

KR. UNIVERZA V LJUBLJANI

**ZBORNİK
ZNANSTVENIH RAZPRAV**

XIX. LETNIK 1942-43

IZDAJA
PROFESORSKI ZBOR JURIDIČNE FAKULTETE

LJUBLJANA 1943-XXI

Znanstvene razprave

objavljene v Zbornikih I.—XIX.

1. Pravnozgodovinske:

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 boštanjске graščine od konca 17. do začetka 19. stoletja (Zb. V); č) Pravni institut »Klausel des allgemeinen Landschadensbundes« v slovenskih deželah (Zb. VII); d) Osebno- in rodbinskopravna vprašanja v pravosodstvu slovenskih ljudskih sodišč (Zb. X); e) Pravne razmere v Brežicah od l. 1585. do l. 1651. (Zb. XII); f) Pravnozgodovinski prikaz dokaznega postopanja pri sodiščih slovenskega ozemlja s posebnim ozirom na ljudska sodišča študija o prisegi

pri Slovencih
JASINSKI: pravno zgodovinski statuti? nemu zakonu (Zb. V); d) Iz
KOROŠIČ: (Zb. VII); b) U Gajevih institutov Avgustovega
KREK: P
KRZISNIČIČ:
POLEC: 18. stoletja (Zb. VIII); c) Prevedba z letja (Zb. XII) vemu osnutku
ZONTAR: (Zb. XVIII).

KUSEJ F.: državo (Zb. I) prava (Zb. II) lege ferenda (Zb. III) njem in po njem (Zb. IV) njeno pravo v slavne cerkve slavne cerkve



nsko primerjalno
bio sestavljen ka-
nega prava k pisa-
statut Veprinački)

zbirke (K Bo VI 3)
); e) Novi odlomki
VIII); d) Nastanek

(Zb. I).

i deželah od 16. do
ranjskem (Zb. IX);
a ob koncu 18. sto-
isije k Martinije-
(Zb. XVI).
ranja (1517—1520).

omen za cerkev in
polju patronatnega
de lege lata in de
i zakonih po prejš-
atoliška cerkev in
vila srbske pravo-
vilnih srbske pravo-

3. Kazenskopravne:

DOLENC: a) Kriminalpolitična prešoja določil zadnjega odstavka čl. 12 Vidovdanske ustave (Zb. II); b) Problem izvrševanja kazni na prostosti v kraljevini Srbov, Hrvatov in Slovencev (Zb. IV); c) Zločinec iz prepičanja (Prinos k vprašanju o smotreni določitvi kazni) (Zb. VI); č) Opredelitev kriminalne in civilne prevare (Zb. IX); d) Naklep in namen v kazenskem zakoniku kraljevine Jugoslavije (Zb. XI); e) Odnosi med glavnimi in stranskimi kazenskimi zakoni (Zb. XIII); f) Vrednotenje dokazov v sodnem kazenskem postopanju (Zb. XV); g) Načelna raziskavanja o podnetu, nasnovi, pomoči in podpomoči po kazenskem zakoniku kraljevine Jugoslavije (Zb. XVII).

MAKLECOV: a) Zmanjšana vračunljivost v načrtu za edinstveni kazenski zakonik kraljevine Srbov, Hrvatov in Slovencev (Zb. VI); b) Osebnost zločinca v modernem kazenskem pravu s posebnim ozirom na kazenski zakonik kraljevine Jugoslavije (Zb. VII); c) Pravna narava odredb zoper otroke in mlajše maloletnike v kazenskem pravu kraljevine Jugoslavije (Zb. IX); č) O pojmu in nalogah kriminalne politike (Zb. X); d) Pravna narava prisilne objave sodbe (Zb. XI); e) Jugoslovan-

R. UNIVERSITÀ DI LUBIANA

**RACCOLTA
DI STUDI SCIENTIFICI**

ANNO XIX, 1942-43

Publicata a cura
del collegio dei professori della Facoltà
di Giurisprudenza di Lubiana



Lubiana 1943-XXI

KR. UNIVERZA V LJUBLJANI

ZBORNİK
ZNANSTVENIH RAZPRAV

XIX. LETNIK 1942-43

Izdaja
profesorski zbor juridične fakultete
v Ljubljani

Ljubljana 1943-XXI

~~42077~~

50952



030025026

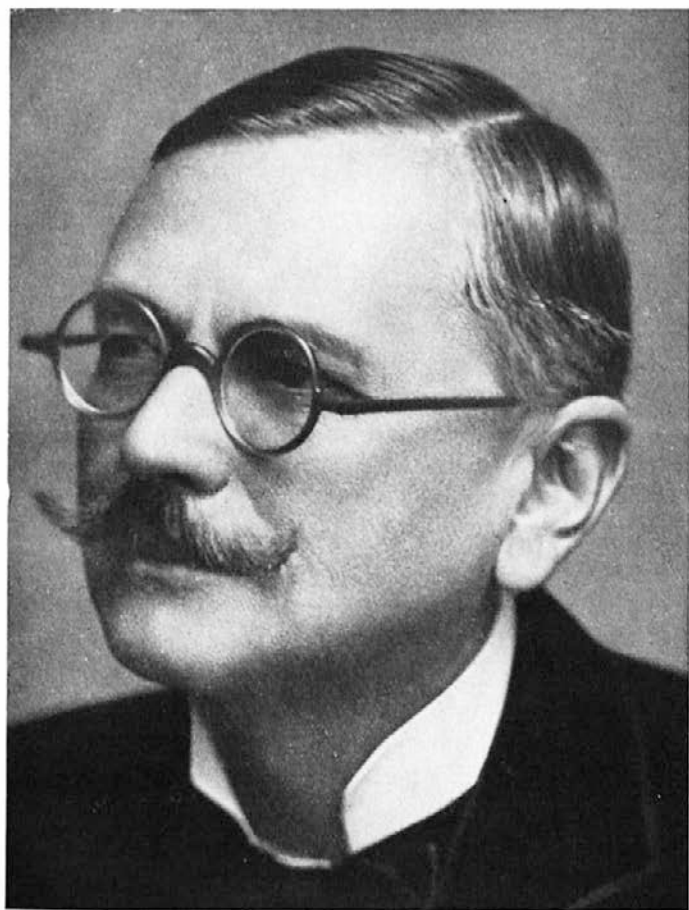
UREDIL DR. JANKO POLEC

TISKARNA »SLOVENIJA« V LJUBLJANI (PREDSTAVNIK A. KOLMAN)

Snominu
Gregorja Kreka

Kazalo – Indice

	Stran
Prof. dr. Milan Škerlj:	
Gregor Krek	1
Prof. dr. Stojan Bajič:	
Navezna pogodba — Contratto di collegamento	43
Prof. dr. Viktor Korošec:	
Nastanek Avgustovega principata — La genesi del principato Augusteo	74
Prof. dr. Gorazd Kušej:	
O pravnem položaju Vatikanskega mesta — La condizione giuri- dica della Città del Vaticano	103
Prof. Aleksander Maklecov:	
Tipologija zločincev v novi italijanski kazenski zakonodaji — Tipologia dei delinquenti nella nuova legislazione penale italiana	142
Univ. docent dr. Vladimir Murko:	
Značaj naših pristojbin — Il carattere delle nostre tasse	161
Prof. dr. Leonid Pitamic:	
O ideji prava — Tractatus de conceptu iuris	185
Prof. dr. Evgen Spektorški:	
Sociologija in filozofija — Sociologia e filosofia	205
Prof. dr. Henrik Steska:	
Razmejitev uprave od sodstva — I limiti tra l'amministrazione e la giurisdizione	217
Prof. dr. Milan Škerlj:	
Družba z omejeno zavezo po ital. državljskem zakoniku in po trgovinskem zakonu biv. jugoslovanske države. — La società a garanzia limitata secondo il Codice civile italiano e la legge commerciale del cessato stato jugoslavo	262
Priv. docent dr. iur. et phil. Rudolf Trofenik:	
Territorialno načelo v kazenskem pravu. — De principio territoriali in iure criminali vigente	281



H. Green Kelly

Gregor Krek

»Ruit mors velociter, rapit nos atrociter« sem citiral iz starega »Gaudeamus igitur« na neki seji sveta naše pravne fakultete spomladi l. 1940., ko še nisem mogel misliti, da nam v teku dobrih dveh let ugrabi usoda kar pet tovarišev. Poslednji med njimi je odšel od nas 1. septembra 1942 Gregor Krek, meni pa je padlo v del, da mu napišem življenjepis.

Branil sem se te naloge, kajti prepričan sem, da bi Kreka mogel dostojno opisati le Krek, mož, ki bi kakor on združeval rahlo čutečega ustvarjajočega umetnika, duhovitega esejista, estetika in umetnostnega kritika in pronicavega, globokega pravnika. Taki možje so kaj redki, zato pa je njihova usoda, da njihove slike ne more dati, njihovega dela ne oceniti en sam človek. Za slovensko kulturo tako važnega Krekovega vpliva na glasbenem polju jaz ne morem očrtati, kaj še oceniti, kakor treba; njegove številne članke in listke, njegove pesnitve in prevode pesmi in drugo njegovo nepravniško literarno delo morem le kratko omeniti. Omejiti se moram na Krekovo pravniško delo, v svesti si, da še za to nisem povsem pozvan, kajti Krek je bil univerzalnejši, bavil se ni samo s civilnim, marveč tudi z rimskim, s procesualnim in z javnim, ustavnim in upravnim pravom.¹

Ni bilo povsem lahko narediti si načrt za oris Krekovega dela. Krek se ni istočasno v enaki meri bavil z eno ali drugo stranjo svojega dela. Bili so časi, ko je bil samo literat in poleg tega glasbenik, časi, ko je bil pretežno glasbenik in časi, ko je bil, vsaj za javnost, skoro samo pravnik. Ta obdobja se niso vrstila in menjavala samo ali v prvi vrsti po notranjem nagnenju, prav jasno se v njih zrcali Krekov položaj v življenju, mesto, na katerem je delal, in drugo. Zato se mi je zdelo najprimerneje, da svoj očrt razdelim po krajih, kjer je Krek živel in delal.²

¹ Kreka kot stvarjajočega glasbenika očrta in oceni na drugem mestu poklicano pero profesorja L. M. Škerjanca.

² Viri, iz katerih sem zajel podatke o Krekovem življenju in delu, so mi bili, poleg lastnih spominov, Krekove navedbe v »Zgodovini Slovenske uni-

I. Mladost v Gradcu

Krek se je rodil dne 27. junija 1875 v Nemškem Gradcu. Oče mu je bil slavist Gregor Krek, takrat profesor na graški univerzi; mati Lavra roj. Schilcher, je bila Nemka iz rodu Priegerjev iz Celja, njena mati je bila sestra Luize, žene dr. Radoslava Razlaga. Okolje, v katerem se je Krek rodil in v katerem je rasel, je bilo za nadarjenega dečka tako ugodno, kakor ga je imel malokateri Slovenec. Vsakdanjih gmotnih skrbi ni bilo; za vzgojo se je moglo storiti vse; oče, znanstvenik, je imel jako veliko knjižnico, za katero se je sin zgodaj zanimal in v kateri je spoznal pomen knjižnih zbirk in njih ureditve; mati je muzikalnemu sinu dajala prvi pouk na klavirju. Dovolj veliko mesto z vsemi šolami do univerze, z muzeji, knjižnicami, gledališči, koncerti priznanih umetnikov je bilo ugodno širše okolje za razvoj v domači družini vzbujenega duha, počitnice pri sorodnikih na kmetih so ga popolnjevale in dečka in mladeniča varovale prevelike enostranosti. Prva domača vzgoja je bila, kakor pripoveduje Krek sam v »Obiskih«, pretežno nemška, slovenski da se je dobro naučil šele v gimnaziji, mislim pa, da bi bilo bolje reči, da je prva vzgoja slonela na nemškem jeziku pač zaradi materine narodnosti in graškega okolja, kajti v svojem mišljenju je bil Krek, kakor kažejo že prvi natisnjeni literarni poskusi in

verze v Ljubljani do l. 1929.« in lastni Krekovi življenjepisi — *curricula vitae*, ki jih je Krek napisal ob raznih prilikah in ki se jih je precej našlo v zapuščini. Zlasti sem vpošteval ta kurikula: I. iz l. 1902. koncept za prošnjo, s katero se je potegoval za potovalni študijski stipendij v Leipzig; ta koncept mu je služil II. l. 1904. tudi v prošnji za dodelitev k avstrijskemu Vrhovnemu in kasacijskemu sodišču, popolnil pa je kurikulum št. II z dodatkom, ki je nastal gotovo po l. 1916., ker je v njem govor o III. delni noveli k avstrijskemu občemu državljskemu zakoniku, in je najbrže služil v kurikulumu III., ki ga je Krek sestavil l. 1918., ko je prosil še v Avstriji za mesto svetnika višjega deželnega sodišča. Kurikula I, II in III so pisana nemški. IV. kurikulum je iz l. 1919., slovenski, ko se je Krek potegoval za stolico na univerzi v Ljubljani. V. Slovenski kurikulum iz časa po l. 1924., kajti naveden je v njem že Krekov sin, najbrže pa dopolnjen v l. 1927., ker je omenjen Krekov člančič v »Zborih« l. 1927.; povod ni jasen, morda prvotno priprava za uslužbenški list na podstavi uradniškega zakona iz l. 1923. VI. koncept tega uslužbenškega lista iz l. 1926. VII. kurikulum iz l. 1929., ki ga je Krek dal, ko je bil imenovan za dopisnega člana »Slovanskega ustava« v Pragi. VIII. kurikulum, ki ga je zahteval »Centralni presbiri« v Beogradu, ko je bil Krek član »Vrhovnega zakonodavnega sveta«, torej iz l. 1929/31, najbrže 1930. IX. Podatki, ki jih je Krek napisal za »The International Who?

njegovo delo kot visokošolec, vedno samo Slovenec in Slovan; tu je bil odločilen očetov vpliv in zgled. Pesniško žilo je Krek dobil po očetu, ki je v mladosti izdal »Poezije«, muzikalno nadarjenost od obeh strani, očetov brat je bil organist v domačem kraju.

Vse formalno šolanje je Krek opravil v Gradcu. V gimnaziji (1885—1893) je bil po semestrskih in letnih ocenah prav povprečen, skoraj podpovprečen dijak. Tudi zrelostno spričevalo ni kazalo kaj posebnega. Pomisliti pa treba, da je Krek od l. 1889. poleg gimnazije obiskoval še glasbeno šolo in tudi na nji opravljal vse izpite uspešno, in da se je vsaj od četrte ali pete šole mnogo bavil z literarnimi poskusi raznih vrst. Že l. 1889. je poslal uredništvu takrat jako razširjenega deškega lista »Der gute Kamerad« povestico »Vaterlandsliebe und Pflichttreue«, l. 1890. pa »Talis mors. Erzählung aus dem französisch-russischen Krieg«. Obe mu je uredništvo vrnilo s pohvalo, pa kot negodni za natis; druga je ohranjena, dokaj, rekel bi naivna, kaže pa spreten dialog in gladek slog. Plod zanimanja za očetovo knjižnico je bil natisnjen z »Gregor K-k« označeni prvenec, domoljubna bajka »Was der Quell rauscht«, Ein modernes Rojenice-Märchen, ki je izšla l. 1892. v št. 70 tedanjega nemški pisanega glasila štajerskih Slovencev »Südsteirische Post«. Volja je bila

's Who«, London, najbrže l. 1938. X. Kurikulum, poslan l. 1940. profesorju dr. Ivu Mauroviću v Zagreb, ko je šlo za to, da Krek postane dopisni član tedanje Jugoslavenske Akademije, in XI., skoraj povsem enaki kurikulum, ki ga je potem postal ti akademiji. XII. Podatki, ki jih je zbral Krek spomladi l. 1942. za prijavo kot državni uslužbenec. Seveda sta mi jako dobro služila opis obiska pri Kreku v »Obiskih« Izidorja Cankarja in Krekov življenjepis v Slovenskem biografskem leksikonu; našel sem tudi koncept podatkov, ki jih je dal Krek za ta življenjepis, pa vsebujejo manj kot tiskani življenjepis. Navedel sem vse to, ker se podatki v imenovanih virih prav kar se tiče Krekovih prvih pravnih del, pa tudi drugih, žal ne skladajo povsem. Nekaj pojasnil in tudi marsikaj novega sem našel v silno obsežni pisani zapuščini pokojnikovi, ki mi jo je dala družina ljubeznivo na razpolago, dalje v prepisu življenjepisa, ki ga je po pokojnikovih podatkih sestavil g. profesor L. M. Škerjanec za zbornik Krekovih skladb, ki naj bi bil izšel l. 1939. Tudi ta prepis, ki ga je pokojnik sam pregledal, mi je dala na razpolago družina, g. prof. Škerjanec pa je ljubeznivo dovolil, da ga uporabim; za spoznatev Kreka pravnika seveda ni važen, tembolj pa za spoznatev Krekovega splošnega razvoja. Slednjič mi je dal nekaj pojasnil in dobrodošli nasvetov g. prof. Potec, ki je sestavil Krekov življenjepis za Slovenski biografski leksikon.

tu pač bolj hvalevredna, kot izvršitev. Zveza, tako začeta z »Südsteirische Post«, je postala trajna, toda svoje pripovedne proze Krek ni več objavljal, obrnil se je k potopisnim črticam in h kulturnim, zlasti glasbenim in literarnim poročilom in kritikam. V »Südsteirische Post« je še istega leta priobčil listek »Spätsommerliches Treiben auf dem Prilaz, Agramer Strassenbild von Gregor K-k« (št. 80), ki kaže, da je bil Krek to leto v Zagrebu; dalje »Der Hermagorasverein und seine Bedeutung für das Volk« (št. 89); »Poesie aus Böhmen. Zum Buch des Professors Albert« (št. 95). V listku iz št. 89 očrtuje delo Družbe sv. Mohorja jako pohvalno, pa stvarno; v listku iz št. 95 opozarja na težave prevajanja pesmi, zlasti metričnega, in kaže poznavanje češke literature; oba članka sta dobra listka. V letu 1893. je bil tako rekoč stalen listkar v »Südsteirische Post«: v št. 5 »Dr. R. Razlags „Pesmarica“«, dokaj ditiramska hvala in nekoliko tudi reklama; v št. 6 »Ein Wort zur Beherzigung«: opomin »Slovenski Matici«, naj bolj goji slovenski roman kot prevode — takrat je izšel Mračetov prevod Sienkiewiczevega »Z ognjem in mečem«, ki ga, delo in prevod, Krek sicer jako hvali; v št. 26 »Charfreitag«, prevod iz Fr. Erjavca; v št. 59 »Farbige Scherben«, poročilo o prevodu pesniške zbirke Vrchlickega po J. Skalarju, Krek jako povzdiguje pesnika, hvali pa tudi prevajalca; v št. 81 »Lichter«, hvali A. Funtka »Luči« in daje dva prevoda; v št. 82 »Schattenbilder« poroča o nemškem prevodu Mažuraničevega »Lišca«, hvali »Lišce« in se čudi, da še ni našlo slovenskega prevajalca, nemški prevod pa graja; v št. 10, 18, 23 in 29 »Grazer Kunstbriefe« in sicer št. I: Kritika koncerta Nadine Slavjanske, pohvalna, pa jako resna in stvarna ocena; št. II in IV: jako dobro napisano poročilo o koncertu Češkega kvarteta in o Smetani; št. III: koncert Raoula Koczalskega, ki kot pravi čudežni otrok preseneča s svojim globokim pojmovanjem skladb, vendar naj ne bi potoval, marveč se še učil. Vsi ti listki so podpisani z Gregor Krek ali z Gojmir Krek; ime Gojmira si je Krek izbral, da ne bi bilo zamenjave z očetom Gregorjem.

V zapuščini pa smo našli še mnogo rokopisov, za katere se da bodisi po časovnih označbah reči bodisi iz notranjih razlogov domnevati, da spadajo v gimnazijsko dobo. So to nemški pisane lirične pesmi, kratke povestice in razni članki, del brez zunanje zveze med seboj, del v zbirkah. Tako je Krek v l. 1889. »urejal in izdajal« rokopisni dijaški list »Blätter und Blüten«, v katerem

so sodelovali tudi drugi, očitno sošolci. Dalje se je našel zvezek »Mein Album« iz l. 1889., s prevodi iz Aškerca, potem iz l. 1891. in 1892. zvezki s skupaj 40 »epistulami«, zvezek iz l. 1892. z napisom »Vom Büchertisch« z ocenami dramatskih del iz Reclamove zbirke, dalje zvezek »Lichtblicke, realistische Verse von Gregor Krek«, potem »Reminiszenzen vom Büchertisch«, vrsta jako občutenih, včasih zagrenjenih malih črtic, ki pa morda spadajo že v nekaj poznejšo dobo. Za vse te spise ni nobenega podatka, da bi bili objavljeni ali sploh napisani za objavo. Drugače je morda s prevodom Tavčarjeve novele »Valovi življenja«, ki ga omenja v pismu z dne 1. januarja 1893; zdi se, da ga je poslal v »Südsteirische Post«, toda dasi je skrbno hranil številke lista, v katerih je izšlo kaj njegovega, teh nismo našli; v listu samem se nisem mogel prepričati, ker ga vseučiliška knjižnica nima. Bolj gotovo je, da je nekaj priobčil v dunajskem listu »An der schönen blauen Donau«, ker tako sam pripoveduje in se je tudi našlo, da je dopisoval z uredništvom v l. 1893., toda kaj, ne pove in tudi rokopisi se niso našli. Pripravljal je tudi prevod Murnikovega »Rekruta«, ki je v »Znancih« izšel sicer šele l. 1907., prvič pa brez dvoma že prej, ker so »Znanci« večji del zbirka že prej objavljenih Murnikovih spisov. Iz odlomkov pisem iz l. 1889. ali 1890. se vidi, da mu je brat očital v pismu, v katerem kritikuje njegove pesmi, da piše samo nemški, vabil naj bi se v slovenščini. Krek je odgovoril s slovenskim pismom, da brat v njegovih letih in še pozneje ni delal drugače. Oba brata sta bila očitno tesno povezana in vidi se, da je bil osem let starejši Bogumil, odvetnik in pozneje svetnik pri Nižjeavstrijski deželni hipotekarni banki na Dunaju, mlajšemu mentor; tudi Bogumil je bil literat, muzikalen in morda še večji ljubitelj knjige, zlasti tudi slovenske.

Del počitnic po maturi je Krek prebil v Zagrebu, zdi se da kot gost Iráskovih, družine, ki je prej živela v Gradcu, potem pa se je jeseni l. 1893. vpisal na pravni fakulteti v Gradcu. Sam je napisal v tisti vprašalni poli, ki smo jo morali izpolniti abiturijenti, da bo studiral »filozofijo«, s čemer je pač mislil fakulteto, kajti na drugem mestu pravi, da je hotel studirati zgodovino in jezikoslovje, da ga je pa oče pregovoril naj postane pravnik. To stoji, da se je mladi Krek ravnal po besedi »si non es vocatus, fac voceris«. Sam pripoveduje, da je kmalu vzljubil pravo, čigar proučevanje je prijalo njegovemu kritičnemu in analitičnemu

duhu. Končal je studij l. 1897. in opravil o pravem času tri teoretske državne izpite, pravnozgodovinskega z odliko iz vseh predmetov, pravosodnega z odliko iz občega državlanskega prava in civilnega sodnega postopanja. Tudi rigoroze je opravil po večini z odličnim uspehom in bil promoviran 30. junija 1898. Izmed njegovih akademskih učiteljev naj imenujem Bischofa, Cansteina, Gumpłowicza, Hanauska, Luschina, Scheya, Sperla in Tewesa. Njegova smer v zgodovinsko pravo se je pokazala ne le pri pravnozgodovinskem izpitu, temveč tudi v tem, da je delal v rimskopravnih seminarjih pri univerzalnem Hanausku še več semestrov po imenovanem izpitu; odliki, doseženi pri pravosodnem izpitu, pa kažeta snov, ki ga je tudi vse nadaljnje življenje zanimala pred vsemi. Tudi v akademskih letih se je Krek dalje izobraževal v glasbi in opravljal izpite na glasbeni šoli, razen tega pa je na vseučilišču vseh osem semestrov poslušal očetova slavistična predavanja in poleg tega par semestrov predavanja Strzygowskega iz umetnostne zgodovine.

V vseučiliških letih je ostal zvest listu »Südsteirische Post«, vendar po l. 1893. ni več sodeloval v tolikem obsegu; zdi se, da ga je odtegoval dvojni studij. V št. 83, 85, 87, 89, 91, 93, 95, 97, 99 l. 1893., so izhajali njegovi listki o Zagrebu, ki jih je izdal kot ponatis tudi samostalno v samozaložbi z naslovom »Aus dem Süden. Agramer Skizzenblätter« (Maribor 1893, mala 8^o, str. 62) in posvetil družini Iráskovih. V teh skicah priobčuje po splošnem uvodu svoje vtise o glavnih ulicah in trgih Zagreba in o bližnji okolici. Slike niso brez zgodovinskih, kulturnih, umetnostnih spominov in nič važnejšega ni izpuščeno v tedanjem Zagrebu, ki je Kreku očito imponiral, v bistvu pa so pred vsem čustvene, bolj literarne kot stvarne, pisane z notranjo, ponekod morda preveliko vnemo, na lepi, gladki nemščini. Najsi so »Agramer Skizzen« močno pod vtisom Staretovih »Pisem iz Zagreba«, kakor meni Polec v Slovenskem biografskem leksikonu, za tedanje Krekovo mentalnost se mi vendar zde značilne. — Potovanje v Zagreb je menda spravilo Kreka v stik z »Agramer Zeitung«, ki je l. 1893. v št. 197, 199 in 201 prinesla Krekove ocene Karoline Světle »Hubičke« po nemškem prevodu, V. Mikuličevega »Miminega potovanja v kopališče«, po nemškem prevodu iz ruščine, in Korolenkovega »Morja« in »V slabi družbi«, tudi po nemškem prevodu iz ruščine. Kakor se je Krek zanimal za slovanske literature, imam le vtis, da ni mogel čitati v izvir-

niku ne češki ne ruski. V uslužbenskem listu ne navaja teh jezikov, res tudi ne srbohrvaščine, ki se je je pa, pač pozneje, tako naučil, da jo je pisal in govoril. L. 1894. so izšli v »Südsteirische Post« št. 6, 12, 34 nadaljnji listki »Grazer Kunstbriefe« V do VII in sicer V: o operah Cavalleria rusticana, Prodana nevesta in Hubička, o Smetanovem ciklu »Z mého života« in o Dvořakovem kvartetu za godala v C-duru, z napadom zoper Gradec, da zanemarija slovansko glasbo; VI: o koncertu Ternine, da je izvrstna pevka Hrvatica v Gradcu postala nemška pevka s slabim programom; VII: o predstavi »Prodane neveste« v Gradcu, ki da je bila jako dobra; št. 8 poročilo o Prešernovi slavnosti sicer ni podpisano po Kreku, toda ker je številka shranjena med drugimi, mislim, da je poročilo njegovo; št. 85 »Grazer Theaterbrief« z uničujočo oceno opere »Die Rose von Pontevedra« Štajerca Josefa Forsterja, ki da nima ne v libretu ne v glasbi ničesar svojega, tako da Krek tega pisma ne imenuje »Kunstbrief«, obenem napad na graško kritiko, ki je zgubila svojo ostrost, ko je šlo za domače delo. L. 1895. v št. 11 poslednji (VIII.) »Grazer Kunstbrief« o F. S. Vilharja »Hrvatski liri« in o nekaj koncertih v Gradcu, pri »Srbadijinem«, da se je izvajala tudi neka Krekova »malenkost« za godalni orkester; v št. 13 »Eine Kritik unter aller Kritik«, hud napad na oceno, ki jo je »Slovenski Narod« dne 8. februarja priobčil o zbirki »Slavische Anthologie« Krekovega očeta. »Slovenski Narod« je ostro odgovoril in označil Kreka kot »očeta Gregorija nadebudnega sina in nemškega pisatelja Gojmirja«, Krekova replika v št. 15 ni bila manj ostra. Št. 64 »Eine Handvoll Wandergedanken, lose Tagebuchnotizen I«, popisuje in ocenjuje kar je čital na potovanju, da ne mara psevdonimov, da rad čita kratke pesmi, redko pa dolge — njegove so res vse kratke —, da ne mara boleasnih čustvenih izlivov; ocena je pisana sijajno, morda malo presarkastično. Št. 84 »Aus dem Laibacher Kunstleben« svedoči, da je bil Krek l. 1895. v Ljubljani na prvi slovenski umetnostni razstavi, obenem pa da je imel svojo sodbo tudi o slovenskih upodabljaljivih umetnikih.³ Slednjič treba omeniti, da je v tistem času (l. 1895.) v očetovi »Slavische Anthologie« izšlo tudi nekaj sinovih pre-

³ V Slov. biogr. leksikonu sta navedeni tudi št. 84 in 85 Südsteirische Post l. 1900., ne da bi bilo natančnejše rečeno, kaj je bil predmet tema listkoma. V zapuščini jih nisem našel, vseučiliška knjižnica jih nima.

vodov in sicer je prevedel štirinajst slovenskih in tri srbohrvatske pesmi (Menčetič, Vraz, Šenoa, Jenko, Levstik, Gregorčič, Aškerc).

V akademskih letih se je Krek javno udejstvoval tudi na glasbenem polju in ne samo v slovenskih krogih. L. 1895. se mu je zahvalila »Srbadija«, da je dirigiral društveni orkester pri svetosavski proslavi in društvu posvetil skladbo »Melodija«, in l. 1896. »Zadruga za osnivanje grško-istočne pravoslavne opštine u Gracu« za vodstvo cerkvenega pevskega zbora pri neki službi božji.

Takoj po opravljenem poslednjem teoretskem državnem izpitu je Krek dne 20. decembra 1897 nastopil službo pri graškem deželnem sodišču, kjer je 18. februarja 1898 postal avskultant; v tem svojstvu je večinoma služil v Gradcu, po nekaj tednov tudi v Radgoni in Wildonu. V dneh 24., 26. in 30. marca l. 1900. je napravil sodniški izpit z odličnim uspehom. Čas sodniške pripravljalske službe je bil jako pomemben za Krekov nadaljnji razvoj. Prav takrat so stopili v življenje novi procesni zakoni in zlasti pri zbornih sodiščih je vzkliklo novo pravno-znanstveno življenje. Uporabljanje novih zakonov je zadajalo dan za dnem nova vprašanja, ki so se razpravljala na pravniških sestankih in v strokovnih časopisih; živahno proučevanje procesnih zakonov je splošno poživilo pravno vedo, oglašali so se novi predavatelji in pisci, zlasti tudi iz mlajšega in najmlajšega rodu pravnikov. Med njimi se je pojavil tudi Krek, ki je omejil svoje literarne in glasbenokritične poskuse in se posvetil pred vsem pravu. Živahno je sodeloval v tečajih za sodniške pripravnike in napisal svoje prve pravne studije. Število, naslovi, mesto objave pa se žal prav za te pravne prvence ne dajo povsem točno ugotoviti, vsaj ne za vse. V »Zgodovini slovenske univerze v Ljubljani do leta 1929.« se glasi tisti del poročila, ki se tiče te Krekove dobe: »Poleg razprav, člankov, recenzij, poročil, prevodov, odločb in zakonov itd. v domačem in inozemskem strokovnem časopisju nastopni samostojno izišli (podčrtal jaz) spisi.⁴

1. Entwicklung des Besitzbegriffes, historisch und dogmatisch dargestellt. Graz, Selbstverlag (litogr.), 1898.

⁴ Številke sem dodal jaz, da ne ponavljam naslovov v nadaljnjih izvajanjih.

2. Navodilo za prisilne upravnike (poslovenjeno). Gradec. Založilo Predsedništvo c. kr. višje deželne sodnije v Gradcu, 1899, 8^o, str. 74.

3. *Wirtschaftliche und rechtliche Natur der Wertpapiere.* Vortrag. Graz 1900.

4. *Exekution auf Wertpapiere.* Vortrag. Ibidem. 1900.

5. *Exekutionsausnahmen nach römischem Recht und dem Rechte der leges barbarorum.* Ibidem. 1900.

6. *Im Anfang war die Personalhaftung.* (Tötungs- und Knechtungsrecht.) Ibidem. 1900.

(Zadnja dva spisa *Parerga k neobjavljenemu spisu »Ueber unpfändbares Vermögen nach österreichischem und deutschem Rechte«.*)

Kot neobjavljeno navaja Krek v uslužbenskem listu in v kurikulih III. in IV. delo: 7. *Ueber unpfändbares Vermögen nach österreichischem Rechte. Studie mit rechtsgeschichtlichen Glossen*«, ki je pač, čeprav je naslov nekoliko drugačen, istovetno s tistim, ki ga omenja v »Zgodovini« v zvezi z razpravama št. 5 in 6; kot objavljeno pa

8. »*Zur Frage des geringsten Gebotes bei Baustellen*«. *Allgemeine österreichische Gerichtszeitung* 1900, št. 27, 28.

Dasi je Krek hranil svoje beležke, ekscerpte, rokopise in tudi separatne odtise skoraj vseh svojih del, se kljub vsemu iskanju v njegovi znanstveni zapuščini doslej ni posrečilo ne njegovi družini ne meni najti kako sled del št. 1, 3 do 6. Pojasniti se da to morda s tem, da se je pri selitvah kaj zgubilo. V podatkih za Slovenski biografski leksikon namreč omenja Krek, da njegovi literarni podatki niso popolni, kajti da ni mogel najti svežnja spisov, ki ga je morebiti založil ob selitvi ali celo zavrgel, ker je bilo takega materijala silno mnogo; poslednje bi se res ne vjemalo s Krekovo navado, pomotno bi se bilo pa le lahko zgodilo. Toda Krek tudi nikjer ne navaja, pri kom bi bila izšla — razen da je eno ali drugo sam založil —, v kateri obliki, s kolikimi stranmi, dasi je to navedel v »Zgodovini« pri vseh poznejših delih, slednjič ta dela tudi niso sprejeta v tiskane knjigotrške kataloge nemški natisnjenih del tistih let, seveda pa ti katalogi ni da bi morali vsebovati dela, ki izidejo v samozaložbi. Reči torej treba za enkrat, da dela št. 1 in 3 do 6 v tisku niso bila objavljena, marveč razmnožena le na drug način in

skoro gotovo le v prav omejenem številu.⁵ Vsekakor ne vem o vsebini teh spisov razen št. 2 in 8 povedati več kot povedo naslovi. Ti so pa dovolj zgovorni; v prvih spisih je Krek nadaljeval pot, na katero je kazal že potek njegovega vseučiliškega studija, in se bavil s civilno- in procesualnopravnimi vprašanji na pravnozgodovinski podstavi. V razpravi št. 8 se bavi Krek z vprašanjem, ali je najmanjši ponudek za nezazidana stavbišča polovica ali dve tretjini cenilne vrednosti (§ 151 avstr. i. r.). Krek dokazuje dokaj prepričevalno z besedno, zgodovinsko in logično razlago zakona, podprto z gospodarskimi razmotrivanji, da je nepravilna praksa dunajskega izvršilnega sodišča, ki se je odločilo za polovico cenilne vrednosti, in konča: »... pridemo do sklepa, da stavbišča v smislu § 151. i. z. niso hiše, kar bi bilo — ko ne bi bili pravniki — komaj potrebno dokaza.« Kratka razprava je pisana živahno, precej borbena, razlaganje je ostroumno, vidi se, da je Krek proučil tudi pomen vprašanja za realni kredit.

Slednjč se je v zapuščini našel rokopis razpravice — brez materijala — »Der Automat«, ki ji Krek pač sam ni pripisoval pomena, saj je nikjer ne omenja; datirana sicer ni, očitno pa spada v graško dobo. Takrat so se jeli pojavljati razni automati v večjem številu in z njimi razna pravna vprašanja.

⁵ Tudi sicer je marsikaj negotovo pri teh prvih pravnih spisih. Za št. 1 bi navedel, da se glasi naslov v kurikulah I in III »— historisch und soziologisch dargestellt«. Dočim je v »Zgodovini« spis označen kot samostojno izšel, je v kurikulu I izrečno označen kot rokopis predavanja; v kurikulah III, IV, XI in XII je letnica 1899, v ostalih 1898, v kurikulu I je sploh ni, v kurikulu II spis ni imenovan. V kurikulu VI je naveden med »znanstvenimi deli«, v kurikulah X, XI in XII med »obširnejšimi razpravami, monografijami in brošurami«, v kurikulah VII in VIII pa med izdanimi knjigami. Da je spis izšel v samozaložbi, je omenjeno še v kurikulu VIII, drugje nikjer, prav tako ne, da je bil litografiran. Prav podobni so dvomi o št. 3 in 4. Obe razpravi sta v kurikulu I označeni kot rokopisa in predavanji v Gradcu 1900, obe sta bili tudi v rokopisu priloženi vlogi, s katero je Krek prosil za potovalni študijski stipendij. V kurikulu II navaja Krek št. 4 kot skoro godno za tisk, št. 3 pa še to ne, češ da cele vrste razprav ni mogel pripraviti za tisk, ker v Ljubljani takrat ni bilo strokovne knjižnice. Kot predavanji sta obe deli označeni tudi v kurikulah III, IV, VIII. V kurikulu VI sta navedeni med »znanstvenimi deli«, v X in XI med »obširnejšimi monografijami itd.«, v VII med izdanimi knjigami, v IX pa nista omenjeni med knjigami. K št. 5 treba dodati, da je po kurikulu I Krek obdelal »izbrana sporna vprašanja na polju izvršenega prava« v predavanju, sam spis št. 5 pa ni imenovan; v kurikulu II je enaka pripomba, kakor velja za št. 3, v kurikulah III in IV je omenjena

V graško dobo spadata tudi Krekova prva dva slovenska pravna spisa. *Enega* (št. 2) navaja večkrat, drugega pa samo v kurikulu II, namreč prevod »Hišnega reda za jetnišnice«, prirejen po nalogu predsedništva višjega deželnega sodišča v Gradcu in založen po njem. Oba prevoda seveda ne svedočita ničesar za Kreka kot pravnika, pač pa za to, da je bil nadrejenemu oblastvu znan kot pravnik, ki je dobro večš slovenščine. Jezik je v »Navodilu« za moj okus boljši od jezika v »Hišnem redu«, dasi je precej »uraden« in ne povsem pravilen; sicer pa Bog ve, ali mu ga ni pred natisom »popravljaj« kak starejši sodnik pri višjem deželnem sodišču.

Čeprav je Krek, kakor sem že omenil, po vstopu v službo jako omejil svoje izvenpravniško delo — le v »Oesterreichisch-ungarische Revue«, zv. XXIII. (1898, str. 174 in sl.), sem našel prevoda dveh Aškerčevih balad — spada vendar v to dobo njegov največji literarnokritični spis »Anton Aškerc, Studie mit Uebersetzungsproben«, Laibach 1900, Verlag L. Schwentner, 8^o, str. 114; na notranjem naslovnem listu je namreč navedena letnica 1899. Knjiga je jako zanimiva, saj se je takrat bil oster boj za Aškercu in proti njemu. Krek se je postavil odločno za Aškercu in je ostro napadel nasprotnike z Mahničem na čelu. Vendar tudi Aškercu ob vsi hvali in vsem priznanju ne odpušča

doslej neobjavljena historična in dogmatična razprava o izvršenih privilegijih po rimskem pravu in po pravu barbarskih zakonov. V kurikulu št. VI je spis naveden med znanstvenimi deli, v X in XI med »obširnejšimi monografijami itd.«, v kurikulu VII med knjigami, v IX pa ne, v VIII, da je delo izšlo v samozaložbi. Za št. 5 in 6 velja, da opazke v »Zgodovini«, po kateri sta spisa 5 in 6 parerga k neobjavljenemu spisu »Ueber unpfändbares Vermögen nach österreichischem und deutschem Rechte«, ni v nobenem kurikulu; samo delo št. 6 v kurikulu I ni imenovano, prav tako ne v kurikulu II, kjer bi utegnilo zanje veljati isto kar za št. 3. V kurikulih III, IV, VII, X, XII je dodano, da je delo bilo po virih sestavljena polemika zoper germanistiško šolo R. Schröderja, ki je trdila nasprotno, v drugih kurikulih ni tega pristavka. Sicer je tudi to delo kakor ostala v kurikulih navedeno po večini med obširnejšimi monografijami, v enem pa kot knjiga. Da je Krek nekatera teh del na enem ali dveh mestih navedel kot knjige, namesto kakor v večini kurikulov med monografijami itd., je pač preprosta pomota; kjer je pazil, tega ni storil. — Prav tako ni moči reči, kje je Krek imel predavanji št. 3 in 4 in morda ostala. Lahko v pravniškem društvu, lahko na kakem strokovnem sestanku sodnikov, najverjetneje pa v tečajih za sodniške pripravnike, v katerih se je tako udeleževal, da ga je predsedništvo deželnega sodišča večkrat pohvalilo, zlasti tudi v juliju 1900, tistega leta, ki ga navaja Krek, da so nastala dela št. 3 do 6.

tistega, kar po Krekovem mnenju pri njem ni dobro. Poleg neodvisnosti in neomiljenega izražanja lastnega mnenja priča knjiga marsikaj o tedanjem Krekovem gledanju na svet. Toplo je čutil s trpečimi sloji in zahteval, da se jim pomaga v telesnem in duhovnem oziru, in pri Aškercu hvali prav to stran njegovih pesnitev, toda pri tem se čuti, da se je Krek zavedal svoje lastne vrednosti. V studijo je vpletenih precej prevodov, ne samo Krekovih, marveč tudi drugih prevajalcev; za moj okus se čitajo Funtkovi še bolje. Knjiga je vzbudila precej pozornosti. Večina časopisov in dnevnikov je pisala o nji. Aškerc sam je bil užaljen po nekih očitkih (prim. M. Boršnik-Škerlak, Aškerc, str. 349). Ocena je bila vobče povoljna, dasi ni manjkalo tudi upravičenih očitkov. Priznavalo se je, da je Krek »nenavadno fino čuteč estet«, da je v njem »dober kos poeta« (Slovenski Narod 1899, št. 298, 1900, št. 24); da je njegov slog »vznosit«, včasih pesniški, da je njegova sodba samostojna, čeprav morda ne vedno pravilna, da je subjektiven kritik — to naglašja Krek sam —, ki pove svoje mnenje, da bi se učil iz nasprotnikovega, da piše krasen jezik, da je njegov slog »verna priča samobitne individualnosti« (Ljubljanski Zvon 1900, str. 123, 125). Stvarne očitke, ki so jih delali slovenski ocenjevalci, je deloma ponovila, deloma dopolnila z drugimi nemška ocena v »Literarisches Echo« l. 1901/2, str. 791: da ne treba spuščati se v dolge polemike, ki za širše kroge niso ne potrebne ne zanimive; izrazit jezik, ki kar prijema (packend), je lahko lep kras, ako bi se včasih ne stopnjeval v »zavrtanost« (Verschrobenheit). Da se Krek drži načela subjektivne kritike dosledno, daje studiji samobitnost in svežost, subjektivnost pa se ne bi smela stopnjevati do samoosvellovanja (Selbstbespiegelung). Najbolj pravilno je Krekovo studijo ocenila, zlasti kolikor se tiče Aškerca samega, po skoro 40 letih, torej v potrebnem časovnem razstoju, M. Boršnikova v svojem omenjenem delu. Za nas je studija pomembna, kolikor nam kaže Krekovo mentalnost; ni slep za napake svojega junaka, kolikor je pa prepričan, da zasluži, ga ščiti, razodevajoč brezobzirno svoje misli. Krek je bil v svojih ocenah v »Südsteirische Post« sicer včasih tudi navdušen in entuziastičen, vobče pa je jako stvaren; v studiju o Aškercu ga je očitno prevzel predmet sam, Aškerčeve pesmi, in pa čvrsto prepričanje, da se Aškercu z očitanjem brez- ali protiverstva dela velika krivica. Tako je na nekaterih mestih res postal dokaj vznesen in pate-

tičen. Ne bi se tu trebalo baviti s tem, toda zdi se, da si je Krek vzel očitke k srcu. Poznejše njegove številne, res da po večini glasbene ocene so pisane mnogo mirneje in stvarneje, prav tako njegove ocene pravnih del. Vsekakor je zavzel Krek, ki je sodeloval dotlej od domačih listov le v obmejni »Südsteirische Post«, s svojo studijo o Aškercu mesto v središču, v Ljubljani, in celo prav vidno mesto, pa ne kot pravnik, marveč kot estetik in slovstveni kritik.

II. V Ljubljani

Dne 2. maja 1900 je bil Krek imenovan za sodnega pristava v Ljubljani, kjer je nastopil službo 23. maja. Sprejela sta ga tedanji predsednik deželnega sodišča Albert Levičnik in tedanji predstojnik okrajnega sodišča Tomaž Einspieler precej hladno; prvi zato, ker je bil Krek imenovan v Ljubljano brez predsednikovega predloga, drugi, odločen Slovenec, ker si ni mogel misliti, da ne bi bilo s pristavom, ki je dotlej služil v Gradcu, posebnih namenov, seveda neprijetnih. No, kmalu sta svoje mnenje spremenila in Kreku, komaj imenovanemu pristavu, je bilo poverjeno vodstvo pripravniških tečajev v zimskem polletju 1900/1, na katerih se je bavil, kakor pripoveduje v enem od kurikulov, z avstrijskim civilnim in izvršenim pravom, posebno z vrednostnimi papirji, s posestjo, s trgovinskimi družbami, z materijalnim stečajnim pravom, z nujnim deležem, s transmisijo, torej zlasti s predmeti, o katerih je že napisal razprave. Obnesel se je tako, da mu je ministrstvo za pravosodje izreklo svoje priznanje; iz spisov, najdenih v zapuščini, se pa vidi, kako vestno se je Krek pripravljal za tečaje. Uspehi pričajo o njegovih pedagoških sposobnostih. Za predstojnika okrajnega sodišča in njegovo borbo s pravosodno upravo se je Krek zanimal še, ko je bil že davno na Dunaju, ker je zbiral razne spise o nji, v zapuščini jih je bilo cel sveženj.

Razen kolikor je bilo potrebno za službo, se Krek v Ljubljani ni zanimal za pravo. Našel je družbo, ki mu je prijala kot pesniški navdahnjenemu glasbeniku in estetu. V nji so bili Aškerc, ki ga je Krek osebno spoznal šele tedaj, Schwentner, dr. Praunseis, glasbeniki Glasbene Matice, člani gledališča in opere, domobranski častniki, med njimi Rudolf Majster, in menda samo en pravnik, odvetnik dr. Josip Furlan. V ti družbi

so se porodili »Novi akordi« in najbrže je pod uplivom te družbe Krek postal stalni umetniški kritik pri »Ljubljanskem Zvonu« in pri »Slovenskem Narodu«. O »Novih akordih« in njihovem pomenu za našo glasbo in sploh glasbeno kulturo ni moja stvar da bi govoril, mimo ocen in poročil v imenovanih listih pa ne morem, kajti to delo je že skoro pozabljeno, dočim se »Novi akordi« ne morejo pozabiti. V zapuščini sem našel številke 224, 229, 241, 256, 261, 265, 284, 286, 288, 296 in 299 »Slovenskega Naroda« iz l. 1901. V vsaki je Krekovo poročilo o kaki gledališki, zlasti operni predstavi (»Židinja«, »Karmen«, »Bajazzo«, »Tannhäuser«, »Smiljana«, pa tudi »Nemški ne znajo«, »Deseti brat«), le ocena Dvořakove akademije slovenskega umetniškega društva se ne tiče gledališča. Ocene so pisane povsem trezno, jako stvarno in izčrpno, hvalijo, kar je bilo hvale vredno, grajajo, pa ne razdiralno, marveč bodreč in poučujoč; če gre za reprize, povedó ali je predstava, ali so pevci napredovali ali nazadovali. Zanimiva je Krekova ugotovitev ob oceni predstave »Bajazza«, da je italijanska glasba Slovencem bližja od germanske; par dni prej so peli »Tannhäuserja«. Večina ocen je signiranih s »Spectator«, par ni signiranih, pa je pri njih z roko napisano »Krek«. Jezik v njih je neverjetno napredoval v primeri z jezikom v onih dveh uradnih prevodih; seveda je bila tudi snov drugačna, vendar se zdi, da se je Krekov slovenski slog končno izoblikoval šele v Ljubljani, v slovenski družbi. Stiki s »Slovenskim Narodom« niso trajali dolgo, že v l. 1902. so prestali; ali so bili vzroki stvarni, zlasti preobilica dela z »Novimi akordi«, ali osebni ali oboje, ne vem povedati; potem, ko je Krek jeseni l. 1902. odšel iz Ljubljane, so morali prestati, toda obnovili se niso ne po njegovem povratku poleti 1903. Nekaj trpežnejše so bile zveze z »Ljubljanskim Zvonom«. L. 1901. je Krek v njem ocenil Rista Savina »Zimsko idilo«, J. Ipavica »Možička«, H. O. Vogriča »Kuplete za nižji glas s spremljevanjem klavirja«, A. Funtka »Sonettenkranz von Dr. Fr. Prešeren«, Fr. Vidica »Fr. Prešeren, Poesien«, javno produkcijo gojencev Glasbene Matice in koncert Glasbene Matice, na katerem so izvajali Beethovno Slavnostno mašo v D-duru (str. 68, 161, 216, 356, 572, 576, 863). V l. 1902. je ocenil knjigo »Dr. Franz Prešeren, Deutsche Gedichte. Gedruckt und verlegt bei Ig. v. Kleinmayr und Fed. Bamberg. Laibach 1902«. Prešerna označuje kot — včasih tudi — nemški pesnikujočega Slovenca, pa ne nemškega pesnika — ali

je mislil tudi sebe? Dalje Gerbičev »Album slovenskih napevov, II. zv.« in koncert Glasbene Matice v proslavo šestdesetletnice skladatelja Dr. Ant. Dvořáka« (str. 133, 137). V l. 1904. kratka omemba koncerta na čast skupščinarjem Zveze slovenskih pevskih društev in C. K. Hrističa »Skic«. Kolikor te ocene niso čisto kratke registracije, imajo vse odlike Krekovih ocen.

III. Leipzig

Komaj se je bil Krek dobro ogrel v Ljubljani in je začel presnavljati slovensko glasbo, že se je njegova pot okrenila drugam. Dobil je potovalni stipendij ministrstva za uk in bogočastje, da se z drugimi Slovenci pripravi za poklic akademskega učitelja na slovenski univerzi, boljje pravni fakulteti v Ljubljani, ki se je tedaj obetala. Odpotoval je jeseni l. 1902. v Leipzig in prebil tam oba semestra l. 1902/3. V Leipzigu so takrat predavali sloveči pravniki, med njimi Strohal in Mitteis. Krek je bil v Leipzigu v svojem življu, poslušal je civilistična predavanja Strohala in Mitteisa, delal pri Strohalovih vajah in poslušal tudi Mitteisova predavanja iz rimskega prava. Oba slavna učenjaka, po poreklu Avstrijca, Mitteis je bil celo rojen Ljubljančan, sta po tedanjem običaju nemških vseučiliških profesorjev zbirala okoli sebe mlade pravnike, ki so prihajali v Leipzig popolnjevati svoje znanje in pripravljati se za akademski poklic. Vabila sta jih tudi na svoj dom in marsikateri večer je Krek prebil pri Mitteisu, še več pri Strohalu, ki mu ni dal samo jako častnega spričevala o delu v seminarju, temveč ga je tako cenil, da mu je poveril sodelovanje pri korekturah 3. izdaje svojega najbolj znanega dela »Das deutsche Erbrecht« in mu ponudil, naj mu pomaga pri prireditvi njemu poverjene 4. izdaje slovečega Planckovega komentarja k nemškemu državljijskemu zakoniku in naj se habilitira v Leipzigu. Krek te ponudbe ni mogel sprejeti, ker je živel od svojih službenih prejemkov. Za našo fakulteto je bilo tako prav, Krek pa je moral čakati še osemnajst let preden je prišel v akademski poklic. Večkrat je omenil, da smo prepozno prišli na univerzo on in njegovi vrstniki, da dolga leta zbog drugačnega poklicnega dela nismo imeli zadostnih stikov z vedo, da nismo dovolj razgledani v strokovnem slovstvu — poslednje zanj gotovo ni veljalo. V drugačnih trenutkih je po pravici zahteval, da bi moral akademski učitelj, zlasti tisti, ki uči za obi-

čajno pravniško udejstvovanje neposredno važne predmete, najprej ne prekratek rok delati v kakem praktičnem pravniškem poklicu.

V Leipzigu je imel mlad pravnik s končanim izpitnim studijem, poleg osebnega stika s svojimi profesorji, na razpolago bogate seminarske knjižnice in morda največjo nemško pravno knjižnico pri Reichsgerichtu, ki je bila kaj lahko pristopna. Krek je seveda te prilike temeljito izkoriščal, vendar neposrednega tiskanega znanstvenega plodu studij v Leipzigu ni dal. V raznih svojih kurikulumih navaja, da je v Leipzigu pripravljal kot svoje glavno, za habilitacijo namenjeno delo, izčrpno razpravo o obročnih poslih, da ga pa ni mogel končati.⁶ Dasi je imel zanjo zbran jako obširen material — najden v zapuščini — je ni končal, kakor sam utemeljuje, zato, ker je zgubil voljo, ko je pri zbiranju materiala v Gradcu, v Ljubljani in na Dunaju spoznal, da je praktična vrednost zakona o obročnih poslih dvomljiva; trgovski krogi da znajo z raznimi mahinacijami preprečiti uporabo njegovih socialnopolitičnih odredb; izčrpna obdelava zakona da bi imela zgolj teoretičen pomen, ne pa mnogo pomena za praktično življenje.

Za Kreka glasbenika je bil Leipzig raj. Dobra opera, sloveči koncerti v Gewandhausu z dirigentom Arturjem Nikischem, drugi koncerti. Krek jih je obiskoval, kolikor sta mu dopuščala studij in delo z urejanjem »Novih Akordov«. Delal je tudi izlete, v türinška mesta, v Berlin, Hamburg in na Helgoland, v bližnji Halle pa smo šli skupaj, Krek, pokojni Lapajne, ki je bil nekaj tednov v Leipzigu, in jaz, in tako dobre volje smo bili na povratku in razposajeni, da bi bilo skoro prišlo do spora s sopotniki, ki so nas očitno imeli za Čehe ali Poljake, takrat malo priljubljene v Leipzigu.

V Leipzigu so se navezali tudi stiki z mladimi tovariši iz kroga Strohala in Mitteis, poleg Partscha, Strohalovega sina, Rabla, Kobana zlasti s Korošcem Pavlom Koschakerjem, sedaj slavnoznanim orientalistom v Tübingenu, ki ga je s Krekom združevalo tudi zanimanje za glasbo. To prijateljstvo je ostalo in rodilo je plod za našo fakulteto; profesor Koschaker je bil po Krekovem priporočilu veren in požrtvovalen mentor absolventom naše fakultete, ki so nadaljevali svoje studije v Nemčiji.

⁶ V kurikulumu II omenja, da je pripravljal v Leipzigu tudi razpravo o izvršbenih privilegijih; to bo pač na str. 9. v št. 7. omenjena razprava.

Iz Leipziga se je Krek vrnil v Ljubljano avgusta 1903. To leto je izšla najprej v »Gerichtshalle« (47. letnik, št. 48—51), potem kot poseben odtis pri M. Breitensteinu na Dunaju, že v Leipzigu končana razprava »Gerichtlicher Vergleich und Ver-säumnisurteil bei verbürgter Schuld« (vel. 8^o, str. 41), za katero zbrani obširni material se je našel v zapuščini. Na navidez pri-prost primer iz sodne prakse je Krek navezal temeljito in sub-tilno studijo iz civilnega materialnega in procesualnega prava, v kateri obravnava tudi vprašanja o dokaznem bremenu, o za-mudnih obrestih, o dolžnosti sodnika navajati stranke k popol-nitvi dejanskih navedb, o pravnih stroških, kakor se sploh ni ognil rešitvi postranskih vprašanj, ki so se mu pojavila ob obravnavanju glavnih. Ostroumno tolmačenje zakonskih odredb v njihovi medsebojni zvezi je še napredovalo v primeri z raz-pravo o najmanjši ponudbi za stavbišča.

IV. Na Dunaju

V Ljubljani Krek ni ostal dolgo. Z odlokom pravosodnega ministrstva z dne 18. decembra 1904 je bil pozvan v tajništvo Vrhovnega sodnega in kasacijskega dvora na Dunaju, kjer je nastopil službo dne 24. decembra. Tu je ostal do zloma Avstrije; v tem času je bil imenovan z dnem 4. oktobra 1907 za svet-niškega tajnika in z dnem 19. oktobra 1911 za dvornega tajnika, dne 14. septembra 1918 pa je dobil naslov in značaj svetnika višjega deželnega sodišča.

Dunajski čas je bil za Kreka kot pravoslovnega pisatelja na ven malo ploden. V tisku je izšla samo razprava »Fälligkeit, Klagbarkeit und Verzug der Bürgenschuld«, najprej v »Allgemeine österreichische Gerichtszeitung« letnik 56., št. 46—48, potem še istega leta 1905. kot poseben odtis pri takratni Manzsch Hof-, Verlags- und Universitätsbuchhandlung (vel. 8^o, str. 19); obetal jo je bil Krek že v pravkar navedeni razpravi »Gerichtlicher Vergleich — —« in baval se je z njo v Leipzigu. Krek razlikuje, ali je za glavni dolg določen plačilni dan ali ne. Nato ugotavlja, da pozna zakon primere, v katerih je načelna akcesornost poroštvene zaveze oslABLJENA, ko se torej zakon vrača več ali manj k pravilu, da je vsaka zaveza samostojna. Iz tega izvaja, da pride porok v zamudo, kadar so podani vzroki zanjo na njegovi strani; dokler njegova zaveza ni dospela in

tožljiva, dokler ni njegovo plačilo izostalo po njegovi krivdi, porok ni v zamudi. Ob ti tezi razvija Krek niz podrobnosti. Ta kakor prejšnja razprava sta opremljeni z obširnim aparatom in z uporabo rimskega in pandektnega prava; v celoti se mi vidi prva zanimivejša, da rabim Kreku priljubljeni izraz »elegantnejša«, pač tudi še boljše utemeljena. Zakaj se je Krek na Dunaju odločil opustiti izdelavo monografije o obročnih poslih, sem že omenil. Ni pa pojasnjeno, zakaj ni spraval v svet studije o III. delni noveli k občemu državljskemu zakoniku. Nameraval je tako studijo; v enem svojih kurikulov omenja, da se bavi s pripravljalnimi deli za komentar k III. noveli, v drugem pravi, da pripravlja samostalno obdelavo vsega s III. novelo ustvarjenega prava, torej sistematsko delo, in da mu je predsednik Vrhovnega sodišča Ruber dal na razpolago spise Vrhovnega sodišča; na drugem mestu navaja, da je kot prvi del omenjenega komentarja ali monografije pripravljaj studijo o zastaralnem pravu po III. noveli. Slednjič spada v dunajsko dobo obsežni, v zapuščini najdeni konvolut z napisom »Wasserrecht«. Prozessrechtliche Kompetenzfrage R VI 26/16«. Zbrane je toliko snovi iz raznih zakonov, iz literature in judikature, da se Krek pač ni samo pripravljaj za sejo senata Vrhovnega sodišča ali za izdelavo kake razsodbe ali kontravota, marveč da napiše razpravo. Napisal je pa očitno ni, tudi nikjer ne omenja tega dela.

Vzrokov manjše juristične delavnosti na Dunaju je bilo pač več. Pred vsem je postajala verjetnost ustanovitve pravne fakultete v Ljubljani in s tem možnost prestopa v akademski poklic vedno manjša; dalje je službeno delo, samo po sebi in po številu spisov ne preobilno, Kreka zbog njegove natančnosti, temeljitosti in vestnosti jako zaposlovalo. O tem priča štirinajst svežnjev spisov, za vsako leto eden, o posameznih pravnih stvareh, pri katerih je Krek sodeloval kot zapisnikar, z ekscerpti iz spisov, iz literature, iz judikature; razen tega je Krek po potrebi tudi nadomeščaj upravnika Centralne knjižnice v Justični palači. Zato je bila pač utemeljena njega službena presoja iz l. 1917., ki mu priznava popolno strokovno izobrazbo, sposobnost in razumevanje, veliko marljivost, skrajno vestnost in zanesljivost, in ki se končuje z oceno »odlično«. Nadaljnji, najbrže ne najmanjši vzrok je Krekovo delo na glasbenem polju, ki je rastlo, ker so zbirali »Novi akordi« okolu sebe vedno večji krog skla-

dateljev, še bolj pa, ko jim je Krek dodal glasbeno literarno priložo, katere večji del je sam pisal. Zato je razumljivo, da so Kreku nazadnje jeli popuščati živci. V l. 1915. je bil ocenjen le »prav dobro«, ker se je spoznalo, da »zbog svoje živčne bolezni ni povsem sposoben za občevanje s strankami in za vodilna mesta«. Zdravniško spričevalo iz istega leta ugotavlja neurozo srca in prebavil s trajnimi motnjami funkcij. Da v tem stanju ni pisal pravnih studij, je razumljivo; tudi njegovo ostalo literarno delo, razen za »Nove akorde«, je v tem času bilo neznatno po obsegu. V dunajskem »Slavisches Tagblatt« l. 1910., št. 3. in 4. je priobčil življenjepisa in glasbeno oceno Davorina Jenka ob njegovi petinsedemdesetletnici, iz katerega velja navesti Krekovo misel (v prevodu): »Stisnjena med dve pretežni kulturi je slovenska samobitnost pretrpela na vsakem polju, zlasti pa na umetniškem mnogo večjo zgubo od vsake druge jugoslovanske narodnosti. Če se je torej Jenko pridružil srbski narodni glasbi, je to moglo na vrednost njegovega ustvarjanja uplivati le ugodno. Morda se ima Jenko zahvaliti prav ohranitvi narodne svojstvenosti v svojih stvaritvah, da je mnogo njih postalo in do danes ostalo skupnih vsem slovanskim pevcem. Vedno in vedno se zopet pokaže, da ima prav najbolj narodna umetnost največjo ceno na mednarodnem trgu.« Ta izjava je tem značilnejša, ko je Krek v »Obiskih« (str. 96) priznal: »Nase kot ustvarjajočega slovenskega umetnika pa že zato ne morem resno misliti, ker sem vzrastel pod tujimi vplivi, ne med Slovenci, in narodnost se ne da naučiti.« Mislil seveda ni na narodnostno prepričanje, marveč na narodnost v pomenu »Volkstum«, izraz, ki ga tudi res rabi v Jenkovem življenjepisu. Razen tega je v »Laibacher Zeitung« 1914, št. 43 in 44, 81 in 82, 110 in 111 objavil tri listke s skupnim naslovom »Wiener Musikbriefe im Plauderton. Briefe an eine Freundin«; tu omenja svoja koncertna pisma iz Leipziga — ali jih je kje objavil? v »Laibacher Zeitung«, od 1. oktobra 1902 do 30. septembra 1903 ne —, se obrača v slogu salonske koserije zoper nadmoderno glasbo, občuduje Wagnerja, kritikuje Weingartnerja, hvali Verdija in govori o raznih operah, izvajanih v dunajski »Volksoper«-i. Drugega iz dunajskega časa nisem našel.⁷

⁷ V svojih kurikulumih navaja Krek celo vrsto listov, da je v njih objavil listke, članke, eseje, ocene. Redno loči beletristične spise od glasbenih. Beletristične navaja da je objavljval v »Agramer Tagblattu« (kurikula VI—VIII,

V. Zopet v Ljubljani

1. Pri sodišču. S 30. novembrom l. 1918. je bil Krek kakor skoro vsi na Dunaju pri državnih uradih bivše Avstrije služeči državni uradniki odslovljen »ker kot pripadnik nemške narodnosti ne prihaja v poštev za službo v republiki Nemški Avstriji«. Še preden je bil Krek odslovljen, ga je tedanji poverjenik za pravosodje povabil v službo v domovini. Z odlokom Narodne vlade 23. novembra 1918 je bil dodeljen novoustanovljenemu višjemu deželnemu sodišču v Ljubljani; dne 1. decembra je nastopil službo, dne 15. septembra 1919 je bil imenovan za svetnika višjega deželnega sodišča. Ko se je osnoval oddelek B pri Stolu sedmorice v Zagrebu, je dobil proti koncu l. 1919. tudi Krek poziv, da se javi za svetnika pri tem našem novem vrhovnem sodišču. Prav v istem času pa je bila ustanovitev naše fakultete toliko pripravljena, da je trebalo imenovati poleg prvotno postavljenih treh še ostale za začetek dela najnujnejše potrebne profesorje. V poštev je prišel tudi Krek in odločil se je za univerzo. Dne 27. januarja 1920 je bil imenovan za rednega profesorja za državljansko in rimsko pravo; predsednik višjega deželnega sodišča J. Kavčnik ga je odslovil z zahvalo »za vztrajno in izvrstno sodelovanje in zlasti ustanovitev knjižnice, ki jo je kot strokovnjak na knjižnem polju uredil z večšo roko, velikim trudom in požrtvovalnostjo«. Zahvala je bila pač zaslužena. Ljubljana vse dotlej ni imela količkaj znatnejše pravne knjižnice. Misel so prinesli z Dunaja svetniki Vrhovnega sodišča, kjer je bila že imenovana Centralna knjižnica v Justični palači,

X—XII), »Agramer Zeitung« (V—VIII, X—XII), »An der schönen blauen Donau« (V, VII, X—XII), »Ljubljanskem Zvonu« (V, VII, VIII, X—XII), »Oesterreichisch-ungarische Revue« (VII, VIII, X—XII), »Oesterreichisch-ungarische Rundschau« (V), »Slavisches Tagblatt« (VI), »Slovanskem svetu« (X—XII), »Slovenskem Narodu« (X—XII), »Südsteirische Post« (V, VII, VIII, X—XII), glasbene pa v »Dom in svetu« (XI, XII), »Jugoslaviji« (X—XII), »Jutru« (VIII, X—XII), »Laibacher Zeitung« (V, VII, VIII, X—XII), »Ljubljanskem Zvonu« (prav tako), »Novih akordih« (prav tako), »Slavisches Tagblatt« (V, X—XII), »Slovenskem Narodu« (V, VII, VIII, X—XII), »Südsteirische Post« (isto), »Zborih« (V), »Življenju in svetu« (V, X—XII). Ker povsod pristavlja »itd.«, bi razlike same po sebi ne pomenile mnogo, vendar je gotovo, da se je zmotil, ko je v kurikulu V navedel »Oesterreichisch-ungarische Rundschau«, mislil je »Oesterreichisch-ungarische Revue«, list »Oesterreichisch-ungarische Rundschau« se je v resnici zval »Oesterreichische Rundschau«, in v njem nisem zasledil nič Krekovega. »Jugoslavija«, v kateri

zlasti predsednik Kavčnik, izvršil pa jo je Krek na res mojstrski način v manj kot enem letu.

2. *Na univerzi.* Začela se je poslednja, najdaljša in za pravno vedo najplodnejša doba Krekovega dela. Delo je bilo jako mnogostransko. Pripraviti predavanja iz dveh tako obsežnih temeljnih predmetov samo zase ni bila malenkost. Razen tega je bila vsa univerza in z njo pravna fakulteta jako utesnjena in povsod je manjkalo pripomočkov za znanstveno delo. Zaupanje tovarišev na fakulteti je Kreka izbralo za dekana v l. 1920/21, zaupanje celega učiteljskega zbora za rektorja v l. 1921/22. Kot rektor je uspešno nadaljeval delo svojih prednikov. Na fakulteti spada v njegovo prvo dekanovanje dejanska ustanovitev fakultetne »profesorske knjižnice« in seminarških knjižnic. Krek je bil upravnik prve vse do svoje smrti in posvetil ji je velik del svojih moči. Ne le njena tehnična ureditev, marveč tudi njena popolnitev z najpotrebnejšimi deli je njegova zasluga. S svojo široko razgledanostjo po vsi pravni literaturi in tudi po literaturi pomožnih ved po eni, s svojimi poslovnimi in osebnimi zvezami s knjižnim trgom po drugi strani je umel z razmerno skromnimi sredstvi razpolagati tako spretno, da je narasel knjižni zaklad profesorske knjižnice v dobi dvajsetih let na skoro 30.000 zvezkov. In kako je tožil, da bo knjižnica zastarela, ko so se pred 12 leti krediti skrčili tako, da je trebalo opustiti več od polovice strokovnih časopisov, nabave knjig pa omejiti na najneobhodnejše. Seveda število ni vse; Krekova zasluga je tudi, da so posamezne stroke preskrbljene kolikor mogoče ena-

nšem našel nič Krekovega, je najbrže zamenjana z drugim listom, kajti pojavlja se šele v kurikulumu X, l. 1940., ko že davno ni več izhajala, pač pa je Krek menda nekaj objavil v »Glasu Naroda« l. 1935., torej v času med kurikulumu VIII in X (glej spodaj str. 37). Po večini Krek ne pove časa, v katerem je pisal v eden ali drugi list, le za »Laibacher Zeitung«, »Ljubljanski Zvon«, »Slovenski Narod« in »Südsteirische Post« navaja nekaj letnic. K sreči je shranil precejšnje število časniških števil s svojimi prispevki; kolikor jih ni, se je deloma dalo pomoči s pregledom v vseučiliški knjižnici, toda ta nima listov »Agramer Tagblatt«, »Agramer Zeitung«, »An der schönen blauen Donau«, »Südsteirische Post« in »Slavisches Tagblatt«. Sicer pa tudi vspeh pregleda ostalih listov ni povsem zanesljiv, ker pač ni vsak prispevek podpisan, Krek je namreč, res le izjemno, n. pr. v »Slovenskem Narodu«, rabil tudi šilro. Ker mi ne gre za popolnost Krekovih nepravnihi spisov in daje to kar se je dalo ugotoviti dovolj jasno sliko moža in njegovega dela, mislim, da mi o dvomih in nejasnosti ni treba dalje razpravljati.

komerno. Očitek, da sta pri Kreku imela prednost pravnozgodovinski in zasebnopravni oddelek, ne drži; Krek je bil več kot 15 let obenem upravnik seminarjev za pravnozgodovinske in zasebnopravne predmete, všteti civilni sodni postopek, in v tem svojstvu je velik, če ne največji del knjig, nabavljenih iz kreditov teh seminarjev, uvrščal v profesorsko knjižnico. Stal je na stališču, da ne bi imelo smisla v času, ko so od petih seminarjev samo trije imeli svoje, dokaj skromne prostore, nabavljati knjige iz kreditov imenovanih dveh seminarjev zato, da bi ostale zaprte v omarah, kajti oba ta seminarja sta bila nekaj ne prevelikih omar. Korist je imela cela fakulteta. Zasluga Krekova je tudi, da so vsa dela seminarjskih knjižnic popisana v skupnem listkovnem katalogu, in da je skušal, z ozirom na nezadostne kredite seminarjev, po možnosti prepričati dvojno nabavo knjig, za profesorsko in za seminarske knjižnice. Če se mu sme kaj očitati v njegovem tako požrtvovalnem delu za knjižnico, je pač le to, da knjižnica nima strokovnega kataloga. Tega se je pokojnik branil v prvih letih, ker je z enim samim knjižničnim uradnikom zbog naglega naraščanja knjižnice le težko zmagoval delo inventariziranja in vpisovanja v listkovni katalog avtorjev. Zakaj pa se je branil pozneje, ko je naraščanje popustilo, ko se je knjižnica preselila v sedanje prostore in ko so se mu posamezni tovariši ponujali kot pomočniki, tega res ne vem.

Kakor že je, pred vsem Kreku in skoro edino Kreku se ima fakulteta zahvaliti za svojo dokaj dobro nameščeno, lepo in smotreno urejeno in v razmerju s sredstvi dokaj bogato knjižnico. V knjižničnem odboru za vseučiliško knjižnico je bil Krek član od l. 1938/39 dalje; posebnega vpliva se zdi da tam ni imel, bodisi zbog posebnih razmer bodisi ker je vedno češče pobojeval.

Krek je bil še dvakrat dekan, v letih 1926/27 in 1934/35. Tudi ta dva dekanata sta se odlikovala po izredni skrbi za točen in reden tok poslov. Fakultetnega upravnega dela se je vestno udeleževal na sejah fakultetnega sveta tudi kadar ni bil dekan. Pogosto je imel važne referate, ki so bili vedno izdelani vsestranski, v lepi zaokroženi obliki, kakor pripravljeni za tisk, in so vedno vsebovali točne predloge. Omenim naj zlasti poročila o vprašanih, o katerih je bila fakulteta zaprosena za mnenje, na pr. o duševni svojini, o jeziku v zakonih, o načinu citiranja zakonov. In kako skrbna in izcrpna so bila njegova poročila o

osebnih vprašanih učiteljskega zbora in njegove popolnitve! Tudi v univerzitetnem svetu, v upravi in v senatu je bila Krekova beseda tehtna; ugled, ki ga je užival, se je pokazal v manj prijetni službi disciplinskega tožilca, ki jo je opravljal v l. 1933/39.

Krek je bil odličen predavatelj in je jako cenil pomen žive besede, stavljal ga je nad učbenik. Vendar je v poznejših letih razmeroma manj predaval; ovirala ga je pogosta službena odsotnost po zakonodajnem delu in v poslednjih semestrih bolehnost in bolezen. Pripravljala se je za predavanja jako temeljito; poleg nešteti beležk na lističih so izdelana, na čisto prepisana, kakor za tisk pripravljena vsa njegova važnejša predavanja iz področja občega državlanskega in rimskega prava, zlasti tudi predavanja o zemljiški knjigi in o posesti, dveh predmetih, ki sta ga posebno zanimala. Če moči še bolj se je pripravljala za seminarske vaje. Že temata je izbiral jako pozorno, pismene izdelke svojih slušateljev je opremljal z opazkami, slednjič je pripravil o predmetu cel pismen referat, včasih kar malo razpravo kot osnovo za diskusijo o tematu in izdelkih slušateljev. Prav tako vesten je bil pri izpitih, bodisi tkzv. državnih bodisi pri rigorozih. Vsakega kandidata je vpisal v posebno knjižico in sestavil vprašanja. Izpraševal je srednje težko, kandidata je vodil k pravilnemu odgovoru. Da ga je kar preočito neznanje ali kar prehudo pomanjkanje razumevanja razburjalo, razume vsakdo, ki ima mnogo opraviti kot izpraševalec na izpitih, nikoli pa ni bil živčen pri ocenjevanju. Bilo mu je stvar vesti biti pravičen in primerno strog. Zlasti prva leta je kar vidno trpel, če je bilo od njegovega glasu odvisno, ali naj opravi kandidat z uspehom ali ne. V ti zvezi naj omenim, da je Krek za »Akademski glas« (l. 1934, št. 8) napisal kratek članek o vprašanju, ali je bolje, da vpišejo slušatelji po opravljenem pravnozgodovinskem izpitu predmete pravosodnega ali predmete državoslovnega izpita. Krek je bil za prvo; danes, vspricho nove fakultetne uredbe, sta vprašanje in odgovor brez pomena. Krek je bil ves čas, dokler je veljala prvotna naredba o državnih izpitih, član izpraševalne komisije za pravnozgodovinski izpit, najprej kot podpredsednik, po smrti dr. Majarona kot predsednik; prav tako je bil ves čas član izpraševalne komisije za pravosodni državni izpit. Od l. 1918. dalje je bil več let tudi član izpraševalne komisije za sodniški izpit; zdi se pa, da po prestopu na univerzo te službe ni opravljal pogosto.

3. *Zakonodajno delo.* Skoro ves čas po prestopu na univerzo je Krek sodeloval pri jugoslovanski zakonodaji. Član Stalnega zakonodajnega sveta pri ministrtvu pravde je bil od 1. avgusta 1920 in sicer v zasebnopravnem odseku. Ko je ta svet s 6. januarskim režimom prenehal in se je ustanovil Vrhovni zakonodajni svet, je Krek postal njegov član z 22. junijem 1929; prejšnji zasebnopravni odsek Stalnega zakonodajnega sveta se je spremenil v posebno komisijo, ki je naprej izdelovala načrt za enoten državljanski zakonik. Tako je imel Krek poleg profesor-skega nekaj let še dvojno zakonodajno delo.

Sam navaja, da je izdelal načrte za vse zakone o zemljiških knjigah, za pravilnik o vojenju zemljiških knjig, v načrtu za državljanski zakonik obči del (z izčrpnimi odredbami o pravnih osebah), poglavje o varuštvu, skrbstvu, zastaranju in priposestovanju, v načrtu uvodnega zakona za državljanski zakonik odredbe za mednarodno zasebno pravo, dalje je izdelal načrt za prisilno poravnavo zunaj stečaja; sam omenja tudi svoje sodelovanje v posvetovanjih o vseh drugih poglavjih načrta za državljanski zakonik, o načrtu zakona o ureditvi rednih sodišč, o načrtu stečajnega zakona, nepravdnega postopnika, zakona o ustanovah, uvodnega zakona k civilnemu pravnemu postopniku in zakona o družinskih fidejkomisih. Že sama ta vrsta tako važnih in po večini obsežnih načrtov priča, kolikšno delo je Krek opravljal v zakonodaji. Toda število in obseg ne dajeta pravega pojma o duševnem in telesnem naporu, ki je bil za Kreka združen s tem delom. Za načrte, ki jih je sam izdelal, je proučil literaturo in judikaturo, tuje zakone in zakonske načrte, preozgal je svoje načrte do kraja in dodal jim je obrazložitve; prav tako temeljito se je pripravljajal za posvetovanja o načrtih, ki so jih izdelali drugi. Zato pa je svoje mnenje pri posvetovanjih branil vztrajno in trdovratno. Slišalo se je, da je trmast, toda to prav za prav ni bil; res se ni dal pregovoriti, toda z razlogi, zlasti tudi z razlogi smotrenosti se je dal prepričati, njegovo trditev je trebalo ovreči z dokazi. Komisije, v katerih je sodeloval, so imele večkrat precejšnje število članov, zlasti tista, v kateri je največ delal, komisija za načrt državljanskega zakonika. Krek se je često pritoževal, da napreduje delo prav zato počasi, ker treba že opravljeno delo ponovno premlevati, če je kateri od članov izostal od ene ali več sej; tožil je, da se ne pišejo izčrpnii uradni zapisniki o diskusijah itd. Kar je mogel, je opravljal sam. Da bi

bila terminologija čim popolnejša in točnejša, si je napravil popolno kartoteko izrazov, upotrebljenih v načrtu državlanskega zakonika; to kartoteko je skrbno hranil, saj sta njena vrednost in pomen res neprecenljiva. Delal si je svoje zapiske o razpravah, da bi jih imel pri rokah za izdelavo obrazložitve načrta, kajti ta komisija na žalost ni sproti izdelovala obrazložitve za opravljena poglavja. Vse to delo si je naložil sam, dobrovoljno, iz vestnosti. To je pomenilo, da je naporno delal ne le med sejo, marveč še po nekaj ur na dan, tja v noč po seji. Tako je šlo parkrat na leto, v letih Vrhovnega zakonodajnega sveta pa še večkrat, včasih po nekaj tednov skupaj.

Ne opisujem tega dela samo po pokojnikovih podatkih in zapiskih v zapuščini, marveč tudi po svoji vednosti. Pogosto sva delala v ministrstvu za pravosodje ob istem času vsak v svoji komisiji. Na lastne oči sem torej spoznaval njegov način dela in opisujem ga zato, ker se mu je očitalo, da zbog zakonodajnega dela zanemarija predavanja. Čisto objektivno je to res: saj ni mogel biti obenem tu in tam. Prav gotovo pa zakonodajno delo ni bilo ne enostavnejše ne manj naporno od predavanj, in prav gotovo je bilo v interesu celote še važnejše. Krek je prvotno mislil na povsem nov državlanski zakonik; ko je pa spoznal, da je priznan avstrijski zakonik skoraj v celi državi bodisi kot neposreden bodisi kot posreden ali subsidiaren pravni vir, je rad pritrđil mnenju tistih članov, ki so hoteli, da se kot osnova vzame avstrijski občni državlanski zakonik s tremi delnimi novelami. Misel, da naj se najprej izenači obligacijsko pravo s posebnim zakonom, je Krek pobijal; ko je vseeno prodrta, je lojalno sodeloval, toda v teku razprav so tudi drugi člani pritegnili Kreku in nadaljevalo se je delo po prvotnem osnovnem načrtu. (Prim. tudi Bochko K. Péritch: Contribution juridique en vue de l'élaboration d'un code civil yougoslave, Paris 1936, zlasti str. 112 in sl.) Kar se tiče obsega sprememb, so bila mnenja precej deljena. Krek je bil za čim popolnejšo modernizacijo, tudi v tistih poglavjih, ki niso bila prizadeta z delnimi novelami. Dasi je stari naš zakonik spoštoval kot veliko mojstrovino, je bil ne sicer revolucionaren, pač pa napreden v dobrem pomenu: S tem pa je naletel na precejšen odpor zlasti pri tistem članu komisije, ki je z njim tudi izven sej največ delal in ki ga je z njim vezalo najtesnejše prijateljstvo in medsebojno spoštovanje, ki je pa bil zlasti v prvih časih skupnega dela mnogo konservativnejši. Bil

je občudovanja vredno, skoraj ginljivo, kako sta skušala drug drugega prepričati, kako sta se vnela. Včasih, če sem bil slučajno prisoten, je eden ali drugi apeliral na mene, ki pa dvema strokovnjakoma redno nisem mogel reči več kot to, kako bi sprememba utegnila uplivati na trgovinsko pravo. Tudi sprla sta se, toda nazadnje sta šla ali smo šli skupaj večerjat kot najboljši prijatelji, kar smo res bili. Prijatelj Maurovič mi ne bo štel v zlo teh spominov, saj se je prav tako mučil z načrtom državljanškega zakonika in je prav tako visoko cenil Kreka kakor Krek njega. Kdo je imel bolj prav, je težko reči; po mojem mnenju z gledišča kakovosti zakona pač Krek, s stališča brzine prepotrebnege izenačenja pa Maurovič. Kaj je bilo važnejše, bi bil moral odločiti minister, toda bilo je ministrov, ki so se za zakonodajno delo dokaj malo zanimali. Konec je bil, da izdelani predhodni načrt Kreku ni ugajal, dasi mu je nasprotnik proti koncu dela v marsičem popustil, Mauroviču pa tudi ne. Zdel se mu je premalo enoten in premalo napreden. Začel je zgubljeni zanimanje zanj, zlasti še, ker je bil objavljen brez obrazložitve in so se tudi iz tega vzroka začela pojavljati mnenja, ki so se bavila bolj z vprašanji postranskega pomena kot z važnimi, bolj z jezikom kot z vsebino. Zato se Krek ni mogel in ni mogel lotiti naloge, da izdela celotni pregled vseh mnenj, katerih število in obseg sta se gromadila iz dne v dan tako, da bi bil imel celo on s svojo veliko delovno silo posla gotovo več kot eno leto, morda celo dve. Razmišljal je tudi, čemu vse to delo, ko se vedno bolj vidi, da utegnejo v doglednem času nastati novi pravni redi ali se vsaj korenito spremeniti dosedanji, tako da bi trebalo povsem zavreči ali vsaj iz temelja predelati tudi predosnovno. Zaman sem ga prepričeval, da sta ureditev mnenj in njegova kritika na vsak način koristni in potrebni in da je on edini, ki more to delo uspešno opraviti — za ta del ni oporekal —: notranje prepričanje, utemeljeno ali ne, da se je brez pravega uspeha toliko let toliko mučil, morda tudi oziri na vedno bolj rahlo zdravje, morda tudi misel, da je dovolj dolgo in predolgo zanemarjal umetnika v sebi, vse to je storilo, da je vrnil ministrstvu, ki je jelo siliti naj dokonča delo, ves obsežni material in se, kolikor je meni znano, zakonodajnega dela ni več udeleževal, gotovo ne v večjem obsegu.

V času, ko je bil član Vrhovnega zakonodajnega sveta, se je Kreku delo seveda še bistveno pomnožilo. Kakor vedno in povsod je izkoriščala vlada brezskupščinsko dobo, da uzakoni

celo vrsto nujnih načrtov zakonov in izda za izvršitev zakonov potrebne uredbe, pravilnike, poslovnike itd., ki jih skupščina ni bila rešila ali ji sploh še niso bili predloženi. Zasedanja, krajša in daljša, so se vršila skoro vsak mesec, vmes pa še seje raznih komisij za izdelavo zakonskih načrtov. Krek je tudi v Vrhovnem zakonodajnem svetu često posegal v razpravo s kratkimi jedrnatimi pojasnili in vprašanji. Nekajkrat je bil Krek tudi član odsekov, ki jih je Svet postavljajl za proučavanje večjih načrtov; delo je potem bilo dvojno: v odseku redno dopoldne, v plenumu popoldne.

Krek omenja sam, da je raznim ministrstvom, zlasti ministrstvu pravde dajal posebna mnenja. V zapuščini sem našel mnenje o načrtu zakona o etažni svojini iz l. 1939. in iz istega leta mnenje o načrtu zakona o prodaji poljedelskih in industrijskih strojev in motornih vozil na upanje. Obe mnenji sta izdelani s Kreku lastno temeljitostjo. Prvo je načelno odklonilno iz pravnih, gospodarskih in socialnih razlogov, drugo je odklonilno zbog površnosti in pomanjkljivosti načrta in razodeva, da se je Krek toliko let prej mnogo bavil z obročnimi posli. V ti zvezi naj slednjič še omenim, da je bil Krek predsednik komisije, ki naj bi bila l. 1932. po nalogu takratnega bana dravske banovine izdelala načrt zakona ali uredbe o zatiranju oderuštva pri najemninah in podnajemninah za stanovanja in poslovne prostore.

4. P r a v n a d e l a. Ob toliki zaposlitvi ni čudno, da se je Krek v času, ko je bil profesor, razmerno redko pojavljajl kot pisec pravnih del. Tem bolj zasluži večina teh del, da se pobavimo z njimi podrobneje.

Po času prva je razprava »Pomen rimskega prava nekda in sedaj«, uvod v predavanje o rimskem pravu, ki je izšel v »Zborniku znanstvenih razprav« I., l. 1921, kot poseben odtis 68 str., v vel. 8°. Krek opozarja na nevarnost, ki preti pravni vedi, če se iz pravnega studija izključita ali preveč omejeta pravna zgodovina in rimsko pravo; potem se obširno bavi z recepcijo rimskega prava. Njen glavni vzrok ni bila politična misel, da je nemško cesarstvo nadaljevanje rimskega imperija, marveč razcepljenost, vsebinska nezadostnost in premajhna zanesljivost srednjeveških prav in iz vsega tega izvirajoča pravna negotovost; mnogo bolj dovršeno, točno, jasno in prožno poznejše rimsko pravo je zmagalo ne le v Nemčiji, marveč tudi v mnogih drugih državah, katerih vladarji se niso smatrali za naslednike

rimskih imperatorjev. Tudi rimsko pravo ni nekakšno absolutno pravo, v mnogih ozirih smo napredovali preko njega; vendar je odločilno vplivalo na velike kodifikacije na koncu 18. stoletja in v 19. stoletju, tako da je njegovo spoznavanje še vedno potrebno; razen tega ima rimsko pravo veliko vzgojno vrednost. Mimgrede se Krek bavi z vprašanjem svobodnega iskanja in vstvarjanja prava po sodniku, ki ga odbija; tudi v socioloških pravnih šolah ne vidi odločilnega napredka in psihologija mu je sicer važen pomoček v pravnikovi delavnici; pravniki da res delajo preveč z logiko in premalo s psihologijo, toda pravni vir psihologija ni. Pač pa zahteva Krek, da pravniki bolj upoštevajo duhovno in moralno stran pojavov v življenju in bolj zasledujejo razvoj gospodarskega in družabnega življenja. Kreka je, to vem iz mnogih pogovorov, kar bolelo, da se rimsko pravo odriva vedno bolj z univerze, toda uvideval je, da mu ne gre več tisto mesto, ki ga je imelo na avstrijskih univerzah, kjer je zavzemalo le malo manj obveznih ur predavanj kot obče državljansko pravo. Priznaval je, da mu gre za slušatelje, ki ne nameravajo postati romanisti, le še mesto uvoda v sodobno pravo, mesto nekake pravne enciklopedije. Zato tudi ni bil prav navdušen za pravno enciklopedijo kot poseben predmet, zlasti če se ji ne zarišejo ostre meje proti sociologiji in pravni filozofiji.

Temu prvemu programatičnemu spisu stoji ob strani drugi iz istega leta, članek v 1. letniku »Njive« (str. 105—111), kjer je Krek priobčil svoje predavanje v društvu »Pravniku«: »Izenačenje zasebnopravnih zakonikov po načrtih Stalnega zakonodajnega sveta v Beogradu«. Krek navaja, da bo osnova novemu državljanskemu zakoniku avstrijski obči državljanski zakonik z novelami, da pa ne bo moči izenačiti vse pravne snovi, zlasti ne nekaj poglavij iz zakonskega in dednega prava. Ni še odločeno, kako daleč naj sežejo spremembe, zato naj se o tem izjavijo vsi kakor koli prizadeti činilci, ne samo oblastva in sodišča in pravniške organizacije, marveč tudi gospodarske, teoretiki in praktiki. Ta poziv ni imel uspeha, ker ga ni povzelo ministrstvo, tudi je bil premalo določen. Misel sama je bila jako dobra, trajalo je pa še precej časa, da so se ministrstva navadila obračati se za mnenje o svojih načrtih do širših krogov.

S Krekovim delom v Stalnem zakonodajnem svetu in sicer z načrtom zakona o ureditvi rednih sodišč je v tesni zvezi monografija »Organizacija sodišč po najnovejšem načrtu«, ki je izha-

jala v »Slovenskem pravniku« 1923. in 1924. l. in je izšla tudi kot poseben odtis (vel. 8^o, str. XII—286). V posebnem odtisu označuje Krek svoje delo kot nekončano, ker se je med priobčevanjem spremenil načrt zakona sam; zgubil je veselje do tega svojega dela tudi zato ker je videl, da se njegovi utemeljeni nasveti ne le ne upoštevajo, marveč je poslednji, mimo Stalnega zakonodajnega sveta skupščini predloženi načrt slabši od prejšnjih. Razprava je pa, čeprav jo Krek označuje kot nedokončano, temeljito in temeljno delo. Uporablja joč primerjalno metodo, daje Krek često v podrobnosti segajočo sliko razvoja in tedanjega stanja ureditve sodišč v vseh važnejših državah celinske Evrope. Uporablja joč obširno literaturo rešuje vsa vprašanja, ki se mu pojavljajo, ne kritikuje samo, temveč stavi določne utemeljene predloge. Zlasti podrobno se bavi, stoječ na realnih tleh in uvažujoč poleg teorije praktične možnosti in potrebe, z vprašanji sodniške neodvisnosti (razdelitev poslov za daljšo dobo, stalni senati), sodnikov lajkov (ni jim prijatelj, razen v kavzalnih senatih), udeležbe žensk v sodstvu (ne priporoča, ne zaradi kakšne manjvrednosti ženske, marveč ker v velikem delu države ne v zasebnopravnem pogledu še ni izenačena z moškim), posebnih trgovinskih sodišč (nepotrebna), vprašanjem dveh ali treh stopenj, ki ga je pa presekala vidovdanska ustava, z vprašanjem števila sodnikov v senatih (naj ne bo preveliko), z vprašanjem avtomatičnega napredovanja sodnikov (strogo odklonilno). Krek kritikuje ostro, da se hoče dati predsedniku vrhovnega sodišča položaj, ki ne vstreza važnosti in pomenu te funkcije, in da se vrhovnemu sodišču, zlasti občemu senatu nalogajo razne, posebno tudi upravne malenkosti. Najsi kdo bolj ali manj pritrdi Krekovim izvajanjem, mimo tega dela ne bo mogel, kdor bo hotel pisati zgodovino sodstva pri nas, ali pa orisati metodo in tehniko zakonodaje v tistih časih. Škoda le, da je delo premalo pregledno razdeljeno na poglavja s posebnimi naslovi.

Čisto iz vrste Krekovih del pada po svojem predmetu monografija »Grundzüge des Verfassungsrechtes des Königreiches der Serben, Kroaten und Slovenen«, ki je, posvečena spominu Ivana Žolgerja, izšla najprej v »Zeitschrift für osteuropäisches Recht« l. 1925, zv. 3—4 in 1926, zv. 1., 2., potem pa kot poseben odtis (Verlag Hermann Sack, Berlin und Breslau, 1926, vel. 8^o, str. 142). Delo je Krek napisal, kolikor vem, po povabilu ured-

ništva časopisa »Zeitschrift für osteuropäisches Recht«, ki se je jako zanimalo za pravni in gospodarski razvoj v Jugoslaviji in je iskalo prispevkov od raznih strokovnjakov. Zakaj pa je prav Krek prevzel delo, ki mu strokovno gotovo ni bilo blizu, ne vem povedati. Vsekakor mu je delo, ki je bilo zamišljeno kot zgolj informativno, povsem uspelo po svoji posebni jasnosti, preglednosti in preprostem slogu. Daje pa več kot zgolj informacijo, namreč tudi precej kritike, včasih spretno skrite. Posebej obsoja način stvarjanja zakonov, zlasti s finančnimi zakoni, je zoper občinska sodišča in zoper duhovna sodišča v zakonskih stvareh, obžaluje enodomni sistem, od senata da bi bilo pričakovati koristi vsaj za zakonodajo. Za ta del bi bil morda svoje mnenje spremenil, ko je bil uveden senat, priznal bo pa marsikdo, da je, kakor jaz, po Krekovih kratkih »Grundzüge« dobil jasnejšo sliko o vidovdanski ustavi, njenem pomenu v dobrem in manj dobrem smislu in o njeni povezanosti z drugimi zakoni.

Čisto priložnosten spis je kratki članek »Nekaj o uspehih naših kongresov«, ki ga je Krek napisal za slavnostno številko »Slovenskega Pravnika« ob II. skupščini kongresa pravnikov v Ljubljani (Slov. Pravniki 1926, str. 191—196). Krek ugotavlja, da sta prvi sestanek v Zagrebu in I. skupščina kongresa v Beogradu imela lep uspeh v pogledu na medsebojno spoznavanje in izmeno misli in pravnih nazorov, da pa je napredek v zakonodaji prav za prav majhen in nezadovoljiv. Za to trditev navaja primere, očita pa tudi kongresu, da njegove resolucije niso vedno dovolj jasne in točne. Mimogrede se obrača zoper tiste nazadnjake, ki se pozivajo na »narod«, kadar jim zmanjka stvarnih razlogov, čeprav je ta »narod« le topa masa, ki slepo sledi svojim voditeljem, naj so napredni ali konservativni, in ki v kulturnih vprašanjih ne more odločati. Upoštevati treba to maso, da se ji nove ustanove ne vsiljujejo, učiti jo je treba, da se vodi polagoma k zaželjenemu cilju. Ali se je Krek udeležil še kake skupščine kongresa, ne vem, ker se sam nisem, mislim, da ne.

Dasi sam nikjer naravnost ne imenuje najinega skupnega prevoda jugoslovanskega tiskovnega zakona iz l. 1925. na nemščino — saj res ni pravno delo v strogem pomenu — ga moram omeniti jaz, ker sva tu prvič tesno sodelovala. Kako je prav za prav prišlo do tega, da sva se lotila tega dela, se ne spominjam. Najbrže je pobudo dalo uredništvo časopisa »Zeitschrift für osteuropäisches Recht«, ki je rado prinašalo prevode važnejših

zakonov vzhodne in jugovzhodne Evrope. Potem naju je pa delo jelo zanimati. Prevajanje je pokazalo nejasnosti in netočnosti zakona bolj kot bi bilo storilo proučevanje samega izvirnika. Odkritja niso imela posebnega stvarnega pomena za naju po najinih strokah, pač pa so nama bila dokaz za resničnost nauka, da se nikdar ne da dovolj paziti na jasnost izražanja v zakonih: največja umetnost je bila v prevodu pogoditi nejasnost izvirnika (*Ztschr. f. osteurop. R.* 1926, str. 308—328).

Vsekakor je bil ta prevod preludij za nadaljnje skupno delo: »Die österreichischen Zivilprozessgesetze im Königreiche der Serben, Kroaten und Slovenen. Fassung und Anwendung in ihrem Geltungsgebiet Dalmatien und Slovenien«, ki je izšlo kot III. dodatek IV. izdaje znanega Neumannovega Komentarja k civilnim procesnim zakonom, in kot poseben odtis (Wien 1928, Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, vel. 8^o, str. 224). Kot sodelavec ne morem dati ocene. Pač pa sem ob tem drugem mnogo večjem skupnem delu bolj spoznal Kreka in njegovo silno delovno energijo, in bolj sva se sprijateljila kot prej v 25 letih. Zato naj mi bo dovoljenih tudi o tem delu nekaj besed. Vabilo na sodelovanje pri IV. izdaji Neumannovega komentarja je dobil Krek. Ni se mogel odločiti, češ da ima preveč drugega dela, dasi je priznaval, da bi bilo delo koristno in potrebno. Pristal je šele, ko sem obljubil, da zberem snov in jo prevedem v nemščino jaz, da jo rediguje on in da končno pregledava njegovo redakcijo in opraviva korekturo skupaj. Pisatelj komentarja Georg Neumann, ki mu je Krek priobčil najin dogovor in svoj načrt obdelave, je drage volje pristal, kakor naju je tudi sploh podpiral v včasih nekoliko trdih razgovorih z založnikom; te je Krek slednjič uspešno končal s svojo vztrajnostjo. Celih devet mesecev sem potem zbiral snov, prirejal prevode in označeval na listkih, kje bi jih bilo po mojem mnenju uvrstiti in obdelati. Kaj vse je bilo treba pregledati, se vidi iz knjige. Krek pa je vso res preobilo snov predelal in redigoval v 6—8 tednih. Za knjigo 200 strani velike oblike in tesnega tiska nekaj izrednega! Delal je dolge poletne dni od ranega jutra do noči in v noč. Potem sem pregledal njegov koncept, o dvomljivih mestih sva se posvetovala. Tu sem občudoval ne le Krekovo vsestransko strokovno znanje, njegov čut za življenjsko in pravno realnost, temveč tudi njegovo previdnost, da se ne reče besedica preveč ali premalo, preveč tudi z ozirom na odmerjeni prostor,

ki sva ga pa vendar precej prekoračila. Vpraševal je, ali se je pač jasno izrazil, hodil s svojimi dolgimi koraki po svoji sobi v fakultetni knjižnici in godrnjal, slednjič je začel na glas čitati, trdeč, da se ob glasnem čitanju lastnega sestavka pogosto pokažejo nejasnosti in netočnosti misli in izraza; prepričal sem se, da ima prav. V manj kot enem letu je šel rokopis v tisk, Krek je sestavil še izcrpno, pri komentarju bolj kot kje potrebno stvarno kazalo, ki sva ga še skupaj pregledala. Delo je torej res skupno, vendar je zasluga za izdelavo, v kateri se kaže, pretežno Krekova, zgradil je on, jaz sem v bistvu samo pripravil snov.

Po večletnem presledku, izpolnjenem z intenzivnim zakonodajnim delom, se je Krek oglasil l. 1934. z življenjepisom Antona Rande, ki ga je ob stoletnici Randinega rojstva z naslovom »Anton Randa 1834—1914« napisal za »Slovenski Pravniki« (1934, št. 7—9) in ki je istega leta izšel kot poseben odtis (vel. 8^o, str. 35), l. 1935. pa z neznatnimi spremembami v nemškem prevodu z naslovom »Anton Randa. Gedächtnisschrift zur hundertsten Wiederkehr seines Geburtstages« (samozaložba, vel. 8^o, str. 41). Krek ni podrobno opisal zunanjega poteka Randinega življenja ne naštel vseh njegovih spisov, zajel je moža in njegovo delo v mogočno sliko razvoja zasebnega prava in obmejnih pravnih panog v drugi polovici 19. stoletja in do prve svetovne vojne zlasti v Avstriji. V sliko je včrtal na mnogih mestih tudi svoje nazore, tem lažje, ker se jako strinjajo z Randinimi; Krek se je očitno čutil Randi notranje sorodnega, pri tem pa je priznaval Randino nadkriljujočo veličino, kajti ko pravi, da ni vreden Randi postaviti spomenik, mu moramo verjeti, da je tako res mislil; Krek ni bil človek, ki bi se bil potvarjal.

