

UNIVERZA SRBOV, HRVATOV IN
SLOVENCEV V LJUBLJANI

ZBORNIK

ZNANSTVENIH RAZPRAV

IZDAJA

PROFESORSKI ZBOR JURIDIČNE FAKULTETE

II. LETNIK 1921-22

V LJUBLJANI 1922

SAMOZALOŽBA

NATISNILA „NARODNA TISKARNA“ V LJUBLJANI

~~42077~~

50952



030024500

Kazalo. — Table des matières.

<p>Univ. prof. dr. Ivan Žolger:</p> <p style="padding-left: 20px;">Kršitev mednarodnih obveznosti in njena pravna posledica (mednarodna krivica) 1</p> <p>Univ. prof. dr. Leonid Pitamic:</p> <p style="padding-left: 20px;">Državno in meddržavno pravo pod vidikom enotnega sistema 119</p> <p>Univ. prof. dr. Stanko Lapajne:</p> <p style="padding-left: 20px;">Meddržavno in medpokrajinsko stečajno pravo Kraljevine Srbov, Hrvatov in Slovencev 132</p> <p>Univ. prof. dr. Rado Kušej:</p> <p style="padding-left: 20px;">Posledice državnega preobrata na polju patronatnega prava 140</p> <p>Univ. prof. dr. Metod Dolenc:</p> <p style="padding-left: 20px;">Kriminalnopolitična presoja določil zadnjega odstavka čl. 12. Vidovdanske ustave 160</p>	<p>Univ. prof. dr. Ivan Žolger:</p> <p style="padding-left: 20px;">La violation de l'obligation internationale et sa conséquence juridique (le délit international) 1</p> <p>Univ. prof. dr. Leonid Pitamic:</p> <p style="padding-left: 20px;">Le droit constitutionnel et le droit international envisagés comme système unique 119</p> <p>Univ. prof. dr. Stanko Lapajne:</p> <p style="padding-left: 20px;">Le droit international et interprovincial de faillite dans le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes 132</p> <p>Univ. prof. dr. Rado Kušej:</p> <p style="padding-left: 20px;">Les conséquences du renversement sur le droit de patronat 140</p> <p>Univ. prof. dr. Metod Dolenc:</p> <p style="padding-left: 20px;">Le dernier paragraphe de l'article 12 de la constitution yougoslave (interdiction d'abuser du pouvoir ecclésiastique à des fins politiques) au point de vue du droit pénal 160</p>
---	--

Univ. prof. dr. Ivan Žolger:

Kršitev mednarodne obveznosti in njena pravna posledica (mednarodna krivica).

La violation de l'obligation internationale et sa conséquence juridique (le délit international).

Par Ivan Žolger, Professeur à l'Université de Ljubljana, Membre de la Cour permanente d'arbitrage de la Haye.

Sommaire.

La doctrine traditionnelle de la responsabilité internationale de l'Etat ne peut être considérée comme satisfaisante. Elle ne contente ni comme théorie scientifique, ni par ses conclusions, qui sont en opposition avec le droit positif. La raison en est qu'elle ne prend pas pour point de départ la norme fixant l'obligation internationale, mais des thèses arbitraires, formulées a priori. Seule, la norme déterminant le devoir international peut fournir une base solide à une théorie qui ne se contredise pas et qui, par des formules justes, donne une vraie expression au droit tel qu'il est (introd.).

1^{er} chapitre: Généralités.

§ 1. Définition du délit international.

La condition de tout tort juridique est le devoir juridique dont il est la violation; d'autre part, la conséquence juridique de tout tort consiste dans les maux et les préjudices qui, de droit, par des moyens coercitifs (exécution ou punition), peuvent être infligés à celui à qui le tort est imputable. Ainsi le délit international est toute action (omission) qui est le contraire contradictoire de l'action (omission) imposée à l'Etat comme devoir international et pour laquelle l'Etat est menacé de la représaille. Le devoir incombant à l'Etat déterminé par la norme d'une part, l'action en opposition contradictoire à l'action commandée par ce devoir et la conséquence juridique encourue de ce fait par l'Etat, d'autre part, voilà les éléments essentiels du délit international.

Quant à la question du fait du délit, ce n'est pas le dommage (matériel ou moral) causé à un autre Etat qui peut la décider. Il peut y avoir des dommages causés sans qu'il y ait eu violation du devoir et vice versa. Seul, le devoir tel qu'il est déterminé par la norme, peut

servir de critérium certain pour savoir si une action constitue ou non un délit international. De même, la conséquence juridique du délit international ne consiste pas, comme le dit la théorie, dans la naissance du devoir de réparation. La sanction du devoir ne peut pas consister dans un nouveau devoir qui, également, peut être méconnu et au sujet duquel se pose la même question de sanction. Le devoir de réparer le dommage causé est un devoir comme tout autre et peut résulter de faits qui ne sont pas la violation d'un devoir. Certes, la violation du devoir peut produire aussi le devoir de réparation et, dans ce sens, ce devoir est également une conséquence juridique de la violation du devoir. Mais la conséquence juridique, telle qu'elle est propre à la violation de tout devoir, y compris la violation du devoir de réparation, est un droit à l'action, le droit à faire valoir des moyens coercitifs, peu importe si ce droit est réellement exercé ou non, soit que l'Etat lésé renonce à cet exercice, soit qu'un accord concernant la réparation intervienne entre les parties rende superflu le recours à la représaille. La conception du délit international formulée il y a 300 ans par Hugues Grotius est plus exacte que celle de la doctrine moderne (art. 1—6).

§ 2. *Les questions formant le problème du délit international.*

Deux questions principales: l'une concernant l'action qui constitue le délit international et l'autre concernant la conséquence juridique du délit. De ces questions du droit matériel, il faut distinguer les questions se rapportant à l'application de la norme dans un cas donné (à qui de décider s'il y a eu violation du devoir, à qui d'exercer la représaille, à quel moment, par quels moyens, etc). L'Etat lésé étant à la fois dans le rôle de partie, de juge et d'exécuteur, il est indispensable, pour une juste appréciation des divers côtés du problème complexe, de séparer entre elles les questions bien différentes au point de vue juridique (art. 7—8).

§ 3. *La norme établissant le devoir international doit être le point de départ de toute doctrine concernant le délit international.*

a) Toute norme établissant un devoir peut être réduite à une formule schématique (art. 9). b) La détermination du devoir et la détermination de la sanction sont les deux éléments nécessaires de toute norme fixant un devoir. Diverses formes sous lesquelles la norme se présente dans le droit: la détermination du devoir et la détermination de la sanction sont réunies dans une même disposition, ou bien les deux déterminations doivent être retrouvées dans des dispositions séparées. De plus, la détermination du devoir est souvent à reconstruire d'après différentes dispositions; c'est toujours le cas quand la norme internationale détermine le devoir international par un renvoi à la norme nationale de l'Etat. Nature juridique d'un tel renvoi. Inexactitude de l'opinion qui dit qu'un délit international ne saurait être commis par l'infraction à une norme nationale (art. 10—11). c) Normes internationales qui ne contiennent pas un devoir et qui, par conséquent, ne peuvent donner lieu à un délit international (art. 12). d) Le rapport existant entre la norme et le fait contraire au devoir. Inexactitude de l'opinion suivant laquelle il peut y avoir des infractions à la norme imposant une obligation sans qu'il y ait à la fois lésion d'un

droit subjectif d'un Etat. Inexactitude de l'opinion qui dit que l'infraction à une norme établissant un devoir pour plusieurs Etats doit »par nécessité logique« constituer un délit envers tous les autres Etats (art. 13—15).

§ 4. *Le fondement juridique de la responsabilité internationale de l'Etat. La théorie de Strupp concernant la règle »pacta sunt servanda« (art 16—19).*

II^e chapitre. L'action (omission) violant le devoir international.

§ 5. *Le devoir international déterminé quant à sa substance.*

L'action constituant un délit international étant le contraire contradictoire de l'action imposée comme devoir, elle est déterminée, dans ses éléments constitutifs, par les éléments déterminatifs de l'action qui est le contenu du devoir. Ces déterminatifs se rapportent: a) à la nature même de l'action devant être réalisée ou omise; b) à l'homme devant être l'auteur de l'action. L'importance particulière que ce déterminatif a pour les actions incombant comme devoir à l'Etat; diverses hypothèses; c) aux conditions sous lesquelles et à la manière dont l'action doit être réalisée (omise); la procédure à suivre; la diligence exigée (question de la faute); d) au sujet envers lequel l'action doit être réalisée ou omise. Tous ces déterminatifs étant la détermination univoque du devoir, ils déterminent à la fois les faits qui engagent et limitent la responsabilité de l'Etat (art. 20—21).

§ 6. *Méthode de la théorie traditionnelle en vue de résoudre la question: quelle action constitue un délit international?*

Ce n'est pas la norme fixant le devoir qui sert de critérium à la théorie; mais, indépendamment de la norme et d'après des éléments qui ne sont pas fondés dans la norme, l'action violant le devoir international est déterminée par la théorie. Erreurs et contradictions qu'engendre une telle méthode (art. 22).

§ 7. *L'action imposée par le devoir et l'action constituant un délit international.*

La théorie se pose la question: par quelles actions l'Etat peut-il être »lésé«, »endommagé«, »atteint« dans ses droits et dans ses intérêts? Les catégories de »lésion«, »endommagement«, etc. ne sauraient pas, dans les rapports entre Etats, servir de principe de cognition sûr et objectif. Il se peut qu'elles suffisent au droit civil, mais nullement au droit international. Caractère casuistique de la doctrine (art. 23—24).

§ 8. *L'auteur de l'action constituant un délit international.*

a) La thèse formulée par Hugues Grotius et acceptée par la théorie moderne qui dit: l'Etat »ne peut« être responsable que de ses propres faits (*proprium delictum civitatis*). Différences dans l'application de cette thèse: d'après la théorie moderne, seuls, les faits, que les agents de l'Etat accomplissent dans les limites de leur compétence »peuvent« être considérés comme les »propres faits« de l'Etat, tandis que l'ancienne théorie assimilait aux »faits propres« de l'Etat aussi certains actes des individus.

La théorie moderne, étant d'avis que les actes des individus doivent être considérés comme indifférents au point de vue du droit international, nie formellement toute possibilité pour l'Etat d'être directement responsable des violations des devoirs internationaux commises par des individus. Seule, une responsabilité de ce que ces violations soient empêchées ou punies (responsabilité indirecte) est admise. Conséquences pratiques (art. 25—30).

b) Cette doctrine est d'abord une doctrine à priori et formulée indépendamment de ce que la norme détermine comme devoir de l'Etat; puis elle est inconciliable avec le principe de l'unité de l'Etat; enfin elle est en contradiction avec le droit positif; la théorie elle-même se voyant dans la nécessité d'admettre de larges «exceptions», ôte à sa thèse la valeur d'un juste principe de cognition. La qualité d'organe, dépendant du droit interne, ne peut jouer un rôle dans les relations internationales que tant que la norme internationale elle-même fait de cette qualité un élément constitutif du devoir international. La thèse qui dit que, seules, les actions des agents de l'Etat sauraient être imputées à l'Etat, méconnaît le fait que pour la norme il n'y a aucun obstacle à imputer à l'Etat l'action de n'importe quelle personne. La norme, en déterminant le devoir, détermine aussi les personnes par lesquelles l'Etat est tenu à accomplir son devoir et dont la conduite contraire, n'étant pas l'accomplissement du devoir, engage la responsabilité de l'Etat. La question de savoir quelles sont les personnes (agents ou simples individus) pour les actions desquelles l'Etat est responsable, cette question est décidée dans la norme elle-même (art. 31—34). Parmi les devoirs qui, par un renvoi aux dispositions du droit interne sont déterminés de façon à être accomplis par des organes d'Etat compétents, comptent les devoirs qui visent la formation de l'ordre juridique de l'Etat ou qui visent l'application de cet ordre juridique, notamment en vue d'assurer aux étrangers la protection juridique. Les violations de ces devoirs sont généralement les seuls délits internationaux que l'Etat ne puisse commettre que par ses organes. Quant aux autres devoirs, tant que la norme ne dispose pas autrement, la distinction entre l'organe et le simple individu ne joue aucun rôle au point de vue de la responsabilité internationale de l'Etat. Changement du contenu du devoir que la doctrine opère arbitrairement en supposant que l'Etat n'est jamais responsable du fait de l'individu, mais seulement de son empêchement et de sa punition. Examen des diverses hypothèses. La pratique ne suit pas la thèse de la doctrine (art. 35—38). L'obligation d'empêcher et de punir les violations du devoir international commises par les individus, sa nature et son contenu. Elle rentre dans le problème plus général concernant la formation et l'application de l'ordre juridique de l'Etat. Elle se rapporte aux actes violant le devoir international aussi bien des organes que des individus. Aucune distinction de principe ne doit être faite entre l'organe et l'individu, même quant à cette obligation (art. 39—42). «Exceptions» admises par la théorie concernant sa thèse fondamentale: La responsabilité directe de l'Etat reconnue dans les cas de violation de devoir international commise par des corps autonomes, par des Etats dépendant d'un autre Etat, et surtout dans le cas des faits

contraires au devoir international commis par des agents de l'Etat agissant hors de leur compétence (art. 43—48). Conclusions (art. 49).

§ 9. *Conditions auxquelles une action (omission) déterminée est un délit international. Question de la faute.*

Aucune action (omission) ne pouvant être inconditionnellement le contenu d'un devoir, ces conditions sont aussi les conditions du délit commis et constituent par cela-même les limites de la responsabilité. Critique de la doctrine cherchant à résoudre la question de la faute d'après des éléments étrangers à la détermination du devoir (art. 50—54).

§ 10. *L'Etat envers lequel le délit international est commis (art. 55).*

§ 11. *Responsabilité pour l'Etat d'avoir son ordre juridique conforme au devoir international.*

Distinction à faire entre la validité qu'une norme internationale acquise dans un Etat et les mesures à prendre pour rendre exécutoire la norme devenue valide. La confusion de la validité et du caractère exécutoire de la norme internationale forme la base de la théorie développée par des jurisconsultes allemands, mais répandue aussi ailleurs, disant que le droit interne de l'Etat est un droit «séparé et indépendant» du droit international et qu'un acte de transformation ou nationalisation de la norme internationale (publication ou autre mesure) est nécessaire pour que la norme internationale devienne partie du droit interne (Umsetzung oder Umgießung des Völkerrechtes in Landesrecht). Théorie inconciliable avec le principe fondamental de l'unité de l'Etat et de son ordre juridique. Développement de la thèse opposée: que la norme internationale du moment qu'elle est devenue valide pour l'Etat (p. ex. par la ratification du traité) s'introduit d'elle-même et ipso jure dans l'ordre juridique de l'Etat; que, devenue ainsi ipso jure partie intégrante de l'ordre juridique, elle enlève la validité juridique à toutes les dispositions du droit interne incompatibles avec elle; que, de plus, toutes les lois et autres dispositions faites ultérieurement en contradiction avec les dispositions de la norme internationale doivent être considérées juridiquement comme invalides; qu'enfin la publication ou autre mesure pouvant être nécessaire au sujet de la norme ne l'est qu'en vue de la rendre exécutoire, mais qu'une telle mesure ne change pas le caractère juridique international de la norme. Il découle de la thèse formulée qu'il ne peut y avoir de délit «contre la validité» de la norme internationale, mais que ce sont seulement les actes ou omissions rendant impossible aux agents et individus l'exécution de la norme par lesquels l'obligation d'avoir un ordre juridique conforme à la norme internationale peut être violée. L'Etat peut refuser des mesures qui, pour n'importe quelle raison juridique, sont nécessaires soit à ce que la norme devienne exécutoire formellement (p. ex. omission de la publication, omission de l'ordre d'exécution à donner), soit à ce qu'elle devienne exécutoire matériellement (omission de règlement d'administration, de création d'institutions administratives) ou enfin l'Etat peut prendre des mesures (adopter une loi) imposant aux agents et individus une conduite qui est contraire à celle prescrite par la

norme internationale. Examen de divers cas. Il en résulte que c'est dans cette possibilité de fait qu'a l'Etat de se comporter contrairement à l'obligation lui incombant au sujet de la formation de son ordre juridique que consiste toute prétendue »indépendance« du droit interne vis-à-vis du droit international et que ce n'est que cette »liberté«, commune du reste à tout sujet, d'ignorer son devoir, qui par la doctrine est qualifiée de trait caractéristique du rapport des deux droits (art. 56—63).

§ 12. *Responsabilité de l'Etat quant aux actes ayant pour objet l'application de l'ordre juridique.*

Deux hypothèses: ou bien l'acte, contrairement au devoir international, n'a pas eu lieu (dénier de justice) ou il a eu lieu, mais non de la manière prescrite directement ou indirectement par la norme internationale. Aucune différence de principe à faire entre les actes judiciaires et les actes administratifs. Critique de la doctrine quant aux faits pour lesquels l'Etat encourt la responsabilité. A côté du dénier de l'acte, l'Etat est responsable de tout vice ou défaut, tant de forme (procédure) que de contenu, y compris l'erreur et fausse interprétation de la règle qui, en vertu de la norme internationale a dû être appliquée et sans distinction, si cette règle appartient au droit international ou au droit interne. A quel moment la responsabilité est-elle engagée? Responsabilité des mesures prises par l'Etat en vue de rétablir l'ordre public troublé et portant atteinte aux droits des étrangers; c'est un cas de la responsabilité pour actes faisant application de l'ordre juridique (art. 63—69).

III^e chapitre. *La conséquence juridique de la violation du devoir international.*

§ 13. *La représaille internationale et son caractère juridique.*

Position isolée et mal définie que la doctrine assigne à la représaille dans le système du droit international. La raison en est que la représaille n'est pas mise en connexion de principe juridiquement nécessaire avec la violation de l'obligation internationale. Ce n'est que par une conception voyant dans la représaille la conséquence juridique de la violation du devoir international que la représaille, autrement l'exercice de pure violence, devient juridiquement concevable. Le droit de libre disposition qu'a l'Etat sur son droit à l'exercice de la représaille; le »règlement amiable« de la violation du devoir international n'est que la manifestation de ce droit de libre disposition. Critique de diverses opinions énoncées quant au caractère et à la construction juridique de la représaille, à ses fonctions à remplir, aux limites de son exercice. La représaille est-elle une punition? (art. 70—74).

§ 14. *L'exercice de la représaille.*

Sursis. Contestation du fait de la violation de l'obligation internationale. Le droit d'exercer la représaille peut-il appartenir à un Etat autre que celui qui est lésé? Moyens. Aucune différence de principe entre la représaille et la guerre (art. 75—78).

Uvod.

V svetovni literaturi mednarodnega prava imamo troje del, ki se monografično bavijo z mednarodno krivico ali mednarodnim deliktom. Prvo je delo italijanskega učenjaka Anzilottija: *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale. Parte prima: il problema della responsabilità di diritto internazionale* (Firenze 1902). To delo je ostalo sicer nedovršeno, ali spopolnjuje ga razprava istega učenjaka: *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers*. (*Revue Générale de droit international public*, XIII, 1906.)

Ostali dve deli imata nemška učenjaka za avtorja ter sta napisani v najnovejšem času, in sicer: Paul Schoen, *Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen* (Breslau, 1917) ter Karl Strupp, *Das völkerrechtliche Delikt* (Berlin-Stuttgart-Leipzig, 1920).

Nauk, ki se uči v teh delih, kakor tudi sicer v mednarodnopравни literaturi, se ne more označiti kot znanstveno zadovoljiv. Zasnovan je na tezah, ki so nevzdržljive. Avtorji sami priznavajo protislovja, ki se porajajo iz teh tez, katerih pa ne revidirajo, dasiravno ne morejo biti znanstveni teoriji neovrgljiva podstava.

Evo nekaj primerov. Struppu velja kot izhodišče za nauk o mednarodnem deliktu rek: *pacta sunt servanda*. Mednarodna odgovornost države ni po njem »ničesar drugega kakor sankcija te univerzalno veljavne norme mednarodnega prava«. Po pravilih »pravne logike«, kakor meni Strupp, vodi ta teza do zaključka, da tvori »kršitev najneznatnejše pogodbe« med državama A in B »protipravni čin napram vsem državam mednarodne zajednice, ker rek 'pacta sunt servanda' velja za vse države« (str. 13/14). Strupp spozna sam, da stoji zaključek, po katerem bi ob kršenju katerekoli pogodbe smele vse države s prisilnimi sredstvi nastopiti proti kršitelju, v nasprotju z mednarodno prakso. Vendar pa ne popravi logičnega hiatusa in pusti čitatelja misliti, da je pač praksa nelogična, ne pa da je avtorjevo izhodišče napačno.

Druga slična teza, ki tvori temelj vsej moderni teoriji o mednarodni krivici, je stavek, da more država biti »le za svoje lastno dejanje« odgovorna, ter da pride kot lastno dejanje le dejanje državnih organov v poštev, in sicer le takšno, ki ga storé organi v okviru svoje kompetence.

Ta teza sili teorijo do »logičnega« zaključka, da je odgovornost države za čine zasebnikov in za nekompetentne čine organov sploh nemogoča. In zopet mora teorija priznati, da se zaključki njene teze ne strinjajo s pozitivnim pravom. Na eni strani konstatira, da igrajo čini zasebnikov pri mednarodni odgovornosti držav večjo ulogo kakor čini organov; na drugi strani priznava, da je naziranje, ki sledi iz »pravne logike« v hudem nasprotju s prakso.¹

Nadaljna točka, v kateri se teorija istotako izkazuje kot nezmožna, da postavi enotno pravno načelo, se tiče vprašanja, ali tvori za mednarodno odgovornost subjektivna krivda (culpa) pogoj ali ne. I Schoeni Strupp izrecno poudarjata, da rezultati njihovega nauka »niso dovoljni«.²

¹ Strupp, str. 32: Ein völkerrechtliches Delikt »kann von einem Individuum nicht verübt werden und muß dessen Handlung völkerrechtlich als irrelevant erscheinen. Gleichwohl lehrt ein Blick auf die Fachliteratur und namentlich Fällesammlungen, daß hier die Handlungen Privater einen wesentlich breiteren Raum einnehmen als die von Staatsorganen.« Potem str. 39: »Diese der Rechtslogik konforme Auffassung« (sc. da država za nekompetentne čine organov ne more biti odgovorna) »steht jedoch in schroffem Widerspruch zu der Rechtsauffassung der Staaten«. — Tudi Anzilotti konstatira kontrast med pravno logiko in mednarodnim pravom. Revue Générale, XIII, 289: »La faute du fonctionnaire agissant contrairement aux lois (ou en dehors de sa compétence) devrait donc, logiquement, avoir cet effet, que les actes accomplis par lui ne sauraient être regardés comme des actes de l'Etat. Néanmoins, un principe admis par l'usage constant des nations veut que l'Etat soit internationalement responsable des actes dommageables accomplis par ses agents, même si ces actes sont contraires aux lois ou ont dépassé la compétence des dits agents«. Istotako Teoria generale str 167. — Prim. dalje Schoen, str. 43, 48.

² Strupp, 53 (op. 2): »Das Resultat scheint, soweit die Schuldhaftung bei Unterlassungen in Frage steht, wenig befriedigend. Denn wir kommen zu dem befremdlichen Ergebnis, daß ein Staat für kompetenzwidrig handelnde Organe objektiv haftet, seine Haftung für kompetenzmäßig handelnde aber wenigstens in den Fällen durch den Nachweis eines Verschuldens gestützt sein muß, in denen es sich um

Pa tudi v mnogih drugih ozirih je teorija nedostatna; n. pr. glede vprašanja, katera dejanja in nedejanja je smatrati za mednarodno krivico, kakšne so njene pravne posledice, kdo ima pravico jih uveljaviti itd.

Vzrok tem nedostakom tiči v tem, da teorija pri zasnovanju svojega nauka ne izhaja iz pravne obveznosti, dasi krivica ni ničesar drugega, kakor kršenje pravne obveznosti. Doktrina ne skuša dobiti za svoj sistem potrebnih podlag po abstrakciji iz obstoječih obveznostnih norem, ampak se loti problema na podstavi apriorističnih tez. Te teze dobiva in izvaja bodisi iz rimskega prava bodisi iz notranje organizacije države, osobito iz predpisov, ki določajo organski odnošaj ter službena in kompetenčna razmerja v državi. To so pa elementi, ki za mednarodno pravo niso merodajni, ali ni treba, da bi bili merodajni. Naravno je, da se postulati takih tez ne morejo vjemati s pravom, ki velja v praksi.

Ako pretrimo moderno teorijo v njeni celokupnosti, pridemo do zaključka, da ne kaže ne v meritornem, ne v metodološkem oziru bistvenega napredka napram nauku, ki ga je pred 300 leti Hugo Grot zasnoval v svojem delu *De jure belli ac pacis* (1625). Njemu so pa *leges Romanae, naturalis aequitas*, ter izreki grških in rimskih pesnikov in mislecev in sholastičnih filozofov služili za osnovno podstavo. V nekaterih točkah kaže moderna doktrina celo nazadek, ker je gotove pravilne misli, ki jih je Grot izrazil, izgubila poznejša publicistika iz oči.

Nauk, ki hoče priti do neoporekljivih resnic, mora po mojem mnenju vzeti obveznostno normo za izhodišče. Iz obveznostne norme se mora dobiti odgovor na vsa vprašanja, ki so za mednarodni delikt odločilna.

Unterlassungen handelt. Beachtet man aber, daß, eben weil hier eine unüberbrückbare Kluft zwischen Organ-Wollen und staatlichem Wollen klafft, in dem Falle kompetenzwidrigen Handelns ein staatliches Verschulden logischerweise überhaupt gar nicht möglich wäre, so erscheint die Einführung des Culpaprinzipes bei Unterlassungen nicht mehr als vernunftwidrig«. — Schoen, 62: »Den Theoretiker, der naturgemäß bestrebt ist, die Lehre von der völkerrechtlichen Haftung auf einheitlicher Grundlage aufzubauen« (ravno to pa je edina naloga teorije, če te naloge ne izpolni, je za nič) »ist dieses Resultat nicht befriedigend«.

Prvo poglavje. Splošni del.

§ 1.

Pojem mednarodne krivice.

I.

1. — Literatura nam ne razjasni, kaj si naj mislimo pod mednarodnim deliktom. Autorji govorijo o »mednarodno nedopustnih dejanjih« (*völkerrechtlich unerlaubte Handlungen, actes illicites du droit international*), o kršenju »mednarodnega pravnega reda« ali »mednarodne pravne norme«, po največkrat pa o »povredi tuje dežave« (*Verletzung des fremden Staates*). Ne precizirajo pa pomena teh izrazov, in tudi ne povedo, kakšno pravno posledico imajo označena dejanja.

Strupp je edini, ki poda »definicijo mednarodnega delikta«. Njemu je mednarodni delikt »dejanje države, ki žali (krši) pravice druge države in ki mora le tedaj imeti izvor v krivdi države, ako gre za opustitev«. ¹ Stavek o krivdi vsebuje očevidno le *accidentale* in je za definicijo nebitven. Sicer pa definicija ničesar ne pove o pravni posledici mednarodne krivice.

2. — Po mojem mnenju pojem mednarodne krivice ne more biti drug nego je pojem krivice sploh.

Krivica (*injuria, delictum, Unrecht*) je vsako dejanje (nedejanje, opustitev), ki nasprotuje obveznosti in ki ima za obvezanca eksekucijo ali kazen za pravno posledico.

Po dvojem se krivica razločuje od drugih pravno relevantnih in nerelevantnih činov. Prvo je, da je kršenje pravne obveznosti ali dolžnosti. Krivično dejanje je kontradiktorno nasprotje dejanja (nedejanja), ki je kot obveznost subjektu naloženo. Subjekt bi naj tako in tako ravnal, ravna pa nasprotno. In ker je tako ravnal, ker je postopal proti obveznosti, naj utрпи kazen ali eksekucijo.

¹ »Völkerrechtliches Delikt ist eine von einem Staate ausgehende, die Rechte eines anderen Staates verletzende Handlung, die nur dann auf staatliches Verschulden zurückzuführen sein muß, wenn ein staatliches Unterlassen in Frage steht« (str. 60).

Kjer ni pravne obveznosti, tam tudi ni krivice. Pred vsem je treba pravne obveznosti; šele potem se more govoriti o krivičnem dejanju.

Drugo pa, kar je krivici svojstveno, je, da je edini pravni naslov za uporabljanje sile, da ima po pravu tisti, ki je storil krivico, utrpeti izvestno zlo, naj se že to zlo imenuje eksekucija ali kazen.

Pravna obveznost, nasprotujoče dejanje (učin ali dejanski stan krivice) ter zlo, ki ga ima to dejanje za pravno posledico (sankcija obveznosti), so elementi v pojmu krivice. To velja za vse pravo in vsled tega tudi za mednarodno pravo.²

Elementi v pojmu krivice so kategorije, ki se dajo misliti le z ozirom na neko pravno normo. Vsled tega predpostavlja krivica normo, ki določa izvestno dejanje ali opustitev kot pravno dolžnost in s tem nasprotujoče ravnanje kot tako, ki ima kazen ali eksekucijo za pravno posledico.

Ta norma, ki jo na kratko imenujmo obveznostna norma, vstvarja med obveznostjo, tej obveznosti nasprotujočem dejanju in pravno posledico tega dejanja ono relacijo, ki je značilna za krivico.

3. — V to splošno definicijo krivice je treba vpostaviti specifične vrednote mednarodnega prava.

Kar se pravnih obveznosti tiče, so te zadržane v mednarodnih obveznostnih normah, ki se v obliki mednarodnega običajnega ali v obliki mednarodnega konvencionalnega prava prikazujejo.

Kar se pa pravne posledice tiče, obstoja le-ta v notranjem pravnem redu države v tem, da storilec zapade oblastveni eksekuciji ali kazni. V mednarodnem pravu pa v tem, da država, ki je kršila obveznost, zapade specifični mednarodni represiji, ki jo v obliki represalije načeloma vrši država, proti kateri se je obveznost kršila.

Iz navedenih momentov sledi pojem mednarodne krivice. Le-ta je vsako dejanje (vsaka opustitev), ki

² Seveda se še mednarodnopravna literatura prav malo zaveda enotnosti temeljnih pravnih pojmov.

nasprotuje mednarodni obveznosti države³ in za katero preti državi mednarodna represalija.

Tej opredelitvi mednarodne krivice je svojstveno prvič to, da se opira pri označbi krivičnega dejanja na v normi ugotovljeno pravno obveznost, in drugič to, da obstoja po nji pravna posledica v tem, da se sme proti državi, ki krši obveznost, nastopiti z represalijami, h katerim spada tudi vojna.

V obeh pogledih se razlikuje opredelitev od tega, kar se v teoriji navadno misli in povdarja. Glede krivičnega dejanja teorija ne izhaja iz obveznostne norme; ampak neodvisno od norme skuša dognati, s čim se povzroča državi »škoda«, kaj ji je »nakvar«, s čim je »prizadeta« v njenih »dobrinah«, v njenih »interesih«, njenih »podatnikih« itd.

S tem naziranjem stoji v logični zvezi naziranje o bistvu in vsebini pravne posledice mednarodne krivice. To posledico (sankcijo obveznosti) vidi teorija v tem, da za državo, ki je prekršila obveznost, nastanejo določene nove obveznosti: namreč obveznost, da se izenači ali popravi moteni interesni položaj (*réparation*, *Wiedergutmachung*), vpostavi prejšnji stan, poravnava škoda, da zadoščenje.⁴ Pred vsem pa velja teoriji obveznost, poravnati »materialno in immaterialno škodo« kot tipična sankcija mednarodne dolžnosti; to pa vsled tega, ker se mednarodne krivice v praksi po največkrat »poravnajo« s pla-

³ Opomnim enkrat za vselej, da puščam kontroverzo, ali »morejoc« v mednarodnem pravu biti subjekti le države ali tudi poedinci, v tem delu na strani, ter da se v svrhu kritike moderne teorije o mednarodnem deliktu postavljam na njeno stališče, da so le države subjekti meddržavnega prava.

