

JURIIDILINE AJAKIRI

Õ I G U S

TOIMETUS:

R. Räägo
peatoimetaja

**E. Ein, K. Grau, T. Grünthal, H. Kadari, J. Kleesment,
A.-T. Kliimann, E. Maddisoo, A. Pälvadre, K. Parts, J. Uluots**

A. Mägi
toimetuse sekretär

S I S U.

Artiklid.

Mölder, August: Kihlus	337
Rebane, Ilmar: Presidendi dekreedioiguse ulatus	360

Arutlused.

Susi, A.: Komisjonääri kriminaalvastutus	367
--	-----

Varia.

Tartu Õigusteadlaste Seltsi aasta-peakoosolek 10. juunil 1938. a.	380
---	-----

Riigikohtu tegelus.

Administratiivosakond:

Kas protestide andjad on õigustatud kaebustega esinema Patendikomitee otsuste vastu?	383
Kas see asjaolu, et maksnik tasus oma maksuvõla vabatahtlikult, vabastab teda lisaraha tasumisest, kui see vabatahtlik tasumine toimub peale seda, kui on tehtud kirjalik korraldus maksuvõla sissenõudmiseks?	383

Tsiviilosakond:

Kas peab kreditor, kes pärijate kinnitamisele eelnenud täavituse kestel päranditombu vastu esitas kohtule hagi, oma nõudluse avaldama ka veel pärijate kinnitamise menetluses?	384
Kas talu sundmüügi korral loetakse selle päraldisteks ja lähivad ostja omandiks talus olevad loomasöödatagavarad (õled ja heinad)?	384

Kihlus.

August Mölder.

I. Sissejuhatavaid märkmeid.

Et meil praegu päevakorral olev tsiviilõiguse reform töötab tuua küllaltki tähelepandavaid muudatusi ka perekonnaõiguse alal, siis ei oleks ehk huvituseta võtta lähemale vaatlusele kihluse instituut, mis Tsiviilseadustiku eelnõus¹ on nähtud ette kaugelt ulatuslikumana kui paljudes teisis tänapäeva tsiviilkoodekseis. Eriti see asjaolu, et kihlus on lahutamatult seotud kogu riiklikule ja sotsiaalsele elule nii tähtsa instituudiga, nagu seda on abielu, tingib, et kaugelki mitte tähtsusetu pole, kuidas on seadusandluses sätitud kihlusega ühenduses olevad küsimused, kuna see oluliselt mõjustab ka abielu instituuti².

Teisalt on kihlus olnud vaieldavaks instituudiks õigus-teaduses küll ka selle alati aktuaalse küsimuse tõttu, millisel määral moraalsed kohustused tuleb teha juriidiliseks kohustusiks ning seetõttu seadusandlikult varustada sanktsiooniga. Vastavalt mitmesuguseile arusaamisile ja tõekspidamisile üksikud õigussüsteemid reguleerivad kihlust ulatuse mõttes väga erinevalt, kuna mõned õigussüsteemid pole teda üldse tõmmanud oma tegevussfääri.

Kihlust, mis kuulub abieluõigusse, moodustades selle esimese osa nii mõisteliselt kui ka seadustehniliselt järjestuselt paljudes seadustikes³, võib sättida kahest seisukohast läh-

¹ Tsiviilseadustiku eelnõu on järgnevalt lühendatud TSE, kusjuures üksikute paragraafide viitamisel on mõeldud 1936. a. redaktsiooni.

² Kihluse instituut on teatavat tähelepanu leidnud ka meie juristide peres — vt. D. Grimm'i arvamus Tsiviilseadustiku eelnõu kohta, J. Vain'i artikkel „Päevalehes“ 1936. a. nr. 15.

³ Näit. Saksa tsiviilseadustik = BGB, Helveetsia tsiviilseadustik = ZGB, Soome Abieluseadus (Avioliittolaki), Läti Tsiviilseadustik = LTS, aga ka TSE.

tudes⁴. Esiteks, võib lähtuda avalikust huvist; mida õiguskord evib kihluse kui abielu ettevalmistava instituudi suhtes. Selt seisukohalt keelatakse kõik avaliku huvi vastu käivad kihlused, samuti ei võimaldata hageda abielu sõlmimist kihluse alusel, sest üldhuvi nõuab, et abielu järgneks poolte vabal tahtel. Teisalt arvestab õiguskord ka üksikisiku huvide kaitse vajadust, seepärast lubatakse vaielda eksituse, surve etc. alusel kihluse vastu. Olenevalt neist lähtekohast üksikud seadusandlused reguleerivad kihlust jällegi erinevalt.

II. Kihluse mõiste ja otstarve.

Et kihluse mõiste on teinud aegade jooksul läbi mitmeid murranguid, siis osutub universaalse ja kõigil ajal kehtiva kihluse mõiste piiritlemine üsna raskeks. Seepärast piirdume tänapäevale vastava mõiste määranguga. Ja tänapäeva õigusteaduse üldtunnustatud vaate järgi mõistetakse kihluse all kahe erinevast soost isiku vastastikust töotust tulevikus teineteisega abielu sõlmida⁵.

Termin „kihlus“ evib kaht tähendust. Nimelt mõistetakse kihluse terminiga kord kihlust kui akti, kui lepingut, kui töotust, mis abielluda kavatsejad kihlatuiks teeb — seda võiks tähendada ka sõnaga „kihlumine“ —, kuna teiselt poolt kihlus tähendab seda kestvat perekonnaõiguslikku suhet, millesse kihlujad astuvad kihlatootuse läbi⁶. Esimeses mõttes mõistame kihlust, kui räägime näit., et A ja B kihlus leiab aset sel ja sel kuupäeval, kuna teises mõttes kõneleme näit. kihluse kestusest.

⁴ H. Dittenberger, Das Verlöbniß-Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Halle 1901, lk. 2 j.

⁵ F. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II Band, II Abteilung, Berlin 1908, lk. 45. — Leopold Nathan, Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem BGB, Rostock 1902, lk. 1. — Theodor Sasse, Das Verlöbniß im Bürgerlichen Gesetzbuch, Heidelberg 1903, lk. 3. — Vrd. ka A. Cramer, Das Verlöbniß nach dem BGB, Würzburg 1902, lk. 6.

⁶ Nathan, *op. cit.*, 1 j., samas ka *nota* 2 ja 3. — Dittenberger, *op. cit.*, lk. 15. — Endemann, *op. cit.*, lk. 38 ja *nota* 6 samas. — Arthur Donig, Begriff, Voraussetzung und Wirkung des Verlöbnisses nach dem BGB, Rostock 1905, lk. 12 *nota* 1.

Püüdes leida vastust küsimusele, mis on õieti kihluse ots-
tarve, leiame ses suhtes üsna erinevaid vaateid juristide
hulgas. Ühed näevad kihluses prooviaega, mille jooksul
tuleb abielluda kavatsejail otsustada, kas asuda lõplikult abi-
elu sõlmimisele, kuna teisalt väidetakse, kihlus olevat juba
otsustatud abielu ettevalmistuse aeg⁷.

Kihluse kui katseaja teooria pooldajad on arvamisel, et
isik, kes kihluse sõlmimisega on liialt rutanud või eksinud,
on mitte ainult õigustatud, vaid isegi kohustatud abielu sõl-
mimisest loobuma, kuna seega silmanähtavalt ei saavutataks
seda kõrget eesmärki, mida nõutakse abielult ka avalikes
huves. See vaade, mis jätab küll individuaalsusele laia tege-
vusvälja, kuid madaldab kihluse tavaliseks armusuhteks, pole
vastuvõetav, sest kui vaadelda kihlust mingi prooviajana,
peab kõlblast seisukohast lähtudes eitama kihlatute omavahe-
lisi intiimseid suhteid, mis tohiks leida aset alles siis, kui
on jõutud veendumusele, et abielu on tõesti võimalik⁸.

Teise vaate pooldajad leiavad, et kihluse aeg peab moo-
dustama ülemineku kahe isiku senisest lahusolust abielulisse
koosellu ning peab ühtlasi, senikaua kui abielu sõlmimine
pole teostunud, legitimeerima kihlatute suhteid seltskonna
ees⁹. Tänapäeval kodanliku abielu sõlmimise vormi kehtides,
kus abiellumisele peab eelnema kuulutus, millise akti ja
lõpliku abielu sõlmimise vahel on lühem või pikem vahe-
aeg, võimaldab see üsna suurel määral saavutada kihluse kui
abielu ettevalmistuse aja efekte¹⁰.

Seega näeme, et kihlust kui mingit „prooviabielu“ vaa-
delda pole lubatav kõlblast seisukohast, kihlus aga kui abi-
elu ettevalmistuse aeg on tänapäeval palju oma tähtsusest
kaotanud. Teiselt poolt mitmed õigusinstituudid võimalda-

⁷ Sasse, *op. cit.*, lk. 5 jj. — Dittenberger, *op. cit.*, lk. 28 jj.
— Nathan, *op. cit.*, lk. 2 jj.

⁸ Dittenberger, *op. cit.*, lk. 28 jj. — Sasse, *op. cit.*, lk. 6 jj.

⁹ Endemann, *op. cit.*, lk. 54 nota 34. — Cramer, *op. cit.*, lk. 11
jj. — Donig, *op. cit.*, lk. 12 j.

¹⁰ Suurem tähtsus kihlusel kui abielu ettevalmistuse ajal võis olla
varemal ajastul — möödunud sajandil ja veel varemini — ning seda eriti
kõrgema seltskonna suhtes, kus abielu ettevalmistused vältasid sageli
aastaid.

vad kihluse tagajärjel kannatatud kahjude heastamist osaliselt ka teisel viisil¹¹. Seepärast ongi võimalik, et mitmed õigussüsteemid kihlust juriidilise mõistena üldse ei tunne¹².

III. Kihluse teooriad.

Raskused, mis kerkivad kihluse juriidilise olemuse selgitamisel, on toonud endaga kaasa, et paljude juristide poolt on püstitatud teooriaid, mis püüavad loogilisel viisil selgitada kihluse olemust. Erilist tähtsust omab nende vaatlus siis, kui kehtiv õigus *expressis verbis* ei anna kihluse mõistet, nagu see on ka BES-s, kus puudub kihluse legaaldefiniitsioon.

Üldiselt võib teooriaid eraldada kahte liiki. Osa juriste näeb kihluses lihtsat fakti, millega õiguskord teatud eeldustel seob õiguslikud järeldused. Teisalt aga käsitatakse kihlust kui juriidilist toimingut ja nimelt kui lepingut kihlujate vahel.

1. Kihluse faktilisuse teooriaist lihtsaim on see, mis näeb seaduse sätteis positiivseid õiglusnorme¹³. Edasi kuuluvad siia hulka vastastikuse garantiilepingu teooria¹⁴, *culpa in contrahendo* teooria ja nn. delikti-

¹¹ Vrd. *condictio causa data causa non secuta*, samuti ka alusetu rikastumise instituuti.

¹² Code civil ei puuduta üldse kihlust ega tema tagajärgi. Nii ei saa nõuda kihluse murdmise puhul kahjutasu, kui mitte ei esine asjaolud, mis lubavad eeldada delikti. Samuti leppetrahvi lubamine tunnistatakse tühi-seks. Vt. Cramer, *op. cit.*, lk. 2; Sasse, *op. cit.*, lk. 22. — Samal seisukohal olid varemas saksa partikulaarõiguses Badeni ja Breemeni seadused, tegelikult ka Preisi õigus, kuna Preisias oli kaevatav ainult notariaalne või kohtu ees sõlmitud kihlus, mis vormi aga harva silmas peeti. Vt. Dittenberger, *op. cit.*, lk. 10 j.; Endemann, *op. cit.*, lk. 42 j.

Ka ex-Vene õiguses kihlus evis vaid moraalselt tähendust. Vt. D. I. Meier, *Russkoje graždanskoje pravo*, S.-Peterburg 1910, lk. 568.

¹³ On pikematagi selge, et see teooria, kui teda üldse teooriaks nimetada, ei selgita üldse midagi, vaid põikub seletusest, sest ideaalselt iga seadus peab rajanema õiglusele. Seda väljendas juba Celsus: *Ius est ars aequi et boni*. Vt. Nathan, *op. cit.*, lk. 28. — Sasse, *op. cit.*, lk. 29.

¹⁴ Selle teooria järgi seisab kihlusetootus kokkuleppes, millega pooled lubavad vastastikku tasuda kahju, mis tekib tegelikkude suhete süülisest katkestamisest, kuid siinjuures unub hoopis asjaolu, et paljud seadused keelavad siduda kihlust leppetrahviga, mis on ju ka kahjutasu garanteerimine. Vt. Nathan, *op. cit.*, lk. 31. — Sasse, *op. cit.*, lk. 30. — Vrd. Donig, *op. cit.*, lk. 23 j.

teooria¹⁵. Kuid ükski neist teooriaist pole leidnud laiemat poolehoidu, kuna kaugelt suurem hulk juriste näeb kihluses lepingut.

2. Lepinguteooriad, mida on mitu alaliiki, on tänapäeva teadlaste hulgas üldiselt tunnustatud¹⁶, kuigi lepingu lähema kvalifitseerimise küsimuses on palju lahkuminekuid.

Vanim lepinguteooriaist vaatleb kihlust kui obligatsiooniõiguslikku eellepingut (*pactum de matrimonio contrahendo*), mis on nagu tavaline *obligatio*, kuigi tema esemeks on perekonnaõiguslik samme¹⁷. Selline arusaamine on tänapäeval kõrvale jäetud, sest valitseva arusaamise järgi obligatsiooniõigusliku kohustuse sisuks on varaliselt hinnatav samme¹⁸.

Edasi on püütud käsitada kihlust kui obligatsiooniõiguslik-perekonnaõiguslikku segalepingut, kusjuures kihlus on obligatsiooniõiguslik niivõrra, kuivõrra ta sisuks on poolte kohustus abielluda, kuna aga kihluse läbi loodud poolte isiklik vahekord (*fides sponsalicia* etc.) moodustab kihluse perekonnaõigusliku külje¹⁹. See juriidiline kaksikmoodustis kannatab eelmise teooria vea all; ka ei selgu, miks ei lubata nõuda kihlusest taganemise puhul kogu interessi, vaid ainult kantud kahju.

Läbilöönum on vaade, mille järgi kihlus on perekonnaõiguslik leping²⁰, kusjuures ühelt poolt nähakse kihluses perekonnaõiguslikku pealepingut, teiselt poolt aga

¹⁵ Deliktiteooria, mille järgi kahjutasukohustus põhineb kihlusemurdmisel kui deliktil, kummutab asjaolu, et seadustikud kihlusest taganemist deliktina ei käsitle, vaid see on jäetud vabaks. Vt. Nathan, *op. cit.*, lk. 35 jj., 74 jj. — Cramer, *op. cit.*, lk. 13 jj. — Sasse, *op. cit.*, lk. 32 jj.

¹⁶ Endemann, *op. cit.*, lk. 46. — Max Gmür, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II Band, I Abteilung, Bern 1923, lk. 14. — Otto Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II Band, Tübingen 1927, lk. 500.

¹⁷ Nathan, *op. cit.*, lk. 49. — Sasse, *op. cit.*, lk. 37 jj. — Cramer, *op. cit.*, lk. 6 vaatleb kihlust kui sünallagmaatilist lepingut.

¹⁸ Nathan, *op. cit.*, lk. 52 j. ning seal viidatud allikad; samuti BES § 2907. — Vrd. aga TSE § 1259.

¹⁹ Donig, *op. cit.*, lk. 27 jj. — Dittenberger, *op. cit.*, lk. 59 jj. — Nathan, *op. cit.*, lk. 59 jj. — Sasse, *op. cit.*, lk. 40 j.

²⁰ Varemini arvati, et leping võib olla ain. obligatsiooniõiguslik. Alles Savigny [vt. Fr. C. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, III Band, Berlin 1840, lk. 313] näitas, et leping võib esineda ka perekonnaõiguses.

eellepingut. Esimese vaate järgi pooled peavad silmas vaid kihlusvahekorda, millesse nad tahavad astuda kihlusakti läbi, kuna abielu sõlmimine asetub hoopis tagaplaanile. Tõepoolest on kihlus vaid vahend sihile jõudmiseks, mitte aga omaette otstarve ja siht²¹.

Teise vaate järgi kihluse kui eellepingu esemeks on abiellulepingu sõlmimine, mis sidet kahe toiminguga — kihluse ja abielu — vahel on raske eitada²². Kuigi ka käesolev teooria pole absoluutselt täiuslik²³, peame siiski tunnustama ta kõige sobivamaks. Selle alusel kihlus on perekonnaõiguslik eelleping, millega kaks erinevast soost isikut lubavad vastastikku tulevikus abielu sõlmida.

IV. Kihluse ajalooline areng Eestis.

Kihluse instituut Eestis on kaheldamatult esinenud juba väga kaua tagasi, igatahes ammu enne ristiusu tulekut. Seda tõestavad veel tänapäevalgi sõnad „kihelkond“, „kihlvedu“ ja „kihlus“, mis ilmselt on tuletatud ühisest vanast tüvest²⁴. Kihla ja kosja kombeid lähemalt käsitlev literatuur²⁵ sisaldab mõndagi huvitavat ka õigusajaloo alalt, kuigi palju materjali on veel käsikirjus.

Ka eestlaste juures vanima abiellumisvormina esines naise röövimine²⁶, millest on säilinud mälestusena keeles kõnekäänd, kus abiellumist nimetatakse sageli naisevõtmiseks, mis tähendab, et varemini naine vägivaldaga võeti ehk tõmmati²⁷. Sellise abiellumisvormi puhul on muidugi raske rää-

²¹ Donig, *op. cit.*, lk. 26 j. — Nathan, *op. cit.*, lk. 62 jj.