Najprej očrtava Krek klavrno stanje avstrijske civilistike, ki je za Zeillerjem komaj še napredovala, in pokret, ki je nastal z Ungerjem, kateremu sta se kmalu pridružila Randa in Exner. Vsi trije so se posluževali rimskega, Randa tudi starega slovanškega prava kot sredstev za čim pravilnejše razumevanje danega zakona, prelomili so attribute vesoljnosti in večnosti, ki so jih, »omalovažujoč izsledke historične šole, njihovi predniki pripisovali v bistvu pravilnim in naprednim pravilom občega državljskega zakonika«, dali so avstrijski civilistiki nov pogon. Randa je imel mnogo čuta za življenje, opazil je, kaj vse in koliko se je spremenilo od nastanka občega državljskega

zakonika v gospodarskem in socialnem življenju, in pokazal je, da se dajo potrebna pravila razbrati iz starega zakona, če se tolmači kakor treba, saj prav to je znak dobrega zakona. Čut za stvarnost in za teleološko misel v pravu se kaže tudi v Randinem obširnem zakonodajnem delu. »Vsa filozofija mu je bila zgodovina, ki nas uči s pomočjo primerov. Prav tako. Dogmatik ne sme zaiti v labirint filozofskih sistemov. Kolikor se naslanja zakonik na izvestna etična ter pravno- in družbeno-filozofska načela, kolikor se to filozofsko pojmovanje zrcali v njegovih pozitivnih predpisih in je vsled tega seveda dobrodošel pripomoček za pravilno razumevanje norm, toliko je filozofija tudi za dogmatika plodonosna. V ostalem je pravo področje, na katerem se filozofija praktično udejstvuje, pravna politika, iskanje „pravilnega“ prava« (str. 16). »Randa ni umetnik, ki bi njegovo delo zgolj estetično ugajalo in navduševalo — on svojih tez ne konstruira zgolj umstveno, opremljajoč jih z iskječimi sentencami, zato pa je soliden delavec, ki se je nanj moči zanesti, ker je zgrajena njegova stavba na stanovitnih fundamentih zakona in življenja« (str. 17). Zato je obsojal mehanično pravno obrtništvo paragrafske jurisprudence iz razlogov, iz katerih ga je odklanjala historična šola, prav tako pa slabo razumevani historizem, ki je spačil sliko avstrijskega prava, zato ni napravil napake mnogih Ungerjevih in svojih naslednikov, pretiranega romaniziranja, ki mu ne le ni bilo mar namena zakonika, marveč je zanemarjal celo samo besedilo. Nadalje hvali Krek, da je Randa eden prvih uporabljal primerjalnopravno metodo in obvladoval ne samo odredbe tujih zakonov nego tudi njihovega duha; bil je znanstveni pozitivist, ni pa bil pristaš svobodne pravosledbe, ki mu je bila spričevalo uboštva in znak propadanja. Obravnavajoč poedina Randina dela Krek ne zamolčuje posameznih njihovih hib, hvali pa zlasti Randino univerzalnost. Hvali ga tudi kot akademskega učitelja, kot Čeha in Slovana, »ki je bilo njegovo delo posvečeno posredno ali neposredno napredovanju svojega naroda«, ki pa ni imel smisla za brezplodno politiziranje in za brezobzirne strankarske borbe, zlasti v vrstah konacionalov, in ki mu je bila tuja »tudi od slepe strasti inspirirana mržnja proti drugim narodom«. Kakor da slika Krek sebe! Tudi on je cenil rimsko pravo, priznaval pomen historične šole, tudi on je vedno ostajal na trdnih tleh zakona in življenja, tudi on je posvetil vse svoje sile kulturnemu napredku naroda, tudi

on je črtil politikastrstvo, ni pa kljub vsi svoji kritičnosti mrzil nobenega naroda.

Povsem k svoji pravi stroki, obče državljansko pravo in rimsko pravo, se je Krek povrnil s svojima poslednjima objavljema pravnima deloma, z monografijo »Lastnina na divjačini« in z »Obligacijskim pravom« kot drugim zvezkom velikega dela »Zgodovina in sistem rimskega prava«, ki ga je izdal skupaj s profesorjem dr. Viktorjem Koroščem.

»Lastnina na divjačini« je bila namenjena za »Spomenico Mauroviča« ob šestdesetletnici zagrebškega profesorja dr. Ive Mauroviča, vendar ni izšla v knjigi sami, ker drugi zvezek »Spomenice« ni bil dokončan, pač pa kot poseben odtis (Beograd 1934, vel. 8^o, str. 68, založnik ni označen, izdal pa je »Spomenico« in posamezni prispevki so bili napisani po pobudi in natisnjeni o stroških dr. Josipa Štefanoviča, Maurovičevega učenca, takrat odvetnika v Beogradu). Razprava, ki so ji bile povod nekatere določbe novega zakona o lovu, je morda Krekovo najboljšo delo: kratka, zaokrožena, samostojna, ostroumna, naravnost duhovita, opremljena z vsem potrebnim aparatom. Teza ji je, da lovski upravičenec načelno pridobi lastnino tudi na tisti divjačini, ki je ne prisvoji sam, marveč jo okupira druga, čeprav ne upravičena ne ovlaščena oseba, in sicer neposredno s to okupacijo in s trenutkom te okupacije. Krek priznava, da ni v zakonih neposrednega dokaza za pravilnost njegove teze, dokazuje in, po mojem mnenju, dokaže jo pa s pravno in gospodarsko-zgodovinskimi razmatranji, z zgodovino nastanka odredb občega državljanskega zakonika in z navedbo številnih drugih primerov, v katerih pride po našem zasebnem pravu lastna sebična delavnost ene osebe v korist drugi osebi. Posebno zanimivo je in za osebnost pravnika Kreka značilno, kar je napisal v ti zvezi: fenomen sebičnega pravnega dejanja v korist drugega producira stvarstvo v nešteti variacijah — Krek navaja primere iz žive prirode. »Zdi se, kakor bi se premnoge najnižje vrste rodile, redile in razmnoževale edino le radi tega, da omogočujejo nastanek, prehranjevanje in razmnoževanje drugih višjih vrst —. Instinkt, nezavedna volja je usmerjena neposredno na dejanje, ki naj koristi dotičnemu posameznemu bitju; namen, ki ga podeljuje prirodni zakon temu dejanju, seže preko tega bitja in je usmerjen na to, da koristi po vrsti višjim bitjem. Morda je tako ves kosmos zgrajen na sistemu egoističnih ali vsaj nagonskih

dejanj z bistveno altruističnimi učinki. Tudi v pravnem življenju zasledujemo dejanja pravnih subjektov, ki jim objektivno pravo pripisuje ne zgolj neposredno hoteni uspeh ali jim ta uspeh celo odreka, tako da nastopi pozitiven efekt tudi ali celo izključno v interesni sferi drugega pravnega subjekta. Sebična pravna dejanja uzadovoljujejo istočasno ali sploh izključno interese drugih oseb, včasih celo skupin ali vseh članov družbe, ker smatrajo interese le-teh za višje interese, vrednejše zaščite od interesa tistega, ki je dejanje storil. Tako smo tudi na poprišču prava dospeli do spoznanja, da je navidez edino le nam koristno izvrševanje naših pravic v resnici sredstvo za doseg interesov družbe. Nad individualno svrho je družbena svrha. Ne gre nam za zasledovanje tega fenomena v sociološki smeri. Vendar bi gledanje skozi biološka očala tudi nam juristom včasih koristilo in utegnilo objasniti značaj in učinek izvestnih pravnih dejanj, ki jim pri-
demo težko bliže z običajnim konstruktivnim orodjem.«

Prav gotovo se dajo v živi naravi izven človeka zaslediti »težnje« in pojavi, ki jih pravnik utegne uporabiti pri svojih konstrukcijah, prav tako se mi pa zdi dvomljivo Krekovo mnenje, da je morda ves kosmos zgrajen na sistemu egoističnih ali vsaj nagonskih dejanj z bistveno altruističnimi učinki. Toda ne gre mi za modrovanje ne za polemiko, Krekova izvajanja sem navedel le kot dokaz za širino njegove metode in kot dokaz, da je bil na videz dokaj mrki in črnogledi mož v srži prav za prav velik optimist.

Poslednje veliko, po obsegu in pomenu največje Krekovo delo je *Obligacijsko pravo* (Družba sv. Mohorja, Celje, 1937, 8^o, str. XVI—545). V uvodu razlaga Krek namen dela in opravičuje svoj način obdelave rimskega obligacijskega prava. Na eni strani se rimsko pravo po novi uredbi predava le dva semestra in se zato more predavati samo kot uvod v sodobno zasebno pravo, na drugi strani naj knjiga služi tudi doktorandom, zato ni moči mimo zgodovine razvoja posameznih pravnih institucij in mimo kontroverz v njih in prav tako je za razumevanje dogem in njih razvoja potrebno poznati gospodarsko, socialno in kulturno stanje v poedinih dobah razvoja. Omejiti se je dala literatura na najvažnejša dela, in omejiti je trebalo primerjavo s sedanjim pravnim stanjem, prihranjeni prostor pa se je porabil za izvirne citate iz rimskih pravnih virov in za čim popol-

nejše stvarno kazalo, ki naj bo začetniku nekak pravni slovarček. Navzlic omejitvam da je delo jako narastlo, saj je pa rimsko obligacijsko pravo za sodobno pravo tudi res mnogo pomembnejše od ostalih panog rimskega prava.

Svoj načrt je Krek izvedel mojstrski. Sistem sicer ne nudi posebnosti, toda osnovni pojmi občega dela obveznostnega prava so podani izredno točno in jasno, podprti z izvirnimi citati. Opozarjam na mesta o kavzalnih in abstraktnih pravnih poslih; o razliki med realnimi in brezimenskimi pogodbami; o razmerju med *actio* in *obligatio*; *dolus generalis* in *specialis*; o enotni, sestavljeni, sukcesivni, trajni dajatvi; o generičnih in nadomestnih stvareh; o generičnih, alternativnih obvezah in alternativni oblastitvi; o pozitivnem in negativnem pogodbenem interesu; o pojmu nezmožljivosti; o novaciji; o razvoju stipulacije; o *receptum*; o neupravičeni obogatitvi in kondikcijah. Povsod sledi občim izvajanjem starejše pravo, njega razvoj, Justinianovo pravo, v opazkah primerjava s sodobnim pravom, opozoritve na zunanjo ali notranjo podobnost pravnih institucij. Tako daje knjiga mnogo več kot obeta uvod. Užitek je za pravniko listati po nji. In vendar imam očitek. Knjiga naj ne služi samo pravniku, ki je opravil izpite, pa se še zanima za rimsko pravo, ne samo doktorandu, dejanski bo največkrat služila začetniku. Za njega daje preveč, če upoštevamo, da naj bi jo proučil, poleg vse druge izpitne snovi, v dveh, največ v treh semestrih. Ali ne bi bilo kazalo s tiskom ali na drug tehničen način ločiti snov, ki je neobhodno potrebna začetniku, od ostale snovi? Izbera ne bi bila lahka, je pa potrebna, začetnik sam bo ali napačno izbiral ali pa vse predelal površno. Res da bi pri predavanjih lahko slišal, kaj je neobhodno potrebno, pa saj vemo, kako je s predavanji.

Ocene je Krek v ljubljanskem času objavil tri. Prva se tiče Dolenčevega »Dušanovega zakonika« (*Zeitschrift für osteuropäisches Recht*, 1926, str. 123—125), in naglaša pomen Dolenčevega dela, ne gre pa v podrobnosti. Druga govori o Koroščevem delu »Die Erbenhaftung nach römischem Rechte, Erster Teil: das Zivil- und Amtsrecht« (»Rimskopravna odgovornost dedičev«, Slovenski Pravniki 1928, str. 168—177) in je mnogo izcrpnejša od prve. Tretja obravnava Goršičev komentar civilnega pravnega postopnika (»Zur jugoslavischen Zivilprozessordnung, Kritische Bemerkungen anlässlich des Goršičschen Kommentars«,

Zeitschrift für Ostrecht, 1934, str. 177—191) in je od vseh najpomembnejša. Ocena gre v podrobnosti, stroga je, pa povsem stvarna, ne razdira, marveč gradi. Obenem pa Krek prepričevalno kritikuje, dasi to namero odklanja, mnoge odredbe zakona samega, s predlogi de lege ferenda. Iz ocene odseva, kako dobro podkovan je bil Krek v procesnem pravu.

Naravnost polemičen je samo en Krekov spis. Z naslovom »Pogreške u prevodu u našim zakonima« (Mjesečnik 1935, št. 4/5) je Steinmetz očital našemu zakonu o zemljiških knjigah netočnosti prevoda iz avstrijskega zakona. Krek je smatral prav ta zakon za svoje najbolj uspelo zakonodajno delo in je, z istim naslovom, takoj odgovoril (Pravosudje 1935, str. 505—509), pač bolj ostro kot je bilo neobhodno potrebno, kajti Steinmetzov članek je bil pisan mirno in stvarno, očitati se mu more samo, da je bil pisec le preveč, recimo subtilen, skoro malenkosten in da pač po večini ni imel prav.

5. *Ostalo delo.* Na drugih poljih svoje delavnosti se je Krek v Ljubljani prav malo oglašal. Razen že omenjenega kratkega članka v »Akademske glasbu« sem našel v »Jutru« 1926, št. 296, Krekov odgovor v anketi: kaj umetnik dela, kakšne načrte ima, par njemu najljubših, po njem napisanih taktov. Iz odgovora se vidi, da je bil zagrenjen, ker se njegove skladbe le malo izvajajo, da ne dela več, vsaj ne za javnost, da bi pa rad obudil jugoslovanske »Nove akorde« in da se to pripravlja že za prihodnje leto, zato sklepa z začetkom svoje skladbe »Bratje v kolo se vstopimo«. V »Zborih« 1927, str. 11, svetuje v anketi, kaj odgovoriti na psevdonimen napad na slovensko glasbo v zagrebškem »Narodnem djelu«, da naj se na nepodpisan napad sploh ne reagira. Odgovor je kratek, pa jako oster. V knjigi X., št. 26, »Življenja in Sveta« (27. decembra 1931) je v članku »Glasba narodu« govoril o razmerju občinstva do glasbe, zlasti do nove. Če so glasbene prireditve slabo obiskane, ne gre samo za apatijo občinstva, temveč tudi za to, da občinstvo ni vzgojeno za novo glasbo. Članek se končuje s predlogi, kaj storiti. Slednjič se je v zapuščini našla št. 73 »Glasu naroda« iz l. 1935. s člankom »Tudi glasbena kritika na stranpotih«. Ožigosan je način kritike, ki se je razvil v poslednjih letih: klika, ki svoje člane samo hvali, vse druge glasbenike pa ubija z molkom. Članek sam sicer ni podpisan, toda na listu, ki se je našel v zapu-

ščini, se je Krek podpisal s svinčnikom, tudi slog in misli so v skladu z njegovimi.

Javno je delal Krek v Ljubljani na glasbenem polju celo vrsto let kot strokovni nadzornik glasbenih šol in zavodov in kot predsednik komisije za državne izpite iz glasbe, nekaj časa je bil tudi član razsodišča v odseku za opere pri ministrstvu za prosveto. Šele v poslednjih letih, zlasti potem ko je izdal svoje Obligacijsko pravo in doživel razočaranje s predhodnim načrtom za obči državljanski zakonik, je izdal nekaj zvezkov »Samospevov«, druge zvezke, obsegajoče deloma nove, deloma v »Novih akordih« že objavljene skladbe, je pripravil za tisk in v oporoki izrazil željo da naj bi izšli. Sploh je skladal sledeč svojemu notranjemu nagonu, od časa do časa tudi v Ljubljani in v zapuščini je mnogo osnutkov, več ali manj izdelanih. Zanimivo je, da je v zapuščini tudi precejšnje število lirskih pesmi, deloma izvirnih, deloma prevodov iz slovenščine in nemščine iz l. 1917., 1918., 1919. in pred vsem iz l. 1924. Prevodi so iz Župančiča, Ketteja, Murna in Gradnika, katerih pesmi je Krek, izvzemši Murna, jako rad tudi skladal. Ali naj bi tudi ti prevodi služili skladbam, nisem dognal, gotovo pa je, da je svojim skladbam rad dodajal dvojezičen tekst.

Dasi ogromno delo Kreku v mnogih pogledih ni prineslo tistega uspeha in zadovoljstva, ki ga je smel pričakovati, niso izostala priznanja in počastitve. L. 1920. ga je pevsko društvo »Ljubljanski Zvon« izbralo za častnega člana. L. 1922. je bil skoro isti dan dvakrat odlikovan z redom sv. Save III. razreda, po predlogih ministrov za pravosodje in za prosveto, »slučaj«, ki Kreka ni malo jezil, ker je odkrival pomanjkanje sodelovanja med ministrstvi in nepažnjo pisarne za redove. L. 1925. mu je bil podeljen red Belega Orla V. razreda, l. 1929. red sv. Save II. razreda. Razen tega je bil od l. 1929. dopisujoči član »Slovenskega ustava« v Pragi in od l. 1940. dopisujoči član »Jugoslavenske akademije znanosti in umetnosti« v Zagrebu. Ne po času poslednja počastitev pa, članstvo v ljubljanski »Akademiji znanosti in umetnosti« in sočasna izvolitev za prvega generalnega tajnika ni bila samo odlikovanje, marveč mu je naprtila veliko delo začetne ureditve Akademije, ki ji je posvetil največji del svojih moči in svojega časa v poslednjih letih pred smrtjo. Ocena tega dela ostane Akademiji sami.

VI. Sklep

Sliko Krekove osebnosti, kakor se zrcali iz orisa njegovega življenja in dela, naj popolnijo naslednje vrste. Krek je bil visokorasel mož, še večji bi bil videti, ako bi se ne bil držal nekoliko sklonjeno. Na dokaj širokih plečih razmerno majhna glava s tenkimi redčečimi se plavimi lasmi in s plavimi brki; v mladih letih je pustil včasih rasti brado, ki se mu je prav podajala, slika v »Obiskih« to svedoči. Oči, modre, jako žive čeprav nekoliko kratkovidne, so od daleč razodevale dobro ali slabo voljo; če ga je kaj razdražilo, je znal gledati kaj hudo in srepo. Bil je drobnih kosti, roke so bile izredno dolge in ozke, tako tudi prsti. Noge so se zdele predolge, trup prekratek, pač ker se ni držal ravno. Hodil je počasi, odmerjenih, dolgih, jako spešnih korakov. Glas je bil jasen, precej rezek. Govornik v navadnem pomenu besede prav za prav ni bil, govoril pa je dokaj gladko, vedno, tudi kadar se je vnel, počasi, prepričevalno, odločno in izredno jasno, beseda mu je bila kakor njegov slog, za katerega se lahko reče, da v njegovih delih ni nejasnega, težko razumljivega, dvoumnega mesta. Za govore v javnosti se je pripravljaj, kakor je svoje spise skrbno pilil; videti je bilo, da premisli vsako tudi le govoreno besedo. Kakor je bil njegov običajni nastop skromen, tako dostojanstveno je umel reprezentovati, kadar je trebalo. Ni se silil v ospredje, toda svest si je bil svoje vrednosti, držal je distanco. Celi njegov nastop je vzbujal prej spoštovanje kot kaka mečja čustva, bil je gosposke in gospodujoče narave. Ni bežal pred družbo, toda tudi iskal je ni in izbiral jo je. V krogu najbližjih prijateljev je bil pa jako prijeten družabnik, vsi so ga cenili tudi s te strani. Ni sam mnogo prispeval k zabavi s pripovedovanjem, toda znal je poslušati in biti dobre volje; njegov gromki smeh mu je šel iz srca; če je kdo povedal kaj, kar mu je posebno ugajalo, se je zasmel tako glasno, da se je cela velika soba ozrla k njegovi mizi. Do Babnikove in Majaronove smrti smo se sestajali skoro vsako soboto, oba imenovana, Krek, več tovarišev s fakultete in več sodnikov, izključno moška in, če smo bili vsi, dokaj velika družba. Govorilo se je o vsem mogočem, najmanj o vsakdanji politiki. Marsikatere dobra misel je vzkličala v tistem omizju, ki je včasih »zasedalo« prav dolgo. Slična je bila naša družba, kadar smo bili na zakonodajnem delu v Beogradu, le da je bila mnogo bolj pestra po strokah in morda prav

zato tako prijetna. Gostilničarju pa Krek, precej rahlega zdravja in dokaj živčen, ni bil vedno prijeten gost. Če mu kaj ni bilo prav, je bil ogenj v strehi, in nekajkrat smo spremenili gostilno le njemu na ljubo. Pozneje je bil stalen član omizja v Trnovem, o katerem pa vem malo več kot da je bilo. V mlajših letih je rad hodil na morje in v gore, pozneje sam ali z družino po nekaj tednov na počitnice na Gorenjsko, napornejših izletov pa ni več delal, v poslednjih letih je še sprehode skoraj povsem opustil. Javnih zabavišč v Ljubljani skoro ni obiskoval, izvzemši svoje delo in svoje omizje je živel le za dom in za družino.

Popuščal Krek od svojih nazorov, od svojega mnenja ni lahko. Bil je neustrašen in borben, če se mu je zdelo potrebno celo brezobziren v zasledovanju cilja, ki ga je spoznal za pravega, vedno pa stvaren in objektivni. Ni pa bil ne najmanj maščevalen ne škodoželjen. Za nevljudnost ali kar je smatral za žalitev je bil občutljiv in tudi pozabil ni lahko; sploh se je zdelo, da gleda svet precej temno. Kot prijatelj je bil rahločuten, diskreten, molčeč, zanesljiv, vedno pripravljen za svet in pomoč.

Sedel je največ v svoji knjižnici, dve sobi, vse mize in stoli polni časopisov, brošur, rokopisov, beležk, zakonodajnega materiala, ob vseh stenah od tal do stropa polne knjig, največ pravnih, mnogo glasbenih, jako mnogo leposlovnih in tudi nekaj znanstvenih raznih strok, ki jih je pač po večini podedoval po očetu, pa ne, kakor največji del očetove knjižnice, prodal Slovanskemu institutu na univerzi. Usoda njegove knjižnice mu je bila jako pri srcu; najraje bi bil pravne knjige podaril fakulteti, toda skrb za družino mu tega ni dopuščala. Velik del je potem nabavila fakulteta, manjše dele razni seminarji in zavodi pravne in filozofske fakultete, vseučiliška knjižnica, leposlovne, pa tudi pravne in glasbene knjige deloma tudi druge javne ustanove in zasebniki. Kako bi gledal, kaj bi rekel, ko bi se vrnil pogledat!

Dve duši sta bili v njem, duša znanstvenika in duša umetnika. V svojem domu ju je strogo ločil. Duša znanstvenika je prebivala v pritličju, v knjižnici in njenem svojevrstnem redu ali, za vsakega drugega, neredu; okna pri njegovi pisalni mizi so gledala na vzhod, posebnega razgleda niso dajala. Vse drugače njegova glasbena soba v prvem nadstropju, s harmonijem kakor orgle in velikim klavirjem, na jug, na sonce, z razgledom čez celo Barje, na dolenske in notranjske hribe, od sv. Ahaca preko

Kureščka, Mokreca, Krima, Ljubljanskega vrha skoro do Polhograjskih dolomitov. Solidni učenjak v borbi s hladnim pravom in vsakdanjim življenjem spodaj, navdahnjeni umetnik zgoraj. Spodaj trdo poklicno delo, zgoraj delo, h kateremu ga je pač bolj vleklo srce. Umrl pa je siromak ne pri svojih knjigah ne pri svojem klavirju, umrl je po dolgem trpljenja polnem bolehanju v bolnišnici. Umrl je med delom. Komaj je prestal dve hudi operaciji junaški in brez tožbe, je že preudarjal, kako si enonog uredi delo in življenje, že je zahteval poročila o teku poslov v fakultetni knjižnici, že je listal po knjižnih katalogih in podpisoval naročilnice in račune, saj je trebalo poskrbeti da ne zapade nič od neizčrpanega kredita. Pa se je prej izčrpal njegov kredit in Krek je šel polagat račun. Ni mu mogel biti pretežek.

Dr. Milan Škerlj

Prof. dr. Stojan Bajič:

Navezna pogodba

Navezni pogodbi¹ mednarodnozasebnopravna (mzpravna) veda ne priznava mesta v občem delu naukov o mz pravu, temveč jo obravnava v posebnem delu, skupno s pogodbenimi obveznostmi, pretežno pod naslovom: o avtonomiji strank. Kakor bo pokazala pričujoča razprava, je ta sistematična uvrstitev pogrešna, kakor je tudi nepravilno pojmovanje navezne pogodbe zgolj kot posebnega problema, ki se pojavlja v zvezi z mzpravnim obravnavanjem obveznostnega prava.

I. Pojem

(1) S pravnim opravilom ustvarjajo posamezniki ali skupine na zakonito kot uspešen priznan način pravne učinke v dosego osebnih, gospodarskih ali drugačnih namenov. Pri tem navadno ne mislijo na to, kateri pravni red bo urejal ustvarjeno pravno razmerje: odločitev prepuščajo mzpravnim (kolizijskim) normam, da po naveznih okoliščinah, ki jih očituje življenjski pojav, določijo njegov mzpravni položaj (kolizijski statut) in s tem ugotovijo tisti pravni red, ki ga je treba uporabiti (indicirano pravo). Prav tako je mogoče, da mislijo stranke tudi na to, kakšen bo kolizijski statut njihovega pravnega opravila. Kateri kolizijski statut bo namreč

¹ Posebne razprave: Allerhand, Wybor prava, 1926; Andres, Poznámky k tkzv. principu autonomie stran v mezinárodním právu soukromém, Pocta... Hobzy, 1936, 163; Audinet, Le conflit des lois impératives en matière d'obligations contractuelles, Revue Darras, 1925, 481; isti, Domaine et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats à titre onereux, Mélanges Pillet, 1929, I, 57; Betti, Autonomia privata e competenza della lex loci actus..., Riv. dir. int., 1930, 3; Caleb, Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé, 1927; H a u d e c k, Die Bedeutung des Parteiwillens im IPR, 1931 (ni bila uporabljena); K a y s e r, L'autonomie de la volonté en d. i. p. dans la jurisprudence française, Journal Clunet, 1931, 32; M a y e r, Zur Parteiautonomie als Kollisions-

veljal zanj, se ravna po odločilni kakovosti v zakonu označenih sestavin življenjskega pojava, ki s svojimi izpremenljivimi lastnostmi pokažejo povezanost življenjskega pojava s tem ali drugim pravnim redom. Te sestavine (navezne okolnosti) so — prav tako kakor ustanovitev ali ureditev pravnega razmerja — v znatni meri v dosegu razpolaganja strank. Zato morejo stranke predružačiti navezne okolnosti ozemeljskega (na pr. kraj sklenitve pogodbe, domovališče itd.) kakor tudi osebnega značaja (državljanstvo) in dati svojim pravnim opravilom take mzpravno odločilne lastnosti, da povzročijo navezanje na tisti pravni red, za katerega veljavnostjo stremijo. To storijo na pr. s tem, da dogovorijo posojilo na ozemlju države, ki ne pozna omejitve glede zlate klavzule, ali da izstopi nupturjent, ki ga ovira zakonski zadržek po pravnem redu države, katere državljan je, iz dosedanjega državljanstva in pridobi tisto, katerega zakoni take ovire ne poznajo. V teh primerih se vrši navezovanje na pravni red tako, da ustvarijo udeleženci v namenu, podrediti pravno opravilo izbranemu pravnemu redu, v življenjskem pojavu tiste (dejanske ali pravne) kolizijske predpostavke, ki povzročijo veljavo ravno željenega pravnega reda. Ustrezno temu namenu prikrojijo odločilne navezne okolnosti, ki so torej — v razliko od »normalnega« poteka

sionsnorm, Niem, Ztschr. f. int. R., 1931, 103; Niboyet, La théorie de l'autonomie de la volonté en d. i. p., Recueil d. c., 1927, I., 5; Wengler, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im I. P. R., Ztschr. f. vergl. RW, 1941, 168; Zimmermann, Die Bedeutung des Parteiwillens in I. P. R., Zbl. f. jur. Praxis, 1926, 881. Obči spisi: Arminjon, Précis de d. i. p., 1929, II., 172; Bagge, Les conflits de lois en matière de contrats de vente de biens meubles corporels, Recueil d. c., 1928, V., 157; Batiffol, Les conflits de lois en matière de contrats, 1938, 5; Cavaglieri, Lezioni di d. i. p., 1938, 161; Fedozzi, Il d. i. p., 1939, 700; Lewald, Das deutsche IPR, 1931, II., 199; Melchior, Die Grundlagen des deutschen IPR, 1932, 498; Nussbaum, Deutsches IPR, 1932, 244; Pacchioni, Diritto i. p., 1935, 317; Pillet, Traité pratique de d. i. p., 1924, 163; Raape, Deutsches IPR, 1939, II., 249; Schnitzer, Handbuch des IPR, 1937, 44, 275; Walker, IPR, 1934, 394; Zimmermann, Mezinárodní právo soukromé, 1933, 213; Zitelmann, IPR, 1897, I., 270; 1912, II/2, 375.

Kakor vsebuje razprava samo oris problema, imajo tudi opombe zgolj ilustrativni pomen, ne pa namena, dati popoln pregled stanja mzpravne vede in sodstva o obravnavanem problemu.

dogodkov — oblikovane »umetno«: na ta način odtegnejo življenjski pojav veljavnosti pravnega reda, ki bi zanj »normalno« veljal, in ga podredijo s pomočjo smotrno prirejenih naveznih okolnosti veljavnosti tistega pravnega reda, katerega veljavnost hočejo doseči. Ti primeri posrednega navezovanja na izbrani pravni red ne spadajo pod pojem navezne pogodbe, marveč jih mzpravna veda obravnava kot zlo-namerno navezovanje (*fraus legis*).

(2) Prav tako ne spada sem dogovor o sprejetju tuje norme v pogodbeni ustroj pravnega razmerja. Če namreč dogovorijo stranke, da velja v ustroju pravnega razmerja, ki ga ustanavljajo ali urejajo, določena norma iz tujega pravnega reda, postane po volji strank vsebina dotične tuje norme pravnopravilna vsebina pravnega razmerja. Vanj torej stranke niso vključile dela tujega pravnega reda, niti niso pravnega razmerja podredile tujemu pravu, temveč so uredile vsebino pravnega razmerja na temelju docela samostojno izražene pravnoopravilne volje, a soglasno normi, kakor velja — ali je veljala — po tujem, za to pravno razmerje sicer ne veljavnem pravu. Tako urejeno pravno razmerje ni stopilo do pravnega reda, iz katerega so povzele stranke vsebino ureditve, v nikak odnos. Vsebinska norma tujega prava zato v pogodbenem ustroju pravnega razmerja ne velja kot pravna, marveč kot pogodbeni norma, s tako vsebino in lastnostmi, kakršno jim je dala volja strank. V primerih takega privzetja vsebine tuje norme v sestavi pravnega razmerja morejo stranke s pravnim opravilom vsebino dotičnih tujih norm izpremeniti — brez ozira na njih prisilnost — ker nasproti temu pravnemu razmerju te tuje norme ne učinkujejo kot pravne norme, marveč samo kot vzgled, po katerem posnamejo stranke svojo pogodbeno voljo. Dotični pravni red tega pravnega razmerja sploh ne ureja: pravni red, ki je za to pristojen, je treba šele kolizijskopravno ugotoviti na temelju naveznih okolnosti, nato po tako dobljenem napotilu določiti indicirano pravo ter šele po njem presoditi materialni učinek takega dogovora. Stranke torej niso dogovorile kolizijskopravne ureditve, ker niso rešile vprašanja, kateri pravni red naj velja, temveč so uredile samo materialno vsebino pravnega razmerja po vzgledu norme nepristojnega pravnega

reda. Netočno imenuje teorija tako razpolaganje materialno napotilo² (v razliko od formalnega, ki ga vidi v navezni pogodbi).

(3) **Navezna pogodba** je sporazum med strankami materialnopravnega razmerja o tem, kateri pravni red naj zanj velja. V tem primeru ne povzročijo stranke veljavo dotičnega pravnega reda niti s tem, da bi dosegle to veljavo preko nalašč v ta namen prikrojenih naveznih okolnosti (1), niti ne veljave določenih norm nepristojnega pravnega reda tako, da jih dogovorijo kot vsebino svojega pravnega opravila (2). Stranke gredo naravnost: poleg temeljnega (materialnega) pravnega opravila, na pr. zavarovalne pogodbe, sklenejo še izrečen dogovor o tem, kateri pravni red naj po njihovi volji ureja temeljno pravno razmerje, na pr. francosko pravo.³ Stranke navezujejo torej na dotični pravni red s posebnim, na dosego navezanja in s tem na kolizijskopravno uveljavljenje dotičnega pravnega reda merečim pravnim opravilom.⁴ Z njim razpolagajo v mzpravni (kolizijski) sferi, seveda učinkovito samo toliko, kolikor pristojni pravni red (8) tako razpolaganje priznava. Samo v tem primeru je mogoče osnovati na temelju navezne pogodbe po-

² Zitelmann (I, 272) označuje ta primer kot »Gestaltung der Parteibestimmung als materiellrechtlicher Satz«, ki nima nobene zveze z mzpravom (273), ker je ta možnost »materialrechtlicher Bestandteil jeder einzelnen Rechtsordnung« (275). Morelli (Lezoni di d. i. p., 1941, 91) govori v tem primeru o »recezione contrattuale delle norme dell'ordinamento designato«. Nekateri pisci pojmujejo vsako navezovanje na tuje pravo kot materialno privzetje vsebine tuje norme v pravno opravilo, na pr. Weiss, Manuel de d. i. p., 1925, 571: »Les parties peuvent adopter dans la convention, en les reproduisant une à une, toutes les règles admises par telle loi étrangère; ... la loi étrangère ... est devenue convention«.

³ RG je v odločbi z dne 20. II. 1929 priznal učinkovitost pogodbenemu navezanju na francosko trgovinsko pravo v zavarovalni pogodbi, sklenjeni med nemško firmo in italijansko zavarovalnico, za blago, vkrcano iz bolgarske in turške za nemško luko (Melchior, 504, 517).

⁴ Kolizijski učinek navezne pogodbe zanikajo m. dr. Beale (cit. Mayer, 124), ker bi bil zakonodajni akt; Lewald vidi v navezni pogodbi (201) samo sredstvo za »inhaltliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses«; Walker (398) meni, da nastane zaradi tega, ker morejo stranke v mejah dispozitivnega prava določati vsebino njih pravnega razmerja »der täuschende Schein, als ob die Parteien beliebig ein

seben kolizijski statut, veljaven po volji strank za temeljno pravno razmerje, namreč *lex voluntatis* (tudi *lex electa*). Pripomniti je treba, da tako pravnoopravilno navezovanje na sicer nepristojen pravni red ni omejeno samo na dvostranska pravna opravila, dasi je pri njih najbolj pogosto; pojavlja se tudi pri enostranskih razpolaganjih, na pr. pri poslednjevoljnih odredbah (10^a). Navzlic temu obdržimo izraz navezna pogodba, ker krije pretežno večino primerov.

(4) Navezna pogodba kot kolizijskopravno opravilo je v razmerju nasproti temeljnemu pravnemu razmerju akcesorna pogodba. Navzlic temu jo je treba z mzpravnega stališča presojati kot samostojno pravno opravilo. Dočim namreč ustvarja temeljno opravilo materialnopravne učinke, povzroča navezna pogodba učinke neposredno v kolizijski sferi (in posredno v materialni, kolikor namreč označi indicirano pravo). Res je sicer, da sama zase navezna pogodba ne more obstojati in da se more uveljaviti samo v temeljnem pravnem razmerju. Navzlic temu bi bilo s stališča mzprava napačno, če bi navezno pogodbo združili s temeljnim pravnim razmerjem v eno enoto. Pomisliti je treba, da se ravna kolizijski statut temeljnega razmerja po njegovi

örtliches Recht wählen könnten«; Betti zanika možnost take delegacije za zasebnike (15). — Zgodovinsko velja za prvega, ki je razpravjal o navezni pogodbi, *Molinaeus* (XVI. stol.); kasneje *Hauss*, *De principiis a quibus pendet legum sibi contrariarum auctoritas* (1824), ki zagovarja navezovanje po *lex voluntatis*, izza nje pa po *lex fori*. *Savigny* (*System des heutigen Römischen Rechts*, VIII., 1849) je pisal o »freiwillige Unterwerfung unter ein örtliches Recht« (110), ki ga smatra »gleichsam als Bestandtheil des Vertrages selbst« (110); pogodba more biti enostranska (na pr. s pridobitvijo nepremičnine, »wobei der Erwerber zwar freie Macht hat, den Erwerb zu unterlassen, wenn er ihn aber abschließt, den Inhalt des örtlichen Rechts über den Grundbesitz nothwendig anerkennen muß«, (110) ali dvostranska (111); v teh primerih se »das angegebene örtliche Recht« umakne tistemu pravu, ki ga določi »eine ausdrückliche abweichende Willenserklärung« (249). — Med modernimi je zanimiv *Batiffol*, ki vidi v navezni pogodbi samo »la localisation du contrat, non la choix de la loi« (38), pač pod vplivom ameriškega sodstva. — Kolizijski učinek priznavajo navezni pogodbi m. dr. *Caleb* (449): »Lorsque les parties ont clairement designé la loi applicable à leur contrat, le conflit est resolu et les juges sanctionnent la manifestation de volonté«; tudi *Zitelmann* (I., 274), *Raape* (250) in *Melchior* (521).

samostojni mzpravni kvalifikaciji v zvezi z napotilom, ki izhaja iz zanj odločilnih, lastnih naveznih okoliščin (8). Ta statut vsebuje norme za njega materialno ureditev, dočim rabimo glede navezne pogodbe določbo o tem, ali in koliko se prizna njej kolizijski učinek. Zato s stališča mz prava ne moremo priznati navezni pogodbi, dasi je akcesorna, istega kolizijskega statuta, kakor ga ima temeljno pravno razmerje, torej *lex causae*. Vsako pogodbo je treba presojudati samostojno, obenem pa ugotavljati njih medsebojni učinek (8, 9).

(5) Nepravilen je nazor, da je navezna pogodba kolizijska norma.⁵ Z navezno pogodbo izražajo stranke v zvezi z določenim (konkretnim) pravnim opravilom svojo pravno-opravilno voljo o tem, kateri pravni red naj velja za temeljno pravno razmerje: tako razpolaganje ni pravna (objektivna) norma, marveč je samo pravnoopravilno razpolaganje strank v individualni pravni situaciji s kolizijskopravnim učinkom, seveda če in kolikor ga priznava pristojna kolizijska norma. Navezna pogodba je ena izmed naveznih okoliščin, namreč po kolizijski normi označena sestavina (znak) življenjskega pojava, iz katerega izhaja napotilo na tisti pravni red, ki ga je treba uporabiti na dotični življenjski pojav. Dočim so ostale navezne okolišchine (ozemeljske, osebne) docela povezane z življenjskim pojavom samim (na pr. kraj, kjer leži nepremičnina, kraj sklenitve pogodbe, domovališče, državljanstvo) in samo indicijno napotujejo na pravni red s tem, da življenjski pojav — kolikor gre za ozemeljske navezne okolišchine — krajevno determinirajo in tako pokažejo na tam veljavni pravni red, gre pri navezni pogodbi za take vrste navezne okolišchine, ki je — v mejah zakona — na razpolago strankam, da z njo — brez

⁵ Tako Beale (cit. Mayer, 124): »The fundamental objection to this is that involves permission to the parties to do a legislative act. It practically makes a legislative body of any two persons who choose together and contract« (spričo tega je razumljivo odklonilno stališče Restatementa, 1934, nasproti navezni pogodbi; gl. Harper, Das »Restatement of Conflict of Laws« des amerikanischen Law Institute, Rabels Ztschr., 1935, 821). — Nusbaum (247) trdi: »Der Verweisungsvertrag erfüllt also den Tatbestand einer Kollisionsnorm«, pač po Zitelmannu (I., 274), ki govori v tem primeru o »Gestaltung der Parteibestimmung als Kollisionsnorm«.

ozira na navezovanja, ki jih očituje življenjski pojav neposredno — s svojo pravnoopravilno voljo ustvarijo od temeljnega pravnega razmerja in njega kolizijskega statuta načelno neodvisno, čisto kolizijsko navezovanje, s katerim izrečno pokažejo na indicirani pravni red. Navezna pogodba spada tako v tretjo skupino naveznih okolnosti, ki jih razvrščamo v ozemeljske, osebne in pravnoopravilne. Zato je docela zgrešeno, razpravljati še dandanes o navezni pogodbi zgolj s stališča avtonomije strank⁶ (autonomie de volonté) na temelju dispozitivnih materialnih predpisov. — Navezna pogodba kot navezna okolnost more biti seveda v kolizijski normi uporabljena kot edina navezna okolnost ali pa tudi poleg drugih. V poslednjem primeru nastane vprašanje, ali gre za izberno naštevanje ali pa nalaga zakon zaporedno uporabo. Primer prve ureditve nudi poljski zakon (1926, spodaj 10, a), druge pa čl. 25, odst. 1 italijanskega codice (gl. opombo 1^a).

(6) Sporno je vprašanje, ali je možna navezna pogodba zgolj spričo raznopravnih življenjskih pojavov,⁷ to je tistih, ki spadajo v obseg veljavnosti ali tujega ali domačega in tujega ali več tujih prav, ali pa tudi spričo enopravnih, izključno domačemu pravu podrejenih. Če izhajamo pri tej analizi s stališča določenega pravnega reda kot

⁶ Avtonomija pravne volje je pravnofilozofsko vprašanje, rešeno v korist pravnega reda, ki dá šele volji pravni pomen. O tem Gounod, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé; contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, 1912. V mzpravni vedi se je ohranil ta pojem — navzlic odklonitvi Savignyja (112), ki je Batiffol očitno ne pozna, ko trdi (11), da je ta izraz »en honneur depuis Savigny«. Tako na pr. piše Laurent, *Droit civil international*, II., 379 (1880): »Les conventions ne sont soumises à d'autres lois qu'à celle que les parties se font à elles-mêmes«; Weiss, *Traité théorique et pratique de d. i. p.*, III., 115 (1892), trdi previdnejše: »Le principe de l'autonomie ne s'applique que dans la mesure où la volonté des parties est souverain«. Gl. Dreyfus, *L'acte juridique en droit international privé*, 1904, 7 i. sl., pos. 31.

⁷ Tako na pr. Raape (252); Zimmermann (885) priznava navezno pogodbo samo »bei internationalrechtlich gelagerten Fällen«, enako Rouast, *Les conflits de lois relatifs au contrat de travail, Mélanges Pillet*, I., 200: »...la volonté des parties est souverain en matière de contrat et cette souveraineté s'étend au choix de la loi applicable, lorsque plusieurs législations sont en conflit«.

domačega, potem pokaže navezna pogodba sledečo dinamiko: z navezno pogodbo je mogoče v obseg veljavnosti domačega pravnega reda spadajoč življenjski pojav podrediti tujemu pravnemu redu, (v tem smislu) tuj življenjski pojav podrediti domačemu pravnemu redu in končno tuj življenjski pojav premestiti iz obsega veljavnosti enega tujega v veljavnost drugega tujega pravnega reda. Pravna ureditev tako analiziranih naveznopogodbenih dejanj more biti s stališča domačega pravnega reda različna. Ureditve se morejo ozirati bodisi na to, ali gre za eno- ali za raznopraven življenjski pojav, bodisi na smer prenosa življenjskega pojava. Načelno seveda ni mogoče trditi, da bi navezna pogodba ne bila mogoča tudi spričo enopravnega življenjskega pojava (podrejenega domačemu pravnemu redu) in da ima v tem primeru navezna pogodba samo učinek tkzv. materialnega napotila (2). Odgovor na to vprašanje je odvisen od pozitivne ureditve, ki more navezni pogodbi tudi glede enopravnega življenjskega pojava priznati popoln kolizijski učinek. Kjer pa take izrečne ureditve ni, ne more nastati poln kolizijskopravni učinek; navezna pogodba vpliva v tem primeru le na materialno ureditev temeljnega pravnega razmerja (2, 7, 13, 21).

(7) Z navezno pogodbo izražajo stranke svojo opravilno voljo o tem, kateri pravni red naj velja za določeno pravno razmerje. Pogodba stremi za tem, da podredi temeljno razmerje — bolj ali manj neodvisno od njegovega primarnega statuta (8, 21, 22) — tistemu pravnemu redu, ki ga določita stranki v navezni pogodbi, torej legi voluntatis. Zato je razlika nasproti pogodbi o sprejetju vsebine tuje norme (2) očitna, dasi je treba priznati, da more biti v zadnji analizi zgolj kvantitativna. Navezna pogodba ureja kolizijski statut, seveda če in kolikor ji pristojni pravni red priznava kolizijski učinek. V tem primeru reši navezna pogodba kolizijsko vprašanje docela, tako da se napotilo na indicirano pravo ne vrši več na temelju za dotično vrsto pravnih razmerij sicer odločilnih naveznih okoliščin, marveč prevzame funkcijo navezne okolnosti izključno navezna pogodba, ki ustvari ostalim naveznim okolnostim docela enakovredno, popolno napotilo na indicirano pravo (15). Dotično tuje pravo potemtakem ne velja kot *lex con-*

tractus (in torej neglede na značaj posameznih norm tako vsebinsko, kakor glede moči in veljave), marveč velja tako indicirano pravo kot pravni red z vsemi učinki, kakor jih ima, če je indiciran na temelju kolizijske norme legis fori preko druge vrste naveznih okolnosti (16). Tuj pravni red velja s tisto vsebino in istimi, volji strank nadrejenimi učinki, kakršne ima po svojih lastnih predpisih. Če se torej lex voluntatis izpremeni, velja za osnovno pravno razmerje tudi vsaka izprememba, ker se je izvršilo navezovanje na pravni red kot celoto, ne pa na določeno njegovo materialno vsebino; če gre pa za privzetje vsebine tuje norme v pogodbeni ustroj (2), je treba rešiti dejansko vprašanje, ali ustreza taka izprememba še volji strank. Važna je posledica v zvezi z revizibilnostjo: če učinkuje tuja norma kot lex contractus (2), gre za dejanske ugotovitve v sodbi; če pa gre za kolizijsko navezovanje, gre za uporabo tuje pravne norme, ki ni odtegnjena presoji v reviziji (16).

II. Kolizijski statut

(8) Vsako pravno razmerje ima svoj primarni kolizijski statut,⁸ namreč tisti, ki je zanj veljaven na temelju lastnih naveznih okolnosti, brez ozira na navezno pogodbo. Tak primarni statut ima tudi temeljno pravno razmerje (3); izhaja iz naveznih okolnosti, ki ležijo neposredno

⁸ Primarni statut se označuje: »an sich maßgebendes Recht« (Melchior, 499), »das grundsätzlich anwendbare Recht« (Wolff, 84), »das an sich anwendbare Recht« (Lewald, 202); obstoj tega statuta zanika Nussbaum (244): »Aber ein solches dem Parteiwillen prä-existentes Vertragsstatut gibt es nicht... In Wirklichkeit bedarf es der Konstruktion eines prä-existenten Vertragsstatuts nicht, um einen ausschweifenden Parteiwillen in seine Schranken zurückzuweisen« (244). Priznavajo ga Raape (251), posebno točno Zitelmann (I., 273): »Wenn also der Richter einen Fall zu entscheiden hat, bei dem die Parteien auf ein bestimmtes Recht verwiesen haben, so hat er zunächst nach den Kollisionsnormen seines Staates... die Vorfrage zu entscheiden, welche Rechtsordnung für die Entscheidung des Falles maßgebend ist. Aus der hiernach als maßgebend erkannten Rechtsordnung hat er dann zu entnehmen, ob überhaupt eine Parteiverweisung möglich ist und in welchen Schranken sie wirksam ist«. O kvalifikacijskem problemu v zvezi z navezno pogodbo gl. Schloch, Klagbarkeit, Prozesanspruch und Beweis im Licht des internationalen Rechts, 1934, 25.

v samem temeljnem pravnem razmerju, in ga imenujemo *lex causae*. Če se pa sklene navezna pogodba, je treba upoštevati, da ima tudi navezna pogodba svoj, od primarnega statuta temeljnega razmerja (torej od *lex causae*) neodvisen in zato eventuelno različen statut (4); tudi ta statut je v gorenjem smislu primaren. Končno obstoji še tretji statut: tisti, ki ga ustanavlja navezna pogodba za temeljno pravno razmerje, namreč *lex voluntatis*. Učinkovitost teh treh statutih je treba določiti na ta način, da se ves pravni kompleks zasidra v kolizijsko *lex fori*. Le iz tega temelja je mogoče ugotoviti veljavo in medsebojno razmerje posameznih statutih: *lex fori* določa v tem smislu, da se lege *fori* iz naveznih okolišnosti samega temeljnega pravnega razmerja ugotovi napotilo na indicirano materialno pravo, ki velja, kolikor se ne uveljavi *lex voluntatis*. Navezna pogodba ima kolizijskopравни učinek v tem, da z učinkom za temeljno pravno razmerje nadomesti *lex causae* z *lex voluntatis*; spričo tega njenega učinka (III) se ne ugotavlja napotilo po naveznih okolištinah, ki jih ona sama očituje (na pr. *lex loci actus*, *lex nationalis* pogodbenikov itd.), marveč se presoja kolizijski učinek navezne pogodbe (o njenih materialnih predpostavkah 9) izključno lege *fori*, ki je njen izključni statut. Napotilo, vsebovano v navezni pogodbi, pokaže na naveznopogodbeno indicirano pravo (*lex voluntatis*) kot tisto pravo, ki naj velja po volji strank za temeljno pravno razmerje. Ali ima navezna pogodba ta učinek in katere so omejitve, določa prav tako *lex fori* (III, IV).

(9) Iz pojmovanja navezne pogodbe kot kolizijskoprnega opravila sledijo tehtne posledice. Že zgoraj (8) smo ugotovili, da je izključni statut navezne pogodbe glede njenih kolizijskih učinkov *lex fori*. Ta statut ne obsega samo njenih učinkov nasproti *lex causae* temeljnega pravnega razmerja, marveč se presojajo po isti *lex fori* tudi materialnopravne predpostavke za obstoj navezne pogodbe (sklenitev, vsebina, razlaga, hibe, oblika, kršitve). O tem so možne sicer štiri rešitve:⁹ ali da velja materialno pravo *legis causae*, ali da velja pravo primarnega statuta navezne pogodbe, ali da je treba upoštevati *lex voluntatis*, ali pa končno

⁹ Raape omenja *lex fori*, *lex causae* in *lex nationalis* (270).

da je treba uporabiti *lex fori*. Po prvi rešitvi bi združili navezno pogodbo s temeljnim pravnim razmerjem v isto *lex causae*, kar smo odklonili že zgoraj (4). V drugi rešitvi bi morali ugotovljati lastni kolizijski statut navezne pogodbe na temelju njenih lastnih naveznih okolišnic in preko njih ugotoviti indicirano materialno pravo; ta pravni red more biti drug, nego pa *lex fori*, tako da bi odločalo o navezni pogodbi več pravnih redov: eden o kolizijskih učinkih (*lex fori*, 8), drugi pa o materialnih predpostavkah. Na ta način bi bil kolizijski statut navezne pogodbe razbit, da bi moral biti spričo kolizijske funkcije enoten. Najsmotrnejša rešitev se pokaže iz upoštevanja, da ima navezna pogodba kolizijskopравни učinek za forum in da mora zato izpolnjevati tudi materialne predpostavke po isti *lex fori*, ne pa po katerem koli drugem pravu. Zato se ravna navezna pogodba tudi glede materialnih predpostavk za lastni obstoj po *lex fori*, ki potemtakem ureja njen obstoj in učinke.

III. Kolizijski učinek

(10) Navezna pogodba ima v kolizijski operaciji vlogo navezne okolišnice, kjer in kolikor ji pravni red tak učinek prizna. Kolizijski učinek navezne pogodbe se ravna načelno po *lex fori* (a); poleg tega moremo preudariti tudi presojo po *lex causae* (b) in celo po *lex voluntatis* (c).

(a) Domače kolizijsko pravo (*lex fori*) more navezno pogodbo priznati neomejeno ali omejeno. V prvem primeru je strankam na prosto izbrati, da se odločijo za kateri koli pravni red, ki naj ureja njih pravno opravilo, ne glede na to, ali ima življenjski pojav sploh kako zvezo z izbranim pravnim redom ali ne; tako na pr. japonski zakon (1898), da »odloča volja strank o tem, po zakonu katere države so urejeni obstoj in učinki pravnih opravil« (čl. 7).¹⁰ — Veljavnost

¹⁰ Načelno priznava za pogodbene obligacije navezno pogodbo nemško sodstvo (Melchior, 501, Lewald 199), tudi Common law navzlic poudarjenemu navezovanju *lege loci actus* (Robinson v. Bland, 1760, »The law of the place can never be the rule, where the transaction is entered into with an express view to the law of another country, as the rule by which it is to be governed«; Liverpool and Great Western Steam Co v. Phoenix Ins. Co, 1889; Spurier v. La Cloche, 1902: »That the intention of the parties to a contract is the true criterion by

navezne pogodbe more biti tudi omejena, in sicer z generalno klavzulo: ni mogoča »fantazijska« izbera med pravnimi redi; mogoče je izbrati samo enega izmed tistih pravnih redov, ki je v resnični zvezi z dotičnim življenjskim pojavom. V tem primeru stranke samo izbirajo med različnimi znaki, ki posvedočujejo dejansko povezanost življenjskega pojava z dotičnim pravnim redom, in se v navezni pogodbi odločijo za enega izmed njih, pri čemer znakov za tako povezanost zakon sam ne našteva. Za tako ureditev se je odločil čsl. načrt (1936), ki določa v čl. 15,¹¹ da morajo stranke »pravno razmerje podrediti določenemu pravnemu redu... če obstoji očitna povezanost z izbranim pravnim redom« (kombinacija z 21). Tako stališče zastopajo tudi nekateri teoretiki,¹² med sodstvi n. pr. severoameriško.¹³ — Omejitvev

which to determine by what law it is to be governed is too clear for controversy«; glede občega stanja gl. vladno poročilo za šesto haško konferenco, cit. tudi Melchior, 528), v razliko nasproti sev. amerišskemu sodstvu (gl. op. ¹³) ne zahteva reasonable connection (tako Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co Ltd, 1939: »Connection with English law is not, as a matter of principle, essential...«, cit. Wengler, 209). Francosko sodstvo (Cour de cassation, civ., 31. maja 1932) je izreklo, »que la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée...« (enako isto sodišče 5. XII. 1910).

¹¹ »Volba práva, Strany mohou právní poměr podrobiti určitému právnímu řádu, nebrání-li tomu donucující ustanovení právních řádů, kterým onen právní poměr je vůbec podroben podle ustanovení obsažených u této hlavě, a je-li významáný vztah ke zvolenému prvnímu řádu.« Prvotni načrt (1924) generalne klavzule ni imel (§ 17); nje uvedbo utemeljuje poročilo s tem, »aby bylo překážkou obcházení zákonů a zabránilo přijímání stereotipních formulí o volbě práva, kde pro to není prázdňný důvodů.« — Gl. Andres, 173.

¹² Tako na pr. Zimmermann (893); Wolff (86): »Die Parteien können das Recht, dem ihr Vertrag unterworfen sein soll, nicht willkürlich bestimmen, Sie können nur unter denjenigen Rechtsordnungen wählen, die als Sitz des Vertragsverhältnisses in Frage kommen können...« Podrobno Batiffol, 51.

¹³ V severoameriškem sodstvu je — v razliko nasproti angleškemu — močnejše poudarjeno navezovanje po lex loci contractus, tudi spričo navezne pogodbe, poleg tega se pa zahteva povezanost življenjskega ozira z izbranim pravnim redom (reasonable connection). Sodstvo se naslanja na Whartona (Conflict of Laws, 1904, § 510., cit. Batiffol, 59), da morejo stranke »fix the situs of the contract at a certain place which has a natural and vital connection with the transaction«; dobesedno

kolizijskopравnega razpolaganja more biti izražena tudi tako, da našteva zakon navezne okolnosti, ki izkazujejo povezanost življenjskega pojava z dotičnim pravnim redom in upravičujejo pravnoopravilno navezanje. Primer za tako ureditev je poljski zakon (1926),¹⁴ ki priznava (v kombinaciji z 22) glede pogodbenih obveznosti navezovanje samo na tiste pravne rede, glede katerih obstoji navezanost po *lex nationalis*, *lex domicilii*, *lex loci actus*, *lex loci solutionis* in *lex rei sitae* (čl. 7). Izbera pravnih redov je na ta način omejena na tiste, ki so indicirani po taksativno naštetih naveznih okolnostih,¹⁵ docela brez ozira na to, katere

tako *Green v. Northwestern Trust Co* (1914) ter *Seeman v. Philadelphia Warehouse Co* (1927); v istem smislu *Bierley v. Commercial Credit* (1929), ki ne priznava navezne pogodbe, »because that place has no normal relation to the transaction«. Odločba *Alaska Packers Association v. Industrial Accidents Comm. of Ca.* (1935) je odklonila celo priznanje navezni pogodbi na pravo, veljavno v Aljaski, dasi se je službena pogodba tam izpolnjevala, v korist *legis loci contractus*. K temu: *Battifol*, *La Cour suprême des Etats-Unis et le Droit International Privé*, *Revue critique*, 1936, 597; *Hinrichsen*, *Die lex loci contractus im amerikanischen Internationalprivatrecht*, 1933, posebno 74; *Czaszy*, *The choice of law by the parties to a contract with principal reference to english and american law*, *Grotius Society*, vol. 20, 1935; *Barbey*, *Le conflit des lois en matière de contrats dans le droit des Etats-Unis d'Amérique et le droit anglais comparés au droit français*, 1938.

Temu pojmovanju se približuje odločba RG (28. V. 1936, cit. Raape, 251), ki izvaja: »Es kann nicht zweifelhaft sein, daß diese Unterstellung des Schuldverhältnisses unter die Gesetzgebung jenes Staates (= New-York) nach deutschem Zwischenstaatsrecht zulässig und wirksam war, da die besondere Weise, wie es begründet und ausgestaltet worden ist, genügenden Anhalt für eine solche örtliche Anknüpfung bot«.

¹⁴ *Sulkowski*, *Conception du d. i. p. ... en Pologne*, *Recueil*, 1932, III; *Przybyłowski*, *Grundprobleme des internationalen Obligationenrechts im Lichte der polnischen Gesetzgebung und Rechtsprechung*, *Ztschr. f. osteuropäisches Recht*, N. F. IV., 552; *Siedlecki*, *Zabowiązania z umów w polskiem prawie miedzynarodowem prywatnem*, 1936, 6 i. sl.

¹⁵ Prvo ureditev te vrste najdemo v občem imovinskem zakoniku (1888), čl. 792.: »Prava i dužnosti koja dolaze od ugovora, potpadaju pod zakone mjesta koje su ugovornici odredili... To mjesto može biti: ali mjesto gdje je ugovor uglavljen, ili mjesto gdje ga treba izvršiti, ili mjesto gdje se sudi posao koji od ugovora potječe, ili najposlije mjesto koje se inače, prema prilikama, može smatrati da je kao središte

navezne okolnosti bi veljale sicer za *lex causae*; poleg tega obsega izbira seveda tudi tiste subsidiarne, specialne navezne okolnosti, ki veljajo po čl. 8. istega zakona za primer, da stranke niso sklenile navezne pogodbe. — Tretji način omejevanja navezne pogodbe je ustanovljen tako, da priznava kolizijska norma navezno pogodbo samo za tista pravna opravila, ki očitujejo (*lege causae*) določene kolizijske pravne znake. Tak sistem velja po našem pravu (§§ 36., 37. odz.), ki priznava navezne pogodbe za tista pravna opravila, ki *lege nationali* pogodbenikov in *lege loci actus* ustrezajo zakonskim pogojem: da gre za pravna opravila med inozemci v tuzemstvu (§ 36.) ali pa med inozemci ali med inozemci in domačini v inozemstvu (§ 37.).¹⁶ Istovrstna ureditev velja v sgz (§ 46.). — Četrti način ureditve je ta, da je navezna pogodba učinkovita samo za določeno področje materialnega prava, predvsem za pogodbene

posla o kome je ugovor«. Prim. Lapa jne, Črnogorsko mednarodno zasebno pravo v luči modernega, Pravni Vestnik, 1925, 38. — Podobno tudi belgijski načrt (čl. 7.): »La faculté accordée, à cet égard, aux parties contractantes, ne peut avoir pour objet que la loi national de l'une d'entre elles au moins, la loi du lieu du contrat ou la loi du lieu ou celui-ci doit être exécuté«. — Načelno odklanja tako ureditev Lapa jne, Mednarodno in medpokrajinsko zasebno pravo, 1929, 153: »Meni se zdijo take utesnitve avtonomije strank neopravičene, v kolikor se dogovarjajo stranke v mejah popustnega prava«.

¹⁶ U n g e r, System, 1868, I., 180 meni, da »eine unbedingte unbeschränkte Wahl irgend eines Rechts kann den Parteien auch nach österr. Recht nicht zugestanden werden; es kann vielmehr nur die Wahl zwischen dem Rechte des Entstehungsortes und dem Rechte des Erfüllungsortes der Obligation stattfinden«.

Problema navezne pogodbe se dotika odločba vrhovnega sodišča z dne 28. II. 1940 (Pravnikova zbirka, III, 661) v zvezi z vprašanjem zastaranja: »...sicer sta mogla pogodbenika po načelu § 37. in z omejitvijo § 4., 2. stavek odz. vzeti za podlago pravnemu poslu inozemsko pravo«. Pripomniti je, da uporaba § 37. odz. v konkretnem primeru ne bi bila utemeljena, ker gre za pravno opravilo, sklenjeno med našima državljanoma v inozemstvu, dočim se nanaša § 37. samo na pravna opravila med inozemci ter inozemci in našimi državljanji, sklenjena v inozemstvu; poleg tega odklanja teorija v odločbi izraženo razlago omejitve drugega stavka § 4. odz. (gl. Lapa jne, Prvi dogovor haagske konvencije..., Sl. Pr., 1910, 171, ter njegovo Mednarodno in medpokrajinsko zasebno pravo, 1929, 67). Enako stališče zastopa to sodišče v odločbi z dne 17. junija 1931 (ibid., II, 307).

obveznosti¹⁷ (tako po italijanskem¹⁸ in grškem¹⁹ pravu ter po nemškem²⁰ in švicarskem²¹ sodstvu). Izrečno ureditev kolizijskega razpolaganja strank poznamo tudi za dedno pravo

¹⁷ Savignyjeve misli (gl. op. 4) so se hitro uveljavile v zakonodaji: züriški državljanski zakonik (Bluntschli) iz l. 1853. določa v § 5.: »Forderungen und Schulden werden regelmäßig nach dem örtlichen Recht beurteilt, welches nach der besonderen Übereinkunft der Kontrahenten oder nach der inneren Natur des Verhältnisses als einverstanden erscheint«. Podobno kanton Schaffhausen (§ 5.) in Zug (§ 4.) ter saški državljanski zakonik iz l. 1863. (§ 18.). Izza njih italijanski codice (1865), čl. 9., odst. 2 »La sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano regolati dalla legge del luogo in cui gli atti furono fatti, e, se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, dalla loro legge nazionale. E salva in ogni caso la dimostrazione di una diversa volontà«. Gl. Lapažne, Mednarodno zasebno pravo italijanskega codice civile, Pravni Vestnik, 1923, 93.

¹⁸ Glede čl. 9 uvodnih določb (v zvezi s čl. 58. cod. com.) je obstojal spor o tem, kakšno vlogo ima *lex voluntatis*. Prvotni nazor o absolutni moči navezne pogodbe (vodeča odločba 30. VI. 1911, Torino: »L' art. 9 ... nell' affermare il principio generale di diritto che la sostanza ... s' affretta a soggiungere nell' ultimo periodo del capoverso »E salva ...« — il che autorizza le parti contraenti a convenire eziando, che alle loro obbligazioni si applicabile la legislazione di uno stato neutro al quale nessuno dei contraenti appartiene«) je pobijala novejša teorija, posebno Anzilotti (Il principio dell' autonomia dei contratti ..., Riv. Dir. comm. 1904, 321), ki priznava sodniku pravico, oceniti smotrnost izbranega pravnega reda, tako da ga more samostojno nadomestiti z *lex loci actus ali* z *lex nationalis*. Pacchioni (323) gre še dalj in prizna zgolj *lex loci actus* ter *lex nationalis*, ki jih morejo stranke z navezno pogodbo derogirati samo v obsegu njih dispozitivnih določb. — V pripravljalnih delih za novi zakonik je postavil prèdhodni načrt (1931) navezno pogodbo v ospredje (čl. 13.: »Le obbligazioni che nascono da convenzioni sono regolate dalla legge alla quale le parti hanno dichiarato di riferirsi«, izključil pa je nje učinek glede predpostavk za veljavnost pogodbe (čl. 13., odst. 2., gl. op. ³⁰). Poročilo Venzi utemeljuje predlog s tem, da upoštevajo tudi najnovejše zakonodaje na tem področju načelo avtonomije strank, saj gre za pogodbene odnose zasebno-pravnega značaja, ki jih urejajo stranke, kakor vedo in znajo. Končni načrt (1936) pa se je navzlic temu vrnil zopet k prvotni formulaciji (čl. 18.) in jo je popravil samo stilistično. S to vsebino je bila določba sprejeta tudi v prvo knjigo novega codice (čl. 18., 1938) in tvori sedaj (1942) čl. 25. obèih določb s sledečim besedilom: »Le obbligazioni che nascono da contratto sono regolate dalla legge nazionale dei contraenti, se essi sono soggetti alla medesima legge; altrimenti da quella del luogo nel quale il contratto è stato concluso, salvo, in ogni caso, la diversa volontà delle parti« (gl. Scerri, Il diritto internazionale privato nella

(Švica).²² Praksa priznava navezni pogodbi učinek tudi na področju rodbinskega prava (posvojitev,²³ imovinskopravne posledice zakona),²⁴ pa tudi stvarnega, celo nepremičninskega prava.²⁵

(b) Teoretično si moremo misliti tudi ureditev, ki bi presojala kolizijskopravne učinke navezne pogodbe *lege causae*, torej po normah tistega prava, ki velja za temeljno pravno razmerje. Taka ureditev, ki smo jo teoretično odklonili že zgoraj (8, 9), je nemogoča, ker moremo *lex causae* ugotoviti šele na temelju napotila, ki izhaja iz temeljnega pravnega razmerja, presojenega *lege fori*. Če se izkaže napotilo na tuje pravo, bi morali presojati kolizijskopravne učinke navezne pogodbe z veljavnostjo za domači forum po tujem kolizijskem pravu (15), kar je nezdržljivo z monopolno veljavo kolizijske norme *legis fori*.

(c) Končno bi mogli konstruirati še pravilo, naj se presoja kolizijski učinek navezne pogodbe *lege voluntatis*. Tudi to stališče je nevzdržno, kajti pristojni pravni red velja pred pravnoopravilnim razpolaganjem, če naj ima to razpolaganje sploh pravne učinke. Zato velja za navezno pogodbo, ravno če naj ima kolizijskopravne učinke, po nje izključnem statutu, namreč *lege fori*, indicirano pravo (8, 9),

nuova codificazione, 1939; Fedozzi, 714). — Codice della navigazione (1942) je v uvodnih določbah področje navezne pogodbe zožil za službene pogodbe na primere, kadar gre za tuje ladje ali zrakoplove (čl. 9.), docela ohranil pa za pogodbe o najemu, prevozu itd. (čl. 10).

¹⁹ Grški zakon (1856) priznava v čl. 6. navezno pogodbo glede »učinkov obveznostnega razmerja«; to določbo je grška praksa vedno široko razlagala, Streit, Recueil, 1927, V., 153. Grški načrt iz l. 1936 (gl. Maridakis, *Rechts Ztschr.* 1936, 111) ima v čl. 30. enako določbo. Gl. Diena, *Sulle norme di diritto int. priv. nel progetto di codice civile greco*, 1939.

²⁰ Gl. posebno Lewald, II., 199 i. sl.

²¹ Homberger, *Die obligatorischen Verträge im IPR nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes*, 1925, 20; tudi Herzfeld, *Kauf und Darlehen im IPR*, 1933, 23. Novejša odločba zveznega sodišča (1936) gl. *Revue critique*, 1937, 138.

Enako stališče zavzema tudi mednarodno sodstvo, na pr. odločba (12. VII. 1929) haškega sodišča v stvari srbskega posojila v Franciji (*Publications de la Cour, Serie A, Arrêt No 14*): »...La Cour, saisie d'un différend impliquant la question de savoir quelle est la loi qui régit les obligations contractuelles dont il s'agit, ne saurait pas déter-

brez ozira na to, za kateri pravni red so se odločile stranke v navezni pogodbi. Volja strank more biti kolizijskopravno upoštevna samo toliko, kolikor ji priznava tak učinek primarno veljavna *lex fori*, nikakor pa ne *lex voluntatis*.

(13) Ob sklepu tega oddelka se je treba dotakniti še vprašanja, kakšen je pravni položaj glede kolizijskopравnih učinkov navezne pogodbe v tistih pravnih redih, ki navezne pogodbe sploh ne urejajo. V teh pravnih redih je mogoče izhajati iz dveh različnih stališč: ali da gre za vrzel v zakonu ali pa za vrzel v pogodbi. Če se odločimo za prvo stališče, je treba uporabiti tista sredstva, ki jih daje pravni red v ta namen (n. pr. analogija, sodnikova zakonodaja itd.); v drugem primeru pa je treba izpolnjevati vrzeli v ureditvi posameznega pravnega opravila, predvsem ugotavljati voljo strank, tudi domnevno (VII). Izsledki so različni: če bi reševali to vprašanje po našem pravu, bi bilo treba uporabiti po prvem stališču § 7., po drugem pa § 914. i. sl. odz. K ugotavljanju domnevne volje strank se bomo še povrnili (VII).

(14) Kolikor prizna zakon navezni pogodbi kolizijski učinek, je tak učinek popoln: navezna pogodba učinkuje kot navezna okolnost in po njej indicirano pravo je treba uporabiti na temelju dotične kolizijske norme.²⁶ Od-

miner cette loi qu'en s'inspirant de la nature même de ces obligations et de circonstances qui ont accompagné leur création, sauf à tenir compte également de la volonté exprimée ou presumée des Parties».

²² NAG (1891) čl. 22., odst. 2.: »Durch letztwillige Verfügung oder durch Erbvertrag kann jedoch jemand die Erbfolge in seinen Nachlaß dem Rechte seines Heimatkantons unterstellen« v zvezi s čl. 32.; prim. Schnitzer, 227. — ²³ KG 8. XI. 1935 ugotavlja v zvezi z adopcijo, če je navezovanje na nemško pravo dopustno lege nationali adoptanta (rusko); Raape, 252.

²⁴ K temu Westlake, *Traité de d. i. p.*, 1914, 94: francoske odločbe na pr. kasacijsko sodišče 4. VI. 1935 (*Revue critique*, 1936, 755). Nemško pravo odklanja navezovanje v § 1433. BGB: »Der Güterstand kann nicht durch Verweisung auf ein nicht mehr geltendes oder auf ein ausländisches Gesetz bestimmt werden«. Izjema v odst. 2. istega §-a.

²⁵ V tem oziru so zanimive angleške odločbe, ki priznavajo nadomestitev legis rei sitae z *lex voluntatis*: *British South Africa Comp. v de Beers* (1910, »Now in ascertaining the proper law of a contract, that which we have to seek is the intention of the contracting parties...«), tudi *British Controlled Oilfields v. Staggs* (1921).

²⁶ K temu posebno Raape, 252 i. sl.

pade torej upoštevanje vsake druge navezne okolnosti in — redoma, gl. 20, 21, 22 — tudi upoštevanje vsakega drugače indiciranega materialnega prava, tudi prisilnega prava legis fori. Navezovanje ima v takih primerih popoln kolizijski učinek.

IV. Materialni učinek

(15) Kolizijska naloga navezne pogodbe je v tem, da služi kot pravno učinkovita navezna okolnost; preko nje se dobi napotilo za pravni red, ki ga je treba uporabiti na temeljno pravno razmerje namesto (ali poleg) zanj primarno veljavne legis causae. V fazi uporabe indiciranega tujega prava nastane vprašanje, ali je v teh primerih funkcija napotila enaka, kakor v primerih, ko izhaja napotilo iz drugih naveznih okolnosti. Glede napotila obstoji namreč načelen spor o tem, ali ga je treba razumeti kot neposredno ali kot posredno napotilo: ali napotuje samo na materialne norme indiciranega prava ali pa nalaga dolžnost, upoštevati tudi kolizijske norme dotičnega pravnega reda in s tem njegove lastne predpise o obsegu veljavnosti tega pravnega reda. Ne da bi se spuščali v to sporno vprašanje, ga moremo vsaj glede napotila, izhajajočega iz navezne pogodbe, rešiti zanesljivo tako, da se odločimo za neposredno napotilo. Če bi se namreč odločili za posredno napotilo, bi pridržali veljavnost lege fori že priznanega kolizijskega učinka navezne pogodbe odločitvi po navezni pogodbi indiciranega pravnega reda (legi voluntatis), ki bi s tem dobila prednost pred kolizijskimi normami legis fori. Ker pa priznava ravno lex fori uspešnost kolizijskoopravilnega razpolaganja strank na temelju svoje lastne kolizijske norme celo brez ozira na siceršnje kolizijske norme legis fori, ne more niti načelno izključni veljavi legis fori, še manj pa volji strank ustrezati dolžnost, upoštevati kolizijske predpise legis voluntatis, ki je izbrana ne samo brez ozira na lex fori, ampak tudi neodvisno od kolizijskih norm legis voluntatis. Napotilo, izhajajoče iz navezne pogodbe, je torej vedno neposredno. Zato ne more nastopiti niti zavračanje, niti napotilo naprej (renvoi).²⁷

²⁷ Przybyłowski, Prawo prywatne międzynarodowe, 1936, 145: Batiffol, 47.

(16) Napotilo pokaže na pravni red, ki ga je treba uporabiti. Če je indicirano tu je pravo, je treba tudi v zvezi z navezno pogodbo ugotoviti, kaj je tuje pravo, kakšen je njega značaj pred forum in katere so meje za njega uporabo. Na splošno veljajo za uporabo tujega prava tudi v tem primeru ista pravila, kakor pri napotilih, ki izhajajo iz ostalih naveznih okolištin. Torej: tuje pravo je tisto, ki velja po lastnih predpisih o tvorbi norm, o časovnem obsegu veljavnosti in o moči (glede prisilnosti); volja strank, ki je ustvarila navezanje, ne more vplivati niti na vsebino, niti na učinkovanje tako indiciranega prava (7). Tudi v teh primerih se ugotavlja tuje pravo po § 367. cpp in se ne dokazuje kot dejanske navedbe. Ker gre za uporabo pravnih norm, je možna popresoja v reviziji (§ 597., t. 4 cpp, § 15. np). Meje za uporabo tujega prava so iste, kakor sicer: ordre public (19), kvantitativne omejitve (na pr. po § 84. men. zak.) itd.; poleg tega veljajo v zvezi z napotilom, izhajajočim iz navezne pogodbe, še posebne omejitve, namreč oziri na prisilne materialne norme legis fori (20) ali legis causae (21), ki v primerih napotil iz ostalih (osebnih in ozemeljskih) naveznih okolištin ne učinkujejo.

(17) Nadaljnje vprašanje je, kako daleč sega veljavnost legis voluntatis glede na temeljno pravno razmerje. Možni sta dve rešitvi: ali da obsega lex voluntatis vse temeljno pravno razmerje (če ni drugačne učinkovite volje strank) ali pa da je obseg veljavnosti omejen in ne ureja na pr. predpostavk za njega veljavnost (izjava volje, sklenitev, obličnosti, hibe), temveč samo njegove učinke (vsebina, izpolnitev, kršitve). V prvem primeru bi lex voluntatis docela nadomestila lex causae, v drugem pa samo deloma, tako da bi nastal statut, kombiniran iz lex causae (ki je lahko kombinirana že sama po sebi) in iz lex voluntatis. Stališča niti v zakonskih besedilih, niti v sodstvu,²⁸ niti v slovstvu²⁹ niso razčiščena, pač zaradi tega,

²⁸ Švicarsko sodstvo upošteva navezno pogodbo samo glede vsebine pogodbe (»Bei dieser Frage kann aber auf den Parteiwillen überhaupt grundsätzlich nicht abgestellt werden, sondern es ist dabei stets objektiv das Recht des Entstehungsortes zur Anwendung zu bringen, weil hierbei der Parteiwille überhaupt keine Rolle spielen kann«, cit. H o m b e r g e r, 27). — Nasprotno na pr. nemško sodstvo (RG, 1931, Giuris-

ker omogoči čisto rešitev samo dosledno razlikovanje med navezno pogodbo in temeljnim pravnim razmerjem ter med kolizijskim in materialnim učinkom navezne pogodbe. Obči učinek legis voluntatis se utemeljuje s tem, da ustreza volji strank, poleg tega pa preprečuje nevšečno razbitje statuta temeljnega pravnega razmerja. Nazor, ki zagovarja omejeno učinkovanje legis voluntatis, se utemeljuje s tem, da ne morejo stranke odločati v navezni pogodbi kar o predpostavkah za obstoj temeljnega pravnega razmerja, ki ga mora urejati samo lex causae; stranke morejo svobodno vplivati samo na tisti del pravnega razmerja, ki jim je itak dan na prosto razpolaganje, namreč na njega učinke. Ne da bi se podrobno bavili s temi razlogi, se omejimo na ugotovitev, da velja za tiste pravne rede, ki priznavajo navezni pogodbi kolizijskopравни učinek, pravilo, da obsega izven kolizijskopravno upoštevni omejitve učinkovitosti navezne pogodbe (10) lex voluntatis ves dotični pravni pojav, torej ne samo učinke, temveč tudi predpostavke za njega nastanek. Dokazali smo (8, 9), da je statut navezne pogodbe docela neodvisen od lex causae, vsled česar tudi v tej zvezi ni utemeljen sicer tako priljubljeni argument neskončnega kroga. Seveda je treba upoštevati pozitivne ureditve, ki morejo obseg veljavnosti legis voluntatis izrečno začrtati. Tako omenja n. pr. grški

prudenza comparata, 1932, I., 112): »Der mutmassliche Parteiwille gibt nicht nur das Recht an, das über den Inhalt eines abgeschlossenen schuldrechtlichen Vertrages entscheidet, sondern auch dasjenige Recht, das darüber entscheiden sollte, ob der Vertrag überhaupt zustande gekommen ist«.

²⁹ Arminjon, II., 180; Audinet, *Domaine et limites...*, 65: »Comment invoquer la loi que les parties ont voulu adopter, quand il s'agit précisément de savoir si elles ont valablement voulu quelque chose? C'est s'engager dans un cercle vicieux dont on ne sortira plus«.

Enako Zitelmann II/2, 375. — Institut za mednarodno pravo je na svoji konferenci l. 1908. (Florenca) sprejel resolucijo, v kateri se izreka za sledeča pravila: »Les effets des contrats sont régis par la loi à laquelle les parties ont manifesté l'intention de se soumettre, dans la mesure où la validité de l'obligation et ses effets ne se heurtent pas contre les lois qui régissent obligatoirement la convention, notamment quant à la capacité des parties, quant à la forme, quant à la validité intrinsèque du contrat et quant à l'ordre public«. — V tem smislu čl. 13. dahirja z dne 12. avgusta 1913 (za Maroko); gl. Makarov, *Quellen des IPR*, 1929, 53.

zakon³⁰ samo učinke pogodbe, vendar praksa ni razumela te določbe kot omejitev obsega legis voluntatis. Problem je bil postavljen tudi v pripravljajalnih delih za novi italijanski codice: odločitev je padla za neomejeno veljavo legis voluntatis, razen glede obličnostnih predpisov, ki se ravnaajo po lex loci actus v vsakem primeru.³¹

(18) Kolikor ne priznavajo kolizijski predpisi navezni pogodbi čisto kolizijskopravnega učinka (14), more učinkovati samo v tistih mejah, ki jih postavljajo bodisi prisilne kolizijske norme, bodisi prisilne materialne norme indiciranega (domačega) prava (20). Pri tem je treba upoštevati, da prisilnost kolizijskih norm ni v taki zvezi s prisilnimi materialnimi določbami dotičnega pravnega reda, da bi prisilnim materialnim normam ustrezala kolizijska norma istega pravnega reda, ki bi brez izjeme zagotavljala mzpravno veljavo domače prisilne materialne norme. Če bi namreč bila med obema vrstama norm istega pravnega reda taka koneksiteta, potem bi prisilna kolizijska norma kar avtomatično preprečila vsako navezno pogodbo, ki bi hotela odtegniti pravno razmerje primarno (8) dani veljavnosti prisilnih norm istega pravnega reda. Ker take povezanosti ni, je mogoče: ali da priznava kolizijska norma navezno pogodbo docela, brez ozira na prisilnost materialnih določb, katerih veljavi, indicirani lege fori, se življenjski pojav z navezno pogodbo odtegne (14), ali pa da takega po-

³⁰ Gl. op. ¹⁹; odst. 3. čl. 30. načrta (1936) določa, da se »ravnaajo predpostavke za sklenitev pogodbe po pravu kraja, kjer je bila pogodba sklenjena«.

³¹ Predhodni načrt je imel o tem posebno določbo (2. ost. čl. 13.): »Le condizioni richieste per la validità del contratto sono determinate dalla legge del luogo nel quale il contratto sarebbe stato concluso«. Kot razlog za tako ureditev navaja poročilo Venzi, da v primeru spora »non è possibile la determinazione di una legge regolatrice, basata sulla volontà delle parti, che è essa oggetto di discussione«. K temu posebno Di ena, Osservazioni sul progetto di riforma del codice..., Annuario di Dir. Comp., VII, I, 1932, ter A go., Le norme di diritto internazionale privato nel progetto..., Riv. Dir. Int., 1931, 37. Te določbe zakon ni sprejel: ostane torej tudi glede predpostavk za temeljno pravno opravilo lex voluntatis, kolikor je priznana, gl. op. ¹⁸; za opravilno sposobnost velja redoma lex nationalis (čl. 17.), za obličnosti lex loci actus ali lex nationalis communis (čl. 26.).

polnega, od indiciranega materialnega prava neodvisnega učinka ni in je zato treba presoјati učinek navezne pogodbe s stališča kolizijskih norm legis fori (glede na njih prisilnost) v zvezi z materialnimi prisilnimi normami legis fori, če so indicirane. Možna je seveda tudi kombinacija, da je učinek navezne pogodbe omejen s tem, da je naloženo upoštevanje po primarnem statutu indiciranih prisilnih materialnih norm, domačih ali tujih. Kolikor takega izrečnega pravila ni, je treba upoštevati samo prisilne norme domačega kolizijskega in materialnega prava, če je poslednje indicirano, ne pa tudi ev. indiciranega tujega materialnega prava; ono se upošteva samo, če to lex fori izrečno zaukazuje.

(19) V zvezi z obveznostjo, upoštevati pri uporabi legis voluntatis omejitve, izvirajoče iz prisilnih materialnih določb legis fori ali legis causae, nastane vprašanje, kako daleč sega učinek take omejitve: ali meri upoštevanje materialne legis fori ali causae samo na to, da ima ta lex v obsegu lastne prisilnosti prednost pred določbami legis voluntatis (in nastane kombiniran statut, v katerem ima lex causae prednost pred lex voluntatis) ali pa meri tako nasprotovanje na veljavnost navezne pogodbe, tako da je uporaba legis voluntatis sploh izključena. Kakor je prodrlo načelo, da more povzročiti kršitev prisilnih določb samo delno ničnost pravnega opravila, velja tudi za učinek navezne pogodbe, da gre v primeru nasprotovanja med lex voluntatis ter prisilnimi določbami legis fori ali legis causae prednost poslednjim, dočim ostane v ostalem učinek navezovanja neokrnjen. — Na prvi pogled, vsaj v razmerju do materialnega prava legis fori, se pojavi misel na *ordre public*.³² Če bi bila zgoraj orisana izključitev uporabe norm legis voluntatis identična s pridržkom javnega reda, bi bile navedene ureditve vsaj glede prisilnih norm domačega pravnega reda odveč, kajti ne uporabljamo tistih norm tujega prava, dasi so indicirane po lastni kolizijski normi, kadar dotične tuje norme niso kompatibilne z državnopolitičnimi načeli doma-

³² Prim. sev. am. odločbo O'Toole v. Maysenburg: »... but one rule, stand forth clearly that the intention of the parties as to the law they desired to apply will govern, if such selection be made in good faith (= bonne foi, Andrews v. Pond, 1839) and be not opposed to the public policy of the forum...«

čega pravnega reda. V zvezi z navezno pogodbo pa gre za obsežnejšo izključitev uporabe tujega prava, ki je poleg tega čisto formalnega značaja: od uporabe niso izključene samo norme, nasprotno tistim pravilom domačega prava (brez ozira na to, ali je po domači normi sploh indicirano v dotičnem primeru), ki jim gre značaj javnega reda, marveč docela formalno vse tiste norme, ki nasprotujejo prisilnim normam legis causae (domačega, pa tudi tujega — 21 — prava). Pri tem je treba pomisliti na to, da prisilnost norme še ne pomeni, da spada dotična norma med tiste, ki imajo značaj javnega reda v mzpravnem pomenu. Torej se spričo napotila, izhajajočega iz navezne pogodbe, odklanja uporaba norm tujega prava v večjem obsegu, nego spričo pridržka javnega reda, namreč že na temelju formalne lastnosti v tej zvezi upoštevne norme kot prisilne, brez ozira na to, ali ji gre značaj ordre public-a ali ne.

(20) Upoštevanje domačega materialnega pravnega reda je potrebno v vseh tistih pravnih redih, ki učinka navezne pogodbe ne urejajo čisto kolizijskopravno, seveda tudi v tistih, kjer nalaga kolizijska norma upoštevanje prisilnih določb legis fori, v kolikor so lex causae. Prisilne norme domačega materialnega prava se upoštevajo predvsem takrat, kadar je domače pravo indicirano lege fori, a navezuje navezna pogodba na tuj pravni red kot lex voluntatis. To upoštevanje izhaja že iz pravilne razlage prisilnih določb legis fori; izrečno je izraženo to pravilo n. pr. v rumunskem načrtu (1932),³³ ki določa, da ne smejo

³³ Antonesco, Observations sur l'avant-projet du code civil roumain en matière de d. i. p., Revue Darras, 1933, 155 i. s. Državljanski zakonik (1939) ni sprejel te zamisli, marveč se je naslonil na italijanski vzgled, ko določa v čl. 20., da velja za obveznostna razmerja iz pogodb pravo skupnega domovališča ali bivališča strank, če tega ni, pa pravo kraja, kjer je bila pogodba sklenjena, »v vseh primerih pa nekvarno drugačni volji strank«. Revidirani državljanski zakonik (1940) je usvojil docela drugačno ureditev: za pogodbene obveznosti velja načelno lex loci actus (čl. 39), za posebej naštete pogodbe (čl. 40) podobno poljskemu zakonu (čl. 8) posebna navezovanja; navezna pogodba ima po čl. 42 učinek samo v mejah domačega prava, kolikor je indicirano po čl. 39, 40 in 41, torej rešitev, ki se vrača k čl. 68 načrta. Značilno je, da navezna pogodba ni urejena v občih določbah (pač pa fraus legis, čl. 47), ampak v posebnem delu v zvezi s pogodbenimi obveznostmi.

stranke z navezno pogodbo »izigrati prepovedujočih ali zapovedujočih norm rumunskega zakona, če so te pristojne« (čl. 68.). Taka ureditev zagotavlja učinkovitost prisilnim normam domačega prava, če so indicirane po kolizijskih normah legis fori, tudi spričo navezne pogodbe, ki navezuje na tuj pravni red. Ne ozira se pa ta ureditev na prisilne norme drugih pravnih redov, dasi bi bili indicirani lege fori. Značaj prisilne norme legis fori morejo imeti tudi določbe meddržavnih konvencij. Tako n. pr. proglašča varšavska zrakoplovna konvencija iz l. 1929. (zakon z dne 31. marca 1931, Sl. N. 124/XXXVII, Sl. L. 613) za nične »toutes clauses du contrat... par lesquelles les parties dérogeraient aux règles de la présente Convention... par une détermination de la loi applicable...« (čl. 32.).

(21) Možna je ureditev materialnega učinka navezne pogodbe tudi tako, da ni omejena dolžnost, upoštevati materialno pravo, samo na tiste primere, ko je indicirano domače pravo, marveč je naložena prednostna veljava (19) prisilnih materialnih določb vsakega pravnega reda, ki je indiciran lege fori, torej prisilnih določb domače ali tuje legis causae brez izjeme. Torej je tuje materialno pravo izenačeno z domačim glede prisilnega učinka, kadar je indicirano lege fori. Tako ureditev je predlagal avstrijski načrt (1913, § 7.), ki je dovoljeval, podrediti življenjski pojav z navezno pogodbo določenemu pravu, v kolikor »ne nasprotujejo prisilne določbe tistih zakonov, ki jih je po sicer odločilnih načelih treba uporabiti na pravno razmerje«. To ureditev je sprejel tudi čsl. načrt³⁴ (1936, § 15.) ter jo kombiniral z generalno klavzulo o povezanosti (10, a).

(22) Možna je končno še ureditev, da lege fori ni naloženo upoštevanje prisilnih določb legis causae, najsi gre za domače (20) ali tudi tuje (21) pravo. Poznamo ureditev, ki

³⁴ Andres, 173; gl. op. ³¹; v slovestvu je zanimiv nazor, ki zagovarja upoštevanje »nevtralnega« zakona, namreč legis loci solutionis (tako Cavaglieri, 163).

Lapajne je v svojem načrtu (Izenačeno mednarodno zasebno pravo za slovanske države srednje in južne Evrope, ZZR, XII, 1936, 186) posnel določbo o »dopustnosti tkzv. avtonomije strank v pogledu uporabnega pravnega reda in... meje te dopustnosti« (203) po čsl. vzgledu, namreč: »Stranke morejo podvreči svoje pravno razmerje nepristoj-

določa v tej zvezi upoštevne prisilne norme neodvisno od navezovanja lege causae, in sicer tako, da pokaže pravo, katerega prisilne materialne norme je treba upoštevati, z naveznimi okolnostmi, ki jih določi posebej v ta namen. Primer za tako ureditev je poljski zakon (1926), ki nalaga v primeru navezne pogodbe upoštevanje prisilnih norm tistega pravnega reda, ki je indiciran lege domicilii in lege loci solutionis (čl. 10.), brez ozira na to, ali je lege causae indicirano domače ali tuje pravo in po kateri navezni okolnosti. Od gorenje ureditve (21) se razlikuje v tem, da ne izhaja brezpogojno upoštevna prisilna materialna norma od vsakokratne lex causae, marveč brez ozira na lex causae od prisilnih norm tistega pravnega reda, ki je posebej v ta namen in za vse primere te vrste indiciran lege domicilii ter lege loci solutionis. Iz tega izhaja, da ni razlike, kadar navezuje lex causae lege domicilii in lege loci solutionis; kadar pa navezuje lex causae drugače, so prisilne določbe legis causae — domače ali tuje — docela neupoštevne; prednost gre dosledno samo prisilnim materialnim normam pravnih redov, ki so indicirani po obeh omenjenih naveznih okolnostih.

(23) Ne bi bilo izključeno tudi upoštevanje prisilnih določb pravnega reda, indiciranega v navezni pogodbi, namreč legis voluntatis. Na prvi pogled ta misel preseneča, češ saj gre volja strank v navezni pogodbi ravno za tem, da povzroči veljavnost dotičnega pravnega reda. To vprašanje se pojavi takrat, kadar vsebuje pravno opravilo ureditve, ki so lege voluntatis, in sicer po njegovih prisilnih določbah, nične, dočim so veljavne lege causae. Stališče teorije in sodstva ni enotno.³⁵ Pač ne more biti pomisleka proti temu, da veljajo prisilne določbe legis voluntatis s

nemu pravnemu redu. Vendar se morajo uporabiti tudi v tem primeru prinudne določbe tistega pravnega reda, po katerem bi bilo presojati pravno razmerje po odredbah navzočnega zakona. V svoji razpravi »Kolizijska norma mednarodne kupoprodaje« (Sl. Pr. 1929, 86) zagovarja Lapajne stališče, da »se moreta pogodbenika dogovoriti na pravni red, po katerem želita uravnati učinke kupoprodaje«.

³⁵ Nussbaum se zavzema tudi za veljavo takih določb legis voluntatis, ki povzročijo ničnost temeljnega pravnega razmerja (239); Lewald rešuje vprašanje s svojega načelnega stališča, da gre vedno

polnim učinkom tudi nasproti drugačnemu pravnoopravilnemu razpolaganju strank, kadar gre za navezno pogodbo s polnim kolizijskim učinkom (14).

V. Prorogacija sodišča

(24) Na vprašanje, katero pravo velja za odločbo v določenem sporu, vpliva tudi okolnost, katero sodišče (namreč katere države) bo sodilo v stvari. Pristojnostni predpisi namreč ne obsegajo samo takih, ki navezujejo na okolnosti, ležeče v življenjskem pojavu (na pr. domovališče toženca, lega nepremičnine), marveč poznajo tudi dvostransko razpolaganje strank, s katerim v mejah procesualnih predpisov³⁶ ustanovijo pristojnost sodišča (prorogacija, § 101. cpp). Tak sporazum, ki meri na to, katero izmed več sodišč naj sodi o stvari, povzroča posledice tudi z ozirom na materialno pravo, ki se bo uporabilo. Sicer ni koneksitete med procesualnimi in materialnimi predpisi v tem smislu, da bi moralo sodišče uporabljati materialno pravo istega pravnega reda, kakor so njegovi procesualni predpisi.³⁷ Vendar bi bilo napačno misliti, da ustvarja prorogacija sodišča zgolj posledice, omejene na področje procesualnega prava. S tem, da ustvarijo stranke s procesno prorogacijo pristojnost sodišča, so navezale na njegovo *lex fori*. Ta *lex* pa ne obsega — brez izjeme — le procesualnih predpisov dotičnega fora (§ 39., odst. 2. cpp, § 3., odst. 2. ip, §§ 25., 27 np), marveč nalaga uporabo tistih predpisov *legis fori*, ki odločajo o tem, kateri pravni red bo uporabljen in pa kako, to je s kakšnimi

za materialno napotilo in je torej odločilna volja strank (208, z zanimivimi nemškimi odločbami). *Batiffol* (47) navaja podatke o sodstvu (50).

³⁶ *Berliner*, Vereinbarungen über den Gerichtsstand im internationalen Rechtsverkehr, 1936; *Nussbaum*, 410; *Neuner*, Internationale Zuständigkeit, 1929, 17, 37; *Sperl*, Vereinbarung der Zuständigkeit und Gerichtsstand der Erfüllungsortes... 1897, 109; *Reu*, Die staatliche Zuständigkeit im IPR..., 1938, 95.

O navezni pogodbi pred mednarodnimi arbitražnimi sodišči (TAM) *Niboyet*, Quelques considérations sur la justice internationale et le droit international privé, *Mélanges Pillet*, 1929, I, 164.

³⁷ *Nolde*, Anwendbares Recht und Gerichtsstand im Internationalen Privatrecht, *Ztschr. f. vergl. Rechtswissenschaft* 1941, 292.

omejitvami. Lex fori obsega torej kolizijske predpise, poleg tega pa nujno vse tiste materialne predpise legis fori, ki imajo značaj javnega reda in zato izključujejo — ali celo nadomeščajo — po domači kolizijski normi sicer indicirano tuje pravo. Tako vidimo, da povzroči sporazum o pristojnosti sodišča ne samo osnovo za uporabo procesnih norm, veljavnih za dotični forum, marveč neizogibno tudi navezanje na njegove kolizijske norme in pa na njegove materialne norme ordre publica, torej pomembne materialnopravne posledice. Omeniti je treba, da obstojijo norme, katerih veljava je izrečno zaščitena pred možnostjo, izogniti se jim s prorogacijo takega sodišča, kjer ta norma ni v sestavu legis fori. Primer za tako ureditev je že omenjena (20) varšavska zrakoplovna konvencija, ki proglašča za nične vse dogovore o obrezuspešenju določb te konvencije »... par une modification des règles de compétence« (čl. 32.).

VI. Navezna pogodba v medpokrajinskem zasebnem pravu

(25) Navezna pogodba je možna tudi v medpokrajinskem pravu, kjer more biti celo posebno praktična, kadar želijo stranke veljavno urediti vprašanje, katero izmed več pravnih redov ene države naj se uporabi. Teorija smatra,³⁸ da je možno tu navezati se brez omejitev, seveda za določeno področje materialnega prava. Tako na pr. določa poljski zakon o medpokrajinskem pravu (1926), da »morejo stranke podrediti obveznostno razmerje kateremu koli na Poljskem veljavnemu pravu« (čl. 9.); enako že stari civilni postopnik kantona Uri, ki je dovoljeval navezovanje na pravo katerega koli švicarskega kantona. Francoski zakon o kolizijah med francoskimi zakoni in krajevnimi zakoni Alzacije in Lorene na področju državljanskega prava (24. VII. 1921) je dovoljeval opcijo za francosko pravo (čl. 10.), razen pravnih opravil, tičočih se statusa, nepremičnin itd. (čl. 11.).³⁹

³⁸ Eliesco, Essai sur les conflits de lois, dans l'espace, sans conflit de souveraineté, 1925.

³⁹ Niboyet, Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine en droit privé, 1922, 234.

VII. Domnevna volja strank

(26) Če priznava kolizijska norma možnost, da določijo stranke same kolizijski statut svojega pravnega opravila z navezno pogodbo, mora norma poskrbeti tudi za primer, če stranke tako ureditev opustijo. V teh primerih, ki se jih je treba v razpravi o navezni pogodbi dotakniti samo zaradi popolnosti, ustanavljajo kolizijske norme *subsidiarne navezne okolnosti*; tako na pr. poljski zakon, ki določa za posebej omenjene (pogoste) pogodbene tipe posamič ustrezne navezne okolnosti (čl. 8.), na pr. za borzne posle pravo kraja borznega sedeža, za opravila o nepremičninah *lex rei sitae*, za prodaje na drobno zakon sedeža prodajnega obrata itd. Izza tega velja za vse pogodbene obveznosti, ki niso posebej urejene v čl. 8., še obče pravilo čl. 9., po katerem velja *lex domicilii* in pa *lex loci actus*.

(27) Če pa tudi take subsidiarne ureditve ni, ugotavlja praksa *domnevno voljo strank*,⁴⁰ kakor izhaja iz pametnega preudarka vseh okolnosti. To lepo izraža obči imovinski zakonik (čl. 792.), da namreč veljajo tisti zakoni, za katere se »po narodi posla ili po drugim prilikama vidi, da su oni (= ugovornici) na umu imali, ili da bi bili imali, da su o tome mislili.«⁴¹

⁴⁰ Predvsem Raape, 257, in Batiffol, 69 i. sl.

⁴¹ Za Common law velja pravilo (Dicey, cit. Pillet, II., 187), da je treba ugotoviti voljo strank iz določb in narave pogodbe ter iz splošnih okolnosti. Veljata pa dve presumpciji, namreč za *lex loci actus*; če naj se pa pogodba izpolni drugje, kot je sklenjena, pa *lex loci solutionis*. Prim. tudi Westlake, 396, op. 45.

Conclusione

Contratto di collegamento

Nella prima parte della sua trattazione, l'autore ci dà la nozione del contratto di collegamento. E ciò dopo aver eliminato i casi in cui si tratta della costituzione di criteri di collegamento allo scopo di collegare al desiderato ordinamento giuridico (1), nonchè i casi relativi alla recezione contrattuale delle norme di diritto straniero nella compagine dell'atto giuridico (2). Il contratto di collegamento consiste nell'accordo tra le parti di un rapporto giuridico su quale ordinamento giuridico tale rapporto sia regolato (3); lo statuto costituito in tale modo viene denominato *lex voluntatis*. Il contratto di collegamento, in relazione al rapporto giuridico fondamentale, risulta di carattere accessorio; pertanto, dal punto di vista del diritto internazionale privato, è da considerarsi un atto giuridico indipendente (4). Non regge affatto l'opinione secondo cui il contratto di collegamento sarebbe una norma di collisione, a ma non si tratta che di uno dei criteri di collegamento (5). L'autore toccando a proposito la questione se il contratto di collegamento non sia possibile che nel caso del conflitto di diritto internazionale privato, ci dimostra la dinamica di tale contratto (6). Concludendo questa parte, l'autore pone inoltre in rilievo la differenza tra il contratto di collegamento e la recezione contrattuale delle norme di diritto straniero nonchè le conclusioni che ne derivano (7).

Nella seconda parte, l'autore, occupandosi dello statuto di collisione del contratto di collegamento, distingue lo statuto primario (*lex causae*) del rapporto fondamentale (di diritto sostanziale) da quello del contratto di collegamento stesso, nonchè dallo statuto derivante dal contratto di collegamento; quanto agli effetti di questi statuti è decisiva *lex fori* (18). Pertanto bisogna considerare anche i presupposti di diritto sostanziale per l'esistenza del contratto di collegamento secondo il diritto sostanziale *legis fori* e non secondo lo statuto primario del rapporto giuridico fondamentale oppure del contratto di collegamento (9).

Nella terza parte l'autore tratta l'effetto di collisione del contratto di collegamento, stabilito *lege fori* (10). *Lex fori* (a), al contratto di collegamento può venir riconosciuto l'effetto di collisione illimitato o limitato; da essa l'effetto di collisione del contratto di collegamento può esser limitato in diversi modi: con la clausola generale sull'attaccamento di un fenomeno concreto con l'ordinamento giuridico prescelto, con l'enumerazione tassativa dei criteri di collegamento, ivi compresa l'indicazione degli ordinamenti giuridici collegabili, con determinate caratteristiche di diritto di collisione (luogo della stipu-

lazione, cittadinanza dei contraenti) nonchè con la limitazione ad una determinata categoria del diritto civile, p. es. alle obbligazioni contrattuali. L'autore rifiuta la determinazione degli effetti di collisione del contratto di collegamento dal punto di vista legis causae (b) e voluntatis (c). Alla conclusione è trattato inoltre il problema che viene a porsi negli ordinamenti giuridici, nei quali il contratto di collegamento non è regolato: se si tratti di una lacuna nella legge oppure nell'atto giuridico. È indicato, infine, l'effetto di diritto di collisione del contratto di collegamento consistente nel rinvio all'ordinamento giuridico da adoperarsi (14).