⁴ Anzilotti, *Revue Générale*, XIII, 13, 308: »La violation de l'ordre juridique international commise par un Etat donne ainsi naissance à un devoir de réparation qui consiste en général dans le rétablissement de l'ordre juridique troublé. ... L'effet de la responsabilité n'est pas autre chose que ce devoir de réparation.« — Strupp, 209: »Pflichten, die dem Deliktsubjekte als Unrechtsfolge erwachsen.« — Schoen, l. c. 20: »Jede solche Handlung (sc. die einer positiven Norm der Völkerrechtsordnung zuwiderläuft) erzeugt grundsätzlich dieselbe Rechtsfolge: die Pflicht, die Verletzung wieder-

čilom denarne svote, bodisi da se »slučaj« uredi le s takim plačilom samim, ali pa skupno z upostavitvijo prejšnjega stana in s tem, da se da zadoščenje.⁵

Vse te obveznosti, ki po svoji vsebini merijo na izenačenje motenega materialnega in idealnega interesa⁶, si misli teorija kot specifično posledico mednarodne krivice ter jih označa skupno kot odgovornost ali »j a m s t v o« (*Haftung*) države za mednarodni delikt. Odgovornost teoriji ni ničesar drugega kakor obveznost, oziroma skupina obveznosti. Pri tem se govori na eni strani o »odgovornosti, ki obstoja v obveznosti«, in na drugi strani o »obveznosti, ki obstoja v odgovornosti.«⁷

4. — S tem naziranjem se ne morem strinjati. Sankcija obveznosti ne more biti zopet obvez-

gutzumachen.« — Ullmann, *Völkerrecht* (1908), 150: »Die Wirkung (des völkerrechtlichen Deliktes) kann nur in Genugtuung und eventuell in Ersatz des verursachten materiellen Schadens bestehen.« — Diena, *Principi di diritto intern.*, parte I., 441: »responsabilità, donde sorge un dovere di riparazione.« — Bonfils-Fauchille, *Manuel de droit intern. public* (1914), 213: »Quand la responsabilité d'un Etat se trouve engagée, il y a lieu à réparation... ou à satisfaction.«

⁵ Strupp, 210: »Wenn und soweit eine Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht oder doch nicht im vollen Umfange möglich ist, möglicherweise nach Lage des Falles aber auch daneben, tritt Schadenersatz oder (und) Genugtuung ein.«

⁶ Anzilotti, l. c. 13 »Le dommage se trouve compris implicitement dans le caractère anti-juridique de l'acte. La violation de la règle est effectivement toujours un dérangement de l'intérêt qu'elle protège, et, par voie de conséquence, aussi du droit subjectif de la personne à laquelle l'intérêt appartient; il en est d'autant plus ainsi que dans les rapports internationaux le dommage est en principe plutôt un dommage moral (méconnaissance de la valeur et de la dignité de l'Etat en tant que personne du droit des gens) qu'un dommage matériel (dommage économique ou patrimonial au vrai sens du mot).«

⁷ Schoenus, l. c., str. 1, je »Haftung des Staates«: »alles Verpflichtetsein des Staates, das an ein unerlaubtes Handeln anschließt, mag dieses nun ein unerlaubtes Handeln des Staates selbst oder ein unerlaubtes Handeln von Individuen sein.« Na drugi strani pa govori o obveznosti, biti odgovoren: »Die völkerrechtliche Pflicht des Staates, aus völkerrechtswidrigem Verhalten... anderen Staaten gegenüber zu haften, hat ihre Grundlage in...« (str. 80); »Erfüllung der Haftpflicht«, »Geltendmachung des Haftungsanspruchs« (str 140 ss.).

nost. To dobro naglašaja Kelsen.⁸ Ako bi sankcija obveznosti obstajala v tem, da nastane obveznost do poprave, potem bi to pomenjalo, da so vse mednarodne obveznosti alternativne obveznosti in da ima država-obvezanec pravico izbiranja med izpolnitvijo dolžnosti in povračilom škode. To pa bi bilo v popolnem nasprotju s pojmom pravne obveznosti. V bistvu obveznosti je, da jo je izpolniti tako, kakor se glasi, in da se smejo, če se ne izpolni, uporabljati prisilna sredstva.

Pri naziranju, da tiči sankcija obveznosti v tem, da nastanejo nove obveznosti, mora nastati zopet vprašanje sankcije teh obveznosti. S tem se problem porine le za točko nazaj. Nazadnje se vendar mora pokazati, kaj stoji na kraju kršenja dolžnosti. In ravno to, kar stoji na kraju, je specifična pravna posledica, ker je končna posledica vsake kršene dolžnosti.

Sicer pa postanek nove obveznosti že radi tega ne more biti nobena sankcija obveznosti, ker obvezanec, ki je kršil prvo obveznost, prav tako lahko krši novo obveznost.

Sankcija je zlo, ki prvič kot pretnja naj nagiba obvezanca, da izpolni dolžnost. Potem je pa pravica, to zlo uveljaviti. Sankcija dolžnosti pomenja pravico akcije, pravico dejanstvene represije, pravico prizadeti izvestno zlo, storiti nekaj, kar je drugemu v kvar ali škodo.

Ali se akcija zares takoj, ko se je obveznost prekršila, izvrši in ali se sploh izvrši, je brez pomena. Ravno tako je brez pomena, ali imajo prizadeta zla smisel eksekucije ali kazni in ali jih prizadeva upravičenec sam (s samopomočjo) ali pa kdo drug, ki je za to postavljen.

Seveda povzroča krivično dejanje tudi obveznosti, ali to lastnost deli krivično dejanje z drugimi pravno relevantnimi dejanji in ni prav nič, kar bi bilo krivici svojstvenega. Take obveznosti tudi nastanejo, če ni krivice. Pač pa je krivici svojstveno, da je edini pravni naslov za uporabljanje sile.

V kolikor ima krivično dejanje učinek, da se je izpremenilo interesno stanje med prizadetima strankama, in v

⁸ Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Tübingen, 1911), 303 ss.

kolikor nastane iz tega učinka za kršitelja dolžnost, da izpremenjeni položaj »poravna«, je ta dolžnost tudi »posledica« krivice; ali to ni svojstvena posledica krivičnega dejanja. Za »poravnanje«, »popravo«, »izenačenje« motenega interesnega položaja veljajo druge norme, kakor pa norma, katere namen je, zasigurati izpolnitev dolžnosti ter določiti pravico in način reakcije proti kršenju katerekoli, in torej tudi dolžnosti do poprave storjene krivice.

Z ozirom na dvoumno rabo izraza »posledica« krivice je tudi izraz »odgovornost« dvoumen, ker ima drug pomen, če se istoveti s svojstveno posledico krivice, in zopet drug pomen, če se istoveti z dolžnostmi, ki jih po normi poraja kako dejanje.

»Poprava« storjene krivice pride pri deliktnem problemu kot takem le kot modaliteta v poštev, s katero se v obliki »prijateljske poravnave« prizadetih strank vstvarja položaj, da ni treba več, da bi se prisilna akcija faktično vršila. Praktičnega pomena je taka poravnava v primerih, v katerih ima subjekt, ki je upravičen do uveljavljanja prisilne akcije, dispozicijo čez to svojo pravico. To pa je ravno v mednarodnem pravu pravilo. V resnici se pretežna večina kršitev mednarodnih obveznosti v sporazumu strank »prijateljski poravna«. Prisilna akcija se more v mednarodnem pravu vršiti le po upravičencu samem; samopomoč pa ni le za upravičenca riskantna stvar, ampak tudi ideja prava stremi za tem, samopomoč kot pravno sredstvo kolikor mogoče utesniti. Vendar pa to še ne opravičuje trditve, da se v juridičnem smislu posledica krivice izčrpa v obveznosti do poprave storjene krivice. (Glej o tem spodaj § 13.)

5. — Sploh pa, kakor se še bo pozneje videlo, pomešava teorija vprašanje odškodnine s pojmom mednarodnega delikta. In to je eden vzrokov, iz katerih ne pride do jasnega tolmačenja deliktnega problema.

Obveznost, ki nastane, da je treba poravnati škodo, ne stoji z deliktom v nobeni nujni (pojmovni) zvezi. Škoda se lahko napravi, ne da bi se kršila kaka obveznost in kršenje obveznosti je s povzročitvijo škode lahko združeno ali pa ne. Armada, ki z dovoljenjem koraka preko državnega ozemlja, ne krši nobene obveznosti, če uporablja ceste; vendar

pa je dolžna poravnati škodo, ki bi presegala navadno mero. Ako država pride na pomoč tujim ladjam, ki so v stiski, ako vzdržuje tuje vojne ujetnike ali begunce, ako ima stroške, da ob nezgodah ohrani blago, ki tranzitira čez njen teritorij, nastanejo odškodninske obveznosti, ne da bi se kršila kakršnakoli obveznost.

V kolikor krivica povzroča odškodninsko obveznost, stoji na isti črti z drugimi dejstvi, s katerimi pravni red spaja tako obveznost. Mogoče je, da izvesten krivičen učin le v zvezi s krivdo (culpa) predstavlja krivico, medtem ko poraja dolžnost do povračila škode ne gledé na krivdo.

Obveznost, poravnati storjeno škodo, ter krivica nikakor ne gresta vzporedno. To so pojmi, ki se križajo. In tudi če krivičen učin poraja obveznost odškodnine, je to obveznost strogo ločiti od specifične pravne posledice krivice.

Na drugi strani je pa tudi jasno, da ako je iz kateregakoli vzroka nastala obveznost odškodnine, tudi kršitev te obveznosti spada pod pojem krivice, in da stoji tudi neizpolnitev te obveznosti pod isto sankcijo kakor neizpolnitev vsake druge pravne obveznosti.

II.

6. — Že Hugon Grot je bil naziranja, da obstoja bistvo krivice v kršenju obveznosti ter naglašá opetovano in s povdarkom, da je treba obveznost do poravnave škode ločiti od specifične sankcije krivice. V drugi knjigi svojega dela *De jure belli ax pacis*, kjer v poglavju 17. (*de damno per injuriam dato et obligatione, quae inde oritur*) o predmetu razpravlja, pravi, da je krivica vsako dejanje ali vsako nedejanje, ki nasprotuje obveznosti.⁹ Dobro pri tem, pozivajoč se na Cicerona, naglašá nasprotje med »kajstvom« in »najstvom«¹⁰, med hotenjem (*velle*) in dejanjem, kakor je (kategorija: *esse* = biti = *Sein*), in tem, kar bi naj bilo

⁹ *Injuriam sive maleficium appellamus culpam omnem, sive in faciendo sive in non faciendo, pugnans cum eo, quod aut homines communiter (homines omnes) aut pro ratione certae qualitatis facere debent* (lib. II, c. 17, § 1).

¹⁰ Izraz »najstvom« prevzamem iz Veberja, Uvod v filozofijo, str. 81 in 279, ki ga sicer ta autor rabi v nekoliko širšem smislu.

(*debere*, dolžnost; kategorija: *Sollen*): dogaja se, pravi, da narod stori, kar hoče in ne to, kar bi naj storil.¹¹

Krivici bistvena je po Grotu kazen, ki je vsako zlo, ki se naloži komu radi zlega dejanja.¹² Pri krivici se mora krivičnost dejanja kot taka (*vitiositas actus*) ločiti od učinka dejanja (*effectus actus*). Prvi odgovarja kazen, drugemu poravnava škoda.¹³

Le tedaj, kadar se s krivičnim dejanjem ob enem povzroči škoda, nastane iz krivice tudi obveznost do poravnanja škode.¹⁴

Pri krivici se lahko uveljavlja *obligatio ad poenam* ali *obligatio ad damni reparationem*.¹⁵ »Pravičen vzrok vojne more biti le storjena krivica.«¹⁶ Navadno se počinjajo vojne za kazen; ali mnogokrat je s tem namenom združen tudi namen, dobiti poravnavo škode, kadar je isti čin hkrati povročil škodo, iz česar so nastale *duae diversae obligationes*.¹⁷

Iz tega se vidi, da je Grotovo pojmovanje mednarodnega delikta pravilnejše od onega moderne teorije. Na eni strani naglašja, da je krivica dejanje, ki nasprotuje obveznosti. Seveda ne skuša potem vsebine obveznosti določiti iz obveznostne norme, ampak

¹¹ *Accidere ut populus faciat quod velit, non quod debeat* (lib. II, c. 17, § 2).

¹² *Poenae omnino hoc inest, ut delicto reddatur... Est autem poena generali significato malum passionis, quod infligitur ob malum actionis* (lib. II, c. 20, § 1).

¹³ *In quibus (criminibus) vitiositas actus ab effectu discernenda est. Nam illi poena respondet, huic damni reparatio* (lib. II, c. 17, § 22).

¹⁴ *Ex tali culpa (gl. op. 9) obligatio naturaliter oritur, si damnum datum est, nempe ut id resarciatur* (lib. II, c. 17, § 1).

¹⁵ *Dantur actiones ob factam injuriam aut ut reparetur aut ut puniatur, quos duos obligationum fontes recte distinguit Platonio de legibus* (lib. II, c. 1, § 2).

¹⁶ *Causa justa belli suscipiendi nulla esse potest nisi injuria* (lib. II, c. 1, § 1).

¹⁷ *Solere poenae expetendae causa bella suscipi... ac plerumque haec causa cum altera de damno reparando conjuncta est, quando idem actus et vitiosus fuit et damnum reipsa intulit, ex quibus duabus qualitatibus duae diversae nascuntur obligationes* (lib. II, c. 20, § 37). Prim. lib. II, c. 20, § 1.

po metodi naravopravne šole si stavi vprašanje, kaj vse gre človeku ali državi *ex mera natura* (kakor *vita, corpus, membra, fama, honor, actiones propriae*) ali pa vsled človeškega dejanja (*accedente facto humano*).¹⁸

Na drugi strani pa načeloma loči specifično sankcijo krivičnega dejanja od obveznosti do poravnania škode. In taka ločitev je zares neobhodno potrebna. Tudi teorija kazenskega prava ne bi mogla prodreti do pravega razumevanja kazenskega dejanja, ako ne bi ločila kazni od odškodninskih obveznosti, ki eventualno nastanejo vsled kazenskega dejanja.

§ 2.

Problem mednarodne krivice.

I.

7. — Problem mednarodne krivice in s tem mednarodne odgovornosti države se osredotočuje v dveh glavnih vprašanjih: v vprašanju *d e j a n j a* ali *n e d e j a n j a*, s katerim država krši obveznost (učin krivice), in v vprašanju *p r a v z n e p o s l e d i c e* (sankcije) kršenja mednarodne obveznosti.

Glede učina krivice je vpoštevati vprašanja, za katera dejanja in nedejanja, za dejanja (nedejanja) katerih oseb, dalje pod katerimi pogoji in slednjič napram kateremu subjektu je država odgovorna.

Za vsa ta vprašanja, ki tvorijo prvi del nauka o mednarodni krivici, je v vsem odločilna konkretna obveznostna norma.

V drugi del nauka o mednarodni krivici spadajo vprašanja, ki se nanašajo na pravno posledico.

Od vprašanja, v čim obstoji pravna posledica mednarodne krivice, ki je vprašanje materialnega prava, je pa razločevati vprašanja, ki jih moremo označiti kot »*pr o c e s u a l n i d e l*« problema, ker se nanašajo na način uveljavljanja pravne posledice. Pri teh vprašanjih, ki se tičejo primene ali aplikacije obveznostne norme na konkreten primer kršenja mednarodne obveznosti, pridejo razen obveznostne norme tudi druge norme v poštev.

¹⁸ Lib. II, c. 17, § 2.

Sem spada najprej vprašanje, kdo in na kak način v slučaju dvoma ali spora presoja in odločuje, ali tvori izvestno dejanje zares kršitev dolžnosti in ali je zares nastopila pravna posledica krivice (ugotavljanje in presoja krivičnega učina). To je vprašanje, ki ga je, v kolikor obveznostna norma ničesar ne določa, treba rešiti po splošnih normah o reševanju mednarodnih sporov. V notranjem pravu države razrešujejo to vprašanje sodišča, v mednarodnem pravu je pa pravna rešitev možna le po sporazumu prizadetih strank ali po razsodišču.

Dalje spada k procesualnemu delu deliktičnega problema vprašanje mednarodnih prisilnih sredstev ter njih faktična uporaba v slučaju storjene, oziroma ugotovljene krivice (represalija in nje uporablanje).

Ne spada pa k deliktičnemu problemu vprašanje, kako je obveznost nastala, ki jo ima država, zakaj za državo velja. Obstoj za državo veljavne pravne obveznosti mora nauk o deliktu predpostavljati. Te obveznosti so iz celokupnega kompleksa običajnega in konvencionalnega mednarodnega prava posneti. Pri krivici gre vedno le za vsebino obstoječe obveznosti.

Posebno v mednarodnem pravu je prepotrebno označena vprašanja strogo ločiti drugo od drugega. Mednarodno pravo ne pozna posebnih zakonodajnih, pravosodnih in izvršilnih organov; vsled tega razne plasti problema ne stopajo že same po sebi tako jasno in plastično na dan kakor v notranjem pravu moderne države.

Presoja krivičnega učina, presoja pravne posledice ter nje faktična izvršba v mednarodnem pravu načeloma ni poverjena drugemu subjektu; navadno ima posel sodnika in eksekutorja vršiti tista država sama, proti kateri se je obveznost kršila. Teorija pa opušča potrebno analizo dejstev in vprašanj, ki se zapletajo druga v drugo. To je tudi eden izmed vzrokov velike nejasnosti, ki označuje nauk o mednarodni krivici

II.

8. — Iz tega, kar sem navedel, izhaja, da gre pri mednarodni krivici za problem mednarodne obveznosti kot take. Obravnavanje mednarodnega delikta

ne spada ne v nauk o mednarodnih pogodbah, ne v nauk o »temeljnih pravicah« države, pa tudi ne v nauk o subjektih mednarodnega prava, ali v nauk o reševanju mednarodnih sporov.¹

Nauk o mednarodni krivici je pred vsem nauk o mednarodni obveznosti, ne gledé na to, ali ima obveznost svoj izvor v pogodbi ali v drugem pravnem viru. Mednarodna obveznost je pojem, ki, kakor njen refleks, subjektivna pravica, preživlja in prepleta ves celokupni sistem mednarodnega prava. Zategadelj zahteva mednarodna krivica, da se o nji ravno tako samostojno obravnava kakor n. pr. o pravnih virih ali o subjektih ali o drugem splošnem vprašanju mednarodnega prava.

§ 3.

Mednarodna obveznostna norma kot izhodišče nauka o mednarodni krivici.

a) Shematična formula obveznosti, oziroma krivice.

9. — Predpostavka, podlaga, merilo za presojanje, ali spada dej ali nedej pod pojem krivice, tvori norma, ki spaja obveznost, krivičen učin in pravno posledico v enoto deliktčnega pojma.

Logično se da ta norma izraziti s hipotetično sodbo. V tej sodbi sta obveznost ter obveznosti nasprotujoče dejanje prednja stavka, pravna posledica pa je zaključek. Shematična formula obveznosti se glasi: ako naj kdo pod temi in temi okolnostmi to ali ono stori ali opusti (vsebina obveznosti), zapade, ako tega ne stori ali ne opusti (predpostavljen krivični učin), pravici represije (zažugana pravna posledica).

Če ravna subjekt (ob danih okolnostih) proti obveznosti, realizira s tem pogoj, na katerega norma veže pravico represalije.

¹ Sistemi mednarodnega prava kažejo vse te varijante. Glej podatke pri Schoenu, str. 9 ss, Struppu, str. 2 ss. Strupp pride do sledečega zaključka: »Spricht also ein gewichtiger Grund für eine Behandlung der Staatenhaftung im Anschluß an die Vertragslehre, so läßt sich doch ebensowohl ihre Erörterung vor den Mitteln zur Beseitigung von Staatenstreitigkeiten rechtfertigen« (str. 4).

Shematični obveznostni formuli odgovarja shematična formula krivice: ker bi subjekt naj bil to ali storil ali opustil (vsebina obveznosti) in ker tega ni storil, oziroma ni opustil (realiziran krivični učin), je zapadel pravni represiji (realizirana pravna posledica).

Iz tega izhaja, da sestoji obveznostna norma iz dveh sestavnih določil: iz določila obveznosti in določila pravne posledice (sankcije). Z določilom obveznosti je določeno obenem krivično dejanje: le-tó je kontradiktorno nasprotje dejanja ali nedejanja, ki tvori vsebino obveznosti. Določilo pravne posledice, ki gre k določilu obveznosti, pa določa zlo (*malum passionis*), ki je v normi kot motivacija za obveznosti primerno ravnanje, kot sankcija obveznosti, pogojno zažugano.

V shematično obveznostno formulo, na katero se da vsaka obveznostna norma reducirati, je treba v konkretnem slučaju vpostaviti vrednote obveznostnega določila ter določila pravne posledice, ki jih vsebuje dotična norma običajnega ali konvencionalnega prava.

b) *Kako se mednarodna obveznostna norma formalno prikazuje?*

10. — Navadno se nam konkretna obveznostna norma ne prikazuje v obliki, v kateri bi bilo obveznostno določilo hkrati in kar na zunaj vidno združeno z določilom pravne posledice. Pa tudi za obveznostno določilo ter za določilo pravne posledice ni treba, da bi bilo vedno izraženo v eni sami določbi.

V prvem pogledu si moramo mnogokrat rekonstruirati sestavna dela obveznostne norme iz določb, ki so formalno ločene druga od druge.

Primere norem, pri katerih sta določilo obveznosti in določilo pravne posledice kar na zunaj vidno združeni, nam kažejo norme kazenskih zakonov. Tu sledi določilo obveznosti takoj določilo pravne posledice.

Primere norem druge vrste pa nam kažejo zakoni, ki v začetnih paragrafi določajo obveznosti, v zaključnem paragrafu pa kazni za kršenje teh obveznosti; posebno pa primeri, v katerih je obveznost ter sankcija obveznosti sploh v različnih zakonih določena.

Kjer veljajo za obširen krog obveznosti iste sankcije, in kjer so eventualno tudi oblike uveljavljanja in primenjivanja teh sankcij iste, tam so te sankcije in njih primenjivanje enkrat za vselej določene v separatnih normah. Tako vsebuje ministrska naredba z dne 30. septembra 1857 (avstr. drž. zak. št. 198) kazensko sankcijo za kršitev nebrojnih obveznosti. Ces. naredba z dne 20. aprila 1854 (avstr. drž. zak. št. 96) določa enkrat za vselej sredstva in obliko politične eksekucije. Tudi sankcija obveznosti, ki jih ustanavlja *civilno pravo*, je enkrat za vselej določena v izvršilnem redu.

Tudi v mednarodnem pravu obveznostno določilo navadno ni združeno z določilom o pravni posledici. Primer, ki nam kaže tako združenje, so čl. 12., 13., 15., 16 pakta o Društvu Narodov. Sicer je pa treba iz raznih pravnih norem ugotoviti, kakšne vrednote je treba v posameznem slučaju vpostaviti v shematično obveznostno ali deliktčno formulo.

Vedno pa je treba imeti na umu, da spada k določilu obveznosti še določilo sankcije in da tvorite le obe določili skupaj pojmovno enoto obveznostne norme.

11. — Pa tudi določilo obveznosti in določilo pravne posledice je treba mnogokrat rekonstruirati iz raznih določb. To velja posebno o določilih mednarodne obveznosti, ker mednarodna norma mnogokrat določa obveznost na ta način, da *napoti na določbe notranjega pravnega reda države*.

Mednarodna norma lahko sama določi vse elemente, ki so za enoumno določitev obveznosti potrebni (dejanje, subjekt dejanja, destinater dejanja, pogoji dejanja etc.).

Mednarodna norma pa more dolžnost tudi določiti z raznimi *napotili (renvois, Verweisungen)*.² Ona more stvarno determinacijo dolžnosti v ožjem ali širšem obsegu prepustiti državi, ki je obvezanec. N. pr. pogodba o zaščiti podmorskih kabeljnov z dne 14. marca 1884 nalaga državam dolžnost, da kaznujejo poškodovanje kabeljnov, in sicer s

² O napotilih (rinvio) mednarodne norme na narodno in viceversa prim. Diena, *Principi di diritto internazionale*, parte I. (1914), str. 24; dalje razpravo tega autorja: »L'individu devant l'autorité judiciaire et le droit intern.« v *Revue Générale de droit intern. public*, XVI (1909).

kaznimi, ki jih naj pod gotovimi pridržki določijo one same. Tukaj dobi v izvestni meri mednarodna dolžnost svojo stvarno determinacijo po »n a r o d n i n o r m i«. V širokem obsegu velja to, ako mednarodna norma glede dolžnega ravnanja sploh napotuje na določbe autonomnega pravnega reda. To je n. pr., ako naj v smislu mednarodne obveznostne norme država štiti osebo in imetje tujcev po normah svojega pravnega reda. Ob takem napotilu si je misliti n a r o d n o n o r m o k o t d e l v s e b i n e m e d n a r o d n e n o r m e. Kršenje določil n a r o d n e n o r m e ima povsem iste p o s l e d i c e, kakor če bi kršeno določilo stalo v mednarodni normi sami. Tudi v konkretnih pravnih aktih, n. pr. v izreku mednarodnega ali kakega drugega sodišča, more z napotilom obveznost dobiti svojo stvarno determinacijo.

Ako se tedaj povdarja, da se s kršenjem n a r o d n e n o r m e ne more storiti mednarodnega delikta, se temu ne more pritrjevati brez pridržka. (Glej odst. 67.)

c) Norme, ki niso obveznostne norme.

12. — Odločilno za obveznostno normo je, da določa p r a v n o o b v e z n o s t. Ako se v literaturi mednarodni delikt mnogokrat na splošno označa kot »protislovje z normo mednarodnega prava«, je to le pod predpostavko točno, da se pri tem misli na protislovje z normo, ki določa obveznost. Vsaka pravna norma je hipotetična sodba. Obveznostna norma je pa po vsebini premise (obveznosti) in po svojstvu pravne posledice kvalificirana norma. Norma, ki pravi, na kak način se ustvarja pogodba ali zakon ali testament, ni obveznostna norma, ampak n o r m a o v e l j a v n e m v s t v a r j a n j u p r a v n i h a k t o v. Če tukaj postopanje ne odgovarja premisi (ako se pogodba ne ratificira, sklep skupščine ne sankcionira, kraljevi ukaz ne kontrasignira), potem to ni kršenje obveznosti, ni krivica. Pravna posledica je le, da se akt ni vstvaril. Kot kršenje obveznosti bi mogla opustitev ratifikacije ali sankcije priti le na podlagi kake druge norme v poštev.

Brez pomena pa je, ali je obveznostno določilo več ali manj splošno (abstraktno) ali pa individualno formulirano. (Glej odst. 18.)

č) Razmerje krivičnega dejanja k obveznostni normi.

13. — Obveznostna norma je kategorija o relacijah med subjekti in je torej bitje (*ens*) v svetu idej; obveznosti nasprotujoče dejanje je pa realni dogodek. Če se pravi, da se z dejanjem »krši«, »prestopi«, »povredi« obveznostna norma, so to metaforični izrazi, s katerimi se hoče reči, da se je v zunanjem svetu dogodilo dejanje, ki nasprotuje dejanju, ki bi se naj bilo po normi dogodilo. Norme same se dogodek ne dotika; ona ostane v svoji idealni eksistenci neokrnjena, kakor tudi dogodki, neodvisno od norme, gredo svojo pot. Norma je le pravilo, ki spravlja obveznost, realni dogodek in posledico v pravni koneks, ki določa obveznost in posledico kršenja obveznosti, ki služi kot merilo za pravno presojo realnega dogodka.

Iz tega pa sledi prvič, da ni mogoče kršiti obveznosti *in abstracto*, ampak le napram določenemu pravnemu subjektu, ker si pravne obveznosti, ki bi ne bila v odnosu k določenemu subjektu, ne moremo misliti in ker je tudi pravno relevantno dejanje le v razmerju med določenimi subjekti mogoče.³

Ne more torej biti resnična trditev, da mednarodna krivica kot taka obstoja le v »leziji objektivne norme«, ne da bi hkrati ta »lezija« ne kršila »subjektivne pravice kake države.«

Nikdar ne more biti kršenje obveznosti »brez relacije« k določenemu pravnemu subjektu. Ni ga kršenja obveznosti, ki bi ne bilo hkrati kršenje subjektivne pravice, ker obveznost in pravica sta neločljiva korelata. Kakor ne more biti obveznosti brez destinaterja, tako ne more biti

³ Dobro spoznava to Ansaldi, Studi di diritto internazionale, 247, razločujoč med obveznostjo (on govori o subjektivni pravici, ki je refleks obveznosti) kot pravnem vzroku odgovornosti in kršenjem obveznosti, ki je le med določenimi subjekti mogoče: Il diritto di non soffrire offese ingiuste è un diritto di tutti verso tutti, un diritto assoluto. Ma questo è il fondamento della responsabilità, non la responsabilità stessa, la quale presuppone avvenuta l'ingiusta violazione e quindi dà luogo ad un rapporto giuridico fra soggetti determinati, che ha sempre un carattere relativo. — Prim. tudi Diena, l. c. 442.

kršenja obveznosti, ki bi bilo pasivno brez subjekta. Če se v teoriji drugače misli in zatrjuje, je to baš posledica netočne opredelitve pojma krivice.⁴

Obveznost vedno meri na realno dejanje v razmerju med določenimi subjekti, naj so že ti subjekti individualno ali generalno (abstraktno) označeni. Delikt je pa kontradiktorno dejanje napram dejanju, ki bi se naj dogodilo med obvezancem in destinaterjem obveznosti. Dejanje, s katerim bi se ne kršila nikogar pravica, bi ne bilo delikt.

14. — Drugič pa sledi iz tega, kar se je ugotovilo o razmerju krivičnega dejanja k obveznostni normi, da nikakor ni treba, da bi pri obveznostni normi, ki velja za večje število pravnih subjektov, moralo biti dejanje, ki nasprotuje normi, samo po sebi delikt napram vsem (drugim) subjektom. To pa trdi Strupp. On meni: ker velja rek *pacta sunt servanda* za vse države in ker se po njegovem mnenju z vsako krivico krši obenem rek *pacta sunt servanda*, sledi iz tega »z logično nujnostjo«, da tvori kršenje vsake pogodbe med A in B žalitev ali povredo vseh držav mednarodne zajednice. Ta »logični« zaključek zapuša Strupp le radi tega, ker, kakor se je že omenilo, stoji v očevidnem nasprotju z mednarodno prakso.⁵

⁴ Strupp (str. 15) pravi: »Eine Rechtsverletzung erschöpft sich an sich in der Laesion der objektiven Norm, ohne daß aus ihr ohne weiteres Ansprüche entspringen würden.« — Anzilotti (Teoria 82) meni: »La violazione del diritto internazionale (prim. zgoraj odst. 1. in 2.), in quanto si consideri come violazione del diritto oggettivo e non altro, non può dar luogo a relazioni giuridiche fra gli stati (slučaja, ki bi taki predstavi odgovarjal, ne more biti!). Ma la cosa è ben diversa, quando la violazione delle norme giuridiche è in pari tempo un'offesa alla personalità o al diritto soggettivo di uno stato.«

⁵ Država more kršiti pravne predpise »die sich in Vereinbarungen oder individuellen Verträgen niedergelegt finden. Auch Verstöße gegen diese letzteren — und das ist der Rechtsgrund für die gleiche Behandlung — bedeuten stets eine Verletzung dahinterstehenden objektiven Rechts, nämlich des dem universellen Völkerrechte angehörenden, alle Glieder der Staatengemeinschaft bindenden Rechtssatzes »pacta sunt servanda« (str. 9, 10). ...»Ein ganz anderes Problem, das sich für jeden Staatsvertrag wie für Vereinbarungen ergibt, da ja jede Verletzung schon eines Staatsvertrages den Kardinalsatz des Völkerrechtes von der

O reku »pacta sunt servanda« se bo še pozneje govorilo. Tu se naj le ugotovi, da je krivica le n a p r a m o n e m u subjektu storjena, napram kateremu se je storilo dejanje, ki nasprotuje dejanju, ki bi se naj bilo storilo napram temu subjektu.

15. — Iz storjene krivice se rodi vprašanje p o u p o r a b i ali p r i m e n i obveznostne norme na krivični učin. Tudi ta uporaba ali primena je r e a l n o d e j a n j e; vsled tega tudi to dejanje lahko kaže d i v e r g e n c e napram normi. Mogoče je, da se dejanje, ki po normi ni krivica, smatra za krivico in obratno, ali da se uveljavlja pravna posledica, ki je norma ne predvideva, oziroma na način, ki ga norma izključuje itd.

§ 4.

Pravni vzrok mednarodne odgovornosti. Struppova teorija o reku »pacta sunt servanda.«

I.

16. V razpravah o mednarodni krivici se razmotriva vprašanje, v čem tiči »pravni vzrok« (*le fondement juridique, der Rechtsgrund*) ali »pravna narava« mednarodne odgovornosti države.¹

Odgovornost države za kršenje mednarodne obveznosti je n u j n o s p o j e n a s p o j m o m p r a v n e o b v e z n o s t i. Z obstojem pravnega reda in s tem pravnih dolžnosti je dana odgovornost za krivico. Pravni red, ki bi ne predvideval pravne reakcije proti krivici, bi ne bil pravni red. Kdo naj vrši reakcijo, v katerih oblikah, s katerimi sredstvi, ali se naj to godi po posebnih za to postavljenih organih (po

Heiligkeit des Verträge berührt, ist es, ob die Verletzung sei es eines Vertrages zwischen zwei oder mehreren Staaten, sei es einer Mehr- oder Vielparteienvereinbarung, eine Völkerrechtswidrigkeit gegenüber allen Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft, für die alle der Satz pacta sunt servanda gilt, bedeutet. Vom Standpunkte der Rechtslogik betrachtet, muß die Frage insoweit bejaht werden, als es sich lediglich darum handelt: Ist der Satz pacta sunt servanda verletzt? (str. 13, 14).