²² Sasse, *op. cit.*, lk. 48. — Endemann, *op. cit.*, lk. 56 nota 43.

²³ Gmür, *op. cit.*, lk. 16.

²⁴ On üsna kindel, et kihlus ei esinenud mitte ainult eraõigusliku, vaid ka avalik-õigusliku instituudina, kuna teatavasti kogu Vana-Eesti jagunes erilisse pindalalisesse haldusühikuisse, mida nimetati kihelkondadeks — kihlakondadeks. Kujuteldav on, et kihlalepingu sõlmimine oli ühenduses mingi pühaliku toiminguga, nagu pandi andmine jne.

²⁵ Lähemalt vt. Leopold Schroeder, *Die Hochzeitsbräuche der Esten*, Berlin 1888, lk. 10 jj.

²⁶ M. J. Eisen, *Kosjad*, Tartu 1932, lk. 2 j. — Schroeder, *op. cit.* lk. 19.

²⁷ Tõmbamise kohta Eestis leidub andmeid võrdlemisi hilisest ajast, nimelt piiskop Kieveli kirikukatsumise protokollidest XVI saj. alguses.

kida kihlusest. Kõrvuti tõmbamisega esines ka kokkuleppe-
line abielu sõlmimine, ning just naise ostmise teel²⁸.

Hilisemal ajal tähendas kihlus nn. lugemist või mõrsja-
kooli, mis toimus kirikuõpetaja ees, ning oli nagu abielu
eellepingu sõlmimine peigmehe ja mõrsja vahel, kusjuures
õpetaja eksamineeris pruutpaari pühakirja tundmises²⁹. Oli
saanud kombeks sel puhul vahetada sõrmuseid, kindaid etc.
Selline kihlus tõi endaga kaasa ka teatavaid juriidilisi taga-
järgi, kuna seeläbi abieluside esialgselt oli sõlmitud, mida
kolmandad pidid arvestama.

Täpsemalt on kihluse juriidiline struktuur fikseeritud
hilisemal ajal kirikuseadustega, eriti Vene riigi evangeeliumi-
luteri usu kirikuseadusega³⁰. Paralleelselt eelmainitud seadu-
sega tuleb arvestada vastavaid sätteid ka BES-s, alates vii-
mase kehtima panemisest.

Kihluse all LKS mõistab kihlatavate avalikku, pühalikku
ja vastastikust töötamist teineteisega abielluda, kusjuures
tema kehtivuseks on vaja, et ta kas 1) toimuks õpetaja ees
kahe meessoost tunnistaja juuresolekul sõrmuste vahetami-
sega, või 2) oleks toimetatud kodanikkude lepingute tarvis
määratud vormis³¹.

Ka ei õigusta kihlus, mis pealegi on fakultatiivne, veel
iseendast tõstma hagi abielu sõlmimiseks³², kuid erandlikult
on see võimalik, kui kihlatute vahel on leidnud aset *copula*

²⁸ Eisen, *op. cit.*, lk. 4. — Schroeder, *op. cit.*, lk. 29 jj. —
Ka rahvalaules räägitakse müüdnud mõrsjast jne.

²⁹ Nimelt pärast õnnestunud kosimist oli järgmine käik õpetaja
juurde, kes alles kosimise sanktsioneeris. Sageli toimus see laupäeval,
aga nõutav see polnud, vaid olenes õpetaja soovist. Sõideti tavaliselt
rongis, kusjuures mõrsja ja isamees istusid ühes sõidukis, peigmees mõrsja
saatjannaga teises. Tagasisõidul istusid aga mõrsja ja peigmees üheskoos.
Koju tagasi jõudnud, pühitseti kihlust tavaliselt lõbusa jooduga. Vt.
Eisen, *op. cit.*, lk. 35 jj. — Schroeder, *op. cit.*, lk. 44.

³⁰ VSK XI k., 1. j. — Järgnevalt mainitud seadus on lühendatud
LKS, kusjuures paragraafide viitamisel on mõeldud 1896. a. redaktsiooni.

³¹ LKS § 336. — Et BES § 2993 määrab, et juhul, kui seadus *expressis
verbis* ei nõua kindlat vormi, on õiguslike tehingute sõlmimine vormi-
vaba, siis see LKS-i vahetegu kihluse sõlmimise liikide vahel on juriidi-
liselt irrelevantne. Vt. Carl Erdmann, *System der Privatrechts der
Ostreeprovinzen*, I Band, Riga 1889, lk. 350.

³² Erdmann, *loc. cit.*

*carnalis*³³. Kui aga üks pool end mõjuvate põhjusteta laulatada ei lase, võib teine pool niihästi kantud varandusliku kahju kui ka teotatud au eest tasu nõuda, mis õigus kuulub nii pruudile kui ka peigmehele³⁴.

Kihlust võib lõpetada kokkuléppel, aga ka ühekülgselt on võimalik seda tühjaks tunnistada konsistooriumi kaudu seaduses üksikasjaliselt loendatud põhjusil³⁵.

V. Kihlus kehtivas õiguses.

Kehtivas õiguses kihlust käsitlevaks õiguseallikaks on BES oma vastavate sätetega, niipalju kui neid üldse on olemas. Varemajal täiendas BES-i kihluse osas üsna suurel määral LKS, eriti mis puutus kihluse sõlmimisse ja tühistamisse, samuti kahjutasu nõudmisse juhul, kui abielu jäi sõlmimata. Et nüüd LKS on oma kehtivuse minetanud, siis on BES-i sätted ilma selleta suurel määral tühikulised, mispuhul tuleb rakendusele seaduse, aga võimalik ka, et mõnel juhul õiguse analoogia. Igal juhul osutub nende lünklikkude ja nappide sätete alusel tervikliku kihluse instituudi konstrueerimine küllaltki raskeks.

Täpseid eeskirju sisaldab BES ainult kihlakinkide tagasi nõudmiseks, samuti pruudi õiguste kohta mittevarelis laadi kahjude heastamisel, ning ka laste õiguste reguleerimiseks, kes on sündinud kooselust kihlatute vahel³⁶. On mõeldav, et kihluse puhul tekkivate vahekordade lahendamisel arvesta-

³³ Sel puhul peab konsistoorium, kui ta leiab olevat mõrsja kaebuse põhjendatud, oma otsuse läbi ette kirjutama, et laulatus ette võetaks, ja kui sellest hoolimata kolme kuu jooksul abiellumist ei järgne, tunnistab konsistoorium mõrsja, ta uue sellekohase palve peale, kihlatud peigmehe lahutatud naiseks, mille alusel viimane võib oma õigusi maksma panna. Vt. LKS § 341.

³⁴ LKS § 342. — See on oma aja kohta üsna vabameelne säte, kuna siin nähtavasti eeldatakse, et ka peigmees võib kihluse läbi kannatada teatavat immateriaalset kahju. Samuti suhtub küsimusse ZGB § 93, mitte aga BGB ega TSE.

³⁵ LKS § 340. — Põhjusiks on: sundus, teise poole ebakõlblas eluviis, teiskordne kihlus, nakkushaigus, halb kohtlemine, „äravääramata põlastus“, pettus, vastaspoole usu muutus, vanemate keeld abiellu astuda, kui see seaduslikult on õigustatud (LKS § 321 alusel võib keelata lapse abielu, kui teine pool on joodik, ebakõlblas, meeletu pillaja, või on eluea, samuti kasvatuse ja hariduse vahe suur).

³⁶ BES § 129—131, 158, 159, 160, 148, 149.

takse harjumuse tõttu ka LKS-i sätteid, aga mingit normatiivset alust sel pole.

Kihluse mõiste BES-s fikseerimist pole leidnud, aga eriti hädavajaline mõiste määratlemine seadustikus ka just pole, sest ka BGB ja ZGB ei sisalda kihluse legaaldefiniitsiooni³⁷. Seepärast tuleb arvata, et selleks tuleb tarvitada õigusteoorias väljakujunenud ja üldiselt tunnustatud mõistet³⁸, nagu tehakse seda ka mainitud seaduste rakendamisel. Et 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 kolmandaile isikuile.

Kuigi seaduses ei leidu sätet, et kihlusest ei teki hagi abielu sõlmimiseks, tuleb seda siiski eeldada, sest vastupidine olukord ei oleks kokkukõlas meie õigusliku arusaamisega ja heade kommetega³⁹.

Kihlus kui tulevase abielu töötamine saab esineda ainult siis, kui on võimalik ja lubatud järgneva abielu sõlmimine, vastasel korral on kihlus kehtetu. Abielu tühisuse või vaieldavuse põhjused osutuvad ühtlasi ka kihluse tühisuse resp. vaieldavuse põhjusiks⁴⁰. Tahte puudused avaldavad mõju kihlusele, samuti kui abielule, seega eksituse, pettuse ja surve mõjul sõlmitud kihluse vastu saab vaielda.

Kihluda võivad ainult abiellumisealised⁴¹, sest poleks õiglane lugeda võimalikuks seda ka varemini, sest kihluse otsese seose tõttu abieluga on nõutav, et sellise akti sõlmimiseks pooled omaksid täielikku arusaamist oma teo ise-

³⁷ Mõnelt poolt on avaldatud arvamust, et seadustikus pole vajalik ega soovitatav üldse anda definiitsiooni. Vt. Leuenberger, *op. cit.*, lk. 218: „Definitionen gehören nicht in ein Gesetzbuch, sondern bleiben am besten der Wissenschaft überlassen.“ Siiski tuleb õiguse selguse ja täpsuse mõttes selles kahelda, mida osalt tõestab kihluse suhtes ka Saksa ja Šveitsi praksis.

³⁸ Vt. üleval II. Kihluse mõiste ja otstarve.

³⁹ Seda saab *a contrario* järeldada ka BES § 158-st. Sest kui seadus võimaldab hageda abielu sõlmimist juhul, kui esineb pruudi avatlemine suguühendusele, siis *a contrario*, kui avatlemist ei esine, langeb ära võimalus esitada hagi.

⁴⁰ Vt. ka Erdmann, *op. cit.*, lk. 354 j.

⁴¹ Kehtiva Abieluseaduse alusel abielluda ei või meesisikud enne 18. eluaastat, naisisikud enne 16. eluaastat.

loomust ja ulatusest, mis pole aga mõeldav enne abiellumise-ikka jõudmist. Ka on alaealiste suhtes nõutav vanemate nõusolek, eestkostetavate suhtes aga eestkostjate oma⁴².

Kihlus lõpeb kas poolte abiellumisega, surma läbi, *conirarius consensus*'ega või ka ühekülgse tagasiastumisega. Vastavalt sellele reguleerib BES erinevalt kihlakinkide saatust kihluse lõppemisel. Siin esineb üks arvukaist *condictio causa data causa non secuta* rakendamise juhtudest, mis antu tagasi-nõudmise alust üldiselt BES käsitleb teisel⁴³.

Kui kihlus lõpeb vastastikusel kokkuleppel või ka ühe poole taotlusel, aga ilma et kummalegi poolele saaks midagi süüks arvata, siis on kihlatuil õigus nõuda tagasi teineteisele tehtud kinke, mis õigus läheb üle ka nende pärijaile⁴⁴. Lõpeb kihlus ühe poole surmaga, siis on selle pärijail ja samuti ellujäänud poolel õigus nõuda kinke tagasi, olgu siis, et järelejäänud või surma läbi lahkunud kihlatu veel enne surma on andnud seadusliku põhjuse kihlusest taganemiseks⁴⁵. See-poolt kihlakinkide tagasinõudmine erinebki tavalisest *condictio*'st, mille sätete järgi juhul, kui eeldatud sündmus jääb täitumata juhuse läbi, ei võimaldata andjale tagasinõude õigust⁴⁶. Lõppeks, kui kihlus katkeb ühe poole süü läbi, siis on süütul poolel õigus pidada endale saadud kingid, kuid ta on õigustatud nõudma tagasi omapoolseid⁴⁷.

Eriliselt tuleb kihluse tsiviilõiguslikkude tagajärgede seast tõsta esile eksiteele viidud pruudi õigust, mille alusel juhul, kui kihlatute vahel on leidnud aset seksuaalvahekord, pruut võib tõsta hagi abielu sõlmimiseks⁴⁸. See on ilmselt vana arusaamise jäänus, mis eelneva kihluse olemasolul tunnistas abielu sõlmituks, kui kihlatute vahel leidis aset seksuaal-

⁴² Kui alaealine on kihlunud oma seadusliku esindaja nõusolekuta, jääb kihlus hõljuvasse olukorda ning tema pärastine kehtestumine oleneb hiljem esindaja poolt antud kinnitusest, kuid ka alaealine ise võib seda täisikka jõudmisel kinnitada.

⁴³ BES § 3703—3718; kihlakinkide kohta § 3706.

⁴⁴ BES § 129.

⁴⁵ BES § 130. Vt. ka Erdmann, *op. cit.*, lk. 351. Teisiti on see saksa ja šveitsi õiguses — vrd. BGB § 1301 ja ZGB § 94.

⁴⁶ BES § 3718.

⁴⁷ BES § 131. Vrd. BES § 3717.

⁴⁸ BES § 158.

suhe⁴⁹. Kui peigmees siiski kolme kuu jooksul abielusõlmimisele ei asu, tunnistab kohus pruudi, kui ta seda palub, peigmehe lahutatud abielunaiseks ühes vastavate õigustega⁵⁰. Seega pruut võib nõuda peigmehelt vajaduse korral ülalpidamist, võib kanda peigmehe perekonnanime, etc.

Sama õigus kuulub ka neitsile, kes on avateldud suguühendusele kindla lubadusega temaga abielu sõlmida, kuid see õigus langeb ära juhul, kui hageja on olnud ka teistega selliseis suhteis, samuti kui kostja polnud täisealine ning hageja oli palju vanem. Leskedel puudub üldse selline õigus⁵¹.

Kuid eespoolnimetatud õigusi saab maksma panna ainult ühe aasta jooksul, arvates esimesest vahekorra avatlejaga⁵².

Kihlatute laste kohta määrab seadus, et need võrdsustatakse abielulistega, kui järgneb hiljemini abielu vanemate vahel, või kui pruut tunnistatakse kohtulikult peigmehe lahutatud naiseks⁵³.

VI. Läti õigus.

1. jaanuaril 1938. a. jõustunud Läti tsiviilkoodeks⁵⁴, mis astus varemkehtinud kahe seadustiku — VSK X kõite, mis kehtis Läti idaosas, ja BES-i, mis kehtis lääneosas — asemele, tähendab seadusandlikult suurt edusammu, millega leidis lahenduse juba pikemat aega päevakorral olev tsiviilõiguse reform. Ei tohiks olla huvituseta vaadelda lühidalt, kuidas on lahendatud kihluse instituut meie lõunanaabri uues koodeksis, arvestades senist tsiviilõiguse ühtlust Eesti ja Läti vahel.

Kihluse kohta käivad eeskirjad leiduvad LTS-s otsekohe pärast lühikest sissejuhatavat osa (üldosa LTS teatavasti ei sisalda). Üldreeglina kihlus ka Läti koodeksi järgi ei anna

⁴⁹ Erdmann, *op. cit.*, lk. 355. Kanooniline õigus tegi vahet *sponsalia de futuro* ehk kihluse ja *sponsalia de praesenti* ehk abielu sõlmimise vahel. Vastavalt kihluse siduva jõu rõhutamisele moodustas kihlus kindla, peaaegu abielulise kooseluga sarnaneva ühenduse, mis *copula carnalis*'e läbi muutus kehtivaks abieluks, sest eeldati sel korral abiellumise tahet.

⁵⁰ Tänapäeva koodeksid üldiselt sellist õigust pruudile ei omista — näit. BGB ja ZGB.

⁵¹ BES § 158.

⁵² BES § 160.

⁵³ BES § 148; vrd. ka § 149.

⁵⁴ Läti tsiviilkoodeks (Civillikums) on järgnevalt lühendatud LTS.

õigust tõsta hagi abielu sõlmimiseks, samuti leppetrahvi lubamine on kehtetu⁵⁵. Kuid erandina ühel juhul lubab seadus tunnistada pruuti kihlatud peigmehe naiseks, kui peigmees küllaldase põhjuseta keeldub abielust, nimelt kui kihlatute kooselust on sündinud laps, oluline pole aga, kas pruut on alaealine või mitte, kas esineb avatlemine või ei, samuti pole nõutav pruudi neitsilikkus ega ka asjaolu, et laps oleks elus⁵⁶. Lahutatud naisena on pruudil võimalus hageda ülalpidamist, kanda mehe perekonnanime etc.

Kihlatu, kes keeldub abiellumisest mõjuva põhjuseta, või oma käitumisega põhjustab teise poole tagasiastumise, on kohustatud kahjutasuks. Tasumisele tulevad ainult otsest kantud kahjud, sest kihlus ei pea olema rikastumise allikaks⁵⁷. Immateriaalse kahju heastamist LTS ette ei näe.

Uudsusena esineb alaealise pruudi õigus nõuda peigmehele ülalpidamist juhul, kui nendel vahel leidis aset seksuaalsuhe ning peigmees põhjusetult keeldub abiellumisest. Eeldusena siin esineb aga asjaolu, et kihlus oleks avalikkusele teada, samuti peab ülalpidamine olema pruudile vajalik, kusjuures peigmees ei saa toetuda pruudi sugulaste kohustusele anda ülalpidamist⁵⁸.

Kihluse lõppemisel abielu mittesõlmimise tõttu peavad kihlatud andma tagasi kingid, mis neile on tehtud vastaspoole, selle vanemate või teiste isikute poolt abielusõlmimise eeldusel⁵⁹.