Nella quarta parte l'autore ricerca gli effetti di diritto sostanziale del contratto di collegamento, cioè la portata e l'applicazione dell'ordinamento giuridico designato dal contratto di collegamento. Trattando in prima linea la natura del rinvio risultante dal contratto di collegamento stabilisce che in tale caso trattasi di rinvio diretto che non permette il rinvio all'indietro e quello di ritorno (15). Segue la trattazione sul modo dell'applicazione, e anzitutto sulle limitazioni, del diritto straniero nonchè la portata degli effetti legis voluntatis, se cioè l'intero rapporto giuridico o soltanto una parte di esso siano da quest'ultima regolati (17). Con ciò l'autore, passando alla questione circa il rapporto tra le norme di collisione e le norme coattive del diritto sostanziale, ci mostra il problema nel fatto che la norma di collisione relativa al rinvio può imporre la considerazione delle norme coattive sostanziali legis fori o legis causae risp. delle altre o combinate, e precisamente da preferirle a quelle legis voluntatis (18). Alle norme degli ordinamenti giuridici, determinate in tale modo, spetta la precedenza di fronte alle norme legis voluntatis, la qual cosa può causare l'inefficienza parziale del contratto di collegamento in quanto riguarda gli effetti sostanziali; l'autore fa inoltre presente la differenza tra la limitazione dell'effetto di diritto sostanziale del rinvio risultante dal contratto di collegamento e tra la clausola dell'ordine pubblico (19). In seguito l'autore esamina singoli tipi di tali ordinamenti: la limitazione dell'effetto sostanziale del contratto di collegamento a forza delle prescrizioni sostanziali coattive legis fori (20), e poi a forza delle norme coattive dell'ordinamento giuridico, designato dalle norme di collisione legis fori, cioè legis causae (21). Esiste anche un terzo tipo, cioè l'ordinamento da cui viene, mediante gli appositi determinati criteri di collegamento, indicato l'ordinamento giuridico le cui norme sostanziali coattive godono la precedenza su quelle legis voluntatis. L'autore tocca anche la questione circa l'effetto delle norme sostanziali coattive legis voluntatis (23).

Nella quinta parte l'autore analizza la proroga internazionale del giudizio, che produce uguali effetti come il contratto di collegamento; mediante la proroga si collega al determinato giudizio, e con ciò alla sua lex fori contenente non solo prescrizioni processuali, ma anche quelle di diritto internazionale privato, e almeno quelle di diritto sostanziale costituenti l'ordine pubblico (24).

L'autore conclude la sua trattazione, la quale non rappresenta che un compendio del problema in questione, con le esposizioni sul contratto di collegamento nel diritto interterritoriale privato (25), menzionando pure un ordinamento, necessario accanto al contratto di collegamento, vale a dire il collegamento, a forza della volontà presunta delle parti (26).

Prof. dr. Viktor Korošec:

Nastanek Avgustovega principata

V zadnjih desetletjih je zanimanje za rimsko javno pravo močno narastlo.¹ To se zdi na prvi pogled tem bolj presenetljivo, ker rimsko javno pravo nikoli ni bilo recipirano — kakor je bilo recipirano zasebno pravo — in zato tudi ni postalo podlaga modernega prava. Vrh tega javno pravo niti pri rimskih klasikih ni doživelo nobene sistematične obdelave, ampak je ostalo omejeno na posamezne monografije.² Vendar nam pa moderna raziskovanja o zgodovini rimskega javnega prava in o državniški modrosti starih Rimljanov³ jasno kažejo, koliko se od njih tudi na tem področju lahko učimo, pozitivno in negativno.

¹ Temeljno je monumentalno delo Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht* (v Marquardt-Mommsen, *Handbuch der römischen Altertümer*, Band I—III), I. in II. v 3. izd., III. v 1. izd., Leipzig 1887—1888, ter njegov *Abriss des römischen Staatsrechts* (v Bindings *Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, I, 3), 2. izd., Leipzig 1907. — Izmed sistematičnih obdelav naj omenimo: P. Bonfante, *Storia del diritto romano*, 4. izd., I—II, Roma 1934; C. G. Bruns-O. Lenel, *Geschichte und Quellen des römischen Rechts* (v Holtzendorff-Kohler, *Enzyklopädie d. Rechtswissenschaft*, 7. izd.), München—Leipzig—Berlin 1915, str. 303—375; E. Costa, *Storia del diritto romano pubblico*, 2. izd., Firenze 1920; P. De Francisci, *Storia del diritto romano*, I, Roma 1926; II, I v 2. izd. Milano 1938, III, I, Milano 1936; H. F. Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge 1932; O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, I. Band, Leipzig 1885; H. Kreller, *Römische Rechtsgeschichte* (v Stoll-Lange, *Grundrisse des Deutschen Rechts*), Tübingen 1936; B. Kübler *Geschichte des römischen Rechts*, Leipzig—Erlangen 1925; R. Mayr, *Römische Rechtsgeschichte*, I, 1, II, 1, III, IV, Leipzig 1912—1913; H. Siber, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, I: *Römische Rechtsgeschichte*, Berlin 1925.

² Tako obravnavata zlasti Ulpijan in Pavel razna *officia* (*De officio proconsulis, praetoris tutelarioris, praefecti urbi, praefecti vigilum* itd.). Prim. E. Costa, o. c., str. 11 s.; P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Röm. Rechts*, 2. Aufl. München—Leipzig 1912, str. 238, 246.

³ Prim. L. Wenger, *Von der Staatskunst der Römer* (Rede gehalten beim Antritt des Rektorats am 29. November 1924), München 1925; Fritz Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934.

Med najbolj zanimiva vprašanja rimskega javnega prava spada nastanek principata. Kako je Oktavijan rešil stoletno ustavno krizo? Zakaj je uspel on tam, kjer je mnogo genialnejši Cezar doživel tako tragičen neuspeh? Na katerih temeljih je gradil prvi princeps, da je njegova stavba preživela več stoletij, ne da bi bilo prišlo do resnega poskusa,⁴ obnoviti staro republikansko ustavo? Z vsemi naštetimi in podobnimi vprašanji se bavi cela vrsta knjig in razprav, ki so nastale deloma tudi v zvezi s proslavo 2000 letnice rojstva cesarja Avgusta.^{5, 6} Ker se v našem slovstvu o teh vprašanjih ni razpravljalo, naj vsaj v skromnem okviru opozorimo predvsem na izsledke modernih dognanj o delu najbolj uspešnega državnika starega veka!

⁴ Taka težnja se je pojavila po umoru Kaligule. Vendar je senat hitro odnehal in pripoznal za novega cesarja Klavdija, ki so ga bili izbrali pretorianci. — Prim. Svetonij, Kaligula 60, Klavdij 10, 3. — Glej tudi Siber, *Prinzipatsverfassung*, str. 24.

⁵ Od del v proslavo 2000 letnice Avgustovega rojstva je omeniti oba zbornika: *Augustus* (R. Accademia Naz. dei Lincei) *Studi in occasione del bimillenario Augusteo*. Roma 1938 ter *Conferenze Augustee nel bimillenario della nascita* (Publicazioni dell'Università del S. Cuore). Milano 1939. V prvem zborniku so za pravnika pomembne razprave: A. Ferrabino, *L'imperatore Cesare Augusto* (1—59); P. de Francisci, *La costituzione Augustea* (61—100); V. Arangio-Ruiz, *La legislazione* (101—146); S. Riccobono, *La giurisprudenza dell'Impero* (147—159); G. Cardinali, *Amministrazione territoriale e finanziaria* (161—194); A. Momigliano, *I problemi delle istituzioni militari di Augusto* (195—215). Nadaljnjih šest razprav obravnava Avgustov odnos do verstva (R. Pettazzoni), do leposlovja (N. Festa), umetnosti (D. Mustilli), njegovo denarstvo (E. Gàbrici), javna dela (R. Paribeni) ter končno njegov spomin v srednjeveški tradiciji (A. Monteverdi). — Od devetih razprav zbornika *Conferenze Augustee* so za pravnega zgodovinarja važne: R. Paribeni, *Cesare e Augusto* (1—22); M. Canavesi, *La lotta per la successione di Giulio Cesare e l'avvento di Ottaviano Augusto* (23—38); L. Zancan, *Augusto e la politica* (83—98); A. Calderini, *Le riforme sociali di Augusto* (119—137); B. Biondi, *La legislazione di Augusto* (139—262). V drugih razpravah je obravnavan odnos Avgusta do verstva (G. Giannelli), dalje odsev njegove osebnosti pri sodobnih pisateljih (A. G. Amatucci), njegov lik (C. Anti) ter končno Avgust v luči evangelija (A. Scarpellini).

⁶ Iz najnovejše literature naj omenim dela: H. Siber, *Zur Entwicklung der römischen Prinzipatsverfassung* (= *Abhandlungen der philolog.-histor. Klasse der Sächsischen Akademie der Wissenschaften*, Bd. 42, Nr. 3) [citirano kot *Prinzipatsverfassung*], Leipzig 1933; *Das Führeramt des Augustus* (= *Abh. d. phil.-hist. Klasse d. Sächs. Akad. d. Wiss.* Bd. 44, Nr. 2), Leipzig

Razumevanje Avgustovega dela,⁷ presoja njegovih metod je bilo že njegovim vrstnikom trd oreh. Jasno nam dokazuje to Tacit,⁸ ko pripoveduje, kako različno so po njegovi smrti ocenjevali pokojnikovo osebnost in delo. Naša sodba je zaradi časovne oddaljenosti lažje objektivna, zlasti ker spada Avgustova doba med tista razdobja starega veka, ki so nam najbolj osvetljena (Velej Paterkul, Tacit, Svetonij; Apijan, *Cassius Dio*). Vendar ne smemo pri tem prezreti, da v ohranjenih poročilih pogosto pogrešamo juridične točnosti; delno moramo celo računati z osebno pristranostjo pisateljev, zlasti Veleja Paterkula, ki piše zelo udvorljivo nasproti Tiberiju, in Tacita, ki je zagrizen nasprotnik principata. Izredno dragocen, čeprav izrazito tendenčen spoznavni vir nam je pri tem Avgustovo lastno poročilo o njegovem političnem delu: *Res gestae divi Augusti*.⁹ To poročilo je sam sestavil za napis na svoj mavzolej in ga je v zadnjem letu svojega življenja dokončno redigiral.¹⁰ Ohranjeno nam je

1940; A. v. Premerstein, Vom Werden und Wesen des Prinzipats (= Abh. d. Bayer. Akad. d. Wiss., phil.-hist. Abt., N. F. Heft 15), München 1937. — Med razpravami naj se omejim na najvažnejše: E. Schönbauer, Untersuchungen zum römischen Staats- und Wirtschaftsrecht; I. Wesen und Ursprung des römischen Prinzipats (v Zeitschrift der Savigny-Stiftung, rom. Abt. [cit. kot SZ.] 47, 1927, str. 264—318); H. Siber, Cäsars Diktatur und das Prinzipat des Augustus (v SZ. 55, 1935, str. 99 ss.); Die Ehegesetzgebung des Augustus (v Deutsche Rechtswissenschaft 1939, str. 156 ss.); Die Wahlreform des Tiberius (v Festschrift für P. Koschaker, 1939, I, str. 171 ss.). — Pregled literature podajata Siber, Prinzipatsverfassung, str. II; Führeramt des Augustus, str. 5 s.; De Francisci, La costituzione Augustea: v Studi Bonfante I (1928), str. 13 s.; v Storia del diritto romano II, 1, 2. izd., str. 307 s.; v zborniku Avgustus (op. 5), str. 61 s.

⁷ Pregled dosedanjih mnenj nudi Schönbauer, o. c., SZ. 47, str. 268 ss. — ⁸ Ann. 1, 9—10.

⁹ Tekst podajajo: Th. Mommsen, Res gestae divi Augusti, 1. izd., Berlin 1865; 2. izd., Berlin 1883; E. Diehl, Res gestae divi Augusti, Das Monumentum Ancyranum, herausg. und erklärt, Bonn 1925; C. Barini, Monumentum Ancyranum, Res gestae divi Augusti, Milano 1930; J. Gagé, Res gestae divi Augusti, Paris 1935; Res gestae divi Augusti, ex monumentis Ancyrano, Antiocheno, Apolloniensi concepta Barini recensuit, Romae 1937. — Za Monumentum Antiochenum prim. W. M. Ramsay in A. v. Premerstein, h. t. v Klio, Beiheft XIX, Leipzig 1927. — Prim. tudi E. Kornemann, Mausoleum und Tatenbericht des Augustus, Leipzig—Berlin 1921. — Citati iz Res gestae so navedeni po Barini-jevi izdaji iz l. 1937.

¹⁰ Prim. VI, 35: *Cum scripsi haec, annum agebam septuagensimum sextum*. Dostavek je nedvomen z ozirom na grški tekst. — Glede nastanka celotnega poročila, prim. E. Kornemann, Mausoleum, str. 19 ss.

najbolje v dvojezičnem, latinskem in grškem napisu na nekdanjem templju Rome in Avgusta v Ankari (*monumentum Ancyranum*); za njegovo dopolnitev sta tudi važna slabše ohranjena napisa v Apoloniji in Antiohiji. *Res gestae* nam kažejo, kako je Avgust sam želel, da bi javnost in zgodovina gledali na njegovo delo. Zato ni čudno, da tudi ne najdemo odgovora na važna vprašanja glede ustavnopravnega značaja njegovega dela. Tako n. pr. sploh ne omenja podelitve oblasti nad provincami v letih 27. in 23. pr. Kr., ker Avgust pač iz političnih razlogov ni želel govoriti o teh vprašanjih.¹¹

Na naslednjih straneh je kajpak nemogoče, da bi se spuščali v podrobna vprašanja. Omejili se bomo na to, da v zelo splošnih potezih očrtamo zgodovinski razvoj Avgustovega državniškega dela in ga kratko vzporedimo s podobnimi prizadevanji ob drugih rimskih ustavnopravnih reformah.

I.

Ustava rimske republike ni bila nikoli napisana. V svojem bistvu je bila zelo posrečena sinteza monarhičnega, aristokratskega in demokratskega počela. Magistrat vlada, senat svetuje, vodi zunanjo politiko in dovoljuje večje državne izdatke, ljudske skupščine (*comitia centuriata* in *tributa, concilia plebis*) vrše zakonodajo in volijo magistrate. Zaradi medsebojne povezanosti teh treh činiteljev, od katerih je vsak ostala dva lahko oviral ali pa podpiral, meni grški politik Polibij, da »učinkuje njihova medsebojna zveza v vseh položajih tako koristno, da ni mogoče najti boljše ustave, kakor je ta«.¹²

Ustava, kakor si jo je bil dal Rim, potem ko se je oprostil etruščanskega gospodstva, je dobro ustrezala tedanjim gospodarskim in socialnim razmeram malega kmečkega naroda. To dokazuje predvsem dejstvo, da je zelo napeti stanovski boj med patriciji in plebejci bil izvojevan na ustavni način. V dvestoletni politični borbi so si plebejci priborili politično enakopravnost; vodilno vlogo so imeli pri tem plebejski magistrati: ljudski tribuni. Po stanovskem boju zopet zedinjeni rimski narod je naj-

¹¹ Siber, *Führeramt des Augustus*, str. 69.

¹² Polibij, politik Ahajske zveze, je l. 167 pr. Kr. prišel kot talec v Rim. V svojem delu *Ἱστορίαι* obravnava v šesti knjigi rimsko ustavo (cc. 11—18); in vidi v njej vzrok za porast Rima. Za citat gl. o. c. VI, 18.

prej z zavezniškimi pogodbami dobil v svoje roke politično vodstvo vse Italije, po punskih vojnah pa se je lotil še večje naloge: zgraditi svetovno državo.

Neprestane vojne, zlasti pa druga punska vojna, ki je opustošila Italijo samo, so polagoma izpreminjale strukturo rimske družbe. Ogromno bogastvo, ki je kot plen ali kot vojna odškodnina dotekalo v Rim, je prihajalo v prid predvsem nobiliteti, velikim zemljiškim lastnikom, ki so imeli v svojih rokah senat in dejansko vse magistrature,¹³ ter viteštvu (*equites*), ki se je bavilo z denarnimi posli. Rimski narod sam pa je vkljub zunanjim uspehom v svoji veliki večini postajal vedno bolj ubožen in bil kot tak vedno lažje predmet izkoriščanja za brezvestne demagoge.

Državo je v drugem stoletju vladala senatova oligarhija. Med njene največje predstavnike je spadal *Scipio Africanus*, zmagovalec pri Zami. Samozavestno je kot *princeps senatus* l. 184. pr. Kr. raztrgal knjigo z obračunom o porabljenih 500 talentih v azijski vojni ter ponosno opozoril na svoje zasluge, ko je strankarsko zagrizena opozicija formalistično zahtevala od njegovega brata, da položi obračun. Toda veliki vojskovodja je precenjeval svojo avtoriteto; le intercesija tribuna Tiberija Sempronija Grakha, njegovega nasprotnika, je preprečila, da ni prišlo do kazenskega postopka. Zagrenjen se je prej tako slavljeni mož umaknil iz javnega življenja.¹⁴

Scipio žal ni uporabil svoje velike avtoritete za uvedbo potrebnih ustavnih in socialnih reform. Pol stoletja po njegovi smrti pa sta nastopila njegova vnuka, brata Grakha (Tiberij 133, Gaj 123), toda z metodami, ki so šle preko okvira tedanje ustave. Začela se je usodna ustavna kriza, ki jo je rešil šele Oktavijan sto let pozneje.

Tudi rimski vladni aparat, ki je bil sestavljen še iz starih mestnih enoletnih magistratur, je čedalje težje zmagoval nove

¹³ Prim. Gaetano de Sanctis, *Storia dei Romani*, IV, 1, Torino 1923, str. 486 ss., ki navaja, da v stoletju pred tribunatom Tiberija Grakha (133 pr. Kr.) je od 200 rednih konzularnih mest bilo 159 zasedenih po pripadnikih samo 26 nobilitetnih rodbin, patricijskih in plebejskih, in sicer je bilo med njimi 99 konzulov iz samo 10 rodbin. Nadaljnje primere glej l. c. Prim. tudi Salustov izrek (Bell. Iug. 63, 6): *consulatum nobilitas inter se per manus tradebat*.

¹⁴ Prim. De Sanctis, o. c., str. 576 ss., 591 ss.

naloge, ki jih je zastavljala uprava nastajajoče svetovne države. Pri tem je značilno, da stare, največ polletne diktature že od druge punske vojne naprej niso več uporabljali.¹⁵ To priča nedvomno o ozkosrčnem in ljubosumnem republikanskem pojmovanju. Po drugi strani pa se je vedno bolj živo občutila potreba po novem ustavnem činitelju, ki naj bi s svojo avtoriteto dajal vsemu državnemu življenju večjo stalnost^{15a} ter bi uveljavil nujno potrebne reforme in zlasti v provincah organiziral upravni uradniški aparat.¹⁶ Zgodovina zadnjega stoletja rimske republike, od Grakhov naprej, je zato izpolnjena z najbolj različnimi poizkusi, kako najti izhod in ustavne krize.

Mlajši Grakh je skušal uveljaviti svojo reformo v boju s senatom (123—121), zoper katerega je hotel izigrati viteški stan. Kot sijajen govornik se je opiral na ljudstvo in kot ljudski tribun dejansko vladal dve leti v Rimu.¹⁷ Toda ljudstvo ga je zapustilo pri najbolj upravičeni zahtevi, da se razširi državljanstvo na Latince in zaveznike, in se je dalo senatu izigrati zoper Grakha. Podobno je senatu uspelo, da je izigral nepolitičnega Marija, ki ga je bil kot odličnega vojskovodjo narod pet let zaporedoma volil za konzula.

Večji pomen je imel kot ustavni reformator Marijev nasprotnik *L. Cornelius Sulla*, ki se je po vrnitvi s prve vojne z Mitridatom VI. Eupator-jem dal l. 82. pr. Kr. s komicialnim zakonom izvoliti za diktatorja (*dictator legibus scribendis et rei publicae constituendae*). Njegova diktatura je bila časovno neomejena. Bila je izredno kruta, kar najbolj dokazuje 4700 proskripcij, ki so prizadetim vzele imovino in življenje.¹⁸ Njegova ustavna reforma je šla za tem, da vso odločujočo moč v državi dobi senat. Omejevala pa je oblast ljudskih tribunov; tribunat

¹⁵ Zadnji diktator, ki je imel vojaške naloge, je bil imenovan l. 216. pr. Kr.; za njim postavljen še l. 202. C. Servilius, da je opravil komicije (*comitorum habendorum causa*). Prim. Mommsen, Röm. Staatsrecht, II, 1, str. 169, op. 2—3; De Sanctis, o. c., str. 501.

^{15a} Tak naj bi bil tudi Ciceronov (*De re publica*) *rector* ali *moderator rei publicae*. Prim. Premierstein, Vom Werden und Wesen des Prinzipats, str. 3 ss.

¹⁶ Prim. Kromayer, Staat und Gesellschaft der Römer (v Hinneberg, Die Kultur der Gegenwart, II, IV, 1, 2. izd., Leipzig—Berlin 1923), str. 275 ss. — ¹⁷ J. Kromayer, o. c., str. 271, 316 s.

¹⁸ *Valerius Maximus, Factorum et dictorum memorabilium libri novem* IX, 2; prim. Plutarh, Sula 31.

je bil pridržan senatorjem in hkrati zapostavljen s tem, da bivši tribuni niso mogli doseči več nobene magistrature. Vrhovne magistrature je omejil na gospodstvo doma v Rimu in Italiji (*imperium domi*), medtem ko je *imperium militiae* in s tem razpolaganje z oboroženo močjo pridržano prokonzulom v provincah. — Sula ni imel veselja, da bi trajno obdržal oblast. Za l. 80. pr. Kr. se je dal obenem s prijateljem Q. Metelom voliti za konzula, naslednje leto pa je prostovoljno odložil diktaturo in se umaknil v zasebno življenje.

Sulova ustavna reforma je bila v jedru zelo konservativna:¹⁹ v senatu je upala najti zdravi temelj za državno prenovitev, vir vsega zla pa je videla v neomejeni tribunski oblasti. Nič ni bolj značilno za neuspeh njegove reforme kakor to, da sta njegove najvažnejše izpremembe glede tribunske oblasti že l. 70. pr. Kr.²⁰ odpravila kot konzula dva moža, ki sta oba zelo mnogo dolgovala Suli: Gnej Pompej, ki mu je bil Sula vzdal naslov *Magnus* in M. Licinij Kras, ki je obogatel ob proskripcijah.

Bister pogled je imel Sula, kolikor je v mladem Gaju Juliju Cezarju zaslutil bodočega ustavnega reformatorja.²¹ Cezarjeva pot in politična kariera je do njegove preture (l. 62.) potekala normalno; konzulat je za l. 59. dosegel že kot član triumvirata (l. 60.), enako tudi dvakrat po petletno upravo provinc. Ko je nato iz druge državljanske vojne izšel kot zmagovalec Cezar, je v svoji kratki vladavini marsikatero zamisel bolj naznačil, kakor pa uresničil. V glavnem je njegovo reformno delo nasprotno Sulovemu. Sula je nastopal kruto zoper svoje sovražnike, Cezar si jih je skušal pridobiti z velikopoteznim odpuščanjem.²² Medtem ko je prvi skušal prenesti težišče politične moči na senat, je Cezar imel senat spočetka za svojega največjega nasprotnika, pozneje pa je imenoval vanj svoje kreature²³ in mu

¹⁹ Prim. S i b e r, Führeramts des Augustus, str. 10 s.

²⁰ Norma, da bivši tribuni ne morejo doseči nobene druge magistrature, je bila ukinjena že l. 75.

²¹ Svetonij, Cezar 1, 3. Ko je Sula pomilostil mladega Cezarja, je dejal tistim, ki so zanj prosili: *Vincerent ac sibi haberent, dum modo scirent eum, quem incolumem tanto opere cuperent, quandoque optimatium partibus, quas secum simul defendissent, exitio futurum; nam Caesari multos Marios inesse*. Prim. tudi Plutarh, Cezar, 1.

²² Prim. Svetonij, Cezar 75; Plutarh, Cezar 57.

²³ Svetonij, Cezar 76, 3; 80, 2.

rad odrekal celó zunanje spoštovanje.²⁴ Republiko samo je smatral za »nič, za samo ime brez telesa in vidne oblike« (*nihil esse rem publicam, appellationem modo sine corpore ac specie*).²⁵ Njegov nemirni duh se ni več zadovoljeval s starim rimskim konceptom, želel si je ustvariti univerzalno monarhijo. Zato se je pripravil na nove vojne s Parti in z Dačani. V svojih rokah je združil najvišje ustavne funkcije. Štirikrat je bil imenovan za diktatorja (v letih 49., 48., za deset let l. 46. in dosmrtno l. 44.). Trajno mu je bil podeljen konzulat, *praefectura morum* in tribunska oblast,²⁶ kot trajni naslov je imel priimek *imperator* in naslov *pater patriae*. Prepričan je bil, da je državi potreben in da bi bila po kaki njegovi nasilni smrti država pahnjena v nove državljanske vojne.²⁷ Opojen od moči in oblasti, kakor je še ni imel noben Rimljan, je hrepenel še po zadnjem: po kraljevskem naslovu. Tako je dal postaviti svojo sliko poleg slike kraljev, celó svoj kip poleg kipov božanstev.²⁸ S tem je usodno podcenjeval življenjsko silo republikanskih tradicij, precenjeval pa vdanost, ki se je kazala v devotnih, večkrat celó malicioznih senatovih počastitvah.²⁹ Marčeve ide l. 44. so pretrgale njegovo življenjsko nit in pokopale njegove ustavne načrte,³⁰ za Rim pa so inavgurirale dobo novih vojn, ki jih kratko označujemo kot tretjo državljansko vojno.

II.

Mrtvi Cezar je še enkrat odločilno vplival na nadaljnji potek rimske ustavne zgodovine s svojo oporoko. Tu je bil namreč postavil glede treh četrtin (*ex dodrante*) svoje imovine za dediča sina svoje nečakinje Acije (*Atia*), z imenom *Caius*

²⁴ Svetonij, Cezar 78, 1; Plutarh, Cezar 60; Cassius Dio 44, 8.

²⁵ Svetonij, Cezar 77.

²⁶ Prim. Svetonij, Cezar 76, 1. — Za presojo Cezarjevega ustavnopravnega položaja je neugodno to, da niso ohranjeni zakoni o podelitvi in da sploh manjka točnih poročil. Prim. M o m m s e n, Röm. Staatsrecht II, str. 704, op. 4.

²⁷ Svetonij, Cezar 86, 2: *non tam sua quam rei publicae interesse, uti salvus esset...; rem publicam, si quid sibi eveniret, neque quietam fore et aliquanto deteriore condicione civilia bella subituram.*

²⁸ Svetonij, Cezar 76, 1.

²⁹ Cassius Dio 44, 7.

³⁰ Zopet je značilno, da je Antonij, najožji sodelavec Cezarjev, predlagal l. 44. kot konzul zakon, ki je diktaturo za vedno prepovedal. Smrtna kazen

Octavius. Hkrati je s posebno določbo v oporoki odredil, da ima pravico do njegovega imena in družine (*in familiam nomenque adoptavit*, Svet. 83, 2). S tem je Cezar, ki ni imel sina iz rimskega veljavnega zakona (*iustae nuptiae*),³¹ izrazil svojo posinovitveno voljo; potrebna pa je bila še arogacija pred kuriatnimi komiciji.

Cezarjev mali nečak je bil rojen 23. septembra l. 63. pr. Kr. kot sin Gaja Oktavija, ki je bil oženjen s hčerjo Cezarjeve sestre Julije.³² Oče poznejšega rimskega cesarja je bil iz viteške, najbrže bankirske rodbine v mestu *Velitrae* (sed. Velletri); sam je prvi v svoji rodbini dosegel preturo in s tem članstvo v senatu.³³ Mlademu Oktaviju je umrl oče, ko je bil štiri leta star, medtem ko je mati doživela še sinov prvi konzulat (l. 43. pr. Kr.).³⁴ Cezar je vzel mladega malega nečaka l. 46. s seboj v Španijo in je z zadovoljstvom opazoval njegovo vztrajnost na težavnih potovanjih. L. 44. je bil Oktavij v Apoloniji, kjer se je po stričevem naročilu izobraževal, dokler ne bi z njim odšel na novo vojno s Parti. Tu je zvedel o stričevi smrti; osemnajstletni mladenič je spretno ubral pravo pot. Odklonil je ponudbo Cezarjevih centurionov, da bi stopil na čelo za vojno pripravljenih legij in z njimi šel nad Rim. Po drugi strani pa tudi ni poslušal materinih in očimovih svaril, naj ne pridobi nevarne dediščine.³⁵ Že med potjo v Rim se je seznanil s Ciceronom,³⁶ ki ga je zbližal s senatovo stranko. V Rimu je vkljub Antonijevemu nasproto-

in izguba imovine je imela zadeti tistega, ki bi predlagal uvedbo diktature, in tistega, ki bi jo sprejel. — Gl. R o t o n d i, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912, str. 431.

³¹ Cezarion, ki mu ga je rodila Kleopatra in ki ga je po osvojitvi Aleksandrije dal Oktavijan umoriti, ni bil njegov *filiius familias*, ker Kleopatra ni bila Rimljanka in tudi ni imela konubija s Cezarjem. Prim. Svetonij, Avgust 17, 5; Cassius Dio 51, 15. Prim. Siber, v SZ. 55, str. 158, op. 2.

³² Za naslednje podatke prim. Svetonij, Avgust, zlasti cc. 2 ss.; Dio Cassius, zlasti 45, 1 ss.; Velleius, *Historiae Romanae* II, 59 ss.; Appian, *Bell. civ.* 3, 9 ss. Glej tudi članek K. Fitzler-O. Seeck o Avgustu s. v. *Julius* v Pauly-Wissowa, *Real-Encyclopädie*, 19. Halbbd., 1917, št. 275—381.

³³ Svetonij, Avgust 2, 3: *ipse Augustus... equestri familia ortum se scribit vetere ac locuplete, et in qua primus senator pater suus fuerit.* — Glede njegovega poklica prim. Svetonij, Avg. 2, 3 in 3, 1.

³⁴ Svetonij, Avgust 8, 1; 61, 2.

³⁵ Svetonij, Avgust 8, 2; Velleius II, 59, 5; 60, 1.

³⁶ *Cicero ad Atticum* 14, 11, 2; prim. A. G. Amatucci, *Augusto negli scrittori del suo tempo*, v *Conferenze Augustee*, str. 43 ss.

vanju nastopil dediščino. Čeprav ni mogel opraviti arogacijskega akta,³⁷ je vendar že veljal kot Cezarjev posinovljenec, kot mladi Cezar.³⁸ Iz Cezarjeve zapuščine je poravnal ljudstvu določena volila, hkrati pa si pridobil iz Cezarjevih legij in iz vrst njegovih veteranov³⁹ tolikšno oboroženo silo, da je bil senatu dragocen pomočnik v boju zoper Antonija. V tej vojni (*bellum Mutinense*, l. 43.) je po senatovem sklepu postal senator, poleg obeh konzulov pa mu je bilo poverjeno samostojno poveljstvo *pro praetore*.⁴⁰ Od tega njegovega prvega imperija (7. januarja l. 43.) so v starem veku nekateri sploh šteli začetek njegovega vladanja.⁴¹ Po zmagi pri Mutimi so ga dne 16. aprila l. 43. njegove čete prvič oklicale za imperatorja.⁴² Avgust sam začenja svoje *Res gestae* s tem svojim bojem zoper Antonija. Svoj nastop primerja z ravnanjem vindeksa *in libertatem*, ki državi, tlačeni po samozvanem Antonijevem gospodstvu (*dominatio*), pribori zopet njeno prostost. Pravi namreč (I, 1. vv. 1—3):

Annos undeviginti natus exercitum privato consilio et privata impensa comparavi, per quem rem publicam [a do]minatione factionis oppressam in libertatem vindica[vi].

Nenaravna zveza Cezarjevega posinovljenca s proticezarjevskim senatom je naglo razpadla, ko je senat po zmagi nad

³⁷ Cassius Dio 45, 5.

³⁸ Tako ga imenuje Cicero, Phil. 5, 46: *senatui placere C. Caesarem Gai filium, pontificem pro praetore senatorem esse*; prim. Appian, Bell. civ. 3, 11.

³⁹ Cassius Dio 45, 12—13.

⁴⁰ O tem poroča sam v *Res gestae* I, 1, vv. 3 ss.: ... *senatus decretis honor[ificis] in ordinem suum m[er]e adlegit C. Pansa et A. Hirti[o] consulibus, c[on]sularem locum s[ententiae] tribuens* [najprej je dobil pravico glasovanja *loco quaestorio*, (Cicero, Phil. 5, 46), po zmagi nad Antonijem so mu pa priznali prvo mesto med bivšimi konzuli (Cassius Dio 41, 46 in 48)], *let imperium mihi dedit, Res publica n[on]e quid detrimenti caperet, me] pro praetore simul cum consulibus pro[videre] iussit*].

⁴¹ Glej M o m m s e n, Röm. Staatsrecht, II, str. 747, op. 1.

⁴² Cassius 46, 38; kot imperatorja ga je pozdravil tudi senat. Prim. tudi C. B a r i n i, Monumentum Ancyranum: *Res gestae divi Augusti*, Milano 1930, str. 93, op. 30.

Naslov *imperator* je v rimski republiki naslov zmagovitega samostojnega vojskovodje od zmage do triumfa, kadar ga po zmagi vojaki kot za imperatorja okličejo in senat to potrdi. Dokler je imel imperij, je smel magistrat mesto svojega naslova uporabljati naslov *imperator*. Za Oktavijana je prihajala vrh tega v pošte tudi možnost, da je kot Cezarjev posinovljenec uporabljal naslov, ki je bil Cezarju dedno podeljen. — Prim. tudi

Antonijem menil, da se na »dečka« Oktavijana ni treba več ozirati.⁴³ S tem ga je pogнал v nasprotni tabor, k Antoniju in Lepidu. Ker sta v vojni z Antonijem padla oba konzula, je končno Oktavijan s svojimi legijami izsilil,⁴⁴ da je bil 19. avgusta l. 43. pr. Kr. za preostali del leta izvoljen za konzula, čeprav ni bil še niti 20 let star; *aetas consularis* je bila tedaj 43. leto (*Cicero, Phil.* 5, 48).⁴⁵ Za vse njegovo poznejše ravnanje je značilno, da se je senatu zahvalil za vse, kar mu je senat dejansko le prisiljen podelil;⁴⁶ tudi v svojem poročilu samo kratko ugotavlja, da ga je narod izvolil za konzula (I, 1, s.: [*Populus*] *autem eodem anno me consulem . . . [creavit]*). Sedaj je opravil tudi arogacijo⁴⁷ in se je kot Cezarjev posinovljenec imenoval *C. Iulius Caesar divi (Iulii) filius*.⁴⁸

Kot tak je smatral za svojo prvo nalogo, kaznovati Cezarjeve morilce.⁴⁹ Tudi tu je hotel postopati formalno pravilno. Poseben zakon (*lex Pedia*),⁵⁰ ki se imenuje po drugem konzulu, je poveril s kaznovanjem posebno sodišče (*quaestio extraordinaria*), ki je krivce obsojalo na *interdictio aqua et igni* in na

Rosenbergov članek *Imperator* v Pauly-Wissowa Real-Encyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft, IX. Bd., s. v., str. 1139—1154 in tam navedeno literaturo.

⁴³ Cassius Dio 46, 39 ss.

⁴⁴ Prim. Svetonij 26, 1: *Consulatum vicesimo aetatis anno invasit ad motis hostiliter ad urbem legionibus missisque qui sibi nomine exercitus deposcerent; cum quidem cunctante senatu Cornelius centurio, princeps legationis, reiecto sagulo ostendens gladii capulum non dubitasset in curia dicere: hic faciet, si vos non feceritis.* — Prim. Cassius Dio 46, 43.

⁴⁵ Prim. Mommsen, *Röm. Staatsrecht*, II, str. 568, op. 2; Kübler, *Geschichte des röm. Rechts*, str. 75 s.

⁴⁶ Cassius Dio 46, 47.

⁴⁷ Cassius Dio 46, 48; Appian, *Bell. civ.* 3, 94; prim. Siber, *Prinzipatsverfassung*, str. 28 s.

⁴⁸ Prim. Riccobono, *Fontes iuris Romani antejustiniani*, I, 2. izd., str. 309, v. I, 2: *Ἀντοκράτωρ Καῖσαρ, θεοῦ Ἰουλίου υἱός, . . .*; str. 314, v. IV, 85: *Ἀντοκράτωρ Καῖσαρ, θεοῦ υἱός, . . .* Dalje o. c. str. 316. = Bruns-Mommsen-Gradenwitz, *Fontes iuris Romani antiqui*, 7. izd., I, s. 239 (iz l. 31. pr. Kr.) v. A 3: *Imperator Caesar, divi filius . . .* Kot *divi (Iulii) filius* se je mesto *Cai filius* imenoval šele potem, ko je senat uvrstil Cezarja med božanstva (*divus Iulius*), kar je bilo najbrž l. 42. pr. Kr.; prim. Mommsen, *Röm. Staatsrecht*, II, str. 756, op. 1.

⁴⁹ Cassius Dio 46, 48.

⁵⁰ G. Rottondi, *Leges publicae populi Romani*, str. 435; Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, str. 199, op. 3.

odvzem imovine.⁵¹ Kmalu nato je sklenil z Antonijem in Lepidom drugi triumvirat. *Lex Titia*,⁵² plebiscit, ki ga je predlagal ljudski tribun *P. Titius*, je dne 27. novembra l. 43. pr. Kr. potrdil triumvire kot izredno oblastvo (*triumviri rei publicae constituendae*) za pet let, do konca leta 38. Sledila je temna doba proskripcij, ki so bile le malo manj krute kakor Sulove:⁵³ 130 (morda celo 300) senatorjev in 2000 vitezov je iz političnih razlogov izgubilo imovino in večinoma tudi življenje. Vojna zoper republikanska zarotnika Kasija in Bruta (*bellum Philippense*) se je končala z zmago triumvirov (v letih 43.—42. pr. Kr.). Ob ponovni upravni delitvi države je leta 40. Oktavijan dobil Zapad, Antonij Vzhod, Lepid pa Afriko. Naselitev veteranov, ki je bila poverjena Oktavijanu, ga je zapletla v novo državljansko vojno z Antonijevim bratom Lucijem (*bellum Perusinum*). Po Agripovi zaslugi se je vojna prej končala uspešno za Oktavijana, preden bi bila mogla povzročiti prezgodnji razpad triumvirata. S pogodbo v Tarentu (l. 37.)⁵⁴ je bil triumvirat podaljšan še do konca l. 33. Toda že l. 36. je po končani vojni zoper Seksta Pompeja (*bellum Siculum*) Oktavijan odstavil Lepida kot triumvira. Sedaj je postajalo vedno bolj očitno, da bo tudi med Oktavijanom in Antonijem kmalu prišlo do odločilnega boja.

Po vrnitvi v Rim (13. novembra l. 36.) je Oktavijan odpravil nekatere izjemne odredbe in je obljubil, da bo ukinil tudi ostale, ko se Antonij vrne z vojne zoper Parte. V zahvalo zato mu je bila podeljena tribunska oblast.⁵⁵

Poslej je spretno izrabljajl nevoljo, ki jo je v Rimu vzbujalo Antonijevo ravnanje, ko je rimske province poklanjal Kleo-

⁵¹ Cassius Dio 46, 49. — Zakonitost svojega ravnanja Avgust izrečno naglašja v *Res gestae* I, 2, vv. 10 ss.: *Qui parentem meum [interfecerunt], eos in exilium expulsi iudiciis legitimis ultus eorum [falcinus est postea bellum inferentis rei publicae vici blis alcie.*

⁵² G. R o t o n d i, *Leges publicae populi Romani*, str. 434 s.; M o m m s e n, *Röm. Staatsrecht*, II, str. 707 s.

⁵³ Prim. Cassius Dio 47, 3—4. — Delež, ki ga je pri tem imel Oktavijan, so že v antiki različno presojali. Cassius Dio (47, 7 in 8) ima za glavna krivca Lepida in Antonija, nekoliko drugače pa trdi Svetonij, Aug. 27, 1: *... restitit quidem aliquamdiu collegis ne qua fieret proscriptio, sed inceptam utroque acerbius exercuit. Namque ... solus magno opere contendit ne cui parceretur, proscrispsitque etiam C. Toranium tutorem suum,...*

⁵⁴ Glede letnice prim. M o m m s e n, *Röm. Staatsrecht* II, str. 718, op. 2.

⁵⁵ Appian, *Bellum civile* 5, 132; Cassius Dio 49, 15; prim. M o m m s e n, *Röm. Staatsrecht* II, str. 745, op. 3.

patri in njenim otrokom.⁵⁶ Začetkom leta 32. je bil položaj tako napet, da je Oktavijan z odločnim nastopom v senatu zastrašil oba konzula in del senatorjev, da so pobegnili k Antoniju.⁵⁷ Ko je Antonij kmalu nato odslovil svojo ženo Oktavijo, njegovo sestro, se je Oktavijan polastil Antonijeve oporoke, ki je bila shranjena pri vestalkah. Oporoka, ki je Cezariona pripoznavala kot Cezarjevega sina ter odredjala naklonitve Kleopatri in njenim otrokom in določala, naj bo Antonij pokopan v Egiptu poleg Kleopatre, je bila prebrana pred senatom in pred zbranim narodom (*pro contione*).⁵⁸ Pod vtisom teh poraznih ugotovitev je bil Antonij razrešen vseh funkcij, Kleopatri pa je bila napovedana vojna; tako je bil zabrisan značaj nove državljanske vojne.

Poveljstva v tej vojni ni Oktavijan dobil kot triumvir, ker je vztrajal že zaradi Antonija na tem, da je triumvirat obstajal le deset let.⁵⁹ Pač pa se mu je posrečilo doseči, da se mu je Italija prostovoljno s prisego zaobljubila in ga zahtevala za vojskovodjo; za Italijo so mu prisegle tudi druge province na Zapadu.⁶⁰

Naslednje leto je prevzel zopet konzulat in kot vrhovni poveljnik zmagal pri Akciju (l. 31.); z zavzetjem Aleksandrije (l. 30.) in s smrtjo Antonija in Kleopatre je bila končana tretja državljanska vojna.

III.

Ko se je l. 29. zmagoviti Oktavijan vrnil v Rim in je v sijajnem triumfu proslavil svoje zmage, je bila vsa oblast v njegovih rokah. S tem se je pa znašel pred usodno nalogo, da uredi ustavne odnošaje in tako zagotovi državi prepotrebni mir. Misel, da bi se vrnil v zasebno življenje, je Oktavijan sicer po

⁵⁶ Cassius Dio 49, 41; 50, 1.

⁵⁷ Cassius Dio 50, 2; Svetonij, Avgust 17, 2.

⁵⁸ Svetonij, Aug. 17, 1; Cassius Dio 50, 3.

⁵⁹ *Res gestae* I, 7, v. 43 = grški tekst IV, 7, 1; Svetonij, August 27, 1.

⁶⁰ *Res gestae* V, 25, 3: *Iuravit in mea verba tota Italia sponte sua et me be[lli], quo vici ad Actium, duces depoposcit. Iuraverunt in eadem verba provinciae Galliae, Hispaniae, Africa, Sicilia, Sardinia.* — Prim. Premersstein, Vom Werden und Wesen des Prinzipats, str. 40 ss. in *passim*.

zmagi nad Antonijem imel,¹ pa jo je kmalu zavrgel. Z vso skrbnostjo se je sedaj lotil nove naloge.²

Če primerjamo Oktavijanovo delo s starejšimi ustavnimi reformami, je treba priznati, da je bil ustanovitelj principata dober učenec zgodovine: marsikatero misel je povzel od Sule, Cezarja in drugih, pri tem pa se je pazljivo skušal varovati njihovih napak in enostranosti. Čeprav je bil Cezarjev posinovljenec, je vendar marsikje ubral ravno nasprotno pot.³ Deloma je to nasprotje utemeljeno v razmerah samih. Cezar se v državljanski vojni povzpne do diktature in trajnega konzulata (Svet. 76, 1); Oktavijan pa je imel že v svoji roki vso državno moč, zato ga je politična modrost silila, da del te moči prepusti drugim činiteljem in tako omogoči zdrav razvoj državnega življenja. Kot odličen vojskovodja si je Cezar želel nove slave in novih dežel v vojnah na Vzhodu; trdili so celó, da namerava prenesti prestolnico na Vzhod.⁴ Oktavijan, ki ni imel posebnih vojaških sposobnosti, pač pa zelo srečno roko v izberi svojih vojskovodij,⁵ je bil prepričan, da je državi treba zunanjega miru; državni obseg je sicer še nekoliko zaokrožil, splošno pa ga je smatral za dovolj velikega.⁶ Zato omenja s ponosom, da so za njegove vlade po senatovi odredbi Janovo svetišče trikrat zaprli, kar je pomenilo, da je mir v vsej državi, na kopnem in na morju.⁷ Oktavijan je tudi bolje poznal rimsko dušo kakor pa njegov adoptivni oče, ki si je z ošabnim nastopom in omalovaževanjem rimskih tradicij nakopal mnogo sovraštva. Tudi Oktavijan se je dobro zavedal notranjih slabosti

¹ Svetonij, Avgust 28, 1.

² Cassius Dio (52, 2—40) pripoveduje, kako se je Oktavijan posvetoval s prijateljskima Agripo in Mecenom o uvedbi monarhije. Prvi mu je to odsvetoval, drugi pa priporočal, vendar pa tako, da naj uvede monarhijo, ne uporablja pa zanjo njenega neprijaznega naziva (52, 40, 2: *ὄσπερ σε πᾶν τὸ τῆς βασιλείας ἔργον ὄνει τοῦ τῆς ἐπωνυμίας αὐτῆς ἐπιφθόρου καρπούσθαι*).

³ Siber, Cäsars Diktatur und das Prinzipat des Augustus (v SZ. 55, 99 ss.) opozarja, da tega nasprotja ne smemo pretiravati.

⁴ Zato se je najbrže pečal z mislijo, da bi prenesel prestolnico na Vzhod (v Aleksandrijo ali Ilion); Svetonij 79, 4. Siber, o. c., str. 157, smatra to za obrekovanje. — ⁵ Agripa in Tiberij.

⁶ Tacit, Ann. 1, 11 ... *Augustus addideratque consilium coercendi intra terminos imperii*; Cassius Dio 56, 33.

⁷ *Res gestae* II, 13; Svetonij, Avgust 22.

rimskega naroda, zlasti njegovih vodilnih stanov: senatorskega in viteškega. O tem jasno priča zakonodaja, do katere je prišlo na njegovo pobudo: z njo je hotel zgrabiti zlo prav pri korenini in doseči zlasti reformo rodbine. Ni sicer upal rešiti ustavne krize z navadno obnovitvijo stare republikanske ustave, kakor je bil to menil Sula. Drugače kakor Cezar⁸ pa se je zavedal, da je v starih republikanskih ustanovah vendar še mnogo konstruktivnih vrednot, ki jih je treba uporabiti pri delu. Predvsem je pravilno videl v senatu varuha stoletnih rimskih tradicij in nosilca kontinuitete v državnem življenju; zato si je prav v njem skušal pridobiti svojega najvažnejšega sodelavca. Cezarjeva življenjska tragedija mu je odkrila, kako globoko je bila stara republikanska ustavna miselnost zasidrana v narodovem čustvovanju, zato je skušal svojo ustavno reformo izvršiti v starih ustavnih oblikah, tako da bi se površnemu opazovalcu utegnilo zdeti, da je samo staro ustavno stanje obnovljeno.

Oktavijan je bil od l. 31. do l. 23. vsako leto konzul. Po zmagi nad Antonijem mu je l. 30. senat ali narod⁹ razširil tribunsko oblast (*ius tribunicium*), ki mu je bila podeljena prvič že l. 36. Leta 28. je postal tudi *princeps senatus*.¹⁰ To je pomenilo, da je bilo njegovo ime na prvem mestu v senatovem seznamu ter da je kot prvi v senatu oddal svoje mnenje, kar je pogosto odločilno vplivalo na druge.

L. 28. je že jasno pokazal svoj namen, da se država zopet vrne v redne razmere. Za tovariša v konzulatu je imel prijatelja Agripo. Z njim je delil tudi *fascēs*,¹¹ medtem ko jih je dotlej imel sam 24. Kot konzula sta v dobi, ko ni bilo izvoljenih cenzorjev, opravila census in ga zaključila z *lustratio*; po 42 letih je bilo sedaj vse to zopet v redu opravljeno.¹² Koncem leta je Oktavijan pred narodom prisegel, da se je držal zakonov.¹³ Hkrati je tudi prvič (drugič l. 8. pr. Kr. in tretjič l. 14. po Kr.)

⁸ Prim. spredaj str. 81.

⁹ Glede pomena te podelitve je marsikaj nejasno. Zelo verjetna se mi zdi razlaga, ki jo daje S i b e r, *Prinzipatsverfassung*, str. 2, op. 8—9 (prim. tudi *Führeramt des Augustus*, str. 38), da je namreč l. 30. narod (komiciji) potrdil in razširil podelitev, ki jo je bil odredil senat l. 36.

¹⁰ *Res gestae* I, 7, vv. 44 s. — Glede pomena te funkcije prim. M o m m s e n, *Röm. Staatsrecht* III, str. 969 s.

¹¹ Cassius Dio 53, 1; M o m m s e n, *Röm. Staatsrecht* I, str. 387.

¹² *Res gestae* II, 8, v. 2.

¹³ Cassius Dio 53, 1; M o m m s e n, *Röm. Staatsrecht* I, str. 625.

prečistil senat, v katerega je Cezar, še bolj pa Antonij¹⁴ spravil mnogo nevrednih mož. Že z apeliranjem na samopresojo se je Avgustu posrečilo, da je pripravil najprej 50, nato pa še 140 senatorjev do tega, da so iz senata izstopili. Sam pa je imenoval nekatere nove senatorje.¹⁵

Ko je bil naslednje leto zopet Agripa njegov sokonzul, je Oktavijan imel pred tako prečiščenim senatom dne 13. januarja l. 27. obširen govor. V njem je izjavil, da vrača senatu orožje (= armado), zakone (= zakonodajno oblast,¹⁶ imperij) in province, ne le tiste, ki mu jih je bil senat izročil, ampak tudi one, ki jih je sam osvojil. Senat naj mu pusti živeti kot zasebniku, skrbi naj pa, da država ne zaide v nove nevarnosti in vojne.¹⁷ Senat ni sprejel njegovega odstopa, ampak ga je nujno prosil, naj izpremeni svoj sklep in še dalje vlada. Končno se je Oktavijan dal preprositi, da je še naprej ostal konzul ter najdalje za deset let obdržal v svoji oblasti tiste province, ki še niso bile pomirjene, medtem ko je že urejene province prepustil senatu.¹⁸ To je bila ona velika odločitev, ki jo omenjajo *Res gestae* kot nekak zaključni uspeh Oktavijanovega političnega dela (VI, 34, vv. 13—15):

In consulatu sexto et septimo, postquam bella civilia exstinxeram, per consensum universorum [potitus rerum omnium, rem publicam ex mea potestate in senat[us] populique Romani arbitrium transtuli.

V zahvalo za to njegovo zgodovinsko odločitev mu je senat na svoji seji dne 16. januarja l. 23. podelil častni naslov *Augustus*; prvotno nameravani naslov *Romulus*, ki naj bi ga označeval za drugega ustanovitelja Rima, so opustili, ker bi bil preveč spominjal na kraljevsko dostojanstvo.¹⁹ Naslov *Augustus* (grško Σεβαστός) so za republike bili uporabljali kot najbolj navaden pridevek božanstev in kot sinonim za *sanctus*; izraz

¹⁴ Svetonij, Cezar 76, 3; 80, 2; Avgust 35, 1; *orci* so imenovali senatorje, ki jih je Antonij imenoval v senat, sklicujoč se na baje obstoječe Cezarjeve zapiske.

¹⁵ Cassius Dio 52, 42.

¹⁶ Tu je misliti zlasti na *leges datae*, s katerimi je vojskovodja urejal pravne razmere v provincah.

¹⁷ Cassius Dio 53, 3—10.

¹⁸ Cassius Dio 53, 12.

¹⁹ Svetonij, Avgust 7, 2; Cassius Dio 53, 16.

je po *M o m m s e n u* pomenil »svet«, »češčenja vreden«. ²⁰ Tako je bil Oktavijanu z njim pripoznan nekak sakralni, višji kakor samo človeški položaj. Naslov *Augustus* mu kot tak ni dajal sicer nobene oblasti, dvigal pa je njegov ugled (*auctoritas*) nad vse druge in je postal pravi cesarski naslov. *Auctoritas*, ta v rimskem javnem in zasebnem življenju tako važni pojem, ²¹ je po Avgustovi zamisli imela postati idejna osnova njegove monarhije. To nam pove sam, ko našteva senatova častna priznanja in odlikovanja ²² in nato ugotavlja (VI, 21—23):

Post id tem[pus auctoritate] omnibus praestiti, potest[at]is aut[em] nihilo amplius habui quam ceteri qui mihi quoque in magistrat[ur]a conlegae [uerunt].

Ta lapidarni stavek, s katerim je želel Avgust označiti svoj ustavni položaj po 16. januarju l. 27. pr. Kr., nam daje najboljši pogled v njegove težnje. On kot *princeps*, kot monarh nima več nobene izredne oblasti, kakor jo je imel še kot triumvir; kadar prevzame kako magistraturo, ima le oblast, ki je redno z njo združena, kakor pripada vsakemu magistratu te vrste. Pač pa presega Avgust vse državljane in magistrature po svoji *auctoritas*. Tu, na delno nepravnem področju, želi zasidrati svoj izredni položaj in se tako že v naprej izogniti vsakemu očitnemu nasprotstvu s starim ustavnim pojmovanjem.

Ustavni položaj je bil po 13. (ali 16.) januarju l. 27. naslednji: Stare ustavne institucije, magistrature, senat in ljudske

²⁰ *M o m m s e n*, *Röm. Staatsrecht II*, str. 772 in op. 1: »heilig«, »anbetungswürdig«; *A. W a l d e - J. B. H o f m a n n*, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, 3. Aufl., I. Bd., Heidelberg 1938, str. 83: »geweiht, heilig, erhaben«.

²¹ Prim. v zasebnem pravu *auctoritatis interpositio tutoris, actio auctoritatis*; v javnem pravu *auctoritas patrum, auctoritas senatus*. Prim. *W a l d e - H o f m a n n*, o. c., str. 80, s. v. *auctor*.

²² *Res gestae VI*, 34, vv. 16 ss. Senat je dal zasaditi dva lovorja pred Avgustovo hišo, nad vrati je dal pritrčiti venec iz hrastovih listov (*corona civica*, ki so jo podeljevali tistemu, ki je bil v boju rešil državljanu življenje; prim. *F i e b i g e r*, s. v. *Corona* v Pauly-Wissova, *Real-Encyclopädie der klass. Altertumswissenschaft*, 7. Halbband, st. 1639 s.), v Julijski kuriji pa je dal obesiti zlat ščit s posebnim posvetilom, ki je našteval štiri posebne Avgustove vrline (vv. 19 s.: *virtutis clementiaeque iustitiae et pietatis causa*).

²³ Izraz *auctoritas* je v *Monumentum Ancyranum* poškodovan; ugotovljen je šele po tekstu v Antiohiji (v Galaciji): *R a m s a y - P r e m e r s t e i n*, *Monumentum Antiochenum* (= *Klio*, Beiheft XIX), Leipzig 1917, str. 96 s. Grški tekst uporablja tu (XVIII, 34, v. 6) kot njegov ekvivalent *ἀξιομα*.

skupščine, so bile formalno popolnoma vzpostavljene.²⁴ Posebno je bilo pač to, da je bil Avgust vsako leto konzul, kajpak obenem z drugim konzulom. Ta pojav je bil sicer v nasprotju z zakonskimi določbami, ki so prepovedovale kontinuiteto v opravljanju magistratur, ponovitev (*iteratio*) pa so dovoljevale šele čez 10 let. Vendar pa so bile vse te prepovedi mlajše, prvotno rimsko ustavno pravo jih še ni poznalo.²⁵ Vrh tega so tudi v republikanski dobi dovoljevali izjeme, kakor priča Marijevih petero zaporednih konzulatov (104—100 pr. Kr.). Posebno je bilo dalje tudi to, da so v Avgustovi oblasti ostale za deset let tiste province, ki še niso bile urejene ali pa so bile od zunaj ogrožene (Galija, Sirija, del Španije) ter Egipt.²⁶ To posebno nalogo pa je Oktavijan sprejel na izrečno senatovo prošnjo in si je izgovoril, da jih sme vrniti celo pred koncem desetih let, če bo svojo nalogo prej opravil.²⁷ Toda tudi v tem pogledu ni bil njegov pravni položaj nekaj popolnoma novega: že *lex Gabinia* (l. 63.)²⁸ je bila podelila Pompeju izredno triletno oblast v vojni zoper morske roparje in večkrat so bili prepuščali posameznim promagistratom po več provinc v večletno upravo.²⁹ Politično gledano pa si je Avgust z oblastjo nad svojimi provincami (in nad Egiptom, ki je bil po njem v personalni uniji z rimsko državo³⁰)

²⁴ Velleius II, 89, 3 s.: *Finita vicesimo anno bella civilia, sepulta externa, revocata pax, sopitus ubique armorum furor, restituta vis legibus, iudicium auctoritas, senatui maiestas, imperium magistratum ad pristinum redactum modum; ... Prisca illa et antiqua rei publica forma revocata ...* — Prim, Tacit, Ann. 1, 3: *Domi res tranquillae, eadem magistratum vocabula.*

²⁵ Mommsen, Röm. Staatsrecht I, 517, 519 ss.

²⁶ Pozneje je prišlo glede delitve provinc še do raznih izprememb. Avgust sam je še vrnil senatu Ciper in Narbonsko Galijo, v zameno pa je dobil *Illyricum* (Cass. Dio 53, 12). Princepsove so bile tudi vse po l. 27. osvojene province.

²⁷ Cassius Dio 53, 13.

²⁸ Appian, Mithrid. 94; Rotondi, *Leges publicae*, str. 371 s.

²⁹ Najbolj znan je Cezarjev primer, ki mu je bila oblast nad več provincami podeljena najprej za pet let, nato pa še za pet let podaljšana.

³⁰ Egipt ni bil rimska provinca, ampak je imel svoj posebni položaj. Oktavijan je bil kot naslednik faraonov in Lagidov tam od l. 30. naprej absolutni monarh, ki so mu izkazovali tudi božje časti. — To posebno stališče Egipta je v *Res gestae* V, 27, v. 24 naznačil z besedami: *Aegyptum imperio populi Romani adieci*, s čimer tudi pove, da ga ni napravil za provinco. Prim. Mommsen, Röm. Staatsrecht II, str. 764, op. 1; Mitteis-Wilcken, *Grundzüge der Papyruskunde*, I, 1, str. 28 ss.

obdržal v svojih rokah poveljstvo nad rimsko oboroženo silo, ki se je skoro vsa tam nahajala. V zvezi s tem je prehajalo samo po sebi v njegove roke tudi vodstvo zunanje politike. Strabo izrečno trdi, da je l. 27. dobil tudi dosmrtno pravico, odločati o vojni in miru; izredni uspeh, ki ga je l. 23. dosegel v pogajanjih z odposlanstvom Partov, je njegov položaj gotovo zelo utrdil.³¹ Gospodstvo nad Egiptom in bogatimi provincami mu je nudilo tudi potrebne finančne vire, da je zmožgal tako ogromne izdatke in potroške v javnem interesu, kakor jih obširno našteva v svojih *Res gestae* in ki so tudi odločilno vplivale na njegovo vladarsko avtoriteto. Njegov finančni položaj je bil tako trden, da je večkrat finančno podprl celo staro državno blagajno (*aerarium*).³²

Pri tem ostane pravno zanimivo vprašanje: ali je bila l. 27. pr. Kr. Avgustu poverjena prokonzularna oblast nad provincami ali pa *imperium* brez posebne označbe? Večinsko mnenje uči prvo,³³ medtem ko S i b e r³⁴ zastopa drugo možnost in jo podpira z mnogimi tehtnimi razlogi. Težava je zlasti v tem, da poročila zgodovinarjev ne označujejo³⁵ oblasti z nobenim nazivom, dočim imenujejo oblast v provincah, kakor je bila l. 23. podeljena Avgustu, prokonzularno (τὴν ἀρχὴν τὴν ἀνθύπατον).³⁶ Tudi pri periodičnih podaljševanjih oblasti iz l. 27. ne najdemo izraza prokonzularni.³⁷ Ako se vkljub temu pridružujemo vladajočemu mnenju kot vsaj verjetnejšemu, imamo pred očmi to, da je Avgust l. 27. pred Kr. želel preurediti svoj ustavni položaj tako, da so bile kar najbolj varovane stare ustavne oblike; s tega vidika je bila že davno udomačena prokonzularna oblast nedvomno bolj priporočljiva, kakor pa brezimni imperij, ki bi že po svojem nazivu kazal na to, da gre za izredne razmere.^{38, 39}

³¹ Strabo, *Geographica* 17, 840 C.; prim. Premerstein, Vom Werden und Wesen des Prinzipats, 122; S i b e r, Führeramnt des Augustus, str. 20 s.

³² *Res gestae* III, 17, v. 34: *Quater pecunia mea iuvi aerarium,...*

³³ M o m m s e n, Röm. Staatsrecht II, str. 845.

³⁴ Führeramnt des Augustus, 25 ss.

³⁵ Cassius Dio 53, 12. — ³⁶ Cassius Dio 53, 32.

³⁷ Cassius Dio 53, 16; 54, 12; 55, 6; 55, 12.

³⁸ M o m m s e n, Röm. Staatsrecht II, 845 sploh zanika možnost, da bi bil obstajal imperij brez posebne označbe (konzulov, prokonzularni, pretorski, propretorski). (Prim. o. c., str. 657 s.) Naj opozorimo na paralelo v zasebnem pravu, ki tudi ne pozna splošne tožbe, ampak posamezne *actiones*, ki ima vsaka svoje ime.

Da se je tudi senat sam zavedal, da je bila na seji 13. januarja l. 27. odobrena nova oblika Oktavijanove monarhične vladavine, je pokazal z nadaljnjim svojim sklepom, ko je podvojil plačo princepsovi telesni straži.⁴⁰

Oktavijan je izrazil nastalo ustavno izpremembo tudi v svojem imenu in se je poslej imenoval *Imperator Caesar Augustus*.⁴¹

Iz različnih razlogov pa je Avgustu kmalu postalo neljubo, da bi redno vsako leto prevzemal konzulat. Predvsem je neprekinjeno se ponavljajoča najvišja redna magistratura vse preveč spominjala na izredne razmere, obenem pa vzbujala sum, da hoče Avgust po tej poti uvesti monarhijo. Dalje je bila zaradi stalnega Avgustovega konzulata ena od dveh najvišjih magistratur za redno politično kariero zaprta, kar ni bilo priporočljivo. To je tudi nasprotovalo izrečni Avgustovi želji, da bi prišel k državni upravi kar največ sodelavcev (*Quoque plures partem administrandae rei publicae caperent*, Svet. 37); zato je bil sam predlagal, naj mu izvolijo po dva sokonzula mesto po enega, kar pa je senat z zelo laskavo utemeljitvijo odklonil.⁴² Končno tudi Avgustovi avtoriteti sami ni bilo vedno v prid, da bi kot konzul imel enakopravnega magistratnega kolega.⁴³

⁴⁰ Premerstein, Vom Werden und Wesen des Prinzipats, str. 117 ss., zlasti 120 ss. trdi, da je bila Avgustu poverjena tudi *cura et tutela rei publicae universa*, kar prevaja kot »der allgemeine Schutzauftrag« (str. 131). Pritrditi pa je po mojem mnenju Sibiru, Führeramnt des Augustus, str. 23 s., ki smatra tak nalog iz več razlogov za neverjeten.

⁴⁰ Cassius Dio 53, 11.

⁴¹ Cezarjevo ime je imel kot posinovljenec (str. 83, op. 38; 84). Naziv *imperator* je Oktavijan l. 38. začel uporabljati kot *praenomen*. (Premerstein, o. c., str. 250, medtem ko Mommsen, Röm. Staatsrecht, II, str. 768, op. 1 stavi ta ukrep v l. 40.; prim. tudi Sibir, Führeramnt des Augustus, 30). To njegovo ravnanje je senat najbrže potrdil l. 29. (prim. Cassius Dio 52, 41; Sibir, l. c.). Zanimivo je, da so prvi trije Avgustovi nasledniki (Tiberij, Kaligula in Klavdij) ta *praenomen imperatoris* odklanjali. Nero pa ga je zopet pogosto uporabljal; od Vespazijana naprej je postal stalen cesarski pridevek. *Augustus* je tipični cesarjev naziv. Čeprav ne pomenja nobene magistrature, je po Mommsenu »individualno ime, ki je neločljivo spojeno z najvišjo oblastjo«. Gl. Mommsen, Röm. Staatsrecht II, str. 767 ss., 769, op. 2, 847.

⁴² Svetonij, Avgust 37: *satis maiestatem eius imminui, quod honorem eum non solus sed cum altero gereret*.

⁴³ Sibir, Führeramnt 43, opozarja na arogantno nastopanje Avgustovega sokonzula Ter. Varro Murene proti Avgustu (prim. Cassius Dio 54, 3).

L. 23. pr. Kr., ko je opravljal svoj enajsti konzulat, je Avgust tako hudo zbolel, da je poklical k sebi najvišje državne funkcionarje in jim izročil državno finančno knjigo (*rationarium imperii*). Naslednika si ni določil, pač pa je dal svoj pečatni prstan Agripi.⁴⁴ Ko je pozneje vendar ozdravel, je sredi leta 23. odložil svoj konzulat in izjavil, da ga ne bo več sprejemal. Storil je to v svoji vili v Albanskih gorah, da se je tako izognil prošnjam in ugovorom. Le iz osebnih in rodbinskih razlogov, da je namreč svoja vnuka in posinovljenca Gaja in Lucija Cezarja sam kot konzul uvedel v javno življenje, je še dvakrat po nekaj mescev prevzel konzulat (v letih 5. in 2. pr. Kr.). Vztrajno pa ga je odklanjal, ko so v letih 21. in 19. pustili zanj eno konzularno mesto nezasedeno.⁴⁵

Po njegovem odstopu mu je senat podelil dosmrtno tribunsko oblast; to je potrdil tudi poseben zakon.⁴⁶ Dalje je dobil pravico, da je lahko v senatu stavil kateri koli predlog na razpravo, tudi če ni bil konzul. Po dotlejšnem splošnem ustavnem pravu je prokonzularna oblast ugasnila, brž ko je njen nosilec prekoračil mestni pomerij, tako da bi jo bilo treba obnoviti, če naj bi po odhodu iz mesta zopet oživel.⁴⁷ Za Avgustov prokonzularni imperij to ni veljalo: Avgust ga je glede provinc ohranil tudi takrat, ko je bil v Rimu. Vrh tega je bil ta imperij od l. 23. naprej višji kakor pa imperij, katerega koli provincialnega namestnika. Senat je še naprej upravljal svoje province po promagistratih, toda cesar je imel tudi v njihovih provincah *imperium maius* in jih je tako lahko nadziral.

Po tej ureditvi je ostal Avgust v Rimu samem brez vidnih zunanjih simbolov imperija: liktorjev in *fascēs*. Zato so mu l. 19., ko se je vrnil s potovanja po vzhodnih provincah, za vse življenje podelili konzularne *fascēs* in pravico do sedeža na magistratskem kurulskem stolu med obema konzuloma. Da bi bila s tem združena tudi podelitev konzularnega imperija, ne da bi bil pa s tem Avgust postal konzul, ni prav verjetno, čeprav Cassius Dio (54, 10) to trdi.⁴⁸

⁴⁴ Svetonij, Avgust 28, 1; Cassius Dio 53, 30.

⁴⁵ Cassius Dio 54, 6 in 10.

⁴⁶ O zakonu poročajo *Res gestae* II, 10, v. 23 = grški tekst V, 10, v. 19; drugi viri pa govore le o senatovem sklepu. Prim. Siber, Prinzipsverfassung, 19; Cassius Dio 53, 32.

⁴⁷ Prim. M o m m s e n, Röm. Staatsrecht, I, 61 ss.

Od poletja l. 23. pr. Kr. naprej temelji Avgustov ustavno-pravni položaj na dvojni oblasti: na višjem prokonzularnem imperiju (*imperium proconsulare maius*) in na tribunski oblasti (*tribunicia potestas*). Prokonzularni imperij mu je bil podeljen l. 27. za deset let in si ga je dal redno podaljševati za pet ali deset let.⁴⁹ Kot nosilec tega imperija je imel položaj absolutnega vladarja v lastnih provincah, obenem pa tudi poveljstvo nad armado. Od l. 23. naprej je imel *imperium maius* tudi nad senatovimi provincami. To svojo pravico je dejansko izvrševal, ko je l. 20. na svojem potovanju po vzhodnem delu države urejal tudi razmere v senatovih provincah Aziji in Bitiniji.⁵⁰ Enako nam pričajo o njegovi aktivni skrbi za senatove province ohranjeni edikti za provinco Kirene.⁵¹

V prestolnici sami je tribunska oblast pomenila pravno najvažnejšo osnovo nove ustave.⁵² Da je tudi Avgust tako mislil, je pokazal s tem, da je svojima sovladarjema Agripi (v letih 18. in 13. pr. Kr.), po Agripovi smrti (9. pr. Kr.) pa Tiberiju (najprej l. 6. pr. Kr., nato l. 3. in 12. po Kr.) dal podeliti tribunsko oblast. Po njej je štel tudi svoja vladarska leta od l. 23. naprej,⁵³ razen v Egiptu, kjer so jih šteli od 29. avgusta l. 30. naprej.

Podelitev in sprejem tribunske oblasti nista imela za posledico, da bi bil Avgust postal ljudski tribun,^{53a} ampak je s tem pridobil le pravice, ki jih je dajala tribunska oblast. Predvsem je postal sakrosankten, nedotakljiv.⁵⁴ S svojo intercesijo je lahko

⁴⁸ Siber, Führeramnt des Augustus, 42 ss., navaja razloge, ki govore za tak imperij. Premierstein, Vom Werden und Wesen des Prinzipats, 237 s. se upravičeno izreka zoper obstoj konzularnega imperija.

⁴⁹ Gl. str. 92, op. 37. — ⁵⁰ Cassius Dio 54, 7.

⁵¹ A. v. Premierstein, Die fünf neugefundenen Edikte des Augustus aus Kyrene (v SZ. 48, 1928), str. 419—531; J. Stroux-L. Wenger, Die Augustus-Inschrift auf dem Marktplatz von Kyrene (= Abh. d. Bayer. Akademie d. Wiss., Philos.-philol. u. hist. Kl. XXXIV, 2), München 1928, zlasti str. 61 ss.

⁵² Prim. Mommsen, Röm. Staatsrecht II, 873: »und in dieser Gestalt ist die tribunicische Gewalt als die höchste mit dem Prinzipat nothwendig verknüpfte bürgerliche Magistratur namentlich in formaler Beziehung der rechte und volle Ausdruck der Herrschergewalt geworden und geblieben.«

⁵³ Prim. Riccobono, Fontes I, 2. izd., str. 404, I, 1 s.; str. 407, II, 41; str. 408, III, 55 s.; str. 409, IV, 63, V, 73.

^{53a} To izrečno poudarja Cassius Dio 53, 32.

⁵⁴ *Res gestae* II, 10, vv. 21—23; *et sacrosanctus ut essem mihi datum et, quoad] viverem, tribunicia potestas mihi [esset, lege sanctum est].*

preprečil vsak nevšečen senatov ali magistratov ukrep. Smel je sklicati narod, pa tudi senat, vsakomur je mogel pomagati (*ius auxilii*) in je imel tudi pravico kaznovati (*coërcitio*). Zanimivo je, da je najbolj demokratična ustanova rimske republikanske ustave omogočila dokončno ureditev monarhije.

Nasproti senatu je bil Avgustov položaj zadostno potrjen s pravicami, podeljenimi l. 23. V prestolnici je zagotovitev 12 *fascēs* in sedež med konzuloma dovolj izražal na zunaj njegovo vladarsko dostojanstvo.

Avgustov monarhični položaj, v katerem je vladarjeva osebna *auctoritas* imela tako velik pomen, se je nedvomno še zelo okrepil, ko je bil l. 12. pr. Kr. ob izredni ljudski udeležbi izvoljen za vrhovnega rimskega svečenika (*pontifex maximus*). S ponosom ugotavlja, da ni hotel sprejeti tega dostojanstva, dokler je živel Lepid, čeprav se ga je bil le-ta polastil v nemirnih časih.⁵⁵ Odslej je ostalo vrhovno svečeniško dostojanstvo združeno s principatom do Gracijana (375)⁵⁶

Kot zadnje svoje odlikovanje našteva Avgust v svojih *Res gestae* častni naslov *pater patriae*. Ta mu je bil večkrat podeljen, sprejel pa ga je šele 5. februarja l. 2. pr. Kr., ko ga je kot takega najprej aklamiralo ljudstvo v gledališču in ga je nato ob vstopu v kurijo v imenu senata pozdravil Valerij Mesala. Po senatovem sklepu je bilo to odlikovanje vklesano na treh javnih mestih.⁵⁷

Da je bilo Avgustu resno z odložitvijo konzulata l. 23. pr. Kr., je dokazal že l. 22. Zaradi težke epidemije je grozila lakota; ljudstvo je bilo mnenja, da so nastale take težave, ker Avgust ni več konzul. Na ljudsko zahtevo je senat izbral Avgusta za diktatorja; vrh tega so ljudske množice prinesle 24 *fascēs* pred njegovo hišo s prošnjo, da prevzame diktaturo in skrb za prehrano. Na zelo dramatičen način je Avgust odklonil sprejem diktature,⁵⁸ prevzel pa je skrb za prehrano (*cura annonae*) in

⁵⁵ *Res gestae* II, 10, vv. 23—28; prim. Cassius Dio 44, 53; 49, 15; 54, 15; Appian, *Bell. civ.* 5, 126, 131; Svetonij, Avgust 31, 1.

⁵⁶ M o m m s e n, *Röm. Staatsrecht* II, 1108.

⁵⁷ VI, 35, vv. 24—27; Svetonij, Avgust 58, 2: *senatus te consentiens cum populo Romano consulat patriae patrem*.

⁵⁸ *Res gestae* I, 5, vv. 31 s.; prim. Svetonij, Avgust 52: *Dictaturam magna vi offerente populo genu nixus delecta ab umeris toga nudo pectore deprecatus est*. — Prim. Dio Cassius 54, 1; Velleius II, 89, 5.

jo v nekaj dnevih zadovoljivo uredil.⁵⁹ Enako je odklonil do-
smrtno mu podeljeni vsakoletni konzulat (*consulatum annuum
et perpetuum*),⁶⁰ do smrtno cenzuro,⁶¹ trikrat (v letih 19., 18. in
11. pr. Kr.) mu podeljeno *cura legum et morum maxima pote-
state* (ἐπὶ τῆς μεγίστης ἐξουσίας). Zadnjo je odklanjal pač zato, ker
bi preveč nasprotovala rimski ustavni tradiciji (παρὰ τὰ πάτρια
ἔθη) in bi tako vzbujala sum, da hoče z njo uvesti osovraženo
diktaturo. Zato je spretno izjavil, da bo poverjene naloge izvršil
po svoji tribunski oblasti.⁶² Dejansko spada v to dobo tudi spre-
jem cele vrste zakonov,⁶³ ki naj bi prenovili rimsko družbo
(l. 18.: *lex Iulia de ambitu, de maritandis ordinibus, de adul-
teriis, sumptuaria*; l. 17.: *iudiciorum publicorum et privatorum,
de vi publica et privata, de cessione bonorum*, itd.); vsi ti zakoni
so bili v pravilni civilni obliki sprejeti od komicijev.

Kakor je v tem primeru Avgust prevzel pač bremena, ne
pa novega dostojanstva, tako se tudi ob drugih prilikah ni branil
funkcij, ki so mu na prvi pogled nalagale dolžnosti, ki so pa
obenem razširjale njegovo moč in vpliv.⁶⁴ Tako smo že omenili,
da je l. 22. prevzel skrb za prehrano, l. 20. je sledila uprava cest
(*cura viarum*), l. 9. pr. Kr. skrb za vodovode (*cura aquarum*),
istočasno najbrže tudi za javne naprave (*cura operum locorum
publicorum*) in — da se omejimo samo na najvažnejše — l. 6.
po Kr. skrb za gasilstvo (*vigiles*).⁶⁵

Razen že naštetih pravic in oblasti, ki so tvorile jedro prin-
cipata, sta senat in narod ob raznih prilikah, o katerih delno
celo manjka točnih poročil, podelila Avgustu še druge posamezne

⁵⁹ *Res gestae*, I, 5, vv. 32—35.

⁶⁰ *Res gestae* I, 5, vv. 35 s.

⁶¹ Cassius Dio 54, 2; Avgust je trikrat opravil cenzus po svoji konzul-
arni oblasti (*Res gestae* II, 8, vv. 2, 5 s., 8 s.), ki mu je bila najbrž *ad hoc*
podeljena. Prim. tudi S i b e r, Führeramt des Augustus, 43 ss.

⁶² *Res gestae*, grški tekst III, 6, vv. 11—21; glede drugačnih poročil pri
Svetoniju, Avg. 27, 5 in Cassius Dio 54, 10 prim. M o m m s e n, Röm. Staats-
recht II, str. 705 s. Prim. tudi Tacit, Ann. 1, 2: *ad tuendam plebem tribu-
nicio iure contentum*.

⁶³ Glede Avgustove zakonodaje glej razpravi V. A r a n g i o - R u i z,
La legislazione (v zborniku Augustus, 101 ss.) in B. B i o n d i, La legis-
lazione di Augusto (v Conferenze Augustee, 139—262).

⁶⁴ Tako je bila s skrbstvom za gasilstvo združena oblast nad 7 kohor-
tami (po 1000—1200 mož), ki so bile porazdeljene v sedmih delih mesta.

⁶⁵ Prim. M o m m s e n, Röm. Staatsrecht II, str. 1033 ss.

vladarske pravice. Spoznamo jih predvsem iz ohranjenega odlomka zakona *lex de imperio Vespasiani*,⁶⁶ s katerim je bila Vespazijanu podeljena vladarska oblast. Semkaj spada⁶⁷ tudi pravica sklicevati senat, poročati in odrediti glasovanje, pravica priporočati svoje kandidate za volitve.⁶⁸ Dalje mu je senat l. 24. pr. Kr. splošno dovolil, da je prost glede vseh zakonskih predpisov in senatovih sklepov, ki bi ga ovirali v opravljanju njegove oblasti.⁶⁹ Kot vojskovodja je smel tudi *princeps* kovati svoje zlatnike in srebrnike; l. 15. pr. Kr. pa je bilo kovanje zlatnikov in srebrnikov sploh pridržano cesarju. Senat se je omejil na kovanje bakrenega denarja, kar je edino donášalo dobiček.⁷⁰

Zadnja Avgustova skrb je šla za tem, da določi prestolonaslednika in mu zagotovi miren prehod oblasti. Medtem ko ob svoji nevarni bolezni l. 23. očitno še ni določil nobenega naslednika,⁷¹ je končno, po izgubi tolikih njemu osebno bližjih kandidatov,⁷² določil l. 4. po Kr. Tiberija za naslednika in ga v ta namen posinovil. Za dobo po deset let mu je dal dvakrat podeliti tribunsko oblast (l. 3. in 13. po Kr.). Razen tega mu je dal l. 13. z zakonom podeliti enako oblast glede provinc in armade, kakor jo je imel sam.⁷³ Po tako skrbno pripravljene ureditvi in zlasti tudi zaradi velikih zaslug, ki si jih je pridobil Tiberij na vojaškem polju, je drugi *princeps* brez težav lahko nastopil svojo vlado po Avgustovi smrti (l. 14. po Kr.). Pedantno varujoč ustavne forme, je po svoji tribunski oblasti sklical senat k prvi

⁶⁶ Bruns, *Fontes*⁷ I, str. 202 s., Riccobono, *Fontes* I², str. 154 ss.

⁶⁷ Prim. P. de Francisci, *La costituzione Augustea* (v zbirki Augustus), str. 94; Siber, *Führeramt des Augustus*, str. 53 ss.

⁶⁸ *Lex de imperio Vespasiani*, vv. 1—2, 3—6, 10 s. — Svoje kandidate je Avgust priporočal osebno; prim. Svetonij, Avgust 56, 1: *Quotiens magistratum comitiis interesset, tribus cum candidatis suis circuibat supplicabatque more sollemni*.

⁶⁹ Cass. Dio 53, 28; prim. *Lex de imp. Vespasiani*, vv. 22 ss.

⁷⁰ Mommsen, *Röm. Staatsrecht* II, 1025 ss.

⁷¹ Cassius Dio 53, 30 in 31.

⁷² Prim. Siber, *Prinzipatsverfassung*, str. 29.

⁷³ Svetonij, Tiberij 21, 1: *lege per consules lata, ut provincias cum Augusto communiter administraret simulque censum alu[geret]*. — Velleius II, 121, 1: *senatus populusque Romanus postulante patre eius, ut aequum ei ius in omnibus provinciis exercitibusque esset, quam erat ipsi, decreto complexus...*; prim. Tacit, *Ann.* 1, 3: *filius, collega imperii, consors tribuniciae potestatis adsumitur omnisque per exercitus ostentatur...*

seji, ko si je bil že prej privzel telesno stražo (*statione militum assumpta*).⁷⁴ Podobno kakor Avgust si je dal tudi Tiberij vladanje od senata navidezno vsiliti.⁷⁵

Če po tem bežnem pregledu Augustove ustavne reforme skušamo *sine ira et studio* izreči o njem pravično sodbo, mu v mnogih pogledih ne moremo odreči občudovanja. Po stoletju hude ustavne krize in državljanskih vojn je s svojo ureditvijo zagotovil državi prepotrebni notranji mir. Dobro je poznal slabosti in napake svojega naroda, prezrl pa tudi ni, da je bilo v njegovih starih ustavnih institucijah še mnogokaj sposobno za življenje. Vse to je skušal ohraniti za nadaljnje delo. Tako je ohranil senat in stare republikanske magistrature, celo ljudski komiciji so doživeli dobo živahne zakonodajne delavnosti.

Prav zaradi te svoje tesne povezanosti z republikansko preteklostjo si je skrbno prizadeval, da je odel vse atribute svoje oblasti v stare ustavne oblike. Zato njegov položaj ni imel uradnega naziva; najbolje je za to služil izraz *princeps*. Tako je tudi nemogoče, zajeti njegovo oblast z enotno pravno formulo, ki bi jo povzeli iz dotedanjšega prava.⁷⁶ V Rimu je Avgust prvak (*princeps*), čigar *auctoritas* daleč presega vse druge, toda v prestolnici je njegova najvišja oblast samo tribunska. Zelo preprost in skromen v svojem zasebnem življenju, oblečen v doma stikano obleko, nastopa spoštljivo nasproti senatu in si ne le v javnosti, ampak celo v svoji družini strogo prepoveduje naziv *dominus*.⁷⁷ To ga ne ovira, da ne bi bil v svojih provincah absoluten vladar, ki mu obenem z Romo gradijo templje in ga zavezniški kralji spremljajo kot klienti v rimski togi.⁷⁸

⁷⁴ Prim. Svetonij, Tiberij 23, 1; 24, 1.

⁷⁵ Svetonij, Tiberij 24, 1: *nunc precantem senatum et procumbentem sibi ad genua ambiguis responsis et callida cunctatione suspendens...*; 24, 2: *Tandem quasi coactus et querens miseram et onerosam iniungi sibi servitutem, recepit imperium...* Prim. Tacit, Ann. 1, 11—13.

⁷⁶ Zato se mi zdi precej brezploden spor glede Mommsenove označbe Avgustovega principata kot diarihije. Gre za to, kaj si pod izrazom predstavljamo. Nemogoče pa je pravilno pojmovati principat, če nimamo pred očmi njegovega nastanka. Prim. pregled mnenj pri Schönbauer-ju, SZ. 47, str. 268 ss.

⁷⁷ Svetonij, Avgust 53, 1: *Domini appellationem ut maledictum et obprobrium semper exhorruit*. Prim. tudi o. c., 72, 73, 76, 77; Cass. Dio 53, 12.

⁷⁸ Svetonij, Avgust 60.

Po Avgustovi zamisli ni bila princepsova oblast niti pravno enotna (tribunska in prokonzularna oblast) niti ni imela — kot osnovana na osebni *auctoritas* — popolnoma točno določene vsebine. Njena nedoločenost je mnogo pripomogla, da se je brez posebnih težav vkoreninila v narodu, ki je bil tako navezan na svoja stara republikanska izročila. Za njeno uveljavljenje je bilo tudi važno, da je Avgust vladal po zmagi pri Akciju še 44 let, tako da je stari republikanski rod že pred njim polegel v grob.⁷⁹ Vsled svoje prožnosti je nova ustava dopuščala za prihodnost zdrav organičen razvoj in s tem obvarovala državo marsikaterih novih prevratov. Zlasti za province pa je novi ustavni red pomenil velik napredek,⁸⁰ ker je cesar tam s plačanim uradništvom uvažal boljšo upravo.

Po drugi strani ne smemo prezreti pomanjkljivosti Avgustovega dela. Nejasno določeni princepsov ustavni položaj je bil pod slabimi Avgustovimi nasledniki kakor nalašč pripraven za zlorabe. Najbolj jasno je to izrazil Nero, češ da še noben *princeps* ni vedel, kaj vse si lahko dovoli.⁸¹

Največja pomanjkljivost Avgustove ustave pa je bila v tem, da ni normiral splošnega prestolonasledstvenega reda, dasi je sam storil vse, da je po njem Tiberij brez zaprek prevzel principat. Ob smrti vladarjev, ki niso bili dovolj poskrbeli za ureditev tega vprašanja, je zato prišlo do hudih kriz, včasih celo do državljanskih vojn. Posebno usodno je bilo, da se je v določitev prestolonasledstva v takih primerih začela vmešavati armada: najprej pretorianci,⁸² ki bi po Avgustovi zamisli imeli biti zadnji garant princepsove oblasti; njihovemu pogubnemu vzgledu pa so kmalu sledile tudi legije v provincah in oklicale svoje povelj-

⁷⁹ Prim. Tacit, Ann. 1, 3: *iuniores post Actiacam victoriam, etiam senes plerique inter bella civium nati: quotus quisque reliquus, qui rem publicam vidisset?*

⁸⁰ Ta napredek priznava celo Tacit, zagrizeni nasprotnik principata (Ann. 1, 2): *Neque provinciae illum rerum statum abnuebant, suspecto senatus populique imperio ob certamina potentium et avaritiam magistratuum, invalido legum auxilio, quae vi, ambitu, postremo pecunia turbabantur.*

⁸¹ Svetonij, Nero 37, 3: *negavit quemquam principum scisse quid sibi liceret.*

⁸² Važno vlogo so imeli ob Kaligulovem in Neronovem nastopu. Klavdija so senatu naravnost vsilili za cesarja. L. 68. so prisegli zvestobo Galbi, l. 69. je bil Otho od njih oklican za cesarja.

nike za cesarje.⁸³ Pohlepnost pretoriancev je prignala položaj do absurda po Komodovi smrti l. 193. po Kr. Najprej so dvignili na prestol plemenitega Pertinaksa, toda že 28. marca so ga zlasti zaradi njegove varčnosti umorili. Nato so sramotno prepuščili cesarsko dostojanstvo Didiju Julijanu, in sicer samo zato, ker jim je bil obljubil največja darila. Zoper tako počenjanje so se uprle legije v Britaniji, Siriji in Panoniji ter so oklicale svoje poveljnike za cesarje. Zmagovalec je končno ostal L. Septimij Sever,⁸⁴ ki je bil rodom iz mesta Leptis v Afriki in imel za seboj celotno magistratno kariero od kvestorja do konzula. Po svoji zlasti pravniški izobrazbi je bil zakoreninjen še v rimski tradicionalni miselnosti; varovanje kontinuitete je pokazal s tem, da je dal l. 195. naknadno posinoviti sebe in starejšega sina Karakalo v rodbino Antoninov.⁸⁵ Značilno je tudi, da je l. 193., ko je na čelu čet vkorakal v Rim, pred mestnimi vrati zamenjal poveljniški plašč s civilno togo.⁸⁶ Vendar pa pomeni njegova ustavna reforma že zavesten prelom z nekaterimi Avgustovimi ustavnimi smernicami. Septimij Sever ne izvaja svoje moči več od senata, ampak senatu samo sporoči svoje razloge, da je prevzel oblast.⁸⁷ Prokonzularni naslov, ki je bil dotlej omejen na province, uporablja tudi v Italiji.⁸⁸ Senatov pomen in vpliv vedno bolj peša, najvažnejši činitelj v državi postaja armada.⁸⁹ Sledi nemirna doba tretjega stoletja, ki vodi v absolutistično cesarstvo, kakor ga organizirata Dioklecijan in pozneje Konstantin. V tej novi ustavni obliki (dominat) izginejo dokončno vse velike Avgustove osnovne smernice.

⁸³ Tako n. pr. v letih 68 in 69: Vindeksa (v Galiji), Galbo (v Španiji), Vitelija (ob dolnjem Renu), Vespazijana (na Vzhodu).

⁸⁴ Prim. Fl u s s, članek v Pauly-Wissowa, Realencycl., zweite Reihe, II. Bd., 1923, st. 1940—2002; P. de F r a n c i s c i, Storia III, 1, str. 61; C. F u c h s, Geschichte des Kaisers L. Sept. Severus, Wien 1884.

⁸⁵ Cassius Dio 76, 7; 77, 9; Spartianus, Severus 10, 6; 19, 4: *et Antonini nomen omnibus deinceps quasi Augusti adscribendum putavit*. Prim. S i b e r, Prinzipsverfassung, 36.

⁸⁶ Cass. Dio 74, 1. — ⁸⁷ Prim. Cass. Dio 74, 1.

⁸⁸ Prim. E. S t e i n, Zum Gebrauch des prokonsularischen Titels seitens der römischen Kaiser (v Klio, Beitr. zur alten Geschichte 12, 1912, str. 392 ss., 394).

⁸⁹ Jasno je Septimij Sever to izrazil v svojem naročilu sinovoma (Cass. Dio 76, 15): »Bodita složna, vojake obogatita (*πλοῦτιζέτε*), za vse druge se ne menita (*καταφρονέτε*)«.

Kakor nobena človeška reforma, tudi Avgustova ustava ni mogla biti večna. Ohranila pa se je vsaj bistveno neokrnjena do Severov, torej nad 200 let in tudi v nadaljnjem stoletju so bile posamezne njene določbe šele postopoma odpravljene. Glede na zelo razgibano rimsko politično življenje je bila to dolga doba. Zato lahko trdimo, da se je Avgustu vsaj v veliki meri izpolnila njegova želja, da bi s svojo ustavno reformo ustvaril nekaj trajnega (*ut optimi status auctor dicitur et moriens ut feram mecum spem, mansura in vestigio suo fundamenta rei publicae quae iecerit*; Svet. 28, 2).

Conclusioni

La genesi del principato Augusteo

Nella prefazione della sua indagine, l'autore pone in rilievo che, nel corso degli ultimi decenni, l'interesse per il diritto romano pubblico si è accresciuto in modo straordinario. Ed è proprio la storia della genesi del principato Augusteo che, a parer suo, conta fra le questioni in materia più trattate.

Nelle parti prima e seconda, l'autore espone, caratterizzandoli sommariamente, vari tentativi di risolvere la crisi costituzionale nell'ultimo secolo della repubblica romana, e precisamente quelli di C. Sempronio Gracco, di L. Cornelio Silla e di C. Giulio Cesare. Ora, mentre questi risultavano vani, la soluzione definitiva della crisi costituzionale riuscì all'Ottaviano, erede e figlio adottivo di Cesare. L'autore prosegue abbozzando il suo divenire politico dal suo primo imperio nell'anno 43 a. Cr. fino alla sua vittoria presso Azio.

Vi seguono infine, nella terza parte dell'indagine, la genesi e l'analisi delle riforme costituzionali di Augusto negli anni 27 e 23 a. Cr. Nella critica della sua opera, l'autore mette in rilievo la mancanza di un regolamento relativo alla successione al trono e l'influsso, così funesto in merito, dei pretoriani. Ciò nondimeno, la costituzione Augustea ha riempito in sommo grado il desiderio del primo *princeps*: di essere l'autore di una costituzione stabile e duratura (Suetonio, Aug. 28, 2).

Prof. dr. Gorazd Kušej:

O pravnem položaju Vatikanskega mesta

Ko so bile dne 11. februarja 1929 sklenjene med sv. stolico in kraljevino Italijo tako zvane lateranske pogodbe,¹ so takoj postale predmet zelo živahnega znanstvenega obravnavanja. Razumljivo je, da se je z njimi bavilo v prvi vrsti italijansko pravo- in državoznanstvo.² Vendar je zajelo zanimanje za prvo izmed teh pogodb tudi neitalijanske kroge, saj je njena vsebina pomembna ne le za Italijo, ampak za ves mednarodni svet.³ V razliko z drugo pogodbo, ki je običajen konkordat o ureditvi tistega dela vesoljne katoliške cerkve, kateri je organiziran v mejah kraljevine Italije, nazivljejo v italijanskem strokovnem slovstvu prvo pogodbo »trattato politico« ali na kratko »trattato«. Glavni namen te »politične pogodbe« je bila ustanovitev Vatikanskega mesta (Città del Vaticano). Dasi ta tvorba že več kot desetletje obstoja in deluje, je njena pravna narava slejkoprej osporjena. Slovensko slovstvo tega predmeta doslej ni obravnavalo.⁴ Pričujoči članek

¹ Acta Apostolicae Sedis, 1929, str. 209 ss. in str. 275 ss. in Codice Ecclesiastico v Biblioteca Legislativa, priredila Bertola in Jemolo, Padova 1937, str. 3 ss. Obsegajo tkzv. pogodbo, finančni dogovor in konkordat.

² Gl. slovstvo, navedeno pri Ballardore Pallieri, Il Diritto Internazionale Ecclesiastico, Padova 1940, str. 54, op. 1 in vrsto studij, objavljenih ob desetletnici sklepa lateranskih pogodb izpod peresa raznih italijanskih strokovnjakov v zbirki Chiesa e Stato, II. Studi Giuridici, katero je izdala za ta jubilej Katoliška univerza v Milanu, I. 1939.

³ Gl. Schoen, Die rechtliche Natur der Vatikanstadt und des politischen Lateranvertrages, Z. f. ö. R., 1934, str. 1 s., op. 2, 3 in 4.

⁴ Pač je priobčil »Čas«, 1928/29, takoj ko se je zvedelo za podpis lateranskih pogodb, informativen članek G. Rožmana, Rešitev rimskega vprašanja, str. 273 ss. Tedaj pa točna vsebina pogodb še ni bila znana.

si zato zastavlja nalogo, spopolniti, čeprav kasno, to vrzel z vidika čisto javnopravnega preučevanja.

V to svrho bo prvi del članka v kratkih potezah orisal zgodovino nastanka Vatikanskega mesta, drugi del se bo bavil z dognanjem njegove pravne narave, tretji pa bo določil odnos Vatikanskega mesta do sv. stolice.

I.

Italijansko gibanje za narodno zedinjenje, ki je bilo zmagovito zaključeno zasedbo Rima dne 20. septembra 1870 po italijanskih četah, je nujno izzvalo boj med cerkvijo in italijansko državo. Vzrok temu je bila okolnost, da se Italija ni hotela in ni mogla odreči priključitvi ozemlja bivše cerkvene države, če naj bi dosegla svojo resnično narodnostno sklenjenost, kateri je ravno mesto Rim kot zgodovinska in naravna prestolnica dajalo najbolj vidni izraz. Nasprotno pa tedaj vladajoči papež Pij IX. inkorporacije cerkvene države v kraljevino Italijo ni priznal, ker je smatral, da je za cerkev nujno potrebno, da ima tudi svetno oblast nad primernim ozemljem, kar edino lahko zanesljivo jamči duhovno neodvisnost papeštva, ki je osrednji vodstveni organ vesoljne rimske katoliške cerkve. Tako sta si stopila cerkev in država v navidezno nespravljivo nasprotje.

Država je bila pod vplivom Cavourjevega ideala razmerja do cerkve, ki ga sintetizira rek: *libera Chiesa nel libero Stato*. Ta cerkvenopolitični sistem je izhajal iz liberalnega naziranja, da je mogoče do kraja strogo ločiti duhovno in časno-posvetno (temporalno) območje in zato smatral, da papeževa zahteva po svetni oblasti ni upravičena, češ da za cerkev, ki je izključno duhovna oblast, država, katero vodi zavest lastnega, izključno temporalnega bistva in iz nje izviraajoča ločitev obeh območij, ni in ne more biti nobena nevarnost. Država in cerkev naj bosta med seboj prosti in neodvisni. Ker zavoljo odklonilnega papeževega stališča ni na tej podlagi bilo pričakovati sporazuma med državo in cerkvijo, a je bilo treba pomiriti katoliški svet ne le znotraj, ampak še prav posebno zunaj italijanskih meja glede usode papeževe in sv. stolice, je že kraljevi dekret z dne 9. oktobra 1870 napovedal, da bo poseben zakon s primernimi sredstvi,

med katerimi bodo tudi teritorialne prednostne pravice (*franchigie territoriali*), zavaroval papeževu neodvisnost in svobodno izvrševanje duhovne oblasti po sv. stolici. Da ni ta napoved prav nič vplivala na papeževu naziranje, je dokaz enciklika »*Respicientes ea omnia*« z dne 1. novembra istega leta, v kateri se je Pij IX. označil za jetnika italijanske vlade v Vatikanu. Zato od časa, ko so italijanske čete zavzele Rim, ni več zapustil Vatikana; tudi njegovi nasledniki Leon XIII., Pij X. in Benedikt XV. so se tega zgleda držali od trenutka izvolitve do smrti. Ne glede na ta protest proti nameravani enostranski ureditvi svetnega položaja papeža in sv. stolice s strani italijanske države, je bil dne 13. maja 1871 izdan znani garancijski zakon z uradnim nazivom: *Legge 13 maggio 1871, n. 214/Serie 2a/, sulle prerogative del Sommo Pontefice e della Santa Sede, e sulle relazioni dello Stato con la Chiesa*. Ta zakon je torej urejal dvoje različnih vprašanj in sicer je v prvem naslovu odredil »prerogative papeževе in sv. stolice«, v drugem pa je urejal položaj katoliške cerkve v mejah kraljevine Italije.

Predpisi prvega naslova pomenijo zanimiv poskus pravno izoblikovati svetni položaj duhovne papeževе suverenosti ter jamstva za neodvisnost sv. stolice pri vodstvu katoliške cerkve, ne da bi imela papež oziroma sv. stolica kaj lastne teritorialne vrhovnosti. V to svrho je dajal zakon papežu vrsto pravic, ki označujejo položaj svetnih suverenov. Papeževa oseba je bila proglašena za sveto in nedotakljivo, kazen za atentat ali za pozivanje k atentatu na papeža je bila izenačena s kaznijo, zapretno za iste zločine, naperjene zoper kraljevo osebo. Žalitve in sramotitve, ki bi bile neposredno zadele papeža z besedo, dejanji ali sredstvi, ki jih predvideva tiskovni zakon, so se kaznovale po tiskovnem zakonu. Taka kazniva dejanja so se zasledovala uradoma in so spadala v pristojnost porotnih sodišč. Ni pa ta določba ovirala svobodnega razpravljanja verskih vprašanj. Dalje se je italijanska vlada obvezala, izkazovati papežu na ozemlju kraljevine časti, ki gredo suverenom in častne prednosti, katere mu priznavajo katoliški vladarji. Papež je obdržal pravico, vzdrževati dotedanje število oborožene sile (*Guardie*) za telesno stražo in za varstvo palač. Vendar so obveznosti in dolžnosti, izhajajoče iz zakonov kraljevine, pred-

vsem vojaška obveznost, zadevale tiste njene člane, ki so bili italijanski državljani. Sv. stolici je bila zagotovljena dvorovina v obliki letne rente 3,250.000 zlatih lir, ustrezajoča vsoti, kakor je bila postavljena poprej v rimski (papeški) preračun pod naslovom: svete apostolske palače, sv. kolegij, cerkvene kongregacije, državno tajništvo in diplomatsko zastopstvo v inozemstvu. Ta trajna in neodsvojljiva letna dajatev je bila vpisana v veliko knjigo državnega dolga na ime sv. stolice in naj bi se izplačevala za kritje potreb rimske cerkve tudi v času, ko papeška stolica ne bi bila zasedena. Bila je oproščena vsakega davka in se ni smela znižati. Poleg tega je papež obdržal užitek apostolskih palač Vatikana in Laterana z vsemi nepremičninskimi pritiklinami in »vile Castel Gandolfo«. Te nepremičnine z muzeji, knjižnico, njihovimi umetnostnimi in arheološkimi zbirkami, so bile proglašene za neodtujljive, vsakršnih javnih bremen proste in odtegnjene razlastitvi iz vzrokov javne koristnosti. Iz teh po zunanji obliki zelo omiljenih izrazov se je dalo razbrati stališče italijanske države, da vse naštete nepremičnine in premičnine niso več last cerkve ali celo mogoče ostanek njene nekdanje državne vrhovnostne oblasti nad tem ozemljem, temveč da so po mednarodnem naslovu *de bellationis* postale ozemlje in last kraljevine Italije.⁵ Pravni položaj vse te imovine, po garancijskem zakonu trajno namenjene neodtegljivemu, javnih davščin prostemu užitku papeža, bi najpravilneje prispodabljali tako zvani »dotaciji krone«. To tvori tudi po italijanskem ustavnem pravu skupnost premičnin in nepremičnin, ki so del neodsvojljive in nezasegljive državne imovine, dane v uporabo in užitek kralju z namenom, da mu bo zagotovljen način življenja, kakor se spodobi položaju državnega poglavarja.⁶ Italijanska vlada je sodila, da je s tem v zadostni meri poskrbela tudi za ustrezni gmotni položaj papeža kot duhovnega suverena, njegovega dvora in osrednjih cerkvenih kurialnih oblastev, ki podpirajo papeža pri vladanju vesoljne cerkve. Da bi bila tem osrednjim cerkvenim vodstvenim organom

⁵ Bornhak C., *Das italienische Staatsrecht des Faschismus*, Leipzig, 1934, str. 165.

