lk. 38 jj.

¹³²⁾ ZGB § 98; Leuenberger, lk. 218; Gmür, lk. 14.

¹³³⁾ Gmür, lk. 15; Leuenberger, lk. 219.

Aksi lagi abielusõlmimiseks, ning ka mingisugustel erilistel asjaoludel pole sest üldreeglit tehtud erandit.¹³⁴⁾ Seetõttu on loomulik, et kihlusest taganemise juhul lubatud leppetrahvi seadus ei võimalda kohtu teel nõuda, mis vastab ka kõlblale tundele, sest leppetrahvi kindlaksmääramine kihluse sõlmimisel üldab kihluse lõpetamise võimaluse silmaspidamist.¹³⁵⁾

Lüski toob kihlusest taganemine kaasa võsna tõsised juriidilisi tagajärgi. Kui peab kihlatu, kes astub kihlusest tagasi mõjuvate põhjusteta, või põhjustab ta teise poole tagasiastumise oma süü läbi, maksma süüdsat kahjutasu teisele kihlatule, selle vanemale või kolmandaile isikule, kes toimisid vanemate asemel, nende toimetuste eest, mis abielusõlmimise ootel hääs usus on tehtud.¹³⁶⁾

¹³⁴⁾ ZGB § 91; Gmür, lk. 20 j.; Fihlmann, lk. 134; Leuenberger, lk. 244: "Ein staatlicher Zwang zur Eingehung (Vollziehung) der versprochenen Ehe widerspricht nämlich nicht bloss dem Wesen der Ehe, als einer freiwillig zustande gekommenen Verbindung, sondern würde für die zunächst Beteiligten und die Gesellschaft erfahrungsgemäss mehr Unheil bringen als Nutzen."

¹³⁵⁾ ZGB § 91 II l.; Leuenberger, lk. 246; Gmür, lk. 21.

¹³⁶⁾ ZGB § 92; Leuenberger, lk. 247; Gmür, lk. 21 jj.

Kui kihlusemurdmise läbi üks kihlatu ilma oma süüta rasket kahju kannatab oma isiklikes suhetes, siis võib temale kohtu poolt teise kihlatu süü olemasolul rahasumma häästamiseks välja mõista. See nõue pole üleantav ega lähe üle ka pärijale, väljaarvatud juhul, kui ta ol-
 tunnustatud või kohtu teel nõudmine alustatud. ¹³⁷⁾

Väärts märkimist, et ZGB on omistanud õiguse immateriaalse kahju läastamisest nõnda ka peigmehele, mis on üsna tunnustusväärne, sest ka sellised juhud võivad esineda ja esinevadki, kuigi vähemal määral, mil see vajalik võib olla.

Kihluse lõppemisel pooled võivad kinkide tagasi nõnda üksteiselt hoolimata sellest, kelle süü tõttu kihlus katkes. Kui kinke pole alles, lahendatakse asi õigustamata rikastumise reeglite järgi. Ühe poole surma tõttu kihluse lõppemisel kinkide tagasi nõudmise õigust ei ole. ¹³⁸⁾

Alagrd kihluse alusel aeguvad ühe aasta jooksul, arvates kihluse lõppemisest. ¹³⁹⁾

137) ZGB § 93; Gmür, lk. 26; Leuenberger, lk. 257 jj.

138) ZGB § 94.

139) ZGB § 95.

c) Lätis-õrgus.

Esimesel jaanuaril 1938 jõustunud Lätis- tsiviilkoodex¹⁴⁰⁾ antus varem kehtinud kahe seadustiku - VSK X kōite, mis kehtis Lätis idaosas, ja BSS, mis kehtis lääneosas - asemel, tähendades seadusandlikult suurt edusammu, lumes ühtlase õrguse kogu Lätis territoriaalselt.

Kihluse kohta käivad normid leiduvad LTS-i §§ 26-31. Näidreugi-na ka LTS-i järgi kihlus ei anna õrgust tõsta hagi-abieli sõlmimiseks ja leppetrahvi lubamine on kehtetu.¹⁴¹⁾ Kuid erandina sihil juhul lubab seadus tunnustada pruuti: kihlatud peigmehe lahutatud naiseks juhul kui peigmees küllaldaselt põhjuseta keeldub abielust. Sel juhul on eeldusena nõutav, et kihlatute kooselust oleks sündinud laps, oluline pole aga, kas pruut on alaealine, kas ei-ole avatlemine, samuti pole nõutav pruudi nesis-likkus, ega ka asjaolu, kas laps on elus.¹⁴²⁾ Seega ei-ole siin vana koodeksi jäänus, mille järgi abielu ulneva kihluse olemasolul seksuaalsuhete puhul (nr. sponsalia de praesenti)

¹⁴⁰⁾ Lühendatud LTS.

¹⁴¹⁾ LTS § 26; Vt. Lettlands Zivilgesetzbuch vom 28. Januar 1937 in Einzeldarstellungen, Riga 1938, lk. 139 jj.

¹⁴²⁾ LTS § 30; op. cit. lk. 147 jj.

tunnustati sõlmimiseks, kurgi LTS seda õigust on tub-
list piiratud. Lahutatud abielunaisena on pruudil
õigus nõuda vajaduse korral ülalpidamist, kanda mehe
perenime jne.