VII. Soome õigus.

Kihlust käsitlevaks õiguseallikaks on siin abieluseadus (Avioliittolaki), mis reguleerib vastavaid õigusi ja kohuseid § 6—9. Kõigepealt seadus annab kirjeldaval viisil kihluse

⁵⁵ LTS § 26. — Vt. B. Berent, H. Blaese, H. Ehlers, C. Schilling, T. Zimmermann, Lettlands Zivilgesetzbuch in Einzeldarstellungen, I Band, Riga 1938, lk. 139 jj.

⁵⁶ LTS § 30. — *Op. cit.*, lk. 147 jj. — M. Nurk, Läti tsiviilseadustik 1937 i. Õigus 1937. a. nr. 7, lk. 316 j. — Seega ka Läti uus koodeks pole saanud täielikult lahti vanast vaatest, mille järgi abielu eelneva kihluse olemasolul seksuaalsuhte puhul tunnistati sõlmituks. Veel laiemalt näeb ette pruudi resp. avateldud neiu õigusi meie TSE.

⁵⁷ LTS § 28. — Vt. B. Berent etc., *op. cit.*, lk. 144 jj.

⁵⁸ LTS § 29. — *Op. cit.*, lk. 146 j. — M. Nurk, *op. cit.*, lk. 316.

⁵⁹ LTS § 27. — Tavaliselt seadustikud omistavad õiguse nõuda kinke tagasi ainult kihlatuile — vrd. BGB § 1301, ZGB § 94.

mõiste, öeldes, et mees ja naine, kes on leppinud kokku teineteisega abielluda, on kihlatud ⁶⁰.

Kihluse tühistamisel võivad pooled nõuda tagasi vastastikku tehtud kingid. Kui üks kihlatuist sureb, võib ellujäänu nõuda tagasi omapoolsed kingid, kuid on õigustatud pidama endale, mis talle kingitud. Juhul, kui kinke pole enam alles, allub kohtu otsustusele, kas tuleb väärtus tasuda ⁶¹.

Varandusliku kahju heastamine on sätitud peaaegu samul põhimõtteil, nagu muiski tänapäeva koodekseis. Nii võidakse kohustada kihlatut, kes kaaluva põhjusega on taganenud kihlusest, kohtu õiglase suva alusel maksma teisele kihlatule või selle vanemaile resp. muile isikuile kahjutasu kihluse tagajärjel või kavatsetud abielu otstarbel toimunud kulutuste eest. Samasuguseks kahjutasuks on kohustatud ka kihlatu, kelle süü läbi kihlus tühistatakse. Iseloomulikuna ja erilisena esineb säte, mille järgi siis, kui kihlus tühistatakse kaaluvatel põhjustel, mida ei saa lugeda kummagi poole süüks, võidakse üht kihlatut kohustada osaliselt tasuma teise kahjusid, kui selleks on eriti mõjuvaid põhjusi ⁶².

Immateriaalse kahju hüvitamist saab pruut nõuda ainult siis, kui on leidnud aset seksuaalsuhted kihlatute vahel, ning kui pruut pole ise süüdi kihluse lõppemises. Kuigi kihlus lõpeb mehe surma läbi, võidakse naisele ikkagi määrata vastav hüvitus, kui selleks on erilisi põhjusi, kuid mitte suuremal määral kui pool mehest järelejäänud varandusest ⁶³.

VIII. Kihlus Tsiiviilseadustiku eelnõu alusel.

1. Mõiste, sõlmimine, lõppemine. Kui BES-s leiduvad kihlust käsitlevad sätted on üsna tühikulised, siis TSE eeskirjad on palju ulatuslikumad ja moodustavad ühtlase terviku. Ka TSE käsitleb kihlust fakultatiivse instituu-dina, s. o. ta võib eelneda abiellumisele, aga nõutav see pole ⁶⁴.

Vastandina mitmele välisseadusele ⁶⁵ meie TSE annab

⁶⁰ Avioliittolaki § 6 I 1.

⁶² *Lex cit.* § 7.

⁶³ *Lex cit.*, § 8. — Mõningail juhtudel võib see osutada üsna vajalikuks, mille üle otsustab kohtu suva.

⁶⁴ *Lex cit.* § 9.

⁶⁵ TSE § 219 ütleb sõnaselgelt: „Abielu sõlmimisele võib eelneda kihlus.“

⁶⁶ Näit. BGB ja ZGB ei määratle kihluse mõistet.

kihluse legaaldefiniitsiooni, ja teeb seda § 219 järgmiselt: „Kihlus on kihlajate vastastikune töötus teineteisega abielu elluda, mis nende tahtel on kolmandatele isikutele teatavaks tehtud.“ Siin tekib küsimus, mida mõistab seadus „vastastikuse töötuse“ all⁶⁷. Et kihluse puhul esineb poolte vastastikune kokkulepe tulevase abielu sõlmimise kohta, tuleb kihluses näha lepingut⁶⁸. Seda kinnitab kaudsetelt ka TSE seletuskiri, kus kihlust nimetatakse abielu eellepinguks.

Et omada seaduslikku jõudu, peab kihlus olema tehtud teatavaks kolmandaile isikuile, mis peab toimuma kihlujate tahtel⁶⁹. Seepärast ei saa lugeda seda teatavaks tegemiseks, kui keegi kuuleb küll pealt poolte vastastikust töötust ja seda ka oma tuttavaile edasi jutustab, kuid see ei toimu poolte tahtel. Tegelikus elus kihluse teadaandmine toimub väga mitmel viisil — selleks eriti korraldatud kihluspeol, kus poolte tahte koosviibijaile teatab tavaliselt üks vanemaist, siis võib see selguda kihlatute endi kõnest, edasi kuulutus- ja ajalehis ning eriliste kihlakaartide saatmisega võib selguda poolte tahe. Et aga kuulutusi ajalehes avaldada, samuti kihlakaarte trükkida ja laiali saata võib tavaliselt igaüks, siis tuleb igal konkreetjuhul veenduda selles, et teatamine toimus tõesti kihlujate soovil. Seega konstateerimine mõnel üksikul juhul, kas on tegemist kihlusega, osutub küllaltki raskeks.

Et kihluse esemeks on tulevase abielu sõlmimine, siis on päris loomulik, et nendel juhtudel, mil ei ole lubatud abielu, ei lubata ka kihlust⁷⁰, teiste sõnadega, selline kihlus on tühine. Siiski võiks olla mõeldav kihlus selliste abielutakistuste olemasolul, mis on lühiajalised ja langevad ära abielu sõlmimise ajaks. Kihlus ei või olla seotud ka tingimusega.

⁶⁷ TSE § 1261, mis annab õigustoimingute liigituse, eristab lepinguid ja töotusi, kusjuures töotuste all mõeldakse võlgniku ühepoolset tahteavaldust, lepingute all aga kahe või rohkema sellest osavõtva poolte tahtel.

⁶⁸ Vt. *supra*.

⁶⁹ TSE seletuskiri põhjendab teatamist: „Ei ole soovitatav neid tagajärgi [mis kihlus kaasa toob] siduda toiminguga, mis oleks seotud üksnes poolte teadmisega ja mille tõendamine seetõttu tooks kaasa ebasoovitavaid nähtusi ja tulemusi. Pealegi kihlus toimub juurdunud kommete kohaselt just teatavaks tegemisega kolmandatele isikutele.“

⁷⁰ TSE § 219 II 1.

Kihluse kui juriidilise toimingu sõlmimiseks on vajalik, et mõlemad pooled oleksid teovõimelised ja otsustusvõimelised⁷¹. Teovõimetu isiku poolt antud kihlusetõotus, samuti raskelt joobnu või mõõduva vaimutegevuse rikke all kannataja poolt tehtud tahteavaldus pole kehtiv kihluse puhul samuti nagu teistegi juriidiliste toimingute puhul.

Ka alaealised võivad kihluda, kuid siis on vajalik, et nad oleksid abiellumisealised⁷², samuti vajab alaealine kihluseks oma seadusliku esindaja nõusolekut⁷³.

Vastavalt kõrgelt isiklikule laadile pole mõeldav kihlumine esindaja läbi, vaid on nõutav isiklik kihluse sõlmimine. Tahe peab olema tõeline, seega tahte puudused, nagu eksitus, pettus ja surve, annavad aluse väielda kihluse vastu, sest kehtiv kihlus eeldab vastastikust tahete ühtelangemist.

Tavaliselt kihlus lõpeb abiellumisega, kuid ta võib lõppeda ka *contrarius consensus*'ega, ühe poole surma läbi või ka sel teel, et üks kihlata ühekülgsest tühistab kihluse. Samuti kaotab kihlus kehtivuse, kui kihlusele ei järgne abieliu sõlmimine hiljemalt ühe aasta kestel⁷⁴.

2. Hagi, kingid, varandusliku kahju heastamine. Kuigi kihlus on kaheldamatult juriidiline instituut, siiski leidub tema olemuses palju kõlblaid momente, mistõttu temast väljuvad kohustused on tagasihoidliku iseloomuga. Seepärast ei võimalda õiguskord neid kohustusi mitte-täitja vastu tarvitada kuigi suurel määral sundvahendeid. Moodsad seadusandlused ei võimalda tõsta hagi abieliu sõlmimiseks kihluse alusel, ammugi siis veel otsuse täitmist sunniviisiliselt⁷⁵. Hagi mittevõimaldamise põhjuseks on tänapäeval valitsev vaade, et ainult vaba, kõlbla otsuse alusel sõlmitud abieliu evib täielikku lugupidamist ja väärtust⁷⁶.

Seepärast on üsna arusaadav, et ka TSE ei luba kihluse

⁷¹ Otsustusvõimeline on isik, kel ei puudu võime aru saada oma teo iseloomust ja tähendusest või juhtida oma tegevust — vt. TSE § 31.

⁷² TSE § 213 on jäänud varemate normide juurde.

⁷³ Vt. *nota* 42.

⁷⁴ TSE § 220.

⁷⁵ Näit. BGB, ZGB. — Kesk- ja isegi uuel ajal leidis aga seadusandlusi, mis ainult ei võimaldanud hageda abieliu sõlmimist, vaid kus otsus tõepoolest viidi täide sunniviisiliselt.

⁷⁶ Endemann, *op. cit.*, lk. 63. — Jakob Leuenberger, *Das Verlöbniß im schweizerischen Recht*, Bern 1908, lk. 224 j. — Gmür, *op. cit.*, lk. 21.

alusel tõsta hagi abielu sõlmimiseks⁷⁷, sest juba kaudne surve, mis vastava hagi esitamise läbi saavutatakse, ei vastaks meie kõlblale tundele, rääkimata sellest, et sunnitud abielu poleks õnnistuseks ka sellele poolele, kes seda soovib⁷⁸.

Kokkukõlas selle põhimõttega on lubadus maksta trahvi või tagatistrahvi juhul, kui abielu sõlmimist ei järgne, tühine⁷⁹.

Kihluse kestel pooled sageli teevad teineteisele kinke. Kui kihlus lõpeb, siis tavaliselt seadused võimaldavad neid tagasi nõuda, sest põhjus, mispärast nad on tehtud, on ära langenud. TSE näeb siin ette kaks võimalust. Esiteks, kui kihlus kaotab kehtivuse vastastikusel kokkuleppel või põhjusel, mida kummalegi neist ei saa lugeda süüks, siis võivad pooled nõuda tagasi kihluse kestel teineteisele tehtud kingid. Kui kinke ei ole enam alles, siis lahendatakse asi mitteõigusstatud rikastumist reguleerivate sätete järgi. Kinkide tagasi nõudmise õigus puudub, kui kihlus lõpeb ühe kihlatu surmaga⁸⁰.

Teisiti on lugu, kui esineb teise poole süü, s. o. kui teine kihlatu astub tagasi mõjuva põhjuseta, või põhjustab teise poole tagasiastumise oma süü läbi. Siis peab süüdlane pool saadud kingid tagasi andma, kuna tal endal puudub õigus nõuda tagasi omapoolseid⁸¹.

Eedasi puutume kokku kihluse tõsisemate efektidega, mis seisavad põhjustatud varandusliku kahju tasumise kohustusel. Eeldusena esineb siingi ühe poole süüline käitumine, s. o. mõjuva põhjuseta kihluse lõpetamine või teisele poolele tagasiastumiseks küllaldase põhjuse andmine⁸². Kui aga kihlatu astub tagasi küllaldase põhjuse tõttu, siis ei ole ta kohustatud kahjusid heastama, sest seaduse mõtte järgi on pooltele antud sel puhul võimalus ühekülgselt taganeda. Otsustamine igal konkreetjuhul, kas kihlatul on mõjuvaid põhjusi tagasiastumiseks, jääb kohtu õiglase suva hooleks.

⁷⁷ TSE § 221 I 1.

⁷⁸ Sellest abielu sõlmimise vabaduse põhimõttest on TSE teinud erandi, millest hiljemini lähemalt.

⁷⁹ TSE § 221 II 1. — Juba roomlased lugesid leppetrahvi kihluse puhul *contra bonos mores*.

⁸⁰ TSE § 222.

⁸¹ TSE § 223 II 1. — ZGB võimaldab ka süüdlasel poolel nõuda tagasi omalt poolt tehtud kinke.

⁸² TSE § 223 I 1.

Ühe poole süü olemasolul peab teisele kihlatule või tema vanemaile või kolmandaile isikuile, kes on toiminud vanemate asemel, süüdlane pool tasuma kahju, mis on tekkinud sellest, et nad abiellumise ootel on teinud kulusid või võtnud enda peale kohustusi⁸³.

Peab tähendama, et tasumisele tulevad ikkagi vaid need kulud, milliseist vastaspool oleks teissuguseil asjaoludel hoidunud. Samuti tuleb tasuda kulud ainult sel määral, kui võrra nad kihluse lõppemise tõttu on muutunud otstarbetuks, sesi kihlus ei tohi olla teise poole rikastumise allikaks. Seepärast näit. kulud, mis on tekkinud esemete ostust, mida ta tavaliselt majapidamises saab edukalt kasutada, ei peaks tulema tasumisele. Tasumisele võiks aga tulla näit. korterisisustuse hind, mis pruut on soetanud üle vallalise tütarlapse jaoks tarvitamineva määra ning mille ta kihluse katkemise tõttu on sunnitud kahjuga müüma, siis edasi pulmapeo ettevalmistamiseks tehtud kulud jne.

Tegelikus elus võivad kerkida esile üsna rasketilähendatavad küsimused ühenduses kahjude heastamisega, kuid siin otsustagu kohtu õiglane suva, et hoida ära väiklasi tülisid ja asjata tungimist intiimseisse vahekorrisse⁸⁴.

Kahjutasu suuruse määramisel tuleb arvestada teataval määral ka peigmehe ja pruudi varanduslikku seisukorda, samuti olukorda, milles tulevane abielupaar oleks elanud, sest muidu on üsna raske otsustada, kas kulud vastavad olukorrale või mitte, mis kaalutlemist nõuab eelnõu.

Teisele kihlatule, mitte aga selle vanemaile resp. kolmandaile isikuile, peab süüdlane pool tasuma ka kahju, mis see on saanud selle läbi, et ta abiellumise ootel on teinud korraldusi oma vara või oma teenistusliku või ärilise seisukorra kohta⁸⁵. Selle alusel näit. kui üks kihlatu ütleb üles oma

⁸³ Nagu eelnõu sõnastusest nähtub, ei tule heastada kogu kahju, vaid ainult nn. negatiivne interest.

⁸⁴ Pole sugugi soovitatav ega vajalikki igal konkreethul kaaluda, kui võrra ta on muutunud kasutuks. Ka võivad esineda juhud, kus kihlutakse just selleks, et hiljemini teise poole kihlusest tagasiastumise korral sellest endale varanduslikku kasu hankida, toimugu see pruudi või peigmehe poolt.

⁸⁵ TSE § 223 II 1. — ZGB § 92 abstraktsem sõnastus laseb oletada, et ka teise kihlatu vanemaile ja kolmandaile isikuile tuleb kahju tasuda sel puhul.

võrdlemisi korraliku palgaga koha, kuna teise kihlatu isa poolt on talle lubatud kõrgemapalgaline koht, millest ta jääb ilma kihluse katkemisel, juhul, kui ta peab võtma vastu madalamapalgalise koha hiljemini, võib ta nõuda vahet, mis on ta endise koha palga ja uue palga vahel, mitte aga lubatud kõrge palga ja uue vahet. Juhul aga, kui kihlatu jääb hoopis kohata, võib ta nõuda vastaspoolelt kogu oma endise palga ulatuses kahju heastamist, kuid ainult juhul, kui talle ei saa ette heita küllaldase hoole puudumist uue koha otsimisel.

3. Immateriaalse kahju heastamine. Kihlus kui suurel määral kõlblas vahekord loob kihlatute vahel üsna lähedase perekonnaõigusliku suhte, mis põhineb poolte vastastikusel usaldusel (*fides sponsalicia*), mis suhteid seltskond üldiselt ka respekterib. Seepärast on arusaadav, et nende suhete süüline kahjustamine ei ole jäänud tähelepanuta õiguskorra poolt, kusjuures süütu poole kaitseks teatavaid vahendeid rakendatakse, mis aitavad heastada isiklikes suhtes kannatatud immateriaalseid kahjustusi⁸⁶. Nii tunnevad seadustikud enamuses võimalust, et kannatanu saab nõuda vastutasuks kahjustatud au eest rahalist hüvitust. Ka TSE on sellele küsimusele tähelepanu pööranud, kusjuures tuleb märkida, et ta on teinud seda tunduvalt suuremal määral kui paljud teised tänapäeva välisseadustikud⁸⁷.

Kõigepealt TSE käsitleb moraalse kahju heastamist neitsilikule kihlatud pruudile, kelle isiklik seisukord ilma tema süüta seksuaalvahekorra tõttu peigmehega tunduvalt on halvenenud. Siin juhul, kui peigmees mõjuva põhjuseta astub kihlusest tagasi, võib pruut teotatud au eest hageda rahulduseks peigmehele rahalist tasu ühe aasta jooksul kihluse lõpetamisest arvates⁸⁸.

