

UNIVERZA KRALJA ALEKSANDRA PRVEGA
V LJUBLJANI

ZBORNIK
ZNANSTVENIH RAZPRAV

IX. LETNIK 1932-33

IZDAJA
PROFESORSKI ZBOR JURIDIČNE FAKULTETE

POSVEČEN SPOMINU
DANILO MAJARONA

V LJUBLJANI 1933
NATISNILA TISKARNA »SLOVENIJA«
V LJUBLJANI

Znanstvene razprave, objavljene v Zbornikih I.-VIII.:

1. Pravnozgodovinske:

Prof. DOLENC: a) Pravosodstvo pri novomeškem inkorporiranem uradu nemškega viteškega reda v letih 1721 do 1772 (Zb. I); b) Pravosodstvo cistercienske opatije v Kostanjevici in jezuitske rezidence v Pleterju od konca 16. do konca 18. stoletja (Zb. III); c) Pravosodstvo klevevske in boštanske graščine od konca 17. do začetka 19. stoletja (Zb. V); č) Pravni institut »Klausel des allgemeinen Landschadenbundes« v slovenskih deželah (Zb. VII).

Prof. JASINSKI: a) Kaj je najpotrebnejše za slovansko primerjalno pravno zgodovino? (Zb. I); b) Kada i na koji način je bio sastavljen kastavski statut? (Zb. III); c) Prehod od ustnega običajnega prava k pisanemu zakonu (Zb. IV); č) Zakoni grada Veprinca (statut Veprinački) (Zb. V); d) Iz istorije Kastavskog statuta (Zb. VI).

Prof. KOPPEL: a) Osnovna načela slovenske pravne zbirke (Zb. I); b) Osnovna načela slovenske pravne zbirke sedaj (Zb. I).

Prof. KREK: a) Osnovna načela slovenske pravne zbirke (Zb. I); b) Osnovna načela slovenske pravne zbirke sedaj (Zb. I).

Prof. POLJAK: a) Osnovna načela slovenske pravne zbirke (Zb. I); b) Osnovna načela slovenske pravne zbirke sedaj (Zb. I).

2. Cerkvenopravne:

Prof. KUŠIČ: a) Osnovna načela slovenske pravne zbirke (Zb. I); b) Osnovna načela slovenske pravne zbirke sedaj (Zb. I).

3. Kazensko-pravne:

Prof. DOLJANEC: a) Osnovna načela slovenske pravne zbirke (Zb. I); b) Osnovna načela slovenske pravne zbirke sedaj (Zb. I).

Prof. MARKOVIČ: a) Osnovna načela slovenske pravne zbirke (Zb. I); b) Osnovna načela slovenske pravne zbirke sedaj (Zb. I).

4. Državljanopravni:

Prof. LAPAJNE: a) Današnje kondicije (Zb. V); b) Spori o osnovnih pojmih prava zastaranja (Zb. VII).

5. Negmotnopravni:

Prof. ŠKERLJ: a) Uredba o zaščiti industrijske svojine (Zb. I); b) O izumu, stvorjenem v »službi« (Zb. V).



UNIVERZA KRALJA ALEKSANDRA PRVEGA V LJUBLJANI

ZBORNIK
ZNA NSTVENIH RAZPRA V
ZNA NSTVENIH RAZPRA V

IX. LETNIK 1932-33

IZDAJA PROFESORSKI ZBOR JURIDIČNE FAKULTETE

POSVEČEN SPOMINU
DANI LA MAJARONA

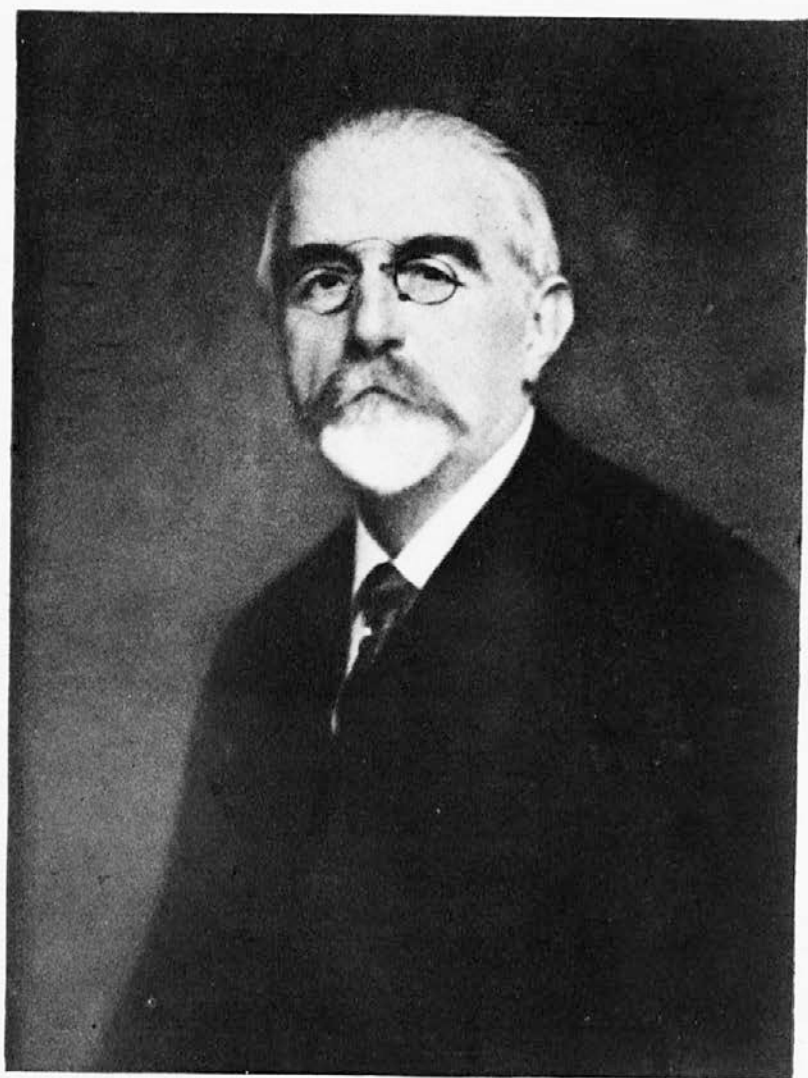
Ÿ LJUBLJANI 1933

~~42077~~

50952



030025012



J. D. Maierowicz

Daniło Majaron je dne 6. avgusta 1931. sklenil svoje življenje, bogato truda in uspehov.

Prežet z idealizmom dobe narodovega preporoda, je bil kot politik in pravnik pol stoletja neustrašen branilec narodovih pravic in snovalec njegovih kulturnih dobrin.

Od narave obdarovan s tenkim čutom za lepoto, čistost in skladnost naše govorice, je bil kot urednik »Slovenskega Pravnika« skozi tri desetletja oblikovalec našega pravnškega jezika in sloga.

Venec neventljivih zaslug pa si je spletel za ustanovitev naše univerze in njene pravne fakultete. Iz leta 1898 je s klasično obrazloženo spomenico, s svojo vplivno besedo in uglajenim nastopom neumorno prepričeval takrat vladajoče naše nasprotnike o potrebi slovenskega vseučilišča in zlasti pravne fakultete; navduševal je svoje rojake za to veliko zamisel; predvsem pa zbiral sposobne mlade pravnike, jih bodril in navajal k znanstvenemu delu. In ko se je iz krvi svetovne vojne porodila narodna država, je stopil Daniło Majaron na čelo Vseučiliške komisije. S plamtečim, vse ovire zmagujočim, sotrudnike navdušujočim ognjem svoje čiste domovinske ljubezni, s svojo preudarnostjo, podprt od naših najboljših mož in oprt na neomejeno narodovo zaupanje, je pripravil v malo mesecih v vseh podrobnostih ustanovitev univerze s petimi fakultetami. Posebno je pa izoblikoval pravni fakulteti z osnovanjem njenega ustroja in sestavo profesorskega zbora njen prvi obraz. Ostal ji je do zadnjega diha najzvestejši svetovalec, goreč zagovornik, najboljši prijatelj.

V znak neizbrisne hvaležnosti in ljubezni posvečuje profesorski zbor pravne fakultete ta Zbornik spominu

Daniła Majarona.

Kazalo — Table des matières

<p>Slika —</p> <p>Posvetitev —</p> <p>Univ. prof. dr. Metod Dolenc: Opredeleitev kriminalne in civilne prevare 1</p> <p>Priv. doc. dr. Boris Furlan: Problem realnosti prava . . . 41</p> <p>Univ. doc. dr. Joso Jurkovič: Javni interes 85</p> <p>Univ. prof. dr. Stanko Lapajne: Regresni zahtevki našega državlanskega prava 98</p> <p>Univ. prof. Aleksander Maklecov: Pravna narava odredb zoper otroke in mlajše maloletnike v kazenskem pravu kralje- vine Jugoslavije 130</p> <p>Kontr. univ. prof. dr. Evgen Spektorskij: Usoda ideje naravnih zako- nov v socialni filozofiji . . . 159</p> <p>Univ. prof. dr. Janko Polec: O odpravi nevoljništva na Kranjskem 188</p> <p>Univ. prof. dr. Viktor Korošec: Usoda rimskega prava v Angliji 208</p>	<p>Portrait —</p> <p>Dédication —</p> <p>Univ. prof. dr. Metod Dolenc: Discernement de la fraude criminelle et de la fraude du droit civil 1</p> <p>Priv. doc. dr. Boris Furlan: Le problème de la réalité du droit 41</p> <p>Univ. doc. dr. Joso Jurkovič: L'utilité publique 85</p> <p>Univ. prof. dr. Stanko Lapajne: Les prétentions en recours du notre droit civil 98</p> <p>Univ. prof. Aleksander Maklecov: Caractère juridique des me- sures concernant les enfans et mineurs dans le droit pénal de la Yougoslavie . . 130</p> <p>Kontr. univ. prof. dr. Evgen Spektorskij: Les destinées des lois natu- relles dans la philosophie sociale 159</p> <p>Univ. prof. dr. Janko Polec: Abolition du servage des paysans en Carniole 188</p> <p>Univ. prof. dr. Viktor Korošec: La destinée du droit romain en Angleterre 208</p>
---	---

Red. univ. prof. dr. Metod Dolenc:

Opredelitev kriminalne in civilne prevare.

I. Uvod.

1. Večkrat se je že pisalo o našem problemu in vendar kaže, da se nanj povrnemo. Naj pridejo pri tem tudi določbe novega kazenskega zakonika kraljevine Jugoslavije do upoštevavanja!¹ Vprašanja, ki se tičejo mejâ med civilno in kriminalno prevaro, niso zgolj teoretično zanimiva; tudi v praktičnem pravosodstvu se pojavljajo neredkokrat prilike, da se mora o njih razpravljati.² Vobče se izteče stvar v praksi pač največkrat tako, da sodišče, ki je imelo rešiti obtožbo zaradi kriminalne prevare, stvar odpravi z več ali manj kratko utemeljitvijo, da gre v tem primeru samo za civilno prevaro. Če bi bila ta dva pojma, civilna in kriminalna prevara, zakonito povsem opredeljena, bi bila stvar v redu. Videli pa bomo, da je opredelitev baš z ozirom na ideologijo sedajšnjega kazenskega zakonika zelo težka, na vsak način pa takšna, da se ne dá kratkomalo razbrati in posneti iz dotičnih norm. In vendar pri očitkih prevare, ki se v kazenski praksi neredko dogajajo, zavisí od opredelitve med kriminalno in civilno prevaro n. pr. tudi rešitev vprašanja, da-li mora obdolženec, ako hoče doseči oprostitev od obtožbe, dokazati resničnost svoje trditve s pravnomočno obsodbo ali pa — kako drugače (§ 311., odst. 2., k. z.). Načelna opredelitev civilne in kriminalne prevare zdi se nam celo za

¹ Kolikor vidimo, je o tem med nami doslej pisal samo R. Vuk-čević: »Granice izmedju krivične i građanske prevare« v Pravosudju, 1932, str. 486. nasl., 546. nasl. Razprava ni prišla do točnih izsledkov, dasi je po svoji tendenci pravilno zamišljena.

² Pobuda, da napišemo to razpravo, je izšla baš iz vrst praktičnih pravnikov.

nekakšen preizkus, ali sta civilno in kazensko pravo tudi v tem pogledu harmonični sestavini pravnega reda, ki vzdržuje ravnovesje med interesno sfero države in njenih državljanov.

2. Dejstvo je, da govori o. d. z.³ sam naravnost o »prevari« (*Betrug*)⁴ v § 542. (»kdor je ... zapustnika ... zapeljal na prevaren način ...«), dalje v § 770., ker citira prej navedeno določbo; dalje je govora o zvijačah v § 345. (»ako se kdo v posest ... utihotapi z zvijačo ...«), v §§ 866. in 874. (»kdor zvijačno trdi ...« in »ki je povzročil pogodbo z zvijačo«); v novel. § 875. (»ako je bil pogodnik od tretje osebe z zvijačo ... k pogodbi zaveden ali v zmotno izjavo zapeljan«). Določba § 878. je govorila pred novelizacijo o. d. z.: »kdor drugega vara (*täuscht*) s takšnimi obetanjji«. Ni več v veljavnosti določba § 592. o. d. z. (po noveli I.), ki se je glasila: »Kdor je bil obsojen zaradi hudodelstva goljufije ali drugega hudodelstva iz koristoljublja, ne more biti priča« (*scilicet*: »poslednje volje«). Dalje govori avstr. trgovinski zakonik naravnost o prevari (goljufiji) brez daljnjega pristavka v svojima čl. 350. in 386.⁵

Na drugi strani pa imamo v kazenskem pravu predvsem splošne določbe o prevari v §§ 334. do 338. k. z., posebno pa v § 335., št. 1., k. z., kjer se označuje za prevaro dejanje stranke, ki je sklenila pogodbo samo kot sredstvo za prevaro in je drugo stranko dejansko oškodovala na imovini. Razen tega pa je še na drugih mestih govora o »preslepitvah« (§§ 119., 335., 362., 375. k. z.); o »zvijači« v § 142. k. z.; o prijavi terjatve z »vednostjo«, da je »lažna«, v § 73. zak. o prisil. poravnavi izven stečaja. Podobno imamo določbe: v zakonu o pobijanju nedovoljene konkurence iz l. 1931. o

³ Oziramo se samo na o. d. z., ki velja v Sloveniji in Dalmaciji. Ostali državljanski zakoniki v Jugoslaviji so mu sorodni, v pogledu našega problema v bistvu enaki, samo da § 555. srb. o. d. z. navaja izvestne primere »civilnih prevar«.

⁴ Terminologijo posnemamo po Regali-Bežkove m prevodu, ki rabi za *Betrug* — prevara. Prvi prevod v izdaji iz leta 1853. je govoril o »goljufiji«.

⁵ Drugače pa določa § 336. avstr. c. pr. r.; tu ni govora o prevari, ampak točneje o krivi prisegi, ne da bi bil ta pojem posebej definiran ali obrazložen.

»javnem« zavajanju s takimi stvarmi, ki utegnejo izzvati »zmoto«, in o »slepitvah«; v zakonu o pridobitnih zadrugah z dne 9. aprila 1873. o »zavestno krivih navedbah«; v zakonu o družbah z omejeno zavezo z dne 6. marca 1906. o »namernih krivih navedbah, ki so sposobne za prevaranje glede imovinskega stanja«.

Dejanja, ki smo jih navedli iz občnega državljskega in iz trgovskega zakonika, so lehkò kriminalna dejanja, vsaj besedilo zakona tega ne izključuje. Vendar veljajo zanje v pogledu veljavnosti pravnega posla seveda, določbe o. d. z. in trgovin. zak. Na drugi strani so dejanja, ki smo jih navedli iz kazenskega zakonika, kriminalna dejanja brez ozira na to, kaj sledi zanje v pogledu njihove veljavnosti iz določb o. d. z., trgov. zak. ali drugih zakonov. Vidi se torej, da kriterij kriminalnosti teh dejanj za uporabo norm civilnega prava ni odločilen. Posledice po civilnem pravu nastopijo tudi tedaj, če kriminalno dejanje ni bilo kaznovano ali če je bilo že kaznovano.⁶ Ta popolna neodvisnost obeh sfer pravnega reda, civilnopravne in kriminalnopravne, je tem zanimivejši pojav, ker sledi iz njega kategorično, da a) moramo upoštevati poleg kriminalne prevare tudi še civilno prevaro;⁷ dalje, b), da ima kriminalna prevara po svojih svojstvih vedno tudi značaj civilne prevare, ne pa civilna — kriminalne; slednjič, c), da je pojem civilne prevare širšega obsega ko pojem kriminalne prevare.

II. Historični pregled.

3. Da spoznamo težje pogoje, ki se zahtevajo za kriminalno prevaro, moramo najprej opredeliti pojma »prevare« in »zvijače« posebej vsakega zase za civilno in za kriminalno pravo.

Za civilno pravo imamo norme o razlaganju v § 6. o. d. z., ki veli: kadar se zakon uporablja, se mu ne sme dajati drug

⁶ Prevara ostane prevara, tudi če je storilec ostal radi neuračunljivosti nekaznovan ali če je kazen že prestal. O pomenu rehabilitacije bo govora pozneje.

⁷ Prim. Janka-Kallina, Das oesterreichische Strafrecht, stran 259.

smisel, nego tisti, ki izhaja iz lastnega pomena besed v njihovi zvezi in iz jasnega namena zakonodajca; ako pa to ni mogoče, nadaljuje § 7. o. d. z., tako, da se praven primer ne dá odločiti, niti po naravnem smislu kakšnega zakona, se mora ozirati na podobne, v zakonih določno odločene primere in na razloge drugih z njimi sorodnih zakonov. Ako ostane praven primer še dvomljiv, mora se odločiti glede na skrbno zbrane in dobro prevdarjene okolnosti po naravnih pravnih načelih.

Če pregledamo vse določbe iz o. d. z. ali trgov. zak., kjer je govora o prevari ali zvijači, vidimo, da se ta pojma nikjer približje ne označujeta. Pač pa se je besedilo danes že razveljavljenega § 592. o. d. z. posluževalo naravnost izraza »hudodelstvo goljufije« in sicer v zvezi s karakterističnim momentom, da oseba, ki hoče biti priča poslednje volje, ne sme biti radi označenega delikta *o b s o j e n a*. Prav tako govori tudi § 1489. o. d. z. o »zločinstvu« in misli na kvalifikacijo povzročitve škode kot zločinstvo v smislu k. z. Iz tega sledi pač jasno, da je zakonodajec, ki se je na baš naveden način izražal v o. d. z. iz l. 1811., razumeval, — pač z ozirom na to, da je bil tedaj v veljavi kazenski zakonik z dne 3. septembra 1803.; — pod »hudodelstvom goljufije« nedvomno določbo § 176. tega kaz. zak. Odprto pa ostane seveda še vprašanje, katere sestavine pojma je pripisoval zakonodajec pojmu »prevare« ali »zvijače« v ostalih določbah. Ker moramo pri razlagi določb o. d. z. imeti pred očmi, če ostane kaj dvoma, razloge drugih sorodnih zakonov in ker gre tu za evidentno sorodnost zakonov, moramo si najprej ogledati pojem prevare in zvijače po tedajšnjem kazenskem zakoniku.

Constitutio Criminalis Josephina z dne 13. jan. 1787. je stala še na neodrejenem stališču, da postane kriv prevare vsakdo, ki si s kakršnimikoli spletkami (*Ränke*) in zvijačo tujo lastnino nakloni ali komu v hudobnem namenu (*aus böser Absicht*) na imovini, časti, slobodi ali na njegovih pravicah škoditi skuša, ne glede na sredstva, katerih se poslužuje in ne glede na to, ali je svoj namen dosegel ali ne.⁸

⁸ Gl. Allgemeines Gesetz über Verbrechen, und deren Bestrafung. J. L. Graz, Widmannstetten 1787., str. 3.

Kazenski zakonik z dne 3. septembra 1903. pa je dejanski stan prevare v § 176. na novo definiral in sicer z originalnim besedilom tako-le: »*Wer durch listige Vorstellungen oder Handlungen einen Andern in einen Irrthum führet, durch welchen Jemand an seinem Eigenthume oder andere Rechten Schaden leiden soll, oder wer in dieser Absicht des Andern Irrthum oder Unwissenheit benützet, begeht einen Betrug.*«.

Ta določba kaz. zak. iz l. 1803. o prevari je bila nedvomno sorodna določbam o. d. z. iz l. 1811. o prevari in zato nas ne osupne, da je Fran pl. Zeiller, ki je bil poročevalec v redakcijski komisiji za kazenski zakonik iz l. 1803.,⁹ v svojem komentarju k o. d. z. razlagal pojem prevare pri § 542. o. d. z. tako, da ga je proglasil istovetnim s pojmom goljufije v kazenskem zakoniku,¹⁰ ter je dotično določbo (§ 176. k. z.) naravnost citiral. Navzlic temu pa poročemo,¹¹ da je objavljeni zakonik (o. d. z.) po svojem besedilu vzvišen nad mnenjem svojih redaktorjev ter da je Zeiller-jeva razlaga preozka: Baš besedilo prejšnjega, sedaj razveljavljenega § 592. o. d. z. nas mora navesti na to, da je bilo samo v tej določbi resnično govora o kriminalni goljufiji, od te celo samo o tisti, ki se kvalificira za zločinstvo, ne pa prestop ali prekršek,¹² da pa v vseh drugih določbah, kjer ni take izrečne utesnitve, ni da bi morala civilna prevara biti istovetna s prevaro po kazenskem zakoniku. Niti lastni pomen besede prevara (goljufija), niti jasna namemba zakonodajca nas ne prepričuje o pravilnosti Zeiller-jeve tesne razlage. Kjer hoče zakon, da se upošteva kazenski zakonik, upotrebjuje naravnost adekvatne izraze iz kazenskega zakonika

⁹ Glej H. Högel, Geschichte des oesterreichischen Strafrechts, I. T., str. 107.

¹⁰ Gl. Zeiller, Commentar über das allg. oest. bürg. Gesetzbuch, II. zv., str. 399: »Die Verleitung (scil. k § 542. o. d. z.) muss betrüglich geschehen, durch listige, einen Irrthum gründende Vorstellungen..., ohne welche diese Willenserklärung nicht erfolgt wäre. (Strafges. I. § 176.) Wahre oder auch überspannte Vorstellungen, deren Werth der Erblasser zu würdigen versteht; Schmeicheleyen, blosses Zureden und selbst eine ablehnbare Zudringlichkeit sind nicht sogleich als ein Zwang oder Betrug anzudeuten.«

¹¹ Z judikatom avstr. vrhovnega sodišča št. 184., Slg. XI. 4185.

¹² Gl. Zeiller, l. c., str. 478.

(prim. §§ 540., 592., 768., št. 3., o. d. z.). Kjer tega ne stori, je civilni sodnik na določbe o prevari in o zvijači pač toliko vezan, da mora pojme prevare in zvijače po kriterijih kazenskega zakonika subsumirati pod pojme civilne prevare in zvijače; toda ne dá se pa ob pravilnem razlaganju trditi, da mora civilna prevara ali zvijača biti prav takšna, kakor zahteva to kazenski zakonik.

Vse, kar smo izvajali glede o. d. z., mora spričo čl. 1. trgov. zak. veljati tudi za čl. 350. in 386. trgov. zak., kajti za pojem, kaj je prevara (goljufija), pač nihče ne bi mogel trditi, da v smislu čl. 1. trgov. zak. veljajo ali sploh eksistirajo trgovski običaji.¹³

Posnetek, ki smo ga dobili glede pojma prevare za o. d. z., velja v obče, tudi za pojem zvijače, saj tudi tu nimamo nikakšne definicije. — Nahaja se v §§ 345., 866., 874. o. d. z., nahajal se je tudi v § 878. o. d. z., dokler poslednja določba ni bila novelirana. Nikjer se tu izraz »zvijača« (*List*) ne razlaga natančneje, povsod se pa predpostavlja, da ima beseda svoj naraven pomen, ali če to ne zadošča, pomen, ki sledi iz nagibov sorodnih zakonov. Kakor pa smo že iz citiranega § 176. k. z. iz l. 1803. razvideli, nahajal se je v njem izraz »*listige Vorstellungen*« ali »*Handlungen*«. Ne smemo prezreti, da je imel § 178. f., k. z. iz l. 1803. še posebno določbo, ki je predpostavljala v nizu atributov prevare (goljufije) brez dvoma hujšo stopnjo, t. j. »spletke« (*Ränke*). Kakor pa je gotovo, da mora vsaka zvijača, ki jo imajo v mislih določbe §§ 345., 866., 873., 874., 878. o. d. z., obstojati ali v predstavljanju (prigovarjanju) ali v dejanju, ker inace ne more učinkovati na zunaj, tako moramo tudi reči, da je pojem zvijače v raznih določbah kaz. zak. iz l. 1803. sicer identičen, da pa vendar ni da bi morale biti zvijače po o. d. z. edino le tiste, ki jih navaja kaz. zak. iz l. 1803. Pojem »*listige Vorstellungen oder Handlungen*« v kaz. zak. iz l. 1803. je namreč *verbis expressis* usmerjen na splošno kot čin, ki

¹³ Glej isto razlago v Staub-Pisko, Kommentar zum allg. deutsch. Handelsgesetzbuch, II. Aufl., str. 327, in tam navedeno obširno literaturo, ki zastopa isto stališče. Temu nasproti pa zahteva odločba avstr. vrh. sod. z dne 10. maja 1865., Adl. Clem.-zbirka, št. 38., vendar le »kriminalno prevaro«.

vede v zmoto. Drugače pa v o. d. z.: Pri § 345. o. d. z. mora biti zvijača specializirana kot taka, da zadene pristnost pogodbe; pri § 866., da zadene subjektivno sposobnost sklepanja pogodbe; pri §§ 873., 874. se tiče objektivne možnosti sklepa pogodbe; pri § 878. se tiče pravne možnosti in dopustnosti pogodbe z ozirom na predmet. — Pojem zvijače v obeh zakonikih, o. d. z. in k. z., je *quoad qualitatem* lehkò identičen, *quoad quantitatem* pa je v o. d. z. zopet širši. Komentator Zeiller se v tem pogledu ni skliceval na kazenski zakonik, ampak je rekel n. pr. glede pojma zvijačnosti (»listig«) pri § 345. o. d. z., da ustreza storitvi »durch Vorspiegelungen«, pri § 866. o. d. z. pa je razlagal »listiger Weise, folglich gegen sein Bewusstsein fälschlich vorgegeben . . .¹⁴

Idimo korak dalje: Kaj so elementi prevare (goljufije) po § 176. k. z. iz l. 1803.? Prvič: Zvijačno prigovarjanje (predstavljanje) ali dejanje. Tisto predstavljanje ali dejanje nudi videz nečesa drugega, nego je resnica.¹⁵ Pri tej splošni formulaciji ni odločilno, ali zadene videz tisto osebo, ki naj utрпи škodo ali pa tretjo osebo, n. pr. sodnika. »Kakor hitro se je zvijačno predstavljanje ali dejanje zgodilo, je po naravi stvari to, kar vsebuje goljufija, dovršeno, čeprav storilec ni dosegel svojega namena.«¹⁶ Zvijača more biti v tem, da se to, kar bi mogel drugi spoznati, na njegovo škodo prikrije (n. pr. nekdo skrije poslednjo voljo, ki mu je zapana zastran hrambe), ali pa, da se neki stvari ali osebi pripisujejo lastnosti ali znaki, ki naj pri drugi osebi izbavijo zmotne predstave na škodo neke osebe. Zvijačnemu predstavljanju ali dejanju je enakovredna uporaba zmote ali nevednosti, ki jo je povzročila tretja oseba pri oškodovani osebi. (Če tukaj ne bi postavili tretjo osebo kot povzročiteljico zmote, bi bil položaj tak, kakor je bilo ravno kar pred tem navedeno). Drugič: Namen (*Absicht*) mora biti takšen, da naj nekomu drugemu na njegovi lastnini ali drugih pravicah nastane škoda. Nastanek resnične škode ni bila sestavina prevare. Tega § 176. k. z. iz l. 1803.

¹⁴ Gl. Zeiller, loc. cit., II. zvez., str. 97., III. zvez., str. 23.

¹⁵ »Cum est aliud simulatum, aliud actum«, kot pravi Aquilius.

¹⁶ Citat je iz: Jenull, Das oesterr. Kriminalrecht, II., str. 354.

sicer ni naravnost rekel, vendar je to nujno sledilo iz besedila »*durch welchen Jemand . . . Schaden leiden soll*«.

4. Kazenski zakonik iz l. 1803. se je umaknil onemu z dne 27. junija 1852., ali o. d. z. je ostal dotlej in še desetletja pozneje popolnoma neizpremenjen. Kakšne posledice je imelo to dejstvo z ozirom na naš problem?

Ugotavljamo, da je besedilo § 197. k. z. iz leta 1852. bolj precizno kot ono v § 176. k. z. iz l. 1803. Pojem objekta zločina kot oškodovanca, ki se izraža v § 176. z besedo: »*Jemand*«, je bil razširjen z dostavkom »bodisi država, kakšna občina ali druga oseba«. Dalje je bilo za besedami »*in dieser Absicht*« pridodano »*und auf die obenerwähnte Art*« — »ali na ravno omenjeni način«, kar je vsekakor bistvenega pomena. Na koncu pa je prišlo do celega novega stavka, ki pa ni bil nič drugega nego pleonastično razlaganje »namenja« v pogledu na nagibe, iz katerih je nastal. Ta stavek je dejal, da je enako, ali je storilec prevare — k temu zapeljala samopridnost (*Eigennutz*), strast (*Leidenschaft*), namemba, komu protizakonito iti na roko (*zu begünstigen*), ali kakršnakoli druga postranska nakana (*Nebenabsicht*).

Poslednje navedeni novi stavek nas sili k razmišljanju, ali je bil s tem pojem »*dolus*«-a v k. z. iz l. 1852. napram onemu v k. z. iz l. 1803. v kakršnemkoli pogledu izpremenjen.¹⁷ Po tej strani se lahko izrazimo tako, kot je to storil H. Högel,¹⁸ da je bilo besedilo o hudobnem naklepu po k. z. iz l. 1803. tudi za k. z. iz l. 1852. pridržano.¹⁹ Razlike torej ni bilo glede osnovnega pojma »hudobnega naklepa«, ki je bil bistveno potreben za vsako zločinstvo (hudodelstvo). Kar je dodal mlajši zakon kot mogoč nagib, to je bilo stranskega ali eksemplifikativnega pomena. Glavno je bilo, da vsebuje »hudobni naklep« namen, prizadeti škodo.²⁰

¹⁷ Prim. Jenull, loc. cit., I. (1808), str. 125—127.

¹⁸ Gl. Högel, Geschichte des oesterr. Strafrechts, I. H., str. 149.

¹⁹ V resnici so obstojale male diference v pravopisu, važnejša razlika pa je bila v besedilu, da je stalo v § 1. k. z. iz l. 1803: »Fällt nicht nur dann zur Schuld, wann . . .«, v besedilu § 1. k. z. iz l. 1852 pa namesto »wann« — »wenn«. Gl. Stooss-Künssberg: Allgem. Bestimmungen des oesterr. Strafgesetzb. 1768—1852., str. 29.

²⁰ Gl. Frühwald, Handbuch des oesterr. Strafrechts (1852), str. 153.; Herbst, Handbuch des oesterr. Strafrechts I. (1865), str. 400.

Če se po teh ugotovitvah povrnemo k vprašanju, kakšne posledice je imelo dejstvo izpremembe k. z. iz l. 1852. za razlago pojmov »goljufija« (prevara) in »zvijačno prigovarjanje« (predstavljanje), moramo reči, da *de facto* prav nobenih, ker so vsi ti pojmi ostali identični z onimi po k. z. iz l. 1803.²¹

Na doslej pridobljeni podlagi smemo sedaj razpravljati, ali in, eventualno, kako je bila kriminalna prevara oddvojena od civilne za časa hkratne veljavnosti o. d. z. in k. z. iz l. 1852.

Že po razlagi pod 2. izhaja, da pomenjata civilnopravna pojma »goljuf«, »goljufija« več kot storilec zločinstva (hudodelstva) goljufije, pa tudi, seveda, prekrška »goljufije«.²² Samo posebi umevno se za civilnopravni pojem goljufije ni mogla zahtevati obsodba vprav radi zločinstva goljufije.²³ Baš tako samo po sebi razumljivo je, da je bilo dejanje, ki se je značilo po k. z. iz l. 1852. za goljufijo, tudi po o. d. z. civilna goljufija. V naslednjih vrsticah pa hočemo podati analizo sestavin kriminalne goljufije, da skušamo ob njih določiti, kje pride lahko do civilne goljufije, dasi kriminalne ni. Takoj pa moramo poudariti, da je zakonodajalec v § 201. k. z. iz l. 1852. sam izjavil, da se »vrste

²¹ Prim. Stubenrauch, Kommentar zum oest. allg. bürgerlichen Gesetzbuche, 7. izd., str. 828.

²² Razlikovanje med hudodelstvom (Verbrechen) in prekrškom (Übertretung) goljufije praktično pač ni prišlo v poštev. Pri dediščinah izpod vrednosti: 25 fl. odnosno od *lex Ofner* z dne 9. aprila 1910, dalje: 200 K, odnosno po jugoslov. zakonu z dne 30. jan. 1922, Sl. N. št. 142., dalje: 4000 K, ni bilo baš povoda za goljufije. Teoretično pa so bili storileci prekrška po § 461. k. z. iz l. 1852, kakor to pravi k. z., goljufi, pa jih vendar niso zadele posledice § 592. k. z. iz l. 1852.

²³ Celó za predpis § 592. o. d. z., ki je bil razveljavljen z novelo l. § 57., je bilo dvomljivo, ali ne bi zadostovalo, da je goljufivi dejanski stan ugotovljen po svojem zunanjem obeležju, torej ne glede na subjektivno plat storitve. Za našo razlago bi govorila paralela določbe § 2., št. c., k. z. iz l. 1852: »Pijanost gre kaznovati, če je pijani nekaj storil, kar bi se mu bilo, da ni bil pijan, za hudodelstvo šteló«. Če storilec pripravi v pijanosti z zvijačnim prigovarjanjem zapustnika, da testira drugače, kakor bi sam hotel, govori pač objektivna pravičnost, da se tak testament uniči, spravi ob moč, čeprav se izkaže pozneje, da je bil storilec ob takem prigovarjanju pijan ali sicer neuračunljiv.

goljušije zavoljo svoje prevelike različnosti ne dajo vse v zakonu naštetih.

5. Za naše razmišljanje pridejo ti le glavni momenti v poštev:

a) Hudobni naklep kriminalne prevare je imel za vsebino, da hoče spraviti v zmoto ali uporabiti že nastalo zmoto ali nevednost tako, da s tem trpi nekdo škodo. Ta »nekdo« mora trpeti škodo nevedé, on se mora sam oškodovati ali naj bi se sam oškodoval.²⁴ Samo izražen naklep še ni kazniv (§ 11. k. z. iz l. 1852.); on mora biti tak, da ima realno sposobnost na zunaj vplivati, t. j. škodovati. Ta moment, zunanji izraz namena oškodovati, mora po pravih lastnega pomena besed (§ 6. o. d. z.) obveljati tudi za civilno prevaro,²⁵ drugače ni prevare, dasi bi bilo ravnanje zoper vero in poštenje.

b) Za kriminalno prevaro je moral hudobni naklep vključevati prizadevanje storilca, da pride do resnične škode neke druge osebe. Ni zadostovalo prizadevanje pridobitve dobička za sebe samega, ki mu pritiče po pravu. N. pr. upnik je pripravil dolžnika do tega, da plača že dospeli pravilni dolg z »zvitim prigovarjanjem«, da mu bo dal potem novega kredita ali da mu bo dal prihodnjič blago pod milejšimi pogoji. Takisto ni zadostovalo za kriminalno prevaro, da doseže storilec z »zvitim prigovarjanjem ali dejanjem«, to, da obvaruje samega sebe pred pre-

²⁴ Gl. Rittler, Grundriss des oesterr. Strafrechts (1926), str. 303; Finger, Das Strafrecht (1914), II., str. 565.

²⁵ Prim. Herbst, loc. cit., str. 397: »Die Allgemeinheit der gesetzlichen Begriffsbestimmung zieht ferner die Notwendigkeit nach sich, bei jedem einzelnen Falle das Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse des Betrugers in ihrem inneren Zusammenhange um so genauer in Erwägung zu ziehen, als bei oberflächlicher Würdigung Handlungen, weil anscheinend unter den Buchstaben des § 197. passend, nur allzu leicht für Betrug erklärt werden, die nach dem Geiste des Gesetzes nicht der Amtshandlung des Strafrichters anheimfallen, sondern nur privatrechtliche Folgen nach sich ziehen können und sollen.« Prim. pa dalje: Janka-Rulf, Das oesterr. Strafrecht (1894), str. 262: »Feste grundsätzliche Scheidung des kriminellen und des Zivilbetruges ist eben unmöglich.«

tečo mu škodo, ki je ni sam zakrivil. Pač pa utegne biti dana civilna prevara, če storilec na označeni način n. pr. izvabi dokazno sredstvo,²⁶ seveda, če že ni bilo skupno v smislu c. pr. r. Za ostale tu navedene primere veljajo temeljna načela zgoraj pod 5. a).

c) V isti zvezi: Kriminalne prevare ni bilo, če je storilec hotel, da naj odide tretji osebi, izbrani žrtvi, pričakovani dobiček (*lucrum cessans*); marveč zahtevi § 197. k. z. iz l. 1852. je bilo ustrezno samo, če naj bi tretjo osebo zadela resnična škoda (*damnum emergens*).²⁷ O resnični škodi pa ni moglo biti govora, če je storilec z zvitim prigovarjanjem ali dejanjem nameraval že z drugim zločinom provzročeno škodo prikriti.²⁸ Dalje ni bilo resnične škode, če dogovor ni vedel do takšne pogodbe, ki jo zakon ščiti, kakor n. pr. če nasovatelj morilca že vnaprej ni imel namena plačati mezde za umor, ali če priležnik že vnaprej ni imel namena plačati priležnici priležnino i. pod.²⁹ Na vprašanje, ali je bila v teh-le, baš obravnavanih primerih, ko kriminalna prevara ne obstoja, vsaj civilna prevara dana, ne moremo dati enotnega odgovora. Po našem mnenju je bila tudi civilna prevara izključena, kjer je bilo oškodovanje pravno nemogoče. Samo če je bilo oškodovanje pravno mogoče, je prišlo lehkò do civilne prevare, toda morali so biti izpolnjeni gori pod 5. a) navedeni temeljni pogoji.

To nas navaja na kontraverzo, ki je obstojala in še vedno obstoja v avstrijski književnosti o prevari po § 197. k. z. iz l. 1852.; namreč: ali je treba pojem škode razlagati kot gospodarsko zmanjšanje imovine (tako stalna praksa avstrijskega kasacijskega sodišča), ali pa kot pravno zmanjšanje imovine (n. pr. pri zvijačno doseženi ekspropriaciji).³⁰ Mi smo se, kakor prej povedano,

²⁶ Gl. Herbst, loc. cit., str. 401.

²⁷ Gl. Frühwald, loc. cit., str. 153.

²⁸ Gl. Herbst, loc. cit., str. 400.

²⁹ Gl. Finger, loc. cit., str. 571.; prim. Rittler, loc. cit., str. 307., ki dodaje, da namen obogatitve sicer ni potreben, da pa je pač važen indic pri ugotovitvi oškodovalnega namena.

³⁰ Mišljena je legalna polna odškodovina za ekspropriirano blago. Prim. Finger, loc. cit., str. 568.; in zlasti Binding, Lehrbuch des

odločili za to, da za kriminalno prevaro zadostuje, da tvori škoda pravno zmanjšanje imovine. Stvar je za prakso velikega pomena. Kdor se je odločil po zvijačnem prigovarjanju, da je vzel drugo stvar namesto dolgovane, ali pa kdor je kupil stvar, ki nima zvijačno predstavljanih posebnih lastnosti, pa je vendar le dobil primerno protivrednost za kupnino: ali je bil prevaran na kazniv način? Mislimo, da; saj je disponiral s svojo imovino na način, kakor ob dejansko obstoječih pravnih razmerah ne bi bil nikdar hotel. S tem je bil vsaj na svoji pravici do polnega izrabljanja svojih imovinskih pravic oškodovan. Seveda, kdor na takšno argumentacijo ne bi pristal, mora v poslednje navedenih dejanjih na vsak način zazreti civilno prevaro!

d) Kriminalnopravno ni bilo relevantno, ali se je nanašal hudobni naklep prevare (goljufije) v smislu § 197. k. z. iz l. 1852. na čin oškodovanja neposredno izbrane žrtve ali pa tretje osebe. Samo posebi se razume, da je morala obstojati med dejanjem storilca in oškodovanjem osebe, ki je bila spravljena ali ki je sama prišla v zmoto, neposredna vzročna zveza, če naj je bilo dejanje kriminalna prevara.⁸¹ Kjer vzročna zveza ni nujna ali kjer ni bila v naklepu naravnost vključena, pa bi utegnila vendarle obstojati civilna prevara.

Če si ogledamo n. pr. določbo § 542. o. d. z. in se vprašamo *quid iuris*, če je daljni sorodnik pravil tretji osebi o zapustniku, da je njegov ljubljene nečak umrl v vojski, pa je ta tretja oseba o tem obvestila zapustnika, ki je vsled tega napravil poslednjo voljo v korist prej mišljenega sorodnika; ali je šlo tu za goljufa, nevrednega dediščinske pravice? Kriminalna goljufija to ni bila, če je sorodnik govoril samo to, kar je od drugih zvedel in verjel; pa tudi ne, če bi si bil sam izmislil govoricu, pa ne bi bil imel na-

Gemeinen deutschen Strafrechts (1902, 1904), I., str. 343., ki izvajata teorijo pravnega pojmovanja, dočim stojita Rittler, loc., str. 308, in Jakob v Komentarju »zum oesterr. Strafrecht« (1928), str. 549, na stališču gospodarskega pojmovanja.

⁸¹ Prim. Rittler, loc. cit. str. 305.: »... — es muss — noch ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Betrügers und der Entstehung oder dem Fortbestande jenes Irrtums hinzukommen, infolge dessen er die schädigende Handlung vornimmt.«

mena in prepričanja, da izvé zapustnik po tretji osebi za ta moment, ki pripravi zapustnika do odreditve poslednje volje na napačni osnovi. V civilnopravnem smislu pa je takšen sorodnik vendarle povzročil poslednjo voljo na način, ki po pravnem čutu ne sme obveljati. Če tega ne priznamo, bi poslednja volja obveljala, a pravo regulirajoči moment bi postalo — naključje, dasi se ni pripetilo v imovini ali osebi prizadetega nečaka.

e) Drugo vprašanje bi bilo po besedilu § 197. k. z. iz l. 1852., kaj naj spada pod določbo, da gre za oškodovalni naklep na njegovi lastnini ali drugih pravicah (*»an seinem Eigentume oder anderen Rechten«*). V okviru naše razprave ne kaže odgrinjati pestre slike vseh mogočih pravic, zlasti ne onih po rodbinskem in javnem pravu, ki jih je utegnila zadeti ustrezna določba po § 197. k. z. iz l. 1852. Naj zadostuje samo konstatacija, da so se morale pod »drugimi pravicami«, ki se stavljajo nasproti lastninski pravici, razumevati seveda vsakojake imovinske pravice, poleg tega pa tudi še individualne osebne in celò politične pravice. Vprašanje ali spada med politične pravice države, ki je takisto lehko oškodovana, tudi pravica do »udejstvovanja pravilnega pravosodstva«, je bilo rešiti pod vidikom, da namen oškodovanja pomenja nekaj čisto drugega kot namen varanja (spravljanja v zmoto i. t. d.) in da sta morala biti ugotovljena oba momenta vsak zase, če naj je bilo govora o kriminalni prevari. Civilna prevara pa je mogoča tudi tedaj, če oba momenta koincidirata.³² Predpisi po o. d. z. in trgov. zak. merijo na splošno obeležje prevare.

f) Nagib k hudobnemu naklepu povzročiti škodo je bil po k. z. iz l. 1852. irrelevanten, pač pa je moral biti v zvezi s predmetom pravnega posla. Koristoljubnost ni bila potrebna. Za civilno prevaro ni da bi moralo veljati isto; pri prevarah po smislu trgov. zak. prihaja samo pač

³² Napačna je odločba bivšega avstr. kaz. sod. z dne 27. jan. 1879., gl. Kavčič, Kazenski zakon (1889.) str. 83.: »Kaznivost krivega pričevanja se opira na nevarnost, ki izvira iz njega za državno pravosodje; ni pa treba, da se je s tem tudi res na kako gotovo sodnijsko razsodbo vplivalo«. Ali je dano varanje, ali oškodovanje, obojih momentov ni!

ta namen v poštev, da se sopogodniku prepreči pravočasno izvajanje grajalne pravice ob dobavi blaga.

g) *Zvijajčno prigovarjanje* (predstavljanje) in *dejanje*, ki iz njega nastane zmota ali uporaba zmote, je bilo po § 197. k. z. iz l. 1852. tisto sredstvo, po katerem naj bi postal naklep oškodovanja kriminalna prevara. Predvsem treba glede pojma zmote, ki je že nastala, pa naj se izkoristi, dodati, da je spadala v isto vrsto tudi nevednost v širšem smislu besede, torej tudi neizkušenost, nerodnost i. pod. Določba § 201. b). k. z. iz l. 1852. je govorila celò o »slaboumnosti, ki se zlorablja«.

Zmota sama kot psihična činjenica še ni mogla škode povzročiti, ona se je morala v zunanjem ponašanju v zmoti se nahajajoče osebe pojaviti tako, da je škodovala. Določba § 201. d) k. z. iz l. 1852. je točno odredila, da zakrivi goljufijo: »Kdor je koga k škodljivim dejanjem zavedel, v katera bi se ne bil vdal, da ni bil goljufan«. Zmota pri goljufiji (prevari) pa se je lehkò nanašala, — ker zakonska norma ni v tem oziru ničesar odredila — na činjenice, ki spadajo preteklosti, sedanjosti ali bodočnosti, poslednje zlasti pri kreditni prevari.³³

Tu se pojavlja vprašanje, ali so se smele šteti k »zvičajnim dejanjem« tudi *opustitve* (*ommissiones*). N. pr.: Dolžnik je sklenil splošno poravnavo po § 1389. o. d. z. in dosegel, izkorišča nevednost ali pozabljivost nasprotnega kontrahenta o neki terjatvi, boljše pogoje, kakor bi jih smel po pravici pričakovati. Ali: dolžnik ni plačal dediču dolga, ker ta ni vedel za dolg ali ker je bil mnenja, da je dolg že davno plačan. Ali je spadala taka opustitev tudi v okvir »dejanj« po smislu § 197. k. z. iz l. 1852.? Pravilno je, da je šlo za *quaestio facti*.³⁴ Kjer obstoja dolžnost govoriti (prvi primer) ali se izjaviti, se mora smatrati opustitev te dolž-

³³ Gl. Lammasch-Rittler, loc. cit., str. 306.; Jakob, loc. cit., str. 545.

³⁴ V književnosti se zastopajo različna mnenja: Herbst, loc. cit., str. 398., da opustitve niso sredstvo, sposobno za kriminalno prevaro; Rittler, loc. cit., str. 304., se mu pridružuje z rezervo, da mora biti opustitev čista (*reines Omissiondelikt*). Srednjo pot je ubral Stooss, loc. cit., str. 350. Njemu slede Finger, loc. cit., II., str. 562. in Jakob v najnovjšem komentarju avstr. k. z. iz l. 1928., str. 542.

nosti za pozitivno kršitev te dolžnosti, torej za pozitivno dejanje (*contra* - »jubere«); kjer take dolžnosti ni bilo (drugi primer), je šlo za čisto opustitev (*contra*-»vetare«). Ipak taka čista opustitev ni smela stati v nujni zvezi s predidocim pozitivnim dejanjem kot njegov zaključek. Kriminalno prevaro bi bilo n. pr. zazreti v naslednjem ravnanju: Zlatar predloži pristne in nepristne prstane kupcu; ta meni, da so vsi pristni, in ponudi za nepristen prstan ceno, ki bi veljala za pristni; zlatar sprejme to ponudbo, ne omenivši, da gre baš za nepristen prstan. Tu bi bilo vse postopanje zlatarja enotno oceniti kot eno pozitivno dejanje, njegov molk je tvoril samo zadnji člen v nizu drugih pozitivnih dejanj. Vsekako pa je morala obveljati, da so bile vsakojake opustitve, ki zavajajo v zmoto in imajo oškodovalni namen, čeprav ne kriminalne prevare, pa vendar civilne prevare.

h) Sporno je bilo vprašanje, ali naj bi ustrezalo »zvi-
jačno prigovarjanje« (predstavljanje) ali »dejanje« šele tedaj pogojem § 197. k. z. iz l. 1852., če se pokaže, da je — kakor pravi Herbst³⁵ — izvršeno s posebnim trudom in umetnostjo. V tem pogledu je treba naglasiti, da gre za psihološke pojave, torej za vplivanje na osebe; t. zv. goljufija na avtomatih torej ni goljufija, ampak tatvina, storjeno s posebne vrste vetrinom.³⁶ Kjer pa je v govoru oseba, človek, tam se pa pač ne sme zahtevati, da naj bi bilo dejanje s posebnim trudom in umetnostjo storjeno; te attribute treba pač pridržati za pojem »spletke« (»Ränke«, § 199. k. z. f. k. z. iz l. 1852.), kjer imajo svojo posebno vlogo rafinirane zvijače. Na vsak način pa gre pri prigovarjanju ali dejanju, ki naj bo zvijačno, za zavestno neresnične izjave ali dejanja. Dalje pa je bilo treba za pojem zvijačnosti zahtevati: po vsebini: da je objektivno sposobno povzročiti, da v konkretnem primeru nastane zmota ali da se izkoristi nastala zmota ali nevednost, po obliki pa: psihološki način oživotvoritve, ki naj vpliva na drugo osebo kot resna in določna opora

³⁵ loc. cit., str. 399.

³⁶ Gl. Rittler, loc. cit., str. 304.; Finger, loc. cit., II., str. 561.

za zaupanje v resničnost dejstva, ki objektivno ni resnično. V prvem pogledu (vsebina) torej n. pr. ni kriminalne prevare, če stranka v procesnem spisu citira določbe, o katerih nepravilnosti se vsakdo lehkò takoj prepriča; v drugem pogledu (oblika) pa takisto ne, če hvali n. pr. prodajalec svoje blago, uporablja neeresnične trditve, o katerih vsakdo vé, da so samo drzka reklama.³⁷

Kjer strožji pogoji za kriminalno prevaro niso bili doseženi, tam utegne storilec ipak zagrešiti civilno prevaro, toda, samo po sebi razumljivo le tedaj, če so izpolnjeni temeljni pogoji v smislu naših izvajanj pod 5. a).

Po pravnem stanju izza dobe hkratne veljavnosti o. d. z. in trg. zak. ter kaz. zak. iz l. 1852. je bila baš opredelitev pojma zvijačnosti, preslepitve, varalnih navedb i. pod. v pogledu na kvalifikacijo kot pogoj za kriminalno ali civilno goljufijo (prevara) pač generalno določena, vendar tako, da so se meje šele v poedinih primerih po konkretnih razmerah ustanovljale.

6. V dobi, preden je stopil jugoslovanski enotni kaz. zakon v veljavnost, sta veljala še srbski kazenski zakonik z dne 29. marca 1860. v Srbiji in pa ogerski kazenski zakonik (zak. čl. 1878.)³⁸ v Vojvodini. Ne kaže, da bi se spuščali v tako podrobno analizo pojmovne opredelitve kriminalne prevare, kakor za § 197. k. z. iz l. 1852., ker bi se morali preveč ponavljati. Samo tiste markantne momente naj pokažemo, ob katerih se pokažejo večje razlike. Pri tem se hočemo posluževati istega reda, ki smo ga imeli pri analizi avstr. k. z. iz l. 1852.

a) Glavni sestavini hudobnega naklepa kriminalne prevare sta bili v srbskem in v ogerskem kaz. zak. identični

³⁷ Prim. Janka-Rulf, loc. cit., str. 262., ki zahteva »arglistiges Verhalten«; nasprotno Rittler, loc. cit., str. 304., Stooss, loc. cit., str. 350., Finger, loc. cit., II, str. 560., ki se mu pridružuje v polni meri Jakob, loc. cit., str. 544., pa pravi pravilno: »Blosse Benützung der Unwissenheit, Unkenntnis eines anderen genügt nicht zum Betrüge«. Zato »slepi« pasażir v vlaku ne zagreši prevare po kazenskem zakoniku, pač pa po o. d. z.!

³⁸ Ni treba šele poudarjati, da se je naslanjal kazenski zakonik za Bosno in Hercegovino z dne 26. junija 1879. na avstrijski k. z., kazenski zakonik za Črnogoro z dne 23. febr. 1906. pa na srbijski k. z.

z onima v avstr. k. z. iz l. 1852. Vendar je bilo koristoljubje na strani storilca bistven element nagiba k hudobnemu naklepu.

b) Pojem škode je bil v srb. in oger. k. z. identičen z onim v avstr. k. z.

c) Po srb. kaz. zak. je za pojem škode zadostovalo, da je prišlo do izgube odišlega dobička (*lucrum cessans*); po oger. kaz. zak. pa ne.

d) V pogledu na čin oškodovanja je bila določba srb. kaz. zak. ožja: samo tista oseba, ki je prišla v zmoto ali čije nevednost se je izkoristila, je morala biti oškodovana; tretje osebe zakon ni vzel v misel.³⁹ Po oger. kaz. zak. pa je bilo pojmovno enako, ali je bila oškodovana oseba ista, ki je bila v zmoto pripravljena, ali pa tretja oseba.

e) Predmet oškodovanja je bil v srb. in v oger. kaz. zak. samo imovina. Razmišljanja o oškodovanju državne pravice do izvrševanja pravosodstva niso bila niti mogoča, ker sta oba navedena zakonika ustanovila v tem pogledu, čisto pravilno, *delictum sui generis*.

f) Nagib je bil v srb. in oger. kaz. zak. utesnjen edino le na koristoljubje; prevara je bila v obeh zakonih čisti imovinski delikt.

g) Po besedilu § 25. srb. kaz. zak. (»lukavo i lažno predstavljanje ili izopačavanje i prikrivanje istine«) ali § 379. (ozir. § 50. novele) ogerskega kaz. zak. (»varanje s spletkami ali vzdržavanje zmote«) je zadostovalo tudi zgolj omisivno ravnanje, če je bilo kvalificirano po tej določbi. Po srbskem kaz. zak. iz l. 1860. se je sredstvo prevare lehkò tikalo česarkoli, a ne samo činjenic.⁴⁰

h) Sredstvo varanja je bilo po oger. kaz. zak. precizneje ustanovljeno, namreč, da je potrebno spletkarjenje; po srbskem kaz. zak. pa je bilo v prejšnji točki navedeno

³⁹ Toda Subotić D. je pisal (»Projekat i motivi kaznenog zakonika za kraljevinu Srbiju« Beograd, 1910., na str. 662.), da po srb. k. z. iz l. 1860. »izgleda na prvi mah, kao da to ne mogu biti dva lica, jer se govori o navedenom, koji učini nešto na uštrb svog imanja. Ali u praksi ovo gledište nije usvojeno, već prvo, čijem usvajanju ne stoji ipak na smetnji zakonski tekst.«

⁴⁰ Gl. T. Živanović, Osnovi krivičnog prava, posebni deo, str. 33.: »ma šta tvrdi...«

besedilo za primer sklepanja pogodbe legalno interpretirano, tako da je prevara storjena tudi, ako je nasprotna stranka podvrgla drug predmet manjše vrednosti ali vobče njegovo vrednost zmanjšala ali predrugačila; ali ako je stranka svojo obveznost celoma ali deloma prerekala, pa bi se na sodišču naravnost nasprotno dokazalo; ali ako je bil kdo glasom listine že poplačan, pa je zahteval vnovično poplačilo (§ 253. srb. k. z.). —

Če te diferencialne momente odmislimo, ostane ipak za civilno prevaro v območju srb. in oger. kaz. zak. gori pod h) opetovano omenjeno načelo, da je civilna prevara podana, če gre za to, da nekdo spravi v namenu, drugega oškodovati, le-tega v zмотo ali če v istem namenu izkoristi njegovo nevednost, na način, da svojo namero na zunaj udejestuje, dasi je eden ali drugi za kriminalno prevaro specifično potreben element vendar le izostal.

III. Sodobni pravni položaj.

7. Do veljavnosti enotnega kaz. zak. iz l. 1929. za vso državo je prišlo dne 1. januarja 1930., občni državljanski zakoni, ki so veljali dotlej, pa so ostali tudi poslej v moči. Zopet so bile meje med kriminalno in civilno prevaro premaknjene, toda kakor sledi že iz naših doslejšnjih izvajanj, še vedno samo tako, da je večji krog civilnih prevar ostal isti kakor prej, a konture manjšega kroga kriminalnih prevar so se izpremenile.⁴¹

Če hočemo te izpremembe pravilno spoznati, moramo se predvsem ozreti po določbah novega kaz. zak. iz l. 1929. Te pa bomó spoznali najboljše, ako pokažemo njihov razvoj ob bistvenih elementih.

»Projekat i motivi kaznenog zakonika za kraljevinu

⁴¹ R. Vukčević (loc. cit., str. 550., gl. prip. 1) toži: »...kod odredjivanja granica izmedju gradjanske i krivične prevare uloga sudije je teška i puna odgovornosti. Ovu teškoću stvorio je s jedne strane zakonodavac sam u nejasnom i suviše opštem odredjivanju granica, a s druge strane ta teškoća proističe iz izuzetne prirode samog dela prevare.«

Srbiju« iz l. 1910.⁴² so se jasno izražali, da smatrajo pojmovanje prevare po srb. k. z. iz l. 1860. vobče za dobro, samo določbe naj bi se bolje stilizirale, da postane prevara čisti delikt zoper imovino. To se je zgodilo in je dobil ustrezeni § 300. sledeče besedilo: »Ko u nameri, da sebi ili drugome pribavi kakvu protivpravnu korist, lažnim predstavljanjem ili prikrivanjem ili izopačavanjem istine, dovede koga u zabludu, ili ga održava u zabludi u kojoj se nalazi, i time ga navede, da ovaj na štetu svoga imanja, ili imanja lica čiji je punomoćnik, nešto učini ili ne učini, kazniće se zbog prevare...«

»Ako je ovo uradjeno brez namere pribavljanja koristi, učinilac će se kazniti...«

Naslednji § 301. pa se je glasil: »Pri ugovorima smatraće se da je prevara učinjena, iako nema sva obeležja iz prethodnog naredjenja, i učinilac će se kazniti po prethodnom paragrafu u ovim slučajevima:

1. ako je jedna strana zaključila ugovor samo kao sredstvo za prevaru i drugu stranu u imanju stvarno oštetila;

2. ako je na mesto ugovorenog predmeta drugi predmet manje vrednosti ili drugog svojstva podmetnila ili vrednost ugovorenog predmeta umalila;

3. ako je obmanula drugu stranu o prirodi i bitnim osobinama ili o sastavu i količini korisnih delova kakve robe;

4. ako je obmanula drugu stranu o vrsti ili njenom poreklu, pod pretpostavkom, da je oznaka vrste robe i njenog porekla, koji je robi lažno pridavata, bitni uslov za prodaju.«⁴³

Na tem besedilu je »Projekat kaznenog zakonika za

⁴² Službeno izdanje ministarstva pravde. Poglavje XXVII. o »prevari« je bilo redigirano po komisiji M. Gjuričić, Boža Marković, M. Miljković in Duš. Subotić, motive o »prevari« je izdelal D. Subotić.

⁴³ Pripomni se, da je Topalović-Landsbergova izdaja projekta iz l. 1910. (Guttentagova zbirka inozemskih kazenskih zakonikov, št. 32) prinesla točen prevod §§ 300., 301. po gorejšnjem besedilu, dasi je inače v občnem delu že upoštevala izvestne izpremembe, ki jih je napravila »širša komisija« v l. 1911. Topalović-Landsberg sta prevedla srbski izraz: »namera« v »Absicht«.

kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca«,⁴⁴ ki se je že oziral na švicarski prednačrt iz l. 1918., izpremenil samo tole: Pred besedo »korist« v prvem (finalnem) stavku je bila urinjena beseda »imovinsku«, namesto besede »istine« je prišla beseda »činjenica«. V drugem finalnem stavku je bil tekst dopolnjen, da se je glasil: »da ovaj na štetu svoga imanja ili svojih imovinskih interesa...« V drugem odstavku je bilo dodano za »bez namere pribavljanja imovinske koristi« še »već samo u nameri oštećenja drugog«. V naslednjem paragrafu je bilo črtano besedilo prvega stavka »i ako nema sva obeležja iz prethodnog naredjenja«. — V projektu iz 1922. sta dobila paragrafa novo številko, § 300. proj. iz 1910. je postal § 349., § 300. pa § 350. O vzrokih ali svrhi izpremembe besedila »kratko objašnjenje« projekta iz l. 1922. ni prineslo niti besedice. Naslednji osnutek za enotni kazenski zakonik, t. zv. Gjuričićev projekt (iz l. 1926.) je prinesel v svojem § 327. že tisto besedilo, ki je danes v § 334. k. z. uzakonjeno. Izpale so torej besede »ili imanja lica, čiji je punomoćnik«, a namesto tega se je glasil neposredno prejšnji stavek: »navede, da ovaj na štetu svoga imanja ili tudjeg imanja ili svojih ili tudjih interesa«. V drugem odstavku § 334. je bil napravljen samo nek redakcijski popravek, novo pridodani odstavek, tretji, pa je penaliziral tudi poskus. Glede pogodbenih prevar je ostalo v bistvu vse pri prejšnjem besedilu. Ekspozé vladnega poverjenika ni omenil glede določb o prevari ničesar.⁴⁵ V narodni skupščini (sekciji) se je vršilo pretresanje o teh določbah, ali izpremembe ni bilo nobene.

Samo radi popolnosti, da se vidi, kako se je uzakonjenje dalje vršilo, naj omenjamo, da je t. zv. Subotićev predlog, ki je bil predložen narodni skupščini l. 1927., sprejel besedilo obeh navedenih paragrafov z določbami o prevari iz Gjuričićevega predloga, dostavil pa je drugonavedenemu še novo (5.) točko, ki naj bi kriminalizirala posredovanja, da se pogodba z državo ali samo-

⁴⁴ Službeno izdanje Ministarstva Pravde, Beograd, 1922.

⁴⁵ Gl. Ekspozé g. dr. Dušana Subotića... o predlogu kaznenog zakona — održau u sednici sekcije zakonodavnog odbora 27. aprila 1926., str. 12.

upravnim telesom izvrši ali ne izvrši. Ta določba pa je v veljajočem § 334. k. z. iz l. 1929. zopet izpala, a namesto nje je prišla določba novega § 335., ki strožje penalizira prevare pri državnih nabavah.⁴⁶

Najnovejše besedilo veljajočega § 334. k. z., izpremenjeno po noveli kaz. zak. iz l. 1931.,⁴⁷ se bistvenih sestavin pojma prevare v nobenem pogledu ni dotaknila.

8. Če upoštevamo zgodovinski razvoj kazenskopravnega pojmovanja prevare, zlasti pa postanek sedaj veljajočega besedila ustreznih določb kazenskega zakonika, vidimo po eni strani, da se je kriminalna prevara usmerila docela kot čist delikt zoper imovino.⁴⁸ Na tem ne more motiti niti izraz »tudjih imovinskih interesa«,⁴⁹ ker kaže pridevnik »imovinski«, da mora biti v govoru imovinska vrednost, ali, gospodarsko povedano, vrednost, ki se dá v denarju oceniti. Na drugi strani pa vidimo, da zakonodajec vendar ni ustanovil prevare kot čisto koristljuben delikt. Tudi brez namere, pribaviti si kakšno imovinsko korist, se more zagrešiti delikt, ki ga zakonodajec kaznuje celò, če je dejanje samo poskušeno, vendar se kaznuje prevara brez koristljubne namere blažje.⁵⁰

Vprašanje pa nastane, ali se kaznuje prevara pri državnih nabavah (§ 336.) in pri obrtoma izvrševani prevari (§ 337.) s tako strogimi kaznimi, kakor jih zagrozati te dve določbi, tudi če ne gre za koristljubno namero storilca? Vsekako osupne, da se v 2. odstavku § 334. k. z. delikt, storjen brez koristljubne namere, privilegira tako

⁴⁶ V proj. l. (1910.) je bila kazen za obrtoma izvršeno prevaro v enem paragrafu (§ 302.) izjednačena glede kazni s »prevaro izvršeno pri vojnim i državnim liferacijama« (robija do 10 let).

⁴⁷ Zakon o izmenama i dopunama u krivičnom zakoniku, zakonu o sudskom krivičnom postupku, zakonu o štampi i zakonu o izvršivanju kazni lišenja slobode z dne 9. okt. 1931., Sl. N., br. 245—LXXV.

⁴⁸ Gl. projekat iz l. 1910., str. 659.: »...namera koristi, koji element, u vezi sa oštećenjem imovine usled obmane, daje obmani značaj krivičnog dela protiv imovine.«

⁴⁹ Tujka »interes« ni baš na mestu, pomenja pa tu pač — po Karadžiću — *fructus* (*Nutzen*) ali *lucrum* (dobit, *Gewinn*).

⁵⁰ S tem je opuščeno stališče srb. kaz. zak. iz leta 1860. (§ 251.), odnosno tudi kaz. zak. za Nemško državo iz l. 1870. (§ 263.), da mora biti nagib naklepa koristljublje.

glede vrste kazni kakor tudi glede posledice izgube častnih pravic, a v §§ 336., 337. k. z. se je zakonodajec postavil na stališče, da v teh primerih ne daje nobenega privilegija. To pomenja: Če storilec prevari brez koristoljubne namere, pač pa v nameri prizadejanja škode, n. pr. iz mržnje, zavisti, zlobe, osvetoželjnosti in pod. (vendar ne »iz nuje«) privatno osebo in jo oškoduje za 50 Din, je zagrožena kazen na prostosti zapor do 1 leta ali denarna kazen, če pa isti delikt izvrši z isto minimalno škodo pri državni nabavi, znaša zagrožena kazen na prostosti od 3 let do 20 let robije in poleg tega zadene storilca še denarna kazen.⁵¹ Navzlic tem pomislekom moramo vendar le na stavljeno vprašanje odgovoriti, da spada v obseg §§ 336., 337. k. z. — prav tako kakor pri § 338. k. z. (prevara iz nuje) — vendar tudi dejanje storjeno po 2. odst. § 334. k. z., torej brez koristoljubne namere, ker je *lex ita scripta!* Vsaj se pričinja ta drugi odstavek § 334. k. z. z besedami »če je to storjeno z namero« itd., a pod »to« moramo razumevati vse tisto, kar navaja prvi odstavek, ki pa pravi, da se storilec kaznuje »z bog prevare«.

Ta konstatacija se nam zdi zelo važna za opredelitev pojma kriminalne in civilne prevare. Sicer smo izvajali zgoraj pod 3., oziraje se na Zeiller-jevo tolmačenje, da ni, da bi morala biti civilna prevara istovetna s prevaro po kazenskem zakoniku. Tu pa vidimo, da po sedaj veljajočem pravu ni, da bi smeli zahtevati za civilno prevaro **moment koristoljubja**, ko tega niti za kriminalno prevaro ni potreba.

9. Kriminalna prevara, kot čisto imovinski delikt, ki se more storiti tudi brez koristoljubne namere, je kazniva samo, če gre storilcu na rovaš takšen naklep, kot je določen v definiciji § 334. k. z.

Zgoraj pod II., 5. a) smo govorili o »hudobnem naklepu« po smislu § 1. k. z. iz l. 1852. (odn. 1803.); tu govorimo o

⁵¹ Čubinski M., Naučni i praktični komentar krivičnog zakonika kraljevine Jugoslavije, str. 312., pravi, na eni strani, da »je na taj način ovo delo suviše privilegisano«; mi pa, na drugi strani, mislimo, da je pri § 336. k. z. pretirano strogo kaznovano.

»naklepu« po smislu § 16. k. z. iz l. 1929., ki pa združuje obliki neposrednega naklepa (*»dolus directus«*) in posrednega naklepa (*»dolus eventualis«*).

Ni, da bi na tem mestu široko razlagali razlike pojmovanja *dolus*-a po ravnokar citiranih kazenskih zakonikih. Samo to naj navedemo, da je bil poudarek h u d o b n o s t i naklepa po § 1. k. z. iz leta 1852. izražen v tem, da je storilec »zlo, s hudodelstvom združeno, naravnost premislil in sklenil«, dočim za *dolus* po § 16. k. z. iz l. 1929. ni potrebno nič več, nego da storilec ob dejanju vé za posledice kazenskopravno zabranjenega dejanja in da hoče da iste z njegovim dejanjem nastopijo.⁵² V tem pogledu so se torej meje civilne prevare toliko premaknile, da bo tudi za njo zadostovala sedajšnja manj težka oblika *dolus*-a kriminalne prevare po že ugotovljenem načelu, da je vse tisto tudi civilna prevara, kar je kriminalna.

Drugo vprašanje pa je, ali zadostuje posredni naklep (*dolus eventualis*) za kriminalno prevaro in kakšen vpliv ima rešitev tega vprašanja na opredelitev kriminalne od civilne prevare.⁵³ Mi smatramo, da za kriminalno prevaro posredni naklep ni izključen, dasi zahteva § 334. k. z. v obeh odstavkih, prvem in drugem, da se mora dejanje storiti z namero. Pojem namere se dá samo tako ideologično uvrstiti v zgradbo enotnega kazenskega zakonika, da se opredeli kot *dolus*, ki ima za vsebino *animus nocendi, laedendi, offendendi* i. pod.⁵⁴ Torej naj ustreza nameri po § 334. k. z. samo *dolus*, ki ima za vsebino oškodovalni namen (*animus nocendi*)?

Določba § 16. k. z. pravi, da zadostuje tudi drugačen naklep: vedenje + hotenje uspevka, samo, da je s t o r i l e c n a n j p r i s t a l, p r e d a l i o b p o č e t k u d e j a n j a, p r a v k a k o r n a p r v i u s p e v e k. Č e n. p r. p r e s u m p t i v n i d e d i č z v i j a č n o

⁵² Gl. n a š Tolmač h kaz. zak. kraljevine Jugoslavije, str. 49. nasl.

⁵³ Književnost se glede tega vprašanja razhaja: Čubinski, loc. cit., II. str. 310., zanika, da bi za § 334. k. z. zadostoval *dolus eventualis*, Šilović-Frank, Krivični zakonik za kraljevino Srba, Hrvata i Slovenaca, str. 236., smatrata, da zadostuje tudi *dolus eventualis*, češ »umišljaj sadržaje 1. (...2) svijest, da se oštećuje imovinu«.

⁵⁴ Gl. n a š Tolmač itd., str. 51., Čubinski, loc. cit., II. del, str. 383., pravi, da je »namera želja upravljena na posledicu«.

pripravi starca-sorodnika, ki se nahaja v denarnih neprilikah, do tega, da mu verjame, da njegov prstan ni pristen briljant, in ga pregovori, da prstana ne bo nikomur prodal, ker hoče, da ostane briljant v zapuščini, pa si za tisti primer, da bi sorodnik vendar le ne hotel prstana obdržati, usvoji eventualni uspevek, da bi starec-sorodnik prstan daleko izpod prave cene baš njemu prodal ali radi namišljene male vrednosti celò daroval, ta je storil kriminalno prevaro, ker si je tudi drugo eventualno namero *cum animo nocendi* usvojil, t. j. predvideval, da more oškodovalni čin iz njegovega dejanja nastopiti ter *in eventu* prav tisti čin hotel. Da-li ga je tudi želel, to je po pozitivni določbi § 16. k. z. brez pomena. Ko je v prvi vrsti imel namen, ohraniti prstan v zapuščini, kar ni kaznivo, to ne more izpremeniti pravnega položaja, da je istočasno v isti meri po svojem ravnanju hotel eventualno pripraviti starca v škodo, sebe pa do dobička.

Če je v govoru samo več različnih načinov oškodovanja, pa si usvoji storilec vsakega v isti meri (n. pr. prodaja ali menja prstana) gre za alternativni *dolus*, ki se upošteva enako kot samo v eni smeri oživotvorjeni *dolus*. Saj je tudi alternativni *dolus* resnično neposredni naklep.

Zgorejšnja rešitev vprašanja glede posrednega naklepa za kriminalno prevaro nas vede do zaključka, da tudi za civilno prevaro ne gre zahtevati samo neposredni namen, da se nasprotna stranka pripravi v škodo. Za civilno pravo bomo morali iti še dalje: ne samo posredni namen, ampak vsak povod, ki ga stranka zavestno dá, bo zadostoval za pojem civilne prevare, kakor smo to že zgoraj pod 5. d.) izvajali.⁵⁵

10. Sestavine naklepa po § 334. k. z. hočemo obdelati zastran naznačbe pota, kako se naj loči kriminalna od ci-

⁵⁵ Da mora pri kriminalni prevari naklep obstojati že pred ali najpozneje tik ob pričetku njegove izvršitve, je samo po sebi razumljivo. Vukčević, loc. cit., str. 548., proglašja, »da od ovog pitanja zavisi i odgovor: gde su granice građanske a gde krivične krivice«; to je res. Nadaljuje pa: »te granice ni jedan drugi element ne može nam dati«; to pa je očividno netočno.

vilne prevare, v isti vrsti, kakor smo to storili pod II. št. 5. a) do h).

a) **Naklep.** Storilec naklepoma (v smislu predidocih izvajanj pod 9.) dovede koga v zмотo ali ga vzdrzuje v zmoti, v kateri je oni, ter ga s tem naklepoma zavede, da oni kaj stori ali ne stori ali trpi in se s tem sam — oškoduje ali pa oškoduje tretjo osebo, torej disponira z neko imovino tako, kakor ne bi disponiral, ako bi ne bil v zmoti. Element »nevednost«, ki se je nahajal v avstr. k. z. iz l. 1852., v § 334. k. z. ni omenjen. Na dlani leži, da je »nevednost« samo negativno opredeljena »zmota«. Podoba, ki je kot predstava v psihi prevaranega nastala in katero smatra on za resnici ustrezajočo, ni v skladu z objektivno resnico. Če je nesoglasje med predstavo in resničnostjo zanikalno, govorimo o nevednosti, če je pritrjevalno, govorimo o zmoti, vsekakor se mora v obeh primerih tikati bistvenih, na voljo prevaranega odločilno vplivajočih okolnosti. Nebistvena nesoglasja nimajo pomena. Naklep pa mora biti od vsega početka tako izražen, da ima sposobnost na zunaj vplivati, t. j. škodovati. Kakor zgoraj pod II., 5), moramo tudi tu reči, da ni niti civilne prevare, če niso izpolnjeni v glavnem tukaj navedeni pogoji kriminalne prevare.

b) **Škoda.** Kakor pri § 197. k. z. iz l. 1852., tako tu po § 334. k. z. ni za delikt prevare potrebnega naklepa, če ni v njem vključeno prizadevanje (vedenje + hotenje) storilca, da pride do resnične škode. Dejanje mora biti vzrok zmote, zmota pa mora biti vzrok oškodovanja *imovine*.⁵⁶ Zvijajčno dosežen *coitus* ni imovinska škoda, ni prevara, pač pa poseben delikt (§ 271. k. z.).