¹ Schoen, l. c. 12 ss; Strupp, l. c. 4 ss; Ullmann, Völkerrecht (2. izd. 1908), 147 ss.

neprizadetem tretjem subjektu) ali po samopomoči, ali ima reakcija »naravo« eksekucije ali kazni, vse to je odvisno od konkretnega pravnega sistema; toda reakcija je pravnemu redu, oziroma obveznostni normi imanentna.

S stališča pravne vede je torej vprašanje po pravnem vzroku mednarodne odgovornosti države rešeno z dejstvom, da veljajo v mednarodni zajednici obveznostne norme, oziroma da ima država mednarodne obveznosti. Nadaljno vprašanje pa, **z a k a j** obstojajo take norme, oziroma take obveznosti, je vprašanje pravne filozofije in je identično z vprašanjem, **z a k a j** velja mednarodno pravo sploh.

II.

17. **S t r u p p** prisoja pri pravni utemeljitvi mednarodne odgovornosti in pri teoretični konstrukciji mednarodnega delikta posebno ulogo reku *pacta sunt servanda*.

»Univerzalni stavek o nedotakljivosti pogodb« (*Universalsatz von der Unverbrüchlichkeit der Verträge*) uporablja **S t r u p p** v dveh smereh. Prvič zaznava v njem **o b v e z n o s t n o** določilo (prim. odst. 9) najsplošnejše vrste; drugič mu je »pravni vzrok« mednarodne odgovornosti ter *medium*, ki spravlja kršitev individualno določenih dolžnosti pod pojem mednarodne krivice.

V prvem pogledu postavlja **Strupp** tezo, da mednarodna odgovornost države »**n i n i č e s a r d r u g e g a** kakor **s a n k c i j a** pravnega pravila *pacta sunt servanda*, ki stoji na čelu vsega nauka o mednarodnih pogodbah.«²

Jasno se tukaj z izrazom »*pactum*«, kakor to odgovarja resnici, spaja pojem »pogodba«. Isto se godi, če **Strupp** dalje pravi, da je, kakor pravilo o »svetosti pogodb«, tudi pravilo, da mora država za svoje protipravne čine odgovarjati, treba smatrati za »univerzalno normo mednarodnega prava«. ³ Pozneje pa odvzame **Strupp** izrazu »*pactum*«

² »Wohl aber ließe sich für eine solche Rubrizierung (scl. nauka o deliktu v poglavje o mednarodnih pogodbah) geltend machen, daß die Staatenhaftung nichts anderes als die Sanktion des Rechtssatzes »pacta sunt servanda« ist, der an der Spitze der gesamten völkerrechtlichen Vertragslehre überhaupt steht« (str. 4).

³ Str. 4, 10, 11, 13.

njegov specifičen pomen; ga raztegne najprej na o b i č a j n o p r a v o (str. 9) in končno (str. 14) kratkomalo izjavlja: *Unter pacta muß man nicht nur Zweiparteienverträge, sondern Völkerrechtssätze ohne Rücksicht auf ihre Quelle (Vereinbarung oder Gewohnheit) verstehen.* To je samovoljna sprememba smisla izraza *pactum*.

Le ako se izraz *pactum* (od *pacisci cum aliquo*) vzame v smislu dvostranske pogodbe, dvostranskega dogovora (nasprotje: običaj), ima pravilo: *pacta sunt servanda* pozitiven pomen. Ono pove, da je treba akte, ki se vstvarjajo s konsensom dveh ali več držav, spoštovati kot pravo, ki ima za države objektivno veljavo, ki veže države neodvisno od njih volje, ki ni dostopno enostranski spremembi, ki je torej objektivna mednarodna norma. Sicer bi bilo pravilo le tautologija, ki bi ničesar drugega ne povedalo kakor mednarodne norme so mednarodne norme.

Če se pa pravilo le nanaša na dvostranske pogodbe in dogovore, potem krije le del mednarodnih obveznosti in mednarodna odgovornost ne more biti le sankcija pravila: *pacta sunt servanda*.

18. — V drugem pogledu pa meni Strupp, da je pravilo *pacta sunt servanda* pravni vzrok mednarodne odgovornosti.

Po Struppovem mnenju se stori mednarodna krivica le tedaj, kadar se krši »objektivno pravo«. Objektivno pravo pa vsebujejo po Struppu *Vereinbarungen*, katerim je treba »nasproti postavljati individualne pogodbe, ki ustanavljajo le subjektivne pravice in ki torej niso pravni viri.«⁴

Po Struppovem mnenju postane kršitev »iz individualne pogodbe izviraajočih subjektivnih pravic« mednarodna krivica »šele skozi medium pravila *pacta sunt servanda*«. In le radi tega so pregreški proti »individualnim pogodbam« mednarodni delikti, ker se s takimi pregreški »vedno tudi

⁴ »Wir stehen mit Triepel auf dem Standpunkte, daß alles objektive Völkerrecht, mag es nun als Gewohnheitsrecht oder in schriftlichen Abkommen auftreten, auf Vereinbarungen beruht, denen die Verträge, die nur subjektive Rechte begründen und daher keine Rechtsquellen sind, gegenübergestellt werden müssen.«

krši objektivno pravo, ki stoji v z ad a j z a (individualnimi) p o g o d b a m i, namreč univerzalna norma *pacta sunt servanda*.⁵

K temu nauku je najprej pripomniti, da tiči »pravni vzrok« mednarodne odgovornosti v pravni obveznosti. Le-tá je pa lahko določena »objektivno« (to je po Struppu v *Vereinbarung*-i) ali pa »subjektivno« (to je po Struppu v individualni pogodbi).

Strupp rabi izraza »objektivno« in »subjektivno« v smislu »generalno« in »individualno« ali »abstraktno« in »konkretno«. Navadno se označuje kot »objektivno« to, kar je od subjekta neodvisno, kar se ne ravna po subjektu, marveč po čemer se mora subjekt ravnati.⁶ Obveznosti, ki so določene v »individualni« pogodbi, so za subjekt ravno tako objektivne, kakor obveznosti, ki jih določa »Vereinbarung«, ker subjekt vežejo, ker se jih subjekt po svoji enostranski volji ne more otresti.

Dalje pride v poštev, da Strupp pomešava veljavnost (*die Giltigkeit*) obveznostnega določila z njegovo vsebino, to je s stvarno determinacijo dejanja, ki je subjektu kot dolžnost naloženo. S tem, da se prekrši obveznost, ki izvira iz pogodbe, se ne more nikdar kršiti pravnega pravila, »ki stoji zadaj za pogodbo«, to je, na katerem sloni pravna veljavnost pogodbe, oziroma obveznostnega določila. Z dejanjem tatvine se ne krši ustavno določilo, na katerem temelji veljavnost kazenskega zakona, ki tatvino prevodeduje. Tat ne greši proti ustavni, ampak proti kazenski

⁵ Glej citat zgoraj str. 25., op. 5, potem: »Jede Verletzung eines zwischen zwei oder mehreren Staaten geltenden völkerrechtlichen Satzes ist, rein logisch betrachtet, völkerrechtswidrig, weil sie einen Verstoß gegen den völkerrechtlichen Kardinalsatz von der Heiligkeit der Verträge darstellt.« Dalje: »Es macht für die rechtliche Beurteilung (sc. pregreškov proti »individualnim pogodbam« in »Vereinbarungen«) keinerlei Unterschied, ob ein Staat einer Verpflichtung zuwiderhandelt, die ihrer Natur nach nur von ihm erfüllt wrden kann, oder aber gegen eine Vereinbarung verstößt, die ihm gleich allen anderen Teilnehmern an dieser, bestimmte Verpflichtungen gleicher Art auferlegt. In dem einen wie in dem anderen Falle ist doch der Satz von der Unverbrüchlichkeit der Verträge verletzt« (str. 12 s.).

⁶ Glej Ušeničnik Aleš, Uvod v filozofijo, str. 23 s.

normi, on ne ravna proti veljavnosti ampak proti vsebini te norme.

19. — Sicer pa tudi zaključki, ki jih izvaja Strupp iz svojega naziranja o reku *pacta sunt servanda*, kažejo, da nima tak rek za pravno konstrukcijo mednarodne krivice nobene specifične vrednosti.

Eden zaključek, ki je sicer napačen, namreč da se mora vsled »univerzalne veljavnosti« tega reka kršenje mednarodne obveznosti smatrati za krivico napram vsem državam mednarodne zajednice, mora Strupp sam zavreči.⁷

Tudi drugi zaključek, po katerem je odgovornost države radi tega smatrati za »univerzalno normo mednarodnega prava«, ker je sankcija »univerzalno« veljavnega reka *pacta sunt servanda*, ni opravičen. Odgovornost za kršenje dolžnosti tiči v bistvu pravne dolžnosti in je torej v mednarodnem pravu ravno tako »univerzalna« kakor pojem pravne dolžnosti.

Zadnji zaključek, ki ga izvaja Strupp iz svoje izhodne teze, pa je, da je treba v sistemu mednarodnega prava mednarodni delikt obravnavati v zvezi z mednarodnimi pogođbami. V tem pogledu se pozivam na to, kar sem omenil v odst. 8.

Za vrednost, ki jo ima rek *pacta sunt servanda* za spoznavo mednarodne krivice, je gotovo značilno, da ga pri nobenem številnih daljnih vprašanj Strupp sam prav nič ne vpošteva.

Drugo poglavje. Krivično dejanje.

§ 5.

Stvarna determinacija mednarodne obveznosti.

20. — Kako je mednarodna obveznost formalno določena, o tem se je že govorilo (odst. 10. in 11.). Tu je treba spregovoriti o njeni stvarni ali vsebinski determinaciji.

Vsebina vsake obveznosti je, da se naj določeno dejanje stori, ali določeno dejanje opusti. In nasprotno obstoja krivica v tem, da se določeno dejanje, ki se naj

⁷ Glej zgoraj odst. 14.

stori, ne stori, in da se stori določeno dejanje, ki se naj opusti. Deliktičen dejanski stan je torej kontradiktorno nasprotje k dejanskemu stanu, ki bi po obveznostni normi naj bil, je »dejanski stan« obveznosti z negativnim predznakom. Ako ima država dolžnost, da naj določen spor razsodi po določenem (kompetentnem) sodniku, je delikt storjen, ako določenega spora določeni sodnik ne razsodi. Ali če je država dolžna, da določenega mesta ne utrdi, potem je delikt storjen, ako se določeno mesto utrdi.

Obveznost ima vedno kontradiktorno nasprotje v vidiku, ne pa kontrarno. Za kršenje obveznosti pride le v poštev, da določenega procesa določeni sodnik ni razsodil. Ali je proces kdo drug razsodil ali ne, dalje kaj je sodnik sicer storil, vse to je nerelevantno, odločilno je le, da določeni sodnik ni razsodil.

Iz tega izhaja, da zadobi deliktično zadržanje svojo determinacijo po tem, kako je dolžno zadržanje po obveznostni normi determinirano.

21. — Za determinacijo dolžnega dejanja pa pridejo sledeči momenti v poštev:

a) narava dejanja, ki je predmet dolžnosti, n. pr. plačanje gotove denarne svote, odstranitev trdnjave, razrešitev pravnega spora, priltvoritev izvestne osebe, prekoračenje državne meje, razžalitev tuje države. Dolžnost zahteva, da se določeno dejanje ali naj stori ali pa opusti. Delikt pa je, če se dejanje ni storilo, oziroma če se ni opustilo.

b) Človek, ki po obveznostnem določilu naj bo storilec ali autor dolžnega dejanja. Ta determinanta je ravno pri državnih obveznostih velike važnosti, ker država sama ne more biti storilec dejanja. Tu pride v poštev, da more le človek biti autor dejanja, da more načeloma vsak človek biti autor določenega dejanja, da pa ni dejanje vsakega človeka iste vrednosti.

Navadno je brezpomembno, po kateri osebi izvrši država izplačilo dolžnega zneska, po katerih osebah poruši trdnjavo; ni pa brez pomena, po kateri osebi izreče sodbo o pravnem sporu. Radi tega more biti storilec bistven element dolžnega in s tem krivičnega dejanja.

Izvestne obveznosti države so tako determinirane, da ima le dejanje d o l o č e n i h o s e b pravni učinek izpolnitve obveznosti.

Ako ima po normi država določen spor po k o m p e t e n t n e m s o d n i k u razsoditi, ali ako ima izdati z a k o n, potem more obveznost le z dejanjem ali nedejanjem poklicanega sodnika ali zakonodajalca izpolniti oziroma kršiti. Tu je krivica storjena, če p o k l i c a n i s o d n i k ali z a k o n o d a j a l e c ni izvršil dolžnega dejanja.

To velja tudi za dolžnosti, ki obstojajo v opustitvah. Ako ima dolžnost države vsebino, da d o l o č e n e osebe izmed njenih prebivalcev ne smejo prekoračiti meje, potem tvori le kontradiktorno dejanje teh oseb prekršek dolžnosti.

Država pa lahko ima obveznosti, ki jih sme izpolniti z dejanjem k a t e r e k o l i o s e b e, pri katerih torej autor dejanja sploh ni determinanta dolžnega in krivičnega dejanja. Pri izplačanju dolžnega zneska, pri porušenju trdnjave je delikt storjen, če se znesek sploh ni izplačal, trdnjava sploh ni porušila.

Država pa more imeti tudi obveznosti, ki jih ima spolniti p o v s a k i o s e b i, ki spada pod njen pravni red. Sem je prištevati sploh vse opustitve, če niso omejene na določene osebe, n. pr. obveznost, da se ne sme vdirati v ozemlje tuje države, da se ne sme žaliti tuje države.

Norma more obveznost vsake vsebine tako determinirati, da jo je le po (konkretno ali abstraktno) določeni osebi izpolniti. Seveda bi bilo tako vezanje v mnogih slučajih brez vsakega smotra. Praktično ulogo igra taka determinacija pred vsem pri onih pravnih aktih, ki se morejo po določilih pravnega reda pravomočno (veljavno) ustvarjati le po izvestnih osebah.

c) Dalje je dejanje, ki je vsebina dolžnosti, determinirano po p o g o j i h i n o k o l n o s t i h, pod katerimi se ima storiti ali opustiti. Zakaj, nikdar ne more biti dejanje ali nedejanje brezpogojna dolžnost. Najrazličnejši pogoji časa, kraja, načina morejo priti tu v poštev. Dejanje je treba n. pr. le storiti, če se je stavil predlog, vložila tožba, če se je dognalo kako dejstvo, če je potekel čas.

Važna determinacija je dalje način postopanja; kompetentni organ sme n. pr. izreči razsodbo le po pravilih pravnega reda, in če bi ta pravila kršil, bi njegovo dejanje ne bilo izpolnitev, ampak kršitev dolžnosti.

K pogojem, ki pridejo v smislu obveznostne norme kot determinante krivičnega dejanja v poštev, je treba prištevati tudi izvestne psihične kvalifikacije autorja dejanja. Obveznostna norma lahko določa, da je dejanje, ki nasprotuje dolžnosti, smatrati le tedaj kot krivico, če je storilec pri dejanju ravnal hudobno (*dolus*), če je vedoma in z namenom kršil obveznost.

č) Slednjič pride kot determinanta dolžnega in s tem krivičnega dejanja subjekt v poštev, kateremu je dejanje prestirati. Zakaj, dolžnost meri vedno na dejanja, dejanja pa pridejo pravno le v odnosu h kakemu subjektu v poštev.

Vprašanje, kdo je destinater dolžnega dejanja, je posebne važnosti v slučajih, v katerih so vsi v prejšnjem navedeni objektivni in subjektivni momenti dolžnega dejanja popolnoma identični. Tu zadobijo obveznosti, oziroma dolžna in krivična dejanja svojo specifično determinacijo in individualizacijo po destinaterju.

Ako ostanemo pri podmeni, da so le države subjekti mednarodnega prava, morejo le države biti destinaterji mednarodne dolžnosti, to je torej subjekti, napram katerim je dolžno zadržanje vdejeviti in ki imajo na to vdejevitev subjektivno pravico.

Istemu subjektu = obvezancu more glede identično determiniranega dolžnega dejanja stati večje število destinaterjev nasproti: ali tako, da je dolžno dejanje vsem kot enoti ali zajednici prestirati (slučaj reparacijskih obveznosti Nemčije napram aliirancem) ali pa vsakemu posebej. Dolžnosti z množico destinaterjev izvirajo pred vsem iz običajnega mednarodnega prava (vse tkzv. splošne dolžnosti, n. pr. spoštovati neodvisnost, čast, ozemlje tuje države), potem iz kolektivnih pogodb in pa tudi iz pogodb, ki jih je ista država s poedinimi državami sklenila in v katerih vsaki isto obeta (n. pr. klavzula največjih ugodnosti).

Po celokupnosti determinant, ki so označene pod točkami a) do č), je mednarodna obveznost stvarno, to je, po svoji vsebini določena. Vsaka determinanta posebej in vse skupaj pomenjajo pravne pogoje in s tem pravne utesnitve in meje mednarodne odgovornosti države.

§ 6.

Kako rešuje teorija vprašanje učina mednarodne krivice?

22. — Po tem, kar se je ugotovilo posebno v odstavku o stvarni determinaciji mednarodne obveznosti, se deliktični problem, v kolikor pride v poštev krivični učin, razkroji na sledeča vprašanja: katera dejanja in opustitve, dejanja in opustitve katerih oseb, dalje pod katerimi pogoji in končno napram komu tvorijo ta dejanja in opustitve mednarodno krivico.

Ako se vprašamo, kako teorija na ta vprašanja odgovarja, najdemo, ako stvar na splošno označimo, da teorija teh vprašanj ne rešuje na podlagi obveznostne sga določila, ampak po vidikih, ki v obveznostni normi nimajo zaslombe ali ni treba, da bi jo imeli.

Pri vprašanju, katera dejanja in katere opustitve tvorijo mednarodno krivico, se teorija ne vpraša, kaj je v smislu norme dolžnost države in kaj ni njena dolžnost. Ampak stavi si vprašanje, ščim se država v njenih elementih (narodu, ozemlju, državnih oblastih itd.) »povredi« (*verletzen*), »oškoduje«, kaj ji je »v kvar«. Ni treba povdarjati, da sosebo v razmerju med državami kategorije »poškodbe«, »povrede« itd. nimajo objektivne spoznavne vrednosti.

Ker teorija glede krivičnega dejanja kot takega nima objektivnega kriterija, postane za njo najvažnejše vprašanje vsega problema vprašanje, za dejanja katerih oseb je država odgovorna.

Pa tudi pri tem vprašanju ne izhaja iz obveznostne norme, ampak najde pravec v tem, ali je individuum organ ali ni organ države. Ker pa organstvo ali neorganstvo individua sloni na avtonomnem pravnem redu

države, na službenih in kompetenčnih predpisih, ki jih država postavlja in spreminja po svojem prevdanku in neodvisno od obveznostne norme, pride teorija s svojimi zaključki do ostrih nasprotij s prakso. Iz teh nasprotij najde izhod le na ta način, da »iz razlogov primernosti« dopušča izjeme napram svoji tezi, s čimer pa ta teza izgubi svojo spoznavno vrednost.

Tudi v vprašanju, ali je država odgovorna za uspeh, to je za izpolnitev ali neizpolnitev, ali pa le za krivdo, ne more teorija iz istih razlogov priti do povoljne načelne rešitve.

Slednjič se tudi vprašanje, komu je država odgovorna, ne rešuje na podlagi obveznostne norme, ampak kakor se je že pokazalo, n. pr. na podlagi reka »pacta sunt servanda«.

Temu nasproti sem mnenja, da sme pri vseh vprašanjih, ki so za dejanski stan krivice merodajna, edino le obveznostna norma služiti za merilo. Le obveznostna norma nam more povedati, v čem obstoja obveznost države, na kak način je dejanje, ki ga ima prestirati, objektivno in subjektivno determinirano. Notranja razdelitev prebivalstva v organe in neorgane, kompetenčni in službeni odnošaji činovniške hierarhije, skratka vse te slučajne lastnosti storilca protiobveznega dejanja ne morejo same posebi (ne da bi se norma sama ne pozivala na nje) služiti kot odločilen in v odločilen kriterij v vprašanju, zakaj ima država odgovarjati. Taka metoda mora istotako vesti do napačnih zaključkov, kakor bi kazenskoppravna teorija morala zgrešiti pot, ako bi hotela kazenski delikt določiti ne na podlagi kazenske norme, ampak na podlagi poklicne kvalifikacije delinventa.

Le v toliko, v kolikor obveznostna norma sama organstvo, kompetenco, krivdo itd. uporablja za determinacijo krivičnega dejanja, morejo taki momenti pri vprašanju delikta priti v poštev.

§ 7.

Dolžno oziroma krivično dejanje (nedejanje).

23. — Pri določanju krivičnega dejanja (nedejanja) kaže teorija veliko nesigurnost. Govori sem ter tja med drugim

tudi o kršenju mednarodno-pravne obveznosti. Ne zaveda se pa, da je mednarodnopravna obveznost edini in izključni vir za spoznavanje dejanj, za katera more biti država odgovorna.¹

Meritorno si stavi vprašanje, katera so dejanja, ki vsebujejo »p o v r e d o (lezijo) d r ž a v e«. Subjektivno in ne na podlagi norme skuša dognati, da se s tem ali onim dejanjem država v svojem »obstoju«, svoji »ustavi«, svojih »organih«, v »obliki vladavine«, v »prestolonasledstvu«, v svoji »časti«, svojih »interesih«, svojih »državljanih« »n a p a d a«, »p r i z a d e n e«, da se v kaki »pravni dobrini«, v »eni od komponent državnega pojma« (!) »l e d i r a« ali »o š k o d u j e«, da tvori dejanje »lezijo državnega teritorija« (!) itd.«

Teorija hodi po potih, po katerih so H. G r o t in drugi naravopravni pravoslovci hodili, ki so hoteli dognati krivično dejanje države *ex mera natura* ter iz rimskega civilnega prava.² Vsled tega je tudi njena nomenklatura (*Haftung aus unerlaubten Handlungen, responsabilité pour l'acte illicite*) čisto civilistična. V civilnem pravu, kjer gre le za imovinska vprašanja, je morda mogoče izhajati s kategorijami »poškodbe«, »lezije tujih interesov« itd., nikakor pa ne v mednarodnem pravu.

24. — Da je treba teorijo, ki zasniva mednarodni delikt na o š k o d o v a n j u, odkloniti, se je že pokazalo (odst. 5. in 6.). Nebrojne so mednarodne obveznosti, pri katerih se ne more reči, da bi njih kršenje povzročilo škodo, ki bi se dala objektivno dognati, n. pr. če je država dolžna izdati v določenem roku zakon, ki v nji morda nikdar ne bo praktičen. Teorija operira v takih slučajih s pojmom immaterialne ali »moralne« š k o d e, češ da oškoduje že kršenje obveznosti državo na njeni časti (*dignité, Würde*), na njeni moralični

¹ Bonfils-Fauchille, Manuel de droit international (7. izd. 1914), no. 324 postavi na čelo nauka o odgovornosti države pravilen stavek: »La violation des devoirs internationaux entraîne la responsabilité de l'Etat, duquel provient cette violation.« Toda v izvajanjih je nauk čisto kazuističen.

² Strupp, str. 31 s, 115 ss, Schoen, str. 32 s, 63 ss.

³ Glej zgoraj str. 18; potem De jure belli ac pacis lib. II, c. 18 (de legationum jure), § 1: Hactenus ea memoravimus, quae ex jure naturae debentur nobis, paucis duntaxat additis gentium jure voluntario.

veljavi, da se jo prezira kot »osebo mednarodnega prava«. Ali pravno se z vsemi takimi in sličnimi označbami nič drugega ne izraža kakor dejstvo, da se je kršila pravna obveznost. Če je vsak »antijuridičen« čin, kakor se izraža Anzilotti⁴, škoda, potem pojem škode sploh nima za spoznavanje krivice pozitivne vrednosti.

Pa tudi z idejo povrede (lezije) pravic, interesov, dobrin tuje države se marsikateri mednarodni delikti ne dajo razumevati. Katera država je n. pr. »povredjena«, ako Jugoslavija v nasprotju s konvencijo o zaščiti manjšin pripadnika židovskega veroizpovedanja, ki je njen državljani, pri podeljevanju javnih služb zapostavlja radi konfesije? In ali je pri analogni zapostavitvi državljana madžarske narodnosti Japonska v večji meri povredjena, kakor Madžarska, ker ima pač Japonska pravico tožbe, ne pa Madžarska?

Takih in sličnih primerov teorija ne more razložiti ter je prisiljena jih smatrati za »izjeme«, ker se ne dajo podrediti tezi, ki si jo je konstruirala. Anzilotti n. pr. pravi⁵, da pravica intervencije države v prid svojega v tujini naseljenega državljana temelji (*a son fondement*) v »kršenju pravice, ki jo ima nad svojimi državljani« (*dans la violation du droit de l'Etat sur ses nationaux*). »To je pravilo, ali mogoče so izjeme« (*Telle est la règle: mais à cette règle on peut concevoir des exceptions*). Take »izjeme« so Anzilottiju določbe čl. 5, 27, 35, 44, 62 Berlinske pogodbe z dne 13. julija 1878, kjer je tujim državam dana pravica intervencije v prid turških podanikov, nad katerimi nimajo nobene pravice.

Sploh nam kategorija »povrede«, s katero se v literaturi toliko operira (»povreda države«, »povreda države v njenih pripadnikih« itd.), ne nudi nobene sigurne podlage za spoznavanje mednarodnega delikta. Eno in isto dejanje, ki povredja (n. pr. če se pritvori tujega državljana), je v enem primeru mednarodna krivica, v drugem pa ne, ker pač

⁴ Glej citat spredaj str. 13., op. 6., v stavku »Le dommage se trouve compris implicitement dans le caractère antijuridique de l'acte.«

⁵ Revue Générale, XIII, 10.

v enem primeru nasprotuje mednarodni obveznosti, v drugem pa ne.⁶

Mednarodna krivična dejanja so ravno tako raznolika, kakor so raznolike mednarodne dolžnosti države. V tem pogledu ne preostaja nauku o mednarodnem deliktu nič drugega, kakor da se poziva na vsebino mednarodnih obveznostnih normi sploh.

Edino sigurno vodilo za določitev mednarodnega krivičnega dejanja nudi le odgovor na vprašanje, kaj je v konkretnem slučaju v smislu običajne ali konvencionalne norme dolžnost države. Če je dolžnostno zadržanje države določeno, potem je s kontradiktornim nasprotjem določeno tudi deliktčno zadržanje.

⁶ Vso brezpomembnost kategorije »povrede države« kažejo izvajanja Schoena, str. 68 s. Tu se postavlja načelo, da je država dolžna zabraniti »povrede tuje države«, ki bi se na njenem ozemlju dogodile. Ali ugotavlja se, da ta obveznost ne velja za vse »povrede«. Ker so povrede, ki so le tedaj »povrede«, »wenn der angegriffene Staat sich durch den Angriff in seinen Rechten verletzt fühlen kann« (str. 68). Potem so povrede, ki so le »domače zadeve povredjene države« in ki jih teritorialna država lahko »ignorira«. »Ein Staat wird zweifellos verletzt, wenn im Auslande befindliche Untertanen seinen Gesetzen und Befehlen nicht nachkommen, die sich an sie richten, wenn sie z. B. sich weigern zurückzukehren, um ihre Militärflicht zu erfüllen, Steuern zu zahlen, Ämter niederzulegen, die sie im Aufenthaltsstaate angenommen haben. Er wird auch verletzt, wenn Schmuggelhandel über seine Grenzen getrieben und seine Münzen im Auslande nachgeprägt werden. Und doch besteht hier überall keine völkerrechtliche Verpflichtung des Begehungsstaates, den Täter zu etwas anzuhalten, zu verhindern oder zu bestrafen. Es handelt sich hier um Verletzungen, die lediglich dem inneren Leben (!) und Rechte eines Staates zugefügt sind, um rein häusliche Angelegenheiten des verletzten Staates, die der Begehungsstaat, von besonderen vertragmäßigen Verpflichtungen abgesehen, ignorieren kann.« Na zadnje pride Schoen do zaključka, da so le napadi na obstoj, na ustavo, na obliko vladavine, na prestolonasledstvo in na čast tuje države povrede, ki jih mora država na svojem teritoriju zabraniti, češ to so pravne dobrine »die dem Staat nicht als nach innen herrschenden (!) Gemeinwesen, sondern als nach außen auftretenden, völkerrechtlichen Subjekte eignen.« Daljnih razmotrivanj o vrednosti kategorije »povreda države« pač ni treba. Vidi se pa tudi tu jasno, da so dejanja, ki jih ima država na svojem ozemlju zabraniti, le določena po obveznostni normi, naj so že ta dejanja »povrede tuje države« ali kaj še.

§ 8.

Storilec krivičnega dejanja.

a) Grotov nauk in temeljna teza moderne teorije.

I.

25. — H. Grot je v poglavju *de poenae communicatione*, v katerem razpravlja, na kake načine more krivica od storilca preiti na druge osebe, na podlagi rimskopravnih načel o povzročevanju (*Verursachung*) zasnoval nauk, da je pri krivičnih dejanjih poedincev (organov ali zasebnikov) *z a j e d n i c a*, naj si je državna ali katera druga, odgovorna le za svoje dejanje ali nedejanje (*ex facto suo aut ommissione*).¹

Zajednica sestoji na eni strani iz svojih voditeljev (*rectores, summa potestas, magistratus*) in na drugi strani iz svojih podanikov (*subditi, populus*). Odgovornost zajednice more le tedaj priti v poštev, če sta krivičnega dejanja *d e l e ž n a (participes delicti)* o b a d e l a, voditelji in podaniki, če se je krivica enega doprijela drugega (*communicatur delictum*), če preide krivica (*transit culpa*) od enega na drugega.

Glede načina, kako krivica prehaja na drugega, razmotri Grot dva primera: Prvič primer, da se je krivično dejanje storilo po podaniku, in da se je po načelih povzrokovanja (sokrivde) doprijelo voditeljev (organov), ter primer, da so storili krivično dejanje voditelji, da je pa po istih načelih »prešlo« na podanike.

Prvi primer se dogaja, če podaniki storé krivično dejanje, ker so ga voditelji zaukazali, ali k njemu nagovali, ali dali dovoljenje, ali ga hvalili itd. Če se na tak način voditelji zajednice udeležijo krivičnega dejanja podanikov, odgovarja zajednica za krivični čin podanika sam.

»P o s e b n o p r a k t i č n i« (*maximum usum habent*) ste pa dve modaliteti, po katerih se krivica podanikov doprime voditeljev. Ena obstoja v tem, da gosposka krivično dejanje podanika trpi (*patientia*), to je, da ga ne zabrani,

¹ *Communitas ut alia ita et civilis non tenetur ex facto singulorum sine facto suo aut ommissione* (lib. II., c. 21, § 2).

akoravno ima vest o njem. Zakaj, kdor za krivično dejanje zna in ga more zabraniti, a ga ne zabrani, ta stori sam krivico.²

Druga zelo praktična modaliteta prehajanja krivičnega dejanja podanika na oblastvo in s tem na zajednico, pa je, če oblastvo onega, ki je v tuji državi storil krivico, sprejme (*receptus*) in ga niti samo ne kaznuje niti ne izroči državi, v kateri je storil krivico.³

Na sličen način prehaja krivica gosposke na podanike⁴, n. pr. kadar podaniki krivičnemu dejanju voditeljev pritrdijo, ali kadar na njihovo povelje ali na njihov nasvet storijo krivico, ali kadar ne zabranijo krivičnega dejanja voditeljev. Po pravici so delali Ahajci pokoro za to, da Agamemnon ni hotel svečeniku izročiti hčeri; oni so ga imeli prisiliti v to, kar so tudi mogli, ker so se skupno ž njim o stvari posvetovali.⁵

Da pa v prvem kakor v drugem primeru preide krivica od enega na drugega in s tem na celoto, za to je potrebno, da zna drugi za krivično dejanje ter da ima možnost ga zabraniti (*scientia et facultas prohibendi*). Ali Grot pri pre-

² Ex his autem modis quibus rectores aliorum in crimen veniunt, duo sunt qui maximum usum habent: patientia et receptus. De patientia ita habendum est, qui scit delinqui, qui prohibere potest et tenetur, nec prohibet, cum ipsum delinquere (lib. II. c. 21, § 2). Ex neglectu tenentur reges ac magistratus, qui ad latrocinia et piraticam non adhibent ea quae possunt ac debent remedia (lib. II, c. 17, § 20).