Märkida on, et selle eeskirja järgi, mis eeldab kehtivat kihlust, ainult neitsilik pruut saab hageda rahalist tasu oma kaotatud au eest, kuna BGB § 1300, mis on analoogne käesolevate sätetega, omistab sellise õiguse igale laitmata pruudile,

⁸⁶ Vrd. Leuenberger, *op. cit.*, lk. 257 jj. — Siiski saab rahaline hüvitus olla vaid osaline, kuna kõiki moraalseid kahjusid on lihtsalt võimatu arvestada ümber rahale; samuti on selline rahaga tasumise tendents paljudel juhtudel ka kõlblalt seisukohalt küsitav.

⁸⁷ Vt. Grimm, lk. 127.

⁸⁸ TSE § 224 I l. — LTS § 29 omistab alaealisele pruudile sel korral õiguse nõuda ülalpidamist, kuna eeldusena pole nõutav pruudi neitsilikkus.

nõudmata tingimata puutumatus. Siin tekib tõsine kahtlus, kas sellistele pruutidele on käesolevast eeskirjast palju kasu, sest on üsna raske tõestada neitsilikkust hiljemini protsessi alates. Kui seadus tahab kaitseda pruuti nn. „peigmeeste“ vastu, kes abiellumise võimalusega äri teevad, mis sihi vastu iseendast midagi olla ei saa, siis oleks otstarbekohasem ja õiglasem, kui selline nõudeõigus kuuluks kõikidele pruutidele, kelle isiklik seisukord ilma süüta on tunduvalt halvenenud intiimsete suhete tõttu peigmehega.

Tasu suuruse määrab kohus oma äranägemise järgi, arvestades niihästi peigmehe kui ka pruudi varalist seisukorda⁸⁹. Siinkohal tuleks peale muu eriti arvestada asjaolu, kui suurel määral pruudi väljavaated abiellumisele on kahanenud, samuti võib tulla arvesse peigmehe süü suurus kihlusest tagasiastumisel.

Oma kõrgelt isikliku laadi tõttu ei ole tasu nõudmine edasiantav ega lähe ka üle pärijaile, välja arvatud juhul, kui nõudmine on juba kohtulikult alustatud⁹⁰.

Kuigi tänapäeval üldise vaate järgi kihlatute intiimsed suhted pruudi au palju suuremal määral kahjustavad, kui abielu jääb sõlmimata, siiski võivad esineda ka juhud, kus peigmees osutub kahjukannatajaks pooleks. Seda arvestades on ZGB omistanud mõlemale poolele õiguse nõuda isiklikkude suhete raske kahjustamise korral heastamist⁹¹. Samal vaatekohal asus varemini ka LKS⁹². Et meie 1937. a. põhiseaduse § 21 määrab, et abielu korraldavad seadused tuginevad abikaasade üheõigluseluse põhimõttele, samuti arvestades eelöeldut, poleks liigne, kui seadus püüaks mõlemad pooled asetada võrdsesse olukorda ka kihluse puhul, niipalju kui see võimalik.

Edasi sisaldab TSE sätteid kihlatud pruudi ja abielulubaduse läbi avateldud neiu õiguste kohta juhul, kui nad vastavast kooselust on jäänud rasedaks, mis eeskirjad üsna suurel määral põhinevad BES-i vastaväl normel⁹³.

⁸⁹ TSE § 224 II 1.

⁹⁰ TSE § 224 III 1. — Samal seisukohal asuvad üldiselt ka välisseadused — vrd. ZGB § 93 ja BGB § 1300.

⁹¹ ZGB § 93. — Vt. Leuenberger, *op. cit.*, lk. 263.

⁹² LKS § 342. — Vt. ka *nota* 34.

⁹³ TSE seletuskiri ütleb: „Nimelt viimatimainitud eeskirjaga (§ 225) on säilitatud senine kehtiv seadus, mis on praktiliselt osutunud otstarbe-

Nimelt on kihlatud pruut, kui ta kooselust peigmehega on jäänud rasedaks, õigustatud hagama abielu sõlmimist ühe aasta jooksul kihluse lõpetamisest arvates, kui mõjuvad põhjused pole vastu. Edasi lausub eelnõu sõna-sõnalt: „Kui kolme kuu kestel pärast vastavat kohtumäärust peigmees abielu sõlmimisele ei asu, siis tunnustab kohus pruudi, kui ta seda palub, peigmehe lahutatud abielunaiseks ühes kõigi viimasele kuuluvate õigustega⁹⁴.“

Käesolev säte kujutab erandit üldreeglist, mille kohaselt kihlus ei anna õigust tõsta lagi abielu sõlmimiseks, vastavalt põhimõttele *matrimonia libera esse debent*⁹⁵. Arvata-vasti tuleb see pruudi õigus, nõuda kohtu korras abiellu-mist, rakendusele ikkagi ainult siis, kui peigmees mõjuvate põhjusteta astub kihlusest tagasi, s. o. ei sõlmi abielu. Kui aga pruut kutsub esile peigmehe loobumise abielu sõlmi-misest oma süü läbi (näit. liiga vabade elukommetega kih-luse kestel, jämeda teotamisega jne.), siis sellist õigust pruudil ei tohiks olla, kuigi ta on jäänud rasedaks⁹⁶. Vastane olu-kord, s. o. kui kohus peaks automaatselt kirjutama ette abielu sõlmimise, kui ainult esineb kihlus ja pruudi rasedus peigmehest, mitte arvestades, et peigmehel on küllaldasi põh-jusi taganemiseks, viiks sagedasti ebaõigeile tulemusile, läh-tudes õigluse seisukohast.

Seega juhul, kui peigmees küllaldaste põhjusteta keel-dub abiellumast, teeb kohus vastava kohtumääruse, millega

kaks ahvatletud pruudi kui ka laste huves, ning mille ärajätmiseks ei leidu olulisi põhjusi. Kehtiva seaduse eeskujul ja praktilistel kaalutlus-tel on jäetud ahvatletud neiule samad õigused nagu kihlatud pruudile (§ 226).“ Vrd. BES § 158 ja 159.

⁹⁴ TSE § 225 I l. Vrd. BES § 158–160 ja LKS § 341.

⁹⁵ Aegade jooksul on abielu sõlmimise vabaduse põhimõte teinud läbi mitmeid murranguid, alates varemast rooma õigusest, kus kihlus oli kaevatav erilise *actio ex sponsu* alusel. Edasises arengus tunnistati *contra bonos mores* kitsendada abielu sõlmimise vabadust mingil viisil, kuid peagi hakkas ilmema reaktsioon. Eriti suurel määral tunnustas kihluse siduvust kanooniline õigus. Tänapäeva koodekseist BGB ja ZGB ei näe ette võima-lust, et kihluse alusel saaks hageda abielu sõlmimist, LTS võimaldab seda üsna piiratult.

⁹⁶ D. Grimmi arvamus Tsiviilseadustiku 1935. a. eelnõu kohta, lk. 122: „...prežde vsego obraštšajet na sebja vnimanije, tšto v nih nado dumat po prostomu nedosmotru, propuštšeno ukazanije na to, tšto otkaz otvettšjka ot vstuplenija v brak dolžen bõl bõt vajavljen „bez dostatotšnoi pritšinõ...“

kohustab peigmeest abielu sõlmima, kui mõjuvad põhjused pole vastu. See viimane kitsendus on eriti oluline, sest tege-
 likkuses võib esineda juhtumeid, kus kohus ei saa teha
 ettekirjutust abielu sõlmimiseks. Näit. kui kohtus selgub, et
 peigmees on juba abiellunud vaheajal teise isikuga, siis ei
 saa sundida teda abielluma ka endise pruudiga. Või on peig-
 mees jäänud vaimuhaigeks või kaotanud mingil teisel viisil
 abiellumisvõime. Sel puhul pruut jääb täiesti süütult ilma
 kaitsest, mis talle seaduse mõtte järgi peaks kuuluma, sest
 kohus ilma vastavat kohtumäärust tegemata, millega ta kohus-
 tab peigmeest abielu sõlmima, ei saa pruuti tunnistada peig-
 mehe lahutatud abielunaiseks. Seadus ütleb sõnaselgelt, et
 alles siis, kui peigmees kolme kuu jooksul abielu ei sõlmi, võib
 pruut kohut uuesti paluda tunnistada end lahutatud nai-
 seks⁹⁷ ühes vastavate õigustega, nagu ülalpidamine jne. Mui-
 dugi võib praksises tekkida üsna raskeid küsimusi, mida
 mõelda kõigi vastavate õiguste all.

Prof. Grimm peab otstarbekaks mitte lahutada kohtu-
 menetlust käesoleval juhul kahte staadiumi, vaid soovitab
 võimaldada pruudile otseselt pöörduda kohtu poole palvega,
 tunnistada end peigmehe lahutatud naiseks, juhul, kui peig-
 mees keeldub abiellumast⁹⁸. Sel puhul kohus enne asja lahen-
 damist pöörduks poolte poole ettepanekuga likvideerida küsi-
 mus sõbralikul kokkuleppel ning alles leppetoomingu nurju-
 misel teeks lõpliku otsuse⁹⁹.

Eriliselt on TSE pidanud silmas kihlatute kooselust sün-
 dinud laste huve. Nii määrab eelnõu, et sellisel lapsel on
 kõik seaduslikus abielus sündinud lapse õigused ja kohused
 ka juhul, kui lahutatud abielunaiseks tunnistamist ei järgne¹⁰⁰.

⁹⁷ Tuleb tähendada, et seadus ei määra täpsemalt aega, mille jook-
 sul uus palve lahutatud naiseks tunnistamiseks tuleb esitada.

⁹⁸ Vt. Grimm, lk. 125 j.

⁹⁹ Kuna üldiselt tänapäeval kehtib põhimõte, et *consensus facit
 nuptias*, tuleb tõsiselt kahelda sunnimomendi sissetoomise otstarbekuses abi-
 elu sõlmimise mõjustamiseks. — Vrd. Leuenberger, *op. cit.*, lk. 244:
 „Ein staatlicher Zwang zur Eingehung (Vollziehung) der versprochenen
 Ehe widerspricht nämlich nicht bloss dem Wesen der Ehe, als einer
 freiwillig zu stande gekommenen Verbindung, sondern würde für die
 zunächst Beteiligten und die Gesellschaft erfahrungsgemäss mehr Unheil
 bringen als Nutzen.“ Samuti Endemann, *op. cit.*, lk. 63.

¹⁰⁰ TSE § 225 II 1.

Selles mõttes on kihlus oma mõjult võrdsustatud abi-
eluga¹⁰¹.

Kõik eespoolnimetatud õigused, mis kuuluvad kihlatud pruudile, laiendab TSE ka võrgutatud neiule. Nii ütleb TSE § 226 järgmist: „Kui keegi ahvatleb neiu sugulisele kokkuelamisele kindla lubadusega temaga abielluda¹⁰² ja neiu jääb temast rasedaks, siis on ahvatletud neiu õigus samasuguseks hagiks kui ahvatletud pruudilgi (§ 225) aasta jooksul kindla lubaduse andmise päevast arvates.“

Selle alusel neiu¹⁰³, kes polnud formaalselt üldse kihlatud antud isikuga, võib paluda kohut kirjutada ette võrgutajale täita oma abielulubadus, ning abielu mitteteostumisel paluda tunnistada end võrgutaja lahutatud abielunaiseks analoogiliselt kihlatuga.

Siiski toob eelnõu ka kitsendusi, mispuhul see õigus puudub. Nii langeb hagiõigus ära, kui hageja on suguliselt kokku elanud ka teiste isikutega, samuti ka sel juhul, kui kostja kokkuelamise ajal veel oli alaealine ja hageja temast oli palju vanem. Leskedel ja lahutatud naistel niisugust hagiõigust ei ole¹⁰⁴.

Tegelikus elus võib osutada üsna raskeks tõendamine, kas abielulubadus oli antud või mitte, seepärast avateldud neiu õiguste teostamine võib osutada paljudel juhtudel küsitavaks ja n.-õ. „õnne asjaks“. Samuti tekitab raskusi küsimus, mida mõista „kindla abielulubaduse“ all, ning kust saadik abiellumislubadus pole enam kindel. Seepärast võib juhtuda, et „ettenägelik“ neiu saab maksuma panna oma õigusi, mitte-ettenägelik ja kogenematu aga mitte.

Ühenduses kihlust käsitlevate sätetega tuleb veel mainida TSE § 409, mis on loodud vallaslaste soodustamiseks juhul, kui vanemad olid kihlatud. Nimelt võib kohus tunnis-

¹⁰¹ Võrdluseks väärib mainimist, et BGB ei tunnusta sellist õigust, kuna kihlatute lapsed tunnistatakse võrdseiks mitteabielulistega. Vt. ka Warnerer, *op. cit.*, lk. 502.

¹⁰² TSE seletuskiri lausub: „Viimasel juhul erandina üldreeglist loetakse kindel abiellumislubadus võrdseks kihlusega, olgugi et see lubadus pole teatavaks tehtud kolmandatele isikutele, ent ainult neitsiliku neiu suhtes, kes on ahvatluse ohvriks langenud, nõnda et vastavate eelduste äralangemisel eeskiri pole rakendatav.“

¹⁰³ TSE § 226 tekstist on siiski raske järeldada, et siin oleks tegemist just neitsiliku neiuga, nagu seda väidab eelnõu seletuskiri — vt. *nota* 102.

¹⁰⁴ Vrd. BES § 159.

tada kihlatute lapse abieluliseks, kui vanemate abiellumine osutus võimatuks ühe kihlatu surma või abiellumisvõime kaotamise tõttu. Vastavat palvet võib esitada teine kihlatu või laps ise. Kui aga laps on juba täisealiseks saanud, võib tunnistamise hagi esitada ainult lapse enda nõusolekul, kuna koos tunnistamise akti läbi saadavate õigustega ja soodustustega võib kaasas käia ka kohustusi, mida laps peab kandma.

Pärast lapse surma võivad vastava hagiga esineda tema alanejad.

Vaadeldes TSE-s leiduvaid kihluse instituuti käsitlevaid sätteid, tuleb tähendada, et kahtlusi tekitavad just nn. moraalse või immateriaalse kahju heastamise kohta käivad eeskirjad, mis asjaosalisile annavad küllalt suuri õigusi. Kuigi moraalse kahju heastamise vastu ei saa olla põhimõtteliselt midagi, kusjuures isikule võimaldatakse kaitset juhul, kui ta ilma oma süüta on kannatanud kahju oma isikliku seisukorra halvenemise läbi, siiski tekib põhjendatud kahtlusi, kas kõik TSE eeskirjad saavutavad positiivseid tulemusi.

Tuleb arvestada asjaolu, et kuigi käesolevad eeskirjad on suurel määral võetud kehtivast õigusest, tuleb neid rakendada tänapäeval ja tulevikus üsna tunduvalt erinevas sotsiaalses ja kõlblas olustikus, võrreldes selle seisundiga, milles need eeskirjad loodi ümmarguselt kolmveerand sajandit tagasi¹⁰⁵. Edasi tuleb võtta arvesse seaduse sätete sotsiaalset toimet, sest küsimus ei seisa ainult üksikisikute õiguste reguleerimises vastavalt nende huvidele, vaid seadus peab pidama silmas, et ta oma eeskirjadega suurimal määral võimaldaks koondada ja rakendada kõiki jõude, ka kõlblaid, et püsiks ja areneks kokkukõlaline ühiskond.

Selliste suurte õiguste andmine kihlatud pruudile, eriti aga avateldud neiule — mis õigusi ei näe ette teised tänapäeva koodeksid üldiselt¹⁰⁶ — võib osutada kahe teraga mõõgaks,

¹⁰⁵ Seda rõhutab kujukalt G r i m m, lk. 127: „S drugoi storonõ: kak podobnoje položenije veštšei v pereživajemoje nami smutnoje vremja, kogda izmenilsja ves starõi patriarhalnõi stroi semeinoi žizni, kogda pokoleblenõ vse osnovnõje, religioznõje i nraivstvennõje ustoi žizni, kogda vnebratšnoje sožitelstvo stalo tšut li ne obõdennõm javlenijem, — dolžno otrazitsja na sohranivšei tselomudrije neveste i devitse.“

¹⁰⁶ Vt. nota 87. Pole ka põhjust arvata, et meie sotsiaalsed ja kõlblad olud erineksid niivõrra põhjalikult Saksa, Šveitsi etc. oludest, nagu see kajastub meie eelnõu võrdlemisel vastavate tsiviilkoodeksitega.

kusjuures seaduse sätteid võidakse kuritarvitada selles mõttes, et püütakse just saavutada lahutatud abielunaiseks tunnistamist ühes kõigi selle staatusega kaasaskäivate õiguste ja soodustustega. Seega aga seaduse õiglased ja kõlblad eeskirjad võivad viia just vastupidisele — kõlblale lodevusele, eriti avateldud neiule lahutatud abielunaise õiguste omistamine võib viia väljaspoolabielulise kooselu süvenemisele¹⁰⁷.

Presidendi dekreedioiguse ulatus.

Ilmar Rebane.

I. Põhiseaduse § 99 annab vabariigi presidendile õiguse Riigikogu istungjärkude vaheajal edasilükkamatu riikliku vajaduse korral anda seadusi dekreedina.

Õiguse teooria¹ tunneb kolme liiki dekreete: 1) dekreetseadusi, 2) erakorralisi dekreete ja 3) hädadekreete, õigustades neid andma üksnes Riigikogu istungjärkude vaheajal ja edasilükkamatu riikliku vajaduse korral. Otsustamine „edasilükkamatu riikliku vajaduse“ üle kuulub iseenesest vabariigi presidendi suvaõigusse, kuid legaliteedi printsiibi kehtivusel tuleb „edasilükkamatu riikliku vajaduse“ mõistet sisustada nii, et dekreediga lahendatakse erisuguseid juhtumeid, mis nõuavad kiiresti mõjuvate vahendite tarvitusele võtmist riikliku hädaseisundi tõttu, kusjuures normaalne seadusandlus jääks Riigikogu pädevusse. Dekreediandlus ei võiks kujuneda paralleelseks Riigikogu seadusandlusega².