Škode v smislu § 334. k. z. ni, če med zmoti in škodo ni neposredne vzročne zveze. Takisto ni škode, če gre za prizadevanje storilca, da pride do svojega pravičnega zahtevka ali da se ubrani sam preteče mu krivične škode. Samo taka imovinska škoda prihaja v poštev, ki je hkratu protipravna. Ne bomo govorili niti o škodi, če gre za običajna majhna darila beračem, katera smatra zaproseni samo za vsakdajšnjo, prilično, povsem neznatno deterioracijo svoje imovine. Toda s tem nečemo zanikati, da se dá vendarle za-

⁵⁶ Gl. Urošević, Sudski trebnik II., str. 494.

misliti tudi prevara storjena z beračenjem, če gre za zvižno ravnanje in za zneske, ki štejejo na strani darovalca ipak za škodo v pravem smislu besede.

Ni pravilno, da je bistven element kriminalne prevare, da storilec uporabi zvižaho v nameri, da sebi ali drugemu pribavi kakšno protipravno korist.⁵⁷ Res je le, da mora iti namera za tem, da v zmoti se nahajajoča oseba stori po lastni volji sebi ali drugemu škodo. Namera povzročiti škodo, je konstanten element delikta po prvem in drugem odstavku § 334. k. z., pridobitev dobička, torej obogatitev, je samo kvalifikacijski moment delikta po prvem odstavku, a oba delikta, po prvem in po drugem odstavku sta prevara.

Za civilno prevaro bomo morali zahtevati glede namena takisto kakor glede § 197. k. z. iz l. 1852., da ni potreba obogatitvenega namena, ampak, da zadostuje oškodovalni namen; n. pr. oseba, ki je s prevaro pripravila zapustnika do drugačne poslednjevoljne odredbe, kakor je bila sprva od njega zamišljena, ni da bi morala imeti kakšen dobiček od tega, ker se hoče morda le maščevati nad tedajšnjim presumptivnim dedičem; ali: dobavitelj blaga, ki prepreči s prevaro, da prejemnik ne graja pravočasno pošiljke, ni da bi moral hoteti od tega kaj dobička, morda mu gre samo za to, da se blaga za vsako ceno znebi, čeprav na škodo prejemnika.

c) Pričakovani dobiček (*lucrum cessans*). Besedilo § 334. k. z. izključuje vsak dvom o tem, da se mora pod škodo razumevati tako *damnum emergens*, kakor tudi *lucrum cessans*; saj je govora o svojih ali tujih imovinskih interesih, a *lucrum cessans* je gotovo tak interes. V tem pogledu je književnost edinega mišljenja.⁵⁸ Vendar mora obveljati to, kar smo za škodo v obče izvajali, da gre le za imovinske interese, ki so pravno zaščiteni. Tudi po sedajšnjem pravu ne more biti ne kriminalne, ne civilne prevare,

⁵⁷ Tako Čubinski, loc. cit., II., str. 310.

⁵⁸ Gl. Urošević, loc. cit., II. str. 495.; Karajovanović, Komentar opšteg krivičnog zakonika, str. 329.; Šilović-Frank, loc. cit., str. 236.; Dolenc, Tolmač, str. 509. Že projekt iz l. 1910. je zastopal isto stališče, dasi po besedilu zakonske določbe projekta tega ne bi mogli pričakovati.

kjer je oškodovanje, čeprav v najširšem smislu besede, pravno brez zaščite. Tu sem spada vprašanje, ali so izpolnjeni pogoji za kriminalno prevaro, če je tisti, ki je kot prevaranec utrpel škodo, sam zagrešil kaznivo dejanje; n. pr. on ve, da je prstan ukraden, pa ga, prevarjen, da je zlat, kupi za pretirano ceno. Njegov pravni interes izvira iz delikta in ne more biti kazensko pravno zaščiten.⁵⁹

Spričo določbe § 334. k. z., da se oškodovanje tiče lehkò »svojega ali tujega imetka ali svojih ali tujih imovinskih koristi« (= v orig. »interesa«), moremo na vprašanje, ali naj gre za »gospodarsko« ali za »pravno« zmanjšanje imovine, odgovoriti le tako, da ima zakonodajalec vsako p r a v n o zmanjšanje ali utesnenje pravic ob razpolaganju z imovino ali imovinskimi koristmi v mislih.⁶⁰ Na ta način vidimo, da ima kriminalna prevara danes v tem pogledu večji obseg kot pod veljavnostjo § 197. k. z. iz l. 1852. Besedilo § 335., št. 1., ki se glasi, da se kaznuje radi prevare stranka, ki »je sklenila pogodbo samo kot sredstvo za prevaro ter je drugo stranko dejanski (»stvarno« v originalu!) oškodovala v imetku«, bi utegnilo zavajati, da gre tu samo za *damnum emergens*.⁶¹ Tu pa je treba uvaževati zgodovinski postanek te določbe. Po projektu iz l. 1910. je bilo dejanje iz ustreznega paragrafa (301., št. 1.), danes § 335., št. 1., kaznivo kot prevara, »i ako nema sva obeležja iz prethodnog naredjenja«; zato je bila tam kriminalnopolitično potrebna nekakšna utesnitev. Ko pa je ta baš navedena, *de lege ferenda* gotovo nesmotrena določba odpala, ostalo je besedilo, ki popolnoma izjednačuje elemente prevare po § 334. k. z. in po § 335. k. z. Beseda »stvarna« (škoda) ali »dejansko« (oškodovanje) mora torej danes pomeniti vsako oškodo-

⁵⁹ Urošević, loc. cit., II., str. 496., smatra, kakor mi, da ni kriminalne prevare; Čubinski, loc. cit., II., str. 314., pa, da je kriminalna prevara dana, toda to zakonodajčevo stališče da je *de lege ferenda* izgrešeno.

⁶⁰ Urošević, loc. cit., str. 495., je nazora, da ni kriminalna prevara mogoča, če dobi v zmoto pripravljeni polno vrednost za svojo imovino. Temu nasproti pravijo motivi v proj. iz l. 1910., da je dovoljno, če stori v zmoto pripravljena oseba »izvesnu štetnu imovnopravnu dispoziciju«.

⁶¹ Tako Čubinski, loc. cit., str. 313.

vanje, samo da se je ali naj bi se res pripetilo. Tekmec prodá pisalni stroj, ki ga nasprotna stranka (tekmeec prve) nujno potrebuje radi nakopičenega dela, katerega pa prvi tekmeec sploh nima, pa trdi v oškodovalni nameri, da je tisti pisalni stroj skoraj nov, neobrabljen, čeprav ve, da je v resnici samo za silo popravljen. Nasprotna stranka pride s tem o kvaliteti stroja v zmoto in v tej zmoti kupi stroj, toda za ceno, ki ustreza resnični vrednosti stroja. Če se pa tako kupljeni stroj že prvi dan do nerabnosti pokvari in kupec ne more ž njim kar nič delati in zaslužiti, ali naj to ne bo po § 335., št. 1., k. z. prevara, dasi so dana vsa obeležja po § 334. k. z.⁶² Pravilno bo tudi tu, da se mora takšno dejanje obsoditi kot prevara, ináče bi bilo nekaznivo. Saj se mora kaznovati tudi poskus dejanja po § 334., št. 1., k. z., dasi ni nobena škoda nastala!

d) **Oseba oškodovanca.** Brez pomena je, ali zadene oškodovanje osebo, ki je v zmoti, ali tretjo osebo. N. pr. pri sodni cenitvi postane žrtev prevare izvedenec, izvršilni organ, sodnik, a škoda zadene — stranko. Stališče projekta iz l. 1910., da mora biti ta prevarana oseba samo »punomočnik« oškodovanca, je opuščeno. Ni pa opuščena logična zahteva, da mora biti za kriminalno prevaro oškodovanje tretje osebe v najbližji vzročni zvezi s storilčevim dejanjem. Po dejanju storilca pride do zmote, zmota pa provzroči preko osebe, ki je v zmoti, škodo neposredno ali njej ali tretji osebi. Če bi prišlo šele posredno do škode tako, da bi sodelovale še četrta, peta oseba pri provzročitvi škode, to ne bi bila kriminalna prevara, utegnila bi pa ostati civilna.

e) **Vloga zmote.** Zmota je tisti činitelj, ki provzroči, da je disponiranje z imovino ali imovinskim interesom škodljivo. Že samo to uvaževanje, da gre za dvoje momentov, a) provzročitev zmote, b) provzročitev škode, nas vede do razlage, da morata biti ta dva momenta dana vsak zase, drug poleg drugega. To potrjuje tudi dikcija § 335. k. z., ki razlikuje vseskozi točno oba momenta. Seveda to razlikovanje nima več tistega pomena, o katerem smo govorili zgoraj

⁶² Mnenja, ki smo ga zastopali v našem Tolmaču str. 510., da se izključuje *lucrum cessans*, ne vzdržujemo.

pod II., 5. e), ker je zakonodajec »pravico države do udeleževanja pravilnega pravosodstva«, ki seveda ni vedno imovinski, ampak mnogokrat samo javnopravni interes, zaščitil na posebnem mestu med »kaznivimi dejanji zoper pravosodje« (§§ 144. nasl. k. z.). Stek med deliktom prevare in deliktom lažne prisege je izključen.⁶³

Samo navidezno manjka »provzročitev zmote« v primerih, ko storilec prevare samo »molči«, a že provzroči škodo. Molk pomenja tedaj poseben čin provzročitve zmote, kadar gre za storilčevo pravno dolžnost, da govori. Zato »slepi potnik«, ki se utihotapi v potni vlak ali gledalec, ki se prikrade med gledalce v gledališču, ne stori prevare, kajti on nima dolžnosti govoriti, da ni kupil vozovnice ali gledališčne vstopnice.⁶⁴ Seveda pa ostane tako dejanje vsekakor civilna prevara. Poudariti je, da falzifikacije osebnih legitimacijskih papirjev ne spadajo same po sebi med prevare (gl. § 222. k. z.).

f) Nagib. Že iz naših izvajanj o »naklepu« in »nameri« zgoraj pod 9. izhaja, da zadostuje za kriminalno prevaro vsak nagib, samo da je v njem tudi *animus nocendi* itd. Torej: zakaj želi, kakor sploh, ali želi storilec škodo, je neodločilno, zadošča da vé in hoče, da gre za oškodovanje. O tem, kakšno vlogo ima nagib obogatitja, je bilo že govora (gl. zg. pod 10., b). Idejno spada sicer vsaka kriminalna prevara v obseg civilnih prevar, toda za civilno prevaro treba tam, kjer jo zakon uvaja kot poseben pojem, specifičnega nagiba, ki je v zvezi s pravnim poslom, za katerega civilnopravni zakon odreja posebne določbe.⁶⁵

⁶³ Tu gre za nepravo konkurenco materialnopravnih kazenskih določb; gl. n a š Tolmač, str. 133., 134.

⁶⁴ Gl. Šilović-Frank, loc. cit., str. 245. Predlog zakona o prekrških iz l. 1927. pa je imel določbo § 147.: »Ko neovlašćeno udje v prostore, za koje se plaća ulaznica, kazniće se zatvorom do dva dana ili novćano do 60 dinara«.

⁶⁵ Po § 542. o. d. z. mora biti nagib, da zapustnik s poslednjo voljo odredi nekaj drugega, nego bi bilo pričakovati. Za § 770. o. d. z. velja isto. Za § 345. o. d. z. mora biti zvižaća pohlep po posesti. Za § 877. in § 874., 875. o. d. z. je pohlep po dobićku ali koristi ali želja po ubranitvi pričakovane škode. Čl. 350. trgov. zak. misli na pohlep prodajalca, da pride do neupravićenega dobićka ali pa da povzroći kupcu blaga ne-

e) Sredstvo prevare v obče. Besedilo § 334. k. z. je v tem pogledu malce nejasno, ker stoji pridevnik »lažen« neposredno v zvezi samo s samostalnikom »predstavljanje«, ne pa tudi s »prikrivanjem činjenic«. Toda na pravem smislu določbe o sredstvu prevare že zaradi tega ne bi bilo mogoče dvomiti, ker gre za svrhu, da se doseže ali vzdržuje zmota ali tudi nevednost: gl. zgoraj pod a).⁶⁶ Dejstvo pa je, da govori besedilo § 334. k. z. jasno o lažnem predstavljanju ali prikriivanju ali potvarjanju činjenic, dočim § 197. k. z. iz l. 1852. o tem ni ničesar navajal. Projekat iz l. 1910. pa je določeval, da naj gre za lažno predstavljanje itd. »istine«. Zgodovinski postanek sedaj veljajoče določbe je torej pokazal jasno smer za rešitev vprašanj, α) ali spadajo med omenjena sredstva tudi »omissiones«, β) ali se štejejo tudi mnjenja, obečanja in pod. kot sredstva, ki so sposobna za storitev prevare.

K α). Predstavljanja, prikriivanja ali potvarjanja, ki naj vplivajo na zunaj, so čini aktivnega delovanja. Pasivno zadržanje, molk, nima tega obeležja. Zahtevati je treba za sredstvo, s katerim se naj doseže zmota ali vzdrževanje zmote (nevednosti) v smislu § 334. k. z., več kot samo molčanje ali nedelavnost, torej pozitivno delovanje.⁶⁷ Ko je molk kršenje pravne dolžnosti, da mora nekdo govoriti, pomenja prekršitev te dolžnosti vendar le pozitivno delo-

prilike. Čl. 386. trgov. zak. vsebuje pohlep spediterja, da pride do neopravičenega dobička ali pa da povzroči nepravilne imetniku blaga.

⁶⁶ Motivi iz Projekta iz l. 1910., ki so pa govorili o »lukavom i lažnom predstavljanju« in o »izopačavanju i prikriivanju istine« (str. 661.), so bili v tem pogledu še medlejši. — Ni vsako predstavljanje a priori »lažno«; zakonodajec navaja n. pr. v § 169. »opasna ili vrlo teška predstavljanja«, ki niso lažna, pač pa neutemeljena.

⁶⁷ Gl. Čubinski, loc. cit., str. 308.: »Svaka obmana, koja ni prosta laž, već sadrži v sebi izopačanje stvarnih činjenica u kojoj bilo formi i na taj način stvara štetu za drugu stranu ... mora se smatrati i kazniti kao prevara«. Prim. Urošević, loc. cit., str. 493.: »treba radnje«. Mi bi dostavili, da more biti tudi pasivnost že »radnja« v širšem smislu besede. N. pr. kdor pride v gostilno in si naroči imenitno kosilo, ne da bi navedel, da nima v žepu niti beliča, da torej neče plačati, ta je navzlic »pasivnosti« gostilniške organe preslepil, da je plačila zmožen in voljan in to v oškodovalni nameri. Torej stori prevaro. Nekateri inozemski zakoni kaznujejo tako dejanje kot poseben delikt opeharjenja (Zechprellerei) in mileje.

vanje (fizično zadržavanje notranjih gonilnih sil, da izpolni storilec dolžnost oddati izjavo i. pod.). Tu postane indiferecentni molk z dejanjem podkrepljena zavestna laž in to zadostuje.⁶⁸ Samo kot primeri pozitivnega delovanja se dajo zamisliti v § 334. k. z. »lažno predstavljanje, prikrivanje, potvarjanje«, v § 335. k. z. »podvrženje nepravega ali manj vrednega pogodbenega predmeta«, »preslepitev«. Vse to so opredelitve na pozitivno stran. Na negativno stran pa se mora zahtevati samo to, da sredstvo za storitev ne sme biti sredstvo za storitev kakšnega drugega zločina, kakor n. pr. napravljanja lažnih listin ali mer. Ako so v nekem konkretnem dejanju združeni vsi pogoji hkratu za več vrst zločinov (n. pr.: s potvorjeno listino se spravi nekdo v zmoto, a uporaba potvorjene listine je takšna, da nasprotna oseba pride sama po svojem delovanju v škodo) gre za stek kaznivih dejanj v smislu § 61., 1. odst., k. z.

K β). Besedilo § 334. k. z. zahteva, da se mora lažno predstavljanje, prikrivanje ali potvarjanje nanašati na »činjenice«, ne pa kakor je stalo v proj. iz l. 1910. na »resnico« (»istinu«). Ali naj zazremo v tej izpremenitvi besedila napram določbam § 197. k. z. iz l. 1852. napredek? Ustanovljeno je razmerje med vzrokom zmote in vzrokom škode, tako, da mora biti zasnovano na »činjenicah«. Činjenica pa mora biti samo to, kar se dá (se je dalo) zaznati s čutili (vid, sluh itd.), kar je pripadalo preteklosti ali pripada sedajnosti. Kar je prihranjeno bodočnosti, se še ne dá zaznati s čutili, ampak o tem se dá samo sklepati z razumom, z miselnim procesom. Kdor nekaj obeča ali oddaja mnenje o nečem, kar se naj zgodi šele v bodočnosti, ta ne izjavlja činjenice, niti ne daje mnenja o »činjenicah«, ampak o še ne dospelih spoznavah. Pod pojem činjenic spadajo historijski dogodki, dejansko že nastale lastnosti, bilo stvarne, bilo pravne (rodbinsko stanje), bilo psihične narave, strah, upanje, dvom in pod. Seveda je mogoče, da se nanašajo lažna predstavljanja, prikrivanja, potvarjanja na dogodke ali lastnosti, ki še nastanejo v bodočnosti, pa vendar le ustrezajo zahtevam § 334. k. z., če so namreč zasnovane že na

⁶⁸ Gl. Urošević, loc. cit., II, str. 493.; Šilović-Frank, loc. cit., str. 235.

eksistentnih dogodkih, lastnostih, skratka činjenicah, kakor n. pr. če se hipoteka predstavlja kot sigurna (v bodočnosti), ker je bilo zemljišče kupljeno za dvojno, trojno ceno (v preteklosti) ali, ker je zemljišče tako izborno, da je vredno dvakrat, trikrat toliko kot hipotecirani dolg (v sedajnosti), a so baš te činjenice izmišljene.⁶⁹ V obče pa je po našem pravnem čutu resno in odločno obečanje, da bo hipoteka varna na zemljišču, tudi brez posebnih, s činjenicami podprtimi navedbami, sposobno sredstvo za preslepitev nasprotne stranke, da zaupa storilcu posojilo kot varno. Če je pa bilo obečanje vseskozi *a priori* lažno, zakaj naj bi ne bilo storilčevo dejanje kriminalna prevara? Saj pravi § 335., št. 3. k. z., da se kaznuje storilec, ki je s pogodbo preslepil drugo stranko o bistvenih lastnostih kakšnega blaga, radi prevare! Naše mnenje je, da je bila utesnitev lažnega predstavljanja itd. na »činjenice« *de lege ferenda* nepotrebna.⁷⁰ *de lege lata* pa je seveda kriminalna prevara samo ono, če se nanaša lažno predstavljanje itd. na činjenice iz preteklosti ali sedajnosti. Kajpada ostane, če so ostali potrebni pogoji izpolnjeni, dejanje storjeno z lažnim predstavljanjem razmer v bodočnosti, še vedno lahko civilna prevara. Obseg kriminalne prevare je v primeru z onim po § 197. k. z. iz l. 1852. utesnen, obseg civilne prevare razširjen.

⁶⁹ Gl. Čubinski, loc. cit., str. 310.; Šilović-Frank: loc. cit., str. 234.

⁷⁰ Takšne določbe nima čl. 640. italj. k. z. z dne 19. oktobra 1930., niti ne § 324. načrta za k. z. za Čehoslovaško republiko iz l. 1926.; v naj-novejšem kazens. zakoniku za Polsko republiko z dne 26. julija 1932., art. 264., § 1., ne stoji nobena navedba, na kaj naj se nanaša zmeta, ipak razlaga J. M a k a r e w i c z, Kodeks karny s komentarzem, str. 316., da se tiče samo preteklosti ali sedajnosti, ne pa bodočnosti. Za primer navaja: Lažna trditev, da so neke mobilije iz XVIII. veka in da je zato njihova visoka cena upravičena, je sestavina prevare, trditev, da bodo neke mobilije čez 10 let veliko vredne, pa ne, ker storilec tega sam ne more predvideti. Mi pa mislimo, da bi taka trditev od strani osebe, ki velja vobče za izvrstnega strokovnjaka in zna dobro porast cen skalkulirati, pa se baš v danem primeru iz škodoželjnosti zlaže, *de lege ferenda* morala biti sestavina prevare. Pravilno je označil na podlagi določbe § 197. k. z. iz l. 1852. ta moment Stooss, loc. cit., str. 349.: »Was Gegenstand der Irreführung sei, bestimmt das Gesetz nicht; doch handelt es sich wesentlich um Irrtum oder Unwissenheit über einen Sachverhalt.«

h) Sredstvo prevare glede kakovosti. — »Predstavljanje, prikrivanje ali potvarjanje činjenic« mora biti v smislu § 334. k. z. »lažno«. Laž je zavestna trditev neresnice. Vprašanje, ki smo ga stavili že zgoraj pod II. 5. h), kjer je šlo za pojem zvijačnosti, namreč, ali zadostuje prosta laž, ali je treba, da se storilec posluži posebnega truda in umetnosti, mora dobiti navzlic varianti »lažan«, namesto »zvijačen«, isti odgovor. Pretesna je zveza pridevnika lažen s pojmi: predstavljanje, prikrivanje, potvarjanje činjenic, da bi mogli misliti na kakšno drugačno opredelitev. V svoji skupnosti pomenja pač »lažno predstavljanje« ali »lažno prikrivanje« itd. neko aktivno delovanje, pri katerem storilec navaja nekaj, s čimer opisuje ali razlaga svojo zavestno neresnično trditev tako, da se vidi v očeh njegove žrtve za verjetno. Samo prosta laž ni dovoljna, treba je lažnega predstavljanja,⁷¹ in če ni mogoče delovanje karakterizirati za tako, ki je sposobno provzročiti ali vzdržati zmoto. Take sposobnosti pa redovito pri pretiranih trgovskih hvalah z reklamo ne bo.⁷²

Kar smo izvajali gori pod II. 5., glede razmejičenja kriminalne od civilne prevare, velja torej tudi za sedajšnji pravni položaj, vendar z dodatkom, ki sledi iz zakona o pobijanju nedovoljene konkurence iz l. 1931., da je kriminalizirano »javno zavajanje s takšnimi stvarmi, ki utegnejo izzivati zmoto«. To pa ni več prevara, ampak *delictum sui generis*.

IV. Posnetki za prakso.

11. Zgodovinska in dogmatična razmotrivanja o problemu opredelitve kriminalne in civilne prevare so nam jasno pokazala, da je obseg civilne prevare širši od onega kriminalne prevare.⁷³ Zato se moramo vendar le še povrniti

⁷¹ Gl. Čubinski, loc. cit., str. 308. nasl.

⁷² Prim. Urošević, loc. cit., str. 493.: »Fakta i činjenice primaju se na veru te za to ne smiju biti lažni, a mišljenja se ne primaju na veru, a za to se moraju proverovati.«

⁷³ Prim. Franz Wächter v Handwörterbuch der Kriminologie (1932.), str. 152., 153.: »Nur muß man daran denken, daß die Vorstellung über Betrug im Volke sich nicht immer mit dem strafrechtlichen Betrug

na definicijo civilne prevare in za tem tudi zvijače, preslepitve itd. v smislu civilnega prava.

Prevara vobče je po pravilih za razlago v duhu o. d. z. (gl. zgoraj 3.) ravnanje ali zadržanje neke osebe, ki zavestno kot tako izbavi ali vzdržuje zmoto ali nevednost, iz katere pride do dejanja, ki ga stori v zmoti se nahajajoča oseba sama, a iz njega nastane škoda. Ni dovolj, da tiči v ravnanju neka krivda v obče;⁷⁴ ne gre za »*in fraudem legis agere*«,⁷⁵ niti ne samo za ravnanje »zoper vero in poštenje« ali »zoper dobre šege«; ampak gre za svojevrstno civilnopravno deliktično dejanje z bistvenima sestavinama zavestne provzročitve ali vzdržanja zmote in pa oškodovanja po dejanju osebe, ki je bila v zmoti (nevednosti). **To je prevara v obče, ki ostane zgolj civilna prevara vsedotlej, da obe navedeni sestavini ne dosežeta kakovosti po vsebini definicije kazenskega zakonika.** Ta

deckt — viele Handlungen werden von Laien als Betrug empfunden, die kein Betrug im strafrechtlichen Sinne sind —, und dass ferner der Betrüger in vielen Fällen bestrebt sein wird, durch die Maschen des Gesetzes zu schlüpfen«. Mi bi pristavili, da je zaščita v civilnopravnem smislu zoper prevare, pa bilo kriminalne ali civilne, praktično zelo problematična, ker gre skoraj vedno za neimovite ljudi, saj je prevara delikt zoper imovino! Odtod velika nebrižnost za civilne prevare, a zanimanje za kriminalne, ki nudi vsaj nekakšno etično zadoščenje, ko pride do kazni.

⁷⁴ Prim. Schmidt J.-Ch., *Faute civile et Faute pénale* (1928.), str. 190.: »Faute civile et faute pénale ont pu se confondre en un temps où peine et réparation n'étaient qu'une seule et même chose... Il n'en reste pas moins vrai, qu'en droit... actuel, faute civile et faute pénale doivent être dissociées; seule cette distinction répond aux besoins de la pratique et concilie les nécessités de la répression avec les droits de la partie civile.«

⁷⁵ Gl. Vetsch J., *Die Umgehung des Gesetzes (in fraudem legis agere)*, str. 12.: »Umgehung des Gesetzes ist ein Vorgehen, das nicht direkt gegen eine gesetzliche Bestimmung verstößt, aber doch den Zweck einer solchen vereitelt«. Pri civilni prevari pa ne gre niti za napačno razlago zakona, niti za prikrivanje ali popačenje zakonitega dejanskega stana, ampak za napad na pravno dobrino, ki je zaščiten po civilnopravni normi. Prim. še Ligeropoulos A.: *Le problème de la Fraude à la loi* (1928.) in sicer za »loi en droit privé interne«, str. 186. nasl.

tako blizka sorodnost civilne in kriminalne prevare je morala lebdeti Z e i l l e r - j u pred očmi, ko je pri razlagi § 542. o. d. z. identificiral kriminalno s civilno prevaro. Enaka razlaga je očitvidno zavedla vrhovno sodišče na Dunaju k odločbi, ki zastopa mnenje, da je treba za pojem prevare po čl. 350. trgov. zak. kriminalne prevare (gl. zgoraj op. 13.). V resnici pa je o. d. z. zahteval kriminalno prevaro kot izpolnitev pogoja prevare samo v § 592. o. d. z., drugod pa ne: prav tako se nikakor ne da trditi, da je prevara v obnem smislu besede vedno le kriminalna prevara. Saj govori tudi narod o opeharjenju, o sleparstvu, goljufiji, »pretentanju« i. pod., pa ne misli samo na kriminalno prevaro. V tem tiči »lastni« pomen besede »prevara« (§ 6. o. d. z.), pa tudi »ozir na podobne v zakonih določno odločne primere« (gl. § 592. o. d. z. po prvotnem tekstu) in na »razloge drugih sorodnih zakonov« (scil. kaz. zakonika!).

Kar pa velja za prevaro kot zaokroženo celoto dejanj, velja tudi za uporabo zvijače kot del te celote. Tudi tu bomo morali pristati na to, da so pojmi »zvijača«, »preslepitev«, »zavajanje«, »izzvanje zmote« v civilnopravnem smislu širšega obsega kot kriminalnopravnem,⁷⁶ a vendar v najbližjem sorodstvu s kriminalno zvijačo. Zato smo zgoraj pod 10. e) celo goli molk morali proglasiti kot mogoče sredstvo civilne prevare.

Sestavine civilne in kriminalne prevare stojte torej v sledečem razmerju:

Kriminalna prevara:

Civilna prevara:

A. Sredstvo dejanja:

Lažno aktivno predstavljanje, prikrivanje, potvarjanje činjenic (iz preteklosti in sedanosti).

Zvijača v obče, tudi s pasivnim zadržanjem, ki se tiče kakršnegakoli stvarnega položaja (tudi za bodočnost).

⁷⁶ Glede utihotapljenja z zvijačo pri § 345. o. d. z. prim. R a n d a, Der Besitz, str. 216. nasl., ki pa polaga tolikanj važnosti na »utihotapljenje«, da do razlage »zvijače« ni prišel.

B. Vsebinska dejanja :

α) Izrabljenje⁷⁷ zmote ali vzdržanje zmote (tudi nevednosti);

β) Namera (vedenje + hotenje z *animus nocendi* združeno), da naj zbog tega nastopi oškodovanje neke osebe, ki pa mora biti dana pred ali ob začetku dejanja ad α).

α) Izbavljenje⁷⁷ zmote ali vzdržanje zmote ali nevednosti koga drugega;

β) Zavestno dajanje povoda, da zbog tega nastopi oškodovanje neke osebe, čeprav med dejanjem ad α) zasnovano.

C. Posledica dejanja :

V zmoto prišla ali v njej se nahajajoča oseba stori sama nek čin, s katerim disponira z imovino ali imovinskimi interesi.

V zmoto prišla ali v njej se nahajajoča oseba stori sama nek čin, s katerim disponira z imovino ali kakršnimikoli pravicami.

D. Predmet dejanja :

Napad na imovino ali imovinske koristi prevarane ali tretje osebe, ki naj trpi škodo po dispoziciji prevarane osebe (*damnum emergens* in *lucrum cessans*).

Koristoljubje storilca za prevaro ni bistveno, pač pa kaznivost povišujoč moment.

Napad na kakršnekoli pravice prevarane ali tretje ali še nadaljne osebe, ki naj trpi škodo po dispoziciji prevarane osebe (*damnum emergens* in *lucrum cessans*).

Koristoljubje storilca ni bistveni moment.

⁷⁷ Gl. naš Tolmač, str. 508.: »Glavno je, da se pri razbojništvu volja nasprotnika stre ali zlomi, pri izsiljevanju ukloni ali upogne, pri prevari pa zvijačno izvabi«, čemur za civilno prevaro dodajemo »zvijačno izbavi«.

E. Sankcija:

Kazen in posledice po civilnopравnih zakonskih določbah (adhezijski proces).

Dolžnost reparacije, povračila škode, nesposobnost biti za pričo poslednje volje in pod.

Če gre torej za rešitev obdolžitve radi kriminalne prevare v pripravljalnem postopku, odn. za sodbo o obtožnici radi kriminalne prevare na glavni razpravi v tem smislu, da se postopek ustavi, odnosno izda oprostilna sodba, morala bi se utemeljitev vedno glasiti, da kriminalne prevare ni, ker nedostaja ta ali oni, toda določeno označeni bistveni element takšnega delikta. Za izrek, da gre za civilno prevaro, kazensko sodišče v tem primeru niti ni pristojno. Če pride pa civilno nesporno ali sporno sodišče o priliki svojega uradnega poslovanja zbog civilne prevare (— seveda tu ne gre za formalni naziv, ampak za materialno vsebino pravne zadeve —) do spoznanja, da so v tisti stvari dani vsi zakoniti znaki kriminalne prevare, ni, da bi oklevalo, ampak je po določbi § 89., odst. 1., k. p. dolžno, da kaznivo dejanje t a k o j naznani državnemu tožitelju v kraju pristojnosti.

12. Posnetki, do katerih smo ravnokar prišli, se medsebojno harmonično ujemajo.⁷⁸ Naj naposled še dodamo nekoliko besedi o praktičnem pomenu obsodbe zbog kriminalne prevare.

Če je odločba civilnega sodnika odvisna od dokaza in uračunanja kriminalne prevare, je civilni sodnik vezan na pravnomočno obsodbo, ki je izšla v tem pogledu od kriminalnega sodnika v tuzemstvu (§ 268. avstr. c. pr. r., § 364. jugoslov. c. s. p.). Če je iztekla pogojna sodba zbog kriminalne prevare, pa preteče preskusna doba, ne da bi sodišče odredilo izvršitev kazni, se smatra, da obsojenec niti ni »obsojen na kazen« (§ 68. k. z., § 422. s. k. p.). Ali d e j s t v o, da je kazensko sodišče izreklo obsodilno sodbo, ostane, s tem pa tudi posledica, da je civilni sodnik vezan na pravno-

⁷⁸ Na tem pa nič ne moti, da so zastaralne dobe za doseg kazni pri kriminalni, odnosno odškodninskega zahtevka pri civilni prevari neskladno ustanovljene; gre pač za zelo različne vidike.

močno obsodbo zbog kriminalne prevare. Drugače bi bilo, seveda, če bi se glasilo v § 68., 3. odst., k. z., da »ni bil obsojen«. ⁷⁹ Če je nastopila rehabilitacija po smislu § 90., odst. 3. k. z. glede obsodbe radi kriminalne prevare, obsodba za bodočnost ne eksistira več, civilni sodnik ni vezan na njo.

V primeru pomilostitve ostane pri obsodbi, le posledice izostanejo. Če pa je prišlo do abolicije, kriminalna prevara ni predmet kazenskega sodnega postopka, obsodba ni več mogoča. Civilna prevara se mora dokazati z drugimi sredstvi, ki jih dopušča zakon o civilnem sodnem postopku.

Če je predmet klevete očitak »prevare«, »sleparstva« in pod., s tem še ni *a priori* ustanovljeno, da gre za kaznivo dejanje. Vsebina konkretnega očitka v prvi vrsti, druge okolnosti glede povoda in načina očitka v nadaljni vrsti so odločujoči momenti za rešitev vprašanja, ali je klevetnik očital »kriminalno« ali »civilno prevaro«. V prvem primeru se sme dokazati resničnost činjenice, t. j. storitve kriminalne prevare, samo s pravomočno obsodbo sodišča. *Onus probandi* zadene tu obdolženca, ki uveljavlja *exceptio veritatis*. Menda se nam pač ne bo treba sklicevati na pravilo »*in dubio mitius*«, če trdimo, da more obdolženec tudi z rehabilitirano ali z pogojno izrečeno sodbo dokazati resničnost činjenice, da je bil zasebni tožitelj pravomočno obsojen zbog kriminalne prevare kot kaznivega dejanja, ki se preganja po službeni dolžnosti.

⁷⁹ J. Živanović, Krivični zakonik i zakonik o sudskom krivičnom postupku (1930.), str. 63., misli, da je v § 68., 2. odst., k. z., zazreti primer za konske rehabilitacije (*réhabilitation de droit*), pa ne kot samostalno ustanovo, ampak v okviru ustanove pogojne obsodbe. Čubinski, loc. cit., II., str. 173., ne gre tako daleč, pač pa misli na posledice kakor pri rehabilitaciji. Prim. za gori zastopano mnenje še Žganec-Zorž, Tumačenje kriv. zak. (1929), str. 110., in Dolenc, Pravne posledice pogojne obsodbe, čije kazni ni bila izvršena (Slov. Pravn., 1933., str. 1—17).

Résumé.

Discernement de la fraude criminelle et de la fraude du droit civil.

Le problème éveille non seulement un intérêt théorique, il est plutôt aussi de grande importance pour le droit pratique. Les cours d'assises et les tribunaux de police correctionnelle aiment, pas rarement, à acquitter les accusés de fraude criminelle en alléguant qu'il s'agit «évidemment» d'une fraude civile, sans ailleurs, signaler les éléments constitutifs d'une fraude civile.

Cet essai se propose d'exposer le développement historique de l'antithèse entre la fraude criminelle et la fraude du droit civil depuis l'entrée en vigueur du Code civil autrichien de l'an 1811, prenant en considération la loi pénale d'Autriche de l'an 1803 et surtout l'interprétation de quelques cas de fraude civile faite par François von Zeiller qui n'a pas été exacte. D'ores et déjà il est montré que la définition de la fraude du droit civil est d'une étendue beaucoup plus ample en comparaison avec celle de la fraude criminelle. Pareillement les remaniements que le Code pénale avait subis, en l'an 1852 en Autriche et en l'an 1929 dans la Yougoslavie, sont discutés en rapport avec les dispositions du Code civil qui, à l'exception d'une modification par la troisième nouvelle, est resté presque non altéré.

L'analyse détaillée des dispositions légales parallèles conduit dans le domaine de la loi en vigueur dans la Yougoslavie aux résultats que voici:

Fraude criminelle:

Fraude d'après le Code civil:

A. Perpétration du délit:

Idées menteuses actives, imaginations, suppressions, altérations des faits du passé et du présent.

Russes en général, aussi passives; en questions de genre quelconque, aussi par rapport au futur contingent.

B. Contenu d'un fait:

a) On se sert d'une erreur ou d'une ignorance ou l'on les maintient;

b) l'intention («savoir» et aussi «vouloir») qui avait existé déjà avant la perpétration du délit.

a) Production ou maintien d'une erreur ou d'une ignorance;

b) causer un dommage «sciemment», ce qui peut aussi advenir au cours de la perpétration du délit mentionné sous a).

C. Conséquences:

La personne qui se trouve en erreur, entreprend elle-même un fait par lequel elle dispose des biens ou des intérêts.

La personne qui se trouve en erreur, entreprend elle-même un fait par lequel elle dispose des biens ou des intérêts.

D. L'objet de fait:

L'attaque est dirigée contre les biens ou les intérêts de fortune de la personne trompée ou d'un tiers qui a subi du dommage (»damnum emergens« ou »lucrum cessans«) par une disposition de la personne trompée. L'intérêt personnel de l'auteur n'est pas essentiellement nécessaire, mais il constitue en élément aggravant la peine.

Attaque contre un droit quelconque de la personne trompée ou d'un tiers qui doit subir du dommage (»damnum emergens« ou »lucrum cessans«) par la personne trompée.

E. Sanctions:

Peine et conséquences selon les dispositions du droit civil (en procédure d'adhésion).

Devoir à réparer les dommages; perte de la capacité d'agir comme témoin du testament, etc.

D'après cette enquête chaque fraude criminelle peut et doit comprendre les caractéristiques de la fraude civile, mais il n'est pas ainsi dans les sens envers. Ce n'est qu'en cas de coïncidence des marques spéciales et propres à la fraude criminelle que la fraude du droit civile se transforme dans la fraude criminelle.

En fin les résultats ci-dessus sont examinés quant à leurs effets dans les cas où l'accusé fut condamné conditionnellement ou gracié ou atteint du reproche de fraude (»exceptio veritatis«). Les dispositions des lois en vigueur réglant la fraude du droit civil et la fraude criminelle sont déterminées comme des normes qui servent à garantir l'ordre légal et sont entre eux en parfaite harmonie.

Priv. doc. dr. Boris Furlan:

Problem realnosti prava.

Uvod.

Teorija spoznavanja se bavi s proučevanjem odnosov med subjektom in objektom. Običajno pojmujeemo subjekt kot bitje, ki spoznava, objekt pa kot predmet, k a t e r e g a to bitje spoznava. To razlikovanje pa ni povsem točno, ker je tudi subjekt lahko predmet spoznavanja, torej objekt. Bolj se približamo točnosti, če pojmujeemo subjekt kot duhovni proces spoznavanja, objekt pa kot vse tisto, kar se od tega duhovnega procesa razlikuje in tvori njegov predmet. Ker pa je akt spoznavanja vedno navezan na neko empirično bitje, lahko govorimo kratkomalo o subjektu spoznavanja, pri čemer ne leži poudarek na bitju, ki spoznava, marveč na spoznavnem aktu tega bitja. Tega običajnega izražanja se bomo tudi mi v naslednjem posluževali, ko bomo razpravljali o razmerju med subjektom in objektom.

Gnozeološki problem o odnosu med subjektom in objektom se pojavlja z vprašanjem, ali naše predstave o predmetih ustrezajo predmetom samim. Z vprašanjem je postavljen tudi problem različnosti med predstavo in predmetom. Predstava drevesa kot taka n. pr. sama po sebi ni identična z drevesom v naravi. Če se predstava sklada s predmetom, jo imenujemo resnično, sicer — napačno.

Ako poglobimo opredelitev resničnosti kot skladnosti predstave s predmetom (*conformitas intellectus cognoscentis cum re cognita*), se pokaže, da je prikrojena predvsem za spoznavanje fizičnega sveta. Nadalje, da se z različnostjo med predstavo in predmetom postavlja tudi neodvisnost predmeta od predstave.

Vendar pa je jasno, da pri nefizičnih predmetih ne

moremo govoriti o skladnosti v istem smislu kakor pri fizičnih predmetih. Zahteva, da naj moja predstava o drevesu ustreza drevesu samemu, kakršno je v naravi, je razumljiva, ni pa že samo po sebi jasno, kakšnemu predmetu naj ustrezajo moje predstave o lepoti, dobroti itd. Iz tega sledi, da se je pri raziskovanju razmerja med subjektom in objektom treba ozirati tudi na specifična svojstva predmeta.

K predmetom, ki ne pripadajo fizičnemu svetu, prištevamo tudi pravo. Proučevanje odnosa med spoznavnim subjektom in pravom kot objektom je posebna panoga pravne filozofije kot pravne gnozeologije. Teza naše razprave je, da lahko postavimo popolno analogijo med različnimi sistemi, ki nam tolmačijo odnos subjekta do fizičnih predmetov, in različnimi načini, s pomočjo katerih si lahko razlagamo razmerje subjekta do prava. Kot kriterij za opredelitev posameznih gnozeoloških teorij nam bo služil pojem odvisnosti oziroma neodvisnosti predstave od predmeta. S pomočjo tega kriterija bo prišla tudi sporednost v odnosu subjekta do fizičnih predmetov na eni in do prava na drugi strani do posebne veljave. Kakor so n. pr. po enem naziranju fizični predmeti (svet, ki nas obdaja, narava) neodvisni od človeškega duha, tako smatrajo nekateri, da ima slično neodvisno existenco tudi pravo. In kakor so drugi zopet mnenja, da existira vsa narava le kot konstrukcija človeškega duha, tako se lahko priznava tudi pravu bitnost le kot tvorbi človeške duhovnosti.

Analogijo bomo izvedli na ta način, da podamo v prvem poglavju pod A. najprej kratek pregled gnozeoloških smeri: 1. naivnega realizma, 2. filozofskega realizma, 3. subjektivnega ali psihološkega idealizma in 4. transcendentalnega idealizma. Temu pregledu, ki se omejuje na osnovne in po našem mnenju bistvene značilnosti, sledijo pod B. nekatera kritična razmišljanja. V drugem poglavju bomo raziskovali razmerje med subjektom in pravom v istem vrstnem redu kakor v prvem delu pod A., pri čemer izločimo samo pravni nazor psihološkega idealizma, kateremu se približuje pisec in ki je bolj obširno obravnavan v tretjem poglavju. Izvajanja drugega poglavja bomo podprli s kratkim

zgodovinskim ekskurzom, v katerem ne stremimo po izčrpnem nanizanju historične snovi, ker bi to daleč presegalo meje tega dela, marveč skušamo le podati bistvo onih teorij, ki so v raznih časih in krajih nastopale pod imenom naravnega prava. V tretjem poglavju bomo skušali naposled rešiti problem odnosa med subjektom in pravom na način, ki po našem mnenju najbolj ustreza bistvu prava.

Prvo poglavje.

A.

1. Naivni realizem. Večina ljudi s takozvano »zdravo ali domačo pametjo« je mnenja, da je narava, ki nas obdaja, neodvisna od človeškega duha in da je zunanji svet v resnici tak, kakor se nam kaže. Ta nazor je v filozofiji znan pod imenom naivnega realizma. Naiven se ta realizem imenuje baš radi tega, ker ne skuša prodreti v globino stvari, marveč se zadovoljuje z videzom. Po tem naziranju je spoznavanje le posnetek ali odtis neke objektivne, izven nas stoječe narave. Ta narava je nekak izvornik, ki ga naše spoznavanje nikoli ne doseže. Svet nam je dan in je v svoji samobitnosti obstajal že zdavnaj, preden smo ga spoznali, in bo še trajal, ko našega subjektivnega spoznavanja več ne bo. Julijske alpe so n. pr. eksistirale že davno, preden smo zanje zvedeli, in bodo obstajale tudi potem, ko naše spoznavanje ugasne. Julijskim alpam na sebi ne morejo naše subjektivne predstave ničesar pridati ali vzeti: njih objektivna bit in bitnost se v ničemer ne izpremeni, pa naj so naše predstave o njih še tako pravilne ali napačne. Vsi znaki, ki jih sprejemamo v predstavo o Julijskih alpah, so že prej eksistirali, in mi jih moremo le odkriti in spoznati kot nekaj, kar je neodvisno od nas. Naše znanje, zmotno ali resnično, je brez vsakega upliva na to objektivno bitnost, kakor je naše poznanje zakonov gravitacije irelevantno za padanje teles. Na tem objektivnem svetu merimo po naziranju naivnega realizma resničnost naših idej. Če se naše ideje z objektom strinjajo, so resnične, sicer so napačne. Na predmetih, ki eksistirajo izven nas in neodvisno od nas, moramo kontrolirati pravilnost naših idej, jih vedno z nova popravljati, izpopolnjevati ali

celo menjati in nadomeščati, da dosežemo skladnost naše duhovnosti z zunanjo realnostjo (*adequatio intellectus et rei, conformitas intellectus ad rem*). Objektivna realnost odloča neizprosno o naših idejah in predstavah, s katerimi jo skušamo doumeti, ona je neodvisna od naših stremljenj in želj. Ona je, ki učinkuje na našo duhovnost, ne pa da bi naša duhovnost uplivala nanjo in jo oblikovala. Dogajanje zunanjega sveta je tako neodvisno od človeškega duha, kakor plove n. pr. parobrod na morju neodvisno od gledalca, ki ga opazuje. Da se približamo realnosti, mora naš duh sprejeti vase čim več objektivnosti, ker samo ta je merilo resničnosti. Ta objektivnost ali danost ni posredovana po človeškemu duhu, marveč se mu vsiljuje in mu je nadrejena.

2. Filozofski realizem. V kolikor predpostavlja naivni realizem, da so predmeti v resnici (objektivno) taki, kakor jih z našimi čuti zaznavamo, se njegova nevzdržnost pokaže že na razmeroma zgodnji stopnji človeškega spoznavanja. Čutno zaznavanje je izpostavljeno raznim prevaram. Zaradi tega čutom ne gre brezpogojna vera. Palica v vodi se nam vidi n. pr. lomljena, čeprav vemo, da je cela. To dejstvo, da vidimo palico lomljeno, imenujemo prikazen, ki je resnična le kot subjektivni psihični doživljaj. Tej subjektivni resničnosti pa ne odgovarja vedno objektivni red stvari (objektivna resničnost). Zaradi tega moramo nesoglasja med subjektivnimi predstavami in objektivnim redom stvari popravljati. To delamo, če podvržemo čutno zaznavanje razumski kritiki. Če nam naš vid prikaže luno na horizontu večjo nego na nebu, nam razum dokaže, da mora imeti luna vedno isti premer.

S tem je tudi že podano vrednotenje čutnega zaznavanja in razumskega spoznavanja. Čutno zaznavanje, podvrženo prevaram, se nam dozdeva spoznavanje nižje vrste. Nad njim stoji razumsko spoznavanje. Čuti zaznavajo le minljive in begotne fenomene, razum pa spoznava, kar je trajno in stalno, kar se ne izpreminja v večnem valovanju prikazni. Razum popravlja prevare čutov, razum meri in presoja resničnost čutnega zaznavanja. Red, ki ga zaznavajo čuti, ima le subjektivno veljavo, red, ki ga spoznava razum, pa je objektivno resničen. Iz te antiteze nastaja

predstava, da se za fenomen skriva višji in čutom nedostopni red stvari. To je objektivna realnost, ki stoji nad fenomenom in se odkriva le višjemu spoznavanju.

Nazor, ki išče pravo bit stvari v objektivnem nadfenomenalnem redu in za katerega imajo čutne zaznave le veljavo kot subjektivne prikazni, se imenuje filozofski realizem. Ta se v enem oziru od naivnega realizma razlikuje, v drugem pa z njim soglaša.

Razlika je v tem, da obstane naivni realizem pri fenomenih in smatra, da so predmeti tudi objektivno taki, kakor se prikazujejo našim čutom. Filozofski realizem pa išče »jedro« vseh stvari v biti, ki stoji za in nad fenomenom: pojavi kažejo na nekaj, kar se v njih pojavlja. »Jedro« vseh stvari je skrito, treba ga je šele poiskati. Ko ga pa »odkrijemo«, spoznamo, da je v tej enotni višji bitnosti adekvatno izražena vsa likovna mnogobrojnost fenomenov.

Glede odnosa subjekta do objekta se pa oba nauka krijeta. Naivni in filozofski realizem predpostavljata oba neki objektivni red, ki je od subjekta neodvisen, neko objektivno stvarnost, ki eksistira neodvisno od človeškega duha. Če naj bo resnično, se mora spoznavanje usmeriti po stvarnosti, ne pa stvarnost po spoznavanju. V zatrjevanju odvisnosti subjekta od objekta torej ni razlike med naivnim in filozofskim realizmom. Pri obeh gre za neko stvarnost, ki jo človeški duh ne ustvarja, marveč le spoznava in ugotavlja takšno, kakršna je. Ta stvarnost obstoji sama zase in se v našem spoznavanju le »zrcali«. Spoznanje je le reprodukcija ali posnetek, in spoznavanje samo nikakor ne upliva ali učinkuje na objektivni red stvari. Odvisnost subjekta od objekta se ne izpremeni, če vidimo realnost kratkomalo v čutnem svetu pojavov ali pa v nadčutnih realnostih, kot n. pr. v »brezmejnosti« Anaksimandra, v »nespremenljivi bitnosti« eleatov, v Demokritovih ali Epikurovih »atomih«, v »praenosti« Plotina ali pa v Spinozovi »enotni božji naravi«. Najbolj veličasten izraz je temu nauku dal Platon. »Ideje« so vzvišene nad čutnim svetom individualnih pojavov. Le ideje so resnične (ontos on) in pravzor (paradeigma, exemplar) vseh stvari. Fenomeni so le sence idej, njih od-

sev in odmev. Čutni svet eksistira sploh le, kolikor je deležen (meteksis, participatio) prave bitnosti idej.

3. Subjektivni idealizem. Idealizem se na splošno imenuje ona filozofska smer, za katero je eksistenca zunanjega sveta odvisna od človeškega duha. Dočim poudarjajo vse realistične smeri odvisnost subjekta od objekta, postavlja idealizem baš nasprotno tezo, da je objekt odvisen od subjekta. Po realizmu se subjekt reducira na objekt, ki predstavlja pravo, samo zase obstoječo realnost, po idealizmu pa se objekt reducira na subjekt.

Kaj je ta subjekt, ki postavlja ali celo ustvarja predmete? Ali je to moj individualni duh, moja subjektivna zavest, ali je to neka nadindividualna in le v višjem smislu subjektivna zavest, neki splošni, od psihološkega jaza različni jaz? Prvo je teza subjektivnega, drugo pa transcendentnega ali kritičnega idealizma.

Subjektivni idealizem smatra, da je eksistenca zunanjega sveta odvisna od individualnega duha. Realni so le misleči subjekti, realnost predmetov pa je v tem, da si jih moj subjektivni duh predstavlja. O objektih, ki bi bili izven individualnega duha, ne vemo ničesar. Predmeti so le vsebina našega subjektivnega duha, ki je vseprisoten in izven katerega ne moremo. Ni predmeta, katerega bi mogli postaviti, ne da bi istočasno postavili tudi našega duha. Svojega duhovnega jaza se ne moremo nikoli osvoboditi.

Teza subjektivnega idealizma, da je eksistenca predmetov odvisna od našega subjektivnega duha, je nekam paradokсна in vsekakor v opreki z »zdravo domačo pametjo«. Podoba je, da ostanejo Julijske alpe, kar so bile, tudi če nanje ne mislimo in tudi če bi sploh ne bile objekt človeškega zaznavanja ali spoznavanja. Vsak trenutek odkrivamo stvari, o katerih nismo doslej ničesar vedeli in za katere ni morda nihče na svetu znal. Ti predmeti so eksistirali neodvisno od našega duha in ne kot njegov del, sicer bi morali predpostavljati, da ima naš duh ustvarjajočo silo, ki je enaka Božji. Če smatramo, kot n. pr. Berkeley, da eksistirajo zgolj duhovi in da so predmeti le, v kolikor jih zaznavamo (esse est percipi), bi morali v nadaljni konsekvenci kakor Berkeley postaviti Boga za direkten vzrok tega zaznavanja.

4. **Transcendentalni idealizem.** Če bi morali torej pod subjektom razumeti le individualnega duha, bi bil primat subjekta nad objektom nevzdržen. Subjektivnega idealizma morda ni mogoče s teoretičnimi dokazi ovreči, praktično pa je vsakomur evidentno, da z zaznavanjem ne ustvarjamo fizičnih predmetov in da je naše spoznavanje le del onega, kar bi lahko spoznali. Naš jaz je del sveta in ne obratno. Kakor del ne obsega celote, tako tudi naš jaz ne more vsebovati sveta. Psihološkemu idealizmu bi lahko dejali s Hamletom:

- »There are more things in heaven and earth,
 »Than are dreamt of in your philosophy.

Idealizem, ki zanika realnost predmetov onkraj subjektivne predstave, vede torej do zaključkov, ki so v opreki z vsakodnevno izkušnjo. Kako pa ohraniti osnovno misel idealizma, da ni objekta izven subjekta in da eksistira spoznani objekt samo za spoznavni subjekt, a se obenem izogniti protislovjem, ki nastanejo iz istovetenja subjektivnega spoznavanja z realnostjo sploh?

Dozdevno vede k rešitvi te antinomije le ena pot. Težave izvirajo predvsem iz pojma individualnega psihičnega subjekta, ki je v svojem spoznavanju omejen. Če bi se dala v subjektu eliminirati njegova individualnost, ki je vedno relativna, in če bi lahko postavili neki nadosebni subjekt, ki bi ne bil le subjekt tega ali onega posameznika, marveč subjekt sploh, bi odpadli glavni pomisleki proti istovetenju spoznavanja z realnostjo.

To pot je ubral Kant. Njegov »transcendentalni subjekt« se ne sme zamenjati z realnim, časovno in krajeveno omejenim empiričnim subjektom. Enačba »spoznavanje je realnost« velja le za nadčasovni in brezprostorni subjekt, ki ga Kant imenuje »subjekt sploh« (»Bewusstsein überhaupt«).¹ Le od transcendentalnega subjekta je objekt nujno odvisen, samo za ta nadempirični subjekt velja stavek, da ni objekta izven subjekta, da vsak spoznani objekt predpostavlja spoznavni subjekt.

¹ Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, ed. Cassirer, IV, 50 in nasl.

Za empirični subjekt pa uvaja Kant pojem *m o g o č e g a i z k u s t v a* (*mögliche Erfahrung*)² uprav z namenom ogniti se težkočam subjektivnega idealizma. Pojem mogočega izkustva predpostavlja, da morajo vsi predmeti skozi rešeto duha. Predmeti so taki in ne drugačni le zaradi določenih kategorij razuma, ki jim vtisnejo svoj neizbrisni pečat. Pri tem je vseeno, ali gre za aktualno spoznavanje konkretnega subjekta ali pa le za potencialnost spoznavanja. Mislím, da podamo Kantovski pojem mogočega izkustva precej točno z naslednjo prisodobó. Duha primerjamo z žarometom v temni noči. Kamor pade žarek spoznanja, se nam prikažejo predmeti v določeni obliki le zaradi tega, ker jih razsvetljujemo na neki način. Ves prostor, ki je aktualno nerazsvetljen, pripada sferi mogočega izkustva. Sferi aktualnega in mogočega izkustva sta obe podrejeni kategorijam duha, izven katerih ne moremo.

Transcendentalni idealizem prihaja torej do enačbe »spoznanje je realnost« s pomočjo pojmov »transcendentalnega subjekta« in »možnega izkustva«. Samo za transcendentalni subjekt ali »subjekt sploh« ni bitnosti izven subjekta ali neodvisno od njega, samo zanj sta subjekt in objekt nedeljivo združena v istočasnem aktu, s katerim subjekt postavlja objekt.

B.

V primeri z realizmom poudarja idealizem aktivno ulogo duha. Duh ni pasiven in ne sprejema resnice od zunaj, marveč jo sam ustvarja. Realnost ni izven nas, ona se ne »zrecali« v nas ali pa »vtisne« duhu kakor pečat voščeni plošči. Duhu ni nič danega, česar bi sam ne ustvarjal. Objekt ni subjektu dan, marveč je tvorba ustvarjajoče sinteze duha. Narava ni neodvisna od subjekta, marveč je kozmos urejen po likih duha.

Naziranjú, ki tako dosledno poudarja primat duha nad materijo, subjekta nad objektom, ni moči zanikati veličastnosti in vzvišenosti. Vprašanje pa je, ali ni bolj stvar vere nego empiričnega spoznavanja.

Kakor obrazloženo, sloni transcendentalni ali kritični

² Kritik der reinen Vernunft, ed. Cassirer, passim.

idealizem predvsem na teoriji o transcendentalnem subjektu. Tega transcendentalnega subjekta ne smemo zamenjati z individualnim psihičnim subjektom, sicer postane ves razvoj kritičnega idealizma od Kanta preko Fichteja in Schellinga do Hegla povsem nerazumljiv. V vsej tej filozofski smeri individualni subjekt sploh ne prihaja v poštev v tèm, kar ima specifično individualnega, marveč le kolikor se v njem odražajo nadosebni zakoni spoznavanja sploh.

Z ozirom na ta odnos med spoznavajočim subjektom in spoznanim objektom ne more torej biti govora o bitnostih, ki bi eksistirale neodvisno od »subjekta sploh«. Težišče stvarnosti je prenešeno od objekta na subjekt, a poslednji se nekako sam objektivira, ker odloži vse kontingentnosti empiričnega subjekta in pridrži le one znake, ki so skupni vsem subjektom. Od individualnosti subjektivnega duha se abstrahirajo prav one posebnosti, ki tvorijo njegovo individualnost, tako da od subjektivnega duha ne ostane nič drugega kakor objektivni, v vseh posameznikih identični proces spoznavanja. Navzlic množici svojevrstnih duševnosti se v vseh ozirih odigrava eden in isti logični proces spoznavanja, tako da eksistira v resnici le spoznavanje »subjekta sploh« ali »abstraktnega subjekta«.

Kakor vidimo, je transcendentalni idealizem bore malo subjektiven v onem pomenu, ki ga običajno označujemo s to besedo. S subjektivnostjo konkretnega psihičnega subjekta ni subjektivnost kritičnega idealizma v nobeni zvezi. Subjekt transcendentalnega idealizma hoče biti prav tako objektivni in splošnoveljaven kot vsaka druga realnost, ki jo postavlja n. pr. filozofski realizem. Zaradi tega je očitek subjektivnosti, ki se je že svojčas dvignil proti Fichteju in ki se še danes mnogokrat ponavlja proti kritičnemu idealizmu, povsem neupravičen. Subjekt, ki predpisuje zakone vesoljstvu, ni naš empirični, marveč neki transcendentalni subjekt sploh. Kant sam je sicer govoril o koperniškem preokretu, katerega je v filozofiji povzročil transcendentalni idealizem.³ Nam pa se ta preokret vidi naravnost p r o t i k o p e r n i š k i. Kakor je po Koperniku zemlja prenehala biti središče vesoljstva in postala le planet v solnčnem se-

³ Kritik der reinen Vernunft, ed. cit., 17 in nasl.

stavu, tako je v sistemu transcendentalnega idealizma tudi konkretni psihofizični subjekt doigral svojo vlogo in postal le moment v objektivnem, nujnem procesu logičnega »subjekta sploh«.

Glavni prigovor proti transcendentalnemu idealizmu je pač ta, da nam empirično ni prav ničesar znanega o nekem »subjektu sploh«, ki bi predpisoval zakone vesoljstvu. Za pravilnost spoznavanja je tudi povsem irelevantno, ali se konstitutivnih kategorij tega transcendentalnega subjekta zavedamo ali ne. Če eksistirajo transcendentalne kategorije, so prav tako neodvisne od našega empiričnega subjekta kakor vsaka druga realnost. Teh kategorij empirični subjekt ne ustvarja, marveč jih le odkriva take kot so, ne da bi mogle biti tudi drugačne. Za konkretni psihofizični subjekt je »subjekt sploh« prav tako objekt kakor vsak drugi predmet narave, če predpostavimo, da more sploh postati predmet empiričnega spoznavanja.

Transcendentalni idealizem priznava torej isto nujno stvarnost kakor naivni ali filozofski realizem. Njegova realnost se imenuje »subjekt sploh« in je prav tako oddaljena od empiričnega subjekta kakor od vseh empiričnih objektov.

Problem spoznavanja se zdi torej nerešljiv. Teorije, ki smo jih našeli, so se zaporedoma izkazale kot nevzdržne. A čeprav ne moremo zaradi posebnega smotra tega dela posvetiti problemu one pažnje, ki jo zasluži v sistemu teoretske filozofije, hočemo vsaj na kratko naznačiti, kako si to rešitev predstavljamo.

Kakor odklanjamo tezo transcendentalnega idealizma o odvisnosti objektov od »subjekta sploh«, ker je ta le abstraktna konstrukcija, tako se nam zdi odvisnost objekta od individualnega (subjektivnega) duha sama po sebi evidentna. Ta odvisnost pa potrebuje pojasnila ravno zaradi protislovij, v katera se zapleta subjektivni idealizem. Glavna težava poslednjega je, da subjektivni duh nikoli ne obseže vesoljstva in da eksistira več stvari na svetu, nego jih more subjektivni jaz doumeti. Vendar pa mislimo, da subjektivni idealizem ne vodi nujno do solipsizma in da se lahko okoristi s Kantovim naukom o »možnem izkustvu«. Stavek, da je esse enak percipi, je napačen, če pojmujeemo percipi kot

aktualno zaznavanje ali spoznavanje. Čim ga pa razširimo na možno izkustvo, odpadejo vsa protislovja (glej gornji primer o žarometu). Tudi bi se ne moglo trditi, da je zaradi odvisnosti objektov od individualnega subjekta naše spoznavanje subjektivno v tem smislu, da mu ne bi mogli pripisati nobene stvarne veljavnosti. Odnos naših predstav do predmetov nalikuje razmerju manj popolnega zemljevida do popolnejšega. Mi nikoli ne primerjamo predstav s predmetom samim, marveč le eno predstavo z drugo predstavo. Zaradi tega ne bi smeli govoriti o direktni skladnosti predstave s predmetom samim, marveč le o skladnosti dveh predstav, ki se nanašajo na isti predmet, odnosno na isto predstavo o predmetu in tako dalje v neskončnost, ker »predmet na sebi« ni nič konkretnega, marveč samo mejni pojem, s katerim označujemo le stremljenje po vedno točnejših predstavah. V tej regresiji do »predmeta na sebi« se ustavimo, ko ga iz praktičnih razlogov kratkoma istovetimo s predstavo, ki vsaj začasno zaključuje ta proces. In to zadnjo predstavo imenujemo predmet. Naj si bo ta osnovna predstava neposredni doživljaj ali pa neko nazorno gledanje, smo vendar v stanu, da po njej presodimo skladnost vseh predstav, ki so na konkretnih znakih vsebinsko bolj uboge in pomanjkljive nego je osnovna predstava sama, v vsej svoji pestri raznolikosti. Analogija predstave z geografsko karto se nam zdi popolna: v poslednji je mnogo manj konkretnih znakov nego jih vidimo v naravi, in čeprav je tudi ta narava le naša predstava, preizkusimo na njej pravilnost zemljevida. Čeprav niso znamenja na karti podobna predmetom v naravi, jim vendar v nekem smislu ustrezajo, ker se s pomočjo teh znamenj in simbolov v naravi lahko spoznamo in orijentiramo. Ko pa primerjamo geografsko karto z naravo in jo preizkušamo glede na njeno točnost, primerjamo v bistvu dva zemljevida med seboj. V tem smislu bo resničnost spoznavanja ostala vedno neka *conformitas* ali *adaequatio*, kakor to pravilno poudarja realizem.

Narava ali fizični svet nista torej dana neodvisno od duha, marveč sta produkt zelo kompliciranih individualno-psihičnih procesov. V predmetu predstave, ki jo imenujemo Julijske alpe, ni torej nič manj duhovne konstrukcije kakor

v raznih zemljevidih Julijskih alp. Vprašanje, kaj so Julijske alpe na sebi, neglede na konstruktivno aktivnost duha, pa je po našem mnenju napačno postavljeno, ker tudi o Julijskih alpah na sebi govorimo le, kolikor jih naš duh obsega in kolikor so možen objekt nekemu subjektu. V relaciji jaz-Julijske alpe so poslednje po naši duhovnosti sami determinirane kot oni predmet, ki ga imenujemo Julijske alpe z vsemi atributi stvarnosti, ki so svojstvene materiji in ki jih z ozirom na določeni smoter našega duha konstruiramo. Ne eksistira torej neka stvarnost, ki bi ne bila konstruirana: objekt ni dan, marveč zgrajen in ustvarjen v konkretnem procesu našega duha.

Drugo poglavje.

Če povzamemo gornja izvajanja, lahko strnemo razna naziranja o odnosu subjekta do fizičnih predmetov v naslednji pregled:

Primat objekta:

- | | | |
|------------------------|---|-----------------------------------|
| 1. naivni realizem | } | odvisnost subjekta
od objekta. |
| 2. filozofski realizem | | |

Primat subjekta:

- | | | |
|-------------------------------|---|-----------------------------------|
| 1. subjektivni idealizem | } | odvisnost objekta
od subjekta. |
| 2. transcendentalni idealizem | | |

Po istih vidikih, ki veljajo za razmerje med subjektom in fizičnimi objekti, pa tudi lahko opredelimo odnos subjekta do prava. Pri tem bomo ugotovili, da je odnos subjekta do prava ali tak kakor do fizičnih predmetov, ali pa različen. Mogoče je namreč, da si predstavljam razmerje med subjektom in fizičnim predmetom na isti način kakor n. pr. odnos subjekta do prava. Kakor je po enem naziranju drevo povsem neodvisno od subjekta, tako ima slično neodvisno bitnost tudi pravo. Prav tako je seveda mogoče, da smo enega naziranja glede odnosa subjekta do prava, drugega pa glede odnosa do fizičnih predmetov. Lahko n. pr. smatramo, da je drevo od subjekta neodvisno, pravo pa odvisno. V enem primeru bo torej obveljalo monistično, v drugem dualistično naziranje. Poslednje bomo ugotovili

pri naivnem realizmu, dočim sta filozofski realizem in transcendentalni idealizem monistično usmerjena. Naposled nam bo kratek zgodovinski pregled pokazal, da se pravni nazor filozofskega realizma povsem ujema s pravnim nazorom transcendentalnega idealizma in da obema ustreza ona smer, ki je znana pod imenom naravnega prava.

Kakor je bilo rečeno že v uvodu, je v naslednjem pregledu izpuščen pravni nazor psihološkega idealizma, ki je bolj obširno obrazložen v tretjem poglavju.

1. Naivni realizem stoji glede odnosa subjekta do prava na povsem nasprotnem stališču kakor glede razmerja subjekta do fizičnega sveta. Kakor so predmeti zunanjega sveta neodvisni od subjekta, tako je pravo le delo človeka in njegovega ustvarjanja. Človeku z »zdravo domačo pametjo« sploh ne pride na um, da bi videl v pravnih normah nekaj, kar eksistira neodvisno od subjektivnega duha. Prav tako ne išče neke višje bitnosti prava, ki bi se skrivala za pravnimi fenomeni in bi jim bila nadrejena. Pravo je kratkoma tako, kakor se nam kaže v raznih njegovih pojavih (n. pr. v običajnem, zakonskem pravu itd.). Neodvisno existenco prava, ki bi jo bilo treba samo ugotavljati ali proglašati, ne pa ustvarjati, zavrača »normalni« ali »povprečni« človek kot metafizično sanjarijo, o kateri nam v vsakdanjem izkustvu ni ničesar znanega. Če pa priznava neko višjo, objektivno pravičnost, ki veže mogotce tega sveta, jo priznava kot razodetje, ki je stvar vere, ne razuma. Pravni nazor naivnega realizma je torej dualističen, ker priznava v odnosu do prava primat subjekta, v odnosu do fizičnih predmetov pa primat objekta.

2. Filozofski realizem konstruira med pravom in subjektom isto razmerje kakor med subjektom in predmeti fizičnega sveta. Kakor resnična bit stvari (n. pr. atomi, praenost itd.) eksistira ali velja tudi pravo povsem neodvisno od subjektov. Pravo ima objektivno bitnost, je objektivna vrednota. Spoznavanje prava je le ugotavljanje nečesa, kar je. In to pravo, ki je, velja neglede na to, ali ga spoznavamo ali ne. Tudi v pravu je spoznavanje le posnetek nečesa, kar je izven nas, tudi v pravu merimo resničnost posnetka po njegovi skladnosti z vzorcem. Odpreti moramo takorekoč okna in duri subjektivnega duha

na stežaj, da sprejmemo vase čim več objektivnih vrednot. Po teh objektivnih vzorcih (eksemplar) moramo potem presoјati in ocenjevati pravilnost ali napačnost naše dejavnosti.

Povsem dosledno zanika ta nazor vsako ustvarjanje prava po človeku. Kar je, tega ne ustvarjamo. Kar je eksistiralo ali veljalo že pred subjektom, je odtegnjeno njegovemu prizadevanju. Kakor ne ustvarja človek atomov, tako tudi prava ne ustvarja, marveč ga le spoznava in ugotavlja kot nekaj, kar je neodvisno od njega. Človeško ustvarjanje je lažna prevara. Le subjektivno si domišljamo, da nekaj ustvarjamo. Vse naše prizadevanje gre za tem, da se čim bolj približamo nekemu vzorcu. Kakor ne ustvarja kopija umetnine novih estetskih vrednot, tako je tudi naša praktična dejavnost le posnetek nekega izvirnika, ki eksistira neodvisno od nas.

Filozofski realizem torej razširja omejenost subjektivnega ustvarjanja na človeško ustvarjanje sploh: Pravnih vrednot ni ustvaril človek v sedanjosti, tudi niso bile ustvarjene v preteklosti in nam predane od izročila, marveč so in bodo veljale večno in neodvisno od vsakega človeškega spoznavanja in hotenja.

3. Transcendentalni idealizem. Skladnost v razmerju subjekta do fizičnih predmetov in do prava, katero smo ugotovili pri filozofskem realizmu, velja v polni meri tudi za transcendentalni idealizem. V obeh naukih je način gledanja na vse objekte, fizične in nefizične, enotno izveden. Ker pa prenaša transcendentalni idealizem težišče od objekta na »subjekt sploh«, mora tudi pravo biti odvisno od njega. Pravo ni neka sama v sebi obstoječa vrednota, kakor je filozofskemu realizmu, marveč je le objekt za »splošni« subjekt.

V negativnem oziru se nauka strinjata tudi v tem, da zatrjujeta oba neodvisnost prava od vseh empiričnih subjektov. Po transcendentalnem idealizmu je namreč »subjekt sploh« nekaj drugega kakor vsota vseh empiričnih subjektov. »Subjekt sploh« bi prav tako eksistirал, tudi če bi ne bilo empiričnih subjektov, in za ta splošni subjekt bi objektivno pravo ravno tako veljalo, tudi če bi ga empirični subjekti ne spoznavali in ne uporabljali. Empirični subjekt

mora le ugotavljati obče vrednote, ki veljajo za splošni subjekt. Ugotovitev pa pomeni tudi priznavanje obveznosti: absolutne vrednote se spoznavanju empiričnega subjekta vsiljujejo tako, da jih ne more ne priznati.

Naposled zanikata oba, filozofski realizem in transcendentni idealizem, ustvarjajočo silo empiričnega subjektivnega duha. Kjer veljajo objektivne vrednote neodvisno od vsakega subjekta, ni mesta za samoniklo ustvarjanje. S stališča konkretnega posameznika je pač vseeno, ali veljajo objektivne vrednote prava same po sebi ali jih je ustvaril »subjekt sploh«. Važno je predvsem, da po tezi obeh naukov empirični človek teh vrednot ne ustvarja, marveč jih le spoznava, ugotavlja in proglašča.

Zgodovinski ekskurz.

Priznanje objektivnih pravnih vrednot, ki so nam nadrejene in katerih ne moremo ne priznati, so že staro izročilo one smeri, ki je znana pod imenom naravnega prava. Na tem mestu nam je nemogoče, podati pa bodisi da le v velikih obrisih njegovo zgodovino. V zgodovinskem razvoju hočemo le poudariti in podčrtati neke posebnosti, ki se nam vidijo bistvene in ki se v najrazličnejših inačicah ponavljajo od početka do današnjega takoimenovanega pravnega objektivizma.

Kakor smo že prej naglasili, se filozofski realizem in transcendentni idealizem strinjata v priznanju objektivnih pravnih vrednot, ki so neodvisne od človeka. Iz tega izhaja, da soglašča naravno pravo v bistvu tudi z naukom transcendentalnega idealizma. Razlikuje se od filozofskega realizma le v gnozeološki utemeljitvi pravnih vrednot. Zaradi tega se nam zdi napačno pripisovati transcendentalnemu idealizmu zaslugo, da je dokončno premagal naravno pravo. Posebno novejša nemška pravna filozofija to »zaslugo« kaj rada naglašča. Po našem mnenju pa je sploh neumestno govoriti o »zmagi« nad takim duhovnim gibanjem, ki se lahko ponaša s častitljivim večtisočletnim izročilom.