⁶ Tesaurò, *Diritto Costituzionale*⁴, Napoli, 1941, str. 264.

vidno zagotovljena neodvisnost od vsakršnega poseganja in vplivanja državne oblasti pri izvrševanju njihovih poslov, je zakon proglasil, da je papež pri izpolnjevanju vseh nalog svojega duhovnega zvanja popolnoma svoboden in da lahko dá objaviti vse zadevne odloke na vratih rimskih bazilik in cerkva. Duhovnike, ki po svojem uradnem položaju sodelujejo pri izdajanju aktov duhovne oblasti sv. stolice, torej člane rimske kurije, ni smelo zaradi teh činov nadlegovati, podvreči preiskavi ali klicati na odgovor nobeno državno oblastvo. Supernacionalnemu značaju sv. stolice pa naj bi bila še posebno zadostila odredba, da bo vsak inozemec, ki zavzema kakšno cerkveno zvanje v Rimu, užival osebne garancije, pristoječe italijanskim državljanom po zakonih, veljavnih v kraljevini. Tako je bilo tem inozemcem zagotovljeno nemoteno bivanje na njihovem službenem mestu, ker jih ni bilo mogoče, kot je to sicer za morebitne nevšečne tujce dopustno, pregnati v kak drug določen kraj, odnosno jih izgnati iz države sploh. Za svobodno izvolitev papeža je skrbela odredba, da za časa nezasedene papeške stolice ne sme nobeno sodno ali politično državno oblastvo iz kakršnega koli razloga ovirati ali omejevati osebno prostost kardinalov, ki so edini poklicani voliti papeža. Tudi je vlada prevzela skrb, da nobeno zunanje nasilje ne bi motilo zborovanj konklava ali vesoljnega cerkvenega zbora. Palače in prostori, kjer papež navadno stoluje ali kjer tudi samo začasno biva, oziroma kjer zboruje konklave ali vesoljni cerkveni zbor, so bile proglašene za imunitete. Noben državni uradnik ali policijski agent ne bi imel dostopa do teh prostorov, da bi v njih izvrševal akte svoje službe, razen če bi ga v ta namen pozval papež, konklave ali vesoljni cerkveni zbor. Prepovedana je bila preiskava ali zasežba papirjev, listin, knjig in registrov v papeških uradih in kongregacijah, poklicanih izvrševati izključno duhovno jurisdikcijo. Prav posebne važnosti je bila določba, ki je priznala papežu kot duhovnemu suverenu pasivno in aktivno legacijsko pravico. Poslanikom inozemskih vlad, akreditiranim pri papežu, so bile v kraljevini priznane vse prednostne pravice in imunitete, ki jih imajo diplomatski zastopniki po mednarodnem pravu. To je bilo razumeti tako, da je bil njihov mednarodnopravni položaj v Italiji zenačen

s položajem diplomatskih zastopnikov tujih držav pri italijanski državi. Dosledno so bili izenačeni tudi v kazenski zaščiti, katero je nudila italijanska zakonodaja diplomatskim predstavnikom, akreditiranim v kraljevini. Prav tako so bile zagotovljene papeškimi odposlancem pri inozemskih vladah tiste prednosti in olajšave na ozemlju kraljevine, katere običajno po mednarodnem pravu uživajo diplomatski predstavniki v tretjih državah, ko potujejo na svoj službeni sedež ali se z njega vračajo. Te določbe garancijskega zakona, torej notranjega italijanskega državnega prava, so ustrezale nastalemu mednarodnopravnemu običaju, ki je priznaval papeža oziroma sv. stolico še naprej kot subjekt suverenosti, koordiniran na egalitarni osnovi suverenim državam, čeprav brez vsakega temelja svetne oblasti.⁷ Papežu je bila končno zagotovljena svoboda dopisovanja s škofi in katoličani vsega sveta brez vsakršnega vmešavanja italijanske vlade. V ta namen je smel papež ustanoviti lasten poštni in telegrafski urad v Vatikanu ali drugi svoji rezidenci. Papeška pisemska in telegrafska pošta je bila v kraljevini poštne in drugih prometnih pristojbin oproščena; pošta, odposlana prav v papeževemu imenu, pa je bila v kraljevini izenačena s kabinetno pošto inozemskih vlad. V Rimu in šestih suburbikarnih škofijah obstoječi duhovni seminarji, akademije, kolegiji in ostali, vzgoji in izobrazbi klera namenjeni katoliški zavodi so ostali podrejeni edino sv. stolici in so bili odtegnjeni vsakemu vmešavanju državnih učnih oblastev.

Država je bila mnenja, da je pravilno izgradila pravni položaj papeža in sv. stolice ter vpoštevala vse legitimne zahteve cerkve glede njega, smatrajoč, da je že orisani liberalni ideal razmerja do cerkve za njo edino sprejemljiv in stvarnosti ustrezen. — Drugega naziranja pa je bil papež Pij IX. iz načelnih razlogov cerkvenih koristi. Že drugi dan po izdaji garancijskega zakona, torej 15. maja 1871 je z encikliko »Ubi Nos arcano Dei« odklonil »excogitatas a gubernio subalpino cautiones seu guarentigie«, zatrjujoč »civilem S. Sedis principatum Romano Pontifici fuisse singulari Divinae Providentiae consilio datum illum-

⁷ Bornhak C., n. d., str. 166.

que necessarium esse ut idem Romanus Pontifex nulli unquam Principi aut civili Potestati subiectus supremam universi Dominici gregis pascendi regendique potestatem auctoritatemque . . . per universam Ecclesiam plenissima libertate exercere . . . possit«. V znak protesta proti garancijskemu zakonu ni sprejel v njem ponudene denarne dotacije, a priznal tudi ni zedinjenega italijanskega kraljestva z njegovo vladajočo dinastijo. Tako je stopilo v življenje tako zvano »rimsko vprašanje« z vsemi svojimi nevšečnostimi i za državo i za cerkev. Nobenih vzajemno urejenih odnošajev med sv. stolico in kraljevino Italijo ni bilo; njuno medsebojno razmerje je bilo postavljeno le na dejansko medsebojno upoštevanje. Podlaga mu je bila pomembnost duhovne sile sv. stolice kot hierarhičnega in aktivnega vodstvenega središča vesoljne cerkve za italijansko državo z njenim skoroda izključnim katoliškim prebivalstvom in pomembnost italijanske državne oblasti za sv. stolico, ki je ostala pri izvrševanju svojih funkcij navezana na Rim. Dejansko sožitje sv. stolice in države je olajševala okolnost, da so se kljub načelnemu nepriznanju garancijskega zakona papeži vendar posluževali v korist cerkve vseh tam določenih svoboščin, ne da bi jih država pri tem ovirala. Za naslednikov papeža Pija IX. je tudi v resnici nastopilo popuščanje prvotne ostre napetosti med cerkvijo in državo. Za časa prve svetovne vojne pod papeževanjem Benedikta XV. so odnošaji pod vtisom vojnih grozot in vsled želje, da se te s skupnim naporom ublaže, postali celo pristrčni.⁸ Kljub temu noben izmed naslednikov Pija IX. ni opustil prilike, da ne bi kazal na neprimernost ureditve pravnega položaja papeža in sv. stolice. Kot zadnji je še enkrat papež Pij XI. to povedal, odklanjajoč sumničenje, da bi ga k temu navajala kakšna želja po ničevem zemeljskem kraljestvu (inani quaedam Terreni regni cupiditas). Vztrajal je samo na tem, da zahteva božjepravni izvor in narava duhovnega principata ter sveta pravica vesoljne skupnosti vernikov, da se sveti principat ne sme zdeti podrejen nobeni človeški oblasti in nobenim od nje izdanim zakonom, temveč da mora stati vseskozi na podlagi lastnega

⁸ Prim. Rožman, n. d. in Codice Ecclesiastico, Uvod, str. XI s.

izvirnega prava in lastne izvirne oblasti, kar mora tudi na zunaj postati in ostati očito.⁹

Zgodovinsko je sicer res, da je nekdanja cerkvena država s svojo slabo upravo in z neurejenimi socialnimi razmerami, v katerih so živeli njeni laični podložniki, bila ugledu papeštva in cerkve samo v kvar. Njena izguba je zato povzdignila v nesluteni meri ugled papeštva, saj je prerodila vse stremljenje osrednjega cerkvenega vodstva in ga preusmerila v spiritualnost, torej v pravo torišče cerkve.¹⁰ Tudi je res, da je liberalna ustavna država, ki se je tedaj zmagovito uveljavljala, s svoboščinami vere in vesti, izražanja mnenja, zborovanja in združevanja, katere je priznavala državljanom, dajala katoličanom možnost, da v okviru take pravne ureditve skrbe za koristi cerkve.¹¹ Nedvomno se je cerkev vedno in povsod vseh teh, posredno ji na razpolago danih sredstev posluževala. Vendar je takoj uvidela, da vse te varščine niso dovolj zanesljive, nasprotno da so celo dokaj dvorezne, saj je njihov obstanek odvisen od podpore svobodno oblikujočih se strankarskih političnih sil, med katerimi lahko dobe premoč tudi odkrito proticerkveno nastrojene. Končno je bilo treba vzeti v obzir zgodovinsko izkušnjo, da državne oblike niso večne in da lahko pride do novih, ki ne bodo dajale v svojem organizacijskem ustroju cerkvi odnosno njenim vernikom nobenih pravno priznanih sredstev za uveljavljanje cerkvenih potreb in koristi.

Te okolnosti so bile še posebno občutne in mučne za sv. stolico. Saj prav ona utelešuje kot aktivni vodstveni in nadzorni vrh cerkvene hierarhije njeno celotnostno strnjeno in vesoljstvenost. Ta pa je zopet vzrok, da se more cerkev uspešno meriti kot izvirna avtonomna moč s svetno silo, ki pride z njo v dotik v posameznih državah, preko katerih se razprostira. Povsem umljivo je zato, da rešitev svobode

⁹ Acta Apostolicae Sedis, 1922, str. 698. Prim. tudi Siotto - Pintó r, Die Erledigung der »Römischen Frage« durch die Lateranverträge und das neue Kirchenrecht in Italien, Jahrbuch des öff. Rechts, 1930, str. 233 ss., pos. 237 ss.

¹⁰ Prim. Brackmann, Patrimonium Petri, članek v Hauck - Herzogovi Realenziklopädie für protestantische Theologie und Kirche³, Leipzig, 1904. zv. 14, str. 767 ss., pos. str. 777.

¹¹ Prim. Kušej R., Cerkevno pravo katoliške cerkve², str. 54 s.

in neodvisnosti papeža in rimske kurije, kakor jo je poskusil garancijski zakon, za papeža in katoliški svet ni bila sprejemljiva. Temeljila je na enostranski pravni odredbi italijanske države, na zakonu kot izrazu zgolj državne suverenosti, ki je bil vsled tega pravno-oblično gledano vsak čas spremenljiv, torej v svojem obstanku odvisen od volje zakonodajnih činiteljev.¹² Dasi so imela zagotovila garancijskega zakona neko mednarodno »pobarvanost«¹³ in so smatrali n. pr. papeževo legacijsko pravico priznано po mednarodnem pravnem običaju, tako da bi njena odprava pomenila kršitev mednarodnopravnega pravila,¹⁴ vendar ni bilo mogoče mimo dejstva, da je papež kljub svoji osebni suverenosti posredno podložen italijanski državni vrhovnosti, ki mu ta položaj zagotavlja. Ta okolnost je spravljal papeža in sv. stolico nujno v pravno podrejen položaj nasproti italijanski državi, saj v razmerju do nje sv. stolice ni bilo mogoče smatrati za kaj drugega kot za osebo notranjega italijanskega državnega prava,¹⁵ kar je izključevalo pravno prirejenost, zgrajeno na egalitarni osnovi dveh med seboj neodvisnih suverenih oblasti. Pretila pa je nadalje nehote tudi z nevarnostjo, da škoduje položaju sv. stolice celo v razmerju do tistih držav, ki so vzdrževale z njo še naprej diplomatske stike. To nevarnost more po naziranju cerkve odpraviti edino-le ustvaritev nekega trdnega, varno v svet-

¹² Tega položaja v ničemer ni spremenila okolnost, da je slovito mnenje državnega sveta kraljevine Italije z dne 2. III. 1878 garancijski zakon označilo kot državni temeljni zakon. Gl. Codice Ecclesiastico, str. 40 ss. Vrh tega vse do zakona z dne 9. XII. 1928, št. 2693 o ureditvi in pristojnostih Velikega fašističnega sveta, katerega mnenje je potrebno za vsa ustavna vprašanja, med katera spada tudi odnos države do cerkve, v italijanskem državnem pravu sploh ni bilo nobene formalne razlike med navadnimi in temeljnimi zakoni.

¹³ S i o t t o - P i n t ó r, n. d., str. 241. Ta pobarvanost izhaja iz mednarodnopravne prepovedi kakšnega mednarodnega državnega cerkvenstva, zakaj po mednarodnopravni zapovedi ne sme nobena država obvladovati papeža kot poglavarja katoliške cerkve, ki se razteza čez množstvo držav. Prim. H a t s c h e k, Völkerrecht, Leipzig, 1926, str. 36 ss.; A n z i l o t t i, Corso di diritto internazionale³, I, Roma, 1928, str. 135 pravi, da je bil garancijski zakon »internazionalmente rilevante«.

¹⁴ B o r n h a k C., n. d., str. 166.

¹⁵ Prim. A r a n g i o R u i z, La Città del Vaticano, Rivista di diritto pubblico, I, 1929, str. 600 ss., pos. str. 603.

nem območju stoječega opornika, ki nosi čez ves svet razpeti obok vesoljnostno usmerjene duhovne oblasti katoliške cerkve. Njegova prvenstvena funkcija je v tem, da odteguje papeža in njemu podrejene, po njegovih obveznih navodilih in pod njegovim nadzorstvom delujoče organe osredne cerkvene vlade na viden in nedvoumen način vsakršnemu tujemu državnemu vplivu. Tu je razlog, da se papeži zavoljo dostojanstva svojega zvanja kljub vsej spiritualizaciji cerkvene oblasti niso mogli nikdar odreči teritorialnim zahtevam, da so jih pa sčasoma lahko primerno utesnili glede na smoter, kateremu naj bi izključno služile. Seveda ni moglo biti dvoma, da mora biti potrebna ozemeljska podlaga za neodvisno izvrševanje vrhovne cerkvene oblasti samo v Rimu, saj so to narekovali zgodovinski in dejanski razlogi.

Dokler so v italijanski cerkveni politiki prevladovala liberalna stremjenja ločitve med cerkvijo in državo, kakor so bila že označena, spor ni mogel z mrtve točke. Splošno mnenje se je tekom desetletij pomirilo z obstoječim stanjem. Mislili so, da spor sploh ni razrešljiv in se tolažili, da bi morebitna poravnava utegnila povzročiti večjo škodo tako cerkvi kakor državi, češ saj je doslejšnja skušnja pokazala, da se more tudi na podlagi garancijskega zakona ustvariti in vzdržati način znosnega sožitja obeh oblasti.¹⁶

Šele ko je prevzel fašizem državno oblast, je po zaslugi njegovega Duceja Benita Mussolinija zavel nov duh tudi v tem pogledu. Fašizem je namreč začel s svojo samoniklo politiko pravilno ocenjevati visoki moralni pomen katoliške vere in cerkve kot njene organizacijske nositeljice za oblikovanje italijanske narodnostne svojstvenosti, kateri dajejo krščanske vrednostne kategorije značilni pečat. Zato je občutil nevšečnost obstoječega cerkvenopolitičnega sistema in ga hotel nadomestiti s sistemom skladnega sodelovanja obeh oblasti v vzajemno korist. V to svrhu je bilo seveda treba najprej rešiti »rimsko vprašanje« na način, ki bi zadovoljil cerkev, ne da bi pri tem kaj utrpela na svoji oblasti in svojem ugledu država. Stvarni, vseh ideoloških primesi osvobojeni pogled na dejstva je pokazal, da je država prav za prav že z garancijskim zakonom svojo teritorialno vrhov-

¹⁶ Prim. Scaduto, La conciliazione dello Stato italiano con la Santa Sede, Rivista di diritto pubblico, I., 1929, str. 69 ss.

nost nasproti sv. stolici omejila in se te omejitve ves čas strogo držala, tako da je papež v vatikanskih palačah vladal kot resnično neodvisen vladar. Posest teh palač je po zavzetju Rima ohranil papež prav tako, kakor so jo imeli njegovi predniki že skozi stoletja; na njeno slovesno pravno zagotovitev je meril kr. dekret z dne 9. oktobra 1870 in garancijski zakon. Nobena italijanska vlada ni nikdar mislila niti mogla misliti, da bi ta položaj spremenila.¹⁷ Ker se je papež končno odrekel vsaki razširitvi obstoječega posestnega stanja kakor tudi vsakršnim njegovim meddržavnim garancijam, je bila ustvarjena podlaga, da sta mogli cerkev in italijanska država, vzajemno se priznavajoč kot dve na egalitarni osnovi prirejeni suvereni oblasti, to dejansko obstoječe in nespremenljivo stanje stvari poočititi na način, ki je temu njunemu položaju ustrezal in bil viden vsemu zunanjemu svetu, namreč s sklepom lateranskih pogodb z dne 11. februarja 1929. Ko so dne 7. junija istega leta po izmenjavi ratifikacijskih listin stopile v veljavo, je bilo po skoro šestdesetih letih rešeno »rimsko vprašanje« v prid obeh strani. Jasno to pove čl. 26 politične pogodbe. Tam je rečeno, da smatra sv. stolica, da so ji dne 11. februarja 1929 podpisane pogodbe zagotovile na primeren način, da lahko s potrebno svobodo in neodvisnostjo opravlja pastoralno vodstvo rimske škofije, katoliške cerkve v Italiji in v svetu; zato izjavlja, da je dokončno in nepreklicno urejeno in odpravljeno »rimsko vprašanje« ter priznava kraljevino Italijo pod dinastijo savojske hiše z Rimom kot prestolnico italijanske države. Italija pa s svoje strani priznava državo Vatikanskega mesta (Stato della Città del Vaticano) pod papežovo suverenostjo, razveljavlja garancijski zakon in vsak drug predpis, ki bi bil nasproten tej pogodbi.

II.

Čeprav imenuje čl. 26 prve lateranske pogodbe Vatikansko mesto izrecno državo (Stato della Città del Vaticano) in dasi ima tudi prva priloga k tej pogodbi, ki prinaša skico

¹⁷ Siotto-Pintór, n. d., str. 240, Chechini, La natura giuridica della Città del Vaticano e del »Trattato« lateranense, Rivista di diritto internazionale, 1930, str. 196 ss., pos. str. 204 s.

ozemlja Vatikanskega mesta, napis »Territorio dello Stato della Città del Vaticano«, vendar ni soglasja o njegovi pravni naravi. Obstoji naziranje, ki Vatikanskemu mestu sploh odreka državni značaj. Vendar smatra prevladujoče mnenje Vatikansko mesto za državo; a tudi to mnenje ni enotno, temveč se pojavlja v raznih odtenkih, pogojenih po posebnem poudarku posameznih lastnosti, ki po bolj ali manj ustaljenem naziranju določajo v državoslovju bistvo države. Če le malo prodreš v vse te različne teoretične konstrukcije istega pravnega pojava, vidiš, da je več razlike v zunanjem izrazu kakor v stvarnem bistvu. Vzrok temu je v dejstvu, da je Vatikansko mesto svojstven pravni pojav, ki se pod različnimi vidiki razlikuje od povprečnega primerka sodobne države in to zato, ker je vsa njegova narava in ves njegov pravni ustroj pod vtisom smotra, kateremu naj prvenstveno služi, namreč vidne zagotovitve svobode in neodvisnosti sv. stolice pri vodstvu in vladi vesoljne katoliške cerkve. Prav zato je vprašanje o pravni naravi Vatikanskega mesta najlažje rešljivo tako, da se izluščijo njegove strukturne prvine in dožene njihova pravna funkcija. Čim je ta slika ustvarjena, ne more biti težka odločitev, ali jo je mogoče priličiti oziroma dodeliti kot neko posebno zvrst kateremu od že izgrajenih pravnih pojmov, ne da bi mu bilo treba pri tem delati kakšne sile. Zdi se nam, da jasnost dognanja o pravni naravi Vatikanskega mesta trpi, če se takoj prično obravnavati še tiste značilnosti, ki določajo pravno zvezo Vatikanskega mesta s sv. stolico odnosno katoliško cerkvijo; kajti one samo sooblikujejo celotni pravni položaj Vatikanskega mesta, ne vplivajo pa na njegovo pravno naravo v točnem smislu. Zato bomo vpoštevali te posebnosti zaenkrat le, kolikor se jim ni mogoče popolnoma ogniti in jih ocenili po vsej pomembnosti tedaj, ko se bomo bavili z razmerjem Vatikanskega mesta do sv. stolice.

Če si hočemo vstvariti pravno sliko Vatikanskega mesta, moramo vzeti za podlago predvsem zadevne določbe prve lateranske pogodbe in notranjo zakonodajo Vatikanskega mesta. Da v tej pogodbi Italija izrecno priznava Vatikansko mesto za državo (čl. 26, odst. 2), je bilo že omenjeno. A tudi iz posameznih njenih določb, ki merijo na ustanovitev Vatikanskega mesta, se more razbrati namen pogodbenih strank,

naj bo to mesto prava država. Tako beremo v čl. 3, da »Italija priznava sv. stolici popolno last in izključno ter absolutno oblast kakor tudi suvereno jurisdikcijo nad Vatikanom« v obsegu, kakor ga je ob podpisu pogodbe imel, z vsemi pritklinami in dotacijami in sicer zato, da »se vstvari Vatikansko mesto za posebne svrhe in z modalitetami, ki jih predvideva ta pogodba«. Meje mesta označuje poseben načrt, tvoreč prvo prilogo pogodbe kot njen sestavni del, z napisom »Ozemlje države Vatikanskega mesta«. Čl. 4 nato še enkrat poudarja, da pomeni »suverenost in izključna jurisdikcija«, ki jo prizna Italija sv. stolici nad Vatikanskim mestom, da v njem ni druge oblasti razen oblasti sv. stolice in je izključeno vsako vmešavanje italijanske vlade. Dalje govori pogodba o pripadnikih Vatikanskega mesta (čl. 10, odst. 1, 21, odst. 1) in jih označuje kot »cittadini del Vaticano«, odnosno »cittadini della Città del Vaticano«. So to osebe, ki imajo svoje stalno bivališče v Vatikanskem mestu ter vsi kardinali, ki imajo svojo rezidenco v Rimu, čeprav izven Vatikanskega mesta (čl. 21, odst. 1). Podrejene so suverenosti sv. stolice. Ta okolnost postane pomembna na italijanskem državnem ozemlju, če pride na njem do presojanja kakšnega pravnega vprašanja, ki ga je treba obravnavati po načelu *legis nationalis* oziroma *legis personalis* prizadete osebe (čl. 9, odst. 1 in arg. a contrario iz odst. 3). Že te odredbe povedo, da ima pravna tvorba Vatikanskega mesta prvine, ki po vladajočem nauku določajo pojem države, namreč ozemlje, ljudi in njim nadrejeno izvorno najvišjo oblast.¹⁸

Nasprotno mnenje, da Vatikansko mesto kljub temu ni država,¹⁹ se opira na zatrjevanje, da imajo našete prvine v strukturi Vatikanskega mesta take posebnosti, da jih ni mogoče istovetiti s prvinami, ki oblikujejo tisto pravno in

¹⁸ Prim. Schoen, n. d., str. 3.

¹⁹ Glavni njegovi zastopniki so Chechini, n. d., Ottolenghi, Sulla condizione giuridica della Città del Vaticano, Rivista di diritto internazionale, 1930, str. 180 ss., Baldassari, Il Trattato del Laterano v Annali della Università di Macerata, 1930, str. 3 ss., Rousseau Ch., État de la Cité du Vatican, Revue générale de Droit International Public, 1930, str. 145 ss., Siotto-Pintór, n. d., Liermann, Staat und Kirche in den Lateranverträgen zwischen dem Heiligen Stuhl und Italien vom 11. Februar 1929, Archiv des öff. Rechts, 1930, str. 379 ss.

sociološko tvorbo, ki jo nazivamo državo. Izražalo se je naziranje, češ da ozemlje Vatikanskega mesta nima tiste neodvisnosti, ki pritiče državnemu ozemlju, da je samo nekakšna izvendržavna, eksteritorialna cona; pravni položaj človeške podstati Vatikanskega mesta da se tudi ne more vzporejati z državljskim stanjem v običajnem smislu in da izključna oblast, ki vlada nad tem ozemljem in nad tam bivajočimi ljudmi, ni izvirna suverena oblast države, temveč svojstvena oblast, prepletena iz sestavin lastninske pravice in javnega imperija, ki pristoja posebnemu pravnemu subjektu, sv. stolici, nad Vatikanskim mestom kot objektom te njene oblasti. Siotto-Pintór n. pr. zatrjuje, da ni Vatikansko mesto nič drugega kakor kraj, ki je po mednarodnem pravu zagotovljen sv. stolici in sredstvo, dano ji na razpolago, da laže spolnjuje spiritualne naloge katoliške cerkve.²⁰ Po Liermannovem mnenju je Vatikansko mesto le »tisti košček zemlje, na katerem rezidira papež kot mednarodnopravni subjekt posebne vrste in odkoder izvaja svojo posebno vladarsko oblast nad vestjo svojih vernikov, neka eksteritorialna energijska celica.«²¹ Chechini pa označuje Vatikansko mesto kot »ozemeljski kompleks, objekt zasebne lastninske pravice in suverene oblasti sv. stolice.«²² On in Ottolenghi označujeta dalje Vatikansko mesto kot organ sv. stolice, kot neko parastatalno tvorbo, poklicano, da opravlja tiste funkcije, ki služijo zadovoljitvi duhovnih nalog in svetnih potreb sv. stolice.²³

Vsem tem naziranjem, ki Vatikanskemu mestu odrekajo značaj države, je skupno izhodišče v pojmu neke povprečne sodobne pravne in političnosociološke tvorbe, za katero velja splošno priznana označba »država«. Ta »normalni« pojav države se ne more v celoti objeti le s pravnimi prijemi, temveč je treba pritegniti še političnosociološke, ker gre za različne, deloma oblične, deloma vsebinske prvine, ki imajo pri normalnem tipu države že vsaka neko ustaljeno osnovo z določenimi nameni. Razumljivo je, da Vatikansko mesto, ki je bilo poklicano v življenje prvenstveno zato, da dá na zunaj

²⁰ N. d., str. 243, 242.

²¹ N. d., str. 388.

²² N. d., str. 205.

²³ Chechini, n. d., str. 206, Ottolenghi, n. d., str. 186.

vidnega izraza za neodvisnost sv. stolice pri vladanju vesoljne cerkve, nima iste političnosociološke podstave in strukture kakor »normalna« država, katera hoče biti popolna tuzemska družba, t. j. v takih naravnih okolnostih in na tak način organizirana človeška skupnost, da si lahko iz lastne moči zagotovi potrebno mero življenjske samostojnosti in neodvisnosti. Če pa hočemo odrediti golo pravno naravo Vatikanskega mesta, moramo točno ločiti pravna razglabljanja od političnosocioloških, ker pri tem predmetu njihovo prepletanje ne more vstvariti drugega kot zmedo.

Tako so n. pr. ugovori, češ da ozemlje Vatikanskega mesta ni mogoče izenačiti z državnim ozemljem, politično-sociološko pomembni, a ne pravno odločujoči. Opirajo se na okolnost, da leži to ozemlje kot enklava sredi italijanskega državnega ozemlja in da je tako majhnega obsega (0,44 km²), da zavoljo tega Vatikansko mesto ni sposobno iz lastne zmogljivosti organizirati tiste občekoristne javne naprave in njih delovanje, ki označujejo državo.²⁴ Navezano je zato na ustrezne dajatve in storitve italijanske države, ki se je v čl. 6 politične pogodbe obvezala, poskrbeti za dovoljne količine vode, za spoj železniške postaje Vatikanskega mesta s svojim železniškim omrežjem, za zvezo vatikanskih obveščevalnih sredstev tudi neposredno z drugimi državami in končno za vzporeditev drugih javnih naprav (coordinamento degli altri servizi pubblici). Vse to naj bi spravljal ozemlje Vatikanskega mesta v »sosedskopravno odvisnost od svoje najbližje okolice« in mu dajalo značaj »zemljišča«, ne pa državnega ozemlja. Temu značaju »zemljišča« naj bi dajal še posebno jasnega izraza predpis čl. 7, odst. 1 politične pogodbe, ki obvezuje italijansko državo, da v okolici Vatikanskega mesta ne bo dovolila novih zgradb, s katerih bi se moglo gledati v Vatikansko mesto in da bo v isti namen dala po potrebi porušiti že obstoječe.²⁵ Ne glede na to, da je Vatikansko mesto po teh določbah upravičeno, zahtevati razne dajatve in storitve od italijanske države, ne pa zavezano trpeti razne posege na svojem ozemlju, kar je vendar bistvo sosedskopravne odvisnosti, ta okolnost za do-

²⁴ Prim. Rousseau Ch., n. d., str. 147, 149 ss.

²⁵ Liermann, n. d., str. 385 s.

ločitev, ali je kakšno ozemlje v pravnem smislu smatrati za državno ali ne, sploh ni pomembna. Pomembna je edino okolnost, da je to ozemlje podrejeno samo eni najvišji, druge izključujoči oblasti,²⁶ kolikor ne dopušča javno mednarodno pravo izjem. Da je ozemlje Vatikanskega mesta v takem položaju, se more nedvomno razbrati iz že omenjenih predpisov čl. 3, odst. 1 in čl. 4 ter še iz čl. 7, odst. 2. Tu je rečeno, da je ustrezno predpisom mednarodnega prava (kakor veljajo za državno ozemlje) prepovedano zrakoplovom vseh vrst (aeromobili) preleteti vatikansko ozemlje. Posredno potrjujeta to tudi odstavka 2 in 3 čl. 3, ki ustanavljata na delu ozemlja Vatikanskega mesta servitute v prid policijski vrhovnosti kraljevine Italije. Tam je namreč določeno, da je trg sv. Petra del Vatikanskega mesta, vendar redno pristopen občinstvu in podrejen italijanski policiji. Njena oblast sega samo do stopnišča bazilike, čeprav je svobodno dostopna s trga. Zato italijanska policija nima pristopa na stopnišče in v baziliko, razen v primeru, če bi jo k temu pozvalo pristojno oblastvo Vatikanskega mesta. Vendar sv. stolica lahko v posebnih primerih (in vista di particolari funzioni) začasno odtegne trg svobodnemu prehodu občinstva; tedaj se italijanska policija umakne čez določeno črto, če je pristojno vatikansko oblastvo ne pozove, naj ostane. Tako je torej upravičen zaključek, da ima ozemeljska prvina Vatikanskega mesta vse pravne značilnosti in funkcije državnega ozemlja.²⁷

Državni značaj zanikajo nekateri Vatikanskemu mestu tudi zavoljo posebnega stanovskega in pravnega položaja njegovega prebivalstva. Tisti ugovori, ki merijo na poseben stanovski položaj prebivalstva, se gibljejo na političnosocio-

²⁶ Prim. Schoen, n. d., str. 4.

²⁷ Rousseau Ch., n. d., str. 147 s. odreka ozemlju Vatikanskega mesta značaj državnega ozemlja še zato, ker smatra da nima enotne pravne ureditve. Pri tem prišteva popolnoma svojevoljno k ozemlju Vatikanskega mesta razne nepremičnine, ležeče na italijanskem državnem ozemlju, katerim priznava Italija zato, ker so namenjene uradovanju osrednjih cerkvenih kurialnih oblastev, diplomatske imunitete, dalje spojne naprave vatikanske železniške postaje z italijanskim železniškim omrežjem (ranžirni kolodvor), ki so seveda tudi na italijanskem ozemlju.

loškem področju in se ponavljajo v različnih izrazih, češ da Vatikanskemu mestu manjka narod, t. j. »tista človeška skupnost, ki se na naraven način stalno obnavlja«,²⁸ da nima nacionalnega značaja, temveč »supernacionalen« značaj,²⁹ da mu manjka »korporacijski« element, da ima samo eno, namreč formalno prvino države, t. j. suvereno oblast, raztezajočo se na določeno ozemlje, da pa nima materialne, substancialne prvine — naroda, ki je »državna skupnost«.³⁰ Vse te navedbe so gotovo resnične. V pretežni večini so duhovniki prebivalci Vatikanskega mesta. Število prebivalstva se giblje okoli sedem sto duš.³¹ Skoraj v celoti opravlja

²⁸ Liermann, n. d., str. 384 s.

²⁹ Rousseau Ch., str. 146.

³⁰ Rovelli, L'ordinamento interno dello Stato della Città del Vaticano, v zbirki Chiesa e Stato, II., str. 43 ss., pos. str. 45 ss. Pomanjkanje sociološkega korporacijskega momenta poudarjajo tudi teoretiki, ki priznavajo Vatikanskemu mestu značaj države, tako n. pr. A r a n g i o Ruiz, n. d., str. 603.

³¹ Trenutno šteje Vatikansko mesto 773 državljanov, od teh 500 duhovnikov. Poleg njih živi sedaj v njem še 110 diplomatov tistih držav, ki so zastopane pri sv. stolici, a so s kraljevino Italijo v vojnem stanju oziroma so z njo prekinile diplomatske odnose. Ker je Vatikansko mesto majhno in ne more primerno namestiti diplomatskih zastopstev pri sv. stolici, se je Italija v čl. 12 prve lateranske pogodbe zavezala, da bodo diplomatski predstavniki pri sv. stolici lahko še nadalje bivali na ozemlju kraljevine in pri tem uživali imunitete, kakor so jih poprej na podlagi garancijskega zakona. Rečeno je celo, da veljajo te prednosti tudi za predstavnike tistih držav, ki nimajo diplomatskih stikov z Italijo. Iz te določbe so nekateri sklepali, da bodo diplomatska zastopstva pri sv. stolici tistih držav, ki bi morebiti s kraljevino Italijo stopile v vojno ali z njo pretrgale diplomatske stike, še naprej lahko poslovala na italijanskem državnem ozemlju (tako n. pr. De la Brière, La condition juridique de la Cité du Vatican, Recueil des Cours de l'Académie de la Haye, 1930, III., str. 117 ss., pos. str. 147 ss.). Tak zaključek bi bil vzdržljiv le tedaj, če bi mogla sv. stolica zanesljivo jamčiti, da taka zastopstva ne bodo razvijala delavnosti na škodo kraljevine Italije, kar seveda ni v njeni moči. V sedanji vojni je zato sv. stolica pozvala vsa taka zastopstva, naj se preselijo v Švico, kjer je hotela sv. stolica ustanoviti s svoje strani posebno diplomatsko zastopstvo, ki bi z njimi vzdrževalo stalne diplomatske stike. Ker so to diplomatska zastopstva prizadetih držav odklonila, ni preostalo drugega, kot da se naselijo v Vatikanskem mestu. Njih diplomatska korespondenca z domačimi državami, za katere odpravljanje skrbi sv. stolica, je pod vatikansko cenzuro.

službo v osrednjem vladnem organizmu vesoljne katoliške cerkve oziroma v upravi Vatikanskega mesta.³² Ta funkcija ga v resnici »supernacionalizira«.³³

Vendar vse to ne more določiti načelnega značaja pravne zveze prebivalcev z vatikanskim mestom, temveč to samo vpliva na posamezne njene značilnosti.

Odločilno je, da je prebivalstvo Vatikanskega mesta podrejeno suvereni oblasti v njem na način, kakor so podrejeni državljani oblasti svoje domovinske države. To ima v mislih politična pogodba, saj vzporeja, ko govori o državljanih Vatikanskega mesta, njihov pravni položaj s pravnim položajem italijanskih državljanov. Ne more pa vplivati na svojstvo vatikanskega državljanstva poseben način njegove pridobitve in izgube, ki ne ustreza dosedaj ustaljenim zadevnim načelom, veljavnim v posameznih državah, saj vsaka država neodvisno določa pogoje, pod katerimi smatra koga za svojega pripadnika. Način pridobitve vatikanskega državljanstva je določen v čl. 9 in 21 politične pogodbe ter v zakonu Vatikanskega mesta o državljanstvu in bivanju (*Legge sulla cittadinanza ed il soggiorno*) z dne 7. junija 1929, št. III. Po teh predpisih so državljani Vatikanskega mesta kardinali, ki bivajo v Vatikanskem mestu ali ki imajo svojo rezidenco v Rimu in osebe, ki stalno bivajo v Vatikanskem mestu. Razlogi za stalno bivanje so po čl. 1 navedenega zakona prevzem kakšnega zvanja, s katerim je zvezana dolžnost stalnega bivanja v Vatikanskem mestu, ali posebno papeževo dovoljenje. Iz »funkcijskega«, oziroma »koncesijskega« značaja vatikanskega državljanstva sledi seveda, da je ono načelno prehodne in ne stalne narave, kakor je to običajno državljanstvo. S prenehanjem zvanja ali z odtegnitvijo papeževe koncesije državljanstva preneha

³² Zato pravi Koellreuter, *Grundriß der Allgemeinen Staatslehre*, Tübingen, 1933, str. 27 s., da Vatikansko mesto ni država v današnjem smislu, zakaj njej je osnova »ein Volk in einem bestimmten Lebensraume«. Vatikanskemu mestu manjka ta osnova, vsled česar je samo »ein mit Funktionsträgern des Papstes bevölkerter Apparat«.

³³ V tem je supernacionalni značaj države Vatikanskega mesta, katerega vseskozi poudarja kurialna teorija. Gl. tudi D'A v a c k, *Il rapporto giuridico tra lo Stato della Città del Vaticano, la Santa Sede e la Chiesa Cattolica* v zbirki *Chiesa e Stato*, II., str. 67 ss., pos. str. 73 s.

pravica do stalnega bivanja v Vatikanskem mestu in z njim vatikansko državljanstvo. Isti učinek ima za kardinale, stolujoče v Rimu, prenehanje tamošnje rezidence. Na to okolnost se opira naziranje, da je vatikansko državljanstvo le neka »quasicittadinanza«,³⁴ bolj ustrezajoča pravnemu položaju tujcev, ki veljajo v nedomači državi za čas svojega bivanja na njenem ozemlju za nekake »subditi temporarii.«³⁵ Vendar tako vzporejanje ne drži, saj pravna vez vatikanskega državljanca z Vatikanskim mestom ne preneha, če zapusti njegovo ozemlje le začasno, ne pa trajno (čl. 9, odst. 1 polit. pogodbe ter čl. 6 in 8 vat. zak. o državljanstvu). Končno loči tudi vatikanski zakon o državljanstvu državljane in tujce ter oblikuje pravni položaj vsake teh dveh kategorij svojih prebivalcev na način, ki ustreza zadevnim pravnim načelom, veljavnim v sodobnih državah.

Ker je državljanstvo Vatikanskega mesta načelno samo prehodnega značaja, nastane seveda vprašanje, kakšen bo državljanski položaj oseb, ki zgube vatikansko državljanstvo. Najenostavnejša rešitev je naslonitev na njihovo prvotno državljanstvo, kar glede italijanskih državljanov določa čl. 9 politične pogodbe. V odst. 2 čl. 9 je rečeno, da bodo osebe, ki niso več podrejene suverenosti sv. stolice, brez nadaljnjega veljale v Italiji za italijanske državljane (... saranno in Italia considerate senz'altro cittadini italiani), če jih po italijanskem zakonu ni smatrati za druge državljane. In odst. 3 istega člena nadalje določa, da se bodo glede takih oseb, dokler so v smislu pogodbe državljani Vatikanskega mesta, v vprašanjih, ki niso urejena po normah, izdanih od sv. stolice, in v katerih je vpoštevna *lex personalis*, uporabljali italijanski zakoni; pri osebah z drugim prvotnim državljanstvom pa je v takih primerih treba uporabljati zakone njihove države.

Iz teh določb nekateri sklepajo, da noben državljan Vatikanskega mesta ne zgubi svojega prvotnega državljanstva. Kar se italijanskega državljanstva tiče, so njegovi učinki po vatikanskem torej kvečjemu nevtralizirani.³⁶ Prav ta zaklju-

³⁴ Chechini, n. d., str. 206. — ³⁵ Rovelli, n. d., str. 49 s.

³⁶ Chechini, n. m., Niboyet, *Les accords de Latran et le droit international privé* v *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1929, str. 100.

ček je napačen oziroma nesmiseln, zakaj iz čl. 4 in 9 politične pogodbe sledi, da italijanska država do oseb, ki so bile njeni državljani, za čas, ko so državljani Vatikanskega mesta, nima nobenih pravic, da v nobenem oziru niso predmet njene personalne vrhovnosti, da z drugimi besedami ta čas niso njeni državljani.³⁷ Zanje, njih zakonske žene, če so se poročili že kot vatikanski državljani, in njihove zakonske otroke je določba odst. 2, čl. 9 potrebna za primer, ko nehalo biti državljani Vatikanskega mesta, ker bi sicer vse te osebe ostale brez državljanstva.³⁸ Navedene okolnosti zato opravičujejo predpis odst. 3 čl. 9, ki ne bo posebno praktičen, saj so laični državljani Vatikanskega mesta v manjšini, za svetne klerike in religioze pa itak velja kot personalni statut pravo cerkvenega zakonika (*codex iuris canonici*), ki ga vatikanski zakon o pravnih virih z dne 7. junija 1929, št. II, navaja med glavnimi viri objektivnega prava za Vatikansko mesto. Za vatikanske državljane, ki niso bili poprej italijanski državljani, bo ostalo še naprej v veljavi njihovo prvotno državljanstvo poleg novega, ustrezno predpisom o državljanstvu, kakor veljajo v dotični državi, zakaj nanje nima vpliva niti pogodba niti zakonodaja Vatikanskega mesta. Temu vidiku zopet ustreza določba odst. 3 čl. 9 pogodbe. Normalen tak položaj dvojnega državljanstva res ni, vendar nastane večkrat, ker so posamezna vprašanja o državljanstvu v poedinih državah različno urejena, saj vsaka zase samostojno odloča v tej tvarini.

Dovolj je torej razlogov, da se izenači »državljanstvo« Vatikanskega mesta po izoblikovanosti in funkciji, ki jo ima, v pravnem oziru s pravim državljanstvom. S tem je doprinešen dokaz, da ima Vatikansko mesto tudi drugo prvino, ki ji daje pravno naravo države.

³⁷ Schoen, n. d., str. 7.

³⁸ »Koncesijsko« državljanstvo (*l'autorizzazione*) se namreč podeljuje po čl. 4 vatikanskega zakona o državljanstvu zakonski ženi in otrokom »alla semplice constatazione del rapporto di famiglia«. Preneha pa za zakonsko ženo z razveljavitvijo, razvezo (*matrimonii rati non consumati* v smislu c. i. c.) ali ločitvijo zakona, za otroke z dopolnjenim 25. letom, razun če so nesposobni za delo in jih je dolžan preživljati oče, ki je vatikanski državljan. Za hčerke preneha tudi z morebitno poroko z nevatikanskim državljanom.

Končno se pojavlja naziranje, da v Vatikanskem mestu ni tretje bistvene prvine, namreč izvirne vrhovne oblasti, ki bi vladala nad ozemljem in ljudmi tega mesta, da torej ozemeljskemu in ljudskemu elementu manjka tista povezujoča prvina, ki ustvarja pravno enoto, katero nazivamo državo. Naslanja se na okolnost, da vse zadevne določbe politične pogodbe (uvod, čl. 3—7, 9, 10, 18—24) govore vedno le o Vatikanskem »mestu« in da samo čl. 26 rabi izraz »država« Vatikanskega mesta, dalje da so vse vrhovnostne pristojnosti nad ozemljem in prebivalstvom Vatikanskega mesta v pogodbi priznane sv. stolici (uvod, čl. 3, 4, 9, 22), ne pa mogoče Vatikanskemu mestu ali kakšni vatikanski državi. Iz tega naj bi sledilo, da Vatikansko mesto ni nositelj lastnih vrhovnostnih pravic, da ono ni poseben subjekt, ki bi bil različen od sv. stolice, da Italija v pogodbi ne priznava dveh subjektov, ampak samo enega, namreč sv. stolico, ne pa še Vatikanskega mesta kot novo državo.³⁹ Po tem naziranju bi bilo ozemlje Vatikanskega mesta izvendrжавno ozemlje, njegovi pripadniki, kolikor so bili poprej italijanski državljani, bi bili apoliti, če se ne sprejme mnenje, da tako zvano vatikansko državljanstvo samo suspendira učinke njihovega domovinskega državljanstva, sv. stolica pa bi kvečjemu kot mednarodnopravni subjekt vršila neomejeno in izključno oblast nad ozemljem in ljudmi Vatikanskega mesta. Vendar bi bilo tako stališče sprejemljivo le tedaj, če na podlagi določb pogodbe drugega ne bi bilo mogoče zavzeti; zakaj najbolj je utemeljena domneva, da sta hoteli stranki pogodbenici z ustanovitvijo Vatikanskega mesta ostati v mejah tradicionalnih suverenih teritorialnih tvorb, t. j. držav. To mnenje podpira jasna dikcija čl. 26, ki jo je brez sile mogoče samo tako razlagati, da sta pogodbenici pri izrazu »država« imeli v mislih njen ustaljeni pravni pojem, da je bila torej njuna namera ustanoviti pravo državo. Tudi iz dejstva, da priznava pogodba vrhovnostne pravice nad ozemljem in prebivalstvom Vatikanskega mesta sv. stolici, ni treba delati prenaglenih zaključkov. Za pogodbenici ni bilo dvoma, da bo država Vatikanskega mesta urejena po absolutističnem vzoru s papežem na čelu, da bo torej v njej suverena tista

³⁹ Chechini, n. d., str. 201.

oseba, ki je vidni poglavar in predstavnik katoliške cerkve in katera se v odnosu do držav navadno označuje z institucionalnim izrazom sv. stolice. Pogodbenci nista izbirali izrazov, misleč na teoretične distinkcije, temveč sta imeli edino le namero, da z njimi dosežeta hotene učinke na najbolj enostaven in smiselno nedvoumen način. Zato je odveč, iskati jim izumetničenega pomena. Oni jasno povedo samo to, da bo v Vatikanskem mestu izvrševal suvereno državno oblast papež in nihče drugi.⁴⁰

Tudi z vidika državnega smotra se skuša Vatikanskemu mestu odrekati državni značaj in to zopet naslanjaje se na določbe uvoda, čl. 3 in čl. 26 politične pogodbe. Tam je namreč ponovno poudarjena posebna svrha Vatikanskega mesta, ki naj nudi sv. stolici tisto vidno oporo njene dejanske in pravne samostojnosti v svetu, katero ona smatra za nujno, da lahko s potrebnim ugledom, ustreznim svojemu dostojanstvu, in s primerno neodvisnostjo vrši poslanstvo vrhovnega in vodstvenega organa vesoljne katoliške cerkve. Res je, da taka svrha ni empirični smoter nobene sodobne države. Kljub temu to ne more biti ugovor proti državnemu značaju Vatikanskega mesta. Vprašanje je, ali je moment smotra, ki se, kakor zgodovinska skušnja uči, tekom časa menja, sploh potreben za opredelbo pojma države. Tudi če sprejmemo naziranje, da je potreben, moramo ločiti razne smotre, ki jih zasleduje država. Večina njih je politično-sociološke narave; ti pa za opredelbo pravne narave države ne prihajajo v ozir. To velja v isti meri za Vatikansko mesto, za katero je ravno edinstveni političnosociološki smoter pravkar navedeni. Zato tudi ni tehten ugovor, češ da Vatikansko mesto zato ni država, ker je le sredstvo za izpolnitev posebnih, točno omejenih nalog, ko naj bi bila vendar ena bistvenih značilnosti države ta, da si stavlja stvarno neomejeno svoje smotre in naloge.⁴¹

En smoter pa bi označili kot pravni v tem smislu, da imamo le tedaj opravka s sodobno državo kot pravnim pojmom, če je v stanju dati si iz svoje izvirne oblasti lastno

⁴⁰ Prim. tudi Schoen, n. d., str. 8 s.

⁴¹ Prav s tega vidika odreka Vatikanskemu mestu značaj države Siotto-Pintór, n. d., str. 242.

pravno ureditev in izoblikovati ter zavarovati pravni položaj prebivalcev na svojem ozemlju i v njihovem medsebojnem razmerju i v razmerju do državne oblasti. Ta okolnost se nam zdi pod smotrovnim vidikom edino tehtna za opredelbo, ali ima kakšna teritorialna tvorba pravno naravo države ali ne. Presojati se dá ta okolnost samo s stališča notranje pravne ureditve dotične tvorbe, v obravnavanem primeru torej z motrišča notranjega prava Vatikanskega mesta.

Dne 7. junija 1929 so bile izmenjane ratifikacijske listine o lateranskih pogodbah med sv. stolico in kraljevino Italijo. Ta dan so stopile v veljavo. Papež Pij XI. je tedaj kot nosilec in uteleševalec tiste suverene teritorialne oblasti, ki je nastala na ozemlju Vatikanskega mesta ob istočasnem prenehanju suverenosti italijanske države nad tem ozemljem, izdal šest zakonov. Imeli so namen, ustvariti potrebno organizacijo državne oblasti na ozemlju Vatikanskega mesta in izoblikovati ter zavarovati pravni položaj njegovih prebivalcev, torej zadostiti tistemu državnemu smotru, ki smo ga označili kot pravnega. Gre za državni temeljni zakon (št. I), za zakon o pravnih virih (št. II), za zakon o državljanstvu in bivanju (št. III), za zakon o upravni ureditvi (št. IV), za zakon o gospodarski, trgovski in obrtniški ureditvi (št. V) in za zakon o javni varnosti (št. VI).

Ureditev Vatikanskega mesta, kakršno določa temeljni zakon, ustreza sodobni državi, organizirani po političnem oblikovalnem načelu absolutne volivne monarhije.⁴² Če pa vzamemo kot določujoče sodilo monarhije dednost položaja državnega poglavarja, potem je to neka posebna vrsta aristokratske republike z voljenim absolutnim vrhovnim organom, ki ni kolegij, temveč individuum, čigar položaj je dosmrten.⁴³ Suveren države Vatikanskega mesta je papež, njemu pristojna zakonodajna, izvršna in sodna oblast. Oblast državne suverene vrši v času, ko je papeška stolica prazna,

⁴² Tako Falco, *Corso di diritto ecclesiastico*², Padova, 1935, I., str. 114 s.

⁴³ Tako Pitamic, *A Treatise on the State*, Baltimore, Maryland, 1933, str. 50. Vendar pravi tudi on, da »such a state, though still a republic, is on the verge of being an absolute monarchy«.

sv. kolegij. Vendar sme zakonske določbe izdati le v nujnih primerih in samo z veljavo za čas sedisvakance. Če jih bodoči papež potrdi, obdrže veljavo še naprej. Papež se za reprezentanco vatikanske države nasproti tujim državam poslužuje državnega tajništva (*Segreteria di Stato*), t. j. tistega kurialnega oblastva, ki v imenu sv. stolice kot vrhovnega vodstvenega organizma vesoljne katoliške cerkve vzdržuje urejene odnose z državami, oziroma zanje skrbi. Kolikor je organ papeža kot suverena Vatikanskega mesta, je pristojno za sklepanje mednarodnih pogodb (*per la conclusione dei trattati*, kjer je izraz *trattato* rabljen kot *terminus technicus* v nasprotju k pojmu *konkordata*) in vzdrževanje diplomatskih odnosov Vatikanskega mesta z drugimi državami. Zakonodajno oblast izvaja načelno papež sam, on tudi odobrava letni preračun in zaključni račun dohodkov in izdatkov Vatikanskega mesta. Izvršna oblast je delegirana državnemu guvernerju, kolikor se ne tiče činov, katere pridržuje temeljni zakon izključno papežu, oziroma činov, ki si jih papež avocira. Guvernerju je podrejeno papeško orožništvo; če pa bi zahtevale koristi javne varnosti in policije večjo silo, mu je v podporo tudi papeška švicarska garda. Guvernerju papež lahko prenese zakonodajno oblast za določene tvarine ali posamezne predmete, kolikor takega prenosa ne izključuje temeljni zakon. Neodvisno od take delegacije izdaja guverner uredbe in naredbe (*regolamenti ed ordinanze*) za izvajanje zakonov, seveda brez derogacijskega ali dispensatornega učinka. Guvernerja imenuje in odstavlja papež, njemu je neposredno in izključno odgovoren za svoje poslovanje. Guverner ima dolžnost rezidence v Vatikanskem mestu. Posvetovalni organ Vatikanskega mesta je glavni državni svetnik (*Consigliere generale dello Stato*). On ni dolžan bivati v Vatikanskem mestu in vsled tega redno ni vatikanski državljani. Odgovoren je papežu, ki ga imenuje in odstavi. Njegova dolžnost je, dajati mnenje v vseh primerih, ko to zahteva ali zakon (preračun, zaključni račun, guvernerju delegirana zakonodaja, izvršilna uredba in naredbodaja), ali papež ali guverner. Izvrševanje sodne oblasti je poverjeno sodiščem, ki jo izvajajo v papeževem imenu. Kot prva stopnja v civilnih stvareh, kolikor ni pristojen sodnik poedinec, in v kazenskih stvareh posluje prvo-

stopni sodni dvor (Tribunale di prima istanza), sestojče iz predsednika, dveh sodnikov prisednikov in enega namestnika. Za prizivno sodišče je določena Rimska rota (Sacra Romana Rota), a za vrhovno sodišče Najvišje sodišče Signature (Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal), torej dve kurialni osrednji cerkveni sodišči. Kadar nastopata kot sodna oblastva Vatikanskega mesta, morata izdati zadevne uradne čine na njegovem ozemlju.⁴⁴ Prekrške sodi redno po eden ali več upravnih funkcionarjev, ki jih določi guverner. Če je dopusten priziv, je prizivni sodnik predsednik prvostopnega sodišča ali drug od njega določen sodnik. Upravnega sodišča ni. Vendar so kljub temu prebivalci Vatikanskega mesta zaščiteni v svojih pravicah nasproti izvršni oblasti, ne da bi bilo kršeno načelo, da sodna oblast ne sme posegati v izvršno. Tožba je namreč dopuščena na redno sodišče, ki sme pač presojuditi zakonitost odnosno nezakonitost izpodbijanega upravnega čina, ne more ga pa razveljaviti ali spremeniti, temveč lahko razsodi le glede učinkov akta in morebitne odškodninske dolžnosti. Vrhutega se sme vsakdo, ki misli, da mu je upravni akt kršil pravico ali osebni interes, pritožiti preko glavnega državnega svetnika na papeža. V vsaki civilni ali kazenski zadevi in v vsakem njenem stadiju papež lahko prenese preiskavo ali odločitev na posebno komisijo, tudi s pristojnostjo, da odloči po pravičnosti (secondo equità) ob izključitvi vsakega nadaljnjega pravnega sredstva. Papežu ostane vedno pridržana pravica amnestije in pomilostitve. Zadevne prošnje je treba nasloviti preko glavnega državnega svetnika. Končno ima Vatikansko mesto svoje državne simbole, zastavo (rumenobela

⁴⁴ Kakor se iz tega vidi, je v Vatikanskem mestu poskrbljeno za redno sodstvo v vseh civilnih in kazenskih stvareh. Zato je neosnovana Liermannova trditev, da oblast Vatikanskega mesta ni prava državna oblast, češ da ne more v vsakem pogledu izvajati oblasti, katero normalno izvaja državna oblast (n. d., str. 386 s.), pri čemer se sklicuje na čl. 22, odst. 1 politične pogodbe. Tam je namreč rečeno, da bo Italija na svojem ozemlju poskrbela za kaznovanje deliktov, storjenih v Vatikanskem mestu po zahtevi in delegaciji sv. stolice razen v primeru, ko bi avtor delikta pribežal na italijansko ozemlje; tedaj bodo brez nadaljnega postopala proti njemu italijanska oblastva po italijanskih zakonih. Ta pogodbeni določba pač nikakor ne zmanjšuje suverenosti Vatikanskega mesta v njegovi kazenskosodni vrhovnosti.

s tiaro s ključi na belem polju), grb (tiara s ključi), pečat (na sredi tiara s ključi, okoli pa napis *Stato della Città del Vaticano*) in lasten denar (čl. 1 zak. št. V). — Od l. 1939. dalje posluje po odredbi papeža P i j a XI. posebna papeška komisija (*Pontificia Commissione*) za državo Vatikanskega mesta, katero sestavljajo trije kardinali. Izvršuje vse oblasti, ki pripadajo papežu osebno pri vladanju Vatikanskega mesta; seveda papež vselej lahko pritegne njihovo izvrševanje nase. Pravni položaj te kardinalske komisije je posnet po pravnem položaju generalnega kraljevega zastopnika (*Luogotenente generale del Re*), kakor ga je izoblikoval italijanski ustavnopravni običaj.⁴⁵

Ostali zakoni, tudi zakon o upravni ureditvi, kolikor v prvih določbah podrobneje ureja zaščito proti nezakonitim upravnim činom vatikanskih državnih upravnih oblastev, oblikujejo pravni položaj prebivalcev Vatikanskega mesta in sicer, z izjemo zakona o pravnih virih, vsak za določeno tvarino. Za svrho naše razprave njihova podrobna vsebina ni pomembna. Zadostuje ugotovitev, da je z njimi v polni meri poskrbljeno za urejeno življenje in sožitje prebivalcev Vatikanskega mesta. Pravne praznine, ki bi utegnile nastati, odpravlja zakon o pravnih virih. Kot poglobitvi viri so naštetih cerkveni zakonik (*codex iuris canonici*), apostolske konstitucije ter v smislu temeljnega zakona izdani zakoni in uredbe, ki se objavljajo v posebni prilogi osrednjega cerkvenega publikacijskega glasila »*Acta Apostolicae Sedis*«. Za tvarine, ki in kolikor zaenkrat še niso urejene po teh pravnih virih (nekaj upravnih, kazenskih, civilnih materialnih in procesnih pravnih določb pri naša zakon o pravnih virih sam), služijo kot dopolnilo italijanski zakoni in uredbe, veljavni na dan 7. junija 1929, kolikor ne nasprotujejo božjemu pravu, splošnim načelom kanonskega prava, določbam lateranskih pogodb, in kolikor jih je mogoče uporabiti glede na dejanski položaj v Vatikanskem mestu. Ta določba prav za prav ustreza splošno ustaljenemu načelu, da država naslednica pusti v veljavi prejšnje pravo, kolikor ga ne spremeni bodisi na novo nastali položaj sam bodisi država naslednica izrecno po svo-

⁴⁵ Gl. Rovelli, n. d., str. 58 s.

jem postavljenem pravu. Seveda velja v našem primeru od- slej naprej to pravo iz avtoritete Vatikanskega mesta in spre- membe, katere ga zadenejo v kraljevini Italiji, za Vatikansko mesto ne veljajo. Kadar kljub vsem tem pravnim virom za odločitev kakšnega civilnega spora ni precizne pravne nor- me, odloči sodnik po kriteriju, kateremu bi sledil, če bi bil zakonodajalec, oziraje se na predpise božjega in naravnega prava ter splošna načela kanonskega prava. Podobno načelo velja tudi v kazenskih zadevah. Če namreč določbe italijan- skega kazenskega prava, ki bi dopolnilno veljale, s kak- šnega razloga ne bi bile uporabne, niti ne bi bilo drugih specialnih kazenskih določb, a storjeno dejanje greši zoper načela vere ali morale, krši javni red ali varnost oseb in stvari, tedaj sme sodnik kaznovati krivca, nekvarno ukre- pom in spiritualnim kaznim kanonskega prava, z globo do devet tisoč lir ali z zaporom do šestih mesecev.⁴⁶

Vatikansko mesto ima torej i po strukturi svoje javne oblasti i po pravnem smotru, ki ga v celoti izpolnjuje, pravno naravo države.

Zavoljo popolnosti bodi že na tem mestu povedano, da velja Vatikansko mesto po čl. 24, odst. 2 politične pogodbe vedno in v vsakem primeru kot nevtralnno in nedotakljivo ozemlje. Ta nevtralizacija nastopa kot posledica izjave sv. stolice iz odst. 1 istega člena, glasom katere se sv. stolica kot mednarodna suverena oblast ne bo vmešavala v svetne spore držav in se ne bo udeleževala mednarodnih kongre- sov, sklicanih zavoljo njih, razen če bi jo prizadete stranke soglasno k temu pozvale, sklicujoč se na njeno mirovno poslanstvo. Vendar si sv. stolica v vsakem primeru pridržuje uveljavljanje svoje moralne in duhovne oblasti. Pogodba sicer ustvarja pravo neposredno samo med pogodbenicama, tako da po njej zadeva samo Italijo dolžnost, spoštovati nevtralnno Vatikanskega mesta; ta dolžnost pa se po na- šem mnenju nujno obrača tudi nasproti tretjim državam, ki bi hotele morebiti kršiti to nevtralnno. Zakaj nevtralnno Vatikanskega mesta zavoljo njegovega položaja kot enklave

⁴⁶ Kot magistrnalno delo o notranji ureditvi Vatikanskega mesta gl. C a m m e o, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Firenze, 1932.

v italijanskem državnem ozemlju ni mogoče kršiti tretjim silam, ne da bi kršile italijansko teritorialno vrhovnost in s tem izzvale reakcijo kraljevine Italije. Ta posledica bi le tedaj izostala, če bi Italija v kršitev nevtralnosti Vatikanskega mesta pristala, kar bi pa nasprotovalo smislu odst. 2 čl. 24. Za tretje države sicer iz čl. 24 ne nastopijo nobene neposredne pravice in dolžnosti, vendar je treba smatrati, da postane v čl. 24 podana splošna nevtralnostna izjava pravno učinkovita nasproti tretjim državam, čim priznajo Vatikansko mesto v smislu mednarodnega prava,⁴⁷ kajti čim ga priznajo, ga priznajo lahko samo takega, kakršno hoče v smislu čl. 24 biti priznano. S tem si je Vatikansko mesto v dovoljni meri zagotovilo zunanjo varnost, ki je eden glavnih političnosocioloških smotrov države.

Končno kažejo še določbe čl. 22, odst. 2 in čl. 23, odst. 1 na to, da ima Vatikansko mesto v razmerju do kraljevine Italije značaj države. Prva določba govori o izročitvi delinkventov, ki so zagrešili kakšen delikt na italijanskem ozemlju in nato zbežali na ozemlje Vatikanskega mesta. Takšne osebe bo izročila sv. stolica italijanski državi, če so zagrešile dejanja, katera označujejo kot deliktna zakoni obeh »držav«. Druga določba pravi, da se bodo sodbe sodišč Vatikanskega mesta izvrševale v kraljevini Italiji po normah mednarodnega prava, to se pravi po ustaljenih pravnih načelih, ki veljajo v teh tvarinah med državami.

Dovolj je torej podprt zaključek, da ima Vatikansko mesto pravno naravo države, glejmo ga potem z vidika njegove notranje oblastvene strukture in njegovih pravnih funkcij na znotraj ali z vidika njegovega položaja in funkcij, ki jih ima po mednarodnem pravu.

Za popolno dognanje njegovega pravnega položaja je treba sedaj le še označiti njegovo razmerje do sv. stolice.

⁴⁷ Razen kraljevine Italije nobena druga država ni formalno priznala Vatikanskega mesta. Pač pa smatrajo za posredno priznanje Vatikanskega mesta po državah, ki so vzdrževale redne diplomatske stike s sv. stolico, adreso, katero je dne 10. marca 1929 naslovil v slavnostni avdienci na sv. očeta doyen pri njem akreditiranega diplomatskega zbora. Ta adresa vsebuje zahvalo za sporočilo o lateranskih pogodbah, ki ga je kardinal državni tajnik izvršil že 7. februarja 1929, torej še

III.

Že iz doslej povedanega je bilo razvidno, da sta država Vatikanskega mesta in sv. stolica v posebno tesni, lahko rečemo organski zvezi. Zato so se dosti trudili z vprašanjem kako naj bi jo najpravilneje opredelili. Teoretiki, ki priznavajo Vatikanskemu mestu državni značaj, in le zanje nastaja to vprašanje, so ubrali dvoje poti. Ena smer je dualistična in motri tako sv. stolico kakor Vatikansko mesto kot posebno pravno enoto z lastno pravno subjektivnostjo. Druga smer je monistična in skuša kljub načelnemu priznanju državnega značaja Vatikanskega mesta združiti to tvorbo s sv. stolico v eno samo pravno enoto in en sam pravni subjekt. To smer, ki je nastopila časovno kot druga, je nakazal najprej *Jemolo*, označujoč Vatikansko mesto za državo, ki je objekt suverenosti samostojnega mednarodnopravnega subjekta sv. stolice, posebljene v papežu.⁴⁸ Seveda to naziranje ne vzdrži kritike, zakaj država, ki ne bi imela svoje volje, katero vstvarjajo lahko samo njeni, v to svrho postavljeni organi, sploh ni država. V drugi obliki je zastopal isto misel *Donati*,⁴⁹ zatrjujoč, da sta sv. stolica in država Vatikanskega mesta samo en pravni subjekt, kolikor gre za vprašanja, tičoča se Vatikanskega mesta. Opiral se je na okolnost, da politična pogodba vseskozi priznava suverenost nad Vatikanskim mestom le sv. stolici kot najvišji instituciji katoliške cerkve ne pa državi Vatikanskega mesta. Zato po njegovem mnenju ni mogoče smatrati poglavarja cerkve za organ države Vatikanskega mesta, temveč je nasprotno treba smatrati poglavarja cerkve za subjekt suverenosti v Vatikanskem mestu. S tem dobi država Vatikanskega mesta pečat neke posebne, zgodovinsko sicer že preživele državne vrste, namreč značaj patrimonialne države. Njena značilnost je po *Donatiju* v tem, da ni

pred njihovim podpisom, in čestitke za srečno ureditev rimskega vprašanja. Je obenem važen dokument, ki potrjuje mednarodnopravno subjektivnost sv. stolice za čas po l. 1870., ko papež ni bil svetni suveren.

⁴⁸ *Jemolo*, Carattere dello Stato della Città del Vaticano, *Rivista di diritto internazionale*, 1929, str. 188 ss., pos. str. 190, 194 s.

⁴⁹ *Donati*, La Città del Vaticano nella teoria generale dello Stato, v *Studi per Raneletti*, I., Padova, 1931, str. 339 ss., in separadni odtis, Padova, 1930, passim.

država kot taka subjekt suverenosti, temveč da je njen subjekt vladar, ki v lastnem interesu in imenu vlada nad ljudmi in ozemljem. V tej vrsti države je vladar istoveten z državo, je »la persona reale dello Stato«. Za Vatikansko mesto je stvarna državna oseba sv. stolica, ozemlje in prebivalci Vatikanskega mesta so nasproti njej le objekt njene oblasti. To naziranje na prvi pogled res ustreza zadevnim določbam politične pogodbe, vendar ni vzdržljivo.⁵⁰ Vsa zamisel »patrimonialne države« je zgodovinsko vezana na čas, ko se je državni suveren sam smatral in so ga tudi drugi smatrali za neomejenega gospodarja nad posameznimi državnimi sestavinami, t. j. nad ozemljem, ljudmi in pravom, ki ga je lahko po mili volji spreminjal. Sintetična formula tega primitivnega absolutizma je izrek, ki ga pripisujejo Ludviku XIV. »l'État c'est moi«. A že prosvetljeni absolutizem zasnuje državo kot organsko, svoje sestavine v skupnost povezujočo celoto, tako da se vladar ne zenačuje več z državo, temveč postane njen »prvi služabnik«, t. j. njen vrhovni organ. Še jasnejša je postala pravilnost take zasnove države z nastankom tipa ustavne države, kjer jo je pluraliteta vrhovnih ustavnih organov ob istočasni zahtevi državne enotnosti naravnost vsiljevala. Današnjemu pravnemu naziranju o državi zato pojem patrimonialne države sploh ne ustreza več in z njim kakšne sodobne državne tvorbe ni mogoče razložiti. To potrjuje skrben pregled že navedenih določb vatikanskega temeljnega zakona, ki smatra državo Vatikanskega mesta za pravno skupnost, v katero je vključen prav tako njen vrhovni suveren, papež. Temu primerno je urejen položaj guvernerja, glavnega državnega svetnika in sodišč Vatikanskega mesta, ki so vsi organi te države s funkcijami, katere jim daje temeljni zakon, ne pa osebna delegacija državnega suverena. Da sta imeli pogodbenici namen, ustvariti državo, ustrežajočo sodobnemu pravnemu naziranju, o tem ne more biti dvoma in ravno ustavna ureditev države Vatikanskega mesta je temu dokaz.⁵¹

⁵⁰ Opredelitev države Vatikanskega mesta kot patrimonialne države sv. stolice oz. papeža je v italijanski državnopravni literaturi prevladojoča. Gl. Falco, n. d., I, str. 116.

⁵¹ Prim. tudi Schoen, n. d., str. 16 s. — Inačico Donatijeve teorije podaja Romano, Corso di diritto Costituzionale⁶, Padova,

Načelno se drži monistične smeri še posebna konstrukcija odnosa sv. stolice do Vatikanskega mesta, katero je podal *Balladore Pallieri*.⁵² Izhaja iz vzporejanja cerkvenega pravnega reda in pravnega reda Vatikanskega mesta. Vez med obema je papež, ki je dne 7. junija 1929 izdal temeljni zakon in ostale zakone, potrebne za pravni nastanek Vatikanskega mesta. Ker jih je papež v smislu prve lateranske pogodbe mogel izdati le kot poglavar katoliške cerkve, ustava Vatikanskega mesta ni izviren, samostojen, nepogojen pravni red, temveč izveden iz cerkvenega pravnega reda. Kljub tej normativni odvisnosti je Vatikansko mesto država, zakaj ono vrši funkcije vrhovnostne teritorialne organizacije, ki se razlikujejo od duhovnih funkcij cerkve. Kolikor stopa pri zasledovanju svojih temporalnih nalog Vatikansko mesto v stike z drugimi državami, ima mednarodnopravno osebnost, do cerkve pa je i po svoji normativni in po svoji smotrovni odvisnosti v razmerju vazalne države.

Ta konstrukcija je posneta po vzgledu tako zvanih ne-paritarnih državnih zvez, kakor jih pozna znanost o mednarodnem pravu in je že na prehodu od monističnega k dua-

1941, str. 105 s. On loči odnos katoliške cerkve kot celote do države Vatikanskega mesta in odnos države Vatikanskega mesta do sv. stolice. Vatikansko mesto mu je prava država, vendar v smislu njegove teorije ni pravna oseba (n. d., str. 55 ss.), nima kot pravna celota suverenosti, t. j. oblasti vladanja. Ta pristojna edino sv. stolici, torej ustanovi (ente), ki je obenem najvišja institucija cerkve. Cerkev in Vatikansko mesto imata tedaj skupno ustanovo, ki ni njun organ v pravem pomenu besede, pač pa sestavni del obeh in subjekt, ki ima hkrati najvišjo oblast i v cerkvi i v Vatikanskem mestu. Med cerkvijo in Vatikanskim mestom je zato zveza podobna realni uniji, zakaj to zvezo sta pravno določili in hoteli i cerkev i Vatikansko mesto s pomočjo njunega skupnega najvišjega subjekta, sv. stolice, v svrhu, da se cerkvi zagotovi neodvisnost. V mednarodnem pravu cerkev in Vatikansko mesto ne nastopata kot dve ločeni osebi, temveč kot ena sama oseba, kot sv. stolica v dvojnem svojstvu najvišje ustanove i cerkve i Vatikanskega mesta.

⁵² *Balladore Pallieri*, *Il rapporto tra Chiesa Cattolica e Stato vaticano secondo il diritto ecclesiastico e il diritto internazionale*, *Rivista internazionale di scienze sociali*, 1930, str. 195 ss.; isti, *Die völkerrechtliche Persönlichkeit des Staates Città del Vaticano*, *Z. f. öff. R.*, 1931, str. 505 ss.; isti, *Il Diritto Internazionale Ecclesiastico*, pos. str. 72 ss. Njegovo naziranje je prevzel tudi *Verdross*, *Völkerrecht*, Berlin, 1937, str. 58 s.

lističnemu naziranju, ki skuša doumeti odnos sv. stolice do Vatikanskega mesta na egalitarni osnovi, naslanjaje se bodisi na konstrukcijo realne⁵³ ali celo personalne⁵⁴ unije. Seveda tako vzporejanje z različnimi vrstami državnih zvez šepa, kajti te so vedno zveze enakovrstnih teritorialnih vrhovnostnih tvorb z enakimi nalogami in smotri; zveza države Vatikanskega mesta s sv. stolico oziroma s katoliško cerkvijo pa je zveza dveh po svojih smotrih in nalogah ter zavoljo tega tudi po notranji organizacijski strukturi različnih socialnih tvorb. Opravka imamo tedaj s čisto svojstveno zvezo, določljivo po tistih pozitivnih pravnih določbah, ki jo utemeljujejo.⁵⁵

Težave s konstrukcijo razmerja med sv. stolico in Vatikanskim mestom izhajajo večidel iz neenotnosti pojma sv. stolice. Če hočemo določiti ta pojem po cerkvenem pravu, potem vidimo, da daje *codex iuris canonici* v c. 7 pojmu sv. stolice i pomen fizične osebe papeževe i pomen skupnosti oblastev rimske kurije, katerih se poslužuje papež za opravljanje poslov vesoljne cerkve.⁵⁶ C. 100, § 1 ga zopet uporablja institucionalno v smislu cerkvene pravne osebe *ex divina ordinatione* in c. 1495, § 1 kot cerkveni imovinsko-pravni subjekt, ki ima »*nativum ius... libere et independenter a civili potestate acquirendi, retinendi et administrandi bona temporalia ad fines sibi proprios prosequendos*«.⁵⁷

⁵³ Anzilotti, La condizione giuridica internazionale della Santa Sede in seguito agli accordi del Laterano, *Rivista di diritto internazionale*, 1929, str. 165 ss., pos. str. 172; C a m m e o, n. d., str. 67 s.; R o m a n o, gl. op. 51. Prim. tudi Perugini, De coniunctione utriusque potestatis tum spiritualis tum temporalis in *Romano Pontifice, Appolinaris*, 1931, str. 313.

⁵⁴ Morelli, Il trattato fra l'Italia e la Santa Sede, *Rivista di diritto internazionale*, 1929, str. 197 ss., pos. str. 198.

⁵⁵ Prim. tudi D' A v a c k, n. d., str. 103 ss., pos. str. 108 s.

⁵⁶ To istovetenje pojma sv. stolice z rimsko kurijo je očitno zavedlo tudi Rousseauja (gl. op. 27), da je smatral tiste nepremičnine, ki se nahajajo izven Vatikanskega mesta in katerim je Italija priznala diplomatsko imuniteto, ker v njih vrše svojo uradno oblast kurialna oblastva, kot sestavni del vatikanske države. Ker služijo te imunitete prav tako kakor Vatikansko mesto neodvisnosti sv. stolice v širšem smislu pri upravljanju njenih duhovnih funkcij, je prišel nekritično do napačnega zaključka.

Na mednarodnopravnem področju je subjektnost vesoljne katoliške cerkve vsebovana v institucionalnem pojmu sv. stolice, kakor ga ima v mislih navedeni c. 100, § 1. Kot pravna oseba je v svojem obstoju neodvisna od tistih fizičnih individuov, ki zanjo nastopajo, in pomeni kontinuiteto pravic in obveznosti, katere preko nje in v njej priznavajo vesoljni cerkvi države, odnosno katere je vesoljna cerkev potom nje in v njej prevzela nasproti državam. Garancija te kontinuitete in dejanskega izvajanja pravic ter spoštovanja prevzetih obveznosti je v notranji organizaciji cerkve, v kateri je papež, t. j. tista fizična oseba, ki zavzema sv. stolico in ki zanjo nastopa, aktivni vrhovni organ vlade.

Prva lateranska pogodba priznava v čl. 2 sv. stolici pojmovani v tem smislu suverenost na mednarodnopravnem področju brez ozira ali je njen fizični predstavnik papež svetni suveren ali ne.⁵⁷ In sv. stolica kot institucija postane titular vseh različnih pravic, katere ji kraljevina Italija v tej pogodbi daje; pravice, ki so v bistvu iste, katere ji je zagotavljala že v garancijskem zakonu, le da je sedaj njihova pravna osnova drugačna, egalitarna, na mednarodnopravnem področju ležeča in ne več na notranjem, državnoopravnem. Država Vatikanskega mesta je tudi samo eno izmed sredstev, čeprav glavno, katero Italija zagotavlja sv. stolici »per gli speciali fini e con le modalità di cui al presente trattato« (čl. 3), namreč »per assicurare alla Santa Sede l'assoluta e

⁵⁷ Kadar prva lateranska pogodba govori o priznanju lastninske pravice sv. stolici nad Vatikanskim mestom in drugimi nepremičninami, ležečimi v Rimu in njegovi okolici, je mišljena sv. stolica kot naravni cerkveni imovinskopravni subjekt po c. 1495, v drugih primerih kot institucionalni pojem iz c. 100; kadar pa je govora o sv. stolici v zvezi s temporalno oblastjo Vatikanskega mesta, je mišljena fizična oseba papeževa, ki zavzema sv. stolico, v smislu c. 7.

⁵⁸ Tam je rečeno: »L'Italia riconosce la sovranità della Santa Sede nel campo internazionale come attributo inerente alla sua natura, in conformità alla sua tradizione ed alle esigenze della sua missione nel mondo«. Zavoljo te iz duhovne oblasti izvirajoče suverenosti in mednarodnopravne subjektnosti priznava Italija v čl. 12 prve lateranske pogodbe sv. stolici aktivno in pasivno legacijsko pravico. Zavoljo nje se obvezujeta pogodbenici, da bosta vzdrževali normalne diplomatske odnose in sicer akreditira Italija pri sv. stolici veleposlanika, sv. stolica v Italiji papeškega nuncija, ki bo doyen diplomatskega zbora, akreditiranega pri Kvirinalu.

visibile indipendenza, garantirle una sovranità indiscutibile pur nel campo internazionale« (uvod, odst. 2).⁵⁹ Modalitete, o katerih je govora, so vsebovane v tistih določbah, ki merijo na sestavine Vatikanskega mesta, na njegovo ureditev in na njegov odnos do kraljevine Italije. Kolikor je predmet pogodbe Vatikansko mesto, izvira iz nje za kraljevino Italijo nasproti sv. stolici kot mednarodnopravnemu subjektu, obveznost, da bo storila vse, kar je z njene strani potrebno, da lahko stopi v življenje Vatikansko mesto kot državna tvorba, a sv. stolica se zavezuje nasproti kraljevini Italiji, da bo poskrbela za to, da bo Vatikansko mesto v resnici služilo samo tistim namenom, ki so naznačeni v pogodbi in izpolnjevalo tiste posebne dolžnosti, ki ga po smislu pogodbe zadevajo nasproti kraljevini Italiji. Čl. 26, odst. 2 nato jasno pove, kako naj se vse to zagotovi, namreč s suvereno svetno oblastjo papežev v Vatikanskem mestu. Pravilno je zato treba tolmačiti vse druge določbe, ki govore o suverenosti sv. stolice nad Vatikanskim mestom, v tem smislu, da je tedaj vedno mišljena fizična oseba papeževa, ne pa sv. stolica kot vrhovna institucija cerkve. Pač pa bi zadela njo in preko nje vso cerkev posledica zgube tako važnega sredstva za neodvisno izvajanje njene spiritualne oblasti, kakor ga predstavlja temporalna suverena oblast države Vatikanskega mesta v rokah fizičnega predstavnika sv. stolice, če bi se zgodilo, da papež ne bi več bil absolutni suveren Vatikanskega mesta in bi se to odtujilo svrham, ki jih pogodba predvideva. Tedaj bi iz upravičene uporabe klavzule »rebus sic stantibus« nastala za kraljevino Italijo pravica, odpraviti državo Vatikanskega mesta.

Taka je vsa zveza, ki se more razbrati med sv. stolico in državo Vatikanskega mesta. Da tudi cerkev ne istoveti sv. stolice z državo Vatikanskega mesta, je dovolj raz-

⁵⁹ V glavnem je ta garancija bila potrebna nasproti kraljevini Italiji, zakaj kljub dogodkom iz l. 1870. je sv. stolica obdržala suverenost na mednarodnopravnem področju nasproti krščanskim državam, le nasproti Italiji njen položaj ni bil razjasnjen, ker je temeljil na notranjem italijanskem državnem pravu. Z ustanovitvijo države Vatikanskega mesta, v katerem je papež absolutni suveren, torej v svojem temporalnem položaju od Italije načelno popolnoma neodvisen, je bila odpravljena ovira za normaliziranje odnošajev med sv. stolico in Italijo na egalitarni podlagi.

vidno iz ureditve Vatikanskega mesta, ki je namerno ločena od cerkvene pod vidikom različnosti njenih smotrov. Suveren Vatikanskega mesta ni sv. stolica kot cerkvena pravna oseba *ex divina ordinatione*, temveč le tista fizična oseba, ki je njen predstavnik, t. j. papež,⁶⁰ kateremu pač kot vrhovnemu cerkvenemu poglavarju akcedira še temporalna oblast v Vatikanskem mestu.⁶¹ Zveza v njegovi osebi je najuspešnejše zagotovilo, da bodo v Vatikanskem mestu cerkveni interesi zaščiteni in njih zadevajoče mednarodne pogodbe spoštovane. A ne le v medsebojnem razmerju imata sv. stolica in država Vatikanskega mesta vsaka svojo pravno subjektivnost, tudi na mednarodnopravnem področju med njima načelno ni nobene istovetnosti. Že v čl. 26, odst. 2 prve lateranske pogodbe Italija priznava državo Vatikanskega mesta; to priznanje pa se ne sklada s priznanjem sv. stolice kot mednarodnopravnega subjekta v smislu čl. 2. Tako je tudi država Vatikanskega mesta sklenila vrsto pogodb s kraljevino Italijo, kot n. pr. dogovor glede izvajanja poštne (29. julija 1929), telegrafске in telefonske službe (18. novembra 1929) med obema državama, dogovor glede kroženja italijanskih in vatikanskih avtomobilov na njenih ozemljih (28. novembra 1929), dalje carinsko konvencijo (30. junija 1930) in denarno konvencijo (2. avgusta 1930, oz. 20. junija 1942). V konvenciji med sv. stolico in kraljevino Italijo glede notifikacije oblastvenih aktov, ki se tičejo civilnih in trgovinskih pravnih odnošajev (6. septembra 1932), se prav tako loči sv. stolica in država Vatikanskega mesta. Če je treba pozvati pred italijansko sodišče sv. stolico ali zasebni patrimonij papežev, je treba poziv nasloviti na kardinala državnega tajnika, a kadar se pozove Vatikansko mesto, na njegovega guvernerja. Vobče je pač tako, da nastopa Vatikansko mesto samostojno na mednarodnopravnem področju v zadevah bolj tehnične narave, ki jih je treba urediti zavoljo njegovega enklavnega položaja s kraljevino Italijo. V vprašanjih, ki ne zanimajo zgolj Vatikanskega mesta, ampak že sv. stolico

⁶⁰ To mnenje je v italijanski strokovni literaturi v manjšini. Vendar ga zastopa tudi Falco, n. d., II., str. 18 ss.

⁶¹ Prim. Pasquazi, *Constitutio Status Civitatis Vaticanae, Appollinaris*, 1930, str. 101: »Principatus civilis sequitur ut accessorium Principatum religiosum«. Gl. tudi D'Avack, n. d., str. 76 ss.

kot vrhovni vodstveni organ cerkve, nastopa le-ta v tem svojem svojstvu. Seveda se bodo spuščale države z njo tudi v sklepanje pogodb, tičočih se po svoji naravi pretežno Vatikanskega mesta, ker daje papeževa oseba kot istočasni predstavnik institucije sv. stolice in Vatikanskega mesta dovoljno in zanesljivo garancijo za spoštovanje prevzetih obvez; ta garancija pa je konec koncev tisto, kar v mednarodnem prometu najbolj odloča, vsekakor več kot teoretične distinkcije. A tudi v takih primerih je treba ločiti sv. stolico kot institucijo, predstavljajočo cerkev na mednarodnopravnem področju kot nosilko svojstvenih duhovnih funkcij, in sv. stolico, ki se samo v svojih fizičnih predstavnikih papežih kot absolutnih suverenih Vatikanskega mesta zavoljo enostavnosti lahko istoveti nekvarno za praktične pravne posledice z Vatikanskim mestom kot subjektom temporalnih in nikdar ne spiritualnih funkcij.⁶²

⁶² Dualistično naziranje ima ravno v strogi ločitvi spiritualne in temporalne sfere svoj izvor in svojo upravičenost, saj ustreza povsem stališču cerkve. Prim. C a m m e o, n. d., str. 70; D' A v a c k, n. d., str. 97 ss. Do kakšnih napačnih in za cerkev škodljivih zaključkov lahko privede monistično istovetenje države Vatikanskega mesta s sv. stolico, kaže članek, ki ga je napisal S c h w a r z, Der neue Kirchenstaat, Deutsche Juristenzeitung, 1929, str. 343. Za njega od časa ustanovitve Vatikanskega mesta ni več razlike med konkordati in meddržavnimi pogodbami, vsled česar je bil mnenja, da določbe Weimarske ustave glede konkordatov niso več uporabne in je tudi na nje treba uporabljati določbe o meddržavnih pogodbah.

Conclusione

La condizione giuridica della Città del Vaticano

Quantunque sia passato più di un decennio dalla costituzione della Città del Vaticano, nulladimeno la sua natura giuridica rimane sempre contestata. Essendo il problema collegato a interessanti questioni tanto di politica confessionale, concernente il rapporto fra Stato e Chiesa in genere e fra lo Stato italiano e la Sede Apostolica in specie, che di teoria generale dello Stato e non avendo trovato finora alcun trattamento adeguato nella letteratura slovena relativa, l'a. si è proposto, sebbene tardi, il compito di colmare questa lacuna col presente trattato. Nella prima parte viene esposta la »questione romana«, il problema politico-confessionale circa il primo titolo della legge delle guarentigie, l'insolubilità della questione in questa maniera di dittato unilaterale da parte dello Stato, informato ai principi liberalistici, ispirati dal pensiero che sia possibile una netta separazione tra la sfera ecclesiastico-spirituale e quella statale-temporale, e, infine, la Conciliazione fra lo Stato italiano e la Chiesa avvenuta su piede di parità fra i due enti sovrani colla conclusione dei trattati lateranensi dell' 11 febbraio 1929 per benemerenzza della nuova sobria valutazione del problema, presa sia dal fascismo che dal papa. La seconda parte è dedicata alla determinazione della natura giuridica della Città del Vaticano. Dopo lo studio della struttura e delle funzioni giuridiche dei vari elementi della Città del Vaticano, cioè del suo territorio, della sua popolazione e del suo potere sovrano, basato sulle norme relative del Trattato e della legislazione vaticana, l'a. viene alla conclusione che, dal punto di vista strettamente giuridico, la Città del Vaticano non può essere definita diversamente che Stato. Ma anche dal punto di vista dei principali scopi politico-sociologici empiricamente perseguiti dagli Stati, come p. e. l'attuazione di una vita regolata dei sudditi nello Stato e la garanzia della integrità statale verso gli Stati esteri (nel nostro caso ottenuta per mezzo della neutralizzazione del territorio statale), la Città del Vaticano investe carattere di Stato malgrado il suo scopo precipuo politico-sociologico, che la differenzia da tutti gli altri enti statali conosciuti, di garantire quel minimo d'indipendenza nella sfera temporale alla Santa Sede e per suo tramite a tutta la Chiesa Cattolica che essa rivendica come assolutamente necessario per il dovuto svolgimento della sua missione nel mondo. Nella terza parte l'a. tocca la contestatissima questione del rapporto giuridico tra la Santa Sede e la Città del Vaticano. L'a. aderisce alla teoria dualista, considerando che la Santa Sede e la Città del Vaticano sono due enti distinti tanto nell'ambito dell'ordinamento ecclesiastico quanto in quello

dell'ordinamento internazionale. Le apparenti difficoltà nella costruzione del rapporto summenzionato sorgono, secondo l'opinione dell'a., dalla varietà della nozione »Santa Sede«, che può significare la persona del papa, la Curia Romana, la persona giuridica del diritto canonico ex divina ordinatione, che è anche soggetto dei beni necessari alla gestione degli affari ecclesiastici centrali ed infine la personificazione istituzionale della Chiesa Cattolica come soggetto sovrano dei diritti e doveri nel campo internazionale verso gli altri Stati. Anche nel Trattato l'espressione »Santa Sede« è usata in questa promiscuità, sicchè è necessario precisare di volta in volta il suo netto significato. In quanto la Santa Sede sia considerata in relazione alla sovranità, che le appartiene sulla Città del Vaticano, all'a. sembra che si possa trattare soltanto della persona fisica che occupa la Santa Sede, che l'espressione serva appunto e soltanto per la designazione della persona del sovrano della Città del Vaticano. Mentre da parte dell'Italia fu concessa alla Santa Sede, come istituzione suprema della Chiesa, la costituzione della Città del Vaticano, come mezzo principale per garantirle la tanto desiderata indipendenza, visibile nella sfera temporale, la Santa Sede si assunse l'obbligo di provvedere che la Città del Vaticano non si allontanasse dagli speciali fini, per cui era stata costituita, sotto la sanzione di perdere, nel caso contrario, questo per essa tanto prezioso presidio. E come mezzo, che solo potesse perpetuamente assicurare questo stato di fatto pattuito dalle due parti contraenti, era stato previsto già dal Trattato l'assoluto potere sovrano del Sommo Pontefice, cioè della persona fisica che occupa la Santa Sede, nella Città del Vaticano. Conseguentemente non la Santa Sede come istituzione è da considerarsi quale soggetto della sovranità sulla Città del Vaticano, ma il fatto soltanto che il Sommo Pontefice rivesta la funzione spirituale serve a designare la persona del Sovrano della Città del Vaticano. Giuridicamente la sua posizione in questo Stato è precisata esclusivamente dalla legge fondamentale della Città del Vaticano pur spettandogli tutto il potere statale in maniera assoluta. Per questa ragione anche l'a. non può accordarsi coll'opinione che lo Stato della Città del Vaticano sia da determinarsi come Stato patrimoniale, essendo questo inveterato concetto assolutamente inadatto ad esplicare qualsiasi forma di governo contemporaneo, sebbene abbia particolarità tali come quello costituito nello Stato vaticano. Tuttavia esiste un'unione organica tra la Santa Sede, come istituzione suprema della Chiesa, e lo Stato della Città del Vaticano, le cui modalità speciali sono però riconoscibili soltanto alla base di un'analisi approfondita delle prescrizioni relative contenute nel Trattato e nella legislazione vaticana. Se nelle relazioni internazionali spesso la Santa Sede e la Città del Vaticano vengono confuse, la ragione sta nella semplicità di questo assai praticabile procedimento che nulla toglie all'effetto desiderato, dato che l'identità della persona fisica occupante la Santa Sede e il posto del sovrano assoluto dello Stato della Città del Vaticano garantisce nel modo più sicuro l'esecuzione adeguata dei diritti e doveri creati risp. imposti vi-

cendevolmente dalle parti contraenti nel campo del diritto internazionale. Sempre però, quando si tratti di stabilire modalità concernenti lo svolgimento del potere spirituale della Chiesa (p. e. per mezzo di concordati) funge da punto d'imputazione la Santa Sede come istituzione suprema e, per questo riguardo, complessiva della Chiesa universale, mentre, nel caso degli interessi temporali comunque concernenti la Santa Sede in relazione colla Città del Vaticano (che si regolano con trattati internazionali stricto sensu) il punto d'imputazione è lo stesso Stato Vaticano personificabile a tale uopo anche nel suo sovrano assoluto, il Sommo Pontefice.

Prof. Aleksander Maklecov:

Tipologija zločincev v novi italijanski kazenski zakonodaji

§ 1. Uvod

V kazenskem pravu nove dobe je vse do druge polovice 19. stoletja prevladovalo načelo: *poena debet correspondere qualitati criminis*. Pri določitvi pogojev kaznivosti in pri odmerjanju kazni se je oziralo skoro izključno na kaznivo dejanje kot tako. Od tega časa dalje pa se vedno bolj uveljavlja težnja, da se kazensko pravo psihološko poglobi in da se kazenska odgovornost prilagodi individualnosti ali posebnosti zločinca. Še v večji meri kot v kazenskem pravu v ožjem smislu se izraža ta težnja v določbah o očuvalnih in vzgojnih odredbah (tkzv. personalistično načelo v kazenskem in očuvalnem pravu).¹

Moderno kazensko pravo storilca kaznivega dejanja ne smatra več kot nekako »brezosebno«, čisto abstraktno figuro, kot »l'homme moyen« v smislu Quételeta, temveč za živo bitje z vsemi njegovimi podedovanimi in privzgojenimi lastnostmi, ki se udejestuje v danem okolju, pod določenimi pogoji kraja in časa, pod vplivom notranjih in zunanjih činiteljev. Vse bolj in bolj se prepričujemo, kako globoko psihološko je zasnovan stari Terencijev rek: *Duo cum faciunt idem, non est idem*.

Tudi večina novejših kazenskih zakonikov priznava, da ima kaznivo dejanje že kot tako velik pomen z ozirom na storilčevo kazensko odgovornost. Pri določitvi stopnje te odgovornosti se kazensko pravo slej ko prej ozira na pomen pravnih dobrin, ki so oškodovane ali ogrožene s kaznivim

¹ Teoretično stran tega vprašanja smo podrobno obravnavali v razpravi: Personalistična smer v sodobnem kazenskem pravu. Razprave Akademije znanosti in umetnosti. Pravni razred. Zv. II. Ljubljana 1943, str. 113—154.

dejanjem. Tako na pr. navaja novi italijanski kz. iz l. 1930. izrečno »težo kaznivega dejanja« (la gravità del reato) celó na prvem mestu med okolnostmi, ki jih mora sodnik upoštevati v okviru svoje diskrecionarne oblasti (nell'esercizio del potere discrezionale, čl. 133. kz.). Toda dejanje kot tako ni edino merilo odgovornosti po italijanskem kz. Poleg »teže dejanja« se mora sodišče ozirati tudi na krivčevo »deliktčno sposobnost« (la capacità a delinquere del colpevole), izvirajočo iz njegovih nagibov in značaja, iz pogojev storilčevega osebnega, rodbinskega in socialnega življenja, njegovega ponašanja pred storitvijo in po storitvi zločina (čl. 133. kz.; prim. § 70. našega kz.).

V tem pogledu hodi nova italijanska kazenska zakonodaja v glavnem isto pot kot večina novejših kazenskih zakonikov. Odločen korak naprej pa je italijanska zakonodaja storila s tem, da uveljavlja tkzv. legalno tipologijo zločincev.²

Splošno je znano, da je imela ideja tipološke razvrstitve zločincev prav v Italiji pod vplivom antropološko-pozitivistične šole (Lombroso, Ferri, Garofalo, Marro, Mario Carrara, Di Tullio in dr.) poseben uspeh.³

To idejo oživetvoriti v zakonodaji, je poskusil Ferrijev prednačrt italijanskega kz. iz l. 1921. V tem osnutku teža zločina ni samostojno merilo odgovornosti, temveč samo znak večje ali manjše storilčeve nevarnosti, — »soltanto... indice di maggiore o minore pericolosità«.⁴

² Gl. k temu: Eugenio Florian: Trattato di diritto penale. Quarta edizione. Vol. II. Milano 1934 (§ 107. Classificazione dei delinquenti per l'adattamento della sanzione), str. 973 in nasl. — Leone Zeppieri: Delinquenti e delitti nel Codice penale Rocco. Roma 1934. — Silvio Raniero: Colpevolezza e personalità del reo. Milano 1933. — Corso Bovio: Delitti e delinquenti nel nuovo Codice penale. Napoli 1938. — Nicola Palopoli: La personalità del delinquente nel Codice penale italiano. La Corte d'assise. 1940, št. 3. — A. Maklecov: Tipologija zločinca u modernom krivičnom zakonodavstvu. Arhiv za pravne i društvene nauke. 1938, št. 3.

³ Primerj. našo razpravo: Tipologija zločincev. ZZR XIV.

⁴ Relazione sul Progetto preliminare di Codice penale italiano. (Libro I.) Roma 1921, str. 53.

V popolnem soglasju s Ferrijevimi naukom je italijanski prednačrt iz l. 1921. razvrstil zločince v tipološke skupine po stopnji njihove nevarnosti za pravni red. V skupino manj nevarnih delinkventov uvršča prednačrt slučajne in emotivne zločince (zločince iz strasti). Manj nevarnim pa stavlja nasproti habitualne zločince (i delinquenti abituali). Skupno obeležje te vrste kršiteljev pravnega reda je njihovo t r a j n o zločinsko nagnjenje (una persistente tendenza al delitto). Ker so viri kronične zločinstvenosti različni, so motivi prednačrta iz l. 1921. razlikovali te-le njene osnovne tipe: 1. zločinca po prirojenem nagnjenju (il delinquente per tendenza congenita), ki ustreza pojmu tkzv. rojenega zločinca (il delinquente nato); 2. rojenega delomržeža (il delinquente per una congenita ripugnanza al lavoro metodico); 3. zločinca iz pridobljene navade (il delinquente per abitudine acquisita) in 4. poklicnega zločinca (il delinquente per mestiere o professionale). Posebno tipološko vrsto so v Ferrijevem prednačrtu tvorili abnormalni zločinci (i delinquenti infermi di mente). Ta skupina obsega ne samo duševno bolne osebe v ožjem smislu, temveč tudi psihopate, kronične alkoholike in narkomane.

Navedli smo te podatke o Ferrijevem prednačrtu iz l. 1921., čeprav ta osnutek ni prodril, zato, ker so njegove določbe o kriminalni tipologiji deloma vplivale na veljavni italijanski kz. iz l. 1930., ki temelji sicer na bistveno drugačni idejni osnovi.⁵

§ 2. Tipologija zločincev v novi italijanski kazenski zakonodaji

Novi italijanski kz. iz l. 1930. razlikuje predvsem dve obsežni skupini zločincev: A. popolnoma vračunljive na eni in B. nevračunljive in manj vračunljive (infermi di mente con imputabilità esclusa e con imputabilità diminuta), na drugi strani.

A. V okviru skupine A. se zločinci razvrščajo prav tako kot v prednačrtu iz l. 1921. po stopnji njihove nevarnosti za pravni red. Shematično predočimo lahko to delitev tako-le:

⁵ Gl. našo razpravo: Značilne posebnosti italijanskega kazenskega zakonika z dne 19. oktobra 1930. ZZR. XVIII.

1. Slučajni ali akutni zločinci (i delinquenti occasionali);
2. Zločinci v občem povratku
3. Zločinci v specialnem povratku
4. Zločinci iz navade (i delinquenti abituali);
5. Poklicni zločinci (i delinquenti professionali o di mestiere);
6. Zločinci po nagnjenju (i delinquenti per tendenza).

V tej razdelitvi predstavlja vsaka nadaljnja stopnja v primeri s predhodnjo večjo nevarnost za pravni red. Ne omenjamo tu posebej maloletnih delinkventov, kajti starost sama po sebi ni samostojen kriterij za tipološko delitev. Saj najdemo med maloletniki zastopnike različnih tipoloških skupin.