II. Andes vabariigi presidendile õiguse anda seadusi dekreedina Põhiseadus ühtlasi piirab seda õigust: 1) ainekult ja 2) Riigikogu õiguste kaitse seisukohalt, riigi tulude ja kulude eelarve määramise asjas.

¹⁰⁷ Grimm, lk. 127: „Kakoi sozdajetsja soblazi dlja nih pri sravnenii svoego položenija s položeniem nevestõ ili devitsõ, ne¹ ustojavšei v žiznennoi borbe i zaberemenevšei, kakija poutšeniija i sovetõ mogut im prepodnossitsja s ražnõh storon na temu o tom, kak legko bõlo bõ im priobresti šansõ na priobretenije položenija razvedennoi ženõ, i. t. d., i kak eto možet otrazitsja na osnovnõh nraštvennõh ustojah ne tolko ih, a vsei okružajuštšei sredõ i na svjazannom s etim obrazom deistvii ih.“

¹ Vt. Artur-Tõeleid Kliimann, Administratiivakti teooria, Tartu, 1932, lk. 168 jj. ja seal osundatud kirjandus.

² Vrd. Artur Mägi, Arupärimise õigus, i. ERK, 1938, 3, lk. 101.

1) Põhiseaduse § 99 teise lõike p. 1—13 on tühjendavalt loendatud alad, mida üldse ei saa dekreediga korraldada, hoolimata sellest, kas nad tingivad riigi tulude ja kulude eelarveis muutusi või ei tingi, välja arvatud § 99 teises lõikes p. 12 tähendatud erand.

a) § 99 teise lõike p. 1—11 tõlgendamine ei tekita erilisi raskusi. Tuleb tähendada ainult p. 10 kohta, et riigi eelarve seaduse all tuleb mõista üldse igasugust seadust, mis käsitleb riigi eelarve koostamist, läbi vaatamist, vastuvõtmist, selle täitmist, valitsemist, krediitide kehtivust ja lisaeelarvet, lühidalt, riigieelarve koostamise ja kasutamise korda, mitte ainult Riigieelarve seadust (RT 1938, 24, 200). Sellele seisukohale jõuab mitte ainult süstemaatilisel, vaid ka grammatilisel³ ja ajaloolisel tõlgendamisel⁴.

b) Puutuvalt § 99 teise lõike p. 5 Põhiseaduses § 39 p. 7 tähendatud seadustesse, mis eraldatud presidendi dekreedioiguse alt, tuleb jõuda järeldusele, et dekreedina ei saa anda vabariigi presidendi pädevust määratlevaid seadusi, sest nimetatud seadused sisalduvadki Põhiseaduse § 39 p. 7⁵.

c) Põhiseaduse § 99 teise lõike p. 12 eraldab vabariigi presidendi dekreedioiguse alt seadused, millede alusel või-

³ Vrd. Põhiseaduse § 99 teise lõike esimene lause: „Vabariigi President ei või dekreedina kehtima panna ega muuta.“

⁴ Vrd. järgmisi sõnavõtte Rahvuskogu komisjonides:

A. Veiler: „...kuid riigi rahade kulutamise määramise õigus peab olema parlamendi käes“, II koja III komisjonis, 7. apr. 1937, prot. nr. 27.

A. Anderkopp: „Riigi eelarve seadus määrab riigi eelarvega lubatud krediitide tarvitamise korra. Kui see seadus ei ole parlamendi käsutuses, ei saa parlament olla ka riigi eelarve peremees. Eelarve seadus võib võimaldada määrata ühe ministeeriumi kuludeks paušal-summa, mida ministeeriumi juht võib tarvitada oma äranägemisel.“ II koja III komisjonis 28. apr. 1937, prot. nr. 45.

A. Mõttus: „Kui meie oma parlamendi sellest eelarvega ühenduses olevast võimkonnast välja viiksime, siis kaotaksime kõik selle, mida meie oleme kätte saada tahtnud. Ja selles mõttes, ... võetigi p. 10 sisse... Mina vaidlen... selle punkti kustutamise vastu, sest sellega meie annaksime võimaluse oma riigi eelarvet tulevikus dekreediga korraldada, ja see oleks täiesti vastuvõtmatu.“ I koja üldkomisjonis, 27. mail 1937, prot. nr. 25.

Vrd. ka Joh. Kaiv ja J. Klesment: Eesti vabariigi Põhiseadus, Tallinn, 1934, lk. 71, nota 22 ad § 60.

⁵ Vrd. sõnavõtte Rahvuskogus:

J. Klesment: „Punkt 5-dat esialgses eelnõus ei esinenud. See

dakse sõlmida lepinguid või riigile võtta kohustusi, mis tingivad sama eelarveaasta või eeltulevate eelarveaastate riigi tulude ja kulude eelarveisse uute kulusummade sissevõtmist.

Käesolev norm on saabunud kompromissina Rahvuskogu kokkukõlastamismenetluses, sest mõlemad kojad püsisid erineval redaktsioonil ja normi erineval sisul.

I koja III komisjonis oli arutlusel ettepanekuna järgmine redaktsioon: „seadusi, mis nõuavad riigi tulude ja kulude eelarveis kulude suurendamist“⁶, kuid komisjon jäi peatuma redaktsioonile: „seadusi, millega määratakse summased, mis tingivad sama eelarve või eeltulevate eelarveaastate riigi tulude ja kulude eelarvetesse uute kulusummade sissevõtmist“, kusjuures mõeldi seesuguseid kulusid, mis otseselt suurendavad eelarvet⁷ ja kusjuures sõnad „või eeltulevate eelarveaastate“ võeti juurde pärast seda, kui selgus, et kui pannakse kehtima dekreedina seadused, millega määratakse kindlaid kulusid, siis võivad vastavad kulusummad aset leida eeltulevate eelarveaastate jooksul⁸.

I koja üldkomisjonis püüti vältida seesuguste seaduste andmist dekreediga, mis broneerivad, eriti pikemaks ajaks, riigi eelarvet, näit. raudteede ehitamise seadus, millega ette 4—5 aasta peale määratakse suuremaid summased, eelkredii-

võeti siia sisse II komisjoni soovil. Kui see III komisjonis arutusel oli, siis mina ei vaielnud selle sissevõtmise vastu ega vaidle ka praegu. See võeti sisse ühenduses § 36 punkt 7-ga, milles on öeldud, et riigipea otsustab küsimusi, mis seadusega tema otsustada antud. Tähendab, peale nende ülesannete, mis põhiseaduse eelnõus otseselt ette nähtud, võib riigipeale otsustamiseks anda veel eriküsimusi. II komisjonis praktilise elu seisukohalt peeti riigipeale selle õiguse andmist tarvilikuks. Selle sisu on see, et riigipea ei või dekreedina maksma panna ega muuta sääraseid seadusi, mis tema võimupiire laiendavad, ja selles mõttes § 36 all ettenähtud õigusi suurendada.“ I koja üldkomisjonis, 27. mail 1937, prot. nr. 25.

⁶ Vt. Rahvuskogu I koja III komisjoni koosoleku protokoll 15. apr. 1937, nr. 35.

⁷ Vt. Rahvuskogu I koja III komisjoni koosoleku protokoll 20. apr. 1937, nr. 36.

⁸ Vrd. sõnavõtte Rahvuskogus:

J. Klesment: „Kui dekreediga pannakse kehtima sarnased seadused, siis on loomulik, et neis ettenähtud kulusummad ei või aset leida käesoleva eelarveaasta jooksul, kuna vastavad summad pole eelarves ette nähtud. Nende summade täitmine võiks aset leida vaid uue eelarvega.“ I koja III komisjonis, 20. apr. 1937, prot. nr. 36.

tide määramise seadused ja säärased seadused, mis eelarvega seotud⁹. Toodi ette, et parlamendi eelarveõigus oleks illusoorne, kui kõik on juba ette broneeritud, kindlustatud¹⁰. Et aga teiselt poolt väideti, et seesugune küsimuse lahendamine üldse takistab igasuguste majanduslike küsimusi käsitlevate seaduste andmist dekreedina¹¹, siis jäi küsimus lahtiseks ja alamkomisjoni ettepanekul võeti vastu redaktsioon, millega sõnad „uute kulusummade“ asendati sõnadega „uut liiki kulusummade“¹². Seega oleks võinud anda dekreedina seadusi, mis sama liiki kulusummasid eelarves suurendavad. Selle redaktsiooniga ühines ka I koda ja keeldus vastu võtmast teise koja redaktsiooni.

Rahvuskogu I koja tekkis küsimus, mida mõista „uut liiki“ kulude all. Üldaruandja J. Uluots oletas, et siin ei mõelda kulusid formaalses mõttes eelarve konstruktsiooni seisukohalt, vaid sisulises mõttes, et vältida dekreetide alusel lepingute sõlmimist, mille kohustuslikkus püsib ka pärast dekreeidi kehtivuse kaotamist¹³. Sellele lisas J. Klement, et kõik need seadused, mis broneerivad eelarvet, ei kuulu üldse andmisele dekreedina, need peavad minema Riigikogu kaudu. Küll aga võivad dekreedina andmisele tulla niisugused seadused, mis käsitlevad ühes või teises ulatuses rahalisi küsimusi, kuid ei too kaasa eelarve suurendamist. (Näiteks, kui on ette nähtud välisministeeriumi alal riigiteenijate palkadeks teatav summa, siis võib luua kusagil kutsekonsuli koha, kui selleks jätkub eelarve summadest¹⁴.)

⁹ Vrd. J. Klement'i sõnavõtt Rahvuskogu I koja üldkomisjonis, 27. mail 1937, prot. nr. 25.

¹⁰ Vrd. A. Mõttuse sõnavõtt Rahvuskogu I koja üldkomisjonis, 27. mail 1937, prot. nr. 25.

¹¹ Vrd. A. Jürmann'i sõnavõtt Rahvuskogu I koja üldkomisjonis, 27. mail 1937, prot. nr. 25:

„Punktid 10 ja 12 takistaksid igasugu majanduslike küsimuste käsitlevate seaduste, olgu need kulude suurendamise või vähendamise suunas, andmist dekreedina. Tegelik elu on aga meile näidanud, et riigi eelarve pole meile igakord võimaldanud seadustega kindlaksmääratud ülesannete täitmist.“

¹² Vrd. J. Uluotsa sõnavõtt Rahvuskogu I koja üldkomisjonis, 13. juulil 1937, prot. nr. 51.

¹³ Vt. Rahvuskogu, Esimene Koda, stenograafilised aruanded, lk. 264, J. Uluotsa sõnavõtt.

¹⁴ Vt. Rahvuskogu, Esimene Koda, stenograafilised aruanded, lk. 267 j., J. Klement'i sõnavõtt.

Eelnevast järeldub, et I koja oli eesmärgiks 1) kindlustada parlamendile eelarveõigus ja 2) lubada dekreedandlusele, riigipeale, sellest erandeid ainult eelarves olevate, sama liiki kulusummade suurendamisel.

Rahvuskogu II koja III komisjonis oli samuti ettepanekuna arutlusel järgmine redaktsioon: „seadusi, mis nõuavad tulude ja kulude eelarves kulude suurendamist“¹⁵. Selle ettepaneku põhjenduseks toodi ette, et riigipea ei võiks anda dekreete, mille täitmiseks tuleb eelarvet muuta¹⁶ ja et riigirahade kulutamise määramise õigus peab olema parlamendi käes¹⁷. Sama redaktsiooniga ühines II koja üldkomisjon, tagasi lükata I koja ettepanek. Aruandja A. A n d e r k o p p asus seisukohale, et riigipea ei saaks anda dekreete, mille kohaselt riigieelarvet seaduste ja lepingutega mitme aasta peale ette koormatakse¹⁸. Sama redaktsiooniga ühines ka II koda.

Eelnevast järeldub, et II koja oli eesmärgiks kindlustada parlamendile eelarveõigus ilma, et riigipea dekreedandlusega oleks sellest võinud teha erandeid.

Et kumbki koda jäi lõplikult oma seisukohtadele kindlaks, siis läks küsimus otsustamisele kokkukõlastamismenetluses. Eelnevast nähtub, et küsimuse tuum seisis erandite ulatuses, millede piirides lubada riigipeale dekreedandlusega kulude suurendamist riigieelarves. Küsimuse lahendus seisis kompromissi leidmises. Kompromiss saabuski, haarates p. 12-sse peale seaduse alusel sõlmitavate eraõiguslike lepingute (I koja ettepanek) ka seaduse alusel riigile võetavaid kohustusi (kompromiss), millele viitasid juba sõnavõttud II koja üldkomisjonis¹⁹.

Kokkukõlastamismenetluse alamkomisjon töötas välja küsimuse lahendamiseks ettepaneku, mis redaktsiooniliste parandustega sisaldub ka kehtivas Põhiseaduses.

Selle redaktsiooni põhjenduseks seletas üldaruandja

¹⁵ Vt. Rahvuskogu II koja III komisjoni koosoleku protokoll, 8. apr. 1937, nr. 28.

¹⁶ Vrd. A. A n d e r k o p p'i sõnavõtt Rahvuskogu II koja III komisjonis, 8. apr. 1937, prot. nr. 28.

¹⁷ Vt. *nota* 2, A. V e i l e r'i sõnavõtt.

¹⁸ Vrd. A. A n d e r k o p p'i sõnavõtt Rahvuskogu II koja üldkomisjonis, 27. mail 1937, prot. nr. 24.

¹⁹ *Ib*.

J. Uluots I kojas: Punkt 12 tahab väljendada seda, et dekreeidi kaudu ei tehtaks midagi säärast, mille kaudu riigieelarvet koormatakse järgnevaiks või veel järgnevaiks aastaiks. Dekreet kehtib seni, kuni tema kehtivus pole võetud. Kui tema kehtib, siis võib tema alusel ka teatavaid lepinguid sõlmida ja nende lepingutega koormatakse riiki nõnda, et edaspidi võib hävitada dekreeidi ennast, kuid jäävad püsima tema alusel sõlmitud lepingud. Tahetakse üldse pidurdada riigi väljaminekute ette kindlaks määramist²⁰.

Põhiseaduse § 99 teise lõike p. 12 sisustamisel tuleb pidada silmas nelja momenti.

Esiteks, ei ole sugugi vajalik, et dekreeidi alusel lepingud tuleksid igal juhul sõlmimisele või kohustused riigile võtmisele, küllalt on sellest, kui dekreet selleks annaks võimaluse.

Teiseks, on mõeldud ainult seesuguseid lepinguid või kohustusi, mis tingivad sama aasta või eeltulevate aastate riigi tulude ja kulude eelarvesse uute kulusummade sissevõtmist. On aga vastav kulu juba eelarvesse võetud, puudub aga seadus, mille alusel seda kulu toimetada, siis võib vastavat seadust anda dekreedina. Sama aasta eelarveks tuleb aga lugeda ka lisaelarvet. Sellepärast ei ole mõeldav niisugune olukord, kus dekreedina antakse seadus, mille alusel sõlmitava lepingu kulud kaetakse vastava krediitide ülekannemise Riigieelarve seaduse piirides ja ülekantud krediidi asemele nõutakse uut krediiti lisaelarvega.

Kolmandaks, uute kulusummade eelarvesse võtmise vältimise all mõeldakse seesuguseid dekreeidi alusel sõlmitud lepingust või riigile võetud kohustusest tingitud uusi kulusummasid, mille eelarvesse võtmine on paratamatu, hoolimata sellest, kas vastav dekreet, mille alusel on võidud leping sõlmida või võtta riigile kohustus, on kehtivuse kaotanud või mitte, s. t. kulusummasid, milllega riigi eelarve on broneeritud.

Neljandaks, lepingute all tuleb mõista eraõiguslikke lepinguid BES § 3105 jj. mõttes, seega lepinguid, mida haldusorganid võivad sõlmida vastava dekreeidi alusel, kuid mis edaspidi iseseisvalt ja lahus sellest dekreedist kehtivad.

²⁰ Vt. Rahvuskogu, Esimene Koda, stenograafilised aruanded, lk. 399, J. Uluotsa sõnavõtt.

Kohustuste all, mida riigile võidakse võtta, tuleb mõista seesuguseid avalikõiguslikke kohustusi, mida riik endale võtab haldusaktiga, mis toimetatud dekreedina antud seaduse alusel, s. t. milleks dekreet volitab vastavat haldusorganit. Seesuguseid haldusakte õigusteooria nimetab plurilateraalseteks haldusaktideks, s. o. üksiksobimusteks. Need plurilateraalsed aktid toimetatakse vastava seaduse resp. dekree di alusel ja need loovad õiguslikke olukordi, mida riik, seadusandlus, võib küll ühekülgselt, unilateraalselt muuta, millega ühenduses muutub ka õiguslik olukord, kuid mille tagajärel võib riigile tekkida kohustusi kolmandate isikute ees (näit. sundvõõrandus, täpselt fikseeritud toetus, näit. „Vane muise“ toetamise seadus jt.)²¹.

1) Põhiseaduse § 99 teise lõike p. 13 eraldab dekree di õiguse alt kontsessioonide, monopolide ja riigi fondide kohta käivad seadused, nimelt seadused, mis käsitlevad nende andmist, kehtimapanekut ja kasutamist, lühidalt, kõiki küsimusi, mis on seoses kontsessioonidega, monopolidega ja riigi fondidega.