Naravno pravo predpostavlja, da je bistvo ali najgloblji temelj prava vzvišen nad kategorijami historije. V zgo-

dovini je človeška dejavnost relativna, ker je vezana na kraj in čas. V naravnem pravu pa se razodevajo one objektivne norme, ki se odtegujejo človeškemu hotenju in učinkovanju. Kakor naravni zakon je tudi naravno pravo večno in bi prav tako veljalo, tudi če bi ga nihče ne spoznal in ne priznal. Človeška dejavnost ne ustvarja tega prava, marveč ga le razodeva. Naravno pravo, to so »nepisani in stalni zakoni bogov, ki niso od danes in ne od včeraj, marveč so od vekomaj v moči, in nihče ne ve, od kedaj so«, kakor pravi Antigona.

Etični zakon je enak fizičnemu, npravni naravnemu. Tak naravoslovni smisel leži v prvotnem pomenu besede »themis«. ⁴ V pseudoplatonovem dialogu Minosu ⁵ pravi Sokrat, »da zakon ni sklep, ki bi izhajal od države, marveč odkritje tega, kar je povsem neodvisno od našega spoznanja in hotenja«. Ljudje se ravnaajo po različnih zakonih le zaradi tega, ker ne morejo vedno »najti tega, kar je«. ⁶ Razlika v zakonih posameznih držav izvira torej le iz človeške slabosti in omejenosti, ki ne more vedno odkriti prave bitnosti ali »tega, kar je«. Kar odgovarja tej bitnosti, je zakon, drugo ni zakon. Nadaljna posledica tega naziranja je, da so le one človeške postave obvezne, ki so v skladu s »pravo bitnostjo«. Le ta je vzvišena nad prostorom in časom. Bitnost človeške postave ni samobitnost, marveč le »esse per participationem«: zakon je le toliko zakon, kolikor je »deležen« višje realnosti, kolikor na tej realnosti »participira«. Pri Ciceronu se objektivna realnost prava izraža v absolutnem zakonu, ki ga ni iznašel človeški razum in ki ne izvira iz mnenja ljudstev, marveč je nekaj večnega (aeternum quiddam). To je »večna postava«, orta simul cum mente divina, ki vlada nad vsem vesoljstvom. Pravičnost je absolutna »po naravi«, ali pa je sploh ni. Kajti ona pravičnost, ki jo ustvarja korist, jo korist tudi uniči. ⁷ Edinstveni zakon pravičnosti, ki je sam po sebi ali pa ga sploh ni, je po sv. Pavlu »pisan ne s črni-

⁴ Weiss, Griechisches Privatrecht, 1923, I, 20.

⁵ Platon, Werke prev. H. Müller, 1866, VIII, 315 A.

⁶ I. c. 317 C.

⁷ De legibus, II, IV, I, XV.

lom, ampak z Duhom živega Boga, ne na kamenitih ploščah, ampak na mesenih ploščah srca«. Sv. Pavel izoblikuje s čudovito silo in jasnostjo ona motiva, ki sta igrala tako važno vlogo v poznejšem razvoju evropske miselnosti. To sta motiva »zagrinjala« in »zrcala«. Človeško spoznavanje je po izvirnem grehu kalno in omejeno, ker »sami po sebi nismo zmožni misliti kaj kakor sami iz sebe, temveč naša zmožnost je od Boga«. Kadar se pa zgodi izpreobrnjenje k Bogu, »se sname zagrinjalo«, ki je do tedaj oviralo naše spoznanje, in mi izpregledamo in spoznamo božji zakon. »A mi vsi, ki z odkritim obličjem odsevamo kot zrcalo slavo Gospodovo, se premenjujemo v isto podobo od slave v slavo, kakor od Gospodovega duha.«⁸ Sv. Avgustin govori o Božji luči, ki se zrcali v človeškem spoznavanju, ki je refleks božjega spoznavanja.⁹ Lex aeterna, identična z božjim svetovnim načrtom in vir naravnega etičnega zakona, je »vtisnjena« (»impressa«) naravnemu razumu.¹⁰ Norme naravnega etičnega zakona so vsakomur že po sebi jasne, razumen človek jih najde že kot dane in izgotovljene. Človeku ni treba etičnih norm šele ustvarjati. Naše spoznavanje ne more temu viru, ki je že popoln, izgotovljen, zaključen in pripravljen za praktično uporabo, ničesar pridati in ničesar vzeti. Gre le za subjektivni proces spoznavanja, za vedno bolj jasno zavedanje nečesa, kar je in kar ostane v sebi prav tako popolno, naj se ga zavedamo ali ne. Ne gre za ustvarjajoče spoznavanje, marveč za »odkrivanje« nečesa, kar je, ali v Sokratovi terminologiji za »reminiscenco«. Kakor je že Aristotel označil kot naravno ono pravo, ki ima povsod enak in od človeške volje neodvisen pomen, tako se v sholastiki poudarja, da Božji zakon »nec ponitur nec deponitur« in da je »exemplar legum omnium«. ¹¹ Človeški zakoni morejo biti le posnetek večnega za-

⁸ II, Korinčanom 3.

⁹ Schilling, Die Rechtsphilosophie bei den Kirchenvätern; Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, XVI, 3.

¹⁰ Grabmann, Das Naturrecht der Scholastik von Gratian bis Thomas von Aquin, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, XVI, 23.

¹¹ Grabmann, I. c. 33.

kona; skladnost z njim odloča o njihovi pravičnosti. »In lege temporalis« ni pravičnosti, ki bi ne izvirala »ex lege aeterna«,¹² vpisane »in cordibus hominum«. ¹³ Poudarja se vedno z nova, da tega zakona ni ustvarilo mnenje: »Natura jus est, quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit«. ¹⁴ Kakor se nam z dviganjem zastora odpira nov pogled, tako prihaja po sv. Tomažu¹⁵ naše spoznavanje »gradatim ab imperfecto ad perfectum«. Kot umna bitja smo po naravnem zakonu d e l e ž n i¹⁶ večnega zakona, ki je »scriptura extra homines existens«. Človeški zakoni sicer vsebujejo naravno pravo, a g a n e u s t v a r j a j o. Večni zakon, Ciceronova »vera lex, recta ratio, naturae congruens diffusa in omnes, constans sempiterna«¹⁷ eksistira izven človeštva, pred njim in nad njim. Slično pravi Calvin, da je božji zakon »v p i s a n i n takorekoč vtisnjen« v človeška srca.¹⁸ Navzlic izvirnemu grehu nam je vsajena neuničljiva »semence de droicture«, ¹⁹ ki je priča (testimonium) od Boga danega naravnega etičnega zakona. Calvin primerja Sveto pismo (les Écritures) povečalnemu steklu, ki nam omogoča razbrati Božje razodetje, ki je vpisano v naravi in katere pisavo je greh izbrisal (Choisy, l. c. 523). Postati moramo glasniki, »tolmači teh božjih zakonov«, kakor je oznanjeval Epiktet,²⁰ naša naloga je le spoznanje tega, kar je že ustvarjeno v vsej svoji popolnosti, ne pa samobitno ustvarjanje nove postave:

Ker človek le ugotavlja in proglašča resnico, ki je izven njega in ki mu je dana od zunaj, ne pa od znotraj v samo-

¹² Avgustin, De libero arbitrio, I, c. 6; (Jodl, Geschichte der Ethik, 1920, I, 575).

¹³ Avgustin, Confess, II, 4 (Jodl l. c.).

¹⁴ De diversis quaestionibus, 31; Tröltzsch, Die Sociallehren der christlichen Kirchen, 1912, 161.

¹⁵ Suma 1a 2ae qu. 97a 3.

¹⁶ »lex naturalis« je »participatio legis aeternae in rationali creatura«, qu. 91a 3.

¹⁷ de Rep. III, 17.

¹⁸ Tröltzsch, l. c. 659; Choisy, L'État Chrétien Calviniste à Genève au temps de Théodor de Bèze, Genève (Egimann & Cie), 184: »ordonnance de Dieu engravée au coeur de tous les hommes.«

¹⁹ Beyerhaus, Studien zur Staatsanschauung Calvins, 1910, 67.

²⁰ disc. IV, 3, 12.

bitni tvornosti njegove duhovnosti, ne more biti avtonomnega človeškega ustvarjanja. Karkoli bi človek postavil »tesei«, more biti le bolj ali manj točen posnetek tega, kar je »fisei«. Lex aeterna bi tudi brez našega sodelovanja ustvarila harmonijo vesoljstva.

A tudi pred Bogom samim se problem ustvarjanja ne ustavi in odtod vprašanje, ali je vse, kar Bog hoče, dobro in pravično samo zaradi tega, ker Bog tako hoče, ali hoče Bog nekaj zaradi tega, ker je dobro in pravično. Star spor srednjeveške socialne filozofije je bil, ali je naravno pravo akt Božjega razuma ali Njegove volje. Dočim so iz Duns Scotovega nominalizma izvajali, da ni zakona nad Bogom, je realizem smatral naravno postavo kot Božji »actus intellectus«, ki ga ne more spremeniti niti Bog sam. Nominalizem predstavlja voluntaristično, realizem pa intelektualistično smer srednjeveške socialne filozofije. Po prvem naziranju je pravo »lex praeceptiva«, po drugem pa »lex indicativa«.²¹ Realisti so med drugim Grotius in Leibniz. Po Grotiju je naravno pravo tako nespremenljivo, »ut ne a Deo quidem mutari queat ... sicut ... ut bis duo non sint quatuor ne a Deo quidam potest effici«.²² Po Leibnitzu ni pravičnost odvisna od volje, marveč je osnovana »v nujnih in večnih resnicah narave stvari, kakor številke in relacije«.²³ Če bi pravičnost izviral iz volje, bi se Bog ne razlikoval od hudiča. Pravoslovje pa pripada onim vedam, ki ne izhajajo iz izkustva, marveč iz definicij, ki so odvisne od racionalnih, ne od čutnih dokazov, in pri katerih gre za vprašanje veljavnosti, ne pa faktičnega obstoja (qui sunt ut ita dicam, juris non facti). Ker obstoji pravičnost v nekem soglasju in razmerju, se da njen pomen ugotoviti neodvisno od tega, ali se sploh kdo ravna po načelih pravičnosti, kakor bi ostali odnosni števil tudi tedaj resnični, ako bi ne bilo nikogar, ki bi štel, in ničesar, kar bi se štel.

²¹ Gierke, Althusius, 1929, 73; Beyerhaus, Studien zur Staatsanschauung Calvins, 1910, 62.

²² De jure belli ac pacis, I, 10.

²³ Leibniz, Méditations sur la notion commune de la justice, ed. Meiner, II, 511.

Še manj kakor Bog pa more biti stvarnik pravičnosti človek. Kakor smo videli, poudarjajo v naravno pravo usmerjeni filozofi in juristi vedno znova, da mora človek poiskati in proglasiti ono pravičnost, ki je izven njega in nad njim. Pravičnost se najde, ne pa ustvarja. Zaradi tega je tudi pozitivna zakonodaja le proglašanje višjega prava. Vsi človeški zakoni so v bistvu le deklarativni, ne pa preceptivni. Zakoni so že ustvarjeni »par la main de celui qui créa les droits et les devoirs« in morejo biti le »des actes déclaratoires«²⁴. Poglavlje Quesnayevih »*Emphémérides*« je naslovljeno: »*Les lois constitutives de la société ne sont pas d'institution humaine*«. ²⁵ V priznanju prava, ki je odtegnjeno človeškemu uplivu, sta se strinjala tudi največja kodifikatorja preteklega stoletja. Kantovsko usmerjeni Zeiler pravi, da ni pravo nikak »*Machwerk der Menschen, und die Machthaber seien keine Rechtschöpfer, keine Rechtsgeber, sondern alle Rechte gebe ursprünglich die Vernunft*«. ²⁶ Isto pomeni slavni Portalisov rek, da »*les Codes des peuples se font avec le temps, mais, à proprement parler, on ne les fait pas*«. ²⁷ Portalis je tudi redigiral čl. 1. uvodnih določb k projektu Code civila 24. messidora leta VIII., ki proglašá objektivno, od vsega človeškega prizadevanja in od vsake zakonodaje neodvisno pravo: »*Il existe un droit universel et immuable, source des toutes les lois positives: il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes*«. ²⁸

Po Schopenhauerju so pojmi pravice in krivice povsem neodvisni od pozitivne zakonodaje, zaradi česar eksistira tudi čisto etično ali naravno pravo, neodvisno od vsake

²⁴ Daire, Physiocrates I, 347; Hasbach, Die allgemeinen philosophischen Grundlagen der von François Quesnay und Adam Smith begründeten politischen Ökonomie, 1890, 66; Spektorskiĵ, Zgodovina socialne filozofije, 1932, I, 224, 243.

²⁵ Oeuvres économiques et philosophiques de F. Quesnay, ed. Oncken, 1888, 642.

²⁶ Commentar, Vorkenntnisse, § 1.

²⁷ Discours, rapports, et travaux inédits sur le Code civil, par I. E. M. Portalis, publiée par le vicomte Frédéric Portalis, Paris, 1844, 306.

²⁸ l. c. 306. Člen je bil pozneje črtan.

pozitivne postave.²⁹ Pozitivne postave so resnično pozitivno pravo le tedaj, če soglašajo s tem etičnim pravom. Le tedaj je država »ein rechtlicher Verein ... eine moralisch zulässige, nicht unmoralische Anstalt«.³⁰

Nima mnogo smisla nadaljevati s citati, ki dokazujejo pri vseh zastopnikih naravnega prava isti osnovni postulat, da je pravičnost neodvisna od človeškega duha in da človek ni njen stvarnik. Le zavoljo značilnosti te skupne osnove pri možeh, ki so sicer svetovno-nazorno zelo različno usmerjeni, naj navedemo še Tauliera, po katerem ni pravo »une création arbitraire de l'homme«,³¹ Ahrensa, ki postulira neko »višje pravo«, neodvisno »von willkürlichen Satzungen«,³² Lassona, za katerega velja pravičnost »unabhängig von aller menschlichen Meinung und Willkür«.³³

V najnovejšem času nadaljuje izročilo naravnega prava takozvana objektivistična smer v pravoslovju, katere najuglednejši pristaši v Franciji so Gény, Le Fur in Hauriou (k tej smeri ne smemo prištevati Duguita, čeprav se to mnogokrat dogaja. Duguit poudarja vezanost zakonodajalca le na tiste norme, ki žive v socialnem organizmu. Glede na to se njegov nazor strinja z onimi stremljenji modernega pravoslovja, ki nastopajo proti dogmi o vsemogočnosti zakonodavca. Povsem tuje pa je Duguitju kot pozitivistu, ki izhaja iz Comteove filozofije, da bi priznal eksisten-co ali veljavnost takega prava, ki bi bilo od človeške družbe neodvisno. Jedro problema pa je ravno v tem).

Po Gényju je objektivno pravo »préexistant ... aux arrangements humains et les régissant eux-mêmes«.³⁴ Vzrok za veljavnost in obveznost prava ne leži v državi, marveč »dans ces puissances supérieures, révélées par la conscience, qui imposent le devoir, et notammant le devoir social«.³⁵

²⁹ Die beiden Grundprobleme der Ethik, II: Ueber das Fundament der Moral, S. W. ed. Deussen, 1912, 688 (218).

³⁰ Schopenhauer, die Welt als Wille und Vorstellung S. W. ed. Deussen, 1911, 409.

³¹ Bonnetcase, L'école de l'exégèse, 163/164.

³² Naturrecht, 6 izd., § 1.

³³ System der Rechtsphilosophie, 1882, 37.

³⁴ Gény, La notion de droit en France, v Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique, 1931, 1/2, 19.

³⁵ l. c. 18.

Naravno pravo, ki izvira iz same narave stvari in se vsiljuje človeku, je »donné«, in pravnik ga more le ugotavljati (»il ne peut que le constater ou le pressentir«),³⁶ ker je »un droit de type supérieur, ayant un fondement objectif et sûr dans la nature même des choses.«³⁷ Vsebina tega objektivnega prava je lahko sporna, a njegova eksistenca je nujna, ker vlada nad usodo človeških družb.³⁸ Čeprav mu manjka faktična pozitivnost, ima vendarle objektivno bitnost.³⁹ Ne gre za norme, ki jih ustvarjamo, marveč za prototip vsega prava, za neki »ordre mystérieux que nous constatons«.⁴⁰ Ta višji red se pa omejuje le na nekatera osnovna načela, ki zaradi prevelike splošnosti še niso sama po sebi praktično uporabljiva. Principa objektivne pravičnosti »daj vsakomur, kar mu gre« in »ne žali nikogar« je treba šele natančneje določiti in izpopolniti.⁴¹ V to svrho služijo Gényju neka vmesna načela (»principes intérmédiaires«), ki posredujejo med absolutnostjo naravnega prava in relativnostjo človeškega prizadevanja. Z večjo preciznostjo pa se zmanjša objektivna veljavnost: kar izgube višji principi prava na evidentnosti, pridobè na konkretni določnosti. In tako pridemo od naravnega prava, ki je »donné«, polagoma k pozitivnemu pravu, ki je »construit«, umetno zgrajeno in ki bi bilo lahko tudi drugačno.

Razlikovanje med prirodno danim in umetno zgrajenim je bistveno za Gényjevo pravno filozofijo. Prirodno dani so najvišji principi, umetno zgrajeno pa je pozitivno pravo. »Donné« je, kar ne more biti drugačno, »construit« pa, kar bi lahko bilo drugačno. Tako prihaja Gény do opredelitve pozitivnega prava, kakršno je postavil že Aristotel. Primat pripada seveda danosti, od katere je vsaka človeška zgradba v večji ali manjši meri odvisna. Viri pozitivnega prava so le kanali, po katerih prehaja transcendentalno pravo v pozitivno pravo.⁴² Kakor izvirajo v Plotinovi filo-

³⁶ I. c. 21.

³⁷ Gény, *Science et technique en droit privé positif*, (1924) IV, 231.

³⁸ I. c. 265.

³⁹ I. c. 216.

⁴⁰ I. c. 217.

⁴¹ I. c. II (1927), 380 in nasl.

⁴² Gény, *La notion de droit*, I. c. 19.

zofiji manj realne bitnosti iz popolnosti prabitja ali prvotne enote (hen), tako so Gényju človeški zakoni itd. le »certains moyens de détermination et de précision«, potom katerih prehaja naravno pravo »dans la vie de l'humanité«. ⁴³ Tudi država je le sredstvo za ostvaritev tega objektivnega prava: država ne nudi prava drugega nego »un milieu propice d'existence et de développement.« ⁴⁴

Le Fur razume pod naravnim, racijonalnim ali znanstvenim pravom skupino objektivnih norm, ki so »antérieurs à la volonté de l'homme et s'imposant à elle, constatés et non créés par la raison«. ⁴⁵ Poslednja osnova prava leži v nadnaravnem redu: »ce droit s'impose à l'homme... parce qu'il émane d'une sagesse et d'une volonté supérieures que l'homme doit respecter«. ⁴⁶ Tako se nam odkriva objektivna pravičnost, ki je »indépendante de l'homme«. ⁴⁷ Tudi pri Le Furju se nespremenjen ponavlja Aristotelov motiv, ker pravo ni »une notion arbitraire créée par la libre volonté de l'homme«. ⁴⁸ Naš razum ni poklican, da bi pravo ustvarjal, marveč je le sredstvo, s pomočjo katerega se povzpemo do spoznavanja: »... le droit... découle de la nature des choses; la raison humaine... le constate par ses constitutions et ses lois, elle ne le crée pas.« ⁴⁹

Kakor drugi slično usmerjeni avtorji poudarja tudi Le Fur vedno z nova, da človek ne ustvarja pravnih vrednot, marveč jih le ugotavlja. Te vrednote eksistirajo pred človeško voljo in neodvisno od nje, usiljujejo se kot objektivni red, katerega ne moremo priznati. Celostilistično se definicije tega objektivnega prava ponavljajo skoro vedno v isti obliki. ⁵⁰

⁴³ Gény, I. c. 18.

⁴⁴ Gény, *ibid.*

⁴⁵ Le droit naturel et le droit rationnel ou scientifique, *Revue de droit international*, 1927 (I), 661; podčrtal jaz.

⁴⁶ I. c. 670.

⁴⁷ I. c. 689.

⁴⁸ La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne, v *Recueil des cours*, 1927 (III) 303.

⁴⁹ I. c. 303.

⁵⁰ Primerjaj s prejšnjo ono v delu »La théorie itd., 353: »... un ensemble de règles objectives, antérieures à la volonté de l'homme et s'imposant à elle, constatées et non créées par la raison.«

A tudi Le Furju ni naravno ali objektivno pravo sistem, ki bi bil v podrobnosti izdelan. Kakor Géný omejuje tudi Le Fur večni element v pravu le na nekatere osnovne principe.⁵¹ V tem vidita Le Fur in Géný glavno razliko nove objektivistične šole od naravnega prava 17. in 18. stoletja, ki je hotelo s pomočjo razuma rešiti tudi najbolj podrobna vprašanja po enem kopitu. Osnovna in po naravi dana principa vsega kazenskega in civilnega prava sta po Le Furju izpolnitev svobodno prevzetih obveznosti in povrnitev po krivdi prizadejane škode. Oba principa izvirata direktno iz ideje pravičnosti in se prav za prav lahko reducirata na eno osnovno načelo.⁵²

Tretji reprezentativni predstavnik objektivizma, Hauriou, je osnovelec pravne teorije, iz katere zvenijo osnovni motivi srednjeveškega realizma. Ideje eksistirajo objektivno, t. j. neodvisno od vseh subjektov. Te objektivne ideje se v nekem trenutku polaščajo ljudem, ki so le organi v službi idej. Ideja je, ki ostvarja svoj smoter potom človeka, ne pa človek, ki bi ustvarjal ideje. To je smisel teorije o instituciji, ki jo je Hauriou razvil v svojem znamenitem članku »La théorie de l'institution et de la fondation«.⁵³ Čeprav je njegovo delo torso, ker je podal le nekatere poglede na institucije-osebe (institutions-personnes) in ni prišel do tega, da bi izdelal tudi institucije-stvari (institutions-choses), in čeprav so njegova izvajanja mnogokrat zavita v naravnost obupno meglo, je izhodišče teorije o institucijah povsem jasno.

Ločiti je treba idejo nekega podjetja od subjektivnih predstav, ki si jih stvorimo o tej ideji. Zbog svoje objektivne in neodvisne bitnosti lahko ideja organizira posameznike v svoji službi in ostvari namen podjetja. Če bi ideje bile tvorbe individualnega duha, bi ne mogle nikoli doseči one objektivnosti, ki jim omogoča prehod iz ene duhovnosti v drugo. Dejstvo, da se ta prehod vrši, je za Haurioua dokaz, da imajo ideje že od vsega početka objektivno bitnost. Te ideje pa mi ne ustvarjamo, marveč odkri-

⁵¹ I. c. 393: »le droit naturel ne pose que les principes absolutement généraux.«

⁵² I. c. 389.

⁵³ V Cahiers de la nouvelle journée, 1925.

vamo in ugotavljamo: »En réalité, il n'y a pas de créateurs d'idées, il y a seulement des trouveurs. Un trouvère, un poète inspiré rencontre une idée à la façon dont un mineur rencontre un diamant: les idées objectives existent d'avance dans le vaste monde, incorporées aux choses qui nous entourent; dans des moments d'inspiration, nous les trouvons et les débarrassons de leur gauge.«⁵⁴

Objektivizem prehaja tako v pravni univerzalizem. Čeprav bomo šele pozneje utemeljili svoje naziranje, ki se z objektivizmom ne strinja, hočemo že sedaj opozoriti na pravilno jedro Hauriouovega nauka. To jedro je po našem mnenju v tem, da ostanejo abstraktna pravila vedno le mrtvo gradivo, če jih ne združimo v enotni sintezi ustvarjalčevega akta naše duhovnosti. Kopičenje posameznosti je vedno le priprava za oni edinstveni akt, ki ga je Bergson imenoval intuicijo in ki nam omogoča prodiranje v globine problemov. Sinteza je vedno delo te čudežne iskre, brez katere ostane še tako obsežno znanje brezplodno. Ta fenomen, ki ga lahko opazujemo v vseh področjih človeške dejavnosti, velja v polni meri tudi v pravu. Čisto izkustveno lahko ugotovimo, da izhajamo pri rešitvi vsakega pravnega problema najprej iz neke nedoločne in bolj slutene vodilne ideje, katero postopno izpopolnjujemo in utemeljujemo. Da je ta prvotna intuicija mogoča, je potreba veliko trudapolnih priprav, mnogo študija in razmišljanja. Brez tega znanja bi bila intuicija gola fantazija. V tem smislu je povsem pravilno, če trdimo, da nam n. pr. osnovna ideja lastnine omogoča razumevanje vseh podrobnih določil o lastnini itd. Pravni instituti ne žive v nas kot aritmetična suma abstraktnih pravil, marveč kot neka enotna podoba. To resnico so oblikovali že rimski juristi: *Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ex regula jus summat, sed ex jure, quod est, regula fiat.*⁵⁵ Isto je oznanjeval Portalis, ko je poudarjal, da »le droit ne naît pas des réglemens, mais les réglemens doivent naître du droit«, in Savigny, ko je opozarjal na organično enotnost pravnih institutov: »Die Gestalt aber, in welcher das Recht

⁵⁴ l. c. 15/16; podčrtal jaz.

⁵⁵ l. l. Dig. 50, 17.

in dem gemeinsamen Bewußtsein des Volks lebt, ist nicht die der abstracten Regel, sondern die lebendige Anschauung der Rechtsinstitute in ihrem organischen Zusammenhang.«⁵⁶

Enotne podobe pa, pod katero živijo v naši duhovnosti pravne institucije, ne smemo hipostazirati. Če nočemo prekoračiti meja izkustva, ne smemo psihičnih podob pretvarjati v samostojne bitnosti.

Gény, Le Fur in Hauriou so misleci, ki prav gotovo ne izhajajo iz Kantove filozofije. Najlaže jih uvrstimo med predstavnike filozofskega in v nekem oziru celo naivnega realizma. V spoznavno-teoretskem delu smo pokazali na neke skupne osnove realizma in transcendentalnega idealizma. V dokaz naše trditve, da vodi tudi transcendentalni idealizem do naravnega prava, navajamo še A. Reinachovo teorijo prava. Reinach zastopa takozvano fenomenološko smer pravne filozofije in je s posebno odločnostjo poudarjal neodvisnost pravnih norm od človeškega duha.

Postulat Reinachovega nauka je pravo, ki eksistira ne le neodvisno od vsega pozitivnega prava, marveč tudi od človeške duhovnosti sploh. Reinach hoče dokazati, »daß die Gebilde, welche man allgemein als spezifisch rechtliche bezeichnet, ein Sein besitzen, so gut wie Zahlen, Bäume oder Häuser«. Bit tega prava je povsem neodvisna od tega, »ob es Menschen erfassen oder nicht«. Posebno pa je neodvisna od vsega pozitivnega prava.⁵⁷ Objektivni pravni pojmi se nekako prelivajo v pozitivno pravo. Pozitivno pravo najde te objektivne pravne pojme, a jih ne ustvarja (»es erzeugt sie mit nichten«).⁵⁸ »Die sog. spezifisch-rechtlichen Grundbegriffe haben ein außerpositivrechtliches Sein, genau so wie die Zahlen ein Sein unabhängig von der mathematischen Wissenschaft besitzen. Das positive Recht mag sie ausgestalten und umgestalten, wie es will: sie selbst werden von ihm vorgefunden, nicht

⁵⁶ System des heutigen Römischen Rechts 1842, I, 16; podčrtal jaz.

⁵⁷ A. Reinach, Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, 2. ponatis, 1922, 688.

⁵⁸ Ibid. 690.

erzeugt.«⁵⁹ Za pravo veljajo po Reinachu apriorni principi, ki so sami po sebi evidentni, »unabhängig von allem erfahenden Bewußtsein«. Pri tem pa dopušča seveda tudi Reinach možnost, da se pozitivno pravo lahko oddalji od svojega prototipa, s čemer se pa v tej zvezi ne moremo podrobneje baviti.

Reinachovo teorijo prava smo prikazali, ker se nam zdi značilna za vso smer, ki je izšla iz Kantovega transcendentnega idealizma. Neglede na cepljenje v razne struje je ta smer po svojem bistvu objektivistična in soglaša z osnovnim postulatoma realizma, da je realnost dana, ne pa po človeku ustvarjena.

Po zatrevanju njegovih zastopnikov se objektivizem razlikuje od starega naravnega prava predvsem v tem, da se omejuje na nekatere splošne principe. To razlikovanje ni posebnost naše dobe. Srečavamo ga od Aristotela skozi vso zgodovino socialne filozofije. Njegov pomen je dvojen. Čim bolj se naravno pravo vzdržuje podrobnega normiranja, tem lažje se obvaruje nesoglasij. Čim bolj je vzvišeno nad dnevnimi spori, tem lažje doseže oni consensus gentium, v katerem vidijo nekateri poslednji in zadostni razlog za veljavnost nekega pravila. Po drugi strani je pa tudi človeško ustvarjanje dejstvo, ki je že po sebi tako evidentno, da ga je treba do neke mere priznati.

Omejitev naravnega prava na najvišje principe pravičnosti ustreza navidezno obema zahtevama. V okviru danosti, v mejah »tega, kar je« pride tudi človeško ustvarjanje do veljave. To človeško ustvarjanje je seveda podrejeno najvišjim principom prava, ki so dani. Ne nanaša se na bit in bitnost prava, ki sta vzvišeni nad človeškim učinkovanjem. Človeškemu ustvarjanju je dana prostost le v mejah, ki jih določa naravno pravo. V preteklem stoletju je to naziranje zastopal n. pr. Stahl. Predmet prava so mu institucije Božjega kozmičnega reda,⁶⁰ ki je pravzor vse pozitivnopravne tvornosti. Ljudje niso tvorci, marveč le sredstvo ali organi, potom katerih se

⁵⁹ I. c. 690.

⁶⁰ Stahl, Die Philosophie des Rechts, nova izd. 1926, 70.

javlja ono pravo, ki eksistira neodvisno od ljudi.⁶¹ Le v okvirju božjega načrta priznava Stahl samostojnost človeškega ustvarjanja.⁶²

Vendar se nam dozdeva, da priznavanje samobitnega človeškega ustvarjanja ni v skladu z vodilno mislijo naravnega ali objektivnega prava. Kakor je eksistenca dveh prabitnosti druga poleg druge protislovna, tako tudi poleg božjega ustvarjanja ni mesta za izvirno človeško ustvarjanje. Človeško ustvarjanje more biti le iluzija: človek si le domišlja, da ustvarja, v resnici pa je njegova dejavnost le izvajanje božjega ali naravnega zakona. Ta osnovni motiv je izrazil teoretik restavracije De Maistre z besedami: »l'homme peut tout modifier dans la sphère de son activité, mais il ne crée rien: telle est sa loi, au physique comme au moral«.⁶³

Če pa človek res ničesar ne ustvarja, marveč le odkriva, kar eksistira neodvisno od njega, preстане pravo kot problem ravnanja in postane samo problem bolj ali manj jasnega spoznavanja. Z razvojem pameti bi se pravno spoznavanje moralo dvigati k objektivnemu svetu realnosti in se mu vedno bolj približevati; mu postati celo adekvatno. Človek bi bil le gledalec višjega redu, spoznavec, ne pa tvorec človeškega redu. Kakor se sliši paradokсно, vendar je Nelson iz tega stališča povsem dosledno zanimal eksistenco pozitivnega prava. In kakor ni pozitivnega prava, ki bi nastajalo in minevalo, tako po Nelsonu tudi ni pravnih virov, ni pravnega ustvarjanja in ni pravnotvornih dejstev.⁶⁴

Do skrajnih posledic pritirano naravno pravo doseže tako vrhunec. Zanika se celo obstoj pozitivnega prava, samobitnost njegovega izvora in dejstvo njegovih prememb. V tem se nam odkriva nazor naravnega prava tak, kakršen v resnici je, namreč kot pravnileatizem.

⁶¹ Stahl, l. c. 89—90.

⁶² l. c. 63.

⁶³ *Considérations sur la France*, ch. VI.

⁶⁴ Nelson, *System der philosophischen Rechtslehre und Politik*, brez letnice, 10/11.

Tretje poglavje.

Raziskovanje posameznih gnozeoloških smeri nam je pokazalo, da priznavata filozofski realizem in transcendentni idealizem naravno pravo ali pravne vrednote, ki so od človeštva neodvisne. Z gnozeološko obrazložitvijo pa še ni rešeno vprašanje o eksistenci ali veljavnosti naravnega prava.

Kritično analizo tega problema nameravamo izvesti v treh smereh. V prvem odstavku se bomo ukvarjali z vprašanjem, ali je sploh mogoče govoriti o normah, ki bi bile od človeštva neodvisne, istočasno pa tudi pravne. Prišli bomo do zaključka, da je predpostavljjanje takih pravnih norm *contradictio in terminis*. V drugem in tretjem odstavku pa bomo raziskovali nekatera svojstva pravne fenomenologije, ki se često navajajo v dokaz za eksistenco naravnega prava.

1. Kot splošno priznано predpostavljamo, da eksistira poleg fizičnega sveta še psihična dejavnost, ki je v vsakem posamezniku svojevrstna. Ta svojevrstnost pa ni nikoli tako izrazita, da bi smeli govoriti o absolutno različnih psihičnih dogajanjih, ki bi ne imeli vsaj nekaterih skupnosti: absolutno drugorodni psihični proces bi ne mogel nikdar postati aktivni del naše duhovnosti. Vzlic različnosti in svojevrstnosti psihičnih dogajanj moramo torej predpostavljati neko na sličnosti skonstruirano skupno osnovo, ki omogoča medsebojno razumevanje in s tem zbližuje posameznike. Ta sličnost se pa nikoli ne stopnjuje do identičnosti in zaradi tega je popolno razumevanje drugega psihičnega procesa nemogoče. To nam na žalost izpričuje dnevna izkušnja: človek ni sposoben niti samega sebe pravilno razumeti, kaj šele, da bi se popolnoma vživel v drugo psiho! Brez skupne osnove, ki sloni na sličnosti, pa bi bil svet socialnosti povsem nemogoč: eksistirali bi samo v sebi zaključene monade, »brez oken in vrat«, brez medsebojnega odnosa.

Zvezo med posameznimi, krajevno in časovno ločenimi psihičnimi procesi posreduje človeško izražanje v najširšem pomenu (jezik, muzika itd.). To sredstvo ni za vse človeštvo eno in isto, marveč različno po krajih in časih, ki imajo

vsak svoj poseben način izražanja. Skupnost onega, kar posreduje sporazumevanje, je treba torej reducirati na določen kraj in čas in na posamezne družbene skupine. A tudi v teh ni skupna osnova nekaj, kar eksistira samo zase in ločeno od individualnih psihičnih aktov. Samo poslednji so realni, vse drugo pa je abstraktna konstrukcija našega duha brez bitnosti. Skupna osnova neke družbe je sestavljena iz neomejenega števila posameznih dejavnosti, a vsaki izmed teh pripisujemo približno isti smisel. Tudi če bi predpostavljali, da ima n. pr. neka beseda ali stavek le en smisel, bi ga izkustveno ne mogli ugotoviti. Realno eksistirajo le konkretni smisli individualnega psihičnega dogajanja, ki so si v nekem oziru slični, v nekem pa različni.

Hipoteza o edinstvenem smislu, ki bi eksistirala kot neodvisna, zaključena in vedno sebi enaka bitnost, je pa tudi praktično nepotrebna. V življenju je dovolj, če si ljudje pod istimi besedami, stavki ali dejanji predstavljajo vsaj približno isto. V nekem pravnem poslu se bodo dejanja ujemale, tudi če gledata n. pr. kupec in prodajalec vsak po svoje na denar in na blago. V praksi sploh ne prihaja v poštev identičnost smisla, marveč le približno soustrežajoča usmerjenost. Kakor se n. pr. hoja posameznega vojaka navzlic svojevrstnosti ujema z enotnim maršom odreda, tako je za družbo važna predvsem približna sličnost usmerjenosti, ne pa identičnost. Čim večja je sličnost, tem večje je razumevanje, tem skladnejše ravnanje.

Realni so torej svojevrstni, nikoli povsem enaki, a tudi nikoli povsem drugorodni psihični procesi, edinstvenost in samostojnost smisla pa je le abstrakten lik, ki ga tvori naš razum iz izkustvenega doživljanja.

V skladu s tem tudi pri pravnih normah ne moremo govoriti o nekem identičnem smislu, ki bi bil neodvisen od subjektov. V pravu gre predvsem za približno isto usmerjenost dejavnosti na osnovi neke norme. Važno je, da se dejanja, ki jih norma predpisuje, do neke mere ujemajo, ne pa, da bi bila identična. Ker pa izzove neka pravna norma običajno dejanja, ki si v bistvu nalikujejo, sklepamo iz sličnosti dejanj, da mora imeti vsaka norma le

en smisel, ki je edinstven in neodvisen od načina, kako se v posameznikih odraža. A ta edinstveni smisel je le psihološka fikcija, ki nima prave realnosti. Fizični gibi, s katerimi n. pr. odštevamo denar, so lahko najrazličnejši, a vsi se bodo ujemali v tem, da gre neka vsota denarja iz mojega žepa v tuji. Kakor pa ne eksistira plačevanje kot tako, ločeno od konkretnih aktov, s katerimi se izvrši, tako tudi ne eksistira edinstveni, identični smisel norme, ločen od konkretne psihične dejavnosti, v kateri se izraža. Kakor pa je za neko plačilo vseeno, ali potegnem denar iz levega ali desnega žepa, tako je za praktični smoter norme svojevrstnost vsakega psihičnega akta dojemanja irelevantna, dokler si pod vsebino norme predstavljamo vsaj približno isto dejanje.

Kakor ne eksistira samostojni smisel norme, ločen od smisla, katerega mu posamezniki pripisujejo, tako tudi norme sploh ne eksistirajo, preden niso bile od kogarkoli ustvarjene. Če pogledamo na razvoj človeštva in na one spremembe, ki se imenujejo napredek v kulturi in civilizaciji, vidimo, da izvirajo iz empirično ugotovljivih, ustvarjajočih aktov znanih ali anonimnih osebnosti. Zaman bi se trudili, če bi hoteli dokazovati od vsake subjektivne duhovnosti neodvisni obstoj norm. Norme mora naš razum najprej postaviti, to se pravi, ustvariti, ker jih nikjer ne najde že pripravljene za uporabo. Šele potem, ko je bila norma po človeku ustvarjena, lahko trdimo, da velja, tudi če je ta ali oni ne pozna ali prizna, kakor eksistirajo fizični predmeti, tudi če subjektivno o njih ničesar ne vemo. Šele po tem ustvarjajočem aktu človeške duhovnosti lahko govorimo o veljavnosti norm neglede na psihično dožemanje po posameznikih. Tako veljajo tudi pozitivni zakoni neke države, čeprav jih večina državljanov gotovo ne pozna. Iz tega pa ne moremo sklepati, da ti zakoni niso bili ustvarjeni po človeku. Govoriti o veljavnosti pravne postave, še preden jo je kdo postavil, je nekaj, kar presega izkustvo. Prvi, ki je izdelal n. pr. pravila bančnega akreditiva, jih ni našel nikjer že izgotovljena in pripravljena. Le po metafori lahko rečemo, da poiščemo neko pravilo, ker smo vajeni, da mislimo v prisposodobah, ki se nanašajo na materialni svet. Kakor

običajno predpostavljamo, da eksistirajo fizični predmeti neodvisno od nas in da jih le poiščemo in najdemo, tako govorimo tudi o duhovnih relacijah.

Zavedati pa bi se morali, da eksistira duh le kot ustvarjajoča aktivnost. Analogija s svetom materije odreče tu popolnoma. Kakor ni »besede neizrečene«, preden jo je človek ustvaril, kakor ne eksistira jezik izven onih, ki mislijo in govore, tako moremo tudi pravne norme razumeti le iz ustvarjajočega procesa človeškega duha. Govoriti o »odkritju« norm ima isti smisel kakor govoriti o odkritju besed mesto o njih ustvarjanju.

Pravo je torej umotvor človeškega duha. Dozdevno priznava to tudi transcendentelni idealizem, ki poudarja aktivnost subjekta. V resnici pa je to samo videz, kajti po transcendentalnem idealizmu je samo »subjekt sploh« ustvarjajoč, ne pa empirični človek. Subjektivno ne moremo na tem ustvarjanju ničesar izpremeniti, kakor ni v naši moči, da bi $7+5$ ne bilo 12 . Naša subjektivna zavest ne more ne priznati nujne zakonitosti »subjekta sploh«. Čeprav je n. pr. zakon o vzročnosti ustvarjen po transcendentalnem subjektu, je vendar tudi kritičnemu idealistu jasno, da ta zakon ni odvisen od empiričnega subjekta in od njegovega spoznavanja. Le »subjekt sploh« je normativen za naravo. Ta normativnost pa bi ostala ista, tudi če bi ne vedeli zanjo in če bi se je ne zavedali. Kantova tabla kategorij (kvalitete, kvantitete, relacije in modalitete) hoče veljati za vse subjekte, tudi za one, ki niso nikoli filozofirali ali čitali Kanta. Ko spoznamo konstitutivno funkcijo teh kategorij, se bomo kvečjemu začudili kakor gospod Jourdain, ko mu nekega dne njegov profesor filozofije pojasni, da že štiri-deset let »il fait de la prose sans le savoir«. Ako pripisujemo torej po tezi transcendentalnega idealizma spoznavanju ustvarjajočo silo, si moramo biti na jasnem, da gre za ustvarjanje čisto posebne vrste, in da človek ustvarja nekaj, česar ne more ne-ustvariti.

V nasprotju s tem pa predpostavlja pravni red, da je bil zavestno ustvarjen po empiričnih subjektih. Pravo je racionalen red, po katerem zavestno usmerjamo dejavnost in jo zavestno presojava. Česar se nihče ne zaveda, ne eksistira kot zapoved ali prepoved

prava. Zaradi tega bi norme, ki bi izvirale od nekega transcendentnega ali višjega subjekta, ne morale biti pravne, dokler bi se jih empirični subjekt ne zavedal. Na meji racionalnosti empiričnega subjekta preneha tudi oblast prava. Za svet prava bi lahko postavili kot aksijom: *quod non est in ratione, non est in jure*.

S tem ne nameravamo podcenjevati ali celo zanikati vloge podzavestnosti v individualnem in socialnem življenju. Gotovo je človek le v mali meri racijonalno bitje. A samo v tej meri je mogoče tudi pravo. In kakor ne izčrpa racijonalnost vsega življenja, tako ne smemo staviti pretiranih zahtev na pravo, ki deli usodo vsega, kar človek zavestno ustvarja.

Prihajamo torej do zaključka, da ni pravnih norm, ki bi veljale neodvisno od empiričnih subjektov, ali da vsaj kot pravniki o njih ničesar ne vemo. Zaradi tega je tudi pojem naravnega prava že v sebi protisloven, ker ni mogoče, da bi nekaj bilo dano po naravi, obenem pa zavestno ustvarjeno. Naravno pravo bi moglo veljati kot pravo le, kolikor bi ga zavestno postavljali, torej baš toliko, kolikor bi ne bilo »naravno«. V antitezi z naravnimi zakoni je bit pravnih postav odvisna od zavesti, in sicer ne od neke transcendentne ali transcendentne zavesti, marveč od empirične zavesti članov neke družbe.

Naravno pravo je v bistvu nauk o absolutni pravičnosti. Če ni naravnega prava, tudi absolutne pravičnosti ne more biti. V skladu s prejšnjimi izvajanji smo mnenja, da pravo ne predpostavlja absolutne pravičnosti. Pravo se zadovoljuje z relativno pravičnostjo, z neko abstraktno skonstruirano povprečnostjo ali normalnostjo, ki se po kraju in času spreminja. Empirično lahko ugotovimo le individualne sodbe o pravičnosti ali nepravilnosti neke norme ali nekega ravnanja. Na sličnost posameznih sodb gradimo neko povprečnost, ki nam služi kot merilo za presojanje dejavnosti. Ta povprečnost ali normalnost pa ni samostojna realnost, marveč le abstraktna podoba, praktično koristna in potrebna. Povprečnost je le destilat onega, kar smatra neka skupina za veljavno in pravilno. To merilo ni absolutno.

Tudi če postavimo neki ideal, h kateremu naj stremi vse človeštvo, n. pr. spoštovanje človeškega dostojanstva, je ta ideal vendar samo človeški, to je relatičen.⁶⁵ Navzlic spoznanju njegove relativnosti pa lahko po njem usmerjamo našo dejavnost in se celo moramo po njem ravnati. Če verujemo v njegovo upravičenost. V borbi za ideal odloča vera, ne pa razumski dokazi.

2. Da bi dokazali obstoj naravnega ali objektivnega prava, se njegovi predstavniki često sklicujejo na zakonodavno dejavnost. V zgodovinskem ekskurzu smo že poudarili antitezo med »ustvarjanjem« in »ugotavljanjem«. Naravnega prava človek ne ustvarja, marveč ga le »poišče, najde, ugotavlja in proglašča«. Če bi torej v pozitivnem pravu lahko izsledili fenomene »ugotavljanja«, bi človeško »ustvarjanje« ne bilo edini ali vsaj glavni vir prava.

Trditev, da zakonodavec prava ne ustvarja, marveč ga le ugotavlja in proglašča, se v novejši literaturi vedno z nova ponavlja. Pri predstavnikih te posebno v Franciji zelo ugledne struje naletimo na vedno isti stereotipni stavek: »Le législateur ne crée pas le droit, il le constate.« Neki nemški avtor je celo strnil svoja izvajanja v naslednji stavek: »Die Gesetze werden gemacht, das Recht dagegen nicht. Das Recht wird nicht gemacht, sondern gefunden.«⁶⁶

Vendar se nam dozdeva, da se iz zakonodavne dejavnosti same ne morejo izvajati zaključki, ki naj bi veljali za pravno dejavnost vobče. Zakonodavna dejavnost bi lahko imela značaj ugotavljanja, druge pravne dejavnosti bi pa mogle biti navzlic temu ustvarjajoče.

Neglede na to pa lahko govorimo o »ugotavljanju« prava po zakonodavcu le v nekem posebnem, bolj metaforičnem smislu. Če raziskujemo vprašanje, odkod črpa zakonodavec snov za svoje zakone, lahko rečemo, da so skoro edini njegov vir norme, ki so v bistvu eksistirale in se uveljavljale v socialnem življenju že pred uzakonitvijo. Jasno je, da si zakonodavec ne more poljubno izmišljati

⁶⁵ Za razmerje med pozitivnim in naravnim pravom prim. Tasić, *Il diritto positivo come valore e il diritto naturale*, v *Riv. Int. di Fil. d. diritto* 1930, 687–720; G. Kušej, *Sodobno prirodno in pozitivno pravo itd.*, Čas, I. XXVI.

⁶⁶ Darmstaedter, *Recht und Rechtsordnung*, 1925, predgovor.

načinov socijalne ureditve in samovoljno ustvarjati norm, ki bi v vsem nasprotovale socijalnemu izročilu, to je onemu kompleksu sprejetih naziranj, ki prehajajo iz roda v rod in so nekako že sami po sebi osnova naše dejavnosti. Ta naziranja sprejemamo po večini nekritično in ne da bi dolgo o njih razmišljevali. So to verovanja, bolj ali manj upravičena, nastala v dolgem historičnem razvoju družbe, ki se seveda razlikujejo po razmerah časa in kraja, v katerih družba živi. Tako je n. pr. institut lastnine v podrobni ureditvi posameznih držav različen, vendar pa si noben zakonodavec ni samovoljno izmislil lastnine kot take, marveč jo je že našel kot kompleks bolj ali manj izdelanih norm. V izdelavi zakonodavca pa se te norme do neke meje vedno izpreminjajo: zakonodavec začrta in podčrta smernice razvoja in skuša v dani družbi neka nagnjenja pospeševati, druga pa zadržavati. V institutu lastnine bo zakonodavec n. pr. lahko poudarjal in ščutil kolektivistično ali individualistično smer. Kako globoko lahko posega s svojo ureditvijo v obstoječe socijalne odnošaje, zavisi pač od opore in priznanja, ki ga najde njegovo prizadevanje v družbi. Moč zakonodavca se zlomi na onih izročenihi naziranjih, ki so v neki družbi splošno sprejeta kot najbolj elementarni postulati sožitja, tako da jih zakonodavec mora priznati, ako se hoče izogniti odkritemu boju z družbo.

Narava teh postulatov (n. pr. versko prepričanje, narodnost, ekonomične tendence itd.) zavisi večinoma od konkretnih razmer, v katerih se neka družba nahaja. Rek, da zmore angleški parlament vse, da pa ne more spremeniti ženske v moškega, pomeni več nego golo omejitev zakonodavca po fizičnih dejstvih. Običajno je zakonodavec kot član neke družbe, v kateri se je rodil in v katero je vrastel, prav tako podvržen historičnemu izročilu, kakor ostali člani družbe. Razlika med tem, kar smatra povprečna večina kot pravilno in praktično in pa reformatorskimi težnjami zakonodavca ne bo tako velika, da bi se morala smatrati za prelom s preteklostjo. Socijalni odnošaji kot produkt dolgega historičnega razvoja niso torej nikoli brezoblična snov, katero bi zakonodavec lahko pregnetel v poljubno obliko. Zakonodavec, ki ne pozna teh naravnih mej svoje

dejavnosti, ali pa jih namenoma ignorira, bo doživel »neizbežen fiasko«, kakor pravi Petražicky.⁶⁷ Zakonodavec se torej pri ureditvi socialnih odnošajev potom zakonov naša vedno na že obstoječi družabni red, katerega pa nikoli ne sprejme v celoti, takega kot je, torej neizpremenjenega, marveč ga skuša vedno po nekih smernicah bolj ali manj preoblikovati, kolikor je pač v njegovi moči, ali pa se mu zdi pravilno in pravično.

Kot posebno zanimiv primer za ugotavljajočo funkcijo zakonodavca bi lahko služil prehod od ustnega običajnega prava k pisanim zakonom, kakor se jasno in lepo kaže v srednjeveških štatutih naših mest.⁶⁸ Isti razlogi kakor za zapisovanje nepisanega običajnega prava veljajo tudi za kodifikacijo. Nbroj posameznih zakonov, ki si često nasprotujejo, pravna razcepljenost in negotovost, katera postavna določila so še v veljavi in katera ne, nezanesljivost učene interpretacije, ki sčasoma narašča na multorum camellorum onus, vse to ustvari neko kaotično pravno stanje, iz katerega ni druge rešitve nego poenostavljanje obstoječega historičnega materiala. Obstoječe pravo je treba spraviti v sklad z aktualnimi družbenimi potrebami. Materialno torej kodeksi nikoli ne kršijo kontinuitete pravnega razvoja, marveč so ali hočejo biti sinteza in izbor najboljšega, kar je družba v preteklosti ustvarila. Tako so izsledki učene interpretacije rimskih in cerkvenih tekstov prešli v Code Napoleon. O svojem kodeksu pravi Portalis: »Uredniki niso zavrgli bogate dedščine, ki jo je narod sprejel od prednikov. Nasprotno pa so si nadeli sveto nalogo skrbno izbrati v starih zakonikih vse, kar se lahko prilagodi našim šegam in sedanjemu redu stvari.«⁶⁹ Tako je bil tudi avstrijski državljanski zakonik »sinteza prava, ki je pred zakonikom veljalo v avstrijskih deželah.«⁷⁰ Zakonodavec se glede tega

⁶⁷ Teorija prava i gosudarstva, 1910, II, 522.

⁶⁸ Jasinski: Prehod od ustnega običajnega prava k pisanemu zakonu, Zbornik znanstvenih razprav, Ljubljana, IV.

⁶⁹ I. c. 68.

⁷⁰ Tiltsch, Z. Bl. XXIX, 490 in nasl. Schey v Klang, Kommentar zum ABGB, 1927, I, 4.

pač skoro vedno drži pravila, ki ga je tako točno označil Bacon.⁷¹

Tudi formalno ne pomeni kodifikacija že sama po sebi preloma s preteklostjo. Kakor ne pričara zakonodavec materialno novih norm *ex nihilo*, tako lahko razlikujemo razne tipe kodeksov po njihovih odnosih do drugih pravnih virov. Da bi kodeks že po svojem bistvu izključeval vse druge pravne vire, kratkomalo ni res. Kodeks ali zakonik je sistematična zbirka norm iz nekega pravnega področja. Niti državna sankcija niti izključitev vseh drugih pravnih virov nista bistvena za pojem zakonika. »Častni kodeksi« ne samo da nimajo državne sankcije, marveč celo predpisujejo dejanja, ki so po državnih zakonih kazniva (n. pr. dvoboj). Zaradi tega je treba pojmovno prištevati h kodeksom tudi one *privatne* zbirke zakonov, ki sistematično urejajo neko pravno snov, čeprav se v novejšem času nagiblremo k naziranju, da je državna sankcija neizbežna. Da pa to ni absolutno nujno, kaže dejstvo, da so dobile nekatere privatne zbirke značaj splošnoveljavnih zakonov,⁷² n. pr. Saksonsko zrcalo, Talmud itd. Ta pojav imenuje Petražický »književno pravo«.⁷³

Pojavi zapisovanja in kodifikacije kažejo torej, da gre res do neke mere za ugotavljanje prava, ki je eksistiralo kot tako že pred tem ugotavljanjem, da pa se to ugotavljanje ne vrši nikoli čisto mehanično, marveč da je vedno združeno z bolj ali manj znatnimi premembami v obstoječem pravnem stanju. Norme, ki so se do tedaj udeleževale v socialnih skupinah, se do neke mere preoblikujejo. S tem se prilagodavajo aktualnim potrebam družbe. Mnogokrat zatrjuje zakonodavec nalašč, da novi zakonik ne izpreminja obstoječega pravnega stanja, in sicer samo za to, da lažje uveljavi nove določbe, češ, da gre za že priznane stare običaje prednikov. Ta fenomen, ki ga je Petražický krstil »tiho-tapstvo zakonodavčevega prava«,⁷⁴ gotovo ni redek, posebno če pomislimo, da si pravni inštituti sličijo le, ako jih

⁷¹ Bacon, *De Fontibus juris*, aphor. 64.

⁷² Dolenc, *Dušanov zakonik*, 1925, 10.

⁷³ Petražický, *Teorija prava i gosudarstva*, 1910, 578.

⁷⁴ l. c. 528.

primerjamo »na debelo«, dočim se pri točnejši analizi pokažejo prav znatne razlike. In prav te razlike in posebnosti odločujejo v praktičnem življenju, ker se spori ne rešujejo na osnovi splošnih principov, marveč s pomočjo konkretnih določb. Konkretnemu primeru da včasih ena sama beseda čisto drugo lice in to je v jurisprudenci odločilno, ne pa kaka splošna ugotovitev, na primer ta, da eksistira pri vseh narodih institut lastnine v eni ali drugi obliki. Konkretni lastninski spori se rešujejo po konkretnih normah, ki pridejo v nekem primeru v poštev, ne pa s pomočjo instituta lastnine kot takega.

»Ugotavljanje« prava po zakonodavcu ali potom zapisovanja ima torej svojevrsten značaj, v katerem sta nerazdružljivo spojena dva elementa: ponavljanje in ustvarjanje. Po kontingentnih razmerah kraja in časa bo prevladoval eden ali drugi element, vsekakor pa nimamo nikjer ne ustvarjanja iz ničesa, ne golega ponavljanja. Ugotavljanje se pa nanaša vedno na že obstoječe in v družbi dejstveno norme, torej na empirične fenomene, ki jih moremo zaznati takorekoč z našimi čuti. Ugotavljajo se šege in značaji prednikov, ugotavlja se izročilo sodstva, ugotavljajo se pravila, izdelana v nauku, torej empirična dejstva, ki so se pojavila certo tempore et loco v vidnem svetu, ne pa transcendentne, nadempirične norme, ki bi jih skušali preliti v pozitivno zakonodajo. Za vsebino norme kot povelja je povsem irelevantno, ali vemo za njen formalni izvor ali ne (kakor pri običajnem pravu). Razlika med običajnim pravom in zakonom je ista kakor med umetno pesmijo, pri kateri poznamo avtorja, in ljudsko pesmijo, pri kateri ostane avtor nepoznan. Samo za praktično učinkovitost je lahko vprašanje po izvoru norme važno. Zakon ima samo to značilnost, da ga postavlja — vsaj po moderni terminologiji — pristojna državna oblast, sicer se po nobenem drugem svojstvu ne loči od pravnih norm, ki izvirajo n. pr. iz sodne prakse, iz običaja ali iz nauka. Ena in ista norma je lahko izdelana po vedi ali sprejeta kot usus fori, ali pa postavljena kot običaj ali zakon.

Materijalno je torej za svojstvo norme kot take vprašanje izvora povsem irelevantno. Ugotavljajoča funkcija

zakonodavca se torej nanaša vedno le na norme, ki so prav tako postavljene, to je pozitivno izdelane, kakor zakonodavčeve, samo po drugih družabnih organih. Ali postavlja normo imperator ali kaka skupščina ali izvira iz dogovora med kraljem in narodom itd., ni važno za njeno bitnost, marveč samo za politično vprašanje, kdo je v neki družbi upravičen z obvezno močjo postavljati pravila ravnanja. Na osnovi zgodovinske izkušnje lahko postavimo neko razvojno črto, ki se navadno končava z zakonodavno dejavnostjo.⁷⁵ Skoro pri vseh narodih se ponavlja razvojni proces, ki se pričinja z ustnim običajnim pravom. To pravo se zapisuje. Tretja stopnja so pisani zakoni in njih zbiranje v privatnih ali javnih zbirkah. Zaključena faza je kodifikacija. Čeprav je ta razvojna črta le približna in vse prej nego nujna, sledi že iz dejstva, da predstavlja zakonodavna dejavnost poslednjo, morda najvišjo fazo razvoja, tudi potreba, da se zakonodavec ozira na prejšnje razvojne momente in jih absorbira in premaga v končni sintezi. Skrčen na prave meje je torej smisel teze o »ugotavljanju« prava po zakonodavcu predvsem ta, da zanika njegovo neomejeno oblast, ga opozarja na meje njegovih možnosti in zmožnosti, in da poudarja kontinuiteto historičnega razvoja. Nikakor pa ne sledi iz tega »ugotavljanja«, da bi pravo sploh ne bilo postavljeno po človeški dejavnosti.

3. V naravno pravo usmerjeni teoretiki kaj radi pripisujejo pozitivistični šoli naziranje, da istoveti pravo z zakonom in da s pomočjo te enačbe »pravo je zakon« prisvaja monopol ustvarjanja prava državi. Tako pravi n. pr. Roger Bonard:⁷⁶ »Le positivisme juridique . . . continue à n'admettre comme droit réel et existant que le droit positif, c'est-à-dire⁷⁷ ce droit formulé et sanctionné par l'État«. V istem smislu trdi Le Fur:⁷⁸ »Pour les formalistes il n'existe qu'un seul droit, le droit positif, c'est-à-dire la volonté du législateur, parceque la sanction est de l'essence du droit. Il n'y a pas

⁷⁵ Prim. Krek, Pomen rimskega prava, 1921, 64/65.

⁷⁶ Droit naturel et droit positif v Revue internationale de la théorie du droit, III, 1.

⁷⁷ podčrtal jaz.

⁷⁸ Le droit naturel et le droit rationnel ou scientifique v Revue de droit international, I (1927), 676.

de droit en dehors d'un ordre émané du législateur; pour eux, le droit se confond donc avec la loi«. Na slične trditve naletimo pri Gényju in drugih. Proti tej namenoma ustvarjeni premisi nato dokazujejo, da pravo ni istovetno z zakonom in da eksistira izven zakonov še drugo pravo, ki naj bi bilo naravno, objektivno ali racijonalno.

Sofizem je v vseh teh primerih prozoren; glavna pažnja je obrnjena na dokaz, da eksistira pravo, ki ni postavljeno od države, in je odvrnjena od osnovne točke, ki bi se ravno morala dokazati, namreč, da to objektivno ali naravno pravo ne le da ni postavljeno od države, marveč sploh ne od človeških bitij. Izvzemši trditve pa, da je to pravo dano (»donné« je zato stereotipen izraz, ki se vedno ponavlja) iščemo zaman po dokazih, ki bi bili osnovani na dejstvih razuma, ne pa na postulatih vere.

Če izhajamo iz enačbe »pravo je zakon« in smatramo, da eksistira samo eno pravo, to je pozitivno, po zakonodavcu ustanovljeno pravo, in da ne spada v pravo, kar ni zapisano v zakonskih tekstih, je kaj lahko dokazati, da je okvir zakonskega prava preozek in da poka na vseh straneh. Trditev, da vsebuje zakon vse pravo, nasprotuje preveč očitvidno resničnemu življenju, da bi se mogla ob točnejši analizi vzdržati. Sicer pa se ta trditev ni nikoli postavila kot skupna dogma pozitivistične šole, zaradi česar sploh ni mogoče govoriti o taki enotni usmerjenosti. Kolikor pa je svojčas prevladovalo naziranje, da je vsa pravna dejavnost izčrpana v zakonodavni, lahko danes ugotovimo, da se je po prizadevanju novih, posebno socijoloških smeri umaknilo realnejšemu pojmovanju pravnega življenja. Že zgodovinska šola⁷⁹ je poudarjala, da obstoji mnogo več pozitivnega prava nego ga vsebujejo zakoni in da je zakonodavec vezan na pravo, ki ga je zgodovinski razvoj ustvaril neodvisno od njega. V recenziji Gönnerjeve knjige »Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft«⁸⁰ je naglašal Savigny, da morajo zakonodavci, če hočejo pravilno uporabljati svojo oblast, spoznavati in proglašati ono

⁷⁹ In še pred njo Hugo, Zur zivilistischen Bücherkenntnis, 1, 209 (1790). Prim. tudi Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Zweiter Halband, Text 19, Noten 6.—7.

⁸⁰ V Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, I, 1815, 384.

pravo, ki obstoji neodvisno od njih (das unabhängig von ihnen seiende Recht). Zakonodavec bi se izneveril svojemu poslanstvu, če bi namesto tega prava postavil samovoljo. Vse pravo nastane po Savignyju »durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür des Gesetzgebers.«⁸¹ Da se v vsej socijološki šoli v nasprotju z državno zakonodavno funkcijo poudarja družbeni moment pri ustvarjanju prava, je tako splošno znano, da je povsem nerazumljivo, kako je mogoče podtikati pozitivistični šoli, da istoveti pravo z zakonom, ki ga ustvarja država. Iz primata pravne organizacije nad državo pa še dolgo ne sledi, da bi se morala tudi pravna organizacija sama transcendentno utemeljiti. Gotovo je država le del družabne organizacije in je daleč od tega, da bi izčrpavala vso raznolikost socijalnega življenja. Smatrati, da je država isto kot prvobitna socijalna skupnost, se pravi, zamenjati del s celoto. Zaradi tega stojijo pravne norme, ki so se že s početka razvijale v socijalnih skupinah in ki jih država kot izvestna oblika socijalne organizacije najde že izgotovljene, seveda nad državo kot neko višje pravo, ki ga mora vsaka državna uprava spoštovati. Te norme pa niso transcendentnega izvora in niso odtegnjene izkustvu, marveč so izdelane in oblikovane v historičnem razvoju. V zgodovini človeštva so se polagoma ustanovila neka relativno-splošna pravila, ki si sicer ne morejo prisvajati absolutne veljavnosti, a nam vendar nudijo kolikor toliko enotno merilo za presojanje človeške dejavnosti.

*

Prihajamo torej do zaključka, da se pravičnost ne more transcendentno utemeljiti in da ne obstoji neka pravna realnost, ki bi bila vzvišena nad subjektivnim človeškim ustvarjanjem in neodvisna od historičnega razvoja.

Ali smo zaradi tega izročeni samovolji zakonodavcev? Ali nam je morda odtegnjeno vsako merilo za presojo člo-

⁸¹ Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 8/9; ibid. Erste Beylage 101. Primerjaj tudi System des heutigen römischen Rechts, 1840, I, 14, 15.

veške dejavnosti, ki bi bilo vzvišeno nad samovoljo posameznika in neodvisno od slučajnega dnevnega razpoloženja? Ali nam je radi tega morda zabranjeno »d'élèver le regard vers ces régions sublimes, qui ouvrent à tous les perspectives de la justice immanente«?⁸²

Mnenja smo, da ne. Če nam je tretje kraljestvo absolutne pravičnosti nedostopno, eksistira vendar konkretna, certo tempore et loco veljavna pravičnost kot rezultat historičnega razvoja. Ideja pravičnosti je tvorba razuma, je pertinens ad rationem, kakor je dejal Sv. Tomaž. Razum pa ni eden, večer in nespremenljiv. Na delu vidimo le razume konkretnih posameznikov, ne pa neki absolutni in vedno sebi enaki razum, ki bi ustvarjal nadčasovne in za vse kraje veljavne norme. S tem konkretnim, individualnim razumom presojamo človeško dejavnost in primerjamo to, kar je, s tem, kar naj bo. Kakor pa zanikamo absolutnost razuma, tako moramo vztrajati na individualnem razumu kot tvorcu pravnih norm. Iz empirične neugotovljivosti večnega razuma še nikakor ne sledi samovolja ali pa pomanjkanje racionalnosti sploh. Svet prava leži nekako v sredi med večnim razumom in popolnim brezumjem, v katerem bi utonilo tudi pravo kot relativno - racionalna vrednota. Če pravo ni dana absolutna racionalnost, mu je tembolj potrebna neka relativna, po kraju in času omejena razumnost. Ta razumnost pa ne eksistira nikjer, preden je človek ne ustvari. O kakem pravu višjega reda, brezčasno veljavnem in ne po človeku ustvarjenem — ne vemo ničesar. Ker je pravo ustvarjeno po človeku in za človeka, ne more biti govora o samobitnosti pravnih vrednot, ki bi veljale neodvisno od človeka.

Na koncu moramo še poudariti, da je naša kritika namenjena predvsem teoretski osnovi naravnega ali objektivnega prava, ne pa vsebini principov, ki jih je oznanjevalo. Naravno pravo si je steklo brezdvomnih zaslug za ostvarjanje pravičnejšega družabnega reda. Navzlic njegovi vzvišenosti pa vidimo v naravnem pravu le tvorbo historičnega razvoja, o katerem ne moremo trditi, da bi ne mogel biti tudi drugačen. Tudi v pravu absolutnost ni od tega sveta.

⁸² Géný, Science et technique, IV, 214.

Naši zaključki se gibljejo torej v smeri pravnega relativizma. Tudi ta se lahko, kakor naravno pravo, sklicuje na staro in častitljivo izročilo. V evropski kulturi so sofisti prvi osporovali transcendentnost pravičnosti in njeno objektivno osnovo. Preko Aristipa in Epikura, preko Montaignea in Pascala sega to izročilo do današnje pozitivistične in socijološke šole. V primeru z universalizmom naravnega prava pa se nam zdi nominalizem pozitivizma bolj v skladu z ono specifično realnostjo, v kateri se izživlja pravna dejavnost.

Le problème de la réalité du droit.

L'auteur examine les divers courants du réalisme et de l'idéalisme du point de vue de la théorie de la connaissance. Les rapports entre le sujet de la connaissance et les êtres physiques d'une part et les rapports entre ce même sujet et le droit d'autre part, sont susceptibles de deux études parallèles. Selon l'une ou l'autre conception, on peut concevoir l'existence d'un arbre p. e. ainsi que l'existence du droit comme dépendante ou indépendante de l'esprit humain. Ce n'est que l'idéalisme psychologique qui conçoit tout objet — physique ou moral — comme une création du sujet empirique. L'idéalisme critique de Kant et les écoles postkantienne soutiennent aussi la dépendance de l'objet par rapport au sujet de la connaissance; cependant, celui-ci n'est pas le sujet empirique, mais un être abstrait que l'on définit comme sujet transcendantal. A l'égard du sujet empirique, le sujet transcendantal est tout aussi indépendant que l'est p. e. la nature pour le réalisme naïf; l'homme concret ne peut, d'aucune manière, avoir prise sur ce sujet transcendantal. En effet, l'idéalisme critique arrive donc à la même conclusion que le réalisme platonicien, c'est-à-dire qu'il admet l'existence d'un être indépendant de l'esprit humain. Par conséquent, les deux doctrines sont aussi d'accord pour admettre un droit qui serait indépendant de l'homme. C'est la notion de droit naturel. L'idéalisme critique est donc loin d'avoir infirmé la notion de droit naturel comme le prétendent certains néocriticistes. D'après la doctrine du droit naturel, l'homme ne crée pas le droit, mais il le découvre et le constate. Les théories récentes du droit objectif ou rationnel de Hauriou et de M. M. Gény et Le Fur se rattachent aussi à cette tradition ancienne du droit naturel, que l'auteur examine dans un aperçu historique.

Or, suivant l'auteur, il est impossible d'admettre qu'un droit puisse exister indépendamment de l'homme. La notion du droit naturel, rationnel ou objectif est contradictoire. Le droit est, en premier lieu, une règle d'action. C'est pourquoi il doit exister dans l'esprit des êtres humains; autrement, on ne pourrait se conformer à son impératif ni juger d'après lui les actions humaines. Ce qui n'est connu d'aucun esprit humain, ne peut exister comme règle de droit. Ce n'est qu'après l'acte créateur de l'homme qu'une règle de droit peut devenir obligatoire, tout en n'étant pas connue de tous les membres d'un groupe. A cet acte créateur nous ramène tout ce que nous connaissons de différentes sources du droit, comme p. e. la coutume, la législation, le droit scientifique et judiciaire etc. etc. Il s'ensuit que le droit ne peut être »constaté«, mais seulement créé, et que avant cet acte il n'existe nulle part. Comme toute création humaine, le droit ne peut prétendre à être absolu, et la justice ne saurait échapper à la contingence. Une justice absolue ne pourrait exister que pour un esprit absolu. Mais le droit ne présuppose même pas une telle rationalité. Il est situé entre celle-ci et le pur irrationnel, c'est-à-dire qu'il présuppose une raison contingente qui n'est pas toujours et partout la même. Cette rationalité contingente a élaboré, au cours de l'évolution de l'humanité, des principes et des règles, qui, tout en n'étant pas absolues, peuvent guider nos actions en s'inspirant d'un idéal social élevé.

Univ. doc. dr. Joso Jurkovič:

Javni interes.

Izraz »javni interes«, »javni oziri«, »obča korist« je v javnem, zlasti upravnem pravu, jako pogost. Tako določa n. pr. 3. odst. § 136. zakona o upravnem postopku, da se mora izvesti izvršba odločbe uradoma, če je izvršba v javnem interesu; v zmislu 2. odst. § 128. istega zakona sme tudi oblastvo uradoma obnoviti postopanje, kadar gre za javne interese; 2. odst. čl. 36. zakona o državnem svetu in upravnih sodiščih določa, da sme odgoditi upravno oblastvo na prošnjo tožilca izvršbo upravnega akta do končne sodne rešitve, če to dopušča javni interes.

Vendar ni izraz samo pogost, ampak tudi dokaj važen za javno pravo. Tako sme upravno oblastvo na podlagi 2. odst. § 119. zakona o upravnem postopku izjemoma brez ozira na pritožbo izvršiti upravno odločbo, če je to neizogibno potrebno v javnem interesu; v zmislu 1. odst. § 134. istega zakona sme najvišje oblastvo, ki je pristojno odločati o kakem predmetu, v svrhu zaščite javnega interesa v potrebnem obsegu razveljaviti ali spremeniti pravnomočno odločbo; 3. odst. čl. 22. ustave določa, da je dopustna razlastitev privatne lastnine v občo korist.

Tej pogostosti in važnosti izraza pa ne odgovarja določnost glede pojmovanja izraza. Eni pravijo, da je pojem javnega interesa nedoločen,¹ drugi, da je brez vsake vsebine,² tretji so mnenja, da sploh ni mogoče pojma tako opredeliti, da bi bil vporaben za vse posamezne konkretne

¹ Layer, Prinzipien des Enteignungsrechtes, str. 180: »In Anbetracht der nicht zu leugnenden Unbestimmtheit des Begriffes...«

² Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, str. 115: »... weil das oeffentliche Wohl, das oeffentliche Interesse, oder wie man diesen Wegweiser des Organhandelns nennen mag, eine so inhaltsleere Formel ist...«

primere.³ Te kritike bi se dale morda zvesti na ugotovitev, da izrazu »javni interes« ne odgovarja noben pojem, ali pa da mu odgovarja več pojmov. Kaj je vzrok na eni strani tej pogostosti in na drugi tej nedoločnosti izraza?

Preden poskusimo odgovoriti na to vprašanje, moramo odgovoriti na drugo, in sicer: ali je pojem »javnega interesa« sploh juridičen pojem? Ali spada opredelitev tega pojma v juridično vedo?

Na videz pojem gotovo ni juridičen. Po svoji obliki je to političen ali kvečjemu sociološki pojem, zato bi ga morali analizirati politična veda ali sociologija. Vendar ta sklep ni nujen. Tudi pojem »nalezljive bolezni« ali »rudnine« ni primarno juridičen. S tem pa, da je prevzelo pravo te pojme v svoj sestav, so postali pravni ali vsaj tudi pravni. Res pa je, da je v samem juridičnem sestavu razlika med pojmom »javnega interesa« in pojmom »nalezljive bolezni«. Dočim je namreč pojem »nalezljive bolezni« v medicini določen in ni potrebno niti mogoče pravniku, da bi ga sam opredeljeval, pa pojem »javnega interesa« v politični vedi ali sociologiji ni opredeljen, ali vsaj ni opredeljen tako, da bi bila ta opredelitev sprejemljiva za pravnika.

I.

Izraz »javni interes« je sestavljen. Zato moramo poskusiti najprej, da opredelimo eno sestavino, in sicer sestavino »interes«. Še-le, če ugotovimo, kaj pomeni izraz »interes« v obče, se lahko vprašamo, kaj je »javni interes«, torej nek poseben interes.