³ Lib. II, c. 21, §§ 3—6. Po Grotovem mnenju ima država, v kateri se je storil zločin, pravico do kaznitve. Ker pa, če uide, država, kjer se nahaja, navadno ne dovoli, ut civitas altera armata intra fines suos poenae expetendae nomine veniat, neque id expediat, ima država, v kateri zločinec biva, alternativno dolžnost, ali da zločinca sama kaznuje, ali pa da ga izroči (§ 4).

⁴ Vidimus quomodo a subditis culpa in rectores transeat; vicissim a summa potestate in subditos transeat (lib. II, c. 21, § 7).

⁵ »Quidquid delirant reges, plectuntur Achivi«. — Grot se poziva tudi na slučaj Kassandre:

»Virgine rapta

Quam meruit poenam solus, digessit in omnes«.

quia caeteri non impediunt, ne virgo (Cassandra) raperetur (lib. II, c. 21, § 2).

hodu krivice od organov na narod presumira, da ima le-ta v e d n o možnost, preprečiti krivična dejanja organov. Ta presumpcija bi le tedaj ne veljala, če bi bil narod »popolnoma podvržen (zasužnjen)«. Vsled tega je veljalo za Grota in za ves poznejši čas kot načelo, katero se samo ob sebi razume, da je zajednica za krivična dejanja organov odgovorna. Vsa poznejša literatura se s problemom, v kolikor pridejo organi kot storilci krivičnega dejanja v poštev, sploh ni bavila; razmotrivala je le še odgovornost države za krivična dejanja, storjena po podanikih.

Pa tudi glede dejanj podanikov je Grot in poznejša naravopravna teorija, dokler ni bilo očitnega protidokaza, presumirala, da so oblastvu znana in da jih le-tá more preprečiti.⁷

Te stavke je Grot izvajal iz rimskega prava, iz *naturalis aequitas*, iz narave, ki je zajednici svojstvena (*ex natura ejus corporis, cujus caput est rex, membra caeteri*).⁸ Grot si je bil sicer svest, da rimsko pravo in tudi »zakoni mnogih drugih narodov« poznajo odgovornost brez udeležništva pri krivičnem dejanju; ali to so po njem specialne določbe, ki ne veljajo za mednarodno pravo in ki so bile uvedene »iz posebnih vzrokov« (*ex peculiaribus rationibus*).⁹

Vsled tega se je tudi poznejša doktrina držala načela, da more biti država le za svoje lastno dejanje in nedejanje odgovorna. Lastno je pa državi dejanje prvič tedaj, kadar so organi države storilci krivice: v tem slučaju se je smatrala odgovornost države kot nekaj, kar se samo po sebi razume. Drugič tedaj, kadar organi niso zabranili krivičnega dejanja. Tudi

⁷ Lib. II, c. 21, § 17: »populus vere subditus«, kar glossa tolmači: *cujus et in quem omne jus habet princeps*.

⁸ De jure belli ac pacis lib. II, c. 21, § 2. Puffendorf: *Facultas prohibendi semper praesumitur, nisi ejus defectus manifeste probetur. Sciri autem a rectoribus civitatum praesumuntur, quae a subditis aperte et frequenter patrantur*.

⁹ Lib. II, c. 21, §§ 2, 17.

⁹ Ut vero sine culpa sua ex ministrorum facto quisquam teneatur, non esse juris gentium, sed juris civilis, nec generalis, sed adversus nautas et alios quosdam ex rationibus peculiaribus introductum (lib. II, c. 17, § 20; cf. § 21.)

v tem slučaju je bil doktrini pravni vzrok odgovornosti države njeno lastno nedejanje, *proprium delictum civitatis*, ki je konkuriralo s krivičnim dejanjem podanika.¹⁰

26. — Nauk, ki ga je H. Grot zasnoval in ki ga je poznejša naravopravna veda razpredla, je v bistvu tudi nauk moderne teorije.

Tudi moderna teorija sloni na načelu kauzalitete, po katerem ne more biti odgovornosti brez kauzalne vezi med dejanjem in voljo (odgovornega) subjekta. Tudi po njej more biti država odgovorna le »za lastna dejanja« in tudi po moderni teoriji ni odgovornosti države, če ni krivičnega dejanja organov države. Tudi v smislu moderne teorije odgovarja država za krivična dejanja organov brezpogojno in načeloma; pri krivičnih dejanjih podanikov pa pride odgovornost države le v poštev, če konkurira z dejanjem podanikov krivično dejanje organov. Tudi moderna teorija izvaja svoj nauk iz narave državnega ustroja, ne pa iz obveznostne norme; tudi nji so prikazni praktičnega življenja, ki se ne dajo spraviti pod aprioristično postavljeno tezo, »posebnosti«, ki so »*ex rationibus peculiaribus*« uvedene in tudi ona operira z različnimi presumpcijami in fikcijami, kakor je to delala naravopravna doktrina. Le v eni važni točki se moderna teorija razločuje od prejšnje doktrine. Pri dejanjih, katerim so zasebniki autorji, ne prizna odgovornosti države za dejanje kot tako, ampak le za to, da se dejanje ni zabranilo, oziroma da se storilec ni kaznoval.

II.

27. — Soglasno se v moderni teoriji zastopa teza, da »more država odgovarjati le za svoje lastno dejanje« ter da more kot lastno dejanje veljati le dejanje državnih organov.

Po Anzilottiju je za državno odgovornost odločilno »razmerje kauzalitete« (*rapporf de causalité*) med

¹⁰ Samuel Cocceji: »Nec puniri potest civitas vel Princeps ob delictum subditorum: cessat enim mala actio, nisi civitatis vel Principis proprium delictum concurrat.« Dalje Puffendorf: Id igitur constat, communitatem tum aliam quamvis tum civilem ex facto singulorum non teneri sine aliquo suo facto aut omissi one culpabili.

krivičnim činom in dejavnostjo (*activité*) države. Za državno odgovornost je pogoj, da je krivično dejanje »de jure države same (*que l'acte illicite est un acte de l'Etat lui-même*): Državna dejavnost je pa dejavnost državnih organov. Dejanje organov, ki vsebuje mednarodno krivico, je torej krivica, »ki jo je storila država sama«. Država ni odgovorna *pour fait d'autrui*, ampak *pour fait propre de l'Etat*.¹¹

Istotako pride Schoen do zaključka: »daß die Staaten aus Verletzungen im völkerrechtlichen Verkehre nur für eigenes Verhalten haften. Dabei ist unter eigenem Verhalten schlechthin das Verhalten der Organe des States verstanden, so daß wir unser Resultat auch dahin formulieren können, der Staat haftet immer nur für das Verhalten seiner Organe.«¹²

Kakor se vidi, se krije ta nauk popolnoma z naukom naravopravne struje o *delictum proprium civitatis*. Samo utemeljitev je modernizirana. Grot je utemeljeval odgovornost države za čine organov s tem, da je prezumiral soudeležitev naroda, moderni nauk pa naslanja to odgovornost na razmerje organstva. Da je pri tem identiteta volje organov in države, kakor si jo predstavlja teorija, ravno taka fikcija kakor Grotova, o tem se naj tukaj dalje ne razpravlja.

O podanikih, ki niso organi države, zatrjuje teorija, da ti mednarodne krivice »storiti ne morejo«, da je zasebnik kot tak »nezmožen, da bi storil mednarodno krivico«, da se dejanja zasebnikov, ki nasprotujejo mednarodni obveznosti, »morajo smatrati kot mednarodnopravno nerelevantna«; ker so pa

¹¹ Revue Générale, XIII, 286, 291, 298.

¹² Schoen, l. c. 43; prim. tudi str. 35: »Die Verletzung einer völkerrechtlichen Norm kann nur durch staatliches Handeln bewirkt werden.« — Slično Strupp, 46: »Die bisherigen Untersuchungen haben gezeigt, daß eine Haftung des Staates... nur immer Haftung für eigenes Tun oder Unterlassen ist.« — Hall-Higgins, A treatise on international law (1907), str. 226 s., pravi sicer, da je »prima facie a state of course responsible for all acts or omissions taking place within its territory by which another state or the subjects of the latter are injuriously affected«, vendar pa smatra za evidentno, »that its (sc. of the state) responsibility varies much with the persons concerned«.

pravno nerelevantna, tudi »n i m o g o č e«, da bi bila država za nje odgovorna.¹³

Kot dokaz za to, da so dejanja zasebnikov mednarodno pravno nerelevantna, se navaja, da se mednarodnopravna norma adresira (*»richtet sich«*) le na državo, da »morejo« subjekti mednarodnega prava biti le države, radi česar »individuuum kot tak niti ni dolžan, da bi se držal predpisov mednarodnega prava.«¹⁴ Tudi s to argumentacijo se ni treba tu baviti, ker se da neutemeljenost teze, ki jo zastopa teorija, dokazati tudi na podlagi njenega osnovnega pojmovanja o veljavi in obveznosti mednarodnega prava.

28. — Z naziranjem, da more (ker princip kauzalitete to zahteva) država biti le za lastne čine odgovorna, pa zabrede teorija v nasprotje s prakso, ker le-ta nikakor ni mnenja, da so dejanja zasebnikov pravno brez pomena.

Zahtevam pozitivnega prava misli teorija ugoditi po dolžnosti, o kateri je H. Grot povdarjal, da je p o n a j v e č k r a t (*maximum usum habet*) vzrok »prehoda« krivice podanika na zajednico, namreč dolžnosti voditeljev, krivična dejanja podanikov preprečiti, oziroma kaznovati. To dolžnost si

¹³ Anzilotti, *Revue Générale*, XIII, 298: »Les actes accomplis par des individus ne sauraient jamais constituer une violation du droit des gens, parceque ce droit ne concerne que les Etats: il n'est dès lors pas possible qu'un Etat soit responsable du fait des individus, lequel est indifférent au point de vue du droit international. — Strupp, l. c.: »Eine völkerrechtswidrige Handlung kann... von Privatpersonen nicht verübt werden (str. 23). »Einzelpersonen als solche sind nicht fähig, eine völkerrechtswidrige Handlung zu begehen« (str. 35). »Die Handlung des (Privat-) Individuum muß völkerrechtlich als irrelevant erscheinen« (str. 32). Prim. tudi Schoen, l. c. 36. — Ullmann, *Völkerrecht* (2 izd. 1908): Odgovornost za čine državnih organov »erscheint in psychologischer und rechtlicher Beziehung durchaus als eigene Verantwortlichkeit des Staates selbst. Die Willensakte der in Vertretung des Staates handelnden Personen stellen sich als Willensakte des Staates selbst dar, den folgemäßig die volle Verantwortung trifft« (str. 148). Dejanje zasebnika pa »hat für sich keinerlei formell internationale Bedeutung« in morejo tak pomen »nur durch das Medium des Staates« dobiti. »Folgemäßig können Handlungen der hier in Frage stehenden« (Privat-)personen auch nicht unmittelbar völkerechtliche Wirkungen äußern« (str. 149).

¹⁴ Anzilotti, l. c., str. 5: L'individu, en cette qualité, n'est pas tenu à l'observation des règles du droit international.

zamisli teorija kot »splošno dolžnost« in pravi: država sicer ne more odgovarjati za čine zasebnikov, ker to niso čini države, ali vsaka država je dolžna zasigurati drugim državam gotovo zadržanje (*une certaine conduite*) svojih podanikov. V mednarodnem pravu obstoji norma, ki na splošno nalaga državam dolžnost, da »povrede tuje države«, storjene »po svojih organih kakor po svojih podanih«, preprečijo in eventuelno kaznujejo.¹⁵ Na ta način misli teorija, da je problem mednarodne krivice, storjene po zasebnikih, rešila docela. Država sicer ni odgovorna za čin zasebnika, ki je pravno nerelevanten, pač pa zato, da ta pravno »nerelevanten« čin prepreči in ga kaznuje.¹⁶

Jasno se vidi razlika, ki jo v tej točki moderna teorija kaže napram Grotovemu nauku. Grotu je služila predpostavljena dolžnost organov, preprečiti krivična dejanja zasebnikov, kot konstruktivni pravni pripomoček, da se z ozirom na princip kauzalitete izvrši »prehod« krivice zasebnika na zajednico; ta je pa bila, ako se dejanje ni preprečilo, za dejanje samo odgovorna. Pri moderni teoriji pa zadobi ta predpostavljena dolžnost bistveno drug pomen. Pri krivičnih dejanjih organov odgovarja v smislu teorije država za krivično dejanje samo. Če je pa »povredi tuje države« autor zasebnik, potem država ne odgovarja za »povred«, ampak za nekaj drugega, namreč za to, da je podvzela proti povredi mere, ki jih more tuja država »po pameti« pričakovati, in dalje za to, da storilca kaznuje, ki je storil krivico kljub tem meram. Ako država dokaže, da je podvzela mere, in da je storilca

¹⁵ Anzilotti, l. c. 298: »Mais chaque Etat est internationalement tenu d'assurer aux autres Etats une certaine conduite de la part des individus sujets à son autorité. — Schoen, l. c. 33: »Sodann gibt es aber auch eine völkerrechtliche Norm, die in allgemeiner Weise die Staaten zum Handeln verpflichtet; es ist dies der Grundsatz, daß jeder Staat verpflichtet ist, die Verletzungen eines anderen Staates durch seine Organe wie durch seiner Gewalt unterworfenen Private zu verhindern und eventuell zu bestrafen.«

¹⁶ Ideja pravne obveznosti, preprečiti ali kaznovati pravno »nerelevantne«, to je pravno brezpomembne čine, je že sama po sebi čudna. Ako je čin mednarodna krivica, potem ni nerelevanten; ako pa ni mednarodna krivica, potem ne more biti predmet obveznosti, da ga je treba preprečiti in kaznovati.

kaznovala, potem v smislu teorije o kaki odgovornosti države sploh ne more biti govora.

Tudi je bila predpostavljena dolžnost države Grotu le eden izmed načinov, po katerih postane država za krivice zasebnikov odgovorna. V moderni teoriji je pa ta način edini, po katerem pride krivično dejanje zasebnika mednarodno sploh v poštev.

29. — Navadno se v literaturi predpostavljena dolžnost države, krivična dejanja zasebnikov preprečiti in kaznovati, imenuje *indirektna odgovornost* države, med tem ko se odgovornost za krivične čine državnih organov, ki je torej odgovornost za čin sam, imenuje *direktna odgovornost*.¹⁷

Oppenheim¹⁸ rabi drugačno terminologijo ter tudi stvarno nekoliko drugače razločuje. On govori o *original* (originarni (prvotni) in *vicarious* (namestni) odgovornosti. Prva je »odgovornost države za svoja lastna dejanja« (*responsibility borne by a State for its own actions*); druga pa je odgovornost za čine, ki niso lastni čini države (*responsibility of States for acts others than their own*).

K dejanjem, za katera velja *original responsibility* šteje Oppenheim »dejanja vlade in takšna dejanja nižjih organov ali zasebnikov, ki so storjena na povelje ali z dovoljenjem vlade.«¹⁹ K činom, ki spadajo pod *vicarious responsibility*, pa računa »pred vsem neautorizirana krivična dejanja organov, podanikov in tudi takih tujcev, ki bivajo začasno v teritoriju države.«²⁰ *Tertium comparationis* za razločevanje je torej »autorizacija vlade.«

Anzilotti in njemu sledeč Schoen pa odklanjajo uporabo izraza »indirektna« odgovornosti, če gre za proti-

¹⁷ Liszt, Das Völkerrecht (1918), str. 177, Ullmann l. c. 148, Hershey, Essentials of international law (New York 1912), str. 161 ss. ter autorji, navedeni pri Struppu, l. c., str. 32, op. 2.

¹⁸ International Law (1912), I. § 149 ss.

¹⁹ »The responsibility borne by a State for its own: that is its Government's actions and for such actions of the lower agents or private individuals as are performed at the Government's command or with its authorisation.«

²⁰ »Namely, certain unauthorised injurious acts of their (sc. states) agents, of their subjects, and even of such aliens as for the time living within their territory.«

pravne čine zasebnikov, češ da tu sploh nobene odgovornosti za čin zasebnika ni. V kolikor je pa država odgovorna za izpolnitev dolžnosti, da čin zasebnika prepreči ali kaznuje, je to odgovornost države za svoje dejanje in spada v okvir direktne odgovornosti.

Izraz indirektne odgovornosti se pridržuje le za primere, v katerih je država »zares« (*véritablement*) odgovorna *pour fait d'autrui*, kakor n. pr. pri odgovornosti zvezne države za čine poddržave ali države-pokroviteljice za čine protežirane države. Zakaj v teh primerih odgovarja država za čine, ki »v resnici niso njeni, ampak tuji čini, tako da trpi vse mednarodne posledice teh činov.«²¹

30. — Važnejše kakor to terminologično je pa vprašanje, kako teorija meritorno posmatra pravni položaj mednarodne krivice, storjene po organih in zasebnikih.

Tukaj pride pred vsem v poštev, da je po teoriji položaj, v katerem se nahaja država napram krivičnim dejanjem zasebnikov vedno in brezizjemno isti, in da je vedno in brezizjemno drugačen kakor položaj napram krivičnim dejanjem, storjenim po državnih organih.

Po teoriji je pravni položaj države napram činom organov in zasebnikov označen s tem, da je odgovornost države za čine zasebnikov vedno in brezizjemno le indirektna in da direktna (to je za čin sam) nikdar ne more biti. Nasprotno pa je odgovornost države za čine organov načeloma direktna, to je odgovornost za krivičen čin sam.

V tem se kaže prvič odločilna važnost, ki jo ima za teorijo vprašanje storilca krivičnega dejanja.

Nauk moderne teorije o mednarodnem deliktu je v glavnem nauk o osebah, za katere odgovarja država. Za odgovornost države po teoriji ni odločilno dejanje, ampak oseba, ki ga stori, ali je ta oseba organ ali pa zasebnik. Odgovornost države po teoriji »ne sloni na stvarni, ampak na osebni podlagi, ne odnos k dejanju, ampak k onemu, ki ga stori, povzroča odgovornost države.«²²

²¹ Anzilotti, *Revue Générale*, XIII, 286, 298 ss., Schoen, l. c. 40 ss.

²² »Die Verantwortlichkeit des Staates ruht nicht auf sachlicher, sondern auf persönlicher Grundlage, nicht eine

»Obe vrsti odgovornosti« se razločujete po svojih »pravnih učinkih.«²³

Odgovornost ene vrste je »polna odgovornost«, ki obstoja pred vsem v dolžnosti odškoditve. Odgovornost druge vrste pa obstoja »v glavnem« v tem, da »se autorja povrede pripravi, da poravna škodo, in da se ga eventualno kaznuje.«²⁴

Pri krivicah, storjenih po zasebnikih, je po tej teoriji država odgovorna za to, da ukrene odredbe proti izvršenju krivice in da kaznuje storilca, ako odredbe, »ki so pa po obsegu in značaju navadno prepuščene njeni odločitvi« niso imele uspeha. *Beide Haftungsmöglichkeiten können zusammenfallen, beide können aber auch überhaupt nicht gegeben sein, wenn der Staat sowohl Vorkehrungen getroffen hatte, die man von ihm erwarten durfte, wie auch gegen den Täter eingeschritten ist.*²⁵ *Hat also der Staat die erforderlichen Vorbeugungsmaßregeln getroffen und schreitet er gegen das trotz dieser einen anderen Staat verletzende Individuum rechtzeitig ein, so entsteht für ihn eine Haftung aus völkerrechtswidrigem Handeln überhaupt nicht. . . . Die Tat des Individuums löst, welchen Schaden sie dem anderen Staat auch zufügen, welches Rechtsgut sie verletzen mag, stets dieselbe Pflicht des Aufenthaltsstaates aus, gegen das Individuum einzuschreiten, und nur diese.*²⁶

Praktična važnost tega naziranja je očividna. Ako je dolžnost države, spoštovati tuje državno ozemlje, in ako zasebne bande (komitadji) vdirajo vanje, tam ropajo,

Beziehung zur Tat, sondern zum Handelnden macht den Staat verantwortlich.« (Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, str. 348.) — Ullmann, l. c., str. 148.

²³ Ullmann, l. c., str. 148: »Die Gesamtheit der hier in Betracht kommenden Tatbestände (ki utemeljujejo državno odgovornost) läßt eine Doppelgruppierung zu, auf welcher die Unterscheidung zweier Arten von Verantwortlichkeit ruht«; str. 150: »Der Unterschied der unmittelbaren und mittelbaren Verantwortlichkeit äußert sich in den rechtlichen Wirkungen.«

²⁴ Ullmann, l. c., str. 148 s, Liszt, Völkerrecht (1918), str. 179.

²⁵ Strupp, l. c., str. 34.

²⁶ Schoen, l. c., str. 39.

plenijo, požigajo in uganjajo druga nasilstva, potem je država, če je ukrenila proti vdiranju mere (o katerih pa odloča po svojem prevdarku!), in če je (seveda po svojih zakonih) zločince kaznovala in obsodila na povrnitev škode, vsake nadaljne odgovornosti prosta, ne gledé na to ali so oropani prebivalci dobili odškodnino ali ne. Ako bi pa bili isto dejanje storili uslužbenci države, bi državo zadela »polna odgovornost«.

b) Kritika temeljne teze moderne teorije.

31. — Nauk, ki se je označil v prejšnjih odstavkih, je iz istega razloga zgrešen, ki se je že naglašal: vprašanje, za čigava dejanja in nedejanja je država odgovorna, se ne rešuje na podlagi obveznostne norme, ampak *a priori* stično.

Teorija izhaja iz činjenice, da so v narodu ljudje, ki so organi države in taki, ki niso organi, ter pravi: ako je oseba, ki je »povredila tujo državo«, organ, je država odgovorna, ako pa ni organ, ampak zasebnik, država ni odgovorna, dá, sploh odgovorna biti ne more.

S tem naukom pride teorija v navskrižje z zahtevo, da je treba vprašanje krivice, ki je vendar juridičen problem, rešavati na podlagi pravnih norem; potem greši proti načelu enotnosti države, ker istoveti državo z njenimi organi; slednjič stoji njen nauk v nasprotju s pozitivnim pravom in je teorija prisiljena tudi tukaj pripuščati široke izjeme.

Čisto priprost prevdarek nam pravi: ako je država prevzela dolžnost brez pridržka, je tudi brez pridržka odgovorna za izpolnitev ali neizpolnitev dolžnosti. Če se glasi dolžnost le tako, da ima država trdnjavo porušiti, ali da trdnjave ne sme zgraditi, pride za dejanski stan krivice, in s tem za odgovornost države le dejstvo v poštev, da se trdnjava ni porušila ali da se je trdnjava zgradila. Vprašanje, kdo je storilec dejanja, ki nasprotuje dolžnosti, sploh ne more nastati.

Pač pa nastane to vprašanje, ako obveznostna norma sama zahteva dejanje ali nedejanje določene osebe. V tem primeru je oseba, ki naj stori dolžno dejanje, konstitutiven element dolžnosti in krivice. Dolžnost je tedaj

izpolnjena, če je baš določena oseba prestirala dolžno dejanje. Tako dejanje se prišteva državi za izpolnitev; če se pa dolžno dejanje ni prestiralo po določeni osebi, se ta dejanski stan prišteva državi za neizpolnitev, torej za kršenje dolžnosti; kajti pravica destinaterja dolžnosti gre na dejanje določene osebe in obvezanec ima dolžnost, prestirati dejanje po določeni osebi.

Že to kaže, kje tiči ključ za rešitev vprašanja, za čigava dejanja (nedejanja) je država odgovorna. On tiči v obveznostni normi. Vprašanje je rešeno v obveznostni normi.

Država je (direktno) odgovorna za dejanje in nedejanje onih oseb, za katerih dejanje in nedejanje se je v normi zavezala. Za zadržanje vseh drugih oseb pa država ne odgovarja, ker tako določene obveznosti ni sprejela.

Ako je državi naložena obveznost, da imajo vse njej podrejene osebe prestirati napram tuji državi izvestno zadržanje, potem je država (direktno) odgovorna, če zadržanje katerekoli osebe nasprotuje zadržanju, ki ga imajo tuji državi prestirati vsi podaniki zavezane države.

Ako je pa državi naložena obveznost, ki zahteva izvestno zadržanje le določenih oseb (naj so to zasebniki ali organi, in naj so te osebe individualno ali generalno določene), je država (direktno) odgovorna le za kontradiktorno zadržanje teh oseb.

Osebe, katerih dejanja (nedejanja) se imajo prištevati državi za izpolnitev ali neizpolnitev dolžnosti, so kot nujna determinanta obveznosti vnapred določene v obveznostni normi.

32. — Po pravici ugovarja teorija naziranju nekaterih pravnikov, ki menijo, da more država le po dejanjih (nedejanjih) izvestnih kategorij organov storiti mednarodno krivico²⁷, ter se pozivajo na to, da tvori država na

²⁷ Po Lisztu (str. 177) n. pr. pridejo za mednarodno krivico le dejanja državnih organov v poštev, ki so za mednarodno zastopstvo postavljeni, namreč državni poglavar, zunanji minister, diplomatični in konzularni zastopniki ter za časa vojne tudi vojni poveljniki. Drugi pravoslovci pripisujejo zopet le »višjim« organom »zmožnost« deliktčnega dejanja.

zunaj pravno enoto, da mednarodno pravo »gleda« na državo le kot na enoten pravni subjekt.²⁸

Tudi mnenje nekaterih pravnikov, da država za dejanja (nedejanja) zakonodajnih organov ne more biti odgovorna, se pobija z načelom enotnosti države na zunaj, češ da kot nosilec mednarodnih pravic in dolžnosti »pride država vedno le kot taka v poštev.²⁹ Istotako se odgovornost države za akte pravosodja utemeljuje s tem, da »v mednarodnih odnošajih nastopa država vedno kot enota.«³⁰

Ako je torej treba državo v mednarodnih odnošajih vpoštevati vedno le kot enoto, mora to veljati tudi pri činih zasebnikov, s katerimi se krši mednarodna obveznost. Če pa porazdelitev naroda v skupino organov in skupino zasebnikov, ki je ravno tako stvar »notranjega državnega reda« kakor porazdelitev organov v zakonodajne, pravosodne in upravne, velja teoriji kot načelni kriterij za meddržavno odgovornost in če teorija gledé ene teh kupin trdi, da je za njena dejanja mednarodna odgovornost države načeloma nemogoča, potem greši ravno tako proti načelu enotnosti države, kakor če se zatrjuje, da država

²⁸ Strupp, l. c., str. 37: »Denn der Staat erscheint nach außen als Einheit, als Ganzes.« — Anzilotti, l. c.: »Le droit international, en effet, ne concerne que l'Etat envisagé comme tel, dans son unité« (292). Les règles du droit international s'adressent aux Etats comme tels et les regardent dans l'unité qui dérive de leur qualité de sujets des droits et des devoirs qu'elles établissent.« (293). — Prim. Schoen, l. c., 50.

²⁹ Schoen, l. c., 82: »Demgegenüber ist zu beachten, daß als Träger völkerrechtlicher Rechte und Pflichten stets nur der Staat als solcher in Betracht kommt. Ist dem aber so, so hat er völkerrechtlich auch einzustehen für die Handlungen aller seiner Organe, ohne Rücksicht auf die Stellung und Macht, welche dem betreffenden Organ nach der innerstaatlichen Ordnung zukommt.« — Sliéno Strupp, l. c., 64

³⁰ Schoen, l. c., 85: »Auch bei Beurteilung der Haftung des Staates aus Akten der Rechtspflege ist zu beachten, daß der Staat im völkerrechtlichen Verkehr stets als Einheit auftritt.« — Anzilotti, l. c., 24: »Vis à-vis des autres Etats les jugements ne sont que des actes de l'Etat, pareils à ceux qui émanent du pouvoir législatif ou du pouvoir administratif. L'Etat n'a pas devant lui les organes des autres Etats avec leurs diverses fonctions, mais les Etats eux-mêmes qui manifestent leur volonté ou déploient leur activité aux moyens de leurs organes. — Prim. Strupp, l. c., 70.

sicer odgovarja za čine administrativnih, ne pa zakonodajnih ali pravosodnih organov. S takim naziranjem se podaniki, ki niso organi, izločujejo kot nujen in biten del državne enote ter se istoveti državo z njenimi organi.

33. — Ako teorija zastopa mnenje, da »more« država odgovarjati le za »svoja lastna dejanja«, in da »morejo« kot lastna dejanja države veljati le dejanja organov, nikakor pa ne dejanja zasebnikov, potem zamenjava juridičen in fizičen položaj.

Prvič ne vpoštevata, da se to, kaj je smatrati za dejanje države, ne določa po zakonu fizičnega povzročevanja, da je kategorija »lastno dejanje države« le izraz za pravno relacijo države k fizičnemu dejanju kakoga človeka.

Ako je država le ideja, le »pojmovna abstrakcija«, kakor Strupp sam zatrjuje³¹, potem je jasno, da se more govoriti pri državi o »njenem lastnem dejanju« v edno le v pravnem in nikdar v fizičnem smislu, in da s stališča fizičnega motrenja država tudi pri organih odgovarja le za »tuje« dejanje in nedejanje.

Drugič pa teorija ne vpoštevata, da ima pravna norma popolno svobodo, fizično dejanje (nedejanje) katerekoli osebe in torej tudi dejanje (nedejanje) zasebnika všteti državi (ali sploh kateremukoli pravnemu subjektu) v pravno dobro (izpolnitev obveznosti) ali v pravno zlo (kršitev obveznosti).³²

Da je problem mednarodne odgovornosti države istoveten s problemom, da se izvestna človeška dejanja (nedejanja) državi vštevajo (*imputer, zurechnen*) v krivico, o tem

³¹ L. c. str. 35: »Denn der Staat ist eine begriffliche Abstraktion.«

³² Glej o tem temeljna izvajanja Kelsena, v »Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Tübingen 1911), in v razpravi »Über Staatsunrecht« (Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, herausgegeben von Grünhut, 40. zvezek, 1914, str. 1—114). Minister odgovarja za ustne izjave odsotnega monarha, podjetnik za dejanja delavcev, lastnik ladje za dejanja brodarjev na morju. Tudi za naravne dogodke more človek po normi biti odgovoren, n. pr. za to, da je padel kamen raz streho, da je pes koga ugriznil. Država ima v svojih podjetjih nebroj delavcev, ki se ne smatrajo za organe, katerih dejanje se pa vendar všteta državi v izpolnitev ali v kršitev pravnih obveznosti, ki jih ima.

med pravniki ni dvoma.³³ Nejasnost obstoja le v tem, kakšni so pogoji tega vštevanja (prištevanja), oziroma katera dejanja se »morejo« državi všteti v krivico.³⁴

Če se zatrjuje, da zasebnik »ni zmožen« storiti mednarodne krivice, ter da njegova dejanja »morajo ostati mednarodno nerelevantna«, potem se s tem zatrjuje, ali da mednarodna obveznostna norma nima nikdar vsebine, proti kateri bi mogel zasebnik grešiti, ali pa, da mednarodna norma dejanja zasebnika ne more prištevati državi v izpolnitev ali neizpolnitev njene obveznosti. Kar se prvega tiče, nam kaže vsakdanja skušnja vse polno mednarodnih obveznosti, proti katerim zasebniki *de facto* grešijo.

Kar se pa drugega tiče, sicer ni uvideti, zakaj bi bila ravno mednarodna norma izključena od zmožnosti, ki jo imajo pravne norme sploh. Vendar je treba, da to točko po teoretični in praktični strani natančneje preiščemo.

34. — Ako bi bila teza resnična, da je država odgovorna le za dejanja organov, potem bi bilo s tem rečeno, da je o r g a n s k a k v a l i t e t a onega, ki naj stori dolžno dejanje,

³³ Glej n. pr. Anzilotti, *Revue Générale*, XIII, 285 ss; Strupp, l. c., 35 ss. — Diena, *Principi*, I, 441, pravi, za mednarodno odgovornost je potrebno: »a) una violazione delle norme del diritto internazionale, avvenuta mediante b) un atto o una serie di atti imputabili allo Stato medesimo.«

³⁴ V razpravi »Über Staatsunrecht« postavlja Kelsen načelo, da država v notranjem pravu ne more storiti krivice, in da je odgovornost države za dejanja organov vedno odgovornost za tujo krivico ali tujo krivdo; to pa radi enotnosti državne volje, ki je v določanju in izvrševanju pravnega reda ista. Jaz pristanem na to stališče, ne uvidim pa potrebe drugačne konstrukcije glede mednarodne krivice države. Kelsen pravi, da se država glede mednarodne krivice nahaja v istem pravem položaju, kakor juristične osebe (str. 99), ki pa po njem, dasi se morejo kakor država tudi le po organih vdejstvovati, odgovarjajo za svojo krivico (str. 27). Jaz mislim prvič, da odgovornosti juristične osebe za protipravne čine organov ni treba pravno drugače pojmovati, kakor odgovornost države za protipravne čine državnih organov. Zakaj, tudi za juristično osebo velja princip enotnosti volje in je tudi, kakor Kelsen sam naglašja, organsko razmerje pri juristični osebi in državi isto (str. 32, 103). Drugič pa po mojem mnenju ni potrebno, postavljati za mednarodno krivico države drugega načela; to pa iz razlogov, ki jih navajam v odst. 59. Prednost take konstrukcije obstoji v tem, da omogoča enotno pojmovanje odgovornosti jurističnih oseb sploh in to v mednarodnem, kakor v državnem pravu.

konstitutiven element vseh mednarodnih dolžnosti države. Nastane torej vprašanje, ali nalaga mednarodna obveznostna norma zares državi le take dolžnosti ali prišteva državi le tako kvalificirana krivična dejanja.