Käesolev redaktsioon on saabunud I ja II koja ettepanekute ühendamisest. Nimelt I koja III komisjon eraldas dekree di õiguse alt kontsessioonide ja monopolide andmise ja kehtimapanemise kohta käivad seadused²² ja II koja III komisjon seadused, mis käsitlevad riigi fonde ja nende kasutamist²³.

Kontsessioonide ja monopolide all tuleb mõista mingisuguse riikliku ainuõiguse loovutamist kodanikele nii, et viimastel on õigus ja võimalus selle teostamiseks²⁴. Riigi fondide

²¹ Vt. Leon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome troisième, deuxième édition, Paris, 1923, lk. 404 jj.; 415 jj.; vrd. Kliimann, *op. cit.*, lk. 206 jj.; 209 jj.; Fritz Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, sechste und siebente Auflage, Tübingen, 1922, lk. 82 j.; Dr. Julius Hatschek: *Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts*, fünfte und sechste verbesserte Ausgabe, herausgegeben von Dr. Paul Kurtzig, Leipzig, 1927, lk. 57 jj.; Dr. Rudolf Herrmann Herrnritt, *Grundlehren des Verwaltungsrechtes*, Tübingen, 1921, lk. 428 jj.; Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit administratif*, Deuxième édition, Paris, 1930, lk. 285 jj.; 376 jj.

²² Vt. Rahvuskogu I koja III komisjoni koosolek, 28. apr. 1937, prot. nr. 45.

²³ Vt. Rahvuskogu II koja III komisjoni koosolek, 28. apr. 1937, prot. nr. 45.

²⁴ Vt. Kliimann, *op. cit.*, lk. 217.

legaalfinitsioon sisaldub Riigieelarve seaduses ja nende all tuleb mõista riigi eriotstarbelisi kapitale²⁵.

2) Välja arvatud alad, mis on tähendatud Põhiseaduse § 99 teises lõikes, kõik teised alad iseenesest on käsitledavad dekreediga, kuid siin on tegelikult silmas peetavad teatavaid kitsendusi Riigikogu õiguste kaitse seisukohalt riigi tulude ja kulude eelarve määramise asjas.

Esiteks, riigi eelarve ise ja aktid, mis kuuluvad Põhiseaduse järgi vastuvõtmisele Riigikogu poolt otsuste kujul, ei ole antavad ega muudetavad dekreediga. See seisukoht, mis on leidnud väljendust § 99 kolmandas lõikes, on iseenesest arusaadav, sest need alad ei saa olla üldse materiaalses mõttes seaduste aineks²⁶.

Teiseks, alad, mida võib käsitleda dekreedina, võivad tingida ja määrata ka uusi ja suuremaid kulusid, kuid neid dekreete ei saa enne võtta täitmisele, kui selleks ei ole eelarves või lisaeelarves vastavat krediiti. Seejuures on tähtsusetu, kas nende dekreetide täitmisele võtmiseks nõutakse uus krediit eelarve või lisaeelarve korras või vastava krediitide ümberpaigutamisega paragraafi või peatüki piires Riigieelarve seaduses määratud korras²⁷.

Eelnevaga ühenduses olgu aga tähendatud, et kui ühelt poolt ei saa dekreediga muuta ega kehtima panna riigi tulude ja kulude eelarvet, siis teiselt poolt ei saa Riigikogu vähendada riigieelarve ettepanekuis sisalduvaid kulusid, mis määratud § 99 teise lõike piires antud dekreediga²⁸. Vastavate kulude vältimiseks tuleb Riigikogul muuta dekreet.

Arutlused.

Komisjonääri kriminaalvastutus.

A. Susi.

On väljaspool kahtlust, et komisjonäär oma talitusviisiga võib komitendi suhtes eksida Kriminaalseadustiku normide vastu, mis kõnelevad võõra vara omastamisest või rais-

²⁵ Vt. RT 1938, 24, 200, § 11.

²⁶ Vrd. Kliimann, *op. cit.*, lk. 167; A.-T. Kliimann, Üleminekuaja konstutsionaalseid akte, i. Õigus 1933, 9, lk. 403.

²⁷ Vrd. *lex cit.*, § 30, 28.

²⁸ Vt. *nota* 14.

kamisest. Järgnevates ridades ei taheta aga võtta vaatlu-
sele kõiki komisjonääri võimalikke komistusi nende nor-
mide otsa, vaid tahetakse peatuda ühe eriküsimuse juures,
milles seni veel selgus puudub. Ja see küsimus on järgmine:
kas on võõra vara kriminaalselt karistatava
omastamise või raiskamise tunnuseid komis-
jonääri teos, kes jätab komitendile üle and-
mata komisjonikauba müügist raha.

Peab ütleva, et meie õigusteadlaste peres ja kohtuprak-
sises ei valitse ses küsimuses üksmeel. Kui oma väljakuu-
lutatud otsuses 1926. a. nr. 77 Riigikohtu krim. osakond
asus lühisõnalisele seisukohale, et 1910. a. novelli põhjal
komisjonilepingu kohta komisjonääri ja komitendi vahel on
vaid tsiviilvahekord ja tühistas seepärast rahukogu otsuse,
millega komisjonäär süüdi mõisteti, siis hiljemini on Riigi-
kohus oma seisukohta muutnud (vt. näit. RkhK toim. 1934,
nr. 223, ära toodud „Õiguses“ 1934, nr. 8, lk. 384). Neid
lahkarvamusi peegeldub ka V. Issajevi põhjalikus ja rik-
kaliku materjaliga tutvumisele rajanevas artiklis „Komisjo-
nääri kriminaalkohtulik vastutus“ („Õigus“ 1933, nr. 10).
V. Issajev jõuab ses artiklis komisjonääri kriminaalvas-
tutuse küsimuses jaatavale seisukohale, nagu Riigikohtu
krim. osakondki oma mainitud 1934. a. otsuses.

Need jaatavad seisukohad lähevad lahku neist seisukoh-
tadest, mis olid välja kujunenud veneaegses kohtupraksises
ja vene teoreetikutel, kellede mõttekäik viis neid järeldustele,
millele jõudis ka meie Riigikohus oma mainitud 1926. a.
otsuses, nimelt, et ka ülesseatud küsimuses valitseb komitendi
ja komisjonääri vahel vaid „tsiviilvahekord“. Peab aga tähen-
dama, et need lahkuminekul on tingitud mitte eestiaegsest
uuest seadusandlusest, mis oleks rajanenud vene omast eri-
nevaile põhimõttele, vaid samade seaduste teisistamisest
tõlgendusest, kusjuures leitakse, et tõlgendus, mis valit-
ses endises Venes, ei olevat kokkukõlas seaduse õige mõttega.

Alljärgnevalt tehakse katset selle küsimuse analüüsimi-
seks, et kaasa aidata seaduste õige mõtte ja sisu selgitamisele.

Küsimuse otsustamisel, kas komisjonääri ülalkirjeldatud
teos on süüteo koosseisu või mitte, on otsustava tähtsusega
vastuse leidmine teisele küsimusele, nimelt: kellele kuulub
kehtivate seaduste järgi raha, mis komisjonäär saab kolman-
dale isikule müüdud komisjonikauba eest, kas komitendile

või komisjonäärile? Kui selle raha omanikuks on komitent ja see raha seega komisjonäärile on võõras, mis tema kätte vaid usaldatud, siis selle raha mitte-edasiandmise puhul komitendile on komisjonääri talitusviisis kriminaalselt karistatava omastamise süüteo koosseis. Kui aga see raha kuulub komisjonäärile, siis ei saa olla süüdistust omastamises, sest omastada või raisata KrS mõttes võib vaid võõrast, mitte aga oma vara.

Selle omandusküsimuse otsustamisel, mis oma iseloomult on puhtakujuline tsiviilõiguslik küsimus, on esijoones mõõtuandev 1910. a. novell kaubandusliku komisjonilepingu kohta (VSKK 1910. a. nr. 69, art. 688), mis kodifitseeriti Vene Kaubandusseadustikku § 54¹⁻²⁵ all ja on kehtiv ka meil. Peale selle tuleb abiallikana kohaldamisele meil kehtiv konkursikord, eriti TKS § 1899 lisana kehtima pandud ajutised reeglid maksujõuetuse asjade menetluse kohta. Komitendi ja komisjonääri vahekorra selgitamisel võivad tulla kohaldamisele kitsas ulatuses ka BES normid, mis käsitlevad volitus- (mandaat-) vahekorda (§ 4363 jj.). Peavad aga jääma kõrvale, ka veneaegse kohtupraksise tõlgendamisel, veneaegse Nuhtlusseaduse § 1193¹, Kaub. sead. § 42 ja 46, sest 1) need §-d on pärit ajajärgust, kus komisjonääri mõiste oli nii kohtupraksises kui ka seadustes täiesti tume², 2) main. § 1193 kõneleb mitmesugustest süütegudest, kuid mitte omastamisest, 3) § 1193 on meil kehtetu KrS jõustumisega, Kaub. seadustiku § 42 ja 46 võivad olla kehtivad ainult sel määral, kuivõrra nad vastuolus ei ole Kaub. sead. § 54¹⁻²⁵ sätetega. Peale selle peab veel tähendama, et 1910. a. novelli tõlgendamisel ja mõistmisel ei saa täiesti kõrvale heita neid

¹ Vt. V. Issajevi main. artikkel, lk. 439.

² Kaubandusseadustiku § 42: „Igasugune kaupmeeste volitus volinikele, äriteenijaile ja komisjonääridele peab olema kirjutatud seatud korras (§ 36 ja 37) ja alla kirjutatud volitaja või seks volitatu poolt.“ Sama seaduse § 46 määrab, et eelmise peatüki reeglid äriteenijate kohta, aruannete, kaupade säilitamise ja peremehe huvide silmaspidamise jne. suhtes, laienevad ühtlasi ka neile, keda kaupmehed volitavad volitusega kauplemiseks ja äriasjade juhtimiseks, kuigi need oleksid komisjonäärid. Vene kaubandusõiguslikud seadusnormid ei tõmmanud seega selget vahejoont hariliku voliniku ja äriteenija ning komisjonääri vahele, samuti nagu ei teinud seda ka Vene Tsiviilseadustik. Tänu vene kohtupraksisele ja õigusteaduslikule teooriale kujunes aga Venes veel enne 1910. a. novelli ajakohane ja Lääne mõistetega üldjoontes kokkukõlastatud normistik komisjoniinstituudi kohta.

seisukohti, mis olid Venes välja kujunenud nii kohtupraksises kui ka teoreetikute juures enne selle novelli ilmumist, sest mõningate eranditega see novell peaaegu tervikuna, eriti aga meid huvitavas küsimuses, kujutab kokkuvõtet neist tege-
likkuses väljakujunenud seisukohtadest ja annab neile vaid seaduse kuju. Neil seisukohtadel on seda enam tähtsust, et Vene kohtupraksis kujundas komisjoniinstituudi peamiselt Saksa kaubandusõiguse eeskujul ja ka 1910. a. novelli koostamisel oli Saksa kaubandusõigus esijoones teenäitajaks.

Komisjonääriks on novelli järgi isik, kes võtab enesele kaubanduslike tehingute sõlmimise omal nimel, kuid komitendi arvel (Kaub. sead. § 54¹). Selles definitsoonis, mis on analoogiline teiste maade kaubandusseadustikkude omadega³, ilmneb selgesti komisjonääri kahepalgeline olemus. Ta on kui muistne kahe näoga Janus, kelle üks nägu on pööratud komitendi, teine oma kontrahendi — kolmanda isiku poole. Ta on seega vahemeheks komitendi ja selle kolmanda isiku vahel, kellega komitent vahenditult kas ei taha või ei saa astuda tehinguisse.

Vahekorras selle kolmanda isikuga on komisjonäär ise-
seisvalt teotsöv subjekt, kes omandab kõik sellest lepingust kolmanda isikuga tulevad õigused ja kes on ainuüksi vastutav selle kolmanda isiku ees lepingu täitmise eest. Ta ei esine mitte komitendi volinikuna ja kolmas isik, kes astub tehingusse komisjonääriga, tavaliselt ei tea midagi komitendist, kelle isik teda ei huvitagi.

Omas vahekorras komitendiga on aga komisjonäär viimase volinik, kes teostab viimaselt saadud ülesannet ja teotseb ta huvides ja kasuks ning tema juhtnõõride järgi. Määrab ju novell sõnaselgelt, et „endale võetud ülesande on komisjonäär kohustatud sooritama kokkukõlas komitendi juhtnõõridega“ (§ 54³), et oma ülesande peab ta sooritama komitendile võimalikult kasulikkudel tingimustel (§ 54⁴), et ta peab esildama komitendile aruande ja temale üle andma kõik, mis viimane on õigustatud saama (§ 54⁵). Komisjonääri kui voliniku õiguslik staatus järgneb ka BES normidest (§ 4363 jj.) ja ta voliniku funktsioon on leidnud tunnustust ka Baltimaade kohtupraksises (vrd. Zwingmann IV, nr. 652).

³ Vrd. HGB § 383, Ungari Kaub. sead. § 368, Itaalia kaub. s. § 380 jt.

Kuid see komitendi ja komisjonääri vaheline volitus-vahekord ei tähenda mitte, et seda vahekorda peab ja võibki määratella vaid tsiviilseadustiku üldnormide alusel volitus-vahekorra kohta. Niisugune seisukoht viib meid paratamata järeldustele, mis on vastuolus komisjoni-vahekorra iseloomuga ja ka sel alal kehtivate seadustega. Tuleb nimelt silmas pidada, et kui BES sätted üldnormidena tulevadki vahel kohaldamisele komisjonivahekorra selgitamisel, siis subsidiaarse õigusallikana, kuivõrra on nad kokkukõlas Kaub. sead. § 54¹⁻²⁵ normidega ja kuivõrra nad aitavad selgitada ja tõlgendada süstemaatiliselt viimaseid. Sest Kaub. sead. § 54¹⁻²⁵ kui *lex specialis*, mis just selleks ongi kehtima pandud, et korraldada ja normida komisjoni-instituuti, peab tulema esijoonel rakendamisele komisjoni-vahekorraga seotud küsimuste otsustamisel ja ainult siis, kui see 1910. a. novell ei lahenda mõnd küsimust, võib kõne alla tulla tsiviilõiguslike üldnormide kohaldamine. Ja eriti just käesoleva artikli esemeks oleva küsimuse otsustamisel on vajalik ettevaatus tsiviilõiguslike üldnormide kohaldamisel, sest kuigi komitendi ja komisjonääri vahekord jääb suurtes joontes volitusvahekorraks, nagu seda tunnustavad ka kõik kommentaatorid, on komisjonäär siiski volinik *sui generis*, oma *differentia specifica*ga ja 1910. a. novell rajaneb just selles küsimuses BES omadest erinevaile põhimõtetele, nagu teevad seda ka teiste maade seadused ja nagu see näib olevat möödapääsematu komisjonivahekorra õigel ja elunõuetele vastaval normimisel.

Nagu tähendatud, sõlmib komisjonäär kolmanda isikuga lepingud omal nimel, esinedes iseseisva kontrahendina, mitte aga komitendi volinikuna. See komisjonääri iseseisvus leiab erilist rõhutamist § 54², millele vastavat ei leidu näit. Saksa Kaubandusseadustikus: „Komisjonääri lepingu järgi kolmanda isikuga on kontrahendiks komisjonäär, mitte komitent, isegi kui viimane oleks olnud nimetatud või astunud kolmanda isikuga vahenditusse läbikäimisse lepingu sooritamise pärast, mis sõlmiti tema ja komisjonääri vahel.“

Peaks olema selge, et vahekorras selle kolmanda isikuga on kontrahendiks komisjonäär, mitte aga komitent. Viimane ei saa kontrahendiks selles lepingus isegi siis mitte, kui ta vahenditult kolmanda isikuga kokku lepib selle

lepingu sooritamiskihti kohta, näit. komisjonääri poolt tema kasuks ostetud kauba kättetoimetamise kohta. Ja kui kontrahendiks on komisjonäär, siis loomulikult kuuluvad temale ka kõik sellest lepingust tulenevad õigused ja temal lasuvad ka sellest lepingust järgnevad kohustused, mõistagi, kuivõrra seadus sõnaselgelt teisiti ei määra (näit. § 54¹⁷). Komisjonäär, ja mitte komitent, on õigustatud nõudma näit. müüglepingu järgi ostuhinna tasumist; temalt, ja mitte komitentilt, on kolmas isik õigustatud nõudma lepingu täitmist, näit. müüdüd kauba kohaletoimetamist, samuti kahjutasu lepingu mittetäitmise puhul. Komitent seevastu ei saa esineda nõudmisega kolmanda isiku vastu tehingu alusel, mis sõlmiti komisjonääri poolt, ja isegi sel korral mitte, kui see kolmas isik teadis lepingu sõlmimisel komisjonääriga komitendi isikut või kui komitent temaga astus vahenditusse vahekorda lepingu täitmise pärast § 54² korras.

Volitusvahekorra juures on voliniku poolt kolmanda isikuga sõlmitud lepingu õiguslikud tagajärjed hoopis teissugused. Voliniku poolt sõlmitud lepingu järgi on kontrahendiks volitaja ise ja viimasele lähevad lepingu sõlmimisega automaatselt üle kõik lepingust järgnevad õigused ja kohused. Tema on algusest peale nende õiguste ja kohustuste subjekt, kuna volinikule ei järgne isiklikult sellest lepingust mingeid õigusi ega kohustusi.