Kihlatu, kes keeldub abielumisest mõjusa põhjuste,
või oma käitumisega põhjustab teise poole tagasaste-
mise, on kohustatud kahjutasuks. Tasumisele tulevad
ainult otsesed kahjud, kuna kihlus ei pea olema
rikastumise allikas. ¹⁴³⁾ Inimateriaalse kahju häästamist
LTS ette ei näe.

Kudusena esineb alaealise pruudi õigus nõuda peig-
mehele ülalpidamist juhul kui nende vahel leidis
aset seksuaalsuhe ning peigmees põhjuselult keeldub
abielu sõlmimisest. Eeldusena esineb asjolu, et kihlus
oleks aralikkuse teade, samuti peab ülalpidamine olema
pruudile vajalik. ¹⁴⁴⁾

Kihluse lõppemisel peavad kihlatud andma tagas-
kingid, mis neile on tehtud vastaspoole, selle vase-
mate, ja või teisele isikute poolt ¹⁴⁵⁾ abielusõlmimise eeldusel.

¹⁴³⁾ LTS § 28; op. cit. lk. 144 jj.

¹⁴⁴⁾ LTS § 29; op. cit. lk. 146 j.

¹⁴⁵⁾ LTS § 27; Tavaliselt seadustikud omistavad õiguse nõuda
tagasi kinge ainult kihlatuile. Vrd. BGB § 1301 ja ZGB § 94.

d) Soome õigus.

Kihlust käsitlevaks õigusallikaks on Soome abieluseadus (Arioliittolaki), mis kihlust käsaskäivate õiguste ja kohustega reguleerib §§ 6-9.

Kõigepealt annab seadus kirjeldaval viisil kihluse mõiste, öeldes, et mees ja naine, kes on leppinud kokku üksteisega abiellu astuda, on kihlatud. ¹⁴⁶⁾

Kui kihlus tühistatakse, siis on mõlemal kihlatule õigus saada tagasi need kingid, mis nad on vastast kuu üksteisele andnud. Kui üks kihlatuist sureb, võib ellujäänu nõuda tagasi, mis ta teisele on kinginud, kuid on õigustatud jätma omale need kingitused, mis ta ise on saanud. Juhul kui kinge ei ole enam alles, allub kohtu otsustusele, kas tuleb väärtus tasuda või mitte. ¹⁴⁷⁾

Varandusliku kahju häastamine on sätestatud peaaegu samul põhimõtetel nagu muisk- tänapäeva seadusis. Kui võidakse kihlatu, kes ilma kaalusa põhjuseta on kihlusest tagasi astunud, niipalju kui leitakse õiglaselt, kohustada maksma teisele

¹⁴⁶⁾ Arioliittolaki = SAS § 6 I l.: Mies ja nainen, jotka ovat sopineet arioliittoon menemisestä toistensa kanssa, ovat kihlatuneet.

¹⁴⁷⁾ SAS § 7.

Kihlatule või tema vanemale või muudele isikutele kahjustasu nende kulude eest, mis neile on sünninud neist ettevalmistustest, mis on toimunud kihluse tagajärjel või kavatsitud abielu otstarbel. Samamuguseks kahjustasuks on kohustatud ka kihlatu, kelle süü läbi kihlus tühistatakse. Iseloomulikkuna ja erilisena esineb aga säte, mille järgi ka siis, kui kihlus tühistatakse kaaluvatel põhjustel, mida ei saa lugeda kumbagi poole süüks, võidakse üht poolt kohustada osaliselt tasuma teise kahjusid, kuid ainult siis, kui selles on eriti mõjavad põhjused. ¹⁴⁸⁾

Immateriaalse kahju eest saab pruut nõnda hüvitust ainult siis, kui on leidnud aset seksuaalsuhted kihlatute vahel. Sel puhul ei tohi pruut olla süüdi kihluse lõppemises. Kui kihlus lõpeb mehe surma läbi, võidakse naisele ikkagi määrata vastav hüvitus, kui selles on eriti põhjusi, kuid kahjustasu ei või olla suurem kui pool mehest järelejäänud varandusest. ¹⁴⁹⁾

148) SAS § 8. Kõnngatel juhtudel võib see osutada isikutele vajalikuks, mille üle otsustab kohtu sura.

149) SAS § 9.

§7. Kihlus Tsiviilseadustiku eelnõu alusel.

a) Mõiste, sõlmimine, lõppemine.

Kui BES-17 leedulad kihlust käsitlevad sätted on misna tehnikulised, nii et neist teerõhku instituti konstrueerimine osutub küllaltki raskesti, siis TSE¹⁴⁶⁾ sätted on palju ulatuslikumad ja moodustavad teerõhku. TSE käsitleb kihlust fakultatiivse institutidina, s.o. kihlus võib eelne abielumisele, aga nõutav see pole, kuna abielu kehtvusele pole kihluse puudumisel või tühisusel mingit mõju.¹⁴⁷⁾

Vastandina mitmele väkseadusele¹⁴⁸⁾ meie TSE annab kihluse legaaldefinitsiooni (§219) järgmiselt: „Kihlus on kihlajate vastastikune hootus teineteisega abielu, mis nende tahtel on kolmandatele isikutele teatavaks tehtud.“ Tõlguse selguse ja täpsuse mõttes on misna soovitar, et seadus ise määritleb mõisted, jätmata neid praktilise lahendamise, kuigi see omistab seadustikule teataval määral õppe-
raamatu ilme. Lisaks tekib küsimus, mida mõistab

¹⁴⁶⁾ TSE = Tsiviilseadustiku eelnõu, kusjuures on mäeldud 1936 a. redaktsiooni.