Tukaj pa se takoj pokaže, da se vporablja izraz »interes« v različnih pomenih, da odgovarja izrazu več pojmov.

Najprej pomeni »interes« nek odnos kakega subjekta do kake stvari.⁴ V tem zmislu govorimo, da ima kdo interes za svoj poklic, za literaturo, za znanost itd. V drugem po-

³ Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. predelana izdaja, 1928, str. 143, opomba: »Es wird nie gelingen, den Begriff des „oeffentlichen Interesses“ in ein System zu bringen.«

⁴ Staatslexikon, hrsgb. v Sacher, 5. popolnoma predelana izdaja, 1927, str. 1506: »Allgemein wird darunter ein Teilnehmen, ein Begehren — etwa ein sinnliches Gefallen, ein sittliches Streben, eine intellektuelle Neigung verstanden.«

menu vporabljam o izraz interes takrat, ko govorimo, da je to in to v interesu tega in tega. Tukaj pomeni interes, da ima, bo ali bi imel kdo od kake stvari kako korist, neglede na to, ali se dotični te koristi zaveda ali ne.⁵ Tretjič pomeni interes skupnost vseh stremljenj, potom katerih si skuša pridobiti poedinec razne materielne in imaterielne dobrine.⁶ Nadalje govorimo, da je to in to v interesu kmetijstva, obrti, trgovine itd. in mislimo s tem na pospeševanje teh panog. Poleg tega pravimo, da pozna ta in ta samo svoje interese in razumemo pod tem, da mu je lastna korist prvo.

Če pregledamo te pojme interesa, vidimo, da se nanašajo vsi na zasebni interes. Sedaj se moramo vprašati, kateri pojem zasebnega interesa naj vzamemo za osnovo pri analiziranju javnega interesa. Ker ne vemo točno, kaj je javni interes, nam ne preostane drugega, kakor da preskusimo empirično, kateri pojem privatnega interesa odgovarja občemu pojmovanju javnega interesa. V to svrho vzemimo razlastitev privatne lastnine.

Takoj vidimo, da je najbolje združljiv pojem razlastitve s tistim pojmom privatnega interesa, ko imenujemo interes nekoga neko stvar v najširšem pomenu, od katere ima, bo ali bi imel koristi. Razlastitev v javnem interesu bi pomenila torej, da ima, bo ali bi imela javnost od razlastitve koristi. Pri opredelitvi javnega interesa bomo vzeli torej za podlago ta v obče največ vporabljeni pojem privatnega interesa. Pri tem je seveda mogoče, da se bo izkazal kot neraben tudi ta pojem, ker sta morda pojem zasebnega in javnega interesa sploh različno zgrajena in sta samo na videz enaka.

Pri tem moramo vsaj mimogrede pokazati tukaj na problematiko privatnega interesa, kakor smo ga vzeli za pod-

⁵ Körner, zur Frage des oeffentlichen Interesses, Zeitschrift für Verwaltung, 55. letnik, 1921, 7. zv. str. 176: »Das Reagieren des Subjektes deutet normalerweise auf eine Förderung hin, die das Individuum durch den Gegenstand des Interesses erfährt, und zwar auch dann erfährt, wenn es die Förderung gar nicht kennt oder nicht schätzt.«

⁶ Pareto, Traité de sociologie générale, II. zv. 1917, str. 1280: »Les individus et les collectivités sont poussés par l'instinct et par la raison à s'appropriier les biens matériels utiles, ou seulement agréables à la vie, aussi qu'à rechercher de la considération et des honneurs: On peut donner le nom d'intérêts à l'ensemble de ces tendances.«

lago. Rekli smo, da imenujemo privatni interes kako stvar, ki je komu koristna, neglede na to, ali se dotičnik te koristi zaveda ali ne.

Če se zaveda te koristi, se vprašamo, kje ima merilo, kriterij za to koristnost? Če je namreč merilo samo njegovo subjektivno prepričanje, je jako lahko mogoče, da je to prepričanje zmotno, da torej njegov interes ni pravi interes.

Če pa se koristi ne zaveda, ampak so samo drugi prepričani, da je to njegov interes, potem je sicer kriterij za njegovo korist izven njega, vendar ni ta kriterij nič manj subjektiven kakor njegov.

Iz tega se vidi, da kakšnega absolutnega kriterija za privatni interes ni.

II.

Kaj pomeni »javen«? Odst. 2. § 1. zakona o državnih cestah pravi: »Javne so tiste ceste, ki so vsakemu dostopne za promet in vporabo v obsegu, ki ga dopušča svrha ceste.« In za javni zavod smatrajo kot značilno, da je pod enakimi pogoji vsem enako dostopen.⁷ Tukaj pomeni javnost vse tiste osebe, ki vporablajo kako napravo; naprava dobi označbo od onih, ki jo ukoriščajo.

Vendar se vporablja izraz »javen« tudi še v drugem pomenu. Tako imenujemo javne združbe tiste juridične osebe, ki vrše javno upravo; in javne stvari so tiste, ki so trajno namenjene za svrhe javne uprave. Tukaj pomeni javnost teritorialno ali poklicno združeno množino oseb, ki se upravlja po svojih zastopnikih.

Bistvene razlike med obema pojmomoma ni. To je samo gledanje na množino oseb z dveh različnih vidikov. Enkrat gledamo na množico kot organizirano, enkrat kot neorganizirano. Kajti tudi javna združba kot organizacija dobi svoj znak javnosti od množine oseb in so na drugi strani osebe, ki uporabljajo javni zavod, organizirane v javne združbe: občino, banovino, državo.

Če vzamemo še poleg tega pojem javnega prava, tudi

⁷ Krbek, Upravno pravo, II. knjiga, str. 48: »No najvažnija je pojava kod javnih ustanova što su one dužne pružati svim uživaoćima uz jednake uslove, i jednako uživanje.«

ne pridemo do drugačnega rezultata. Javno pravo ločijo od privatnega po interesu ali po subjektu. Po interesni teoriji naj bi šlo v javnem pravu za skupnostni, v privatnem za poedini interes. S to teorijo si ne moremo pomagati, ker šele iščemo, kaj je skupnostni, javni interes. Po subjektivni teoriji pa bi šlo v javnem pravu za odnos podrejenosti poedinca napram javnemu oblastvu, v privatnem pravu pa za prirejenost poedincev. Ta subjektivna teorija je bila v absolutistični državi gotovo pravilna, danes pa je toliko pravilna, kolikor je ni prehitel čas, to se pravi: kolikor ne obstojajo subjektivne javne pravice. Ker se ne moremo tukaj podrobneje pečati s to teorijo, naj zadostuje par primerov. Po § 13. zakona o državljanstvu imajo osebe, ki izpolnjujejo pogoje za pridobitev državljanstva in ki bivajo poleg tega pri nas nepretrgoma 30 let in niso izpolnjevale zadnjih 10 let nobenih obvez napram svoji dotedanji domovini (otadžbini), pravico na naše državljanstvo. Tukaj oblastvo nima svobodnega prevdarka, ali dotičnemu da državljanstvo ali ne, ampak mu ga mora dati, sicer bo dotičnik lahko tožil pri državnem svetu. Po domovinskem zakonu ima vsakdo pravico na nemoteno bivanje in ubožno preskrbo v občini, po ustavi se ne sme nihče izgnati iz države. V vseh teh primerih, ki bi se dali poljubno pomnožiti, je prav za prav vprašanje, kdo je nadrejen ali podrejen. V bistvu vsakega prava pa je, da se lahko izvrši s silo. Zato je razumljivo, da razpolaga javno pravo, ki je del prava, s silo. Sila ali nadrejenost oblastva torej ni nekaj stvojtvenega samo javnemu pravu, ta svojstvenost je kvečjemu v tem, da upošteva javno pravo vobče bolj skupine, ali z drugimi besedami, da se nanaša pretežno na množine oseb.

Če se sedaj vprašamo kaj je javni interes, bi rekli, da je javni interes korist, ki jo ima množina oseb od kake stvari.

Kakšne so te koristi? Najrazličnejše, tako, da jih je mogoče označiti zopet samo z izrazi, ki so sami potrebni opredelitve. Tako določa n. pr. § 134. zakona o upravnem postopku, da sme najvišje upravno oblastvo, ki je obenem instanca za kak predmet, v svrhu zaščite javnega interesa v potrebnem obsegu razveljaviti ali spremeniti pravnomočno odločbo, kolikor je to neizogibno potrebno, »da se odvrne

silna nevarnost za življenje in zdravje ljudi, za državno varnost, za javni mir in red, za javno varnost ali moralo ali za narodno gospodarstvo.« Čl. 65. zakona o notranji upravi določa, da so oblasti občne uprave v prvi vrsti poklicana, da varujejo javne interese in skrbe za občo korist. V zmislu čl. 66. istega zakona skrbe v to svrhu »za javni mir, varnost, red, varnost prometa, zdravje ljudi in živine, javno moralo in za pospeševanje narodnega gospodarstva, preprečujejo ogrožanja vsake vrste v tej smeri in odstranjujejo nastale zapreke s podvzemanji nujnih ukrepov«.

Že ti primeri kažejo, da je javni interes nekaj labilnega, relativnega. Kar je danes javni interes, jutri lahko ni, in obratno. Danes je n. pr. marsikaj javni interes, kar ni bil javni interes v liberalistični državi.

Ali pa je mogoče kak kriterij za to, kdaj lahko govorimo o množini oseb, ali kratko o družbi, katere interesi so višji od interesov posameznika, tako da se morajo v konfliktu med privatnimi interesi in interesi te družbe privatni interesi umakniti? Mislim, da je tukaj kako objektivno merilo nemogoče. Lahko je nekaj subjektivni interes milijona ljudi, pa ni javni interes, lahko pa je eventualno interes samo par ljudi, pa je javen interes. Kako je to mogoče, bo razvidno iz nadaljnjih izvajanj.

III.

Rekli smo, da je privatni interes korist, ki jo ima ali bi jo imel privatnik od kake stvari, ne glede na to, ali se te koristi zaveda ali ne. Tako se nam kaže privatni interes v dveh oblikah: enkrat odloča o interesu poedinec sam, drugič odloča o poedinčevem interesu nekdo drugi. Če pravimo, da je javni interes korist kake skupine, se moramo vprašati: ali je interes to, kar smatra skupina sama za koristno, ali pa je njen interes samo to, kar smatra nekdo izven te skupine kot koristno?

To bo najbolj razvidno na primeru. Občani kake občine imajo velik interes na gradnji občinskega vodovoda. Ali je ta interes s tem že javen interes? Brezdvomno ne. Tukaj manjka še organ občine, občinski odbor, ki mora odločati o tem, ali je vodovod potreben, to se pravi, ali je

gradnja vodovoda v javnem interesu. Samo, kar smatra občinski odbor kot koristno za občino, to je v občinskem interesu. Tukaj nas ne zanima vprašanje, ali ni občinski odbor moralno primoran, smatrati nekaj za občinski interes, kar je v korist občanov. Tako vidimo, da ne odločajo o svojem interesu občani sami, ampak odloča o njihovem interesu njihov zakoniti predstavnik kot organ javne uprave. Vendar ni nujno, da bi bila ta odločba definitivna. Če je treba namreč razlastiti za ta vodovod kako privatno zemljišče, bo izvršilo razlastitev državno oblastvo. Pred razlastitvijo pa bo odločalo o tem, ali je vodovod, ki ga je sklenil občinski odbor, v javnem interesu ali ne. Interes občanov bo torej to, kar je smatral za njih interes občinski odbor in organ državne uprave. Zato bi lahko rekli: neposreden interes kake skupine postane lahko javen samo takrat, če ga smatrajo za javnega organi upravne edinice, v katero je skupina vključena, in eventualno še organi kake višje upravne edinice. Če pravimo, da morajo usvojiti interes nižje edinice, da postane javen, poleg organov te edinice eventualno še organi višje edinice, velja ta eventualnost samo za razmerje samoupravnih edinic napram državnim upravnim edinicam. Če pa gre samo za državne upravne edinice, mora usvojiti interes nižje edinice poleg tega organ višje edinice. To nam kažejo že pozitivna zakonska določila. Po § 134. zakona o upravnem postopku sploh lahko razveljavi ali spremeni iz javnih interesov pravnomočno upravno odločbo samo najvišje oblastvo, ki je obenem instanca za dotični predmet, ne more pa je razveljaviti ali spremeniti oblastvo, ki je odločbo izdalo, torej organ edinice, katere interesi pridejo verjetno pač najprej v poštev. Tukaj je teoretično možno, na kar smo že opozorili, da namreč najvišje oblastvo razveljavi odločbo, katere razveljavljenje je v interesu samo par poedincev, da postane torej interes samo par poedincev javni interes, da pa ne razveljavi odločbe, katere razveljavljenje bi bilo v interesu, recimo, tisoč ljudi, da torej interes tisoč ljudi ni javen interes. Ali se to godi ali vsaj zgodi v praksi, nas tukaj ne zanima. Isto osvojitvev interesa po organu višje edinice vidimo pri naredbah, ki se izdajajo na podlagi čl. 67—71 zakona o notranji upravi. Ti členi govore o naredbah, ki se izdajajo v svrhu zaščite javnih interesov,

kakor jih navaja čl. 66. istega zakona. In tukaj določa 2. odst. čl. 67., da je treba za naredbe, ki jih izdajajo prvo-stopna oblastva občne uprave, pribaviti pristanek bana; samo v neodložno nujnih slučajih se lahko izda naredba tudi brez banovega pristanka, vendar se mora takoj zaprositi za pristanek. In 2. odst. čl. 71. določa, da mora oblastvo, ki je naredbo izdalo, poslati naredbo v treh izvodih nadrejenemu oblastvu z naznačenjem, kdaj in kako je bila uredba objavljena. Vse to kaže čisto jasno, da je tukaj odobritev po organu višje edinice potrebna.

Vendar so navedeni primeri samo podrobnejša obrazložitev splošnega pravila, ki daje specifičen značaj vsej upravi. To pravilo, ki je pozitivno normirano, določa, da sme višji organ dajati nižjemu službene naloge. In naj je javni interes na videz v konkretnem primeru bolj ali manj določen, vendar ni dvoma, da je podvržena presoja o tem, ali naj ta interes res postane javen, svobodnemu preudarku organa dotične edinice in s tem svobodnemu preudarku organa višje edinice.

Organ višje edinice pa eventualno ne bo presojal samo o tem, ali je nekaj v interesu nižje edinice pa morda proti interesom višje, lahko bo nekaj v interesu nižje in višje edinice in vendar višji organ tega ne bo smatral za javni interes, ker se mu zdi neoportuno, neprimerno za najvišjo edinicu. Normalno je nekaj, kar je neoportuno za kako edinicu, obenem škodljivo zanjo, tako da se tukaj enostavno nižji javni interes umakne višjemu; možno pa je vendar, da oportunistična ne odgovarja interesu nobene edinice, ampak odgovarja samo interesu poedinca ali par poedincev, tako, da je v teh primerih interes poedinca nad interesom skupine ali z drugimi besedami, da je interes poedinca javni interes.

Vprašanje pa se komplicira še bolj. Vobče se poudarja, da so javni interesi trajni. Kaj pomeni to? To pomeni, da tukaj ne gre samo za interese sedanjih prebivalcev edinic, ampak da gre tudi za koristi bodočih pokolenj edinic. Torej je lahko nekaj, kar je naravnost nasprotno koristim sedanjih prebivalcev edinic, v interesu teh edinic. Tukaj se pridruži torej še moment bodoče koristi, zato postane kriterij javnega interesa še bolj subjektiven.

IV.

Dasi se vidi iz teh razčlenitev pojma javnega interesa, da bo večkrat težko reči v konkretnem primeru, ali so mišljeni interesi višje ali nižje edinice, ali sedanji ali bodoči interesi, vendar se lahko vsaj reče: normalno gre za interese večine ali točneje: za interese, ki jih usvoji tudi večina, iz česar sledi, da se morajo interesi nižje edinice umakniti interesom višje, večje. Ali pa je pravilen sklep, da so interesi večine vedno javni interesi? Brezdvomno ne.

Kajti naj znaša večina enainpetdeset ali devetdeset odstotkov, vedno je to samo večinski interes, ni pa še to občni, javni interes. Zato je tukaj glavno vprašanje, kako bomo prišli do tega, da bo interes, recimo devetdesetih odstotkov, torej večine, občni, javni interes?

Tukaj se spomnimo znane Rousseaujeve dedukcije, ki se zdi zofizem, namreč, da narod pri glasovanju o kaki zadevi ne izraža svojih osebnih želj, ampak svoje mnenje glede obče volje; in manjšina, ki glasuje proti večini, se je zmotila v svojem mnenju glede skupne, obče volje. Kaj pomeni ta obča volja?

Ta obča volja pomeni sledeče: če hočejo tvoriti ljudje kako združbo, recimo državo, mora vladati med njimi molče ali izrecno soglasje glede tega, kako bo ta združba izražala svojo voljo, kratko: na kak način bo delovala. In ena točka tega soglasja je tudi ta, da se manjšina podvrže večini, oziroma da sprejme manjšina sklepe večine za svoje. Samo na ta način si lahko razlagamo, zakaj se smatra kot obvezen zakon, proti kateremu je glasovalo devetinštirideset odstotkov poslancev. Če apliciramo to na naš primer javnega interesa, bomo rekli: že iz obstoja države, ki mora delovati potom svojih organov, sledi, da moramo sprejeti kot javni interes to, kar smatrajo za javni interes javni organi.

Kaj pa smatrajo za javni interes javni organi? Oni bodo skušali na nek način ustreči zahtevam vsakokratne družbe, kajti to je legitimacija njihovega obstoja kot organov. In ker je današnja družba pač ustrojena tako, da gredo interesi večine pred interesi manjšine, je razumljivo, da bodo normalno smatrali organi kot javni interes, interes večine.

Iz vseh dosedanjih dedukcij pa je razvidno, da imata

zasebni in javni interes prav za prav jako malo skupnega: dočim je zasebni interes lahko vse, kar ni proti pravnemu redu, je javni interes lahko samo nekaj, kar smatra kot javni interes pravni red. Kajti pravni red, ki delegira organa, da določa o javnem interesu, sprejme s tem odločbo organa kot pravno normo. Kakor pa je težko reči, kakšno normo bo izdal za kak primer zakonodajalec, tako je težko reči, kaj bo smatral konkretno organ za javni interes.

V.

Če smo rekli, da se pri javnem interesu sponira, da sprejme manjšina večinski interes, tako, da postane interes večine obči interes, so s tem obenem dane meje javnemu interesu. Kajti ni vedno tako, da bi manjšina sprejela interes večine kot svoj interes. Nasprotno, manjšina se bo večkrat branila in protestirala proti temu, da bi se smatral interes večine tudi za njen interes. Tukaj potem ni občega in s tem javnega interesa. Manjšina ne bo priznala, da se sme v javnem interesu izgnati iz države državljan, ki je neljub večini, da se sme kršiti manjšini svoboda vere in vesti, da smejo izrekati sodišča nad manjšino kazni, ki niso ustanovljene v zakonu itd. Iz tega pa se vidi, da kakor so javni interesi lahko važni, da pa so vendar dobrine, ki se ne smejo kršiti v javnem interesu. Katere so te dobrine, se ne da matematično določiti, splošno bi se morda lahko reklo, da se ne sme posegati v javnem interesu v svetovno naziranje posameznika. Kajti temeljne pravice, kakor jih danes navajajo ustave, bi lahko mogoče nazvali svetovno nazirane današnje družbe.

Kaj je razlog, da se ta precej nejasni pojem javnega interesa uporablja tako pogosto v javnem pravu? Razlog je v pravu samem. Pravni red je proces, ki se konkretizira od ustave preko zakona in uredbe do konkretnega akta. Ker pa so v javnem pravu odnosi še posebno komplicirani, da jih ni mogoče konkretizirati v zakonu, delegira zakonodajalec upravo, da splošno določbo »javni interes« konkretizira, prilagodi posamezni situaciji. Ta zadrega zakonodajalca je velike važnosti za upravo. Dasi sicer ne sme iti pri javnem interesu za najvišje dobrine, torej za take, da

manjšina ne bi mogla sprejeti odločbe organa, gre vendarle za važne koristi. In tukaj si pridržijo centralna uprava končno odločitev v teh važnih zadevah. To se zgodi, kakor smo videli, na ta način, da potom službenega naloga lahko predpiše nižji stopnji, kako mora odločiti v konkretnem primeru, kdaj naj smatra kaj za javen interes. Kakor hitro bi bila odločitev normirana v zakonu, bi bila s tem izločena maskirana kompetenca centralnega oblastva.

Da si želi pridržati centralno oblastvo odločanje o važnih zadevah na vseh stopnjah, je v moderni državi še posebno razumljivo. Kajti če je naloga modernih parlamentov poleg zakonodaje kontrola uprave, je razumljivo, da morajo centralna oblastva, ki nosijo pred parlamentom odgovornost za upravo, imeti sredstva, da vplivajo na celotno upravo. In eno teh sredstev je službeni nalog.

VI.

Tukaj se moramo dotakniti še s par besedami vprašanja, v kakšnem odnosu je »javni interes« do pravne države. Pravna država se namreč smatra danes kot kriterij, s katerega se mora ocenjati vsak pravni pojav. Če pa hočemo oceniti javni interes s stališča pravne države, si moramo biti na jasnem, kaj hočemo razumeti pod pravno državo. Kajti tudi izraz »pravna država« se uporablja v približno tolikih primerih kakor izraz »interes«.

Najprej imamo pravno državo v formalnem zmislu. V tem zmislu je vsaka država pravna, kakor je matematika matematična. Ker je država združba, je jasno, da deluje lahko samo potom norm, ki jih izvršujejo njeni organi. Da so te norme pravo in po čem se ločijo te norme od nepravilnih norm, nas tukaj ne zanima.

Vendar se ta formalna pravna država ni nikdar imenovala pravna država v pristnem zmislu. Da imenujemo kako državo pravno, mora imeti neke materielne znake. Zato so zahtevali eni od pravne države, da mora skrbeti za varnost od zunaj ter mir in red v notranjosti, da se zagotovi nemoteno gospodarsko življenje. Drugi so zopet imenovali pravno državo tisto, kjer so zajamčene temeljne pravice, tretji tisto, kjer je možno poseganje v lastnino in svobodo

državljanov samo na podlagi zakona. Nekateri so videli bistvo pravne države v tem, da je zakonodajalec vezan na ustavo, danes pa je splošno mnenje, da je pravna država tista, kjer stoji uprava pod zakoni, kjer je uprava istovetna z izvrševanjem zakona.

Vendar ni dovolj, da stoji uprava samo pod zakoni. Kajti možni so tudi zakoni, ki bi bili samo kompetenčne norme, tako da bi bilo vse upravno delovanje prepuščeno svobodnemu preudarku organov. Da se lahko torej govori o pravni državi, zahtevajo, da morajo biti zakoni podrobni, tako da je izključen čim bolj svobodni preudarek. K temu se pridruži še zahteva po upravnih sodiščih, ki naj bi lahko preskusila vsak akt upravnega oblastva.

Če stavimo tako stroge pogoje na pravno državo, je gotovo, da ni bila nikdar ostvarjena in bo najbrže vedno manj. Da bi namreč mogel dati kdaj zakonodajalec tako podrobne norme, da bi lahko izločil svobodni preudarek izvršilnih oblasti, je pač malo verjetno. In javni interes pomeni, kakor smo videli, svoboden preudarek. Kjer pa je svoboden preudarek, je navadno izključena kompetenca upravnih sodišč. Zato moramo reči, da javni interes ni združljiv s tem strogim pojmovanjem pravne države. Vendar se je pojmovanje o tem, kaj je pravna država, spreminjalo historično in ni bilo enotno niti ob istem času. Kako se je to pojmovanje spreminjalo, nam kaže primer delitve oblasti. Dočim je bila delitev in nezavisnost teh oblasti začetek, je popolna podreditev uprave in sodstva pod zakonodajo trenutni konec tega razvoja. Pravimo trenutni. Kajti država prevzema vedno več agend v svoj delokrog, neposredna uprava se vedno bolj širi, vedno večja so področja, kjer se uveljavlja svobodni preudarek in kjer javni interes izpodriva interes poedinca. Vse to mora nujno vplivati na pojmovanje pravne države in prilagoditi to pojmovanje razmeram, kar pomeni, da bomo morali imenovati pravno državo tudi tisto, ki ima v svojem pravnem sistemu javni interes. Kajti »javni interes« je do neke mere imanenten pravu in je v skladu z organizacijo in tendencami moderne uprave, dasi res pomeni maskirano delegacijo zakonodajne oblasti na upravo.

Résumé.

Après avoir démontré à la base de quelques dispositions du droit positif yougoslave l'importance de la notion de l'utilité publique pour ce droit, l'auteur fait l'analyse de cette notion même. D'après lui on peut parler de l'utilité publique seulement dans le cas où les organes des services publics administratifs constatent que le cas est un cas d'utilité publique. Quant à cette constatation, la décision des organes supérieurs prévaut sur celle des organes inférieurs. L'auteur souligne ensuite l'importance et la fonction que la notion de l'utilité publique joue dans le droit public et la relation qui existe entre l'utilité publique et l'Etat de droit.

Red. prof. dr. Stanko Lapajne:

Regresni zahtevki našega državlanskega prava.

O. d. z. ne pozna naziva »regresni zahtevki«, ki ga uvažajo šele mlajši postranski zakoni. Slovestvo k o. d. z.-u pa se ga poslužuje že dolgo, a često v netočnem in preširokem smislu. Ako se drži na pr. upnik, ki ni dobil plačila od glavnega dolžnika, poroka, ne uveljavlja proti njemu regresa, kakor se govori, ampak poroštveno zavezo (regres nastane plačujočemu poroku proti glavnemu dolžniku). Ako se izkaže cedirana terjatev za neresnično ali neizterljivo, uveljavlja cesionar proti cedentu jamčevalni zahtevki, ne regresnega. Pooblastitelj, na čegar škodo se poslužuje pooblaščenec že opozvanega pooblastila, uveljavlja odškodninski zahtevki in sl.

Regresni zahtevki v znanstveno porabnem in tu rabljenem smislu so zahtevki, ki nastajajo plačnikom materialno tujih dolgov proti liberiranim dolžnikom na nadoknadenje plačilnih sredstev.

V tej razpravi se bom omejil na zakonite, t. j. ex lege nastajajoče regresne zahtevke našega državlanskega prava in ne bom govoril o pogodbenih; zgled zadnjih bi bil tzv. odškodninsko poroštvo (§ 1348.).

I. Uzakonjeni primeri regresnih zahtevkov in njihov vrste.

Prehajajoč k navedbi v našem državljanskopravnem sistemu uzakonjenih regresnih zahtevkov, jih hkratu razvrščam po pravno najpomembnejših vidikih. Predvsem imamo:

A. regresne zahtevke, ki nastajajo iz plačila materialno tujega, formalno lastnega (plačni-

kovega) dolga, in take, ki nastajajo iz plačila materialno in formalno tujega dolga;

B. polne in delne regresne zahtevke, po tem, je-li plačnik upravičen, da se mu nadoknadijo vsa potrošena plačilna sredstva ali le njih del. Delne regresne zahtevke imenujemo z drugim nazivom razstavne.

Iz plačila formalno lastnega, materialno tujega dolga nastane po o. d. z.-u:

a) polni regres: 1. Plačujočemu poroku ali zastavnemu dolžniku (sploh osebi, ki odgovarja za tuj dolg osebno ali z določenimi imovinskimi komadi) proti liberiranemu glavnemu dolžniku (§ 1358.). 2. Osebi, ki je izjemoma odgovorna za plačilo škode iz tujega protipravnega dejanja, proti liberiranemu krivcu (§ 1313. st. 2.).

b) delni regres: 1. Plačujočemu soporoku proti liberiranim ostalim soporokom (§ 1359.). Ta delni regres pa ne izključuje polnega regresa proti liberiranemu glavnemu dolžniku po določbi § 1358. 2. Plačujočemu sodelikventu proti liberiranim ostalim sodelikventom, ako je bila škoda prizadejana naklepoma, ali kadar se deleži sodelikventov na škodi ne dajo ugotoviti (§ 1302.). 3. Plačujočemu, nerazdelno zavezanemu sodolžniku proti liberiranim ostalim sodolžnikom (§ 896. st. 1.). 4. Sodediču, prijavitšemu se k dediščini brez pravne dobrote popisa, ako plača sam zapuščinškega upnika ali volilojemnika, proti liberiranim ostalim sodedičem (§ 820.). 5. Končno sovaruhu iz plačila varovancu nastale škode, proti liberiranim ostalim sovaruhom, ako jim je bilo naročeno, naj upravljajo varovančevo imovino skupaj, ali če so si razdelili upravo med seboj brez sodnega odobrenja (§ 210. st. 2.).

V vseh teh primerih k a) in b) so bili regresanti formalno zavezani plačati, torej niso plačali prostovoljno, ampak po sili zakona. — V primerih delnega regresa ni treba, da jim nastane regresni zahtevki proti vsem regresatom v enaki višini, kakor na pr. po določbah §§ 1359., 1302. in 210., ampak jim more nastati v neenaki višini na pr. po § 820. v razmerju dednih delov.

Iz plačila formalno in materialno tujega dolga nastaneta po o. d. z.-u dva regresna zahtevka: 1. Po § 1422. regres osebe, ki je plačala tuj dolg, ne da bi bila

zanj v smislu § 1358. zavezana, proti liberiranemu dolžniku »ako je zahtevala pred ali ob plačilu od upnika odstop njegovih pravic«. Za dopustnost takega plačila potrebuje nedolžnik po § 1423. ali privolitev dolžnika (potom vsili plačilo upniku) ali privolitev upnika (potom vsili liberiranje dolžniku). 2. Po določbi § 462., po kateri je pred dražbo nepremičnine dopuščeno vsakemu, na nepremičnini (pred ali za zahtevajočim upnikom) vknjiženemu upniku, da plača tisto terjatev, za katero je dražba določena (brez privolitve bodisi zahtevajočega upnika, bodisi zavezanca): Regres plačujočega hipotečnega upnika proti liberiranemu hipotečnemu dolžniku.

V obeh primerih plača regresant prostovoljno, ne po sili zakona. §§ 1422. in 462. nazivata tako prostovoljno plačilo tujega dolga »izrešitev« (Einslösung) ali boljje »odkup« terjatve. Regres je v obeh primerih poln.

Postranski zakoni našega državlanskega prava poznajo še dolgo vrsto nadaljnjih regresnih zahtevkov: 1. § 25. zak. o sodnikih rednih sodišč: Regres države proti sodniku, ki je zanj poravnala škodo, napravljeno stranki ob izvrševanju službenih dolžnosti. — 2. § 26. zak. o zavarovalni pogodbi: Regres zastavnega upnika ali koristnika iz življenske police, ki sta plačala na mestu premijskega dolžnika zapadlo premijo ali kako drugo terjatev zavarovalnice iz zavarovalne pogodbe, proti liberiranemu dolžniku. (Zavarovalnica je, kakor zahtevajoči upnik po določbi § 462., dolžna, sprejeti tako plačilo od nedolžnika.) — 3. Po § 27. istega zakona more zavarovalnica zapadlo premijo ali kako drugo terjatev iz zavarovalne pogodbe odtegniti od činitve, ki jo zadene na podlagi zavarovalne pogodbe, dasi bi činitve ne dolgovala sklenitelju-dolžniku, temveč drugi osebi-nedolžniku; zlasti je zavarovalnica k tej odtegnitvi upravičena napram zavarovancu iz zavarovanja na tuj račun (§ 69., odstavek 3.) in napram koristniku iz življenjskega ali nezgodnega zavarovanja (§§ 132. odst. 1., 157.). Obema nastane regres proti sklenitelju. — 4. Po nadaljnji določbi § 62. odst. 1. istega zakona nastane regresni zahtevek zavarovalnici, ki je morala plačati zavarovano škodo, proti osebi, ki je škodo zakrivila. Slično uzakonjujeta §§ 76. in 106. »prehod« zastavne terjatve ozir. jamčevalnega zahtevka na plačujočo za-

varovalnico. — 5. Po § 17. spodb. zak. se oprosti spodbijatelj protivnik spodbojnega zahtevka s tem, da poravna spodbijateljevo terjatev proti dolžniku. Iz te poravnave mu nastane regres proti oproščenemu dolžniku (kakor v primerih § 462. o. d. z in § 26. zak. o zavarovalni pogodbi, mora upnik tudi to plačilo sprejeti brez vsaktere privolitve, lastne ali dolžnikove). — 6. Po § 200. št. 2 i. r. (§ 165. št. 2 enot. i. z.) nastane regres zahtevajočemu upniku, ki je vršil izvršbo v nepremičnino za svojo osebno terjatev in odkupil terjatve vseh drugih zahtevajočih upnikov (ustavivši hkratu lastno izvršbo), proti liberiranemu zavezancu. — 7. Končno izhajajo regresni zahtevki iz več določb stečajnega zakona: a) Po otvoritvi stečaja smejo stečajnikovi sozavezanci odkupiti terjatev od upnika ali vsakega naslednika, ki bi utegnil vršiti regres proti njim. (S tem izločijo upnika iz vrste glasovalnih upravičencev.) Regres jim nastane proti stečajnemu dolžniku (§ 16., odst. 3.). b) Upnik, ki mu je za isto terjatev nerazdelno odgovornih več insolventnih oseb, more prijaviti terjatev v polnem obsegu v stečaj vsakega dolžnika. Ako se pa po njegovi polni zadostitvi pojavi presežek, nastane do višine tega presežka regresna pravica po občnih zakonskih predpisih (§ 17., odst. 2.: Regres med stečajnimi masami nerazdelno zavezanih stečajnih dolžnikov). Obe določbi § 16. in 17. sta uporabni tudi v poravnalnem postopanju (po določbi § 33. zakona o prisilni poravnavi izven stečaja). c) Stečajnikove stvari, nepremične ali premične (zadnje v nasprotju k § 462. o. d. z.), na katerih obstoji zastavna pravica, sme upravitelj stečajne mase vsak čas izrešiti (§ 132., odst. 1.). Pri nepremičninah stopi s plačilom zastavnega dolga v zastavno pravico. č) Kadar se vrši delitev skupička posebne stečajne mase še po razdelitvi občne mase, in se pokaže, da je odločitveni upnik prejel iz občne mase več, nego bi mu šlo po tistem primanjkljaju, ki ga dejanski utrpi ob delitvi skupička posebne mase, se mora presežek povrniti neposredno iz posebne mase (§ 144., odst. 2.: Regres občne stečajne mase proti posebni). — 8. K regresnim zahtevkom je po njih bistvu šteti še tzv. izravnalne zahtevke (nemški državljanski zakonik imenuje »izravnalne« vse delne regrese). Pri nas nastaneta izravnalna zahtevka zlasti po določbah § 222. i. r. (§ 185. enotn. i. z.)

in po § 54. zak. o zavarovalni pogodbi: a) Ako simultanski zavarovani hipotečni upnik ne išče svojega kritja iz vseh sozastavljenih nepremičnin ali ga ne išče iz njih v tistem razmerju, kakršno pričakuje od njega zakonodajalec v interesu drugih udeležencev (po določbi odstavek 2. § 222.), in ako se s tem oškodujejo postlocirani upniki, dobijo ti upniki nastalo škodo nadoknadeno iz skupičkov za druge nepremičnine; če pa te ne pridejo na dražbo, iz tzv. nadomestnih hipotek (§ 222. cit.). b) V primeru dvojnega zavarovanja so zavarovalnice med seboj zavezane k izravnavi plačane zavarovalnine v tistem razmerju, v katerem stoje zneski, h katerih plačilu so se zavezale po svojih pogodbah napram sklenitelju (§ 54. cit.).

Pri vseh teh regresnih zahtevkih iz postranskih zakonov ni bilo potrebno razlikovati, kdaj je plačal regresant tuji dolg prostovoljno (n. pr. po § 26. zak. o zav. pog.), kdaj po sili zakona (n. pr. v primerih, ko je morala plačati zavarovalnica na podlagi zavarovalne pogodbe); dalje nisem razlikoval, kdaj je nastal regresantu delni regres, kdaj polni; delni regres je preprosta posledica okolnosti, da plačani dolg deloma ni bil tuj dolg, ampak plačnikov.

Regresni zahtevki bi se dali razvrstiti še po številnih drugih vidikih, n. pr. a) je-li bil poravnani dolg denaren ali nedenenaren; b) genus- ali species-dolg; c) je-li pripadal zasebnemu ali javnemu pravu; č) je-li izviral iz pravnega posla, delikta ali neposredno iz zakona. (Od tega vidika je razlikovati že znane primere, ko plača plačnik na podlagi lastne zaveze n. pr. porok ali radi delikta n. pr. sodelikvent ali neposredno na podlagi zakona n. pr. nepogojno prijavljeni sodedič); d) je-li bil tuj dolg poravnan s plačilom ali z drugo vrsto spolnitve, n. pr. s pobotanjem; e) je-li bilo plačilo opravljeno prostovoljno ali prisilno (v izvršbi). Včasih nastane regres celo brez vsakega regresantovega spolnitvenega dejanja, n. pr. po sodni odredbi (§ 144., odst. 2. steč. zak.) ali po dogodku. — Pri normah, ki jih bomo spoznali za posamezne regresne zahtevke, se bo videlo, v katerih pogledih utegne postati pravne važnosti eden ali drug teh razlikovalnih vidikov.

II. Regresni zahtevki praeter legem.

Kljub obilici uzakonjenih regresnih zahtevkov je občutila in še občuti judikatura potrebo, ustvarjati nove primere, izhajajoč z osnovne pravne misli, da se morajo plačniku materialno tujega dolga od liberiranega dolžnika povrniti potrošena plačilna sredstva. Taki, od judikature praeter legem priznani regresni zahtevki bi bili zlasti: 1. Regres prodajalca posestva iz plačila prenosnine, ki bi jo po dogovoru moral plačati kupec. Če ni bilo nobenega dogovora v pogledu plačila, trpita vsak polovico, in ima tisti, ki je plačal vso prenosnino, delen regres proti drugemu. 2. Regres tabularnega posestnika iz plačila zemljarine proti naturalnemu posestniku. 3. Regres prodajalca posestva iz preplačila zemljarine, ki je bila odobrena kupcu. 4. Regres lastnika zemljišča, ki je plačal (dasi ni bil osebni dolžnik) na zemljišču zastavnopravno zavarovano terjatev, proti osebnemu dolžniku. 5. Če bi bil lastnik zemljišča prevzel hipoteko v lastno plačilo, in bi upnik iskal plačilo pri osebnem dolžniku (na mesto pri prevzemalcu hipoteke), bi nastal regres osebnemu dolžniku. 6. Regres na dražbi propadlih upnikov proti zdražitelju, ki je dal amortizirati in izbrisati postavko, odkazano na najvišji ponudek.

Zanimivo je in za naše nadaljnje raziskovanje pomembno, na katerem mestu o. d. z.-a citira Schey, urednik Manzove izdaje, te praeter legem od judikature ustvarjene regresne zahtevke. Citira jih skoro vse, pri določbi § 1042. kot primere *verzijskega* zahtevka, a primer ad 5. hkratu pri § 1042. in 1358., torej hkratu kot *verzijski* in *regresni* zahtevki. Po določbi § 1042. ima tisti, ki napravi za drugega potrošek, ki bi ga bil moral napraviti po zakonu ta sam, pravico, zahtevati od njega nadoknadenje. Dejanski stan § 1042. se razlikuje od onega § 1422. le po tem, da mora v primeru § 1042. poravnani dolg izvirati *ex lege*, kar pri dejanskem stanu § 1422 ni nujno, a tudi ni izključeno. Dejanski stan § 1358. je bil citiran zgoraj: zanj je značilno, da je plačnik materialno tujega dolga k plačilu formalno zavezan. A taka zavezanost tudi pri dejanskem stanu § 1042. ni izključena: Oče, ki skrbi za ozdravljenje po železnici poškodovanega otroka, ima regres po

§ 1042., dasi je bil *ex lege* zavezan, skrbeti za otrokovo ozdravljenje. Iz povedanega vidimo, da se data iz istega dejanskega stanu konstruirati i regresni i verzijski zahtevki. — Tudi verzijski zahtevki § 1043. sloni na pravni misli regresnega po § 1359.: Kakor soporok, tako naj dobi reševatelj iz skupne nevarnosti za žrtvovano lastnino delno odškodnino. — Prave razlike končno ni med regresnimi in gestijskimi zahtevki, ker morejo imeti tudi ti zadnji poravnavo tujih dolgov (nujno ali koristno) za podlago. Zato podvaja praksa često en in isti dejanski stan enkrat določbi § 1036. (1037.), drugič določbi § 1422.

Še en regresni zahtevki je, ki ga priznavata sodstvo in slovstvo, in ki naj ne ostane neomenjen, dasi more slediti utemeljitev njegove upravičenosti šele kasneje: Porok ima regres tudi proti lastniku zastave, s katero je bil zavarovan plačani glavni dolg; celó tedaj, kadar je bila zastavodaja mlajša, nego prevzem poroštva.

Da bomo mogli pravilno določiti pravno naravo regresnega zahtevka, se ozrimo končno na tiste judikate, ki z a n i k u j e j o nastanek regresnih zahtevkov: 1. Nobenega regresa nima plačujoči zastavni dolžnik proti poroku liberiranega glavnega dolžnika. 2. Porokov regres proti glavnemu dolžniku lahko odpade radi notranjega razmerja med njima, na pr. če je bil glavni dolg najet za porokov račun ali če je bil poplačan z dolžnikovimi sredstvi, dasi od poroka. 3. Noben regresni zahtevki ne nastane soprogu iz plačila dolgov drugega soproga, s katerim živita v imovinski skupnosti. 4. Prav tako ne dolžniku proti spolnitvenemu prevzemniku (v smislu § 1404.), ako je plačal upnika sam. 5. Končno ne v dražbenem postopanju propalemu hipotečnemu upniku proti osebnemu dolžniku iz krite predlocirane postavke. — Po izrečnih zakonskih določbah nimajo regresov: po § 168. steč. zak. in § 59. zak. o izvenstečajni poravnavi poroki in garanti dolžnika, ki se je izven stečaja sodno poravnal, ako so morali plačati zanj nekriti ostanek, in po določbi § 1352. o. d. z. porok, ki je prevzel poroštvo za osebo, ki se iz osebnih lastnosti ni mogla sama zavezati.

Sporno je, da-li nastane delni regres (sličen regresu med soporoki) med simultanski zavezanimi hipotečnimi dolžniki, ako plača eden iz njih ves dolg pri upniku in oprosti s

tem ostale? Bežek, Ehrenzweig in judikat, citiran k § 1422. št. 4 Manzove izdaje o. d. z., potrjujejo to vprašanje in so, kar se tiče obsega posameznih regresnih zahtevkov, mnenja, naj plačujoči hipotečni dolžnik razdeli znesek ugasle simultanske hipoteke po razmerju vrednosti sozaveznih nepremičnin. Z drugimi besedami: Določba § 222. i. r. naj ne velja samo ob izvršbeno izterjanem, ampak analogno ob prostovoljnem plačilu simultanske hipoteke. Manj praktičen je isti spor za primer, da so bile simultanski zastavljene premičnine, in da je bil dolg prostovoljno poravnán od enega samega zastavnih dolžnikov ali prisilno izterjan iz ene same sozastavljene premičnine. — Sploh manjka soglasja na načelno vprašanje, je-li priznavati samo tiste regresne zahtevke, ki so po kaki zakonski določbi izrečno predvideni ali ki se dajo s pomočjo analogije razširiti na druge primere, ali pa je priznavati splošen regresni zahtevek, nastajajoč plačniku vselej, ko je plačal materialno tuj dolg?

III. Pravne konstrukcije regresnega zahtevka.

O. d. z. ne pozna enotne konstrukcije nastanka regresnega zahtevka, ampak trojno, dve z derivativnim, eno z originarnim nastankom:

a) kdor plača po § 1358. materialno tuji, formalno lastni dolg, »vstopi v pravice upnika in je upravičen, terjati od dolžnika nadoknadenje plačanega zneska«;

b) kdor plača po § 1422. materialno in formalno tuji dolg, »more ... zahtevati od upnika odstop njegovih pravic«;

c) nerazdelno zavezani sodolžnik, ki je plačal ves dolg iz svojega, je po § 896. »upravičen, da si ni bila odstopljena pravica (auch ohne geschehene Rechtsabtretung), terjati od ostalih nadoknadenje«.

Regres po § 1358., nastajajoč regresantu iz plačila po sili zakona, je konstruiran, kakor vidimo, s pomočjo zakonitega prehoda upnikovih pravic na plačnika (cessio legalis, gesetzliche Einlösung oder Subrogation). Regres po § 1422., nastajajoč regresantu iz prostovoljnega plačila, je konstruiran s pomočjo zahtevanega in (v primeru zahteve) dolž-

nega odstopa upnikovih pravic (*cessio necessaria*, erklärte Einlösung oder Subrogation). Končno regres po § 896. (in po številnih določbah, ki se sklicujejo na § 896.) brez prehoda stare plačane terjatve, torej originarno, ne derivativno, kakor regresa po §§ 1358. in 1422.

Jasno je, da oboje vrst konstrukcij nastanka regresnega zahtevka, derivativna in originarna, ne moreta biti pravilni, ker si med seboj nasprotujeta. Tudi poddelitev derivativne konstrukcije na *cessio legalis* in *cessio necessaria* vzbuja pomisleke. Pravilna in enotna konstrukcija nastanka regresnega zahtevka nam je tembolj potrebna, ker poznajo o. d. z. in postranski zakoni vse polno regresnih zahtevkov, pri katerih o načinu nastanka sploh molčijo. Le izjemoma najdemo njih nastanek (s pomočjo legalne cesije) uzakonjen še v določbah §§ 62., 86. in 106. zak. o zav. pog., po katerih »prehajajo« (ex lege, brez zahteve) na zavarovalnico odškodninski zahtevek odnosno zastavna terjatev in jamčevalni zahtevek.

Iz zgodovine postanka citiranih določb o. d. z. vemo, da je bila konstrukcija § 896 vnesena v besedilo zakonika v zadnjem trenutku (med tiskom), in da sta današnji, goricitirani besedili §§ 1358. in 1422. prišli v zakonik šele po tretji delni noveli. Novelirano besedilo §§ 1358. in 1422. in ž njim razlikovanje med nastankom regresnega zahtevka s pomočjo *cessio legalis* in *cessio necessaria* je nastalo pod vplivom referenta Schey-a, ki se je s to pravno stvarino specijalno bavil (»Regressrecht bei Bezahlung fremder Schuld« iz l. 1891.). Staro besedilo § 1358. je govorilo čisto splošno o plačevanju dolgov drugega, in ni razlikovalo, je-li bil plačnik zavezan k plačilu ali ne, tako da je vladal spor za odmejitev področij §§ 1358. in 1422. Schey je povzročil danes uzakonjeno razlikovanje in je je zagovarjal predvsem historično (iz beneficija *cedendarum actionum*, ki so ga od nekdanj uživali poroki), dalje s potrebo, naj se poroki in zastavni dolžniki z ipso iure — prehodom plačanih terjatev privilegirajo pred tistimi, ki plačujejo tuje dolge prostovoljno. Končno s pozivanjem na romanske zakonodaje, ki tudi razlikujejo med *payement avec subrogation conventionelle* in *avec subrogation legale* (čl. 1249. do 1251. *code civil* in čl. 1251. do 1252. *codice civile*). A že

večina Schey-eve komisije je bila mnenja, naj bi se regresna pravica o. d. z. poenostavila, češ da v dejanskih stanih §§ 1358. in 1422. ni povoda za dve različni konstrukciji njih nastanka; pravna posledica plačila po § 1358., t. j. *cessio legalis* naj bi veljala tudi ob plačilu po § 1422. Od drugih inozemskih zakonikov poznata enotno konstrukcijo nastanka regresnega zahtevka (potom legalne cesije) § 505. švic. civ. zak. in §§ 426., 774. nem. drž. zak. — Pred tretjo novelo je že Strohal tolmačil stari besedili §§ 1358. in 1422. v enotnem smislu *ipso iure* — prehoda plačane terjatve na plačnika in nastopal zoper staro Julijanovo idejo, da veljaj vsako plačilo kot odkup terjatve (*Übertragung und Belastung der Hypothek nach österreichischem Recht*, Grünhuts Zeitschrift iz l. 1882.). Nasprotno se je v nemal Exner za pravilnost konstrukcije § 1422. proti oni § 1358. Krasnopolski je sledil Strohalu: V besedah § 1358. »Ersatz der bezahlten Schuld« da ni uzakonjen pravni razlog, ampak le obseg regresnega zahtevka; pravni razlog, da se mora posneti besedam »tritt in die Rechte des Gläubigers« (*Erörterungen aus dem österreichischen Hypothekenrecht*, Grünhuts Zeitschrift iz l. 1884.).

Kakor vidimo, se vrti ves spor najpriznanejših poznavalcev našega državljanskega prava za konstrukcijo regresa s pomočjo zakonite ali zahtevane cesije. Ta spor je izza tretje novele rešen v tem smislu, da nastane regres po § 1358. na podlagi zakonite, po § 1422. na podlagi zahtevane cesije. Vendar je ta rešitev dvomljive vrednosti, ker za razlikovanje med zakonito cesijo ob dolžnem plačilu tujega dolga in med zahtevano cesijo ob prostovoljnem plačilu ni utemeljene *ratio legis*. Po m. m. se to razlikovanje celó protivi duhu o. d. z., ki liberalnega postopanja nikjer ne domneva in ga tudi ne sme domnevati o tistem plačniku, ki plačuje prostovoljno; naj plača po sili zakona ali prostovoljno, je do protidokaza smatrati, da reflektira plačnik na nadoknadenje plačilnih sredstev. Seveda ni izključeno, da plača v konkretnem primeru *animo liberali*. A *animo liberali* more plačati ne le prostovoljni plačnik, ampak tudi plačnik po sili zakona, n. pr. porok. Ni torej podlage za odreditve, naj prehaja plačana terjatev na zadnjega *ex lege*, na prvega le na zahtevo.

A osnovna pogreška v konstrukcijah nastanka regresnega zahtevka po m. m. ni v razlikovanju med obema vrstama derivativnega (cesijskega, subrogacijskega) njegovega nastanka, temveč v derivativni konstrukciji sami. Regresni zahtevki more že po o. d. z. samem nastati ne le derivativno, ampak tudi originarno »brez odstopa (stare) terjatve«, in sicer na samo v primeru § 896., ampak tudi v onih številnih primerih, ki se sklicujejo na § 896. Obe konstrukciji, derivativna in originarna, sta med seboj v takem protislovju, da more biti pravilna le ena ali druga.

IV. Argumenti zoper derivativni (cesijski, subrogacijski) nastanek regresnega zahtevka.

1. Regres predpostavlja plačilo materialno tujega dolga. Čim je tak tuj dolg plačan, ugasne plačanemu dolgu ustrezajoča terjatev, ki po svoji ugasnitvi ne more biti več predmet prenašanja (ne zakonitega po § 1358., ne zahtevanega po § 1422.). Zoper to primitivno pravno logiko se brezuspešno borita dva ugledna civilista s skoro fantastičnimi protiizvajanjmi. Ehrenzweig pravi, da je »izrešena terjatev hkratu ugasnila in ni ugasnila: ugasnila je za prvotnega upnika, a ni ugasnila za plačnika«. Planck trdi, »da porok ne plača dolga glavnega dolžnika, ampak svoj lastni dolg, in da zato glavni dolg s plačilom ne ugasne«. A že Unger je opozarjal v članku »Fragmente aus dem System des österreichischen Obligationenrechtes« (Grünhuts Zeitschrift iz l. 1888.) na nepravilnost konstrukcije derivativnega nastanka regresnega zahtevka z navzočnim argumentom: »Kdor opira regresni zahtevki na ipso iure — prehod plačane terjatve, prihaja v notranje nasprotje, ker opira ta zahtevki na prenehanje dolga, a mu dolg vendar ne preneha, ampak menja zgolj svojega upnika.«

2. Po § 1422. mora prostovoljni plačnik tujega dolga, če želi regresni zahtevki, odstop plačane terjatve zahtevati pred ali ob plačilu. Zadnje je impossibile, ker nobena terjatev ne more biti v istem trenutku predmet ugašanja in prenašanja. Prvo je možno, a kadar zahteva bodoči plačnik pred plačilom od upnika, naj mu terjatev odstopi, ter

pristane upnik na njegovo zahtevo, imamo opravka s preprosto cesijo. Ta je že urejena po § 1392. sled. in ne potrebuje ponovne ureditve v § 1422. V praktičnem življenju se resnično in ponovno pripeti, da intervenijenti za tuje dolžnike dolga ne plačajo, ampak da si dajo cedirati dolgu ustrezajočo terjatev in da poravnajo cesijsko valuto. Upniki se ne branijo te vrste gospodarske poravnave dolga, niti ne proti takim intervenijentom, ki so formalno zavezani, plačati tuji dolg (porokom, zastavnim dolžnikom). A to so cesije, čisto drug pravni individuum, nego plačilo tujih dolgov, in njih učinki dalekosežnejši, nego učinki plačil, zlasti, ker prehaja na cesijonarje polna stara terjatev ne glede na višino plačane cesijske valute.

3. Regresni zahtevki ne mora biti niti po svojem obsegu, niti po svoji vsebini identičen z obsegom in vsebino plačanega tujega dolga. — Kar se tiče obsega, določa § 1358., da more plačnik tujega blaga »terjati nadoknadenje plačanega dolga« (»Ersatz der bezahlten Schuld«), torej le povračilo potrošenih plačilnih sredstev, ne polnega plačanemu dolgu ustrezajočega terjatvenega zneska. Prav tako prehaja po § 62. zak. o zav. pog. odškodninski zahtevki, ki ga ima sklenitelj proti tretji osebi, na zavarovalnico le v toliko, »kolikor povrne sklenitelju škodo«, ali po § 86. cit. zastavna terjatev le v toliko, »kolikor poplača zavarovalnica... zastavnega upnika«, ali končno po § 106. cit. jamčevalni zahtevki radi napak zavarovane živine v toliko, »kolikor poravna sklenitelju po napaki povzročeno škodo«. Z derivativnim nastankom regresnega zahtevka se ta neidentičnost ne da spraviti v sklad. Zelo zanimivo je, da tolmačita Ehrenzweig in Sedláček tudi novelirani § 1422. že danes tako, da tuji plačnik ne dobi z odstopom terjatve same, ampak le povračilo svojih izdatkov v okviru odstopljene terjatve. — Tudi kar se tiče vsebine obeh obligacij, regresnega zahtevka in stare plačane terjatve, se dá lahko zamisliti primer neidentičnosti: kdor poravna na pr. alimente, ki bi jih moral poravnati nekdo drugi, temu nastane proti oproščenemu dolžniku denarni regresni zahtevki, dasi je prestiral alimente in natura. Vsebinska neidentičnost obeh terjatev je uzakonjena dalje v določbi § 222. i. r. (§ 185. enotn. i. z.) odstavek 4., po kateri se na propalega hipotečnega upnika

ne sme prenesti stara simultanska hipoteka, ampak se mora simultanska hipoteka izbrisati, in v njenem vrstnem redu vknjižiti nova nadomestna hipoteka za izravnalni zahtevki propalega hipotečnega upnika. Ob cesijskem nastanku izravnalnega (regresnega) zahtevka bi bila tudi ta odredba § 222. cit. nerazumljiva.

4. Vemo, da neke terjatve izjemoma ne morejo, druge da ne smejo biti predmet cesije (prve radi svoje samosebne narave, druge po odredbi zakonodajalca ali po dogovoru med dolžnikom in upnikom). Če pa poravna takim terjatvam ustrezajoči dolg tuja oseba, ji nastane regresni zahtevki proti oproščenemu dolžniku kljub nemožnosti oziroma nedopustnosti cesije. Torej mora izvirati regresni zahtevki iz druge pravne podlage, nego iz cesije stare terjatve.

5. Po §§ 896. in 1363. sme upnik posameznega sodolžnika oziroma soporoka odpustiti, kar pa ne škoduje regresnim zahtevkom, tako, da se more držati plačujoči sodolžnik oziroma soporok v regresu tudi odpuščenega bivšega druga. Ob cesijskem nastanku regresa bi bila tudi ta norma nemožna, ker upnik po odpustu sodolžnika (soporoka) nima ničesar več, kar bi mogel na njiju breme cedirati plačniku. Ta argument naj velja zlasti proti subrogacijski konstrukciji *fr.* in *ital.*, dalje *švic.* in *nem.* civilnega prava, dočim nastaja po naših §§ 896., 1359., 1363. (zadnja dva se sklicujeta na § 896.) regresni zahtevki plačujočega sodolžnika (soporoka) proti ostalim sodolžnikom in soporokom »brez odstopa pravice«. — *Mutatis mutandis* velja ista nemožnost cesijskega nastanka regresnega zahtevka ob konfuziji sodolžnikove ali soporokove zaveze z upnikovo terjatvijo na pr. če podeduje eden sodolžnikov ali soporokov upnika. Če plača novega upnika (dediča, bivšega sozavezanca) v polnem obsegu eden ostalih sodolžnikov ali soporokov, mu nastane delni regres proti vsem bivšim dolžnikom (soporokom), tudi proti sedanjemu upniku (na katerega odpadajoči regresni znesek si ob plačilu odtegne). Tudi konstrukcija tega regresa ni mogoča iz prehoda plačane terjatve na plačnika, ker bi predmet prehajanja bila terjatev, ki bi jo imel upnik proti sebi samemu.

6. Zagovorniki cesijskega nastanka regresnega zahtevka

soglašajo s tem, da za to posebno vrsto cesije ni jamčevalne dolžnosti, kakršna je pri drugih cesijah v smislu § 1397. sled. Razlagajo si to izjemo z utemeljevanjem, da se od cedenta, ki odstopa ex lege ali prisiljen, ne more zahtevati, naj odgovarja še za resnični obstoj in izterljivost cedirane terjatve. To utemeljevanje prav nič ne prepričuje, ker je jamčevanje institut, ki spremlja vsak odmenski posel, in ker so cesije odmenske, naj izhajajo iz pogodbe ali zakona, iz prostovoljnega ali prisilnega akta. Razlog je čisto drug: ker regres sploh ne nastane iz cesije. — Sicer pa ni res, da je plačani upnik brez vsake odgovornosti napram plačniku: če bi si dal plačati neobstoječ dolg, bi nastal plačniku proti njemu kondikcijski zahtevek (Sedláček).

7. Zagovorniki cesijskega nastanka regresnega zahtevka ne priznavajo samostojnega zastaranja teh zahtevkov, ampak pripuščajo, da teče naprej zastaranje stare terjatve. To je za regresanta silno nevarno, ker more potечи zastaranje že nekaj dni po prehodu terjatve (po plačilu). Ob originarnem nastanku regresnega zahtevka prične teči samostojno zastaranje, in sicer šele s plačilom tujega dolga, tako da odpade ta nevarnost.

8. Radi notranjega razmerja med porokom-plačnikom in glavnim dolžnikom se pripeti, da prvemu kljub plačilu regresni zahtevek ne nastane, ker porok ni plačal materialno tujega, ampak svoj lastni dolg na pr. če je bilo posojilo najeto za njegovo korist, tako, da je figuriral le na zunaj kot porok, v resnici bil glavni dolžnik. Ob cesijskem nastanku regresnega zahtevka bi morali kljub temu dopustiti, da nastane regresni zahtevek plačujočemu poroku, in prepustiti glavnemu dolžniku, da se brani proti event. uveljavljenju regresnega zahtevka excipiendo z dokazovanjem notranjega razmerja. Ob pravilni originarni konstrukciji regresni zahtevek sploh ne nastane, in odpade za glavnega dolžnika breme in riziko takega dokazovanja. — Ako plača obratno v istem primeru glavni dolžnik, mora radi notranjega razmerja nastati njemu regresni zahtevek proti poroku. Ob cesijskem nastanku ta regresni zahtevek ne more nastati, ker plačani upnik ne more prevesti terjatve, ki jo ima proti glavnemu dolžniku, na tega samega.

9. Ako bi regresni zahtevki nastajali iz cesije, bi mogli

regresanti, ki imajo o opravljenem plačilu javno ali javno poverjeno listino, po določbi § 9. i. r. (§ 14. enotn. i. z.) že na podlagi proti njim izposlovanega izvršilnega naslova vršiti proti regresatom izvršbo, ne da bi jih morali posebe tožiti in izposlovati proti njim poseben izvršilni naslov. Da pravnomočnost prvega izvršilnega naslova ne sega tako daleč, je splošno mnenje. — Dalje bi, če bi prehajala plačana stara terjatev od upnika na plačnika, v primeru, ko je plačal terjatev eden solidarno zavezanih sodolžnikov, plačnik mogel vršiti regres zoper oproščene sodolžnike in solidum. A tak regres in solidum obstoji po splošnem mnenju le tedaj, kadar plača solidarni dolg kaka druga, izven zaveze stoječa oseba, ne tudi, kadar ga plača eden sodolžnikov.

Vsi ti argumenti, pa tudi vsak posamezen nas prepričujejo, da cesijski nastanek regresnega zahtevka ni pravičen. Prav je imel Kremer, ko je trdil, da je »subrogacija eden najnesrečnejših institutov, kar so jih kdaj ustvarili zakonodajalci«.

V. Argumenti za originarni (reparacijski) nastanek regresnega zahtevka.

Zakonski argument za originarni nastanek regresnega zahtevka so mi v prvi vrsti večkrat citirane besede § 896.: »auch ohne geschene Rechtsabtretung«. Pri tem me prav nič ne moti, da urejuje § 896. le delni regres, dočim se utemeljuje polni regres v §§ 1358. in 1422. s cesijo. Regres po § 896. je delen samo radi tega, ker plačuje sozavezanec deloma svoj lastni dolg in mu torej po obsegu zadnjega regresni zahtevki ne more nastati; v kolikor mu nastane, je tudi njegov regres polen. Zato ni nobene načelne, za konstrukcijo nastanka regresnega zahtevka važne razlike med dejanskima stanoma § 896. na eni in §§ 1358. in 1422. na drugi strani.

Seveda je z besedami »auch ohne geschene Rechtsabtretung« nastanek regresnega zahtevka pojasnjen samo negativno. Pozitivno si ga tolmačim na sledeči način: Čim plačata prostovoljni ali po zakonu siljeni intervenijent materialno tuj dolg, ju zadene škoda. Na drugi strani opro-

stita s svojim plačilom dolžnika njegovega dolga, in nastane temu neopravičena korist (obogatba). Zakonodajalec ne more obdržati v veljavi tako motenega gospodarskega ravnanja in daje za odstranitev motitve oškodovanemu plačniku proti obogatenemu dolžniku korektiv, ki ga nazivamo regres. Regres nastane torej radi škode na eni in radi neopravičene obogatbe na drugi strani. Nastanek zahtevkov iz te pravne misli našemu državljanjsko-pravnemu sistemu ni neznan. Na enak način nastajajo zahtevki gerentov iz koristnih gestij, vertentov iz verzij in mnogi drugi. Za nemško pravo utemeljuje nastanek regresnih zahtevkov s to pravno mislijo Schulz (»Rückgriff und Weitergriff« iz leta 1907.): »Die Gedanken, die zur allgemeinen Zulassung des Regresses drängen, sind also im Grunde dieselben, die zur Aufstellung der Bereicherungsklage und der negotiorum gestio geführt haben.«

Naj utemeljim še, zakaj nazivam nastanek regresnega zahtevka v naslovu hkratu originarni in reparacijski. Po § 859. od. z. nastajajo terjatve neposredno iz zakona, iz pravnega posla ali iz prizadejane poškodbe. Iz prizadejane poškodbe nastajajo pred vsem deliktne in quasideliktne zahtevki, a iz zgodovine redakcije § 859. vemo, da so se uredniki namenoma odločili za široki izraz »erlittene Beschädigung« v svrhu, da bo ž njim poleg deliktne in quasideliktne zahtevke krita še vrsta drugih odškodninskih zahtevkov, ki niso urejeni v 30. poglavju, temveč raztreseno po raznih poglavjih o. d. z-a. K takim zahtevkom spadajo kondicijski, spodbijalni, opozivni, jamčevalni, gestijski, verzijski, impenzni in odvzetni (jus tollendi). Tukaj njim pridružim še regresne zahtevke. Slabo je, če nazivajo vse te zahtevke romanske zakonodaje (frc., ital.) po rimskemu uzoru še vedno »quasikontraktualne«, ker zanje ne veljajo norme pogodbenega, ampak odškodninskega prava. Da pa jih razlikujemo od deliktne in quasideliktne zahtevke, priporočam zanje novi naziv »civilnopravne reparacije«. Tudi regresni zahtevki so takega reparacijskega značaja.

Posebno razveseljivo je, da velja tukaj zagovarjana konstrukcija originarnega (reparacijskega) nastanka regresnega zahtevka za vse njegove primere: za regrese iz plačila po sili zakona in iz prostovoljnega plačila, za polne in delne

regrese. Plačane in s plačilom ugasle terjatve nam ni treba obujati nazaj v pravno življenje. Plačnik postane regresant brez vsake cesije, legalne ali zahtevane (zahtevane pred ali ob plačilu), ker mu nastane regres ex lege, kakor vsakemu drugemu odškodninskemu upravičencu. Vendar nikdar proti njegovi volji. Zato ne dobi regresa plačnik, ki je plačal animo liberali, bodisi prostovoljno (najčešče) ali po sili zakona (izjemoma). Ker je regresni zahtevek nov zahtevek, tudi ni treba, da bi bil po obsegu in vsebini identičen s staro terjatvijo, kakor pri cesiji. Iz istega razloga odpadejo jamčevalne norme (a kondikijske veljajo po splošnih določbah). Kot nov more nastati regresni zahtevek tudi iz plačila neodstopnih terjatev, a delni regres tudi proti takim sodelžnikom (soporokom), ki jih je upnik odpustil iz zaveze, ali takim, ki so podedovali za njim njegovo terjatev. Kot nov zahtevek more končno imeti samostojen pričetek toka zastaranja itd., itd.

Tako odpadejo ob originarni (reparacijski) konstrukciji regresnega zahtevka drug za drugim vsi argumenti, ki govoré zgoraj zoper njegov derivativni (cesijski, subrogacijski) nastanek. Od konstrukcij o. d. z-a je pravilna le ona § 896., nepravilni sta konstrukciji §§ 1358. in 1422. Plačujočemu poroku nastane regres zoper glavnega dolžnika prav tako originarno, kakor po določbi § 1359. (ki se poziva na § 896.) regres plačujočega soporoka zoper ostale soporoke.

VI. Dejanski stan skupen vsem regresnim zahtevkom.

Vsem regresnim zahtevkom je po gornjem dognanju skupen sledeč dejanski stan: 1. Plačilo materialno tujega dolga (plačilo v najširšem smislu vsake poravnave dolga iz regresantovih imovinskih sredstev; niti ni treba, da bi poravnava bila pravni posel). 2. Škoda plačnika iz takega plačila (torej povzročna vez med plačilom in škodo, ki ni vedno podana, zlasti ne, če plača intervenijent animo liberali). 3. Neopravičena obogatba liberiranega dolžnika (tudi ta obogatba ni vedno podana, je n. pr. ni na strani glavnega dolžnika, oproščenega po poroku, če je bil dolg najet za porokovo korist).

Kar je sicer razlik med dejanskimi stani posameznih regresnih zahtevkov, so brez pravne relevance.

K 1. Kadar nastane škoda na eni strani in neopravičena obogatba na drugi ne iz plačila tujega dolga, ampak na kak drug način, imamo opravka s katerim drugih reparacijskih zahtevkov, ne z regresnim. Ali radi slabe pozitivno-pravne razmejitve področij posameznih reparacijskih zahtevkov nastajajo v praksi številni spori, kedaj gre za ene, kedaj za druge. Ti spori so najčesče neplodni, ker gre pri vseh reparacijskih zahtevkih za isti pravni lek in v splošnem za enake norme.

K 2. Razen plačnika, ki je plačal animo liberali, ne zadene nobena škoda iz plačila tujega dolga v višjeomenjenih primerih judikature: a) soproga, živečega v imovinski skupnosti s soprogo, ker se, plačujoč od žene kontrahirani dolg, oprosti lastnega dolga; b) dolžnika, ki si je priskrbel spolnitvenega prevzemalca v smislu § 1404., a plačal osebno, ker plača tudi on svoj lastni dolg; c) poroka, ki je plačal dolg, najet od glavnega dolžnika za njegov, porokov, račun. V tem zadnjem primeru ni, kakor smo že ugotovili, obogatbe na strani glavnega dolžnika, a tudi ni škode na porokovi strani. Nasprotno pa bi bil v istem primeru oškodovan glavni dolžnik ter bi dobil regres proti poroku, če bi se upnik držal za plačilo njega. č) Povzročne vezi med plačilom in škodo ni bilo v tistem primeru judikature, ko je iskal v dražbenem postopanju propadli hipotečni upnik odškodnino pri osebnem dolžniku iz predlocirane pokrite postavke: propast v dražbenem postopanju je bila posledica neugodnega vrstnega reda postlocirane postavke, liberiranje osebnega dolžnika posledica ugodnega vrstnega reda predlocirane hipoteke. d) Zakaj da ima plačujoči porok regres proti zastavnemu dolžniku, a ne obratno plačujoči zastavni dolžnik proti poroku, obrazložim pod VII. št. 10.

K 3. a) Nobene koristi od plačila svojih dolgov nimajo nedoletniki, ker niso zavezani pravnoveljavno (§ 1352.). b) Iz istega razloga nimajo koristi nezreli ali duševno alterirani, katerih škodo so poravnale po določbi § 1309. osebe, ki so zanemarile nadzorstvo nad njimi. Obogatene pa postanejo te zadnjenavedene osebe (in s tem regresati) v slučaju, da se drži oškodovanec radi odškodnine po določbi

§ 1310. nezrele ali duševno alterirane osebe. c) Kar se tiče stečajnih ozir. za stečaj zrelih dolžnikov, ki se poravnajo s svojimi upniki sodno izven stečaja, je bil namen zakonodajalca, naj postanejo v pogledu odpuščene njim kvote oproščeni svojega dolga na vse strani, ne le proti svojim upnikom. Zato tudi teh dolžnikov v pogledu nekritega ostanka, ki ga morajo plačati zanje poroki in garanti, ni smatrati za obogatene v pravnem smislu (§ 168. odst. 2. steč. zak. in § 59. odst. 2. zak. o izven steč. por.).

Ugotovitev vsem regresnim zahtevkom skupnega dejanskega stanu daje hkratu odgovor na vprašanje, pozna li naš državljanopravni sistem splošni regresni zahtevek ali le tiste, ki jih izrečno uzakonjuje (in njim analogne). Logični odgovor se glasi: Regresni zahtevek je podan vselej, ko se obistinijo uvodoma navedene tri sestavine dejanskega stanu. V o. d. z. in postranskih zakonih uzakonjeni regresni zahtevki so torej samo zgledi splošnega regresnega zahtevka. Dosledno je tudi izravnalne zahtevke priznavati v širšem obsegu, nego so uzakonjeni v § 222 i. r. (§ 185. enotn. i. z.), namreč tudi v primerih prostovoljno opravljenega plačila simultanske hipoteke in prostovoljnega ali po izvršbi doseženega plačila na več premičninah zastavnopravno zavarovane terjatve.

VII. Norme skupne vsem regresnim zahtevkom.

Ker nimamo v pravnem sistemu predvidenega splošnega regresnega zahtevka, tudi nimamo predvidenih splošnih norm zanj. A večina norm, ki jih potrebujemo, izhaja iz dognanega odškodninskega značaja regresnega zahtevka in soglaša z normami za druge reparacije, deloma tudi z onimi za delikte in quasidelikte. Redke pozitivnopravne norme, ki jih imamo uzakonjene za posamezne regresne zahtevke, podpirajo vseskoz originarni in reparacijski nastanek regresnih zahtevkov (ne cesijskega), tako da tvorijo nadaljnji argument za pravilnost prvonavedene ozir. za nepravilnost drugonavedene konstrukcije. Nekaj je v regresnem pravu tudi še vrzeli, ki jih izpolnjuje judikatura praeter legem s težavo.

Vsem regresnim zahtevkom skupne bi bile sledeče norme:

1. Aktivno legitimirana iz regresnega zahtevka (regresant) je oseba, ki je poravnala sama ali je bil iz njenih imovinskih sredstev poravnana tuj dolg, čim je iz poravnave utrpela škodo. — Pasivno legitimiran (regresat) je liberirani dolžnik, čim je s poravnavo dolga postal neopravičeno obogaten. Obe legitimaciji prehajata na dediče. — Če je bil poravnana nerazdelen (korealen ali solidaren) dolg od osebe, ki zanj ni bila sozavezana, ji odgovarjajo sodolžniki tudi kot regresati nerazdelno; kajti regresant je oprostil vsakega posameznega vsega dolga. V tem pravilnem smislu je izšlo več konformnih razsodb, citiranih k § 1042.

2. Obseg regresnega zahtevka se ravna po obsegu potrošenih plačilnih sredstev. Regresant ne more terjati (v nasprotju k cesijonarju) od regresata več, nego je plačal tujemu upniku. Če se je upnik zadovoljil z manj, nego je bil regresat dolžan (pogost primer!), ne sme izterjati od regresata razlike. To normo uzakonjuje § 1358. izrečno in je v nespravljivem nasprotju s prav tam uzakonjenim cesijskim nastankom regresnega zahtevka. V obratnem primeru, da je plačal regresant več, nego je bil upnik upravičen terjati od regresanta, nastane regres le do višine resničnega dolga, ker regresat od preplačane razlike ni na koristi.

3. Tudi vsebina (predmet) regresnega zahtevka se ravna po vsebini (predmetu) opravljenega plačila, ker bi sicer regresantova škoda ne bila poravnana. Ker upnik po določbi § 1412. ni dolžan sprejeti v plačilo kaj drugega, nego mu je dolžnik dolžan, je vsebina regresnega zahtevka praviloma enaka vsebini poravnane terjatve. Če pa sprejme upnik dationem in solutum, obstoji regresni zahtevek iz predmeta dationis in solutum, ne iz onega dolžne terjatve. Vendar ne sme v nobenem primeru predmet regresnega zahtevka regresata bolj obremenjevati, nego ga je prvotni dolg, ker bi v toliko ne bilo obogatbe na njegovi strani. Izključena pa ni, kakor smo videli, neidentičnost med predmetoma plačila in regresa, zlasti ne, kadar pride do veljave določba § 1323., po kateri stopi čisto na mesto na-

turalne restitucije civilna; zato ima n. pr. intervenijent, ki je prestiral za drugega alimente in natura, pravico, zahtevati denarno restitucijo.