K 1. Slučajni zločinci so delinkventi, ki so tipološko najmanj izoblikovani in najbolj amorfni. Italijanski kz. te skupine izrečno ne omenja, vendar jo upošteva v svojih predpisih, zlasti v določbah glede olajšilnih okolnosti (čl. 62). Med te okolnosti spadajo uvaževanja vredni socialni in moralni nagibi, dejanski kes, provokacija s strani žrtve, sugestivni vpliv mnogote in dr. Na slučajne zločince misli kz. dalje v določbah o pogojni odgoditvi kazni, ki je namenjena storilecem, od katerih ni pričakovati ponavljanja kaznivih dejanj (čl. 163).⁶

K 2 in 3. Zločinci povratniki. Podobno kakor večina novejših kazenskih zakonikov razlikuje tudi italijanski kz. obči (la recidiva generica) in specialni povratek (la recidiva specifica) (čl. 99). Vendar kažejo določbe italijanskega kz. o povratku marsikatere značilne posebnosti. Tako za pojem povratka naklepna storitev dejanja ni nujen pogoj kakor v našem kz. (§ 76); v poštev prihajajo lahko tudi kulpozna kazniva dejanja. Na drugi strani prepušča kz. v

⁶ Komentatorji italij. kz. naglašajo, da je pogojna odgoditev kazni (la sospensione condizionale della pena) predvidena »in tutti quei casi in cui si tratta di lievi reati commessi da persone non socialmente pericolose«. Saltelli-Di Falco: Commento teorico-pratico del nuovo Codice penale. Vol. I. Parte II. Roma 1930-IX, str. 646, »Presupposto generale per l'applicazione della condanna condizionale è la presunzione di non pericolosità del condannato«. Eugenio Florian: Trattato di diritto penale. Vol. II. Milano 1934. str. 836.

nekaterih primerih sodniku pravico, izključiti obči povratek, to se pravi priznati, da med dejanji istega storilca ni one notranje zveze, ki bi razodevala njegovo povečano nevarnost za družbo. Kajti stari Farinacijev rek: *delictorum frequentia delinquentis incorregibilitatem denotat* ne velja vedno in brezpogojno.

Pravice, izključiti povratek, sodnik nima, če gre za specialni povratek. Specialni povratek v smislu italijanskega kazenskega zakonika je storitev dejanja istega značaja (*della stessa indole*) (čl. 99, odst. 2, t. 1). Prav tu, ob ponavljanju istovrstnih dejanj, se upravičujejo Boileaujeve besede:

Dans le crime une fois il suffit qu'on debute,
Une chute toujours attire une autre chute.

Kazniva dejanja istega značaja niso samo ona, ki kršijo isti zakonski predpis, temveč tudi tista, ki razodevajo z ozirom na naravo činov, ali na nagibe, iz katerih izvirajo, v konkretnih primerih skupne temeljne znake, čeprav so predvidena v različnih predpisih kz. ali v različnih zakonih (čl. 101).

Dalje se načelno niti za obči, niti za specialni povratek ne zahteva, da bi bila kazen za prvo dejanje vsaj deloma prestana (gl. § 76, odst. 1., našega kz.). Tako storitev novega kaznivega dejanja po izvršeni kazni, prestani za prejšnji delikt, kakor tudi dejstvo, da je novo dejanje storjeno v teku petih let po prejšnji obsodbi, se smatrata le kot razlog za povečanje kazni ob kvalificiranem povratku. Načelno pa ital. kz. ne pozna tkzv. zastaralne dobe pri povratku. Njegove določbe o poostitvi kazni v primerih občega in specialnega povratka so precej kazuistične. Povečanje kazni znaša od ene šestine do dveh tretjin kazni, ki je redno zagrožena za novo dejanje (čl. 99).

Ni dvoma, da vzbujaajo s stališča kriminalne tipologije poseben interes osebe v specialnem povratku, ker razodevajo prav te osebe prve znake kronične zločinstvenosti, ki pa vendar še ni dosegla stopnje prave zločinske navade. V tem pogledu je značilno, da za povratnike kot take še niso predvidene očevalne odredbe, ki so namenjene zločincem iz navade, po poklicu ali nagnjenju.

K 4. Zločinci iz navade. V zločincu iz navade vidi novi ital. kz. posebno tipološko vrsto nevarnih zločincev. Vendar v nasprotju z naturalistično usmerjeno kriminalno antropologijo ne smatra habitualnega zločinca kot neko posebno antropološko varijanto (*»una varietà antropologica«*), temveč se omejuje na ugotovitev objektivnih in subjektivnih pogojev zločinske navade. Za pripadnike tega tipa je značilno to, da postanejo neobčutljivi in naravnost gluhi napram kazenski pretnji prav zaradi ukoreninjene zločinske navade (*l'abitudine inveterata del delitto*), razodevajoče se v mnogokratnem povratku.*

V duhu legislativno-tehnične metode, ki je vobče značilna za ital. kz., je pojem zločinske navade določen z izredno natančnostjo. Kz. razlikuje *n a v a d o*, *p r e s u m i r a n o p o z a k o n u* (*abitudine presunta dalla legge, abitudine ope legis*) (čl. 102), in *n a v a d o*, *k i j o m o r a u g o t o v i t i s o d n i k p o s v o j e m p r e u d a r k u* (*abitudine ritenuta dal giudice, abitudine ope iudicis*) (čl. 103).

Predpogoji za legalno domnevano zločinsko navado so ti-le: Za zločinca iz navade se proglasi tisti, ki se potem, ko je bil že prej obsojen zaradi treh nekulpoznih, torej naklepnih ali prekonaklepnih zločinstev iste vrste, storjenih v dobi desetih let in sicer ločeno drugo za drugim, ponovno zaradi nekulpoznega zločinstva iste vrste, ki ga zagreši v desetih letih po zadnjem prejšnjem zločinstvu, obsodi na kazen ječe (*reclusione*) v skupni izmeri, večji od petih let. V dobo desetih let se ne šteje čas, ko je obsojenec prestajal kazen na prostosti ali očuvalno odredbo, zvezano z odvzemom prostosti. Primeri idealnega steka in nadaljevalnega delikta se smatrajo kot eno samo dejanje.

Ugotovitev zločinske navade po sodniku pa obsega primere *f a k u l t a t i v n e* proglasitve povratnika za zločinca iz navade. Zadostuje ponovna obsodba po predhodnih *d v e h* obsodbah gori navedene vrste, ako spozna sodnik, upošteva vrsto in težo kaznivih dejanj, čas, v teku katerega so bila storjena, krivčevo vedenje in način življenja, kakor tudi druge okoliščine, navedene v zakonu (čl. 133), da je krivec nagnjen k zločinu (*ché il colpevole sia dedito al reato*) (čl. 103). Pri prekrških veže zakon proglasitev obsojenca za

»contravventore abituale« vedno na predpogoj sodnikove ugotovitve, da je krivec nagnjen k izvrševanju kaznivih dejanj (čl. 104).

K 5. Poklicni zločinci. Nadaljnjo skupino kroničnih zločincev tvorijo poklicni zločinci. Tudi to kategorijo označuje ital. pravo v zakonu samem. Za poklicnega zločinca morajo biti podani pred vsem pogoji, ki jih zahteva zakon za pojem zločinca iz navade (gl. gori). Poklicni zločinec je potemtakem podvrsta zločinca iz navade (»una sottospecie dell' abituale«). Ako se taka oseba, pri kateri so podani pogoji zločinske navade, obsodi zaradi ponovnega kaznivega dejanja, se proglasi za poklicnega delinkventa, če se more smatrati z ozirom na naravo kaznivih dejanj, na krivčevo vedenje, način življenja in druge okolnosti, navedene v zakonu (čl. 133), da se redno, čeprav samo deloma, preživlja s kaznivimi dejanji (čl. 105).

Poklicni značaj zločina in s tem tudi zločinca se nikdar ne domneva po zakonu, temveč mora biti vedno ugotovljen po sodniku. Predmet sodnikove ugotovitve tvori v tem primeru vprašanje, ali se krivec vsaj deloma preživlja s svojimi kaznivimi dejanji.

K 6. Zločinci po nagnjenju. Kot najnevarnejšo skupino vračunljivih zločincev smatra italijanski kz. tkzv. zločince po nagnjenju. Za zločinca po nagnjenju (il delinquente per tendenza, il delinquente tendenziale) se proglasi tisti, ki stori, dasi ni niti povratnik, niti zločinec iz navade, nekulpozno (sc. naklepno ali prekonaklepno) zločinstvo zoper življenje ali osebno celovitost, katero razodeva samo po sebi ali v zvezi z okolnostmi, navedenimi v zakonu, posebno zločinsko nagnjenje, izhajajoče iz nenavadno hudobnega krivčevega značaja (riveli una speciale inclinazione al delitto, che trovi sua causa nell' indole particolarmente malvagia del colpevole) (čl. 108). Določba o zločincu po nagnjenju se ne uporablja, ako izvira zločinsko nagnjenje iz duševne bolezni, ki izključuje ali zmanjšuje sposobnost za vračunanje (v smislu čl. 88 in 89) (čl. 108).

Po zamisli redaktorjev ital. kz. zločinsko nagnjenje (la tendenza a delinquere) ni istovetno niti z boleznijo, niti z

nepremagljivo organsko usojenostjo.⁷ Zločinec po nagnjenju je popolnoma vračunljiv. Zakon ga upošteva kot realnost ter ga loči od nevarnih duševno bolnih delinkventov.⁸

Zakonodajec se sklicuje na življenjsko izkušnjo, ki kaže, da niso vsi vračunljivi zločinci-novinci že zavoljo tega manj nevarni in lažje poboljšljivi, ker so novinci. Med njimi so tudi taki, ki so celó bolj nevarni kot zločinci iz navade ali po poklicu. Gre za osebe, ki so etično zaostale ali trpe celó za atrofijo moralnega čuta. To so »ljudje zveri« (»vere e proprie belve umane«), »pravi moralni daltonisti« (»veri daltonisti del sentimento etico«).⁹

Načrt kz. pravosodnega ministra Rocca se je še posluževal izraza »nagonsko nagnjenje k zločinu« (»una istintiva tendenza a delinquere«) (čl. 104 cit. načrta). V končnem besedilu kz. (čl. 108) je bila pod vplivom kritike beseda »istintiva« izpuščena.¹⁰ Kz. govori v čl. 108 le o posebnem zločinskem nagnjenju (una speciale inclinazione al delitto). Redaktorji in komentatorji ital. kz. nagla-

⁷ »La tendenza a delinquere... non è malattia né una incoercibile fatalità organica«. Relazione del Ministro Guardasigilli Rocco per l'approvazione del testo definitivo del Codice penale, str. 29.

⁸ »Secondo il sistema accolta dal Codice i delinquenti per tendenza non sono infermi di mente né altrimenti predestinati al delitto.« Prav tam, str. 29.

⁹ Saltelli-Di Falco: o. c., str. 546. »La malvagità dell'indole non è semplicemente l'amoralità o l'immoralità, ma l'assenza di ogni senso d'umanità...« Vincenzo Manzini: Trattato di diritto penale italiano. Volume terzo. Torino 1934, str. 229.

¹⁰ Lavori preparatori del Codice penale priobčujejo več takih kritičnih pripomb: »In ogni modo, l'attributo »istintiva« dovrebbe eliminarsi, essendo troppo contrastante col fondamento della imputabilità, che è capacità d'intendere e di volere (coscienza e volontà)«. Corte d'Appello di Roma. Vol. III, parte II, str. 121. »...La concezione della istintiva tendenza a delinquere... è da respingersi, se debba intendersi come resurrezione del delinquente nato lombrosiano, caduto nel discreditto generale.« Prof. Del Giudice. Prav tam, str. 120. — »La parte relativa alla figura del delinquente per tendenza è la sola che urti il nostro più saldo convincimento generale. »Chi delinque per istinto, agisce senza coscienza e senza volontà, ossia è un folle; quindi deve avere un trattamento curativo, e non un inasprimento di pene.« Corte Supremo. Prav tam, vol. III, parte II, str. 117 in vol. IV, parte II, str. 315.

šajo, da zločinci po nagnjenju niso istovetni z antropološko kategorijo tkzv. rojenih zločincev (*monstrum in fronte, monstrum in animo*).¹¹ Zločinci po nagnjenju v smislu novega italijanskega kz. so duševno normalne osebe, ki so samo izredno amoralne in hudobne ter prav zato posebno nevarne. »Tendenza a delinquere« ne pomeni nekaj usodnega, neodklonljivega, temveč le dispozicijo, nagnjenje, na katero se dá vplivati s sredstvi, s katerimi razpolaga kazenska zakonodaja.

Dočim so vse ostale tipološke skupine, ki jih razlikuje italijanski kz., v moderni kriminologiji več ali manj splošno priznane, je postalo vprašanje o zločincu po nagnjenju predmet izredno živahne diskusije.¹² Številni italijanski kri-

¹¹ »Non si deve confondere il delinquente per tendenza col delinquente nato o assolutamente incorregibile o dedito costituzionalmente alla criminalità, o con l'ammalato di mente tratto al delitto da un impulso inconsciente.« Saltelli-Di Falco, o. c., str. 546. Primerj. tudi: Luigi Daniele: Imputabilità e pericolosità nel vigente Codice penale. Napoli 1934-XII, str. 31, in Filippo Colace: Imputabilità e pericolosità nel Codice penale vigente. Roma 1938-XVI.

¹² Gl. zlasti: Girolamo Penco: Il delinquente istintivo nel Progetto Rocco di Codice penale. Con prefazione del Sen. Prof. A. Stopatto. Torino 1929. — Lanza: Il delinquente per tendenza istintiva e la imputabilità nel Progetto Rocco. Scuola penale umanista, 1927. — Sante de Santis: Sulla psicologia del delinquente istintivo. Scritti in onore di Enrico Ferri. Torino 1929. — Altavilla: La classificazione dei delinquenti nel Progetto di Codice penale italiano. La Palestra del Diritto. 1927. — Domenico Rende: Il cosiddetto delinquente per tendenza istintiva nel Progetto Rocco. Prav tam. 1928. — H. Donnedieu de Vabres: Le délinquant par tendance instinctive dans les Projets de Code italien. Études criminologiques. Paris 1930. — Geesteranus: La réforme pénale en Italie. Paris 1929. — Ottolenghi: Il delinquente »per istintiva tendenza« e l'antropologia criminale. 1929. — Corso Bovio: Il concetto giuridico della »tendenza a delinquere« nel nuovo Codice penale. Rivista penale. 1933, fasc. 7, 8. — G. Novelli: Il delinquente per tendenza. Rivista di diritto penale. 1938, fasc. 6. — G. Novelli in A. Gemelli: Der Verbrecher aus Hang. Römischer Kongress f. Kriminologie. Berlin 1939. — E. Patini: Il delinquente per tendenza. La giustizia penale. 1939, fasc. 6. — L. Armando: L'abitudine, la professionalità e la tendenza a delinquere. Rivista di diritto penitenziario 1940, št. 6. — Guglielminetto: Il delinquente per tendenza. Scuola positiva. 1936. — B. Di Tullio: Il delinquente per tendenza. Prav tam. 1942, str. 39. — S. Wagner: Der gefährliche Verbrecher im deutschen, jugoslawischen und italienischen

minalisti so nastopili z vso odločnostjo zoper legalno priznanje »zločinca po nagnjenju«. Zagovarjali so ga — čeprav tudi z nekaterimi pridržki — v glavnem zastopniki antropološko-pozitivistične šole s Ferrijem na čelu.¹³ Girolamo Penso, ki je spisal celo knjigo o tem vprašanju, navaja med nasprotniki te tipološke konstrukcije več odličnih italijanskih kriminalistov kot so Stoppato, Carnevale, Battaglini, Del Giudice, Lanza, Spirito in dr.¹⁴ Tudi komisija italijanskega parlamenta se je izrekla zoper določbo o zločincih po nagnjenju, ker je smatrala, da jo je težko spraviti v sklad s predpisi kz. o vračunljivosti in krivdi.

Kritiki so očitali kazenskemu zakoniku, da je z uvedbo pojma »zločinca po nagnjenju« zapadel vsaj deloma vplivu naturalistično usmerjene kriminologije. Trdili so nadalje, da pojem sposobnosti za vračunanje, ki ga je sprejel kz., ni združljiv s k a z e n s k o odgovornostjo zločinca po nagnjenju, zlasti še če je to nagnjenje instinktivno, nagonsko, kakor je bilo označeno v prvotnem načrtu ministra Rocca. Po zatrdilu nekaterih kritikov kz. ne nudi jasnega merila za razlikovanje zločinca po nagnjenju od drugih tipoloških kategorij, posebno od duševno bolnih in psihopatičnih delinkventov. Odtod prihaja nevarnost, da bo tudi sodna praksa ta pojem neenotno razlagala. Posamezni kritiki pa so naglašali, da je težko govoriti z gotovostjo o neki trajni storilčevi nevarnosti, če gre za zločince-novince, ki jih ima predvsem v mislih zakonodajec. Končno že dejstvo samo, da povzroča koncepcija zločinca po nagnjenju toliko sporov, kaže, da vprašanje prav za prav ni zrelo za rešitev; zakonodajec pa se mora omejiti le na to, kar je trdno dognano v kriminalni znanosti.

Strafrecht. Bleicherode am Harz 1939. Primerj. končno: Raffaello Gioffredi: La magistratura nei lavori preparatori del Codice penale del 1930. I Codici penali nel primo decennio di attuazione. Volume primo. Roma 1941.

¹³ Gl. Ferri: Principii di diritto criminale. Torino 1928, str. 277 in mnenje prof. Floriana, priobčeno v cit. zbirki Lavori preparatori, vol. III, str. 127.

¹⁴ Girolamo Penso: o. c., str. 98. — V zadnjem času je z odločno kritiko nastopil zlasti prof. Giovanni Lombardi: Sociologia criminale. Napoli 1942-XX, str. 467.

Zagovorniki določbe kz. o zločincu po nagnjenju se sklicujejo na to, da v nasprotju s prvotnim osnutkom kz. iz l. 1930. ne govori več o n a g o n s k e m nagnjenju (la tendenza istintiva). S tem je odstranjen pomislek, da gre za tkzv. rojenega zločinca (il delinquente nato) v smislu Lombrosa, odnosno za zločinca po prirojenem nagnjenju (il delinquente per tendenza congenita) Ferrijevega prednačrta iz l. 1921. Nekateri (Gemelli, Novelli) poudarjajo, da ima določba čl. 108. kz. o zločincu po nagnjenju čisto pragmatično vrednost (»un valore puramente pragmatico«). Zakonodajec noče reševati spornih vprašanj kriminalne etiologije, temveč stremi samo za praktičnim rezultatom: hoče namreč učinkovito zaščititi družbo pred najbolj nevarnimi zločinci zoper življenje in telo, ki razodevajo svojo krvoločnost neredko že kot novinci v mladih letih.¹⁵

Takšen je v glavnem status controversae o tem vprašanju v italijanski strokovni književnosti.

Podali smo kratek pregled tipoloških oblik v občirni skupini vračunljivih zločincev. Sodobna kazenska zakonodaja izhaja iz prepričanja, da je dosledno uveljavljanje individualizacije kazenske represije mogoče le, če se pri tem upošteva tudi tipološka vrsta, kateri pripada krivec. Z drugimi besedami mora obstojati določena korelacija med pripadnostjo osebe neki tipološki vrsti in načinom ravnanja zoper to osebo.

Videli smo, da predvideva italijanski kz. glede povratnikov poostritev kazni, ki se stopnjuje v primerih specialnega in kvalificiranega povratka. S tem se hkratu uveljavlja načelo poostritve kazni tudi glede zločincev iz navade in poklica, ki so v bistvu le posebna vrsta kvalificiranih povratnikov.

Dejstvo, da pripada storilec tipu zločincev po nagnjenju, se samo po sebi še ne smatra kot razlog za poostritev kazni.

¹⁵ Fr. Agostino Gemelli O. F. M.: *Metodi compiti e limiti della psicologia nello studio e la prevenzione della delinquenza*. Seconda edizione. Milano 1938-XVI, str. 43. — Giovanni Novelli: *Der Verbrecher aus Hang*, str. 59.

Glavni redaktor kz., pravosodni minister Alfredo Rocco je bil sicer nasprotnega mnenja,¹⁶ vendar je navsezadnje sprejel izpreminjevalni predlog parlamentarne komisije. Ta je namreč vztrajala na tem, da je poostritev kazni v tem primeru odveč, ker da so za najhujša zločinstva zoper življenje in telo itak predvidene stroge kazni. Očovalne odredbe, ki se dodajajo tem kaznim, pa služijo kot zadostno dopolnilno jamstvo zoper zločince po nagnjenju.

Omenili smo že, da povratek kot tak po ital. kz. še ni razlog za uporabo očovalnih odredb. Pravo področje za uveljavljanje teh sredstev socialne zaščite so zločinci iz navade, po poklicu ali po nagnjenju. Zoper vse te vrste vračunljivih zločincev sta predvideni dve očovalni odredbi, zvezani z odvzemom prostosti: oddaja v kmetijsko kolonijo (*l'assegnazione a una colonia agricola*) in oddaja v prisilno delavnico (*l'assegnazione ad una casa di lavoro*) (čl. 216—218). Obe očovalni odredbi zasledujeta v bistvu isti smoter. Pri izberi ene ali druge mora sodnik upoštevati obsojenčeve osebne razmere ter sme celó med izvrševanjem nadomestiti eno z drugo (čl. 218., odst. 2.).

Zločinci iz navade in po poklicu, kakor tudi zločinci po nagnjenju, se oddajajo po prestani kazni v posebne oddelke kmetijskih kolonij ali prisilnih delavnic (čl. 218., odst. 1.). Stopnja nevarnosti omenjenih tipoloških kategorij se upošteva v določbah glede minimuma trajanja teh očovalnih odredb: za zločince iz navade znaša ta minimum dve leti, za zločince po poklicu tri leta, za zločince po nagnjenju pa štiri leta (čl. 217). Maksimum pa je v vseh navedenih primerih absolutno nedoločen.

Posebna očovalna odredba (*la misura di sicurezza per i minori*) je predvidena za maloletne nevarne zločince. Proti osebam od 14. do 18. leta, ki so delinkventi iz navade, po poklicu ali nagnjenju, se izreče vedno oddaja v

¹⁶ »Se il delinquente per tendenza è imputabile, e se egli rivela col delitto una particolare malvagità, era logica, sotto l'aspetto obiettivo, la disposizione del progetto, che stabiliva un aggravamento di pena.«
Relazione, str. 29.

sodno poboljševalnico (il ricovero in un riformatorio giudiziario) za dobo najmanj treh let. Ko dovrši tak maloletnik 21. leto, odredi sodnik njegovo premestitev v kmetijsko kolonijo ali v prisilno delavnico (čl. 226.). Čl. 230. določa obligatoren nadzor (la libertà vigilata) proti posebno trdovratnim, pa manj važnim delinkventom (storilcem prekrškov, contravventori) iz navade in po poklicu.

Za zločince iz navade, po poklicu in nagnjenju veljajo še drugi predpisi kz. Iz njih se vidi, da izvaja zakonodajec z vso doslednostjo načelo pojačene zaščite pred posebno nevarnimi kršilci pravnega reda. Vsi omenjeni zločinci so izključeni od dobrote pogojne odgoditve kazni (la sospensione condizionale della pena) (čl. 164., odst. 2., t. 1) in sodnega odpusta kazni (il perdono giudiziale, il perdono prima della condanna), ki je predviden za osebe izpod 18. leta (čl. 169., odst. 3). Tudi amnestija se, vsaj praviloma, ne uporablja proti osebam, ki spadajo med prej omenjene tipološke skupine (čl. 151., odst. 1.). Zastaranje pravice do izvršitve kazni je v teh primerih deloma povsem izključeno (čl. 172., zadnji odst.), deloma pa otežkočeno (čl. 173., odst. 1.). Dasi tudi nevarni zločinci načeloma niso izvzeti od dobrote pogojnega odpusta (čl. 176.) in rehabilitacije (čl. 179., odst. 3.), vendar stavlja zakon zanje težje pogoje kot za ostale obsojence. Proglasitvi osebe za zločinca iz navade, po poklicu ali nagnjenju sledi nadalje obligatorna stranska kazen stalne prepovedi izvrševanja javnih funkcij (l'interdizione perpetua dai pubblici uffici) (čl. 23., odst. 2.). Kazni na prostosti proti vsem tem zločincem se izvršujejo v posebnih zavodih (čl. 141.). Nekaj podobnega velja tudi za posebno nevarne maloletnike (i minori particolarmente pericolosi), za katere je predvidena oddaja v posebne zavode (čl. 227.).

Pri tem pregledu tipoloških oblik prve večje skupine nevarnih vračunljivih storilcev še nismo odgovorili na vprašanje, kakšno stališče zavzema italijanska kazenska zakonodaja glede parazitarnih delomržnih delinkventov kot so potepuhi, poklicni berači, tkzv. »souteneurji« (izkoriščevalci prostitutk) in pod.

Kolikor odgovarja zločinsko delovanje delinkventov te vrste predpogojem, ki so predvideni v kz. glede proglasitve

krivcev za zločince ali storilce prekrškov (i contravventori) iz navade ali po poklicu, se proti njim uporabljajo prej navedeni predpisi kz. Sicer pa so za pobijanje delomrznosti in potepuštva, ki se pojavljata kot življenjska navada, vodeča pogostokrat do zločina, predvidena posebna sredstva v zakonu o javni varnosti (la legge di pubblica sicurezza), ki določa v teh primerih med drugim tudi policijsko konfinacijo (gl. čl. 164. v zvezi s čl. 181., t. 1 cit. zakona).¹⁷

Zoper berače iz navade (i mendicanti abituali) se uporabljajo deloma kazenska (čl. 670., 671.), deloma očevalna sredstva. Posebna očevalna odredba tkzv. porošstva za dobro vedenje (la cauzione di buona condotta) je predvidena med drugim tudi zoper hazardne igrače iz navade ali po poklicu (čl. 718., odst. 2.). Za številna kazniva dejanja parazitarnih zločincev zoper javno moralo kot so na pr. pomoč pri izvrševanju nečistosti, izkoriščanje prostitutk, trgovina z belim blagom in nek. dr. so poleg kazni zagrožene tudi očevalne odredbe, zvezane z odvzemom prostosti (čl. 531.—536).

B. Drugo in sicer manj razčlenjeno tipološko skupino tvorijo v novem italijanskem kz. abnormalni storilci kaznivih dejanj. Med njimi razlikuje kz. naslednje podvrste:

1. popolnoma nevračunljive duševno bolne delinkvente (infermi di mente con imputabilità esclusa);¹⁸

2. duševno manj vredne ali manj vračunljive zločince (infermi di mente con imputabilità diminuta);

3. alkoholike in narkomane (bevitori e persone dedite ad altri tossici).

Z ozirom na sposobnost za vračunanje spadajo osebe pod 3. ali v prvo, ali v drugo ravnokar omenjenih vrst.

K 1. Popolnoma nevračunljivi duševno bolni delinkventi. Podobno vsem modernim kazenskim zakonikom priznava

¹⁷ Gl. k temu: Vladimir Kante: Policijske mere po italijanskem zakonu o javnoj bezbednosti. Službeni glasnik ministarstva unutrašnjih poslova. 1940, str. 120.

¹⁸ Glede pojma »mente« gl. važne pripombe komentatorjev italijanskega kz.: »La parola mente comprende tutte le facoltà dell'uomo che entrano nel meccanismo psicologico e che preparano e determinano l'azione, esclusa la coscienza morale«. Saltelli-Di Falco, o. c., str. 472.

tudi italijanski kz. potrebo, da se družba učinkovito zaščiti pred nevarnimi nevračunljivimi osebami, ki ogrožajo s svojimi dejanji pravni red. V primeru oprostitev obdolženca zaradi duševne bolezni (per infermità psichica) se mora odrediti oddaja oproščene osebe v sodno umobolnico (in un manicomio giudiziario). Izvzeti so le nevračunljivi storilci manj važnih kaznivih dejanj (čl. 222., odst. 1.), glede katerih velja posebni zakon z dne 14. februarja 1904. Najmanjša doba bivanja v sodni umobolnici se giblje od dveh do desetih let po vrsti kazni, zagroženi za storjeno dejanje. Ista očevalna odredba je predvidena za absolutno nevračunljive abnormalne maloletnike, kakor tudi za popolnoma nevračunljive gluhoneme osebe ter alkoholike in narkomane iste vrste (čl. 222., odst. 4. in 1.).

K 2. Manj vračunljivi zločinci. Manj vračunljive osebe se smatrajo načelno za kazensko odgovorne. Vendar se kazni takim delinkventom obligatorno zniža (čl. 89.; drugače po § 22., odst. 2., našega kz.). Kot očevalna odredba je v tem primeru predvidena oddaja v zavod za zdravljenje in čuvanje (assegnazione a una casa di cura e di custodia) (čl. 219.). Minimum bivanja v zavodu zavisi tudi tu od vrste zagrožene kazni. Oddaja v zavod za zdravljenje in čuvanje se izvršuje praviloma po prestani kazni (drugače po § 53., odst. 5., našega kz.), vendar sme sodnik odrediti tudi drugačen vrstni red izvrševanja (čl. 220.). Določba o manj vračunljivih se uporablja tudi tedaj, kadar je zmanjšana vračunljivost povzročena po gluhonemosti ali zastrupljenju z alkoholom, odnosno z narkotiki (čl. 219., odst. 1.) (gl. pod 3).

K 3. Alkoholiki in narkomani. V pogledu teh oseb je treba pred vsem naglasiti, da za tipološko razvrstitev ne pridejo v poštev vse oblike naključne, malomarne ali naklepne pijanosti, ki jih razlikuje italijanski kz. (čl. 91.—93. ter čl. 687.—691.), temveč samo tiste, vsled katerih postane nek subjekt pijanec ali narkoman iz navade ali pa tak, ki trpi na kroničnem zastrupljenju z alkoholom ali z omamljivimi sredstvi (čl. 94.).

Za pijanca iz navade ali habitualnega pijanca (ubriaco abituale) se smatra oni, ki je vdan pijači in se pogostokrat nahaja v stanju pijanosti (čl. 94., odst. 2.). Kadar je kaznivo

dejanje storjeno v pijanosti in je le-ta habitualna, se kazni poostri (čl. 94. odst. 1., in čl. 188., odst. 3.). Isto velja tudi za delikte habitualnega narkomana (čl. 94., odst. 3.). Po prestani kazni se alkoholiki in narkomani te vrste oddajo v zavod za zdravljenje in čuvanje, če ni predvidena kaka druga očevalna odredba, zvezana z odvzemom prostosti (čl. 221., odst. 1.). V lažjih primerih se odredi nadzor (čl. 221., odst. 2.). Izreče se tudi vedno prepoved, zahajati v krčmo, za dobo najmanj enega leta (čl. 234.).

Od pijancev in narkomanov iz navade razlikuje ital. kz. osebe, ki se nahajajo v stanju kronične intoksikacije (zastrupitve), povzročene po alkoholu ali omamljivih sredstvih (čl. 95.). Komentarji kz. priznavajo, da razlika med njimi ni povsem jasna.¹⁹ Kronična intoksikacija spada vsekakor v okvir pravih duševnih bolezni. Na dejanja oseb, storjena v stanju take intoksikacije, se uporabljajo predpisi glede nevračunljivosti (čl. 88.), odnosno zmanjšanje vračunljivosti (čl. 89.). Popolnoma nevračunljivi alkoholiki in narkomani spadajo v sodno umobolnico, manj vračunljivi pa v zavod za zdravljenje in čuvanje. Glede minimuma bivanja v omenjenih zavodih veljajo isti predpisi kakor glede nevračunljivih in manj vračunljivih oseb vobče (gl. pod 1 in 2).

§ 3. Zaključki

Podali smo pregled tipološke razvrstitve zločincev v italijanski kazenski zakonodaji. Ugotovili smo naslednje glavne tipološke oblike. V skupini vračunljivih storilcev so slučajni zločinci, zločinci iz navade in po poklicu, zločinci po nagnjenju ter parazitarni (delomržni) zločinci. V skupini duševno abnormalnih delinkventov so popolnoma nevračunljivi in psihopatični storilci ter nevarni alkoholiki in narkomani, ki spadajo deloma med nevračunljive, deloma pa med manj vračunljive delinkvente.

Tipološka razvrstitev zločincev je v novi italijanski zakonodaji izvedena bolj natančno kot v večini drugih novejših zakonodaj, zlasti kar se tiče posebno nevarnih zločincev.

¹⁹ »... Non è facile stabilire la linea di demarcazione tra l'ubriacchezza abituale e l'intossicazione cronica.« Saltelli-Di Falco, o. c., str. 505.

Izmed njih je v italijanski strokovni književnosti izzvala živahno diskusijo figura zločinca po nagnjenju (il delinquente per tendenza), ki predstavlja svojevrstno združitev naturalističnih in socialno-etičnih elementov. Nemara prav zaradi tega ni povsem zadovoljila zastopnike pozitivistične, še manj pa pristaše klasične šole. Ugotovitev, da pripada obsojenec vrsti zločincev po nagnjenju, je zvezana vsekakor z znatnimi težavami za sodno prakso.

Glavno merilo za delitev zločincev v tipološke skupine v novi italijanski zakonodaji je stopnja njih nevarnosti za pravni red. Važna sta poleg tega tudi izvor in značaj te nevarnosti. Legalna klasifikacija zločincev zasleduje smoter čim učinkovitejšega pobijanja zločinstvenosti, ki se dá doseči s tem, da se kazenska represija prilagodi storilčevi individualnosti. V tem pogledu dopolnjuje kriminalna tipologija drug temeljni kriterij kazenske odgovornosti, namreč pomen kaznivega dejanja in poškodovane ali ogrožene pravne dobrine.

Delitev zločincev v tipološke skupine in vrste je posebno važna z ozirom na določitev primerne osebne očuvalne odredbe kot izrazito specialno-preventivnega sredstva, pri katerem se v prvi vrsti vpoštevajo svojstva storilčeve osebnosti. Trajanje večine teh odredb v pogledu maksimuma je po italijanskem pravu absolutno nedoločeno. Kot svojevrstno posebnost italijanske kazenske zakonodaje je treba označiti to, da je m i n i m u m bivanja nevračunljivih in manj vračunljivih delinkventov v zavodih odvisen od vrste kazni, zagrožene za storjeno dejanje, dočim drugi kazenski zakoni za te primere praviloma ne odredjajo nobenega m i n i m u m a, izhajajoči iz prepričanja, da je edini odločilen moment v tem pogledu dejansko ozdravljenje.

Conclusione

Tipologia dei delinquenti nella nuova legislazione penale italiana

Sotto l'influenza della Scuola Positiva (Lombroso, Ferri, Garofalo, Marro, Mario Carrara, Ottolenghi, Florian, Niceforo, Di Tullio e a.), è proprio in Italia che l'idea della classificazione dei vari tipi di delinquenti ha avuto particolare successo. Il primo tentativo di una classificazione legale dei delinquenti fu fatto da Enrico Ferri nel Progetto preliminare del codice penale italiano del 1921. La gravità del reato nel detto Progetto preliminare non viene considerata come criterio indipendente di responsabilità, ma «soltanto come indice di maggiore o minore pericolosità», «il sintomo rivelatore di una personalità più o meno pericolosa». La classificazione dei delinquenti nel Progetto del Ferri corrisponde, in linea generale, alla sua ben nota quintuplice classificazione di delinquenti: delinquente nato, delinquente pazzo, delinquente abituale, delinquente passionale, delinquente occasionale.

Intanto, il radicale Progetto preliminare del Ferri non prevalse e fu sostituito da un nuovo progetto del Ministro Guardasigilli Alfredo Rocco. Questo Progetto, ottenuta il 19 ottobre 1930 la sanzione reale, entrò, il 1° luglio 1931, in vigore come nuovo Codice penale del Regno d'Italia.

Anche dal nuovo Codice penale italiano viene introdotta la classificazione legale dei delinquenti. Il legislatore parte dal punto di vista che il principio dell'individualizzazione della repressione penale non si può far valere se non dopo aver tenuto conto anche della rispettiva categoria tipologica, cui appartiene il delinquente. «Il Codice, anche in questa materia, ha superato nel campo pratico i dissidi tra le scuole, sulla base di un'organica concezione del problema», secondo le parole dei commentatori del nuovo Codice penale italiano Saltelli e Di Falco (I, p. 524).

Il nuovo Codice penale italiano distingue innanzi tutto due ampie categorie di delinquenti: I. quelli del tutto imputabili, e II. quelli infermi di mente con imputabilità esclusa risp. con imputabilità diminuita. Nell'ambito della prima (I) categoria i delinquenti vengono classificati nelle sottocategorie seguenti: 1. i delinquenti occasionali, 2. i delinquenti recidivi, 3. i delinquenti abituali, 4. i delinquenti professionali e 5. i delinquenti per tendenza. In questo specchio ogni grado successivo a paragone di quello precedente rivela una pericolosità maggiore.

Come la categoria più pericolosa dei delinquenti imputabili dal nuovo Codice penale italiano è considerata quella dei cd. delin-

quenti per tendenza. Risultano tali i soggetti rivelanti una speciale inclinazione al delitto, che trovi la sua causa nell' indole particolarmente malvagia del colpevole. Non si deve confondere il delinquente per tendenza col delinquente nato o con quello ammalato di mente, tratto al delitto da un impulso incosciente. (Art. 108 e 109 Cp.)

Mentre le altre categorie tipologiche non hanno suscitato obiezioni da parte dei critici, la figura del delinquente per tendenza è diventata oggetto di una discussione vivace. I sostenitori della disposizione del Codice penale, relativa al delinquente per tendenza, rivolgono l'attenzione al fatto che, nella sua redazione definitiva, il Codice penale, a differenza del progetto preliminare del ministro Rocco, non parla più della tendenza istintiva al delitto. Con ciò viene eliminato lo scrupolo, messo innanzi da parecchi critici, che »il delinquente per tendenza« sia »una resurrezione del delinquente nato lombrosiano«. La definizione di delinquenza per tendenza, a seguire l'espressione del prof. Agostino Gemelli, è una definizione che ha un valore puramente pragmatico allo scopo di mettere la società in condizioni di esercitare un'efficace difesa.

Un'altra (II) categoria tipologica nel nuovo Codice penale italiano costituiscono gli autori anormali di fatti punibili. Tra essi il Codice penale distingue le sottocategorie seguenti: 1. infermi di mente con imputabilità esclusa; 2. infermi di mente con imputabilità diminuita; 3. bevitori e persone dedite ad altri tossici. Questi ultimi appartengono, quanto all'imputabilità, sia alla prima sia alla seconda delle sottocategorie summenzionate.

La tipologia legale dei delinquenti nel nuovo Codice penale italiano non esclude, anzi completa un altro criterio basilare della responsabilità penale, vale a dire il significato del reato come tale. La classificazione dei delinquenti in categorie tipologiche e in sottocategorie è specialmente importante riguardo alla determinazione di un'adeguata misura di sicurezza come di un mezzo di carattere preventivo speciale, che esige innanzi tutto che si tenga conto delle qualità personali del delinquente.

Univ. docent dr. Vladimir Murko:

Značaj naših pristojbin

Javne korporacije vseh stopenj pobirajo za kritje svojih izdatkov poleg zasebno-pravnih prejemkov davščine, ki jih nalagajo enostransko na podstavi svoje davčne vrhovnosti. Davščine delita tako finančna veda kakor tudi finančna zakonodaja navadno na dve glavni skupini, na davke in takse ali pristojbine. Medtem ko se pobirajo davki od davčno sposobnih zavezancev ne glede na to, ali izzovejo kako službeno opravilo, se pobirajo pristojbine kot specialne davščine le od oseb, ki kakorkoli večinoma v lastno korist, izjemoma celo n. pr. v svojo škodo (pristojbine na sodne in policijske kazenske obsodbe), izzovejo določeno službeno opravilo. Brez uradnega delovanja torej ni osnove za pobiranje pristojbin.¹

Službeno opravilo lahko izvršujejo oblastva (tedaj se navadno govori kratko o upravnih pristojbinah) ali pa javni zavodi, ki nudijo uporabnikom navadno za uporabno pristojbino neke dajatve ali storitve. »V javnem zavodu je pojem pristojbine najčistejši, saj se je tu rodil.«² Take uporabne pristojbine se približujejo zasebno-pravnim odškodninam.

¹ Nekateri (Myrbach: Über den Begriff der Gebühr und Taxe, Finanzarchiv 34, 1) razlikujejo pojma takse in pristojbine po zgodovinskem razvoju, ko so se pobirale takse za podelitev kakšne posebne pravice ali ugodnosti po vladarju, pristojbine pa od službenega opravila sploh. Po Sušcu (Naše finančno pravo, Ljubljana 1934, s. 5) je taksa enostransko stranki naložena dajatev brez kakega povračila ali usluge, medtem ko naj bi bila pristojbina »nekako plačilo za posel« javnega organa. Ta prvotni pomen pa so pristojbine zgubile in se vedno bolj nagibljejo k pojmu »taks«. Prave pristojbine so predstavljale n. pr. ob inventarizaciji zapuščine pisnina v korist pisarja in inventarna taksa za popisovalca (J. Mravljak, Doneski k zgodovini kmetijstva v Dravski dolini — ČZN XXVII 1932, 184) in danes že redke uradniške pristojbine (sportule), n. pr. nagrade carinskemu osebju za izredna carinska opravila (S. L. z dne 22. VII. 1942, 58. kos) ter deloma izpitne pristojbine.

² R. Andrejka: Javni zavodi. SP. 1927, 222.

N. pr. oskrbnine v raznih bolnicah, hiralnicah, za uporabo klavnice, vodovoda itd., ki so urejene s posebnimi tarifami. Pri njih je najboljše razvidno tkzv. pristojbinsko načelo, po katerem nudi javno telo za dajatev (pristojbino) neko protidajatev (storitev) po načelu do ut des. Ni treba, da bi bila ta protidajatev enakovredna dajatvi; sme biti enaka, najpogosteje bo celo manjša, kakršen je pač javni interes na tem, da je dotično službeno opravilo na razpolago vsem. Če je v javnem interesu splošna uporaba kake javne naprave, tako da je celo za vse obvezna (n. pr. ljudsko-šolski pouk), bo pač njena uporaba brezplačna za vse ali bodo oproščeni pristojbin oni, ki ne zmorejo plačila pristojbine brez škode za vzdrževanje sebe in rodbinskih članov (pravica revnih). Pogosto bo pobiranje pristojbin neizvedljivo zaradi tehničnih zadržkov, n. pr. zaradi nemožnosti ali prevelikih stroškov pobiranja. V tem primeru bodo deležni oprostitve vsi, torej tudi oni, ki bi mogli plačati pristojbino. Na drugi strani pa pristojbina ne bi smela presegati stroškov posameznega službenega opravila: javni zavod bi se drugače spremenil v podjetje, čigar namen ni več zadovoljevati neko kolektivno potrebo, temveč prinašati lastniku — javnemu telesu, dobiček, ki je lahko več ali manj zaželen z ozirom na to, v koliki meri služi podjetje vendar tudi še javnemu interesu. Morda bi plačevali le nekateri uporabniki več kakor stroške, drugi pa manj ali pa nič. V prvem primeru še ne bi mogli govoriti o podjetju, značaj pristojbine bi ostal, ker bi pač bile takó visoke pristojbine izjema le za nekatere uporabnike. Tudi pri oblastvenem opravilu lahko presegajo pristojbine višino stroškov, povzročenih po tem opravilu. To bo pogosto razvidno iz zakonodajalčeve volje, n. pr. iz taksne stopnje ali pa nehoté, ker n. pr. kak akt zaradi formalne pomanjkljivosti ni dal povoda za uradno postopanje in je torej povzročil manj stroškov kakor se je dalo pričakovati.

Le redkokdaj nalaga zakon zaradi višjih stroškov službenega opravila višje pristojbine. Tako so po uredbi o taksah in odškodninah za uradna opravila diplomatskih in konzularnih zastopnikov v tujini^{2a} v izvenevropskih državah pred-

^{2a} Služb. nov. št. 301/CV z dne 28. decembra 1940, ki naj bi stopila v veljavo 6 mesecev po objavi.

pisani stoođstotni pribitki k fiksnim taksnim postavkam — očitno zaradi verjetno večjih stroškov. Take fiksne postavke sme poslaništvo povišati na dvojni znesek, če jih smatra z ozirom na posebne okoliščine ali na nesorazmerno izgubo časa pri reševanju predmeta za nezadostne. Nasprotno se smejo pristojbine iz razlogov vzajemnosti, pravičnosti in podpiranja javnih interesov ali težav pri izterjevanju znižati ali celó oprostiti. Povračilo posebnih stroškov (potnih ipd.) je predpisano poleg tega v gotovini. Ti pri nas drugače redko upoštevani oziri pogosto niso več v zvezi s stroški službenega opravila.

Ali moremo še govoriti o pristojbini, če presega ta povzročene stroške? To vprašanje je povzročilo nebroj sporov v znanosti o pristojbinah in se dosedaj ni dalo zadovoljivo rešiti. Skrajno Lotzovo mnenje³ je predvsem zaradi kritičnega načela in nedoslednosti zakonodaje zanikalo delitev davščin na davke in pristojbine ter sploh zanika posebno skupino pristojbin; prišteva jih davkom in sicer predvsem davkom na pravni promet (torej posrednim, ker se sklepa na zavezančevo davčno sposobnost posredno iz sklenitve pravnega posla). Lotz seveda noče odpraviti pristojbin, potrebnih, da preprečijo preveliko uporabo službenih opravil in seveda kot pomemben vir prejemkov za javne korporacije, zlasti za višje, ter za večje občine. Ta vir je prebivalstvu kolikor toliko bolj priljubljen kakor davki, ker se tu vsaj deloma uveljavlja ekvivalenčno načelo (obojestranske) dajatve in protidajatve: plačnik se večinoma jasno zaveda koristnosti uradnega delovanja za sebe samega in ne občuti sploh ali vsaj ne tako močno žrtve, katero prinaša v korist javne blagajne, kakor pri plačilu davkov, kjer ni konkretne protidajatve ali protistoritve javnega telesa, razen morda pri nekaterih namembnih davkih. Zlasti se ne zavedajo državljanji koristnosti zunanje politike in vojske, ker je nemogoče ugotoviti delež vsakega posameznika na koristih, katere nudita ti dve panogi javne uprave. Četudi bi bilo državljanom ljubše plačevanje davščin za konkretni namen, se dá ekvivalenčno načelo izvesti le deloma, ker se stroški številnih upravnih panog ne dajo porazdeliti na uporabnike, zlasti

³ Finanzwissenschaft, 2. izd., Tübingen 1931, 265. sl.

n. pr. stroški socialne politike — na brezposelne. Že po svojem bistvu deluje javna uprava predvsem v javnem, ne pa v individualnem interesu; javni interes zahteva torej večinoma njeno brezplačno delovanje ali pa le delno kritje individualnih stroškov. Zato ostanejo davki glavni vir davščin in javnih prejemkov sploh.

Nekateri pisci še vedno operirajo s pojmom pristojbine, kakor se je vživel v zakonodaji in med prebivalstvom. Drugi že kvalificirajo kot pristojbine »davščine, katere se pobirajo za določeno delovanje javnih organov in kot posebna odškodnina zanj«⁴ ali »odškodnino, katero dolguje javnemu telesu posameznik, ki zahteva in uporablja posebno uslugo (servizio speciale)«⁵ ali »zneske, zahtevane iz imovine posameznikov o priliki določene protidajatve, katero jim nudi uprava ali zaradi od njih povzročenih stroškov«.⁶

1. Pristojbine in trgovinski davki

Nekateri pisci navajajo že poleg pristojbin za uradno delovanje posebno kategorijo prometnih davkov (»Verkehrssteuern«) ali zaradi dvomiselnosti izraza »promet« raje skupino »trgovinskih davkov« (daně obchodové — Engliš, Funk), katere zakoni večinoma še kvalificirajo kot pristojbine. Ti pisci torej ne govorijo več le o pristojbinah, temveč posvečajo posebna poglavja »pristojbinam in trgovinskim davkom«⁷ ali le onim davščinam, katere zakoni večinoma prištevajo še pristojbinam, četudi so po Wieserjevem (in Konradovem) mnenju prave pristojbine v pristojbinski zakonodaji (avstrijski) v o z a d j u, medtem ko je zakon posvečen kljub svojemu imenu predvsem prometnim (po našem trgovinskim) davkom. Deleža pravih pristojbin ter trgovinskih in ostalih davkov na skupnih državnih pristojbinskih pre-

⁴ Eheberg, Finanzwissenschaft, 18. in 19. izd., Leipzig—Erlangen 1922, 162.

⁵ Morselli, Compendio di Scienza delle finanze, Padova 1943, 3.

⁶ Jèze, Cours de Finances publiques 1929—30, Paris 1930, 331.

⁷ Funk, Naše berní právo, Praha 1935, 494; Wieser, članek Gebühren-gesetz v Öst. Staatswörterbuch, 1. izd., 589. Mi bomo raje govorili o trgovinskih davkih, ker je pojem prometnega davka nejasen. Saj ga uporabljajo pri nas že za davek na poslovni promet in na promet v tehničnem smislu (transport).

jemkih se zaradi neenotne tehnike pobiranja (s kolki, v gotovini, s taksnimi papirji) ne moreta točno ugotoviti. Zlasti je skoro nemogoče ugotoviti donos posameznih pristojbinskih postavk, izvzemši nekatere izjeme. Težave taksne statistike so pri nas najbolj razvidne iz številnih poskusov za uvedbo taksnega registra.⁸

2. Stroški službenega opravila

Bistvo pristojbin bomo spoznali predvsem po stroških, katere bi povzročilo konkretno službeno opravilo, zlasti torej po razmerju med višino pristojbine in med stroški. Težav ne bo v primeru, ko pristojbina ne presega stroškov. V takih primerih je brez dvoma podana čista pristojbina, razen ako morda nudi kako podjetje nekaterim (socialno šibkejšim) uporabnikom svoje datjave ali storitve po nižji ceni (železniški delavski tedenski ali dijaški mesečni listki). Sicer se tukaj ne bomo spuščali v vprašanje, ali se pobira v konkretnem primeru pristojbina za opravilo zavoda⁹ ali že cena za datjave in storitve kakega javnega podjetja. Pogosto se govori pri nas o »pristojbinah« mesto o cenah tudi pri plačilih, katera pobirajo po odobreni tarifi podjetja javnih teles, torej celo železnice. Tudi pošto moramo kljub nasprotnemu Wagnerjevemu mnenju prištevati danes zaradi njenih znatnih dobičkov k podjetjem (mesto k zavodom). Nedosledno je tudi govoriti o »kontrolni pristojbini« za blago, ki se izvaja iz Ljubljanske pokrajine,¹⁰ ko govori italijanski izvirnik o »diritto di controllo«, torej o kontrolni davščini. Dejansko je podana čista izvozna carina, namenjena »zenačevanju cen in storitev z izravnanjem osnovnih stroškov«.

Neumestno je pobiranje pristojbin od poslov z državnimi podjetji, n. pr. za prošnje za posojila pri državnih denarnih zavodih (tp. 283. taksne tarife k zakonu o taksah, katero bo-

⁸ Sušec, Takse, posebne pripombe k čl. 31. taksnega zakona, Ljubljana 1936, 76. sl.

⁹ Vendar dopušča Andrejka, l. c. 223, tudi pri zavodih »morda še podjetniški dobiček«!

¹⁰ Naredba Visokega komisariata o ustanovitvi izravnalnega sklada za gospodarsko ureditev Ljubljanske pokrajine — S. L. 52. kos — 1941 in poznejše odločbe o pobiranju te davščine za nekatere vrste blaga.

mo navajali s tp.) ali za listine, katere jim izdajejo zasebniki (tp. 282), ko je vendarle tudi v taksnem zakonu samem izraženo načelo taksne prostosti vlog na nekatera državna podjetja (čl. 6., t. 14. in 16.), všteti Poštno hranilnico.

Ali še lahko govorimo o pristojbini, če presega povzročene stroške službenega opravila? Ali se ne najdejo celo, kakor omenja že Sušec, take pristojbine, pri katerih so povzročeni stroški minimalni v primeri s pristojbino, ali kjer stroškov sploh ni ali pa nastanejo stroški le zategadelj, ker so neki pravni posli zavezani posebnim formalnostim in oblastvenemu poslovanju le zato, da bi se mogla pobrati pristojbina? Kakor bomo videli, mrgoli zlasti v našem taksnem zakonu takih pristojbin. Jè z e¹¹ pravi, »da je naravno, da naj bo maksimum pristojbinske stopnje to, kar je potrebno za polno kritje stroškov službenega opravila (service public)«. Presežek ni več pristojbina, temveč že davek. Nekateri pisci izločajo celó dosledno iz tkzv. pristojbinskih zakonov vse take neprave pristojbine kot davke in ustvarjajo omenjeno posebno kategorijo trgovinskih davkov, drugi pa le omenjajo take neprave pristojbine kot davke, ne da bi jih razvrstili na ustrezna mesta svojega sistema. Pregled našega pristojbinskega zakona nam bo pokazal, da ne vsebuje poleg pravih pristojbin le trgovinskih davkov, temveč tudi razne »pristojbine«, ki imajo vse znake neposrednih davkov in trošarin, izjemoma celó carin. Med samoupravnimi davščini bomo našli pod firmo pristojbin celó izvozne takse (n. pr. za les, ki se naloži v občini) in podobne pristojbine zato, ker je morda pobiranje tistih davščin pridržano državi in se torej skrivajo te davščine pod imenom pristojbin zato, da jih nadzorno oblastvo ne bi prepovedalo.

Kako naj ugotovimo razmerje med pristojbino in stroški? Pristojbino samo bo večinoma lahko ugotoviti. Vendar se včasih pri primerjavi ne ve naprej, kakšne pristojbine se bodo pobrale v zvezi z nekim kompliciranim službenim opravilom; težave so zlasti pri odmeri okvirnih pristojbin. V naši pristojbinski zakonodaji so okvirne pristojbine izredno redke, takó da je varovano načelo določenosti davščine, izvzemši one redke primere, ko se kaka

¹¹ L. c. 341.

taksa pobira pavšalno, torej od sporazumno določene osnove ali pa se že sama taksa določi sporazumno. Tudi tedaj, ko bi se lahko prepustilo odstopnjevanje pristojbine v zakonitem okviru (n. pr. od 100—500 lir) odmerilnemu oblastvu, se naš pristojbinski zakon zateka raje k natančni specifikaciji; točilna taksa iz tar. post. 62. se pobira po velikosti kraja (številu prebivalstva), prometu in značaju podjetja po 6 skupinah, v katere razvrsti poseben odbor vse točilce.

Okvirne pristojbine so pobirale pri nas dosedaj predvsem občine¹² za podelitev domovinske pravice domačim in inozemskim državljanom, drugod pa se pobira »nov tip«¹³ pristojbin za uradne posle, izvršene pretežno v zasebnikovo korist. Bivši češkoslovaški zakon zahteva za podelitev državljanstva 50—50.000 kron, za prostosled 10—2000! Kje ostane tu določenost davščine, četudi seveda oblastva ne odmerjajo pristojbine po svobodni oceni, temveč ozirajoč se na »stroške, obseg in težavnost poslovanja, pomen in pričakovano korist, strankine imovinske prilike in že plačane kolkovine«.¹⁴ Pri tako širokih mejah okvira najbrže stroški navadno ne bodo dosegali pristojbine, takó da bo podan davek, ni pa izključeno, da bodo stroški večji. Te okvirne pristojbine se pač pobirajo »v upravnih poslih, ki se opravljajo predvsem v zasebnem interesu kakor tudi za podelitev pravic in ugodnosti v upravnih poslih«. Sem bi spadale pri nas patentne pristojbine, ki se ne pobirajo le ob prvi registraciji, temveč vso dobo trajanja (največ 15 let) in vsako leto naraščajo, četudi pozneje ne povzročajo skoro nobenih izdatkov! Tudi pri nas je bil obljubljen zakon o upravnih pristojbinah, ki bi lahko tudi v korist države zadel prosilčev večji interes ali večjo pristojbinsko sposobnost. Zlasti za dispense od splošne veljavnosti zakonov se dajo pobirati take visoke pristojbine.

Vendar je treba za odmero takih okvirnih pristojbin mnogo zanesljivih podatkov zlasti o zavezančevih imovinskih

¹² Pravilnik o izvrševanju proračuna mestne občine ljubljanske za l. 1942. predvideva v čl. 41., točka j, za zagotovitev sprejema inozemca v domovinsko zvezo pristojbino 40—4000 lir!

¹³ Meisel, Gebührenlehre v Gerloff-Meisel, Handbuch der Finanzwissenschaft, I. zv., Tübingen 1926, 428 sl.

¹⁴ Funk, l. c., 595.

prilikah, predvsem o njegovi davčni sposobnosti. Pri nas nimajo tega pregleda niti davčne uprave, ker nimamo dohodnine niti imovinskih davkov in poznajo davčne uprave navadno le zavezančeve donosninske objekte, ležeče na njihovem področju, ne pa davkov, ki se pobirajo z odtegljajem (rentnina po čl. 71., dodatni davek k družbenemu davku) ter raznih donosov, ki so sploh oproščeni davka ali prihajajo iz inozemstva.¹⁵

Pogosto torej iz besedila pristojbinskega zakona ne moremo presoditi višine pristojbine, ki se bo pobrala v konkretnem primeru in torej ne moremo izjaviti, ali ima kaka pristojbina morda že značaj davka.

Višina stroškov, povzročenih s posameznim službenim opravilom, se ugotavlja mnogo teže kakor višina pristojbine. Saj se pobirajo pristojbine v vseh mogočih panogah javne uprave in tudi v zasebnopravnem prometu ob vseh mogočih prilikah. Sodno poslovanje je manj raznovrstno in vezano po podrobno izdelanih normah, tako da olajšuje sestavljanje statistik o poslih in stroških. Nasprotno je upravno poslovanje razdeljeno na mnogo več uradov in mnogo raznovrstnejše. Zato je težavnejše ugotavljanje števila uradnih aktov ter povzročenih stroškov, kolikor seveda ni upravno poslovanje omejeno na sprejemanje številnih, toda enostavnih prijav. Trajanje posameznega uradnega akta v istem uradu je lahko zelo različno tudi pri isti vsebini. Odvisno je od sestave vloge, izvežbanosti uradnika, razpoložljivih podatkov, pritegnitve strank, prič in izvedencev, njihovega značaja, višine spornega predmeta, ki lahko (ne vedno!) vpliva na temeljitost preiskave in razlogov v odločbi. Vendar vrednost spornega predmeta ali strankin interes nista vedno odločilna za trajanje spora oz. uradnega akta, ker lahko povzroči predmet male vrednosti zaradi svoje zapletenosti neprimerno več dela kot istovrsten predmet večje vrednosti.

Vsekakor bi bilo trajanje uradnega dela precej zanesljivo merilo stroškov, če bi se dalo zanesljivo ugotavljati,

¹⁵ Zato je pri nas dvomljiva vrednost ubožnih spričeval oz. potrdil o imovinskem stanju, ki lahko utemeljijo taksno oprostitev po čl. 5., t. 6. taksnega zakona. Gl. našo razpravo: Nekatere krivičnosti v sistemu naših neposrednih davkov, ZZR XV, 165, in knjigo: System jichoslovanských přímých daní, Bratislava 1938, 16 sl.

n. pr. z zabeležbo uradnikov pri javni razpravi. Obseg zapisa o uradnem poslu ni vedno zanesljivo merilo niti količina uporabljenega papirja. V primeru čisto pisarniškega dela bo ugotavljanje potrebnega časa težje, zlasti če ima isti uradnik obenem v delu več aktov in se prekine sredi reševanja z zahtevo po rešitvi kakega novega ali starega nujnega akta. Pri bolj šablonskih delih, zlasti v kakem večjem uradu, se dá ugotoviti približno trajanje dela, ne pa tam, kjer ima v manjšem uradu z raznovrstno pristojnostjo uradnik mnogovrstne akte, ki zahtevajo različno energijo in vsestransko znanje. V uradih tudi ni izvedljiv akordni sistem, tako da bi se uradniku predpisalo neko število delovnih enot za določen čas. Stroški posameznega akta so odvisni tudi od kvalifikacije uradnika, ki ga rešuje — istovrsten akt lahko reši načelnik ali pripravnik, kolegij ali posameznik (zaslišanje pred zaprosenim sodnikom mesto pred senatom). Trajanje postopka je odvisno od njegovega značaja (ustnosti ali pismenosti, javnosti, dokazovanja in drugih procesnih načel). Počasno reševanje aktov še ni dokaz trajanja postopka, ker je lahko urad preobremenjen.

Sicer moramo razlikovati tudi v uradnem poslovanju splošne stroške in specialne stroške, podobno kakor v pridobitnem podjetju. Med splošne stroške bo spadalo zlasti vzdrževanje uradnega poslopja, kurjava, razsvetljava, med specialne pa odmena za delo, opravljeno v zvezi s posameznim uradnim aktom, in za one pisarniške potrebščine, ki se trošijo v stiku s strankami. Specialne stroške bo mogoče vsaj približno porazdeliti na stranke. Po kakem merilu pa naj se porazdelijo na stranke stroški čisto internega dela, n. pr. za osebne službene zadeve uradništva in stroški nadzorstvenega dela višjih instanc? Kolikor vprašanj, toliko težav.

Vsako oblastvo vodi seveda statistiko o svojem zunanem in notranjem poslovanju za svojo lastno potrebo ter za nadrejena oblastva in včasih tudi za širšo javnost ali vsaj za statistični urad;¹⁶ toda ti podatki so le redkokdaj dovolj podrobni, da bi se dalo iz njih sklepati na stroške posameznega akta, razen če ima kak urad zelo šablonsko delo, tako da se

¹⁶ O načelih pravne in pravosodne statistike gl. Žižek, Grundriss der Statistik, 2. izd., München—Leipzig 1923, § 45.

lahko njegovi izdatki razdelijo enostavno s številom opravljenih aktov. Pravosodna statistika je po Žižkovem mnenju zanesljivejša in podrobnejša. Ker vodi vsak urad tudi statistiko osebja, se da število vseh predpisanih uradnih ur porazdeliti s številom aktov. Tako bi se ugotovilo povprečno trajanje uradnega dela za akt in oni del osebnih izdatkov, ki je odpadel na čas, potreben za ta akt. Tudi materialni in splošni stroški se dajo porazdeliti po številu aktov. Kjer se dá ugotoviti skupna vrednost spornih predmetov, bi se dali izdatki porazdeliti tudi nanje. Ti izdatki bodo znani predvsem v sodnem poslovanju, tako spornem kakor tudi nepravnem, kjer je vrednost spornega predmeta redno ocenljiva. Če je kak spis prešel več instanc, se bodo pač morali ugotavljati izdatki na vsaki instanci posebej, tudi v primerih, ko je bil sprejet le z namenom, da se dostavi višji instanci.

Statistike o uradnem poslovanju niso važne le za izračunavanje stroškov posameznega akta, temveč tudi za določitev potrebnega osebja, torej tudi za predračunske namene, ker kažejo porast ali padec uradnega poslovanja, zlasti tudi porazdelitev stroškov iste panoge na posamezne pokrajine, kolikor so deljivi na ta način. Tudi zaključni računi javnega telesa so važni za izračunavanje stroškov.

Kljub različnim matematičnim možnostim ugotavljanja uradnih stroškov pa je skoro soglasno mnenje, da se ne dajo dobiti točni podatki za vsak uradni akt, temveč v najboljšem primeru povprečni podatki. Podrobna statistika bi namreč zahtevala zopet novih stroškov. Meisel¹⁷ pravi, da pač »računa zakonodajalec z grobimi povprečji ter sumaričnimi opazovalnimi in računskimi metodami«. Seveda je treba imeti za točno statistiko o stroških uradnega akta tudi evidenco o prejemkih dotičnega oblastva. Če so prejemki prenizki, je treba ev. povišati pristojbinske postavke, pač kolikor je to v skladu z javnim (nefiskalnim) interesom. Kjer se pobirajo pristojbine v gotovini, ni težav, toda kako naj se pozna znesek prejemkov upravne panoge v obliki kolkov, ki so enotni za veliko večino panog, in se pri prodaji kolkov ne da voditi statistika o nameravani uporabi, pri vlaganju kolkovanih aktov pa pogosto tudi ne, ker se lahko akt ali priloga pred-

¹⁷ L. c. 431.

loži že drugič ali tretjič? Saj sodelujejo najrazličnejša oblastva pri pobiranju taks, ne le državna, temveč tudi samoupravna in celó številne zasebne pravne osebe (delniške družbe, hranilnice, zavarovalnice), notarji pa v uradnem svojstvu.

3. Razdelitev pristojbin po višini

Pri presoji vprašanja, ali kaka pristojbina presega stroške, se bomo torej morali zadovoljevati z zelo približnimi cenitvami. Zlasti bomo mogli kvalificirati kako pristojbino kot previsoko, če je za kak specialni uradni akt predpisana mnogo večja pristojbina kot za drug podoben akt, ki zahteva morda isto delo ali še več dela in stroškov. To velja predvsem za primere, ko je pristojbina odstopnjevana po velikosti kraja, iz katere se sklepa verjetno na večjo prosilčevo pristojbinsko sposobnost; n. pr. velja dovolitev za opravljanje obrta po zakonu o obrtih za hotel od gostinske sobe v krajih do 5000 prebivalcev (tp. 92) 20 lir, v krajih nad 100.000 prebivalcev že po 80 lir. Za proizvodnjo orožja, streliva in raznesil znaša pristojbina 80 lir, za pisarno za ženitno posredovanje pa kar 4000 lir. Ne glede na to, da sta najbrže obe postavki previsoki za kritje stroškov, zahteva verjetno delavnica orožja temeljitejši krajevni ogled in vabilo sosedov. Verjetno imamo pri pristojbini za ženitne posredovalnice opravka s postranskim namenom pristojbine, ki v tem primeru otežkoča ustanovitev neželenega podjetja, medtem ko lahko nasprotno favorizira ustanovitev zaželenega podjetja z nižjo pristojbino ali s taksno oprostitvijo. Kot dvomljiv primer, ali presega pristojbina stroške, lahko navedemo celó splošno pristojbino za vloge (iz tp. 1. = 4 lire, sedaj taksni papir), ki lahko povzročé tudi zelo obsežno službeno opravilo, za cenzuro filmov (tp. 99 b), za ponavljanje nekaterih izpitov, statistične pristojbine v zunanji trgovini, za poveritev prevodov (tp. 44. in 45.) in razne kontrolne pristojbine (tp. 274. in tarifa za pobiranje žigovine in ostalih pristojbin za mere in dragocene kovine (S. l. 12. kos iz l. 1934.), n. pr. za 1 kg zlata 400 lir. Dvomljiva je tudi izvršilna taksa (tp. 81. oz. tp. 2. taksne tarife k zakonu o sodnih taksah — zost.).

Tudi v večini primerov, ko je pristojbina odstopnjevana izrečno po vrednosti ali po davčni sposobnosti (n. pr. celó za

izstop iz cerkve, tp. 324. f), bo najbrže previsoka z vidika stroškov oz. nesorazmerna v primeri z drugimi istovrstnimi akti, ker verjetno stroški niso odvisni od vrednosti ali davčne sposobnosti. Vendar bodo najbrže pogosto stroški za odobritev gradbenega dela (tp. 259. a) približno sorazmerni proračunski vrednosti, težko pa se dá z vidika stroškov zagovarjati progresivno odstopnjevanje te pristojbine (sicer le od $\frac{1}{2}\%$ do $1\frac{1}{2}\%$). Spregled zakonskih zadržkov, za že poročene muslimane dovoljenje za poroko z nadaljnjo ženo sta različno taksirana z ozirom na predpisane neposredne davke (tp. 324.). Pristojbine za številne sodne odločbe se ravnaajo po vrednosti spornega predmeta, novelirane pristojbine za kazenske obsodbe sedaj (mesto v enotni višini 20 lir za obsodbo) po višini prisojene kazni in stopnji razsojajočega sodišča.¹⁸ Vendar se dajo poviški za kazenske obsodbe utemeljiti na splošno z večjimi stroški postopanja v višjih instancah,¹⁹ kar bo veljalo tudi za civilnopravne odločbe. Da se pri večji vrednosti spornega predmeta plača malo višja pristojbina za sodbe, zapisnike, vloge itd. (tp. 1.—6. itd. zost.), se ne upira pravnemu čutu, ker je končno tudi v interesu strank, da lahko v miru uživajo svoje osnovane pravice, za neutemeljene tožbe ali predloge pa redno nosi stroške (vštevši pristojbine) tožitelj, oz. predlagatelj. V nobenem sorazmerju s stroški ni pristojbina 2000 lir za protokolacijo firme trgovinskega ali industrijskega podjetja žene, katere mož je v konkurzu ali je bil v konkurzu in upnikov ni poplačal. Ta pristojbina iz tp. 39. zost.²⁰ ima pač preventiven značaj — prepreči ali otežkoči naj ustanovitev takega podjetja, ki bi nastalo verjetno na škodo moževih upnikov. Sicer je znaten del sodnih pristojbin v sorazmerju s povzročenimi stroški: zelo zmerni so prispevki za sodni fond, katere moramo kvalificirati kot

¹⁸ Mesto tp. 53. sedaj čl. 28. naredbe Vis. komisariata o Uvedbi taksnega papirja z vodnim tiskom in taksnih golic za menice in druge trgovinske vrednostne papirje — Spremembe predpisov o nekaterih taksah in neposrednih davkih — S. l. 12. kos z dne 10. II. 1943 — skrajšano Nov.

¹⁹ Toda morilec lahko takoj prizna hudodelstvo, neznatna tatvina pa lahko zahteva dolgo preiskavo!

²⁰ Sicer znaša taksa za protokolacijo po tp. 31. zost. le lir 40.—. Pri teh stalnih taksah nismo upoštevali 50%nega povišanja po § 19., t. 29. fin. zakona za 1938/39.

pribitek k sodnim taksam in ki najbrže nikdar ne presegajo dejanskih stroškov.

Zlasti verjetno ne bodo sorazmerne stroškom pristojbine, ki se pobirajo največ za izvrševanje raznih obrtov ne le ob dovolitvi, temveč leto za letom; če je bilo vsaj prvič potrebno temeljitejše uradovanje, ga najbrže pozneje ne bo več treba, razen če bi se dejanski stan temeljiteje spremenil. Potni list za pol leta je veljal (prejšnja tp. 55.) 20 lir, za 12 mesecev pa 40 lir, četudi je v obeh primerih isto delo, oz. je v drugem primeru manj dela kakor če se izda potni list dvakrat s polletno veljavo. Depozitna pristojbina (tp. 170.) v višini 1 % se pobira letno, četudi bo morda ležala listina v hrambi nedotaknjena več let, tako da je povzročila uradno poslovanje in stroške v glavnem le ob sprejemu in ga bo zopet šele ob izročitvi. Vendar bo ta pristojbina pri manjših depozitih prenizka z ozirom na povzročene stroške, kar se pa da upravičiti s posebno pravno zaščito, katere je po zakonu večinoma deležen tak depozit (imovina nedoletnih itd.). Take letne pristojbine so se pobirale n. pr. v Višnji gori za letno pregledovanje vinskih mer, bolj splošnega značaja pa je bila »letina«.^{20a}

Posebna kategorija pristojbin se pobira le zato, ker je predpisana posebna pravna oblika. Država lahko predpiše za veljavnost kake zasebnopravne pogodbe obliko notarskega akta (ženitne pogodbe), kar seveda že zajamči pobiranje pristojbine (še po starem avstrijskem pristojbinskem zakonu iz l. 1850: tp. 42.) ali vsaj predpiše obvezno uporabo nekih svojih posebnih tiskovin z vtisnjenim kolkom in ustreznim besedilom (menične golice, najemne pogodbe, najemninske pobotnice, vstopnice na razne zabave—tp. 99b), po Nov. čl. 2. pa uporabo taksnega papirja ne le za vloge na

^{20a} Kaspret: Letina — »die landgerichtliche Gebühr«. ČZN V, 1905, s. 147; njo je pobirala sodna gosposka za varovanje prometa in kupčije na prostih sejnih in opasilih od raznih obrtnikov (krčmarjev, mesarjev, usnarjev, kramarjev itd.) ter od podložnikov tujih gospodstev za varstveno poslovanje (»exercitia«) enega leta od vseh v enaki višini. Ta »pristojbina«, ki je po svojem značaju glavarina in se je pobirala poleg obrtnine, ima že davčni značaj, ker ni vezana na konkretno službeno opravilo, temveč naj služi za pokritje splošnih izdatkov javnega oblastva.

razna oblastva, temveč tudi za priloge raznim vlogam in celó za zasebne spise o pogodbah vseh vrst ali njih razvezi, o zadolžitvah, privolitvah in pod. dogovorih ali s popisi in inventarji, ki so dokazila med podpisanimi strankami. Tu bo šlo le redkokdaj za odškodnino za papir in tisk²¹ kakor je bilo v Avstriji, ko se je uvedla l. 1556. kot davek na papir sploh,²² dokler se ni l. 1686. uvedel kolkovni papir za določene pravne posle. Višina kolka na novem kolkovnem papirju (6 do 12 lir) presega brez dvoma stroške papirja in tiska, vendar pa nadošča vsaj na vlogah na javna oblastva kolek za vlogo. Kjer se mora plačati še posebna pristojbina ali sploh ni službenega opravila, ni več podana pristna pristojbina.

Zlasti Francija in po njenem vzgledu Italija poznata dolgo vrsto pravnih poslov, ki se morajo pisati ali na posebnem taksnem papirju ali obvezno registrirati pri oblastvu, ki seveda pobere obenem posebno registrsko pristojbino. Najučinkovitejša sankcija za nepredložitev listin bi bila poleg kazni neveljavnost vseh nepredloženih pravnih poslov. Vendar pravi Morselli,²³ da v modernem pravu opustitev registracije z nekaj izjemami ne povzroča neveljavnosti posla, temveč se takemu poslu le odreka sodna zaščita, dokler ni urejen s plačilom pristojbine, in seveda globe. V sedanjih izjemnih vojnih časih je izrečena ničnost (nullità) z dekretom-zakonom z dne 27. sept. 1941, št. 1015. Registraciji so zavezane (s številnimi izjemami in začasnimi odlogi) akti o prenosu lastnine, užitka, rabe ali hasnovanja nepremičnin in premičnin. Registrirane pogodbe imajo zaradi verjetnega pregleda vsebine po uradniku večjo verjetnost pravne veljavnosti in določenosti, obenem pa je zajamčen dan izdaje, tako da ga ni več mogoče spremeniti. S tem se torej vnaša pravna sigurnost v poslovni promet. Istemu namenu, obenem pa tudi fiskalnemu, služi pri nas kolkovanje trgovinskih knjig.

²¹ Vendar se pobira po čl. 32. Nov. stalna pristojbina 10 centezimov od vsake vstopnice za povračilo stroškov tiska in nadzorstva, ne glede na prodajno ceno vstopnice. Pri drugih omenjenih tiskovinah se ravna seveda pristojbina po višini zneska in torej ni enaka. Pri menicah se ravna po menični vsoti in dospelku.

²² Funk, l. c. 494.

²³ L. c. 158.

Te pristojbine presegajo večinoma stroške. Zato jih n. pr. Morselli prišteva davkom na odplatne prenose, Jèze pa²⁴ enostavno davkom. Francoske registrske takse so povzročile izrek, da so pristojbine »kraljica zakonodaje«, ker urejajo tudi vse zasebnopravne in seveda javnopravne odnošaje, tako da obsegajo celokupno pravo. Avstrijec Troplong pa je izjavil,²⁵ da se »dvigajo pristojbine k najvišjim vrhuncem abstrakcij zasebnega prava«. Na drugi strani pa so ti predpisi pogosto zelo komplicirani, nepregledni in nestrokovnjaku težko razumljivi, zlasti zaradi številnih izjem in obsežne kazuistike, katere ne manjka niti v naši pristojbinski zakonodaji.

Registrskim pristojbinam najsorodnejše so p r e n o s n e p r i s t o j b i n e v širšem smislu, ki se pobirajo od vseh prenosov nepremičnin in navadno tudi premičnin po njihovi vrednosti (pri živinskih potnih listih večinoma po glavi) in sicer za odplatne (prenosna pristojbina v ož. sm.) in neodplatne prenose med živimi (darilna pristojbina) ter za prenose za slučaj smrti (dedne pristojbine). Večinoma so to enkratni davki na prenos imovine. Dejansko so odplatni prenosi zavezani le razmeroma neznatni pristojbini za vloge na zemljiškoknjižno sodišče, visoki (celó progresivni) pristojbini od vrednosti prenosa pa je zavezana pogodba sama, nižji tudi njena razveza, ki ev. sploh ne pride pred sodišče. Zemljiškoknjižno sodišče ima navadno z vknjižbo lastninske pravice malo dela, enako z vknjižbo zastavne pravice; zlasti njegovo delo navadno ni sorazmerno vrednosti nepremičnine oz. višini hipoteke, temveč je večinoma enako razen v primeru kakih posebnih dodatkov (užitkov, preužitkov, služnosti, obremenilnih in odsvojitvenih prepovedi itd.). Prenos male nepremičnine lahko torej povzroči več dela kot prenos velike. Podobno je pri neodplatnih prenosih. Prenos dediščin povzroča lahko precej uradnega dela (inventar, izročitev), zlasti tudi pri manjših dediščinah, takó da so stroški postopanja v primeri z dednimi »taksami« večinoma zlasti pri večjih dediščinah neznatni in v nobenem razmerju z vrednostjo dediščine. Še manj imajo značaj pristojbine samo-

²⁴ L. c. 332.

²⁵ Wieser, l. c. 586.

upravne doklade k prenosnim taksam vseh vrst, ker samouprave z njimi nimajo nobenega službenega opravila. Tu imamo torej opravka s pravimi davki, in sicer z enkratnimi imovinskimi davki, ki so navadno progresivni in toliko višji, kolikor bolj oddaljen sorodnik je dedič in kolikor je večja dediščina ali dedni pripadek. Če upošteva zakon (Francija) še imovinsko stanje dediča, tako da mora plačati višjo stopnjo zaradi svoje lastne davčne sposobnosti, potem vidimo, da je to skoro pravi davek, ki se da seveda zagovarjati z več ali manj nepričakovanim in nezasluženim povečanjem davčne sposobnosti (imovine).

S tem preidemo na pristojbine, ki se pobirajo kljub pomanjkanju vsakega službenega opravila. Govorili smo že o onih pristojbinah, ki se pobirajo edinole iz čisto fiskalnih razlogov in pri katerih obstoja uradno poslovanje le v neposrednem pobiranju pristojbine. Pristojbine od zasebnopravnih poslov, zlasti listin, od trgovinskih knjig in korespondence se pobirajo kljub temu, da uradnega poslovanja ni. Torej se tudi ne morejo odstopnjevati po kakih povzročeni uradnih stroških, temveč so za njihovo odmero merodajni čisto fiskalni vidiki; pravni posli take vrste dokazujejo neko gospodarsko sposobnost, ki se morda ne bi dala zadeti z drugimi davščinami, zlasti ne z neposrednimi davki. V določenem trenutku se pokaže neka imovina, nakar jo zadenejo nele država, temveč celó samouprave v obliki doklad k državni pristojbini ali s samostojno davščino. Le redko so zavezane pristojbini zasebne listine, ki ne vsebujejo pravnega posla, n. pr. spričevala, izdana od zasebnikov (tp. 3.) ter obrtnikov (tp. 95.). S kolkovanjem pridobijo tudi na ugledu.

Te davščine so lahko po svojem značaju že omenjeni trgovinski davki, ki se pobirajo od raznih zasebnopravnih poslov, predvsem seveda listin, ter jih moremo prištevati posrednim davkom, zlasti enkratnim davkom na prenos imovine. (Tu se ne moremo podrobneje spuščati v sporno delitev davkov na neposredne in posredne.) Sem spadajo n. pr. pristojbine na objave (tp. 8.) zaradi materialne koristi (ne n. pr. osmrtnice), zakupne (tp. 14.), menjalne, dobavne (tp. 24.) in kupoprodajne pogodbe (tp. 12.), borzne posle (tp. 13.), družbene pogodbe (tp. 10.), cesije (tp. 30.), za tekoče račune (tp. 37.), za pobotnice (tp. 33.) in račune (tp. 34., Nov.), čeke

(tp. 36.), službene pogodbe (tp. 20.), pooblastila (tp. 16.) posojilne pogodbe (tp. 18.), končno za vse druge neomenjene pravne posle (tp. 40.).

Pogosto zadevajo »pristojbine« ves promet kakega podjetja in imajo torej značaj **davka na poslovni promet** ali tudi davčnega dodatka k pridobnini ali družbenemu davku, ki se tudi pobira od prometa. Tak značaj imajo n. pr. vozninske pristojbine (tp. 101.), pristojbine²⁶ na zavarovalne pogodbe, oz. premije, ker je končno znesek prejetih premij osnova za odmero minimalnega davka (čl. 86. I. Zak. o nepos. davkih), 20% pristojbina na kosmati donos barov in podobnih lokalov (po tp. 99 a prip. 3.), ki se dá kvalificirati kot pridobnina na njihov kosmati donos, pa tudi pristojbina na vstopnice, kolikor se pobira pavšalno od verjetne vrednosti vseh pričakovanih vstopnic (tp. 99 a oz. Nov. čl. 36., ki se sicer plačuje dnevno). Kot luksuzne davke, ki jih je mogoče kvalificirati bodisi kot neposredne davke (naša zakonodaja o davku na luksuz) ali pri tu omenjenih pristojbinah raje kot davke na luksuzno potrošnjo ali izdatke, lahko smatramo takso na biljarde (tp. 98. Nov.), na stave (tp. 99 c), tombole in loterije (tp. 99 č), na igralske karte (tp. 236. in Nov.), sploh vse davke na zabave in veselice (tudi občinske veselčne takse po razglasu kranjskega deželnega predsednika z dne 3. aprila 1917, dež. zak. XIII. kos.), obrtne takse od hotelov, odmerjene po sobah, kolikor jih nočemo smatrati za neke vrste pridobnino, pristojbine za (neslužbeno) orožje in lovske karte (tudi banovinska davščina za ribolove, ki se pobira od zakupnine), ker bo vsaj v naših krajih težko smatrati lov ali ribolov kot obrtno podjetje.

K pavšaliranim trošarinam ali davku na poslovni promet lahko prištevamo točilno pristojbino za točenje alkoholnih pijač na drobno ali debelo (tp. 62.), kolikor je ne bi smatrali kot posebne pridobnine, ker se pobira letno, sicer poleg pridobnine ali tudi družbenega davka, kateremu je zavezan točilec. Davčni značaj točilne pristojbine se razvidi iz tega, da se je z novim besedilom točke 4. čl. 72. zak. o drž. trošarini

²⁶ Sicer se dá zagovarjati pristojbina za požarna zavarovanja s stroški gasilske (občinske!) službe, za življenjsko zavarovanje s stroški službe za telesno varnost ljudi, za vlomno zavarovanje s stroški policije, na katerih imajo tudi zavarovalnice neki težko določljiv interes.

(iz l. 1932. oz. 1936.) uvedla državna trošarina na vino v dva-do desetkratni višini točilne pristojbine. Od pristojbine, odmerjene na precej nesiguren način, se je odmeril še davek v precej poljubno določeni višini. Pristojbino za punciranje zlatih in srebrnih predmetov lahko smatramo za vrsto skupnega davka na poslovni promet, ki se pobere za ves bodoči promet s temi izdelki, dokler se ne predelajo, ali pa za luksuzni davek.

Brez dvoma spadajo v kategorijo neposrednih davkov sledeče pristojbine: od kuponov ali dividend 1% (po tp. 10, pripomba 5.), katero lahko štejemo za podvrsto dividendnega davka, oz. sedaj dodatnega davka k družbenemu davku; 10%-na pristojbina, zadržana od honorarjev, izplačanih tujim umetnikom, ki sodelujejo na sicer oproščenih umetniških prireditvah (tp. 99 a, prip. 4., točka 3.) in tujim družbam ima značaj enkratnega uslužbenskega dohodka (po čl. 96. zond.), enako 1%-na pristojbina od denarnih nagrad, obljubljenih v pooblastilih (po tp. 16.).

Neposrednim davkom za izvrševanje kakega poklica ali obrata moremo prištevati vse one številne pristojbine, ki se pobirajo na izdane pooblastitve in dovolitve za opravljanje obrta po obrtnem zakonu (tp. 91., 92.), ker so te pristojbine tako visoke, da navadno niso v nobenem sorazmerju z višino povzročenih stroškov, temveč se ravnajo očitno po višini pričakovanega prometa ali donosa, deloma pa skušajo omejiti manj zaželena podjetja (ženitne posredovalnice 4000 lir, podjetja žene, če je bil mož v stečaju). Davčni značaj se razvidi pri nekaterih teh podjetjih iz letnega pobiranja (n. pr. za carinska in trošarinska skladišča, tp. 214. in 214 a, toda upoštevaj stroške nadzorstva!). Nekatere izmed teh enkratnih pristojbin so tako visoke, da lahko presežejo letni čisti donos, zlasti morda na začetku poslovanja. Te pristojbine lahko prištevamo specialnim pridobninam za izvrševanje določenega poklica in se torej pobirajo, večinoma poleg pridobnine ali družbenega davka sicer le enkrat, za neko poslovanje, ki naj bi bilo trajno. Njim bi lahko prištevati tudi visoke pristojbine za številna pooblastila za izvrševanje raznih svobodnih poklicev in že omenjene patentne pristojbine kot vsakoletno pridobnino ali družbeni davek od proizvodnje in prodaje patenta, nekatere rudarske takse

(tp. 289. sl.), pristojbine od vodnih sil (tp. 89.) in posebnih naprav (tp. 90.), v Ljubljani tkzv. napisno takso (mestno), točilno takso za alkoholne pijače, pristojbino za avtomate, sejme in velesejme (tp. 96.), končno tudi pavšalno vozninsko takso za prevoz potnikov z avtobusi in za prevoz blaga z motornimi vozili (po taksnem vozninskem pravilniku v zvezi s tp. 101.), ki se je pobirala sprva v odstotkih od prodanih vozovnic, pozneje pa v fiksnem znesku od prevoženega kilometra;²⁷ iz prometa se pač sklepa na pristojbinsko oz. davčno sposobnost podjetja. Ta pravna snov se je menjavala preje neobičajno pogosto. Na splošno tukaj ne moremo govoriti o posebni pridobitini v onih primerih, ko je osebni avto last posameznika, pač pa v primeru obrtnega prevažanja oseb in blaga, kolikor ne bomo zavzeli stališča, da gre tu za prispevek onih, ki prekomerno uporabljajo ceste, služeece javnemu prometu, povzročajo také hitrejšo obrabo in večje stroške za vzdrževanje in tudi gradnjo takih cest, od katerih imajo tudi posebno korist. Zato so javna telesa upravičena zahtevati od njih prispevke za izredne izdatke, katerih ne bi bilo treba v takem obsegu, če ne bi tako kvarila cest ta težka vozila, ki imajo lepo priliko zaslužka in delajo pogosto konkurenco državnim železnicam; te imajo morda zaradi njih manj prometa in dobička, oz. celó zgubo, také da padejo morda celó v breme davkoplačevalcem. Tudi pristojbine, katere se plačujejo od ladij (tp. 303., zlasti luške pristojbine), moremo prištevati prispevkom za vzdrževanje pristaniških in podobnih naprav (svetilniki, boje); iz številnih pritožb proti višini teh pristojbin pa lahko sklepamo ev. na njihov davčni značaj.

I m o v i n s k i m, d a v k o m moramo prišteti dopolnilno prenosno pristojbino (pristojbinski namestek ali ekvivalent), to najbolj čudno izmed vseh itak že dovolj pestrih pristojbin. Kakor tudi številne druge pristojbine, se tudi ta ne pobira od kakega službenega opravila, temveč nasprotno zato, ker se neko službeno opravilo ne vrši(!), oz. ker je imovina določene vrste v praksi le zelo redko predmet prenosov med živimi ali za primer smrti. Zato se imenuje taka imovina tudi

²⁷ Danes prihajajo v poštev taksni predpisi za promet motornih vozil in priklopnikov (S. l. z dne 24. decembra 1941, 103. kos).

imovina mrtve roke (manus mortua). To je nepremična imovina 1. cerkva, fondov, občin, zadrug, zavodov, naprav, raznih družb in društev, katerih članom ne pristoji noben delež osnovne imovine ter 2. nepremična imovina delniških in drugih pridobitnih družb, katerih članom pristoji delež skupne osnovne imovine (tp.12., pripomba 12.). Od prometne vrednosti imovine iz 1. skupine se plačuje 0.4% letno, od 2. skupine 0.2%, od industrijskih družb, pri katerih je prenos nepremičnin še precej verjeten, pa le 0.1%.

Ta »pristojbina« naj torej dá državi nadomestilo za one prenosne pristojbine vseh vrst, katere bi se bile verjetno plačale od prenosov take imovine, če bi bila last posameznikov, od katerih bi se prenesla na druge vsaj ob smrti, ako ne tudi že preje med živimi. Ta »pristojbina« je torej čisto fiskalnega značaja in pravi imovinski davek, ker se pobira leto za letom. Dosledno bi moral biti prost prenosne takse odplaten prenos nepremičnin od oseb, zavezanih tej pristojbini, na prav take ali od take osebe na osebe, oproščene plačevanja taks, ali obratno. Ustrezna določba III. odstavek te pripombe 12. se je sedaj omejila, tako da se plača v takih primerih polovica redne prenosne pristojbine, pri neodplatnih prenosih (tp. 23., razpredelnica A in B) pa polovica pristojbine za dediščine oz. za prenos nepremičnin zaradi smrti ali za daritve med živimi.

Ta pristojbina je torej edini periodični imovinski davek v naši davčni zakonodaji, ki operira le redkokje z vrednostjo nepremičnin, izvzemši prenosne pristojbine in lastninske tožbe. Ker je davčna stopnja nizka v primeri s povprečnim donosom takih nepremičnin, je to nominalen imovinski davek.

Poleg številnih upravnih in uporabnih pristojbin, ki se pobirajo res le po običajni definiciji kot prispevki h kritju stroškov določenega uradnega delovanja, in katerih tukaj zaradi pomanjkanja prostora ne moremo navesti, pozna naša pristojbinska zakonodaja celo vrsto »pristojbin«, ki presejajo brez dvoma stroške določenega službenega opravila, tako da se že bližajo raznim drugim davkom ali pa imajo že skoro vsa njihova obeležja, izvzemši način pobiranja in pristojnost za to poklicanih oblastev. Kratek pregled nam

je pokazal zlasti trgovinske davke, omenjene tudi v literaturi, poleg njih pa še trošarine, celó izvozne carine, davek na luksuz, davek na poslovni promet, enkratne in celó periodične imovinske davke in tudi razne neposredne davke.

Take nepravice »pristojbine« se delijo po Sušcu²⁸ v pristojbine na 1. spiske in listine, 2. na pravne posle in 3. trgovinske knjige in korespondenco, po Šraju²⁹ pa (pri občinah) v pristojbine za uporabljanje občinske javne imovine (cest, nasadov, trgov) z bolj zasebnoodškodninskim značajem ter v pristojbine za uporabljanje občinskih podjetij. Posebej navaja kot davek veselično takso. Sploh so samoupravne pristojbine pri nas zelo pestre po svojem značaju, tako v proračunih pokrajine kakor tudi mestnih občin. Zaradi pomanjkanja prostora ne moremo tukaj o njih obširneje razpravljati. Verjetno bi našli še precej podobnih nepravih pristojbin, zlasti tudi zato, ker je pogosto meja med občinskim podjetjem in zavodom zabrisana.

Kako so zašle davščine s tako raznovrstnim značajem v pristojbinsko zakonodajo, ni lahko pojasniti. Nasprotno so se razvili nekateri davki iz pristojbin, ki so se pobirale ob določenih prehodih za vzdrževanje prometnih poti in varnosti na njih — carine, uvoznine, mitnine in trošarine. Po Wieserju je bila kriva razširjenju pristojbin takó v Avstriji kakor tudi v Franciji velika finančna potreba v dolgoletnih vojnah, tako da so se predvidevale sprva le kot izreden vir državnih prejemkov. Z razvojem pravnega prometa in poslovnega življenja, zlasti po zemljiški odvezi in poživljenju trgovine, prometa in industrije se je ponujalo zakonodajalcu vedno večje polje, na katerem je mogel brez večjega odpora prizadetih na podstavi številnih novel pričakovati precejšen denarni donos za državno blagajno, dokler ni pristojbinska zakonodaja položila svojih rok skoraj na vse javnopravne in zasebnopravne posle. Za pobiranje pristojbin, urejenih v istem zakonu, so se uporabljala po možnosti razna skupna načela, torej tudi glede postopanja, zavarovanja, zastańanja,

²⁸ Naše finančno pravo, Ljubljana 1934, 158.

²⁹ Čl. O davščinah, ki jih selska občina ne sme pobirati. Samouprava 1935, 165.

pravnih sredstev, pogosto zlasti glede pobiranja pristojbine v kolkih, ki združuje znaten del pristojbini.³⁰

Ščasoma je pričelo prodirati mnenje, da nimajo vse pristojbine, urejene v ustreznih zakonih, značaja pristojbine, temveč pogosto značaj najrazličnejših davkov.^{30a} Zato se pričenjajo iz pristojbinskih zakonov oz. njihovih tarif izločati posamezne pristojbine, ki imajo drugačen značaj ter se kodificirajo kot samostojni davki ali pa se nove davščine ne uvrščajo³¹ več po stari navadi v pristojbinske zakone, temveč se takoj uredi s posebnim zakonom. To velja zlasti za trgovinske davke. Če še izločimo iz splošne pristojbinske zakonodaje pristojbine na uradna opravila v korist posameznih oseb, zlasti za razne koncesije in privilegije, ki se ravnajo razen po stroških v praksi predvsem po imovinski sposobnosti in koristi, nam ostanejo prave pristojbine kot »prispevki h kritju stroškov določenega službenega opravila, izzvanega po posamezniku«.

³⁰ Konrad, Handbuch des österr. Finanzverwaltungsrechts, Dunaj 1913, 711.

^{30a} Davčni značaj številnih naših »pristojbini« je priznala molče naša davčna zakonodaja, ko je oprostila s čl. 8. zakona o davku na poslovni promet tega davka razne odškodnine, ki so že zavezane pristojbini, n. pr. za oglase, razne transportne in zavarovalne posle, pa tudi »vse storitve, ki so zavezane plačilu posebne takse po zakonu o taksah (koncerti, zabave, kinematografi itd.)«. Če bi se od teh poslov poleg »pristojbine« pobral še (splošni) davek na poslovni promet, bi bil podan primer dvojnega obdavčenja, ki ga zakonodaja pogosto tudi ne želi. O dvojnem obdavčenju gl. obširneje § 11. naše knjige Davčne oprostitve in davčne olajšave, Ljubljana 1937.

³¹ Sicer se je uvedel v Nemčiji davek na poslovni promet prvotno kot pristojbina!

Conclusioni

Il carattere delle nostre tasse

In seguito all'esame delle differenti definizioni della tassa, l'autore aderisce all'opinione, secondo la quale la tassa è il contributo alle spese di un servizio pubblico, provocato dalla parte. Oltre ai servizi richiesti nell'interesse del chiedente nella definizione sono compresi anche i servizi non richiesti quali le sentenze di condanna in materia penale.

Trattandosi di un contributo alle spese del servizio reso, la tassa deve essere inferiore alle spese o tutt' al più raggiungerle. In quanto la misura della tassa oltrepassa le spese provocate, non trattasi più di una tassa, ma di una imposta o di un prezzo per le prestazioni di una impresa pubblica, nella quale si è trasformato l'istituto pubblico, esigente le tasse che oltrepassano le spese. Viste le difficoltà a fissare precisamente le spese provocate dal singolo servizio pubblico reso, resta spesso questione insolubile la distinzione tra la tassa vera, l'imposta ed il prezzo della impresa.

Lo studio delle spese provocate dimostra che sovente il servizio pubblico è prescritto soltanto nell'interesse fiscale (esempio il registro) quale occasione di colpire la capacità economica e tributaria, mostratasi nella conclusione di un contratto o altro atto di diritto privato. Oltre a ciò numerose tasse sono richieste senza che l'interessente avesse provocato qualunque servizio pubblico — per coprire le spese dei servizi pubblici non specializzabili e non atti ad essere sottoposti a tassa. Sovente la misura della tassa oltrepassa sensibilmente le spese del servizio reso, specialmente trattandosi del rilascio di una concessione governativa o di una dispensa. In questi casi ed anche nei casi dell'uso permanente di una opera pubblica (tassa stradale, contributo di migloria) la tassa tiene conto della capacità tributaria e dell'interesse del chiedente piuttosto che della spesa provocata.

Infine l'a. costata che la legislazione (statale e specialmente comunale) in vigore sulle tasse contiene non solamente nella Provincia di Lubiana, ma anche in altri stati, accanto alle tasse, fissate soltanto a coprire le spese provocate, numerose tasse di un carattere esclusivamente fiscale. Lo studio delle differenti voci della tariffa delle tasse fa vedere quasi tutte le specie di imposte indirette (di consumo, di lusso dazi doganali) ed anche dirette — su redditi diversi e sul patrimonio! Nella più grande parte queste »tasse« devono essere qualificate (secondo l'esempio di alcune legislazioni moderne)

quale gruppo speciale di imposte sugli affari, cioè quali imposte indirette (di lusso, imposta generale di entrata, sui trasferimenti, sui trasporti, sulla vendita). Nientedimeno la qualificazione delle tasse quali imposte dirette ed indirette da luogo a numerose difficoltà, tenuto conto delle diverse modalità legali e del biforcamento abituale delle imposte in due gruppi non assai precisamente distinti.

Prof. dr. Leonid Pitamic:

O ideji prava

I. Pravo — norma

V splošnem ni spora o tem, da je pravo neke vrste norma.¹ Prof. S p e k t o r s k i poudarja pravilno, da je tam, kjer je pravo, tudi norma.² Pravo je pravilo ali norma posebne vrste.

»Pravilo« ali »norma« je stavek ali rek, ki izjavlja, da n a j se kaj zgodi, da n a j človek kaj stori ali česa ne stori; ne izjavlja, da se kaj res stori; ni izrek o kakem dejstvu, ki se vrši v svetu vzrokov in učinkov, temveč je merilo za v r e d n o t o kakega človeškega ravnanja in je zato izraz za neko d o l ž n o s t. So razne take norme, n. pr. moralne, verske, modne. Za pravne imamo tiste norme, ki posredno ali neposredno zapovedujejo, prepovedujejo ali dovoljujejo z u n a n j e ravnanje človeka in katerih veljava je zaščitena s prisilnimi sredstvi. Morala sestoji tudi iz norm za človeško ravnanje, zadeva pa načeloma samo človekovo notranjost, njegovo voljo, nagibe, namere, zunanje ravnanje pa le toliko, kolikor tolmačijo njegovo notranjost; zato sankcija morale ni prisilje, ki bi povzročilo zunanje ravnanje. Ker se tiče pravo vedno z u n a n j e g a ravnanja človekovega, se dá pravno pravilno ravnanje ali vsaj primerno nadomestilo za takšno ravnanje navadno, ne pa vedno doseči tudi s silo; dočim se notranje razpoloženje človeka, njegova volja, na katero meri morala, ne more izsiliti. Zapoved, prepoved ali dovolitev zunanjega ravnanja zadeva vedno kak zunanji odnos človeka do sočloveka ali do občestva. Zato je pravni odnos nujno nekaj socialnega. Iz navedenega izhaja, da so ti pojavi prava: zunanje ravnanje, zaščita s silo, socialnost — v medsebojni logični zvezi.

¹ Gl. n. pr. F. S o m l ó, Juristische Grundlehre, 1917, S. 55.

² Tri pravne teorije, Zbornik znanstvenih razprav juridične fakultete. XV. letnik, Ljubljana 1939, str. 204.

Glede na značaj prisilnih sredstev kot sankcij imamo na eni strani tako pravo, ki sicer zadeva kakor vsako pravo z u n a n j e človeško ravnanje, ki pa v glavnem ni zaščiteno z neposredno (zunanjo, fizično) silo, temveč načeloma s posrednim (notranjim, psihičnim) vplivanjem ali siljenjem h kakemu ravnanju, n. pr. z duhovnimi kaznimi, z izključitvijo iz občestva, z neveljavnostjo pravnega opravila; tak značaj ima n. pr. cerkveno pravo. Poznamo pa na drugi strani tudi tako pravo kot normo za zunanje človeško ravnanje, katerega veljava je zavarovana deloma sicer tudi z indirektnimi prisilnimi sredstvi, v glavnem in načeloma pa z neposredno silo. Tak značaj ima sedaj tisto pravo, ki ga državni organi ali ustvarjajo (pozitivno pravo) ali pa zaradi trajnega izvajanja kot običajno pravo pripoznajo.

II. Pravo in sila

Ker je pravo neka vrsta splošnega pojma »norme«, moramo pravo razumeti samo kot normo in ga obravnavati v vseh njegovih pojavih in vseh njegovih stopnjah, od najnižje do najvišje, samo z normativno metodo. Zato mora biti tudi sila, ki je zaščita ali garancija prava, da naj bo praven pojav, vedno vsebina kake norme. Sile kot golega dejstva in ne kot vsebine kake pravne norme sploh ne bi mogli pravno razumeti. Pravna sila se sme torej uporabiti le tedaj, kadar kaka norma določa, da n a j se uporabi sila.