¹⁴⁷⁾ TSE § 219 ütleb sõnaselgelt: „Abielu sõlmimisele võib eelne kihlus.“ Ka LKS käsitleb kihlust fakultatiivseksena.

¹⁴⁸⁾ Näit. BGB ja ZGB ei määritle kihluse mõistet.

Seadus „vastastikuse töötuse“ all. TSE § 1261, mis annab õigusloomingute liigituse, eristab lepinguid ja töötusi, kusjuures töötuste all mõeldakse võlgniku ühepoolset tahteravaldust, lepingute all aga kahe või rohkemate sellest osavõtjate poolte kokkulepet. Kuna kihluse puhul tõesti esineb poolte vastastikune kokkulepe, tuleb kihluses näha lepingut. Et see nii on, seda kinnitab kaudsetl TSE seletuskiri, kus kihlust nimetatakse abielu allepinguks.

Et omada seaduslikku jõudu, peab kihlus olema teatavaks tehtud kolmandatele isikutele, kusjuures nõutakse, et see teatamine peab sündima kihlujate tahtel.¹⁴⁹⁾ Separats ei saa lugeda seda teatavaks tegemiseks, kui keegi kuulab küll päält poolle vastastikust töötust ja seda ka oma huttava-

¹⁴⁹⁾ TSE seletuskiri: „Teatamine on tühine vajalikuks seetõttu, et kihlusega on seotud õiguslikke tagajärgi, mitte ainult varalisi ja kolmandate isikuid puudutavaid (§ 222, 223), vaid ka isiklik-perekondlikke (§ 224, 225). Ei ole soovitatav neid tagajärgi siduda toiminguga, mis oleks seotud üksnes poolte teadmise ja mille teendamine seetõttu tooks kaasa ebasoovitavaid nähtusi ja tulemusi. Pealegi kihlus toimub juurdunud kohalike kohaselt just teatavaks tegemise kolmandatele isikutele.“

tele edasi jutustab, kuid see ei sünni poolte tahtel. Tegelikus elus kihluse teadaandmine toimub väga mitmel viisil - selleks eriti - korraldatud kihluspeol, kus poolte tahte koosvõibjaille teatab tavaliselt üks vanemaist, siis võib see selguda kihlatute enesete kõnest, edasi - kuulutustega ajalehes ning eriliste kihlakaartide saatmisega võib selguda poolte tahte jne. Kuna aga kuulutus-ajalehes avaldada, samuti kihlakaarte trükkida ja laiali saata võib tavaliselt raskes, siis tuleb igal konkreetsel juhul keelduda selles, et teatamine toimub tõesti kihlujate soovil ja ei mitte kellegi kolmanda algatusel. Seda näeme, et konstateerimine igal üksikul juhul, kas on tegemist kihlusega, osutab küllaltki raskeks.

Kuna kihluse esemeks on tuleb abielusõlmimine, siis on järeis loomulik, et nendel juhtudel, mil ei ole lubatud abielu, ei ole lubatud ka kihlus¹⁵⁰⁾, teiste sõnadega selline kihlus on tühi. Siiski võiks olla mõeldav kihlus selliste abielutaktuste olemasolul, mis on lühiajalised ja langedes ära abielusõlmimise ajaks. Kihlus ei või olla

¹⁵⁰⁾ TSS § 219 II lõige.

seotud ka tingimusega.

Kihluse kui juriidilise toimingu sõlmimiseks on vajalik, et mõlemad pooled oleksid teovõimelised ja otsusvõimelised.¹⁵¹⁾ Teovõimetu isiku poolt antud kihlusekohustus, samuti raskelt töösuu või mõeldava väimegevuse rikkete all kannataja poolt tehtud tahtevaldus pole kehtiv kihluse juures samuti nagu teiste juriidiliste toimingute puhul.

Ka alaealised võivad kihluda, kuid siin on vajalik, et nad oleksid abielumisealised, mis on meestel 18 aastaseks, naisisikutel 16 aastaseks saamisel.¹⁵¹⁾ Alaealine vajab kihluseks oma seadusliku esindaja nõusolekut, ilma milleta sõlmitud kihlus jääb hülgärase olemuse, s.o. ta järgastine jõustumine olemb seaduslikult esindajalt tagantjärei saadavast nõusolekust, või alaealise täisealiseks saamisel tema enda poolt toimunud õigeksvõtmisest.

Vastavalt kõrgele-õiglikule laadile pole mõeldav kihlumine esindaja läbi, vaid on nõutav isiklik kihluse sõlmimine. Tahet peab olema tõeline,

¹⁵¹⁾ Otsusvõimeline on isik, kel ei puudu võime aru saada oma teo iseloomust ja tähendusest või juhtida oma tegevust — vt. TSE § 31.

¹⁵²⁾ TSE § 213 on jäänud varemaste normide juure.

seega tahte püüdes nagu eksimus, pettus ja sar-
ve annavad abuse väielda kihluse vastu, sest keh-
-A-r kihlus eeldab vastastikust tahte ühtelange-
-mist vaba kokkuleppe teel.

Tavaliselt kihlus lõpeb abielusõlmimisega kih-
-latute vahel, aga ka contrarius consensu
olemasolul, i.o. vastastikul kokkuleppel, sihe või
-mülemä poole surma läbi või ka sel teel, et
-üks kihlatust ühekülgselt tühistab kihluse.
Kui kihlus kaotab maksuse ka sel juhul, kui
-Kihlusele 2- järgne abielusõlmimine hiljemalt
sihe aasta kestel.¹⁵³⁾

b) Hagi, kingid, varandusliku kahju häästamine.