4. Sporno vprašanje, more li zahtevati regresant od potrošenih plačilnih sredstev obresti, se pravilno rešuje od sodstva in slovstva v negativnem smislu, razen kadar bi bil podan za tak obrestni zahtevek poseben pravni naslov n. pr. zamuda, ali kadar je plačilo trgovski posel; v takih izjemnih primerih dobi regresant obresti v zakonito določeni višini. Do baš nasprotnega, nepravilnega rezultata vodi konstrukcija cesijskega nastanka regresnega zahtevka. Po njej bi moral dobiti regresant obresti vselej, kadar so se plačevale od plačanega dolga, in sicer ne v zakonito določeni, ampak v tisti višini, v kateri so se plačevale. Opozarjam k temu vprašanju še, da je bil predmetni obrestni zahtevek od redakcijske komisije za zapadnogališki o. d. z. izrečno odklonjen (gl. posvetovanja k § 511.).

5. Sličen je spor, in slična mora biti rešitev v pogledu stroškov, brez katerih skoro ni nikdar poravnava tujih dolgov, in ki jih želé regresanti dobiti povrnjene od regresatov. Tudi tej želji ni možno ustreči, razen, če bi bil podan za nadoknadenje stroškov kak poseben pravni naslov (naročilo, nujna ali koristna gestija).

6. Spolnitveni čas in kraj regresnega zahtevka bi se morala ravnati po določbah 17. poglavja (§§ 904. in 905.) z vidika, da gre za nov, ex lege nastali zahtevek. Zato bi mogel regresant uveljavljati svoj regres takoj po nastanku ter v splošnem na regresatovem domovališču. Za pravilnost te norme govori med drugim določba § 51. enotn. men. zak. ki se tolmači od Škerljevega komentarja (glej opombo 3. k § 51.) tako, da je plačilni kraj povratne menice »pravo prebivališče retrasata«. Vendar potrebuje ta pravilna norma omejitve. Upoštevati je, da nastane regresni zahtevek le v toliko, kolikor je regresat na koristi. Zato regresant ne more uveljavljati proti njemu regresa pred tistim trenutkom, ko bi bil dospel v plačilo prvotni dolg, in ne na kraju, ki bi bil za regresata manj ugoden, nego je bil plačilni kraj prvotnega dolga. — Ob cesijskem nastanku regresnega zahtevka bi morala ostati v veljavi i stari spolnitveni čas i stari spolnitveni kraj. To zadnje bi

bilo često enako neugodno za regresanta, kakor za regresata, zlasti tedaj, kadar si je prvotni upnik izgovoril plačilo na lastnem domovališču, ki ni ne regresantovo, ne regresatovo.

7. Tudi vprašanje z a s t a r a n j a je presojeti z vidika, da gre za nov zahtevek: Regresni zahtevek je podvržen samostojnemu zastaranju, ne zastaranju plačane terjatve. Na nevarne posledice, če bi teklo naprej staro zastaranje, sem opozoril že zgoraj. Novo zastaranje prične teči actione nata t. j. s plačilom tujega dolga oziroma z regresativim opominom (§ 1334.) in poteče v zakoniti zastaralni dobi. — Katera je ta zakonita zastaralna doba? Za specialne regresne zahtevke je prav kratka: po § 78. men. zak. traja za regresne zahtevke meničnih regresantov samo šest mesecev, po čl. 25. zak. o sodnikih rednih sodišč za regresni zahtevek države proti sodniku tri leta. Za ostale regresne zahtevke sta sodstvo in slovstvo mnenja, da velja 30 letna splošna zastaralna doba. Ta dolgost je zelo neprimerna, ter opozarjam v tem pogledu na moderno švicarsko zakonodajo, po kateri se morajo uveljavljati obogatbeni zahtevki v kratki dobi enega leta. Po m. m. je izza dognanja, da so regresni zahtevki odškodninskega značaja, dopustno, uporabljati na njih zastaranje triletno dobo § 1489. — Če poteče zastaralna doba prvotnega dolga pred potekom te dobe, ta okolnost regresatu ne morekoristiti. (Nov argument zoper cesijski nastanek regresnega zahtevka).

8. Brezdvomno so akcesorne pravice, ki so služile v zavarovanje prvotnega plačanega dolga, regresantu enako potrebne, kakor so bile staremu upniku. Zlasti velja to za poroštvene, zastavne, retencijske in fiduciae causa prepuščane pravice. Če bi te akcesorne pravice ne prehajale na regresanta, bi se prostovoljni plačniki tujih dolgov oglašali dosti redkeje. — Lahko stališče za utemeljitev prehoda akcesornih pravic na regresanta imajo zagovorniki cesijskega nastanka regresnega zahtevka, ker se morejo sklicevati na določbo § 1394. A pri tem se vpraša, čemu je o. d. z., če je prehod akcesornih pravic utemeljen že v določbi § 1394., ta prehod še posebej uzakonil v določbi § 1358.? Ta posebna odreditev se da tolmačiti v tem smislu, da prehod akcesornih pravic na regresanta ni nujno pogojen

in vezan na prehod stare terjatve. — Sicer pa opravičujem prehod akcesornih pravic na regresanta brez ozira na posebno odreditev določbe § 1358. s sledečim argumentom: Kakor bi bil brez nastanka regresa neopravičeno obogaten glavni dolžnik in oškodovan plačnik tujega dolga, tako bi bili na škodo tega zadnjega neopravičeno obogateni akcesorni dolžniki (zlasti poroki in zastavni dolžniki), ki računajo in morajo računati ob prevzemu poroštva oziroma ob zastavitvi z možnostjo, da se bo držal upnik radi plačila njih. Zato sem mnenja, da so akcesorni dolžniki zavezani regresantu iz istega obogatbenega (reparacijskega) pravnega naslova, kakor regresati. — Naj potrdi pravilnost te utemeljitve sledeči zgled iz vsakdanjega življenja: Če je prevzel poroštvo t. zv. porok ali plačnik po določbi § 1357. sta odgovorna upniku glavni dolžnik in porok nerazdelno. Če plača tako zavarovani dolg tuja, izven zaveze stoječa oseba, ji nastane, ker je bil poravnan nerazdelan tuji dolg, regresni zahtevek in solidum proti obema oproščenima zavezancema (glavnemu dolžniku in poroku in plačniku) tako, da more vršiti regres proti enemu ali drugemu za vsa potrošena plačilna sredstva. Običajni porok se razlikuje od poroka in plačnika le po tem, da mora upnik, preden se drži poroka, glavnega dolžnika opominjati (§ 1355.). Iz te razlike sledi v eno roko, da mora tudi tuji plačnik, preden uveljavlja regresni zahtevek proti poroku, glavnega dolžnika opominjati, v drugo roko, da prehajajo nanj vse pravice iz poroštva, čim je storil svojo opominjevalno dolžnost. — Našo utemeljitev podpira tudi dejstvo, da je uzakonjenih v našem pravnem sistemu že več izrečnih primerov prehajanja akcesornih pravic na regresante (§ 86. zak. o zav. pog., § 132. steč. zak., § 46. zem. knj. z.).

9. Kar velja za akcesorne pravice, mora veljati za razne prednosti, ki jih uživajo terjatve v stečajnem, poravnalnem, izvršenem i. dr. postopanjih. Če plača take terjatve nezavezana oseba, uživa ob uveljavljanju regresnega zahtevka te prednosti ona na mestu starega upnika. Če bi ne bilo tako, bi tudi v teh primerih bil oškodovan upnik, a neopravičeno obogaten nekdo drugi. Zgled: Po določbi § 50. št. 1 steč. zak. morajo upniki drugega in tretjega razreda trpeti, da se krijejo pogrebni stroški za stečajnikom.

ki je umrl pred stečajem, prednostno pred njih terjatvami. Ako takih pogrebnih stroškov ni plačal stečajni upravitelj, ker jih je n. pr. že plačala druga nezavezana oseba, potem je nujno, da uživa ta oseba kot plačnik prednostno kritje po citirani določbi § 50. št. 1. Drugače bi dobila kot stečajni upnik tretjega razreda samo kvoto potrošenih sredstev, in bi bili neopravičeno obogateni stečajni upniki drugega in tretjega razreda, ker bi odpadla terjatev prvega razreda. Ta rešitev je bila svojčas sporna, a je danes izrečno uzakonjena v § 53. odst. 2. novega stečajnega zakona, ki se glasi: »Terjatve, s katerimi se zahteva nadoknadenje onega, kar se je dalo za poravnavo kakega stečajnikovega dolga, spadajo v isti razred, v katerega bi spadal poravnani dolg.« Določbo § 53. odst. 2. cit. je uporabljati tudi v poravnalnem postopanju (§ 33. zak. o izvensteč. por.). — Kar velja za prednosti, ki jih uživajo neke terjatve v navedenih postopanjih, velja z druge strani za privilegia odiosa (ne da bi bil steč. zak. to normo izrečno uzakonil): Ako plača nezavezana oseba katero po določbi § 56. steč. zak. zapostavljenih terjatev, mora biti zapostavljen tudi regresni zahtevk iz takega plačila (ki se sploh ne da uveljavljati, ker se ni dala uveljavljati plačana zapostavljena terjatev). Prav tako se more dolžniku nevtožnega dolga prigovarjati ta nevtožnost. — Vse drugače je s prednostmi (ev. z zapostavljenji), ki jih uživajo neke terjatve, ne radi svoje lastne, ampak radi privilegiranosti osebe svojega upnika na pr. davčne in alimentne terjatve; takih prednosti tuji plačnik ne more uveljavljati na svojo korist (gl. razsodbe k § 1042.).

10. Proti komu nastane regres iz plačila dolga, zavarovanega kumulativno s poroštvom in zastavo? Če plača tak dolg nezavezana oseba, se more držati v regresu vseh treh: glavnega dolžnika, poroka in zastavnega dolžnika. To smo že ugotovili. Spor nastane, če plača tak dolg porok ali zastavni dolžnik. Ali nastane v prvem primeru regres plačujočemu poroku (razen proti glavnemu dolžniku) proti oproščenemu zastavnemu dolžniku, in v drugem primeru plačujočemu zastavnemu dolžniku regres (razen proti glavnemu dolžniku) proti oproščenemu poroku? Ali njima nastane poln ali delen regres, v zadnjem primeru po kakem ključu? Vse to so vprašanja, ki še niso rešena niti pri nas, niti v

mlajših zakonikih n. pr. nemškem in švicarskem in ki se dajo zadovoljivo rešiti samo z odločitvijo zakonodajalca. Spor seveda ni praktičen, dokler je upanje, da bo plačujočega poroka ali zastavnega dolžnika odškodoval glavni dolžnik. Kadar pa (navadno) takega upanja ni, se mora zakonodajalec odločiti, ali naprti definitivno škodo, t. j. brez dopustitve nadaljnjega regresa poroku, zastavnemu dolžniku, ali obema; v zadnjem primeru, v kakem razmerju? Za naš o. d. z. zanikuje praeter legem Strohal regresni zahtevek plačujočega zastavnega dolžnika proti poroku, dovoljuje ga pa plačujočemu poroku proti zastavnemu dolžniku, z utemeljitvijo, da je dal zastavni dolžnik upniku specialno kritje (zastavo), porok le generalno (»Der gesetzliche Übergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürger in neuer Beleuchtung«, Iherings Jahrb. iz l. 1912.). Strohalu se pridružuje Ehrenzweig. Nekaj zakonske opore ima mnenje obeh v določbi § 1360., po kateri se upnik v interesu poroka in njegovega regresa ne sme znebiti prejete zastave. Vendar § 1360. ne velja za vse zastave, ampak le za one, ki jih je upnik prejel pred ali sočasno s poroštvo. Zato je Sedláček za naš o. d. z. (drugega) mnenja, naj trpi definitivno škodo tisti sozavezavec, porok ali zastavni dolžnik, ki se je zavezal časovno pred drugim (ki je akcediral prvi in s tem več riskiral). Schulz zopet nasvetuje sorazmerno kritje (delitev definitivne škode po obeh), in sicer po vrednosti njiju zavez (poročstva oz. zastave); kadar se vrednosti ne dajo primerjati, po glavah; čas, v katerem je bila osnovana ena ali druga zaveza, naj po Schulzu ne odločuje. Kakor vidimo, gre in concreto za eno tistih vrzeli regresnega prava, ki jih more zadovoljivo izpolniti samo zakonodajalec.

11. Prigovarjati more regresat regresantu vse, kar bi mogel prigovarjati prvotnemu upniku, ker se njegov položaj radi plačilne intervencije (ki se mu more tudi vsiliti) ne sme poslabšati; zlasti more prigovarjati, da je regresant plačal upniku preveč, prezgodaj itd. Ta norma je uzakonjena v našem pravnem sistemu na več mestih n. pr. pri § 1361. za regres poroka proti glavnemu dolžniku, v čl. 25. zak. o sodnikih rednih sodiščih za regres države proti sodniku in dr. Norma je pravilna tako ob cesijskem

kakor ob reparacijskem nastanku regresnega zahtevka. Kajti, v kolikor je imel regresat utemeljene prigovore proti prvotnem upniku s plačilom dolga po regresatu ni bil obogaten. Zato se priporoča, da se informira vsak plačnik tujega dolga o ev. dolžnikovih prigovorih. Dalje se priporoča, da obvesti regresant regresata o opravljenem plačilu, kajti, kakor debitor cessus, bi mogel tudi neobveščeni regresat učinkovito plačati starega upnika ponovno.

12. *Nemo subrogat contra se.* To, že splošnemu pravu znano pravno pravilo je pri nas uzakonjeno zaenkrat na treh mestih zak. o zav. pog. (§§ 62., 86., 106.), a velja splošno za vse regresne zahtevke (Sedláček). Cit. § 62. odreja: »Če je zavarovalnica povrnila (sklenitelju) samo del škode, potem ne sme uveljavljati zahtevka, ki preide nanjo zoper tretjo osebo (ki je škodo zakrivila), na škodo sklenitelja.« Analogni odredbi vsebujeta §§ 86. in 106. cit. Posplošljena se glasi ta norma takole: Kadar se poravna materialno tuj dolg deloma, tako da postane dolžnik regresat samo deloma, deloma pa ostane dolžnik prvotnega upnika, tedaj ima pri kritju iz regresatove imovine stari upnik prednost pred regresantom. V smislu subrogacijske konstrukcije nastanka regresnega zahtevka bi se norma glasila: Upnik, ki vzame delno plačilo od tuje osebe in ji odstopi ustrezajoči del terjatve, ne stori tega na lastno škodo (contra se). Nemški državljanski zakonik uzakonjuje navzočno normo za primera delnega plačila po poroku (§ 774.) ali po sodolžniku (§ 426.). Tudi ta norma se da navajati v podporo originalnega nastanka regresnega zahtevka. Kajti lažje je zakonodajalcu odrediti, da imej stari, najčešče pogodbeni upnik prednost pred novim iz regresa, nego upnik iz enega dela terjatve pred upnikom (cesijonarjem) iz drugega dela iste terjatve.

Na več mestih sem omenil, in mnogi citiranih judikatov potrjujejo, da se da subsumirati isti dejanski stan čisto pod regresni, verzijski, gestijski in morda še pod kak drug reparacijski dejanski stan. Z legislativno tehniškega stališča predstavlja taka možnost nepotrebno razkošje, ki se sicer ne da opravičiti, a razlagati iz slabe razmejitve področij posameznih reparacijskih zahtevkov v našem, kakor v tujih državljanskih zakonikih. Stvarne škode pa ni, ako oškodo-

vanec v takih primerih med pravnimi leki izbira; saj lečijo vsi isto bolezen s polnim uspehom. Schey, zgovornik cesijskega nastanka regresa, pa je odločno zoper dopustnost take izbire. Po njem ne more porokovo plačilo nikdar utemeljevati verzijskega zahtevka; šele, če bi izterjevanje ex lege cedirane stare terjatve ne povedlo do uspeha, bi po Schey-u postal glavni dolžnik neopravičeno obogaten na škodo poroka, in bi bil podan dejanski stan § 1042. Ta dvojna, sukcesivno plačujočemu poroku nastajajoča upravičenost, h kateri zapeljuje Schey-a cesijska konstrukcija regresnega zahtevka, je zame nov dokaz, da nastaja regres originarno, ne derivativno.

VIII. Nova (reparacijska) konstrukcija v odnosu k lex lata in lex ferenda.

V §§ 1358. in 1422. uzakonjeni cesijski nastanek regresnega zahtevka se ne bo dal s tu zastopanim originarnim in reparacijskim nikdar spraviti v sklad. Vendar to praksi ne sme škodovati. Pred vsem je pomisliti, da so pravne konstrukcije teorija, ki ne spada v zakonodajo, katere izključni predmeti naj bodo norme. Norme o. d. z. v pogledu regresnega zahtevka, zlasti ona § 1358., pa podpirajo veliko bolj njegov originarni, nego derivativni nastanek. Spominjam ponovno na določbo, da sme izterjati regresant od regresa le toliko, kolikor je sam potrošil s plačilno intervencijo, ne starega terjatvenega zneska. V pogledu novelirane določbe § 1422., kara tudi Ehrenzweig, dasi zastopnik cesijskega nastanka regresnega zahtevka (System iz l. 1928., str. 316., obligacijskega dela) rabo besed »odstop pravic« (»Abtretung der Rechte«). Tudi po njem, Ehrenzweigu, nastane, če je bil odstop pravic od plačnika zahtevan in od prvotnega upnika privoljen, preprosta cesija; zato se v pogledu § 1422. zadovoljuje, da zahteva plačnik odstop upnikovih pravic molče, ne izrečno(!) Tako svobodno tolmačenje noveliranega § 1422. pa vodi do enakega rezultata, kakor naša konstrukcija originarnega nastanka, namreč, da nastane regres ex lege vselej, razen, če se mu plačnik odreče.

Nobenih težav ne povzroča konstrukcija originarnega

nastanka regresnih zahtevkov v onih številnih primerih, ko je v našem pravnem sistemu uzakonjen zgolj fakt nastanka regresnega zahtevka, a vlada molk o načinu tega nastanka in o normah za regresni zahtevke.

Če si predočimo še določbo § 896., ki uzakonjuje izrečno, da more nastati regres tudi brez odstopa pravice, nas pravno nevzdržna in določbi § 896. nasprotujoča trditev §§ 1358. in 1422. o cesijskem nastanku regresnega zahtevka ne sme več spraviti s pravega pota.

Zato priporočam de lege ferenda:

1. Naj se uzakoni splošni regresni zahtevke z dejanskim stanom pod VI.

2. Naj se uzakonijo za ta splošni regresni zahtevke norme pod VII.

Čim bomo imeli uzakonjene dejanski stan in norme za splošni regresni zahtevke, jih ne bo treba ponavljati pri posameznih regresnih primerih, kakor se to godi deloma po današnjih zakonodajah, a vselej fragmentarno. Zadostovala bo na posameznih pravnih področjih (poroštvenem, plačilnem, zavarovalnem, stečajnem in dr.) gola odreditev zakonodajalca, da regresni zahtevke nastane.

3. Splošni regresni zahtevke se naj uzakoni med reparacijskimi, a zadnji v odškodninskem pravu, pri nas v 30. poglavju drugega dela o. d. z.-a. Z delikti in quasidelikti, ki so tam že urejeni, imajo regresni zahtevki skupno najbistvenejšo predpostavko, t. j. škodo. Nadpis 30. poglavja ne moti, ker govori o vsaki »pravici do odškodnine in zadoščenja«.

Donekle bo priporočilom pod t. 1.—3. ustregel načrt čl. o. d. z. (1931.), katerega § 941. (novelirani § 1042.) se bo glasil: »Kdor napravi kak potrošek za drugega, ki bi ga bil moral napraviti ta sam, je upravičen, da terja nadoknadenje.« Iz starega besedila bodo torej izostale besede »po zakonu« (»nach dem Gesetze«). Pod ta novi § 941. se bo dal v bodoče subsumirati vsak regresni zahtevke, ker je »potrošek za drugega« tudi vsako plačilo tujega dolga. Da bo regresni zahtevke hkratu verzijski, ne bo motilo, ker so verzije širši pojem, obsegajoč tudi regrese. — Nesoglasje med sedanjima konstrukcijama § 896. in §§ 1358., 1422. na-

merava čsl. načrt odpraviti na ta način, da bodo izpadle iz § 896. (čsl. 808.) besede »tudi brez odstopa pravice«. S tem pa se bo po m. m. o. d. z. prej poslabšal, nego izboljšal.

4. V plačilno pravo 3. poglavja tretjega dela o. d. z.-a spadajo od sedanjih norm §§ 1422. in 1423. (ki sta oba z njimi preobložena do nejasnosti) samo sledeče: a) Upnik s me vedno vzeti plačilo dolga od nedolžnika in s tem oprostiti dolžnika od prvotnega ter mu vsiliti novega upnika. b) Upnik mora privoliti v plačilo dolga po nedolžniku in si s tem dati plačilo vsiliti, čim ponudi plačilo nedolžnik v sporazumu z dolžnikom. c) Brez vsaktere privolitve, lastne ali dolžnikove, pa upnik ni dolžan sprejeti plačilo od nedolžnika, razen v posebnih primerih, predvidenih od zakonodajalca.

5. Med cesijo in regresom kot dvema heterogonima civilnopravnima institutoma naj preneha vsaka vez. Cesija je pogodba (akcesorna, premenilna), ki izvira iz volje dveh strank, starega in novega upnika. Regres nasprotno nastane iz z a k o n a, brez povzročitve po starem ali novem upniku. Novi upnik se le more nastalemu regresu odreči. Subrogacija, odkup, izrešitev so sami nejasni in hkratu nepotrebni pojmi.

S tem ni rečeno, niti odsvetovano, naj se prostovoljni plačniki tujega blaga ogibljejo instituta cesije. Nasprotno, poslužujejo se ga naj, kadar njim ne zadostujejo učinki ex lege nastajajočega regresa in si želé učinkov cesije. Ugotovili smo, da prehaja na cesijonarja stara plačana terjatev v polnem obsegu (ne glede na višino cesijske valute), dočim more iskati regresant samo povračilo potrošenih plačilnih sredstev; dalje, da tečejo po cesiji obresti stare terjatve na korist cesijonarja naprej, dočim ne tečejo na korist regresanta načeloma nobene obresti, le iz posebnega naslova in še tedaj nizke zakonite obresti; končno, da jamči cedent za obstoj in izterljivost cedirane terjatve, dočim regresant slične jamčevalne pravice nima.

Največja prednost nove ureditve regresnega zahtevka pred sedanjo bo obstajala v njegovem poenostavljenju in poenotenju. Na mesto današnje dvojne in trojne konstrukcije njegovega nastanka in na mesto raztresenih današnjih

norm zanj, ki ne harmonirajo niti med seboj, bo stopila enotna originarna in reparacijska konstrukcija z enotnimi normami za vse primere regresnih zahtevkov.

IX. Iz zgodovine regresnega zahtevka.

Prvotni rimskopravni porok (sponsor) je imel po lex Publilia (najbrž iz šestega stoletja pred Kristom) proti glavnemu dolžniku, katerega dolg je plačal, t. zv. actio depensi, ki se je glasila na dvojni plačani znesek in imela deliktni značaj. Mlajši rimskopravni porok (fidejussor) je mogel opreti svoj regresni zahtevek tudi na actio mandati contraria, kadar je bil k prevzemu poročstva od glavnega dolžnika pozvan, ali na negotiorum gestio, če je bil podan gestijski dejanski stan. Šele juristi iz cesarske dobe so smatrali v svrhu boljšega zasiguranja regresnega zahtevka za potrebno, priznati plačujočemu poroku t. zv. beneficium cedendarum actionum (zibelko subrogacije). Zahtevali so, naj odstopi plačani upnik akcije, katerih sam več ne potrebuje, plačujočemu poroku, ki jih potrebuje. Proti takemu prisilnemu cediranju akcij so se pojavili pomisleki že pri rimskih juristih: Kako siliti upnika, ki ne dobi več, nego plačilo, da se spusti v cesijski posel, ki zanj ni brez obveznosti? Kako dopustiti cesijo plačane terjatve, ki je s plačilom ugasnila? Te pomisleke so zagovorniki beneficija premagali z argumentom, da bi upnik, ki bi se obotavljal odstopiti akcije, ki so mu postale nepotrebne, ravnal dolo malo (?). Še manj prepričujoč je njih drugi argument: Vsaka terjatev se more prodati. Ni ovire, da se proda dolžniku samemu(?), med katere spada tudi porok. Torej se more prodati terjatev plačujočemu poroku, a prodane terjatve ne ugašajo, temveč prehajajo na kupca (in concreto na plačujočega poroka). Že Modestinus je pobijal take argumente in bil pravilnega mnenja, da je cesija možna le, če se izvrši ali vsaj dogovori pred spolnitvijo terjatve (D 46, 3 de solu 76). Ta spor za dopustnost ali nedopustnost beneficija cedendarum actionum ima polno sličnosti z modernim sporom za ali zoper subrogacijski nastanek regresnega zahtevka. Tudi svrha sporov je ostala ista: Rimljani so se potegovali za beneficij, in moderni se potegujejo za sub-

rogacijo pred vsem za to, da osigurajo plačilnemu intervenijentu kritje iz akcesornih pravic. Do reparacijske ideje nismo poznali sigurnosti takega kritja, a reparacijska ideja, ki odpravlja vsako neopravičeno obogatitje enega državljana na škodo drugega, preprečuje tudi, da bi se liberirani akcesorni dolžniki (poroki, zastavni dolžniki in dr.) neopravičeno okoristili ob regresantovi škodi. Zato priteguje poleg glavnega dolžnika tudi akcesorne med regresate. Odslej more zato odpasti nevzdržna subrogacijska konstrukcija regresnega zahtevka. Že *actio depensi* je bila modernega odškodninskega značaja, torej pravilna, le prestroga (delikt na mestu reparacije) in preslabo razvita.

Les prétentions en recours du notre droit civil.

Resumé.

Introduction: Les lois du droit civil slovène-dalmatien (c. à d. du droit en vigueur en Slovénie et Dalmatie yougoslaves), excepté celles récemment édictées, n'emploient pas encore la dénomination «les prétentions en recours» (*Regressansprüche*, *regresni zahtevki*), bien qu'on y trouve de telles prétentions nombreuses. Il y s'agit des prétentions (actions) qui naissent au profit de ceux, qui ont payé des dettes matériellement étrangères, qu'elles soient formellement propres ou étrangères.

I. L'auteur passe en revue (et arrange par catégories) les prétentions en recours, réglées par le droit positif slovène-dalmatien, notamment par le Code civil (autrichien) du 1811; en partant des recours (anciennement connus) que le garant et le débiteur hypothécaire payants obtiennent contre le débiteur principal libéré (le plein recours) resp. des recours que le codébiteur payant obtient contre les autres codébiteurs (les recours partiels) — jusqu'aux recours les plus modernes du domaine de droit d'assurance et de faillite.

II. L'auteur expose ensuite les prétentions en recours qui ne sont pas réglées par la législation, mais qui sont reconnues (*praeter legem*) par la jurisprudence et par la doctrine. Enfin, l'auteur s'occupe des prétentions en recours controversées.

III. La plupart des dispositions légales considère que la prétention en recours se forme de la manière derivative par le moyen de la *cessio legalis* (p. ex. § 1358), autrefois moyennant de la *cessio necessaria* (p. ex. § 1422). C'est la disposition du

§ 896 seule qui forme la prétention en recours de la manière originaire, c. à. d. sans que le créancier satisfait doit céder au payant la créance payée.

IV. L'auteur passe aux arguments qui s'opposent à ce que la formation par le moyen de la cession (de la subrogation) soit exacte. Il les tire en partie de la logique juridique (la créance, éteinte par le paiement n'existe pas plus), en partie des dispositions du droit positif; surtout du § 1358. qui ne permet pas au garant payant qu'il recouvre du débiteur principal libéré le plein montant de la créance, mais seulement les moyens de paiement réellement versés.

V. Plus loin l'auteur présente ses arguments en faveur de la formation originaire des prétentions en recours (§ 896). Les prétentions en recours naissent, d'après l'auteur, d'une manière analogue que toute une longue série des prétentions dites « obligations quasi ex contractu ». L'auteur les nomme « les prétentions en réparation » (du droit civil) par la raison, que toutes ces prétentions ne sont pas soumises aux dispositions du droit contractuel, mais du droit de dommage (d'endommagement).

L'idée commune à toutes les prétentions en réparation consiste à ne pas tolérer qu'un citoyen s'enrichit injustement du dommage de l'autre. En cas du paiement d'une dette matériellement étrangère, le payant s'appauvrit, tandis que le débiteur libéré s'enrichit injustement. Pour supprimer ce trouble de l'équilibre d'économie, le payant (le regresant) obtient contre le débiteur libéré (le regresat) la prétention en réparation, dénommée « la prétention en recours ».

Dans les parties VI et VII l'auteur s'occupe des conditions légales et des normes, communes à toutes les prétentions en recours. Les unes et les autres sont réglées par les législations d'une manière fragmentaire. Dans la partie VIII l'auteur fait des recommandations de lege ferenda. Dans la partie IX, enfin, il dessine le développement de la prétention en recours dans le droit romain (en partant de la plus ancienne actio depensi).

Red. prof. Aleksander Maklecov:

Pravna narava odredb zoper otroke in mlajše maloletnike v kazenskem pravu kraljevine Jugoslavije.

§ 1. Vprašanje o pravni naravi odredb zoper otroke in mlajše maloletnike v jugoslovanskem slovstvu.

Jasnost in točnost osnovnih pojmov sta temeljna pogoja pravilno in smotreno zgrajenega pravnega sistema. V novejši zakonodaji pa se žal čestokrat opaža neenotnost občenega sloga in nejasnost osnovnih pojmov, na katerih bi moral temeljiti celoten sistem te ali druge panoge pozitivnega prava. Izgleda, da je glavni vzrok temu pretežno eklektična usmerjenost novejšega prava, v kateri zrcali ne samo kompromis križajočih se življenjskih interesov, ki je končno neizogiben, temveč tudi kompromis pravnih nazorov in konstrukcij. Marsikaj gre pri tem tudi na račun ne povsem zadovoljive kodifikacijske tehnike.

Tudi naša preosnovana kazenska zakonodaja ni prosta omenjenih nedostatkov. Tako stanje zakonodaje povzroča precejšnjo neskladnost v doktrini, in sicer ne samo glede manj važnih podrobnosti, marveč tudi glede osnovnih institutov kazenskega prava. Sem spadajo med drugim sredstva borbe zoper zločinstvenost, ki jih predvideva v obliki sankcij naš k. z.: kazni, očevalna in vzgojna sredstva. V svoji razpravi »Očevalne odredbe v sistemu modernega prava« smo že opozorili na to, da v našem strokovnem slovstvu ni soglasnosti niti glede vprašanja, kaj je smatrati kot očevalne odredbe po našem pravu.¹ Isto nejasnost opažamo tudi v pogledu odredb zoper otroke in mlajše maloletnike.

¹ »Slovenski Pravniki«, 1932, št. 3—4, str. 73, 74.

Nekateri kriminalisti označujejo odredbe zoper zrele mlajše maloletnike (§ 28, odst. 1 k. z.) kot kazni (I), drugi kvalificirajo vse odredbe proti otrokom in mlajšim maloletnikom razen kazni po § 28, odst. 7 k. z. kot očuvalna sredstva (II), še drugi pa stoje na stališču, da imajo odredbe, predvidene v 3. oddelku II. poglavja k. z. o odgovornosti maloletnikov, razen kazni po § 28, odst. 7 k. z., značaj vzgojnih odredb (III).

I. Prof. Čubinski je mnenja, da so sredstva, ki jih določa k. z. napram zrelem maloletnikom specialne glavne kazni. V zvezi z analizo § 35. k. z. oblikuje avtor namreč naslednjo tezo: »Nabrajanje, koje je dao § 35., nije potpuno. U § 27. kategorički je propisano, da se mladji maloletnik ne može kazniti, ako nije mogao da shvati prirodu i značaj svoga dela i prema tome shvatanju da radi. S toga izlazi, da mere navedene u § 28. za zrele mladje maloletnike (ukor, smeštenje u zavod za popravljanje itd.), koji odgovaraju propisima o uračunljivosti (§ 28., t. 1.), zakon smatra kao kazne i to su dakle specialne glavne kazne za mladje maloletnike.«²

L. Urošević priznava sicer, da k. z. odredb zoper otroke in mlajše maloletnike ne smatra za kazni, misli pa, da se to ne ujema z bistvom stvari. »Zakonodavac se trudi, da prema mladjim maloletnicima čak ne upotrebi ni reč 'kazna', te ukor, prokušavanje itd. naziva merama protiv istih, ma da i samu decu predaje roditeljima, starateljima i školskoj vlasti da ih oni kazne. Ukor je po zakonu o činovnicima i ostalim službenicima gradjanskog reda i za punoletne i ozbiljne ljude osetna kazna. Upućivanje u zavod za vaspitanje odnosno popravljanje koje može i godinama trajati u stvari je vremena kazna lišenjem slobode. Ma koliko mi zatvarali oči pred stvarnošću, ove su mere ipak kazna i upotreba istih kao stvarnost ne može se zbrisati.« (Str. 52., 53.)³

II. Druga skupina naših strokovnjakov (prof. Toma Živanović, Šilović, Frank, Dušan M. Subotić) kvalificirajo

² Dr. Mih. Čubinski. Naučni i praktički komentar krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije. Opšti deo. Str. 120.

³ Laza Urošević. Sudski Trebnik. II. deo. Str. 58.

vzgojna sredstva kot očevalne odredbe. T. Živanović smatra vse ukrepe proti otrokom in mlajšim maloletnikom razen kazni (§ 28., 7. odst. k. z.) kot »mere bezbednosti proti maloletnika (dece i mladjih maloletnika)«. ⁴

V svojem delu »Osnovni problemi krivičnog prava« označuje T. Živanović odredbe proti maloletnikom kot posebno vrsto očevalnih odredb: »mere bezbednosti protiv izvršilaca, koji su delali bez razbora ili sa smanjenim razborom, t. j. protiv maloletnika«. ⁵

Komentar Šilovića-Franka zavzema v tem pogledu manj določno stališče: na str. 41. pravi, da niti iz § 50. k. z. »nam ne postaja jasno pod koji kazneno-pravni pojem spadaju mjere, koje se mogu upotrebiti protiv mladjahnih lica«; na str. 44. istega komentarja pa je brez pridržka rečeno: »Sva sredstva, koja zakonik primenjuje na djecu i mladje maloletnike (dašto osim kazne), su mjere bezbednosti.«

Prav tako se v ekspezeju dr. Dušana Subotića k n. k. z. iz l. 1926. odredbe proti mlajšim maloletnikom na več mestih imenujejo »zaštitne mere«, »mere bezbednosti« in »mere sigurnosti«. (Str. 5., 7. in 9.)

III. Tretji skupini pripadajo pisatelji, ki priznavajo posebno pravno naravo vzgojnih odredb in jih ločijo tako od kazni, kakor tudi od očevalnih odredb. To po našem mnenju edino pravilno stališče zastopajo prof. M. Dolenc, ⁶ B. Marković, ⁷ Žganec-Žorž, ⁸ Dj. Karajovanović, ⁹ Jančić, ¹⁰ D. Lazić ^{10a} in dr.

⁴ Dr. Toma Živanović. Osnovi krivičnog prava. Opšti deo. Dodatak. Beograd. 1930. Str. 68. Gl. tudi Živanovićev komentar h k. z., str. 32—36.

⁵ Dr. Toma Živanović. Osnovni problemi krivičnog prava. Beograd. 1930. Str. 179.

⁶ Dr. Metod Dolenc. Tolmač h k. z. Lj. 1929. Str. 83.

⁷ Dr. B. Marković. Udžbenik sudskog krivičnog postupka. Beograd. 1930. Str. 629.

⁸ Dr. Vinko Žganec i Petar Žorž. Tumačenje krivičnog zakonika za Kraljevinu SHS I (Opšti deo). Sombor. 1929. Str. 79.

⁹ Dj. Karajovanović. Komentar opšteg krivičnog zakonika. 1930. Str. 34, 35.

¹⁰ Dr. Ivan Jančić. Mladinsko sodstvo. »Slovenski Pravnik«, 1931. Št. 1—2. Str. 1, 2.

^{10a} D. M. Lazić. Krivični zakonik. I. knjiga. 1932. Str. 66.

Kritično oceno naziranj naših kriminalistov o značaju ukrepov napram otrokom in mlajšim maloletnikom bomo razporedili po istih vidikih, ki smo jih navedli pod I—III.

K I. Prof. Čubinski utemeljuje kvalifikacijo ukrepov zoper zrele mlajše maloletnike kot specialnih glavnih kazni, sklicujoč se na 1. odst. § 27. k. z.: mlajši maloletnik se ne sme kaznovati, če ni mogel pojmovati narave in pomena svojega dejanja ali ravnati po tem pojmovanju. Iz tega izvaja avtor, da se zreli (vračunljivi) mlajši maloletniki smejo kaznovati, dasi s specialnimi kaznimi. Uporaba argumenti a contrario se nam v tem primeru ne zdi prepričevalna. Določba § 27., odst. 1. k. z. pomeni, da se nevračunljivi mlajši maloletnik ne sme kaznovati v nobenem primeru, niti tedaj, če je dovršil 15 let ter je storil v zavodu za vzgajanje ali v zavodu za poboljševanje ali izven zavoda zločinstvo. (§ 28., odst. 7. k. z.)

Kjer gre za določitev kazni, se poslužuje k. z. izrazov: »se kaznuje storilec« (gl. posebni del k. z. passim), »se odredi kazen« (§ 61. k. z.), »se obsodi na kazen« (§ 62., odst. 1.), »se izreče strožja vrsta kazni« (§ 74.) in pod. Povsem drugače je oblikovana določba o odgovornosti zrelih mlajših maloletnikov: če je mlajši maloletnik toliko zrel, da je mogel pojmovati naravo in pomen svojega dejanja ter po tem pojmovanju ravnati, se mu izreče ukor ali odpust na preskušnjo ali oddaja v zavod za vzgajanje ali v zavod za poboljševanje mlajših maloletnikov (§ 28., odst. 1. k. z.). O kazni in o kaznovanju tu vobče ni govora. V pogledu mlajših maloletnikov je izraz: »se kaznuje« v smislu kriminalne, a ne disciplinske kazni, uporabljen edinole v prvem stavku 7. odst. § 28. k. z. Tu pa gre v resnici za *kaznovanje* mlajših maloletnikov, ki so dovršili 15 let, po predpisu § 30. k. z., t. j. kot starejših maloletnikov.

Niti to nas ne sme motiti, da se mlajši maloletniki, obsojeni po § 28. k. z. na poboljševanje, oddajajo začasno v posebne oddelke sodnih zaporov, odnosno kazenskih zavodov. Ti oddelki se nazivljajo »zavodi za poboljševanje mlajših maloletnikov«. Vsi podrejeni pravosodni organi se morajo strogo držati omenjenih nazivov ter se v vseh aktih, zlasti pa v osebnih seznamkih maloletnikov, vedno in brez-

pogojno izogibati imenu in nazivu kazenskega zavoda ali sodnega zapora (t. IV. razporeda za oddajanje maloletnikov, maloletnic) v zavode za vzgajanje in poboljševanje z dne 31. decembra 1929 (Sl. N. z dne 9. januarja 1930, št. 5/I).

Naša zakonodaja uveljavlja splošno priznano načelo »nulla poena sine lege« (§ 1. k. z.). Ustava ga smatra celo kot osnovno državljansko pravico: kazen se sme ustanoviti samo z zakonom in uporabiti edino na dejanja, o katerih je zakon vnaprej rekel, da se kaznujejo s to kaznijo (čl. 8. II. oddelka ustave: osnovne državljanske pravice in dolžnosti). Seznam glavnih in stranskih kazni v § 35. k. z. je taksativen. Omenimo ob tej priliki, da je označil načrt zakona o prekrških iz l. 1927. v nasprotju s k. z. ukor za kazen, toda v skladu s tem uvršča ukor v taksativen seznam kazni (§ 13. cit. načrta). Če hoče torej zakonodajec kvalificirati kak ukrep kot kazen, stori to z izrečno in nedvoumno določbo. Vse to govori proti mnenju Čubinskega, češ da so ukrepi zoper zrele mlajše maloletnike specialne glavne kazni.

Zaključki Uroševiča glede pravne narave odredb zoper mlajše maloletnike temeljijo na očitnem nesporazumljenju. Gre pred vsem za zamenjavo pojmov tzv. kriminalnih in disciplinskih kazni (ukor po z. o uradnikih, domače in šolsko kaznovanje po k. z., disciplinsko kaznovanje med vzgajanjem in poboljševanjem po § 28., odst. 7. k. z. in fine), ki jih je treba strogo ločiti. Na drugi strani dejstvo, da utegne trajati prisilna vzgoja, odnosno poboljševanje mlajših maloletnikov leta in leta, še ne pretvarja teh vzgojnih sredstev v časni kazni na prostosti. Za njih pravno naravo je odločilna zakonodajčeva vodilna kriminalno-politična ideja, po kateri se morajo vzgojna in poboljševalna sredstva razlikovati od kazni po svoji vsebini, nalogah, načinu izvrševanja in pravnih posledicah.

K II. Kvalifikacija ukrepov proti mlajšim maloletnikom kot očevalnih odredb ima vsaj na prvi pogled večjo zaslonbo v pozitivnem zakonu. K. p. v svojih uvodnih odredbah omenja le kazni in očevalne odredbe, ne pa vzgojnih odredb: za kazniva dejanja po obnem k. z. kakor tudi po posebnih zakonih sme izreči kazen in očevalne od-

redbe samo pristojno sodišče na podstavi kazenskega postopanja, pokrenjenega in izvedenega po tem zakonu. Kratka obrazložitev II. n. k. z. iz l. 1922. imenuje oddajo v zavod za vzgajanje in v zavod za popraviljevanje očevalno sredstvo: »Za decu i mladje maloletnike se u §§ 20., 21. i 22. predvidja kao mera bezbednosti upućivanje u zavode za vaspitanje ali u zavode za popravljanje«. Omenili smo še preje, da rabi isti izraz za označbo odredb proti mlajšim maloletnikom tudi Exposé dr. Dušana M. Subotića. Končno se je poslužil iste označbe načrt zakona o prekrških: »Ako se po nahodjenju vlasti ima izreći u pućiva je u zavod za vaspitanje po § 10. i 11. ovog zakona ali koja druga mera bezbednosti, nadležan je za postupak i donošenje odluke starateljski sudija« (§ 204., odst. 2. cit. načrta; primerj. tudi § 210. istega načrta).

Iz tega, kar smo pravkar navedli, bi bilo vendar napačno sklepati, da smatra naša pozitivna kazenska zakonodaja odredbe zoper otroke in mlajše maloletnike kot neko vrsto očevalnih odredb. Radi večje jasnosti bi bilo sicer treba omeniti posebej vzgojne odredbe v § 1., odst. 1. k. p. Iz tega, da jih ne omenja, pa bi bilo prenačljeno izvajati, da jih ima za očevalne odredbe.

V svojih določbah o pristojnosti sodišč v zadevah mlajših maloletnikov k. p. izrečno pravi, da se to postopanje vrši po posebnih odredbah tega zakona (§§ 433. do 454.), (§§ 9., odst. 1. in 10., odst. 1., t. 1. k. p.). Postopanje zoper mlajše maloletnike je uvrščeno v XXIV. poglavje k. p. (§§ 433. do 454.), ki ima naslov: posebne vrste postopanja. V teh posebnih odredbah k. p. (§§ 433. do 454.) so predvidena tudi posebna sredstva, ki so specifična zgolj za področje mladinskega prava kot juris specialis, in to so vzgojne odredbe. V nobenem primeru k. p. ne imenuje vzgojnih odredb »očevalne«, temveč uporablja izraze: »odredbe, ukrenjene zoper mlajše maloletnike« (naslov 2. oddelka XXIV. p. k. p.) »sredstva, ki so določena v tem oddelku« (§ 438., odst. 3. k. p.), »sredstva, določena za maloletnike«, (§ 438., odst. 4. k. p.), »vzgojno sredstvo« (§ 442., odst. 3. k. p.), »sredstva za skrb in nadzor glede mlajšega maloletnika« (§ 442., odst. 4.),

»odredbe« (§§ 443., 445., odst. 4.), »vzgojne odredbe« (§§ 446., odst. 1., 2. k. p.).¹¹

V § 50. k. z. so očevalne odredbe navedene taksativno (primerj. tudi §§ 1. in 49. ur. o izv. oč. odr.). Uv. zak. kaz. zak. izrečno razlikuje zavode za vzgajanje in poboljševanje od zavodov za izvrševanje očevalnih odredb. Za ustanavljanje in delovanje državnih zavodov za vzgajanje in poboljševanje otrok in mlajših maloletnikov veljata posebna uredba in poseben razpored.

Glede kaz. vpisnika vsebuje § 48. uredbe o posl. redu za drž. tožiteljstva to-le določbo: »Če so izrečene poleg kazni tudi očevalne odredbe« (§ 50. k. z. i n n a s l.), se tudi to navede u razpredelu »Beležke«.

Res je sicer, da se vzgojna sredstva v teoriji neredko subsumirajo pod generični pojem očevalnih sredstev.¹²

V prvem razvojnem štadiju tega instituta je ta konstrukcija bila tudi pojmljiva. V času, ko je ideja novega instituta šele prodrla in ko je bil vsled tega omajan prejšni monopol kazni, je nastala preprosta antiteza: kazni in očevalna sredstva. Sredstva, ki niso imela značaja kazni, so pisatelji uvrščali v generični pojem očevalnih sredstev. V pogledu vzgojnih sredstev je bilo to tem bolj umljivo, ker ta sredstva stoje vsekakor bližje pojmu očevalnih sred-

¹¹ O pravni naravi zaščitnega nadzora gl. našo razpravo »Očevalne odredbe v sistemu modernega prava«. »Slovenski Pravniki«. 1932, št. 3—4, str. 79, 80.

¹² Gl. n. pr. Carl Stoos. Die Beurteilung von Jugendlichen. »Schweiz. Z. für Strafrecht«. 42. Jg. 1929, str. 321. Exner. Theorie der Sicherungsmittel. 1914. Exner uvršča med očevalna sredstva tudi »staatlich geregelte Erziehung« (str. 107.), toda hkrati priznava, da »Voraussetzung dieser Sicherungsmittel ist lediglich die Erziehungsbedürftigkeit«. (Str. 91.) Motivi nemškega nkz. iz l. 1927 govoré le o paralelizmu, ne pa o istovetnosti vzgojnih in očevalnih odredb: »So wie beim jugendlichen Rechtsbrecher die Strafe unter Umständen durch Erziehungsmassregeln ergänzt oder ersetzt werden muss, so bedürfen auch bestimmte Gruppen der erwachsenen Verbrecher neben oder statt der Strafe einer besonderen Behandlung, die auf Bestimmung ihres für die Gesellschaft gefährlichen Zustandes abzielt und die erst abgeschlossen werden darf, wenn das Ziel erreicht ist.« Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. 1927. Begründung. Str. 43.

stev, kot pa kazni. Uvrstitev nekaterih odredb zoper mlajše maloletnike med očevalne odredbe v motivih II. n. k. z. in v načrtu zakona o prekrških priča o tem, da so se avtorji načrtov nagibali k ideji o dualizmu sankcij (kazni in očevalne odredbe), ki jo brani v svojih številnih spisih dr. Toma Živanović.¹³

Razvoj instituta očevalnih sredstev pa na tem ni obstal. Pričela se je nadaljna diferenciacija. Nemški načrti k. z. so vpeljali pojem »Maßregeln der Besserung und Sicherung«. Švicarski osnutek iz l. 1931. formalno loči določbe o kaznih in očevalnih sredstvih (III. Abschnitt: Strafen, sichernde und andere Maßnahmen) od določb o vzgojnih sredstvih. (IV. Abschnitt: Behandlung der Kinder und der Jugendlichen.) Z uveljavljenjem posebnih zakonov o odgovornosti maloletnikov in o mladinskem sodstvu (na Hrvaškem, v Nemčiji, Avstriji, na Čehoslovaškem in drugod) je bil značaj vzgojnih sredstev kot sredstev sui generis še bolj poudarjen. Na mesto nekdanjega monizma sankcij (kazni), odnosno dualizma sankcij (kazni in očevalna sredstva), postopoma prihaja do veljave sistem trializma sankcij: kazni, očevalna sredstva in vzgojna sredstva. Ta razvojna tendenca ni sicer povsod enako jasno izražena, usmerjena pa je vsekakor v začrtanem pravcu.

K III. V našem pozitivnem pravu je načelna ločitev kazni, očevalnih sredstev in vzgojnih sredstev v glavnem že izvedena. *Tudi tisti, ki so mnenja, da so vzgojne odredbe s teoretskega stališča le posebna vrsta očevalnih odredb, morajo pač priznati, da jih naše pozitivno pravo ne kvalificira kot očevalne odredbe.* (Podr. gl. v naši razpravi »Očevalne odredbe v sistemu modernega prava«. »Slovenski Pravniki« 1932., št. 3.—4., str. 76. in nasl.) Samostojna pravna narava vzgojnih odredb je dobila priznanje tudi v enem delu našega strokovnega slovstva in v judikaturi.^{13a} V na-

¹³ Dr. Toma Živanović je bil tudi avtor onega dela kratke obrazložitve II. nkz., ki vsebuje omenjeno konstrukcijo. Gl. kratko objašnjenje projekta, str. 83.

^{13a} Primerj. odl. Beogr. kasac. sodišča z dne 7. maja 1930, št. 6095 (»Branič« 1931, § 14, str. 206): »Prvostepeni sud je pogrešio, što je upućenje u zavod za vaspitanje izrekao kao kaznu, dok je ovo samo

daljnjih izvajanjih bomo skušali utemeljiti to pravno naziranje, ki ga smatramo kot eminentno važno tudi s kriminalno-političnega stališča.

§ 2. Vzgojne odredbe kot vrsta kazenskopравnih sankcij.

Kljub različnosti pravne narave kazni, očevalnih sredstev in vzgojnih sredstev spadajo vsi ti ukrepi vendar pod višji generični pojem kazenskopравnih sankcij. Te sankcije pojmujeemo kot pravne posledice kaznivih dejanj, ki se določajo radi zaščite pravnega reda pred zločinstvenostjo. Predpogoj za določitev vseh omenjenih sankcij je storitev kaznivega dejanja, odnosno dejanja, ki ustreza vsaj objektivnim znakom kaznivega dejanja. Skupni znak vseh kazenskopравnih sankcij je nadalje v tem, da so predvidene v kazenskem zakonu. V tem smislu spada v pojem sankcij celó prisilno vzgajanje zanemarjenih ali moralno pokvarjenih delinkventov otrok, ki se sicer ne smejo ne preganjati ne kaznovati. Njih odreditev je prepuščena varstvenemu sodišču (§ 26., odst. 4.), toda njih vsebino in trajanje določa kazenski zakonik (istotam).

§ 3. Posebnosti pravne narave vzgojnih odredb v kazenskem pravu.

I. Značaj mladinske zločinstvenosti.

Potreba, da se uvedejo vzgojna sredstva kot samostojna vrsta kazenskopравnih sankcij, je utemeljena v posebnem značaju mladinske zločinstvenosti in v svojstvih osebnosti maloletnega storilca. Moderna pravna zavest je upravičeno zavrgla preje zelo razširjeno naziranje: malitia supplet aetatem. Psihološka, pedagoška in sociološka poglobitev v problem kriminalitete mladostnikov in njenih vzrokov je utrla pot spoznanju, da se zločinstvenost mladostnikov bistveno

jedna specialna mera, predvidjena po § 28 novog kr. zak., prema čemu i nije kazna, niti se za takvu može smatrati. S toga je prvostepeni sud pogrešio, što je optuženom vreme, provedeno u pritvoru uračunao u smislu § 77 kriv. zak., jer je ovaj pritvor, koji se po njem računava samo prilikom izricanja kakve kazne a ne i kada je u pitanju jedna od mera, predvidjenih u § 28 novog kriv. zak. <

razlikuje od zločinstvenosti odraslih ter da se vsaj v večini primerov dá razložiti s pomanjkljivo vzgojo.¹⁴

To spoznanje je prišlo do izraza tudi v uradnih motivih novejših zakonov o odgovornosti maloletnih. V obrazložitvi avstr. zakona o mladinskem sodstvu z dne 18. julija 1928. beremo to-le: »Kazniva dejanja otrok in maloletnikov gredo v 90. primerih od 100 na račun slabe vzgoje. Najenostavnejše, najnaravnejše in najučinkovitejše sredstvo, da se prepreči povratek, obstoji torej v tem, da se mlademu kršilcu zakona zasigura vzgoja, da se nadoknadi ono, kar so bili zanemarili sorodniki.« (Str. 15, 16.)¹⁵

Skoro dobesedno isto pravijo poluradni motivi našega k. p.: »Uzrok tome, što su mladenačka lica pala u zlo, jeste njihova zapuštenost, pomanjkanje uzgoja, koje imade izvor svoj u nesretnim socialnim prilikama. Ovdje mora država da nadoknadi ono, što niso učinili roditelji, mora da mesto kazni stupi zaštitni odgoj.«¹⁶

Mladostniki, ki niso slaboumni ali psihopatični, kažejo neprimerno večjo vzgojno sposobnost kot odrasle osebe z izoblikovanim značajem. Z druge strani je pravni red za mladostnika nekaj tujega, on se mora šele uživeti vanj. Odraslega zločinca hočemo pred vsem prisiliti, da občuti posledice svojega dejanja kot zaslužen povračilo za storjeno zlo. Na mladostnika pa moramo najpreje vplivati z vzgojnimi in poboljševalnimi sredstvi. Le kot skrajnje sredstvo, kot ultima ratio proti bolj zrelim maloletnikom naj služi kazen in to le tedaj, če se vzgojno-poboljševalni ukrepi niso obnesli.

Vpraša se, ali imajo vse odredbe, predvidene v §§ 26. do 28. k. z. odst. 6., vzgojni značaj. Pomisleke utegne povzročiti § 28., 4. odst. k. z., po katerem se izrečeta ukor ali

¹⁴ Podr. gl. v naših razpravah: a) Zaščita dece kot problem kriminalne in socialne politike. »Slovenski Pravnik«, 1926, št. 1. — b) Kriminalno-pedagoški smotri v mladinskem pravu. Ibid. 1929, št. 1—6. c) Država in družba v borbi zoper zločinstvenost mladine. »Naša doba«, 1930, št. 10.

¹⁵ Citiramo po Prof. Dr. F. Kadečka. Das österreichische Jugendgerichtsgesetz mit den Motiven. Wien. 1929.

¹⁶ Novi krivični sudski postupak. »Pravni Pregled«, Knjiga II. Beograd. 1922. Str. 124.

odpust na preskušnjo, »če ni potrebno ne vzgajanje ne poboljševanje«. Pravi smisel te določbe, ki je precej nerodno oblikovana, nam postane jasen šele, če se ozremo na zgodovino njenega nastanka. I. n. k. z. je predvidel za zrele mlajše maloletnike poleg drugih ukrepov tudi zapor: »Maloletnik će se osuditi na zatvor, koji ne može biti kraći od tri dana niti duži od dva meseca, ako mu nije potrebno ni vaspitanje ni popravljanje.« Motivi I. n. k. z. dajejo k temu naslednje pojasnilo: »Na zatvor će mladić biti osudjen onda, ako se utvrdi, da mu nije potrebno ni vaspitanje ni popravljanje. To će biti slučaj naročito kad su izvršeni prestupi i lakši zločini. U ovakvim slučajevima ne treba preduzimati naročite mere za vaspitanje, jer bi one bile bezciljne. Sve što je ovde potrebno, jeste energična opomena, da se ono, što je učinjeno, ne sme više činiti. Usamljeni zatvor, najduži od dva meseca, najpogodnija je opomena za nepokvarenog mladića. Naravno, da bi se u najviše slučajeva izricale uslovne osude, koje bi odista predstavljale ozbiljnu opomenu.« (Str. 179.)

Kot zgled je bila srbskemu načrtu določba čl. 10., § 2. švic. osnutka iz l. 1896.: »Bedarf er (der jugendliche Täter) einer andauernden strengen Zucht nicht, so bestraft ihn der Richter mit Verweis oder mit Einzelhaft bis 3 Monaten«. Formula švicarskega osnutka se je odlikovala z mnogo večjo jasnostjo kot pa formula I. srbskega n. k. z. iz l. 1910. Slednja pa je ostala neizpremenjena tudi potem, ko sta na mesto zapora v poznejših osnutkih in v končno veljavnem besedilu našega k. z. bila uvedena ukor in odpust na preskušnjo. Formulo: »če ni potrebno ne vzgajanje ne poboljševanje« v § 28., 4. odst. k. z. torej ni razlagati v tem smislu, da ukor in odpust na preskušnjo nista vzgojna ukrepa, temveč, da prideta do uporabe pod pogoji § 28., odst. 2. in 3. samo, če niso potrebni trajnejši in učinkovitejši ukrepi vzgojno-poboljševalnega značaja kakor oddaja v zavod za vzgajanje ali poboljševanje.¹⁷

¹⁷ Primerj. motive I. nkz., str. 179: »Čim je ovome upučivanju cilj popravljanje, onda ono ima da traje sve donde dok se popravljanje ne postigne.«

II. Temeljni kriterij za določitev vzgojnih odredb.

Vse vzgojne odredbe morajo biti v korist duševnemu in moralnemu razvoju maloletnikov (§ 443., odst. 1.; § 445., odst. 4.; § 449., odst. 2., k. p.). To je osnovni kriterij za uporabo vzgojnih odredb, dočim je osnovni kriterij za določitev očuvalnih odredb »korist javne varnosti«. Očuvalne odredbe so prikrojene praviloma za nevarne odrasle osebe z izoblikovanim kriminalnim značajem. Vzgojne odredbe pa se morajo prilagajevati plastični obrazovalni sposobnosti otrok in mlajših maloletnikov ter služiti njihovi »trajni preobrazbi in poboljšanju« (§ 453. k. p.).

III. Pomen dejanja in osebnosti storilca pri določitvi vzgojnih odredb.

Poglejmo sedaj, kakšen pomen pri določitvi vzgojnih sredstev ima dejanje otroka, odnosno mlajšega maloletnika na eni strani in svojstva storilčeve osebnosti na drugi strani.

Pogoj za uporabo vzgojnih odredb napram otrokom je storitev dejanja, za katero predpisuje kazenski zakon kazen. Ker se otrok smatra za absolutno nevračunljivega in kazensko neodgovornega (§ 26., odst. 1. k. z.), kvalifikacija dejanja kot taka v tem primeru formalno nima pomena. Utegne pa imeti pomen kot simptom otrokove zanemarjenosti ali moralne pokvarjenosti. Kot pogoj za določitev ostrejših vzgojnih ukrepov (prisilno vzgajanje) služita zanemarjenost ali moralna pokvarjenost otroka, a ne svojstvo storjenega dejanja kot tako. Isto velja tudi za mlajše maloletnike, ki niso mogli pojmovati narave in pomena svojega dejanja ali ravnati po tem pojmovanju (§ 27. k. z.).

Pri zrelih mlajših maloletnikih (§ 28. k. z.) ima svojstvo dejanja večji pomen. Naša kazenska zakonodaja se poslužuje pri tem teh-le izrazov: »kaznivo dejanje bolj neznatne narave« (§ 28., odst. 2. k. z.), »neznatno kaznivo dejanje« (§ 442., odst. 2.), »povsem neznatno kaznivo dejanje« (§ 443., odst. 1., t. 1.; § 449., odst. 2. k. p.), »lažje kaznivo dejanje« (§ 452., odst. 3. k. p.), kaznivo dejanje »težje narave« (§ 28.,

odst. 3. k. z.), »težje kaznivo dejanje« (§ 451., odst. 3. k. p.). To delitev ni istovetiti s posebno lahkimi (§ 73. k. z.) in posebno težkimi (§ 75. k. z.) primeri, o katerih govori k. z. v poglavju VIII. o odmerjanju kazni.¹⁸

Svojestvo dejanja, t. j. da je dejanje objektivno bolj neznanatne ali objektivno bolj težje narave, ima ceteris paribus pomen za izbero med vzgojnima sredstvoma ukora ali odpusta na preskušnjo v primerih, kjer je dejanje zrelega mlajšega maloletnika nastalo iz očitvidne nepremišljenosti ali lahkomišelnosti (§ 28., odst. 2. in 3. k. z.), to se pravi, kjer tako dejanje še ne razodeva maloletnikove zanemarjenosti ali moralne pokvarjenosti.¹⁹

Storitev povsem neznanatnega kaznivega dejanja med preskušnjo izključuje uporabo ostrejših odredb le tedaj, če

¹⁸ Posebno važno je, da-li kaže dejanje mlajšega maloletnika na njegovo akutno ali na kronično kriminalnost. V tem smislu Gleispach, ki šteje med neznanatna dejanja »ausschliesslich Fälle der akuten Kriminalität... in welchen der Jugendliche einen rechten Jugendstreich aus den der Jugend typischen Motiven heraus begangen hat, wobei er ein durchaus gut gearteter Mensch ist«. Graf von Gleispach. Straf- und Erziehungsmittel v »Verhandlungen der III. deutschen Jugendgerichtstages«. Str. 60. V jugoslovanskem slovstvu naglašja D. Stanković, da »kriterij za razlikovanje „lakših“ in „težih“ krivičnih dela ne treba tražiti u njihovoj podeli na zločine i prestupe, već u opasnosti po društvo, koju je izvršilac vršenjem krivičnog dela manifestovao«. D. Stanković. Odgovornost dece i mladjih maloletnika po krivičnom zakonu. »Branič«. 1932, br. 2. Str. 91. O pojmu težjega kaznivega dejanja mlajšega maloletnika gl. odl. Beogr. kasac. sodišča z dne 30. aprila 1931, št. 5913. »Branič«. 1931, št. 9. Str. 464.

¹⁹ Sem spada znatni del deliktov mladine, po mnenju nekaterih pisateljev celo njih pretežna večina: »Wenn man die Einzelfälle einer näheren Betrachtung unterzieht, dann findet man, daß die überwiegende Mehrzahl der Straftaten Jugendlicher sich als Buben- oder Mädchenstreiche darstellen, auch wenn sie nach dem Gesetze unter die Straftaten gegen die Sittlichkeit, die körperliche Sicherheit oder das Eigentum fallen.« Dr. Hugo Hoegel. Die Einteilung der Verbrecher in Klassen. Leipzig. 1908. Str. 100. Po drugi strani pa, kakor pravilno naglašja Walter Hoffmann »aus den kleinen Unbotmässigkeiten, Näsereien, Schwindeleien, womit sich das Kind gelegentlich Vorteile zu schaffen gewußt hat, entwickeln sich nach dem Gesetze der seelischen Resonanz und des Pendelganges lustbetonte Erlebnisse allmählich unsoziale Neigungen gefährlicher Art.« Dr. Walter Hoffmann. Die Reifezeit. Leipzig. 1922. Str. 181.

misli sodnik, da take odredbe niso niti umestne niti potrebne v korist maloletnikovemu duševnemu in moralnemu razvoju (§ 449., odst. 2. k. p.). Težišče se torej prenaša na oceno celotne storilčeve individualnosti.

Objektivna neznatnost kaznivega dejanja ima nadalje pomen kot pogoj za odstop državnega tožilca od pregona (§ 442., odst. 3. k. z. in fine) in za ustavitev postopanja zoper mlajšega maloletnika brez ugotavljanja krivde (§ 443., odst. 1., t. 1. k. p.). Kot dopolnilni kriterij v prvem izmed teh primerov služi spoznanje, da ni pregon zbog takega neznanega dejanja ne v korist javnosti ne v korist prihodnjemu vedenju in moralnemu razvoju mlajšega maloletnika (§ 442., odst. 3., in fine).

Iz navedenega sledi, da tudi takrat, ko upošteva naša kazenska zakonodaja objektivni pomen maloletnikovega dejanja, ga vendar spravlja v zvezo: a) z občnim značajem osebnosti maloletnega storilca (n. pr. nepremišljenost ali lahkomišelnost kot svojstva, ki so posebno tipična za mladostnike) in b) z vzgojnimi nalogami, zlasti z interesi nemotenega duševnega in moralnega razvoja mlajšega maloletnika.

Vidimo torej, da ima kaznivo dejanje kot kriterij za določitev vzgojnih odredb bistveno drugačen pomen kot pri določitvi kazni. Posebni del k. z. in vobče predpisi o posrednih dejanskih stanih pri mlajših maloletnikih ne pridejo do veljave. Njih mesto zavzema dovolj raztegljiv kriterij kaznivega dejanja bolj neznanne narave, težje narave in pod. *Kaznivo dejanje mlajšega maloletnika ima potemtakem praviloma pomen ne samo zase, temveč pred vsem kot simptom storilčevega stanja ali značaja, od česa odvisi navsezadnje uporaba milderjih ali ostrejših vzgojnih odredb proti mlajšim maloletnikom.*

Formalna delitev kaznivih dejanj v zločinstva in prestopke (§ 15. k. z.) pride v poštev le v pogledu zrelih mlajših maloletnikov, ki so že dovršili 15 let, in to samo glede onih mlajših maloletnikov te starostne skupine, ki storé kazniva dejanja med vzgajanjem in poboljševanjem, t. j. v zavodu za vzgajanje ali za poboljševanje, odnosno na pogojnem odpustu ali na delu izven zavoda. Če zagreši namreč tak maloletnik pod navedenimi pogoji *zločinstvo*, se kaznuje po

predpisu § 30. k. z. kot starejši maloletnik. Dejstvo, da se kazen sme izreči proti mlajšemu maloletniku samo v primeru, če so se vzgojno-poboljševalni ukrepi izkazali kot brezuspešne, kaže s posebno jasnostjo na esencialno razliko med temi ukrepi in kaznijo. Zaradi drugega kaznivega dejanja (prestopka, prekrška), storjenega med vzgajanjem in poboljševanjem, se tak mlajši maloletnik, kaznuje disciplinski (§ 28., odst. 7. k. z.; § 451., odst. 5. k. p.).²⁰

Mnogo večji pomen kot dejanje imajo za določitev vzgojnih odredb proti otrokom in mlajšim maloletnikom njihovo stanje in svojstva njih osebnosti.

Stanje mladostnikov, ki razodeva potrebo po učinkovitejših vzgojnih ukrepih, je njih zanemarjenost. Izraz »stanje« je najbolj primeren za karakterizacijo dejstva, da je mladostnik prepuščen samemu sebi ali slučajnemu vplivu okolice, da ostaja brez potrebnega nadzora od strani staršev in pod. Zanemarjenost je objektivna, če tiči njen vzrok v zunanjih okoliščinah, n. pr. če mladostnik nima staršev, odnosno če sta oba siromašna roditelja primorana iskati zaslužek izven doma. So tudi številni primeri, v katerih so zanemarjenosti krivi starši, varuhi itd.²¹

²⁰ S tem ni v skladu odredba § 452. odst. 3 k. p. in fine, da je postopati po § 451. odst. 5. k. p. (kaznovanje po § 30 k. z.), če stori tak mlajši maloletnik v zavodu za poboljševanje ali izven zavoda tudi lažje kaznivo dejanje. Striktne razlaga te določbe bi privedla do paradoksnega zaključka, da je kazenski zakon napram mlajšim maloletnikom, oddanim v zavod za poboljševanje, strožji kot napram starejšim osebam (starejšim maloletnikom in odraslim), ki prestopajo kazen na prostosti, odnosno katerim je vzeta prostost zbog izvrševanja kakšne očevalne odredbe (§ 69. odst. 1 in 2 k. z.). Kajti te osebe se kaznujejo disciplinski vsaj za prestopke, za katere predpisuje zakon strogi zapor ali zapor do enega leta ali denarno kazen. § 452. odst. 3 k. p. pa ne vsebuje niti te omejitve. Mnenja smo, da ima vsekakor prednost določba materialnega kazenskega zakonika, po kateri se mlajši maloletnik za vsa kazniva dejanja, storjena med vzgajanjem in poboljševanjem, ki niso zločinstva, kaznuje le disciplinski (§ 28. odst. 7 in fine). V istem smislu tudi Dr. Ivan Jančič. Mladinsko sodstvo. »Slov. Pravnik«, 1931, št. 1—2, str. 6. Primerjaj tudi Dr. Metod Dolenc. Sodni kazenski postopnik kraljevine Jugoslavije, 1932. Str. 448.

²¹ Preozka se nam zdi opredelba zanemarjenosti, ki jo predlaga Gregor: »Unter Verwahrlosung ist ein moralisch abwegiges Verhalten

Vsekakor zanemarjenost sama ob sebi še ne označuje otroka ali mlajšega maloletnika kot manj vrednega, temveč karakterizira njegov položaj v socialni okolici, njegovo stanje (pomanjkanje prave vzgoje, »Erziehungsnotstand«), ki se je obelodanilo v izvršitvi dejanja, za katero predpisuje kazenski zakon kazen. (Primerj. zlasti § 443., odst. 3., t. 1. k. p.: »ali da se je po pravici bati, da se bo v do sedanjosti svoji okolici pokvaril.«)

Drug moment, ki se neposredno tiče svojstev osebnosti maloletnega delinkventa, je njegova moralna pokvarjenost. Moralna pokvarjenost je najpogosteje rezultat maloletnikove zanemarjenosti. Včasih pa tiči vzrok take pokvarjenosti v endogenih bioloških činiteljih (podedovana svojstva, degeneracija itd.).

Dočim govori naša kazenska zakonodaja z ozirom na odrasle zločince o zločinski nagnjenosti (§§ 70., 52., odst. 2. k. z.), o storilčevem hudobnem značaju (§ 74. k. z., § 281., odst. 3. k. p.), o nenavadno močni in zavržni volji (§ 75., odst. 2. k. z.), uporablja v pogledu otrok in mlajših maloletnikov *kriterij moralne pokvarjenosti* (§ 26., odst. 3.; § 27., odst. 3.; § 28., odst. 5. in 6. k. z.; § 443., odst. 1., t. 3.; § 449., odst. 2. k. p.). To je povsem umljivo, kajti volja, nagnjenje in značaj osebe, ki se nahaja v štadiju naravne nepopolnosti duševnega in nravnega razvoja, še niso izoblikovani. Znake moralne pokvarjenosti označuje naša kazenska zakonodaja bolj konkretno, ko omenja posebno pijančevanje, nemoralno ali vlačugarsko življenje, znake malovrednosti in pod. (§ 449., odst. 2. k. p.).

K. z. razlikuje pri mlajših maloletnikih tudi stopnje moralne pokvarjenosti. Posebna pokvarjenost se razodeva v nevarnosti, da utegne pokvarjeni mlajši maloletnik slabo

zu verstehen, die aus eigenen Kräften des Individuums nicht mehr korrigierbar ist, weil es bereits die Form des Gewohnheitsmässigen angenommen hat.« Gregor, Verwahrlosung, čl. v »Encyklopädisches Handbuch des Kinderschutzes und Jugendfürsorge«, 2-te Aufl. 1930. Str. 829. Vprašanje o zanemarjenosti podrobno obravnava Dr. Heinrich Többen. Die Jugendverwahrlosung und ihre Bekämpfung. 2-te Aufl. Münster. 1927. V jugoslovanskem slovtvu gl. Dr. Šestan Rajko. O srecu za mlajše maloletnike i o njegovom radu oko vaspitanja i popravljanja posrnutih maloljetnika. »Mjesečnik«, 1931, br. 8, str. 357.

vplivati na svoje tovariše v vzgojnem zavodu: »če je toliko pokvarjen, da ne more biti sprejet v zavod za vzgajanje« (§ 28., odst. 6. k. z.).²²

O tej vrsti korigendov bomo imeli priliko govoriti podrobneje pri presoji pojmov vzgajanja in poboljševanja.

O svojevrstnem značaju ukrepov proti mlajšim maloletnikom priča med drugim tudi to, da zasledujejo skrbstvene smotre celo začasne odredbe proti mlajšim maloletnikom med postopanjem. Dočim so pri odreditvi pripora in preiskovalnega zapora proti odraslim merodajni razlogi zasiguranja kazenskega postopanja in izvršitve kazni, imajo začasne odredbe proti mlajšim maloletnikom v vidu vsaj v prvi vrsti skrb in zaščito maloletnika, njegovo izločitev iz neprimerne okolice in pod. (§ 461., odst. 4. k. p.). O ločenem čuvanju mlajših maloletnikov gl. § 438., odst. 2. in § 441., odst. 5. k. p.

IV. Vz g a j a n j e i n p o b o l j š e v a n j e.

Za pravilno pojmovanje pravne narave odredb proti otrokom in mlajšim maloletnikom treba je nadalje ugotoviti razmerje med pojmom vzgajanja in poboljševanja.

Proti zanemarjenim ali moralno pokvarjenim otrokom se uporablja le vzgajanje v obliki izročitve zavodu za vzgajanje ali primerni rodbini, kjer ostane otrok najdalje do dovršenega 17. leta (§ 26., odst. 3. k. z.). Oddajo otrok primerni rodbini ali zavodu za vzgajanje, ki ga odreja varstveno sodišče, imenuje k. z. prisilno vzgajanje (§ 26., odst. 4. k. z.). Za vzgajanje otrok so določeni posebni zavodi (čl. 5. uredbe o ustanavljanju in delovanju državnih zavodov za vzgajanje in poboljševanje otrok in mlajših maloletnikov). Izraz »prisilno vzgajanje« teorija pod vplivom pedagoških idej ne smatra več za primernega.²³

²² Naš kz. je imel tudi tu kot zgled švic. nkz., ki razlikuje: a) sittlich verwahrloste oder sittlich verdorbene oder gefährdete Jugendliche (adolescents moralement abandonnés, moralement pervertis ou en danger de l'être) in b) sittlich stark verdorbene Jugendliche (adolescents foncièrement pervertis). Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, 1916. (čl. 91 in 92).