Pogoji, pod katerimi, in oblika, v kateri se pojavi v pravu sila, se kažejo v sestavu prava, ki sestoji: 1. iz norme, da n a j se ravna na določen način, in 2. iz norme, da n a j se uporabi sila, če se ne bi ravnalo na tak način. To je vsaj navadna oblika pozitivnega prava. Vendar je treba omeniti, da so nekatera pravila, ki jih imamo za pravna, ki pa niso prisilno izvršna, ker glede njih ni posebne norme o sankciji. To velja za tako zvane »leges imperfectae«, zlasti pa za nekatera zelo splošna, n. pr. naravnopravna pravila, ki so okvir za druga, bolj konkretna, toda prisilno izvršna pravila; velja pa tudi za neke ustavne predpise, ki se tičejo dolžnosti najvišjih državnih organov, proti katerim se ne mara uporabiti sila. Vendar je treba imeti vsa ta pravila za pravna, ker so v nujni normativni zvezi in tvorijo en sistem s pri-

silno izvršnimi pravnimi pravili in določajo mnogokrat le-tem smer in smisel; zaščiteni pa so tudi vsaj toliko, kolikor je pravni red v celoti zaščiten.

Iz označenega sestava prava sledi, da je prisilna izvršba (v najširšem pomenu te besede) določena le kot g a r a n - c i j a pravnih pravil; da pa ni potrebno, da bi se ta garancija vedno izpremenila v d e j a n s k o uporabo sile; ta uporaba je samo pogojna. Garancijska norma ima samo pomožen značaj proti tisti normi, katero naj ščiti; če se ji pa pripisuje glavna vloga v pojmu prava, je to gledanje enostransko, ki vodi lahko k spačenemu pojmovanju pravnega reda in države, namreč k njenemu istovetenju z organizirano močjo, silo, gospostvom. V resnici pa stopajo garancijske norme tem bolj v ozadje, čim bolj in modreje je država urejena. Čim bolj soglaša vsebina pravnih pravil in njih izvedba z razpoloženjem prebivalstva in z njegovim pravnim čutom, tem manj bo treba siliti ljudi k zakonitemu ravnanju. Razmerje sile do prava je lepo izraženo v napisu nad južnimi vrati pariške justične palače: *Gladius legis custos*. Meč se ne istoveti z zakonom, temveč se označuje le kot njegov varuh. Iz tega reka pa se dá tudi razbrati, da se sila ne sme rabiti v nasprotju s pravnimi pravili ali brez zveze z njimi. Rabiti se sme samo v okviru prava in v njegovo zaščito; tako se razlikuje pravno prisilje od nepravne nasilja. Posebno poudarjanje določb o uporabi prisilnih sredstev je tedaj upravičeno in potrebno, kadar primerjamo pravo z drugimi pravili; zakaj v povezanosti s takimi garancijskimi določili je prav značilnost prava nasproti drugim normam. Če pa govorimo o pojmu prava sploh, je prav tako važna tista norma, ki je zaščiteni, kakor tista, ki jo s prisilnimi sredstvi ščiti.

III. Veljavnost in izvrševanje prava

Pod navedenimi pogoji in v normativni obliki pa ima sila v ideji prava svoj določeni pomen. Norme o prisilni sankciji pomagajo namreč dejanskemu izvrševanju prava in to izvrševanje je v nujni zvezi z v e l j a v n o s t j o prava. Kakor bomo še pokazali, izvirajo regulativne norme za pravo (torej višje pravne norme) iz družbene narave člo-

veka. Ena teh višjih norm velevala, da naj se uredi človeško ravnanje v določenem občestvu tako, da vlada v njem red, po katerem morejo ljudje svoje odnose med seboj urediti in po katerem se lahko zanašajo, da bodo tako urejena razmerja veljala. Skrbeti za varnost in sigurnost odnosov med ljudmi je pravu naloženo že po njegovi ideji, ki pomenja red, kateri omogočuje življenje v družbi.

Če se pa predpisi kakega pravnega »reda« trajno ne izvršujejo, kadar bi se morali izvrševati, ne služijo več redu v dotičnem občestvu; potem vlada tam ali nered, brezpravno stanje, ali pa se je uveljavil drug red. V obeh primerih so norme prvega reda izgubile svojo veljavo. Vidimo torej, da spada neka mera učinkovitosti k bistvu vsakega časovno in krajevno določenega prava. Sicer nam to dokazuje že neizogibna potreba, upoštevati kot veljavno tudi običajno pravo, ki se označuje predvsem po običaju, t. j. po ponovni dejanski izvršitvi, kar pač pomeni isto kakor učinkovitost. Značaj običajnega prava nam pokazuje zvezo med veljavnostjo prava in njegovim izvrševanjem in nam odpira tudi pogled na vprašanje veljavnosti postavljenega (pozitivnega) prava. Kakor namreč ustvarja običajno, t. j. trajno, enako, redno ravnanje (consuetudo) pravno normo, tako odvzame trajno neizvrševanje (desuetudo) pravnim normam veljavo, in to ne samo običajnim, temveč tudi postavljenim normam, vsaj takim, ki so temelji pravnega reda, kar bomo še videli. Veljavo pa zgubljujejo zato in tedaj, ker in kadar so zaradi trajnega neizvrševanja izgubile normativno zvezo z idejo reda in tako s tisto višjo normo, po kateri naj vlada red v človeških odnosih. To velja tudi za pravne norme o sankciji ali garanciji s prisilnimi sredstvi. Neraba sile, kadar se naj po pravu rabi, je tudi neizvrševanje prava.

Kar smo mogli ugotoviti glede pravnih norm, velja tudi za pravne organizacije, n. pr. za državo. Dejansko izvrševanje nekega pravnega reda je za eksistenco države nujen pogoj. Idealni obstoj pravnih pravil, njihov obstoj samo v mislih nekaterih ali pa tudi vseh ljudi ne zadostuje za pojmovanje države. O državi moremo govoriti šele tedaj, če so ljudje res združeni ali organizirani po pravnih pravilih.

Resnica je sicer, da se nikoli ne bo mogla doseči v vseh primerih popolna skladnost med pravnimi pravili in njihovo

dejansko izvršitvijo. Če se pa primeri neizvršitve množijo, tako da se pravna pravila v velikem obsegu dalj časa ne uveljavljajo in tudi s silo ne izvajajo, je obstoj določenega pravnega reda in določene države omajan in se odpira pot za uvedbo novega reda. Hotena nepokornost proti vrhovnim pravnim pravilom države je sicer zoper njo naperjena revolucija; ni pa, če ni izraz anarhističnega mišljenja, revolucija zoper idejo prava ali države sploh; zakaj revolucionarna pravila postanejo sama pravna pravila, kadar je njihovo izvajanje za trajno zavarovano s prisilnimi sredstvi in je tako ustrezno ideji reda. Vidimo torej, da je v bistvu v e l j a v n e g a, t. j. vrhovni pravni ideji reda ustrežajočega prava, s tem pa tudi v bistvu države, da se večina pravnih, zlasti pa vrhovnih organizatornih pravil, ki so osnovni pogoj za ustvaritev in razvoj ostalega prava v državi, res izvršuje in da je mogoče za trdno vnaprej pričakovati to izvrševanje.

IV. Pravo — red

Vodilna pravna ideja, ki je z družbeno naravo človeka tesno zvezana in ki zahteva, naj se ustanavlja in zavaruje red v odnosih med ljudmi, je kot regulativna norma za vse pravo s t a l n a; načini pa, kako se ta norma času, kraju in mnogim drugim prilikam primerno po pozitivnem pravu izvaja, so zelo različni in zelo številni. Zato po človeški avtoriteti postavljeno ali po običaju nastalo pravo ni nekaj absolutno stalnega in nespremenljivega. Da bi pa zagotovili temu pravu čim večjo obstojnost, ga pogostoma vežejo s čisto moralnimi, zlasti z verskimi normami po prisegi, t. j. obljubi z verskimi sankcijami. Kajti za osebe, ki so se s prisego zavezale ravnati se po določenih pravilih ali celo varovati njih obstoj, so ta pravila obvezna ne samo zaradi svoje lastne avtoritete, temveč tudi zaradi moralne ali verske obveze, izražene v prisegi. Pa tudi ta obveza drži le dotlej, dokler njen predmet eksistira, t. j. dokler je pravni red, ki je predmet prisege, tudi stvarno v dotičnem občestvu izveden, ali vsaj dokler se dá utemeljeno pričakovati njegova obnovitev, če se začasno ne more izvajati. Če so pa vrhovna pravna pravila v državi dokončno nehala učinkovati zaradi

kakega neustavnega dejanja, n. pr. po državnem udaru ali po revoluciji, in se je dejansko uveljavil in ustalil nov red, potem bi poskusi, vzpostaviti s silo stari red, pomenili revolucijo proti novemu, sedaj pravno veljavnemu redu. Strogi »legitimisti« pa se ne morejo pomiriti z novim stanjem, ki je zanje samo brezpravno nasilje; staro državno stanje pa je zanje še vedno normativna realnost. Napaka takega gledanja je v tem, da prezira bistveno funkcijo prava, ki se istoveti s tistim stanjem, katero je postalo r e d n o in se zato najboljše ujema z vodilno pravno idejo o redu in miru. S strogega legitimističnega vidika bi tiste države, v katerih se je vršila kaka ustavna sprememba brez kontinuitete pozitivnega državnega prava, ne bile več države. Če se odklanja možnost, da se more revolucionarno stanje spremeniti v pravno stanje, bi se ne mogla nobena ali vsaj skoro nobena sedanjih držav priznati za legitimno, t. j. za pravno veljavno državo, kajti zgodovina kaže, da je bil začetek ali sedanja oblika vseh teh držav zvezan v daljši ali bližji preteklosti z revolucionarnimi dogodki.

Če bi ne priznavali neke višje norme, v kateri se dajo učinkoviti predpisi revolucionarnega (pa tudi prvega) ustavodavca normativno zasidrati, bi ti predpisi sploh ne mogli postati p r a v n o eksistentni in obvezni in bi ne mogli biti vir za nadaljnje pravo; ves »pravni red«, ki se nanje naslaja, bi bil brez pravnega značaja. Učinkovitost teh predpisov, to je njih prostovoljno ali prisilno izvrševanje, kakor tudi golo dejstvo, da so politično ali socialno močni činitelji postavili ta pravila — vsa ta dejstva (»kajstva«) ne morejo biti izvor za kako normo, ne morejo ustvariti pravne obveznosti.

To višjo normo pa smo našli v regulativni, iz družbene narave človeka izhajajoči ideji prava, ki priznava obveznost tistim pravilom, katera zaradi svoje učinkovitosti zagotavljajo mirno sožitje med ljudmi in red v njihovih odnosih. Pravilnost takega gledanja je potrjena tudi po tem, da je norma prav te vsebine v tistem pravu, ki je državi neposredno nadrejeno. V meddržavnem pravu je namreč priznано običajnopravno pravilo, naj se pripozna tisti red, ki je na določenem teritoriju ob opravičenem pričakovanju svoje stalnosti s prisilnimi sredstvi zajamčen, kot p r a v e n

in naj se skupnost, ki je s takšnim redom organizirana, ima za državo. Red mora torej biti efektiven, t. j. ljudje se morajo v glavnem ravnati po njem in računati z njegovo veljavo; zato mora biti v neki meri učinkovito zavarovan. Tak red je praven red, ne glede na to, ali je bil uveden na legitimen ali na revolucionaren način. Objektivna norma internacionalnega prava legitimira pod navedenimi pogoji faktično stanje, tudi če bi bilo revolucionarnega izvora, kot pravno stanje.

V. Učinkovitost prava kot vsebina višje pravne norme

Kakšna mera učinkovitosti pravil pa je potrebna, da jih spoznamo kot veljavno pravo in po njih zgrajeno državo za obstoječo? Upoštevati moramo, da ne neha biti veljavno vsako tisto pravno pravilo, ki ni bilo v vseh primerih izvršeno ali pa izvedeno po državnih organih. Vobče ohranja pravno pravilo tudi v takih primerih svojo veljavo, dokler ni razveljavljeno po nasprotnem postavljenem ali običajnem pravu in dokler velja njegova normativna opora, to so višja in naposled temeljna pravila, od katerih so vsa ostala odvisna. Pač pa je za veljavnost temeljnih pravil učinkovitost neizbežen pogoj že zato, ker jih internacionalno pravo pripozna za veljavna le, ako so učinkovita. S tem je potrjena preprosta resnica, da se morajo pravila, ki so temelji reda in tiste pravne stavbe, katero imenujemo državo, zares izvrševati in da morajo biti na trden način zagotovljena.

Katera pa so tista pravila, katera tvorijo temelj pravne organizacije, ali drugače rečeno, najvišjo oblast? V splošnem se dá reči, da so to tista pravila, ki določajo najvišje organe, torej tiste ljudi, ki so pristojni, da dajejo zakone, posebno pa da postavijo in spremenijo ustavo. Res smo navajeni, po pravilih, tičočih se najvišjih organov in njihovih kompetenc, razlikovati državne oblike. Toda za popolnejše spoznanje najvišje državne organizacije ne smemo zanemarjati tudi tistih pravil, ki podeljujejo nekim organom kompetenco, da končno veljavno interpretirajo zakone in zlasti ustavo. Kajti pravica, tolmačiti najvišja pravila v državi, utegne postati včasih prav tako pravno

važna kakor ustavodavna oblast sama; to nam dokazuje n. pr. delovanje sodne oblasti v Zedinjenih državah Amerike. Če se navedena kompetenca spremeni, se prav lahko spremeni tudi državna oblika.

V zvezi z vprašanji, ki smo jih sedaj obravnavali, je tudi vprašanje identitete države po kaki revolucionarni spremembi. Internacionalno pravo se pod nekimi pogoji, o katerih bo še govor, načeloma ne ozira na vsebino državnih pravil in na način, kako so bila postavljena. Zato tudi nepretrganost (kontinuiteta) teh pravil, to je njih stalna odvisnost od istega pravnega vira (od državne ustave), ni tisto dejstvo, po katerem se določa identiteta države. Z internacionalnopravnega vidika ostane država, tudi če se je njena oblika na revolucionaren način spremenila, ista pod pogojem: 1. da se je nova oblast ustalila, da se drži, da je postala redna, da se izraža v garantiranih in učinkovitih pravilih; 2. da se razteza na približno isto ozemlje kakor prejšnja organizacija; 3. da je v tem območju najvišja, od vsake druge pravne organizacije razven internacionalne skupnosti neodvisna pravna oblast, da je torej internacionalnemu pravu neposredno podrejena; 4. da nova organizacija načeloma priznava internacionalno pravo kot zase obvezno.

Internationalno pravo ima sicer še mnogo drugih predpisov za države, katere so za njih kršitev odgovorne in celo kaznive. Toda posledica take kršitve ni izguba državnega značaja; zato ni tem predpisom ustrezno ravnanje bistven pogoj za obstoj države; zanjo se ne zahteva več, kakor je bilo prej razloženo; k bistvenim pogojem pa spada učinkovitost reda.

Na podlagi zgoraj navedene internacionalnopravne norme se rešuje vprašanje veljavnosti državnega pravnega reda; ni pa s tem dokončno rešen problem veljavnosti prava v svoji popolnosti. Kajti problem se nujno zopet pojavi, če vprašamo, od kod črpa navedeno pravilo internacionalnega prava svojo obvezno veljavo. To pravilo spada k pravilom splošnega internacionalnega prava, in ta se ustvarjajo po običajnem ravnanju med državami. Od kod pa jemlje običaj svojo normativno veljavo? Če jo ima, jo more imeti samo zato, ker se v njem izraža neka objektivna norma, ki mu daje pravno veljavo. Kakor izhaja že iz naših prejšnjih izvajanj,

opažamo zares v običaju idejo reda in miru; v njegovem bistvu je namreč, da se ljudje ravnaajo redno na isti način; v tem se kaže, da jih tako ravnanje v splošnem zadovoljuje.

Sedaj obravnavani »običaj« kakor tudi prej obravnavana »učinkovitost« sta sama po sebi goli dejstvi. Imata pa zvezo z neko višjo objektivno normo, ki izhaja iz družbene narave človeka, katera teži po mirnem sožitju z drugimi ljudmi. Mir pa zavisi od reda in obratno red od miru. Navedeni dejstvi se dasta normativno vrednotiti, ker služita ideji reda in miru. Ta ideja, ki je bistvena državni in meddržavni skupnosti in pravu sploh, je iz človeške narave izviraajoči zahtevek in kot tak ena izmed tistih temeljnih objektivnih norm, ki so s človeškimi združbami nujno spojene, zatoorej pa tudi postavljenemu (pozitivnemu) in običajnemu pravu nadrejene. Zato se je mogla razviti norma internacionalnega običajnega prava o veljavnosti učinkovitega državnega reda. Miru kot takemu se žrtvuje na ta način tudi načelo kontinuitete državnega prava — kakor se mu v pravu sploh večkrat žrtvuje popolna materialna pravica. To vidimo pri načelu pravne moči, ki ima n. pr. v sodnem postopanju z obliko »res iudicata« namen, da naj bo konec pravdanja, finis litium, torej mir. S tem načelom se ostvari končno pravno stanje, tudi če bi se to stanje strogo ne strinjalo z materialnim pravom. Drug tak primer je zaščita posesti, tudi nepoštene, proti samolastnemu motenju.

VI. Objektivna normativnost prava

V svojih izvajanjih smo si prizadevali upoštevati povsem objektivno normativnost prava; to moramo storiti tudi tedaj, ko je normativna povezanost pravnega reda z njegovo prostovoljno ali prisilno izvršitvijo na prvi pogled manj vidna, kar velja zlasti za neke pojave v ustavnem in v internacionalnem pravu. V teh višjih stopnjah prava najdemo namreč pogosto splošne ali široke norme, ki so mnogokrat samo okvir za ustvaritev nižjih norm. Čim splošnejše je pravilo, tem manj določen je način njegove izvršitve, ker je več načinov izvršitve možnih; čim večje je število različnih dejanj, ki normi ustrezajo, tem manj je možnih protipravnih

dejanj. V takih primerih je videz, kakor da ravna tisti, ki normo izvršuje, popolnoma svobodno, iz lastne moči in volje. Toda svoboda v izbiri načina, kako se naj norma izvrši, je v njej sami določena in odmerjena; zato spada prav uporaba te svobode k izvršitvi norme.

Če je norma zelo splošna in so zato načini njene izvedbe zelo različni in številni, se lahko porodi dvom, ali sploh taka norma eksistira in ali ni vse to, kar se dogaja in dela preko ali onstran izvestnih stopenj prava in kar mu je vendar za podlago, le golo dejstvo, nenormativno »kajstvo«. V tem zadnjem smislu rešujejo to vprašanje vse tiste teorije, ki učijo, da je stvarnik prava ali edinole moč ali volja ali socialna vzajemnost itd., torej vedno neka »kajstva«.

Bistrejšemu pogledu seveda ne more uiti, da se na tak način pravo kot norma ne more utemeljiti. Zlasti gre enemu najznamenitejših sodobnih državoslovcev, Kelsen u, velika zasluga, da je prepričevalno dokazal, da se pravo v vseh svojih pojavih in tudi v svojem izvoru ne more drugače obravnavati kot z normativno metodo.³ Navajamo tega znanstvenika pa tudi zato, ker je poskušal omejevati se s svojo metodo edinole na pozitivno pravo, dočim je prav normativna metoda tista, ki nujno sili preko tega prava v sfero naravnega prava. Kelsen pa, kot teoretik strogega pravnega pozitivizma, ni mogel najti pota od pozitivnega do kakega višjega, n. pr. naravnega prava, in vendar je moral kot normativist pozitivno pravo tudi v njegovih najvišjih plasteh normativno utemeljevati. Našel je normativno opravičilo vsakega pozitivnega prava v neki »hipotetični temeljni normi«, ki pa ni kot druge norme pozitivna ali postavljena, temveč jo v svojem umu zamišljamo (suponiramo) samo zato, da spoznamo neka dejstva pod vidikom norme kot pravna. Ta temeljna norma bi se glasila, kadar gre za normativno spoznavanje državnega pravnega reda, tako: Prisilna sredstva naj se uporabljajo pod takimi pogoji in na tak način, kakor določa prvi ustavodavec ali po njem določene instance.⁴ Ta norma pa se zamišlja le za takšen

³ N. pr. v svojem delu *Reine Rechtslehre*, 1934.

⁴ l. c. str. 65, 66.

red, kateremu ustreza v neki meri ravnanje tistih ljudi, za katere je namenjen. Tudi po Kelsenovem mnenju mora torej red, da je praven, biti v splošnem učinkovit. Za internacionalno pravo pa, katerega splošne norme so prvotno nastale po običaju, bi morala po Kelsenu kot temeljna biti zamišljena norma, s katero je kot pravotvorno dejstvo ustanovljen običaj, ki nastane zaradi ravnanja držav med seboj.⁵ V obeh primerih ima temeljna norma podobno vlogo kakor jo imajo kategorije v Kantovi filozofiji. Kakor Kantova kategorija, tako tudi Kelsenova temeljna norma ni v predmetu spoznave, temveč samo v našem umu; kakor oblikuje kategorija predmet na način, da postane dostopen našemu spoznanju, tako daje tudi temeljna norma dejanskemu redu normativno obliko, da ga moremo spoznati za pravnega.

Toda pri tej konstrukciji ostane nepojasnjeno, zakaj mora človeški um spoznati prav tak učinkoviti red, ki je v prvem primeru po ustavodavcu »de facto«, v drugem primeru po običaju ustvarjen, za pravnega, zakaj mora prav zanj in ne za kake druge rede zamisliti osnovno normo.⁶ V tem ni nobene nujnosti; in tudi trditev, da bi bil nesmiseln takšen red, ki sploh ni učinkovit, sproži nadaljnje vprašanje po razlogu te nesmiselnosti.

Če gledamo na neki niz dogodkov, ki naj bodo pravotvorni, pod vidikom kake subjektivne norme, ki ni s temi dogodki v nujni zvezi in ki je samo hipoteza, je vsa pravna stavba utemeljena na subjektivistični, hipotetični podlagi, iz katere ne more izhajati objektivna obveznost prava. Objektivna obveznost pa je v bistvu vsakega veljavnega prava, ker je isto kakor njegova veljavnost.

Objektivna veljava ali obveznost prava od najnižje do najvišje stopnje mora biti zasidrana samo v takih normah, ki veljajo objektivno.

⁵ I. c. str. 129, 130.

⁶ Obširnejšo kritiko tega Kelsenovega nazora sem poskusil podati v svojem spisu »Čista pravna teorija in naravno pravo« v I. zvezku Razprav pravnega razreda Akademije znanosti in umetnosti v Ljubljani, 1941, str. 175—195.

VII. Najsplošnejša vsebina prava

Kakor smo že ugotovili, je na viru vsakega pravnega reda taka objektivna norma, ki se krije z zahtevo človeške narave po mirnem sožitju in po redu v odnosih med ljudmi.

Ni pa to edina iz človeške narave izvirajoča pravotvorna ideja; zato ni vsako mirno stanje tudi pravno stanje. V človeški naravi so še druge zahteve, ki tekmujejo z zgolj formalno idejo reda in miru, to je s tako idejo, ki se ne ozira na vsebino reda. Te zahteve se upirajo temu, da bi imeli vsako po sili zajamčeno pravilo za pravno pravilo in vsak učinkovit red, bodisi v državi bodisi med državami, že zaradi učinkovitosti za praven red. Saj opažamo tudi v pozitivnem pravu, da celo pravomočna sodba, ki naj zaključí pravdo in ustvari mir, ni absolutna ovira za uveljavitev izvestnih razlogov ničnosti, ki lahko povzročijo novo sodbo.

Vprašanje je torej, ali niso v bistvu prava razen formalnih znakov, o katerih smo dosedaj razpravljali in h katerim štejemo tudi formalen red ne glede na njegovo vsebino, nujno še neki vsebinski znaki. Je teorija, po kateri je pojem prava popolnoma določen s formalnimi znaki, češ pravo je samo oblika, ki lahko vase sprejema kakršno koli vsebino; vse, kar je po ustanovljeni ali priznani poti zadobilo obliko prava, je pravo ne glede na svojo vsebino; vsako učinkovito pravilo za zunanje človeško ravnanje je pravna norma. To je stališče pravnofilozofskega pozitivizma. Ker je skrajno jamstvo za učinkovitost prava sila, vodi ta teorija, če je dosledno izvedena, lahko do naziranja, da je država, ki ustvarja pravo, isto kot sila ali gospostvo. Če pa ima zares pozitivno pravo kakršno koli vsebino, bo iz tega čisto formalnega stališča težko razmejiti pravna pravila države od pravil uspešne roparske tolpe.⁷

Pravnofilozofski pozitivizem zanemarja človeški element v pojmu prava. Kajti pravo ne velja za ravnanje katerega koli bitja, temveč samo za ravnanje določenega bitja,

⁷ Priznavanje vsake uspele sile kot pravne avtoritete je izvrstno kritiziral Bernatzik v oceni Bergbohmove knjige »Jurisprudenz und Rechtsphilosophie« v Scholler's Jahrbuch XX. 2. Heft, 1896, str. 305—310.

in sicer človeka. S tem pa je za vsako normo, da naj bo pravna, določena neka, dasi zelo splošna vsebina, in je ovrženo naziranje, da ima pravo lahko kakršno koli vsebino. Predmet prava je vedno človeško ravnanje, in so tudi tako zvaní »pravni dogodki«, n. pr. potek časa, vsebina pravnih pravil samo glede na človeško ravnanje. Najsplošnejša vsebina vseh pravnih pravil je torej, da so pravila za človeka ali bolje za ljudi, ker gre končno v pravu vedno za odnose človeka do sočloveka ali do združbe ljudi (družina, občina, država) ali za odnose med takimi združbami. Od tod trditev, da je pravo »socialen« pojav, da spada pravo-znanstvo k socialnim vedam; v pravu postane namreč človek vedno »socius«, t. j. drug, in je tedaj v nekem razmerju k drugemu človeku (izraz »socius« je soroden glagolu »sequi« = spremljati, slediti koga, pridružiti se komu). Človek je po svoji n a r a v i družbeno bitje. Da pa je združba ljudi katere koli vrste sploh možna, da so odnosi med ljudmi sploh mogoči, za to so potrebni neki pogoji, ki določajo načela, kako naj ravnajo ljudje v teh odnosih. Ti pogoji so to, kar se je že zdavna nazvalo »naravno pravo«, ker izhaja iz narave človeka in iz narave njegovih odnosov do sočloveka.

VIII. Naravno pravo temelj pozitivnega prava

V to naravno pravo spada pravica človeka do eksistence, t. j. do življenja. Zakaj če bi bila pravica do človeškega življenja n a č e l o m a zanikana, bi bili tudi odnosi med ljudmi, če že ne popolnoma nemogoči, vsaj stalno ogroženi. V obliki prava postavljena norma, ki bi načeloma zanikala pravico do življenja, potemtakem ne bi bila p r a v n a norma; nasprotovala bi osnovam prava. Nadalje spada v okvir teh načel pravilo »pacta sunt servanda« v pogodbenem pravu. To pravilo izvira iz narave ali ideje pogodbe. Pogodbe pa so eden glavnih virov pravnih odnosov med ljudmi in so zato v najožji zvezi z družbeno naravo človeka. Zatorej v obliki prava postavljena norma, da n a č e l o m a »pacta n o n sunt servanda«, ne bi moglo biti p r a v n o pravilo; nasprotovalo bi namreč ideji pakta ali pogodbe, ki vsebuje obvezo, da se izpolni. Izjeme pa so možne, n. pr. če je vsebina pogodbe contra bonos mores.

Tudi predpis, naj se načeloma štiti »mala« in ne »bona« fides, ne more biti pravno pravilo; kajti odnosi med ljudmi zahtevajo neko mero zaupanja. Vsi odnosi med ljudmi imajo neke nujne pogoje svojega obstoja, ki izhajajo iz narave teh odnosov, n. pr. družinskih. Če imajo ti odnosi izvestno intenzivnost in trajnost, govorimo o združbah. Vsaka taka združba, n. pr. družina, občina, država, mednarodna skupnost, ima svoj značaj ali svojo naravo, iz katere izhajajo zahteve ali pogoji, ki so bistveni za obstoj te združbe.⁸ Če bi pravna pravila načeloma nasprotovala pogojem določene združbe, ne bi mogla biti pravo za t o združbo.

Navadno in praviloma so ti nujni pogoji pravnih odnosov tudi v postavljenih (pozitivnih) ali običajnopravnih normalah priznani in zaščiteni. Če pa bi ne bili sprejeti v pozitivnem pravu, bi kljub temu veljali, in če bi jim to pravo načeloma nasprotovalo, bi s tem nehalo biti pravo, ker bi zgrešilo bistvo svojega predmeta in bi tako rekoč sebi samemu nasprotovalo. Kakor mora biti kalup v glavnem ustrojen po predmetu, za katerega je kot kalup namenjen, tako mora biti tudi pravo kot oblika vsaj v glavnem urejeno glede na svoj predmet. Če je kalup takšen, da izdatno pokvari svoj predmet, namesto da bi se mu prilegal, potem ni kalup za t a predmet. In tudi pravna oblika ni več pravo, če bi se s t o obliko načeloma zanikali bistveni pogoji za obstoj odnosov, katerim naj baš pravo pripomore do obstojnosti.

So torej načela, ki izvirajo iz narave človeka kot družbenega bitja, ki se tičejo sožitja ljudi in ki veljajo za posamezne ljudi in tudi za razne njihove združbe. Ta načela so osnove ali temelji prava. Vsebina teh načel je seveda zelo splošna in dopušča razne načine podrobnejšega določevanja (konkretizacije). Vendar mora to določevanje ostati v mejah teh načel in jim ne sme načeloma nasprotovati; sicer bi izgubilo značaj prava, četudi si nadeva ime prava.

Človek pa ni s a m o družbeno bitje, njegova narava ni s a m o socialna. Preden postane človek socialno bitje, mora biti individualno bitje, mora eksistirati kot i n d i v i d u m , t. j. kot nedeljena enta. Človek je edina ž i v a in nedeljiva

⁸ Prim. k temu Verdross, Völkerrecht, 1937, str. 38.

sestavina družbe, je edini organizem v organizaciji. Po svoji naravi mora sicer normalno živeti v družbi, toda družba nastane zaradi nje go ve družbene narave. Zaradi tega je kot prvina družbe pred družbo; to se ujema tudi s svetopisemsko zgodovino stvaritve (1 Mojz 1, 27, 28; 2, 7). Ker je človek tista živa prvina, brez katere družba ne more nastati, je človeško življenje tudi za družbo prvobitna vrednota. Pred socialnimi pravicami in dolžnostmi je kot pogoj za njih nastanek individualna pravica človeka do življenja. Zato mora družba tudi zaradi svojega obstoja to predružbeno in preddržavno pravico priznati in ščititi. Če imamo za pravno osebo tistega, ki je nositelj kake pravice, stopa človek kot nositelj naravne pravice do življenja že kot o s e b a v družbo; zato je za pozitivno pravo osebnost človeka, vsaj kolikor se tiče pravice do življenja, že vnaprej dana. Zato je suženjstvo, ki zanika to pravico, proti naravnemu pravu. § 16 našega občega državljanskega zakonika pravi pravilno: Vsak človek ima prirojene, že po razumu vidne pravice, in ga je torej šteti za osebo.

V nekaterih pogledih pa teži narava človeka celo k neodvisnosti od vsake zgolj človeške organizacije, n. pr. v njegovih odnosih do nadnaravnega sveta. Ta težnja k svobodi (n. pr. vesti in veroizpovedanja) vsebuje zahtevo, da ga drugi ljudje v njegovih odnosih do božanstva ne motijo, in še več, da ga pravna družba, v kateri živi, n. pr. država, v tej svobodi ščiti. Zaradi priznanja in zaščite te svobode in tudi pravice do življenja vseh ljudi nastanejo tudi pravni odnosi med njimi ter med posameznikom in pravno zajednico, v kateri živi, in postane človek preko teh individualnih pravic zopet družbeno bitje, kar se ujema z našimi prejšnjimi razlagami. Stroge meje med individualnimi in socialnimi pravicami in dolžnostmi v družbi se torej ne dajo potegniti.

IX. Končne pripombe

Poskusili smo v prednjem podati glavne normativne smernice, v okviru katerih se lahko svobodno razvija pozitivno pravo. Pripomniti pa je, da te normativne smernice niso kako »idealno« pravo, ali »pravično« pravo ali »pravilno« pravo. Seveda se zrcali v njih neka mera pravičnosti;

bilo bi zares čudno, če ne bi bilo nobene zveze med »ius« in »iustitia«, med pravom in pravičnostjo. Toda pravičnost, ki jo predpisuje morala, gre v svojih zahtevah dalje. Orisali smo v glavnih črtah samo tiste minimalne pogoje, ki so nujni za vsako pravo in ki so znani pod nazivom »naravno pravo«. To naravno pravo ter v njegovem okviru ustvarjeno pozitivno in običajno pravo tvori celotnost resničnega, realnega prava.⁹

Eden teh splošnih pogojev za obstoj prava je, da se po njegovih normah ustanovi in ohrani mir in red v človeških odnosih. To načelo je tako važno za obstoj prava, da se mu žrtvujejo celo neke materialne pravice. Toda te žrtve niso neomejene. Zakaj formalen red, kateremu bi se žrtvovala najbistvenejše vrednote človeka, ki spadajo tudi k normativnim pogojem prava, n. pr. pravica do življenja, ne bi bil več praven red, ker se mu načeloma upira človeška narava.

Mogoče bi kdo zoper ta in prejšnja izvajanja ugovarjal iz metodološkega vidika, češ da je človeška narava nek fakt, neko dejstvo, »kajstvo«, iz katerega se ne more izvajati nekaj normativnega, ki je po svojem bistvu »najstvo«; da smo torej nazadnje tudi mi opustili normativno metodo, ki smo jo označili kot nujno in neizogibno za spoznanje bistva prava in države. Toda človeška narava ni samo fakt, »kajstvo«, temveč obsega v svoji polnosti tudi normativne prvine; to pa prav zato, ker ima tudi družben značaj, to se pravi, da je človek po svoji naravi uvrščen v normativne odnose. Družba razumnih bitij, katera naj bo stalna in razumno, od valovanja nagonov in čustev neodvisno urejena, ki torej nujno omejuje popolno svobodo in odklanja in zabranjuje svobodo protirazumnega, protinaravnega ravnanja — taka človeška družba mora po svojem bistvu imeti norme, iz katerih izvirajo dolžnosti.

Z ustvaritvijo prav take človeške in ne drugačne narave so bila določena tudi načela, po katerih naj se človek s takšno naravo ravna.

Človeška narava, kakor jo je oblikoval Stvarnik in kakor jo človeški razum spoznava, je vir naravnega in

⁹ Podobno Verdross, l. c., str. 39,

temelj vsega drugega prava, kakor je že Cicero v tehle klasičnih besedah izrazil:

»Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat; quae tamen neque probos frustra iubet aut vetat nec improbos iubendo aut vetando movet. Huic legi nec obrogari fas est neque derogari ex hac aliquid licet neque tota abrogari potest, nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus, neque est quaerendus explanator aut interpret eius alius, nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium deus, ille legis huius inventor, disceptator, lator; cui qui non parebit, ipse se fugiet ac naturam hominis aspernatus hoc ipso luet maximas poenas, etiamsi cetera supplicia, quae putantur, effugerit« (M. Tullii Ciceronis de Re publica III, 22, 33).

Po naše povedano:

Pravi razum, skluden z naravo, je resničen zakon, dan vsem ljudem, stalen, večni, ki s svojimi zapovedmi kliče k dolžnosti, s svojimi prepovedmi odvrtača od krivice; ki pa vendar niti pravičnim ne zapoveduje ali prepoveduje zaman niti krivičnih z zapovedmi ali prepovedmi ne zgane. Ni dovoljeno ta zakon niti z drugim razveljaviti niti v njem kaj spremeniti niti ga ne moremo v celoti odpraviti; ne more nas razvezati tega zakona ne senat ne ljudstvo, niti ne moremo iskati zanj kakega drugega razlagalca ali tolmača. Ta zakon ni drugačen v Rimu, drugačen v Atenah, drugačen sedaj, drugačen pozneje, temveč vse ljudi vseh časov veže en večni in nespremenljiv zakon. In eden je skupen gospodar in vladar vseh, Bog, ki je ta zakon zamislil, določil in dal; kdor se njemu ne pokori, sam pred seboj beži, zavrača človeško naravo in je že s tem najbolj kaznovan, četudi se ogne morebitnim drugim kaznim.

Summarium

Tractatus de conceptu iuris

Tractatus in sectiones novem dividitur.

Sectio prima agit de *notione iuris*, quod tanquam species ad genus *normae* reducitur. Ius norma est actionum humanarum externarum quadam sanctione munita; moralitas autem praesertim de actibus humanis internis agit. Modus sanctionis efficit differentiam in iuribus. Sanctio, quae principaliter in vi immediate coactiva consistit, signum est iuris civitatis sive consuetudinarii; alia iura principaliter coactione indirecta munita sunt, e. g. ius ecclesiasticum.

In sectione secunda de *relatione inter ius et vim coactivam* tractatur. Methodus normativa, quam in omnibus phaenomenis iuridicis observare debemus, pertinet aequae ad vim coactivam, quae solummodo regularum iuris tutela est; quam tutelam non semper convertere oportet ad verum usum vis coactivae.

In sectione tertia *momentum coactus*, qui efficacitatem iuris iuvat, exponitur. Ius enim normam superiorem gerit, quae ordinem in relationibus humanis esse iubet. Quando homines certum ordinem iuridicum observare desistunt, talis ordo non amplius servit emolumento societatis neque vitae in ea. Quanti momenti efficacitas iuris pro eius validitate sit, natura iuris consuetudinarii demonstrat, quod in repetito, aequali, regulari modo agendi consistit; desuetudo autem destruit validitatem regulae iuris, non solum consuetudinarii, sed etiam positivi, saltem fundamentalis.

In sectione quarta contenditur *principium iuris*, quod fundatum est in *natura humana* quodque in relationibus humanis ordinem regnare iubet, pro toto iure regulam constantem esse; modos autem, quibus huius principii usus habetur, varios et diversos esse. Propterea ab auctoritate humana positum vel a consuetudine creatum ius non est absolutum vel immutabile. Nec corroboratio iuris iureiurando quidem conservare potest validitatem iuris, quando observatio eius omnino cessat atque novus ordo, etiam ex rerum publicarum mutatione violenta («revolutione»), oritur. Status enim ipse «revolutionarius», quem vis coactiva tuetur, cum regularis evadit, novus ordo iuridicus aestimandus est; concordat enim cum conceptu iuris, qui ordinem et pacem significat. Quae opinio cum regula iuris internationalis consuetudinarii concordat, quae omnem communitatem, ordine efficaci in sensu supra definito nixam, civitatem habendam esse declarat.

In sectione quinta de *mensura efficacitatis* disseritur, quae necessaria est ad agnoscendum ordinem iuridicum validum et

civitatem existentem. Sufficit enim, ut regulae fundamentales, quibus suprema potestas efficitur et de quibus reliquae regulae dependent, efficaces sint. Suprema vero potestas illis regulis constituitur, quibus summi magistratus eorumque competentia, praesertim legislationis et emendationis constitutionis, nec non competentia ad interpretandas et leges et constitutionem statuuntur. Quo principio resolvitur etiam quaestio de identitate civitatis secundum regulam iuris internationalis, cuius mentio facta est in sectione priore. Remanet adhuc resolvenda quaestio de validitate huius regulae, quae e consuetudine orta est. Solutio datur in natura consuetudinis, quae connexa est cum superiore norma ex natura humana sumpta, ipsa natura pacem et ordinem in relationibus humanis postulante. Pro obtinenda pace renuntietur etiam continuitati ordinis iuridici, sicut et alias iuri materiali nonnunquam renuntietur in favorem pacis, prout e. g. institutio »rei iudicatae« docet.

In sectione sexta defenditur *methodus normativa* in quibuscumque quaestionibus iuris et refutatur theoria creatorem iuris esse mere voluntatem, vim vel quodcumque factum non coniunctum cum norma. Sed reiicienda est etiam illa theoria moderna, quae, licet normativa, philosophia Kantiana nixa totum fundamentum iuris in quadam norma fundamentali mere hypothetica et subjectiva ponit. Nos autem contendimus validitatem objectivam vimque obligativam iuris niti debere solummodo normis objectivis.

In sectione septima *universalissima comprehensio* (periocha) cuiuslibet iuris exponitur. Non est ius quaecumque praecipuum iuris forma indutum, ut censet positivismus philosophico-iuridicus. Ius enim non ordinat agenda vel omittenda cuiuslibet entis, sed hominis tantum. Universalissima comprehensio iuris semper agenda vel omittenda humana sunt, obiectum iuris semper ordinatio relationum inter homines est. Itaque homo coram iure semper socius fit; homo autem natura ens sociale est. Hinc itaque conditiones quaedam necessariae sunt, quae vivere in societate possibile reddant. Quae conditiones nomine »iuris naturae« notae sunt, quia e natura humana emanant. Inde sequitur non omnem ordinem pacis etiam ordinem iuris esse, nisi correspondeat essentialibus postulatis naturae humanae.

In sectione octava *ius naturae quibusdam exemplis illustratur*: Primum exemplum ius hominis ad vitam profertur. Regula, qua ius istud prorsus negaretur, nequit esse regula iuris; sub tali enim regula inter homines relationes fere impossibiles essent. Alia regula huiusmodi est: »Pacta sunt servanda«; secus enim relationes contractuales, vitam in societate pro magna parte fundantes, impossibiles essent. Simile quid valet de principio »non malam sed bonam fidem tuendam esse«. Quae conditiones relationum iuridicarum valent, etiamsi ius positivum eis contrarium esset; tale »ius« desineret ius esse, quia suo objecto et inde sibi ipsi contradiceret. Denique exponitur hominem, iam ex iure naturae habentem ius existendi, ante ius positivum esse personam et a quocumque iure ut

persona agnosci debere. Ius individuale antecedit iuri sociali. Cum autem ius individuale societatis tutelam obtinet, et ipsum fit sociale. Ergo in societate limites inter iura individualia et socialia vix definiiri possunt.

In nona et ultima sectione conclusiones quaedam huius tractatus resumuntur. Obiectio contra foundationem normae iuris in natura humana, naturam nempe humanam mere rem datam esse ex qua nihil normativi extrahi possit, non valet. Natura enim humana non est mere res data, sed comprehendit elementa quoque normativa; homo enim natura sua est ens sociale, propterea insertus in relationibus normativis. Cum creatione talis naturae principia quoque statuta sunt, secundum quae homo tali natura praeditus agere debet.

Concluditur tractatus celebri elogio, quo M. Tullius Cicero in tertio libro de Re publica sempiternum valorem legis vel iuris naturae extulit.

Prof. dr. Evgen Spektorski:

Sociologija in filozofija

Drugače kot druge, več ali manj ustaljene znanosti, sociologija še doslej nima niti določenega predmeta niti določene metode.¹ S tem se dá razložiti pluralizem v pojmovanju njenega bistva. Sombart je našteval sedem možnih sociologij.² Lester Ward pa celo dvanajst. Vendar se ta mnogoterost poenostavi, če sprejmemo najbolj razširjeno pojmovanje, da je sociologija indikativno (torej ne normativno in ne formalno) raziskovanje skupnega življenja ljudi.³ Tako pojmovana sociološka problematika obstoji že oddavna. Zanimala je že Aristotela. Toda ko je pisal svojo »Politiko«, se filozofija še ni ločila od znanosti. Drugače kot religija se filozofija ni ločila od znanosti niti tedaj, ko se je Hobbes jel baviti s sociološko problematiko. Pojmoval jo je kot »philosophiam civilem«, ki jo je treba spraviti v sklad s »philosophia naturalis« v Newtonovem smislu.

Predhodniki novejše sociologije torej niso zanimali filozofije. Navidezno je tudi Comte nadaljeval njihovo tradicijo. Saj je njegova sociološka zamisel izšla pod naslovom »Kurz pozitivne filozofije«. Vendar je Comte prekinil ali točneje, hotel prekiniti tradicijo. Že v predgovoru h »Kurzu« je izrazil obžalovanje, da je bil prisiljen, posluževati se izraza »filozofija«. Zamislil si je sociologijo kot strogo pozitivno vedo, ki naj bi bila zgrajena brez kakršne koli filozofije. To je pomenilo, da sociologija ne potrebuje gnozeologije, ki kritično aplicira večno vprašanje o tem, kaj je resnica, na cilje, sredstva in rezultate vsakega znanstvenega raziskovanja; nadomestiti bi jo morala metodološka tehnika.

¹ Cf: Soziologie von heute, herausg. von R. Thurnwald, 1932.

² Sociologie: was sie ist und was sie sein sollte, 1936.

³ E. Spektorski, Što je sociologija. Arhiv za pravne nauke, april 1938. Cf: Hans Freyer, Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft, 1930.

Nadalje je to značilo, da sociologiji ni potrebna niti ontologija s svojimi hipotezami in fikcijami, ki ima nalogo, izpopolniti diskurzivno empirijo z intuitivno sintezo in s tem pojasniti smisel stvarnosti. Vso to metafiziko je Comte zavračal kot »poosebljeno abstrakcijo«. Končno je to pomenilo, da sociologija ne potrebuje etike z njenim primatom deontologije nad fenomenologijo. Mesto etike je zavzela tehnika, in sicer taka, ki ne temelji na teleologiji, temveč na indikativnem predvidevanju: »science, d'où prévoyance, prévoyance, d'où action«.

Takšna je bila Comtova zamisel, toda njeno uresničenje je bilo drugačno. Comte je ostal več ali manj zvest svojemu antifilozofskemu pozitivizmu samo v prvih treh zvezkih svojega »Kurza«, kjer se obravnavajo naravoslovni problemi in kjer še ni niti besede »sociologija«, marveč se govori o »socialni fiziki«. Toda v četrtem delu se istočasno, ko izgine socialna fizika, ki jo je nadomestila sociologija,⁴ pojavi zmagoslavno tudi filozofija, in sicer v svojem prejšnjem pomenu kraljice ved. V petem zvezku označuje Comte svoj »Kurz« kot »delo, v bistvu posvečeno občemu sistemu filozofije«.⁵ V šestem pa povzdiguje filozofijo kot »poseben red civilizacije« še nad znanost.⁶ Ko pa se je razvilo »drugo življenje« Comta, se je ne samo dejansko, temveč tudi načelno pretvoril v metafizika in celo v teologa. »Celokupnost svoje kariere« je označil kot »pretvarjanje vede v filozofijo in filozofije v religijo«.⁷ In se je ponašal s tem, da je več kot trideset let »držal v roki filozofsko pero«.⁸

Vendar zdaleka niso ostali vsi Comtovi adepti do konca zvesti svojemu učitelju. Strogi in dosledni pozitivisti z Littréjem na čelu so prišli do zaključka, da obstoji njegov sistem iz pozitivne glave in metafizičnega repa.⁹ Zavrgli so vse

⁴ Cours de philosophie positive (édit. 1908), IV, 132.

⁵ Ib., V, 2.

⁶ Ib., VI, 12.

⁷ Système de politique positive, condensé par Christian Cherfils, Paris, 1912, s. 587.

⁸ Système, VI appendice, 103.

⁹ Auguste Comte et la philosophie positive, 1863, p. 534: Quelque chose qui n'a point d'exemple, une méthode avec une tête positive et une queue subjective ou métaphysique.

»metempirično«, kakor se je izrazil Lewes. Vprav oni so hoteli uresničiti Comtovo zamisel sociologije kot znanosti, ki je brez kakršne koli filozofije. Kakor je izjavil Littré, je dal Comte sociologiji samo ime, to sociologijo pa je bilo treba šele ustvariti.¹⁰ Antifilozofska mentaliteta, ki jo označujejo Francozi kot scientizem, je morala navdušiti in oploditi sociologijo.

Od tega časa je preteklo okrog 100 let. Zdaj že lahko presojava rezultate tega početja. Lahko rečemo, da se ni posrečilo. Vprav tisti sociologi, ki so se proglasili za najstrožje pozitiviste brez kakršne koli metafizike in teologije, so se takoj jeli baviti s socialno metafiziko in deloma celo s teologijo. Toda delali so to, ne vedoč, kaj počenjajo, nalik Molièrovemu gospodu Jourdainu, ki ni vedel, da govori v prozi. Ker niso vedeli in niso hoteli vedeti, kakšno kritično pomoč utegne nuditi znanstvenikom sodobna filozofija z mnogovekovnim izkustvom, so se zadovoljevali z dogmatičnim primitivizmom. Namesto dvoma, ki spremlja, počenši od Sokrata, vsako zrelo filozofsko problematiko, je postal njihov filozofski patos ono začudenje, ki sta ga Plato in Aristotel priznala kot začetek slehernega filozofiranja. Vsak izmed njih kakor da je potrjeval Haecklovo biološko formulo ter »ontogenetično« doživljal »filogenesis« filozofije. In znanstveniki 19. stoletja so jeli filozofirati povsem tako, kakor Thales, Empedokles in drugi predhodniki Sokrata.

Antični početniki filozofije se niso bavili s pozitivnim proučevanjem stvarnosti. Namesto tega so s široko gesto zajeli celo vseмирje, ki so mu dali ime »priroda« in so pričeli fantazirati o njenem bistvu. Prav tako so se tudi prvi sociologi XIX. stoletja, namesto da bi resnično in pozitivno proučevali socialno življenje, začeli baviti z občestvom vobče ter so aplicirali na njegovo naravo staro problematiko *periphyseos*. Spencerjeva ter drugih sociologov zamišljanja o tem spominjajo v mnogočem na »fiziologe« iz VI. stoletja pred Kristom. Eden izmed zastopnikov te sociološke šole je prišel sam do zaključka, da tiči v taki sociologiji mnogo metafizi-

¹⁰ Cf: J. Stuart Mill, *Auguste Comte et le positivisme*, cinquième édition, 1893, p. 124: M. Comte n'a pas créé la sociologie.

zike in celo teologije ali »naravne religije«. To je bil Lilienfeld, avtor obsežnega dela: »Misli o socialni vedi bodočnosti«.

Ko so izbrali prvi grški metafiziki za predmet svojega filozofiranja prirodo kot celoto, so sprožili vprašanje o načelu, ki gospoduje nad njo (arhé). Na isti način so začeli tudi sociologi razmišljati o socialnem »faktorju«. Občestvo je eno ens metaphysicum, faktor pa je drugo. Prvotno so iskali sociologi en sam družben faktor podobno kakor so grški filozofi hoteli razložiti postanek in strukturo kozmosa le iz ene tvarine, n. pr. Thales iz vode, Anaksimena iz zraka. Pozneje so slično kot Empedokles, prišli od monizma enega samega faktorja k pluralizmu faktorjev.

V vseh zamišljanjih grških hилоzoistov in drugih metafizikov o prirodi se stvarnost istoveti z materijo. Demokrit je razširil tak materializem na psihiko, stoiki so ga razširili celo na etiko. V tem smislu je Seneca razlagal, da so celo dobrine in kreposti telesne stvari. V istem duhu so začeli filozofirati tudi sociologi XIX. stoletja. Dokler je Comte ostal strog pozitivist, je priznaval za predmet znanosti samo telesa. Ves Spencerjev nauk o občestvu je prežet s hилоzoizmom. Schaeffle je učil o strukturi in življenju socialnega »telesa«. Vrhunec takega (kakor ga imenujejo Francozi) chosisme-a tvori Durkheimova knjiga »Pravila sociološke metode«, kjer se vsa ta metoda reducira na trditev, da so objekti sociologije »socialne stvari v istem smislu kot materialne stvari«. ¹¹ Na isti način je tudi Tönnies zatrjeval, da so objekti sociologije stvari, »die Dinge«. ¹²

V tem se razodeva ne samo tradicija antične metafizike, temveč tudi ponovitev srednjeveškega »realizma« z njegovo vero v universalialia realia ante res v smislu unitates essentiae; teh nasprotje so nominalistične unitates compositionis. Ko so si sociologi usvojili to filozofsko problematiko, so prešli od antične filozofije k srednjeveški in so zopet poživili spor med nominalisti in realisti. Comte je pozabil na svojo lastno trditev, da v pozitivni vedi ni mesta za nobeno metafizično

¹¹ Règles de la méthode sociologique, préface de la 2^e édition. Cf: R. Lacombe, La méthode sociologique de Durkheim, 1926, p. 2, 89.

¹² Članek »Gemeinschaft und Gesellschaft« v »Handwörterbuch der Soziologie«, herausg. v. A. Vierkandt, 184.

bitje (entité), ter je proglasil realizem občestva. V imenu te univerzaliije je celo zanikal obstoj človeških individuov: »il n'y a de réel que l'humanité«.¹³ To je bila sholastična humanitas, ki je i genetično i načelno pred človekom (homo), slično kakor je socratitas pred Sokratom. Comte je proglasil univerzaliijo »človeštva« ne samo za edino realnost, temveč tudi za božanstvo, za Veliko Bitje (Grand Être). Na ta način je pretvoril sociologijo v »sociolatrijo« ter je prišel od pozitivizma ne samo k metafiziki, temveč celo k teologiji »neofetištizma«.¹⁴ Isti »realizem« so razodeli tudi oni sociologi, ki so mislili, da so vztrajali pri strogem pozitivizmu. Velik uspeh je imela med njimi »biosocialna hipoteza« De Robertyja,¹⁵ po kateri je socialna psihologija načelno in celo kronološko pred individualno. Ona duševna substanca, ki jo je De Roberty imenoval »psychicité«, se nahaja po njegovi trditvi primarno v občestvu kot celoti pred posameznimi individui, v katerih živi samo derivativno. Istega mnenja je bil Durkheim, o katerem je Lacombe izjavil, da je imel, vključno s svojim namenom, več filozofije kot pozitivne znanosti.¹⁶ Halbwachs trdi, da je spomin socialni produkt. Charles Blondel zastopa mnenje, da je volja le pokoravanje imperativom kolektiva. Stoltenberg priznava samo »sociopsihologijo«. Drugi sociologi kot na pr. Tarde so si osvojili stališče nominalizma in smatrajo zato vse socialne univerzaliije samo za besedne posplošitve. Še drugi, kot Alfred Fouillée ali Tönnies s svojo formulo »Gemeinschaft und Gesellschaft«¹⁷ iščejo kompromisa med realizmom in nominalizmom.

V vseh navedenih primerih se bavijo sociologi očitvidno s tem ontološkim delom filozofije, ki se običajno imenuje metafizika. Pareto je popolnoma upravičeno smatral Comta,

¹³ Cours, VI, 418.

¹⁴ Littré, 569.

¹⁵ R. Verrier, Roberty, le positivisme russe et la fondation de la sociologie, 1934. Recenzija v Arhivu za pravne nauke, 1935, maj, 455 sl.

¹⁶ Cf: Julien Bonnacase, Science du droit et romantisme, 1928, p. 466: il est à peine besoin d'insister pour reconnaître le caractère métaphysique du sociologisme de Durkheim. Personne n'a en effet jamais démontré expérimentalement l'existence d'une conscience collective telle qu'il l'a définie.

¹⁷ E. Spektorski, Tönnies in Michels, ZZR, XIV, 1938, ZZR, str. 314 do 336.

Spencerja,¹⁸ Letourneauja in druge sociologe za metafizike. Izoulet je dal svoji knjigi »La cité moderne« (1890) podnaslov »Metafizika sociologije«. Sociologi pa se niso iznebili niti deontološkega filozofiranja, ki tvori bistvo etike. Načelno so hoteli slediti v tem pogledu Comtu, tistemu Comtu, ki je črtal etiko iz svoje klasifikacije ved in zanikal ne samo deontologijo, temveč tudi teleologijo in ki je pojmoval problem bodočnosti le v smislu indikativnih prognoz.

Vendar se Comte sam nikdar ni zadovoljeval s svojim programom. Njegova formula »fatalité modifiable«¹⁹ priča o tem, da njegov ontološki determinizem nikakor ni bil brezpogojen. Še preden je izšel »Kurza«, je razumel svoje poslanstvo teleološko in deontološko. Njegov prvi sociološki načrt se je pojavil l. 1822. pod naslovom, ki govori sam zase: »Plan des travaux nécessaires pour réorganiser la société«. Slično kakor Jakobi, Baader in romantiki je pojmoval »pozitivizem« kot praktično doktrino, ki je poklicana, da premaga revolucionarni »negativizem«. Proglasil je primat socialne statike napram socialni dinamiki²⁰ s stališča »ogromnega vprašanja o redu«. ²¹ Reševal je to vprašanje zavestno v duhu konservativne ideologije. In l. 1855. se je pojavila njegova knjiga »Appel aux conservateurs«. V vsem tem delu, kakor tudi v Comtovi »sociokraciji«, je bil očiten primat teleologije in deontologije nad fenomenologijo in ontologijo. Comte je to pokazal deloma že v treh zadnjih delih »Kurza«, zlasti pa v svojem »Sistemu pozitivne politike«. Tu je zopet uvrstil etiko med znanosti in jo postavil nad sociologijo in vobče nad vse vede: »les différentes sciences ne sont plus que des branches de la morale«. ²² Comte je podal tu roko Platonu, ki je trdil, da je »ideja dobrega največja znanost«. ²³

Pristaši Comtovega nauka niso hoteli niti čuti o kakršnem koli ocenjujočem moralizmu. Namesto normativne etike

¹⁸ *Traité de sociologie générale*, 1917-19, § 112: Le positivisme de Herbert Spencer est tout simplement une métaphysique.

¹⁹ *Système*, 249.

²⁰ *Ib.*, 289, 409.

²¹ *Ib.*, II. Cf: Auguste Comte méconnu, Auguste Comte conservateur, 1898, p. 34.

²² *Système*, 187.

²³ *Politeia*, 445 C.

je stopila indikativna veda o moralnih šegah (science des mœurs) v smislu Levy-Bruhla. Vzlic temu se je etika vrinila v njihove sociološke konstrukcije. Komplicirali so svoje indikativne trditve s teleološkimi in deontološkimi motivi celo takrat, ko so iskali oporišče v naravoslovju. Tako je na pr. pomenilo njihovo prispodabljanje družbe organizmu ne samo koncesijo biologizmu, temveč obnovitev stare, še od Menenija Agripe izhajajoče tendence, postaviti idejo socialnega sotrudištva nasproti sebičnosti in borbi posameznih skupin. To čisto etično stran organske teorije je povsem jasno doumel Lilienfeld, ki se je zelo rad skliceval na evangeljske reke. Sociologija — je trdil — mora sugerirati ljudem versko razpoloženje. Čeprav je Comte izločil iz sistema pozitivnih ved pravoznanstvo kot neprimerno normativno metafiziko, je vendar Kelsen našel cel niz »kriptojuridičnih« motivov v delih Spencerja, Durkheima in drugih uglednih sociologov.²⁴ A Bouglé je priznal baš pravno znanost, t. j. tipično normativno vedo, ki jo je Ulpian imenoval »veram, non simulatam philosophiam«, za temelj sociologije.²⁵ Isti Bouglé je trdil, da je tudi sociologija moralno oporišče demokratski ideologiji.²⁶ A ni samo on zamenjaval filozofske deontologije s publicistiko. Amerikanski sociologi se tako radi ukvarjajo s teleološkim in deontološkim razmotrivanjem vsake vrste,²⁷ da označujejo svojo disciplino kot vedo o človeški sreči. Še odločneje proglašajo primat etike nad empirijo katoliška sociologija.²⁸

Vzlic svojim načelnim trditvam sociologi dejansko niso mogli izhajati brez metafizike in etike. Vendar delajo to več ali manj podzavestno. Sicer pa načelno praviloma zavračajo

²⁴ Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922, s. 47, 58.

²⁵ Bilan de la sociologie française contemporaine, 1935, p. 96.

²⁶ La démocratie devant la science, 1904.

²⁷ Seligman and Johnson, Encyclopaedia of social sciences, I, 1930, 345 sl. Armin Gross, Die Soziologie Lester Frank Wards in ihren Hauptzügen, Göttingen, 1927, S. 18, 22. A. Ross, Das Buch der Gesellschaft, 1926, str. 10, 15.

²⁸ A. Belliot, Manuel de sociologie catholique, 1927. Les sciences sociales en France, 1937, p. 30 sq. A. Ušeničnik, Uvod v krščansko sociologijo, 1920. Luigi Bellini, Schema di sociologia, 1938, p. 70, 140.

i metafiziko i etiko. Avtor antifilozofske²⁹ »empirične sociologije« Otto Neurath, je celo na nekem filozofskem kongresu predlagal, naj se otroci podvržejo posebni »dresuri«, da se sprostite metafizike.³⁰ Neugodna posledica tega je pomanjkanje tistega plodnega kriticisma, ki označuje vsako resno filozofiranje, zlasti pa ono filozofsko disciplino, ki so jo sociologi prav posebno zanemarjali, namreč gnozeologijo. Prava gnozeologija je koristna zaradi svojega kritičnega duha, ki izključuje vsak dogmatizem v znanosti. Toda Comte je zatrjeval, da je »dogmatizem normalno stanje človeške inteligence«,³¹ in je v tem pogledu stavil sociologiji kot zgled naravoslovne vede.³² Večina sociologov je z veseljem in s ponosom zavrgla gnozeološko kontrolo svojih trditev.

Toda tudi oni imajo svojo gnozeologijo. Vendar je le-ta toliko nekritična, da je imel na pr. Paul Hensel prav, rekoč, da je bil Spencer največji predkantovski filozof po Kantu. Ta gnozeologija sestoji iz najrazličnejših »izmov« kakor tudi iz nauka o »socialnem dejstvu«.

Vsako znanstveno raziskavanje je intencionalno, t. j. postavlja si kakršno koli spoznavno nalogo ter jo skuša rešiti. Zaradi tega vsaka empirija šele sledi tej ali oni teoriji.³³ Tega si je bil svest tudi Comte, ko je dokazoval, da je »v vsaki dobi potrebna neka teorija, da zveže dejstva v celoto«. ³⁴ Gnozeolog preiskuje kritično to stran spoznavnega delovanja, predvsem z vidika njegove relativnosti in subjektivnosti. Dogmatik pa misli, da je ta problem že rešen, dasi prav za prav še ni bil postavljen. Zato smatra brez vsake kritike *rationes cognoscendi* za *rationes essendi et fiendi*. Prav tako postopa večina sociologov. Na mesto da bi kritično

²⁹ *Empirische Soziologie*, 1931, S. 17.

³⁰ *Actes du huitième congrès international de philosophie à Prague*, Prague, 1936, p. 141: wir vertreten den Standpunkt, dass man durch Dressur jedem Kind von Anfang an eine metaphysikfreie physikalistische Sprache beibringen kann.

³¹ *Opuscules de philosophie sociale*, édit. 1883, p. 272.

³² *Ib.* 68. Cours, IV, 24. Cf: Pareto, *Traité*, I, 3: La sociologie est tout aussi dogmatique que le Discours sur l'histoire universelle de Bossuet.

³³ E. Spektorski, *Teorija in empirija*, ZZR, XVIII, ZZR, str. 291—312.

³⁴ Cours, I, 4.

preiskali »sociološki razum« in proučili oblikovanje socioloških pojmov, proglašajo subjektivne dogme fizikalizma,³⁵ biologizma, psihologizma, sociologizma za objektivno resnico, izključujočo vsak dvom in vsako kritiko. Na teh dogmah gradijo tisto, kar imenujejo znanost.

Kot primer vzamemo lahko biologizem. Eno je biolog, čisto drugo pa biologist. Biolog je strokovnjak, naravoslovec, ki proučuje gradnjo živih organizmov in v njih vršče se procese na laboratorijski ali na drug eksperimentalni način s pomočjo mikroskopa in drugih naprav. Biologist pa je bodisi diletant bodisi strokovnjak v kakšni nebiološki, najčešče v socialni vedi. Ne vrši nobenih specialnih bioloških raziskav. Omejuje se samo na to, da sprejme marsikatere splošno znane biološke termine, ž njimi pojasnjuje nebiološke pojave ter trdi, da se dajo samo na ta način ti pojavi znanstveno proučavati. Dogaja se, da postajajo tudi biologi biologisti. Toda tedaj prekoračijo meje svoje stroke, izgubljajo tla pod nogami ter se ukvarjajo z metafizično spekulacijo. Kot zgled služi lahko nauk o »dušah kristalov« in druge podrobnosti Haeckelovega biologističnega »monizma«. Istotako, če naglašajo sociologi sociologizem, ne raziskujejo dejstev, temveč jih pojasnjujejo z vidika že vnaprej postavljene teorije, po kateri »je socialno dejstvo pred individualnim«, in se smatra za produkt družbe kot neke univerzalije ali substance. Uvajajo torej v svojo vedo metafizične pojme, ki zahtevajo še strogo gnozeološko preizkušnjo.

Tako preizkušnjo potrebuje tudi tisto »socialno dejstvo«, ki ga s tako vnemo iščejo sociologi. Zdelo bi se, da je socialno življenje prenatrpano z dejstvi. Znanstveniki, ki proučavajo to življenje, bi morali biti v zadregi z ozirom na to, kar imenujejo Francozi *embaras de richesse*. Toda so dejstva in dejstva. Večina sociologov išče ne dejstev sploh, ampak samo tista dejstva, ki bi vstrezala njihovim teorijam. V nasprotju s Tainom, ki je za svojo plastično, dasi tendenciozno zgodovinsko sliko brskal po številnih »dobro izbranih majhnih dejstvih«, hočejo izluščiti neko edinstveno dejstvo, toda toli-

³⁵ O. Neurath, *Empirische Sociologie*, 3: *Der Physikalismus vertritt ... eine »Soziologie auf materialistischer Basis«*; 65: *Der Mensch als physikalisches Gebilde*.

ko univerzalno, da bi se dalo proglasiti za socialni zakon. V tem oziru sledijo Comtu, ki je iskal univerzalno, vse socialno življenje pojasnjujoče dejstvo, analogno Newtonovi gravitaciji.³⁶ Kot tako dejstvo je bil na pr. priznan »napredek« in sicer ne v deontološkem smislu kot ideal in naloga, temveč v ontološkem in celo naturalističnem smislu kot naravni pojav, ki ga »determinira« narava. Prežeta s tako vero sta Comte in Spencer učila, da stopa na mesto vojaške družabne strukture industrijska struktura. Dejansko pa sta se obe ti strukturi združili ter je nastala vojna industrija. Težko nalogo stvarnega proučavanja starejših oblik družabnega ustroja si številni sociologi lajšajo s tem, da označujejo ta ustroj z različnimi melanezijskimi besedami, kakor na pr. »potlatch«.³⁷ Eden izmed teh izrazov — »slogan« — je postal tako priljubljen, da je celo prešel na platnice pariških časopisov. Taka in njim slična »dejstva« ličijo precej temu, kar je Nietzsche imenoval *facta ficta*, Dilthey pa »orgije« neznanstvenega empirizma.³⁸

Zgodovina ved nam kaže, da je njihov napredek čestokrat v tem, da se namesto kopičenja tradicionalne erudicije proglašajo »dubito« in se čisti znanstvena njiva za nova raziskovanja s pomočjo novih metod. V takem stanju se nahaja sedaj sociologija. Treba je imeti pogum in podvreči dvomu znanstveni značaj cele vrste njenih ukoreninjenih metafizičnih trditev. Le na ta način postane sociologija prava pozitivna veda. Toda taka naloga ni mogoča brez filozofske kritike.³⁹ Sociologi, ki ne čutijo potrebe po taki kritiki, se

³⁶ Cours, I, 3.

³⁷ Gl. n. pr. René Hubert, *Manuel élémentaire de sociologie*, 1925, p. 202.

³⁸ Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, Erster Band, zweite Auflage, 1923, S. 135: Wenn Lubbock zu erschliessen versucht, dass alle Völker ein Stadium des Atheismus, d. h. der vollständigen Abwesenheit jeder Art von religiöser Vorstellung durchlaufen haben, oder Herbert Spencer, dass aus Ideen von den Toten alle Religion erwachsen sei: so sind dies die Orgien eines die Grenzen des Erkennens missachtenden Empirismus. An den Grenzpunkten der Geschichte kann man eben auch nur dichten, wie an jedem anderen Grenzpunkt der Erfahrung.

³⁹ Othmar Spann je celó izjavil, da spada sociologija vobče k filozofiji (*Kämpfende Wissenschaft*, 1934, S. 99). Cf: *Lehrbuch der Sozio-*

zadovoljujejo z več ali manj primitivno in nezavestno metafiziko, ali pa potrjujejo Platonove besede: »nevedneži ne filozofirajo, ker vprav to je težko v nevednosti, da smatra nevednež, da sam sebi zadošča, ter zato, ne zavedajoč se tega, da mu nekaj manjka, niti ne želi tega, kar mu primanjkuje.«⁴⁰

Conclusione

Sociologia e filosofia

Se per sociologia s' intende quella scienza informativa (non normativa o formale) il cui oggetto è la vita sociale, bisogna riconoscere che i suoi problemi hanno interessato qualche studioso molto tempo prima del sec. XIX. Nè Aristotele nè l' Hobbes la disgiungono dalla filosofia. La separazione non comincia che con Augusto Comte, il quale proclamò il principio che lo spirito scientifico esclude ogni filosofia. Osservo intanto che, dopo il IV volume del suo *Corso*, il suo modo di considerare la filosofia si muta completamente; difatti egli la colloca sopra la scienza; è fiero di aver maneggiato la penna filosofica per più di trent' anni e riassume tutta la sua attività nella trasformazione della scienza in filosofia e della filosofia in religione. I suoi successori professano uno scientismo estremo e, nondimeno, sono divenuti metafisici senza saperlo. Inconsapevolmente hanno percorso le tappe principali della evoluzione filosofica partendo dal sec. VI av. Cr. Discorrendo della natura della società, essi ritornano a Talete e ad altri metafisici greci che investigavano »peri physeos«. Difatti il loro modo di considerare il problema del »fattore« sociale corrisponde alla »arché« della metafisica antica. I sociologi sono diventati stoici considerando la società come una »cosa« e definendo la sociologia come una scienza delle cose sociali (Durkheim). Come i filosofi del medio evo, quando ricercano la relazione fra l'individuo e la società, incespicano nella controversia del nominalismo e del realismo.

Seguendo il Comte, che escluse la morale dalla sua classificazione delle scienze, i sociologi sono nemici dichiarati di qualsiasi

logie und Sozialphilosophie, herausg. v. K. Dunkmann, 1931, S. 5: Sozialphilosophie, von G. Lehmann; A. Vierkandt, Gesellschaftslehre, Hauptprobleme der philosophischen Soziologie, 1923; Gustav F. Steffen, Die Grundlage der Soziologie, 1912, str. 35. R. Worms, La sociologie, 1926, p. 23: la sociologie est la philosophie des sciences sociales particulières.

⁴⁰ Symposion, 204 A.

deontologia. Essi difatti sostituiscono alla morale una scienza dei costumi. Ora, il Comte stesso, che fin dal principio della sua carriera scientifica perseguiva un ideale morale, ha finito per proclamare il primato della morale. Neppure i sociologi possono liberarsi dai problemi deontologici, anzi, la loro teoria biologica, conformemente all'opinione del Lilienfeld, s'ispira ad un impegno puramente morale.

Ai sociologi manca soprattutto una cultura gnoseologica. A questo riguardo essi rimangono ancorati al livello dogmatico della filosofia precantiana. Si contentano del fysicalismo, del biologismo, del sociologismo e cercano »fatti sociali« concordi. Il progresso della sociologia intesa come scienza realmente positiva esige assolutamente un esame critico di tutte le sue costruzioni e teorie.

Prof. dr. Henrik Steska:

Razmejitev uprave od sodstva

VSEBINA :

Uvod. Načelna razmejitev med sodstvom in upravo.

I. Abstraktna norma in konkretni odnos.

A. Abstraktna pravna norma:

1. Izvor pravnih norm,
2. Vrste pravnih norm po vsebini:
 - a) predmeti pravnih obvez in pravic vobče,
 - b) norma in odnos kot pravni institut.

B. Konkretizacija norm v konkretne pravne odnose:

1. Bistvo konkretizacije,
2. Konkretiziranje pravne norme:
 - a) zbog raznih pravnih dogodkov,
 - b) po konkretnih avtoritativnih aktih.

C. Realizacija pravnega odnosa:

1. Način realizacije,
2. Predhodno ugotavljanje pravnega odnosa in pravno odločilnih dejstev,
3. Prisilna realizacija,
4. Izprememba pravnega odnosa,
5. Prestanek pravnega odnosa.

II. Smernice za udeležbo upravne in sodne oblasti pri poteku pravnih odnosov.

III. Nadrobna razmejitev med upravno in sodno oblastjo

A. Konstitutivni akti upravne in sodne oblasti:

1. Glede zasebnopravnih odnosov,
2. Glede javnopravnih odnosov,
3. Shema.

B. Deklarativni akti upravne in sodne oblasti

1. Glede zasebnopravnih odnosov,
2. Glede javnopravnih odnosov:
 - a) o vprašanju obstoja,
 - b) o vprašanju kakovosti in kolikosti.
3. Glede predhodnih vprašanj.
4. O negativnih aktih.
5. Shema.

C. Eksekutivni akti upravne in sodne oblasti.

IV. Nekaj posebnosti

- A. Upravno sodstvo in njega odnos do uprave,
- B. Nastopanje javne oblasti kot zasebnik.

Uvod

Kakor znano, delimo delovanje države običajno na dvoje ali troje funkcij, v zakonodajno in izvršilno funkcijo, a to poslednjo zopet v sodno in upravno funkcijo. Katero delovanje prištevamo tej ali oni funkciji, je odvisno od kriterija, po katerem posamezna dejanja razvrščamo, ali po vsebini delovanja, torej materialno, ali

po organih, ki delujejo, torej organizatorno. Kot upravo v strogem smislu razumemo vsekakor ono delovanje, ki ni ne zakonodaja, ne sodstvo. Pojem uprave določimo tedaj negativno, a uspeh te opredelbe bo različen, če zakonodajo in sodstvo po materialnih ali po organizatornih vidikih opredelimo. Izraz »uprava« vsekakor lahko uporabljamo v zelo širokem smislu, celo v pomenu vsega državnega delovanja sploh, nikakor pa ne moremo v takem širokem smislu rabiti izrazov zakonodaja in sodstvo. Vseh onih pojavov pravnega življenja, ki jih brez težave in ne da bi delali silo jeziku, podrejamo pojmu uprave v najširšem smislu, a ki jih, če še tako raztegnemo pojma »zakonodaje« in »sodstva«, nikakor ne moremo uvrščati med zakonodajna in sodna dejanja, moramo prištevati upravi. Katera druga dejanja spadajo še v vrsto aktov upravne oblasti, pa je, kakor zgoraj omenjeno, odvisno od tega, ali določimo zakonodajno in sodno funkcijo po vsebini aktov, to je po posebno značilnih znakih, po katerih akte javne oblasti delimo, ali pa po organih, ki so namenjeni pretežno za izdajanje nekaterih posebnih vrst aktov in so že zavoljo tega na poseben način ustrojeni. Določitev pojma zakonodaje in sodstva po vsebini je sicer mogoča, toda ne ustreza potrebam javnega življenja, ker ob dosledni opredelbi aktov javne oblasti zgolj z vidika vsebine bi tudi čine, ki jih izdajajo med sabo skoro docela nepovezani in obenem po svojem ustroju in poslovanju povsem različni organi in ki imajo zaradi tega dokaj različno veljavo tudi v hierarhiji norm, morali pripisati eni in isti funkciji javne oblasti. To bi bilo tako zgolj z vidika teoretične sistematike o držav. delovanju, a še bolj v pravni praksi nerabno. Pravna veda mora vedno uvaževati povezanost vsega prava z družabnim življenjem in torej pravnih pojavov ne sme povsem izluščiti iz njihovih spojin in vezi, v katerih se v zasebnem kakor tudi v javnem življenju prikazujejo in udeležujejo. Zato se moramo poprijeti drugega kriterija, t. j. onega po organih. Govorimo o zakonodajnih, sodnih in upravnih organih, kar nam nalaga dolžnost, da ugotovimo, kako se te tri vrste organov razlikujejo po svojem ustavnem položaju in zakaj neke organe imenujemo zakonodajne in sodne organe, ne da bi s temi nazivi delali silo ljudski govorici in pa potrebi po znanstveni sistematiki in terminologiji. Takoj opazamo, da brez nekega delnega upoštevanja vsebinskega vidika ne bomo mogli ugotoviti, zakaj nekaterim organom že ljudski jezik prizna značaj zakonodajnih ali sodnih organov. O zakonodaji in zakonodajnih organih v tej razpravi ne govorimo, a sodnike in sodišča imenujemo pač one organe, ki pri izrekanju pravice uporabljajo zakone po svojem lastnem prepričanju in ne po navodilih višjih instanc. Ta neodvisnost je bistveni znak sodnikov, a raznotera druga svojstva, ki pa tu in tam pritičejo tudi upravnim organom, pa le zavarujejo in ojačujejo sodniško neodvisnost. Seveda je tudi sodniška neodvisnost v neki meri omejena in to ne le dejanski zastran možnega vplivanja sodne uprave, marveč tudi pravno, ker je zbog hierarhičnega ustroja sodstva nižje sodišče v konkretnih primerih vezano na pravni nazor, na katerega je višje sodišče ob ocenitvi

odločbe nižje stopnje oprlo svoj izrek o vrnitvi zadeve v ponovno odločanje. Položaj upravnega organa je bistveno drugačen od položaja, ki ga ima sodnik, ker v upravni hierarhiji daje ali sme dati nadrejeni organ podrejenim abstraktna ali konkretna navodila, kako naj podrejeni organ opravlja svoje posle, ter je podrejeni organ vobče vezan na ta navodila. V prav majhnih državah in včasih pri manjših samoupravnih telesih pa pri upravi ni hierarhičnega ustroja z več upravnimi stopnjami in zagadelj tu ne moremo sodstva ločiti od uprave po organizacijskih vidikih. Seveda so to izjeme, vobče pa je organizatorno razlikovanje med položajem sodnika in onim upravnika možno ter omogoča formalno razmejitev med sodstvom in upravo, toda to nam daleko ne zadostuje. Ne zgolj zaradi ukoreninjenih pravnih izrazov, kakršni so soditi, sodnik, sodba, sodišče, marveč že zavoljo dosedanje z večjo ali manjšo doslednostjo izvedene dodelitve nekkih vrst aktov tej ali oni vrsti organov, moramo do neke mere upoštevati tudi stvarni vidik. S tem si bistveno olajšamo toliko potrebni pregled delovanja javne oblasti. Tak ozir na vsebino akta pa je potreben še iz dveh nadaljnjih razlogov. Včasih v organizacijskih predpisih ni opore za določitev pristojnosti, a vsaj delno upoštevanje stvarnega vidika nas vodi ob nastalih dvomih, dalje pa tudi zakonodaja ne sme brez tehtnega razloga dodeliti sodni ali upravni oblasti takšne posle, ki zanjo niso značilni. Potemtakem moramo vedeti, kateri posli so načelno posli sodstva in torej takšni posli, da se je zaradi njih razvil poseben sodniški položaj. Po pravnih sistemih, veljavnih v kontinentalni Evropi, sta to a) deklarativno razsojanje o zasebnopravnih zadevah, t. j. o vprašanih, ki se nanašajo na pravne odnose med zasebniki, in pa b) sojenje o krivdi in kazni ob kršitvah predpisov in sicer ali načelno vsako kaznovanje, ki ni izrečno dodeljeno nesodniškemu organu, ali pa sojenje o onih mnogoštevilnih kršitvah, ki so v kazenskih zakonikih in v raznih drugih specialnih zakonih s kazenskimi določbami izrečno sodni oblasti prepuščene v kaznovanje. Poleg tega tako rekoč načelnega delokroga sodstva pa so civilnim in kazenskim sodiščem odrejene še druge zadeve. Pri nekaterih nastopa sodnik v sodniškem položaju, kar velja zlasti za zadeve, ki so v najožji zvezi z načelnim delokrogom, kakor n. pr. razna pravna dejanja in sodna izvršba, dalje za vprašanja, ki so tesno spojeni z zasebnim pravom, n. pr. zapuščinske zadeve, posli glede varuštva in skrbništva itd. Pri nekaterih nadaljnjih poslih kakor pri poslih sodne uprave pa sodnik ne uživa sodniške neodvisnosti, marveč je vezan na občia ali posebna navodila nadrejenih funkcionarjev in konec koncev ministru pravosodja ali upravniku, ki načeluje pravosodni upravni veji. Tako ugotovljeni delokrog sodišč nam v dokajšnji meri pomaga pri določitvi pristojnosti civilnih in kazenskih sodišč. Ponekod tudi zakon sam odpravi možne dvome z določitvijo pristojnosti; drugod zopet namenoma zastran posebnih okoliščin določuje drugo pristojnost od one, ki ustreza obči smeri kompetenčne razmejitve. Vse to pa nikakor

ne zadostuje. Meja proti upravi s tem še ni zadostno točno potegnjena, kar je tem občutnejše, ker uprava nima načelnega delokroga. Posli javne uprave so dvojni, razlikujemo namreč med posli v izvrševanju javne oblasti in posli, pri katerih upravnik nastopa kakor zasebnik. Prva vrsta poslov so pretežno konkretni posli, ki prevladujejo, a med njimi oni konstitutivnega značaja nad onimi deklarativne prirode, a abstraktni akti upravne oblasti so kljub svoji izredni važnosti le postranski posli uprave. Tudi če zakon izrečno predpiše, da upravni organi odločujejo v sporih o javnopravnih zadevah, v kolikor takšno odločanje ni izjemno prenešeno na sodišče, s tem nejasnosti glede meje med sodstvom in upravo še niso odpravljene, kajti takšna določba se nanaša le na spore, ki se rešujejo z deklarativnimi akti; vrh tega že določbe o kompetenci civilnih sodišč izrečno naglašujejo, da le-ta odločujejo o sporih v zasebnopravnih zadevah, s čimer je razsojevanje o javnopravnih sporih civilnim sodiščem odtegnjeno.

I.

Ako hočemo civilno in kazensko sodstvo, ki ju tu v razliki od upravnega in ustavnega sodstva brez določilnega pridevka imenujem sodstvo, točneje razmejiti od uprave in z njo ožje povezanega upravnega sodstva, si moramo biti na jasnem, kako pride do konkretnih aktov sodne ali upravne oblasti. Glede uredb ni takega vprašanja, ker so uredbe itak abstraktni akti upravne oblasti.

A. Konkretni akt sodne ali upravne oblasti se mora opirati na *abstraktno pravno normo*. S tako normo so vnaprej urejeni primeri, ki se morda pripetijo, a ki naj bodo zastran svoje podobnosti tudi na podoben način urejeni. Abstraktna norma ima svoj *izvor* v stanjih, ki jih obče naziranje ali naziranje odločilnih družabnih skupin ima za pravilna. Zbog te svoje lastnosti so ta stanja spoznana za takšna, da jih je treba priznati za redna in da imajo s takimi stanji združeni odnosi med ljudmi in do stvari veljati tudi v drugih primerih. Iz kajstev je nastalo pravno najstvo. Končno se najstvo tako osvobaja, da se ne veže več na obstoječa, za pravilna spoznana stanja, marveč se pravne norme zavestno dajejo z namenom, da se dosegaajo pravni odnosi, ki čim bolj ustrezajo svetovnemu nazoru merodajnih družabnih slojev. Najsi ta najstva kot pravne norme nastanejo za voljo že obstoječih, za obvezne spoznanih odnosov, ki imajo tudi v drugih podobnih primerih veljati, ali pa se z normo

še le na novo ustvarjajo nove vrste pravnih odnosov, tu in tam gre za abstrahiranje namišljenih konkretnih odnosov.

Pravne norme so po odnosih, ki jih urejajo, raznovrstne. Predvsem jih razlikujemo po njihovi vsebini: pravna norma ob ureditvi nekega družabnega odnosa kot pravnega zapoveduje kako ravnanje ali ga prepoveduje ali ga dopušča. Takšna zapoved, prepoved ali dopustitev se seveda nanaša na osebe, ki so jim te obveznosti in upravičenosti v breme ali v korist. Pri pravnih odnosih se je torej ozirati na predmete dolžnosti in pravic, dalje na obvezane in upravičene osebe.

Norme določajo vsebino poedinih vrst pravnih odnosov, toda ne odgovarja vedno eni sami pravni normi že določen lik pravnega odnosa. Lik marsikaterega pravnega odnosa združuje kar več obveznosti ali upravičenosti v eno samo celoto in je torej ta celota poseben pravni institut, ki ga označujemo s posebnim skupnim imenom. Ta povezanost je tu tako globoka, da smemo govoriti res le o liku enega odnosa, saj v konkretnem primeru z nastankom takega kompleksnega pravnega odnosa njegove posamezne obveznosti kakor tudi upravičenosti in usposobljenosti ne nastajajo posamič, marveč le skupno. Ta skupna usoda, ki se vobče kaže tudi ob izpremembah in prestanku, nas sili k priznanju enega samega, čeprav sestavljenega pravnega odnosa. Mnogi pravni instituti predstavljajo torej množico krepko med sabo v enoto povezanih abstraktnih pravnih norm. Kako pestra je vsebina državljanstva, službe javnega uradnika, zasebne lastnine itd.!

Glede pravnih položajev, ki nastanejo zastran pripadnosti nekih oseb k raznoterim javnopравnim organizacijam, bodi še pripominjano, da niso nasprotje pravnih odnosov kot pravnih institutov v gorenjem smislu, marveč le posebna vrsta sestavljenih pravnih odnosov. So pa ti pravni položaji ne le kup mnogih poedinih upravičenosti in obveznosti, marveč v mnogih primerih eden izmed raznih predpogojev za nastajanje drugih pravnih odnosov. Romano v »Corso di diritto amministrativo, — principii generali«, 1937, str. 137 sl., razlikuje med bolj splošnimi sestavljenimi pravnimi položaji (posizioni giuridiche) in pa posebnimi pravnimi odnosi (rapporti giuridici), ki se kot notranji oziri ene in iste pravne

osebe nanašajo na odnošaje med njenimi različnimi kakovostmi ali raznoterimi organi in napravami, kot zunanji odnosi pa na razmerja do drugih oseb ali do stvari.

Glede s u b j e k t o v, ki jim pritičejo dolžnosti in pravice iz pravnega odnosa, bodi še pripominjano, da moramo razlikovati med nosilcem javne oblasti kot izrazito pravno osebo in pa vršilcem javne oblasti, ki je zgolj organ ali funkcionar nositelja te oblasti, toda nikakor ne smemo prezeti, da gre tudi organu kot takšnemu, ne pa zgolj nosilcu javne oblasti (državi in samoupravam) in fizičnim osebam, ki organ sestavljajo, neka pravna osebnost. Enaki razlogi kakor za priznanje pravnih oseb sploh silijo zbog obsežnega skupka v organu osredotočenih pravnih razmerij tudi k p r i z n a n j u o r g a n o v k o t p o s e b n e v r s t e j a v n o p r a v n i h o s e b. Taka pravna konstrukcija nam tudi izdatno olajša točno razumevanje raznoterih odnosov ne le med organi enega in istega nosilca javne oblasti, marveč tudi med organom na eni in pa drugimi osebami ali organi drugega nosilca na drugi strani. (Glej Zanobini: »Corso di diritto amministrativo«, 1940, I, zlasti str. 161; dalje tudi Pitamic: »Kritični pogledi na juridično osebo«, 1925, in pa Somlo: »Juristische Grundlehre«, 1917, § 142.)

B. 1. Abstraktna norma ni sami sebi namen, slej ali prej pride do konkretizacije abstraktno mišljenih pravnih razmerij med osebami z nasprotujočimi interesi in s tem do konkretizacije v konkretnih, dejansko obstoječih pravnih odnosih. Včasih se abstraktna norma s podrobnejšimi, tudi še abstraktnimi normami spolnjuje in s tem ali omejuje ali razpredeljuje. Zgrešeno bi pa bilo, ako bi že tako spolnitev imenovali konkretizacijo abstraktnih norm. Podrobnejša norma je še vedno zgolj odmišljena ter se še vedno ni udeležila v dejansko obstoječem pravnem odnosu. Norma se torej konkretizira ali neposredno brez nadaljnje vmesne abstrakcije ali pa posredno preko nadaljnjih nadrobnejših abstraktnih norm. Bistvo vsake konkretizacije abstraktnih norm je predvsem dejanski nastanek pravnih odnosov med določenimi osebami in do določenih stvari (pravilneje »glede določene stvari do občnosti ostalih oseb«), pa tudi izprememba

ali prestanek že nastalega pravnega odnosa. Za sedaj se omejujemo na nastanek pravnega odnosa, toda pozneje bomo sledili tudi njegovim poznejšim menam.

2. Do konkretiziranja abstraktne norme pride na dva načina, ali s konkretnim avtoritativnim aktom vršilca javne oblasti ali pa brez takega akta.

a) Ustvarjajoča (konstitutivna) pravna dejstva, ki niso konkretni na nastanek pravnega odnosa mereči avtoritativni akti, so predvsem v abstraktni normi predvideni pravni dogodki. Takih dogodki so: potek časa, rojstvo, bolezen, nezgode, starost, smrt, zasebnopravni imovinski in osebni položaji (posest nepremičnin in premičnin, splošno imovinsko stanje, zakonska zveza, zakonsko rojstvo itd.), javnopravni položaji (domovinstvo, deželjanstvo in državljanstvo, položaj javnega funkcionarja in sploh javnega urada itd.), kraj poslovanja in delovanja, stalnega domovanja in trenutnega bivanja. Nekateri teh dogodkov sploh niso odvisni od človeške volje ali ne od volje prizadetih oseb, drugi pa ne merijo na kak pravni odnos ali vsaj ne na pravni odnos, ki v danem primeru nastane. Semkaj je prištevati tudi protipravna dejanja. Poleg tu omenjenih pravnih dogodkov spadajo k tem konstitutivnim dejstvom zlasti še pravni posli, s katerimi hočejo zasebniki povzročiti nastanek pravnega odnosa.

b) Abstraktne norme se pa konkretizirajo tudi s konkretnimi avtoritativnimi akti nosilcev javne oblasti. Ako ne gledamo na bolj redke primere, ko zakonodajna oblast konkreten akt izda, se je ozirati na upravo in sodstvo. Upravni in sodni organi v obilni meri konkretizirajo s takimi ustvarjajočimi akti abstraktne norme, tako da nastajajo pravni odnosi. Subjekti so določeni včasih individualno, včasih pa tudi generalno po nekih znakih. V tem poslednjem slučaju je za konkretiziranje abstraktne norme poleg konkretnega, na določen primer se nanašajočega avtoritativnega akta treba, da so nastopili neki pravni dogodki ali da obstajajo neka pravna stanja, ki zadostno točno označujejo prizadete osebe, Za skrbnika postavlja javna oblast individualno določeno osebo, k naboru ali pod orožje pa kliče oblastvo vojaške obvezance nekih letnikov in krajin.

Povod za izdajo konkretnega, na nastanek pravnega odnosa merečega avtoritativnega akta je dvojen: javna oblast nastopa ali le na predlog pravno podrejene osebe ali pa uradoma. Po prošnji dovoljuje vršilec javne oblasti izvrševanje obrta ali podaljša očetovsko oblast itd.; uradoma odmeri javna oblast komu davek ali postavi koga za varuha nedoletne osebe. Semkaj je prištevati tudi one primere, ko nekdo krši pravne odnose in se torej zapovedi ali prepovedi ne pokorava, zaradi česar mu javna oblast naloži kazen. S tem je nastal nov pravni odnos, ki mu je namen, da zaradi kršitve javnega reda kršitelj daje občnosti zadoščenje.

S takimi konstitutivnimi akti ustvarja javna oblast pač predvsem javnopravne odnose, toda tudi nastanek zasebnopravnih odnosov ni izključen. Iz javnih ozirov se marsikak prvotno dokaj razsežen in bolj splošno normiran pravni odnos med zasebniki (n. pr. lastnina, delovna pogodba) že po novejših abstraktnih normah, katerim je prištevati tudi razne kolektivne pogodbe med delodajalci in delojemalci, vsebinsko bolj in bolj omejuje; iz enakih razlogov pa so glede konkretiziranja zasebnopravnega odnosa včasih predvideni tudi avtoritativni akti, s katerim odnos nastane, se izpremeni ali prestane. S tem se naj doseže, da neka vrsta zasebnopravnih odnosov preveč ne nasprotuje javnim interesom ter da so možne slabe strani takih odnosov kar najbolj odpravijo. Izdaja takšen konkreten akt upravna ali pa sodna oblast. To velja v precejšnji meri za lastninski odnos, za očetovsko oblast, za varuštvo. Zgledi takega oblastvenega udejstvovanja so dodelitev lastninske pravice glede razlaščenih stvari, postavitve varuha namesto očeta, ki mu je zbog nekih zadržkov prestala očetovska oblast.

Nosilec javne oblasti pa v nekih primerih pri izdajanju konstitutivnih aktov tudi takrat, ko ne nastopa morda izjemoma kakor zasebnik, marveč kot izrazit nosilec javne oblasti, vendarle ne nastopa kot pravno prevladajoča oseba proti drugemu nosilcu javne oblasti; to se dogaja, kadar se pravni odnos ustvarja, izpreminja ali razveljavlja s pogodbo, torej z dvostranskim pravnim poslom dveh ali več nosilcev javne uprave, ki so si ob sklepanju pravno prirejene. Za vprašanje razmejitve uprave od sodstva pa je tako

izjemno udejstvovanje javne oblasti malodane brezpomembno, ker sklepanje javnopravnih pogodb že po svoji naravi ne more biti sodstvo, marveč le uprava. Torej edinole upravni organi sklepajo med sabo javnopravne pogodbe.

C. Z nastankom pravnega odnosa so nastale pravice in dolžnosti, toda običajno govorimo kar o pravicah ali o dolžnostih namesto o pravnih odnosih. Seveda je to neka, čeprav opravičljiva netočnost; poudarjamo pač ono stran odnosa, ki sili bolj v ospredje.

1. Pravica se uveljavlja, dolžnost se izpolnjuje, pravni odnos se torej realizira. Po predmetu pravnega odnosa je to uresničenje seveda dokaj različno. Nekatere pravice se nanašajo le na eno samo enkratno obveznost ter so z izpolnitvijo te obveznosti že izrabljene; zopet druge pravice pa obsegajo kar celo vrsto enakih ali pa tudi različnih posameznih upravičenosti, ki jih je moč uveljavljati ob nekih rokih ali pa poljubno in to trajno ali začasno. Nekaj vrst pravnih odnosov je še bolj zapletenih, ker gre za dvostranske odnose, pri katerih je ista oseba obenem obvezanec in upravičenec. To velja n. pr. za zasebno in za javno službo.

Realizira se pravni odnos s tem, da upravičenec vrši one upravičenosti, ki jih mora obvezanec ali sploh vsakdo dopustiti, oziroma da izpolnjuje obvezanec vse one obveznosti, ki izvirajo iz pravnega odnosa (dajatve, storitve) ali pa opušča tako ravnanje, ki bi nasprotovalo njegovim obveznostim in sploh motilo upravičenca pri vršenju le-temu pripadajočih upravičenosti. Ako ni sam proti tretjemu obvezan, upravičenec lahko opusti vsako uveljavljenje svoje pravice, obvezanec pa mora izpolnjevati svoje obveznosti in to načeloma pač prostovoljno, ne da bi bil siljen. Vse to velja tako za zasebnike kakor za organe javne oblasti. Tudi nosilec javne oblasti ali njegov organ more biti zbog posebnih pravic kake druge osebe obvezan, da nekaj da, stori, opusti ali dopusti, enako pa je zbog posebnih dolžnosti kake druge osebe upravičen, da opravlja one upravičenosti, ki izvirajo iz tega odnosa. To velja tudi za funkcionarja v razmerju do onega nosilca javne oblasti, za katerega kot organ posluje. Realizira torej pravni odnos včasih zasebnik,

včasni organ javne oblasti, a ta organ je ali upravni ali sodni organ. Izplačujejo se zapadle rente ali dajejo se podpore in nudi se zdravniška pomoč socialnemu zavarovanju zavezanim osebam; izplačujejo se plače in pokojnine javnim nameščencem; otvarja se ljudska šola, ker je ob nekem številu šoloobveznih otrok ustanovitev take šole obvezna; gradi in vzdržuje se javna bolnica, ker spada v kompetenco teritorialne samouprave tudi izboljšanje zdravstvenih razmer in mora ta nosilec javne oblasti v okviru svoje pristojnosti vse ukreniti, kar javni interes zahteva in razpoložljiva sredstva dopuščajo; varstveno sodišče mora nadzirati poslovanje varuha itd.

2. Obvezana oseba pa ne izpolnjuje vedno svojih obveznosti ter utegnejo zastran tega nastati spori o obstoju pravnega odnosa sploh, o njegovi vsebini ali o njegovi izpolnitvi. Že sama možnost ali verjetnost, da tak spor nastane, včasih sili, da se pravni odnos ugotovi in s tem preprečujejo poznejši spori. Gre torej za nekakšno utrditev pravnega odnosa. Ugotavlja to ali obvezanec sam s priznanjem in podobnimi izjavami ali pa javni, upravni ali sodni organ z ugotavljaljočim (deklarativnim) aktom. Ne ugotavlja se pa v takih primerih vedno kar neposredno pravni odnos sam, marveč često se ugotavljajo in utrjujejo le druga pravno odločilna dejstva, ki utegnejo biti važna za nastanek ali za ugotovitev ali prisilno realizacijo pravnega odnosa. S poročnim listom se potrjuje, da je bila sklenjena zakonska zveza, z domovnico, da si je kdo pridobil v občini domovinsko pravico; ugotavljajo se s tem pravni odnosi. Z zdravniškim spričevalom pa se ne potrjuje kak pravni odnos, ampak samo neko dejstvo, ki pa je n. pr. silno važno za nadaljnji obstoj službenega razmerja.

Ako pride do spora, pa se mora obstoj ali vsebina pravnega odnosa vsekakor avtoritativno ugotoviti, torej z avtoritativnim aktom upravne ali sodne oblasti.

3. Tudi če sta obstoj in vsebina pravnega odnosa jasno določena, se vendar obveznosti, ki jih pravni odnos nalaga, ne izpolnjujejo vedno. Treba je torej prisilne realizacije. Ena vrsta take prinude je pri dolžnostih in pravicah med pravno prirejenimi osebami s amopomoč, ki pa je v državah z bolj razvito pravno kulturo z malimi izje-

mami vobče nedopustna. Drug način prisilne realizacije je avtoritativno siljenje k izpolnjevanju obveze. Javna oblast (uprava ali sodstvo) zaradi posebnega, z neizpolnitvijo nastalega pravnega položaja sili zamudnega obvezanca neposredno ali posredno k izpolnjevanju obvez. Z neposredno prisilno javna oblast ustvarja prisilno proti obvezančevi volji ono stanje, ki odgovarja obveznostim ali se mu vsaj bliža, kar se dogaja n. pr. z odvzemom, s prodajo, z upravljanjem, s prisilno upravo, z omejitvijo razpolaganja s kako stvarjo, s pokončanjem ali uničenjem stvari, z zadušenjem odpora, z nasilno preprečitvijo protipravnih dejanj, z odstranitvijo ali priporom ljudi. Drug način siljenja je posredna prisilna, ki se pojavlja v dveh oblikah, z vplivanjem na zamudnikovo voljo in z nadomestno izpolnitvijo obveznosti. Javna oblast vpliva na zamudnikovo voljo z opomini, z rubežem, s pretnjo kazni in s kaznijo zaradi izpolnitve. S temi odredbami hoče javna oblast doseči, da zamudnik sam izpolnjuje svojo obveznost. Drugače je to pri nadomestni izvršitvi dolžnega dejanja; pri njej se dolžno dejanje sicer izpolnjuje, a po drugih osebah in je z avtoritativnim aktom nastal nov pravni odnos namesto prejšnjega. Lastnik razpadne gradbe se ni odzval oblastvenemu pozivu, da poruši javni varnosti opasno gradbo, nakar to javna oblast po drugih osebah izvrši, toda ob zavezančevih stroških; s tem je nastal nov pravni odnos zavezanca do nositelja javne oblasti. Podobno avtoritativnemu siljenju k izpolnitvi obveznosti je ono kaznovanje, ki sicer nima namena izsiliti izpolnjevanje obvez, marveč nalaga kršitelju obveznosti, da zbog neupoštevanja pravnega reda v konkretnem primeru daje občnosti zadoščenje. Taka kazen učinkuje posredno tudi še preventivno za bodoče podobne kršitve, ki bi jih brez pretnje kazni in brez dejanske izvršitve kazni ta ali ona oseba morda zagrešila. Tudi to kaznovanje je avtoritativen akt javne oblasti.

4. Pravni odnosi pa se morejo tudi izpremeniti. Abstraktna norma določa okolnosti, ob katerih se predmet odnosa izpremeni. Te okolnosti so kakor za nastanek pravnih odnosov sploh pač avtoritativni akti javne oblasti ali pa druga pravna dejstva, kakor pravni dogodki, pravni posli zasebnikov ali pa protipravna dejanja.