Hagi kihlus on kaheldamatult juriidiline insti-
-tuut, süski leidub tema olemuses palju põlblaad
-momente, mistõttu temast väljuvad kohustused on
-Hagasihooldiku iseloomuga. Kihluse olemusest järgneb,
-et pooled on kohustatud kihluse kestel tege-
-ma abielumisturi sellaks, et pärastine abiellumine võiks
-toimuda taxistusteta, separest ei või pooled kha-
-midagi sellist, mis käiks vastu sellele sihile.

¹⁵³⁾ TSE § 220.

Süski ei võimalda õiguskord neid kohustusi mitte-
 tähta vastu tarvitada kuigi suurel määral sünd-
 vahendest. Nõudsa seadusandlused ei võimalda tõsta
 hagi abielusõlmimiseks kihluse alusel, ammugi siis veel
 otsuse täitmist sunniviisil.¹⁵⁴⁾ Hagi mittevoimaldamise
 põhjuseks on tänapäeval valitsev õilis vaatekoht,
 et ainult vaba, kõlbla otsuse alusel sõlmitud abi-
 elu omab täielikku lugupidamist ja väärtust.¹⁵⁵⁾
 Seejärest on üsna arusaadav, et ka TSE ei luba
 kihluse alusel tõsta hagi abielusõlmimiseks,¹⁵⁶⁾
 sest juba kaudne surve, mis vastava hagi-
 esitamise läbi saavutatakse, ei vastaks meie kõlb-
 lasele hundele, rääkimata sellest, et sunnitud abi-
 elu poleks õnnistuseks ka sellele poolele, kes seda
 soovib. Sellest abielusõlmimise vabaduse põhi-
 mõttest on TSE teinud erandi, millest hiljem
 lähemalt.

¹⁵⁴⁾ Väit. BqB, ZqB; Varemajal ajal leidis seadusandlusi,
 mis ainult ei võimaldanud hageda abielusõlmimist,
 vaid kus ka otsus täide viidi sunniviisil. Vt. supra § 46).

¹⁵⁵⁾ Endemana, lk. 63; Leuenberger, lk. 244 j.; Gmür, lk. 21.
 Aga juba rooma õiguses tunnustati abielu vabaduse
 printsiipi - matrimonium libera esse debent.

¹⁵⁶⁾ TSE § 221. I l.

Kooskõlas selle põhinõttega on lubatud makssta-
 trahvi või tagastrahvi juhul, kui abielusõlmimist
 ei järgne, ¹⁵⁷⁾ Aühine.

Kihluse kestel pooled sagedasti taratsevad Aha
 teisele künke. Kui kihlus lõpeb, siis tavaliselt
 saadus võimaldab tagasi võtta teatud künke, kuna
 põhjus, mis pärast kingitused on tehtud, on ära lan-
 genud. TSE näeb siin ette kaks võimalust: esiteks,
 kui kihlus kaotab maksuse mõlema kihlata võus-
 olekul või põhjusel, mida kummalegi neist ei
 saa janna süüks, siis võivad pooled võtta ta-
 gasi kihluse kestel teisele teatud kingid.

Kui künke enam alles ei ole, siis lahendatakse
 asi mitteõigustatud rükkumist reguleerivate sätte-
 de järgi. Kinkide tagasi võtmise õigust ei ole,
 kui kihlus lõpeb sihe kihlata surmaga. ¹⁵⁸⁾

Teisiti on loogu kui esineb teise poolte süü,
 s.o. kui teine kihlata astub kihlusest tagasi mõju-
 ka põhjuseta, või põhjustab teise poolte tagasiastu-
 mise oma süü läbi. Siis peab süüdlane pool

157) TSE § 221 II l.

158) TSE § 222.

tagasi andma saadud kingid, kuna tal endal
 puudub õigus nõnda tagasi oma poolt tehtuid.¹⁵⁹⁾

Edasi puutume kokku kihluse tõisemate
 juriidiliste efektidega, mis seisavad põhjustatud
 varandusliku kahju tasumisekohustuses. Eeldusena,
 mille olemasolul tekib kahju käestamise kohus-
 tus, esineb asjaolu, et üks kihlata astub kihlu-
 sest tagasi: mõjuva põhjusega või kutsub välja
 teise poole tagasiastumise oma süü läbi, mis on
 mõjuvaks põhjuseks teise poole tagasiastumisele.¹⁶⁰⁾
 Kui aga kihlata astub tagasi küllaldase põhjuse
 tõttu, ei ole ta kohustatud kahjusid tasuma,
 sest seaduse mõtte järgi on pooltele antud vöi-
 makus üheskõrgselt taganeda sel juhul. Otsustamise
 rgal üksikjuhul, kas poolel on mõjuvad põhjused
 tagasiastumiseks, või kas ta oma süü läbi põh-
 justas teise tagasiastumise, jääb kohtu õrglase
 äranägemise lähendada.

Teise poole süü olemasolul peab teisele kihla-

159) TSE § 223 II l.; ZGB võimaldab ka süüdlasel
 pooltel nõnda oma poolt tehtud kingide tagasiandmist.