²³ »Schon das Wort „Zwangserziehung“ verewigt immer noch den alten Irrtum, daß der entartete Wille vor allem von außen niederge-

Novejši zakoni drugih držav so nadomestili izraz »Zwangserziehung« z izrazi »Fürsorgeerziehung«, odnosno »staatlich überwachte Erziehung«, češki: »ochranná výchova« (§ 12. čsl. zak. z dne 11. marca 1931.).

Pri mlajših maloletnikih razlikuje naša kazenska zakonodaja vzgajanje in poboljševanje.²⁴

Predpogoj za oddajo mlajšega maloletnika primerni rodbini ali zavodu za vzgajanje je njegova zanemarjenost ali moralna pokvarjenost (§ 27., odst. 3.; § 28., odst. 5. k. z.). V zavode za poboljševanje pa se oddajajo mlajši maloletniki, ki so tako pokvarjeni, da ne morejo biti sprejeti v zavode za vzgajanje (§ 28., odst. 6. k. z.). Oddaja v zavod za vzgajanje je dopustna tako proti zrelim mlajšim maloletnikom (§ 28., odst. 5. k. z.), kakor tudi proti nezrelim (§ 27., odst. 3. k. z.).²⁵ dočim se oddaja v zavod za poboljševanje sme izreči le proti zrelim mlajšim maloletnikom (§ 28., odst. 6. k. z.). Doba bivanja v zavodu za vzgajanje traja najmanj eno leto in najdalje do dovršenega 21. leta (§ 27., odst. 3.; § 28., odst. 5. k. z.), pridrževanje v zavodu za poboljševanje pa traja najmanj 3 leta in najdlje 10 let (§ 28., odst. 6. k. z.). Obsodba mlajšega maloletnika za oddajo v zavod za poboljševanje se izvršuje v posebnem državnem zavodu (§ 452., odst. 1. k. p.).²⁶ vzgajanje pa se izvršuje pod nadzorom

halten und umgebogen werden müsse. Es ist dies grundfalsch.« Fr. W. Förster. Schuld und Sühne. 3-te Aufl. München. 1920. Str. 133. Glej tudi Dr. Appellius. Die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Kinder. Berlin. 1892. Str. 62, 63.

²⁴ Čl. 1 cit. uredbe govori o zavodih, v katerih se vrši prisilno vzgajanje in poboljševanje otrok in mlajših maloletnikov.

²⁵ Opozoriti je ob tej priliki, da se po k. p. sme nezreli mlajši maloletnik izročiti le zasebnemu zavodu za vzgajanje (§ 443. odst. 1. t. 3 k. p.), dočim se proti zrelemu mlajšemu maloletniku odreja oddaja v državni zavod za vzgajanje. (§§ 446. odst. 1. t. 1 k. p.) K. z. te razlike ne pozna. Po uredbi o ustanavljanju in delovanju državnih zavodov za vzgajanje in poboljševanje otrok in mlajših maloletnikov morajo biti zasebni zavodi organizirani po zgledu državnih zavodov. (Čl. 4. odst. 1 uredbe.)

²⁶ Čl. 1 uredbe o delovanju in načinu vzgajanja v državnih zavodih za poboljševanje mlajših maloletnikov z dne 7. novembra 1930. št. 107.34 (Sl. N. št. 271/XCIII. Sl. L. 45/284) pa pravi: zavodi, v katerih se vrši poboljševanje mlajših maloletnikov, so ali državni ali zasebni (?)

javnih oblastev v primernih rodbinah in zasebnih zavodih za vzgajanje (§ 451., odst. 1. k. p.) (gl. tudi čl. 1—7 uredbe o ustanavljanju in delovanju drž. zavodov za vzgajanje in pobiljševanje mlajših maloletnikov).

Pogojni odpust iz zavoda za vzgajanje dovoljuje sodnik za mlajše maloletnike (§ 451., odst. 3. k. p.), pogojni odpust iz zavoda za pobiljševanje pa minister pravde (§ 452., odst. 2. k. p.).

V svojih določbah glede vzgajanja in pobiljševanja mlajših maloletnikov se naša zakonodaja naslanja na švic. n. k. z., ki isto tako razlikuje oddajo maloletnika v zavod za vzgajanje (*Fürsorgeerziehungsanstalt*, *une maison d'éducation disciplinaire*; v novejših švic. osnutkih se ta zavod imenuje »*Rettungsanstalt*«) ali v zavod za pobiljševanje (»*Korrektionsanstalt für Jugendliche*«, »*une maison de correction pour adolescentes*«) ter določa za oddajo v ta ali drug zavod slične pogoje, kakor naš k. z.²⁷

S stališča naše zakonodaje je glavna razlika med vzgajanjem in pobiljševanjem v tem, da je vzgajanje v zavodih namenjeno zanemarjenim in manj pokvarjenim mladostnikom, pobiljševanje pa ima v vidu bolj pokvarjene mladeniče, odnosno mladenke.

Končni smoter vzgajanja in pobiljševanja pa je v bistvu

ali drugi javni (občinski, banovinski itd.) zavodi, kolikor ne predpisuje zakon, da se mora vršiti pobiljševanje mlajših maloletnikov samo v državnih zavodih. O pomenu razlikovanja med državnimi in zasebnimi zavodi za vzgajanje in pobiljševanje s procesualnega stališča gl. § 448, odst. 1. kp.

²⁷ Motivi švic. nkz. iz l. 1918 utemeljujejo razliko med vzgajanjem in pobiljševanjem tako-le: »Die Verwahrlosung ruft der Erziehung in einer Rettungsanstalt oder einer Familienerziehung unter Aufsicht... Umgekehrt gibt es Täter, deren Verdorbenheit, insbesondere in geschlechtlicher Beziehung, bei Einweisung in eine Rettungsanstalt eine große Gefahr für andere Zöglinge herbeiführen würde. Diese Verdorbenen sind daher in Korrektionsanstalten abzusondern und einer strengern Zucht und Ordnung zu unterwerfen.« Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Strafgesetzbuch (vom 23. Juli 1918).« Str. 29. O novjšem stanju tega vprašanja v Švici gl. Paul Logoz. »Les Chambres fédérales et les mineurs délinquants.« »Revue Pénale Suisse.« 1932, 4. str. 437 in nasl. Gl. tudi Schweizerisches Strafgesetzbuch, Anträge der Kommission des Ständerats vom 14. Januar 1931 (čl. 88).

isti. To se vidi zlasti iz čl. 2. cit. uredbe; namen državnih (vzgojnih in poboljševalnih) zavodov je s poukom, vzgajanjem, strogostjo in redom, kakor tudi z navajanjem na delavnost poboljšati svoje gojence ter jih izobraziti, da postanejo koristni člani človeške družbe (primerjaj tudi §§ 451. in 452. k. p., ter čl. 2. uredbe o načinu vzgajanja v zavodih za vzgajanje otrok in mlajših maloletnikov z dne 24. aprila 1930, števil. 39.300, Sl. N. 105/XXXIX, Sl. L. 1930, 34/200). S svoje strani čl. 3 uredbe o delovanju in načinu vzgajanja v drž. zavodih za poboljševanje mlajših maloletnikov z dne 7. novembra 1930 vidi namen zavoda za poboljševanje v tem, da poboljšuje svoje gojence z v z g o j n i m i s r e d s t v i in da jih usposobi za samostojno delo in pošten način življenja, ko zapuste zavod.

O kakšni absolutni ločitvi pojmov vzgajanja in poboljševanja je težko govoriti že zaradi tega, ker uporablja naša zakonodaja ponekod te pojme promiscue.²⁸

Tako celó uredba o k a z n o v a n j u mlajših in starejših maloletnikov (§ 28., odst. 7. in § 30. k. z.) se imenuje uredba o v z g a j a n j u i n p o b o l j š e v a n j u starejših maloletnikov, obsojenih na kazen na prostosti.

Poboljševanje mlajših maloletnikov v smislu § 28., odst. 5. k. z. in § 452 k. p. je pojmovati le kot strožji in trajnejši način vzgoje posebno pokvarjenih mladeničev, odnosno mladenk.²⁹

Zlasti jasno sledi to iz določbe § 453. k. p., ki dopušča

²⁸ Če prof. Čubinski je opozoril na to, da »ponekad se termini „vaspitanje“ in „popravljanje“ upotrebljavaju kao termini istog smisla.« Komentar, opšti deo, str. 92.

²⁹ »Kako se ovde pokazuje veća potreba za popravljanjem, to je za to potrebno i duže vreme.« Motivi I. nkz., str. 179. Strožji način vzgajanja v zavodih za poboljševanje mlajših maloletnikov se kaže tudi v tem, da se gojenci delijo v tri oddelke: v prvem (preskusnem) in v drugem oddelku se izvaja strogo nadzorstvo. Tretji oddelek pa je urejen povsem tako, kakor oddelki v zavodih za vzgajanje mlajših maloletnikov (gl. čl. 4—10 uredbe o delovanju in načinu vzgajanja v drž. zavodih za poboljševanje mlajših maloletnikov z dne 7. novembra 1930). Glasom čl. 38 iste uredbe se morajo gojenci teh zavodov uvajati postopoma tudi v težja dela, da bi občutili breme svojega položaja. Vendar je treba vse to izvesti postopoma in blago in je pri tem posebno paziti na to, da se pri gojencih ne izzove nezadovoljstvo ali kaka motnja v delu z njihove strani.

odstop od pridrževanja maloletnika v zavodu za popboljševanje in njegovo izročitev v zavod za vzgajanje, če je treba za njegovo trajno preobrazbo in popboljšanje kakor tudi za njegovo nadaljnje pošteno življenje samo vzgajanja. Vsekakor pa oddajo maloletnikov v zavod za popboljševanje ni moči smatrati za neko posebno glavno kazen za mlajše maloletnike.

V. Kriterij duševne in moralne zrelosti.

Dočim so otroci po našem k. z. absolutno kazensko neodgovorni (§ 26., odst. 1. k. z.), se mlajši maloletniki smatrajo kot relativno kazensko nedorasle. Uporaba tega ali onega vzgojnega sredstva, a eventualno tudi kazni (§ 28., odst. 7. k. z.), je poleg drugih pogojev odvisna od tega, da-li je mogel mlajši maloletnik pojmovati naravo in pomen svojega dejanja ter po tem pojmovanju ravnati. Navedena formula vsebuje torej isti psihološki kriterij sposobnosti za vračunanje kot § 22., odst. 1. k. z.

Kakšno pa je razmerje med določbo § 22., odst. 1. k. z. in določbami o vračunljivosti v poglavju o odgovornosti maloletnikov? Važno je predvsem ugotoviti, da § 27., odst. 1. in § 28., odst. 1. in 7. ne ponavljajo, temveč smiselno dopolnjujejo § 22. k. z., in sicer z ozirom na biološki kriterij vračunljivosti. Specialni razlog za izključitev vračunljivosti pri mlajših maloletnikih ne tiči v bolezenskih pojavih, kakor duševni razstoj, skaljena zavest, duševna nezrelost ali slaboumnost, temveč v eventualni duševni in moralni nezrelosti mlajšega maloletnika.

Moderna psihologija in pedagogika ste dognali, da živi mladostnik v starosti dozorevanja v stanju negotovosti, neuravnovešenosti, v stanju socialno-biološke krize. V njegovi duševnosti se domišljija čestokrat meša z resničnostjo.³⁰

Maloletniki se ne razvijajo v duševnem in moralnem oziru povsem enako. Psihijatrija razlikuje pri maloletnikih različne tipe razvoja.³¹

³⁰ Gl. naš cit. članek »Država in družba v borbi zoper zločinstvenost mladine«.

³¹ »Verzögerte und verspätete, beschleunigte und vorzeitige, gestörte und abgebrochene Entwicklung.« August Homburger. Vor-

To nepobitno dejstvo so upoštevali že motivi l. n. k. z.: »Kako je ovaj stadium prelazni, to su i mladići u ovom dobu individualno vrlo različiti. Potrebno je, dakle, da se svaki ponaosob ocenjuje, da bi se za svakog mogao odrediti i način postupanja.« (Str. 177.)

Zavoljo tega stavi naša kazenska zakonodaja izbero miljšega ali ostrejšega vzgojnega sredstva, odnosno tudi kazni, v odvisnost od zrelosti mlajšega maloletnika (§ 28., odst. 1. in 7. k. z.; § 446., odst. 1, t. 1. in 2. k. p.). K. p. pa nalaga sodniku za mlajše maloletnike dolžnost, da poizve poleg dejanja in stanja stvari vse, česar je treba za oceno individualnosti mlajšega maloletnika in stopnje njegove duševne in moralne zrelosti (§ 441., odstavek 1. k. p.). Zrelost je torej specifično merilo, ki velja samo za področje mladinskega prava.

Naša preosnovana kazenska zakonodaja je vpeljala merilo duševne in moralne zrelosti na mesto kriterija »razbora« (Unterscheidungsvermögen, discernement), ki ga je rabil v sličnih primerih b. srb. k. z. iz l. 1860. (§ 56., in § 57. srb. k. z.) Motivi l. n. k. z. so naglašali, da »razbor« predstavlja samo intelektualnu stranu. »Za potpunu zrelost pored umne razvijenosti traži se naročito i zrelost karaktera: potrebno je, dakle, da je volja u toj meri razvijena, da se mladić može, da odupre nagonu, koji ga goni na zlo.« (Str. 178.)

Kriterij zrelosti vendar ne izključuje uporabe § 22. k. z., ki določa splošne pogoje nevrtačunljivosti (duševni razstoj, skaljena zavest, duševna nerazvitost in slaboumnost), tudi glede mlajših maloletnikov. V tem oziru se nam zdi bolj posrečen sistem švicarskega osnutka iz l. 1931., ki vsebuje za primere bolezenskega stanja maloletnih delinkventov posebno določbo, ki se glasi: »Erfordert der Zustand des Jugendlichen eine besondere Behandlung, ist er insbesondere

lesungen über Psychopathologie des Kindersalters. Berlin. 1926. Str. 4. Primerj. tudi Dr. med. Max Levy-Suhl. Die Prüfung der sittlicher Reife jugendlicher Angeklagter. Stuttgart. 1912. in cit. knjigo W. Hoffmann (poglavje VI: Die sociale Reifung, str. 166—227). Dr. Karol Oswald. Duševna rast otroka in mladostnika. Ljubljana. 1930 (passim).

geisteskrank, schwachsinnig, blind, taubstumm, epileptisch, trunksüchtig, oder ist er in seiner geistigen oder sittlichen Entwicklung ungewöhnlich zurückgeblieben, so ordnet die zuständige Behörde die Behandlung an, die der Zustand der Jugendlichen erfordert.« (§ 92. švic. n. k. z.; glede otrok primerjaj § 83. istega osnutka.)

Vprašanje, kako je treba ravnati, kadar gre za duševno bolne, psihopatične in slaboumne mlajše maloletnike, v naši zakonodaji prav za prav ni urejeno. Če so psihični nedostatki relativno neznatni, se je mogoče omejiti na splošne odredbe, zlasti če bodo zavodi za vzgajanje in poboljševanje razpolagali s potrebnim zdravniškim, posebno pa s psihijatričnim osebjem. V najtežjih primerih duševnega razstroja, slaboumnosti in pod. pa je neizbežna oddaja maloletnih v zavod za zdravljenje. Vsled pomanjkanja specialnega predpisa o tem predmetu ni zaenkrat drugega izhoda, kakor uporabiti očuvalno sredstvo iz § 53., odst. 2. k. z., ki govori o oddaji v zavod za zdravljenje, če spozna sodišče, da je to v k o r i s t z d r a v j u nevračunljive osebe same ali onega, čigar vračunljivost je zmanjšana.³²

Prepričani smo, da bo praksa že v najbližjem času pokazala, da so v to svrho nujno potrebni posebni zavodi za mlade psihopate in vobče za psihično-defektne mladostnike (otroke in mlajše maloletnike).

³² Mislimo tu samo na primere, kjer je v interesu mlajšega maloletnika potrebno bolj ali manj trajno zdravniško negovanje. Sicer pa se mlajši maloletnik, ki je storil kaznivo dejanje v stanju nevračunljivosti v smislu § 22, odst. 1 kz., mora oprostiti obtožbe (§ 446, odst. 1, t. 1 kp.). Uporaba vzgojnih odredb, označenih v § 443, t. 2 in 3 kp., je v tem primeru zgolj fakultativna (§ 446, odst. 1, t. 2 kp.). V nemškem slovtvu pravi dr. Hammerschlag o teh primerih naslednje: »Das sind keine Zustände, die, wie der Mangel an sittlicher und geistiger Reife, im Wege der Erziehung behoben werden können.« Dr. Heinz Erich Hammerschlag, Die Erziehungsmaßregeln im Jugendgerichtsgesetz, Breslau, 1927, Str. 33. K temu vprašanju gl. tudi Dr. Ernst von Düring, Erkennung und erziehliche Behandlung psychischer Grenzzustände bei Kindern und Jugendlichen, Karlsruhe, 1928. — D. Lj. Protić, Krivično-pravni položaj maloletnika i kriminalno-političke mere za suzbijanje maloletničkog kriminaliteta, Beograd, 1924, Str. 58.

VI. Neoporečenost mlajšega maloletnika,
zoper katerega so bile ukrenjene
vzgojne odredbe.

Posebna pravna narava vzgojnih odredb se očituje tudi v tem, da s temi odredbami niso združene nikakršne druge pravne posledice. Mlajši maloletnik, zoper katerega so bile te odredbe ukrenjene, se smatra za neoporečenega (§ 29. k. z.).³³

Motivi II. n. k. z. utemeljujejo to določbo z naslednjimi razlogi: »Htelo se je izbeči rdjavo dejstvovanje kažnjenja na njihovo moralno razviće, koje potiče otuda, što, jednom kažnjeni, ostaju uvek žigosani kao krivci ... Ova težnja je naglašena izrično u § 23., (sedanji § 29.), gde se veli, da se mladji maloletnik, protiv kojega su one mere § 22., (sedanji § 28.), odredjene, smatra ... neporočnim.« (Str. 90.)

§ 29. k. z. je oblikovan morda celo preveč kategorično, kajti nekatere pravne posledice vendarle izvirajo že iz dejstva, da je mlajši maloletnik zagrešil dejanje, za katero zakon predpisuje kazen. To velja predvsem za obligationes ex delicto. § 441., odst. 6. k. p. pravi le, da je za ustvarjanje zasebnopravnih zahtevkov (§ 295.) napotiti oškodovanca na civilno pravdo, če bi se z njih razpravljanjem zadrževalo postopanje zoper mlajšega maloletnika. Čubinski glede § 29. k. z. pravilno naglašša, da »pre svega zakon ima tu u vidu posledice k r i v i č n o - pravne periode«. ³⁴

Iz določbe § 29. k. z. sledi: a) da se ukrenitev vzgojnih odredb zoper mlajšega maloletnika ne smatra kot relevanten pogoj za povratek (§ 76. k. z.), kakor tudi ne za težjo kvalifikacijo dejanja v tako zvanem ponovnem primeru (§ 315., § 317. in dr. k. z.);

b) da z vzgojnimi odredbami ni združljiva nobena stranska kazen, niti dodatek h kazni v obliki prisilne objave sodbe (argumentum a maiore ad minus iz § 445. odst. 1. k. p.);

c) da ukrenitev vzgojnih odredb načelno ne more ovirati osebo v izvrševanju javnih funkcij v bodočnosti.

³³ O oporečenosti otrok, ki stojé tako rekoč izven območja kazenskega prava, vobče ne more biti govora.

³⁴ Č u b i n s k i. Komentar, opšti deo, Str. 198.

Bolj sporno je vprašanje, da-li se dejstvo, da je bila proti mlajšemu maloletniku svojčas izrečena vzgojna odredba, sme upoštevati v primerih, kjer se mora sodišče ozirati na prejšnje življenje in ponašanje obsojenčeve (n. pr. pri dovolitvi pogojne obsodbe po § 65., odst. 2. k. z., pri odmerjanju kazni po § 70., odst. 2. k. z.), odnosno kjer se mora odločiti o vprašanju, ali je oseba nagnjena na izvrševanje kaznivih dejanj (§ 70. k. z. in določbe o osebnih očuvalnih odredbah). V našem strokovnem slovstvu tega vprašanja in to le deloma sta se dotaknila komentarja Žganca-Žorža in Uroševića. »Kad je protiv mladjeg maloletnika odredjena koja od gornjih »mera« neće to vplivati na odmeravanje kazne za njegova kasnija krivična dela.« (Žganec - Žorž, str. 79.) V istem smislu pravi Urošević, da so odredbe iz § 28., odst. 1. k. z. ... »niti su razlog uzimanja postojanja otežavne okolnosti«. (Urošević, str. 52.)

Dejstvo samo, da so proti osebi za časa njene maloletnosti bile ukrenjene vzgojne odredbe, seveda še ni moči smatrati kot obtežilno okolnost. Po drugi strani pa tudi ni mogoče absolutno izključiti iz presoje sodišča tistega, kar je služilo kot stvarna podlaga za določitev te ali one vzgojne odredbe (n. pr. huda moralna pokvarjenost, ponavljanje deliktov iste vrste, preklic pogojnega odpusta iz zavoda za vzgajanje ali poboljševanje, zlasti če, kakor pravi § 452., odst. 3. k. p., ni upanja za njegovo (maloletnikovo) pošteno življenje, in pod.). Osnovni socialni smisel določbe § 29. k. z. vidimo pač v tem, da se mlajšemu maloletniku, ki k a ž e z n a k e p o b o l j š a n j a, olajša borba za obstanek, da se ne ovira njegova družabna reklasacija. Mlajši maloletnik, zoper katerega so bile ukrenjene vzgojne odredbe, se smatra za neoporečenega. S tem je zakonodajec posebno jasno označil bistveno razliko med kaznijo in vzgojnimi odredbami: v nasprotju s kaznijo uporaba vzgojne odredbe sama ob sebi ne pomeni socialne diskvalifikacije, nobenega žigosanja osebe kot socialno manj vredne ali nedostojne za upanja.³⁵

³⁵ Glede kazenskega lista in kazenskega vpisnika primerj. cit. razpravo Dr. Ivana Jančiča, str. 16.

§ 4. Zaključki.

Skušali smo v svojih doslejšnjih izvajanjih pokazati, da odredbe zoper otroke in mlajše maloletnike v našem pravu niso niti kazni, niti očuvalna sredstva, temveč so povsem samobitna in samostojna vrsta sankcij. Posebna pravna narava vzgojnih odredb je utemeljena predvsem v specifičnem značaju mladinske zločinstvenosti, ki izvira v pretežni večini primerov iz pomanjkljive vzgoje. S tega stališča predstavljajo vzgojne odredbe nadomestilo zanemarjene vzgoje. Za uporabo vzgojnih sredstev nista odločilni niti potreba po povračilu z zlom za zlo, niti potreba po očuvanju družbe pred socialno nevarnimi subjekti z izoblikovanim zločinskim značajem, marveč so odločilni vsaj v prvi vrsti interesi nemotenega duševnega in moralnega razvoja mladostnikov.³⁶

Izbera te ali one vzgojne odredbe je odvisna od takih svojstev mladostnikov kot zanemarjenost, nravna pokvarjenost, nepremišljenost, lahkomiselnost, zrelost, odnosno nezrelost. Mladostnik, zoper katerega so bile ukrenjene vzgojne odredbe, se smatra za neoporečenega. Zakon razlikuje milejše in ostrejšje odredbe zoper otroke in mlajše maloletnike. Toda vse te odredbe, všteti oddajo v zavod za popljševanje, imajo vzgojni značaj. Samostojno pravno obilježje vzgojnih odredb opravičuje konstrukcijo o trializmu sankcij v našem kazenskem pravu: 1. kazni; 2. očuvalna sredstva in 3. vzgojna sredstva.

Ideja o posebni pravni naravi vzgojnih odredb je važna ne samo kot zgolj teoretska, odnosno dogmatična teza, temveč tudi kot kriminalno-politično geslo. Splošno je znano,

³⁶ V tem pogledu je zelo posrečena formula prof. Rosenfelda: »Bei dem Jugendschutz in Fürsorge- und Strafrecht ist der aktive Schutzgedanke, wie ich ihn nennen möchte, der in Vordergrund tritt — die Gesellschaft als Schützerin. Der passive Schutzgedanke, daß die Gesellschaft geschützt werden soll, geht darüber nicht verloren; dadurch, daß sie den jugendlichen Verbrecher möglichst vor Strafe behütet, schützt sich die Gesellschaft selbst am besten.« Prof. Dr. Rosenfeld. Der Schutzgedanke im Jugendstrafrecht »Zeitschrift für Vormundschaftswesen, Jugendgerichtshilfe und Fürsorgeerziehung«, 1922. Str. 234.

da smo še zelo daleč od praktičnega uveljavljanja novih načel našega mladinskega prava. Nimamo niti potrebnih zavodov za vzgajanje in poboljševanje, niti zadovoljivo urejenih pomožnih organov mladinskega sodstva.³⁷

Največja nevarnost pa tiči v tem, da se odredbe, ki so namenjene vzgoji, izvršujejo začasno vsaj deloma v kazenskih zavodih, odnosno v sodnih zaporih. Tako n. pr. mlajši maloletnik, obsojen na oddajo v zavod za poboljševanje, v resnici pride v poseben oddelek kazenskega zavoda, kjer mora ostati najmanj tri in najdlje deset let! Njegov položaj utegne biti mnogo hujši, nego položaj starejšega maloletnika in celo odraslega zločinca, ki je zaradi istega prestopka obsojen na kazen na prostosti krajšega in točno določenega trajanja.

Za praktično izvedbo preosnove našega mladinskega prava bi bilo naravnost usodno, ako bi tudi glede socialnega smotra reforme in zlasti glede pravne narave vzgojnih odredb še nadalje vladala ona nejasnost, ki jo opažamo sedaj, ko se vzgojne odredbe v enem delu našega strokovnega slovtva smatrajo kot specialna vrsta kazni, odnosno kot vrsta očevalnih odredb. Pravilno pojmovanje pravne narave vzgojnih odredb je vsekakor bistven pogoj za uveljavljanje humane in napredne zakonodajčeve vodilne ideje v področju mladinskega prava.

³⁷ Nujno potrebo, da se izpopolni naša zakonodaja o zaščiti mladine, pravilno naglašata Dr. France Goršič v svojem članku: Zaščita dece in mladine kot zakonodajni problem. »Naša doba«, 1930. št. 10.

Alexandre Makletzoff, professeur à l'Université
de Lioubliana.

Caractère juridique des mesures concernant les enfants et mineurs dans le droit pénal de la Yougoslavie.

L'on peut constater dans la littérature juridique yougoslave une divergence d'opinion quant au caractère juridique des mesures prévues par la nouvelle législation pénale par rapport aux enfants au-dessous de 14 ans et des mineurs de 14 à 17 ans. Certains auteurs croient devoir référer certaines mesures applicables aux mineurs (§ 28, alinéa 1 du Code pénal) aux peines principales, d'autres les considèrent toutes, sauf celles du § 28, alinéa 7 du nouveau Code pénal de 1929, comme des mesures de sûreté, certains autres enfin y voient des mesures d'éducation ayant une valeur intrinsèque et se distinguant des peines proprement dites ainsi que des mesures de sûreté. L'auteur du présent article considère cette dernière manière de voir comme étant seule juste, au point de vue théorique, et conforme à l'esprit de la nouvelle législation pénale de la Yougoslavie.

Le caractère juridique des mesures d'éducation concernant les enfants et les mineurs est justifié par le caractère spécifique des infractions, commises par les adolescents, explicable, dans la plupart des cas, par la mauvaise éducation et l'abandon de l'enfant. A ce point de vue, les mesures applicables aux jeunes délinquants suppléent à l'éducation insuffisante ou défectueuse. Leur application n'est point exigée ni par le besoin de rendre le mal pour le mal, ni par la nécessité de protéger la société contre des criminels déjà mûrs et endurcis dans leurs habitudes de crime. Les mesures d'éducation visent tout d'abord les intérêts de l'enfant même ou du mineur de 14 à 17 ans et tendent à le sauver de la déchéance sociale et morale.

Le choix de telle ou telle autre mesure d'éducation ne dépend pas tant de la nature des infractions commises que des conditions telles que le discernement, l'insouciance, l'étourderie, la dépravation morale etc. Quant aux mineurs reconnus passibles de mesures d'éducation, les décisions les concernant n'impliquent aucune conséquence qui leur soit préjudiciable. Le droit pénal yougoslave reconnaît une gradation dans les mesures d'éducation. Mais toutes ces mesures, y compris les plus sévères (l'internement dans une colonie correctionnelle), ont un caractère pédagogique.

Les mesures d'éducation ayant leur nature juridique propre, il s'en suit la triade des sanctions du Code pénal yougoslave comprenant: 1. les peines, 2. les mesures de sûreté, 3. les mesures d'éducation. L'idée de la nature spécifique des mesures d'éduca-

tion a une grande importance non seulement au point de vue théorique, mais encore comme principe de politique pénale. L'organisation des institutions d'éducation correctionnelles se trouve dans un stade rudimentaire. Provisoirement, certaines mesures d'éducation correctionnelle sont effectuées dans les sections spéciales des prisons ordinaires. Pour que cette réforme humanitaire largement conçue puisse être réalisée, il importe surtout de purger de toute équivoque l'idée de la raison sociale et juridique des mesures d'éducation.

Red. prof. dr. Evgen Spektorski:

Usoda ideje naravnih zakonov v socijalni filozofiji.

Če je Herbart pravilno opredelil filozofijo kot obdelovanje pojmov, tedaj vsa zgodovina svetovnih nazorov ni drugega kakor zaporedno obdelovanje in predelovanje pojmov. V socijalni filozofiji je imel svojevrstno usodo pojem zakona, zlasti še, kadar se je srečal z naravo. Doživel je obdelavo ne samo v različnih smislih, marveč celo v takih, ki izključujejo drug drugega. Zakon je pomenil zdaj imperativni predpis, zdaj indikativni opis, zdaj neizogibnost in trajnost, zdaj samovoljnost in slučaj. Naravne zakone so zelo dolgo pojmovali zgolj etično. In še v XVII. stoletju ni bralec, ki je vzel v roke Hemmingovo ali Cumberlandovo knjigo z naslovom »O naravnih zakonih«, prav nič dvomil, da so to traktati o moralni filozofiji. Toda prišel je čas, ko si je pojem zakona usvojilo ali celo prisvojilo prirodoslovje.

Oplodil je prirodoslovje, kakor marsikateri pojem humanitarnega izvora. Pri tem pa je vsrebal mnogo motivov, ki so tuji humanitarnemu svetu. In zaradi tega ga Windelband, Rickert in drugi avtorji niso hoteli več znova uvajati v humanitarni svet, iz katerega je nastal.

Pojem naravnega zakona je bil zvezan z determinizmom, ki se je pri tem pojmoval bodisi gnozeološko, kot ratio cognoscendi, bodisi deontološko kot ratio agendi in tudi ontološko kot ratio essendi in fiendi. Ontološki determinizem pa se je zopet pojmoval ali kot bolj ali manj mističen fatalizem ali kot funkcionalna ali vzročna odvisnost psihike in celo etike od fizike ali pa kratko malo kot poplošitev, ki se lahko nanaša na naravna in na svobodna dejanja.

Vse to je zelo kompliciralo pojem naravnih zakonov.

Difficultatem facit doctrina. Če hočemo razmotiti njegovo problematiko, se komaj smemo zateči k sistematični metodi: to bi namreč lahko izzvalo prigovor, da nekim trditvam zoperstavljamo druge trditve z enako dvomljivo pravico do tako imenovane resnice: *Behauptung gegen Behauptung*. Vsaj za začetek se lahko omejimo na genetično metodo, da si pojasnimo, zakaj se je problem zmedel. Tedaj bo postalo mogoče nadomestiti neutemeljene trditve z razumevanjem. Problem razumeti je pa skoraj že toliko kot razrešiti ga.

I.

Najstarejši pomen zakona je deontološki in religiozen. Ta pojem se je pojavil v dobah, ko je bila po Ciceronu za človeka prva stvar — družba z Bogom.¹ Zakon se je pojmoval kot zapoved. In za zakonodavca niso smatrali človeka, četudi bi bil to vladar, marveč Boga, človeka, po katerem so ljudje prejemale zakonodajo, so imenovali samo zakonodavca, legislator. Značilna je glede tega pojmovanja kamnita plošča, ki se hrani v Louvreskem muzeju in na kateri je izrezan solnčni bog, ki sedi na prestolu in izroča zakone kralju Hammurabiju. Stari Grki so verjeli, da je Zevs dal zakone Kreti po Minosu, Apolon pa Sparti po Likurgu.² Pri narodih krščanske kulture je bil pojem zakona zelo dolgo zvezan s predstavo o »kamenitih tablah, ki so bile napisane z božjim prstom.«³ »Table so bile božje delo in črke božje črke.«⁴ Zakonodajec pa je bil Mojzes, katerega obraz »je sijal in se svetil, ker je Bog govoril ž njim.«⁵

Prelevitev zakonodavca v zakonodavce, to se pravi, proces, po katerem si je človek prisvojil ustvarjanje zakonov, je bila ena izmed najpomembnejših duhovnih revolucij in se ni izvršila brez odpora: ljudje ne priznajo takoj človeku pravice nadomeščati Boga. Zakonodajca tiranov je v Grčiji zadevala na veliko neprijazen. In šele Platon je lahko mirno razsojal: »Ljudje smo in dajemo zakone človeškemu semenu«. Pri Rimljanih je ta prelom v zvezi z dvanajstimi tablam. Rimljani so jih smatrali sicer za delo človeških rok, toda vendar so jim bile table, ki so se v njih

¹ *Cum Deo societas*. *De legibus*, I, 7. — ² Fustel de Coulanges, *La cité antique*. — ³ *Exod.* XXXI, 18. — ⁴ *Ib.* XXXII, 16. — ⁵ *Ib.* XXXIV, 29.

zrcalili božanski zakoni. Poslej pa zakon ni bil drugega kakor določba komcij, *communis rei publicae sponsio*. Postal je *lex rogata* namesto *lex lata*. Po Tiberiju se pojavi *lex data*. Princeps daje zakone, ki prejemajo moč od imperatorskega bleska, ab *imperiali splendore*. Potreba, dati temu blesku mistično avtoriteto, je privedla do bogotvoritve cesarjev. In tedaj je cesar postal »vtelešeni zakon«, *lex animata*.

Prvotni pomen zakona potemtakem ni indikativen, marveč imperativen. Zakon je zapoved, in sicer božja ali človeška. Ali je bil tak zakon nekaka formula trajnosti in ali se je nanašal tudi na naravo? Po pojmih stare zaveze zakon božji ni podrejen izpreminjanju. In red človeškega življenja mora biti ž njim v skladu. Redu fizične narave niso smatrali za nekaj slučajnega, kratko malo zato ne, ker stara hebrejščina sploh ni imela besede slučaj, kakor je ugotovil Mendelssohn. Toda Teichmüller⁶ je pokazal, da so smatrali ta red za nekaj pogojnega in odvisnega od tega, ali ljudje izpolnjujejo npravni zakon ali ga ne izpolnjujejo.

Stari Grki pa so nasprotno smatrali prirodo za neomajno in nespremenljivo. Ko je zakon izpremenil svoj prvobitni pomen »kralja vseh smrtnih in nesmrtnih« (Pindar), so ga smatrali za relativno in celo samovoljno ustanovo. Zaradi tega so zoperstavljali prirodo in zakon. Hippias je govoril o zakonu, da je tiran, ki sili ljudi živeti zoper naravo. Pri takem pojmovanju Grkom resnica ni pomenila skladnosti z zakonom. In če je na primer Natorp⁷ pripisal Platonu stremljenje po objektivnem spoznanju s pomočjo zakonov, se ni posluževal izvirnih Platonovih izrazov, kar je razvidno tudi iz virov, ki jih navaja, marveč svojih lastnih, novokantovskih. Pri Grkih tudi ni bilo govora o naravnih zakonih. Aristotel je samo enkrat, in sicer samo govoreč o Pitagorejcih, opomnil »nekako o naravnih zakonih«.⁸

Navzlic temu pa se je že v antičnem svetu pojavila ideja naravnega zakona, toda ne v ontološkem, marveč v deonto-

⁶ Teichmüller, *Neue Studien zur Geschichte der Begriffe*, II Heft, Gotha, 1878, 61. Deuteron. XI, 13, 14, 17. — ⁷ *Platos Ideenlehre*, Zweite Auflage, 1921. — ⁸ Ch. Huit, *La philosophie de la nature chez les anciens*, Paris, 1901, 427.

loškem smislu. To se je zgodilo zaradi tega, ker se je za antične narode božanstvo v nasprotju z Izraelci razodevalo v naravi in ne v zgodovini. Izmed treh mogočih metafizičnih orientacij: Boga, narave in človeka — se je pokazala njim najbolj primerna druga. Naravo so pojmovali kot božansko mater, ki svojim otrokom skrbno kaže pot pravega življenja. Zaradi tega so za pravo resnico smatrali prirodno resnico in za resnično pravo — prirodno pravo. Aristotel je opravičeval eksistenco države in suženjstva z nameni narave in je od umetnosti zahteval, naj posnema naravo. Vzor npravnega življenja je bilo življenje v skladu z naravo. Resničen zakon pa nenapisani zakon, ki ga predpisuje kraljevska mati narava.

Tako se je izvršilo zbližanje narave z zakonom. Hrizipova knjiga o zakonu se je pričenovala s trditvijo, da je zakon kralj vseh božjih in človeških stvari.⁹ V opreki z zofisti, ki so zakon zoperstavliali naravi, ga je Hrizip izvajal iz narave: *physei nomos*.¹⁰ Pri tem pa je zakon pojmoval deontološko: to je vladar in voditelj, kanon pravičnega in nepravičnega.¹¹ Cicero je združeval z naravnim zakonom trajnost in nespreneljivost: *una lex et sempiterna et immutabilis*.¹² Tak zakon pa ne opisuje, marveč predpisuje. To je božanski imperativ.

Toda stojiki se s tem niso zadovoljili. Prepletli so deontologijo naravnega zakona z ontološkim fatalizmom. Jeli so trditi, da so dogodki na usoden način vnaprej določeni po fatumu: *fato omnia fiunt*.¹³ In Hrizip ga je opredelil kot nekako večno in neizbežno zaporednost stvari in kot verigo, ki vleče sama sebe.¹⁴ Toda zdaj se je pojavila težkoča: kako zvezati npravno svobodo in človeško odgovornost s fatumom? Temu vprašanju je Cicero posvetil posebno raziskovanje *De fato*: naravni vzroki, je razlagal, povzročajo grehote; napor volje pa jih lahko iztrebi.¹⁵ Antinomija usodne opre-

⁹ *Ioannes ab Arnim, Stoicorum veterum fragmenta*, III, Lipsiae, 1903, 77. — ¹⁰ *Ib.* II, 1923, 169; III, 76. — ¹¹ *Ib.* III, 77. — ¹² *De republica*, III, 33. — ¹³ Cicero, *De fato*, 20. — ¹⁴ Arnim, II, 293: *Fatum est sempiterna quaedam et indeclinabilis series rerum et catena, volvens semetipsa sese.* — ¹⁵ *De fato*, II: *ex naturalibus causis vitia nasci possunt, extirpare autem et funditus tolli non est id positum in naturalibus causis, sed in voluntate, studio, disciplina.*

deljenosti in nraavnih dolžnosti je zelo zaposlevala stojjike. Po pričevanju Avguštinovem so skušali »vzroke stvari razlikovati na ta način, da bi nekatere izvzeli, druge pa podredili neizogibnosti.«¹⁶

V svojih eklektičnih razglabljanjih ali sanjah, kakor se je izrazil Cicero,¹⁷ so stojjiki zmedli pojem prirode, ki so jo kedaj pojmovali še kot nekaj »tehnični ogenj.«¹⁸ In že Cicero se je pritoževal, da je težko opredeliti naravo.¹⁹ V splošnosti je pa tudi med njimi prevladovalo pojmovanje narave kot božanske sile, ki dejstvuje v velikodržavnem kozmosu, obsegajočem bogove in ljudi. Ona vede tiste, ki hočejo, in tira tiste, ki se upirajo. Zaradi tega mora modrec živeti v skladu z naravo. Če pa mu narava zadaja udarce, jih mora potrpežljivo prenašati in se zavedati, da ne prihajajo od slepega, mehaničnega elementa, marveč od previdnosti. Hrizip je istovetil usodo, prirodo in razum z božanstvom.²⁰ Seneca pa je vzkliknil: »mar ne vemo, da izrekamo ime božje, če govorimo o naravi? kaj pa je narava drugega kot Bog? — quid enim aliud est natura quam Deus?«²¹

II.

Srednji vek se pričinja z dvema knjigama, z Avguštinovo *De civitate Dei* in s *Salvianovo De gubernatione Dei*, ki ugotavljata gospodstvo transcendentnega nebeškega Kralja nad svetom. On je zakonodavec, vladar in sodnik.²² Edinstvo Boga je zahtevalo združitev teh treh oblasti, ne njihove ločitve. To je bilo doseženo s priznavanjem zakonodavne oblasti za prevladujočo oblast. Božje sodišče so smatrali za odloženo do drugega prihoda Kristusovega. Božje vladanje so delili na previdnost (*providentia*) in upravljanje (*gubernatio*). Upravljanje so pojmovali kot izpolnjevanje večnih zaključkov previdnosti ali večnega »redu stvari v Bogu«. Ta red pa so istovetili z večnim zakonom božjim. Zaradi tega dejstvuje Bog, kot je razlagal Avguštin, zoper navadni tek narave, nikakor pa ne dejstvuje zoper višji zakon,

¹⁶ *De civitate Dei*, V, 10. — ¹⁷ *De natura deorum*, I, 15, 39. — ¹⁸ *Ib.* II, 57: *ignis artificiosus*; Arnim, II, 273. — ¹⁹ *De inventione*, I, 24: *naturam ipsam definire difficile est.* — ²⁰ Arnim, II, 273. — ²¹ *De beneficiis*, IV, 7. — ²² Isaija, XXXIII, 22.

kajti Bog ne deluje zoper samega sebe. Na ta način je bilo edinstvo božje oblasti spravljeno v sklad z besedami apostola Jakoba: unus est legislator.²³ In sholastika je začela izdelavati nauk o zakonu.

Za osnovni zakon je smatrala večni zakon. Dostopen je človeškemu razumu samo posredno, po časnih zakonih. Ti časni zakoni so se delili na naravne in pozitivne, pozitivni zakon pa zopet na božjega in človeškega. Možnost in neobhodnost pozitivnega človeškega zakona so izvajali iz tega, da je Kristus dal samo »ceremonijalne« in »moralne« zakone, »judicijalne« pa je v nasprotju z Mojzesom prepuštil cerkveni in posvetni zakonodaji. Naravni zakon, ki so ga pojmovali deontološko, pa so deloma videli napisan v človeških srcih,²⁴ deloma in večinoma pa so ga izvajali iz Mojzesovih desetih zapovedi. Tridentiski cerkveni zbor je potrdil, da se deset zapovedi nanaša tudi na kristjane. In glede na to se protestanti niso ločili od katoličanov.²⁵ Melancthon je istovetil naravni zakon z Mojzesovimi zapovedmi.²⁶ Oldendorp jih je imenoval zakone narave: *has esse naturae leges*.²⁷ Mojzesove zapovedi, ta večni edikt večnega pretorja,²⁸ so tudi vsebina Hemmingove knjige »O naravnem zakonu«.²⁹ In prav tako je bila Cumberlandova knjiga »O naravnih zakonih«, ki je izšla v XVII. stoletju traktat o naravni deontologiji. Tako se je naravni zakon po prejšnji tradiciji še vedno pojmoval imperativno in ne indikativno. La Fontaine je pisal: *il se faut entr'aider, c'est la loi naturelle*.

III.

V XVI. stoletju se pričinja pomemben prevrat v pojmovanju zakona sploh in še posebej naravnega, prevrat, ki se

²³ Jacobi epistula, IV, 12. — ²⁴ Epistula ad Romanos, II, 14, 15. — ²⁵ E. Spektorski, *Jestestvennoje pravo u protestantskih avtorov XVI veka*, 1914. — ²⁶ *Ethicae doctrinae elementa*, Witebergae, 1586, 97. — ²⁷ *Lexicon juris*, Lugduni, 1549, 239. — ²⁸ Heresbach, *Christianae jurisprudentiae epitome*, Neostadii in Palatinatu, 1586, 3: *placet haec Decalogi praecepta Edicta perpetua appellare... In Decalogo hoc, veluti brevi aeterni Praetoris albo*. — ²⁹ Nicolai Hemmingii *Opuscula theologica*, Genevae, 1654, *De lege naturae apodictica methodus*, 295: *Lex Dei, quem usitate Decalogum appellamus, dicitur legis naturae epitome*.

zaključili v XVII. stoletju. Človeške in celo božje predpise so pričeli smatrati za relativne. In pričeli so verjeti v trajnost in neomajnost naravnega redu, za katerega so jeli uporabljati stari pojem zakona, toda že brez njegovega deontološkega pomena. Začeli so verovati v absolutno prirodoslovje in so žrtvovali svobodo in dolžnost. Naravni zakon je postal formula ontološkega determinizma. Pri tem so menjali razglabljanje o naravi *ex analogia hominis* in so jeli nasprotno razglabljanje o človeku *ex analogia universi*. Red, po Bossuetovih besedah, ta drug razuma in njegov lastni predmet, so istovetili z redom fizičnih stvari.

Strnili so Galileijeva opazovanja o padu zemeljskih teles s Keplerjevo razlago o gibanju nebesnih teles in so poenostavili naravo.³⁰ Vsaka rastlina in slednja žival se je spremenila v nekak mehanizem, *machinamentum quoddam*.³¹ Človek je postal delček prirode, *particula naturae*. In so pričeli raziskovati ne in genere *morum*, marveč in genere *naturae* ne samo njegovo telesno življenje, marveč tudi duševno. Smatrali so ga za nekak duhoven avtomat,³² v katerem krožijo strasti (Descartes) ali afekti (Spinoza). Njegovo svobodo so priznali za dozdevno, kakršna je svoboda padajočega kamna (Spinoza) ali svoboda sukajoče se vrtavke (Hobbes). Na ta način so etiko reducirali na psihologijo, psihologijo pa na mehaniko. Nadaljujoč v tem duhu, je Hobbes zgradil mehaniko notranjedinjavnih in meddržavnih odnosov. Zaradi tega je bila njegova *Philosophia civilis*, ki je analogna Newtonovi *Philosophia naturalis*, prvi poizkus socialne fizike.³³ Na ta način je človek jenjal predstavljati državo v državi. Bil je brez ostanka vključen v mehanizem prirode. V ta mehanizem so vključili tudi Boga. *Deus sive natura*. Bog ali narava, to ni važno. Važno je to, da je vse mehanično.

V skladu s tem se je spoznanje česar koli spreverglo v

³⁰ Joannis Kepleri astronomi opera omnia, edidit Ch. Frisch, I, 337: *natura simplicitatem amat*; Newton: *natura enim simplex est*. —

³¹ Descartes; Leibnitz, *Monadologie*, 64: *les Machines de la Nature, c'est à dire les corps vivants*. — ³² Spinoza, *Tractatus de intellectus emendatione: secundum certas leges et quasi aliquod automa spirituale*.

— ³³ E. Spektorski, *Problema socialnoj fiziki v XVII. stoletju*, 1910—1916.

spoznanje naravnih zakonov prirode,³⁴ prepuščene same sebi.³⁵ Ti zakoni opredeljujejo brez izjeme vse dogodke v prirodi. Splošno in individualno je determinirano ad certo modo existendum et operandum. Če v prirodi živi dvajset ljudi, je razlagal Spinoza, tedaj je neobhodno, da jih mora biti ravno dvajset.³⁶ Če človek dejstvuje, dejstvuje po zakonih mehanike. To ni dejstvovanje, marveč gibanje. Kjer pa je gibanje, je tudi geometrija in je matematika s svojimi enačbami. Očistili so pojem vzročnosti od vsakega sledu krivde (aitia) in so skušali zadosten razlog reducirati na identičnost, kajti kjer je identičnost, tam je tudi enačba. Staro načelo: *causa est potior causato* so nadomestili z novim: *causa aequat effectum*.³⁷ Sledeč Newtonu, ki je skušal *phaenomena naturae ad leges mathematicas revocare*, so odeli — če ne dejansko, pa vsaj principijalno — prirodno zakonitost v matematično obliko. Priznali so matematiko za vsesplošno aksiomatiko. In za ideal znanosti je bila proglašena *Mathesis universalis*.³⁸ »Če bi ljudje jasno poznali ves prirodni red, — je pisal Spinoza, — bi videli, da je vse tako neizogibno, kakor vse tisto, kar se razpravlja v matematiki.«³⁹ Za človeški svet res niso našli matematičnih formul, kakor se je posrečilo Newtonu za mehanizem privlačnosti. Toda to jih ni zmedlo. Zadovoljevali so se kakor Spinoza z geometrično metodo in so menili, da z deduciranjem zakonov spoznavamo resničnost. V skladu s tem je Erhard

³⁴ Spinoza, *Ethica*, III, Prooemium: *Una eademque... debet esse ratio rerum qualiumcunque naturam intelligendi, nempe per leges et regulas Naturae universales.* — ³⁵ *Natura sibi relicta. Corporis Pan-sophici Pantologia, Autore Erhardo Weigelio, Jenae, 19.* — ³⁶ *Ethica*, Pars I, Propositio VIII, Scholium II. — ³⁷ Leibnitz, *Werke*, Gerhardt, III, 45: *Je crois qu'on pourrait établir une... Loy de la nature que je tiens la plus universelle et la plus inviolable, sçavoir qu'il y a toujours une parfaite Equation entre la cause pleine et l'effect entier.* Cf. Cassirer, *Leibniz' System in seinen wissenschaftlichen Grundlagen*, Marburg, 1902, 310, 320; Couturat, *La logique de Leibniz d'après des documents inédits*, Paris, 1901, X, *Opuscules et fragments inédits de Leibniz*, Paris, 1903. — ³⁸ *Descartes, Regulae ad directionem ingenii: Generalem quamdam esse debere scientiam... eademque... Mathesim universalem nominari.* — ³⁹ *Cogitata metaphysica, Pars II, Cap. IX.*

Weigel zaznal v nji »realni silogizem«, ⁴⁰ Amos Komenski pa »realne aksiome«. ⁴¹

Tako je nastal v XVII. stoletju naturalistični nauk o naravni zakonitosti vsega bitja. Problem bivanja ali zgodovina pri tem ni povzročal komplikacij, kajti sveta niso pojmovali kot zgodovino, marveč kot sistem, zgrajen na identiteti in samoohrani: *omnis natura est conservatrix sui*.⁴² V sistemu sveta se ne vrši evolucija, marveč gibanje, to se pravi premikanje. Pascal je pisal, da »narava stalno obnavlja ene in iste stvari«. Leibnitz se ni zadovoljil s tem. Imel je nejasno pred očmi razvoj. Ni pa še zanj eksistiral problem o naravni zakonitosti zgodovine. In zgodovinske zakone je imenoval le pravila dokumentarne kritike.⁴³

Bolj pa je ljudi vznemirjal problem dolgovanja. Da li se more zadovoljiti z ugotovitvijo, da je red sveta zgolj mehaničen: *und Ordnung überall, auch wo die Tugend weint?* Zakaj je Spinoza imenoval knjigo, ki je proglašala mehanični determinizem in izganjala »predsodek dobrega in zlega, zasluge in greha, pohvale in zanikanja«⁴⁴ — Etiko? Ali se je sam popolnoma otresel tega predsodka? Ali se je resnično njegov um radoval celo pri gledanju na sovraštvo, gnev, zavist, častihlepnost, kakor je zahteval od svojih bralcev?⁴⁵ Ali ni pet delov njegove Etike pet dejanj drame, v kateri se zavest npravne svobode in človeške odgovornosti uporno bori z mehaničnim determinizmom?

Vznemirjala je tudi raztvoritev nadprirodnega Boga v imanentnem »kozmičnem mehanizmu«⁴⁶ ali velikem avto-

⁴⁰ *Analysis Aristotelica ex Euclide restituta*, Jenae, 1658, 146: *Res per causam scibilis cum illa causa Syllogismo reali semper cohaeret, etiam nullo intellectu de eo cogitante.* — ⁴¹ *Pansophiae Prodomus*, Lugduni Batavorum, 1644, 78: *generalia Pansophiae praecepta nihil sint, nisi axiomata realia.* — ⁴² Boyle, *Tractatus de ipsa natura*, Genevae, 1688, 75; Spinoza, *Principia philosophiae Cartesianae*, Pars II, Prop. XIV; *Ethica*, Pars III, Prop. VI: *suum esse conservare; in suo esse perseverare.* — ⁴³ *Codex juris gentium diplomaticus*, Werke, Klopp, VI, 460. — ⁴⁴ *Ethica*, Pars I, Appendix. — ⁴⁵ *Tractatus politicus*, Cap. I, § 4. ⁴⁶ Boyle, *Tractatus de ipsa natura*, 22: *Generalem itaque Naturam, Cosmicum voco Mechanismum.*

matu, ki je sestavljen iz majhnih avtomatov.⁴⁷ Lami⁴⁸ in Bayle⁴⁹ sta eden z ogorčenjem, drugi z zlobnim veseljem dokazovala, do kakih nemožnosti vodi zlivanje vseh življenjskih protislovij v brezbriznem Bogu-prirodi. Toda kocka je padla. In človek se je odrekel Bogu in samemu sebi zaradi mehanične prirode.

IV.

Osemnajsti vek je podedoval idejo o mehanični zakonitosti vsega bitnega. To ali zakonitost konservativnega in statičnega sistema, po Montesquieujevi formuli — *chaque diversité est uniformité, chaque changement est constance*,⁵⁰ ali pa zakonitost razvoja, kot naravno neizogibnega procesa po Condorcetovi formuli. Toda tudi v tem je XVIII. stoletje pokazalo nedoslednost, ki je tako značilna zanj. In to je dalo Helvetiju povod za pritožbo, da sta fizika in morala kakor dva ločena stolpca, ki ju bo strnilo šele prihodnje poglavje.⁵¹ Rousseau je pisal: *mais qu'est-ce donc enfin qu'une loi? Tant qu'on se contentera de n'attacher à ce mot que des idées métaphysiques, on continuera de raisonner sans s'entendre, et quand on aura dit ce que c'est qu'une loi de la nature, on n'en saura pas mieux ce que c'est qu'une loi de l'État (Contrat social, Livre II, Chap. V).*

Trdili so, da je vse eksistentno zakonito. Montesquieu je pisal: »Božanstvo ima svoje zakone, materijalni svet ima svoje, duhovna bitja, ki so vzvišena nad človekom, zopet svoje, živali — svoje, in človek — svoje.«⁵² Goethe je trdil: »tudi protinaravno je priroda; njenim zakonom se pokoriš,

⁴⁷ *Ib.*, 24: *Magnum Mundi... Automatum intueor, tanquam... machinam, quae... varias alias minores in se complectatur machinas; Descartes, Principiorum philosophiae Pars IV, LXXXVIII.* — ⁴⁸ *Monstrueuse divinité... Infâme divinité qui par une de ses parties se plonge dans les plus basses ordures; pendant que par l'autre elle contemple les plus sublimes veritez (Franz Erhardt, Die Philosophie des Spinoza im Lichte der Kritik, Leipzig, 1908, 30).* — ⁴⁹ *Dieu se hait lui-même; il se demande des grâces à lui-même, et se les refuse; il se persécute, il se tue, il se mange, il se calomnie etc. (Dictionnaire historique et critique, Paris, 1820, XIII, 444).* — ⁵⁰ *De l'esprit des lois, Livre I, Chap. I.* — ⁵¹ *Helvétius, 1909, 275.* — ⁵² *De l'esprit des lois, I, 1.*

tudi kadar se jim zoperstavljaš; in delaš v njenem smislu tudi takrat, ko hočeš ravnati zoper njo.⁵³ Kant, ki je dal v »Kritiki čistega razuma« tako rekoč kongenijalno recenzijo mehničnega svetovnega nazora, je istovetil ves svet s »tako imenovano prirodo«⁵⁴ in je podredil njenim zakonom ne le fizične pojave, marveč tudi »vsa dejanja razumnih bitij, kolikor so pojavi«.

Navzlic temu je bilo malo takih, ki se ne bi bili vznemirili pri branju Lametrijeve knjige »L'homme machine«. Ljudje XVIII. stoletja so se dušili v kleščah ontološkega determinizma. Montesquieu se je pritoževal: »jaz kratko malo ne vem več, kje naj znova iščem tisti jaz, ki me je tolikanj zanimal.«⁵⁵ Za časa lisabonskega potresa je Voltaire godrnjal zoper »nespremenljive zakone neobходимosti« in jih je imenoval sanjske prikazni učenjakov in himere.⁵⁶ Jakobi se je skušal pognati iz sistema zakonite ontologije, pa četudi v umstvenem salto mortale.⁵⁷ Deisti so pomaknili iz njenih mej Boga, ki so ga naredili transcendentnega kot njenega tvorca, ne pa kot vladarja. Kant je postuliral, to se pravi zahteval transcendentnega Boga. Prav tako je pomaknil izven meja sistema tudi človeka, vsaj noumenalnega, če že ne fenomenalnega. Tak človek je popolnoma osvobojen ontološkega determinizma. Zato pa je podrejen deontološkemu determinizmu z njegovo, po Kantovem mnenju matematično formulo kategoričnega imperativa. Na tak način je Kant prišel do dualizma avtomata in avtonoma. Razen tega je prenesel mehnični determinizem iz objektivne ontologije stvari samih na sebi, ki ostaja zmeraj nekak incognito, v subjektivno, čeprav transcendentalno gnozeologijo. Zakonitost bivanja torej ni toliko ratio essendi,

⁵³ Werke, herausgegeben von F. Schultz, XLII, 59 sq. — ⁵⁴ Die Welt als eigentlich sogenannte Natur (Über den Gebrauch teleologischer Principien in der Philosophie, Werke, Rosenkranz, VI, 357). — ⁵⁵ Pensées et fragments inédits, Bordeaux, 1899—1901, I, 394. —

⁵⁶ Non! ne présentez plus à mon coeur agité
Ces immuables lois de la nécessité,
Cette chaîne des corps, des esprits et des mondes.
O rêves de savants! ô chimères profondes.

⁵⁷ Werke, IV, I, 59.

kolikor ratio cognoscendi; razum je zakonodaja prirode, to se pravi, brez razuma bi priroda sploh ne bila priroda.⁵⁸

Naposled pa tudi juridično pojmovanje zakona ni bilo odstranjeno. In izven mejâ sistema o naravni zakonitosti je bila pomaknjena tudi zakonodajniška umetnost. Nauk o lege ferenda se je celo spremenil v posebno vedo. Imenovali so jo zakonodavno znanost.

Ta znanost je temeljila na docela nenaturalistični veri v čudotvorno moč zakonodavca, ki je po Helvetijevem za-trjevanju delal vse.⁵⁹ Zanj, je pisal Filangieri, ni nemogoče stvari. Zaradi tega, je razlagal Montesquieu, lahko spremeni žival v človeka in človeka v žival.⁶⁰ Celo Rousseau je trdil, da zakonodavec kreta politično telo in mu daje voljo, rodi nravi in tako rekoč spreminja človeško naravo.⁶¹ V prevodu v jezik poezije nastane iz tega marki Poza, ki kralju pred-laga, naj z eno potezo svojega peresa na novo ustvari svet.

Znanost o zakonodaji je dovoljevala in celo zahtevala, naj bo zakonodavec despotski. Toda stavila je pogoj, da bodi ta despotizem očividni, tako da bo sličil Evklidovi geo-metriji, in legalen.⁶² Njegove zapovedi naj ustanove, ali kakor so se pogosteje izražali, vzpostavijo »naravni in bi-stveni« red sožitja. Po tej poti je tudi zakonodavna zna-nost prišla do naravnih zakonov. Toda tu so jih pojmovali kot idealne ali normalne prototipe socijalnega življenja. Za tak prototip je Quesnay priznal »fizijokratijo«, ki je po Struwejevi⁶³ pripombi predstavljala moralizem v naturalistični obleki, Adam Smith — sistem naravne svobode, na kateri temelji narava narodnih bogastev, Bentham pa arit-metiko preračunljivega egoizma. V tem smislu je Dijonska akademija predlagala temo o izvoru neenakosti med ljudmi in vpraševala, ali ima ta neenakost svoje opravičilo v naravnem zakonu. Ker je imel v misli take idealne prototipe, je Quesnay priznal za nalogo kodifikacije samo »deklara-cijo naravnih zakonov«. ⁶⁴ On in Dupont de Demours sta

⁵⁸ Kritik der reinen Vernunft, Kehrbach, 135. — ⁵⁹ Helvétius, 286. — ⁶⁰ Esprit des lois. — ⁶¹ Contrat social, Livre II, Chap. VII. — ⁶² Mercier de la Rivière, L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques. Londres, 1767, 137. — ⁶³ Hozjajstvo i cena, I, 1913, 49. — ⁶⁴ Oeuvres économiques et philosophiques, 1888, 376.

Solone in Likurge XVIII. stoletja opozarjala na etimologijo besedi: zakononosec in zakonodavec.⁶⁵

V vsem tem ni bilo prav nobenega naturalizma. Navzlic temu mu je tudi XVIII. stoletje plačalo svoj tribut, in sicer bolj ali manj v takem smislu kakor stojiki. To je delalo s tem, da je nadaljevalo tradicijo Spinozove natura naturans, in s tem, da je svojo potrebo po absolutnem bolj ali manj emocionalno usmerilo k naravi, ne pa k Bogu in ne k človeku. Pri tem pa je naravo poosebljalo in bogotvorilo. Kant je pisal o namenih prirode.⁶⁶ Condillac je trdil, da nas narava vara v našo korist.⁶⁷ Holbach pa je v knjigi, naslovljeni »Sistem prirode, ali zakoni fizičnega in moralnega sveta«, kazal blodnim smrtnikom, tem »stvorom narave«, k altarjem dejavne prirode, tega fizičnega boga,⁶⁸ in se je obračal do vladarice vseh bitij z molitvijo, naj postane naše edino božanstvo ter pokaže človeku pot sreče.⁶⁹

V.

Prav v početku XIX. stoletja so nastali ugodni pogoji za razcvit vere v naravne zakone človeške družbe. Pred vsem so se bodisi konservativci bodisi liberali bali jakobinskega privida in so trdili, da eksistirajo naravni, to se pravi, normalni zakoni juridičnega, političnega in gospodarskega življenja, ki jih ni mogoče kršiti brez kazni. Tako je razsojal zakonodavski Fabij Cunctator, Savigny, ko je obsojal fabrikacijo umetnih zakonov.⁷⁰ Tako je sodil francoski Savigny, Portalis, ki je prepričeval, da se kodeksi ne

⁶⁵ Collections des principaux économistes, Les physiocrates, Paris, 1846, I, 348, 390. — ⁶⁶ Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlichen Absicht (Rosenkranz, VIII), 318: eine Naturabsicht; 320: die Natur hat gewollt; 323: aber die Natur weiss besser, was für seine Gattung gut ist: sie will Zwietracht. Prolegomena (Rosenkranz, III, 111): ich wünsche daher, dass der kritische Leser sich mit dieser Antinomie hauptsächlich beschäftige, weil die Natur selbst sie aufgestellt zu haben scheint, um die Vernunft in ihren dreisten Annassungen stutzig zu machen und zur Selbstprüfung zu nöthigen. — ⁶⁷ Ouvres philosophiques, 1753, I, Anti-Senèque ou discours sur le bonheur, 21. — ⁶⁸ Système de la nature. Ou des Loix du Monde Physique et du Monde Moral, Londres, 1770, II, 186, 188, 182. — ⁶⁹ Ib., 411. — ⁷⁰ Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, zweite Auflage, 1828, 110, 148.

delajo.⁷¹ Tako so sodili tudi ekonomisti klasične šole. Toda če vzamemo tudi kakega Ricarda ali Jeana Baptista Saya, ki je trdil, da je ekonomika znanost o naravnih zakonih, ki upravljajo bogastvo, — ni mogoče drugače, kakor pri-trditi Schumpetru, ki pravi, da nujno pojmovanje zakona ne vsebuje nobenega naturalizma.⁷² Ravno tako ni načel-nega naturalizma niti pri Bonaldu niti pri de Maistru, ki razpravljata o naravnih zakonih. Proglašajoč umetne za-kone za »javne deklaracije nestrpnosti«, je Bonald trdil, da je monarh, ki daje zakone, »samo tajnik prirode in da je dolžan pisati samo po njenem narekovanju«. ⁷³ Prvi in edini zakonodavec družbe je priroda.⁷⁴ Njeni zakoni so neizogibni in naravni odnosi, ki eksistirajo v družbi,⁷⁵ in tvorijo nor-malni prototip socialnega življenja. Toda ti zakoni niso neodvisni. Njih tvorec je Bog.⁷⁶ Zato je Bonald proglasil »deklaracijo božjih pravic«. In de Maistre je pripisoval »najkvarnejši poizkus, ki se lahko predstavi človeškemu duhu: namreč vero v neizpremenljive naravne zakone«⁷⁷ teofobiji⁷⁸ in želji, odpraviti slednjo molitev, ki je »dina-mika poverjena človeku«. ⁷⁹

Navzlic temu pa je pri Bonaldu in pri de Maistru za-slediti relativni determinizem prirode. De Maistre je pri-znaval nekako omejeno naravno zakonitost. Razlagal je: Bog je nedvomno vsesplošno gibalo. Toda vsako bitje se giblje v skladu z naravo, ki jo je prejelo. Zaradi tega »ne bomo molili, da bi oljka rasla v Sibiriji, mahovnica pa v Provenci; marveč bomo molili, da bi oljka ne pomrznila in da bi mahovnici ne bilo prevroče«. ⁸⁰ Opazujoč revolu-cijo, je prišel de Maistre do zaključka, da je celo voditelje »prej vodila ona, nego da bi oni vodili njo«. Bonald je pisal:

⁷¹ I. G. Locré, *Esprit du Code Napoléon*, I, Paris, 1807, 137. — ⁷² J. Schumpeter, *Dogmen- und Methodengeschichte*, 66. — ⁷³ *Oeuvres complètes de M. de Bonald*, I, Paris, 1864, *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile*, 393. — ⁷⁴ *Ib.*, 542; *Essai analytique sur les lois naturelles de l'ordre social*, *Oeuvres*, I, 1017. — ⁷⁵ *Oeuvres*, II, 52, *Du divorce: la loi est donc l'énoncé des rapports naturels entre les personnes*; I, 996, *Essai analytique: Les rapports entre les êtres sont en eux-mêmes et indépendamment de la connaissance que nous en avons...* Alors ils s'appellent lois. — ⁷⁶ *Oeuvres*, I, 1219, *Législation primitive: loi est donc la volonté de Dieu*. — ⁷⁷ *Les soirées de Saint-Pétersbourg*, I, 193. — ⁷⁸ *Ib.*, 259. — ⁷⁹ *Ib.*, 258. — ⁸⁰ *Ib.*, 202.

»revolucija ima svoje zakone kakor komet svojo orbito. In prvi izmed vseh teh zakonov je ta, da tisti, ki se smatrajo za njene voditelje, niso nič več nego njeno orodje«. Isti Bonald je v svojem »Analitskem poizkusu o naravnih zakonih socialnega reda« te zakone prisposodabljal tistim, ki sta jih odkrila Kepler in Newton.

Izpovedujoč ta nazor, je Bonald podlegel maniji privlačnosti in newtonske fiksne ideje, kakor jo je nekoliko nergaško nazval Dühring,⁸¹ ki je obvladovala umove v prvih desetletjih. In ta sugestija je vnašala v pojmovanje naravnih zakonov človeške družbe naturalistični determinizem. Comte je izjavil, da »bi bil pozitívni sistem popoln, če bi si bilo mogoče vse najrazličnejše, opazovanju dostopne pojave predstavljati kot posamezne primere enega samega splošnega dejstva, na primer privlačnosti.«⁸² Če bi bilo to dosegljivo, bi imeli svetovni integral ali formulo, o kateri je sanjal Laplace. Glede na gospodarstvo se je za »veliki zakon molekularne privlačnosti« navduševal Carey.⁸³ V odnosu do vsega človeškega sveta, brez ostanka, bi po Comto-
vem mnenju to nalogo morala izpolniti socijologija ali socialna fizika. Socijologija, je dejal, zaključuje naposled sistem naravnih znanosti⁸⁴ v duhu pozitivne filozofije, katere osnovno svojstvo je, raziskovati vse pojave kot podrejene nespremenljivim naravnim zakonom. In bilo je odločno izrečeno, da je socialna znanost znanost o naravnih zakonih, ali pa sploh ni znanost, marveč metafizika in celo teologija. Comte pa se je sam izneveril svojemu programu. Pripel je, kakor je dejal Littré, pozitivni glavi svoje doktrine metafizični rep. Prebiti pa ni mogel niti brez teologije, kajti pričel je propovedovati socijolatrimo in je samega sebe proglasil za najvišjega svečenika vsega človeštva.

Toda imel je naslednike, ki so rep odsekali in upali, da bodo ohranili glavo pri življenju. Preplavili so socijologijo s prirodoznanskimi termini in so jeli trditi, da žive človeške družbe po lastnih naravnih zakonih.

⁸¹ Kritische Geschichte der Nationalökonomie und des Sozialismus, Dritte Auflage, Leipzig, 1879, 275. — ⁸² Cours de philosophie positive, cinquième édition, I, 1907, 3. — ⁸³ Pitirim Sorokin, Contemporary sociological Theories, 1928, 13. — ⁸⁴ Cours, II, 13. La fondation de physique sociale complétant enfin le système des sciences naturelles.

Ta trditev je bila do neke meje utemeljena. V XIX. stoletju se je pojavil nov znanstveni predmet, namreč družba. Kakor je opomnil Bonald, so prejšnjemu nazoru, da dela človek samega sebe in družbo, zoperstavili nov nazor, da družba dela samo sebe in človeka. Z drugimi besedami, priznali so, da je družba popolnoma avtonomna. Da živi po lastnih, elementarnih, naravnih zakonih, ne pa po umetnih predpisih zakonodavcev. Kategorični socijalni indikativ je izpodrinil kategorični socijalni imperativ. Problem zakonitosti je postal problem avtonomnega socijalnega avtomata. Demokracija ni obudila v življenje samo demografije, marveč tudi demologijo, katere zakoni so demokratični. Ti zakoni izravnajo vse in izključujejo sleherno izjemo in sleherno predpravico. Zanimivo je, da je Nietzsche tako izonomijo razširil tudi na determinizem naravnih zakonov. Naravoslovci, je pisal, skušajo biti na uslugo sodobnemu demokratičnemu nagonu: »povsod enakost pred zakonom — v naravi to ni ne drugače ne bolje kakor pri nas ... Ne Boga ne gospoda, in zato: živel prirodni zakon«. ⁸⁵

Po Comtu je postala socijologija velika moda, dasi niti ni utegnila postati resnična znanost in dasi je spominjala na Faustovega homunkula, ki žalostno cvili v retorti. Pri-tegnila ni le zanimanja resnih znanstvenikov, marveč tudi znanstvenih conquistadorjev, kakor se je izrazil Tarde. In vdrl je vanjo po mnenju Jelineka *demi monde*. Po krivdi tega sta se v socijološki literaturi pojavila diletantizem in celo lahkomišelnost. Ne da bi s potrebno gnozeološko stro-gostjo razjasnili sam pojem družbe, so se zadovoljevali z njenimi simbolnimi podobami, za katero so si gradivo iz-posojali pri naravi. Ena izmed teh prispodob je družba kot telo ali družba kot stvar. Takemu chosismu, kakor ga ime-nujejo Francozi, je podlegel tudi Durkheim, ko je pravila socijološke metode reducirjal na raziskovanje socijalnih stvari. ⁸⁶ Od starih fizikov so si izposodili nazor, da je na

⁸⁵ *Jenseits von Gut und Böse*, 22. — ⁸⁶ *Règles de la méthode sociologique*, préface de la 2^e édition: les faits sociaux... sont des choses au même titre que les choses matérielles. Cf. R. Lacombe, *La méthode sociologique de Durkheim*, Paris, 1926, 2: la sociologie ne peut devenir une science vraiment digne de ce nom si elle reste la «chose» de l'école durkheimienne. *Ib.*, 89: Derrière une façade qui semble

stvari mogoče vplivati samo s sunkom, per solam corporum pulsionem.⁸⁷ Zaradi tega so problem socialne zakonitosti reducirali na tako imenovane faktorje, to je na činitelje, ki mehanično poganjajo inertne socialne stvari. To pojmovanje je prodrlo celo v kriminalno vedo, ki se je pričela ukvarjati s faktorji zločinstvenosti. Drugi simbol je družba kot organizem. Sociologus nemo, nisi biologus.⁸⁸ In preplavili so sociologijo s slutvobijološkimi zakoni. Tretji simbol je družba kot gospodarstvo. In jeli so jo smatrati za osobito podrejeno naravnim zakonom. Pri tem se navadno sklicujejo na Marksa, ki je v predgovoru k prvi izdaji Kapitala govoril o naravnih zakonih, delujočih z železno neizogibnostjo⁸⁹ in je imenoval normativne zakone »iluzije pravnikov«.⁹⁰

Kako pa so odkrivali vse te naravne zakone? Eni so jih odkrivali apriorno in deduktivno. Čim je zakon bolj ali manj Laplaceovskega tipa odkrit, je znanost opravila svoj posel. Treba je samo še spraviti ž njim v sklad pretekla dejstva in vnaprej videti bodoča dejstva, po Comtovi formuli: science d'où prévoyance.⁹¹ In pričelo se je med sociologi tekmovalje: kdo bo prej odkril čim večje število zakonov. Drugi sociologi so bili skromnejši. Zatekli so se k induktivni metodi. In so v veri v zakonitost sveta, ki jo je izpovedoval in propovedoval Mill, upali, da se bodo po tej poti dokopali do zakonov. Namestu zakonov pa so dobili samo posplošitve dejstev. Bilo so koristne znanosti, kakor vsaka posplošitev. Toda naravni zakoni niso bile nikakor. Navzlic temu pa so verovali, da je človeška družba, prav tako kakor narava, podrejena »večnim, železnim, velikim naravnim zakonom«, kakor je trdil Haeckel. Ta vera živi do dandanes v prenekaterem družboslovcu. Toda danes je že anahronistična, kajti pojem naravnega zakona je že zdavnaj izgubil svoj absolutni smisel.

donner à la sociologie la rigueur des autres sciences se masque un procédé qui ne permet d'aboutir qu'à des résultats contestables et dénués de valeur scientifique.