Milostno se n. pr. kazen zniža, lastnina se zbog delne odplave zemljišča zmanjšuje, ob daljši bolezni nastane pri socialnem zavarovanju poleg obveznosti dajanja zdravniške pomoči še obveznost plačevanja hranarine, z večjo mezdo ali z oblastvenim povišanjem odstotkov se zvišujejo prispevki temu zavarovanju podvrženih oseb, spregledajo se nekatera oblastvenim dovolitvam ali podelitvam dodana utesnjujoča naročila. Vobče smemo primere, ko se dejanski le vsebina po kakovosti ali količnosti izpremeni, toda gre v bistvu vendar še za isti pravni odnos, razlikovati od primerov, ko dotedanji odnos prestane in zaradi tega prestanka povsem nov odnos nastane ali ko poleg dotedanjega odnosa nastane še drug pravni odnos, katerega nadaljnji potek pa ni odvisen od nadaljnjega poteka prvotnega odnosa in torej samostojen. S sodno, policijsko ali finančno kaznijo se kdo kaznuje, ker se ni pokoril prepovedim ali zapovedim ter je s kaznovanjem nastal popolnoma nov odnos, a prejšnja dolžnost, ki je bila kršena, morda zastran svojega trajnega značaja ali zbog možnosti naknadne izpolnitve še nadalje traja, v drugih primerih pa prestane. Nekaj podobnega velja ob neizpolnitvi obvez iz zasebnopravnih pogodb, ko nastane dolžnost odškodovanja.

Izpremembe pravnih odnosov se pa tičejo včasih tudi o s e b. Ne izpreminjajo se obveznosti in upravičenosti, a one so z neko stvarjo, z neko drugo pravico ali dolžnostjo ali kar z neko celoto pravic in dolžnosti tako tesno povezane, da subjekt obveznosti ali upravičenosti ni individualno določen, marveč po nositeljstvu pravic do stvari ali sploh po udeležbi pri nekem drugem pravnem odnosu. Ta povezanost z neko stvarjo ali nekim drugim pravnim odnosom sili tod v ospredje ter je s pravnega vidika v bistvenih ozirih manj pomembna, katera oseba je subjekt pravice ali dolžnosti; osebe se lahko menjajo, potrebno je le, da so te osebe n. pr. lastniki vodnih gradb za izkoriščanje vodne sile, lastniki tovarniških in drugih obrtnih naprav, za katere je treba posebne uporabne odobritve, lastniki hiš ter prejšnjemu lastniku izdano uporabno dovoljenje velja vobče tudi poznejšemu. Nadalje imamo primere, ko si stojita upravičenec in obvezanec sicer nasproti, a je za tega ali za onega važen

le predmet pravnega odnosa, nasprotna stranka pa ne toliko zastran drugih individualnih lastnosti, marveč zaradi potrebe, da je sploh kdo dolžan upravičencu izpolnjevati obveznosti ali da je sploh določena ona oseba, ki ji mora obvezanec svoje obveze izpolniti. Mnogo takih zgledov nam nudijo zasebnopravni predpisi o odstopih terjatev, o prevzemu dolga in o nakazovanju na dajatev drugega, dalje predpisi o dedovanju, s katerim prehajajo terjatve in dolgovi na dediča. Odnos v tehle primerih ne prestane in ne nastaja nov odnos, ampak se le izpremeni. Naj gre za javnopravne ali pa za zasebnopravne odnose, tudi pri tehle prenosih od ene na drugo osebo zakon v nekih primerih predvideva avtoritativen akt javne oblasti, n. pr. oblastveno odobritev.

5. Pravni odnos prestane na raznotere načine. Včasih gre brez konkretnega avtoritativnega akta, ker nastopijo neki pravni dogodki, kakor n. pr. izpolnitev obveze, izčrpanje pravice, nastop razveznih pogojev, potek rokov, pogin ali razpad stvari, izguba nekih lastnosti ali smrt upravičenca ali obvezanca, ali ker se s pravnim poslom hoče ukiniti pravni odnos. S plačilom kupnine in prevzemom stvari preneha pravni odnos pogodbene obveznosti (nastane pa nov odnos, namreč lastninska pravica); s potekom roka prestane pravica do izkoriščanja vodne sile, z vnovično omožitvijo izgubi vdova pravico do rodbinske pokojnine, z daljšim bivanjem v inozemstvu se izgubi dotedanje državljanstvo, z razpadom zgradbe prestane dovolitev za obratovanje v odobreni obrtni napravi, z odpovedjo preneha obrtna pravica itd. Mnogoštevilni so pa tudi primeri, ko javna oblast s konstitutivnim aktom ukine pravni odnos. Da se javni interesi bolje zaščitijo ali da se neke trdote, ki izjemoma niso opravičljive, omilijo, v ta namen predvideva abstraktna norma ob nekih okoliščinah poseganje javne oblasti ter ne prepušča potekanja pravnega odnosa zgolj pravnim dogodkom ali pravnim poslom zasebnikov. Javna oblast privoli nedoletniku spregled starosti in ga proglasi za polnoletnega, s čimer prestane varušstvo, z razlastitvijo zemljišča zaradi javnih koristi preneha dose-danjemu lastniku lastninska pravica, javna oblast odvzame

obrtniku pravico do izvrševanja obrta, da se preprečijo nadaljnje zlorabe, z upokojitvijo ali z odpustom iz javne službe prestane službeni odnos; to so zgledi za prenehanje pravnega odnosa zbog konstitutivnega akta sodne ali upravne oblasti.

II.

Opažali smo, da je pri nastanku, izpremembi in prenehanju pravnih odnosov kakor tudi ob njihovem izvrševanju in ugotavljanju pogostoma treba še posebnega konkretnega avtoritativnega akta upravne ali sodne oblasti. Seveda je mnogo razlik tako glede potrebe, trenutka in jakosti, ko javna oblast poseže v potek pravnega odnosa, kakor glede načina tega poseganja; v dokajšnji meri zavisi to od značaja pravnega odnosa samega, a tudi od raznoterih drugih dejstev. Ti akti javne oblasti so torej prav raznovrstni, nanašajo se n. pr. na nastanek pravnih odnosov, na njihovo izpremembo ali na njihov prenehanje. So to konstitutivni akti, tako nazvani, ker se z njimi povzroča izprememba v pravni sferi kake osebe ali celo pravna osebnost na novo ustvarja ali značaj kot pravna osebnost ukinja. Zopet drugi avtoritativni akti ne ustvarjajo nobenih izprememb v področju pravnih odnosov kake osebe, pač pa avtoritativno ugotavljajo obstoj ali neobstoj pravnih odnosov in njihov obseg ali pa tudi le obstoj pravno odločilnih dejstev. So to deklarativni akti. Potem imamo akte javne oblasti, s katerimi se pravni odnosi realizirajo ali izpolnjujejo. Tyle poslednji eksekutivni akti so troje vrste. Pri enih gre le za izvrševanje pravnega odnosa po javni oblasti s tem, da nosilec ali vršilec javne oblasti vrši one upravičenosti, ki mu jih daje dotični odnos (obča pristojnost in druge mu pripadajoče pravice). Pri drugih, na realiziranje usmerjenih aktih izpolnjuje nosilec ali vršilec javne oblasti obveznosti, ki ga obremenjujejo zaradi pravice pravno podrejene osebe do njega ali zavoljo dolžnosti do višjega nosilca ali organa javne oblasti. Javna oblast v takih primerih po svoji uvidevnosti ali pa zbog dolžnosti, torej vezana, toda vendar brez siljenja realizira odnos. Dokaj različno od teh dveh vrst izvršujočih aktov pa je avtoritativno siljenje nekoga k izpolnjevanju obveznosti.

To množico avtoritativnih aktov je treba porazdeliti med organe upravne in sodne oblasti. Da gre pravno življenje brez nepotrebnega trenja svojo pot, je čim primerneje in jasneje razmejiti delovanje upravne in sodne oblasti. Primerna bo ta razmejitev le tedaj, če zakonodaja ne dodeljuje sodni oblasti takih poslov, ki zanj niso značilni, a poslov, ki jih moremo prištevati v vrsto načelnih poslov sodstva, ne odteguje sodstvu. Značilni posli sodne oblasti pa so pač ona opravila, zaradi katerih se je sploh razvil poseben sodniški položaj. Brez tehtnih razlogov zakoni ne smejo odstopati od tega načela, saj mora biti ves pravni sistem vsake države kolikor moč smotreno in z nekega enotnega vidika urejen. To velja za bodočo zakonodajo. Zlasti ne sme bodoča zakonodaja enostransko zgolj zaradi večje neodvisnosti rednih sodišč, a brez ozira na vsebinsko plat posle prideliti civilnim, oziroma kazenskim sodiščem, ako krepko in obsežno upravno sodstvo zavaruje zakonitost tudi v upravi in je vrh tega upravni postopek tako urejen, da se v upravi čim skrbneje uvažujejo ne le javni interesi, marveč tudi interesi poedincev in posebno spoštujejo tudi tuje pravice. Toda tudi pri veljavni zakonodaji je zastran presplošno določene pristojnosti nekaterih sodnih in upravnih organov včasih treba s čim strožjo znanstveno razlago razjasniti meje med sodstvom in upravo in s tem tu pa tam nastale dvome o pristojnosti odstraniti. Le globlje spoznanje osnovnih načel vse pravne ureditve v tej ali oni državi in čim točnejša razvrstitev avtoritativnih aktov po njihovem učinkovanju nam moreta biti ob dvomu zanesljiv kažipot.

Gre za več razmejitev; za ono med upravo in civilnim sodstvom, za ono med upravo in kazenskim sodstvom in pa za razmejitev upravnega sodstva proti upravi, proti civilnemu sodstvu in proti kazenskemu sodstvu.

V tej razpravi se v glavnem omejujem na razmejitev med upravo in sodstvom po veljavnih predpisih in ne z vidika bodoče zakonodaje, ker tudi veljavni predpisi ne morejo biti vedno tako jasni, da ne bi bilo včasih dvomljivo, spada li zadeva pred upravno ali sodno oblastvo. Tudi se na meje med upravo in kazenskim sodstvom, na meje med upravo in upravnim sodstvom ter na meje med upravnim sodstvom in rednim sodstvom le mimogrede oziram.

Razmejitve med kaznivimi dejanji, ki jih kaznuje kazensko sodišče, in onimi, ki so pridržana kaznovanju upravnih oblastev, ni dosledno izvedena po enem znaku ali po skupini združenih znakov, marveč so nanjo vplivali razni faktorji, ki med sabo sploh niso povezani. Odločevale so zlasti velikost kaznivega dejanja na eni strani, a v precejšnji meri potreba hitrega, čeprav sumarnega postopanja po drugi strani, vrh tega pa še tesnejša vez med kršeno pravno dobrino in drugim poslovanjem upravnih oblastev glede take dobrine. Bodočo zakonodajo čaka tu še težka naloga, a ugotovitev pristojnosti po veljavnih predpisih ne bo naletela na posebne težkoče. Tu ali tam veljavni pravni sistem prepušča sojenje o krivdi in kazni ob kršitvah predpisov morda načeloma kazenskim sodiščem, a drugi nesodniški organi kaznujejo le one posebne vrste kaznivih dejanj, ki so jim po zakonu izrečno naložene v odločevanje. Dvomi o pristojnosti sodne ali upravne oblasti bodo bolj redki. Isto velja pa tudi tam, kjer kaznujejo kazenska sodišča le take vrste kršitev, ki so jim izrečno prepuščene v kaznovanje; teh vrst je seveda zelo veliko, toda, če pristojna oblast ni izrečno določena, potem uprava kaznuje.

Med upravo in civilnim sodstvom je meja vobče bolj dosledno potegnjena kakor med upravo in kazenskim sodstvom. V tako zvani Sveti rimski državi in še sedaj v anglosaških deželah ni ostre ločitve med javnim in zasebnim pravom in redna sodišča ne sodijo zgolj v zasebnopravnih in pa kazenskih zadevah, marveč tudi v drugih javnopravnih vprašanjih. Druge države se pa bolj drže načel starega rimskega prava ter je zasebno in javno pravo strogo ločiti in pripade sodniku poleg kazenskega sodstva le civilno sodstvo. Načelni delokrog civilnih sodišč obsega potemtakem vse zasebnopravne spore. Razen teh poslov pa so civilnim sodiščem naložene še druge zadeve. Pri nekaterih nastopa, kakor smo videli, civilni sodnik v sodniškem položaju, pri nekih nadaljnjih opravilih, n. pr. pri poslih sodne uprave pa sodnik ne uživa sodniške neodvisnosti in je torej upravni organ. Pri poslih izven načelnega delokroga civilnih sodišč ne bo večjih težkoč jih predeliti od poslov uprave sploh, oziroma od upravnih vej izven sodne uprave, ker so ti dodatni posli civilnih sodišč dokaj točno naštetih. Načelni delo-

krog pa ni določen z naštevanjem posameznih poslov, marveč je opisan bolj na splošno z zelo obsežnim pojmom »civilne pravne stvari«, »civilne pravde« naše domače zakonodaje, »bürgerliche Rechtssachen«, »bürgerliche Rechtsstreigkeiten« bivše avstrijske zakonodaje in pa nemške zakonodaje, »giurisdizione civile« italijanske zakonodaje. Takile splošni izrazi so sicer zelo primerni zastran njihove široke, velik niz sorodnih pravnih pojavov obsegajoče vsebine, toda vendar ne izključujejo nekih nejasnosti. Ne vemo vedno, je li zakonodavec imel v mislih zasebno pravo ali zasebnopravne odnose ali zasebnopravna vprašanja. Mnogokrat nastanejo tudi glede zasebnopravnih odnosov javnopravna vprašanja. Ta nejasnost je tem občutnejša, ker moremo upravo le negativno opredeliti. Upravo imenujemo pač ono delovanje države in njej uvrščenih samouprav, ki ni ne zakonodaja ne sodstvo.

Ni malo zadev, glede katerih zakon sam izrečno določa pristojnost civilnih sodišč, vobče pa je edinole pravni pojem zasebnopravne stvari zanesljiv vodnik za določevanje pristojnosti. Glede malo ožjega pojma civilnega pravnega spora pravi Neumann (»Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen«, 1927, str. 28—35), da spadajo civilni pravni spori t. s. spori o zasebnopravnih dobrinah pred redna sodišča, upravnopravni spori pa pred upravna oblastva, a pred ta oblastva tudi še tiste zadeve, ki jih zakonski predpisi dodeljujejo upravnim oblastvom, dalje, da ima sporni postopek namen one zahtevke uveljavljati in one pravne odnose ugotavljati, ki se nanašajo na civilno pravo, t. j. na predpise občega državljanskega zakonika, trgovinskega prava in meničnega reda ter na zasebnopravne norme v drugih zakonih. Podobno se izraža Sperl (»Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege«, 1925, I., str. 88 in 92). Po Stengel-u in Simeon-u (Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechtes«, herausg. von Stengel und Fleischmann, 1913, str. 199, članek »Gerichtsverfassung«) je pojem civilnega pravnega spora določiti po notranji naravi pravnega odnosa. Treba je zatorej vedeti, katere zadeve smemo uvrstiti med zasebnopravne zadeve, toda mnenja se glede tega precej ločijo. Praksa vrhovnih sodišč včasih koleba, včasih pa moremo opažati tudi nek razvoj, ki je vzporeden razmahu upravnega sodstva. Ta praksa se v

dokajšnji meri opira na naziranje teoretikov, ki skušajo to vprašanje rešiti bolj z načelnega, do korenin pravnih pojavov segajočega vidika. Mnenja teoretikov si pa v tem dokaj nasprotujejo. Schelcher v svoji razpravi »Justiz und Verwaltung« (1919) našteva in ocenjuje vsa ta mnenja, toda povsem dosledno teh naziranj ni razvrstil in se ni dokopal do zadostno jasnega zaključka.

Gre za dve glavni struji. Nekateri teoretiki poudarjajo značaj pravne norme, ki ureja pravni odnos, drugi pa medsebojni položaj pri pravnem odnosu udeleženih oseb. Poleg zastopnikov teh dveh struj pa ne manjka tudi teoretikov, ki razne, v zasebnem pravu posebno vidljive pravne institute kratkomalo kar v celoti pripisujejo zasebnemu pravu in s tem civilnemu sodstvu. Pripadniki prve struje so naziranje, da je zasebnopraven oni odnos, ki ga ureja zasebno pravo, a zasebno pravo so one norme, ki so postavljene v korist posameznikov, ne pa zastran javnih interesov. Po mojem mnenju ta definicija ni zadostno točna, ker zasebnopravni odnosi v smislu pravnih institutov in sestavljenih celot niso urejeni le po zasebnopravnih normah, včasih jih vsaj deloma urejujejo javnopravne norme. Predpisi, tičeči se zasebnopravnih odnosov torej niso v vsakem primeru enako usmerjeni v korist zasebnikov ter so zlasti razne omejitve določene v zaščito javnih interesov, najsi ima jedro pravnega odnosa tudi izrazit zasebnopraven značaj. Ker torej institut kakega zasebnopravnega odnosa v vsem svojem obsegu ni urejevan z zasebnopravnimi normami v gornjem smislu, celotna vsebina pravnega odnosa zavoljo svoje sestavljenosti ne more biti zadosten kažipot za določitev pristojnosti. Gori navedena opredelitev zasebnopravnih odnosov je zelo stara. Že okoli l. 200. po Kr. je klasični rimski jurist Ulpijan v I. knjigi svojih institucij poudaril, da je javno pravo tisto pravo, ki se nanaša na obstoj rimske države, zasebno pravo pa ono, ki meri na korist posameznikov. Ta teorija je utegnila v tedanji rimski dobi povsem zadostovati, ker je takratno civilnopravno postopanje bilo le del zasebnega prava in po svojem bistvu pomenilo le prostovoljno podreditev strank pod razsodišče, ki je bilo po državi avtorizirano, država pa je svoje lastne interese ščitila po upravi (glej Korošec, »Zgodovina in

sistem rimskega zasebnega prava«, 1941, I. zv., str. 8, 9, 434, Mayr, *Römische Rechtsgeschichte*, 1912, zv. I., snopič I., str. 107 in zv. II., snopič I., str. 94, Anschütz: *Justiz und Verwaltung*, 1913, A I.). Dandanes je takšna opredelitev prešibka ter mnogokrat ne bomo vedeli, gre li za javen ali zaseben interes. Opiraje se na Gierke-jevo knjigo »Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung« uvršča Pražák (»Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden«, 1889) med javnopravne norme one norme, ki urejajo odnošaje javnega združenja do njegovih članov in odnošaje med temi člani samimi zastran njihovega članstva pri takem združenju, dočim imajo zasebnopravne norme v mislih le posamezne pravne subjekte ne oziraje se na njihov odnošaj do javnih združenj. S tem so odpravljene razne nejasnosti, zgolj na javni interes se sklicujoče prve teorije. Pražáku sledi Herrnritt (»Grundlehren des Verwaltungsrechtes«, 1921, §§ 5. in 11., »Österr. Verwaltungsrecht«, 1925, str. 12 sl.), ki pravi, da značaj norme kot zasebnopravne ali javnopravne norme ne zavisi od odnosa, ki ga norma ureja, marveč norma, ki odnos v bistvenih ozirih ureja, ga napravi za zasebnopravnega ali javnopravnega. Ta opredelitev pa ne pojasnjuje pravnega položaja v vseh ozirih tako, da bi po njej mogli točno določiti mejo med civilnim sodstvom in upravo, uporablja namreč izraz pravni odnos premeglovito. Ločiti moramo med širšim pojmom pravnega ozira in ožjim pojmom pravnega odnosa kot pravnega instituta ter ne smemo ta dva izraza izmenoma uporabljati (glej Gareis-Wenger, »Rechtszyklopädie und Methodologie«, 1920, str. 19, in Sternberg, »Allg. Rechtslehre«, 1904, I., str. 52 in II., 52, 53). Pravni odnos v strogem smislu besede je morda v vseh bistvenih ozirih obvladan po eni ali po več zasebnopravnih normah in potemtakem je ta odnos res zasebnopravni institut, vendar pa ima tudi še svojo javnopravno, z javnopravno normo določeno plat. Neprimerno bi bilo, če bi se v konkretnem primeru ozirali le na eno od teh dveh vrst norm, ki urejajo pravni odnos, ne gre uvaževati zgolj bistveni značaj ali pa le javnopravno stran zasebnopravnega odnosa, najsi je tudi ta stran v nekem primeru posebej poudarjena. Odnos kot pravni institut in pa posamezni oziri, ki jih ima pravni institut do objektivnega pra-

va, pač niso istovetni pojavi pravnega življenja. Nekateri teoretiki, kakor n. pr. Otto Mayer, sicer ne priznavajo mešanih pravnih institutov, ki imajo javnopravno in zasebnopravno plat, toda take trditve upoštevajo pač le bistvo pravnega instituta, ne pa tudi onih norm, ki urejajo pravni institut še z vidika drugih interesov.

Po drugi teoriji je odločilen medsebojni položaj pri pravnem odnosu udeleženih subjektov. Ti subjekti morejo biti med sabo v položaju pod- in nadrejenosti ali v položaju prirejenosti ter gre v prvem primeru za javnopraven, v drugem pa za zasebnopraven odnos. Toda ne drži docela, da je v vseh primerih odnos zasebnopraven, če sta si subjekta prirejena, kajti tudi nosilci in vršilci javne oblasti so si lahko prirejani, ne pa le zasebniki. Odnos je zasebnopraven le tedaj, če noben izmed udeleženih subjektov ne nastopa kot nosilec ali vršilec javne oblasti, kar posebno odločno Georg Jellinek v svoji »Allgemeine Staatslehre« (1914) in pa Fleiner v svojih »Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes« (1928) poudarjata. Trditi smemo, da gre pri zasebnopravnih odnosih za razmerje med zasebniki samimi ter je njihov odnošaj do javne oblasti v glavnem prezrt. Pri javnopravnih odnosih je vsaj ena oseba nosilec ali vršilec javne oblasti, druga pa je lahko pravno podvržen zasebnik ali drug nosilec ali vršilec javne oblasti ter si obe osebi stojita ali enakopravno nasproti ali pa v razmerju nad- in podrejenosti. Lastnina, služnosti, zastava, razna pogodbeno razmerja in odškodninski zahtevki po predpisih državljankega prava, potem zakonska zveza, očetovska oblast, varuštvo itd. so zgledi zasebnopravnih odnosov, državljanstvo, domovinstvo, javna služba, razne dolžnosti, ki jih mora zasebnik izpolnjevati v korist nosilcu javne oblasti ali kar občnosti, dalje raznotere pravice, ki obremenjujejo javne organe v korist zasebnikom pa so zgledi javnopravnih odnosov. Tudi Otto Mayer, »Deutsches Verwaltungsrecht«, 1924, §§ 11. in 17.) se pri določitvi upravne pristojnosti sklicuje na udeležbo javne oblasti kakor tudi na neenakost pravnih subjektov. Ni oporekati taki opredelitvi zasebnih in javnopravnih odnosov, toda za določevanje pristojnosti civilnih sodišč pač ne zadostuje ugotovitev, da gre za zasebnopraven odnos v tem smislu. Videli smo že, da

imajo zasebnopravni odnosi poleg svoje zasebnopravne plati včasih tudi še neke javnopravne stike.

Pozneje bom razložil, da je obe naziranji do neke mere upoštevati, le edini vodič nam ne sme biti pri razmejevanju med javnopravno in zasebnopravno zadevo ne ena, ne druga teorija. Odklanjati pa je vsekakor pravna naziranja, opirajoča se edinole na neke pravne institute, ki naj bi bili pridržani n. pr. zgolj zasebnopravnemu področju in s tem tudi civilnemu sodstvu. Za odškodninske in druge imovinskopravne zahtevke zasebnikov niso le civilna sodišča pristojna, ker tudi javno pravo pozna razne odškodninske in druge takšne imovinske zahtevke. Vendar se ne smemo čuditi, če se nauk o zasebnopravnem značaju odškodninskih zahtevkov le počasi umika; v rimskem imperiju nemške narodnosti je za dobo »policijske države« mogel podanik tožiti fiskus pred civilnim sodiščem in to za one škode, ki so mu jih z nalaganjem osebnih in imovinskih bremen v državne namene povzročili vladni organi. V Italiji pa so l. 1865. pod vplivom teorije o sodniški državi ob ukinitvi posebnih upravnih sodišč pri prefekturah civilnim sodiščem še izrečno dodelili sojenje o odškodninah za škodo, ki nastane stranki s kršitvijo njenih imovinskih in drugih državljanskih pravic po kakršnem koli upravnem aktu (glej D'Alessio, »Istituzioni di diritto amm.«, 1939, II., str. 333 sl.; Presutti, »Istituzioni di diritto amministrativo italiano«, III. izd., III., § 50 in Zanobini, »Corso di diritto amm.«, 1942, II., capit. III.). Nemški teoretiki najnovejšega časa kakor Köttgen (»Deutsche Verwaltung«, 1937, str. 55 sl.), Maunz (»Verwaltung«, str. 86 sl., 1937), von Köhler (»Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechtes«, 1936, str. 23 sl.) in Koellreutter (»Deutsches Verwaltungsrecht«, 1936, str. 16) odločno odklanjajo pri nemškem državnem sodišču dotlej preveč zastopano naziranje, da so imovinskopravni spori načeloma zasebnopravnega značaja.

III.

Po tej obrazložitvi je pač Fleinerju pritrditi, da mora v dvomljivih primerih pravna veda s svojimi sredstvi kot razsodnik dognati, gre li za javnopraven ali zasebnopraven

odnos. Po mojem mnenju si moramo ob razmejitvi najpreje na jasnem biti, je li pravni odnos glaven ali le postranski. Nekatere norme se nanašajo le na postopek, t. j. na pot, po kateri javna oblast dospe do svojih dejanj, in torej urejajo le neke postranske, edino na postopanje se nanašajoče pravne odnose in z njimi povezane avtoritativne akte. Za te akte velja glede pristojnosti za njihovo izdajanje ono, kar velja za glavni akt; ona oblast, ki je pristojna za glavni akt, je to tudi za postranski akt. Ko smo to dognali, moramo glede glavnega akta razjasniti, kakšna je vzročna vez med pravnim odnosom in nanj se nanašajočim aktom javne oblasti, torej ali je akt konstitutivne, deklarativne ali eksekutivne prirode, potem pa še, ali je odnos sam kot pravni institut javnopravnega ali zasebnopravnega značaja. Prvo je v zvezi z vprašanjem javno- ali zasebnopravnega značaja posamezne norme, drugo pa z onim o medsebojnem razmerju pri pravnem odnosu udeleženih subjektov. Pri razmejevanju nam bo glavna podlaga razdelitev aktov javne oblasti na konstitutivne, deklarativne in eksekutivne akte, a pri vsaki teh treh vrst pa se bomo ozirali še na javno- ali zasebnopravni značaj odnosov, na katere se ti akti nanašajo.

Za določitev javno- ali zasebnopravnega značaja pravnih odnosov je vsekakor medsebojni položaj pravnih subjektov merodajen. Pri zasebnopravnih odnosih gre za razmerje med zasebniki samimi, a njih razmerje do javne oblasti je v glavnem prezrt; pravna norma je v teh primerih prepustila vobče zasebnikom samim, da stopi odnos v življenje in da se izvršuje. Pri javnopravnih odnosih pa nastopa vsaj ena oseba kot izrazit imetnik javne oblasti, druga pa je lahko pravno podvržen zasebnik. Če gre za odnos med nosilci ali vršilci javne oblasti samimi, si stojijo ti ali enakopravno nasproti ali pa v razmerju nadin podrejenosti. Zgledi zasebnopravnih in javnopravnih odnosov so bili že navedeni.

A. Pričnimo s konstitutivnimi akti javne oblasti.

1. Zasebnopraven odnos nastane po večini brez avtoritativne odločbe javne oblasti. Ustvarja se vobče s pravnim poslom zasebnika ali zbog drugih pravnih dejanj in

dogodkov. To velja tudi za izpremembo in za prestanek zasebnopravnih odnosov. Toda abstraktna norma predvideva za neke primere nastanka, izpremembe in prestanka odnosov tudi avtoritativen akt. To so gotovo izjeme in zakon ob določitvi takih izjem pač obenem določa, katera oblast, upravna ali sodna, je pristojna, da izda to vrsto aktov. Vobče smemo trditi, da iz zasebnopravnega značaja nekih odnosov še nikakor ne izvira, da bi glede njih morala sodna oblast načelno izdati tudi konstitutivne akte. Odločilno za pridelitev posla eni teh dveh oblasti bo pač dejstvo, ali je zakonodavec izdal konstitutivnega akta predvidel pretežno zastran tega, da se javni interesi kar neposredno zaščitijo, ali pa predvsem zaradi varovanja zasebnih interesov. Prepustitev konstitutivnih vzrokov zgolj pravnim dogodkom in delovanju zasebnikov utegne namreč tudi pri zasebnopravnih institutih včasih preočitno škodovati zasebnikom samim, a abstraktna pravna norma tudi ne more pravni institut v vseh podrobnostih tako urediti, da bi bili vsi uvaževanja vredni zasebni interesi zadostno upoštevanji; ob posebnih okoliščinah je torej tudi v konkretnem primeru v neki meri treba, da javna oblast vmes poseže in s tem neizbežne nedostatke in prepričlo prožnost zakonov omili. To je nujno, ker se mora javna oblast ozirati tudi na važnejše interese poedincev, seveda pod pogojem, da ti zasebni interesi ne nasprotujejo neposrednim javnim interesom. Zgolj povezanost konstitutivnega akta z zasebnim pravnim odnosom nikakor ni mero-dajna za določitev pristojnosti. Kadar gre neposredno za javne interese, torej za skupinske interese, ki se nanašajo neposredno na obstoj in ukrepitev javnopravnega telesa ali ki so skupne vsem članom take enote ali njenim važnejšim socialnim skupinam, takrat je vsekakor pristojnost uprave primernejša, v ostalih primerih pa že zavoljo pre-mnogih vezi zasebnega prava s civilnim sodstvom le-to. Tako se postavlja varuh pretežno zaradi zasebnih koristi nedoletne osebe, izpregledajo se pa zakonski zadržki za sklepanje ženi-tnih pogodb predvsem z vidika, da se z zadovoljitvijo zasebnih teženj ne ogrožajo in ne motijo oni javni interesi, zavoljo katerih je abstraktna norma nekatere zakonske za-držke sploh določila. V prvem primeru bo pristojna pač sodna, v drugem pa upravna oblast. Isto tako je razlastitev

dovoljena le iz javnih razlogov, določitev odškodnine pa predvsem zastran zasebnega interesa. Razlašča torej vobče uprava, a določevanje odškodnine pripada vsaj načeloma sodstvu, najsi je začasna in le pogojno veljavna določitev njene višine iz razlogov večje enostavnosti tu pa tam po veljavnem pravu tudi prepuščena upravi. V malenkostnih primerih je zbog izrečnih predpisov določitev odškodnine prav primerno sploh prepuščena upravi, da se čim bolj poenostavi in poceni ves postopek. Scholz (*»Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dritten Reich«, 1937, str. 51*) pa meni, da bo bodoča zakonodaja morala prepustiti določitev odškodnine ob razlastitvah upravni in ne civilni poti, ker odškodnina obremenjuje podjetnika, ki je predlagal razlastitev v javnem interesu. Po mojem naziranju je ta težnja pretirana; le razlašča se, čeprav v podjetnikovo korist, pa vendar iz javnih ozirov, a odškodnina se določi pač le zastran zasebnih interesov razlaščenca v breme podjetnika ter glede plačila odškodnine ni neposredne zveze med razlaščencem in nositeljem javne oblasti. Naša zakonodaja je to vprašanje pravilneje rešila. Po gornjih kriterijih se včasih sicer težavno, toda vsekakor brez vsakega umetničenja da določiti pristojnost sodne in upravne oblasti tako v d v o m u glede konkretnega primera kakor tudi za b o d o č o ureditev p o z a k o n i h. Konstitutivni akti pa ne ustvarjajo, ne izpreminjajo in ne ukinjajo le pravnih odnosov, oni v nekkih primerih ustvarjajo le poseben pravni položaj, a ta je šele eno izmed pravnih dejstev, zbog katerih nastane, se izpremeni ali prestane pravni odnos, za katerega v postopku gre. To velja n. pr. za izpregled zadržkov za sklepanje zakona. To razlikovanje utegne pri določitvi kompetence za izdajanje deklarativnih aktov biti važno, toda o tem pozneje.

2. Tudi j a v n o p r a v n i o d n o s i nastanejo, se izpreminjajo in prestanejo deloma brez avtoritativnih aktov, v posebno velikem številu pa po avtoritativnem izreku javne oblasti. Ta oblast je vobče upravna oblast, saj gre za javno-pravne odnose, a pri teh je že zastran njihovega spoja z nosilci ali vršilci javne oblasti predvsem pač upravna oblast pristojna, ker le njej pripada obča kompetenca za zastopanje javnih interesov. Povod za izdajanje takega konstitutivnega akta je dvojen: ali nastopa uprava le na predlog pravno

podrejene osebe ali pa uradoma. P o p r e d l o g u dovoljuje upravni organ na temelju abstraktne norme kaki osebi neko ravnanje ali jej podeljuje pravni položaj, s katerim so (poleg morebitnih obveznosti) združene neke upravičenosti. Uprava n. pr. izda zasebniku na njegovo prošnjo gradbeno dovoljenje, pravico do izvrševanja obrta, dovoljenje za krčenje gozda, postavlja koga za uradnega funkcionarja, podeljuje komu državljanstvo itd. U r a d o m a , t. j. zgolj po službeni dolžnosti ali po lastnem, le od javnega interesa sproženem nagibu nalaga uprava pravno podrejeni osebi obveznosti ali pa tudi položaje, s katerimi so spojene neke obveznosti. Tako se komu uradoma odmeri davek, zapove odstranitev razpadne zgradbe, postavi se javen nameščeneec za vodjo kakega urada ali se sploh nekemu uradu dodeli itd. Sodna oblast bo za izdajanje konstitutivnih, na javnopravne odnose se nanašajočih aktov le izjemoma pristojna in bi tak primer moral biti v zakonu vsekakor izrečno predpisan, ker načelnih razlogov za tako pridelitev konstitutivnih aktov sodni oblasti ni, oziroma se nanašajo zgolj na kaznovanje. Za civilna sodišča pridejo v poštev vobče le postranski akti, ki se izdajajo v teku postopka.

Zaradi preglednosti se dodaja še shema o kompetenci za izdajanje konstitutivnih aktov (glej shemo str. 242—243).

B. Kot pri konstitutivnih, moramo pri d e k l a r a t i v n i h a k t i h javne oblasti razlikovati med zasebnopravnimi in javnopravnimi odnosi. Z deklarativnim aktom se obstoj ali neobstoj pravnega odnosa ugotovi. Tam, kjer je tudi glede kakovosti ali kolikosti kakega odnosa več možnosti, pa je treba dognati morda še vsebino pravnega odnosa. Zlasti glede deklarativnih aktov zakoni ne nudijo vedno zadostno jasne opore za določevanje pristojnosti, ker le-ta za posamezno vrsto odnosov navadno ni izrečno odrejena, in se moramo zadovoljevati z že omenjenimi splošnimi predpisi, da odločujejo o sporih v zasebnopravnih zadevah civilna sodišča, o javnopravnih sporih pa upravna oblastva.

1. Ako gre za z a s e b n o p r a v n i o d n o s , si moramo pri vprašanju njegovega obstoja ali neobstoja najpreje razjasniti, na kakšen način je odnos nastal, se izpremenil ali prestal. V onih primerih, ko je zasebnopravni odnos nastal, se izpremenil ali prestal brez avtoritativnega akta, odločuje

o obstoju ali neobstoju načeloma civilno sodišče, saj je to glavna naloga civilnih sodišč. Kadar pa je zasebnopravni odnos nastal, se izpremenil ali prestal z avtoritativnim aktom, takrat moremo razlikovati, kdo je izdal tale konstitutivni akt, ali sodna ali upravna oblast. Je li pravni odnos nastal ali se izpremenil ali prestal s konkretnim aktom javne oblasti, to more ugotoviti vsekako ona oblast, ki je za izdajanje takih konstitutivnih aktov pristojna. Pristojnost za izdajanje deklarativnih aktov je torej načelno odvisna od pristojnosti za

Shema k strani 241

S konstitutivnim aktom javne oblasti se ustvarja, izpreminja ali ukinja	Zakaj predvideva abstraktna norma izdajanje konstitutivnega akta javne oblasti namesto učinkovanja drugih pravnih dejstev	Kaj je povod ali predpogoj za izdajanje konkretnega, konstitutivnega akta javne oblasti					
redkeje zasebnopraven odnos	<p>neposredno zastran varovanja javnih (skupinskih) interesov:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. obstoja in okrepitev javnopravnega telesa, 2. skupnih interesov članov ali 3. skupnih interesov važnejših družabnih skupin. 	<p>povod:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. preprečitev ogrožanja ali motenja onega javnega interesa, zaradi katerega je bila abstraktna norma izdana, ali 2. skrb za zadovoljitev takega javnega interesa 					
	<table border="1" style="width: 100%;"> <tr> <td data-bbox="462 841 560 1139" rowspan="2">neposredno zastran zasebnega interesa se naj načelno veljavni predpogoj ali zadržki glede zasebnopravnega instituta omilijo ali odpravijo</td> <td data-bbox="560 841 707 971">načelno veljavni predpogoj je bil normiran zaradi varovanja javnih interesov</td> <td data-bbox="715 841 997 1009">predpogoj: da oni javni interes, zaradi katerega je bil normiran načelno veljavni predpogoj, izjemno ni ogrožen ali kršen, tudi če se odstopi od načelno normiranega predpogoja</td> </tr> <tr> <td data-bbox="560 971 707 1139">načelno veljavni predpogoj je bil normiran pretežno zbog zasebnih interesov</td> <td data-bbox="715 1009 997 1139">predpogoj: da se z izpregledom ne ogrožajo ali ne motijo oni zasebni interesi, zaradi katerih je bil normiran načelno veljavni predpogoj</td> </tr> </table>	neposredno zastran zasebnega interesa se naj načelno veljavni predpogoj ali zadržki glede zasebnopravnega instituta omilijo ali odpravijo	načelno veljavni predpogoj je bil normiran zaradi varovanja javnih interesov	predpogoj: da oni javni interes, zaradi katerega je bil normiran načelno veljavni predpogoj, izjemno ni ogrožen ali kršen, tudi če se odstopi od načelno normiranega predpogoja	načelno veljavni predpogoj je bil normiran pretežno zbog zasebnih interesov	predpogoj: da se z izpregledom ne ogrožajo ali ne motijo oni zasebni interesi, zaradi katerih je bil normiran načelno veljavni predpogoj	
neposredno zastran zasebnega interesa se naj načelno veljavni predpogoj ali zadržki glede zasebnopravnega instituta omilijo ali odpravijo	načelno veljavni predpogoj je bil normiran zaradi varovanja javnih interesov		predpogoj: da oni javni interes, zaradi katerega je bil normiran načelno veljavni predpogoj, izjemno ni ogrožen ali kršen, tudi če se odstopi od načelno normiranega predpogoja				
	načelno veljavni predpogoj je bil normiran pretežno zbog zasebnih interesov	predpogoj: da se z izpregledom ne ogrožajo ali ne motijo oni zasebni interesi, zaradi katerih je bil normiran načelno veljavni predpogoj					
pogosto javnopraven odnos	neposredno zastran javnih interesov	<table border="1" style="width: 100%;"> <tr> <td data-bbox="724 1139 767 1495" rowspan="2">povod za uradno postopanje je javni interes</td> <td data-bbox="767 1139 997 1290">izvenkazensko postopanje</td> </tr> <tr> <td data-bbox="767 1290 997 1374">kazensko postopanje</td> </tr> <tr> <td colspan="2" data-bbox="724 1374 997 1495">zasebni interes (zasebnik predlaga izdajanje konstitutivnega akta)</td> </tr> </table>	povod za uradno postopanje je javni interes	izvenkazensko postopanje	kazensko postopanje	zasebni interes (zasebnik predlaga izdajanje konstitutivnega akta)	
povod za uradno postopanje je javni interes	izvenkazensko postopanje						
	kazensko postopanje						
zasebni interes (zasebnik predlaga izdajanje konstitutivnega akta)							

izdajanje konstitutivnih aktov. Zasebnopravni odnos pa nastane, se izpremeni ali prestane navadno brez sodelovanja javne oblasti. Obveza more nastati iz zasebnopravne pogodbe, torej iz dolžnikove, na to obvezo usmerjene in z upnikovo voljo se ujemaajoče volje, zasebnopravna terjatev more zastarati, lastnino je moč pridobiti po prirasti, obveznost k odškodnini nastane zbog škode, ki jo je zasebnik po krivdi prizadel; o teh vprašanjih mora ob sporu pač sodna oblast že zastran svojega načelnega delokroga razsojati. Enako bo civil. sodišče

kompetentno za razsojanje v sporu, je li bila zakonska skupnost pravnoeljavnost razdružena, ker je le sodna oblast kompetentna, da izreče začasno ločitev ali razvezo zakona. Kadar pa je uprava dodelila komu pravico služnosti, da polaga vodovodne cevi v tujem zemljišču, odločuje o tem ob dvomu pač uprava sama, dasi je odnos zasebnopravnega značaja. V vseh teh primerih ni sporna vsebina odnosa in iz te vsebine izvirajoče posamezne upravičenosti ali obveznosti, sporno je le, ali je zbog nekih dejstev odnos nastal, se izpremenil ali prestal. Če je tisto dejstvo, ki ga je v danem primeru upoštevati, konstitutiven akt upravnega oblastva, potem more v tem glavnem vprašanju le uprava sama odločiti.

Včasih pa ni sporno, kako je zasebnopravni odnos nastal, se izpremenil ali prestal, nego je zaradi možnosti različne kakovosti ali kolikosti in sploh ob dvomu sporna le njegova vsebina. Ob takšnem vprašanju si moramo biti na jasnem, s čim je vsebina določena, ali s konkretnim avtoritativnim aktom javne oblasti ali pa po drugih pravnih dogodkih ali že kar z abstraktno normo samo. Ker gre za

Katera oblast je pristojna za izdajanje konstitutivnega akta

uprava

(n. pr. za uničenje stvari iz zdravstvenih razlogov, za zaplenbo stvari iz varnostnih razlogov, za prenos lastnine na drugo osebo ali za obremenitev s služnostjo iz važnih javnih interesov)

uprava

(n. pr. za izpregled zadržkov za sklenitev zakona)

civilno sodstvo

(n. pr. za podaljšanje ali odvzem očetovske oblasti, za določitev varuha, za proglašenje za polnoletnega)

uprava

(n. pr. za odvzem ali omejitev policijskih dopustitev in drugih podelitev, za odmero davkov, za imenovanje javnega funkcionarja)

uprava

ali kazensko sodstvo

uprava

(n. pr. za policijske dopustitve, za podelitev državljanstva in raznih drugih pravic javnopravne prirode)

zasebnopravni odnos, bo v drugem in tretjem primeru pristojno civilno sodišče. V kolikor nastane spor o omejitvah lastninske pravice, predpisanih že po abstraktnih normah, ki urejajo pravne odnose med zasebniki, potem kadar sta vrsta in obseg terjatve iz zasebnopravne pogodbe sporna ali ako je spor o vrsti povračila škode ali o višini odškodbe ali zadoščenja za škodo, ki jo je zasebnik povzročil, v takih primerih odloči sodna oblast. Včasih pa je spor v tem, kakšna vsebina je bila določena s konkretnim avtoritativnim aktom; v takem primeru gre za vprašanje, kaj je odredilo pristojno oblastvo, a rešitev tega vprašanja pripade oni oblasti, ki je bila pristojna za izdajanje konstitutivnega akta. Ako je sodna oblast s konstitutivnim aktom odmerila obseg zasebnopravne pravice ali dolžnosti, potem bo tudi ona pristojna, da z deklarativnim aktom ugotavlja kakovost in količnost odnosa, sicer pa upravna oblast. Ako je sporno, koliko zemljišča je bilo po izvršeni razlastitvi z upravno odločbo dodeljeno novemu lastniku, rešuje tudi ta dvom upravna oblast sama, čeprav gre za vprašanje lastninske pravice.

Ob tej priliki je treba še poudarjati, da v nekih primerih upravna oblast izda konstitutiven akt, toda ta akt se ne nanaša neposredno na zasebnopravni odnos, ki se ima pozneje z deklarativnim aktom ugotoviti; včasih namreč uprava s konstitutivnim aktom le ustvarja položaj, ki je eno izmed dejstev za nastanek, izpremembo ali prestanek pravnega odnosa. Upravna oblast je n. pr. s konstitutivnim aktom izpregledala zakonski zadržek bližnjega sorodstva, toda s tem aktom ni ustvarila zakonske zveze. Ker gre za zasebnopravni odnos zakonske zveze, je torej sodna oblast pristojna, da odloči, ali obstoja zakonska zveza ali ne, ter je pri rešitvi tega vprašanja dejstvo izpregleda le eno izmed pravno odločilnih dejstev. Ako pa se je s konstitutivnim aktom upravne oblasti pravni odnos tudi sam ustvaril, potem pa je upravna oblast kompetentna, da izda deklarativni akt, kar velja n. pr. ob dodelitvi zemljišča po razlastitvi, ko nastane spor zastran lege in obsega razlaščenega sveta.

Zaznali smo torej, da je v nekih primerih tudi uprava pristojna za izdajanje deklarativnih, na zasebnopravne odnose se nanašajočih aktov, najsi v veliki večini primerov ti posli pripadajo pač sodni oblasti.

2. Nasprotno pa bo razmerje udeležbe med upravno in sodno oblastjo pri avtoritativnem ugotavljanju obstoja ali vsebine javnopravnih odnosov. Tu bo prednjačila uprava, četudi primeri civilno- ali kazenskosodne pristojnosti niso izključeni. Kakor pri zasebnopravnih odnosih more nastati tudi pri javnopravnih odnosih vprašanje njihovega obstoja, izpremembe in prestanka, kakor tudi vprašanje njihove vsebine, kadar le-ta ni že z nastankom ali izpremembo enoznačno določena.

Glede vprašanja obstoja (torej nastanka, izpremembe in prestanka) javnopravnega odnosa skorajda ne bo dvoma, da je sodna oblast le tedaj pristojna, ako je odnos nastal, se izpremenil ali prestal s sodnim konstitutivnim aktom. Redno sodišče postavi n. pr. zapriseženega sodnega tolmača tujih jezikov, ki overavlja pravilnost prevodov; če pozneje nastane dvom o prestanku te javnopravne službe, odloči o tem vprašanju kot glavnem vprašanju tudi redno sodišče. V ostalih primerih je uprava kompetentna, da rešuje tako vprašanje in to brez razlike, ali je uprava izdala konstitutiven akt ali pa je odnos nastal, se izpremenil ali prestal zbog drugih pravnih dogodkov, brez avtoritativnega akta. Tak pravni dogodek je morda vprašanje zasebnega prava ali kazenskega sodstva, toda zaradi tega še ni redno sodišče kompetentno, da odločuje o obstoju javnopravnega odnosa. Tako vprašanje zasebnega prava ali kazenskega sodstva spada le k ugotavljanju stanja stvari pri odločevanju o obstoju javnopravnega odnosa. Javnopraven je n. pr. odnos državljanstva, toda nastane morebiti z ženitno pogodbo ali z zakonskim rojstvom, kar sta pa zasebnopravni vprašanji. Navzlic temu razsoja o obstoju državljanstva le uprava. Če je redno sodišče o takih predhodnih dogodkih, n. pr. o veljavnosti zakonske zveze ali o zakonskem rojstvu že odločilo, se uprava pri reševanju javnopravnega spora glede državljanstva na sodno odločbo le opira. Javna služba, ki je tudi javnopraven odnos, prestane včasih brez zadevnega sodnega izreka kar po sili zakona zaradi hujše obsodbe kazenskega sodišča; o tem, ali je službeno razmerje zbog tega prestalo, odločuje v dvomu in sploh zastran potrebe avtoritativnega ugotavljanja le uprava. Sodna odločba je v takihle primerih le ena izmed pravno odločilnih dejstev stanja stvari, ki ga

ima upravno oblastvo ugotavljati, ni pa bila na nastanek državljanstva ali na prestanek javne službe naperjen konstitutiven akt sodne oblasti. V nekaterih primerih pa glede pravnih dogodkov še ni bilo nobene avtoritativne ugotovitve, a je oni dogodek zasebnopravne narave ter le zbog posebne, v zakonu predvidene povezanosti obenem povzročitelj nastanka, izpremembe ali prestanka javnopravnega odnosa. Kompetenca civilnega sodstva za odločevanje o takšnih zasebnopravnih vprašanjih ne spremeni kompetence upravne oblasti, da o obstoju javnopravnega odnosa vendar le ona sama odločuje. Kako se pa reši predhodno zasebnopravno vprašanje, o tem pozneje.

Med javnopravne odnose spadajo tudi razni odškodninski zahtevki. Kakor zgoraj omenjeno, obveznost k odškodnini ni le institut zasebnega prava, marveč je tudi nujna ustanova javnega prava. Če je javna oblast po krivdi svojega funkcionarja izdala nepravilen akt ali opustila predpisano opravilo in je s tem komu škodo povzročila, tedaj je nastal odškodninski odnos javnopravne prirode med javno oblastjo kot tako in oškodovancem. Načeloma bi morala o obstoju tega odnosa razsojevati upravna oblast ter je civilno sodišče kompetentno za sojenje takšnih sporov le tedaj, če je zakon izrečno dodelil takšno kompetenco rednemu sodišču. Zakon bi pa dandanes smel na tak način določati kompetenco pač le v primerih, ko je sodna oblast sama po svojem funkcionarju škodo zakrivila. Iz pravnopolitičnih razlogov je dosejanja zakonodaja ta problem drugače rešila, saj zakonitost uprave dotlej ni bila zadostno zajamčena. Dandanes, ko imamo dokaj razvito upravno sodstvo ter so na eni strani vezi med upravo in upravnim sodstvom po predmetih zelo tesne, na drugi strani pa nudi upravno sodstvo jamstvo za zakonito postopanje v enaki meri kakor redno sodstvo ali vsaj v zadostnem obsegu; potemtakem je bolj priporočljivo, da o tej vrsti odškodnine odločuje upravno sodstvo, torej ne uprava in ne civilno sodstvo. Kar velja za imovinskopravno odgovornost nositeljev javne uprave in njihovih funkcionarjev, to velja seveda tudi o drugih javnopravnih odškodninah, kadar zakoni predvidevajo odvzem stvari in ukinitvev ali utesnitev pravice zaradi zaščite javnih interesov, a obenem stranki, katere ne zadene krivda, priznavajo pravico

do odškodnine. Bodoča zakonodaja naj poskrbi, da bo redno sodišče kompetentno razsojevati o obstoju javnopravnega odškodninskega odnosa le v onih primerih, ko je redna sodna oblast komu škodo prizadela po krivdi svojega funkcionarja.

Če je kakovost ali količnost javnopravnega odnosa, torej njegova vsebina sporna, moramo kakor pri zasebnopravnih odnosih ločiti primere, ko je vsebina določena z avtoritativnim aktom, s katerim se je ustvaril ali izpremenil ta javnopravni odnos, od ostalih primerov. Pri prvih je pristojna ona oblast, ki je izdala konstitutivni akt; po izvajanjih pod A., 2., je to pretežno pač uprava. Spor nastane n. pr. glede vsebine vodnopravne koncesije za izkoriščanje vodne sile ali obrtnopolicijske odobritve obrtne naprave. V nekaterih primerih pa je že zgolj z abstraktno normo ali z njo v zvezi z raznimi pravnimi dejstvi izven omenjenih, neposredno na dotični odnos naperjenih konstitutivnih aktov javne oblasti vsebina odrejena; tu odloča o vsebini upravna oblast, saj je odnos javnopraven ter je odločevanje o takšnih odnosih izrazita naloga upravne oblasti, v kolikor zakon iz kakšnih posebnih razlogov česa drugega ne določa. Zakon o obrtih n. pr. že sam določuje obseg obrtne pravice gradbenika, zidarskega in tesarskega mojstra, dalje pravico imetnika produktivnih obrtov, da opravlja neobhodno potrebna stranska opravila iz področja drugih obrtov. V dvomu odločuje o tem vprašanju upravno oblastvo.

3. Pri zasebnopravnih kakor pri javnopravnih odnosih smo mogli opazati, da nekateri nastanejo, se izpremene in prestanejo ne morda z avtoritativnim, na ta nastanek, izpremembo ali prestanek merečim aktom, marveč zbog drugih pravnih dejstev. Taka dejstva niso le nastop pravnih dogodkov ali trajanje nekega pravno odločilnega stanja, dalje razna pravna dejanja, marveč so to pogosto kar pravni odnosi sami. Obstoj tehle pravnih odnosov je torej nekajkrat predpogoj za nastanek, izpremembo ali prestanek drugega pravnega odnosa. Odločitev o obstoju ali vsebini tega drugega pravnega odnosa je v tem primeru odvisna od ugotovitve obstoja takega pravnega odnosa, ki sploh ni predmet odločevanja, nego le predhodno vprašanje. Taka predhodna vprašanja pa so dvoje vrste. Včasih je za rešitev

nekega predhodnega vprašanja kot glavnega vprašanja pristojna ona oblast, ki odločuje tudi o glavni stvari. Tako je vprašanje državljanstva predhodno vprašanje za razsojanje o domovinstvu, ker tuji državljanji ne morejo biti člani občine, toda o enem kakor o drugem odločuje uprava in morda celo isto upravno oblastvo. V drugih primerih pa je vprašanje takšno, da o njem, če bi bilo glavno vprašanje, odločuje druga oblast od one, ki je pristojna za razsojanje v glavnem vprašanju. Državljanstvo, domovinstvo, pravica vdove po javnem nameščencu do vdovske pokojnine so javnopravni odnosi, toda obstoj teh odnosov zavisi od obstoja nekih zasebnopravnih odnosov, kakršni so n. pr. zakonska zveza. Če je obstoj zakonske zveze glavno vprašanje, odločuje o njem civilno sodišče, toda pri razsojanju o državljanstvu, domovinstvu, rodbinski pokojnini, je le predhodno vprašanje za upravno oblast, ki ima razsojati o obstoju javnopravnega odnosa. Različni pravni sistemi postopek v takšnih primerih različno urejajo. Francosko pravo zaradi stroge ločitve upravne od sodne oblasti ne dovoljuje, da bi ena oblast, čeprav le predhodno v razlogih z ugotovitvijo dejanskega stanja rešila takšno vprašanje, za katero je druga oblast pristojna (glej Jèze: »*Verwaltungsrecht der Französischen Republik*«, 1913, str. 28; Bonnard: »*Précis de droit administratif*«, 1935, str. 159 sl.; Rolland: »*Précis de droit administratif*«, 1937, str. 41 sl.; Hauriou: »*Précis élémentaire de droit administratif*«, 1938, str. 222). V Srednji Evropi ni take ostre ločitve ter sme vobče ena oblast pretresati tudi taka predhodna vprašanja, o katerih bi smela razsojati kot o glavnih vprašanjih le druga oblast. Seveda se taka predhodna vprašanja ocenjujejo le pri dokazovanju; spadajo torej tale predhodna vprašanja v ugotovitveni postopek, kjer se ugotavlja stanje stvari. Da se poseg ene oblasti v drugo preveč ne razbohoti, zakoni včasih izrečno predpisujejo, da se mora v nekih primerih postopek o glavni stvari prekiniti dotlej, dokler se predhodno vprašanje ločeno kot glavna stvar ne reši po pristojnem oblastvu; za druge primere pa zakoni tako prekinitev le dovoljujejo. Za naše domače pravo se sklicujem zlasti na § 72. zakona o občem upravnem postopku in na § 254. zakona o sodnem postopku v civilnih pravnih, glede starega nemškega pravnega področja na § 148. nem-

škega civilnega pravnega reda, glede bivšega avstrijskega in pa češkega ozemlja na § 38. avstrijskega zakona o občem upravnem postopku in na § 44. češke uredbe o upravnem postopku, glede Italije na čl. 9. novega civilnega pravnega zakonika in člen 28. zakona o državnem svetu, glede Švice pa na člen 194. švicarskega zveznega zakona o ustroju zveznega pravosodja.

Možno je, da pristojno oblastvo isto vprašanje pozneje bistveno drugače reši, kakor ga je za glavni predmet pristojno oblastvo rešilo kot predhodno vprašanje. Skrajno nesmoterno bi bilo, da bi navzlic temu obveljalo mnenje stvarno nepristojnega organa. Da se temu nedostatku opomore, predvidevajo zakoni o postopku obnovo, a seveda le pod nekimi pogoji, da ne trpi zaupanje v trajnost oblastvenih odločb in sploh v pravno varnost. Obnova je vezana zlasti na neke róke.

Ta razmotrivanja o predhodnih vprašanjih pa ne veljajo le za primer izdajanja deklarativnih aktov, marveč enako tudi za druge avtoritativne akte.

4. Posebna vrsta deklarativnega odločevanja je ono, s katerim se ugotavlja, da ni predpogojev za nastanek javnopravnega ali zasebnopravnega odnosa po konstitutivnem aktu javne oblasti in sploh za izdajanje predlagane odločbe. K tem negativnim aktom je prištevati oprostitev v kazenskem postopanju, ker ni objektivnih ali subjektivnih pogojev za krivdo ali kazen. Nadalje spadajo v to vrsto aktov tudi odklonitve, s katerimi javna oblast odklanja izdajanje zaprosenega avtoritativnega akta, bodisi že zgolj iz formalnih razlogov ali pa zastran nedostajanja stvarnih predpogojev. Odklanja se n. pr. pritožba, ker pritožitelj sploh ni legitimiran k pritožbi ali ker nadaljna pritožba ni več dopustna ali ker se je zamudil rok za vlaganje pritožbe, in torej ni formalnih pogojev za uvajanje predlaganega postopka. V drugih primerih se sicer postopek uvaja, toda ob ugotavljanju stanja stvari se dožene, da v pravni normi predpisani stvarni ali posebni osebni predpogoji niso izpolnjeni, ter se zbog tega, torej iz materialnih razlogov prošnja zavrne. Za izdajanje tehle deklarativnih aktov je pristojna vobče ona oblast, ki je pristojna za kaznovanje, odn. za izdajanje zaprosenega akta; le tedaj, kadar se je predlog za

uvajanje nekega postopka vložil pri stvarno ali krajevno nepristojnem uradu, takrat more prošnjo zavrniti tudi tale nepristojni organ sam.

5. Sledeča dva shematična pregleda moreta povsem razjasniti vprašanje o kompetenci za izdajanje deklarativnih aktov (glej shemi a in b).

C. Tretja vrsta avtoritativnih aktov so izpolnjujoči (eksekutivni) akti. Oni realizirajo pravne odnose, t. j. izpolnjujejo obveznosti pravnega odnosa ali izvršujejo

Shema a)

Deklarativni akt	glede obstoja t. j. glede nastanka, izpremembe ali prestopa pravnega odnosa		
	kako je nastal, se izpremenil ali prestopal pravni odnos	katera oblast naj izda deklarativni akt	
o zasebnopravnem odnosu	s konstitutivnim aktom	upravne oblasti	upravna oblast
		sodne oblasti	sodna oblast
	z drugimi pravnimi dejstvi	razni pravni dogodki, pravna dejanja in stanja, ki niso pravni odnosi	sodna oblast
		obstoj nekega drugega pravnega odnosa	in to zasebnopravnega odnosa in to javnopravnega odnosa
o javnopravnem odnosu	s konstitutivnim aktom	upravne oblasti	upravna oblast
		sodne oblasti	sodna oblast
	z drugimi pravnimi dejstvi	razni pravni dogodki, pravna dejanja in stanja, ki niso pravni odnosi	upravna oblast
		obstoj nekega drugega pravnega odnosa	in to zasebnopravnega odnosa in to javnopravnega odnosa

upravičenosti takega odnosa ali merijo na izpolnjevanje obveznosti iz pravnega odnosa. Videli smo, da se pravni odnosi ne realizirajo vedno brez konkretnih avtoritativnih aktov, moramo pa razlikovati dvoje povsem različnih vrst teh aktov. V prvo vrsto spadajo oni primeri, ko javna oblast s silo poskrbi, da bo zamudnik svoje obveze izpolnjeval; tukaj je torej delovanje javne oblasti naperjeno proti pravno pod-

S h e m a b)

Deklarativen akt	glede vsebine (kakovosti ali količnosti) nespornega pravnega odnosa			
	kako je vsebina določena	katera oblast naj izda deklarativni akt		
o zasebnopravnem odnosu	že z abstraktno normo samo (gre le še za njeno razlago)		sodna oblast	
	z onim konkretnim avtoritativnim aktom, s katerim je odnos nastal ali se izpremenil	konstitutiven akt upravne oblasti	upravna oblast	
		konstitutiven akt sodne oblasti	sodna oblast	
	po raznih drugih pravnih dejstvih,	ki niso pravni odnosi		sodna oblast
		ki so pravni odnosi	zasebnopravni odnosi	sodna oblast
			javnopravni odnosi	sodna oblast in to ali ob lastnem ocenjevanju predhodnega vprašanja o obstoju tega javnopravnega odnosa ali pa le na temelju poprejšnje rešitve predhodnega vprašanja po upravi
o javnopravnem odnosu	že z abstraktno normo samo		upravna oblast	
	z onim konkretnim avtoritativnim aktom, s katerim je odnos nastal ali se izpremenil	konstitutiven akt upravne oblasti	upravna oblast	
		konstitutiven akt sodne oblasti	sodna oblast	
	po raznih drugih pravnih dejstvih,	ki niso pravni odnosi		upravna oblast
		ki so pravni odnosi	javnopravni odnosi	upravna oblast
			zasebnopravni odnosi	upravna oblast in to ali ob lastnem ocenjevanju predhodnega vprašanja o obstoju tega zasebnopravnega odnosa ali pa le na temelju poprejšnje rešitve predhodnega vprašanja po sodni oblasti

rejenemu subjektu, da izpolni svoje dolžnosti proti nosilcu javne oblasti ali proti občnosti ali proti zasebniku. V drugih primerih pa javni organ zbog pravice upravičene osebe ali zbog dolžnosti, ki mu jo abstraktna norma naprti v korist občnosti, svojo dolžnost kar sam brez prinude po višjem organu izpolnjuje. Dozvedeti je sedaj, katera oblast, upravna ali sodna, je pristojna za izdajanje eksekutivnega akta. Za izpolnjevanje obveznosti brez prinude je ob sebi umevno kompetenten pač oni organ, ki ga dolžnost veže. Gre tu za javnopravne odnose ter je pri nekaterih obvezanec organ upravne oblasti, pri drugih pa organ sodne oblasti. Obvezanec in izpolnjevalec obveznosti sta ena in ista oseba, odnosno javnopravno telo nastopa kot obvezanec, organ tega telesa pa kot vršilec njegovih nalog. Ne spadajo semkaj le formalne obveznosti, ki jih ima javni organ proti udeležencem v teku postopka, marveč tudi one stvarne obveze, ki jih mora nosilec javne oblasti zbog nastalih posebnih pravic drugih oseb izpolniti. Naj bodo omenjene le razne dajatve zavodov za socialno zavarovanje zavarovancem, plače javnim funkcionarjem, dalje pregled in poprava varuhovih računov itd. Drugače je to pri prisilni realizaciji obvez. Tu utegnejo nastati dvomi, katera oblast naj izsili izpolnitev obvez; zlasti je treba uvaževati pristojnost za izdajanje deklarativnih aktov takrat, kadar je nastal spor o obstoju pravnega odnosa samega; ta poslednja pristojnost pa zavisi zopet od tega, ali je odnos nastal s konstitutivnim aktom upravne ali sodne oblasti ali pa na drug način, pri čemer pa je še uvaževati, gre li za zasebnopraven in javnopraven odnos. Za prisilno realiziranje zasebnopravnih odnosov je pristojna vobče vsekakor sodna oblast, upravna oblast pa le tedaj, ako je odnos nastal s konstitutivnim aktom uprave same. Nasprotno velja za prisilno izvršbo javnopravnih odnosov. Opažamo pa tako pri enih, kakor pri drugih odnosih, da je izjemoma namesto stvarno pristojne upravne oblasti vendarle sodna oblast bolj primerna za prisilno izvršbo; to velja n. pr. tedaj, kadar je zaradi denarnih terjatev istočasno poseči v dolžnikovo imovino tudi s sodno izvršbo ali kadar je izvršbo upravnih odločb raztegniti tudi na nepremičnine. Zakon mora seveda take izjeme taksativno naštevati (glej § 160.

našega zakona o občem upravnem postopku, § 98. češkoslovaške uredbe o upravnem postopku) ali pa upravi ter morda celo stranki dovoliti, da po svoji lastni uvidevnosti predlaga uvajanje sodne izvršbe (glej § 3. avstrijskega zak. o upravni izvršbi in § 93. navedene češkoslovaške uredbe).

IV.

Doslej smo razpravljali o mejah med upravnimi oblastvi na eni in civilnimi in kazenskimi sodišči na drugi strani, mimogrede pa tudi o meji med upravo in kazenskim sodstvom. Na kratko se moramo ozreti še na dvojne posebnosti v delovanju izvršne oblasti (mišljene kot nasprotje zakonodaje), namreč na upravno sodstvo in na nastop javne oblasti kot zasebnika.

A. Z upravnim sodstvom se pravilnost upravnega delovanja zavaruje po organih, ki so pri izrekanju pravice kolikor toliko neodvisni, in po postopku, ki jamči za čim temeljitejši pretres in čim pravilnejšo oceno spornega upravnega vprašanja. Razmejitve med upravo in upravnim sodstvom vobče ne bo težavna, ker je pristojnost upravnega sodstva kot posebne pravne institucije poleg uprave in rednega sodstva itak po zakonih določena, saj gre za izjemo ter morejo biti vse izločene in upravnemu sodstvu dodeljene zadeve natanko označene. Seveda razmejitve ni povsod enaka, ker je upravno sodstvo v raznih državah dokaj različno urejeno. Poleg takega upravnega sodstva, ki ga tako zvana redna sodišča opravljajo poleg svojega glavnega posla kot civilna in kazenska sodišča, imamo v mislih predvsem posebna upravna sodišča, ki imajo vsaj bistvene znake sodišč. V raznih državah je tole upravno sodstvo v strogem smislu prav raznovrstno, ponekod je le eno samo upravno sodišče, drugod imajo več sporednih upravnih sodišč in to ali eno obče in nekaj specialnih ali pa le več specialnih sodišč, zopet drugje več upravnosodnih stopenj, namreč poleg vrhovnega še upravna sodišča nižje stopnje. Vsa ta upravna sodišča se ne le po pristojnosti, temveč tudi po svojem notranjem ustroju in glede svojih organizacijskih vezi z upravo močno razlikujejo. Člani nekaterih upravnih sodišč se postavljajo na način kakor redni sodniki in uživajo poleg neobhodno potrebne sodniške neodvisnosti pri izrekanju pravice tudi še vsa ona predstva, ki jamčijo civilnim in kazenskim sodnikom njihovo neodvisnost, kakršni sta sodniška stalnost in nepremestnost. V precejšnji meri se od položaja takega upravnega sodišča ne le po notranjem ustroju, marveč tudi po dejanski neodvisnosti razlikuje upravno oblastvo, ko opravlja posle upravnega sodstva. Da je pri tem poslovanje neodvisno, v ta namen zakoni ne izključujejo le vsakega dajanja navodil po višjih funkcionarjih, marveč je v dosegu večje neodvisnosti upravno oblastvo takrat, ko posluje kot upravno sodišče, tudi še kolegialno organizirano. Najsi je predsednik tega sodišča tudi

uradni predstojnik upravnega oblastva ali drug, po zakonu ali od vlade določen upravni uradnik, sodi vendar na razne načine sestavljen kolegij več javnih funkcionarjev. Ponekod sestoji poleg predsednika iz več starejših upravnih uradnikov dotičnega urada, drugod so prisedniki izbrani deloma izmed upravnih uradnikov, deloma pa iz zastopnikov samoupravnih enot, v nekaterih državah pa vlada ali samoupravna in njim izenačena telesa odredijo prisednike izmed prebivalstva. Poseben postopek, ki se ne razlikuje v večji meri od onega civilnih in kazenskih sodišč, je namenjen krepkejši zaščiti pravic strank.

V Italiji opravlja posle upravnega sodstva zlasti tudi pokrajinski upravni odbor (giunta provinciale amministrativa), ki je priključen posameznim prefekturam. Kadar posluje kot upravno sodišče, ga sestavljajo prefekt in dva prefekturna svetnika in pa dva starejša izmed štirih od notranjega ministra na predlog tajnika fašistične stranke za štiri leta imenovanih izvedencev pravne, upravne in tehniške stroke. Pred fašistično preosnovo javne uprave je pokrajinska samouprava po svojem pokrajinskem svetu volila štiri predstavnike v sedemčlanski pokrajinski odbor. V Nemčiji je vobče nižje, iz ene ali dveh stopenj obstoječe upravno sodstvo poedinih dežela priključeno občin upravnim oblastvom I. ali II. stopnje. Pred narodnosocialističnim preobratom je bil n. pr. na Pruskem okrožni odbor (deželsko okrožje odgovarja našemu okraju) sestavljen iz deželskega svetnika, ki je predsedoval, in iz 6, od okrožnega zbora izvoljenih članov, okrajni odbor (vladni okraj obsega več deželskih okrožij) pa iz vladnega predsednika, dveh višjih upravnih uradnikov in 4, od pokrajinskega odbora izvoljenih članov; dandanes se seveda častni člani teh odborov ne volijo več, marveč jih predstojnik višjega občega upravnega oblastva imenuje za dobo štirih let. Na Bavarskem pa je deželski svetnik sam upravni sodnik in se šele na višjih stopnjah razlikuje upravna od upravnosodne organizacije.

Če je nad tako, razmeroma šibko upravnosodno instanco postavljeno še višje upravno sodišče in je tale višja stopnja morda organizirana povsem po zgledu civilnih in kazenskih sodišč, se je s tem neodvisnost tudi nižje upravnosodne stopnje precej zajamčila. V Italiji posluje kot tako vrhovno upravno sodišče zlasti državni svet (consiglio di stato), ki ni le najvažnejši posvetovalni organ italijanske vlade, marveč pri katerem rešujeta dva odseka pritožbe zoper odločbe pokrajinskih upravnih odborov in pa vobče tudi pritožbe zoper upravne odločbe, proti katerim ni več pritožbe na višje upravno oblastvo. Seveda se pri italijanskem pravosodju ne sme prezreti, da, kakor je preje omenjeno, izza l. 1865. civilna sodišča sodijo o tem, ali se je z upravnim aktom kršila subjektivna pravica, ter obsojajo upravo na odškodnino za škodo, nastalo s tako kršitvijo, toda z druge strani je upoštevati, da civilna sodišča s tem nikakor ne morejo izpreminjati ali razveljavljati upravnega akta samega. V poedinih nemških deželah je opravljalno posle vrhovnega

upravnega sodišča vobče posebno upravno sodišče, ki je ustrojeno na način kakor redna sodišča in se zove Oberverwaltungsgericht ali Verwaltungsgerichtshof; izza l. 1941. je bilo več takih vrhovnih sodišč združenih v državno upravno sodišče (Reichsverwaltungsgericht), ki je prevzelo zlasti posle pruskega vrhovnega upravnega in pa dunajskega upravnega sodišča, toda to poslednje, za Vzhodno marko in za Sudetsko pokrajino pristojno upravno sodišče ima svoj sedež še na Dunaju, a seveda le kot tako zvani »dunajski zunanji senati državnega upravnega sodišča« v Berlinu.

V Franciji se je upravno sodstvo zaradi stroge ločitve upravne od sodne oblasti smatralo za posebno funkcijo upravne oblasti ter je bil francoski državni svet ne le vrhovno, marveč tudi glavno oblastvo, ki so mu bili poverjeni posli upravnega sodstva. Pri prefekturah poslujoči prefekturni sveti so imeli dokaj omejeno upravnosodno pristojnost in so bili vrhtega zelo tesno povezani z občo prefekturno upravo. Z reformami v l. 1926 in 1934 se je to nižje upravno sodstvo od obče uprave precej osamosvojilo in pa razširilo; sedanji medpokrajinski prefekturni sveti (conseils interdepartementaux) so sestavljeni iz po enega predsednika in štirih svetnikov, ki tvorijo poseben uradniški zbor, a krajevna pristojnost se razteza vobče na več pokrajin in stvarna pristojnost se je močno razširila, tako da so ti prefekturni sveti obča upravna sodišča prve stopnje za vse sporne zadeve lokalne uprave. Enako kakor medpokrajinski prefekturni sveti tudi državni svet ni organiziran na način civilnih ali kazenskih sodišč, njegovi člani niso neodstavljeni ter uživajo neodvisnost le dejansko, ne pa pravno, toda državni svet, ki je tudi najvažnejši posvetovalni organ francoske uprave, sodi vendar povsem suvereno.

V mnogih državah je delokrog upravnega sodstva preveč omejen ter so posamezne vrste sporov, o katerih naj odločujejo upravna sodišča, taksativno naštetje, tako da zakonitost uprave v mnogih panogah in v mnogih ozirih ni zadostno zaščitena. Drugod je pristojnost upravnih sodišč bolj na splošno določena in so le izjeme od splošnega načela natančno navedene. Po navadi so odtegnjeni upravnemu sodstvu oni primeri, v katerih uprava sploh ne izda konkretnega akta ali vsaj ne konkretnega pravnega predpisa; taka izjema velja torej za uredbe in pa za konkretne avtoritativne akte, ki niso odločbe. Dalje so načeloma izuzeta tudi vsa ona vprašanja, ki jih uprava po svobodnem preudarku rešuje; ta izjema je sama po sebi razumljiva, ker je bistvena naloga upravnega sodstva pač le zaščita zakonitosti v upravi. Tu utegnejo nastati dvomi, gre li za stvar svobodnega preudarka ali ne, kar v praksi neredko povzroča mnogo težav (glej Steska: »Svobodni preudarek« v Zborniku znanstvenih razprav juridične fakultete, 1941). Zakonodajca pa glede nekaterih zadev vendarle dopušča, da upravno sodstvo odločuje tudi o primernosti upravnega akta; tako poseganje v upravo po sodstvu pa zakon le takrat dovoljuje, če se ni bati, da

bi se upravno sodišče premalo oziralo na javni interes; taka bojazen je povsem upravičena, ako ne gre zgolj za pravna vprašanja (n. pr. za višino kazni ob upravnem kaznovanju) ali ako upravni sodniki nimajo potrebnega strokovnega znanja ali upravnih izkustev, da bi mogli upoznati resnične potrebe občę blaginje.

Vobče sodijo vsa upravna sodišča naknadno kot *derivativno upravno sodstvo*, torej potem, ko je uprava na prvi ali tudi na višji, toda poslednji dovoljeni upravni stopnji že odločila. Tak prehod kompetence od upravne oblasti na sodno oblast je povsem naraven in ustreza glavnemu namenu vsega upravnega sodstva, da se prepreči nezakonito delovanje upravne oblasti. Nekateri pravni sistemi pa v večji ali manjši meri poznajo tudi prvotno upravno sodstvo, pri katerem upravno sodišče kar *originarno* sodi o nekem upravnem vprašanju, ne da bi bila že poprej uprava o njem odločila. Je to navidezno neka neskladnost, če v teh primerih govorimo še o upravnih vprašanjih, toda tu ne gre le za zadeve, o katerih odloča posebno, vobče na upravo usmerjeno sodišče; upravno sodišče sodi o takih zadevah, ker je uprava neposredno udeležena pri rešitvi ter bi morala upravna oblast v istem vprašanju nastopati kot stranka in kot odločujoča oblast obenem; nadalje spadajo semkaj vprašanja, o katerih bi vsekakor morala uprava odločati, a zastran posebne važnosti zadeve za stranko dodeljuje zakon odločevanje upravnemu sodišču že od vsega početka. Značilen zgled prvotnega upravnega sodstva je ponekod razsojevanje o odškodninah javno-upravnega značaja; takšni spori nastanejo n. pr. med dvema javno-pravnima ali tudi med javnopravnim telesom in zasebnikom ter je v stari Avstriji o njih sodilo kar državno sodišče (Reichsgericht), ki je sicer poslovalo kot ustavno sodišče; po našem domačem pravnem redu pa odločajo o njih načeloma občę upravna oblastva. Posebno pogosto pa naletimo v območju francoskega prava na prvotno upravno sodstvo. Francoski prefekturni sveti niso le posvetovalni organi prefektov, oni so tudi nižja upravna sodišča. V njihovo kompetenco pa spada dokaj zadev, za katere so drugod civilna sodišča pristojna, rešujejo namreč tudi spore, ki nastanejo glede javnih del med podjetnikom in javno upravo, dalje spore zastran odškodnine za škode, povzročene po javnih delih lastnini ali osebam in končno tudi spore glede prodaje državnih posestev. S tem prehajamo k nadaljnjemu vprašanju delovanja javne oblasti kot zasebnika.

B. Država in raznotera samoupravna telesa so sicer nosilci javne oblasti, toda kljub temu vršijo nekaj *poslov povsem po normah, veljavnih za zasebnike*, in sicer z namenom, da si priskrbijo nekatera osebna dela in nekatere stvarne pripomočke, ki so potrebni za javno delovanje; po večini pa si uprava na temelju zakonske pooblastitve z enostranskimi avtoritativnimi akti pridobiva te osebne in stvarne pripomočke svojega udejstvovanja. Kadar pa nastopa javna oblast po normah, veljavnih za zasebnike, vendar tudi takrat ne gre tu za zasebne zadeve nosilca

javne oblasti, ker takih zadev ni. Država kakor njej uvrščene samouprave morajo že po svojem namenu delovati le za javno blaginjo. Ni torej potrebno, da bi nosilec javne oblasti sploh kdaj nastopal na način kakor zasebnik. Pretirano je naziranje, da bi nosilec javne oblasti sploh mogli biti obenem zasebniki. Z javno oblastjo je nujno združeno delovanje za javni interes ter organ javne oblasti nikdar ne sme delovati na drug način kakor za javno korist; zasebnik pa se more poljubno udeleževati, torej tudi v lastno škodo in pa brez ozira na javno korist, le zakonitih predpisov ne sme kršiti. Organi javne oblasti nimajo take svobode; tudi tam, kjer po lastni uvidevnosti postopajo in torej ni izrečenih omejitev, so njihovemu delovanju potegnjene tesnejše meje. Bližnji cilji in zaželjeni, smer določujoči namen z ene in sredstva, ki jih je uporabljati na tej dostikrat trnjevi poti, z druge strani morajo vsekakor ustrezati zahtevam javne blaginje. Zgrešeno je naziranje, da je uprava tam svobodna, kjer ni zakonskih ovir, ter da so zakoni predvsem le ovira za svobodno udeleževanje uprave; nasprotno, zakoni določujejo upravi smer in ji dajejo trden temelj in okvir za uresničenje javnih koristi. Ako nastopajo država in samoupravna telesa kot zasebniki, to ne daje javnim funkcionarjem morda večje svobode, ampak le potisne javno upravo na nižji položaj. V takšnih zadevah morajo namreč proti zasebnikom nastopati kot pravno prirejene osebe, a v postopku, ki se glede teh vprašanj vrši pred drugim upravnim ali pa sodnim oblastvom tudi kot zasebna in javnemu oblastvu podrejena stranka nastopati. Kot zasebnik sklepa nosilec javne oblasti razne pogodbe po predpisih zasebnega prava (n. pr. kupne pogodbe, pogodbe o delu), dalje izvršuje tudi kot upravičenec ali kot obvezanec obveznostne odnose zasebnega prava, lastninsko in druge stvarne pravice. V teh primerih nastopa nosilec javne oblasti proti zasebniku kot prirejeni osebi. V drugih primerih javna oblast kot nosilec pravic in dolžnosti zasebnega prava ali pa zaradi pridobitve zasebno- ali tudi javnopravnih pravic opravlja pred drugim oblastvom posle zasebne stranke in n. pr. vloga pred civilnim sodiščem tožbe, stavi predloge, podaja izjave, odklanja dediščine ali pa pred drugim upravnim oblastvom zaproša za dovolitve in podelitve, kakršne so n. pr. gradbena dovoljenja in pod. Nosilec javne oblasti tu ni le podrejen javnemu organu, on je istotako prirejen drugim zasebnikom, ki se udeležujejo postopka.

Vsekdar, ko javna oblast kot zasebnik nastopa, gre za upravno in ne za sodno funkcijo. Kakor je že zgoraj bilo omenjeno, pa bi v takih okolščinah utegnil biti nosilec upravne oblasti stranka pred upravnimi oblastvi in pred civilnimi sodišči. Takile podreditvi upravne oblasti pod civilno sodstvo se hoče zlasti francosko pravo vsaj deloma izogniti. Francoska teorija in praksa namreč ločita med javno imovino države, pokrajin in občin (*domaine public*) in zasebno imovino teh teles (*domaine privé de l'Etat, du département, de la commune*). Prva obsega vso ono lastnino gori navedenih javnih

teles, ki je namenjena neposredno javnosti za uporabljanje (n. pr. javne ceste in ulice, javne plovne vode, morska obal itd.) ali pa določena za izvrševanje javne službe (n. pr. javne železnice, gradbe, določene za izvrševanje javne službe, kakršne so uradna poslopja, šolska poslopja, javne bolnice, pokopališča, vojaške gradbe, vodovodi, pa tudi premičnine, določene javni službi za njeno uporabo ali potrošnjo). Z a s e b n i i m o v i n i pa je prištevati n. pr. državne gozde, opuščene vojne utrdbe, dalje občinske hoste in pašnike, ki so skupna lastnina občinskih prebivalcev itd. Za zasebno imovino veljajo predpisi zasebnega prava ter rešujejo nastale spore redna sodišča, a za javno imovino veljajo posebni predpisi in odločujejo ob sporu upravna sodišča (glej Hauriou, D. adm., livre III., titre II. in III., Bonnard, D. adm., livre II, titre III.). Kakor smo videli, pa so ta upravna sodišča prav za prav le na poseben način organizirana upravna oblastva in zatorej vzdržujejo zamisel ločitve upravne od sodne oblasti.

S tem, da se je v modernih državah uvedlo posebno upravno sodstvo izven civilnega in kazenskega sodstva, se je vprašanje razmejitev med upravo in sodstvom deloma premaknilo; iz vprašanja razmejitev med dvema državnima oblastema nastane nekajkrat vprašanje razmejitev med dvema vrstama sodne oblasti, toda to vprašanje ima svoj izvor v že prej obravnavanem razmerju med upravno in sodno oblastjo in zavisi torej od tega razmerja. Kadar pa uprava kot zasebnik nastopa, pa velja zanjo v razmerju do drugih upravnih organov in do sodišč isto kar za zasebnika, ako zakoni česa drugega izrečno ne določujejo. Ta dva pojavi, upravno sodstvo pa nastopanje uprave kot zasebnik, torej bistveno ne izpreminjata izvajanj v prejšnjem poglavju.

Conclusioni

I limiti tra l'amministrazione e la giurisdizione

Nell'introduzione l'autore tratta della necessità di distinguere, conformemente alla differenza di condizione tra i funzionari amministrativi e i giudici, la funzione amministrativa da quella giudiziaria. Infatti, non solo a scopo della futura attribuzione delle singole categorie di cause ad una o ad altra funzione del potere pubblico per la legislazione, ma anche per poter, in casi dubbi stabilire l'attribuzione del potere amministrativo rispetto a quello giudiziario, si deve tener conto anche del contenuto degli stessi atti, poichè non senza ragione, alcune categorie di atti concreti sono state attribuite al giudice, mentre le altre invece sono state affidate all'amministrazione.

Gli atti concreti del potere amministrativo o quello giudiziario si basano su norme giuridiche astratte. Mediante queste vengono bensì determinati vari tipi di rapporti giuridici, ma non vengono già creati i rapporti giuridici stessi. La concretizzazione di una norma astratta nei concreti rapporti giuridici realmente esistenti si verifica, sia mediante gli atti concreti dell'amministrazione rispet. alla giurisdizione, sia per altri fatti giuridici, p. es. i vari avvenimenti giuridici, le situazioni e condizioni, come pure gli atti illeciti e i negozi giuridici. Conseguentemente, i concreti rapporti giuridici vengono talvolta costituiti, modificati e cessati anche a forza di atti concreti del potere pubblico, il quale, in certi casi, procede da solo alla realizzazione delle obbligazioni appartenenti a base del rapporto giuridico verso gli altri; in altri casi è da temere che il soggetto obbligato non adempia ai suoi doveri, ed è necessario un atto dichiarativo sull'esistenza o sul contenuto del rapporto giuridico, e forse anche la realizzazione forzata mediante l'esecuzione da parte dell'autorità.

Dato che il potere pubblico procede spesso nel corso di un concreto rapporto giuridico, fa d'uopo constatare a quale dei due poteri all'amministrativo o al giudiziario, spetta l'emanazione di un atto concreto. Specialmente la determinazione dei limiti tra l'amministrazione e la giurisdizione civile può spesso divenir oltremodo difficile. Non basta prendere in considerazione soltanto il carattere della norma giuridica da cui, nei riguardi essenziali, una determinata categoria di rapporti giuridici è regolata, nè aver riguardo alle mere mutue situazioni giuridiche tra i soggetti partecipanti al rapporto giuridico; sarebbe, però, del tutto inopportuno riservare alcuni istituti giuridici, ad es. la pretesa ad indennizzo e altre pretese di diritto patrimoniale, senz'altro alla giurisdizione civile.

Secondo l'autore procedendo all'accertamento della competenza, si dovrebbe tener conto dei fatti seguenti:

a) se si tratti di questione principale o soltanto di questione accessoria nel procedimento, dato che lo stesso potere cui spetta l'atto principale è competente anche rispetto ai rapporti attinenti solo al procedimento;

b) se l'atto in questione del potere pubblico abbia carattere costitutivo, dichiarativo o esecutivo;

c) se si tratti di un rapporto di diritto privato o di diritto pubblico; per tale rapporto s'intende un apposito tipo astratto di possibili rapporti concreti, vale a dire un istituto giuridico in cui, come ben spesso avviene, diverse relazioni giuridiche vengono unite in un insieme a sorte comune (ad es. la proprietà, il rapporto di servizio), oppure non contiene che un solo rapporto a sè; ora, non conviene annoverare fra i rapporti di diritto pubblico se non quelli dei cui soggetti giuridici almeno uno funge da titolare del potere pubblico;

d) se l'attività del funzionario pubblico sia prevista in prim'ordine dagli interessi pubblici oppure piuttosto da quelli privati.

Gli atti costitutivi, relativi a rapporti di diritto privato, spetteranno all'amministrazione solo allorché l'emanazione dell'atto costitutivo del potere pubblico sia prevista da una norma astratta per la tutela diretta degli interessi pubblici, e inoltre nei casi in cui i presupposti o gli impedimenti, vigenti in linea di massima, ma troppo rigidi, vengano mitigati a favore dell'immediato interesse privato, purché tale presupposto sia stato prescritto per la difesa dell'utilità pubblica. Rispetto ai rapporti di diritto pubblico, è competente, in massima, l'amministrazione, in quanto non si tratti della giurisdizione penale.

Procedendo all'emanazione degli atti dichiarativi, si devono distinguere i casi in cui bisogna accertare l'esistenza del rapporto giuridico da quelli in cui il contenuto del rapporto giuridico risulta controverso. L'accertamento della esistenza del rapporto di diritto privato non spetta al potere amministrativo che nel caso in cui tale rapporto è stato costituito, modificato o estinto a forza dell'atto costitutivo del potere amministrativo; così pure spetta allo stesso l'accertamento del contenuto del rapporto di diritto privato quando questo è stato costituito o modificato dall'atto costitutivo del potere amministrativo. L'emanazione degli atti dichiarativi relativi a rapporti di diritto pubblico è, in massima, di competenza del potere amministrativo; il potere giudiziario è competente soltanto quando il rapporto concreto è stato costituito, estinto o modificato a forza dell'atto costitutivo dello stesso. L'a., cogliendo quest'occasione, tratta pure della competenza per la risoluzione delle questioni preliminari, nonchè degli atti negativi come di una categoria speciale degli atti dichiarativi.

Tra gli atti esecutivi bisogna distinguere i casi in cui il potere pubblico provvede all'adempimento dei suoi propri doveri da quelli attinenti alla realizzazione forzata degli obblighi; l'esecuzione forzata dei rapporti di diritto privato è, in massima, di competenza del potere giudiziario, mentre quella dei rapporti di diritto pubblico spetta all'amministrazione, tuttavia, eccezion fatta per i casi in cui il rapporto di diritto privato è stato costituito dall'atto del potere amministrativo, oppure quello di diritto pubblico in forza dell'atto del potere giudiziario. Alcune eccezioni vi sono inoltre stabilite per ragioni di opportunità dalle leggi vigenti.

Nell'ultimo capitolo l'a. tratta, in succinto, anche della giurisdizione amministrativa nell'Europa continentale, delimitandola rispetto all'amministrazione e alla giurisdizione ordinaria, quindi, della competenza nei casi in cui lo Stato e vari enti autarchici procedono esclusivamente secondo le norme vigenti per i privati, e, infine, delle particolarità verificatesi nell'ambito del diritto francese con la sua rigorosa distinzione tra il demanio pubblico e quello privato dello Stato, dei dipartimenti e dei comuni, ascrivendo quest'ultimo diritto alla prima categoria anche gli edifici destinati ad esercitare il servizio pubblico e attribuendo le controversie relative al demanio pubblico alla giustizia amministrativa giurisdizionale.

Prof. dr. Milan Škerlj:

Družba z omejeno zavezo po ital. državljanskem zakoniku in po trgovinskem zakonu biv. jugoslov. države

(organizacija, računovodstvo, prestanek, likvidacija, pretvarjanje)

Uvod. 1. V »Zborniku znanstvenih razprav«, zv. XVIII., sem primerjal odredbe o ustanovitvi, kapitalski podstavi in članskih deležih družb z omejeno zavezo po obeh najnovejših zakonih, ki urejajo to obliko družb, neobdelana pa je ostala zbog pomanjkanja prostora primerjava odredb obeh zakonov o organizaciji, računovodstvu, prestopu, likvidaciji in pretvarjanju družb z omejeno zavezo, s temi odredbami se bavi pričujoči II. del cele razprave.¹²

2. Družba z o. z. je v svojem pravnem ustroju kapitalna družba, enako kakor d. družba; bistvene pravne razlike med

¹ Kratice: I. del = razprava z istim naslovom v »Zborniku znanstvenih razprav«, zv. XVIII.; družba z o. z. = družba z omejeno zavezo; d. družba = delniška družba; C. c. = Codice civile, testo approvato con R. decreto 16. marzo 1942-XX, n. 262; trg. zak. = trgovinski zakon biv. jugoslov. države; kjer pri »§« ali »čl.« ni naveden zakon, je mišljen trg. zak. odnosno C. c.; reg. = registrski; trg. = trgovinski.

² C. c. je v svojem besedilu iz l. 1942 prav v poglavju o družbah z o. z. v marsičem spremenil besedilo knjige o delu, deloma neposredno, deloma posredno s tem, da je spremenil besedilo odredb o d. družbi, na katere se pozivajo odredbe o družbi z o. z. Temu delu razprave je seveda podstava novo besedilo, za I. del naj tu opozorim na najvažnejše spremembe:

1. t. 5. I. dela. Dočim v čl. 409 knj. o delu ni bil citiran čl. 262 zad. odst., je v čl. 2475, odst. 2, citiran tudi čl. 2328 zad. odst.; tako je rečeno, da je tudi pri družbah z o. z. mogoč poseben statut kot sestavni del ustanovnega spisa; to sem sicer trdil že v I. delu, tako jasno pa ni bilo kot je sedaj.

2. t. 6. I. dela. Po čl. 431 knj. o delu je prestala družba z o. z., če je imela več kot šest mesecev enega samega člana, po vstreznem

obema so le v stvarjanju kapitalne podlage in v članskih deležih, ni pa načelnih razlik glede na poslovanje, zato mora biti organizacija obeh oblik družbe v bistvu enaka, enake morajo biti načelno tudi odredbe o ohranitvi vrednosti osnovne glavnice in sploh odredbe za zaščito družbenih upnikov in družbenega podjetja, zato prestaneta obe obliki v bistvu iz istih razlogov in nasledek prestanka, likvidacija, je načelno pri obeh urejen enako. Ne pravna, marveč stvarna je sama po sebi razlika, da ima d. družba redno večje, družba z o. z. redno majhno število članov, da je posamezen član s »svojo« d. družbo redno mnogo manj tesno povezan kot s »svojo« družbo z o. z. Čeprav sami po sebi ne pravni temveč dejanski, sta pa ti razliki toliko važni, da zakonodavec ne more mimo njih. To smo videli na mnogih mestih v I. delu, kjer je trebalo često naglasiti, da se približuje družba z o. z. po obeh zakonih osebnim družbam, in povsem brez sledu omenjeni razliki nista ostali ne v odredbah obeh zakonov o snovi, ki je predmet II. dela, dasi je ta snov obema oblikama družb pravno mnogo bolj skupna od snovi I. dela.

3. Ta položaj se jasno zrcali v tehnikah obeh zakonov. Dočim je snov I. dela obdelana za vsako obliko družbe samostojno, tako da se zakona v poglavju o družbi z o. z. razmerno malo pozivata na odredbe, dane za d. družbo, velja

členu 2497 C. c. združitve vseh deležev v eni roki nima več za posledico prestopa družbe, pač pa je edini član osebno neomejeno odgovoren za družbine zaveze, nastale v času, ko je bil edini družbenik, toda le, če družba pade pod stečaj. Za primer, da se deleži združijo v eni roki brez volje pridobitelca, na pr. dediča, se zdi sankcija še vedno precej ostra, primerna pa je, če se hoče z ustanovitvijo družbe z o. z. in združitvijo vseh deležev v eni roki mimo zakona doseči omejena odgovornost. Treba si pa biti v svesti, da se tudi nova določba lahko uspešno obide s sprejemom člana z najmanjšo po zakonu dopustno osnovno vlogo ali z odstopom najmanjšega po zakonu dopustnega dela deleža.

3. t. 7. I. dela. Odredba čl. 409, odst. 1, št. 7 knj. o delu, da mora ustanovni spis vsebovati določbe o sklicu skupščine, ni sprejeta v čl. 2475 C. c.; oba zakona sta s tem zblížana tudi formalno.

4. t. 9. I. dela. V čl. 2330 (2475) ni več izrečno povedano, kakor je bilo v čl. 264 (409) knj. o delu, da ima tudi javni tožilec pravico pritožbe zoper vpis družbe v register podjetij, zdi se pa, da gre samo za izpustitev dostavka, ki se je zdel nepotreben, kajti zaslišati treba javnega tožilca tudi poslej in če sodišče odloči zoper njegovo mnenje, mu gre

za snov pričujočega dela nasprotno. Oba zakona navajata v poglavju o družbi z o. z. ponajveč prosto odredbe, ki jih dajeta za d. družbo, posebej izražata samo tisto, kar naj bo posebnega za družbo z o. z. in sicer ali pozitivno, spreminjajoč ali dopolnjujoč odredbe za d. družbo, ali negativno, izpuščajoč v svojih citatih iz poglavja o d. družbi tiste odredbe, ki naj ne veljajo za družbo z o. z. Po enem in po drugem načinu je razlik med odredbami za družbo z o. z. po eni, za d. družbo po drugi strani v vsakem zakonu posebej razmerno malo, tem več pa jih je, če primerjamo oba zakona med seboj, kajti oba se, dasi ne načelno, v podrobnih odredbah o delniških družbah vendar razlikujeta precej izdatno, včasih celo v prav važnih stvareh. Primerjava vseh odredb o snovi II. dela bi torej prav za prav pomenila primerjavo odredb, ki jih vsak zakon daje za d. družbo. To ni namen pričujoče študije, omejiti jo treba na obravnavo tistih odredb, ki so po enem ali drugem zakonu svojstvene družbi z o. z., in le mimogrede omeniti najvažnejše razlike med odredbami za d. družbo, kolikor zadevajo tudi družbo z o. z.

4. Trg. zak. ureja snov, ki nas tu zanima, v 3.—7. odseku poglavja o družbah z o. z. Tretji odsek ureja s skupnim nazivom »organizacija družbe z o. z.« pod posebnimi zaglavji skupščino, poslovodje (upravo) in nadzor, v 4. odseku

pač pritožba. Vendar tako gotovo to ni, kakor je bilo po prejšnjem besedilu. Da je pritožna pravica javnega organa prav potrebna in koristna, je dokazala skušnja na podstavi avstrijskega zakona o družbah z o. z.

5. t. 13. I. dela. Na podstavi čl. 279 (412) knj. o delu je bilo dvomljivo, ali morejo biti postranske nedenarne dajatve (prestazioni) tudi činitve, ki niso dajatve ožjem smislu; zakon je govoril o »compimento di prestazioni«, v čl. 2345 pa je sedaj rečeno »eseguire prestazioni«. Zdi se, da naj bodo s to zameno zadete tudi činitve, ki niso dajatve v ožjem smislu; tako bi bila oba zakona izenačena.

6. t. 15. I. dela. Po čl. 430, odst. 3, zad. stavek, se je dalo reči, da se sme zbog zgub zmanjšana osnovna glavnicca tudi formalno znižati pod najmanjši zakonski znesek; ta stavek je bil v notranjem nasprotju s čl. 381, ki je dopuščal tako znižanje le ob sočasnem zvišanju vsaj na zakonski najmanjši znesek. V čl. 2496 je navedeni stavek črtan, odpravljena neskladnost in obenem razlika od trg. zak.

7. t. 16. I. dela. Po čl. 411, odst. 1 knj. o delu, smejo upravniki pozvati člana, ki je v zamudi z vplačilom osnovne vloge, k vplačilu v zakonskem roku, pri tem je dostavljeno: »nekvarno tožbi zoper druge

računovodstvo, v petem spremembo pravil z zvišanjem in znižanjem glavnice vred, v šestem prestanek z likvidacijo in spajanjem (fuzijo) vred; v sedmem pretvarjanje družbene oblike. C. c. naziva tretji odsek vstreznega poglavja »o družbenih organih in o upravljanju« in ureja v njem tudi snov, ki je v trg. zak. predmet 4. odseka, v svojem 4. odseku pa združuje snov 5. in 6. odseka trg. zak., izvzemši spajanje. Pretvarjanje in spajanje je urejeno skupaj v posebnem poglavju petega naslova pete knjige. To je razumljivo, kajti C. c. ne pozna samo, kakor trg. zak., fuzije med d. družbami ali med družbami z o. z. ali med enimi in drugimi, in prav tako ne samo pretvoritve iz oblike d. družbe v obliko družbe z o. z. ali obratno, marveč priznava spajanje med družbami katere koli oblike in pretvarjanje iz katere koli oblike v katero koli. S tem ni rečeno, da bi bila podreditev spajanja pod »prestanek« v trg. zak. pojmovno zgrešena, saj pomeni spojitev vsaj za eno spajajočih se družb vedno njen prestanek kot samostojen pravni subjekt.

I. Organizacija. A. Skupščina. 5. Oba zakona smatra skupščino članov za najvišji organ v družbi, ne pa v stikih med družbo in zunanjim svetom, zastopstva skupščina nima. Važna razlika je, da C. c. ne pozna pismenega glasovanja članov, ki bi nadomeščalo skupščino kot telesni sestanek družbenikov ob določnem času, na določnem mestu, za sklepanje o določenih predmetih, trg. zak. pa prav za družbo z o. z. podrobno ureja pismeno glasovanje, ki je lahko praktično, če ima družba malo članov, ki ne prebivajo — vsi — na družbinem sedežu ali v njega bližini.

zavezance po čl. 415«. Po čl. 415 pa je prednik (odsvojilec deleža) še tri leta solidarno s pridobilec zavezan za še dolgovana vplačila. V čl. 2477, odst. 1 C. c., je navedeni umetek po pravici črtan, ker je bil z ozirom na določbo čl. 415, odst. 2 (= 2481, odst. 2 C. c.) res nepotreben; povsem pojasnjen pa dvom, omenjen v I. delu, s tem še ni. — Nadalje je določal čl. 411, odst. 2 knj. o delu, da se sme delež zamudnega člana prodati po vrednosti, ki jo je pokazala poslednja odobrena bilanca, »po odbitku dolgovanj vplačil«. Ta dokaj nejasni dostavek je v čl. 2477, odst. 2 črtan.

8. t. 18. I. dela. Dočim je v čl. 413, odst. 1 knj. o delu govor o »successione ereditaria«, je v čl. 2419 C. c. rabljen pravilnejši izraz »successione a causa di morte«; tako sem razumel v I. delu tudi prejšnji izraz.

Delokrog skupščine je po obeh zakonih v bistvu dokaj enak, samo da je v trg. zak. 255, 256, 452, 453 naštetih več točk obveznega delokroga, ki jih C. c. ne navaja izrečno v čl. 2364, ki se pa dajo deloma podrediti pod čl. 2365.