Pred vsem je opomniti, da pridejo pri mednarodnih delikih kot storilci krivičnega dejanja praktično le osebe v poštev, ki ali po državljanstvu ali pa po bivanju v državnem ozemlju spadajo pod pravni red države, torej v tu- in inozemstvu se nahajajoči organi in v tuzemstvu se nahajajoči zasebniki (državljeni in tujci).³⁵

35. — Na vprašanje, katere dolžnosti ima država le po svojih organih izpolniti in pri katerih je torej organska kvaliteta storilca pogoj mednarodne krivice, je odgovoriti, da so to one dolžnosti, katere obveznostna norma tako determinira. Norma lahko dolžnost katerekoli vsebine tako določi, da se ima prestirati dolžno dejanje le po določenih osebah, torej eventualno le po organih, oziroma po določenem organu. Obveznost bi se lahko glasila, da je treba vsoto, ki jo država dolguje, izplačati tuji državi le po določeni državni blagajni (ne pa po kaki banki), da ima država železnico zgraditi le po državnih tehnikih itd.

K rednim obveznostim, pri katerih je organski značaj autorja bistven element obveznostnega določila, pa spadajo obveznosti, ki se nanašajo na ustvarjanje pravnih norem in pa na uporabljanje pravnih norem na konkreten dejanski stan. Te obveznosti, katerih najbolj praktična vsebina je dajanje zakonodajne, sodne in administrativne pravne zaščite, so edine obveznosti, ki jih more država načeloma izpolnjevati ali kršiti le po svojih organih.

Ako je država dolžna, da izda zakon ali naredbo, tiči v tem napotilo (spredaj odst. 11) na pravni red države glede oseb, ki imajo izvršiti dolžno dejanje.

Tudi obveznosti, ki merijo na uporabljanje (primenjanje) pravnega reda na konkretne dejanske položaje, vse-

³⁵ Iz tega vzroka država ni odgovorna za gusarje, ki so svojo domovino zapustili, in je rešitev, ki jo Grot v tem vprašanju daje (lit. II, c. 17, § 20) pravilna: *nonnulli eorum res amicorum rapuissent desertaque patria mari vagarentur ac ne revocati quidem redirent.*

bujejo napotilo na kompetentne državne organe.³⁶ Ako se nanašajo obveznosti države na razsojo pravnih sporov na pobiranje davkov, carin in drugih pristojbin, na pripuščanje k pridobivanju lastnine na nepremičninah ali k izvrševanju obrti, ali na to, da se kdo pritvori, da se pritegne k vojaški službi, da se mu naložijo vojne rekvizicije, da se hudodelec izroči itd., potem tiči v vseh takih obveznostih določilo, da morajo dejanje, na katero meri obveznost, izvršiti osebe, ki imajo po pravnem redu zmožnost, take akte pravomočno vstvarjati. Ti akti so le tedaj razsodba, pritvoritev, obdačenje, rekvizicija itd., če jih storijo v pravnem redu določeni organi.

K dolžnostim, ki se nanašajo na ustvarjanje in uporabljanje pravnega reda, spada tudi dolžnost, v kateri se izčrpa po mnenju teorije vsa odgovornost države za krivična dejanja zasebnikov, to je dolžnost, »preprečiti in kaznovati povrede«, ki jih utrpi tuja država. Dajanje preventivne in represivne pravne zaščite obstoja v izdajanju pravnih norm ter v tem, da policijski, sodni in upravni organi uporabljajo pravni red na konkreten primer preteče ali izvršene »povrede«.

Obveznost države glede ustvarjanja in uporabljanja pravnega reda zahteva, ali da se pravni akt stori ali pa opusti. Ako se naj stori, nastane vprašanje, kateri izmed raznih organov države ima čin storiti, da bo čin sploh veljaven.

Obveznosti, nanašajoče se na pravni red države, pa lahko merijo tudi na opustitev: država naj ne izda zakona, ki bi n. pr. ne priznaval ravnopravnosti veroizpovedanj ali naj ne uporablja norme na kak konkreten primer, n. pr. naj ne kliče diplomatičnega zastopnika pred sodišče, naj ga ne pritvori, naj ga ne obdači. V teh primerih veli norma, da se sploh ne smejo vršiti čini, ki bi bili po pravnem redu zakon, ali pozivanje na sodišče, ali pritvoritev, ali obdačenje.

³⁶ Ako govorim tu in v naslednjem o uporabljanju pravnega reda, ne rabim tega izraza v onem širokem smislu, po katerem je nazadnje vse pravilno dejanje države uporaba (realizacija) pravnega reda; ampak v mislih imam one specifične pravne čine, ki so ravno s tem označeni, da jih morejo pravomočno vstvarjati le določene osebe in v določenem postopku, in da služijo pred vsem pravni zaščiti subjektov.

V vseh navedenih primerih je država (direktno) odgovorna za dejanje in nedejanje svojih organov, ker je po mednarodni normi sprejela obveznosti, ki merijo na dejanje (nedejanje) organov. Ker more država dolžnosti, ki se nanašajo na ustvarjanje in uporabljanje pravnega reda, kršiti le po svojih organih, se lahko ta kršenja mednarodne dolžnosti z isto pravico nazivajo specialni organski delikti, kakor se to godi n. pr. v kazenskem pravu glede zlorabe uradne oblasti.

36. — Pri dolžnostih pa, ki ne merijo na ustvarjanje ali uporabljanje pravnega reda v svrhu pravne zaščite, organski značaj avtorja načeloma ni konstitutiven element dolžnega ali krivičnega dejanja. Pri takih dolžnostih je brezpomembno, ali jih država izpolni po organih ali zasebnikih. Če je treba izplačati svoto denarja, porušiti ali zgraditi trdnjavo, prevoziti kako blago, pride le v poštev, ali se je to zgodilo ali ne. Pri takih obveznostih za mednarodni defekt sploh ni razlike med organom in zasebnikom.

K dolžnostim, pri katerih je organski ali neorganski značaj storitelja krivice brez pomena, spadajo n. pr. vse dolžnosti, ki zahtevajo izvestno zadržanje od vseh pravnemu redu države podrejenih oseb, n. pr. da je treba opuščati vpade v tuje državno ozemlje, da se ne sme spremeniti naravno odtekanje obmejnih vodá, da je treba armadi, ki prehaja čez državni teritorij, dajati pomoč, da se ne sme preprečiti ali onemogočiti vhoda ali prehoda tujih državljanov, tujega blaga, tujih ladij, da se ne sme žaliti tuja država itd.

Ako je prevzela država take dolžnosti brez pridržka, je tudi brez pridržka odgovorna za kršitev, naj je že avtor dejanja (nedejanja) organ ali pa zasebnik (pravna oseba, železniška družba). Država je v takem slučaju odgovorna za krivično dejanje kot tako, ali so bili pri vpadu v tuje ozemlje udeleženi le zasebniki, ali le organi, ali zasebniki in organi skupaj. In država je odgovorna za krivičen čin sam, ali se je naravno odtekanje obmejne vode spremenilo ob sodelovanju ali brez sodelovanja in eventualno proti volji organov. Zadržanje organov in zasebnikov ima v takih slučajih za vprašanje mednarodnega delikta isto pravno vrednost: odgo-

vornost države je »polna« odgovornost, naj je storilec krivičnega dejanja organ ali pa zasebnik.

Ako mirovne pogodbe³⁷ določajo, da obrežne države ob rekah, ki so internacionalizirane, ne smejo ustvarjati naprav, ki bi mogle ovirati plovbo, ni dvoma, da je za odgovornost države brez vsakega pomena, ali so tako napravo napravili njeni organi ali pa zasebniki.

Haška konvencija o običajih in zakonih vojskovanja določa v čl. 40. in 41., da sme država proti državi, ki je kršila sklenjeno premirje, takoj zopet započeti sovražnosti. Ako bi pa »privatna oseba iz lastnega nagiba« kršila premirje, potem ima država, kateri pripada zasebnik, ne le krivca kaznovati, ampak tudi poravnati storjeno škodo.³⁸

Če je država brez pridržka dolžna, *to preserve peace and good order along the transite route*, je tudi v »polnem obsegu« odgovorna za škodo, ki se je tujim državljanom storila po katerikoli osebi.³⁹

Po določilu mirovne pogodbe med Avstrijo in aliiranimi državami (čl. 44) so elektrarne na avstrijskem ozemlju dolžne, da tudi naprej zalagajo občine in druga podjetja, ki so prešla pod italijansko oblast, z električnim tokom. Ako bi elektrarne ustavile zalaganje, bi bila Avstrija za ustavitev kot tako odgovorna, ne pa zato, ali je podvzela mere proti ustavitvi in ali je kaznovala podjetnika. Kajti pravica Italije gre na dobavo električnega toka, in ta dobava, oziroma zalaganje, je predmet obveznosti, ki jo je Avstrija sprejela.

Ako bi se v teh in drugih takih primerih hotelo misliti, da je država odgovorna le za preprečitev in represijo, potem bi se spremenila vsebina dolžnosti, ker bi se nekaj substituiral, na kar ne meri. To bi bila slična metatezis, kakor če bi podjetnik, ki je oddal slabo delo, odgovarjal destinaterju dolžnosti: jaz odgovarjam le za to,

³⁷ Versailles-ska pog., čl. 337, St. Germain-en-Laye-ska pog., čl. 298. in druge.

³⁸ Schoen, l. c., 38, op. 4. vidi v tej določbi le izjemo od pravila, da država ne more odgovarjati za dejanja zasebnikov, toda kakor dostavlja, izjema potrjuje pravilo!

³⁹ Strupp, str. 106, op. 1.

da slabo delo prepričim in delavca kaznujem; prepričati slabega dela nisem mogel, torej sem delavca kaznoval.

Sicer nam pa praksa kaže mnogobrojne primere direktne odgovornosti za čine zasebnikov.⁴⁰

37. — Pravica destinaterja gre na to, da država prestira dejanje, ki je predmet obveznosti; to dejanje je tudi merilo, po katerem se presoja, ali se je obveznost izpolnila ali ne. Teorija pa postavi na mesto tega dejanja neko drugo dejanje, ki se z dolžnim dejanjem ne da primerjati — namreč dejanje, da se ukrenejo preventivne mere, s katerimi se naj prepriča kontradiktorno dejanje zasebnika (»katerih značaj in obseg pa načeloma določa zavezana država sama«⁴¹) in da kaznuje zasebnika.

S takim naziranjem teorija zamenja meritorno vsebino obveznosti s sredstvi, katerih se more država posluževati, da zasigura izpolnitev obveznosti; na vprašanje kaj?, odgovarja z vprašanjem kako? To, kar zavezana država ukrene, da izpolni svojo dolžnost ter da izbegne odgovornosti, ki bi jo sicer njeni organi in podaniki z zadržanjem, ki dolžnosti nasprotuje, nakopičili na njo, so čisto interne stvari države zavezanca, ki tujo državo ne interesirajo in po pravici niti interesirati ne smejo. Le če predpisuje norma sama taka sredstva, pridejo mednarodno-pravno v poštev.

Praksa nam tudi kaže, da se mednarodne obveznostne norme navadno omejujejo na določitev dolžnosti same in

⁴⁰ Gl. n. pr. slučaj nizozemske ladje *Anna* iz l. 1895 in slučaj francoske ladje *Prosper & Corin* iz l. 1896, ki so jih marokanski gusarji napadli in oropali (*Revue Générale de droit intern.*, IV, 424 ss). V obeh slučajih se je smatrala Turčija za odgovorno za storjeno krivico. Isto se je zgodilo, ko so l. 1905 turški gusarji oropali italijansko ladjo na arabski obali »Le gouvernement turc s'est ainsi reconnu responsable des actes de piraterie commis par ses sujets dans le voisinage de ses côtes« (*Revue Générale*, XII, 563). Prim. dalje slučaj, ko so v Djeddah beduini napadli konzule tujih držav, za kar je tudi Turčija odgovarjala (*Revue Générale*, II, 625).

⁴¹ Strupp, I. c. 34: »Er (der Staat) haftet wegen Verletzung der Pflicht nicht schon dann, wenn diese Vorkehrungen nicht getroffen wurden (deren Art und Umfang ihm regelmäßig überlassen sind), sondern erst dann, wenn, weil sie nicht getroffen wurden, der fremde Staat verletzt ist.«

da te dolžnosti v notranjem pravnem redu navadno niso garantirane po posebnih sankcijah.⁴²

To je velike važnosti. Če postavlja država v svojih zakonih sankcije, s katerimi hoče nagibati organe in zasebnike k zadržanju, ki odgovarja mednarodni dolžnosti, potem so to norme, o katerih država i glede njihove vsebitve i glede njihove vsebine odločuje popolnoma samostojno. In te sankcije se nikakor ne smejo istovetiti s pravnimi posledicami, ki jih ima neizpolnitev dolžnosti za državo. Velika zmeta je, če se brez pridržka zatrjuje, da se država s tem, da uveljavi napram organu ali zasebniku omenjene sankcije, osvobodi svoje mednarodne odgovornosti. Posledice kršenja mednarodne dolžnosti niso v autonomnem pravu države, ampak v mednarodnem pravu določene in njih uveljavljanje ne zavisi od zavezane, ampak od upravičene države. Upravičena država ima popolno svobodo, presoditi vrednost teh autonomnih sankcij. Ona more, ali nikakor ni dolžna smatrati te sankcije za zadostno zadoščenje storjene krivice.

Tudi iz praktičnih ozirov je teza, po kateri je pri krivičnih dejanjih zasebnika država odgovorna le za prevencijo in represijo, nevzdržljiva. Država, ki si je v pogodbi izgovorila kako dejanje zasebnika, bi nikdar ne bila sigurna, da se bo to dejanje v resnici realiziralo. Neposredno država dejanja ne more izterjati, država zasebnika je pa po teoriji vsake odgovornosti prosta, če je ukrenila mere, »ki jih more tuja država pričakovati« in če je dotičnika kaznovala.

38. — Seveda se zdi, da zastopniki te teorije sami nimajo poguma, docela izvajati te konsekvence. Tako pravi Schoen, da ima država v slučaju, ko je dejanje zasebnika »vstvarilo kak položaj, ki žali tujo državo«, poleg

⁴² Po pravici povdarja Anzilotti (Revue Générale, XII, str. 26), da je načeloma prepuščeno državi določiti, kako in s katerimi sredstvi hoče zasigurati izpolnitev mednarodnih dolžnosti, ker bi se sicer moralo globoko posegati v notranjo organizacijo države. Radi tega so »les commandements du droit international assez indéterminés; ils doivent indiquer le résultat à obtenir, tout en laissant à l'Etat le choix des moyens propres à l'atteindre. — Tudi Strupp, str. 116, naglaša, da so sankcije, ki jih autonomne norme ustanavljajo za kršenje mednarodne dolžnosti, nedostadne.

kaznitve poskrbeti tudi za odstranitev tega položaja.⁴³ Slično naglašja Strupp, da šteje med pravne posledice mednarodne krivice *restitutio in integrum*; ta pa obstoja v »obveznosti države«, v postaviti prejšnji stan, »in sicer brez ozira na to, ali se je mednarodni delikt izvršil po mediumu zasebnika ali ne.«⁴⁴ Oppenheim in Ullmann pravita, da indirektna odgovornost le v glavnem (*chiefly, der Hauptsache nach*) obstoja v tem, da se storilca kaznuje in obsodi na odškodnino. Oppenheim celo povdarja, da je ta odgovornost lahko *wide, unlimited and unrestricted* ter da more vsebovati popolno popravilo krivice. Tudi Hershey meni, da zahtevajo krivice, storjene po zasebnikih, »primerno zadoščenje in popravilo.«⁴⁵ Iz tega izhaja, da teorija sicer v protislovju s svojim izhodiščem vsaj v nekaterih primerih, tudi pri krivičnih dejanjih zasebnikov priznava odgovornost države za krivično dejanje kot tako, in da svoje temeljne teze ne more vzdržati.

II.

39. — Da teorija premosti brezno, ki si ga je vstvarila s tezo, da so vsa dejanja zasebnikov mednarodno nerelevantna, si konstruira splošno dolžnost države, da je treba »povrede tuje države« preprečiti, oziroma kaznovati in misli, da je s tem docela rešila deliktični problem, v kolikor pridejo v poštev dejanja zasebnikov.

Nedvomno more imeti država tudi obveznost, da izvestna dejanja zasebnikov prepreči in eventualno kaznuje. Ali iz tega še ne sledi, da je to edini mogoči pravni položaj države napram krivičnemu dejanju zasebnikov v državi.

⁴³ L. c. str. 72: »Daß er (der Staat) den Verletzer (sc. zasebnika) zu bestrafen und, wenn durch dessen Handlung ein den fremden Staat verletzender Zustand geschaffen ist, für die Beseitigung dieses zu sorgen hat.«

⁴⁴ L. c. str. 209.

⁴⁵ Essentials of international public law (New York 1912), str. 162: »For an international delinquency of this sort (sc. zasebnika) due satisfaction and reparation should also be made. But the punishment of the offenders or payment of an indemnity to those injured is usually deemed a sufficient satisfaction in these cases.«

Drugič se pa taka obveznost prav nič ne razlikuje od katerekoli druge obveznosti in ne stoji z deliktčnim problemom v nobenem specifičnem koneksu, ampak je obveznost kakor vsaka druga obveznost države.⁴⁶ Obveznost more na iste načine nastati, kakor vse druge, ter stoji kakor vse druge pod isto splošno sankcijo mednarodne represije. Razlikuje se od drugih le po svoji konkretni vsebini. Tudi tedaj taka obveznost ni v nobeni nujni zvezi s problemom krivice, če pride kot modaliteta »prijeteljske poravnave« (spredaj odst. 4.) v poštev, potem ko se je v razmerju med dvema državama dogodila mednarodna krivica. Obveznost, storilca kaznovati, je le ena mnogobrojnih modalitet, s katerimi se more vprašanje odgovornosti države za delikt sporazumno »likvidirati«, ne da bi bilo treba uporabljati sredstva mednarodne represije.

Tretjič pa ima taka obveznost lahko tudi vsebino, da je treba preprečiti in kaznovati krivično dejanje organa. S tem pa izgubi ta obveznost sposobnost, da bi mogla služiti kot nek *specificum* ravno pri krivičnih dejanjih zasebnikov.

40. — Dolžnost, preprečiti in kaznovati dejanje zasebnikovo, je le del splošnega problema ustvarjanja in uporabljanja pravnega reda v svrhu pravne zaščite (spredaj odst. 35.). Konkretni položaji, ki pridejo tukaj v poštev, so lahko zelo različni. Nikakor ni treba, da bi dejanja, ki jih je preprečiti ali kaznovati, morala biti vedno »povrede tuje države«. Udeleženci pri konkretnem dejanskem stanju, so lahko tuja država sama⁴⁷, tuji podaniki, pa tudi lastni državljani; po največkrat pa gre za zaščito tujcev pred nezakonitimi čini zasebnikov (pa tudi organov). Tudi norma, ki jo je v danem slučaju uporabljati, je lahko mednarodna ali pa autonomna norma.

⁴⁶ To priznava tudi teorija. Anzilotti (Revue Générale, XIII, 289) poudarja, da kaznitev zasebnika ni »manifestacija ali učinek odgovornosti države«, ampak izpolnitev obveznosti, ki ima »son fondement naturele«, kakor pravi, v pravici države nad osebami, ki bivajo na njenem ozemlju.

⁴⁷ N. pr. ako je treba razsoditi spor o nepremičnini, ki jo ima tuja država v ozemlju, ako je treba izvesti kazensko postopanje radi razžalitve tuje države.

Toda ob vsej raznolikosti, ki jo morejo kazati posamezni primeri, vedno meri dolžnost le na to, da se ustvarijo potrebne norme in da se na dejanski stan uporabi (primeni) norma, ki pride v poštev, in sicer, kakor se je spredaj dognalo, po osebah, ki so po pravnem redu za to postavljene in na katere obveznostna norma napotuje. Dolžno dejanje, ki ga ima država prestirati, obstoji v tem, da zakonodajni, policijski, sodni in administrativni organi, vsak v svojem delokrogu, storijo to, kar je v smislu norme za preprečitev ali kaznitev dejanja potrebno. In le to je dolžnost države in le za izpolnitev te dolžnosti je država odgovorna. Ni pa država odgovorna za čin zasebnika ali organa, ki ga ima preprečiti in kaznovati.

Bernska konvencija z dne 9. septembra 1886. n. pr. določa, da uživajo inozemski avtorji za svoja literarna in artistična dela iste pravice, ki jih domači zakoni prisojajo domačim avtorjem (čl. 2). Mednarodna obveznost države je v tem, da uporablja (primenja) na inozemski proizvod zakone, ki veljajo v državi za zaščito domačih proizvodov, da torej dopušča, da sme inozemski avtor »pred domačimi sodišči preganjati nedovoljeno ponarejanje tujega proizvoda« (čl. 11), in da ob danih pogojih izreče zasego ponarejenega umotvora (čl. 12, 13). To je dolžnost države, in le za izpolnitev te dolžnosti je država odgovorna, ne pa za to, da je kdo v državi umotvor ponaredil in s tem kršil zakon, ki prepoveduje nedovoljeno ponarejanje.

Ravno tak je položaj države, če se stori proti tujcu dejanje, ki je po splošnem kazenskem zakonu prepovedano. Če ni določeno nič posebnega, ima država po mednarodni normi napram tujcu le dolžnost, da uporablja tudi njemu v korist svoj pravni red. Država ni odgovorna za to, da je bil tujec ubit, naj je že ubijalec zasebnik (domačin ali tujec) ali pa oseba, ki stoji v organskem razmerju k državi. Pač pa je odgovorna za to, če se ni uporabil pravni red, to je, če prisotni policijski organ tujca ni branil pred ubojstvom, ali če se proti ubijalcu ni postopalo kakor veli zakon, bodisi da se kazensko postopanje sploh ni uvedlo, bodisi da se ni tako izvedlo, kakor pravni red to zahteva i glede kaznitve i glede odškodnine.

V navedenih dveh primerih je krivično dejanje determinirano z napoltilom mednarodne norme na autonomni pravni red države (spredaj odst. 11).

Isto velja pa tudi, ako je država dolžna zabraniti ali kaznovati dejanja, ki so v mednarodni normi sami determinirana. Mnogokrat je pri tem državi prepuščeno, da sme (povsem ali v gotovih mejah) določiti tudi represivna sredstva, ki jih je uporabljati.

To vidimo n. pr. pri dejanjih, ki jih razni kazenski zakoni poimenujejo kot »splošne delikte proti mednarodnemu pravu«: trgovanje s sužnji, gusarstvo (pomorsko razbojništvo), poškodovanje podmorskih kabeljnov itd.

Pogodba o zaščiti podmorskih kabeljnov z dne 14. marca 1884 proglašča v čl. 2., 5., 6. pretrganje in poškodovanje kabeljnov ter druga dejanja za »kaznjiva dejanja, ne da bi se pri tem kratila dolžnost, povrniti škodo.« Obenem nalaga državam dolžnost, (čl. 12), da »ukrenejo mere, ali da stavijo svojim zakonodajam predloge, ki so potrebni, da se pogodba izvrši, posebno pa še, da tiste, ki bi kršili določbe čl. 2., 5., 6., kaznujejo s kaznimi na svobodi ali v denarju, ali z obema.« Dalje se v pogodbi določa, da so za postopanje »sodišča tiste države kompetentna, kateri pripada ladja, na kateri se je storilo kaznjivo dejanje« (čl. 8), da ima kaznjivo dejanje preganjati »država sama« (čl. 9), da naj bo »sodno« postopanje tako »kratko, kakor to le zakoni in predpisi dopuščajo« (čl. 11). Tu je dolžnost države v tem, da ugotovi za krivični učin, kakor ga mednarodna norma determinira, kazensko sankcijo, in da v primeru, ko se je kaznivo dejanje zgodilo na ladji, ki plove pod njeno zastavo, izvrši po sodiščih in na določen način kazensko ter civilno-pravno postopanje. Za to, da se to zgodi, je država odgovorna, in sicer ne gledé na to, ali je ladja zasebna ali državna ladja; ne odgovarja pa za odškodnino, ki jo ima morda plačati zasebna ladja.

Isto strukturo imajo pogodba z dne 6. junija 1882 o policijskem urejanju ribolova v Severnem morju, pogodba z dne 6. novembra 1887, s katero se prepoveduje ribičem prodajati spirituozne pijače, in druge pogodbe.

V vseh teh primerih je v smislu mednarodne obveznostne norme država odgovorna le za to, da ustvarja pravo, ki ga

zahteva mednarodna norma, in da to pravo uporablja ob preteči ali storjeni krivici.

Ni pa s tem rečeno, da bi država nikdar ne bila odgovorna za čin sam, ki ga je storil zasebnik s kršenjem mednarodne ali autonomne norme. Kdaj da pride ena ali druga alternativa v poštev, z avisi edino le od vsebine obveznostne norme.

41. — To velja tudi glede nezakonitih činov, s katerimi se žalijo pravice tujcev, ki se nahajajo v državi. Ali je država odgovorna za nezakonit čin sam, ali pa le za prevarico in represijo, se ne da odločiti na podlagi apriorističnih načel, kakor če se zatrjuje⁴⁸, da gre tujcem ravnopravnost (*Gleichstellung*) z domačini, ali da se s tujci »ne more ali ne sme bolje ravnati« kakor z domačini, »da je ravnopravnost z domačini maksimum tega, kar dovoljuje država pripadnikom tuje države.«⁴⁹ Ali velja to ali ono, se mora ugotoviti, in sicer z ozirom na dotičen konkreten primer, šele na podlagi pravnega razmerja, ki velja med obema državama.⁵⁰

Po istih vidikih je treba tudi razrešiti vprašanje, zakaj je država odgovorna, če tujci ob notranjih nemirih

⁴⁸ Strupp, l. c. 118.

⁴⁹ Kako neutemeljene so take trditve, nam kaže pozitivno pravo. V enem pogledu morejo tujci biti »na slabšem«, v drugem pa »na boljšem« (vojaške obveznosti). Sploh so pa kategorije »boljši« in »slabši« nejuristične. Govoriti se da le o tem, ali velja za tujca in domačina ista norma ali pa veljajo različne norme. Vprašanje je, ali tvori državljanstvo, oziroma tujinstvo, konstitutiven element (determinanto) norme ali pa ne.

⁵⁰ Regelsperger (Revue Générale, IV, 1897, str. 735 ss) kritizira razsodbo, s katero je v *Costa-Rica-Packet*-primeru M. F. de Martens odločil, da je Nizozemska odgovorna za to, da so njena sodišča krivično (zmota o meji obrežnih vodá) pritvorila kapetana ladje, češ, ko bi kapetan bil Nizozemec, »il n'aurait pas pu élever une prétention à une indemnité. Comme étranger aurait-il plus de droits?... Il est, pour nous, hors de doute que la responsabilité des gouvernements envers les étrangers ne peut, en droit, être plus grande que celle que ces gouvernements ont à l'égard de leur propres citoyens.« Regelsperger ne upošteva, da je Nizozemska kršila mednarodno obveznost, ker je čeprav pomotoma storila čin, ki bi ga ne smela storiti, za kar je mednarodno odgovorna. Seveda je v takem položaju tujec v toliko »na boljšem« kakor domačin, da se more pozivati na kršenje mednarodne obveznosti.

in neredih trpijo škodo na življenju in svojem imetju.⁵¹ Tudi tu je vprašanje določiti na podlagi konkretnega pravnega razmerja, ki velja med državama. Ako ni nič posebnega določeno, je misliti, da mednarodna norma napotuje na avtonomni pravni red. Ako ni posebne mednarodne obveznosti, velja načelo, da se tujec, ki stopi na ozemlje tuje države, poda pod pravni red te države, kakor je; zakaj, iti v tujo državo ne znači nič drugega, kakor »iti pod pravni red« tuje države.⁵²

42. — Dolžnost, preprečiti in kaznovati izvestna dejanja, se lahko nanaša tudi na dejanja, ki jih storijo organi in ki nasprotujejo ali normam, ki nalagajo splošne ali pa normam, ki nalagajo specifične organske dolžnosti. Posebno praktičen primer, ki pride tu v poštev, je, da organ stori navaden delikt (*délit de droit commun, gemeines Delikt*). Če je po pravnem redu, ki ga je uporabljati v smislu mednarodne norme, tatvina in uboj, ponarejanje tujega umetniškega proizvoda, poškodovanje podmorskega kabeljna vsem osebam prepovedano, ki spadajo pod pravni red države, velja to tudi za osebe, ki imajo organski značaj. Postalni praksi odgovarja država le za represijo (za kaznitev in za obsodbo, da se poravna škoda), če organi store na vaden delikte: če so njihova nezakonita dejanja *plainly outside of their authority and not incidental to their functions*, če so se storila iz osebnih, privatnih nagibov (*in personal malice, by private malice*), če so organi očitno postopali izven svojega delokroga (*acting out of the range not only of their real but of their apparent authority*).⁵³ Država n. pr. ni odgovorna za dejanje kot tako, če je sodnik pobegnil z denarjem, ki je bil deponiran na sodišču, če je organ stranko iz osebne

⁵¹ Prim. o tem Schoen, l. c. str. 76 ss, Strupp, l. c. str. 102 ss.

⁵² Razzodniški izrek v slučaju Cotesworth and Powell (citarin pri Schoenu, str. 75): »Strangers should obey the laws of the place, and in return for such obedience, they are intitled to the protection of the laws. All disputes, therefore, between themselves or between them and the natives, should, where such provision is made, be determined by the tribunals, and according to the laws of the place.«

⁵³ Glej primere pri Strupp, l. c. 42 s.

zlobnosti ubil⁵⁴, če so oficirji vojnega brodovja, zasidranega v tuji luki, napadli na kopnem, izven službe in v pijanosti, stražo obrežne države⁵⁵, če so železniški nastavljenji in policijski organi (izven službe) navalili na konzulat⁵⁶, če je vojak brez povelja iz osebnega nagiba ubil človeka.⁵⁷ V vseh teh primerih odgovarja država le za to, da se uporablja proti organu pravni red, to je, da se postopa proti njemu kakor proti vsakemu zasebniku, ki je storil isto krivico. Zakaj, z dolžnostjo preprečiti in kaznovati nezakonite čine zasebnikov kakor organov, država ni sprejela odgovornosti za nezakonite čine kot take.

Pač pa odgovarja država za taka dejanja (ne-dejanja) organov, s katerimi se krši dolžnost države, dajati preventivno in represivno pravno zaščito, ali sploh uporabljati pravni red, bodisi da je organ zaščito (uradni čin) kratkoma odrekel (*déni de justice, Justizverweigerung*), bodisi, da je ni nudit tako, kakor to (neposredno ali posredno) določa mednarodna norma.⁵⁸ Zakaj s tem se je kršila dolžnost, ki jo po obveznostni normi država v istini ima.

Včasih utegne biti dvomljivo, ali je organsko dejanje službena funkcija ali pa dejanje, ki z organsko službo nima ničesar opraviti, ki je morda navaden delikt. Kraj, čas, okolnosti dejanja dajejo merilo za odločitev, posebno tudi če je organ postopal po nekem določenem redu ali ne. Če bi se n. pr. organ polastil osebe in jo v svojem stanovanju ali kje drugod držal zaprto, ne da bi pri tem sploh vpošteval kako

⁵⁴ Killing by an officer in personal malice of a defendant in a civil proces... is to be considered as the personal act of the officer for which the Government is not answerable. (Odločba drž. tajnika Bayarda z dne 1. junija 1885, cit. po Strupp, str. 42, op. 6.)

⁵⁵ Primer britske vojne ladje Forte (Revue Générale de droit intern., XII, 1905, str. 646).

⁵⁶ Revue Générale, IV, 269.