⁸⁷ Tschirnhaus, *Medicina mentis*, Lipsiae, 1695, 43. — ⁸⁸ P. Lilienfeld, *Zur Verteidigung der organischen Methode in der Soziologie*, Berlin, 1898, 9. — ⁸⁹ *Das Kapital*, Vorwort: Die Naturgesetze der kapitalistischen Produktion. — ⁹⁰ *Ib.*, I. Band, 1928, 552. — ⁹¹ *Cours*, I, 35.

VI.

Pričelo se je s Queteletom. Trdil je, da zakoni, ki zadevajo eksistenco družbenega telesa, v bistvu niso neizpremenljivi.⁹² Osnova za raziskovanje naravnih zakonov ni neobhodnost, marveč verjetnost.⁹³ Tako je bil probabilizem, ki so ga v XVI. stoletju vnesli v moralno deontologijo, prenesen v socialno ontologijo. Quetelet ne priznava absolutnega, marveč prizna relativni determinizem. Relativen je v dveh ozirih. Prvič, to ni determinizem zaključenega in dovršenega sistema vsega bitnega, kakor pri Spinozi, ki je determinizem zamenjaval s fatalizmom. To je determinizem ločenih serij ali vrst. Drugič, pa je to determinizem, ki ne izvaja posledic in vzrokov, marveč se registrira, sešteva in posplošuje posamezna dejstva, ki so sama zase svobodna. »Individualne volje se nevtralizirajo sredi splošnih volj.«⁹⁴ Hkratu s Tocquevilom, ki je pokazal, da se v demokraciji individualne razlike izravnajo, je vzel Quetelet za predmet svojega raziskovanja povprečnega človeka.⁹⁵ »Tak človek ali, če hočete, fiktivno bitje.«⁹⁶ Ravno je predmet socialne fizike. Eno izmed odkritij te fizike, ki je vzbudilo mnogo hrupa, je bila Queteletova izjava o regularnem zločinu. Njegovi učenci so jo tolmačili v fatalističnem smislu. Toda kakor Marx ni hotel biti marksist in Tolstoj ne tolstojevac, tako tudi Quetelet ni hotel biti queteletist. Njegova izjava o proračunu zločinstva se zaključuje s trditvijo, da človek razpolaga z moralnimi silami, ki mu dajejo možnost spreminjati naravne zakone, ki ga zadevajo.⁹⁷

Tako se je socialna zakonitost spremenila v statistično.⁹⁸ Ta se pa lahko popolnoma sklada z indeterminizmom. Po terminologiji Bernullija, ki jo je obnovil L. Bortkiewicz, je ta zakonitost stohastična.⁹⁹ Kakor je dokazoval A. A. Čuprov, nima nomografskega značaja, marveč idioografski značaj.¹⁰⁰ Namestu funkcionalne odvisnosti samo

⁹² *Physique sociale ou essai sur le développement des facultés de l'homme*, I, 1869, 128. — ⁹³ *Ib.*, 133. — ⁹⁴ *Ib.*, 100. — ⁹⁵ *Ib.*, 147. — ⁹⁶ *Ib.*, 149. — ⁹⁷ *Ib.*, 99. — ⁹⁸ Aussi est-elle (la statistique) la méthode sociologique par excellence (G. Tarde, *Lois de l'imitation*, 113). — ⁹⁹ Al. Bilimovič, *Nauk o konjunkturah*, Ljubljana, 1931, 83. — ¹⁰⁰ *Očerki po teoriji statistiki*, 1910, 45 sq.

korelacijska. In namestu neizogibnosti samo stabilnost,¹⁰¹ ki ne izključuje niti disperzije. Svet je diskreten. Kjer pa je diskretnost, tam je tudi verjetnost.¹⁰²

Stvar, ki jo je začel Quetelet, je nadaljeval in poglobil Cournot. Osvobajal ni samo duhovnega in duševnega sveta, marveč tudi fizično naravo od fatalistično pojmovanega determinizma. Lotil se je raziskovanja slučajnih pojavov, ki so bili po okazionalistih XVII. stoletja potisnjeni v stran. V opreki z Humom in Laplaceom, ki sta slučaj pojmovala kot pojav, katerega vzrok nam ni znan, je Cournot dokazoval, da ima slučaj svojo utemeljitev v naravi¹⁰³ in da ne izvira samo iz slabosti človeškega duha. Slučajni so dogodki, ki nastajajo potem križanja ali sovpadanja dveh vrst pojavov,¹⁰⁴ na primer: opeka prileti na glavo mimoidočega. Iz tega razloga je zakonitost sveta samo verjetnostna. Verjetnost ni samo gnozeološki, marveč tudi ontološki pojem. Ker je svet poln slučajnosti, to je dogodkov, ne predstavlja sistema, marveč tvori zgodovino. Zaradi tega je tudi znanost o prirodi prirodna zgodovina, ki jo je razumeti kot meno individualnih in ne ponavljajočih se dogodkov. Pripravljajoč Rickerta, je Cournot pisal: »veliki objekti v naravi, pojavi fizičnega reda dopuščajo v masi slučajev kronologijo, anale, zgodovinsko zaporednost. Možno je na primer sestaviti zgodovino vulkana, čisto kakor zgodovino nekega mesta.«¹⁰⁵

Cournotove misli, da se zgodovina ne ulega v okvir naravnih zakonov, so našle svoje nadaljevanje pri Navillu, Diltheyju, Rümelinu, Windelbandu in Rickertu. Njegove misli o slučajnosti na sploh, pa je poglobil E. Boutroux.

Naville se je jel ukvarjati z logiko hipoteze šestindvajset let pred izidom H. Poincaréjeve knjige »La science et l'hypothèse« v letu 1880. Ugotovil je pričujočnost hipoteze v vseh elementih znanosti brez izjeme.¹⁰⁶ Trdil je, da se naše znanstvene ideje, ne izvzemši niti zakonov, pričenjajo s

¹⁰¹ Lexis, Gesetz (Handwörterbuch der Staatswissenschaften, IV, 1927, 882). — ¹⁰² E. Čepurkovski, Mir kak verojatnost, Harbin, 1929, 392. — ¹⁰³ Essai sur les fondements de nos connaissances et sur les caractères de la critique philosophique, nouvelle édition, Paris, 1912, 460. — ¹⁰⁴ Ib., 37. — ¹⁰⁵ Ib., 445. — ¹⁰⁶ La logique de l'hypothèse, Paris, 1880, VI.

predpostavljajem. In ugotovil je tri spoznavne tipe, ki jih ni mogoče reducirati na enega samega: zgodovino, teorematiko in regulativne znanosti. Zgodovina s svojimi dogodki ne pozna teorematike. A teorematika s svojimi zakoni ne pozna zgodovine. V svoji knjigi »Uvod v znanosti o duhu«, ki je bila zamišljena kot kritika historičnega razuma, je Dilthey dokazoval, da znanost s ponosnim imenom socijologija sploh ni znanost,¹⁰⁷ prvič, ker meni, da je duhovno resničnost mogoče spoznati s pomočjo prirodoznanskih pojmov, drugič pa, ker skuša sirovo materijo singularnega alkimistično pretvoriti v čisto zlato abstraktnega.¹⁰⁸ G. Rümelin je trdil, da navzlic dolgoletnemu raziskovanju ni mogel odkriti niti enega zgodovinskega zakona. Windelband¹⁰⁹ je ločil naravoslovje od zgodovine. Prvo se ukvarja z nomotetiko, to je z zakonodajo, druga pa z idijografijo, to je z opisovanjem individualnega in enkratnega. Naravoslovje s svojimi zakoni ni konkretno, marveč abstraktno, kajti odmišljajoč od resničnosti, ustvarja sistem odmišljenih ali abstraktnih pojmov. Zgodovinska znanost, ki se ne ulega v okvir zakonov, pa je znanost o dejanski, faktični resničnosti. Rickert je dokazoval, da tvori naravoslovni tvornosti pojmov mejo realno resničnost. Raziskovati resničnost je mogoče samo zgodovinsko.¹¹⁰ In ker v nji ni nič splošnega, marveč je vse samo enkratno, je ni mogoče proučevati s pomočjo zakonov. Zgodovinski zakon je *contradictio in adjecto*.¹¹¹ Človek kot predmet zgodovine je individualnost, ki sodeluje pri ustvarjanju kulturnih vrednot. In te se vrednotijo po tem, koliko ustrezajo temu ali onemu idealu.

Razvijajoč te misli dalje, je Stammler pričel trditi, da naravni zakoni niso nič drugega kakor »združujoče opredelitve našega dojemanja«.¹¹² Glede na socialno življenje pa zakonitost, to se pravi, »v temelju ležeča enotnost«,¹¹³

¹⁰⁷ Einleitung in die Geisteswissenschaften, I, Leipzig, 1883, 108. — ¹⁰⁸ Ib., 115. — ¹⁰⁹ Präludien, II, Geschichte und Naturwissenschaft. — ¹¹⁰ Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, I, 1896, 227. — ¹¹¹ Ib., 258; Cf. II, 1902, 413: Kausalität und Naturgesetzlichkeit müssen also geschieden werden. — ¹¹² Theorie der Rechtswissenschaft, Halle, 1911, 50. — ¹¹³ Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, Dritte Auflage, Leipzig, 1914, 331.

ne leži v elementarnih vzrokih, marveč v smotru in v končnem idealu.¹¹⁴ Mutatis mutandis, Stammler se je vrnil k tradiciji Platonovi, ki je trdil, »da ima krepost eno podobo, zlo pa jih ima neskončno«¹¹⁵ in še k tradiciji Avguštinovi, ki je mnogo pred Kantom ugotavljal absolutni determinizem (non posse peccare) npravne popolnosti.¹¹⁶ Stammler uči, da zakonitost sovpađa s telesom. »Socijalni dogodek je zakonit po svoji vsebini, kadar je resnično sredstvo za osnovni smoter.«¹¹⁷ Tako se teleologija vrača v družboslovje in Aristotelove *causae finales* se nanovo prebujajo. Hkratu s tem daje Stammler zakonu zopet njegov normativni juridični pomen: zakoniti smotri, trdi Stammler, se nahajajo v območju pravne ureditve družabnega življenja; njihov vrhunec pa je princip pravnega prava.¹¹⁸

Leta 1879. je izšla knjiga Emila Boutrouxa »O slučajnosti prirodnih zakonov«. Kakor v nji, tako izdeluje Boutroux tudi v drugih svojih knjigah, zlasti pa v knjigi »Ideja naravnega zakona v sodobni znanosti in filozofiji« — tri misli. Prvič, v tako imenovanih prirodnih zakonih je mnogo subjektivne relativnosti: »zakoni, ki jih podaja znanost, so in ostanejo ne absolutne trditve, temveč vprašanja, ki jih eksperimentator zadaja naravi in katerih izraz je voljan spremeniti, če se jim narava noče prilagoditi.«¹¹⁹ Drugič, univerzalnih zakonov bitja ni, so samo posebni in drug od drugega neodvisni zakoni posameznih pojavnih skupin. Matematični zakoni se ne dajo reducirati na logične zakone, zakoni fizike ne na matematične; biološki zakoni ne na zakone fizike in psihološki ne na zakone biologije itd.¹²⁰ Stvar ni taka, kakor je trdil Comte, da imamo povsod oprava z eno samo, nepretrgano, le vedno bolj in bolj komplcirano vodo o telesih. Marveč je stvar taka, da je resničnost

¹¹⁴ *Ib.*, 565 sq. — ¹¹⁵ *Respublica*, 445. C. Cf. Aristoteles, *Ethica*, II, 5. — ¹¹⁶ De corruptione et gratia, XII: prima ergo libertas voluntatis erat, posse non peccare; novissima crit multo major, non posse peccare. Cf. France Veber, Sv. Avguštin, 1931, 85. — ¹¹⁷ *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, I, 1923, Die Gesetzmässigkeit in Rechtsordnung und Volkswirtschaft, 179. — ¹¹⁸ *Ib.*, 180. — ¹¹⁹ *Science et religion dans la philosophie contemporaine*, Paris, 1919, 353. — ¹²⁰ De la contingence des lois de la nature, neuvième édition, Paris, 1921, 138: chaque monde contient quelque chose de plus que les mondes qui lui sont inférieurs.

skokovita in hierarhična. In naposled tretjič, kolikor naravni zakoni niso principi, marveč dejstva, toliko so spremenljivi.¹²¹ Podobno kot zanikava Knies »perpetualizem« ekonomskih zakonov, negira Boutroux stalnost naravnih zakonov. Imajo svojo zgodovino, svoj razvoj, — misel, ki se je zdela matematiku H. Poincaréju tako nenavadna, da je posvetil posebno, nemalo bistroumno studijo dokazu, da bi človek sploh ne mogel opaziti, če bi se naravni zakoni res spreminjali.¹²² Zaključki, do katerih prihaja Boutroux, so iskanju naravnih zakonov prej koristni nego nasprotni. Kakor je Hegel dejal, da na človeka, ki razumno gleda na svet, tudi svet razumno gleda,¹²³ tako je tudi Boutroux zagotavljal, da človek ni nestvor sredi narave.¹²⁴ In če je njegova ratio cognoscendi usmerjena ravno k iskanju zakonitosti bivanja, potem ne more biti drugače, kakor tako, da temu stremljenju ustreza tudi neka ratio essendi istega bivanja. Toda pri tem je bil izključen slednji naturalizem in fatalizem. Proglašena filozofija slučajnosti in svobode je odpirala vrata etiki in religiji.¹²⁵

Ves nadaljnji razvoj filozofije je potekal in poteka v tem duhu demontaže vseh konstrukcij naravnih zakonov in determinizma. Bergson je napovedal vojno mehničnemu pojmovanju ne le človeškega sveta, marveč tudi prirode in je uvedel v pojem razvoja motiv stvaritve (*évolution créatrice*) in poleta, član.¹²⁶ Pripravil je gnozeološko in metafizično prostor, na katerem lahko dejstvuje homo faber.

¹²¹ Émile Boutroux, par P. Archambault, 41. — ¹²² *Dernières pensées*, Paris, 1920, 5 sq.: *L'évolution des lois*; 28: Ainsi il n'est pas une seule loi que nous puissions énoncer avec la certitude, qu'elle a toujours été vraie dans le passé avec la même approximation qu'aujourd'hui, je dirai plus, avec la certitude qu'on ne pourra jamais démontrer qu'elle a été fautive autrefois. Et néanmoins, il n'y a rien là qui puisse empêcher le savant de garder sa foi au principe de l'immutabilité. — ¹²³ *Philosophie der Weltgeschichte*, Lasson, 1917—20, 7. — ¹²⁴ De l'idée de loi naturelle. — ¹²⁵ De la contingence, 170: Le triomphe complet du bien et du beau ferait disparaître les lois de la nature proprement dite et les remplacerait par la libre essor des volontés vers la perfection, par la libre hiérarchie des âmes. — ¹²⁶ Ainsi envisagée, l'évolution apparaît comme s'accomplissant par sauts brusques (*Les deux sources de la morale et de la religion*, septième édition, Paris, 1932).

Kakor je opomnil Poincaré, Bergsonov svet nima zakonov.¹²⁷ Po nekoliko mehkejši formulaciji W. Sterna je zakonit vsak dogodek, samo zakonit pa nobeden.¹²⁸ James je naturalističnemu determinizmu zoperstavil pogled na človeka kot bitje, ki v spoznavnem redu »brzda čustveno realnost« s pomočjo svojih konceptov,¹²⁹ v redu dejavnosti pa predstavlja »kodeterminanto Božanstva« pri opredeljevanju bodoče usode sveta.¹³⁰ Tako se je filozofija odrekla še v XVII. stoletju proglašeni veri v absolutno vedo z dokončnimi in izčrpnimi formulami bitja, ki bi jih bilo v skladu Laplaceovim idealom mogoče strniti v eno samo formulo. Namestu tega je proglasila relativnost našega znanja, za katero zakoni niso drugega kakor hipoteze ali celo fikcije, kakor je zagotavljal Vaihinger. Trdil je, da so vsi naravni zakoni le fikcije¹³¹ in da evolucija idej obstoji v prehodu od dogem k hipotezam in od hipotez k fikcijam.¹³² Absolutnost je bila vrnjena religiji. Človek pa je sprejel spet svojo svobodo, iz katere izvira njegova pravica do teleologije in tvornosti. Trditvam, da je podrejen zakonom narave, je bilo zoperstavljeno ironično vprašanje: kakšna ženska je to? Metafizična karijera naravnih zakonov je bila končana. Veličini je sledil padec. In njihovo usodo je mogoče označiti z Balfourjevo besedo o zgodovini misli sploh: skuppek opuščenih teorij.

VII.

Tako je novejša filozofija pokazala, kako pogojni in relativni so zaključki zakonodajnih znanosti in kako enostranska je trditev: vere scire est per leges scire, četudi načelno ne zametava takih znanosti. In ta svoja izvajanja v veliki meri gradi na velikem prevratu, ki se v sedanjem času vrši v naravoslovju. Tam je zelo opešal nomotropizem, da ga tako imenujemo, to se pravi, stremljenje po spoznavanju zakonov.

V začetku XIX. stoletja so smatrali za ideal naravoslovja zakon, in sicer še bolj univerzalen zakon, kakor je Newto-

¹²⁷ *Dernières pensées*, 31. — ¹²⁸ *Person und Sache*, I. Band, zweite Auflage, 1923, 375: *Gesetzmässig ist jedes Geschehen, nur gesetzmässig ist kein Geschehen.* — ¹²⁹ *Some Problems of Philosophy*, IV. — ¹³⁰ *Ib.*, XIV. — ¹³¹ *Die Philosophie des Als Ob*, Leipzig, 1920, 417. — ¹³² *Ib.*, 219.

nova privlačnost. In tak zakon so pojmovali kot mehanično formulo. V njenem imenu so priznavali za možno in za neobhodno, reducirati vse komplicirano na preprosto in vse višje pojave na nižje. Odstranili so, kakor je dejal Laplace, hipotezo Boga, ker jim je bila nepotrebna. Duhovnega človeka so razlagali z duševnim, duševnega s telesnim. Organski svet so izvajali iz neorganskega, neorganskega pa iz matematičnih količin. Thomson (lord Kelvin) je trdil, da pojav razumemo šele tedaj, ko ga izrazimo s števili. Tolikanj poenostavljeni svet je bilo tem laglje razlagati nomologično, ker so ga navzlic njegovi neskončnosti smatrali za zaključen — *il mondo e pocco* — in konservativen sistem, v katerem se ponavlja eno in isto nekomplicirano gibanje. Ta konservativizem je dobil zaveznika v osebi Roberta Mayerja in v njegovem nauku o enakosti vzroka in učinka kot delavnih ekvivalentov,¹³³ ki je omogočil na mesto kalejdoskopa pojavov postaviti trajnost količine.¹³⁴ Aliter, sed eadem. Ali kakor se je izrazil Poincaré, *il y a quelque chose qui demeure constant*. Zdelo se je, da se že bližamo Laplaceovi formuli in da bomo z njeno pomočjo lahko nezmotljivo določili, kakor se je izrazil Dubois Reymond, celo osebnost železne Maske in čas, ko bo na Aji Zofiji zopet zablestel grški križ in ko bo Anglija požgala zadnje ostanke svojega premoga.

Toda vera v vsevednost s pomočjo determinirujočih naravnih zakonov je bila omajana. To kar je glede na socialno fiziko storil Quetelet, sta glede na mehanično naravo dovršila Maxwell, zlasti pa Boltzmann. Spremenil je drugi zakon termodinamike v statistično in verjetnostno posplošitev pojava, ki se izvrši pri trčenju molekularne mase.¹³⁵ V enakem duhu so bili razloženi tudi biološki zakoni. Galton je uvedel v biologijo metode variacijske statistike. Odlčni nasprotnik mehaničnega monizma, Dennert, je izjavil, da protoplazma deluje po zakonih verjetnosti.

Izčrpní determinizem naravnih zakonov je bil omajan z mutacijo, z ektropizmom življenja (Auerbach), s porastom,

¹³³ I. Weyrauch, Robert Mayer, der Entdecker des Princips von der Erhaltung der Energie, Stuttgart, 1890, 35. — ¹³⁴ A. Riehl, Zur Einführung in die Philosophie der Gegenwart, zweite Auflage, Leipzig, 1904, 152 sq. — ¹³⁵ Hans Reichenbach, Atom und Kosmos, Berlin, 1930, 180. Cf. H. Poincaré, Dernières pensées, 168: L'équilibre statistique.

ne pa z upadanjem psihične energije (Wundt), z nekakimi nepričakovanimi vzplamenitvami novega bitja, ki so dali C. H. Lewesu in Lloyd Morganu povod, spregovoriti o »vznikajoči evoluciji« (emergent Evolution). Stroga vzročna zakonitost naravnih procesov se je pokazala kot pravilna samo v mejah makroskopičnega raziskovanja narave. Pri prehodu k mikroskopičnemu raziskovanju prirode, zlasti atomov energije, ki jih je Planck nazval njene kvantume, so se formule klasične zakonitosti pokazale kot neuporabne. Kakor pravi berlinski fizik Reichenbach, vodi mehanika kvantumov k resignaciji na strog pojem zakona.¹³⁶

Kolikor je pri dinamizmu mobilizirane prirode vendarle mogoče govoriti o njeni stabilizaciji, se je pojavila misel o hierarhični strukturi sveta. Hierarhija ni mišljena samo v mejah drugega termodinamičnega zakona, to se pravi v toliko, kolikor še eksistirajo razne fizične plasti in neenake temperature, torej kolikor še ni nastopila popolna degradacija energije ali entropija. Marveč vse, kar eksistira je priznано za raznoznatno: neorganski svet, organski in nadorganski se ne dajo spraviti na skupni imenovalec. Zaradi tega so monistično Laplaceovo zakonitost nadomestili s pluralistično. Proglasili so, kakor je dejal Driesch, avtonomijo življenja.¹³⁷ Biologija se je emancipirala od mehanike in je na drugi strani osvobodila psihologijo svojega vpliva.

Windelband je prištel psihološko znanost, ali kakor se je skromneje izrazil James, to upanje na znanost, med nomotetične znanosti; Rickert je trdil, da je »naravoznansko oblikovanje pojmov za psihološke procese neobhodno«,¹³⁸ Becher jo je imenoval znanost o zakonih.¹³⁹ Novejša psihologija pa se osvobaja naturalističnega determinizma in vzpostavlja, kakor je pri Wundtu opomnil Bumke¹⁴⁰ — dušo. Človek dobiva spet svobodno voljo. In njegov jaz v spopadu motivov ni več njih mehanični rezultat, marveč je po izrazu zastopnika »kritičnega indeterminizma« Joela predsednik zborovanja, ki vodi debato in prešteva glasove.¹⁴¹ Tako je postal nedavni homo subditus naturae ne le homo additus

¹³⁶ *Ib.*, 283. — ¹³⁷ *Philosophie des Organischen*, Leipzig, 1921, 139. — ¹³⁸ *Die Grenzen*, I, 208. — ¹³⁹ *Geisteswissenschaften und Naturwissenschaften*, 1921, 178. — ¹⁴⁰ *Psychologische Vorlesungen*, 1923, 3. — ¹⁴¹ *Der freie Wille*, 1908, 5.

naturae, marveč celo homo superans naturam. Prelevil se je iz kozmičnega fakta v kozmični faktor. Driesch piše: »Maxwellovi demoni eksistirajo, to smo mi sami.«¹⁴² Posebno zanimiva so novejša dela o človeku kot geološkem faktorju,¹⁴³ ki mutatis mutandis poglobljajo misel pozabljenega francoskega samouka XVIII-ega stoletja, Castela.¹⁴⁴

Toda s tem stvar še ni zaključena. Pokazalo se je, da pridemo pri razlaganju višjega, to je psihičnega, z nižjim, to je z biološkim, — do *obscurum per obscurius* ali celo do *clarum per obscurum*; dočim obratni postopek prinaša nekoliko jasnosti v skrivnost življenja. Zaradi tega je na primer Driesch uvedel v biologijo pojem psihoida.¹⁴⁵ Louis de Broglie je šel še dalje in je pri elementih energije govoril o svobodni samovolji narave, *libre arbitre de la nature*.¹⁴⁶ V bitje in zgradbo narave vnašajo indeterminizem, ali kakor ga imenuje N. Losskij, — *arbitrarizem*.¹⁴⁷ Po vsem tem se v sodobni filozofiji ni čuditi novemu prebujenju problematike o osebnosti. Pri tem pojmuje W. Stern hierarhijo zakonov tako široko, da smatra število zakonov za enako številu osebnosti.¹⁴⁸

Vse to pa nikakor ne izključuje in ne onemogoča iskanja naravnih zakonov v sodobnem naravoznanstvu. In prav je imel Helmholtz, ki je svaril, da jih ni sméti zamenjati z mitično fantazijo in metafizično spekulacijo. Toda naravni zakoni imajo sedaj dosti bolj skromen in relativen pomen, kar je v zvezi z vsesplošnim relativizmom, ki je tako tipičen za novejše naravoznanstvo.¹⁴⁹ Nekateri, kakor Kirchhoff, so mnenja, da zakoni opisujejo, a ničesar ne pojasnjujejo. Drugi, na primer Verworn s svojim conditionismom, mislijo, da ne izražajo vzrokov, marveč pogoje. Tretji jih, kakor Driesch, ne smatrajo za kaj drugega kakor za plod klasifi-

¹⁴² Philosophie des Organischen, 456. — ¹⁴³ W. Vernadsky, La Géochimie, 1924, 306. — ¹⁴⁴ E. Spektorskij, Zgodovina socialne filozofije, I, 1932, 246. — ¹⁴⁵ Philosophie des Organischen, 357. — ¹⁴⁶ L. Lavelle, De Démocrite à M. Louis de Broglie (Le Temps, 16/II 1930). Cf. Félix Le Dantec, De l'Homme à la Science, Paris, 1919, 189: Dans le langage de la mécanique universelle, déterminisme et fatalisme sont synonymes — ¹⁴⁷ Svoboda volji, 124. — ¹⁴⁸ Person und Sache, III, 1924, 238. — ¹⁴⁹ Lucien Fabre, Une nouvelle figure du monde, 1921, 116.

kacije in indukcije. *Klasseninduktorische Satzungen*.¹⁵⁰ Četrtri, kakor Huxley in Louis de Broglie v nasprotju z Millen mislijo, da opisujejo naravni zakoni samo preteklost, ne dajejo pa nobenega jamstva za predvidevanje bodočnosti. Peti smatrajo fizične zakone za predmet vere, kakor na primer profesor fizike v Sorboni E. Bouty.¹⁵¹

Da se onemogoči sleherno nesporazumljenje, je potrebno kategorično izjaviti, da vse to ne priča o obubožanju znanosti in o njeni bankerotnosti, marveč nasprotno, o njeni ogromni obogatitvi. V njeno območje vstopa širok in drveč potok novih dejstev. Razkrivajo se ji docela novi, ogromni horizonti. Toda prav zaradi tega postaja ozki in abstraktni determinizem tradicionalne naravoslovne nomotetike nezadosten in neustrezajoč veličini problemov, ki stoje pred sodobnim naravoznanstvom.

VIII.

In to naj bo navodilo tudi za družboslovce. Dolgo so jadrili s tujo zastavo naturalističnega determinizma. Toda s tem so malo pridobili in zelo veliko izgubili. Nekoč je neki državni tožilec Kirchmann obtožil jurisprudenco, da kot znanost nima nobene vrednosti in da gredo pri izdajanju novih zakonov cele juridične biblioteke med makulaturo.¹⁵² Toda še več makulature so vrgle grmade knjig, ki so ugotavljale take »zakone« socialnega življenja, ki jih danes nihče več ne pomni, razen morda ljubiteljev bibliografskih zanimivosti. Posebno občutno je družbenim znanostim škodilo naturalistično in materialistično pojmovanje naravne zakonitosti. Zavedlo je socialno gnozeologijo do tega, da ni stvorila lastnih, specifično socialnih pojmov. Pokvarilo je s svojo tujevrstno in temno frazeologijo terminologijo moralnih in socialnih znanosti, ki je bila nekoč, kakor je zagotavljal Hemsterhuis, prav tako jasna kakor ideji trikotnika in kroga. Isto pojmovanje naravne zakonitosti je kompromitiralo tudi socijologijo in zmedlo take znanosti, kakor

¹⁵⁰ *Ordnungslehre*, Jena, 1923, 173. — ¹⁵¹ *La vérité scientifique, sa poursuite*, Paris, 1916, 88. — ¹⁵² *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin, 1848, 23.

sta kriminalna veda¹⁵³ in ekonomika.¹⁵⁴ Navzlic temu pa veliko družboslovcev še vedno ne vpoštevata Baconovega svavila *veritas citius ex errore emergit, quam ex confusione* in se navdušuje za dogme naturalizma. Pri tem se jim zdi, da se opirajo na naravoznanstvo, kot na vedo, ki je tudi za socijalne vede temeljna znanost (*Grundwissenschaft*) in da stoje na višku prave znanstvene filozofije. V resnici pa ravno s tem zaostajajo za filozofijo znanosti in za novejšimi smermi v naravoznanstvu, v razmerju do katerega so, kakor se pravi, *plus royalistes que le roi*.

Čas je, da družboslovci store vse gnozeološke, ontološke in etične zaključke, ki slede iz dejstva, da je pojem naravnih zakonov relativen in da njihova problematika nikakor ne zahteva vere v naturalistično metafiziko. Tedaj bo odpadel marsikak nesporazum. Tedaj bo lažje uporabljati delavno hipotezo zakonitega redu — kakor pri problemih bitja, tako tudi pri problemih nastajanja in pri problemih dolgotrajnosti v družabnem življenju. To bo privedlo do ostvaritve Helvetijeve sanje, toda ne v smislu naturalističnega monizma, marveč prej v smislu antične delitve edinstvene filozofije na logiko, fiziko in etiko. Splošno gnozeološko poglavje bo združilo fiziko in etiko kakor dva stolpca. Toda to bosta dva drug od drugega ločena stolpca. Etika ne nadomesti fizike. Toda tudi fizika ne nadomesti etike.

¹⁵³ F. v. Liszt je ponovno naglašal, da je zašlo sodobno kazensko pravo v slepo ulico. — ¹⁵⁴ J. Dobretsberger, *Die Gesetzmässigkeit in der Wirtschaft*, Wien, 1927, 7: ... nachdem die naturwissenschaftlichen Analogien (ähnlich wie in der Soziologie und Staatslehre) fast ein Jahrhundert hindurch die ökonomischen Probleme durch die Herrschaft bildlicher Ausdrücke — häufig eine Herrschaft des Wortes — in eine Sackgasse geführt haben. Cf. Adolf Weber, *Einleitung in das Studium der Volkswirtschaftslehre*, 1932, 26: es giebt keine wirtschaftlichen Gesetze gleich unentrinnbaren Naturgesetzen; Rodbertus je pisal: Wie soll Natur sein, was klar wie die Sonne nur das Produkt jahrtausendelanger menschlicher Gesetzgebung ist. (P. Mombert, *Geschichte der Nationalökonomie*, Jena, 1927, 392).

Les destinées des lois naturelles dans la philosophie sociale.

Resumé.

La conception de la loi en général et celle de la loi naturelle en particulier fut, pendant longtemps, »impérative« et »déontologique« et non »indicative« et »ontologique«. Telle elle fut dans la philosophie des stoïciens qui la compliquèrent par leur fatalisme. Encore au XVII^e siècle, les livres de »De legibus naturae« traitaient des problèmes éthiques et non physiques. Mais ce même siècle vit se produire un grand changement dans les idées: la déontologie fut reconnue relative et l'ontologie — absolue. Les sciences naturelles s'assimilèrent et même s'approprièrent l'idée de la loi. Elle devint une formule de déterminisme mécanique mêlé de fatalisme. Le monde fut considéré comme un système stabilisé des processus toujours les mêmes se renouvelant mécaniquement. Hobbes et surtout Spinoza appliquèrent cette nouvelle conception à la vie sociale. Ainsi naquit l'idée de la physique sociale. Au XVIII^e siècle, on considéra le plus souvent la loi naturelle comme un prototype normal qu'une intervention maladroite peut altérer. L'idée de la physique sociale réapparut au cours de la première moitié du XIX^e siècle et, avec elle, les lois naturelles conçues, à la manière des naturalistes, comme une sorte de fatalité. Mais on se mit à démolir cet édifice de déterminisme mécanique. Quetelet réduisit la physique sociale à un ensemble statistique des phénomènes probables et des actes libres. Cournot et E. Boutroux approfondirent encore davantage ce qu'il y avait de fortuit et de relatif dans les lois naturelles. Naville, Windelband, H. Rickert et d'autres délivrèrent l'histoire du joug du déterminisme. Bergson découvrit, dans le processus de l'évolution, la création et l'élan. James reconnut dans l'homme un »codéterminant« de Dieu, dans la consommation des destinées du monde. En même temps, une révolution se fit dans la philosophie des sciences naturelles. Le système classique statique et conservateur du monde fut déclaré insuffisant. Boltzmann, Driesch et d'autres changèrent les lois de la nature en un ensemble statistique des processus probables. Les lois furent considérées comme relatives et applicables seulement à l'étude du macrocosme. Quant au microcosme, Louis de Broglie y vit le règne d'une sorte de libre arbitre de la nature. Vu cet état du problème des lois de la nature, il est temps et lieu de faire une révision des dogmes de déterminisme naturaliste qui règnent encore dans les sciences sociales. Cette révision ne peut que leur être utile car ces dogmes entravent l'évolution des sciences de l'homme et de la société et sont cause de pas mal de confusions.

Red. univ. prof. dr. Janko Polec:

O odpravi nevoljništva na Kranjskem.

1. Slovenci so bili v preteklosti narod kmetov brez domačega plemstva in dolgo tudi brez domačega meščanstva. Naravno je zato pravni in socialni položaj kmeta centralni problem naše pravne, gospodarske in socialne zgodovine. Vendar je ostalo to glavno vprašanje v našem znanstvu dolgo nedotaknjeno.

Šele prvi poklicni naš pravni in gospodarski zgodovinar Vladimir Levčec je načel problem naše agrarne zgodovine. Navzlic svoji mladosti in kljub temu, da je tako zgodnja smrt prekinila njegovo delo, je v svojih »Pettauer Studien«¹ tako globoko zajel, da vodi od teh razprav ravna črta preko Dopschove: »Die ältere Sozial- und Wirtschaftsverfassung der Alpenslaven« (1909), ki se skoro izključno bavi z Levčevimi trditvami, in razprave Ljudmila Hauptmanna: »Das Schöffentum auf slov. Boden«² do lepih raziskav Frana Vatovca³ in Pavla Blaznika⁴ iz historične šole ljubljanske modroslovne fakultete.

Zelo pomembna za zgodovino pravnega razmerja kmeta do zemljišča v starejši dobi je razprava Ljudmila Hauptmanna: »Über den Ursprung von Erbleihen in Österreich, Steiermark und Kärnten.«⁵

Zlasti je pa v preteklem desetletju neutrudni Metod

¹ Mitteilungen der Anthropolog. Gesellsch. in Wien. XXVIII., XXIX. und XXXV. Bd., 1919, 1899, 1905.

² Ztschft. des hist. Ver. f. Steiermark. 1912.

³ Fr. Vatovec, K starejši upravni in gospodarski zgodovini laškega okraja. 1927.

⁴ Pavle Blaznik, Kolonizacija Selške doline, 1928.

⁵ Forschungen z. Verfass. u. Verwaltungsgesch. d. Steiermark, VIII Bd. 4. Hft. 1913.

Dolenec s svojimi mnogoštevilnimi razpravami,⁶ ki jih je, vsaj prvotno, nanizal okrog problema vinogorskih zborov na Dolenjskem, zarezal globoke brazde v dotlej tako malo obdelano ledino kmetijskih pravnih odnošajev. Veličine in pomena tega dela se sodobniki komaj zavedamo in je jedva zadosti cenimo. Ali te dragocene osnovne raziskave se tičejo, vsaj po večini, pravnih razmer naših kmetov med seboj, slovenskega običajnega zasebnega in kazenskega prava, predvsem na Dolenjskem.

Prav v zadnjem času odkriva Rudolf Andrejka⁷ v

⁶ Razprave prof. Metoda Dolence o kmetijskih pravnih razmerah pri Slovencih: Pravosodstvo Kostanjeviške opatije v letih 1631 do 1655, ČZN XI., 1914, str. 33—67; Von der Straferichtsbarkeit inneröster. Taidinge im 17. Jhd. v »Archiv f. Kriminalanthropologie u Kriminalistik«, 1914, Bd. 30, str. 349—359; Pravni izrazi v prevodih vinogorskega zakona, ČJKZ II., 1920, str. 72—91; Pravosodstvo pri novomeškem inkorporiranem uradu nemškega viteškega reda v letih 1721 do 1772, ZZR I., 1921, str. 22—100; Pravosodstvo cistercijske opatije v Kostanjevici in jezuitske rezidence v Pletterju od konca 16. do konca 18. stoletja, ZZR III., 1924, str. 1—118; Do kedaj so veljale gorske bukke na Slovenskem, ČZN XX., 1925, str. 113—119; Pravosodstvo klevevske in boštanjске graščine od konca 17. do začetka 19. stoletja, ZZR V., 1926, str. 152—247; Kmečko dedno nasledstvo za časa veljavnosti gorskih bukkev, ČZN XXII., 1927, str. 1—45; Odkod — vsobenjki?, ČZN XXXIII., 1928, str. 165—176 in XXIV., 1929, str. 1—5; Valvasor in slov. ljudska sodišča, GMD IX., 1928, str. 98—106; Die niedere Volksgerichtsbarkeit unter den Slovenen von Ende des 16. bis Anfang des 19. Jhd. v »Jahrbücher für Kultur u. Geschichte der Slaven«, NF. Bd. V., Heft III., 1929, str. 299—368; Prispevek k zgodovini »zelenaštva« med Slovenci, »Šišičev Zbornik«, 1929, str. 201—210; Slov. ljudska sodišča v dobi od 16. do 18. stoletja, »Rad« Jugosl. akademije, knjiga 239, 1930, str. 1—55; Slov. Volksgerichte in der Zeit vom 16. bis zum 18. Jhd., Auszug aus »Rad«, Bd. 239, Bulletin international de l'Académie Yougoslave, Livre 4 (1931), str. 38—52; Ljudsko pravo pod žužemperško in soteško gorsko gosposko od začetka 17. do začetka 19. stoletja, ČZN XXV., 1930, str. 1—88; Die Rechtsidee des Kollektivismus im slov. Volksrechte, Przewodnik historyczno-prawny III., 1931, str. 93—107. — Prim. še tudi: Slov. ljudstvo na Dolenjskem pred dvema, tremi stoletji, LZ XLIV., 1924, str. 47, 141, 177, 244; O streljanju na Slovenskem, Gruda I., 1924, str. 115—118, 144—149; Dolenjsko vinogradništvo v 18. stoletju, Gruda I., 1924, str. 241—249; Naše vinogradništvo v luči pravne zgodovine, Gruda II., 1925, str. 197, 225, 261, 296, 388. (Kratice po Slov. biogr. leksikonu.)

⁷ Selški predniki dr. Janeza Ev. Kreka, 1932 in Zemljiške razmere v Selški dolini v začetku 18. stol., Glasnik Muz. društva za Slovenijo, 1932, XIII., str. 44—53.

ozkem, pa lepo zaokroženem okviru loške gosposke marsikaj zanimivega tudi za kmetske zasebno- in javnopravne razmere in opozarja s svojim delom na neupoštevane pravne vire zastavnih knjig, zbirk pogodb, ki v javnih in v vedno redkejših grajskih arhivih in sodnih registraturah prav tako željno čakajo raziskovalcev kakor urbarji gosposk.

Toda za celotne iz bistveno privatno-pravnega odnošaja med podložnim kmetom in zemljiškim gospodom nastale, po današnjem pojmovanju javno-pravne razmere, ki so dosegle v velikih preosnovah v drugi polovici 18. stoletja svoj razvojni višek, a tudi začetek razveze, imamo le delo Antona Mella⁸ za Štajersko brez posebnega ozira na njen slovenski del. Delo Mellovo je izšlo idejno iz šole Geoga Friedricha Knappa, ki je položil s svojimi študijami, zlasti s svojim delom: »Die Bauernbefreiung und der Ursprung der Landarbeiter in den älteren Theilen Preußens« temelj za raziskavo osvoboditve kmetkega stanu in celotnega razvoja kmetških razmer izza 15. stoletja, ne le za Nemčijo, ampak skoro za celo Srednjo in Severno Evropo.

V Avstriji je Knappu svoj čas prvi sledil njegov učenec Karl Grünberg z velikim delom: »Die Bauernbefreiung und die Auflösung des gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisses in Böhmen, Mähren und Schlesien.« 1894. Na tem delu temelji v glavnem tudi Mell.

Za ostale po Slovencih poseljene dežele, zlasti za nekdanje Kranjsko nimamo še nobenih takih raziskav.

Bile so pa zemljiške razmere posebno v podrobnostih za vsako deželo različne.

Zato menim, da ni odveč, če izberem eno od doslej neobdelanih vprašanj te dobe iz zgodovinskega gradiva, ki sem je svojčas zbral za zgodovino osvoboditve kmeta na Kranjskem koncem 18. stoletja v arhivu bivšega ministrstva za notranje stvari na Dunaju še pred požarom 15. julija leta 1927.

Morda tudi ni neprimerno, da uvrstim ta zelo skromni prispevek k zgodovini teh velikih preosnov, ki se tako po-

⁸ Glavno delo Mellovo: »Die Anfänge der Bauernbefreiung in Steiermark unter Maria Theresia und Josef II.« v Forschungen z. Verfass. u. Verwaltungsgesch. der Steiermark, V. Bd., 1. Heft, 1901.

membno odražajo v naših gospodarskih, socialnih in pravnih razmerah te dobe. v Zbornik, ki je posvečen spominu posebno spoštovanega in nepozabnega mi mentorja dr. Daniela Majarona, ki si je sicer pridobil največje zasluge s svojim politično-kulturnim delom, a se je zlasti v mlajših letih tudi marljivo udejstvoval za povzdigo gospodarskih in socialnih razmer našega naroda.

*

2. Kmetško podložništvo je imelo dvojno stran: stvarno in osebno. Stvarna, realna, se kaže v užitni pravici na podložnem zemljišču, osebna v stanovski lastnosti.

Stvarna, užitna pravica pa je različna po različnosti posesti na podložnem zemljišču: po tem je-li to kupno (emfitevtično, Kaufrecht) ali pa zakupno (Mietgrund, Freistift).

Podložništvo kot osebna, stanovska lastnost se izraža v t. zv. nexus subditelae, nexus ad glebam, glebae adscriptio. Po tej zvezi z zemljiščem so bili podložniki obvezani k zvestobi in poslušnosti napram zemljiški gosposki, niso se smeli svobodno preseljevati, smeli so se poročiti le s privoljenjem zemljiške gosposke, ponekod so bili prisiljeni k služabništvu na gosposkinem gradu (Zwangsgesindedienste, Hofdienste) in so bili omejeni v pravici testiranja in zadolževanja.⁹

Na ureditvi stvarnega razmerja podložništva se je delalo že dolga stoletja, z večjo ali manjšo vnemo, v glavnem v primerih konkretnih pritožb. Zlasti so se poskušale take ureditve in olajšave položaja podložnikov na katedralnih in zastavljenih gosposkah (Pfandschillingsherrschaften). Sem spada zlasti stalno prizadevanje, spremeniti čim več zakupnih zemljišč v kupna.

Izza vlade Marije Terezije so se preosnove v uredbah stvarne strani podložništva sistematično začele in izvedle pod vladno Jožefa II. Niso se nadaljevala le prejšnja prizadevanja, da se čimprej spremené zakupna zemljišča v kupna, marveč so se uredile tudi primščine (laudemium), razne vrste drugih pristojbin, posebno pa tlaka.

⁹ Anton Mell: *Die Anfänge der Bauernbefreiung in Steiermark*, str. 18.

3. Glede osebne strani ni bilo kakih bistvenih presnov do Jožefa II.

Tedaj so populacionistične teorije 18. stoletja, po katerih naj bi država stremela za čim večjim zvišanjem števila prebivalstva, povzročile, da se je začela le-ta prizadevati, kako bi čimbolj olajšala ženitve podložnikov.

Pa tudi prepoved preseljevanja ni bila več v skladu s časovnim stremeljenjem po razširjenju svobode.

4. Pod vplivom teh idej je Jožef II. proti volji deželnih stanov izdal patent o odpravi nevoljništva (»Leibeigenschaft«) v čeških deželah z dne 1. novembra 1871. Uvodoma poudarja v patentu vladar izrecno, da govori za njegovo odločbo nada, da bo ta najkoristnejše vplivala naboljšanje poljedelstva in industrije, da pa govori za njo i razum in človekoljubje (»Vernunft und Menschenliebe«).

V svojem dispozitivnem delu določa patent v šestih točkah:

1. podložniki se smejo poročiti, le da to prej gosposki naznanijo;

2. preseljevanje je svobodno, upošteva je le vojaške predpise. Vendar morajo izseljeniki vzeti od gosposke brezplačni odpustni list (Entlassschein), s katerim se prijavijo novi gosposki;

3. podložniki se smejo prosto učiti rokodelstva in umetnosti ter iskati svoj kruh, ne da bi jim bilo treba odpustnic (Losbriefe);

4. tako zvane »dvorne službe« se ukinejo; pač pa so

5. oni otroci podložnikov, ki so brez staršev, obvezani, da za brezplačno opravljanje nadvaruških poslov odslužijo gosposki običajna tri sirotinska leta (Waisenjahre);

6. na podložnih zemljiščih bremeneče vsakovrstne datjave ostanejo še dalje v veljavi.

5. V začetku tega patenta za češke dežele izraža cesar Jožef II. namero, da nadomesti nevoljništvo z zmernim podložništvom (gemäßigte Untertänigkeit), kakor to velja v njegovih dednih deželah.

Na drugi strani pa si je cesarska vlada takoj, čim je izšel navedeni patent za češke dežele, zopet prizadevala, da uvede v patentu izražena načela tudi v avstrijskih dednih

deželah. To stremljenje je izhajalo zgolj iz načel jožefinske vlade brez pobude iz posameznih dežel.

Že dekret dvorne pisarne z dne 19. novembra 1781. je sporočil notranje-avstrijskemu guberniju, da se je vladar odločil, da s p l o š n o odpravi doslej obstoječe nevoljništvo. Zato pošilja guberniju za češke dežele izdani patent o odpravi nevoljništva in istočasni patent o podelitvi lastnine na zakupnih zemljiščih. Naroča mu, da se po zaslišanju štajerskih deželnih stanov čimprej izjavi, če se more na š t a j e r s k e m, ako so tudi tukaj nevoljniški podložniki, na enak ali na drug način postopati.¹⁰

6. Za Kranjsko je podobno naročilo izšlo morda nekoliko kasneje. Ohranjeno nam ni direktno. Vendar moremo iz poročila deželnih stanov kranjskih z dne 30. maja 1782.¹¹ s precejšnjo gotovostjo sklepati na njegovo vsebino, ki se je ujemala z naročilom, ki so ga dobili štajerski stanovi.

Stanovi poročajo, da je od obeh patentov — o odpravi nevoljništva in o spremembi zakupnih zemljišč — dospel stanovom le po en izvod. Ker se pa stanovskim članom na njihovo zahtevo ni moglo odreči, da ne bi vsak član patenta prebral, se je slednjič zgodilo, da sta se celo izgubila. Stanovi so sicer v svojih poročilih z dne 12. februarja in 19. marca 1782. povedali že tako izčrpno svoje mnenje, da bi se mogli na nju zgolj sklicevati. Ker pa zahteva novi dekret dvorne pisarne z dne 3. marca odgovor od točke do točke obeh patentov, in sili na to deželno glavarstvo vnovič s pozivom z dne 30. aprila, so morali stanovi zaprositi za oba patenta z Dunaja. Zategadelj morejo šele sedaj odgovoriti na vprašanja — ki se povsem skladajo z onimi, na katere so morali odgovoriti štajerski stanovi — namreč: je-li tudi na Kranjskem podlaga, ki jo predpostavljata patenta za češke dežele; naj se li ukrene isto kakor tam ali pa nekaj, kar bi bilo primerno kranjski deželni ustavi.

7. Poročila z dne 12. februarja in 19. marca 1782., na katera se kranjski deželni stanovi v svojem končnem poročilu z dne 30. maja sklicujejo, nam sicer niso ohranjena.

¹⁰ Anton Mell, prav tam, str. 174.

¹¹ Arhiv bivšega notr. min. na Dunaju, ad Nr. 27 ex Aug. 1782. (Prepis v moji posesti.)

Iz vloge z dne 4. junija 1782.,¹² s katero spremlja kranjsko deželno glavarstvo poročilo deželnih stanov, izvemo, da je stanovski odbor v svojem poročilu z dne 12. februarja dokazoval, da na Kranjskem ni najti nevoljništva, marveč le rojenjaštvo (Erbholdschaft) ali samo nexus ad glebam. Zato na Kranjskem ni treba razglasiti patenta o odpravi nevoljništva.

V svojem končnem poročilu z dne 30. maja pa stanovski odbor tega razloga ne uveljavlja več. Sklicuje se marveč le splošno na svojo izjavo z dne 12. februarja in se slednjič po tolikih zavlačevanjih izjavlja, kakor mu je bilo naročeno, le k posameznim točkam za češke dežele izdanih patentov.

Nas zanima tukaj le patent o odpravi nevoljništva,

8. K prvi točki patenta, da bodi vsak podložnik upravičen, poročiti se, ne da bi bilo treba drugega, nego da se pred poroko prijavi gosposki in dobi brezplačno zglasilnico, ugotavlja stanovski odbor, da na Kranjskem niti moški niti ženske niso bili nikdar ovirani, da se poroče.¹³

To z ozirom na pravno stanje v sosednih deželah zelo zanimivo ugotovitev bi bilo treba še preiskati na njeno resničnost v tej splošnosti (»niemalen«!), kakor je bila izrečena, zlasti pa o vzrokih tega pojava na Kranjskem. Kajti v tem pogledu je bilo n. pr. tudi na sosednjem Štajerskem drugače.¹⁴ Tukaj je bilo potrebno gosposkino privoljenje, čeprav je bila po Mellu v novejšem času (18. stol.) omejitev le formalna. Gosposke so po tem času dovoljevale podložnikom ženitve, če so le dokazali, da se morejo preživljati. L. 1782. so mogli že tudi štajerski stanovi poročati, da velja pravilo, da se more vsak podložnik poljubno poročiti, za vse gosposke v deželi. Ali l. 1781. so še pobirali visoke pristojbine za poročna dovoljenja.¹⁵

9. Toda odločno se izreka kranjski stanovski odbor proti načelu, izraženemu v točki 2. češkega nevoljniškega patenta, ki določa svobodno preseljevanje podložnikov.

¹² Arhiv bivšega notr. min. na Dunaju, ad Nr. 27 ex Aug. 1782.

¹³ »Ist Hirlandes weder dem Mann, noch weiblichen Geschlecht sich nach Gefallen zu verheiraten, niemalen gehindert worden.«

¹⁴ Anton Mell, prav tam, str. 19, 73.

¹⁵ Prav tam, str. 20.

Izvajanja, s katerimi podpirajo stanovi svoje stališče, so zelo zanimiva in važna za našo gospodarsko zgodovino. Poročilo pravi namreč, da bo največji del te dežele, posebno Dolenjsko, kaj kmalu puščobno (»verödet«) in bodo ostala zemljišča brez posestnikov, čim se dovoli svobodno preseljevanje. Meni, da so stanovi že v svojih predhodnih poročilih (z dne 12. febr. in 19. marca 1782.) zadostno dokazali potrebo vezanosti podložnikov z zemljo. Na Dolenjskem so zemljišča večinoma zakupna in taka, da podložnikov ni mogoče privedi do tega, da jih vzamejo v last, niti zastonj ne, razen, ako bi se hotela zemljiška gosposka odreči vsem svojim pravicam, kakor primščini, tlaki itd. Izvzemši te pravice zemljiške gosposke itak nimajo nobenih koristi od podložnikov. Prejemki zemljiških gosposk so od prve odredbe vedno isti. Od pamtiveka se niso niti povečali ali povišali. Pač pa so se deželnoknežje redne in izredne davščine, zlasti izza zadnjih let, pomnožile in narasle. Če postajajo obremenitve kmetom preobčutne, tega gotovo niso krive zemljiške gosposke. One same trpijo ob tem stanju. Marsikatera gosposka ima petdeset in več kmetij (hub) nezasedenih. Od teh mora plačevati tako dominikalno kakor rustikalno kontribucijo.¹⁶ Ako bi tedaj prenehal nexus ad glebam, ki edino še drži ostale podložnike na svojih zemljiščih, je predvidevati, da bi se večina rojenjakov razkropila v bližnjo Hrvatsko ali celo v Benečijo.

10. Tudi proti točki 3. patenta se izrekajo deželni stanovi. Po njihovem naziranju, ki so ga izrazili že v prejšnjih poročilih,¹⁷ potrebuje poljedelstvo, zlasti na Dolenjskem in Notranjskem, kjer mora dajati podložnik iste dajatve od različno donosnih kmetij, mnogo bolj spodbude nego zanamčenja. Če se bo pa prepustilo podložnikom, da volijo med samo po sebi že trdim plugom in mnogo udobnejšimi rokodelstvi in umetnostmi, ni težko predvideti, kam se

¹⁶ Davek, ki ga je morala plačevati gosposka od svojih prejemkov, se imenuje dominikalna, oni od podložniških zemljišč pa rustikalna kontribucija (Mell. str. 51); prim. tudi: Johann Tschinkowitz, Darstellung des polit. Verhältnisses d. verschiedenen Gattungen von Herrschaften. Graz, 1827, str. 18.

¹⁷ Navajajo poročila z dne 6. marca 1773, 20. oktobra 1780, 26. junija 1781, 12. februarja in 19. marca 1782.

odločijo. Doslej so rojenjaštvo in otežkujoče odkupnine ohranile podložnika pri poklicu, ki mu ga je določil Stvarnik. S tem se je ohranilo poljedelstvo, brez katerega bi kmalu propadla rokodelstva in umetnosti. Če pa obvelja določilo točke 3, so odprta vrata, da zapusté podložniki plug. Nexus ad glebam se imenuje na Kranjskem rojenjaštvo in tvori bistveni del lastninske pravice zemljiških gospok. Od početka so to pravico potrdili vsi deželni knezi po vrsti in je ostala doslej neokrnjena. Tak pravni naslov pa se ne spoštuje le med narodi in zasebniki, marveč tudi med svetovnimi vladarji medsebojno in tvori najvarnejšo vez človeške družbe.

11. Točka 4. patenta za češke dežele določa, da podložniki odslej niso več dolžni opravljati posebnih služb na dvoru gosposke (Hofdienste). Taka obveznost je bila običajna zlasti v čeških deželah. Po tej so morali za službo sposobni, še v oskrbi in oblasti staršev živeči otroci podložnikov na zahtevo gosposke stopiti v njihovo službo in opravljati posle služinčadi (Zwangsgesindedienst).¹⁸

Na Kranjskem (in tudi na štajerskem) ni bilo take obveznosti. S to ugotovitvijo prehaja stanovsko poročilo preko točke 4.

12. Isto velja tudi za točko 5. patenta. Po tej so oni podložniki, ki so brez staršev, pa tudi le tam, kjer je taka navada, dolžni, da za izvrševanje nadvaruštva, služijo gosposki na gradu običajna sirotinska leta, ki pa ne smejo nikjer presegati treh let.

Stanovski odbor kranjski pripominja k temu členu, da na Kranjskem¹⁹ o takih sirotinskih letih ni nič znanega. Če ima varovanec kaj imovine, opravlja gosposka nadvaruške posle brezplačno.

13. § 6. češkega patenta določa: Ker so vse druge na podložnih zemljiščih bremeneče tlake, naturalne in denarne dajatve, h katerim ostanejo podložniki tudi še po

¹⁸ Karl Grünberg. »Die Bauernbefreiung in Böhmen, Mähren und Schlesien«, 1894, str. 13; Ferd. Edler von Hauer, Praktische Darstellung des in Österreich u. d. Enns f. d. Unterthansfach bestehenden Gesetze, 2. Aufl. v. Joh. Gottfried R. v. Rößler, I. Bd., str. 109 sl.

¹⁹ Drugače na Zgornjem štajerskem, Mell, str. 177.

odpravi nevoljništva obvezani, v čeških deželah itak urejene z urbarijalnim patentom, se razen teh ne more podložnikom nikjer nobenih drugih dajatev naložiti, osobito pa se ne more od njih sedaj zahtevati česa iz naslova nevoljništva, ko jih ni več smatrati za nevoljnike.

K temu členu pripominjajo stanovi, da so v svojih poročilih z dne 12. februarja in 19. marca 1782. izčrpno navedli vse pravice zemljiških gospodov in tudi razliko med rojenjaštvom in nevoljništvom. Zato se le na to sklicujejo. Sicer pa polagajo svojo usodo in svoj obstoj v roke vladarja.

14. Izjavo deželnih stanov z dne 30. maja 1782. je predložilo deželno glavarstvo dvorni pisarni s poročilom z dne 4. junija. To poročilo ugovarja najprvo trditvi deželnih stanov, da na Kranjskem ni nevoljništva. V tem pogledu je treba namreč preudariti, kaj je bilo bistvo nevoljništva, ki se je odpravilo v čeških deželah.

Tukaj pa je to učinkovalo tako, da je bil podložni nevoljnik tako dolgo odvisen od gosposke in vezan na svoje podložno zemljišče, da se ni pogodil s svojo gosposko radi odpusta v drugo podložništvo ali pa v prostost o odpustnini, ki bi jo imel plačati gosposki.

Prav enako pa učinkuje kot nexus ad glebam za podložništvo na Kranjskem obstoječe rojenjaštvo.

Vsled teh enakih učinkov je treba tudi na Kranjskem zagotoviti podložniku osebno svobodo na podoben način kakor v čeških deželah.²⁰

15. K posameznim točkam patenta in k opazkam kranjskih deželnih stanov pa deželno glavarstvo pristavlja: Ker

²⁰ O nenavadnosti naziva »Leibeigenschaft« tudi v zakonodajstvu čeških dežel do patenta z 1. novembra 1781 in njegovi upravičenosti gl.: Grünberg l. c. str. 1, 284, 373., Za Štajersko prim.: Mell l. c. str. 176. Zanimiv je odstavek v odločbi cesarja Jožefa II. o štajerskem nevoljniškem patentu: »So viel es aber den Inhalt des Patentess selbst betrifft, da muß vor allem in demselben nach dem böhmischen u. mährischen die Personal-Freiheit ohne Ausnahme bestätigt u. versichert werden, welches, wie Mir ganz sicher bekannt ist, in Unter-Steyer ganz u. gar nicht beobachtet wird.« Mell, str. 183. — Prim. tudi: Dr. Josef Kulischer »Die Leibeigenschaft in Russland und die Agrarverfassung Preußens im XVIII. Jahrhundert« v »Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik«, 1932, Bd. 137, III. Folge; Bd. 82, str. 1—5, in njegovo Allg. Wirtschaftsgesch., 1929, II., str. 90 sl.

so deželni stanovi ugotovili, da podložniki na Kranjskem glede ženitev niso omejeni, naj pri tem stanju ostane.

16. Skrb deželnih stanov radi posledic, ki utegnejo nastati po tem, če se nexus ad glebam razveže, je pretirana. Nevarnost izselitve, ki jo predvidevajo stanovi, ni tolikšna. Samolastno izseljevanje zavirajo itak prepovedni zakoni in uredbe. Podložnika pa, ki ga tudi ti ne zadržujejo, ki nima ničesar izgubiti ali ki misli, da bo z izselitvijo mnogo pridobil, i z vezjo rojenjaštva ni mogoče zadrževati. Preseljevanja podložnikov iz ozemlja ene gosposke v območje druge ali iz ene konskribirane dežele v drugo, se bodo v prihodnje medsebojno izenačila. Trpele bodo kvečjemu one gosposke, ki ravna trdo s svojimi podložniki. Zato nevarnost izseljevanja, ki bi bila združena z osebno svobodo, ni tako velika, da bi odtehtala blagodejne posledice, ki so združene z veliko dobroto osebne svobode za prebivalstvo, industrijo in kulturo.

Vendar je res, da bi zemljiške gosposke, ki jim po predlagani ureditvi tlake itak grozi precejšnje zmanjšanje urbarijalnih dohodkov, vnovič izgubile, če jim odpadejo dosedanje, deloma rektificirane in pri obdavčenju upoštevane odpustnine ali odkupnine (»Loslassungsgebühren oder Abkaufgelder«).

Zdi se, da zahteva že naravna pravičnost, da oni podložniki, ki se izselijo iz oblasti kakšne gosposke in se naselijo drugod, plačajo od imovine, ki so jo pridobili pod oblastjo gosposke, iz katere se izselijo in ki tej gosposki odide, le-tej zmeren utržek (Abschossgebühren). Tak utržek je bil dovoljen po uredbi z dne 4. julija 1753. (Codex Austriacus, T. V., pag. 776) tudi nižje-avstrijskim zemljiškim gosposkam. In celo kranjskim deželno-knežjim mestom samim dovoljuje § 6. pravilnika o odhodninah (Abfahrts gelder-Regulativ), razglašen 5. februarja 1761., tak utržek. Dovolil bi ga pa ta pravilnik najbrže že takrat tudi zemljiškim gosposkam, ko bi v §u 5. ne potrdil dosedanjih prosto določljivih odpustnin ali odkupnin, ki so jih plačevali rojenjaki, če so se izselili z dovoljenjem zemljiške gosposke.

Zato predlaga deželno glavarstvo, da smejo na Kranjskem ob izselitvi podložnikov tudi zemljiške gosposke, ki se po svojih dohodkih niti primerjati ne morejo z onimi na

Nížjem Avstrijskem, pobirati utržek kakor tam. Ta naj znaša 10%, pa naj se preseli podložnik le pod drugo gosposko v deželi, ali pa v drugo deželo, ker je izguba v obeh primerih enaka. Potrebno je, da se nudi kranjskim zemljiškim gosposkam taka, z osebno svobodo podložnikov združljiva ugodnost. Kajti radi majhnih dohodkov in ker so v največjem delu dežele zemljišča zakupna, ki ostanejo večkrat prazna, prihajajo gosposke često v zadrego, če morajo plačati za ta prazna podložna zemljišča rustikalno kontribucijo. Vendar bi bile zemljiške gosposke dolžne, one podložnike, ki nimajo imovine, odpustiti na zahtevo in jim izstaviti brezplačno odpustnico.

17. K pomislekom, ki jih imajo deželni stanovi glede načela, izraženega v točki 3., pripominja deželno glavarstvo to-le: Ne glede na to, da hoče le malo ljudi zapustiti domačo zemljo in rojstni kraj, če jih ne žene odtod sila, dokazuje primer toliko drugih dednih dežel in tujih držav, da se potrebno razmerje med prebivalci, poljedelci in rokodelci samo po sebi uravna. Prisilnih ali odvrčevalnih sredstev je tem manj treba, ker se ravna število rokodelcev le po potrebi občinstva, po množini in ceni surovin, zlasti živil, torej tudi po večjem ali manjšem sodelovanju kmetovalca. Zato misli deželno glavarstvo, naj se podložnikom dovoli, da se uče rokodelstva in umetnosti ter si služijo kruh, kjer ga najdejo. Seveda če se naselijo izven območja gosposke, bi morali plačevati utržek, kakor je glede ostalih izseljencev predlagan.

18. Poročilo združene češke in avstrijske dvorne pisarne z dne 23. junija 1782. na cesarja je zanimivo že zategadelj, ker, pridružujoč se sicer izvajanjem deželnega glavarstva, trdi, da je na Kranjskem vendar poznano nevoljništvo. Kajti šele pred nedavnim časom je bilo ob priliki neke pritožbe podložnikov gosposke na Brdu pri Kranju pisano v predloženem urbarskem izvlečku (Urbar-extrakt): »Wenn sich Ihrer fürstl. Durchl. Erbholden einer Leibeigenschaft ledig machen, abkaufen und sich an anderen Orten niederlassen wollten etc.«

19. Bojazen stanov, da bi se z uvedbo osebne svobode podložnikov popolnoma razmajalo davčno stanje in celotna

deželna ustava, je tem bolj brez podlage, ker ostanejo vse na podložnih zemljiških bremeneče naturalne in denarne dajatve nespremenjene. Enaka bojazen se ni obistinila v čeških deželah.

Izseljevanje iz ene države v drugo je država sama že zavrla s svojimi odredbami; preseljevanja od ene gosposke k drugi pa so za državo povsem nepomembna. Gosposkam, ki bodo s svojimi podložniki pravično in človekoljubno ravnale, se izseljevanja ne bo bati, marveč bodo sčasoma pritegnile še več podložnikov. Trde in nepravične zemljiške gosposke bodo pa prav tako prisiljene, da ravnajo z njimi pravičneje in dobrohotnejše, sicer bi si morale izgube podložnikov same pripisovati.

Dvorna pisarna pa ne more pritrditi predlogu deželnega glavarstva, da bi se dovolilo zemljiškim gosposkam na Kranjskem pobirati ob izselitvi podložnikov 10% utržek. Taka dajatev doslej na Kranjskem ni bila nikdar v navadi in bi po svoji višini daleko presegala doslej običajne odpustnine. Pač pa bi se moglo kranjskim gosposkam, enako kakor je cesar dovolil za češke dežele, odpisati primeren znesek na »ekstraordinariju«, ²¹ to je na onih davščinah, ki so jih plačevale zemljiške gosposke od svojega nepodložnega dominikalnega zemljišča v izrednih primerih, ki pa so postali vedno pogostejši.

Tudi v ostalih točkah se je dvorna pisarna pridružila mnenju glavarstva.

Slednjič poroča dvorna pisarna vladarju, da ne namerava naročiti patenta v deželi, marveč ga hoče oskrbeti sama po vzorcu onih, ki so izšli za češke dežele in za štajersko.

20. Po tem poročilu je izšla cesarjeva odločba (brez datuma):

»Ne da bi se na Kranjskem ukinil izrecno naziv rojenjastvo, naj se ukinejo tisti njegovi učinki, ki so enaki onim nevoljništva, ter naj se to omeji le na one pravice in učinke, ki ne nasprotujejo človeški svobodi, in sicer na način, kakor se je to zgodilo na Češkem.

Zato naj: 1. ostane še dalje ženitna svoboda po dosedanji uredbi.

²¹ Grünberg, l. c. str. 117.

2. Naj se, kakor predlagano, dovoli prostost zapustiti gosposko, držeč se obstoječih predpisov.

Drugemu predlogu glede nadomestka za odkupnine se ne more pritrditi. Kajti treba je razlikovati med odpustninami (Loslassungsgebühren) in pravico do odhodnine (Abfahrts gelder). Glede odpustnin se je za Češko sicer obljubil odpis na „ekstraordinariju“ po desetletnem računu, ne da bi se ukinil patent o dohodninah z dne 9. septembra 1769. Po točki 6. tega patenta je na Češkem vsaka gosposka upravičena, da zahteva od imovine podložnikov ali celo od imovine, ki jo imajo prosti ljudje, če tudi se prenese le v drug kraj kraljestva, primščino ali odhodnino (Laudemium oder Abfahrtsgebühr), pa naj je ta določena v urbarjih, pravnih izrekih ali privilegiju, podeljenem le in usu et possessione, toda ne več pod kaznijo nadomestka in dvojnega zneska pro fisco. Zato bo isto določiti tudi za Kranjsko, da se ne poseže preveč v lastnino ter ne prikrajša državnega zaklada s tako izdatnimi odpisi.

Po tem morajo torej tudi ad 3. profesijonisti in roko-delci, ki se preselijo pod drugo gosposko, plačati odhodnino; vendar so oni, ki ostanejo kot mojstri pod gosposko, odhodnine oproščeni.

V ostalem pritrjujem predlogu. — Jožef II.◀

21. Nadaljnji potek postanka patenta, ki je izšel na to cesarjevo odločbo, pa ni povsem jasen. Zdi se, da so se vršili ustni razgovori, ki niso zabeleženi v spisih.

Dne 19. julija 1782. je bil namreč poslan deželnemu glavarstvu v Ljubljano z dnem 30. julija datirani osnutek patenta z naročilom, da ga razglasi v navadnih deželnih jezikih.

Najbrže je pa točka 3. patenta vzbudila nejevoljo v stanovskih krogih. V tej točki osnutka se je namreč, ne v popolnem soglasju s cesarjevo odločbo, določilo, da imajo gosposke pravico, zahtevati od izseljenikov, ki imajo imovino, iz naslova primščine ali odhodnine 5%, če se selijo podložniki v deželi, a 10%, če se izselijo iz dežele.

Deželni glavar Pompej grof Brigido je menda zato odpotoval na Dunaj. Sklepam to iz tega, ker se mu je na

Dunaju²² izročil z dnem 24. avgusta datirani dopis. Po tem dopisu je cesar na opetovane predstavke deželnega glavarja po sedaj prejetih pojasnilih dovolil, da se tam, kjer je bilo doslej v deželi običajno, pobira ob izselitvi še nadalje odkupnina. Hkrati se je s tem dopisom vročil deželnemu glavarju tudi v tem smislu izdelani patent, da ga razglasi in se po njem ravna.

22. Prav tako, kakor so bili tudi drugi patenti datirani iz posameznih dežel, je tudi ta za Kranjsko opremljen z datumom: Ljubljana, 13. septembra.

Točka 3. je res končno objavljena v smislu cesarjeve odločbe z dne 24. avgusta.

Točka 2. ima pa dostavek, ki ga ustrezno določilo patenta za češke dežele nima in ki znači precejšnjo utesnitev v prednjem stavku izrečene svobode preseljevanja. Določa namreč, da ni naseljenemu podložniku dovoljena izselitev prej, dokler ne postavi mesto sebe drugega sposobnega obdelovalca. O tem dostavku tekom dolge razprave ni bilo govora. Prevzet je bil očitno naknadno iz patenta za Štajersko z dne 11. junija. Tukaj se je to določilo po zahtevi notranjeavstrijskega gubernija.²³

23. Cesarski patent z dne 13. septembra 1782 za Kranjsko se bistveno razlikuje od onih za ostali dve notranjeavstrijski deželi Štajersko in Koroško.

Kajti nevoljniški patent za Štajersko z dne 11. junija 1782. se sklada skoro povsem s patentom za češke dežele z dne 1. novembra 1781.²⁴ Prav tako prevzema oni za Koroško z dne 12. julija 1782. določila češkega patenta.²⁵

Obadva patenta, za Štajersko in Koroško, sta izšla samo v nemščini.

²² »An den hier anwesenden Landeshauptmann in Krain u. Görz etc.« — Arhiv notr. min. na Dunaju, ad Nr. 27 ex August 1782.

²³ Mell, l. c. str. 184.

²⁴ Prav tam. — Besedilo štajerskega gl. J. Tschinkowitz, l. c., II/2, str. 2.

²⁵ Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Josef II. für die k. k. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze in einer systematischen Verbindung. Enthält die Verordnungen und Gesetze vom J. 1780—1784. Bd. I. Wien, 1785, str. 77.

Ker sem že gori pokazal razlike med patentom za Kranjsko in onim za češke dežele, so s tem že jasne iste razlike med kranjskim in onima za Štajersko in Koroško.

Končni redaktor patentov je bil v tem času Jožef Sonnenfels, slovenske prevode pa je v Ljubljani oskrboval Anton Linhart.²⁶

24. Patent o odpravi nevoljništva na Kranjskem, ki je danes že težko dostopen,²⁷ priobčujem tukaj dobesedno, tudi kot spomenik našega pravnega jezika. Glasi se:

»Wir Joseph der Zweyte, von Gottes Gnaden erwählter römischer Kaiser, zu allen Zeiten Mehrer des Reichs, König in Germanien, Hungarn, und Böhheim etc. Erzherzog zu Oesterreich, Herzog zu Burgund, und Lothringen etc. etc. etc.

Entbieten Unseren treugehor- samsten Ständen, grundobrigkeitlichen Beamten, Orthsrich- tern, und sämmentlichen Unter- thanen in Krain Unsere Gnade.

Da die Landes-Cultur und Emsigkeit sich nur unter dem günstigen Einflusse einer anstän- digen Freyheit empor schwin- gen können; So finden Wir Uns bewogen, zu Begünstigung der- selben nach dem Beyspiele Un- serer übrigen Erbländer auch in dem Herzogthum Krain eine ge- mässigte Unterthänigkeit einzu- führen, und in dieser Absicht folgendes festzusetzen.

Mi Joseph ta Drugi, skus Boshjo Milost isvolen Rimski Zesar, vsélej Povikshalik tiga Zesárstva, Kral v' Nemshki, Ogerski, inu Pöhmski Deshéli &c. Vikshi Vajvod v' Oester- reichu, Vajvod v' Burgundie, inu Lotharingie &c. &c. &c.

Perpovimó nashim svestó-po- kornim stanóvam, Gospodskim slishábnikam, mejstnim sodní- kam, inu vsím podlóshnim na Kranjskim nasho milost.

Ker se semle-obdclanje, inu pridnost le pod dobrótlivim vlit- jem ene spodobne slobódnosti (frájasti) na kvishku vsdignit morta; toku se Mi pervoléni snajdemo: k' povikshanju teh jísteh, koker je she v' drugeh nashch verbuch deshelah, tudi na Kranjskim eno obmerjeao podloshnost notri-vpeljáti, inu savol tega letó, kar sdey pride, terdnu postávití.

²⁶ Prim. tudi za štajerski patent: Me 11, str. 183. — Glede Linharta gl. spis ad Nr. 4 ex Julio 1788, arhiv notr. min.