Kar se tiče izvrševanja delokroga skupščine, je razlika v tem, da C. c. kakor pri d. družbi tudi pri družbi z o. z. loči redno in izredno skupščino (čl. 2487, 2365). Razlika pa je bolj terminološka kot stvarna, kajti tudi trg. zak. pozna celo vrsto predmetov, ki za sklepanje o njih zahteva posebno, večjo, kapitalsko udeležbo na skupščini³ in posebno, večjo kot absolutno večino. Znatnejša je razlika v odredbah o pravicima n j s i n e da zahteva sklic skupščine. Po C. c. 2367, 2486 pripada ta pravica pri d. in pri družbi z o. z. še le članom, ki predstavljajo vsaj eno petino osnovne glavnice, po trg. zak. 254, 452 zadostuje že $\frac{1}{10}$, ta manjšina pa sme pri družbi z o. z. skupščino sklicati sama, če je po njeni zahtevi ne skliče pristojni družbeni organ, po C. c. se mora v takem primeru manjšina radi sklica obrniti do predsednika zbornega sodišča. Pravica neposrednega sklica se zdi da vstreza personalnemu značaju družb z o. z.; zlorabe se ni bati, ker skupščina odloča o tem, ali naj stroške trpi družba, če jih ne prevzame družba, zadenejo sklicatelje. Manjšinske pravice zahtevati p o p o l n i t e v d n e v n e g a r e d a, ki omogoča, da se družba ogne neprijetnemu sklicevanju posebne skupščine po manjšini (§§ 454, 258), C. c. sploh ne pozna. Pač pa ima C. c. za vesoljno skupščino, t. j. za sestanek vseh članov brez rednega sklica po upravičenem organu ali osebi, jako umestno določbo, da morajo biti prisotni tudi vsi člani upravnega in nadzornega organa, kar samo po sebi ni da bi morali biti, če niso družbeniki. P o n o v n e s k u p š č i n e v smislu trg. zak. 454, 264 C. c. pri družbi z o. z. ne pozna. Iz poročila, s katerim je bil predlog knjige o delu predložen v sankcijo, se vidi, da zato ne, ker je vedno lahko člane vnovič povabiti s priporočenimi pismi; prezrto je pri tem, da je sklic s priporočenim pismom samo fakultativen, z ustanovnim spisom se lahko določi drugačen način, in če bo število članov znatno, se pač tudi bo; v takem primeru bo morda neprijetno, da ni mogoča ponovna skupščina v smislu

³ Vprašanje kvoruma seveda odpade pri pismenem glasovanju.

čl. 2369 (za d. družbo). Pač pa ima ta nedostatek tudi dobro stran. Po čl. 2369 se pri d. družbi mora opraviti ponovna skupščina, če prva ni bila sklepčna, čeprav je zlasti pri predmetih izredne skupščine morda prav nesklepčnost tih migljaj, da se delničarji za stvar ne zanimajo ali so ji celo nasprotni, tako da bi bilo smotreneje ponovno skupščino opustiti. Pri družbi z o. z. ponovna skupščina ni sama po sebi obvezna, ker celi čl. 2369 v čl. 2486 ni naveden.⁴

6. Vsak družbenik ima glasovalno pravico, po C. c. za vsakih 1000 lir svojega deleža (quota) en glas, po trg. zak. za vsakih 1000 din, vendar je po § 455 ta odredba gibka, s pravili se lahko določi drugače, po čl. 2485 se zdi, da je prisilna.⁵ Glasovalna pravica se dokaže po trg. zak. 454, 261 z vpisom v knjigo deležev, C. c. 2486 pa ne navaja čl. 2370, ki to vprašanje ureja za imenske delnice (vpis v knjigo družbenikov). Vendar ni dvoma, da to velja tudi za družbo z o. z., saj se mora tudi pri nji voditi knjiga družbenikov (čl. 2490) in vabilo na skupščino se pošlje po čl. 2484 na članov naslov, kakor se vidi v knjigi družbenikov. — K v o r u m je v C. c. določen posredno s tem, da se za sklep potrebna večina računa v odnosu k celotni osnovni glavnici, toda kaj bo, če je večina z ustanovnim spisom določena drugače — kar po čl. 2486 sme biti za predmete redne in, lege non distinguente, tudi za predmete izredne skupščine?⁶ Za d. družbo je stvar jasna, po čl. 2368 je mogoče zakonsko večino le povečati, toda čl. 2368 v čl. 2468 ni naveden, marveč so odredbe o večini nadomeščene z drugimi. Za družbo z o. z. treba torej priznati možnost, da se z ustanovnim spisom večina tudi zmanjša, z njo po sistemu zakona seveda tudi kvorum. Na ta način bi se pa, če bi bilo v ustanovnem

⁴ Pri tzv. redni skupščini bo ponovna skupščina neizogibna tudi za družbe z o. z., ker se po zakonu mora opraviti vsaj vsako leto enkrat. Tako je stvar izrečno urejena v §§ 264, 454.

⁵ Določba čl. 2485 tudi sicer ni povsem jasna, ko govori o primeru, da je kvota mnogokratnik od 1000 lir; treba pač razumeti quota di conferimento (čl. 2475, 2476, 2478), t. j. osnovna vloga, ne pa quota = = delež v smislu čl. 2479, 2480. Samo znesek vrednosti vloge, kakor je določen z ustanovnim spisom, je stalen, ne pa — prometna ali bilančna — vrednost deleža; prim. tudi čl. 2496, odst. 3, in I. del, t. 15, pri op. 17.

⁶ Začetek čl. 2486, odst. 1: »če ustanovni spis ne določa drugače« se nanaša na redno in na izredno skupščino.

spisu na pr. rečeno, da mora večina obsegati več kot $\frac{1}{4}$ osnovne glavnice, ob zadostni udeležbi lahko pojavile tri »večine«, ki bi vsaka obsegala po $\frac{1}{4}$ osnovne glavnice in bi bile, vzemimo skrajni primer, med seboj celo enake. Če se torej odstopi od zakonske odredbe, bo previdno, da se večina ne veže na razmerje s celotno glavnico, marveč na razmerje s številom na določni skupščini mogočih ali pri glasovanju o določnem predmetu res oddanih glasov, pri čemer se lahko doda, da mora tako izračunana večina obsegati tudi določen del celotne osnovne glavnice. Po mojem mnenju besedilo zakona ne izključuje take ureditve; mnogi drugi zakoni jo res poznajo; tudi trg. zak. določa kot redni kvorum $\frac{1}{4}$ osnovne glavnice in se zadovoljuje redno z absolutno večino danih glasov, za važnejše primere pa zahteva večji kvorum in večjo večino, ki se redno računa od števila danih, včasih od števila na skupščini mogočih glasov (§§ 454, 455, 263, 274). Brez dvoma ustrezata visoki kvorum in visoka večina C. c.-a osebnemu značaju družbe z o. z. bolj kot določbe trg. zak., toda ker so odredbe obeh zakonov gibke, stvarne razlike v življenju pravzaprav ne bo. To velja tudi za izjemno odredbo § 455, odst. 4, po kateri je v družbah z manj kot petimi člani za sklep potrebna soglasnost; s to odredbo je res močno naglašen personalni značaj družb z o. z., toda tudi ona je dispozitivna. Dejanska razlika med obema zakonoma pa je v tem, da C. c. pri družbi z o. z. ne pozna posebnega glasovanja in posebnih zborov po rodu deležev, kakor jih pozna § 455, čl. 2376 namreč ni naveden v čl. 2486; seveda pa je dvomljivo, ali so pri družbi z o. z. sploh mogoči »prednostni deleži« v smislu čl. 2348, ki v poglavju o d. z o. z. ni naveden. Če se to vprašanje potrdi, bo pač treba priznati tudi posebno glasovanje.

7. Kar se tiče skupščinskega zapisnika in razveljavljanja skupščinskih sklepov, se pozivata oba zakona na odredbe za d. družbo, Cc. 2486 brez sprememb za družbe z o. z., trg. zak. 457 s popolnitvami, potrebnimi zbog pismenega glasovanja, in z važno spremembo, da more javni tožilec predlagati razveljavitev sklepa le, če treba sklep vpisati v trg. register. Same odredbe za d. družbo pa so po obeh zakonih dokaj različne, mnogo bolj kot odredbe o izreku prestanka družbe zbog hibne ustanovitve.

B. Poslovodje (uprava). 8. Dočim po § 458 ni potrebno, da bi bilo v pravilih določeno, ali se smejo za poslovodje postavljati nedružbeniki, je po čl. 2487 to mogoče le, če je izrečno dopuščeno v ustanovnem spisu. Ta odredba je obenem edina, ki jo daje C. c. posebej za upravo družbe z o. z., za vse drugo veljajo iste odredbe kakor za d. družbo, posebnih ozirov na personalni značaj družb z o. z. ni. Tudi trg. zak. se v glavnem poziva na odredbe o d. družbi, daje pa nekaj posebnih odredb. Najvažnejše so: Po čl. 2487 (2381) morajo biti prvi člani uprave imenovani, t. j. osebno določeni v ustanovnem spisu samem, po § 459 to ni potrebno, lahko se izbero na posebni skupščini pred vpisom družbe v trg. register; nasledek te razlike je, da C. c. nima odredbe, da se, kadar naj bodo po pravilih vsi družbeniki poslovodje, razumejo samo tiste osebe, ki so bile družbeniki v trenutku, ko je taka odredba prišla v pravila (§ 459, odst. 1), in tudi ne odredbe, da se s pravili ne more določiti, da naj družbenik, ki je s pravili postavljen za poslovodjo, ostane poslovodja, tudi če preстане biti družbenik (§ 459, odst. 2). Kar se tiče odstavitve, se smejo po C. c. 2383 vsak hip odstaviti tudi upravniki, ki so bili postavljeni z ustanovnim spisom, imajo pa, če se to zgodi brez upravičenega razloga, pravico do povračila škode, po trg. zak. 459 odst. 4 pa se s pravili lahko določi, da se smejo s pravili za poslovodje postavljeni družbeniki od službe poslovodij odstaviti le iz važnih razlogov. Razlika je znatna: po C. c. velja odstavitev tudi, če se je zgodila brez razloga, samo odškodnina se sme zahtevati; po trg. zak. ne velja sama odstavitev. Personalni značaj družbe z o. z. je s tem jako naglašen, bolj dvomljivo je, ali bo odredba trg. zak. v vsakem primeru koristna za družbo.⁷ Slednjič je važnejša razlika, ki se tiče družb z o. z., ta, da za v a r š č i n o članov uprave pri družbi z o. z. sicer po trg.

⁷ Važna razlika, ki se pa ne tiče samo primera, da je član za upravnika postavljen z ustanovnim spisom (pravili), je v tem, da gre po C. c. odškodnina vsakemu članu uprave, ki se odstavi brez zadostnega razloga, po trg. zak. 296, 459 pa le pravica »do povračila po pogodbi«. Stalnost uprave je po C. c. boljše zajamčena, lažje pa je po trg. zak. odstraniti člana uprave, ki je zgubil zaupanje skupščine zbog težko dokazljivih imponderabilij. Posledica bo, da si bo član uprave skušal s pogodbo zavarovati odpravnino.

zak. veljajo vobče iste odredbe kakor pri d. družbi, vendar kot varščina ne more služiti poslovodjin delež v družbi z o. z. (§ 459 odst. 3), C. c. 2487 pa za varščino pri družbi z o. z. sploh ne daje odredb, ker ne navaja čl. 2387, ki pri d. družbi zahteva varščino.⁸ V ti razliki se izraža personalni značaj družbe z o. z., sicer pa po mojem mnenju ni dvoma, da se tudi po C. c. pri družbi z o. z. z ustanovnim spisom ali celo s posebno pogodbo med družbo in upravnikom lahko predpiše varščina, vprašanje bo le, ali sme varščina biti delež v družbi z o. z., predvsem v lastni, kakor so lahko delnice. Po mojem mnenju tudi v območju C. c.-a ne; namen varščine je, da naj dobi družba čim prej odškodnino; v tem pogledu prihaja v poštev, da ima delnica, bodisi imenska, svojo imensko in redno tudi prometno, često tečajno vrednost, česar vsega delež v družbi z o. z. nima.⁹

C. N a d z o r. 9. Oba zakona se ne razlikujeta znatno glede na pojem in na način opravljanja nadzora, pač pa glede na nadzorne ustanove, t. j. tiste naprave, ki naj izvršujejo nadzor; ta razlika pa ne velja samo za družbe z o. z., temveč prav tako, in sicer primarno, za d. družbe.¹⁰ Po C. c. mora imeti nadzorni odbor družba z o. z., katere osnovna glavica ni manjša od 1.000.000 lir, sicer ga lahko določi z

⁸ Po trg. zak. 294 je varščina tudi pri d. družbi fakultativna.

⁹ Najvažnejše, uprav osnovne razlike med položajem uprave po obeh zakonih niso svojstvene družbi z o. z., marveč vsem družbam. Po trg. zak. je zakonska zastopna pravica organov na ven neomejljiva, po C. c. pa je omejljiva tudi na ven, tudi tretje osebe so vezane na omejitve, ki jih enostranski izreče družba, če so vpisane v register podjetij ali če družba dokaže, da so bile tretji osebi znane ob nastanku pravnega posla. Razen tega je zastopna pravica uprave po samem zakonu omejena »na čine, ki spadajo k predmetu družbe«; če sklene uprava posel, ki nima zveze z družbinim predmetom podjetja, družba ni zavezana (čl. 2298, 2384, 2487). Tudi te omejitve trg. zak., izvzemši seveda primere koluzije v škodo družbi, ne pozna. Slednjič po C. c. ni izključeno, da nima vsak upravnik zastopne pravice; če je nima, družbe ne more zavezati, seveda zopet s pogojem, da je to vpisano v register podjetij ali da je bilo nasprotni stranki sicer znano (čl. 2297, 2328, 2475), po trg. zak. je ta osebna omejitev pri kapitalskih družbah izključena. Iz vsega se vidi, da C. c. bolje ščiti družbe, trg. zak. pa tretje osebe in zanesljivost prometa.

¹⁰ C. c. pozna samo eno nadzorno ustanovo, nadzorni odbor (collegio sindacale), ki ima tri ali pet članov in dva namestnika. Družbe

ustanovnim spisom, za nadzorni odbor veljajo povsem iste odredbe kakor pri d. družbi. Trg. zak. odreja, da mora imeti družba z o. z., ki so ji predmet podjetja bančni ali menjalni posli, nadzorno ustanovo brez ozira na velikost glavnice in število družbenikov, drugačna družba pa le, če ima več kot dvajset družbenikov ali vsaj 1.000.000 dinarjev osnovne glavnice; podrobno je urejeno, v katerih primerih mora nadzorna ustanova biti nadzorni odbor in v katerih je lahko katera druga. Družba pa, ki ni po zakonu zavezana imeti nadzorno ustanovo, jo lahko uvede s pravili, ali poveri nadzor tudi posamezni osebi, ki je strokovno usposobljena za pregledovanje družbenih knjig in računov, lahko pa ostane sploh brez posebnega nadzora. Dvomljivo je, ali povsem ustreza praktičnim potrebam, da je po C. c. edini kriterij velikost glavnice. Osebni nadzor po družbenikih postane, če ga res izvršuje večje število članov, znatna ovira za redno poslovanje, če se pa zanašajo drug na drugega, uspešnega nadzora sploh ni; seveda, ali je število dvajset najpravilnejše, je stvar okusa, kakor so številčni zneski osnovne glavnice tudi.

10. Oba zakona dajeta v primeru, da družba nima nadzorne ustanove, vsakemu družbeniku določno osebno

z*ne manj kot pet milijonov lir morajo imeti med tremi člani vsaj enega, med petimi vsaj dva, in med namestniki vsaj enega iz spiska uradnih računskih preglednikov, ostale družbe vsaj enega člana in enega namestnika iz poklicnih spiskov (albi profesionali), določenih z zakonom. Trg. zak. je mnogo manj enostaven. Nadzorne ustanove so: v sami družbi nadzorni organ in sicer nadzorni odbor, ki opravlja tekoči nadzor in preskuša letne sklepne račune, ali revizijsko poverjeništvu, ki ima samo drugo dolžnost; izven družbe revizijska zveza in združba za revizije, ti dve ustanovi sta fakultativni, lahko pa ima družba eno ali drugo poleg nadzornega organa ali v določenih primerih namesto njega. Strokovnjaka za preskušanje knjig in računov zahteva trg. zak. za revizijsko poverjeništvu, le-to in nadzorni odbor pa mora, ob stroških družbe, pozvati strokovnjake, če večina njegovih članov ni strokovno usposobljena za opravljanje naložene jim dolžnosti. Trg. zak. je uvaževal, da dotedanji nadzor ne ustreza potrebam, da pa v državi še niso, vsaj ne povsod, ustvarjeni osebni in stvarni pogoji za enotno ureditev uspešnega nadzora. Odtod več vrst nadzornih ustanov in obenem stremljenje, družbe nagnati k strokovnemu nadzoru. — V podrobnostih dajeta oba zakona niz predpisov, ki naj ojačijo položaj nadzorne ustanove proti upravi in skupščini.

nadzorno pravico. Po § 467 se sme vsak družbenik osebno poučevati o družbenih stvareh in pregledovati knjige, spise, zaloge blaga in blagajno. Če družba ima nadzorno ustanovo, te pravice ni, razen kolikor je priznana s pravili, ne more se pa v nobenem primeru odvzeti družbeniku pravica, da pregleda letne sklepne račune in priložena jim poročila, knjige in spise, in se tako pripravi za skupščino (§ 470). Po C. c. sme, če ni nadzornega odbora, vsak član zahtevati od upravnikov pojasnila o razvoju družbenih poslov in pregledati knjige — torej nekoliko tesneje kot po trg. zak.; razen tega smejo, če ni nadzornega odbora, člani, ki predstavljajo vsaj $\frac{1}{3}$ osnovne glavnice, vsako leto ob svojih stroških dati pregledati družbino poslovanje (čl. 2489). Take pravice trg. zak. ne pozna; pravica po §§ 469, 325, 326, da sme manjšina, če je skupščina odbila predlog za izreden pregled družbinega poslovanja, pri reg. sodišču predlagati, da postavi preglednike, se s pravico, ki jo daje čl. 2489, ne sme zamenjavati, kajti pravica po čl. 2489 se izvršuje mimo skupščine in brez sodne intervencije; pač pa v bistvu vstreza manjšinski pravici trg. zak. manjšinska pravica čl. 2409, 2488, dasi je v podrobnostih precej razlik. Vendar pomanjkanje take pravice, kakršno daje čl. 2489, ne bo občutno, če se manjšina posluži pravice iz §§ 464, 311 in zahteva svojega predstavnika v nadzornem organu samem; ta način ima morda celo izvestno prednost, ker je v nadzornem odboru omogočen trajen nadzor, na vsak način pa po njem izostane neprijetna pozornost, ki jo v javnosti lahko vzbudi pregled po manjšini.

11. Prav posebne vrste nadzorno pravico daje trg. zak. družbinim upnikom (§ 469). Eden ali več upnikov, katerih nezavarovane ali ne zadostno zavarovane terjatve dosegajo vsaj polovico družbine osnovne glavnice, lahko predlagajo, da odredi reg. sodišče pregled družbinega poslovanja, če verjetno izkažejo ne samo da imajo terjatve in da niso (zadosti) zavarovane, temveč tudi da način družbinega poslovanja očito ogroža poplačilo teh terjatev ali da so se v družbinem poslovanju na škodo upnikov pripetila nepoštena dejanja ali hude kršitve zakona. Dane so podrobne odredbe, zlasti je položitev varščine za škodo, ki bi mogla nastati družbi, obvezna tudi brez predloga družbe. C. c. ne pozna take nadzorne pravice upnikov družbe z o. z.; v trg. zak. je

sprejeta, ker so se pojavili po prvi svetovni vojni precej številni primeri, da so družbe z o. z. »poslovale« tako, da slednjič ni bilo niti sredstev za pokritje stečajnih stroškov.¹¹

Č. Računovodstvo. 12. Po obeh zakonih veljajo za družbe z o. z. iste odredbe kakor za d. družbe, vendar veže trg. zak. družbe z o. z. povsem na bilančni obrazec, dan za d. družbe, le, če so jim predmet podjetja bančni ali menjalni posli, ali če se jim in kolikor se jim ta obrazec predpiše s posebno uredbo; nekatere odredbe o vsebini bilance pa veljajo na vsak način tudi za družbe z o. z. in brez olajšave veljajo zanje odredbe o ocenitvi imovinskih sestavin (§ 470). Prav obratno je po C. c.: ni olajšav za sestavo bilance, mogoče pa je odstopiti od odredb o ocenitvi, če to zahtevajo posebni razlogi, to pa velja tudi za d. družbe (čl. 2424, 2425, 2491). Različne so tudi odredbe o načinu, kako družbenikom omogočiti preskušanje letnih sklepnih računov. Po čl. 2491 morajo upravniki vsaj 15 dni pred skupščino izložiti račune na pregled s svojim, če ima družba nadzorni odbor, tudi z njegovim poročilom vred, po § 470 pa morajo poslovodje, če družba nima nadzorne ustanove, vsaj 15 dni pred skupščino vsakemu članu, ki ni poslovodja, poslati prepis računov in svojega poročila; če družba ima nadzorno ustanovo, se skrajša rok na osem dni, poslati pa treba tudi prepis poročila nadzorne ustanove. Razen tega sme vsak član te listine, knjige in spise v istih rokih pregledati pri družbi. Za obvestitev članov je torej po trg. zak. še boljje preskrbljeno, seveda pa je pošiljanje prepisov pri družbah z večjim številom članov lahko precejšnje breme.¹² Razlika je slednjič v tem, da se mora odobrena bilanca po čl. 2493, 2435 na vsak način poslati uradu, ki vodi register podjetij, po § 470 pa odobreni letni sklepni računi in poročila o njih reg. sodišču le, če je to predpisano z omenjeno uredbo ali če se družba bavi z bančnimi ali menjalnimi posli.

¹¹ Ako bi se nadzor opravljal kakor je zamišljen po novem zakonu, bi se ta odredba pač le redko uporabljala; omalovaževati pa se ne sme njen preventivni učinek.

¹² Manj potrebno se zdi pošiljanje prepisov, če člani prebivajo na sedežu družbe. Sicer pa v življenju ne bo prehudo: večina družb ima malo članov, neredko so vsi poslovodje.

13. Dobiček se deli, če ni drugače določeno, z ustanovnim spisom ali s pravili, po C. c. 2493 v razmerju z osnovnimi vlogami, po § 449 v razmerju z vplačanimi osnovnimi vlogami. Razlika je lahko prav znatna, kaj je pravilneje in pravičneje, pa ni lahko reči. Po eni strani je gotovo, da se je dobiček dosegel v prvi vrsti z že vplačanimi vlogami, zlasti če gre za stvarne vložke, ki se morajo ob ustanovitvi vložiti v celoti, po drugi strani se ne da izključiti, da so k uspehu pomogle tudi terjatve družbe iz prevzetih vlog, ker večajo njen kredit, seveda kolikor so člani plačeviti ali niso morda celo že v zamudi; v poslednjem primeru je učinek prav nasproten.

II. Sprememba pravil, zvišanje in znižanje osnovne glavnice. 14. Za spremembo pravil veljajo po obeh zakonih povsem iste odredbe kakor pri d. družbi. Za zvišanje in znižanje osnovne glavnice gl. I. del, t. 15, 16, str. 326.

III. Prestanek. A. Vzroki prestanka družbe. 15. Po obeh zakonih veljajo za družbo z o. z. isti vzroki prestanka kakor za d. družbo, toda za d. družbo se oba zakona ne strinjata povsem in trg. zak. pozna razen vzrokov, ki so skupni obema oblikama, za družbo z o. z. še dva posebna. Vsak družbenik sme s tožbo zahtevati, da izreci sodišče prestanek družbe, če postane dosega družbenega namena, kakor izhaja iz predmeta podjetja, nemogoča ali če so podani drugi za družbo važni razlogi; obenem daje zakon posebne varnostne odredbe zoper zlorabo te pravice. Ta posebni vzrok, ki po trg. zak. ne velja za d. družbe, se v bistvu strinja z vzrokom, ki ga pozna C. c. 2448 tudi za d. družbe: »če je predmet družbe dosežen ali če je naknadno postal nedosegljiv«. Drugi posebni vzrok prestanka je urejen v § 477: Eden ali več upnikov, katerih terjatve znašajo vsaj polovico družbine osnovne glavnice, smejo s tožbo zahtevati, da izreci sodišče prestanek družbe, če je katera koli bilanca ali revizija pokazala, da je zgubljena poleg rezerv polovica osnovne glavnice, ali če način družbinega poslovanja očitno ogroža poplačilo njihovih terjatev ali če so se pripetila v družbinem poslovanju na škodo upnikov nepoštena dejanja ali hude kršitve zakona. Tudi tu daje zakon potrebne varnostne odredbe zoper zlorabo tožbe. Tožba ni nujno zvezana

z zgoraj omenjeno pravico upnikov, da zahtevajo pregled družbinega stanja in poslovanja, seveda pa tak pregled lahko da podstavo za tožbo radi izreka prestanka.

Združitev vseh deležev v eni roki ni vzrok prestanka ne po enem ne po drugem zakonu; gl. zgoraj op. 2, t. 2.

B. Likvidacija. 16. Za družbo z o. z. velja isto kar za d. družbo; vsebinske razlike so torej iste kakor v odredbah obeh zakonov za d. družbo.¹³

C. Prestanek članstva v družbi. 17. V C. c. ni posebej urejen prestanek članstva v družbi z o. z. brez prestanka družbe same. Vendar pozna C. c. več takih primerov: izključitev zbog neplačila osnovne vloge, prestanek zbog prenosa, zbog prepovedi prehoda deleža ob smrti družbenika, zbog izvršbe, zbog izstopa (čl. 2477, 2479, 2480, 2494 v zvezi s čl. 2437). Vse te primere pozna tudi trg. zak. (§§ 431, 443, 444, 455 v zvezi s § 276, za prve primere gl. I. del, t. 16, 18, 19), Poleg teh skupnih primerov ureja pa trg. zak. 476 še posebne. Na podstavi po kvorumu in večini oteženega skupščinskega sklepa se lahko s tožbo pri reg. sodišču zahteva izključitev člana, ki iz katerega koli vzroka navzlic ponovnim opominom ne spolnjuje svojih članskih obvez proti družbi. Mišljena tu seveda ni zaveza vplačati osnovno vlogo, marveč gre za nespolnjevanje drugih zavez, na pr. biti poslovodja, dajati postranske nedenarne činitve. Družba se na ta način znebi nezvestega člana. Dalje omenja trg. zak. 476 primere, da po določbi pravil prestane družba zbog odpovedi, smrti, preklica člana ali zbog stečaja o njegovi imovini. V teh primerih sme skupščina ostalih družbenikov v treh mesecih odkar je nastopil dogodek, skleniti, da naj se družba nadaljuje brez člana, ki je dal odpoved ali v čigar osebi je nastal vzrok prestanka. Potreben pa je pristanek dedičev ali

¹³ Posebnost trg. zak. v odseku o prestanku in likvidaciji, ki pa velja za družbe obeh oblik, je ureditev primerov, da vse delnice ali deleže pribavi javnopravna teritorijalna korporacija, in pa da se odsvoji cela družbina imovina; v prvem primeru zakon razlikuje, ali javnopravna korporacija družbo nadaljuje ali pa družba prestane, v drugem primeru, ali se odsvoji cela imovina pred prestankom ali v likvidaciji družbe. Slednjič ureja trg. zak. tudi vprašanje nadaljevanja prestale družbe ene ali druge oblike, za obe obliki v bistvu enako.

skrbstvenega ali stečajnega sodnika; svobodna je skupščina le ob prestanku zbog odpovedi. Podrobno je urejeno, kako izplačati delež izpadlega družbenika in spraviti osnovno glavnico v sklad z novim stanjem. Vsekakor dajejo odredbe §-a 476 možnost, da se vzdržita družba in podjetje; prezreti tudi ni, da so te odredbe v duhu odredb, ki veljajo v sličnih primerih za osebne družbe. C. c. nima takih odredb, ker pa družba z o. z. — in d. družba — po čl. 2497, 2448 odst. 1, št. 6 lahko v ustanovnem spisu določi iste vzroke za prestanek družbe, se pojavlja vprašanje, ali si more družba z ustanovnim spisom izgovoriti tudi take pravice, kakršne ji daje trg. zak., kajti da gre pri tem za nekaj poseg vsaj v pravice dedičev in stečajnih upnikov, je na dlani. Po mojem mnenju more: če je sam član pristal na eventualno izplačilo deleža namesto da prestane družba in se izvrši likvidacija, morajo pač položaj, ki si ga je vstvaril član, priznati tudi dediči, skrbnik in stečajna masa — upniki. Bolj dvomljivo bo, kako naj ob molku zakona dediči, skrbstveno, stečajno sodišče sodelujejo pri obračunu; izhod bo pač moral biti sličen kakor ga ureja trg. zak.

Č. S p o j i t e v. 18. Da C. c. spojitve ne obravnava kot primer prestanka, sem že omenil zgoraj v št. 4. Stvarne odredbe za spojitve so po obeh zakonih za d. družbe in za družbe z o. z. v bistvu enake; razlikujeta se pa oba zakona manj v načelih kot v legislativnotehnični obdelavi, trg. zak. daje mnogo bolj podrobne odredbe in se zato tudi izrečno ozira na posebnosti, ki glede na kapitalsko podstavo ločijo družbo z o. z. od delniške.

IV. P r e t v a r j a n j e. 19. O pretvoritvi govorimo, kadar zamenja družba svojo obliko z drugo zakonsko obliko, tako da se prvotna družba nadaljuje v novi obliki, da brez prestanka in likvidacije, brez ustanovitve nove družbe, brez prenosa ali prehoda pravic in zavez spremeni le organizacijsko obliko. Kakor sem omenil že v št. 4, ureja trg. zak. samo pretvoritev d. družbe v družbo z o. z. in obratno, toda s tem ni rečeno, da drugih sprememb oblike brez likvidacije ne pozna. Tudi po trg. zak. gre, celo ob spremembi v osebah, samo za pretvoritev v drugo obliko, če v javno trg. družbo vstopi komanditist ali če iz komanditne družbe izstopi edini komanditist, pa ostaneta vsaj dva člana; prav tako, če javni član

postane komanditist ali, obratno, edini komanditist javni član (prim. § 37, odst. 2, §§ 142, 145, 146). Trg. zak. sam po sebi tudi ne označuje pretvoritve osebne družbe v kapitalsko naravnost kot vzrok prestanka osebne družbe, ki bi mu morala slediti formalna likvidacija; konstrukcija bo ta, da prestane osebna družba po sklepu družbenikov — soglasnost, če ni s pogodbo dopuščeno večinsko odločanje —, da likvidacija izostane po § 150 (»drug način obračuna«), da pa ostane osebna in nerazdelna odgovornost družbenikov za prejšnje zaveze. Praktično se to vse izvrši na ta način, da vložje člani svoje deleže pri imovini osebne družbe v novo ali že obstoječo (»spojitev«) kapitalsko družbo kot stvarne vložke, toda pretvoritev v smislu zakona to ni, ker ne gre samo za spremembo organizacijske oblike, marveč za prestanek ene in nastanek druge družbe.¹⁴ Trg. zak. slednjič ne ureja primera, da bi se, v pravem pomenu besede, kapitalaska družba pretvorila v osebno. Ne da se reči, da more biti upnikom kapitalske družbe to samo ugodno, ker dobe k stvarni varnosti še osebno nerazdelno odgovornost članov osebne družbe; pri osebni družbi imovina ni tako zaščiten v korist upnikom, kakor pri kapitalski, zlasti osebna družba po trg. zak. nima osnovne glavnice v tehničnem pomenu besede. Potrebna bo torej vedno formalna likvidacija, ki pa sama po sebi seveda ne izključuje, da nova osebna družba prevzame vso imovino kapitalske; upniki le-te so vseeno zaščiteni z obveznim pozivnim postopkom. Drugače C. c., ki izrečno priznava, da se osebna družba lahko v pravem pomenu pretvori v kapitalsko (čl. 2498); osebna družba postane kapitalaska, dobi pravno osebnost z vpisom v register podjetij in ohrani (conserva) pravice in zaveze, nastale pred pretvoritvijo, člani prejšnje osebne družbe pa ostanejo zavezani za te prejšnje zaveze, kolikor upniki niso pristali na pretvoritev; pristanek se domneva, če ga upniki, ki se jim je pretvoritev naznanila s priporočenim pismom, ne odreko izrečno. Obratnega primera, pretvoritve kapitalske družbe v osebno, C. c. ne ureja, priznan pa je izrečno kot prava pretvoritev v ministrovem po-

¹⁴ V načrtu uvodnega zakona za trg. zak. se je razlika videla jasno: pretvoritev v smislu zakona bi bila oproščena prenosnih taks, vložitev stvarnih vložkov ne.

ročilu h knjigi o delu, s pripombo, da je ureditev nepotrebna, ker upniki s tako pretvoritvijo le pridobe — kar pač stvarno ni povsem točno. Slednjič C. c. tudi ne ureja pretvoritve oblike pri kapitalskih družbah med seboj, češ da upniki s tako spremembo oblike sploh niso prizadeti. Čisto pravno je to brez dvoma res, stvarno pa le, če v novo obliko preide vsa imovina družbe prejšnje oblike, če se ne spremeni znesek osnovne glavnice in če vsaj večina članov ostanejo iste osebe.

20. S tem je načeto vprašanje, ali mora v novo obliko preiti vsa imovina, ali mora osnovna glavnica ostati neznižana, ali se morajo družbe v novi obliki udeležiti vsi dotedanji člani. C. c. teh vprašanj ne rešuje izrečno. Toda ko članom, ki ne soglašajo s pretvoritvijo, dovoljuje izstop (čl. 2437), zanika poslednje vprašanje in s tem posredno tudi ohranitev imovine in eventualno tudi osnovne glavnice. Pač to velja samo za kapitalске družbe, kajti za pretvoritev oblike osebne družbe mora sklep biti soglasen (čl. 2293, 2252, 2315). Pri kapitalski družbi morajo biti spolnjeni pogoji za spremembo ustanovnega spisa, saj sklep o pretvoritvi spreminja ustanovni spis, torej je potrebna večina, ki obsega pri d. družbi vsaj polovico, pri družbi z o. z. vsaj $\frac{2}{3}$ osnovne glavnice, pri komanditni delniški družbi bo potreben še pristanek javnih članov. Pogoji torej pri kapitalskih družbah niso posebno strogi in upniki ne bodo prizadeti le, če se bodo, kadar bi se znižala imovina ali celo osnovna glavnica, uporabljale določbe, ki veljajo v zaščito upnikov ob znižanju osnovne glavnice zaradi vračanja preobilne glavnice (čl. 2445, 2496, prim. tudi čl. 2306). Za znižanje osnovne glavnice bo to brez dvoma mogoče, prav dvomljivo je pa, kadar bi šlo samo za znižanje imovine; v tem primeru bi se lahko reklo, da se imovina, ki presega osnovno glavnico in morda še obvezne rezerve, vedno lahko uporabi brez ozira na upnike. Morda bi se dal analogno uporabiti tudi čl. 2503, ki ob spojitvi daje upnikom pravico, da zahtevajo plačilo ali položitev potrebnega zneska pri kakem kreditnem zavodu.

Trg. zak. za ta del ne bo povzročal posebnih dvomov. Če naj se ob pretvoritvi zmanjša vrednost imovine ali celo osnovna glavnica, treba izvršiti pozivni postopek, upniki smejo zahtevati plačilo ali zavarovanje. V novi obliki družbe mora biti vdeleženih toliko »starih« članov, da predstavljajo

vsaj $\frac{3}{4}$ osnovne glavnice po dotedanji obliki družbe; če se ne udeležijo vsi, se mora dotedanji znesek osnovne glavnice vzpostaviti s prevzemom novih delnic ali osnovnih vlog. Trg. zak. torej jasno izhaja s stališča, da ni istovetnosti družbe, če ne ostane večina glavnice v istih rokah, če naj se pa osnovna glavnica ali imovina zmanjšata, štiti upnike izrečno; izplačevanje članov, ki se ne udeležijo družbe v novi obliki, je podrobno urejeno, prav tako pravni učinki pretvoritve in njih posvedočitev v javnih knjigah in registrih.

V. Sklep. 21. Našli smo tudi v II. delu, da so obče poteze ureditve družb z o. z. po obeh zakonih dokaj slične, da tudi v pogledu na organizacijo družbe z o. z. trg. zak. še bolj kot C. c. povdarja elemente personalnih družb, dočim C. c. bolj dosledno izvaja značaj družbe z o. z. kot kapitalske družbe, da sega trg. zak. še dalje, morda celo nekoliko predaleč v zaščiti družbenih upnikov. Globlje segajo samo razlike glede na neomejlivost odn. omejljivost zastopne pravice upravnega organa — ki pa se ne tičejo samo družb z o. z., marveč vseh družb — in glede na možnost spojitve in pretvarjanja, ki jih priznava in deloma tudi ureja C. c. v mnogo širšem obsegu od trg. zak.

Conclusioni

La società a garanzia limitata secondo il Codice civile italiano e la legge commerciale del cessato stato jugoslavo

L'autore, continuando il saggio dell'anno passato, confronta le disposizioni del nuovo Codice civile italiano con quelle del nuovo Codice commerciale dell'ex Stato jugoslavo riguardanti gli organi sociali (assemblea, amministratori, collegio sindacale), il bilancio, le modificazioni dell'atto costitutivo, lo scioglimento e la liquidazione della società a garanzia limitata; confronta inoltre, nella parte finale, le disposizioni delle due leggi sulla fusione e trasformazione delle società. In questa parte del suo studio l'autore ha dovuto prendere in considerazione il fatto che, mentre le due leggi, emanando disposizioni per la società a garanzia limitata nelle testè accennate materie, allegano nella maggior parte dei casi solo le disposizioni riguardanti la società per azioni, il confronto di tutte le disposizioni sulla società a garanzia limitata si ridurrebbe sostanzialmente a un confronto delle disposizioni sulla società per azioni. L'autore si limita perciò a raffrontare le disposizioni contenute in ciascuna legge appositamente per la società a garanzia limitata, siano esse positive o siano negative, omettendo di allegare le disposizioni date per la società per azioni. In questo ambito ristretto l'autore dimostra che le due leggi hanno le stesse linee fondamentali anche nella maggior parte dei casi testè accennati; che la legge jugoslava accentua più del Codice civile, anche nelle disposizioni riguardanti l'organizzazione, gli elementi delle società personali, mentre, più conseguentemente, il Codice civile considera la società a garanzia limitata come società di capitali; in fine, che la legge jugoslava, anche nella seconda parte delle disposizioni sulla società a garanzia limitata, contiene disposizioni più energiche, anzi forse, troppo energiche, per la tutela dei creditori. Di maggiore importanza sono soltanto le differenze riguardanti la riducibilità o irriducibilità della rappresentanza degli amministratori, le quali si riferiscono non solo alle società a garanzia limitata, ma anche a tutte le altre società, e quelle circa la fusione e trasformazione che il Codice civile ammette e, in parte, regola in un ambito più vasto di quanto non facesse la legge dell'ex Stato jugoslavo.

Priv. docent dr. iur. et phil. Rudolf Trofenik:

Teritorialno načelo v kazenskem pravu

§ 1. Uvod

Vsaki pravni normi je določena tako njena časovna kakor tudi krajevna veljava. Ta pa se nikakor ne krije vedno z onim krajevnim območjem, ki ga obsega državna oblast, marveč gre tudi preko območja države same. Tako moremo n. pr. ugotoviti, da veljajo nekatere norme zasebnega prava ene države tudi na območju druge države, ki mora te po tujem zakonodavcu postavljene norme v enaki meri upoštevati kakor domače zasebno pravo. Primer: Pravna in poslovna sposobnost tujca se vedno presoja lege nationali, ne pa lege loci.

V svojih izvajanjih hočemo podati predvsem sistematičen prikaz teritorialnega kot osnovnega načela za krajevno veljavo kazenskega zakonika. Seveda določujejo krajevno veljavo kazenskega zakonika še druga načela: aktivno in pasivno personalitetno, realno in univerzalitetno načelo. Ta načela so upravičena že zaradi tega, ker velja teritorialno načelo le za ona kazniva dejanja, ki so bila izvršena v tuzemstvu, dočim se ne ozira na v inozemstvu storjena dejanja. Pri tem pa se bomo morali že zaradi značaja tega vprašanja ozirati tako na določbe poedinih kazenskih zakonikov kakor tudi na norme meddržavnega javnega prava, kolikor obravnavajo le-te pristojnost enega in drugega kazensko-pravnega reda.¹ Določbe o krajevni veljavi kazenskega

¹ Med dvema ali več državami utegne nastati zaradi enega in istega kaznivega dejanja spor o pristojnosti. Ta kompetenčni spor, ki je lahko pozitiven ali negativen, izvira odtod, ker poznajo kazenski zakoni več naveznih okolištin za določitev pristojnosti. N. pr.: Inozemec izvrši pri nas umor. Pristojnost naših sodišč je podana po teritorialnem načelu. Ravno tako pa je lahko pristojno storilčevo domače sodišče po tkz. aktivnem personalitetnem načelu. Država sme izvrševati svojo kaznovno oblast tudi zaradi kaznivih dejanj, ki so bila izvršena izven nje-

prava so v pretežni večini zakonodaj sistematično urejene v občem delu kazenskega zakonika. Izjemo delajo Belgija, Francija² in Grčija, kjer se nahajajo te norme v zakoniku o kazenskem sodnem postopku. Naš kazenski zakonik ureja to vprašanje v I. poglavju občega dela pod naslovom »Uvodne odredbe«. Vsekakor ta naslov temu, kar ureja, točno ne odgovarja.³

Sistematično spada to vprašanje v meddržavno kazensko pravo. Saj je vendar prva naloga meddržavnega kazenskega prava ravno v določevanju splošne pristojnosti države, da postopa v konkretni kazenski stvari.⁴

nega področja. V meddržavnem javnem pravu nimamo namreč nobene določbe, ki bi tako pravico države omejevala. Tako je v konkretnem primeru odločila tudi Cour permanente de Justice internationale v Haagu, ko sta ji francoska in turška vlada predložili svoj spor zaradi pristojnosti v kazenskem sodstvu glede trčenja francoskega poštnega parnika »Lotus-a« in turškega tovornega parnika »Boz-Kourt-a« na odprtem morju (Egejsko morje). Pri tem je izgubilo življenje osem turških mornarjev. Ker so turška oblastva nato, ko je »Lotus« pristal v Carigradu, zaprla in obsodila oba kapetana, francoskega in turškega, je francoska vlada ugovarjala, da je bilo turško sodišče, kolikor se tiče francoskega kapitana, nepristojno, češ da Turčija ni bila pristojna za sojenje kaznivga dejanja, ki se je izvršilo na odprtem morju. Sodišče je z enim glasom večine odločilo v prilog Turčije. (Vidi Publications de la Cour permanente de Justice internationale, Serie A, N. 10, 1927. — Sistematično delo o tem sporu je napisal Cannone, Essai de droit pénal international. L'affaire du »Lotus«, Paris, 1929.) — Prim. tudi E. Beling, Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität, Breslau, 1896, str. 137, ko pravi: »Eine und dieselbe Person kann wegen einer und derselben Straftat zwei oder mehreren Jurisdiktionen unterworfen sein, die alsdann mit einander konkurrieren. Kein Staat kann die Jurisdiktion über eine Person, eine Sache oder einen Vorfall als sein Monopol in Anspruch nehmen, sodaß das Gegebensein seiner Gerichtsbarkeit zugleich das Nichtgegebensein fremdstaatlicher Gerichtsbarkeit bedeutete.« — Glej tudi H. Drost, Völkerrechtliche Grenzen für den Geltungsbereich staatlicher Strafnormen, Niemeyers Ztsch. f. intern. Recht, 43, (1930/31).

² Teritorialno kot osnovno načelo samo pa določa čl. 3., § 1. Code civila, ki se glasi: »Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.«

³ Nasprotno pa švicarski kazenski zakonik, ki ima nadpis »Erster Titel: Der Bereich des Strafgesetzes«, Tako tudi poljski in rumunski kz.

⁴ O pojmu meddržavnega kazenskega prava glej Trofenik, Uvod v meddržavno kazensko pravo, Sl. Pravniki, LVII, 1943.

§ 2. Pojem teritorialnega načela

V sodobni zakonodaji tako civilni kakor tudi kazenski se nam javlja teritorialno načelo kot osnovno načelo krajevne veljave pravnih norm.⁵ Prvenstveni smoter vsake pravne norme je, da varuje javni red določenega ozemlja. Ta svoj smoter pa more pravna norma uspešno zasledovati le tedaj, kadar po svoji notranji vsebini kolikor mogoče točno odgovarja vsakokratnim kulturnim, gospodarskim, socialnim pa tudi naravnim (n. pr. klimatičnim) posebnostim ozemlja, kateremu je namenjena. Izven tega območja bi morda ta konkretna pravna norma ne imela več onega učinka in pomena, kakor ji je bil namenjen ob njenem nastanku. Ker ima večina kazenskopravnih norm socialnozaščitni značaj, more biti njihova uporaba omejena zgolj na ozemlje, kjer so bile izdane in to ne glede na storilčevo ali poškodovančevo državno pripadnost.⁶ O teh normah torej pravimo, da so teritorialne.

Kaj je vsebina teritorialnega načela? Teritorialno načelo določa izključno pristojnost države tako glede zakonodaje kakor tudi sodstva za kazniva dejanja, ki so bila izvršena na njenem ozemlju. Posledice tega načela so zaradi tega sledeče: 1. Na vsakogar, ki stori v tuzemstvu kako kaznivo dejanje, se izključno in brezizjemno uporablja le domače kazensko pravo. Državljijska pripadnost storilca kaznivega dejanja ali poškodovanca je za presojo storjenega dejanja pravno brez vsakega pomena. 2. Sodbe ali druge odločbe inozemskih sodišč in oblastev so za domača kazen-

⁵ V pravni zgodovini nazorno vidimo, da je bilo prvobitno načelo glede krajevne veljave pravnih norm personalitetno načelo. Načelo »leges ossibus inhaerent« je bilo dobro poudarjeno v poročilu škofa Agobarda nemškemu cesarju Ludoviku Pobožnemu, ko pravi: »Es geschicht oft, daß fünf Menschen zusammen gehen oder sitzen, von welchen jeder nach einem anderen Rechte lebt« (glej H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, I., 1906, str. 383). Šele pozneje je začelo teritorialno načelo polagoma izpodrivati personalitetno, tako da ima slednje v kazenskem pravu dandanes le še podrejen položaj. Podrobno vidi o tem sistematično delo H. Donnedieu de Vabres-a, Introduction à l'étude du droit pénal international. Essai d'histoire et de critique sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger, Paris 1922.

⁶ Podrobno razpravlja o tem H. Donnedieu de Vabres, Les principes modernes du droit pénal international, Paris 1928, str. 192 in sl.

ska sodišča neupoštevne. Zlasti pa je brez učinka pravo-
močna inozemska kazenska sodba zaradi kaznivega dejanja,
storjenega v tuzemstvu. 3. Tuzemska kazenska sodišča ne
smejo uporabljati inozemskih kazenskopравnih norm, razen
če zakon sam izrecno ne določa drugače. (Prim. naš § 8. kz.)

Teritorialno načelo tedaj predpostavlja ozemlje, na
čigar krajevno območje so kazenskopравne norme omejene.
Zaradi tega moramo najprej ugotoviti pojem »tuzemstvo«,
kakor ga pojmuje kazensko pravo.

§ 3. Kazenskopравni pojem »tuzemstvo«

Pri kazenskopравni določitvi pojma »tuzemstvo« se
bomo morali razen na predpise kazenskega zakonika ozirati
tudi na ustrezne določbe ustavnega in meddržavnega jav-
nega prava. Naš kazenski zakonik (§ 3.) razlikuje med dvoj-
nim državnim ozemljem: stvarnim (realnim) in izmišljenim
(fiktivnim). Na oboje se uporablja tuzemski kazenski za-
konik.

I. S t v a r n o državno ozemlje tvori:

1. Ozemlje, ki se nahaja v območju državnih meja. Sem
spadajo seveda tudi reke in jezera, katerih plovba je med-
državnopравno urejena (n. pr. Donava, Ren, Ženevsko, Bo-
densko jezero). Take reke ali jezera spadajo še vedno pod
suverenost one države, kjer tečejo oz. se nahajajo, čeprav
so glede plovbe in rečne discipline internacionalizirane. Prav
tako spadajo semkaj otoki in oni deli državnega ozemlja,
ki nimajo z glavnino neposredne kopenske zveze (n. pr.
bivša vzhodna Prusija).

2. Obalno morje. Obalno morje spada načeloma pod
suverenost obalne države.⁷ O vprašanju, do kam sega obal-
no morje, vlada tako v praksi kakor tudi v literaturi silno
različno naziranje, ki se je tudi sicer časovno vedno izpre-
minjalo.⁸ Do enotne ureditve tega vprašanja ni prišlo,

⁷ Med obalnim in odprtim morjem se nahaja še ozek pomorski pas,
ki ga v teoriji nazivajo »la zone contiguë«. Ta del morja sicer ne spada
več pod suverenost obalne države, toda slednja sme v njem še izvrševati
izvestne pravice, ki se pa tičejo zgolj nemotene plovbe (n. pr. obalna
policija). V kazenskopравnem smislu se smatra že kot odprto morje.

⁸ Bynkershoek je l. 1702 (v svojem spisu »De dominio maris«) po-
stavil načelo: »Terrae potestas finitur, ubi finitur armorum vis«. V praksi

marveč ga ureja vsaka država zase.⁹ Pri tem pa moramo razlikovati sledeče možnosti:

A. Kaznivo dejanje je bilo izvršeno v obalnem morju samem, ne pa na kaki ladji, nahajajoči se v obalnem morju. Glede te možnosti naj navedem samo dva primera: Kopalca X poškoduje kopalca Y. Drugi primer pa je podan, če trčita dve ladji in izgubi pri tem član ladijske posadke ali potnik življenje ali nastane imovinska škoda. Tu je rešitev dokaj enostavna. Ker tvori obalno morje del državnega pravnega območja, zato se bo v teh primerih uporabilo izključno kazensko pravo obalne države.¹⁰

B. Kaznivo dejanje je bilo izvršeno na tuji ladji, nahajajoči se v obalnih vodah. V tem primeru moramo ločiti med državnimi in vojnimi ladjami na eni in zasebnimi ladjami (potniški, tovorni parniki) na drugi strani.¹¹

Za državne in vojne ladje velja v meddržavnem javnem pravu načelo, da predstavljajo povesod, kjer se nahajajo, domače ozemlje (*territoire flottant*). Vojno ladjo posebej pa smatrajo za plavajočo trdnjavo, ki tvori sestavni del državne

sedaj prevladuje pas 3 milj (5556 m). Podrobno glej G. Gidel, *Le droit international public de la mer*, T. III.: *La mer territoriale et la zone contiguë*, Paris 1934, str. 493 in sl.; Liszt-Fleischmann, *Das Völkerrecht*, 12. izd., 1925, str. 142.

⁹ Na haaški konferenci za kodifikacijo meddržavnega javnega prava l. 1930 so vzeli za osnovo razpravljanja o obsegu obalnega morja dosedaj prevladujočo prakso 3 milj. (Vidi Base de discussion, No 3 et 13 v Gidel, op. cit. III, str. 789.)

¹⁰ Izključno kompetenco obalne države izrecno določa angleški »An Act to regulate the law relating to the trial of offences committed on the sea within a certain distance of the coasts of Her Majesty's Dominions« iz l. 1878, bolj poznan pod nazivom »Territorial Waters Jurisdiction Act«.

¹¹ Meddržavno javno pravo smatra za državne ladje one ladje, ki so v lasti in službi države zaradi opravljanja gotovih javnih poslov. (Take ladje so n. pr. poštne, carinske, policijske in sanitetne ladje.) Potniški ali tovorni parniki, ki so sicer last države, se ne smatrajo za državne ladje v smislu meddržavnega prava. Prav tako se ne smatrajo za državne ladje one, ki bi slučajno imele na svojem krovu kot potnika kakega državnega poglavarja ali diplomatskega predstavnika. Kajti izvendezelnost, ki jo uživa državni poglavar ali diplomatski predstavnik, je le osebnega, ne pa stvarnega značaja. — Vidi o tem vprašanju R. Laun, *Le régime international des ports*, v *Recueil des Cours de L'Académie*, T. 15, 1926, str. 24 in sl.

oborožene sile. Zaradi tega nima obalna država pravice, da hi glede kaznivih dejanj, ki so bila izvršena na teh ladjah, izvrševala kakršno koli sodstvo.

Za zasebne ladje¹² velja nasprotno povsem drugačna ureditev, ki je zopet odvisna od tega, a) ali se nahaja ladja v obalnem morju, ne da bi se kje zasidrila (t. j., da je zgolj na prehodu), ali b) je ladja zasidrana v kakem pristanišču obalne države.

a) V prvem primeru, ko se nahaja tuja ladja zgolj na prehodu skozi obalne vode, ima obalna država brez dvoma manjši interes na tem, da bi izvrševala svoje kazensko sodstvo, čeprav pripadata načeloma obalni državi neomejena zakonodaja in sodstvo v obalnih vodah.

Vendar pa, kakor bomo to še videli, ne more ostati obalna država povsem brezbrizna za določena kazniva dejanja, ki bi se izvršila na takih ladjah. Naj omenimo samo primer: Na tuji ladji se vrši propaganda s pomočjo radiooddajne postaje zoper notranjo ureditev obalne države. V tem primeru ima obalna država vsekakor interes, da kazensko postopa zoper take storilce, ki se nahajajo sicer v njenih obalnih vodah, toda na tuji ladji.

Tudi glede tega vprašanja pogrešamo enotno meddržavnopravno ureditev. Sicer moramo ugotoviti, da imamo načrt take meddržavnopravne kodifikacije, ki so ga predložili l. 1930. haaški konferenci za kodifikacijo meddržavnega javnega prava. Dasi je ostalo le pri načrtu, moramo vendar smatrati večino določb tega načrta, zlasti še, kar se tiče jurisdikcije v obalnih vodah, kot meddržavno običajno pravo, saj so te norme kot dolgoletno prakso poedinih držav soglasno odobrili zastopniki 48 držav vseh zemeljskih celin.

Kakor smo že zgoraj navedli, spadajo obalne vode pod suverenost obalne države.¹³ Posebno jasno in odločno

¹² O pravni naravi in položaju zasebnih ladij glej izčrpno razpravo P. Fedozzi, *La condition juridique des navires de commerce*, v *Recueil des Cours*, T. 10, 1925.

¹³ »La souveraineté d'un Etat s'étend à toutes les personnes et à toutes les choses situées sur son territoire et les droits que possède un Etat sur ses eaux territoriales sont des droits de souveraineté. Il s'ensuit que les navires étrangers, les personnes étrangères et les choses étrangères, qui se trouvent à bord, lors du passage ou du séjour à l'ancre

poudarja to čl. 1. pariške konvencije o ureditvi zračne plovbe iz l. 1919.¹⁴ Po tej velja načelo »mare liberum« samo za odprto morje. Zato sme obalna država izvrševati v obalnih vodah vso svojo oblast razen, kolikor ni sama po meddržavnem pravu ali pa pogodbeno omejena. Izvrševanje kazenskega sodstva pa je brezdvomno eden glavnih atributov suverenosti.¹⁵

Vendar pa obalna država sama zopet nima vedno interesa, da bi posegla s svojim sodstvom vmes. Zaradi tega določa čl. 8 cit. haškega načrta: »Obalna država sme s svojim kazenskim sodstvom posredovati na ladjah, ki so na prehodu skozi obalne vode (»à bord d'un navire étranger passant dans la mer territoriale«) samo v teh primerih: 1. če segajo posledice kaznivega dejanja preko ladje same; 2. če je kaznivo dejanje take narave, da krši javni red in mir države ali red v obalnem morju in 3. če je kapitan ladje ali konzul dotične države sam zaprosil za posredovanje lokalnih oblasti.« Toda navzlic temu spadajo obalne vode še vedno pod suverenost obalne države, o kateri lahko rečemo, da je omejeno suverena.¹⁶

Vendar moramo ugotoviti, da vsebujejo nekateri kazenski zakoniki določbe, ki ne razlikujejo, ali se nahaja domači brod v obalnem ali odprtem morju, marveč kar na splošno določajo, da se domači kazenski zakonik uporablja tudi na kazniva dejanja, storjena na domačem brodu in to tudi takrat, kadar ta ob času storjenega dejanja ni v tuzemstvu (prim. § 3. našega kz). V tem primeru utegne priti do konkurence dveh kazenskih zakonov. Če so podani po-

dans les eaux territoriales d'un Etat, sont soumis à la souveraineté de cet Etat.« (Bases de discussion. T. II. p. 82, cit. po Gidelu, op. cit. T. III., str. 255.)

¹⁴ Art. 1er: »Les hautes parties contractantes reconnaissent que chaque puissance a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace atmosphérique au-dessus de son territoire.

Au sens de la présente convention, le territoire d'un Etat sera entendu comme comprenant le territoire national métropolitain et colonial, ensemble les eaux territoriales adjacentes audit territoire.« (Convention portant réglementation de la navigation aérienne.)

¹⁵ Raestad, La mer territoriale, Paris 1913, str. 17.

¹⁶ »L'article 8 limite l'exercice de la compétence de l'Etat; mais il ne met à aucun moment en doute l'existence de cette compétence.« — Gidel, op. cit. T. III, str. 254.

goji iz čl. 8. haškega načrta, bo skušala obalna država uveljaviti svoje sodstvo. Na drugi strani pa bo isto storila tudi država, kateri pač dotična ladja pripada, seveda če je dejanje po njenih zakonih kaznivo. Ker bi bil v tem primeru podan le pozitivni kompetenčni spor dveh držav, bi taka kolizija ne povzročala mnogo težav. Tudi če bi se vršil ponovni kazenski postopek v isti kazenski stvari zoper istega storilca po drugi državi, bi se s tem ne kršilo načelo »ne bis in idem«. Saj vsebujejo skoraj vsi sodobni kazenski zakoniki prav za tak primer norme, ki preprečujejo dvojno kaznovanje zaradi ene in iste kazenske stvari ali, ki omogočajo vstetje v inozemstvu prestane kazni (prim. §§ 8., 10. našega kz). Toda kljub temu pa le utegne nastati nesoglasje med enim in drugim pravnim redom, če določata oba kazenska zakonika za eno in isto kaznivo dejanje povsem različne kazni ali pa je kako dejanje le po enem samem kaznivo.¹⁷

b) Za drugi primer pa, ko je tuja zasebna ladja zasidrana v pristanišču, bomo spoznali, da je praksa poedinih držav kar najrazličnejša.

Na evropskem kontinentu velja načeloma ona meddržavnopravna praksa, ki je dobila prvič svojo jasno formulacijo v odločbi francoskega državnega sveta (Conseil d'État) l. 1806.¹⁸ Le-ta je v nekem konkretnem primeru¹⁹ odločil takole: 1. Francoska sodišča so pristojna za sojenje vseh kaznivih dejanj, ki jih izvrše člani ladijske posadke proti interesom francoske države ali proti tretjim, posadki ne pripadajočim osebam. 2. Za kazniva dejanja in disciplinske prestopke, ki jih izvrše na ladji člani posadke drug proti drugemu, je pristojno sodišče države, kateri ladja pripada. 3. Vendar so francoska sodišča vedno pristojna, kadar bi bilo njihovo posredovanje izrecno zaproseno ali kadar bi bil z dejanjem ogrožen javni red in mir v pristanišču. Seveda je Francija obratno tudi sama določila slične norme za svoje

¹⁷ Glej o tem vprašanju Trofenik, op. cit., str. 5 in sl.

¹⁸ Odločba državnega sveta z dne 28. oktobra 1806 je dobila z Napoleonovo sankcijo veljavo zakona.

¹⁹ Spor je nastal med francoskimi sodišči in Združenimi državami Severne Amerike zaradi deliktov, ki so jih izvršili ameriški mornarji drug proti drugemu na ameriških ladjah, ki sta bili zasidrani v Anversu in Marseillesu.

ladje, kadar se mude v inozemstvu.²⁰ Tej francoski doktrini so se pridružile Belgija, Grčija, Italija, Norveška, Portugalska ter izvenevropske države Brazilija, Mehika in Peru.²¹

Tej nasprotna pa je angleška praksa. Po njej so angleška sodišča (t. j. sodišča obalne države) pristojna za vsa kazniva dejanja, in to ne glede na to, kdo je storilec in kdo je poškodovanec ali čigavi interesi so bili s kaznivim dejanjem kršeni. Pristojnost je podana tudi tedaj, kadar s kaznivim dejanjem niti ni bil kršen javni red in mir v pristanišču. Vendar angleška oblastva ne nastopajo za zgolj disciplinske prestopke ladijske posadke.²² Pripadniki te doktrine so oz. so bile Avstro-Ogrska, Nizozemska ter izvenevropske države Čile, Ekvador in Argentinja.

Haaška konferenca za kodifikacijo meddržavnega javnega prava l. 1930. o tem vprašanju ni sprejela nobenega sklepa. Pač pa najdemo v pripravljalnem gradivu že osnutek za njegovo rešitev. Pripravljalni redakcijski odbor je za svoj predlog prevzel meddržavnopravno prakso, kakor je nastala na temelju že zgoraj omenjenega izreka francoskega državnega sveta iz l. 1806.²³

Iz tega prikaza vidimo, da o enotni pravni ureditvi tega vprašanja ne moremo govoriti. Če ni posebne meddržavne pogodbe med obalno in med državo v sporu prizadete ladje, potem moramo smatrati, da je v takem primeru absolutno pristojna obalna država glede vseh kaznivih dejanj (razen disciplinskih prestopkov mornarjev), ki bi se izvršila na tuji ladji. Seveda pa ostane na drugi strani nedotaknjena pravica do pregona storilca po državi, kateri ta ladja pripada.²⁴

²⁰ Vidi navodila francoskim konzulom z dne 29. oktobra 1833 (čl. 19, 22 in 23). Podrobno o tem Fauchille-Bonfils, *Traité de droit international public*, 8^e edit., T. I, 2^e partie, 1925, str. 1035.

²¹ Tako Fauchille-Bonfils, op. cit. T. I, 2^e, p. 1039. Enako Liszt-Fleischmann, op. cit., str. 146. Temu nasprotno pa smatra Fedozzi, op. cit., str. 208, da sledijo popolnoma francoskemu sistemu le Portugalska, Mehika in Brazilija, dočim se ostale zgoraj navedene države francoskemu sistemu več ali manj le približujejo.

²² V nasprotju s francosko prakso pa je angleška naziranja, da spadajo tudi vse angleške ladje, ki se mude v tujih obalnih vodah, pod jurisdikcijo angleških kazenskih sodišč.

²³ Prim. Base de discussion, No 27 (vidi Gidel, op. cit., str. 792).

²⁴ Tako Fedozzi, op. cit., str. 215. — Enako Stoerk v Holtzendorffs *Handbuch des Völkerrechts*, II, 1887, str. 415, ko pravi: »Es ergibt sich

Tudi v tem drugem primeru utegne priti do slične kolizije med kazenskopravno jurisdikcijo obalne in pa države, kateri ladja pripada, če kazenski zakonik te slednje kar na splošno določa, da se uporablja njen kazenski zakonik tudi na domačo ladjo, ki se mudi izven domačih voda. Zato je potrebno, da se uveljavi v kazenskem zakoniku načelo, kakor ga je sprejel francoski državni svet. Tako določbo vsebujejo že španski kazenski zakonik iz l. 1928. (čl. 11., t. 2.) in rumunski kazenski zakonik iz l. 1936. (čl. 7., t. 3.) ter francoski prednačrt iz l. 1934. (čl. 12.), pa tudi dikcija čl. 4., odst. 2. italijanskega kazenskega zakonika dopušča tako rešitev.

3. **O z r a č j e.**²⁵ Pod suverenost države spada tudi ves zračni prostor,²⁶ ki se nahaja nad državno celino kakor tudi nad nacionalnimi in teritorialnimi vodami.²⁷ V doktrini je vladal o pravni naravi ozračja spor. Eni so zastopali mnenje, da je ozračje — nalik mare liberum — svobodno, drugi pa so se zopet zavzemali za absolutno suverenost države nad njenim zračnim prostorom.²⁸ Toda danes moramo po meddržavnopravnih pogodbah smatrati, da je tudi zračni prostor del državnega ozemlja.²⁹ Zato so tudi vsi tuji zrakoplovi,³⁰ ki plovejo nad ozemljem kake države, podrejeni

somit... das Resultat: daß Handelsschiffe und ihre Bemannung nach der übereinstimmenden völkerrechtlichen Anschauung der im regelmäßigen rechtlichen Verkehr stehenden zivilisierten Staaten nach Maßgabe des im Uferstaate entwickelten Fremdenrechts zweifellos unter die Jurisdiction des Staates gezogen werden können, in dessen Eigenwässer sie sich begeben haben.« — Enako Laun, op. cit., str. 60.

²⁵ O ozračju s pravnega vidika razpravlja v naši literaturi J. Voršič, »O pravni naravi ozračja«. Priloga k Slovenskemu Pravniku, 1932.

²⁶ O zračnem prostoru vidi sistematično delo W. Schoenborn, *Nature juridique du territoire* v *Recueil des Cours*, T. 30, 1929, str. 151 in sl.

²⁷ Izrecno to določa čl. 1 pod op. 14. cit. konvencije.

²⁸ K. Volkmann, *Internationales Luftrecht*, 1930, str. 32.

²⁹ V internem pravu to izrecno poudarja čl. 3., odst. 1 poljskega kazenskega zakonika.

³⁰ Praktično pridejo za storitev kaznivega dejanja v ozračju pač v poštev le zrakoplovi. Povsem naravno je, da spadajo kazniva dejanja, ki so bila izvršena na letalu (razen kolikor ne gre za tuje vojaško letalo), nahajajočem se na tleh tuje države, pod kazensko sodstvo dotične države. — Nasprotno čl. 7., t. 3. rumunskega kz.

njenim javnopravnim predpisom, razen če meddržavne pogodbe ne določajo kaj drugega. Ker je kazensko pravo del javnega prava, zato so tudi kazenskopravne norme obvezne za tuje zrakoplove, ko bi se na njih izvršilo kako kaznivo dejanje. Vendar pa moramo ločiti pri tem dvoje primerov: Prvič, če kazniva dejanja, ki so se izvršila na letalu, ne kršijo niti posredno interesov države, nad katero se je izvršilo (n. pr. v nemškem letalu nad Italijo umori Rumun Francoza); drugič, če zadeva izvršeno dejanje neposredno ali vsaj posredno interese tuje države (n. pr. iz letala se mečejo protidržavni letaki, trdi predmeti, ki utegnejo koga poškodovati itd.). Dasi je načeloma priznana suverenost države (in s tem tudi njena neomejena kazenska oblast) v ozračju, moramo že po naravi teh dveh primerov misliti, da bo država že iz razlogov oportunisti vsakokrat različno postopala.

V tem vprašanju nimamo nobene izrecne meddržavne pravne norme. Pač pa moramo ugotoviti, da se tako literatura kakor tudi razni načrti tzd. konvencij in resolucije meddržavnih kongresov³¹ in konvencije³² same bodisi neposredno bodisi posredno izrekajo načeloma za to rešitev:

Država ima pravico izvrševati kazensko sodstvo zaradi kaznivih dejanj, ki so bila izvršena v njenem ozračju takrat, kadar je bil s kaznivim dejanjem kršen javni red in mir v državi ali kadar je imelo kaznivo dejanje sploh kak učinek

³¹ V tem smislu tudi »Code de l'air«, (Izdelal Comité Juridique International d'Aviation), ko določa »Lorsqu' un aéronef se trouve au-dessus du territoire d'un Etat étranger, les actes accomplis et les faits survenus à bord et qui seraient de nature à compromettre la sécurité ou l'ordre public de l'Etat sous-jacent sont régis par la législation de cet Etat et jugés par ses Tribunaux.« (Art. 24) in »Les actes accomplis et les faits survenus dans l'espace à bord de l'aéronef et qui n'intéresseraient pas la sécurité ou l'ordre public de l'Etat sous-jacent restent soumis à la législation et à la juridiction du pays dont l'aéronef a la nationalité.« (Art. 30). — Cit. po A. Giannini, *Le convenzioni internazionali di diritto aeronautico*, II. izd., Roma, 1940.

³² Tako smatra M. Travers, *Le droit pénal international*, Paris 1920, T. II., str. 440, da spadajo zrakoplovi (razen vojaških in državnih) izključno pod kazensko sodstvo one države, v čigar ozračju se izvrši zločin; to namreč sledi iz čl. 18./2, 27. in 28. že omenjene pariške konvencije iz l. 1919.

na državnem ozemlju.³³ To pa ne velja za tuje vojaške in državne zrakoplove,³⁴ ki z dovoljenjem teritorialne države preletijo njeno ozemlje. Vojaška in državna letala se namreč smatrajo kot del državne celine; zaradi tega uživajo izven-deželnost (čl. 32. konvencije iz l. 1919.).³⁵ V tem primeru ima država, ki je bila s kaznivim dejanjem prizadeta, le možnost diplomatske intervencije.

Seveda bodo zaradi predpisov kazenskih zakonikov, ki določajo, da se domače kazensko pravo uporablja tudi na letala, ki se nahajajo izven domače države, nastale večkrat kolizije med dvema kazenskima zakonoma, kakor smo že gori ugotovili v sličnem primeru glede ladij. Tudi za ta primer velja ista rešitev.

4. Končno štejemo za teritorij v kazenskopravnem smislu tudi podzemlje, kakor so n. pr. podzemske jame, rudniki, predori in slično.³⁶ Saj niso redki primeri, ko se zgodi n. pr. baš v rudnikih kaznivo dejanje. Praktično važno pa bo to vprašanje, če se izvrši to v rudniku, ki se nahaja tik državne meje, pa se njegovi rovi raztezajo celo čez državno mejo v območje sosedne države.³⁷

II. Fiktivno državno ozemlje imenujemo ono, ki stvarno ne tvori dela državnega ozemlja (državna celina!), pa se navzlic temu pravno smatra kot del državnega pravnega območja.

³³ Rumunski kazenski zakonik (čl. 7., t. 6) naravnost določa, da se rumunski kazenski zakonik ne uporablja na kazniva dejanja, izvršena na tujem letalu, ki se nahaja bodisi v rumunskem ozračju bodisi na tleh, razen 1. če kaznivo dejanje ni bilo naperjeno zoper Rumuna ali 2. če z njim ni bil kršen javni red in mir ali 3. če ni bila sodna intervencija izrecno po poveljniku zrakoplova zaprosena.

³⁴ Čl. 30. cit. pariške konvencije iz l. 1919. deli vse zrakoplove v 1. vojaške in državne (med te spadajo carinski, policijski in poštni zrakoplovi) ter 2. zasebne zrakoplove.

³⁵ Tako čl. 32. pariške konvencije iz l. 1919.

³⁶ Podrobno razpravlja o pravni naravi podzemlja W. Schoenborn. Op. cit., str. 145 in sl.

³⁷ Po določbah meddržavnega javnega prava ne tvorijo dela domačega ozemlja poslaniška ali konzularna poslopja. Privilegij eksteritorialnosti je zgolj osebnega značaja ter ga zaradi tega uživajo le poslaniški z vsem svojim osebjem. Če bi se n. pr. izvršilo v kakem poslaništvu kakršno koli kaznivo dejanje, se je to dejanje izvršilo na ozemlju one države, kjer se poslaništvo nahaja. Zaradi tega je za kazensko

V kazenskem pravu smatramo kot fiktivno ozemlje ladje in zrakoplove, kadar se mudijo izven območja svoje domače države. Take določbe nahajamo malo dane v vseh sodobnih kazenskih zakonikih (prim. § 3., odst. 2. našega kz). Kakor smo že zgoraj videli, nam povzroča baš ta fikcija v meddržavnem kazenskem pravu precej težav in zapletljivost. Na tem mestu ne bomo več govorili o ladjah, ki se mudijo v tujih obalnih vodah ter o zrakoplovih nad tujim državnim ozemljem. V obeh primerih utegne nastati kolizija zakonov v zgoraj označenem smislu.

Povsem drugačen pa je položaj, kadar se ladja in zrakoplov mudita na oz. nad odprtim morjem.³⁸ Odprto morje je svobodno.³⁹ Nobena država nima suverenostnih pravic nad odprtim morjem kakor tudi ne nad njegovim ozračjem.⁴⁰ Na drugi strani pa je vendar spričo visokega stanja modernih pomorskih prometnih sredstev možno, da se tudi na odprtem morju izvršijo pravno relevantna dejstva in dejanja. Tudi za izvršitev kaznivih dejanj je tu dovolj možnosti in prilike. Zaradi tega je torej povsem potrebna pravna fikcija, da tvorita ladja in zrakoplov, kadar se mudita izven domačega ozemlja, del domačega pravnega območja, kjer pride poleg drugih pravnih norm do polne veljave tudi domače kazensko pravo.^{41, 42}

postopanje pristojno teritorialno sodišče; poslanik sam pa je zavezan izročiti storilce, ne da bi bilo zato potrebno kako izročitveno postopanje. Vidi Liszt-Fleischmann, op. cit., str. 200. — Contra: čl. 19/2 špansk. kz. in čl. 5/V meh. kz.

³⁸ O pravni naravi odprtega morja vidi razprave: Ch. Dupuis, *Liberté des voies de communication, Relations internationales*, v *Recueil des Cours*, T. 2 (1924); A. Pearce Higgins, *Le régime juridique des navires de commerce* v *Recueil des Cours*, T. 30 (1929); Fauchille-Bonfils, op. cit. T. I, 2^e partie, str. 11 in sl.

³⁹ Načelo, ki ga je postavil že Hugo Grotius l. 1609. v svojem spisu »*Mare liberum*«, ko pravi: »*Est igitur mare in numero earum rerum, quae in commercio non sunt, hoc est quae proprii juris fieri non possunt*« (cit. po Meili, op. cit., str. 115).

⁴⁰ »*La haute ou pleine mer ne fait partie du territoire d'aucun Etat. Nul Etat ne peut avoir sur elle, ni droit de propriété, ni droit d'empire, ni droit de juridiction. Nul ne peut légitimement prétendre y dicter des lois.*« Fauchille-Bonfils, op. cit., T. I, 2^e partie, str. 11.

⁴¹ Vsi avtorji sicer priznavajo to absolutno pristojnost kazenskega sodstva, toda glede fikcije, da je taka ladja oz. zrakoplov del domačega

§ 4. Kraj storitve kaznivega dejanja

S proučevanjem teritorialnega načela je v ozki in nerazvezljivi zvezi tudi vprašanje kraja, ki se naj pravno smatra kot kraj storitve kaznivega dejanja. Baš od tega je odvisna presoja, ali je bilo določeno kaznivo dejanje izvršeno v tuali v inozemstvu. Kraj storitve kaznivega dejanja je torej v prvi vrsti izrednega pomena za meddržavno kazensko pravo, pri rešitvi vprašanja, katera država je za sodstvo pristojna in kateri kazenski zakonik se bo uporabljal. Seveda pa pride kraj storitve kaznivega dejanja v poštev tudi pri določitvi krajevno pristojnega sodišča v smislu določb kazenskega sodnega postopnika (n. pr. § 14. našega kp.).⁴³ Na tem mestu pa nas zanima vprašanje kraja storitve kaznivega dejanja le toliko, kolikor ta soodločuje pri določitvi pristojnosti ene ali druge države, da sodi o določenem kaznivem dejanju.

V zakonodaji, še bolj pa v kazenskopravni literaturi, vlada o tem vprašanju veliko navzkrižje. V glavnem imamo o tem tri teorije: a) Kot kraj storitve kaznivega dejanja se smatra oni, kjer je storilec osebno in dejansko uresničil zunanji dejanski stan delikta. Kraj, kjer je storilec udeleževan svojo zločinsko voljo, je torej kraj storitve kaznivega dejanja (*delavnostna teorija*).⁴⁴ b) Nasprotno pa je pri

ozemlja, vlada v doktrini velika neenotnost. Primerjaj različnost naziranj, ki jih navaja Higgins, op. cit., str. 12 in sl.

⁴³ Nasprotno pa ne smemo smatrati, da tvorijo tudi »ozemlje brez gospodarja« (n. pr. še nezasedene polarne pokrajine, puščave itd.) in necivilizirane pokrajine, kjer še ni organizirane državne oblasti, fiktivni del državnega pravnega območja, kakor to sledi iz določbe čl. 7., odst. b poljskega kazenskega zakonika. Pristojnost za pregon morebitnih kaznivih dejanj, ki bi bila izvršena v takih pokrajinah, je itak podana po personalitetnem (aktivnem in pasivnem), realnem in končno tudi še po univerzalitetnem načelu.

⁴⁴ Seveda je to vprašanje poleg tega še važno, ko gre za določitev časa, kdaj je bilo kaznivo dejanje izvršeno.

⁴⁵ Za to teorijo se je prvič izrekel Institut de droit international na svojem zasedanju l. 1883. v Münchenu, ko je sprejel na predlog v. Bara in Brusa načelo: »La justice pénale d'un pay dans le territoire duquel se réalisent ou devaient se réaliser, selon l'intention du coupable, les effets de son activité, n'est pas compétente à raison de ces effets seuls«. (Annuaire de l'Institut de droit international, VII, str. 156.) Za njim so sprejeli resolucijo v istem smislu na mednarodnem kongresu primer-

uspelostni teoriji kraj storitve kaznivega dejanja oni, kjer je nastopila posledica tega dejanja.^{45, 46} c) Obe teoriji pa združuje tkzv. ubikvitetna teorija, ki uči, da je kaznivo dejanje storjeno tako na kraju, kjer ga je storilec izvršil, kakor tudi na kraju, kjer je nastopila posledica kaznivega dejanja (tako tudi naš § 11. kz).⁴¹

Katera izmed naštetih teorij je za rešitev našega vprašanja najbolj primerna in tudi dosledna? V praksi kakor tudi v teoriji sta med seboj tekmovali le delavnostna in ubikvitetna teorija. Obe z menjajočim uspehom. Nasprotno pa uspelo sta teorija nima zaznamovati velikih uspehov in pristašev.

jalnega prava l. 1932. v Haagu. — V literaturi zastopajo to naziranje Meili, Lehrbuch des internationalen Strafrechts und Strafprozessrechts, Zürich 1910, str. 118; Donnedieu de Vabres, Les Principes, str. 103 in sl., in zlasti še v Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Paris 1936, I, str. 245. F. Kitzinger, Ort und Zeit der Handlung, v Vergl. Darstellung, Allg. Teil, I, 1908, str. 222. — Rittler, Zeitliches und räumliches Geltungsgebiet, v Gleispach, Der Deutsche Strafgesetzentwurf, str. 53 in sl.; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Kommentar, 17. Aufl., 1926, ad § 3.

⁴⁵ To je poprejšnje stališče v. Liszta (v njegovem učbeniku 11. izdaja). Zaradi svojih nemožnih posledic nima ta teorija dandanes malodane nobenih pristašev. Meili, op. cit., str. 120, osmeši to teorijo, ko pravi: »Die Konsequenz der Erfolgstheorie wäre die, daß, wenn der Täter inzwischen verstorben ist, ein Toter jemanden getötet hat!«

⁴⁶ Pri nekaterih kaznivih dejanjih se kraj nastopivše posledice sploh ne da — ali vsaj točno ne — določiti, tako n. pr. pri tiskovnih deliktih in onih, ki so bili izvršeni potom radia, kakor so to klevete in žalitve. Prav tako nas pusti ta teorija na cedilu, če gre zgolj za poskus kaznivega dejanja.

⁴⁷ To teorijo, ki dandanes prevladuje, so prevzeli skoraj vsi kazenski zakoniki. V literaturi jo zagovarjajo med drugimi Binding, Handbuch des Strafrechts, I, 1885, str. 414; Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. izd., 1943, ad § 3; Lilienthal, Ort der begangenen Handlung, 1890. Za njo sta se izrekla tudi Institut de droit international na svojem zasedanju v Cambridgu l. 1931 (Annuaire de l'Institut, 1931, I, str. 87 in II, str. 235) ter I. mednarodna konferenca za zenačenje kazenskega prava v Varšavi l. 1937 (vidi Actes de la Conférence, Paris, 1929, str. 131). V praksi je ubikvitetno teorijo povsem izoblikovalo nemško vrhovno sodišče. Pa tudi Cour permanente de Justice internationale v Haagu se je v zadevi »Lotus-a« (vidi op. 1) izrekla za ubikvitetno načelo (čeprav le z 1 glasom večine).

O ubikvitetni teoriji moramo takoj reči sledeče: Za določitev krajevne pristojnosti enega ali drugega sodišča v istem pravnem območju je ubikvitetna teorija, dasi sama po sebi protislovna, vendar le praktična. Ona omogoča hitro in enostavno določitev krajevno pristojnega sodišča.⁴⁸ Tu je važno le vprašanje, katero izmed stvarno pristojnih sodišč enega in istega pravnega območja, je tudi krajevno pristojno. Kazenska stvar sama pa se bo obravnavala vendar le na temelju enega in istega materialnega kazenskega prava. Vprašanje presoje kaznivega dejanja na enaki materialno-pravni podlagi je tedaj izven vsakega dvoma. Povsem drugačen pa je položaj, če naj določimo, katera državna kaznovalna oblast je pristojna. Vzemimo primer: Na meji države A nekdo ustrelji osebo, ki se nahaja na ozemlju države B. Po ubikvitetni teoriji je pristojno takó sodišče države A kakor tudi države B. Obe si prilasčata pristojnost na podlagi teritorialnega načela. Država A določa za umor smrtno kazen (n. pr. Nemčija), država B pa le dosmrtno ječo (n. pr. Švica). V enem in drugem primeru so materialnopravne posledice povsem različne, čeprav gre vendar le za eno in isto kaznivo dejanje. Že iz tega enostavnega primera lahko vidimo, do kakó različnih posledic nas vodi tkzv. ubikviteino načelo v internem in v meddržavnem kazenskem pravu.

Kraj storitve kaznivega dejanja more biti pojmovno samo eden. Povsem nelogično in nedosledno je govoriti, da je bil n. pr. en in isti umor izvršen v ponedeljek ob 16. uri v Ljubljani (kjer je bil spravljen v vlak peklenski stroj) in v torek ob 4. uri na Dunaju (kjer je nastala eksplozija). Če podrobno razstavimo vsako kaznivo dejanje v poedine faze, dobimo sledeče zaporedje: 1. Motiv kaznivega dejanja (n. pr. zakaj se naj izvrši umor?). 2. Pripravljalno dejanje (n. pr. nakup samokresa). 3. Izvršitev kaznivega dejanja (n. pr. sprožitev samokresa). 4. Naravni potek, ki ga je dejanje povzročilo (n. pr. fiziološke spremembe v telesu) in 5. Posledice kaznivega dejanja (n. pr. smrt). Za kazensko pravo pridejo

⁴⁸ »Innerhalb eines und desselben Rechtsgebietes ist die Frage nur eine Frage der Zweckmäßigkeit; hier dagegen haben wir es zu thun mit der prinzipiellen Abgrenzung der Strafständigkeit oder auch der Souveränität unabhängiger Staaten«, v. Bar, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts, Stuttgart 1892, str. 239.

načeloma v poštev šele zadnje tri stopnje (3. do 5.). Glede teh pa moramo zopet ugotoviti sledeče: Naravni potek, ki ga je kaznivo dejanje sprožilo, in posledice kaznivega dejanja nista samostojni dejanji, marveč le vzročni posledici storjenega dejanja, ki jih določujejo naravni (kavzalni) zakoni, ne pa norme. Kazenskopravno relevantno je le dejanje storilca, ne pa naravni potek in posledica kaznivega dejanja. Kajti enake posledice (fiziološke spremembe in smrti) utegnejo nastopiti po kakem naključju, ko o sodelovanju človeka sploh ne moremo govoriti. Človeški, boljše: o s e b n o s t n i element dá šele nekemu kvarnemu dejanju obiležje kaznivega dejanja. Kajti samo storitev v pravem človeškem, osebnem pomenu, je osnovno specifično oporišče slehernega pravnega motrenja.⁴⁹

Ta osebnotni, storitveni element pa pride baš pri izvršitvi kaznivega dejanja (t. j. v 3. fazi) do svojega polnega izraza. Zaradi tega moramo smatrati, da je bilo kaznivo dejanje storjeno le tam, kjer je storilec r a v n a l (pri opustitvenih deliktih, kjer bi moral ravnati), ne pa tudi, kjer je nastopila posledica kaznivega dejanja.^{50, 51}

§ 5. Izjeme od teritorialnega načela

Navzlic zgoraj zatrjevani absolutni veljavi teritorialnega načela poznamo vendar nekaj izjem, ki veljavo teritorialnega načela ukinjajo. Te izjeme sledijo iz določb 1. ustavnega in 2. meddržavnega javnega prava.

⁴⁹ Podrobno vidi o tem problemu Trofenik, Vzročna in pravna za-vest, Ljubljana 1942, str. 9 in sl.

⁵⁰ Zoper ubikvitetno načelo govori tudi sledeči argument: Med izvršitvijo kaznivega dejanja in posledico utegne biti včasih znatno časovno razdobje. Pa tudi izprememba kraja je možna (pri distančnih deliktih!). V takem primeru se utegne zgoditi, da kaka tretja oseba samostojno sodeluje pri tem kaznivem dejanju tako, da povzroči po izvršitvi delikta bistven drugačen naravni potek, kakor je to storilec nameraval ali kakor bi to povzročilo njegovo dejanje. N. pr.: A rani osebo B. Rana sama po sebi ni bila smrtna. Sedaj pristopi C (za to dejanje pa nihče ne vé!), ki že storjeno rano napravi za smrtonosno in tako bistveno izpremeni naravni potek po A-ju povzročene rane. Ali je A umoril B-ja?

⁵¹ Nasprotno pa moramo ugotoviti, da nemški profesorski protinačrt k prednačrtu kazenskega zakonika iz l. 1911., katerega so izdelali Kahl, Lilienthal, Liszt in Goldschmidt, ne vsebuje posebne določbe o kraju

I. Ustavno pravo skoraj vseh držav določa tako izjemo za monarha, na katerega se po načelu »*princeps legibus solutus*«, določbe kazenskega prava ne nanašajo.⁵² Nasprotno pa tega o predsedniku republike ne moremo trditi. Predsednik republike je kazenskopravno odgovoren. Za njega veljajo načeloma vsi kazenskopravni predpisi kakor za ostale državljane. Le glede kazenskopravnega pregona so zanj ustanovljene neke izjeme, ki mu zagotavljajo privilegiran položaj.⁵³

Pač pa so člani zakonodajnih teles načeloma kazenskopravno neodgovorni za vsa dejanja, ki jih izvrše ob izvrševanju svojega mandata (n. pr. za govore in izjave v parlamentu, na zborovanjih itd.). Za vsa ostala kazniva dejanja, ki z izvrševanjem mandata niso v nobeni zvezi, pa velja isto, kar smo trdili glede predsednika republike.⁵⁴

II. Nasprotno imamo v meddržavnem javnem pravu več takih izjem. Te izjeme so zopet osebnega in stvarnega značaja.

a) O s e b n e izjeme so te:

1. Papež in državni poglavarji (monarhi in predsedniki republik) uživajo izven svoje države popolno eksteritorialnost, ki jih oprošča tudi kazenskopravnih norm države, kjer se trenutno mudijo. Isto zaščito uživajo tudi njihove družine in spremstvo, toda to le v primeru, če imajo tuje državljanstvo.

2. Isto velja tudi za v tuzemstvu akreditirane diplomatske predstavnike ter za njihove družine in služinčad, če so slednji tudi tuji državljani.

storitve kaznivega dejanja, češ, »Eine gesetzliche Regelung könnte nur sehr kasuistisch geschehen, wenn durch sie wirklich alle Zweifel ausgeschlossen werden sollen« (Gegenentwurf, Berlin 1911, str. 5).

⁵² 31 D. 1, 3. — Nasprotno pa je bilo načelo srednjeveškega nemškega prava, ki je določalo, da sodi kralja dvorno sodišče (tako Zlata bula iz l. 1356. ter Saško zrcalo).

⁵³ Te izjeme so zgolj procesualnega značaja. Tako se običajno zahteva za obtožbo predsednika republike pristanek zakonodajnega telesa. Po preteku funkcijske dobe te procesualne omejitve ne veljajo več ter je zaradi tega pregon brez nadaljnega možen.

⁵⁴ Vidi podrobno L. Pitamic, *Država 1927*, str. 110, 277, in M. Dolenc, *Krivičnopravna pitanja iz imunitetskog prava*, *Pravosudje I* (1932), str. 13 in sl.

3. Enako tudi za tuje diplomatske agente, ki se uradno mude v tuzemstvu.

4. Priča, ki je bila iz inozemstva povabljena pred tuzemska sodišča, ne sme biti brez svojega pristanka obtožena pred tuzemskimi kazenskimi sodišči zaradi kakega kaznivega dejanja, katerega je zagrešila poprej v tuzemstvu. Slično velja tudi za zločinca, ki je bil izročen tuji državi. Le-tega sme sodišče države, kateri je bil izročen, obsoditi samo za tiste delikte, za katere je bila izročitev dovoljena (načelo specialitete pri izročitvi!), ne pa tudi za morebitna druga kazniva dejanja (prim. § 496./2 našega kp).

5. Pripadniki vojaške edinice, če se le-ta nahaja izven domače države, odgovarjajo zgolj po svojem domačem kazenskem pravu.⁵⁵

b) **S t v a r n o** izjemo pa tvori **z a s e d b a** državnega ozemlja po tuji oboroženi sili.⁵⁶ V obeh primerih, vojaške in mirovne zasedbe (*occupatio bellica*, o. *pacifica*) velja načelo, da imajo kazenski (seveda tudi civilni) zakoni še nadaljnjo veljavo v zasedenem ozemlju.^{57, 58} Okupant jih sme razveljaviti le, kadar to zahtevajo bodisi razlogi zasedbe same bodisi vojaški razlogi.

Vendar pa se kazenski zakonik zasedenega ozemlja po okupantu ne bo uporabljal: 1. Če so storilci kaznivega dejanja pripadniki zasedbene vojske;^{59, 60} 2. če je bilo kaznivo

⁵⁵ Nekatere evropske države so imele pravico, da so njihovi konzuli (tkzv. jurisdikcijski konzuli) v nekaterih izvenevropskih nekrščanskih državah — *pays hors chrétienté* — (tako n. pr. v Egiptu, Turčiji, na Kitajskem in Japonskem itd.) izvrševali kazensko sodstvo nad pripadniki svoje države, tako da za slednje ni veljalo kazensko pravo države, kjer so zagrešili kako kaznivo dejanje. Te predprave evropskih držav (kapitulacije) so dandanes že skoraj povsod izgubile svojo veljavo, tako da imajo zgolj še historičen pomen.

⁵⁶ Podrobno obravnava o tem I. Tomšič, *Vojno in nevtralnostno pravo*, Ljubljana 1942, str. 72 in sl.

⁵⁷ Čl. 43. IV. haaškega dogovora o kopnovojnih zakonih in običajih iz l. 1907.

⁵⁸ V veljavi ostanejo tudi meddržavni dogovori o izročitvi zločincev ter pravne pomoči, ki jih je zasedena država sklenila z drugimi državami. Na mesto prvotne pogodbene stranke stopi zdaj okupant.

⁵⁹ Če bi pa na zasedenem ozemlju zagrešil kako kaznivo dejanje, ki se ne kaznuje po vojaškem kazenskem zakoniku, državljan one

dejanje izvršeno zoper armado samo, najsi bo storilec kdorkoli in 3. če je bil s kaznivim dejanjem kršen javni red in mir v zasedenem ozemlju. V teh primerih pride v poštev vojaški kazenski zakonik okupanta; največkrat pa bo okupant izdal še sam posebne kazenskopravne predpise. Za kazensko postopanje pa so pristojna okupantova vojaška sodišča.⁶¹

§ 6. Zaključek

Ko smo v svojih izvajanjih podrobno razčlenili in proučili posamezne sestavine teritorialnega načela menimo, da bi de lege ferenda lahko trdili sledeče:

države, ki je deželo zasedla, potem se bo v takem primeru izključno uporabil le kazenski zakonik zasedenega ozemlja, ne pa njegov domači kazenski zakonik.

⁶⁰ V kazenskopravni teoriji vlada glede tega vprašanja spor. Eni namreč kratkomo trdijo, da pravne norme zasedenega ozemlja v nobenem primeru ne zavezujejo pripadnikov zasedbene vojske. Kajti ta je načeloma in absolutno izvzeta od vseh pravnih predpisov, ki so bili še pred zasedbo izdani za zasedeno ozemlje (takó v. Bar, *Internationales Privat- u. Strafrecht*, str. 575; Berner, *Wirkungskreis der Strafgesetze*, 1853, §§ 39, 53; Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T. I., 1913, str. 357).

Temu nasprotno pa je drugo naziranje: Pripadniki zasedbene vojske načeloma niso prosti od pravnih predpisov, ki veljajo v zasedenem ozemlju. Izven vsakega dvoma je, da bo okupant sodil svoje vojake, ki bi zagrešili v zasedenem ozemlju kako kaznivo dejanje po svojem materialnem kazenskem pravu. Vendar pa bo prav tako tudi država, ki je poprej izvrševala suverenost nad zasedenim ozemljem, upravičena soditi takega tujega vojaka, kateri je zagrešil v zasedenem ozemlju kako kaznivo dejanje, če pride pozneje v njeno oblast. V danem primeru imamo namreč konkurenco med jurisdikcijo okupanta in države, kateri je pravno pripadalo zasedeno ozemlje. Kakor smo že zgoraj uvodoma ugotovili, je taka konkurenca dveh ali več kazenskopravnih jurisdikcij po meddržavnem javnem pravu dopustna. Če bi pozneje prišel tak pripadnik zasedbene vojske, ki je zagrešil v zasedenem ozemlju kako obče kaznivo dejanje, pred sodišča teritorialne države, so ta vsekakor obvezana, da upoštevajo morebitno pravnomočno kazensko sodbo okupantovih vojaških sodišč, tako da se ne krši osnovno pravno načelo »ne bis in idem« (glej Beling, op. cit., str. 137 in sl.; Hölken, *Die Okkupationsarmee und das Recht im besetzten Gebiete unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Privatrechtes*, 1917, str. 88).

⁶¹ Podrobno glej o tem vprašanju še R. Hölken, op. cit. 86 in sl.; S. Cybichowski, *La compétence des tribunaux à raison d'infractions commises hors du territoire* v *Recueil des Cours*, T. 12 (1926), str. 331 in sl.

1. Pri določitvi fiktivnega državnega ozemlja (kakor so ladje in zrakoplovi, če se mudijo izven domače države) je potrebno, da se posebej normira primer, ali se nahaja domači brod v tujih obalnih vodah ali pa na odprtem morju. Podobna naj bo ureditev tudi za zrakoplove.

Absolutno naj velja fikcija, da tvorita domača ladja in zrakoplov del domačega pravnega območja tedaj, kadar se nahajata v področju odprtega morja. Kajti tako bo kolizija dveh ali več nacionalnih kazenskih zakonov, ki bi bili pristojni po teritorialnem načelu, nemogoča.

Kadar pa se nahaja domači brod v tujih obalnih vodah ali zrakoplov nad tujo državno celino ali nad tujimi obalnimi vodami, je treba vsekakor zapustiti zgoraj omenjeno fikcijo, ko je po določbah meddržavnega javnega prava pristojno tudi sodišče obalne države kot teritorialno pristojno sodišče. Seveda pa taka rešitev nikakor ne bi izključevala pristojnosti domačih sodišč (in s tem tudi domačega kazenskega prava), kadar bi bila ta pristojna na temelju drugih načel kot je teritorialno (n. pr. pristojnost je osnovana po realnem, aktivnem ali pasivnem personalitetnem načelu). Navzlic temu, da določbe meddržavnega javnega prava, ki načeloma ureja vse pravne odnose med državami, dopuščajo tako konkurenco dveh ali več pravnih redov (zasebno- in kazensko-pravnih), moramo vendar iz kriminalnopolitičnih razlogov trditi, da je v korist dobremu in nemotenemu pravosodstvu, če je v konkretni kazenski stvari podana izključna pristojnost le enega samega pravnega reda. Taka konkurenca dveh ali več pravnih redov pa se vedno ne da preprečiti; toda zakonodavec more stremeti za tem, da ustvarja s svojimi nacionalnimi pravnimi normami čim manjšo možnost meddržavnih kolizij. Kajti take kolizije utegnejo kvarno vplivati na meddržavno pravno sigurnost.⁶²

2. Druga naša kritična pripomba je veljala vprašanju kraja storitve kaznivega dejanja. Ker smo itak že zgoraj podrobno proučili vse tri tzd. teorije, zato naj na tem mestu samo ponovno poudarimo, da le delavnostna teorija onemogoča kolizije v gori omenjenem smislu.

⁶² Vidi o tem vprašanju Lapajne, Mednarodno in medpokrajinsko zasebno pravo, Ljubljana, 1929, str. 10.

Glede na naša izvajanja moremo teritorialno načelo zakonodavnotehnično formulirati tako:

§ 1.

Na vsakogar, ki stori v tuzemstvu kaznivo dejanje, se uporabi ta zakon.

Ta zakon se uporablja tudi na vsa kazniva dejanja, storjena na domačem brodu ali zrakoplovu, kadar se nahaja ta ob času storjenega dejanja na odprtem morju.

Če je bilo kaznivo dejanje izvršeno na domačem potniškem ali tovornem brodu ali zrakoplovu, kadar se ta nahaja ob času storjenega dejanja v inozemstvu (v tujih obalnih vodah ali nad tujo državno celino), se uporablja ta zakon le tedaj, kadar inozemsko sodišče ni preganjalo storilca.⁶³

§ 2.

Če je bilo kaznivo dejanje izvršeno na tujem potniškem ali tovornem brodu ali zrakoplovu, ki se nahaja v tuzemstvu, se ta zakon uporablja samo v primerih: 1. če je kaznivo dejanje ogrožalo javni red in mir v državi, 2. če je bilo kaznivo dejanje naperjeno zoper pravno dobrino tuzemca in 3. če so pristojna oblastva države, kjer je brod ali zrakoplov registriran, sama prosila za tuzemsko sodno posredovanje.⁶⁴

§ 3.

Kaznivo dejanje je storjeno na kraju, kjer ga je storilec izvršil.

Pri opustitvenih kaznivih dejanjih velja kot kraj storitve oni kraj, kjer je storilec opustil dolžno storitev.

§ 4.

Predpisi tega zakona se ne uporabljajo na osebe, ki jih je treba kaznovati po posebnih zakonih.

Prav tako se ne uporabljajo na osebe, ki se ne smejo preganjati po določbah meddržavnega ali ustavnega prava in na stvari, ki so po meddržavnem pravu izvendeželne.⁶⁵

⁶³ Prim. § 84 avstr. načrta iz l. 1912., čl. 4 odst. 2 it. kz.

⁶⁴ Prim. čl. 7 t. 3 rumun. kz., § 83 odst. 4 avstr. načrta iz l. 1912., čl. 12 franc. prednačrta iz l. 1934.

⁶⁵ Prim. čl. 11, 19, 25 španskega kz., § 5 madž. kz., § 3 bolg. kz., 5 odst. V. meh. kz., čl. 3 it. kz., § 13 srbskega prednačrta iz l. 1910, čl. 11 resolucije kongresa za zenačenje kazenskega prava v Varšavi l. 1927.

Summarium

De principio territoriali in iure criminali vigente

Primo forma huius dissertationis exponitur:

Postquam, praemissa brevi introductione (1), de notione principii territorialis (2) disseruimus, tractamus de notione ipsius territorii, quae in iure criminali adhiberi solet (3). In capite quarto de loco delinquendi (4) et in sequente (5) de exceptionibus personalibus et realibus, quae validitatem huius principii in casu speciali limitant, disputatur.

In dissertatione nostra haec demonstrantur:

I.

Lege criminali nostra omnis tenetur, qui in terra nostra delictum commiserit.

Eadem lex etiam ad delicta omnia in navi vel aeroplano nostro commissa applicatur, si navis vel aeroplanus tempore delicti in mari alto fuerint.

Si navis nostra vel aeroplanus noster, viatoribus vel mercibus transvehendis destinata, tempore delicti in mari litorali aut dominio aereo extero commorantur, haec lex criminalis adhiberi solet, nisi delinquentem iudicium externum persequatur.

II.

Ad delicta in navibus atque aeroplanis extraneis, viatoribus vel mercibus transvehendis destinatis, dum in terra nostra commorantur, commissa haec lex tunc solum applicatur: 1. si delicto ordo publicus civitatis nostrae turbatur; 2. si delicto bona iuris, quae ad civem nostrum pertinent, impetuntur; 3. si auctoritas civitatis, ad quam navis vel aeroplanus iure pertinent, auxilium iudicarium nostrum petit.

III.

Pro loco delicti commisi habetur ille, in quo auctor delictum commisit.

Delicta omissiva in eo loco patrata existimanda sunt, in quo auctor officio suo defuit.

IV.

Praescripta huius legis non applicantur personis, quae secundum leges particulares puniendae sunt;

similiter neque applicantur personis, quas secundum normas iuris internationalis seu constitutionalis persequi non licet, neque rebus, quae iure internationali extritoriales existimantur.

Errata

Stran	Vrsta	
209	7. od zgoraj	Être mesto Étre.
209	4. od spodaj	expérimentalement mesto expérimentalmente
212	5. od spodaj	Sa sociologie mesto La sociologie
213	9. od spodaj	embarras mesto embaras