160) TSE § 223 I l.

tule või tema vanematele või kolmandatele isikutele, kes on toimunud vanemate asemel süüdlane pool tasuma kahju, mis on tekkinud sellest, et nad abiellumise ootel on teinud kulusid või võtnud enda peale kohustusi.¹⁶¹⁾

Tuleb tähendada, et tasumisele tulevad ikkagi ainult need kulud, millest vastaspool resp. ta vanemad oleksid teistmugustel asjaoludel hoidunud. Samuti tulevad kulud tasuda ainult sel määral, kui võiks nad kihlusest taganemise tõttu on muutunud otstarbetuks, kuna kihlus ei tohi olla teise pool rikastumise abinõuks. Separats kulud, mis on tekkinud esemete ostmist, mida ka tavaliselt majapidamises saab edukalt kasutada, ei peaks tulema tasumisele.

Sellelste abiellumise ootel tehtud kuludest hulk, mis võiks tulla tasumisele, tuleks lugeda näiteks korterisistatuse muretsemine, mis puudub on soetanud üle vallasise tütarlapse jaoks harvamineva määra ning mille ta kihluse katkemise tõttu

¹⁶¹⁾ Nagu TSE § 223 sõnastusest võib järeldada, et tule määrata mitte kogu positiivne kahju, vaid ainult nn. negatiivne interress.

on sunnitud miinima kahjuga, siis edasi jätma peo-
ettevalmistamiseks tehtud kulud jne. Teoreetiliselt
on see ehk kindlaksmääratar, mis selliste kulude hul-
ka kuuluvad, seda enam et seadus määrab, et kah-
ju tuleb tasuda ainult niivõrt, kui kulud olid
vastavad olukorrale, aga tegelikus ehk võivad ker-
kida üsna raskelt lahendamata küsimused. Nii otsus-
taju kohta karta ja õiglane äranõgemine, et
hoida ära väiklasi hilisid ja tungimist intüm-
sesse vahetõrjadesse.¹⁶²⁾ Kahjutasu suuruse määramisel
tuleb arvestada teataral määrat ka peigmehe ja
proudi varandusloksu seisundit, samuti olukorda,
milles tulevane abielupaar oleks elanud, kuna muide
on üsna raske otsustada, kas kulud vastavad olu-
korrale või mitte.

Tõsielne kihlatule, mitte aga selle vanemale resp.

162) Pole ka sugugi vajalik ja soovitar igal üksik-
juhul kaaluda, kui võrd mõni proua riietusese jne. on
muretsutatud abielusõlmimise heidusel ja kui võrd ta on
muutunud kasutuks. Ka tuleks olla kulude väljamõist-
misel ettevaatlik seepärast, et tegelikus ehk võivad esine-
da juhud, et kihlatakse just selleks, et hiljem teise
proua kihlusest taganemise korral sellest endale varan-
dusloksu kasa hankida, sündigu see proua või peig-
mehe poolt.

nende asemel toimivad kolmandaile isikutele, peab
 süüdlane pool tasuma ka kahju, mis see on saa-
 nud selle läbi, et ta abiellumise ootel on teinud
 korraldusi oma vara või oma teenistustöö või
 ärilise tegevuse kohta.¹⁶³⁾ Ka siin tuleb kahju
 tasuda ainult niivõrd, kui korraldused olid vastavad
 olukorrale. Selle normi alusel tuleks kahju tasuda
 näit. juhul, kui üks kihlatu nitleb nites oma võid-
 lemissõbraliku palgaga koha, kuna teise kihlatu
 isa poolt on talle lubatud kõrgepalgaline koht.
 Kihluse katkemisel jääb aga kihlatu lubatud
 kõrgepalgalisest kohast ilma. Siin juhul kui ta
 peab võtma vastu madalapalgalise koha, kuna pare-
 mat pole saada, võib ta nõuda ainult vahet, mis
 on ta endise koha palga ja uue palga vahel,
 mitte aga lubatud kõrge palga ja uue vahet. Juhul
 kui aga kihlatu jääb hoopis kohata, võib ta nõuda
 vastaspoolelt oma endise palga ulatuses kahju hüüsta-
 mist, kuid seda ainult juhul, kui talle ei saa ette
 heita, et ta pole nut kohta kiitlaldase hoolega otsinud.

163) TSE § 223 II l.; ZGB § 92 abstraktsem sõnastus la-
 seb oletada, et ka teise kihlatu vanemale ning kol-
 mandaile isikutele tuleb kahju hüüstada, mida nad kan-
 ratanud hääs mis oma vard etc. suhtes korraldusi tehes.

Samuti on mõeldav juhtum, et üks kihlatu võõrandab oma kinnisvara alla selle tüelise hinda, et saadud kapitali paigutada tulutoovamalt teise kihlatu äriettevõttesse. Siingi võib nõuda kahju-
 Asu sel määral, kui võit kihlatu oma vara võõrandamise läbi kahju kannatas.

c) Immateriaalse kahju häastamine.