²⁷ Glavna vsebina v »Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Josef II. für die k. k. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze in einer sistematischen Verbindung. Enthält die Verordnungen und Gesetze vom J. 1780—1784.« Bd. I. Wien, 1785., str. 77. — Dvojezično besedilo v zbirkah patentov v arhivu muzeja v Ljubljani ter v spisu ad Nr. 27 ex Aug. 1782 v arhivu notr. min. na Dunaju. — V »Hand- buch-u« str. 77 se naziva patent »Unterthans-Regulativ für Krain«.

1tens: Hat es in Ansehung der Verheligungen der Unterthanen, welche bisher in Krain ohne alle Einschränkung gestattet worden sind, bey der dormaligen Verfassung auch noch ferners zu verbleiben.

2tens: Steht jedem frey, unter Beobachtung dessen, was das Werbbezirks-System vorschreibt, auch von der Herrschaft hinwegzuziehen, und innerhalb des Landes sich niederzulassen, oder Dienste zu suchen. Nur haben diejenigen, die von ihren Herrschaften wegziehen, und sich anderswo ein Haus ankaufen, oder als Inwohner niederlassen wollen, ebenfalls den unentgeltlichen Entlasschein zu begehren, und dadurch, dass sie von der vorigen obrigkeithlichen Pflicht entlassen sind, zu bewähren. Damit jedoch die Gründe zum Nachtheil des allgemeinen Feldbaues nicht unbestellt bleiben, so ist den angesessenen Unterthane der Abzug nicht eher gestattet, bis er einen andern tauglichen Landwirth auf seinen Grund gestellet hat.

3tens: Wollen Wir jenen Obrigkeiten, welche bishero berechtiget waren, nebst der Abgabe für die aus der Leibeigenschaft getretene Person von dem mit sich nehmenden Vermögen das Abkaufgeld abzunchmen, diese Abnahme noch ferner gestatten, jedoch zur Verhütung der aus dieser vorher willkührlichen Abnahm entstehenden könnenden Bedrückungen gesetzmässig anordnen, dass es niemals über 5. pro Cento

Pervizh: Kar to v' sakon stoplénje tih podloshnich, kateru sa sdej na Kranjskim bres vsiga sádershka je perpushenu bilu, tizhe; jíma tudi per sedajni sestávi she na dalje obstáti.

Drugizh: vsaktérimu, de se ie po tem sadershí, kar ta slaga soldáshkih popisanih stánov naprej pishe, slóbodnu (frej) stojí: tudi spod Gospódske prozh potegnúti, inu notrej deshéle se vsedsti, al slushbe jiskati. Samú morjo ti jisti, kateri spod svojeh Gospódsck prozh potegnúti, inu drugej si enu pohishtvu kupiti, al koker gostazhi se vsedsti vzhjo; tudi ta sabstojn dani odpustni list terjati, inu s' tem skasáti, de so oni od perva gospódsckene dolshnosti odvesani. De pak vendar semle, kmetíji zhes inu zhes k' shkodi, ne ostánejo bres obdelanja, toku selichinimu podloshnimu to prozh potegnjenje ni popred perpushénu, dokler de je on eniga perprávniga obdelnika na svoj grunt postávil.

Tretizh: Ozhmo Mi tem jistem Gospodskam, katere so sa doschmalu smele sravn tiga davka sa glavó, katera is sushnosti vun stopi, tudi od premoshénja, kateru se seboj vsame, ta odkupni dnar prozh odvseti, leta odvsetik she dalje perпустiti; vendar k' odvernenju tiga stiskanja, kateru bi is takega popred sasdevniga odvsetka vstáti moglu, koker eno postavo napreipisati, de se níkóli letó zhes pejt od stu tiga is njeh ob-

des aus ihrer Jurisdiction gehenden Vermögens sich erstrecken sollte.

4tens: Können die Unterthanen nach Willkür Handwerke, und Künste etc. erlernen, und ohne Hinderniß ihrer Nahrung, und Erwerbung, wo sie solehe finden, nachgehen.

5tens: Da die Unterthanen in Krain dermalen zu keinen Hof- oder Waisendiensten verbunden sind, so sind dieselben auch in Zukunft davon vollkommen freyzulassen, und da

6tens: Alle auf den unterthänigen Gründen sonst haftende Robotten (Frohndienste) Natural- und Geld-Entrichtungen durch die Urbarien, und das nunmehr bereits festgesetzte Robott-Patent bestimmt sind; So kann ausser diesen von den Unterthanen niergends mehrers abgefordert werden.

Ubrigens hebt die Mässigung der Unterthänigkeit, oder Erbholdschaft den Gehorsam keineswegs auf, zu welchem die Unterthanen ihren Obrigkeiten nach den bestehenden Gesetzen verbunden sind, und auch in Zukunft, wie zuvor, verpflichtet bleiben.

Welches Gesetz also die Landesstelle, und Kreisämter bey vorkommenden Fällen zur Richtschnur zu nehmen, und über dessen Befolgung die unabgewendete Absicht zu tragen haben werden.

Denn dieses ist Unser gnädigster Wille und Befehl. Gegeben in Unserer Landesfürstlichen

lastva vun gredeózhiga premošenja ras-tegníti njíma.

Zhetrtizh: Snajo podloshni po svojim sasdevánji rozhne dela (ántverhe) al vumetnosti &c. se vuzhíti, inu bres sadérshka sa svojim shívesham, inu perdobizhkam, kir oni tiga jístiga najdejo, hodíti.

Pejtizh: Kir podloshni na Kranjskim sa sdej nobene greshínske, al srótsenske slushbe opravljati niso dolshni bili; toku so ti jísti tudi posehmalu od teh popólnima prosti (frej) pustíti. Inu kir

Shejstizh: Vse na podloshenskih gruntih lesheózhne tlake, robote, dnarne, inu samu na sebi opravljívne dela (natural) skus urbarje, inu sdej sa res she terdnu postávlen tlahzánski patent vravnáne so; toku se, svunej teh, ne sme nikóli kaj vezh od podlóshnih terjati.

Zhes to pak, to obmerjenje te podlóshnosti, al rojenákovstva na nobeno visho to pokórshino gori nevsdígne, h' kateri podlóshni njem Gospodskam po sa sdej obstojézhel postavah dolshni so, inu tudi na dalej koker popred perdersháni ostánejo.

Katero postávo tedej deshelska oblást, inu okrogshine (Okrog-poglavarstva, Krajsamti) per naprej-prideózhih pergodkih k' permerjenju vsети, inu al se tajista dershi, smeram ne-odvérnenu gledati jímele bodo.

Sakaj to je nasha premilostna volja, inu sapóved. Danu v' nashim poglavitim mesti Lub-

Hauptstadt Laybach den 13ten Tag des Monats Sept. in Siebenzehnen Hundert zwey und achtzigsten, Unserer Reiche, des Römischen im achtzehnten, und der erbländischen im zweyten Jahre.

In Abwesenheit Sr. Excellenz des Herrn Landeshauptmanns.

Aloys Adolph Graf v. Auersperg.

lana ta trinajsti dan Mesza Septembra v' sedemnajst stu, dva inu osemdesetnim, nashih Kraljestv, tiga Rimskega v' osemnajstim, inu tih poverbanih v' drugim lejtju.

V' neprizhi Njeh Excell. Gospoda deshelskiga poglavarja.

Aloys Adolph Graf v. Auersperg.

L. S.

Ad Mandatum Sac. Caes. Regiae Majestatis ex Consilio Supremi Capitaneatus Ducatus Carnioliae.

Paul Joseph Semen.

Na povelje Njeh Svetliga Zesarsko-Kraljeviga Velizhestva Is Sedesha deshele-poglavarskiga na Kranjskim.

Paul Joseph Semen.<

Résumé.

Abolition du servage des paysans en Carniole.

L'histoire de la condition sociale et juridique des paysans est le problème central de l'histoire juridique et sociale des Slovènes, ces derniers ayant été autrefois un peuple presque exclusivement paysan. Quant à la Carniole d'autrefois, qui avait été le centre territorial des Slovènes, l'histoire des réformes effectuées dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle en vue de l'émancipation des paysans serfs n'est pas encore écrite.

Le présent article est une contribution de l'auteur à ladite histoire. C'est en s'appuyant sur des données d'archives qu'il expose comment a été aboli, en Carniole, le servage personnel de ses paysans.

L'initiative de cet acte ne venait pas de la province, mais de l'Empereur Joseph II lui-même qui après avoir aboli, par sa Lettre Patente du 1. novembre 1781, le servage des paysans (Leibeigenschaft) dans les provinces tchèques, avait l'intention d'en faire autant dans ses Terres Héritaires.

En Carniole, comme partout ailleurs, les États provinciaux s'opposèrent à cette décision alléguant qu'il n'y avait pas de servage en Carniole, mais seulement le »nexus ad glebam« aussi appelé »Erbholdschaft«. Or il en résultait que les paysans serfs

n'avaient ni le droit de changer de domicile, ni celui d'apprendre un métier ou un art sans l'autorisation du seigneur. Quant au mariage, en Carniole, contrairement à ce qui se pratiquait dans les provinces voisines, les droits des paysans serfs n'étaient pas limités.

La Capitainerie provinciale de la Carniole et la Chancellerie de la Cour (Hofkanzlei) à Vienne affirmèrent, dans leurs rapports, que les effets du »nexus ad glebam« étaient les mêmes que ceux de la condition que l'on désignait dans les provinces tchèques du terme de »Leibeigenschaft«. Il s'en suivait qu'une Lettre Patente analogue à celle qui avait été éditée dans les provinces tchèques devrait être décrétée pour la Carniole. L'apprehension des États Provinciaux que les terres des seigneurs seraient abandonnées si l'on autorisait les paysans serfs à changer librement de domicile était exagérée. Du reste on pourrait astreindre les paysans serfs qui voudraient changer de domicile à payer au seigneur une certaine indemnité. La Lettre Patente de l'Empereur fut éditée le 13 septembre 1782. Conformément à cette Lettre, les paysans serfs eurent le droit d'apprendre les métiers, d'avoir leur gagne-pain et de changer de terre à condition de se faire remplacer par un autre paysan apte au travail. Quant aux redevances dont le paysan serf était redevable au seigneur, elles restèrent en vigueur lors même de la publication de la Lettre Patente.

Izr. univ. prof. dr. Viktor Korošec:

Usoda rimskega prava v Angliji*.

I.

Zemljepisna ločenost Velike Britanije od evropske celine je odločilno vplivala na njeno politično in kulturno zgodovino. Tekom stoletij so spravili otok pod svojo oblast različni osvojitelji: Kelti, Rimljani, Angli, Saksi in Juti, Danci in končno Normani (1066). Tudi angleška pravna zgodovina je mnogokrat ubirala povsem samosvoja pota in tako izoblikovala pravo, ki se zelo razlikuje od ostalih

* Najvažnejša literatura: a) za pravno zgodovino: Holdsworth, A History of English Law, I—IX, v tretji izdaji 1922—1931 (nekateri zvezki že v četrti in peti izdaji); Maitland-Pollock, The History of English Law Before the Time of Edward I, I—II, Cambridge, 1895; Plucknett, A Concise History of the Common Law, New York, 1929; Jenks, A Short History of English Law, 4. izd., London, 1928; Maitland (-Montague-Colby), A Sketh of English Legal History, London-New York, 1915; Potter, An Introduction to the History of English Law, 2. izd., London, 1926; Holdsworth, Sources and Literature of English Law, Oxford, 1928; Holdsworth, The Historians of Anglo-American Law, New York, 1928; Holdsworth, An Historical Introduction to the Land Law, Oxford, 1927. — Pregledno podaja zgodovino sodišč: Carter, A History of the English Courts, 5. izd., London, 1927. — ustavno zgodovino: Taswell-Langmead, English Constitutional History, 9. izd., London, 1929. — Priročno zbirko gradiva za starejšo dobo vsebuje: Stubbs, Select Charters and Other Illustrations of English Constitutional History, Oxford 1921. — b) Sistemi: Stephen's Commentaries on the Laws of England, I—IV, 19. izd., London, 1928; Das Zivilrecht Englands in Einzeldarstellungen (avtorji A. B. Schwarz, S. Goldschmidt, Schmitz, Schwartzkoppen, H. Goldschmidt, Langenbach, Dölle, Kohlmann, Pringsheim) v zbirki Zivilgesetze der Gegenwart, I. del, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1931; Curti, Englands Privat- und Handelsrecht, I—II, Berlin, 1927; krajše delo: Jenks, The Book of English Law, London, 1928. — Lep uvod nudi tudi Geldart (-Holdsworth), Elements of English Law, 2. izd., London, 1931.

evropskih prav. Za moderno angleško zasebno pravo je v tem oziru značilno zlasti troje: ni kodificirano; ne temelji pretežno na rimskem pravu, ker v Angliji rimsko pravo ni bilo recipirano; sodbe, izrečene v posameznih pravdah, so pravni vir (Case law).

Anglosaško pravo velja razen v Angliji, tudi v večjem delu Zedinjenih držav Severne Amerike ter v delu angleškega imperija¹ in tako obsega teritorij, ki se more po velikosti vzporejati s teritorijem zasebnih prav, ki temelje na rimskem pravu.

Že pred svetovno vojno je v raznih delih evropskega kontinenta stalno naraščalo zanimanje za angleško zasebno pravo. Po pobudi mednarodne zveze za primerjalno pravo-znanstvo in narodnogospodarsko vedo (Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre) v Berlinu je nastal prvi znanstveni osnutek kodifikacije angleškega zasebnega prava: Jenksov Digest.² Angleški pravniki tradicionalno odklanjajo zahtevo po kodifikaciji; radi njihovega odpora so ostale brez uspeha vse take zahteve in pobude, ki so se pojavljale v preteklem stoletju.³ Zato ni čudno, da so tudi omenjeno Jenksovo delo sprejeli zelo hladno in da tako le-to vrši svojo nalogo kot spoznavni vir angleškega zasebnega prava predvsem izven Anglije.⁴ Po vojni se je zanimanje za zasebno angleško pravo

¹ Točen pregled podaja Schlegelberger, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, I, Länderberichte, Berlin 1929, str. 91 s.

² Jenks, A Digest of English Civil Law (avtorji: Jenks, Geldart, Holdsworth, Lee in Miles), 2. izd., London, 1921. — Delo je prevedeno v francoščino; v nemškem jeziku izhaja k delu obširen komentar Schirrmester-Prochownick, Das Bürgerliche Recht Englands, Berlin, 1906—1929 (doslej §§ 1—706 od skupno 2223 §§). — Delo je urejeno po sistemu nemškega državlanskega zakonika.

³ Zagovarjal jo je zlasti J. Bentham; o poskusih in literaturi prim. Schwarz, Zivilrecht Englands, str. 7, op. 12; Heymann, Überblick über das englische Privatrecht, str. 293.

⁴ Delo je radi obširne, zlasti zemljiškopravne zakonodaje (Law of Property Act, 1925, s kesnejšimi dodatki, Land Registration Act, 1925, Land Charges Act, 1925, Settled Land Act, 1925, Trustee Act, 1925, Administration of Estates Act, 1925, Universities and Colleges Estates Act, 1925) že deloma zastarelo.

še povečalo. Upoštevati ga je morala vedno bolj tudi kontinentalna praksa, ne le vsled tesnejših gospodarskih odnosov, ampak zlasti tudi radi poslovanja novih mednarodnih mešanih razsodišč. Kako je narastel pomen angleškega prava, razvidimo tudi iz dejstva, da so l. 1929. ustanovljeno banko za mednarodna plačila (*Banque des règlements internationaux*) v Bazlu zamislili kot »trustee« udeleženih držav⁵ in tako uporabili načela »trust-a«, tipičnega anglosaškega pravnega instituta.

Nikakor ni presenetljivo, da srečujemo med najagilnejšimi proučevalci angleškega zasebnega prava odlične romaniste.⁶ Zakaj vprav vsled relativne neodvisnosti od rimskega prava, je študij angleškega prava za romanista posebno zanimiv.

Predvsem najdemo v razvoju obeh prav nekaj zelo nenavadnih paralelizmov. Angleško in rimsko pravo sta produkt približno tisočletnega razvoja, tekom katerega se odklanja misel kodifikacije: pri obeh je sistematika le malo razvita. Rim pozna le eno domačo, zelo primitivno kodifikacijo: zakonik XII plovč; po pomenu bi vsaj deloma mogli vsporejati z njim anglosaške zakonike (Aethelbert [596] prvi zakonodajalec, zadnji Knut [1016—1036]),⁷ ki so v normanski dobi postali⁸ izhodišče za nadaljnji pravni razvoj. Rimsko civilno pravo je imelo le dva sistematika: Q. Mucija Scevolu in Masurija Sabina, prav tako angleško zasebno pravo: Bratton-a (Bracton) v XIII. in Blackstone-a v XVIII. stoletju; kar je tem zanimivejše, oba sta bila romanistično izobrazena.

Oba pravna sistema, rimski in angleški, sta v vsem svojem razvoju izredno konservativna. Tako n. pr. je ohranilo angleško pravo še iz normanske dobe normo, da je angleški kralj edini lastnik (owner) angleške zemlje, dasi

⁵ Prim. Riederer, *Das ABC des Youngplans*, Berlin, 1930, str. 261; *Reparationsbank* (Hahn in dr.) Frankfurt, 1929, zlasti str. 29 ss., 56. — Besedilo Youngovega načrta in statuta banke mi žal ni bilo dostopno.

⁶ A. B. Schwarz, Pringsheim i. dr.

⁷ Objavljeni v delu Liebermann, *Die Gesetze der Angelsachsen*, I—III, Halle, 1903, 1906, 1912, 1916; prim. Holdsworth, *History* II, 19—21.

⁸ Prim. str. 219.

nima ta norma dandanes nikakih praktičnih posledic več.⁹ V rimskem in angleškem pravu pogosto srečujemo pojav, da se potrebne pravne reforme ne izvrše z razveljavljenjem veljavnih pravnih norm, ki bi se nadomestile z novimi, marveč tako, da se uvede poleg stare ureditve, ki velja še nadalje, nova: življenjsko izkustvo naj končno oboje preizkusi in eventualno zastarele pravne norme ukine. Na tem načelu sloni večina pretorjevih¹⁰ reform ter celotni razvoj civilnega pravnega postopanja. Isto načelo je pogosto uveljavljeno v angleškem pravu. Najlepši primer za to je delovanje kancelarjevega sodišča. Le-to je tekom stoletij izoblikovalo tkzv. Equity, t. j. skupino pravnih pravil, ki obstojajo poleg občega prava (Common law),¹¹ podobno kakor je v Rimu obstajalo honorarno pravo poleg civilnega. Kot je v Rimu pretor s svojim honorarnim pravom pomagal strankam, kadar jim civilno pravo ni nudilo primerne rešitve, tako je angleški kancelar skušal pomagati stranki, ki ga je zaprosila pomoči »for the love of God and in the way of charity«.¹² Stranka je utemeljevala svojo prošnjo, češ, da pred občepравниim sodiščem za svojo pravico ali sploh ne najde pravnice zaščite (trust), ali pa le nepopolno (zahtevati ne more izpolnitve pogodbe, ampak le odškodnino radi neizpolnitve), ali pa da bi bilo krivično, če bi prosilčev nasprotnik smel svojo zahtevo uveljavljati pred občepравниim sodiščem, oz. če bi smel zahtevati izvršbo

⁹ Prim. Stephen's Commentaries, II, 57: Only a purist will hesitate to talk of the »ownership« of land, for though the theory of the law undoubtedly still is that every acre of land is held by the Crown, . . . ; prim. tudi Cheshire, The Modern Law of Real Property, 2. izd., London, 1927, str. 7 ss.; Holdsworth, Historical Introduction to the Land Law, str. 21 et passim; Fifoot, English Law and Its Background, London, 1932, str. 33.

¹⁰ Na paralelizem med pretorjevimi in kancelarjevimi reformami opozarja že Blackstone, Commentaries on the Laws of England, III, (15. izd., London, 1809), str. 49 [50].

¹¹ Prim. zlasti: Maitland, Equity, I. izd. 1909, 6. izd. Cambridge, 1920; Holdsworth, History I, str. 394 ss., V, 278 ss., VI, 640 ss.; Schwarz, Das englische Recht und seine Quellen; Equity; oboje v zbirki Zivilrecht Englands, str. 1—100; str. 101—162; Buckland, Equity in Roman Law, London, 1911.

¹² Maitland, Equity, str. 5.

na podlagi tam dosežene sodbe. V prvih dveh primerih je kancelar nudil pravdno zaščito v svojem sodišču, v zadnjem primeru pa je pozval prosilčevega nasprotnika pred svoje sodišče in mu tu s tkzv. injunction prepovedal, da bi vložil tožbo oz. da bi zahteval izvršbo. Podobno kakor pretor ni razveljavljal civilnopravnih norm, tako tudi kancelar ni razveljavljal sodb občepravnega sodišča, marveč je skušal le vplivati na prosilčevega nasprotnika v smislu načel, ki jih je vsebovala Equity. Kakor je honorarno pravo uveljavilo posebno pretorsko (bonitarno) lastnino, dedovanje (bonorum possessio), pravdno postopanje i. sl., je tudi angleško Equity-pravo ustvarilo svojo posebno lastnino (equitable ownership), uvedlo nove pravne institute (trust), imelo svoje lastno sodstvo (Court of Chancery), svoje pravdne zastopnike, ki so dosegli svojo pravniško izobrazbo v posebnih Inns of Chancery¹³ in ne v občepravnih Inns of Court, in imelo tudi svoje »reports« (zbirke sodb). Spojitev leta 1875. znači za Equity najbrže nekaj sličnega, kar je značila Julijanova redakcija pretorjevega edikta za njegov nadaljnji razvoj. Zakon, ki je uvedel sodno reformo, je sicer izrecno določil, naj v dvomu obvelja norma, ki jo vsebuje Equity (the rules of equity shall prevail),¹⁴ vendar pa je gotovo, da v nekdanjem obsegu nadaljnji razvoj tega prava, ki je ravno od konca XVIII. stoletja dalje zavzemalo vedno manj arbitrarne in vedno bolj striktno juridične oblike, ni več lahko mogoč.

Dalje je značilno, da kažeta tako staro rimsko kakor tudi moderno angleško pravo izredno zaupanje do poedinca. V obeh pravih vidimo, da načeloma sodi sodnik poedinec, v Rimu od strank izbrani iudex unus, v Angliji poklicni

¹³ Schwarz, Equity, str. 112; Holdsworth, II, 493 ss.

¹⁴ The Supreme Court of Judicature Act, 1873, s. 25, subs. 11; sedaj veljavni Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925 vsebuje zadevno določilo v sect. 44: Subject to the express provisions of any other Act, in questions relating to the custody and education of infants and generally, in all matters not particularly mentioned in this Act, in which there was formerly or is any conflict or variance between the rules of equity and the rules of the common law with reference to the same matter, the rules of equity shall prevail in all courts whatsoever in England so far as the matters to which those rules relate are cognizable by those courts.

sodnik, ki pa ima večkrat ob strani poroto. Predpostavljanje dobrih strani v individuū je ustvarilo v rimskem pravu več bistveno neodplatnih kontraktov (n. pr. mandatum, commodatum, depositum), dočim vzbuja v angleškem zasebnem pravu upravičeno občudovanje »trust«,¹⁵ ki je — kot zasebni trust^{15a} — prav tako načelno neodplaten.

Končno kažeta oba pravna sistema neko aristokracijsko teritorij, na katerem je veljalo rimsko pravo, do l. 212. po Kr. le počasi večal,¹⁶ zlasti ako izvzamemo razširjenje po zavezniški vojni (91—88 pr. Kr.). Da Karakala, ki je bil rodom Semit, ni bil več tako rezerviran, je lažje razumljivo. Pač pa najdemo podobno rezerviranost zopet v angleškem pravu. V osvojenem Walesu je Edvard I. že l. 1284. s posebnim zakonom načeloma uvedel angleško pravo,¹⁷ dočim ga je Irska dobila po dolgotrajnih prošnjah šele od Jakoba I., torej čez skoro 450 let, odkar je prišla pod angleško nadoblast.¹⁸ Še vedno pa ne velja angleško zasebno pravo na Škotskem¹⁹ (unija 1707), na otoku Manu²⁰ in na malih kanalskih otokih (Jersey, Guernsey in Alderney).²¹ Poleg manj simpatične zavesti o superiornosti domačega prava je za tako rezervirano zakonodajno politiko mero-dajno tudi prepričanje, da je vsak dober pravni sistem tako

¹⁵ Prim. Kohlmann, *Trusts*, v *Zivilrecht Englands*, str. 545—626. — P. Lepaul, *Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, 1932.

^{15a} Ne velja pa to za tkzv. Public Trustee. — Prim. Kohlmann, o. c., str. 593. Pač pa ustanovitelj lahko določi nagrado; prim. *Stephen's Commentaries*, II, 316 s.

¹⁶ Prim. Wenger, *Das Recht der Griechen und Römer* (v *Kultur der Gegenwart* II, VII, 1), str. 156.

¹⁷ Holdsworth, *History* II, 300; Taswell-Langmead, *English Const. History*, str. 344.

¹⁸ Joyce, *A Concise History of Ireland*, Dublin-London, str. 99, 184, 189.

¹⁹ Prim. str. 229, op. 65.

²⁰ Oton Man ima svoje pravo, ki temelji pretežno na nordijskem običajnem pravu. — Prim. *Stephen's Commentaries* IV, str. 560; Chalmers-Asquith, *Outlines of Constitutional Law*, 4. izd., London, 1930, str. 465 s.; Schlegelberger, *Rechtsvergl. Handwörterbuch*, I, 88.

²¹ Pravo temelji na starem normanskem običajnem pravu. — Prim. *Stephen's Commentaries* IV, 561; Chalmers-Asquith, o. c., str. 464 s.; Schlegelberger, I. c.

tesno spojen s posebnimi gospodarskimi in družabnimi razmerami, v katerih je nastal, da ga ni mogoče uspešno uveljaviti v drugačnih razmerah.

II.

Predaleč bi zašli, ako bi hoteli ugotoviti vse paralelizme, ki obstojajo med rimskim in angleškim zasebnim pravom. Tudi gre interes, ki ga ima romanist pri proučevanju angleškega prava, mnogo dalje. Kakor že omenjeno, Anglija ni recipirala rimskega prava. Zato nudi njeno zasebno pravo naravnost edinstveno priliko za pravilno presojanje resničnih vrednot, ki jih ima recepcija rimskega prava za moderno zasebno pravo kontinentalne Evrope. Ali je današnje angleško zasebno pravo boljše, naprednejše, socialnejše, kakor pa pravni sistemi, ki temelje na rimskem pravu? Okvir navzoče razprave bi daleč prekoračili, ako bi skušali vsaj v najbolj splošnih potezah odgovoriti na to vprašanje. Dotakniti se hočemo drugega vprašanja, ki pa ima za prvo prejudicijelen pomen: Ali je rimsko pravo, dasi ni bilo v Angliji nikoli recipirano, morda vendar v večji ali manjši meri vplivalo na razvoj angleškega zasebnega prava?¹ Tudi v tem vprašanju se moramo omejiti tako, da bomo v okviru skrajno sumaričnega očrta angleške pravne zgodovine skušali ugotoviti z u n a n j e vplivanje rimskega prava na angleško, dočim moramo povsem opustiti ugotavljanje notranjih vplivov; razsežnost v poštevek prihajajočega gradiva (ca 2500 zakonov od 20.000 izda-

¹ Literatura: Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe*, 2. izd. (oskrbel De Zulueta), Oxford, 1929, str. 97—118; Scrutton, *The Influence of the Roman Law on the Law of England*, Cambridge, 1885; Holdsworth, *History*, II, str. 13, 133—137, 176—178, 191—192, 202—206, 252—254, 267—286; IV, 217—293 et passim; Wilke, *Römischrechtliche Einflüsse auf die Rechtsentwicklung im britischen Weltreich*, v *Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, XX (1927), str. 293—312; Krek, *Pomen rimskega prava nekdanj in sedaj*, v *Zborniku znanstvenih razprav*, I, str. 116 ss., zlasti str. 124 op., 130 op. 8., 160 op. 32 a. — Za nadaljnjo literaturo prim. Vinogradoff, o. c., str. 118.

nih,² skoro nepregledna množina sodnih reportov ter vsa pravniška literatura) to zaenkrat onemogoča.

a) R i m s k a d o b a.

Prvi hip se zdi najbolj presenetljivo dejstvo, da rimsko pravo ni zapustilo trajnih sledov iz dobe, ko je bila Britanija rimska provinca in je — vsaj od Karakalove konstitucije (212)³ dalje pa do odhoda Rimljanov (410) — v njej splošno veljalo rimsko pravo. Toda upoštevati moramo različne neugodne okoliščine, ki so bistveno otežkočale ukoreninjenje rimskega prava: periferna lega te province, primerno kratka doba dveh stoletij, pomanjkanje priročne pravne zbirke. Ne smemo namreč prezreti, da se je umik Rimljanov iz Britanije izvršil ne le približno sto let pred Justinijanovo kodifikacijo in pred Lex Romana Visigothorum ter Lex Romana Burgundionum, temveč celo desetletja pred zakonom o navajanju (426) in Teodozijevim kodeksom (438). Da ni imelo rimsko pravo, ki je bilo deloma raztreseno po raznih pravniških spisih — v daljni Britaniji pač težko dostopnih — za katerih uporabljanje je tudi manjkalo enotnih smernic, deloma vsebovano v številnih cesarskih konstitucijah, napram osvojevalcem večje odporne sile, iz navedenih razlogov ni presenetljivo. Kakor pa so po eni strani najbrže bližje resnici oni pravni historiki (Maitland, Pollock, Holdsworth, Scrutton in Brunner),⁴ ki zastopajo naziranje, da rimska doba ni zapustila v Angliji jasnih zasebno-pravnih sledov, vendar po drugi strani tudi ne smemo prezreti,⁵ da je po umiku Rimljanov ostala tu vsaj ideja pravne kulture, ki se je v anglosaški dobi ob prvi ugodni priliki, po pokristjanjenju kentskega kralja Aethel-

² Prim. Curti, *Englands Privat- und Handelsrecht*, I, str. 11 s.

³ Njen pomen se splošno prezre, prim. Winfield, *Chief Sources*, str. 55; Holdsworth, II, 3; De Montmorency, *The Legal System of England*, London 1928, str. 6.

⁴ Prim. Holdsworth, II, 12 ss.; Scrutton, *Influence of the Roman Law*, zlasti str. 65 ss., 194. — Nasprotno naziranje zastopajo Erle, Seebohm, deloma tudi Potter, *History*, str. 247 ss.

⁵ Slično mnenje zastopa De Montmorency, *The Legal System of England*, str. 6.

berta (596) naenkrat zopet uveljavila in privedla do prvega domačega zakonika, napisanega v anglosaškem jeziku.

b) Anglosaška doba.

Anglosaško gospodstvo (po l. 449) je germaniziralo Anglijo kulturno in pravno. Zakoniki,⁶ sestavljeni v anglosaškem jeziku, to najočitneje kažejo. Dasi trdi kronist Beda Venerabilis,⁷ da je Aethelbert izdal svoj zakonik *iuxta exempla Romanorum*, kaže vendar njegova vsebina, da kentski kralj nikakor ni hotel uzakoniti rimskega prava, temveč da je hotel svojemu kraljestvu dati zakonodajno zbirko, kakor so jih v latinskem jeziku imele druge evropske države (Justinijanova kodifikacija, različne *Leges Barbarorum* i. sl.). Zunanji povod za to je dalo pokristjanjenje, kar kaže že zakonikova vsebina, pričeni s prvo določbo⁸ in kar izrecno naglašata tudi kronist Beda.⁹ Vprav dejstvo, da je zakonik neposredno sledil pokristjanjenju, je tudi preprečilo, da bi se mogli polagoma zopet uveljaviti rimsko-pravni vplivi. Tudi vladarji drugih kraljestev anglosaške heptarhije in kesneje enotnega angleškega kraljestva (od leta 827. dalje) so sledili Aethelbertovemu vzgledu. V njihovih zakonikih se vpliv rimskega prava ne pojavlja v bistveno večji meri.¹⁰ Ne smemo namreč prezreti, da je to doba preseljevanja narodov, hkrati pa tudi čas, ko je rimskemu pravu še manjkalo znanstvenega žarišča. Slednje je nastalo šele koncem enajstega stoletja v Bologni. Za ume-

⁶ Prim. str. 210, op. 7.

⁷ Baedae *Historia Ecclesiastica Gentis Anglorum*, izšlo v The Loeb Classical Library, London, New York, 1930, II. lib., c. V, (str. 226): *Qui (sc. rex Aedilberet) inter cetera bona, quae genti suae consulendo conferebat, etiam decreta illi iudiciorum, iuxta exempla Romanorum, cum consilio sapientium constituit...*

⁸ Prim. Stubbs, *Sel. Charters*, str. 66; Liebermann, *Gesetze der Angelsachsen*, I, str. 3 ss.

⁹ Baeda Venerabilis (glej op. 7), II, 5 (str. 226): *...in quibus (sc. v zakoniku) primitus posuit, qualiter id emendare deberet, qui aliquid rerum vel ecclesiae, vel episcopi, vel reliquorum ordinum furto auferret: volens scilicet tuitionem eis, quos et quorum doctrinam susceperat, praestare.*

¹⁰ Prim. Holdsworth, *History* II, 19—21, 3, 8, 10, 11, 13, 14, 43, 77, 80, 85.

vanje nadaljnje usode rimskega prava v Angliji moramo tudi vpoštevati, da se je v pričo vsestranskega vpliva cerkve moglo uspešno uveljavljati le, kadar je bilo od njenih organov favorizirano. Navedeni okolnosti nam olajšata odgovor na vprašanje, zakaj ni prišlo rimsko pravo do večjega vpliva v Angliji v naslednji normanski dobi, ko so bile razmere še najbolj ugodne za to.

c) Normanska doba.

Normanska osvojitev, ki je sledila zmagi normanskega vojvode Viljema Bastarda pri Hastingsu (1066), ni le zadnja nasilna osvojitev Anglije, marveč z njo se pričinja tudi razvoj modernega angleškega zasebnega prava.

Po svoji gospodarski strukturi je bila tedanja Anglija povsem agrarna država z zaključenim vaškim gospodarstvom.¹¹ V zasebnopravnem pogledu se je delila v tri dele¹²: območje danskega, Mercijskega in Wessexškega prava; toda tudi v navedenih teritorijih samih zasebno pravo ni bilo popolnoma enotno.

Vsled svojih dalekosežnih in radikalno izvedenih reform velja normanska osvojitev za najbolj težko izmed vseh, kar jih je doživela Anglija. Kulturno pa je njena največja zasluga v tem, da je zbližala Anglijo z ostalo Evropo. Tekom poldruega stoletja, odkar so se bili Normani naselili v Franciji, so se povsem romanizirali. V svojem malem vojvodstvu so si ustvarili upravno in finančno organizacijo, ki je bila najbolj dovršena v tedanji Evropi. Tudi fevdalizem je bil pri njih že mnogo bolj razvit kakor v Angliji. Niso pa imeli Normani svojega zakonika, marveč je veljalo pri njih običajno pravo (Coutumes).

Vse to moramo upoštevati, ako hočemo razumeti normansko zasebnopravno politiko. Prezreti tudi ne smemo, da je Viljem I. (1066—1087) spojil v svojem vladanju dve

¹¹ Prim. Bradshaw, *A Social History of England*, 2. izd., London, 1921; Fifoot, *English Law and Its Background*, London, 1932, str. 33 ss. — Temeljni deli je napisal Vinogradoff: *The Growth of the Manor*, 1905, ter *English Society in the Eleventh Century*, Oxford 1908 (prim. zlasti str. 303 ss.).

¹² Holdsworth I, 3; II, 154.

nasprotujoči si vlogi: kot osvovitelj je po svoji oblasti presegal vse svoje prednike in mogel uveljaviti dalekosežne reforme; hotel pa je veljati tudi za zakonitega naslednika anglosaških kraljev in tako skušal povsem konservativno ohraniti obstoječe stanje v stvareh, ki niso neposredno tangirale njegovih interesov.

V agrarni državi je bila ureditev zemljiškega prava najvažnejša zadeva. Kraljevske domene, obsežne razlastitve pristašev nesrečnega kralja Harolda (1066) in kesnejših upornikov¹³ so mu omogočile, da je ustanovil več tisoč fevdov, ki so bili porazdeljeni po vsej Angliji in postali važna opora njegove oblasti. Ker so tudi mnogi Angleži sprejeli od njega svojo zemljo v fevd, je vedno bolj prodiralo prepričanje, da je le kralj lastnik vse angleške zemlje, dočim jo more podanik imeti le direktno ali indirektno od kralja (tenet terram de domino rege).¹⁴ Ko je pod drugim Viljemovim naslednikom Henrikom I. (1100—1133) popolnoma prodril fevdalizem,¹⁵ je postala ta norma splošno priznana. Novo spoznanje je že jasno uveljavljeno v tkzv. Domesday Book (1086),¹⁶ ki je pravo mojstrsko delo normanske fiskalne birokracije. Presenetljivo hitro je bil izvršen podroben popis vseh kmetij skoro cele Anglije, pri čemur se je celo točno navedlo število domače živine, prav tako seveda različne javne dajatve. Kajti prvotni namen tega ogromnega dela je bil fiskalen; nudil naj bi potrebnim davčni seznam oseb in imovine za čim uspešnejše pobiranje novega davka, ki pa je imel stari naziv »danegeld«.¹⁷ Uspeh normanskega fiskalizma se je pokazal v dejstvu, da je

¹³ Prim. Trevelyan, *History of England*, 6. izd., London, 1928, str. 119, 122.

¹⁴ Prim. Holdsworth II, 199 s.

¹⁵ Taswell-Langmead, *English Constit. History*, str. 42.

¹⁶ Izvirnik je shranjen v Public Record Office Museum v Londonu. — Ime (»knjiga sodnega dne«) je nadel ljudski dovtip popisu, radi njegove rigorozne natančnosti. (Holdsworth, *History II*, 163). — Prim. Maitland, *Domesday Book and Beyond*, Cambridge, 1907 (posebno znan je njegov izrek, str. 3: »If English history is to be understood, the law of Domesday Book must be mastered.«); Holdsworth, II, 155 ss. — Nekaj odlomkov pri Stubbs, *Sel. Charters*, str. 101 ss.

¹⁷ Holdsworth, *History II*, 155 s.

veljal Viljem I. po svojih dohodkih za najbogatejšega krščanskega vladarja svoje dobe.¹⁸

Za svoje normansko vojvodstvo je ostal Viljem I. še vedno francoski vazal in kot tak temeljito poznal senčne strani fevdalizma. Prav zato pa je bil odločen, da že v naprej zatre škodljive sredobežne elemente fevdalizma v Angliji; storil je to, ko si je dal l. 1086. v Salisburyški ravnini priseči zvestobo od vseh zemljiških gospodov, ne le od svojih neposrednih vazalov. Med zgodovinarji obstoja spor glede pomena te prisege.^{18a} Za zasebno pravo pa lahko ugotovimo, da je s tem Viljem I. zagotovil angleškemu zasebnemu pravu vsaj za dolgo dobo fevdalni značaj in ga tako odtegnil vplivu rimskega prava. Zakaj navzlic različnim zakonodajnim reformam, izvršenim za Edvarda I. (1272—1307), Henrika VIII. (1509—1547), Cromwella (1649—1658), zlasti pa z najnovejšo zakonodajo (Real Property Act, 1925),^{18b} vendar moderno angleško zemljiško pravo brez uvaževanja fevdalnih temeljev ni razumljivo.

Glede ostalega zasebnega prava pa se je postavil Viljem I. na povsem konservativno stališče: naj velja še nadalje pravo, ki je veljalo za vlade Edvarda Spoznavavca (1042—1066) seveda z morebitnimi Viljemovimi dodatki vred.¹⁹ Isto načelo je ponovil njegov drugi naslednik Henrik I.²⁰ (1100). Tako je Viljem v vprašanju, ki zanj ni bilo ne politično, ne fiskalno važno, kot zakoniti naslednik anglosaških vladarjev ohranil pravno kontinuiteto s prejšnjo dobo; stari anglosaški zakoni, ki so jih sedaj marljivo prepisovali, prevajali in kompilirali,²¹ so tako postali osnova, na kateri se je pričelo razvijati novo angleško pravo.

¹⁸ Taswell-Longmead, *English Const. History*, str. 62.

^{18a} Taswell-Longmead, *English Const. History*, str. 46 in op. x.

^{18b} *Prim.* str. 209, op. 4.

¹⁹ Stubbs, *Sel. Charters*, str. 99: 7. Hoc quoque praecipio et volo, ut omnes habeant et teneant legem Eadwardi regis in terris et in omnibus rebus, adhaerentibus iis quae constitui ad utilitatem populi Anglorum. — Isto načelo je posebej proglasil za London (Stubbs, l. c., str. 97).

²⁰ Stubbs, *Sel. Charters*, str. 119: 13. Lagam Eadwardi regis vobis reddo cum illis emendationibus quibus pater meus (i. e. Viljem I.) eam emendavit consilio baronum suorum.

²¹ Holdsworth, *History II*, 152 ss.

Zakaj se je Viljem I. odločil za staro anglosaško in ne morda za rimsko pravo? Vprašanje je upravičeno, ker je vobče za normansko gospodstvo v Angliji značilna romanizacija vsega javnega življenja. Dotlej uporabljani anglosaški jezik sta v zakonodaji in pred sodišči izpodrinili latinščina in normanska francoščina (Law French); sodni zapisniki, (tkzv. records), so se odslej sestavljali v latinščini prav do l. 1731.²² Tudi najožji svetovalec Viljemov, nadškof Lanfranc,²³ ki je bil najpreje pravnik, izšolan v Paviji, bi razširjenju rimskega prava v Angliji gotovo ne bil nenaklonjen. Ne smemo pa prezreti, da je pričel Irnerij v Bologni učiti šele 22 let po bitki pri Hastingsu in da tudi Normani sami niso imeli svojega pisanega prava²⁴ ter končno, da je za takratno gospodarsko stanje anglosaško pravo še zadoščalo. Tako je povsem slučajna, neugodna časovna porazdelitev posameznih važnih dogodkov, odločila tudi tokrat usodo rimskega prava v Angliji v negativnem smislu. Morda ne bo preveč drzna domneva, da bi bil rezultat najbrže drugačen, če bi bili osvojili Normani Anglijo sto let kasneje in bi bil Lanfranc študiral že v Bologni mesto v Paviji.

Vendar pa je Viljem prepustil kanonskemu in rimskemu pravu za skoro osemsto let vsaj v zakonskem in dednem pravu odločilen vpliv. Uzakonil je namreč ločitev svetnega in cerkvenega sodstva ter podredil slednjemu zadeve, »*quae ad regimen animarum pertinent*«. ²⁵ Ker so po takratni razlagi šteli semkaj navedene zadeve, so sodila cerkvena sodišča o njih do l. 1857. in uporabljala — kolikor niso imela na razpolago uzakonjenega prava — po kanonskem in po rimskem pravu. Uradni naziv tretjega oddelka sedanjega Visokega sodišča za pravosodje (High Court of Justice) v Londonu namreč »Probate, Divorce and Admiralty Division«, še spominja na ta razvoj, ki je bil posledica Viljemove ločitve sodstva.

²² Prim. Maitland, Sketch, str. 32 ss.

²³ Holdsworth, History II, 147.

²⁴ Maitland-Pollock (citat pri Holdsworthu, History II, 146) navajata, da je najstarejša normanska pravna knjiga šele izza konca XII. stoletja.

²⁵ Tekst v Stubbs, Sel. Charters, str. 99.

Pri Viljemovem delu smo se nekoliko dalje pomudili, ker je z njim določena smer vsemu nadaljnjemu razvoju, hkrati pa tudi odločena končna usoda rimskega prava v Angliji; kasnejši razvoj je to odločitev le periodično nekoliko modificiral.

d) Postanek občepравниh sodišč.

Tekom naslednjih dveh stoletij je anglosaški element povsem absorbiral tanko plast normanskih osvajateljev in se z njimi neločljivo spojil v en narod.²⁶ Istočasno pa je nastajalo novo: obče pravo (Common law). Največ zaslug ima pri tem kraljevo sodišče. Kot »vir pravice« (fountain of justice)²⁷ je pošiljal kralj, prvotno v izjemnih primerih, od Henrika II. (1154—1189) dalje pa redno v določenih razdobjih po deželi potujoče sodnike²⁸ (itinerant justices). Slednji so ustvarjali novo enotno pravo. Prihajali so s kraljevega dvora in tako več ali manj enotno odločali, kateri običaji posameznih pokrajin še veljajo in kateri ne. Praksa osrednjega kraljevega sodišča in tradicionalna angleška konservativnost sta preprečevali, da se ni uveljavljala prevelika samovolja. Fiskalna donosnost sodstva in njegov pomen za utrditev osrednje oblasti sta nagibala kralja, da mu je posvečal veliko pozornost. S posebnimi brevija (writs)²⁹ je

²⁶ To se lepo kaže v razvoju tkzv. Presentment of Englishry. Viljem I. je določil za umor kakega Normana, ki je bil prišel v Anglijo po osvojitvi, mnogo višjo kazen (46 mark srebra) kakor pa za umor kakega Angleža (tekst v Stubbs, *Sel. Charters*, 98, § 3). Zato je bilo vsakokrat treba dokazati, da umorjeni ni Norman. — *Dialogus de Scaccario*, ki ga je napisal l. 1177. Richard Fitz Nigel, pa že pripoveduje, da je postalo nemogoče razlikovati med svobodnjaki, kdo je Anglež in kdo Norman (cohabitantibus Anglicis et Normannis, et alterutrum uxores ducentibus vel nubentibus, sic permixtae sunt nationes, ut vix decerni possit hodie, de liberis loquor, quis Anglicus quis Normannus sit genere...; Stubbs, l. c., str. 219); Taswell-Langmead, *English Const. History*, str. 58.

²⁷ Prim. Holdsworth, *History III*, 459; Stubbs, *Sel. Charters*, str. 17; White, *The Making of the English Constitution*, 2. izd., London, 1925, str. 115.

²⁸ Taswell-Langmead, *English Const. History*, 78, 130; Stubbs, *Sel. Charters*, str. 23.

²⁹ Kot primer naj navedemo po Glanvilu, *De legibus Angliae*, l. 1, c. 6 (Stubbs, *Sel. Charters*, str. 190) writ Praecept: Rex vicecomiti

kraljevo sodišče dovoljevalo pravdno zaščito — podobno kakor nekoč pretor z novimi formulami — za dotlej pravno nezaščitene interese. Korak dalje je napravil Henrik II., ko je l. 1178. poveril petim sodnikom³⁰ — dvema klerikoma in trem lajikom — sodstvo v novem stalnem sodišču: Court of Common Pleas, ki naj bi bilo pristojno za pravde med državljanji. Kolik pomen je kmalu zadobilo novo sodišče, razvidimo iz določbe Magnae Chartae (1215), naj ima to sodišče svoj stalni sedež na določenem kraju;³¹ kot tak kraj je obveljal Westminster v Londonu.³² Že preje pa se je osamosvojilo posebno sodišče, nazvano Exchequer,³³ ki je bilo pristojno predvsem za fiskalne pravde. Skoro sto let kasneje (1268) pa je bil imenovan Robert de Brus »ad placita coram rege tenenda«, kar je polagoma vedlo do osamosvojitve tretjega sodišča: Court of King's Bench. Tako se je nazivalo, ker je tja do štirinajstega stoletja večkrat prisostvoval njegovim razpravam kralj sam³⁴ ter je bilo pristojno tudi za spore, v katerih je bila udeležena krona.³⁵

Navedena sodišča, ki so od l. 1880. dalje združena v prvem oddelku »King's Bench Division« Visokega sodišča za pravosodje (High Court of Justice) v Londonu, so bila od vsega početka najvažnejša opora, čuvar in glasnik občega prava (Common law). Brez njihovega delovanja si končne

salutem. Praecepte A. quod sine dilatione reddat B. (= tožitelju, petentu) unam hidam terrae in villa illa unde idem B. queritur quod praedictus A. ei deforceat: et nisi fecerit summo cum ... quod sit ibi coram me vel justitiariis meis in ... (datum) ... ostensurus quare non fecerit... — Preko šerifa (vicecomes) ukazuje kralj v posebni, s kraljevim pečatom opremljeni, listini petentovemu nasprotniku, naj ali restituira odvzeto zemljo petentu ali pa naj se spusti v pravdo pred kraljevim sodiščem.

³⁰ Prim. Holdsworth, History, I, 51 ss.; Taswell-Langmead, English Const. History, str. 127 s.

³¹ c. 17: Communia placita (= Common Pleas) non sequantur curiam nostram sed teneantur in aliquo loco certo. (Stubbs, Sel. Charters, str. 295.).

³² Prim. Holdsworth, History I, 196 s., ki navaja tudi štiri zasedanja, ki so se izjemoma vršila drugod.

³³ Holdsworth, History I, 231 ss.

³⁴ Holdsworth, History I, 204 ss.; Taswell-Langmead, English Const. History, str. 120 s., 128.

³⁵ Holdsworth, History I, 212.

zmage in popolnega uveljavljenja angleškega občega prava ne moremo zamisliti. Nujno so bila občepravna sodišča tudi najodločnejši nasprotnik uveljavljenja rimskega prava; pri tem so jim boj znatno olajšale razne ovire in zapreke, na katere je zadelo rimsko pravo vprav v dvanajstem in trinajstem stoletju.

e) Rimsko pravo v Angliji
v XII. in XIII. stoletju.

Procvit glosatorske šole v Bologni ni ostal brez vpliva na Anglijo. Okrog l. 1145. je canterburyški nadškof Theobald sprejel na svoj dvor mladega Lombarda, ki je bil študiral rimsko pravo v Bologni: ime mu je bilo magister Vacarius.³⁶ V Canterburyju in najbrže tudi v Oxfordu je Vacarius predaval rimsko pravo in, predvsem za revne dijake, sestavil l. 1149. učbenik *Liber Pauperum*. Kmalu nato pa je prepovedal kralj Štefan (1135—1154) — najbrže iz osebnih političnih razlogov — študij rimskega prava in tako onemogočil magistru delovanje vsaj za nekaj let. S svojim nastopom je Vacarius dosegel, da se rimsko pravo odtlej predava na univerzah v Oxfordu in Cambridge-u.³⁷

Nov hud udarec je zadel rimskopravna stremljenja, ko je l. 1234. kralj Henrik III. prepovedal poučevanje vsakega tujega prava v Londonu.³⁸ Najbrže so pri tem vplivale nanj različne podobne prepovedi papežev (n. pr. bula Honorija III. *Super Specula* iz l. 1219. za Paris).³⁹ Vsled Henrikove prepovedi rimsko pravo ni moglo več direktno vplivati na pravnike, ki so delovali pri westminstrskem sodišču. Tem usodneje pa je postalo to dejstvo radi tega,

³⁶ Biografske podatke povzemam po F. de Zulueta, *The Liber Pauperum of Vacarius* (Public. of the Selden Society XLIV). London, 1927, str. XIII—XXIII. — Prim. tudi F. de Zulueta, *William of Drogheda*, v *Mélanges Cornil*, II, Gand 1926, str. 639 ss.

³⁷ Prim. Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe*, 2. izd., str. 98.

³⁸ Besedilo ima Holdsworth, *History*, II, 227, op. 8 (...ne aliquis Scholas regens de Legibus in eadem civitate de caetero ibidem Leges doceat...).

³⁹ Prim. Vinogradoff, l. c., str. 97 s.; Rashdall, *The Universities of Europe in the Middle Ages*, Oxford, 1895, I, 323 s., II, 740.

ker so istodobno zavzemali sodniška mesta vedno bolj lajiki namesto klerikov, izobraženih v kanonskem in rimskem pravu; po l. 1316. ni bil — z eno samo izjemo — noben klerik več postavljen za sodnika.⁴⁰

Prepuščeni samim sebi so se občepravni juristi odslej vedno bolj organizirali v posebnih Inns of Court⁴¹ in tu gojili angleško obče pravo, ki se je poleg zakonov opiralo predvsem na starejše razsodbe (precedents — Case law). Da pa se je to pretežno kazuistično pravo moglo razviti v pravni sistem, sposoben za nadaljnji razvoj, je bistveno pripomoglo rimsko pravo samo. Zgodilo se je to z dvema spisoma: Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae, ki se navadno naziva po Glanvilu, ter Brattonovim De legibus et consuetudinibus Angliae.

f) Glanvil in Bratton.

Ranulf Glanvil⁴² je bil justicijar⁴³ Henrika II. Njemu pripisovani traktat je bil najbrže napisan pod njegovim nadzorstvom okoli l. 1187. Podati hoče pravo, kakor je veljalo pred kraljevim sodiščem in se posebno bavi z novimi tožbenimi oblikami (brevia — writs), ki jih je kraljevo sodišče uvajalo. Večkrat poseže tudi na materialno pravo in uvaja (zlasti za nazive kontraktov) precej rimskopravne terminologije. — Kak ugled je uživalo delo, razvidimo najbolje iz dejstva, da je bilo v prvi polovici trinajstega stoletja uvedeno na škotskem, kjer se citira kot Regiam Maiestatem.

Bratton⁴⁴ († 1268) je bil dalje časa sodnik kraljevskega sodišča. Njegovo delo, ki ga je izpopolnjeval najbrže do l. 1256., je ostalo nedovršeno. Maitland ga je nazval »krono in cvet angleškega srednjeveškega pravoznanstva«;^{44a}

⁴⁰ Holdsworth, History, I, 197.

⁴¹ Prim. Holdsworth, History II, 493 ss.

⁴² Holdsworth, History II, 189 ss.; Holdsworth, Sources, str. 25 ss.; delo je izdal Rayner l. 1780.

⁴³ Prim. Taswell-Langmead, English Const. History, str. 61, 121.

⁴⁴ Pravilno avtorjevo ime je Bratton ali Bretton, dočim ga navadno nazivajo Bracton; prim. Holdsworth, History II, 232 ss., Sources, str. 27 ss.

^{44a} Citirano v Potter, Introduction to the History of English Law, str. 33.

o njegovi veliki popularnosti priča veliko število ohranjenih rokopisov (48 ali 49), ki so vsi iz dobe pred 1400. Brattonov traktat je prvi sistem angleškega zasebnega prava. V njem pa je dosegel tudi vpliv rimskega prava na angleško svoj vrhunec. O Brattonovem delu je nastala cela literatura, ki je skušala podrobneje določiti njegov odnos do rimskega in do angleškega prava.⁴⁵ V svojem traktatu je hotel Bratton podati sistem tedanjega angleškega zasebnega prava. Težave, na katere je pri tem naletel, je skušal premagati s tem, da je za terminologijo, deloma pa tudi v materialnem pogledu uporabljal rimsko pravo, po večini na podlagi Azovih del. Rimskopravnim vplivom je pripisovati, da je obravnaval tudi nekatere pravne institute (*accessio*, *specificatio*, *confusio*),⁴⁶ ki niso imeli za takratno prakso pomena. Toda ravno s tem je avtor dalekovidno utiral pot bodočemu pravu, kakor so ga zahtevale naprednejše gospodarske razmere mnogo stoletij kasneje. O tem priča rzsodba v pravdi *Coggs v. Bernard*,⁴⁷ kjer je l. 1704. sodnik uporabil rimskopravna načela, kakor jih je bil razvil Bratton. Vsebina traktata pa jasno dokazuje, da je hotel avtor napisati sistem angleškega in ne rimskega prava. Kakor Glanvil posveča tudi Bratton svojo glavno pozornost pravdanju pred kraljevskim sodiščem (*brevia — writs*). V traktat je že sprejel načelo, da je treba upoštevati starejše rzsodbe (*si similia evenerint, per simile iudicentur*).⁴⁸ Korak dalje je napravil s tem, da je zbral v svojem *Note Book* kakih 2000 dotedanjih rzsodb.⁴⁹ — Navzlic vsemu temu pa je gotovo, da si brez rimskega prava ne moremo misliti Brattonovega traktata.⁵⁰ Po njem je rimsko pravo vplivalo na razvoj ob-

⁴⁵ Holdsworth, *History* II, 267 ss.

⁴⁶ Holdsworth, *History* II, 286.

⁴⁷ Holdsworth, *History* II, 289; sodba *Coggs v. Bernard* je natisnjena tudi v *Smith, Leading Cases* (11. izd., 1903: I, 173; najnovejša izdaja mi v Ljubljani ni dostopna).

⁴⁸ f 1b; citat pri Holdsworthu, *History* II, 243, op. 4.

⁴⁹ *Note Book* je našel Vinogradoff med rokopisi Britanskega muzeja v Londonu in l. 1884. spoznal, da gre za Brattonovo delo. — Izdal je *Note Book* l. 1887. Maitland.

⁵⁰ Kritično izdajo je pričel izdajati Woodbine; *Bracton, De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, vol. I, 1915, vol. II, 1922, New Haven.

čega angleškega prava in omogočilo njegovo osamosvojitve.⁵¹

Usoda Brattonovega traktata je simptomatična za nadaljnjo usodo rimskega prava v Angliji. Ugled dela je koncem XIV. in tekom XV. stoletja vedno bolj padal,⁵² kar je nesporen dokaz naraščajočega odpora zastopnikov angleškega občega prava zoper rimsko, ki ga tudi po večini niso temeljito poznali.⁵³ Izpremenilo se je pa to naziranje v XVI. in XVII. stoletju po končni zmagi občega prava. Odtlej je Brattonovo delo nesporna »authority«, ki ga navajajo sodniki, kadar nimajo na razpolago kakega mlajšega vira.⁵⁴

g) Končna zmaga Common Law-a.

Še prej pa se je pokazala volja, da se ohrani domače občje pravo (Common law) drugod. V tem pogledu je značilen odgovor angleških baronov v Mertonskem parlamentu (l. 1234.), ki so se na neki konkretni predlog škofov soglasno izrekli, »quod nolunt leges Angliae mutare quae usitatae sunt et approbatae.«⁵⁵

Za razvoj občega prava je bilo zelo pomembno, da je vprav za Edvarda I. (1272—1307), ki ga večkrat nazivajo angleškega Justinijana, pričela živahna državna zakonodaja, ki je z nekaterimi zakoni (Quia Emptores 1290, De Donis 1285) krepko posegla tudi v razvoj zemljiškega prava. Istočasno se je baza angleškega parlamenta razširila tako, da so mu od leta 1295. dalje pripadali tudi zastopniki grofij, mest in okrajev (borough).⁵⁶ Poleg parlamentarne zakono-

⁵¹ Prim. Maitlandov izrek (English Law, s. v. v Encyclopaedia Britannica, 14. izd., 1929, str. 565): Bracton introduced just enough of Roman law and Bolognese method to save the law of England from the fate that awaited German law in Germany. — Podobno se izraža Liebermann, Gesetze der Angelsachsen, I, str. XLIII: der kräftige Trunk, den Bracton zur rechten Zeit gerade aus der römischen Quelle geschöpft hatte. — Podobno Holdsworth, History II, 289, IV, 285 (tu govori naravnost o recepciji v XII. in XIII. stoletju).

⁵² Prim. Holdsworth, History II, 287—289.

⁵³ Primere navaja Holdsworth, II, 287, op. 4.

⁵⁴ Prim. Holdsworth II, 289, op. 6.

⁵⁵ Citat pri Holdsworthu, History II, 218, op. 1.

⁵⁶ Taswell-Langmead, English Const. History, str. 217.

daje pa je posredovala neposreden stik med obćim pravom in narodom, za katerega je veljalo, tudi porota, ki se prvič omenja v Clarendonskih konstitucijah (l. 1164.).⁵⁷ Tako so postali konservativni angleški narod in pravniki, vzgojeni v Inns of Court, ter šolani le v obćem pravu (Common law) čuvarji in nositelji samostojnega obćega prava.

Za Henrika VIII. (1509—1547) se je ponudila zadnja prilika za recepcijo rimskega prava. Maitland⁵⁸ trdi naravnost, da je bilo takrat obće pravo (Common law) ogroženo v svojem obstoju; dočim je Holdsworth najbrže bližje resnici, ko meni, da je bilo ogroženo le prvenstvo obćega prava.⁵⁹ Ako si predočimo, da je v tem času prodrła recepcija rimskega prava v velikem delu evropske celine in da je l. 1532. napravila tudi Škotska zlasti z ustanovitvijo vrhovnega sodišča (Court of Session)⁶⁰ odločilen korak v tej smeri, tedaj ni čudno, da so se tudi v Angliji pojavile slične težnje. Posebno odločno je zagovarjal recepcijo kesnejši kardinal Reginald Pole.⁶¹ Henrik VIII. morda prvotno tej misli res ni bil nenaklonjen, saj je vprav on ustanovil po eno profesuro (Regii professores) za rimsko pravo v Oxfordu in Cambridge-u. Vendar pa je lahko umljivo, da recepcija rimskega prava ne bi bila v skladu s temeljno smerjo njegove politike, inavgurirane z reformacijo.

Na stališče rimskega prava v Angliji je vplival neugodno tudi poseben psihološki moment: izključeno iz sodišč obćega prava se je uporabljalo predvsem v sodstvu, ki je temeljilo na kraljevi prerogativi. Tako ni presenetljivo, da se je vzporedno z ustavnim razvojem vedno bolj krćilo področje sodstva, v katerem se je v večjem ali manjšem obsegu uporabljalo rimsko pravo. Semkaj so spadala sodišča Court of Star Chamber, Court of Requests, Court of Admiralty, Court of Chancery, sodišči obeh uni-

⁵⁷ Taswell-Langmead, o. c., str. 136.

⁵⁸ F. W. Maitland, English Law and Renaissance (The Rede Lecture for 1901), Cambridge, 1901, str. 70.

⁵⁹ Holdsworth, History IV, 217—293, zlasti 285 ss.

⁶⁰ Irvine v Green, Encyclopaedia of the Laws of Scotland, vol. XIII., 3. izd. 1932, s. v. Roman Law (str. 59—79), str. 76 ss.

⁶¹ Maitland, English Law and Renaissance, str. 7 in op. 11, zlasti str. 42 ss.

verz, cerkvena sodišča in vojaško sodišče Court of the Constable and Marshall.⁶² Prvi dve sodišči sta prenehali l. 1641., vojaško l. 1689., cerkvena l. 1857. Povsod drugod pa je obče pravo polagoma vedno bolj izpodrivalo rimsko, tako je sodna reforma l. 1875., ki je združila celokupno sodstvo, v tem oziru samo posvedočila stanje, kakor ga je dotedanji razvoj ustvaril. Pri tem pa ne smemo prezreti, da je bilo to absorbiranje večkrat le zunanje in tako je obče pravo s povečanjem svoje pristojnosti prevzemalo tudi rimskopravne elemente. Za to vprašanje pa bi bilo treba še podrobnega študija.

Dasi ne moremo v okviru današnje razprave zasledovati, kako je Brattonovo delo vplivalo na kasnejšo angleško pravniško literaturo (Fleta, Britton, i. dr.), v koliki meri je rimskopravna izobrazba omogočala Hale-u, Maitlandu in drugim mnogo uspešnejše delovanje, moramo vsaj omeniti še drugi sistem angleškega zasebnega prava, ki ga je napisal Blackstone.

h) Blackstone.

Blackstone (1723—1780),⁶³ profesor in kasneje sodnik, je v svojih, štiri knjige obsegajočih *Commentaries on the Laws of England* (1. izd. 1765) napisal sistem angleškega prava, kakor je veljalo v njegovi dobi. Zanimivo je pač dejstvo, da je delo sestavil mož, ki je bil l. 1753. najbolje kvalificirani kandidat za rimskopravno profesuro v Oxfordu. Kakor se je bilo rimsko pravo v trinajstem stoletju osamosvojilo ob Brattonovem traktatu, tako je z Blackstonovimi komentarji postalo skupno pravo anglosaškega sveta in to ostalo tudi po odcepitvi Zedinjenih držav Severne Amerike (1783).⁶⁴

⁶² Holdsworth, *History*, IV, 238; prim. Krek, *Pomen rimskega prava*, Zbornik I, str. 124 op.

⁶³ Holdsworth, *Some Aspects of Blackstone and His Commentaries*, v *Cambridge Law Journal*, 1932, str. 261—285. — Za separaten odtisek se imam zahvaliti ljubeznivosti prijatelja g. prof. F. de Zuluete v Oxfordu. — Holdsworth, *Sources*, str. 155 ss.; Holdsworth, *The Historians of Anglo-American Law*, New York, 1928, str. 54 ss., zlasti str. 58; Birkenhead, *Fourteen English Judges*, London, 1926, str. 197 ss.

⁶⁴ Holdsworth, *Sources*, str. 159.

i) Škotsko zasebno pravo.

Presenetljivo je dejstvo, da je razvoj škotskega⁶⁵ zasebnega prava ubiral tekom zgodovine večkrat pota, ki so bila dijametralno nasprotna angleškemu. V rimski dobi v večjem delu Škotske rimsko pravo ni veljalo. Za recepcije Glanvilovega traktata (*Regiam Maiestatem*) večje razlike med angleškim in škotskim pravom niso znane. Rimsko-pravni vpliv, ki je se je uveljavil v Angliji preko Brattonovega dela, je na Škotskem izostal, zato pa je postala kesneje recepcija rimskega prava neizbežna. Na zunaj je prišla do izraza z ustanovitvijo vrhovnega sodišča *Court of Session* (1532), kjer je polovica sodnikov morala biti vzeta iz vrst klerikov. Proti koncu XVII. stoletja se je pa tudi v škotskem pravu pričelo uveljavljati načelo, da so sodbe pravni vir. Tako je postalo škotsko zasebno pravo produkt rimskih in angleških vplivov. Ker je zbornica lordov vrhovno prizivno sodišče za Škotsko, prihaja v prizivih zoper škotsko apelacijsko sodišče v poštev lahko še vedno rimsko pravo; podobno se le-tó uporablja v tajnem svetu (*Privy Council*) kot vrhovni apelacijski instanci zoper sodbe dominijonalnih in kolonijalnih sodišč, ako velja v dotičnem teritoriju rimsko pravo.

j) Sodobni pomen rimskega prava.

Toda tudi za angleška sodišča sama velja rimsko pravo kot spoznavni vir, če ne obstoja zakonska norma, niti ne nudi potrebnega precedenčnega primera *Case law*; zlasti so taki primeri aktualni v pogodbenem pravu. Pomen rim-

⁶⁵ Irvine v Green, *Encyclopaedia of the Laws of Scotland*, 3. izd., XIII, Edinburgh, 1932, s. v. Roman Law, str. 59–79; Goudy, *Fate of the Roman Law North and South of the Tweed*, London, 1894; David B. Smith, Sir Thomas Craig, *Feudalist*, v *Scottish Historical Review* (Glasgow, 1915), XII, str. 271–302. — Za moderno škotsko pravo podaja kratek pregled najvažnejših razlik napram angleškemu pravu Glog, s. v. *Scots Law* v *Encyclopaedia Britannica*. — Obširneje: Glog and Hudson, *Introduction to the Law of Scotland*, 1927; Glog, *The Law of Contract*, 2. izd., Edinburgh, 1929; izmed starejše literature: Erskine, *Principles of the Law of Scotland*, 21. izd., Edinburgh, 1911.

skega prava za moderno angleško obče pravo je preciziral sodnik Tindal v pravdi Acton v. Blundell (1843).⁶⁶

V najsplošnejših potezah smo si ogledali razvoj zunanjih odnosov med rimskim in angleškim pravom. Dasi Anglija ni recipirala rimskega prava, vendar lahko ugotovimo s Holdsworthom, da je njen »dolž v tem oziru znatno večji, kakor se vobče misli, naj upoštevamo katerokoli dobo, naj motrimo to vprašanje s praktičnega ali teoretičnega stališča.«⁶⁷

⁶⁶ Prim. David T. Oliver, Roman Law in Modern Cases in English Courts, v Cambridge Legal Essays, 1926, str. 242, zlasti str. 246 ss.

⁶⁷ Holdsworth, Sources, str. 234 ss.; History IV, 292 s.; slično Allen, Law in the Making, Oxford, 1930, str. 161: There is still much work to be done in investigating the influence of the Corpus Juris upon the general development of our law: but it seems certain that that influence has been powerful and continuous from the earliest times, even though there was never any actual »reception«.

Résumé.

Although there has never been a universal reception of Roman law in England, the study of English private law is very attractive to the modern Roman lawyer, and this for many reasons.

To begin with, there are many remarkable parallelisms between the two legal systems. As such the author gives a few instances. For the Roman and the English law are characteristic: both are exceedingly conservative in their evolution, both show a constant aversion to the codification and have had but few systematists (Q. Mucius Scaevola and Massurius Sabinus in Rome, Bratton and Blackstone in England). The two legal systems put great faith in the individual, in both we can observe a certain aristocratic reserve as to the enlargement of their territory within their respective Empires. Finally in each of them we can notice an ingenious method of introducing the necessary reforms in an indirect way: namely by the pretorian *Ius Honorarium* and the Equity, created in the Court of Chancery.

What is more, English law offers us a unique opportunity for the right valuation as to the merits or deficiencies of the Re-

ception of Roman law in different European countries. But before this, another question must be cleared up, as to whether there have been any influences of Roman law upon English law at all, and why there was no Reception in England.

For the period of Roman Britain the author generally follows Prof. Holdsworth's doctrine that there were not any considerable remains of Roman law left after the Roman retreat. This strange result the author tries to explain by various adverse circumstances: the situation of Britain at the periphery of the Roman Empire; the comparatively short period of Roman law being generally in force there (from 212 A. D. [*Constitutio Antoniniana*] to 410 A. D.); and, last not least, the very unsatisfactory condition of the different Roman legal sources at the beginning of the fifth century — decennaries before the »Law of Citation« (426) and the Theodosian Code (438), about a century before the *Leges Romanae Barbarorum* and Justinian's codification. It is obvious that, owing to the latter unpleasant condition, the resistance of Roman law against the laws of the Anglo-Saxon conquerors was essentially weakened.

Nevertheless the idea of a legal culture survived and re-appeared for the first time in Aethelbert's Code. But, however, during the Anglo-Saxon period the Roman legal influence was by no means considerable.

On the contrary, after the Norman Conquest Roman law got a better chance of being re-introduced in England. Unhappily the Conquest occurred 22 years before Irnerius started teaching Roman law in Bologna. Therefore, while the legal language in England became romanized, William I feudalized the land law and thus withdrew the most important matter from the Roman influence for ever.

During the 12th and 13th centuries the growth of the Common law courts began, whereas the Itinerant Justices were working on the new Common law.

At the same time the study of Roman law also spread to England, but here it met with severe difficulties. The prohibition, issued by King Stephen, interrupted the successful activity of Vacarius for some years, another, issued by King Henry III, banished the teaching of Roman law out of London and indirectly compelled the Westminster lawyers to create in their Inns of Court new centres of study, of course, on Common law. For the further development of the latter, Roman law itself was helpful and this by the two treatises: of Glanvil and of Bratton. As at the same time the Merton Parliament (1234) expressed its strong feeling against any alteration of Common law by introduction of foreign elements, and when few decennaries later Edward I's active legislation secured a further evolution of the Common law, the fate of Roman law in England was decided. The

author holds to Prof. Holdsworth's opinion that Common law was not really endangered under Henry VIII.

During the following evolution the Common law courts succeeded in supplanting Roman law in the various special courts, where it was still in use. But, in spite of their formal victory, there still remained considerable material influences of Roman law in England.

Blackstone, himself a profound scholar in Roman law, has by his Commentaries on the Laws of England, preserved the common legal basis between the USA and England.

In a few sentences the author tries to show, how in different periods the evolution of Scots law was just opposite to that of English law.

Finally he mentions the importance of Roman law in England in our days (*Acton v. Blundell*) and concludes with reference to Sir Holdsworth: »Whether we look at medieval law, at the law of the sixteenth century, or at the law of our days; whether we look at the law from the point of view of the practitioner, or the teacher; the debt of English law to the civilians is much more considerable than a modern lawyer would suppose« (*Sources*, pp. 234 foll.).

Popravki:

Na strani	4., vrsta	22. od zgor.,	naj se črta podpičje ;
" "	13., "	20. " "	pride za besedo „vprašanje“ — vejica ;
" "	21., "	7. " "	naj se čita: „ dotaknilo “;
" "	25., "	15. " "	pride za besedo „zmoti“ — podpičje ;
" "	27., "	6. " zdol.,	naj se čita ⁶⁰⁾ namesto ⁵⁰⁾ ;
" "	32., "	9. " zgor.,	" " " „ podprtih navedb “;
" "	32., "	17. " " "	" " " „ dana “ (ne „ono“);
" "	39., "	12. " zdol.,	" " " „ Suppressions “;
" "	39., "	13. " " "	" " " „ Ruses “;
" "	62., "	2. " " "	„ transcendentno “
			namesto „trascendentalno“;
" "	79., "	13. " zgor.,	„ zaključna “ namesto „zaključena“;
" "	83., "	5. " zdol.,	„ découvrir “ namesto „decouvre“;
" "	87., opomba	6., vrsta 2. od spodaj:	„ ainsi “ namesto „aussi“;
" "	89., vrsta	14. od spod.	„ svojtvenega “ namesto „stvojtvenega“;
" "	98., "	9. " " "	„ bilo “ namesto „bil“;
" "	117., "	17. " " "	„ regresata “ namesto „regresanta“;
" "	123., "	3. " zgor.	„ prvotnemu “ namesto „prvotnem“;
" "	123., "	3. " " "	„ regresantu “ namesto „regresatu“;
" "	123., "	13. " spod.	„ originarnega “ namesto „originalnega“;
" "	126., "	16. " " "	„ dolga “ namesto „blaga“;
" "	189., "	14. " zgor.	„ u. “ namesto „u“;
" "	189., "	24. " " "	„ ČZN XXIII “ namesto „ČZN XXXIII“;
" "	193., "	10. " spod.	„ katera “ namesto „katere“;
" "	194., "	5. " zgor.	odpade beseda „ samo “;
" "	195., "	3. " " "	je čitati „ dežele “ namesto „te dežele“;
" "	208., "	17. " " "	naj se čita „ Sketch “ namesto „Sketh“;
" "	210., "	7. " " "	" " " za „ držav “ ⁵ namesto ⁶ ;
" "	218., "	19. " " "	" " " „ pojmovanje “
			namesto „spoznanje“;
" "	220., "	9. " spod.	pride za „Londonu“ — vejica ;
" "	227., "	5. " zgor.	za „law“) pride vejica .