⁵⁷ Acts committed by soldiers or persons connected with the army without orders from their superiors in command do not compromise a government. The government is not responsible for collateral misconduct of individual soldiers dictated by private malice.

⁵⁸ Prim. k temu spodaj § 12.

formalno postopanje, potem bi tako dejanje ne moglo priti kot pritvoritev, ampak kot svojevolsjna utesnitev osebne svobode v poštev.⁵⁹

Slednjič je še omeniti, da za normo nikakor ni nobene zapreke, da tudi navadne delikte organov vračuni državi sami, kakor se bo to pozneje videlo.

Iz vsega pa izhaja, da tudi za obveznost države, krivična dejanja preprečiti in kaznovati, razlika med organom in zasebnikom nima nobenega načelnega pomena.

c) Izjeme, ki jih pripušča teorija pri svoji temeljni tezi.

I.

43. — Pokazalo se je že (odst. 38.), da teorija ne more dosledno izvajati vseh konsekvenc iz teze, po kateri bi bila država odgovorna le za čine državnih organov.

Teorija je pa prisiljena svojo tezo za celo vrsto primerov očitno popustiti.

Že argumentacija, s katero hoče odgovornost države za čine samoupravnih teles, ki se ne da tajiti, spraviti v sklad s svojo tezo, je le navidezna in fiktivna. Za čine samoupravnih teles (občin, autonomnih kolonij, kolonijalnih družb) odgovarja po teoriji država pred vsem v stvareh, v katerih se država poslužuje samoupravnega telesa za upravljanja »državnih poslov«, to je torej v stvareh takozv. prenešenega področja. »Prav nič drugače pa ni tam, kjer«, kakor pri pobiranju občinskih davkov ali pri izvrševanju krajevne policije, »samoupravno telo postopa v lastnem imenu in iz lastne avtoritete, kjer torej dejanja samoupravnega telesa niso dejanja države,

⁵⁹ V tem smislu je odločila mešana komisija v primeru, ki ga navaja Strupp, l. c. 42, op. 6: »The detention of the boy appears to have been a wanton trespass committed by the governor under no colour of official proceedings, and without any connection with his official duties.« Vsled tega komisija ni smatrala, da je država odgovorna za čin guvernerja.

ampak lastna dejanja.«⁶⁰ Zakaj, take zadeve so sicer »pojmovno lastne zadeve« (*begrifflich eigene Angelegenheiten*) samoupravnega telesa, ali vendar jih je treba smatrati za »oblastvene zadeve« (*obligatorische Angelegenheiten*), »ker slonijo na delegaciji države«. Trditev, da je država odgovorna za dejanja, ki »niso dejanja države«, je pač gotovo težko v sklad spraviti s temeljno tezo, da more država odgovarjati »le za lastna dejanja«, in da so lastna dejanja le dejanja državnih organov. To se zdi tem težje, če se pomisli, da teorija pod organom razumeva individuje, ki juristično nimajo od države ločene osebnosti, ampak ki so »ž njo zlite v eno jedinico« (*in eins verschmolzen sind*)⁶¹, in ki vsled tega pač ne morejo postopati ne »v lastnem imenu« in ne »iz lastne autoritete«.

Ako izhajamo iz obveznostne norme, je stvar čisto enostavna. Ako je dolžnost države v tem, da se storijo ali opustijo dejanja, ki spadajo po pravnem redu v področje samoupravnih teles, je država seveda odgovorna za dejanja in nedejanja samoupravnih teles. Ako se po normi, ki velja za državo, tuji poslanik ne sme pritvoriti ali obdačiti, ima država izpolnjevati to dolžnost po vseh tistih, katerim po pravnem redu pristojna pravica pritvarjanja in obdačevanja, torej tudi po samoupravnih telesih, v kolikor so ta za pritvarjanje in obdačevanje poklicana. (Prim. odstavek 35. proti koncu.)

II.

44. — Teorija pa nazadnje svojo tezo očitno popusti. To stori pri odgovornosti države za čine tuje države in za nekompetentne čine državnih organov. Že prej (odst. 29.) se je omenilo, da priznava teorija terminus »indirektna odgovornost« za primere, v katerih gre v resnici za odgovornost države za tuje dejanje (*une véritable responsabilité à*

⁶⁰ Strupp, l. c. 89: »Nicht anderes aber liegt es, wie schon Triepel richtig hervorgehoben hat, dort, wo ein Selbstverwaltungskörper in eigenem Namen und kraft eigener Autorität handelt, wo also die von ihm vorgenommenen Handlungen nicht Staatshandlungen, sondern eigene Handlungen sind.« V stvari enako Schoen, 98.

⁶¹ Strupp, l. c. str. 36.

raison du fait d'autrui). Tak primer je po soglasnem mnenju teorije dan pri odgovornosti za dejanja držav, ki se nahajajo v razmerju odvisnosti od druge države (zvezna država, protektorat).⁶² S tem je pa temeljna teza moderne teorije že zapuščena, ter je priznana, da ji ne gre vrednost znanstvene spoznavnega principa.

III.

45. — Pa tudi v kolikor pridejo nekompetentni čini državnih organov v poštev, je teorija primorana popustiti svojo tezo.

Po soglasnem mnenju teorije vodi teza, po kateri more država odgovarjati le za svoja dejanja, z »logično nujnostjo« do zaključka, da država ne more biti odgovorna za čine organov, ki jih ti storé izven svoje kompetence. Vsled tega so nekateri pravniki zares mnenja, da je treba vse nekompetentne čine organov smatrati tako, kakor bili čini zasebnikov, in da torej država odgovarja le za prevencijo in represijo.

Večina pravnikov se pa vendar ne more sprijazniti s takim naziranjem, češ da »hudo nasprotuje pozitivnemu pravu«. *Eine lange und kontinuierliche Praxis*, pravi Schoen, »beweist, daß die Staaten sich im völkerrechtlichen Verkehr für kompetenz- und auftragswidriges Verhalten ihrer Organe ebenso verantwortlich halten, wie für Verletzungen, die ihre Organe durch kompetenzmäßiges Handeln verursacht haben. In den bekanntgewordenen Fällen ist regelmäßig der Staat, dessen Organ einen anderen Staat durch kompetenzwidriges Handeln verletzt hat, von diesem auf Gewährung voller Genugtuung, insbesondere auch auf Schadenersatz in Anspruch genommen und hat solche anstandslos gewährt.⁶³ Vsled tega se smatra kot »n e d v o m n o m e d

⁶² Anzilotti, *Revue Générale* XIII, 300 ss., Schoen, l. c. 100 ss, Strupp, l. c. str. 109 ss.

⁶³ L. c. 45. Ravno tako Anzilotti, l. c. str. 289: Néanmoins, un principe admis par l'usage constant des nations veut que l'Etat soit internationalement responsable des actes dommageables accomplis par ses agents même si ces actes... ont dépassé la compétence desdits

narodno pravo«, da je država odgovorna za nekompetentna dejanja svojih organov.

Pravno si teorija to odgovornost tolmači na ta način, da si za one nekompetentne čine, ki se sploh »morejo« smatrati za »državne funkcije«, ali ki so sploh čini »državnega življenja«, konstruira, *praesumptio juris et de jure*, da jih je organ storil v okviru svoje kompetence, ali pa da fingira, da država »garantira za vse osebe, ki imajo organski značaj.«⁶⁴

V kolikor je pa po posameznih določbah država tudi za drugačne nekompetentne čine organov odgovorna, nima teorija za take določbe nobene pravne razlage, ter jih smatra za primere, ki so ustanovljeni *ex rationibus peculiaribus*.

46. — Ob takem položaju bi bilo torej treba popolnoma zavreči tezo, ki je očevidno napačna. Teorija pa tega ne stori, ampak posmatra prikazni, ki se ne dajo spraviti v sklad z aprioristično tezo, za izjeme, ki jih je uvedlo pozitivno pravo »le (!) iz vzrokov primernosti in smotrenosti.«⁶⁵ Kajti »primerno je in tudi interes sigurnosti mednarodnega občevarja nujno zahteva«, da odgovarja država za nekompetentne čine organov.⁶⁶

Nadalje se teorija nekako tolaži s tem, da se tudi za notranje državno pravo glede odgovornosti države »na podlagi razmerja med državo, njenimi organi in podaniki« ne da ugotoviti odgovor, ki bi se moral smatrati za »logično nujni«.

agents.« — Die na, Principi, parte I, 444 s., priznava sicer tudi odgovornost za nekompetentne čine organov ali »una responsabilità, quantunque di minore grado«, ki ima svoj vir v analognem pravnem razmerju, kakor quasi-delikti civilnega prava. Država je za nekompetentne čine odgovorna »per motivi corrispondenti a quelli pei quali in diritto privato i committenti devono rispondere degli atti compiuti dai loro commessi nel esercizio delle loro incombenze.«

⁶⁴ Glej Strupp, l. c. str. 43 ter v op. I, str. 44. navedene autorje (Anzilotti, Ansaldo, Schoen).

⁶⁵ Ker gre tukaj za »dolgo, nepretrgano, stalno prakso«, se niti ne da pozivati na rek, da »izjema potrjuje pravilo«.

⁶⁶ »Nur aus solchen Billigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen läßt der geltende Völkerrechtssatz sich erklären, eine logische Konsequenz des Umstandes, daß der Staat nur durch seine Organe handelnd auftritt, oder des Verhältnisses dieser zum Staat ist er nicht«. (Schoen, l. c. str. 48.)

S to argumentacijo je le toliko povedano, da tudi teorija autonomnega državnega prava ne izpolnjuje svoje naloge. Vsaka znanstvena teza je le v toliko upravičena, v kolikor v resnici izraža načela, ki so konkretizirana v pozitivnem pravu. Teza pa, ki je očevidno napačna, je brez znanstvene vrednosti, ter je škodljiva. In če dalje tudi veda državnega prava glede odgovornostnega problema ni zasnovala teorije, ki ne bi prišla v nasprotje z zakoni logike, je temu vzrok baš to, da tudi ona ne izhaja iz obveznostne norme, ampak, da kakor veda mednarodnega prava skuša rešiti problem na podlagi »odnošajev med državo, njenimi organi in podaniki«, to je torej po vidikih, po katerih je i Grot in naravopravna struja hotela priti do rešitve.

47. — Pravoslavci, ki sploh priznavajo, da je država odgovorna za nekompetentne čine organov, ločijo te čine v take, ki se »morejo smatrati za državne funkcije«, in take, ki ne spadajo »v sfero državnega življenja«. ⁶⁷

Le za čine prve vrste je po njihovem mnenju odgovornost države mogoča; pri činih druge vrste pa (n. pr. tatvini, uboju) more država le na isti način odgovarjati, kakor pri dejanjih zasebnikov, to je, le za prevarico in represijo.

Nekateri pravoslavci se pa tudi pri činih prve vrste spuščajo v substilna razlikovanja, ki so jim za odločitev vprašanja merodajna. K tem pravoslavcem spada n. pr. Strupp. Po njem je država (direktno) odgovorna le za taka nekompetentna krivična dejanja, ki jih je organ »po svoji pristojnosti sploh mogel storiti in ki jih je storil na način, ki kaže, da jih je storil kot organ«⁶⁸; v primerih pa, v katerih je organ »vršil druge državne funkcije, kakor take, za katere je pristojen«

⁶⁷ Strupp, l. c. 42: »Handlungen, die sich überhaupt nicht als staatliche qualifizieren lassen.« — Schoen, l. c. 48, op. 11: »Handlungen eines Organträgers, die außerhalb der Sphäre des Staatslebens liegen und daher nicht einmal als staatliche Handlungen erscheinen.«

⁶⁸ L. c. str. 42: »Soferne die betreffende Handlung nach Maßgabe ihrer (sc. der Organe) Zuständigkeit überhaupt von ihnen begangen werden konnte und in einer Weise begangen wird, die sie als Organe erscheinen läßt.« —

(n. pr. davčni uradnik pritvori diplomatskega zastopnika)⁶⁹, odgovarja država le za preprečitev in represijo.

Glede tega nauka je treba načeloma ugotoviti, da si z mednarodnega stališča (in le s tega stališča se more presojati vprašanje mednarodne odgovornosti države) kakršnegakoli »kompetentnega« krivičnega dejanja ne moremo misliti.

V dolžnosti države tiči ravno negacija pravice k dejanju, ki bi nasprotovalo dolžnosti. Če pa država nima pravice, je tudi noben organ ne more imeti. Ako pa noben organ ni »kompetenten«, da stori »krivično« dejanje, je tudi vse razlikovanje med »kompetentnimi« in »nekompetentnimi« krivičnimi čini organov za mednarodno odgovornost brezpomembno.

Ako pa kljub mednarodni obveznosti v pravnem redu formalno obstoja kompetenca (dolžnost in pravica) organa k protiobveznemu dejanju, je to le vsled tega, ker država v nasprotju s svojo dolžnostjo ni izdala potrebnega izvršilnega ukaza. Ali to dejstvo, ki je že samo za sé kršenje obveznosti, ne more biti kriterij za odločitev vprašanja, ali in kako je država odgovorna za neizpolnitev dolžnosti. Kakor ne more biti dolžnosti h kršenju dolžnosti, tako ne more biti krivica podstava za presojo, kaj je pravica.

Sicer je pa tudi s praktičnega stališča popolnoma jasno, da o vprašanju mednarodne odgovornosti ne morejo odločati subtilne distinkcije, ki slonijo izključno na določilih autonomnega prava, o katerih po svoji volji odloča država zavezane.

Za tujo državo je povsem nerelevantno, ali je njenega diplomatičnega zastopnika pritvoril sodnik ali pa davčni uradnik in ali je bil državni blagajnik, ki je odklonil izplačati tuji državi dolžno vsoto, v to po notranji zakonodaji upravičen ali ne. Tuja država bo po vsej pravici odklonila diskusijo, ki predpostavlja minucijozno preiskovanje vsega notranjega službenega reda države. Po vsej pravici se bo držala le dejstva, da se je storil čin, ki bi se ne bil smel storiti, ter

⁶⁹ L. c. str. 42: »Wo Staatsorgane andere staatliche Funktionen ausüben als die, zu denen sie überhaupt berufen sind.«

da ji dolguje diplomatsko imuniteto ali izplačilo svote država, ne pa ta ali oni sodnik ali pa ta ali oni uradnik.⁷⁰

Kakor se je že povdarjalo, pride kompetenca kot konstitutiven element krivice le v toliko v poštev, v kolikor obveznostna norma sama napotuje na kompetenčna določila. Ako pa obveznostna norma ne zahteva dejanja le določene ga organa (izplačilo dolžne svote) ali ako zahteva opustitev organskega čina sploh (pritevritev diplomatskega zastopnika), vprašanje kompetence sploh ne nastane.⁷¹

48. — Kar se pa slučaja tiče, da je organ storil dejanje, ki kakor kraja ali uboj sploh ni državna funkcija, se je že ugotovilo (odst. 42.), da pri takih dejanjih ni načelne razlike med organom in zasebnikom in da je tudi pri takih dejanjih le od obveznostne norme odvisno, ali je država za krivičen čin sam ali pa le za prevecijo in represijo odgovorna. Če norma tako veli, je država tudi za navadne delikte organov (in zasebnikov) odgovorna.

Ker »more« po teoriji država odgovarjati izključno le za čine organov, in sicer za take čine, ki morejo veljati za državne funkcije, si teorija tudi nikakor ne more tolmačiti primerov, v katerih je po pozitivni normi država za navadne delikte organov (in zasebnikov) odgovorna. To kažejo preglavice, ki jih teoriji delajo določbe kakor n. pr. ona v čl. 3. IV. haške konvencije iz l. 1907 o zakonih in običajih vojskovanja na kopnem. Po tej določbi

⁷⁰ Dobro je ta misel izražena v izjavi ameriškega državnega tajnika Bayarda (pri Struppu, str. 73, op. 3): »As a sovereignty we cannot inquire by what municipal agency of Mexico the wrong was done. To us the Government of Mexico is a unit and responsible for whatever wrongs either of its several departments may inflict upon us.« Prim. tudi kar pravi, Anzilotti, citirano zgoraj, str. 51, op. 30.

⁷¹ S pridržki, ki se nanašajo na tezo, da država odgovarja le za »svoje dejanje«, v obče pravilno tolmači pomen kompetenčnih predpisov Anzilotti, če pravi: Au point de vue du droit international tout acte accompli par un agent de l'État en cette qualité doit être regardé comme étant un acte de l'État lui-même: les règles du droit interne qui bornent la compétence des agents n'ont pas de valeur, dans les rapports internationaux (seveda če mednarodna norma ne napotuje na nje), pour permettre à l'État de se soustraire à la responsabilité. (Revue Générale, XIII, 292.)

je država »odgovorna za vsako dejanje«, ki bi je storil katerikoli pripadnik njene vojske proti pravilom o vojskovanju na kopnem.⁷² Pri tem ni nobene razlike, ali je bil oficir ali vojak po normah svoje države za dejanje kompetenten ali ne in tudi ni razlike, ali se prikazuje dejanje kot akt pravnega vojskovanja, to je kot »državna funkcija« ali pa kot navadni rop in plenitev.

Za one čine, ki bi jih vojak »sploh kot organ mogel storiti«, si pomaga n. pr. Strupp z uže zgoraj omenjeno *praesumptio juris el de jure*.⁷³ Za odgovornost za rop in plenitev pa sploh ne more dati nobene pravne razlage.

Za teorijo pa, ki skuša ugotoviti mednarodni delikt na podstavi obveznostne norme in ki spoznava, da more norma vračunati državi vsako dejanje ter sploh katerikoli dejanski stan, ne tvorijo določbe, kakor čl. 3. haške konvencije prav nobenega problema.

č) Zaključki.

49. — Mi pridemo torej do sledečih zaključkov:

1.) Vprašanje, za čigava dejanja (nedejanja) je država odgovorna, je rešeno v obveznostni normi. Le obveznostna norma, ne pa dejstvo, da je storilec krivičnega dejanja državni organ ali pa zasebnik, je odločilna za rešitev vprašanja. Razlikovanje med organi in zasebniki vsled tega ne more služiti kot temeljni vodilni vidik pri zasnivanju nauka o mednarodnem deliktu. Tak nauk je teoretično zgrešen in nasprotuje pozitivnemu pravu.

2.) Organska kvalifikacija sloni izključno na autonomnem pravnem redu države ter pride za mednarodno krivico le v toliko v poštev, v kolikor mednarodna norma sama napotuje na njo.

⁷² La partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement, sera tenu à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée.

⁷³ Gl. str. 44: »Die Vermutung, daß ein Organ kompetenzmäßig handle, ist hier (sc. v slučaju, da je čin tak, da spada »v sfero državnega življenja«, n. pr. če policist koga pritvori) zu einer praesumptio juris et de jure verstärkt. Der gleiche Gedanke liegt nun auch zunächst der Haftung für Soldaten im Kriege gemäß Art 3 der IV. Haager Konvention zugrunde.«

3.) Mednarodna norma more prištevati državi k a t e r o k o l i dejanje (nedejanje) organa ali zasebnika kot tako (direktna odgovornost države); mednarodna norma pa more glede v s a k e g a takega dejanja (nedejanja) prištevati državi tudi le prevencijo in represijo (indirektna odgovornost). Niti v enem, niti v drugem pogledu ni načelne razlike med organi in zasebniki.

Naziranje, da more država odgovarjati le za čine organov, nikdar pa ne za čine zasebnikov in da je pri činih zasebnikov le odgovornost za prevencijo in represijo možna, je neutemeljeno. Le od obveznostne norme je odvisno, ali je v konkretnem primeru pri krivičnem dejanju organa in pri krivičnem dejanju zasebnika odgovornost direktna ali indirektna.

4.) Država odgovarja (direktno) za čine o r g a n o v pri dolžnostih, ki jih ima v smislu norme izpolniti po organih, in za čine z a s e b n i k o v pri dolžnostih, ki jih ima izpolniti po zasebnikih.

Katere dolžnosti spadajo v eno in katere v drugo vrsto, to določa obveznostna norma.

Dolžnosti prve vrste so načeloma one dolžnosti, ki merijo na vstvarjanje in uporabljanje pravnega reda v svrhu pravne zaščite. Pri teh dolžnostih je organski značaj autorjev konstitutiven element dolžnega in krivičnega dejanja in so kršenja teh dolžnosti specialni organski delikti.

Pri vseh drugih dolžnostih pa razlika med organskim in zasebnim položajem ne igra načelne vloge, ter je država odgovorna za čin organa ali za čin zasebnika, kakor to izhaja iz obveznostne norme.

5.) Pa tudi pri dolžnosti, ki meri na preprečitev in kaznitev določenega dejanja (nedejanja), nima razločevanje med organi in zasebniki nobenega n a č e l n e g a pomena; ta dolžnost se more nanašati na dejanja organov ravno tako, kakor na dejanja zasebnikov in ni nikakor edino mogoč pravni položaj države napram krivičnemu dejanju zasebnika.

Dolžnost, preprečiti in kaznovati določeno krivično dejanje, je po svojem bistvu dolžnost kakor vsaka druga, ter ne stoji z deliktčnim problemom v nobeni specifični relaciji. Po svoji vsebini je ta dolžnost le primer dolžnosti, ki meri na vstvarjanje in uporabljanje pravnega reda.

6.) Kakor organstvo, tako sloni tudi kompetenca organa izključno na normah autonomnega pravnega reda. Vsled tega pride tudi vprašanje, ali je organ storil krivično dejanje v okviru svoje kompetence ali ne, za učin mednarodne krivice le v toliko v poštev, v kolikor to določa obveznostna norma. Teza, da more država biti odgovorna le za »kompetentne« krivične čine organov, je ravno tako apriorna, kakor teza, da odgovarja država le za čine organov, ne pa tudi za čine zasebnikov.

§ 9.

Pogoji, ob katerih je določeno dejanje izvestne osebe mednarodna krivica. Vprašanje krivde.

I.

50. — Da je določeno dejanje izvestne osebe mednarodna krivica, je treba, da so še dane okoliščine, ob katerih je v smislu obveznostne norme dejanje mednarodna krivica.

Take okoliščine so n. pr. čas in kraj, v katerem je dejanje storiti, dejstvo, da se je dejanje zahtevalo (stavil predlog), dejstvo, da je bilo osebi znano, da je treba storiti dejanje itd. Krivica odrekanja pravne zaščite se more le storiti, ako se je pri sodniku vložila tožba, ako je bilo policijskemu organu znano, da preti tujcu nevarnost. Država more kršiti dolžnost, da izroči hudodelca, le če se je zahtevala izročitev.

Dalje je vse, kar človeška dejanja pravno omejuje, determinanta krivičnega dejanja. Poveljnik mornarice n. pr. sme le pod gotovimi pogoji blokirati luko; ako to stori, ne da bi bili ti pogoji dani, je to mednarodna krivica.¹

¹ Večina primerov, ki jih Strupp, l. c. str. 40, op. 5 in 41, op. 6 (prim. Schoen, l. c. str. 46, op. 8. in 9.) navaja kot primere, da je organ prekoračil kompetenco, so taki, da je organ dejanje sicer storil v okviru svoje kompetence, da pa pri svojem dejanju ni upošteval mej, ki jih postavlja pravna norma. Bojne ladje, oziroma njihovi poveljniki (primer Doggerbank) so brezdvomno kompetentni, da streljajo, kajti streljanje je njihova specifična funkcija. Ali v danem primeru je poveljnik ruskega brodovja grešil proti mednarodnemu pravu, ker je dal streljati, kjer po normi pogoji za streljanje niso bili dani. Tudi

51. — Velike važnosti je dalje način, na kateri se najstori dolžno dejanje.

Navadno ima država-zavezanec svobodo določanja, s katerimi sredstvi in na kak način hoče svojo dolžnost izpolniti.² Mnogokrat je pa v obveznostni normi določeno, kako je treba dolžnost izpolniti, in v tem primeru so določene modalitete konstitutiven element dolžnega oziroma krivičnega dejanja. Posebne važnosti so take modalitete pri dolžnostih, ki merijo na uporabljanje pravnega reda, bodisi da mednarodna obveznostna norma sama (neposredno) določa način postopanja, ali pa da kakor glede osebe, ki ima pravni akt izvršiti, tudi glede postopanja napotuje³ na autonomne norme države. Le če so se ta pravila upoštevala, je dolžnost izpolnjena. Ako sodnik pri razsojanju spora, in ako upravni organ pri odločanju o odobritvi obratne naprave ne postopa tako, kakor mednarodna norma direktno ali indirektno predpisuje, potem rzsodba oziroma upravna odločba ni izpolnitev dolžnosti, ker se pravnoveljavni akt sploh storil ni.⁴

(kompetentni) sodnik ostane s svojo sodbo v okviru svoje kompetence, če obsodi tam, kjer bi po zakonu moral oprostiti. Nekompetentno bi ravnal le, če bi sodil v stvari, o kateri ima razsojati drug sodnik. V danih okoliščinah bi sploh noben ruski poveljnik ne bil mogel streljati, ne da bi kršil mednarodno pravo. Tudi so oficirji in moštvo (Panther-primer) gotovo kompetentni, da spravijo mornarje, ki so pobegli v tuji luki, zopet na ladjo, ali le na način, ki ga mednarodna norma dopušča. Isto velja o primeru »Canada« (organ je dajal pomoč proti volji kapetana in na način, da se je ladja potopila), o primeru »Arménie« (lučni zdravnik proti veljavnim predpisom ne izda potrebnega zdravniškega atesta), o Pears-primeru (straža je streljala proti predpisom, ki jih je imela), o primeru »Star and Herald« (tiskovni načelnik v Kolumbiji ustavi po krivici ameriški časnik; kolumbijska vlada se zagovarja, da je tiskovni načelnik (general Vila) prekoračil polnomočja, ki jih je imel; Zjedinjene države pa smatrajo to za brezpredmetno ter naglašajo: »That the Columbian government might be liable to the persons injured by General Vila's acts, even though it did not authorize but disavowed them«). V vseh teh primerih bi tudi dejanje nobenega drugega organa ne bilo pravilno.

² Glej spredaj odst. 37.

³ Glej spredaj odst. 11, 35, 40.

⁴ Primerjaj spodaj § 12.

II.

52. — Tudi subjektivna krivda, to je dejstvo, da se je določno ali kulpožno ravnalo proti dolžnosti, more biti pogoj krivice. Tu nastane vprašanje, ali je država odgovorna za posledek ali pa krivdo.

Tudi za to vprašanje teoriji ni merodajna obveznostna norma, ampak rešuje je po vidikih, ki s konkretno obveznostjo nimajo nič opraviti.

Tri mnenja se zastopajo. Prvo mnenje, in tega mnenja je še večina pravnikov, pravi, da država odgovarja le za krivdo, da je »culpa države« pogoj državne odgovornosti.

Drugo mnenje, kateremu je zasnovatelj Anzilotti in katerega se držijo italijanski pravniki, pa zastopa teorijo objektivne odgovornosti za posledek.

Po tretjem mnenju (Schoen, Strupp, Triepel) je pa mednarodna odgovornost države deloma odgovornost za posledek deloma za krivdo.

Prva teorija sledi Grotovim in sploh naravo-pravnim naziranjem ter sloni bistveno na načelih rimskega in kazenskega prava. Jasno je, da za učin mednarodne krivice, ki dobiva svojo determinacijo le po mednarodni obveznostni normi, ne morejo biti odločilna splošna načela ne rimskega ne kateregakoli drugega pravnega sistema, ki z obveznostno normo ne stoji v nobenem odnosu.

Anzilotti⁵ dobro dokazuje vse fikcije, s katerimi operira subjektivna teorija, ter protislovja s pozitivnim pravom, v katera zabrede; sam pa pride do zaključka, da je mednarodna odgovornost izključno odgovornost za posledek. Država ne odgovarja za dolozen ali kulpozen namen, ampak zato, da ni izpolnila tega, kar ji nalaga mednarodna obveznost. Le dejstvo, da se ni storilo dolžno dejanje, je vsa njena krivda.⁶ Važen argument pri tem mu je

⁵ Teoria generale, str. 167. Revue Générale XIII., str. 286—291.

⁶ Teoria generale 172: Il stato è responsabile non per il concorso diretto o indiretto della sua volontà al fatto dell'individuo, non per un'intenzione dolosa o colposa che si gli possa rimproverare, ma per non avere tenuto il contenuto che gli era imposto dal diritto internazionale, per aver violato il dovere suo verso gli altri stati: non la colpa ma il fatto contrario al diritto internazionale lo obbliga. Glej tudi Revue Générale, XIII, str. 291.

razlika med civilnim in mednarodnim pravom. V mednarodnem pravu ima država že pri ustanavljanju obveznosti priliko, uveljavljati svojo voljo, mej tem ko se v civilnem pravu posamezniku nalagajo dolžnosti brez njegovega sodelovanja.⁷ Seveda je treba k temu argumentu pripomniti, da more biti za vprašanje pogojev državne odgovornosti odločilna le vsebina obveznostne norme, ne pa način, kako je nastala.

53. — Schoen⁸ in Strupp⁹ sta pa sicer mnenja, da je mednarodna odgovornost države deloma odgovornost za krivdo, deloma odgovornost za posledek. Za to, kdaj da velja eno in kdaj drugo, njima je odločilno bistvo organskega razmerja ter vprašanje, ali je organ (dejanja zasebnikov po njihovem naziranju, kakor se je pokazalo, za odgovornost ne pridejo v poštev) krivično dejanje storil v okviru svoje kompetence ali izven kompetence in ali obstoja krivica v pozitivnem dejanju ali pa v opustitvi.

Že v prejšnjih izvajanjih se je naglašalo, da pridejo organstvo, kompetenca in nekompetenca za učin krivice le toliko v poštev, v kolikor obveznostna norma napotuje na kompetentna določila. Iz tega pa že sledi, da kompetentnost in nekompetentnost ne moreta veljati za splošen in načelen kriterij pri reševanju vprašanja, ali je država odgovorna za krivdo ali pa za posledek.

Dalje je vpoštevati, da država sploh nima fizične volje in da se torej o »krivdi države« da govoriti le v prenešenem smislu. Vsled tega je vse vprašanje istovetno z vprašanjem, ali se v mednarodnem pravu krivično dejanje organov in

⁷ Mentre nei rapporti civili il precetto giuridico che impone una certa linea di condotta all'individuo emana da una volontà estranea a quella dell'individuo stesso, il quale non può, di regola, influire in modo diretto sulla determinazione del contenuto e dei limiti dei doveri che gli vengono imposti, nei rapporti internazionali il precetto giuridico è operata immediata della volontà dello stato ed in tanto ha potuto sorgere di fronte a lui ed obbligarlo in quanto esso medesimo l'ha voluto. (Teoria generale, str. 179.)

⁸ L. c. str. 50 ss.

⁹ L. c. str. 45 ss.

zasebnikov le tedaj vračuni državi v krivico, če je storilec imel voljo ali namen, kršiti mednarodno obveznost države.

Slednjič je vpoštevati, da je kakor glede vseh drugih pogojev, tudi glede subjektivne krivde mednarodni normi dano na prosto določiti, ali naj bo krivda konstitutiven element krivice ali ne.

Po Schoen-ovem in Strupp-ovem mnenju velja pri krivičnih činih, ki jih je organ storil izven svoje kompetence princip objektivne odgovornosti. To pa zaradi tega, ker v takem primeru volja in dejanje organa sploh ni volja in dejanje države in vsled tega tudi doložnost ali kulpoznost te volje ali dejanja ne.¹⁰

Kakor smo videli, se z istim argumentom tudi zatrjuje, da je »logično nemožno«, da bi država bila sploh za kak nekompetenten čin organa odgovorna, vendar pa pozitivno pravo to možnost kaže. Tudi tukaj ni uvideti, zakaj bi norma ne mogla določiti, da je država le tedaj za nekompetentno razsodbo odgovorna, če si je sodnik svoje nekompetence bil svest, če je torej namenoma in po krivdi izdal in izvršil nično razsodbo.

Nasprotno pa Schoen in Strupp priznavata, da pri kompetentnih dejanjih organov država more ravnanati krivno.¹¹ Oba pa pri tem razločujeta krivice, ki se storijo s pozitivnim dejanjem ali pa z opustitvami.

Schoen pravi, da se pri pozitivnih dejanjih odgovornost države »nikdar ni posebno vtemeljevala s krivdo države«. Pač pa se je pri opustitvah »na v a d n o« sprožilo vprašanje krivde.