Kihlusest taganemine väga sageli toob kaasa jääle varandusliku kahju ka nn. immateriaalse ehk moraalse kahju. Kihlus kui suurel määral kõlblas vahetõde loob kihlatute vahel misa läheda perekonnasõprusliku suhte, mis põhjeneb poolte vastastikusel maldusel, hines fides sponsalicia, kusjuures seltskond üldiselt sellised suhted respektiivis. Tegelikult on arusaadav, et nende suhte süüline kahjustamine ei saa jääda tähelepanuta õiguskorra poolt, kusjuures süütu poolt kaitses teatavaid vahendeid rakendatakse, mis vähemalt osaliselt aitavad häastada isiklike suhetes kannatatud kahjustusi. ¹⁶⁴⁾

Ka TSE on sellele küsimusele tähelepanu

¹⁶⁴⁾ Vrd. Leuenberger, lk. 257 jj.

pööranud, kusjuures tuleb märkida, et ta on teinud seda tunduvalt suuremal määral kui paljud tänapäeva välisriigid. ¹⁶⁵⁾

Kõrgelt TSE käsitleb moraalse kahju häastamis- ja neitsilikule kihlatud pruudile, kelle isiklik se-tukord seksuaalvabevõlla tõttu peremehega ilma tema süüta tunduvalt on halvenenud. ¹⁶⁶⁾ Siin juhul kui peremees mõjusa põhjuseta astub kihlast tagasi, võib pruut testatada au eest hageda rahulduseks peremehelt rahalist tulu ühe aasta jooksul kihluse lõpetamisest arvates.

Märkida tuleb, et selle eeskirja järgi ainult neitsilik pruut saab hageda rahalist tulu oma au eest, kusjuures on eeldatud kehtivat kihlust, kuna BGB § 1300, mis on analogue käsolevate

¹⁶⁵⁾ Grimm, lk. 127: „Ne karakterno li, čto ni v Anglo-Amerikanskom prave, ni v Francuzskom graždanskom Kodekse, ni v sovremennom Germanskom zakonodatel'stve ... ni v šveicarskom Kodekse net podobnöh pravil.“

¹⁶⁶⁾ TSE § 224; LTS omistab alaealise pruudile selkorral õiguse nõnda ülalpidamist, kuna eeldusena pole mõntar pruudi neitsilikkus. LTS § 29.

sätetega, omistab sellise õiguse igale laitmata pruudile, nõudmata tingimata pruutumist. Siin tekib tõsine kahtlus, kas sellistele pruudidele käesolevast eeskirjast on palju kasu, sest on üsna raske tõestada neitsilikkust hiljem protsessi alates. Kui seadus tahab kaitsta pruute nn. "peigmeeste" vastu, kes abiellumise võimalusega äri teevad, millise sihi vastu rüündast midagi olla ei saa, siis oleks otstarbekohasem ja õiglasem, kui selline nõudeõigus kuuluks kõikidele pruudidele, kelle isiklik seisus ei ole ilma süüta intiimsete suhete tõttu peigmehega on funduuralt halvenenud.

Tasu suuruse määrab kohus oma äranägemise järgi, arvestades niikaua peigmehe kui ka pruudi varalist seisukorda.¹⁶⁷⁾ Siinkohal tuleks järele muu eriti arvestada asjaolu, kui suurel määral pruudi väljaraated abiellumisele on kahanenud intiimsete suhete tõttu peigmehega, samuti võib tulla arvesse ka peigmehe süü suuruse kihtlusest tagasiastumisel.

Oma kõrget isikliku laadi tõttu ei ole. Tasu

167) TSE § 224 II l.

nõudmine edasi antav ega lähe üle ka pärijaile, väljaarvatud juhul kui nõudmine on juba kohtu-
lokult alustatud. ¹⁶⁸⁾

Kuigi tänapäeval üldise vaate järgi kihlatute
intüümsed suhted põhinevad au paljalt suuremal määral
kahjustarad juhul kui abielu jääb sõlmimata,
süüski võivad esineda ka juhud, kus peigmees osutub
kahjukaannatajaks pooleks. Teda arvestades on ZGB
omistanud õiguse nõuda isiklike suhete raske kahjus-
tamise korral häistamist mõlemale poolele. ¹⁶⁹⁾ Samal
seisukohal asus ka LKS. ¹⁷⁰⁾ Kuna mere 1937a. Põhi-
seadus § 21-s määrab, et abielu korraldavad seadused
augenerad abikaasade ühtsuse põhimõttele, samuti
arvestades elööeldut, poleks liigne, kui seadus piinaks
mõlemad pooled asetada võrdsesse olukorda, niipalju
kui see võimalik.

Edasi sisaldab TSE sätteid kihlatud pruudi-
ja abielulubaduse läbi ahvatletud neiu õiguste koh-
ta juhul, kui nad vastarast kooselust on jäänud

¹⁶⁸⁾ TSE § 224 III l.; samal seisukohal asuvad üldiselt
ka välisseadused - vrd. ZGB § 93; BGB § 1300;

¹⁶⁹⁾ ZGB § 93; vt. Leuenberger, lk. 263; supra § 6 b).