Peab ütleva, et Saksa Kaubandusseadustiku järgi ei ole komisjonääri seisukoht nii selge, sest selles seadustikus leidub § 392 all norm, mille sarnast Vene 1910. a. novellis ei leidu. See norm on järgmine: „Forderungen aus einem Geschäft, das der Kommissionär abgeschlossen, kann der Kommitent dem Schuldner gegenüber erst nach Abtretung geltend machen. Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind im Verhältnis zwischen dem Kommitenten und dem Kommissionären und dessen Gläubigern, als Forderungen des Kommitenten.“ See § tunnistab seega komitendi omaks kõik nõudmised, mis järgnevad komisjonääri ja kolmanda isiku vahel sõlmitud lepingust, ja seda mitte ainult komitendi ja komisjonääri vahekorras, vaid koguni komisjonääri ja selle kreditoride vahel. Saksa kohtupraktises ja teoorias on see norm tekitanud palju poleemikat

ja pikki arutlusi, nagu nähtub näit. Staub'i kommentaaridest selle §-i juurde. Muu hulgas on tekkinud ühenduses selle §-ga mitmeid seisukohti küsimuses, kellele kuulub raha, mis komisjonäär sai müüdud komisjoni kaubast, kusjuures Staub'i kommentaarides (§ 383 all) väidetakse, et see on iga kord fakti küsimus. Vene 1910. a. novell, mis on kahtlemata uuem ja moodsam HGB-st ja mis pealegi välja võrsus tegeliku elu kogemustest ja on omasugune kokkuvõtte juba kujunenud korrast, ei sisalda sätet, mis oleks analoogiline HGB § 393 lõplõikega. Mõistagi ei saa siin eeldada unustust või hooletust seaduseandja poolt, vaid peab järeldama, et seaduseandja kontseptsioon ja mõttekäik ei võimaldanud niisuguse normi paigutamist seadusse, sest ta võimaldab väärtõlgendusi ega soodusta komitendi ja komisjonääri vahekorra selgitamist.

Selleks, et komitent saaks ise teostada kolmanda isiku vastu õigusi, mis järgnevad komisjonääri tehingust selle kolmanda isikuga, peab komisjonäär need oma õigused edasi andma, tsedeerima komitendile⁴. Et aga keh-tiva Tsiviilseadustiku põhjal õigusi võib edasi anda vaid nende omanik (BES § 3461, 707, 872 jt.), siis peab jõudma järeldusele, et ka tsiviilõiguslike üldnormide seisukohalt kuulub omandiõigus neile õigustele komisjonäärile, kuni ta neid edasi andnud ei ole. Ja siin peitub teine oluline vahe komisjoni- ja volitusvahekorra vahel. Volitusvahekorra puhul niisuguste õiguste edasiandmist ei ole vaja ette võtta, sest volitaja omandab kõik tehingust järgnevad õigused vahenditult voliniku poolt lepingu sõlmimise hetkest.

See nõudmiste edasiandmise vajadus komisjonivahekorra juures on leidnud erilist rõhutamist 1910. a. novellis ja nimelt selle § 54¹⁹, mille algause kõlab järgmiselt: „Komitent on õigustatud nõudma nende komisjonääri nõudmiste edasiandmist komitendi arvel sõlmitud tehingute järgi, millede järgi komitent ei ole veel saanud seda, mis temal saada on.“ Sellest seadusnormist järgneb, et 1) komitent on õigustatud nõudma komisjonäärilt, et see temale edasi annaks ses §-s tähendatud õigused ja nõudmised, 2) et komisjonäär on

⁴ Vt. Novõi entsiklopeditšeski slovar. A. Goichbarg'i kirjutis „Kommisionnaja sdelka“.

kohustatud neid nõudmisi komitendi'le edasi andma, kui viimane seda nõuab, 3) et seega nende õiguste komitendile ülemineku eelduseks on viimase tahteavaldus, ja 4) komitent võib nõuda üleandmist üksnes siis, kui tema ei ole veel kätte saanud seda, mis temale kuulub; seega, kui komisjonäär on komitendi juba rahuldanud, enne kui ta ise oli kolmandalt isikult kätte saanud temale kuuluva, siis ei saa juttu olla komisjonääri nõudmiste edasiandmisest komitendile ainuüksi viimase tahtel. Ühtlasi järgneb aga sellest sättest, et komisjonääri nõudmised kolmandate isikute vastu ka ta vahekorras komitendiga kuuluvad algusest peale temale, mitte aga komitendile, ja kui viimane ongi õigustatud nõudma nende edasiandmist temale, siiski tekib komitendile omandiõigus neile nõudmistele ainult edasiandmise, *cessio* hetkel. Sealjuures ei ole tähtis, et komisjonäär ses seadusnormis tähendatud tingimusil ei ole õigustatud vastu vaidlema komitendi nõudmisele selle edasiande kohta. Ouline on seevastu, et vaid *cessio* viib omandiõiguse üle komitendile ja kuni selle *cessio*'ni (võib-olla koguni kuni sellekohase nõudmise esitamiseni komisjonäärile komitendi poolt) kuuluvad need nõudmised komisjonäärile.

Ei ole tähtsusetu märkida veel ka seda, et mainitud *cessio* eelduseks on komitendi tahteavaldus, nõusolek, ja et ilma niisuguse tahteavalduseta või nõusolekuta ei saa olla *cessio*'t. Järelikult, kui komisjonäär soovib neid oma õigusi edasi anda komitendile, viimane aga ei nõustu sellega, siis ei lähe need õigused üle komitendile ja komisjonääril puudub võimalus neid nõudmisi komitendile edasi anda. Sellest järgneb omakord, et kui vahekorras komitendi ja komisjonääri vahel viimase nõudmised kolmandate isikute vastu võivad üle minna ainult nende nõusolekul, s. t. kokkuleppe-tehingu alusel, siis seaduse mõtte järgi ka selle vahekorra piirides ei saa eeldada nende nõudmiste kuulumist komitendile.

Ei tohiks olla kahtlust, et 1910. a. novell lähtub komitendi ja komisjonääri vahekorra kujundamisel eeldusest, et komisjonääri ja kolmanda isiku vahelisest tehingust tulevad õigused ja kohustused kuuluvad komisjonäärile, mitte komitendile. Ja et need õigused kuuluvad komisjonäärile, siis on ta õigustatud neid edasi andma võõrastele, ka mitte komitendi'le, ja komis-

jonääri kreditorid on õigustatud pöörama neile oma sissenõudmised⁵.

Niisiis, kui pidada komisjonääri vahekorda oma kontrahendiga — kolmanda isikuga — „väliseks küljeks“ ja ta vahekorda komitendiga „sisemiseks küljeks“⁶, siis ei saa ometi kuidagi mitte väita, et komitendi ja komisjonääri vahekorra otsustamisel oleks täiesti tähtsusetu see „väline külg“. Just selles seisnebki komisjonääri kahepalgelisuse iseärasus, et „väline külg“ ja sellest järgnevad õigused piiravad „seesmist külge“ ja modifitseerivad komitendi ja komisjonääri vahelist volitusvahekorda sel määral, et volitusvahekorra üldnormid, eriti just meid käesolevas artiklis huvitavas küsimuses, ei tule enam kohaldamisele. See „väline külg“, see komisjonääri õigus astuda tehinguisse kolmanda isikuga iseseisvalt ja omal nimel, ühes õiguste ja kohustuste omandamisega nende tehingute tagajärjena, on integraalne, essentsiaalne osa ka „seesmises vahekorras“ komitendi ja komisjonääri vahel, on komisjonääri mõiste *differentia specifica*.

Oeldust järgneb loogilise paratamatusega, et raha, mis komisjonäär on saanud oma kontrahentidelt komisjonikauba müügist, kuulub komisjonäärile, mitte komitendile. Kui nõudeõigus nende müügitehingute järgi kuulub komisjonäärile, siis loomulikult kuulub temale ka nende tehingute täitmiseks sissetulnud raha. Ja samuti kui komisjonääri nõudeõigus kolmanda isiku vastu ei lähe teisiti üle komisjonäärile, kui *cessio* teel, saab ka see raha komitendi omanduseks vaid üleandmise hetkest viimasele komisjonääri poolt.

See järeldus tuleb ka 1910. a. novelli üksikuist sät-

⁵ Vrd. A. Goichbarg, Torgovaja komissija. S. Peterburg, 1914, lk. 24 jj.: „Kommitent v prave trebovat ot komissionera ustupki jemu takih trebovanii, po kotorom on, kommitent eštše ne polutšil togō, tštō jemu pritšitajetsa (st. 54¹⁹), no razumejetsja liš do teh por, poka eti trebovanija prinadležat komissioneru. V slutšaje že ustupki ih komissionerom tretjemu litsu, hotja posledneje i znalo, tštō oni vōtekajut iz sdelok, zakljutšennōh komissionerom za stšet kommitenta, kommitent možet trebovat ot komissionera ubōtki, no ustupka (tšessija) ostajetsa v sile. Totšno takže do predjavlenija trebovanija ob ustupke ih so storonō kommitenta, ukazannōja prava trebovanija mogut služitpredmetom vsōskanija so storonō kreditorov komissionera.“

⁶ Vt. V. Issajev, *op. cit.*, lk. 433—434.

teist. Kõigepealt tuleb siin mainida selle novelli § 54¹⁷ kui esijoones mõõtuandvat, mis ütleb järgmist: „Komisjonääri korralduses olevad kaubad, nii need, mis temale saadetud komitendi poolt, kui ka need, mis ostetud viimase arvel, tunnistatakse komitendi omaks. See määrus säilitab jõu ka komisjonääri või komitendi kuulutamise korral maksuvõimetuks võlgnikuks.“ Huvitaval kombel kõneleb see § ainult kaubast, kuid ei lausu poolt sõnagi rahast, mis on saadud selle kauba müügist, samuti nagu ei ole juttu sellest rahast ka teistes §-des. Miks? Kas ka ainult seaduseandja tähelepanematuse või unustuse pärast? Küll vist mitte unustuse ega ka tähelepanematuse pärast, vaid nähtavasti sellepärast, et sellesse süsteemi, mis on võetud 1910. a. novelli aluseks, ei mahu põhimõte, et komisjonikauba müügist saadud raha kuulub igal juhul komitendile. See oleks loogilises vastuolus ülaltähendatud põhimõtetega komisjonivahekorra seemise ja välise külje kohta. Ja teadupärast ei leidu ka teiste maade kaubandusseadustikes normi, mis tunnistaks selle raha komitendi omanduseks. Samuti on selge, et kui seaduseandja oleks tahtnud ka raha tunnistada sõnaselgelt komitendi omanduseks, siis poleks selleks olnud vormitehnilisi raskusi. Kui aga seaduseandja seda siiski ei teinud, siis ei saa seadusse „sisse tõlgendada“ mõtteid ja norme, mida seaduseandja ilmselt polnud soovinud.

Samale järeldusele peame tulema ka novelli § 54¹⁹ analüüsimisel. Selle §-i algause on tsiteeritud, ta lõpplause kõlab järgmiselt: „Komisjonääri maksuvõimetuks kuulutamise korral säilitab komitent tähendatud õiguse (vt. selle §-i algause ülalpool) ja peale selle antakse temale edasi kolmandate isikute maksud mainitud tehingute järgi, mis tulevad konkursitompu pärast maksuvõimetuse kuulutast, kusjuures komitendilt peetakse kinni summad, mis tähendatud § 54²¹,“ s. o. komisjonitasu kulud jne. Kokkukõlas Kaub. sead. § 54¹⁹ ja ka § 54¹⁷ on korraldatud ka asjade ja summade eraldamine konkursitombust (TKS lisa § 1899 juurde, art. 20—22). Mainitud § 54¹⁹ järgneb, et eraldamisele konkursitombust komitendi kasuks kuuluvad ainult need summad, mis ei ole enne maksuvõimetuks tunnistamist komisjonäärile veel kätte tulnud. Kui aga komisjonäär on need summad juba kätte saanud ja need seega tulnud tema valdusse, siis ei ole enam komitendil nende eraldamise

nõudmise õigust, sest need summad muutuvad komisjonääri varandusliku massi lahutamatuks osaks, kuuluvad komisjonäärile ja komitent võib rahuldust saada, osa võttes konkursist üldistel alustel (TKS § 1899 lisa art. 21 p. 3). On huvitav siinjuures tsiteerida Vene Riiginõukogu erilise komisjoni arvamust ses küsimuses. Nimelt arvas see komisjon: „Püstitades reegli, et komisjonivara kui komitentidele kuuluv vara peab eraldatama konkursitombust ja tagasi antama kuuluvuse järgi, seadus ilmselt peab ette nägema ka juhu, kui seda vara eraldamise nõudmise esildamise ajaks ei ole konkursitombust, vaid ta läks kolmandatesse kätte. Kui vara oli võõrandatud ja ta eest saada olevad summad komisjonääri poolt ka kätte saadud, enne ta kuulutamist maksuvõimetuks, siis komisjonäär muutus komitendi võlgnikuks ja viimane võib kasutada vaid konkursikreditori õigusi⁷.“ Peaks seega selge olema, et seaduseandja mõtte järgi komisjonääri poolt komisjonikauba müügist saadud summa kuulub komisjonäärile ja et seadus teeb erandi vaid komisjonääri maksuvõimetuse puhuks ja nimelt ses mõttes, et komisjonikauba müügist veel saada olevad summad võidakse eraldada konkursitombust komitendi kasuks ja seda ainult komitendi nõudmisel.

Ei saa järeldada komisjonikauba müügist saadud raha kuulumist komitentidele ka §-st 54¹⁸. See § ütleb: „Komisjonäär on kohustatud teatama komitentidele ta arvel sõlmitud tehingust, andma temale aruande ja üle andma temale kõik, mis tal õigus saada sooritatud ülesande järgi...“ See § kohustab komisjonääri üle andma komitentidele seda, mida see õigustatud on saama. Kui see oli kaup, mis komisjonäär ostis komitentide kasuks, siis annab ta viimasele üle selle kauba (§ 54¹⁷). On see aga raha komisjonikauba müügi puhul, siis tasub ta komitentidele niisuguse summa, nagu see on õigustatud saama⁸. Selle raha omandiõiguse küsimust ei puuduta aga see § üldse mitte. Või kui siiski teha järeldusi sellest §-st raha kuuluvuse kohta, siis jõuame pigemini järeldusele, mis kõneleb komisjonääri kasuks. See § kohustab komisjonääri

⁷ Aleksandrovski-Miller, *Zakon o dogovore trgovoi komissii*, S. Peterburg, 1910, lk. 92.

⁸ Keelelise vahemärkusena olgu tähendatud, et terminit pritsitajetsa tarvitatakse vene keeles näit. ka võlavahetajete juures, kui näiteks öeldakse: „zaimodavtsu A pritsitajetsa s dolznika B sto kron“.

muu hulgas andma komitendile aruannet. See aruanne „peab andma selge pildi kogu temale komitendi poolt usaldatud operatsioonist, kusjuures kõik, mis komisjonäär on saanud komitendilt või ta arvel, kuulub viimase arve krediidisse, kuna kõik, mis komisjonäär kulutas komitendi arvel ja mis kuulub temale komitendilt ühel või teisel alusel, kuulub sama arve deebetisse; deebeti ja krediti koguni kõryutamise läbi peab selguma saldo ühe või teise poole kasuks“ (1899, nr. 127)⁹. Niisiis — normaalselt kontokorrent-vahekord kõigi sellest tuletuvate tagajärgedega, muu hulgas saldo kujul tekkiva võla nõudmise õigus komitendile komisjonäärilt.

Eeltoodut arvesse võttes ei saa pidada veenvaks mõttekäiku, et komisjonäärile komisjonikauba müügist tulnud raha kuulub komitendile juba sellepärast, et see raha pole muud, kui vaid komisjonikauba uus vorm, see kaup aga kuulub komitendile¹⁰. Selles asi ongi, et selle kauba ja raha vahel seisab komisjonäär oma seaduspärase õiguse ja kohustusega teotseda iseseisvalt, omal nimel, vastavalt komisjonikokkuleppele ja seega komitendi teadmisel ja nõusolekul; et komisjonääri tehingust kolmanda isikuga tuletavad õigused ja nõudmised võivad komitendile üle minna vaid viimase tahteavaldusel ja et need komisjonivahekorra essentsiaalid kustutavad ja asendavad hariliku volitusvahekorra selle sektori, mille järgi volitajale lähevad automaatselt üle kolmanda isiku vastu omandatud nõudmised.

Need seisukohad on leidnud omaksvõttu ka veneaegses kohtupraktises ja õigusteoorias. Moskva ülikooli professor G. F. Šeršenevitš omas „Kaubandusõiguse kursuses“ ütleb selgelt: „Raha, mis saadud müügist ja on tulnud komisjonääri kassasse, on tema omandus. Seepärast ei või olla juttu komitendi omandiõigusest rahasummale, mis asendas komisjonääril ta juures olnud komitendi kauba. Sellele summale on komitendil vaid nõudeõigus“¹¹.

Asjaolu, et prof. Šeršenevitši teos ilmus enne 1910. a. novelli, ei ole olulise tähtsusega, sest novelli-eelse kohtupraktise seisukohad ühtivad novelli omadega. Novelli kommentaator Goichbarg märgib aga § 54¹² puhul: „Ülalõeldu käib ainult kaupade, mitte aga raha kohta, mis komisjonäärile

⁹ Aleksandrovski-Miller, *op. cit.*, lk. 88.

¹⁰ V. Issajev, *op. cit.*, lk. 434.

¹¹ G. Šeršenevitš, Kurs torgovago prava. Riga, 1924, II k., lk. 223.

saadetud komitendi poolt või mis komisjonäär saanud komitendi arvel. Nende rahade suhtes on komitendil komisjonääri vastu harilik nõudeõigus. Seepärast nende rahade suhtes komisjonääri vastu ei või tõsta kriminaalsüüdistust omastamises¹².“ Neis seisukohtades ei ole midagi arusaamatut ega imestusväärset, sest nad on kokkukõlas kohtupraktise ja novelli põhialustega.