¹⁰ Schoen, l. c. 53: »Wird dagegen eine Völkerrechtswidrigkeit begangen, indem ein Staatsorgan unter Verletzung der innerstaatlichen Kompetenzordnung handelt, so kann bei unbefangener Beurteilung der Sach- und Rechtslage wohl nie eine culpa des Staates als gegeben angenommen werden.« — Strupp, l. c. 47: »Denn da hier ja Handeln und Wollen des Staatsorganes eben nicht Wollen und Handeln des Staates ist, so kann auch theoretisch ein Verschulden des Staatsorganes kein solches des Staates sein.«

¹¹ Strupp, l. c. 47: »Als Ergebnis: soweit kompetenzgemäßes Handeln des Staatsorganes in Frage steht, muß daher theoretisch die Möglichkeit bejaht werden, daß ein Staat (durch seine willensfähigen Organe) schuldhaft handeln kann.«

Strupp pa zavzema bolj principijalno stališče. Po njem je pri vseh pozitivnih (kompetentnih) dejanjih odgovornost države izključno objektivna, pri vseh opustitvah pa izključno odgovornost za krivdo. To svoje mnenje opira Strupp na odločbo ameriškega državnika Bayarda z dne 19. majnika 1885 ter na razsodniški kompromis v Alabama-sporu.¹² V prvi se pravi, da država ni samo odgovorna za pozitivna dejanja, s katerimi so se žalile pravice tujcev, ampak tudi za žalitve, ki bi jih »ob pametni skrbnosti« (*by the exercise of reasonable care*) bila mogla preprečiti.¹³ V kompromisu se je pa razsodnikom dalo kot pravno navodilo, da je neutralna država dolžna, da »primerno skrbi« (*to use due diligence*), da se v njenem ozemlju ne opremljajo ladje, ki bi se mogle uporabljati proti eni vojni stranki.

Uže Anzilotti je po pravici naglašal, da se izrazi, kakor »pametna skrbnost«, »primerna skrb«, »pametna previdnost« (*reasonable foresight*) ne morejo ali ne vsikdar ne morejo tolmačiti v smislu subjektivne krivde, ampak da so čisto le izrazi za objektivno omejitev dolžnosti.¹⁴ Sosebno v primerih, v katerih so sredstva in pota, da se doseže kak uspeh, prepuščena državi-zavezancu, je uporabljanje pametne skrbnosti objektivna omejitev dolžnosti, ki ne more biti brezpogojna.

¹² Označenja kakor »tolérance coupable« etc., ki se rabijo v diplomatskih aktih, kakor je n. pr. ultimatum Avstro-Ogrske na Srbijo, za znanstveno teorijo kot argument pač ne morejo priti v poštev.

¹³ »The Government of a foreign State is liable not only for any injury done by it, or with its permission, to citizens of the United States or their property, but for any such injury, which by the exercise of reasonable care it could have averted.«

¹⁴ Teoria generale, str. 175: »Ed ecco allora la dovuta diligenza nel senso delle regole di Washington, che non è dunque un particolare elemento subbiiettivo della responsabilità, come la diligenza che nel diritto privato si contrapone alla colpa«. Revue Générale, XIII, 291: »Le défaut de diligence est une inobservation du devoir imposé par le droit international sans qu'il y ait alors à parler de faute au sens propre du mot«. Corso di diritto internazionale, str. 253: »La mancata diligenza è semplicemente inadempimento del dovere internazionale dello stato.«

Radi tega se je člen 8. trinajste haške konvencije o neutraliteti, s katerim so se vedoma recipirala pravila washingtonskega kompromisa, čisto objektivno formuliral, ker je dolžnost v njem objektivno determinirana (*Le gouvernement est tenu d'user des moyens dont il dispose...*).

Sicer pa pride tudi v poštev, da more obveznostna norma (to izhaja tudi iz izvajanj Schoen-sa in Strupp-sa), kakor se ji to zljubi, postaviti krivdo v enem slučaju kot pogoj krivice, v drugem pa ne. Saj velja isto tudi v notranjem pravu. Po nekaterih normah je krivica le tedaj storjena, če je storilec ravnal s hudobnim namenom: to velja posebno za norme kazenskega prava. Po drugih normah je pa krivica storjena brez ozira na subjektivno krivdo, kakor je to navadno pri vseh policijskih in administrativnih prestopkih. Zakaj bi pa mednarodna norma ne imela iste gibčnosti? Po večini za mednarodno krivico krivda ni pogoj, toda v mnogih primerih je krivda pogoj mednarodne krivice.¹⁵ Ali velja v konkretnem primeru eno ali drugo, to se da določiti le na podlagi norme, ki je, kakor za vsa druga vprašanja, tudi v tem oziru edini spoznavni vir.

54. — Kar se posebno tiče opustitev, nanašajočih se na dolžnost, dajati tujcem pravno zaščito, pride v poštev, da mednarodna norma navadno napotuje na autonomni pravni red, ki ga je eventualno v smislu te norme preustvariti.¹⁶ Tu je »potrebna skrbnost« v tem, da se pravni red uporablja takšen, kakor po mednarodni normi mora biti, in tako, kakor to predpisuje norma.¹⁷ V tem smislu je

¹⁵ Prim. mednarodne pogodbe, navedene v Revue Générale, II, 339 ss, v katerih se odgovornost države za škode, prizadete tujcem ob notranjih uporih, omejuje na »faute ou manque de surveillance de la part des autorités du pays ou de ses agents«. — Glej tudi Schoen, l. c. str. 36, op. 33.

¹⁶ Glej spredaj odst. 11., 35., 40., 51.

¹⁷ Vsled tega nimajo primeri, ki jih Strupp, l. c. 59, op. 2, in Schoen, l. c. str. 55, op. 31, navajata, s krivdo nič opraviti. Če turška oblastva niso ničesar storila, da bi se Miss Stone, katero so roparji ujeli, osvobodila in roparji kaznovali, potem je bila Turčija radi golega dejstva odgovorna, da ni uporabila svojega pravnega reda in dala pravne zaščite. To objektivno dejstvo, ne pa subjektivna krivda Bog zna katerih organov je vzrok odgovornosti. — Isto velja glede primera Ameri-

tudi treba razumevati razsodbe in izjave, v katerih se odgovornost odklanja z motivacijo, da je država vse storila v zaščito tujcev, kar je bilo v njeni moči.¹⁸

Ako pa dolžnost gre dalje, to je, ako je država dolžna, da zasigura absoluten efekt, je tudi za absoluten efekt odgovorna.¹⁹

kanca Lenza, ki so ga v Kurdistanu roparji umorili. Vlada Zjedinjenih držav je izjavila: If his murders have been duly punished, this government would not have felt disposed to demand the payment of an indemnity. »Duly punishment« je pravilna, to je takšna kaznitev, ki odgovarja, v smislu mednarodne norme pravilnemu, pravnemu redu. Druge »skrbnosti« država ne more prestirati. — Tudi v primeru Rentona gre le za objektivno dejstvo, da se pravni red ni uporabljal tako, kakor bi bilo pravilno. Vladi Hondurasa se je očitalo, da ni ničesar storila, da bi se krivica zabranila in da ni »diligently« zasledovala morilcev: had taken no steps to prevent such destruction or appropriation, and that all legal steps taken by them (sc. the authorities of Honduras) in relation to the murders of Renton... were either half-hearted and farcical or were smothered at the outset by bribery and corruption«. To je le gola negacija pravilnega postopanja. Isto velja, če vlada »kljub ponovnim in nujnim prošnjam ogroženih tujcev ne stori nobenega resnega koraka v njih zaščito.«

¹⁸ Umpire Palacio (Strupp, l. c. str. 56, op. 1): »If a nation does all in her power and all that be accomplished by means of her resources, it can be said that she fulfills the whole of the duties, both toward her own citizens and the citizens of foreign countries.« »Vse, kar more država s svojimi sredstvi storiti« ni ničesar drugega kakor to, kar sme po svojem pravnem redu storiti, ki odgovarja mednarodni normi. — V istem smislu je tolmačiti odklonitev odgovornosti za »sudden violence which the best organised government could not foresee«. Najboljše organizirana država« je v pravnem smislu država, ki ima pravni red vstvarjen, kakor ga mednarodna norma zahteva in ki ta pravni red tudi izvršuje (namreč tako, kakor je določen). Glej n. pr. Wippermanns Case (ladja se je razbila ob osamljeni in nedostopni obali in Indijanci so oropali potopljenec): »Unless a government can be held to be an insurer of the lives and property of persons domiciled within its jurisdiction, there is no principle of sound law which can fasten upon it the responsibility for indemnity in cases of sudden and unexpected deeds of violence, which reasonable foresight and the use of ordinary precautions can not prevent. Of course, if a government should show indifference with reference to the punishment of the guilty authors of such outrages, another question would arise (citat po Struppu, l. c. 59, op.).

¹⁹ Dobro to izraža razsodniški izrek v Montijos primeru (umpire Bensch): »It was... the clear duty of the president of Panama, acting as the constitutional agent of the government of the Union (Columbia),

§ 10.

**Subjekt, proti kateremu se stori mednarodna krivica
(žaljenec).**

55. — Tudi v vprašanju, kdo je pri storjeni mednarodni krivici žaljenec, ki ima torej pravico na to, da se proti obvezancu uveljavi pravna posledica krivice, pride teorija v težkoče. Prvič za to, ker tudi tega vprašanja ne rešuje na podlagi obveznostne norme, in drugič za to, ker vprašanja, kdo je žaljenec, ne loči od vprašanja, kdo sme *faktično* uveljaviti pravno posledico krivičnega dejanja (prim. odst. 7).

Do katerih nevzdržnih konsekvenc prihaja Strupp, ker mednarodno krivico pojmuje kot kršitev reka *pacta sunt servanda*, o tem se je že govorilo (odst. 14).

Za vprašanje, proti komu se stori krivica, je merodajno vprašanje, komu je treba *prestirati* dolžno dejanje; na to vprašanje pa daje odgovor obveznostna norma, ker je destinater dolžnega dejanja nujna determinanta dolžnosti. Vsled tega je krivica storjena napram onemu, napram kateremu se *namesto* dolžnega stori dejanje, ki dolžnemu dejanju nasprotuje. *Le-ta* je tudi subjekt, ki ima pravico uveljavljati pravno posledico storjene krivice.

V posameznem slučaju je torej vprašanje, kdo je žaljenec, ravno tako stvar interpretacije obveznostne norme, kakor glede drugih elementov krivičnega dejanja. Dvomi morejo nastati pri kolektivnih pogodbah in pri takozv. splošnih dolžnostih (ki jih ima država napram vsem državam). Odločilno je v obče dejstvo, ali se ima

to recover the Montijo from the revolutionists and return her to her owner. It is true that he had not the means of doing so, there being at hand no naval or military force of Columbia sufficient... but this absence of power does not remove the obligation... If it (sc. government) promises protection to those whom it consents to admit into its territory, it must find the means of making it effective. If it does not do so, even if by no fault of its own, it must make the only amends in its power, viz compensate the sufferer» (citata po Strupp, l. c. str. 56, op. 1). — Prim. tudi čl. 64. Londonske pomorske deklaracije: »Si la saisie du navire ou des marchandises n'est pas validée par la juridiction des prises ou si sans qu'il y ait eu de mise en jugement, la saisie n'est pas maintenue, les intéressés ont droit à des dommages et intérêts.«

dolžno zadržanje prestirati destinaterjem kot enoti, ali pa vsakemu destinaterju posebej (prim. odst. 21). Pri splošnih dolžnostih je krivica storjena napram onemu destinaterju, napram kateremu se je storilo dejanje, ki je z dolžnim dejanjem v kontradiktornem nasprotju. Ker je, kakor se še bo to pokazalo, vsaka dolžnostna norma nujni sestavni del pravnih redov držav, za katere velja norma, se da pravilo juristično tudi tako izraziti, da je žaljenec tista država, v katere pravnem redu se je dolžnostna norma kršila, v katere pravni red se je »poseglo«.

Dejstvo, da je pri kolektivni pogodbi država s o k o n t r a h e n t, ji še ne daje pravice, da bi smela nastopiti proti državi, ki je kršila pogodbo napram drugi državi.¹ Taka pravica mora imeti svojo podstavo v posebnem pravnem naslovu. S t r u p p meni², da iz kolektivne pogodbe (on misli na čl. 46. haške konvencije o vojskovanju na kopnem) le izhaja, »da so kontrahenti obligirani«, da pa ne izhaja iz nje, »napram komu da so obligirani: ali le napram onemu, kateri je bil neposredno žaljen, ali napram vsem sokontrahentom, ali pa radi reka *pacta sunt servanda* napram vsej mednarodni zajednici«. Izražen dvom ima svoj izvor v tem, da se vprašanja ne ločijo. Obligirani so kontrahenti napram vsakemu sokontrahentu, žaljenec je le tisti, napram kateremu se je storilo krivično dejanje, in ker ni posebnega določila, ki bi dajalo drugi državi pravico uveljavljati pravno posledico, ima le žaljenec pravico, da faktično nastopi proti kršitelju dolžnosti.

Pravilno je torej Švicarski Zvezni Svet, ko so nekateri kantoni zahtevali, naj Švica na podlagi haške konvencije naslovi ugovor na nemško vlado radi deportiranja francoskih in belgijskih podanikov odločil: »Konvencija je sicer ustanovila medsebojne dolžnosti držav, da pa ni ustanovila zajedništva signatarjev v tem smislu, da bi kršitev napram eni državi pomenila dolžnost drugih držav, se kršitvi zoperstavljati ali nji ugovarjati.«

¹ Stavek Philipsona (Intern. law and the great war, 1915, str. 25): »All Powers, being parties to the convention (sc. Haške konvencije o varovanju neutralitete) are undoubtedly responsible for its maintenance and due observance« je gotovo napačen.

² Str. 14, op. 2.

Od vprašanja, kdo je žaljenec, ki ima torej subjektivno pravico do uveljavljanja mednarodne represije, je pa ločiti vprašanje faktičnega izvrševanja pravice, ki more pristojati tudi drugi državi (prim. odst. 77.).

§ 11.

Odgovornost države za mednarodni normi primerno ureditev pravnega reda.

I.

56. — Jasno je, da so mednarodne krivice ravno tako raznolike kakor mednarodne obveznosti. Ako bi se hotelo mednarodne delikte katalogizirati, bi bilo početje ravno tako brezuspešno, kakor katalogizacija krivičnih činov avtonomnega državnega prava.

V naslednjem hočem le o dveh mednarodnih deliktih spregovoriti: o kršenju dolžnosti, da je treba ustvariti pravni red, ki odgovarja mednarodni obveznostni normi, in o kršenju dolžnosti, da je treba v konkretnem primeru tak pravni red uporabljati (primenjivati). To pa storim pred vsem radi tega, da ob dveh deliktih, ki igrata v praksi in literaturi veliko ulogo, praktično preiskusimo, ali so pravila, ki sem jih zasnoval, resnična.

Oba delikta sta specifično organska delikta (spredaj odst. 35.) in stojita v stvarni zvezi med seboj. Včasih je dejstvo, da se pravni red ni uredil tako, kakor bi po mednarodni normi moral biti, že samo po sebi delikt; mnogokrat je pa le (pravno nerelevanten) vzrok za to, da se je pri uporabljanju pravnega reda storil delikt.

Tudi učine, ki pridejo pri teh dveh deliktih v poštev, razmotriva teorija, kakor to odgovarja njenemu načelnemu izhodišču, po vidiku, kdo je storilec; razpravlja o njih pod rubrikami odgovornosti države za dejanja zakonodajnih organov, za dejanja pravosodnih organov, za dejanja državnega poglavarja, za dejanja centralne vlade, upravnih organov, vojaških oseb, samoupravnih teles itd.¹ Po mojem mnenju zahteva sistematika, da se o vseh teh učinih raz-

¹ Glej n. pr. Schoen, l. c. str. 81 ss., Strupp, l. c. str. 63 ss.

pravlja pod vidikom ustvarjanja mednarodni normi primernega pravnega reda ter pod vidikom uporabljanja mednarodno pravnega reda na konkretne primere.

II.

57. — Pri odgovornosti za mednarodni obveznosti primerno ureditev pravnega reda, more priti troje učinkov v poštev: ali se obveznostni normi ni zasigurala formalna izvršljivost, ali se ji ni zasigurala materialna izvršljivost, ali se je uveljavila norma, ki nasprotuje mednarodni obveznostni normi. Od vsega tega je pa strogo ločiti pravno veljavnost obveznostne norme.

V tem, da se ne loči veljavnosti (*Giltigkeit*) in izvršilnosti mednarodne norme tako, kakor je treba, tiči poglavitni vzrok zgrešene nemške teorije o »popolni separaciji in medsebojni neodvisnosti« mednarodnega in notranjega državnega prava ter o takozv. »prelivanju« ali »pretvarjanju« mednarodne v narodno normo (*»Umgießung, Umsetzung der völkerrechtlichen Norm in Landesrecht«*), ki ga ta teorija smatra za potrebno.

Po tej teoriji, kateri so se pridružili tudi nekateri italijanski učenjaki², je mednarodno in notranje državno pravo drugo od drugega neodvisno.³ Teorija zastopa stališče, da je bistvo mednarodne norme v tem, da »se adresira le na državo, ne pa na individuje«, da mednarodna norma kot taka veže državo »le na zunaj« ne pa »na znotraj«, da je

² Med njimi posebno Anzilotti in Donatti. Na drugi strani se je pa Diena nekaterim konsekvencam te teorije odločno uprl. Glej n. pr. razpravo: *L'individu devant l'autorité judiciaire et le droit international* (Revue Générale, XVI, 1909), kjer (str. 73) izjavlja, »que la théorie qui d'une façon absolue et générale interdit aux individus devant l'autorité judiciaire de se prévaloir de droits ayant pour unique fondement des règles du droit international (sc. če mednarodna norma ni bila »prelita« v narodno) a fait complètement banqueroute«, potem: *Considerazioni critiche sul concetto dell'assoluta e completa separazione fra il diritto internazionale e l'interno* (1913), ter: *Principi di diritto internazionale*, parte I, str. 21 ss, 260 ss, 426 ss.

³ Heilborn, *Grundbegriffe des Völkerechtes*, (1912), str. 89: »Völkerrecht und Landesrecht sind von einander unabhängig.«

»za notranjo veljavo« norme potrebno, da se z razglasitvijo ali z izdanim izvršilnim ukazom v narodno normo »prelije« ali »pretvori« in s tem takorekoč nacionalizira in da šele s tako nacionalizacijo postane sestaven del pravnega reda države.⁴ V teh idejah tiči tudi izvor kontroverzi o mednarodnih pogodbah, ki so se sklenile brez parlamentarne odobritve, ki je po ustavi potrebna, in o katerih se zatrjuje, da so »sicer mednarodnopravno, ne pa državopravno veljavne in obvezne.«

Ni tukaj mesto, da bi se dalo o tem naziranju temeljno razpravljati in si to pridržim za drugo priložnost. Za sedaj naj zadostuje, da označim svoje mnenje. Jaz vidim bistvo mednarodne norme v tem, da je državam, za katere velja, skupna norma in da se kot taka po principu koordinacije držav enostransko ne da spremeniti ali uničiti; dalje mislim, da postane mednarodna norma *ipso jure* sestavni del pravnih redov držav, za katere norma velja, da ohrani tudi kljub vsakojaki »nacionalizaciji« svoj značaj kot mednarodna, to je enostransko nespremenljiva skupna norma in da je razglasitev potrebna eventualno le za izvršilnost, nikdar pa ne za »notranjo« veljavnost norme. Moje mnenje je, da vsaka mednarodna pogodba, ki je po pravilih mednarodnega prava veljavno sklenjena, *ipso jure* odvzame veljavnost vsem nji nasprotujočim določbam pravnega reda, da v pravnem redu države ne more biti nobene pravno veljavne norme, ki bi mednarodnemu pravu nasprotovala, in da so vse norme in vsi pravni akti, ki jih država v

⁴ Prim. n. pr. le Schoena, str. 23 ss. Vendar prizna ta autor »majhno skupino mednarodnopravnih predpisov«, ki poedince neposredno vežejo; to so posebno »uredbe gotovih mednarodnih komisij, n. pr. Evropske Donske komisije«. »Hier ist das unmittelbare Ergriffenwerden des Individuums durch die völkerrechtliche Norm aber begründet in den durchaus eigentümlichen (!) Verhältnissen« (str. 24, op. 8.). — Strupp, str. 24 (in fine), pa odklanja tudi to izjemo. On operira z »dvojno antipacijo državnih pritrditev« (doppelte Antizipierung staatlicher Zustimmungen), s katerimi se »mednarodno in državopravno poznejši akti antipativno« prelevijo v narodno pravo. — Anzilotti (Giudizi III, 184 ss) pa meni, da mednarodna norma sicer zasebnikov nikdar ne veže, pač pa »v državi in z državo vred njene organe, ker si je državo in njene organe predstavljati kot zlite v eno enoto.«

nasprotju s pravili mednarodnega prava ustvari, pravnopnični.⁵

58. — Mnenje, da je v to, da zadobi mednarodna norma na znotraj pravno veljavo, še treba posebnega akta nacionalizacije, nasprotuje načelu enotnosti države. Teorija sicer v enomer naglašča, da je država le ena pravna oseba in da ima le en pravni red; vendar pa z označenim mnenjem predpostavlja »zunanjo« in »notranjo« pravno osebnost, od katerih more ena ob istem času hoteti, kar druga zanika, in predpostavlja »zunanji« in »notranji« pravni red, v katerih morejo istodobno veljati norme, ki izključujejo druga drugo.

Če mednarodna pogodba ali druga mednarodna norma za državo velja, to ne more ničesar drugega pomeniti, kakor da pogodba ali norma tvori del pravnega reda države. V čem bi pa naj sicer obstojala veljavnost norme za državo, ako ne v tem, da je za njo objektivno pravo, in da vsled tega norme, ki nasprotujejo temu objektivnemu pravu, niso ali niso več veljavno pravo?

Ne samo za Anglijo in Ameriko, ampak za pravni red vsake države velja ameriška pravna paremija: *international law is a part of the law of the land*.⁶

Le alternativa je mogoča: brez parlamentarne odobritve ratifikovana pogodba je veljavna ali za mednarodno in za državno pravo; ali pa ona sploh ni veljavna, ne za mednarodno in ne za državno pravo.⁷

⁵ Po pravici je nemška vlada podala aliiranim državam izjavo: »Daß alle Vorschriften der deutschen Verfassung vom 11. August 1919, die mit den Bestimmungen des in Versailles am 28. Juni 1919 unterzeichneten Friedensvertrages in Widerspruch stehen, ungültig sind. Die deutsche Regierung erklärt und erkennt an, daß demzufolge der Absatz 2 des Art. 61 der erwähnten Verfassung ungültig ist und daß namentlich die Zulassung oesterreichischer Vertreter zum Reichsrath nur stattfinden kann, wenn gemäß Art. 80 des Friedensvertrages der Völkerbundsrat einer entsprechenden Änderung der internationalen Lage Österreichs zugestimmt haben wird.«

⁶ Hershey, *The essentials of the international public law*, str. 9, pozivajoč se na številne judikate sodišč pravi: »That international law is a part of the law of the land is no longer a matter of serious doubt, at least in England and in the United States.«

⁷ Le na tej podlagi se da rešiti veljavnost pogodb, ki so se sklenile, ne da bi jih bil parlament predhodno odobril.

Mednarodna norma, ki je za državo postala veljavna in obvezna, se sama po sebi uvrsti v sistem državnega pravnega reda, ne da bi bilo še treba nadaljnega akta, s katerim bi se norma »prelivala« ali »prezvarjala« v »notranje« pravo.

Sicer pa celo zastopniki teorije o »prelivanju« priznavajo, da veljajo v državi mednarodne norme, in da jih sodišča uporabljajo, ne da bi se bile kedaj ustanovile kot notranje pravo.⁸

Resničnost stavka, da tvori vsaka za državo veljavna mednarodna norma *ipso jure* sestaven del državnega pravnega reda, je povsem neodvisna od tega, ali je to pravilo v pravnem redu kje izraženo ali ne.⁹ Kajti v pravilu se izražale nujnost logičnega mišljenja.

III.

59. — Ker se mednarodna norma sama po sebi uvrsti v sistem pravnega reda države, se proti veljavnosti norme ne da grešiti. Veljavnost norme je čisto logično razmerje in vsled tega od volje in dejanja države neodvisno. V toliko ima vsaka država vedno mednarodno pravilni pravni red.

Pač pa država, oziroma njeni organi in zasebniki — in tu tiči odločilna točka — lahko postopa tako, kakor da bi norma ne veljala, kakor da bi norme ne bilo. Ona lahko opusti odredbe (razglasitev, izdajo izvršilnega ukaza), ki so iz kateregakoli vzroka potrebne, da mednarodna norma zadobi formalno izvršljivost,

⁸ Tako govori Strupp, ki je odločen zastopnik teorije prelivanja, o »pflichtmäßige Anwendung von in Landesrecht umgegoßenem oder nicht umgegoßenem Völkerrecht« (str. 77). — Iztotako pravi Schoen, l. c. 89: »Es kann der täglichen Praxis gegenüber nicht bezweifelt werden, daß auch die Landesgerichte in die Lage kommen, völkerrechtliche Normen unmittelbar (ohne daß sie zu staatlichem Recht gemacht sind) anzuwenden.«

⁹ Tako pravilo se je sedaj kodificiralo v novi nemški ustavi z dne 11. julija 1919 (čl. 4): »Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechtes gelten als Bestandteil des deutschen Reichsrates.« Neutemeljeno je mnenje Struppovo, da bi določba (autonomnega) državnega prava, s katero se prepoveduje postanek običajnega prava, mogla zabraniti veljavnost mednarodnega običajnega prava za državo (str. 72, op. 4).

tako da se organi in zasebniki ne morejo, oziroma ne smejo po normi ravnati.

Ona lahko opusti odredbe, ki so iz kateregakoli vzroka potrebne za materialno izvršljivost, ker ne izda izvršilnih predpisov, ne izvede potrebnih organizatornih priprav.

Ona pa lahko veljavnost in obveznost norme tudi na ta način ignorira, da izda zakone in uredbе, ki mednarodni normi naravnost nasprotujejo, in s tem od organov in zasebnikov zahteva zadržanje, ki je z dolžnim zadržanjem v kontradiktornem nasprotju.

V kolikor pride v navedenih primerih označeno faktično postopanje države v poštev, je država v ustvarjanju svojega notranjega prava zares »neodvisna«. Ona more (faktično) uporabljati pravila, ki nimajo več pravne veljave ali ki so bila od početka nična, ter od organov in zasebnikov zahtevati zadržanje, ki veljavni mednarodni normi nasprotuje. Ali to je le možnost in »svoboda« nevpoštevanja obstoječe obveznosti, ki se prav nič ne razločuje od analogne možnosti in »svobode« kateregakoli pravnega subjekta. Če je pa neodvisnost notranjega državnega prava od mednarodnega le faktična možnost kršenja mednarodne norme, v tej neodvisnosti ni ničesar, kar bi moglo biti značilno za odnos med mednarodnim in notranjim pravom države.¹⁰

¹⁰ Če se misli, da postane za državo veljavna mednarodna norma ipso jure del pravnega reda države, potem tudi ni mogoče »konfliktov« med mednarodnim in državnim pravom, o katerih se trdi, da so »nerazrešljivi« (Heilborn, Grundbegriffe des Völkerrechtes, 90). Celo Kelsen smatra v razpravi »Über Staatsunrecht« (spredaj str. 52, op. 32) tak konflikt za mogoč, češ da bi mogla država »s korektno realizacijo svojega pravnega reda kršiti mednarodno normo«, ter stavi vprašanje, ali je še sploh dopustno, imenovati dva drug od drugega »docela neodvisna« pravna sistema, ki spravljata državo morda v »kolizijo dolžnosti«, kot »pravo« (str. 101). Po mojem mnenju država »s korektno realizacijo svojega pravnega reda« nikdar ne more storiti mednarodne krivice, ker je vedno tudi mednarodna obveznostna norma sestaven del tega pravnega reda. To kar je mogoče, so le čini organov in zasebnikov, ki nasprotujejo mednarodni obveznosti, s tem pa tudi pravnemu redu države. Ker je pravni red države tudi v mednarodnem oziru vedno pravilen, in ob enotnosti državne volje drugačen ne more biti, država kot taka tudi mednarodne krivice ne more storiti

60. — Potreba odredb za formalno izvršljivost je lahko utemeljena v pravilih autonomnega pravnega reda ali pa v določenih mednarodne norme same. Istotako je potreba odredb za materialno izvršljivost zasnovana v izrecnih določbah mednarodne norme ali pa v stvari sami.

Ako mednarodna norma ničesar ne določa, ima država svobodno odločitev glede načinov in sredstev, s katerimi hoče poskrbeti za formalno in materialno izvršljivost; seveda se tudi ne more izgovarjati s pomanjkljivostjo svoje zakonodaje in uprave, če bi organi in zasebniki storili dejanja, ki nasprotujejo obveznostni normi.¹¹

Načeloma se tuja država prav nič ne briga za to, ali, kedaj in kako druga država razglasi sklenjeno pogodbo, ali in v kateri obliki izda izvršilni ukaz, in katere izvršilne predpise in druge organizatorične mere odredi.

Kar se sosebno razglasitve tiče, je mogoče, da je celó opustitev razglasitve mednarodna dolžnost; nekatere ustave izrecno predvidevajo dopustnost tajnih pogodb, to je torej pogodb, ki se ne smejo razglasiti in ki vendar vežejo državo.¹²

Mnogokrat pa mednarodna norma svobodo države omejuje ter ji glede razglasitve ali izdaje izvršilnega ukaza izrecno nalaga izvestne dolžnosti. Tako veli n. pr. čl. 26. Ženevske konvencije iz leta 1906, da bodo države ukrenile, kar je treba, da se določbe dajo vojaštvu in sosebno osebam, ki jih konvencija ščiti, na znanje, in da se razglasijo med narodom. V takem primeru bi bila opustitev razglasitve mednarodni delikt.

61. — Po istih vidikih je presojeti dolžnosti, ki merijo na legislativne in administrativne ukrenitve, s katerimi se

in je tudi njena mednarodna odgovornost vedno odgovornost za tuja, to je organov in zasebnikov krivična dejanja (prim. odst. 33, op. 34).

¹¹ Rzsodba v *Alabama* zadevi: »Whereas the government of Her Britannic Majesty cannot justify itself for a failure in due diligence on the plea of insufficiency of the legal means of action which it possessed.« — *Despagnet, Droit international*, 4e ed. 1914: »Un pays ne peut pas alléguer, pour se dégager, l'insuffisance de ses moyens d'action ni les vices de ses institutions politiques, administratives ou judiciaires; c'est à lui à développer les premiers ou à corriger les seconds.«

¹² Čl. 68. belgijske ustave, čl. 75. norveške ustave 1814, čl. 8. francoske ustave 1875.

naj zasigura materialna izvršljivost obveznostne norme.

Norma mnogokrat izrecno naloži državi dolžnost, da izda izvestne izvršilne predpise in da odredi gotove organizatorne mere, ki so za izvršitev potrebne.¹³ Ako bi država ne izdala predpisov in ne odredila merá, ki jih norma veleva, bi se že s to opustitvijo storila mednarodna krivica.

Mnogokrat norma zahteva, da izda država, eventualno v določenem roku, kako pravno normo (zakon ali uredbo) ali da kako obstoječo normo odpravi.¹⁴ Ako bi se v takem primeru dotični zakon ali dotična uredba ne izdala v določenem roku, bi bil že s tem storjen mednarodni delikt brez ozira na to, ali se je in ali se bo sploh kedaj udejestvil primer za praktično uporabo dotične norme.

S tem je pa že rešeno vprašanje, ali more država biti odgovorna za dejanja (nedejanja) zakonodajnih organov. O tej odgovornosti ne more biti nobenega dvoma, in je moderna literatura o tem malone soglasnega mnenja.¹⁵

Za kontrolo, da je država izdala zakon in druge predpise, se v pogodbah navadno določa, da imajo pogodbeniki drug drugemu izdane zakone in predpise (včasih celo konkretne odločbe in razzsodbe, ki kažejo, kako država uporabljá zakone in predpise) pošiljati.¹⁶ V kolektivnih pogod-

¹³ Glej n. pr. čl. 9. pogodbe z dne 30. junija 1885 o urejanju lova na losose v Renu: države »se zavežejo, da bodo izdale potrebne izvršilne predpise, določile primerne kazni in nastavile pazniško osonbe, ki je za izvrševanje predpisov potrebno.«

¹⁴ Čl. 5. Bruseljske generalne akte z dne 2. julija 1890: »Les puissances contractantes s'obligent, à édicter ou à proposer à leur législatures respectives, dans le délai d'un an au plus tard à partir de la date de la signature du présent Acte général, une loi rendant applicables...«

¹⁵ Glej Anzilotti, *Revue Générale*, XIII, 294 ss.; Schoen, l. c. 82 ss.; Strupp, l. c. 64 ss. — Hershey, l. c. 162, op. 2 pa še trdi: »A State is not responsible for the utterance of members of Parliament or legislative and representative bodies.« — Prim. zgoraj odst. 32.