¹⁷⁰⁾ LKS § 342: Kui kihlatud peigmees või mõryja ennast
laulutada ei lase... siis on teisel poolel [s.o. ka peigmehel]
õigus.... ka oma teotatud au eest taru nõuda.

rasedaks, millised eskirjad suurel määral põhjenerad
BES-i vastavaile normidele.¹⁷¹⁾

Nimelt on kihlatud pruut, kui ta kooselust
peigmehega on jäänud rasedaks, õigustatud hage-
ma abielu lõlmimist ühe aasta jooksul kihluse
lõpetamisest arvates, kui mõjusad põhjused pole
vastu. Edas- lausub seadus: „Kui kolme kuu kes-
tel pärast vastavat kohtumäärust peigmees abielu
lõlmimisele ei asu, siis tunnustab kohus pruudi,
kui ta seda palub, peigmehe lahutatud abielu-
naisiks ühes kõigi viimasele kuuluvate õigustega.“¹⁷²⁾

Käsokirja säte kujutab endast erandit üldreeglit,
mille kohaselt kihlus ei anna õigust tõsta hagi-
abielu lõlmimiseks, siin aga on see võimalik.¹⁷³⁾

171) TSE seletuskiri: „Nimelt viimati mainitud eskirja-
ga (§ 225) on säilitatud senine kehtiv seadus, mis on
praktiliselt osutunud otstarbekaks ahvatletud pruudi kui
ka laste huves ning mille ärajätmiseks ei oleks ohu-
lisi põhjusi. Kehtiva seaduse eskirjal ja praktilis-
tel kadutlustel on jäetud ahvatletud neile samad
õigused nagu kihlatud pruudile (§ 226).“ Vt. BES
§ 158 ja § 159.

172) TSE § 225.

173) Vt. supra § 4 b); Erdmann I, lk. 355

Arvatavasti tuleb see pruudi õigus, nõnda kohtu-
korras abiellumist, rakendusele ikkagi siis, kui perg-
mees mõjivate põhjusteta astub kihlusest tagasi, s.o.
ei sõlmi abielu. Kui aga pruut näiteks kut-
sub peremehe loobumise abielusõlmimisest esile
oma süü läbi, siis sellist õigust pruudil ei
tohiks olla, kuigi ta on rasedaks jäänud.¹⁷⁴⁾ Vas-
tane olukord, s.o. kui kohus peaks automaatselt
kirjutama ette abielusõlmimise, kui ainult esi-
neb kihlus ja pruudi rasedus peremehest, võiks
sagedast-ebaõigetele tulemustele lähtudes õigluse
siisukohast.

Seega juhul kui peremees põhjusekult keeldub
abiellumast, teeb kohus vastava kohtumääruse, mille-
ga kohustab peremeest abielu sõlmima, kui mõ-
jivad põhjused pole vastu. See viimane kitsendus
on eriti oluline, sest tegelikult võib esineda
juhtumised, kus kohus ei saa teha peremehele

174) Grimm, lk. 122: „... прежде всего обращает на
себя внимание, что в них надо думать по простому
недосмотру, пропущено указание на то, что отказ от-
ветчика от вступления в брак должен был быть
заявлен „ без достаточной причины“.

ettekirjutist abiella sõlmimiseks. Näil. kui kohtus selgub, et perimees on juba abiellunud vabaeajal teise isikuga, siis ei saa sundida teda abielluma ka endise pruudiga. Sel juhul pruut jääb täiesti süütuks ilma kaitsest, mis talle seaduse mõtte järgi peaks kuuluma, sest kohus ilma vastava kohtumäärust tegemata, millega ta perimeest kohustab abiella sõlmima, ei saa pruuti tunnustada perimehe lahutatud abielunaiseks. Seadus räägib sõnaselgelt, et kui kolme kuu kestel pärast kohtumäärust perimees abiella ei sõlmi, alles siis võib pruut kohet meele- paluda tunnustada end perimehe lahutatud naiseks ühes kõigi vastavate õigustega.

Prof. Grimm¹⁷⁵⁾ peab otstarbekamaks mitte lahutada kohtumenetlust käesoleval juhul kahte staadiumi, vaid soovib võimaldada pruudil otseselt pöörduda kohtu poole palvega, tunnustada end perimehe lahutatud naiseks juhul kui perimees keeldub abiellumast. Sel juhul kohus enne

175) Grimm, lk. 125 j.

asja lahendamist peab pöörduma poolte poole ettepanekuga likvideerida küsimus rahulikul kokkuleppel ning alles leppelõpingu nurjumisel kohus teeb lõpliku otsuse.

Eritiselt on TSE pidades silmas kihlatute koostelust sündunud laste huvi. Nii määrab eelrõu, et lapsel on kõik seaduslikus abielus sündunud lapse õigused ja kohused ka juhul, kui lahutatud abielunaiseks tunnustamist ei järgne.¹⁷⁶⁾ Selles mõttes on kihlus oma mõjult võrdsustatud abieluga. Väärib rõõduseks märkimist, et BGB ei tunnusta sellist õigust, kuna kihlatute lapsed tunnustatakse võrdseks mitteabielulistega.¹⁷⁷⁾

dTS.-i järgi tunnustatakse premit peregahe lahutatud abielunaiseks juhul, kui peregahe keeldub abielumast ning kui kihlatute suhtest on sündunud laps, kuigi pole oluline kas hagi esitamise silmapilgul oli laps veel elus või mitte.¹⁷⁸⁾

176) TSE § 225 II l.

177) Warnerer II, lk. 502.

178) Vt. Lettlands Zivilgesetzbuch vom 28. Januar 1937 in Einzeldarstellungen I, Riga 1938, lk. 147 j.