Üks seisukoht vajab veel mainimist, põhimõttel *last not least*. Prof. Šeršenevitš samas töös peatub küsimuse juures, kuidas toimub komisjonikauba omandiõiguse üleminek kolmandale isikule, sest omandiõigust võib üle anda vaid omanik, komisjonäär aga seaduse sõnaselge sätte alusel ei ole omanik. Seda küsimust lähemalt analüüsides jõuab ta järeldusele, millele on jõudnud ka Vene Senat (1892, nr. 1514, 1894, nr. 351, jt.), et „komisjonäär muutub omanikuks üheks hetkeks — kolmandale isikule kauba üleandmise hetkel. Sellega laheneb küsimus nii riisiko jaotuse kohta, mis seotud kaubaga, kui ka komitendi või komisjonääri konkursitombu kohta¹³.“

Ka prof. A. A. Fedorov väidab, et kaup läheb komisjonääri omanduseks realiseerimise (kauba *traditio* mõttes) hetkel, sest vaid sel hetkel müüja peab evima omandiõigust¹⁴. Ja 1910. a. novelli kommentaator Goichbarg väidab: „...komisjonäär, võõrandades neid kaupu, teotseb omal nimel, võõrandab neid kui oma kaupa. Kolmandad isikud, kes astuvad komisjonääriga vastavaisse tehinguisse, sageli ei tea, et need kaubad kuuluvad teisele isikule. Kuid nad võivad ka teada, et komisjonäär täidab vaid teise ülesannet, võivad koguni teada, nimelt kelle ülesannet ta täidab. Sellest hoolimata kõigil neil juhtudel nemad toimingu sõlmimisel ei astu mingesse vahekordadesse komitendiga ega pea komisjonääri viimase esindajaks. Seepärast selleks, et komisjonäär võiks neile kauba võõrandamisel üle kanda neile omandiõiguse sellele kaubale, peab tunnustama, et omandiõigus sellele kaubale võõrandamise hetkel läheb üle komisjonäärile endale, kuid mitte tingimusteta, vaid tingimusel, et võõrandamistooming osutub kehtivaks¹⁵.“

¹² Vt. Goichbarg, *op. cit.* lk. 89.

¹³ Šeršenevitš, *op. cit.*, II k., lk. 222.

¹⁴ Vt. Dobrovolski, *Ustav trgovõi*, 1914, lk. 170.

¹⁵ Vt. Goichbarg, *op. cit.*, lk. 86.

Et ka meie kehtiva Tsiviilseadustiku järgi omandiõiguse üleminekuks *traditio* teel on vajalik, et edasiandjal oleks üleantavale esemele omandiõigus, nagu ülal tähendatud, siis ülaltoodud mõttekäik on kohaldatav ka meil. Sealjuures ei või öelda, et see omandiõiguse üleminek komisjonäärile kauba edasiandmise hetkel on vaid juriidiline fiktsioon, millel pole tähtsust „seesmisest vahekorras“ komisjonääri ja komitendi vahel, sest „väline külg“, nimelt vahekord komisjonääri ja kolmanda isiku vahel kuulub komisjonivahekorra essentsiaalide hulka ja komitent, sõlmides komisjonitehingu komisjonääriga, peab teadma ka selle „välise külje“ olulist tähtsust.

Kokkuvõttes tuleb arvata, et raha, mis komisjonäär on saanud kolmandalt isikult temale müüdud komisjonikauba ostuhinna kätte, kuulub komisjonäärile, mitte komitendile; viimasel on komisjonääri vastu üksnes harilik nõudeõigus selle raha pärast ja kui komisjonääril ei peaks olema raha komitendi selle nõudmise rahuldamiseks, siis puudub seaduslik alus komisjonääri vastutusele võtmiseks kriminaalkorras võõra raha omastamise või raiskamise eest.

Eelöelduga ei ole mõistagi ette ära lahendatud küsimus *de lege ferenda* ja seaduseandja võib, kui ta tunnistab selle vajalikuks, kas 1910. a. novelli või Kriminaalseadustiku täiendamiseks luua kriminaalkohtuliku vastutuse komisjonäärile, kes jätab komitendile edasi andmata komisjonikauba müügist saadud rahad. Praegused seadused ei loo aga niisugust vastutust ja seepärast peaks ära langema ka komisjonääride karistamise võimalus osutatud tegude eest. Võtab ju ka kehtiv Kriminaalseadustik 1. §-s omaks igivana põhimõtte: *nulum crimen sine lege*.

Varia.

Tartu Õigusteadlaste Seltsi aasta-peakoosolek 10. juunil 1938. a.

Koosoleku avab esimees K. Grau. Juhatajaks valitakse A. Mekkart, protokolljaks J. Vain.

Päevakorras: 1) aruanded, 2) eelarved, 3) valimised ja 4) koosolekul algatatud küsimused.

1. Aruanded. a) Esimees Grau kannab ette üldise aruande: on peetud 7 referaatkoosolekut, nendest 5 ühiselt Õigusteaduse Seltsiga Tartu Ülikooli juures. Osavõtt mitmesugune (18 kuni 200 isikut). Juhatuse koosolekuid peetud 7. Õigusteadlaste päev jäi pidamata, sest ei saanud võtta päevakorda tsiviilseadustiku eelnõu; teisi küsi-

musi aga ette valmistatud ei olnud. Liikmeid oli seltsil aruandeaasta lõpul 101.

b) Seltsi rahalise aruande esitab laekahoidja A. Väarsi. Aruanne kinnitatakse esitatud kujul ja revisjonikomisjoni poolt läbi-vaadatuna tasakaalus kr. 241.71. Aasta kestel on ajakirjale „Õigus“ toetust antud kr. 200.—.

c) Ajakirja „Õigus“ 1937. a. tulude-kulude ja lõppbilansi aruanded, mis revisjonikomisjoni poolt läbi vaadatud, kinnitatakse esitatud kujul järgmistena:

Tulud: Ajakirja müügist

1937. a.	Kr.	3544.20	
Eelm. a.	„	313.85	Kr. 3858.05
Abirahad	„	1700.—	
Mitmesugused tulud	„	73.—	
			Kokku Kr. 5631.05

Kulud: Trükikulud	Kr.	2080.06	
Kaastöö	„	1557.10	
Korrektuur	„	185.—	
Komisjonid	„	282.14	
Palgad	„	840.—	
Postikulud	„	81.45	
Kantseleikulud	„	48.81	
Mitmesugused kulud	„	72.70	Kr. 5147.26
1937. a. kassa saldo	„	483.79	
			Kokku Kr. 5631.05

Juriidilise ajakirja „Õigus“ 1937. a. lõppbilansi aruanne.

Aktiva. Kassa saldo 31. XII 1937	Kr.	848.44	
Tähtajalise hoisusumma arve	„	1042.80	
Ladu arve	„	3856.50	
Deebitoride arve	„	2232.66	
Vallasvara arve	„	247.50	
Lugemislaua arve	„	300.—	
			Kr. 8527.90

Passiva. Kapitali arve	Kr.	6870.57	
Kreeditoride arve	„	935.54	
Tartu Õigust. Seltsi arve	„	238.—	Kr. 8044.11
Kapitali juurdekasv	„	483.79	
			Kr. 8527.90

2. Eelarved. a) Seltsi liikmemaks määratakse juhatuse ettepanekul endiselt 3 krooni aastas.

b) Tartu Õigusteadlaste Seltsi 1938. a. eelarve kinnitatakse tasakaalus kr. 226.04, kus suurema kuluna esineb 1938. a. toetus ajakirjale „Õigus“ kr. 200.—.

c) Ajakirja „Õigus“ 1938. a. eelarve kinnitatakse järgmisena:

Tulud: Ajakirja müügist:

1937. a. aastakäik	Kr. 3900.—	
Eelmised aastakäigud	„ 500.—	Kr. 4400.—

Abirahad:

Kohtuministeeriumilt	Kr. 1200.—	
Vann. Adv. Nõukogult	„ 300.—	
Tartu Õigusteadl. Seltsilt	„ 200.—	Kr. 1700.—
Mitmesugused tulud	„ 100.—	

Kokku Kr. 6200.—

Kulud: Trükikulud Kr. 2300.—

Honorarid „ 1900.—

Paber „ 200.—

Palgad „ 840.—

Korrektuur „ 185.—

Komisjonid „ 300.—

Kantseleikulud ja telefon „ 125.—

Postikulud „ 150.—

Kirjandus „ 50.—

Reklaam „ 30.—

Mitmesugused ja ettenähtamatud

kulud „ 120.— Kr. 6200.—

Kokku Kr. 6200.—

Ajakirja „Õigus“ toimetuse koosseis jääb endiseks, vastutavaks toimetajaks on aga juhatuse poolt valitud R. Räägo.

Avaldatakse soovi, et „Õiguse“ lisa — Riigikohtu otsused — ilmuksid varemini, kui läinud aastatel.

4. Valimised. Juhatusse valitakse: esimeheks K. Grau, abiesimeheks J. Sass; sekretäriks J. Vain, abisekretäriks P. Ollen; laekuriks A. Väärsi, abilaekuriks V. Anderson. Juhatusse liikmete kandidaatideks valitakse F. Nigol, V. Roovere, J. Mardi.

Revisjonikomisjoni valitakse: J. Ramm, H. Vihalem, A. Siska; asemikuks V. Poska-Grünthal.

5. Algatatud küsimused. Tunnistatakse soovitavaks 1939. a. kevadel korraldada Õigusteadlaste päev Tallinnas või Tartus.

Avaldatakse soovi, et Seltsi aasta-peakoosolek peetaks võimalikult aprillis või mais.

Riigikohtu tegelus.

Administratiivosakond.

Kas protestide andjad on õigustatud kaebustega esinema Patendikomitee otsuste vastu?

Vastus: jaatav.

Arvamus, et protestide andjad ei ole õigustatud kaebustega esinema Patendikomitee otsuste vastu, millega on rahuldamata jäetud nende protestid patendi nõutamise asjus, ja et see õigus on ainult patendi nõutajatel, on ekslik.

Patendiseaduses (RT 1937 — 79) ei ole ette nähtud, et Patendikomitee otsused protestide asjus on lõplikud protestijate suhtes ja et nende otsuste vastu protestijad kaebustega üldse esineda ei saa. Selle seaduse § 41 lõige 5 on otseselt ette nähtud, et kaebekord protestide asjus ühtib kaebekorruga patendi nõutamise asjus (§ 34 — 37) ja et erandit protestijate suhtes, kes selles toimingus on pooled. Patendiseaduses ette nähtud ei ole, siis puudub alus protestija kaebuse läb: vaatamata jätmiseks. Patendi nõutamise toimingus, mille kohta kaebekord ette nähtud seaduse § 34 — 37, on asjaosaliseks ainult patendi nõutaja (Patendisead. 2. ptk. 3. jagu) ja sellest ongi tingitud, et § 34 — 37 on ette nähtud ainult patendi nõutaja õigus selles korras kaevata, mis neis paragraafides üles seatud. Toimingus, mille kohta käib Patendiseaduse § 41, on juba vähemalt 2 poolt — patendi nõutaja ja protesti avaldaja (Patendi sead. 2. ptk. 4. jagu) ja seepärast oleks üks pool edasikaebamise õiguseta olnud ainult siis, kui see otseselt oleks seaduses ette nähtud.

(RkHA toim. nr. 304 II — 1938.)

Kas see asjaolu, et maksnik tasus oma maksuvõla vabatahtlikult, vabastab teda lisaraha tasumisest, kui see vabatahtlik tasumine toimub peale seda, kui on tehtud kirjalik korraldus maksuvõla sissenõudmiseks?

Vastus: eitav.

Avalikkude maksu- ja maksutrahvi-võlgade sissenõudmisel võetava lisaraha seadus ei näe ette, et lisaraha tasumise kohustusest vabanevad need, kes on tasunud võlguolevad summad enne, kui neid on sisse nõutud sunni korras. Administratiiv-sissenõudmise seaduse (Rt 1936 — 2) § 1. ettenähtud eeskirjad ka ei tõenda, et lisaraha maksuvõlgadelt võetakse ainult maksuvõlgade administratiiv-sissenõudmisel, s. o. sunni korras sissenõudmisel, sest selles paragraafis öeldakse ainult, et ühes maksudega nõutakse sisse ka lisarahad, mis eeskiri aga ei tõenda, et siis, kui maksuvõlga sisse ei nõuta,

ei saa nõuda ka lisaraha, sest selles paragraafis on loendatud kõik, mis sisse nõutakse administratiivkorras, nagu see nähtub selle seaduse § 1-st.

(RkhA toim. nr. 260 II -- 1938.)

Tsiviilosakond.

Kas peab kreditor, kes pärijate kinnitamisele eelnenud täavituse kestel päranditombu vastu esitas kohtule hagi, oma nõudluse avaldama ka veel pärijate kinnitamise menetluses?

Avanenud pärandi kohta tehtava täavituse otstarbeks on kindlaks teha pärijaid ja kreditore, kellel on õigusi või nõudlusi avanenud pärandi kohta (TKS § 2011, 2012, 2014, 2079, BES § 373, 2579, 2629, 2652). Mis kujul toimub nende õiguste või nõudluste ülesandmine kohtule, see pole tähtis, sest oluline on, et need õigused ja nõudlused oleksid pärijaid kinnitavale kohtule teatavaks tehtud enne pärijate kinnitamist (TKS § 2064, 2066). — Ka TKS § 2080 p. 2 räägib, et üleskutse ei avalda mõju pretensioonidele, mis kohtule esitatud enne üleskutse avaldamist. Järelikult, kui täavituse tähtaja kestel kreditori nõudlus päranditombu vastu kohtule on avaldatud hagi tõstmisega päranditombu vastu, siis ei käi hilisem kohtumäärus, millega ülesandmata õigused ja nõudlused on kustunuks tunnistatud, juba sellise ülesantud nõudluse kohta.

(RkhT toim. nr. 473 — R, 1937.)

Kas talu sundmüügi korral loetakse selle päraldisteks ja lähevad ostja omandiks talus olevad loomasöödatagavarad (õled ja heinad)?

BES § 3874 põhjal loetakse vastav asi müüduks ühes kõigi selle päraldistega. Sama seaduse § 3964 põhjal avalik sundmüük on oma tagajärgede poolest võrdne hariliku müügiga. Et aga BES § 566 põhjal talu päraldiseks loetakse muu seas õlgede ja loomasööda tagavarad, siis talu sundmüügi korral need tagavarad, moodustades talu päraldisi, lähevad üle ostjale. Asi ei muutu selle tõttu, et talu peab sundmüügi korral rentnik, sest BES § 4095 eeskirja põhjal rentnik ei tohi müüa ega talust välja viia sealt saadud heinu. Kui rentnik saab kahju selle läbi, et sundmüügi tõttu talu võõrandatakse ja seega rendileping lõppes ja tema heinu ei jõudnud oma loomadele sööta, siis BES § 4126 põhjal on temal võimalus nõuda kahjude tasumist rendileandjalt, mitte aga talu ostjalt.

(RkhT toim. nr. 163 — R, 1938.)

Vastutav toimetaja: **R. Räägo.** Väljaandja: **Tartu Õigusteadlaste Selts.**

O./ü. K. Mattieseni trükikoda, Tartu, 1938.

KAASTÖÖLISTELE!

Ajakirja mahutavuse tõstmiseks on nõutav, et avaldamiseks saadetud artiklid oleksid võimalikult kokku surutud. — Käsikirjad olgu selgesti loetavad; eriti soovitav on masinakiri. — Korrektuuri-des on lubatud ainult trükivigade parandus ja äärmisel juhul üksikute sõnade muutmine. — Toimetus jätab enesele õiguse käsikirju lühendada. Ühtluse tõstmiseks alluvad kõik käsikirjad keelelisele korrektuurile. — Autorid võivad saada artikleist äratõmbeid, mis soov tuleb märkida käsikirjale. Äratõmmete, artiklis kasutatud klišeede ja toimetuse kaudu tehtud tõlgete kulud kannab autor.

Käsikirjad saata aadressil: „Õiguse“ toimetus, Tartu, Lai tän. 34.

1938. a. ilmub juriidiline ajakiri

„ÕIGUS“

üheksateistkümnendal aastal.

TOIMETUS:

R. Räägo (peatoimetaja), **E. Ein**, **K. Grau**, **T. Grünthal**, **H. Kadari**, **J. Kleesment**, **A.-T. Kliimann**,
E. Maddisoo, **A. Palvadre**, **K. Parts**, **J. Uluots**
A. Mägi (toimetuse sekretär).

Sisuks juriidilised artiklid, kodu- ja välismaa seadus-
andluse ülevaade, kohtute tegelus; eriti rõhutatakse
Riigikohtu tegeluse käsitlemist.

Lisana annab „Õigus“ Riigikohtu 1936. ja 1937. a.
otsuseid.

Lähemateks kaastöölisteks on Tartu ülikooli õigus-
teaduskonna õppejõud, riigikohtunikud, vanemad
kohtutegelased jne.

Aasta jooksul ilmub 10 numbrit.

Tellimishind: **8 krooni** aastas, üksiknumber **85 s.**

On veel saadaval ajakirja kõik eelmised aastakäigud
(1920.—1937. a. ühes lisadega) hinnaga kr. 103.50. Üksikaasta-
kälke ühes vastavate lisadega on saadaval hinnaga: 1920. a. —
kr. 1.50; 1921. a. — kr. 3; 1922. a. nr. 5—8 — kr. 4; 1923. ja
1924. a. à kr. 4; 1925.—1928. a. à kr. 4.50; 1929.—1935. a. à kr. 7,
1936.—1937. a. — à kr. 8.

Toimetus ja talitus: Tartu, Lai tän. 34.

Toimetuse sekretäri kõnetunnid sealsamas
iga kolmap. ja reede, kell 12—13.

Tellimisi võtavad vastu kõik postiasutised.

57507