Kõik espoolnimetatud õigused mis kuuluvad kihlatud pruudile, laieneb TSE ka võrgutatud neile. Kui räägib TSE § 226: „Kui keegi abivõtab neiu sugulastele kokkuleppimisele kindla lubadusega temaga abielluda¹⁷⁹⁾ ja neiu jääb temast naisedaks, siis on abivõtab neiu õigus samasuguses hagi kui abivõtab pruudilgi (§ 225) aasta jooksul kindla lubaduse andmise päevast arvates.“

Selle alusel neiu, kes polevad formaalselt üldse kihlatud antud isikuga, võib paluda kohut kirjutada ette võrgutajale tähta oma abiellulubadus, vastasel korral võib paluda kolme kuu möödumisel, arvates kohtumäärusest, tunnistada end võrgutaja lahutatud abielunaiseks analoogiliselt kihlatuga. Tuleb tähendada, et seadus ei määra täpsamalt aega, mille jooksul uus palve lahutatud naiseks tunnistamiseks tuleb esitada.

179) TSE seltskirj: „Viimasel juhul erandina üldreeglit loetakse kindel abiellumislubadus võrdseks kihlusega, olguki et see lubadus pole teatavaks tehtud kolmandatele isikutele ent ainult neitsilikku neiu suhtes, kes abivõtab õhviraks on langenud, nõnda et vastavate selduste äralangemisel esiki pole rakendatav.“

Süüski toob elnõu rea kitsendusi, mispubul see õigus juudub. Nii langet see õigus ära, kui hageja on suguliselt kokku elanud ka teiste isikutega, samuti kui koostaja kokkuelamise ajal veel oli alaealine ja hageja temast oli palju vanem. Leskedel ja lahutatud naistel niingust hagiõigust ei ole.

Tegelikus elus võib sama raskes osutada täendamise, kas kindel abielulubadus oli antud või mitte, kuna seadus ei nõua, et abielulubadus peaks olema teada kolmandatele. Samuti on tahtnud seadus rõhutada, et abiellumiselubadus ei tohi olla antud reservatsioonidega või üldse ebakindlal viisil.

Kuiigi moraalse kahju läätamise institutsiooni vastu ei saa olla midagi lähtudes külblast seitsmekohast, kusjuures üksikisikule võimaldatakse kaitses, kui ta ilma oma süüta on kannatanud kahju oma isikliku seimkorra halvumise läbi, süüdistab teatavasti kahtlus. Kas kõik TSE eeskirjad saavutavad positiivseid tulemusi. Tuleb arvestada asjaolu, et kuiigi käesolevad eeskirjad on väga

suurel määral võetud kehtivast õigusest, tuleb
 need rakendada tänapäeval ja tulevikus üsna tundu-
 davalt erinevas sotsiaalses ja kõlblas olukorras, võrrel-
 des selle seisundiga, milles need uskijad loodi. ümar-
 gusest kolmveerand sajandit tagasi.¹⁸⁰⁾ Edasi tuleb võtta
 arvesse seaduse sätete sotsiaalsed toimet, kuna küsi-
 mus ei seis ainult üksikisikute õiguste reguleerimi-
 ses vastavalt nende huvidele.

Selleste suurte õiguste andmine kihlatud pruudile ja abvatletud neiu-
 millised õigusi ei mää-
 ette teised tänapäeva koodexid üldiselt¹⁸¹⁾ võib
 osutada kaheteraga mõõgaks, kusjuures seda võidakse
 kurjasti tarvitada selles mõttes, et piiratakse just
 saavutada lahutatud abielunaiseks tunnustamist sihes

180) Grimm, lk. 127: "S drugoi storonõ: kak podobnoe
 položenie vešči v pereživaeemoj nami smutnoj vremja,
 kogda izmenilsja ves starõi patriarhalnõi starõi
 semeinõi žizni, kogda pokoleblenõ vse osnovnõj, reli-
 gioznõj i pravstvennõj ustõi žizni, kogda vne-
 bračnoj sožitelstvo stalo čut-li ne obōdennõm
 javleniem, - dolžno otrazitsja na sohranivšei
 tselomudriej nereste i devitse."

181) vt. supra nota 165.

kõigi sellega kaasaskäivate õiguste ja soodustustega.¹⁸²⁾
 Kõhendas kihlust käsitlevate sätetega tuleb
 veel mainida TSE § 409, mis on loodud vallas-
 laste soodustamiseks juhul kui vanemad olid kih-
 latud. Nimelt võib kohus tunnustada lapse
 abieluliseks, kui vallaslapse vanemad olid kihlatud
 ja abiellumine osutus võimatuks sihe kihlatu
 surma või abiellumisvõime kaotamise tõttu. Vas-
 tarat tunnustamise palvet võib esitada terve
 kihlatu või lapse ise.

Kõhendus palve esitanisel terve kihlatu poolt
 seab selles, et juhul kui laps on juba täis-

182) Grimm, lk. 127: „Kakoi sozdaetsja sobrazn dlja
 nih pri sravnenii svoego položenija s položeniem
 nevestō ili devitsō, ne ustojavšei v žiznennoi borbe
 i zabereveneršei, kakija poučenija i sovetō mogut
 im prepodnositsja s raznōh storon na temu
 o tom, kak legko bōlo bō im priobresti šansō
 na priobretenie položenija razvedennoi ženō, i. t. d.,
 i kak eto možet otrazitsja na osnovnōh nravst-
 vennōh ustojah ne tolko ih, a vsei okružajušči
 sredō i na svjazannom s etim obrazom deistvii ih.”

ealiseks saanud, võib tunnustamise hagi esitada
ainult lapse enda nõusolekul, kuna koo tunnus-
tamise akti läbi saadavate õigustega ja loodustustega
võib kaasas käia ka kohustus, mida lapsel kan-
da tuleb.

Pärast lapse surma võivad vastava hagi
esineda tema alanejad.