¹⁶ Čl. 28. Ženevske konvencije 1906; čl. 5. konvencije o trtni uši z dne 17. septembra 1878; čl. pogodbe o zaščiti podmorskih kabeljnov z dne 14. marca 1884; čl. 5. in 9. konvencije o prodajanju spirituoznih pijač med ribiči Severnega morja z dne 16. novembra 1877; čl. 5., 11., 61, 73., 81 Bruseljske Generalne Akte itd.

bah se včasih enemu pogodbeniku poveri naloga, da sprejema zakone in predpise, ki si jih imajo države medsebojno pošiljati, in da jih presoja, ali odgovarjajo dolžnostim, ki jih nalaga pogodba signatarjem.¹⁷

Ako je obveznost države v tem, da »zakonodaja nemu telesu dotične mere predloži«, potem je država odgovorna le za predložitev ne pa za to, da zakonodaja predlog v resnici sprejme. V takih primerih se v pogodbi mnogokrat določi, da bo sklenjena pogodba šele takrat zadobila materialno pravno moč, ko so pogodbeniki ustvarili predpisane zakone.¹⁸

Ako pa ni izrecne obveznosti, da se izdajo izvršilne norme, država s tem, da takih norm ne izda, še ne stori mednarodnega delikta. Odgovornost jo zadene šele tedaj, če se v konkretnem slučaju naložena dolžnost ni izpolnila, morda radi tega ne, ker se niso pravočasno ustvarile izvršilne odredbe.

IV.

62. — Označene izvršilne norme so po svojem pravnem značaju *autonomne narodne norme*, in to v primeru, ko jih je država po naročilu mednarodne norme, kakor v primeru, ko jih je izdala iz lastnega nagiba.

Takim autonomnim izvršilnim normam je prištevati tudi *kazenske norme*, ki jih države postavljajo, da podanike (organe, zasebnike) nagibajo k zadržanju, ki odgovarja mednarodnim dolžnostim države.

Neopravično pa je, ako se v teoriji mnogokrat vse norme o »deliktih proti mednarodnemu pravu« označajo kot »čisto nacionalne norme.«¹⁹ Treba je razločevati dva primera.

¹⁷ Prim. zaključni protokol z dne 7. julija 1887 k pogodbi o zaščiti podmorskih kabeljnov z dne 14. marca 1884: »Les dispositions que les dits Etats auront prises... seront notifiées aux autres P. C. par l'intermédiaire du Gouvernement français chargé d'en examiner la teneur.«

¹⁸ Prim. čl. 16. pogodbe o zaščiti podmorskih kabeljnov in v predstojeci opombi naveden zaključni protokol.

¹⁹ Schoen, l. c. str. 25 s: »Es handelt sich bei ihnen (sc. Verbrechen gegen das Völkerrecht) um rein nationale Normen, die sich an Individuen richten und nur von Individuen verletzt werden können.« Slično Strupp, l. c. str. 25 s.

Načeloma ima država glede sredstev, s katerimi hoče zasigurati izpolnitev mednarodne obveznosti popolno svobodo in so odredbe, ki jih je v to svrhu ukrenila, za njeno mednarodno odgovornost brez pravnega pomena. Če torej država v okviru takih odredb postavlja kazenske norme, so te norme zares »čisto narodne norme«; država jih i glede učina (dejanskega stana) i glede kazni lahko formulira kakor hoče in more o njih disponirati po svobodni samoodločbi.

Drugače pa je, če je država dolžna, da za izvestna dejanja (nedejanja), ki so v mednarodni normi določena, poskrbi za kazensko sankcijo (spredaj odst. 40.). Tukaj je glede učina, za katerega naj določi kazni, vezana na določitev, ki jo vsebuje mednarodna norma.²⁰

Ona se ima i pri določanju kazenske sankcije, kakor tudi pri uporabljanju kazni držati učina, kakor ga je ugotovila mednarodna norma. Taka kazenska norma je le glede določila kazni narodna, autonoma; gledé določila kaznjivega dejanja (gusarstva, trgovanja s sužnji, poškodovanja podmorskih kabeljnov, prodajanja spirituoznih pijač itd.) je pa mednarodna norma, ker o tem, kaj je treba smatrati za gusarstvo, kaj za poškodovanje kabeljnov itd., država ne more enostransko odločati.

Vprašanje, na koga se norma »adresira«, je za pravni značaj norme čisto brez pomena. Ako bi bil ta kriterij merodajen, bi se o mnogih normah sploh ne moglo določiti, ali so narodne ali pa mednarodne. Prepoved poškodovanja podmorskih kabeljnov se adresira tako na »državo« kakor na individuje, ker ugotavlja učine, ki jih je v enem slučaju vračuniti državi, v drugem pa poedincu. Odločilno je le, da gre tukaj za prepoved, ki ne stoji pod enostransko dispozicijo države.

Prav tako bi pa bilo neopravičeno misliti, da je »za vsako kršitev mednarodne norme« država odgovorna. Tudi tukaj je razločevati učin, ki ga je po normi vračuniti državi, in učin, ki ga je vračuniti poedincu. Pogodba o podmorskih kabeljnih je gotovo mednarodna norma in

²⁰ Tudi glede kazni ni treba, da bi država imela neomejeno samoodločbo, prim. str. 93, op. 13.

poškodovanje kabeljna je kršitev te norme. Vendar pa je za tako kršitev država v enem primeru odgovorna, v drugem pa ne.

Na drugi strani je pa ravno tako neopravičena trditev, da »prestopki n a r o d n e norme« ne morejo priti za mednarodno odgovornost države v poštev. Civilnopravdni red je gotovo narodna norma, vendar pa je država odgovorna, če je sodnik izrekel razzsodbo, ne da bi upošteval določbe pravnega rada, na katerega mednarodna norma napotuje.

V.

63. — Po načelih, ki so se ugotovila, je tudi razrešiti vprašanje, ali stori država že s tem mednarodno krivico, da izda zakon, ki nasprotuje mednarodni normi.

Mogoče je, da mednarodna dolžnost naravnost meri na to, da država ne sme izdati zakona določene vsebine. V tem primeru bi že tvorila izdaja takega zakona mednarodno krivico.

Če pa ni take določbe, se po mojem mnenju z izdajo zakona, ki nasprotuje mednarodni normi, še ne stori mednarodna krivica.²¹ Šele če bi se na podlagi takega zakona od organov ali zasebnikov storili čini, ki nasprotujejo mednarodni dolžnosti, bi prišla odgovornost države v poštev.

Izdaja zakona, nasprotujočega mednarodni normi, je samo po sebi le čin, ki se zaganja v v e l j a v n o s t (*Giltigkeit*) mednarodne norme. Veljavnost mednarodne norme se pa, kakor se je omenilo, ne da prevreči po enostranskem činu države.²² Dokler se zakon ni uporabil, je še vedno mogoče odpraviti protislovje brez škode.

²¹ Drugega mnenja je Strupp, l. c. str. 64: »Sobald es (das Gesetz) einer völkerrechtlichen Vorschrift widerstreitet, begründet es als völkerrechtswidrig staatliche Haftung.« Tudi jaz sem kakor Zittelmann mnenja, da je tak zakon ničn, in sicer ne samo »s stališča mednarodnega prava«, ampak sploh, ker v istem pravnem redu ne moreta biti veljavni dve normi, ki si nasprotujeta druga drugi. (Prim. spredaj odst. 57. in 58.)

²² Strupp, l. c. str. 66, op. 2, pravi, da vlada, ki je parlamentu predložila zakonski načrt, ki nasprotuje mednarodni normi, s tem še ni kršila mednarodnega prava, češ »noch gilt ja das völkerrechtsgemäße Gesetz.« V tem se nič ne spremeni, tudi če se zakon vstvari.

Država, ki izda zakon, ki se upira mednarodnemu pravu, postopa brezdovomno nespametno in nesmotreno, ker spravlja protislovje v svoj pravni red in vstvarja iminentno nevarnost, da se organi in zasebniki pregrešijo proti določilom mednarodnega prava. Ali mednarodne krivice s tem še ni storila. Pravica tuje države ne gre na harmonijo v pravnem redu države — zavezanca, ampak na to, da se prestira dolžno zadržanje.

Praksa po vsej pravici odklanja reklamacije glede zakonodaje, dokler ni činov, ki bi nasprotovali mednarodni dolžnosti.²³

§ 12.

Odgovornost države za akte uporabljanja pravnega reda.

64. — Kakor se je že ugotovilo, ima država mnogokrat dolžnost, da uporabi pravni red na konkreten primer. Posebno praktičnega pomena je ta dolžnost, v kolikor gre za policijsko, sodno in upravno zaščito tujcev, ki se nahajajo v državi (odst. 35, 40 in 41).

Če je država dolžna, na konkreten primer uporabljati pravni red, potem to znači, da je treba uporabiti ono objektivno normo, ki v materialnem in formalnem oziru za konkreten dejanski stan pride v poštev. Katera je ta norma, o tem se je že govorilo. Tu gre le za akt uporabe te norme.

Dolžnost obstoja v tem, da država postopa v vsem tako, kakor je to mednarodna norma neposredno ali

²³ Tudi Anzilotti, *Revue Générale*, XIII, 294, pride, če tudi po drugi poti, do istega zaključka: »Le fait illicite n'est pas la loi, mais l'action qui dérivera de la loi: seule, cette action pourra engager la responsabilité internationale de l'Etat.« V primeru, ki je raveden v *Revue Générale du droit intern. public*, XVII. (1910), str. 277, je Turčija izdala zakon, ki nasprotuje kapitulacijam. Države so reklamirale, ko se je zakon uporabil. Turčija je izjavila, da kot suverena država ima pravico »de légiférer comme elle l'entendait«. Na to so ji pa države v identičnih notah izjavile, da nikakor ne odrekajo Turčiji »le droit de légiférer, mais d'appliquer aux étrangers des lois contraires aux Capitulations et aux traités en vigueur sans s'être, au préalable, entendu avec les puissances.«

posredno določila. S tem so pa že označeni učini, za katere je država odgovorna.

Dva primera sta možna: ali da se norma sploh ni uporabila ali da se je uporabila napačno, po manjkljivo; uradni čin se je ali protipravno opustil ali pa protipravno vršil.

Država je odgovorna, če se iz kateregakoli vzroka norma sploh ni uporabila: n. pr. norma ni bila izvršljiva ali organ je iz drugih vzrokov pravni akt kratkomalo odklonil. To je prava pravcata odreka pravice (*denegatio justitiae, déni de justice, Justizverweigerung*).

Država je pa tudi odgovorna, če se norma ni pravilno uporabila: predpostavljal se je napačen dejanski stan; uporabila se je norma, ki ni bila prava; uporaba se ni vršila po organu, ki ga obveznostna norma določa (organ ni bil kompetenten, sodišče ni bilo pravilno sestavljeno); organ se ni držal določenega postopka (je odklonil zaslišanje strank ali prič, je postopanje zavlačeval) ali je sicer ravnal nepravilno (pristransko, je uničil spise) itd.

65. — Učinov, ki pridejo tu v poštev, doktrina ne razpravlja pod enotnim vidikom. Bavi se pred vsem z odgovornostjo za akte pravosodja in tukaj zopet posebno s tem, ali je ob sodniški neodvisnosti sploh mogoče, da država odgovarja za pravosodne akte.

Toda uporablanje pravnega reda v svrhu pravne zaščite je splošen problem ter vsebuje akte sodnih kakor drugih državnih in samoupravnih organov. Treba le pomisliti na primere kakor, ali se naj tujec pripusti k izvrševanju obrti, ali se naj pritegne k javnim obremenitvam, na primere postopanja pri razlastitvah ali pri odobravanju obrtnih naprav, na patentne zadeve, na odredbe policijskih, vojaških, občinskih organov itd.

Da pri mednarodni odgovornosti države razlikovanje med sodnim in upravnim postopanjem ne more biti odločilne važnosti, izhaja že iz tega, da je porazdelitev državnih poslov na sodne in upravne organe povsem stvar autonomne določitve: v eni državi je za upravljanje iste stvari pristojno sodišče, v drugi državi upravno oblastvo.

Tudi upravni organi morejo grešiti s tem, da kratkomalo odrečejo uradno postopanje. Radi tega se morajo izrazi:

justitia denegata, *déni de justice*, *Justizverweigerung* pojmovati v širšem pomenu, namreč kot odreka pravice ali pravne zaščite sploh. Sem spadajo posebno tudi primeri, da policijski ali sploh organi, ki imajo kako oblast nad storilcem, ne zabranijo krivičnega dejanja, da si vedo ali vidijo, da hoče storiti krivico, ali da ne podvzamejo branilnih merà.¹

Tudi dejanja državnih poglavarjev in sklepi parlamentov pridejo tu v poštev, v kolikor so v posameznem slučaju za uporabljanje pravnega reda poklicani.²

Tudi ni principijelne razlike med višjimi in nižjimi organi. Ta razlika igra svojo ulogo le v vzklicnem postopanju.

66. — O tem, da je odgovornost države »mogoča« za upravne akte, v obče ni spora. Pač pa se še z ozirom na sodniško neodvisnost odgovornost za pravosodne akte ali povsem zanika, ali pa priznava le za gotove učine; med temi se posebno navajajo odklonitev postopanja (*justitia denegata*), zavlačevanje postopanja (*justitia protracta*) in primer »očividne krivice«.

V dokaz, da sodniška neodvisnost ne more biti zapreka odgovornosti za pravosodne akte, se avtorji navadno pozivajo na položaj parlamenta, ki je ravno tako neodvisen od vlade in vendar je država odgovorna za njegova dejanja (nedejanja). Razen tega uveljavljajo princip enotnosti države

¹ Prim. slučaj ital. delavcev v New Orleans: državo se je smatralo za odgovorno, ker kljub pozivu italijanskega konzula lokalna policijska oblastva niso ničesar storila, da se italijanski delavci ščitijo pred linčanjem. (Revue Générale I, 171 ss.) — Dalje Joung-služaj: država je bila odgovorna, ker navzoči poveljnik ni branil vojaku, da izvrši uboj (It was an act of outrageous violation by an agent of that Government while in the line of his duty of a right which it was his business to protect). — Razsodba mešane komisije v Leannaud-primeru: vojaki zapalijo hišo, ne da bi navzoči oficirji to branili (the burning was a wanton act of the soldiers. It was committed when marching back to camp under the command and in the presence of their officers, who by the usual and ordinary enforcement of military discipline might and would and should have prevented it, but who do not appear to have used any means whatever to prevent it).

² N. pr. Državni poglavar pomilosti osebo, ki se je v smislu mednarodne obveznosti morala obsoditi, izda odredbo, s katero se krši mednarodno pravo (n. pr. zasego tujih ladij). Kot čini parlamentov pridejo v poštev odločitve o koncesijah, o civilnih in kazenskih pravadh.

(glej spredaj odst. 32). Po mojem mnenju je kakor vsaka tako tudi odgovornost za pravosodne akte utemeljena v d o l ž n o s t i, po kateri ima država pravosodni akt izvršiti na način, ki ga določa obveznostna norma, ali ga opustiti.

67. — Glede učinkov, za katere je država pri pravosodnih aktih odgovorna, soglašajo pravniki, ki sploh priznavajo »možnost« take odgovornosti, le v toliko, v kolikor gre za pravoppravcato odklonitev pravne pomoči. Glede vseh drugih primerov pa eni sploh ne priznavajo odgovornosti; drugi se zadovoljujejo s kazuističnim navajanjem posameznih vzrokov odgovornosti (kakor n. pr. če se niso dopustili dokazi, če se je postopanje zavleklo, če je bil sodnik pristranski, če se je vršil nanj pritisk); še drugi pa operirajo z označbami kakor »prelom pravice« (*Rechtsbruch, Rechtsbeugung*), »huda«, »očita«, »jasna«, »otipna« krivica itd., ki nimajo nobene spoznavne vrednosti.³

V veliki meri avtorji položaja prav ne spoznajo, ker ne upoštevajo, da mednarodna norma mnogokrat n a p o t u j e n a n a r o d n o n o r m o in da je v takem primeru kršenje narodne norme povsem ekvivalentno kršenju mednarodne norme (odst. 11).

Po Anzilottiju je razen, če se je pravica sploh odrekla, država odgovorna, če je sodnik »napačno uporabil pravilo mednarodnega prava«, ali če država ni izdala potrebnih izvršilnih norem. Narodnih norem, na katere mednarodna norma napotuje, pa Anzilotti sploh ne upošteva in ravno v teh se nahajajo pred vsem določila o postopku, kompetenci in sploh o načinu uporabljanja pravnega reda. Zategadelj Anzilotti ne pride do dovoljne rešitve. Ako je država izdala potrebne zakone in ako je sicer poskrbela, da jih morejo sodišča uporabljati, je po njegovem mnenju vse storila, kar je storiti dolžna. »Za to pa, kako sodnik te zakone uporablja, država ne more biti odgovorna.« Kajti tukaj gre »za interpretacijo in uporabo n o t r a n j e g a prava«, »kršenje ali napačna uporaba n o t r a n j e g a prava

³ »Injustice évidente et palpable«, »jugement manifestement injuste et partial« (Vattel); »Rechtsbeugung und grobes Verschulden« (Köhler); »gross miscarriage of justice«, »notorious injustice«, »manifest injustice« itd. Glej podatke pri Struppu, str. 76, op. 1, str. 79, op. 1.

pa ne more veljati za kršenje mednarodnega prava.« Vsled tega za take razsodbe, »naj bo njih pravica in notranja vrednost katerakoli«, država ne more biti odgovorna.⁴

Vendar je pa tudi Anzilotti primoran priznati, da more razsodba, ki ne vsebuje nobenega kršenja mednarodnega prava biti »očito krivična«, n. pr. če je sodnik »očito« podlegel vplivom, ki nimajo s pravosodstvom ničesar opraviti.⁵ Tak »izjemen slučaj«, katerega presoja je jako delikatna, kakor pravi, bi bilo v načinu, kako se je proces vodil in sodba izrekla, »evidentno« pomanjkanje pravice, in bi se ga smelo prištevati formelni odklonitvi pravosodja.⁶

Iz tega se vidi, da Anzilotti nima nobene točne rešitve vprašanja, ker popolnoma prezre dejstvo, da mednarodna norma napotuje na narodno normo in da ima v takem primeru kršitev narodne norme isto pravno veljavo kakor kršitev mednarodne norme.

Tudi Schoen ne upošteva relacije, ki jo vstvarja mednarodna norma po napotilu z narodnim pravom, vendar pa on svestno odklanja operiranje s pojmi kakor »očita krivica« in dr. Tudi ne omejuje odgovornosti na primere, v

⁴ »Mais... la manière dont les juges appliqueront les règles posées n'est pas de nature à engager la responsabilité de l'Etat envers les autres Etats. En effet... l'interprétation et l'application des lois dont il s'agit étant une interprétation et une application de droit interne, leur violation ou leur fausse application ne saurait constituer, en elle-même, une méconnaissance du droit international. Il suit de là que les jugements... n'engagent pas la responsabilité internationale de l'Etat... quelle qu'en soit la justice ou la valeur substantielle au point de vue du droit interne: ils ne sont pas, effectivement, de ce chef, une violation du droit international« (Revue Générale, XIII, str. 297).

⁵ Revue Générale, XIII: »Il se peut que l'étranger ait été admis à faire valoir son droit devant les tribunaux et qu'il ait obtenu d'eux un arrêt ne contenant pas une violation du droit international, mais que cependant la décision rendue soit manifestement injuste« (str. 24)... lorsque, de toute évidence, les juges ont obéi à des influences étrangères à leur mission« (str. 25).

⁶ »...un manque évident de justice dans la manière dont le procès a été conduit et le jugement prononcé (str. 25).

katerih se je pravica »namenoma« kršila, ampak povdarja, da država odgovarja tudi za pomote.⁷

Po mojem mnenju je, če ni kaj drugega določeno, država odgovorna za vse napake in pomanjkljivosti, ki jih v formalnem in meritornem oziru kaže pravosodni ali upravni čin s stališča norem, ki jih je uporabljati v smislu mednarodne obveznostne norme. Podstava za presojo so poleg mednarodne tudi one narodne norme, na katere mednarodna norma napotuje in so v takem primeru norme obeh vrst povsem enakovredne.⁸ Tudi ni v načelu nobene razlike, ali se je napaka storila namenoma ali pa pomotoma. Tudi za nepravilno interpretacijo je država odgovorna, če se ta nepravilnost ugotovi, n. pr. po razsodniškem izreku. To je načelo; ni pa seveda izključeno, da stranke odgovornost, ki iz tega načela izhaja, omejijo na ožji obseg.⁹

68. — Za določitev, kdaj je pri uporabljanju pravnega reda mednarodna krivica storjena, je odločilen trenutek, v katerem postane pravni akt končno veljaven.

Ako stranka po normi, ki jo je uporabljati, nima pravnega leka, je krivica storjena v trenutku, ko se

⁷ Glej Martensovo razsodbo v *Costa-Rica Packet* primeru (pomota o meji obrežnih voda) navedeno spredaj str. 64, op. 50.

⁸ Zategadelj je država odgovorna, ako policijski organi, ne da bi imeli za to po lokalnem zakonu potreben sodni ukaz, vderejo v stanovanje in iz njega odvedejo osebo v zapor. Tudi je odgovorna za to, če se osebo dene v ječo, čeprav razsodba še ni bila pravnomočna (primer *Lüders*, *Revue Générale*, V, str. 103 ss). — Država je bila odgovorna, ker carinski organi pri reviziji niso vpoštevali predpisanih formalitet (*Revue Générale*, I, str. 476); ker so se policijski organi podali na ladjo, ne da bi imeli dovoljenje konzula, ki je po kapitulacijski pogodbi potrebno (*Revue Générale*, II, str. 623); ker so sanitetne oblasti neopravičeno zavlačevale izdajo potrebnega atesta (ibidem); ker je turški polkovnik dal meniha, ki ni hotel prestopiti k islamu, kratkomalo umoriti in sežgati (*Revue Générale*, IV., 54 ss). — Glej dalje primer *Lenz in Renton* predaj str. 82, op. 17. — Nasprotno pa država ni odgovorna, če pritvori oficirje tuje vojne ladje (primer angleške vojne ladje *Forté* v braziljski luki), ki so žalili in napadli stražo, češ »les agents brésiliens n'étaient point coupables de provocations et les lois du pays avaient été régulièrement appliquées.« (Razsodba belgijskega kralja, *Revue Générale* XII, 1905, str. 646.)

⁹ Glej n. pr. pogodbe, navedene v *Revue Générale*, II, 339 ss.

je pravni akt ugotovil. Isto velja v vseh primerih, v katerih se ugotovljen akt takoj izvrši.

Če je pa stranki pridržan pravni lek, se tako dolgo ne da govoriti o storjeni krivici, dokler traja prizivno postopanje. Krivica je storjena šele, ko se kljub prizivu pomanjkljivost pravnega akta ni popravila. Zategadelj se v praksi reklamacije šele uveljavljajo, oziroma dopuščajo, ko je prizivno postopanje zaključeno.¹⁰ To pa je tudi dokaz, da pravomočnost razsodbe nikakor ni zapreka, ampak pogoj za uveljavljanje mednarodne odgovornosti.¹¹

Včasih se sicer v praksi dopušča diplomatska intervencija že prej, kakor so se izčrpala pravna sredstva, a to le takrat, kadar je iz stalne prakse prizivnega oblastva brezuspešnost pravnega leka že unapred sigurna.¹²

Kaj pa naj velja, če se stranka ni poslužila pravnega leka, ki ji je na razpolago? Ali je v takem primeru tudi glede takozvanih absolutnih ničnostnih razlogov prekludirana? Tudi to vprašanje je rešiti na podlagi norme, na katero mednarodno pravo napotuje. V obče bo pač treba reči, da je stranka le gledé takih pomanjkljivosti prekludirana, katere je po pravnem redu le tedaj vpoštevati, če so se pravočasno uveljavile.¹³

¹⁰ V primeru *Cotesworth and Powell* je razsodnik odločil: da se mora državo pozivati na odgovornost, »it must appear, that the claimants exhausted every means of obtaining redress before the tribunals of the country« (citata po *Struppu*, str. 82, op. 4). — *Hershey*, l. c. 163: »Judicial remedies should, as a rule (prim. tekst k op. 12.) be exhausted before resorting to diplomatic interposition as a means of obtaining redress.« — *Strupp*, l. c., 81, je mnenja, da je krivica storjena že prej, ko so se izčrpali pravni leki in da praksa dopušča le »eine Hinausschiebung der Geltendmachung des Deliktsanspruches«, ali to mnenje je pravno neutemeljeno.

¹¹ Napačno je mnenje *Regelspergerjevo* (*Revue Générale* IV, 742): »L'Etat n'est donc pas responsable des conséquences des erreurs judiciaires commises (prim. spredaj str. 64, op. 50). Quand il y a eu déjà condamnation, cela se conçoit, car il y aurait atteinte à l'autorité de la chose jugée.« — Kakor v tekstu tudi *Anzilotti*, *Revue Générale*, XIII, 24.

¹² Glej primere pri *Struppu*, l. c. str. 81, op. 1, str. 83, op. 1.

¹³ Glej o vprašanju relativnih in absolutnih pomanjkljivosti *Kelsen*, *Über Staatsunrecht, zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit der*

Vse, kar se je v predstojećem ugotovilo glede pravo-
sodnih aktov, velja tudi za upravne akte. Tudi pri
upravnem postopanju je država odgovorna ne samo za
odklonitev akta, ampak tudi za vse pomanjkljivosti, ki jih
ima akt v formalnem in meritoričnem oziru se stališča norem,
ki jih je uporabiti.¹⁴

69. — Po načelih, ki veljajo za uporabljanje pravnega
reda, je treba tudi presoјati, ali in v koliko je država odgo-
vorna za krivice, ki so se storile tujcem povodom notra-
njih nemirov in rabuk.

Treba je ločiti dva učina: prvič dejanja upornikov,
oziroma uporne sodrge, s katerimi se je grešilo proti pravi-
cam tujcev, in drugič, kar je ukrenila država, da upostavi
pravni red, s čim je eventualno oškodovala tujce.

Kar se prvega učina tiče, je treba upoštevati to, kar se
je o odgovornosti za dejanja zasebnikov ugotovilo. Po tem,
kakor mednarodna norma pravno razmerje med obema
državama določa, je država odgovorna ali le za prevencijo
in represijo, ali pa za krivične čine kot take (odst. 40., 41.).

To pa, kar je država ukrenila, da zatre upor, je treba
smatrati kot akte uporabljanja pravnega reda in jih je torej
presoјati po načelih, ki so se gledé uporabljanja pravnih
norem ugotovila.

Če je država v vsem postopala tako, kakor predpi-
suje mednarodno pravilni pravni red, za primer, da v
razmerju med državami ni ničesar drugega določeno, o
odgovornosti države ne more biti govora. Kajti tudi v tem
pogledu velja, da se tujec, ki gre v državo, poda pod pravni
red tuje države.

Ako pa ukrenitev n. pr. ni bila potrebna, ako se je na
ljudi streljalo, ne da bi se jih bilo, kakor norma predpisuje,
svarilo ali pozvalo, da se odstranijo, ako so se tujci brez zasli-
šanja dajali v zapor ali obsodili, ako so se izterjale od njih
rekvizicije, od katerih so oproščeni, ako se je luka zatvorila

juristischen Person und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakte (Zeitschrift
für das Privat- und öffentliche Recht, herausgegeben von Grünhut 40,
Bd. 1914).

¹⁴ Glej primere iz prakse str. 102, op. 8

brez notifikacije itd., se pravni red ni pravilno uporabljal in je za to država odgovorna.¹⁵

Nikakor se pa ne da *a priori* trditi, da je država za svoje odredbe odgovorna po načelih razlastitve, ali po načelu »ubi emolumentum ibi onus debet esse« ali po teoriji »*du risque étatif*«. ¹⁶ Vsi ti vidiki morajo imeti svojo zaslombo v mednarodni ali v autonomni normi. Isto velja o »načelu« ravnopravnosti tujcev z domačini, o »načelu«, da tujec ne more biti v boljšem pravnem položaju, kakor domačin.¹⁷

Ako obstoja v državi poseben zakon o povračilu škode, ki se je napravila ob takih puntarskih pokretilih, je tudi vprašanje, ali velja zakon tudi v prilog tujcev, presojati po pravnem razmerju, ki obstoji med dotičnima državama.¹⁸

Tretje poglavje. Pravna posledica mednarodne krivice.

§ 13.

Mednarodna represalija in njen pravni značaj.

70. — Pravna posledica, svojstvena mednarodni krivici, je, kakor smo ugotovili, pravica do uporabljanja mednarodne represalije.

Ker teorija misli, da je dolžnost, popraviti s krivico napravljeno škodo, pravna posledica krivice, tudi ne more priti do pravega spoznavanja, kaj je v pravnem pogledu mednarodna represalija. V sistemih mednarodnega prava visi

¹⁵ K mednarodno pravilnemu pravnemu redu spadajo tudi autonomne norme, na katere napotuje mednarodna norma. V tem smislu smatram, da je »Institut du droit international« imel prav, ko je postavil pravilo, da je država odgovorna za škodo »lors que le dommage résulte d'un acte contraire aux lois, commis par un agent de l'autorité«. Schoen, l. c. str. 97, op. 31. in Strupp, l. c. str. 101, op. 2. pa tega pravila ne odobravata. Primere nepravilnih ukrepov vlade, za katere je bila država odgovorna, glej v Revue Générale, IV, str. 405 ss.

¹⁶ Prim. o vsem tem Schoen, l. c. str. 94 ss in Strupp, l. c. str. 97 ss.

¹⁷ Glej o tem odst. 41.

¹⁸ Pogodba med Španijo in Perujem z dne 14. avgusta 1897 določa, da je treba, če se odškodujejo domačini za poškodbe, ki so jih utrpeli pri uporih, v isti meri povrniti škodo tujcem (Revue Générale, IV, 795).

represalija nekako »v zraku« in je brez »organične« vezi z drugimi »temeljnimi pojmi« mednarodnega prava.¹

Misel, da tiči svojstvena pravna posledica mednarodne krivice v dolžnosti do poprave, ima svoj izvor pač v tem, da se v praksi večina storjenih krivic poravnava z odškodninami, opravičevalnimi izjavami itd. Seveda se pri tem ne vpošteva, da je sankcija obveznosti nekaj drugega, kakor pa to, kar je rezultat dispozicijskega prava prizadetih strank.

Žaljenec, kateremu daje norma pravico, da sme reagirati s prisilnimi sredstvi proti krivici, more seveda disponirati čez to pravico. Lahko opusti preganjanje krivice, lahko se omeji na protest, lahko se pa tudi s kršiteljem pobota. To, v čemer teorija vidi pravno posledico krivičnega dejanja, so modalitete, s katerimi se stranke na podlagi svojega dispozicijskega prava »prijateljski poravnajo« radi izenačenja motenega interesnega položaja (odst. 4.).

Taka prijateljska poravnava pravno ni nič drugačnega kakor poravnava, ki jo v civilnem postopanju upnik sklene z dolžnikom pred eksekucijo, ki vsled tega odpade, ali če v kazenskem postopanju žalilec poda opravičevalno izjavo, s katero se privatni tožitelj zadovolji, tako da kaznitve ni treba več. Toda pravna posledica dejstva, da dolžnik ni plačal dolga ali da se je žalila čast, je bila pravica, ki jo je imel upnik in razžaljenec, da se nastopi proti dolžniku in žalilcu s prisilnimi sredstvi, da se eden eksekvirava, drugi kaznuje. Ravno tako je v mednarodnem pravu, z razliko, da tu ni oblastvene eksekucije, oblastvene kaznitve.

Kako se žaljenec in kršitelj poravnata, zavisi od njihove volje, osobito pa od volje žaljenca, ker on ima pravico uporabljati silo in se vsled tega nahaja v ugodnejšem položaju. Ali le, ker gre pri tem za poravnavo, za poboto, moremo razumeti, da pravniki soglasno zatrjujejo, da se baje »o načinu in obsegu pravne posledice« krivičnega dejanja ne da nič gotovega povedati, da »vse

¹ Heilborn v svojih »Grundbegriffe des Völkerrechtes« (1912) mednarodne krivice in tudi represalije niti ne omenja.

zavisi od volje žaljenca.«² V istini pa pravna posledica krivičnega dejanja kot taka tudi v mednarodnem pravu ni nič nedoločenega, ampak obstoja v čisto določeni pravici, da sme žaljenec v pravno določenih mejah uporabljati samopomoč.

Stranke morejo izvrševati označeno dispozicijsko pravo že vnaprej pri določanju obveznosti. To se zgodi, če določijo, kaj naj velja, če bi se obveznost kršila od ene ali druge strani. Tak dogovor ima značaj »konvencionalne kazni«, s čimer se za primer kršenja obveznosti izloči uporaba mednarodne sile. V takem primeru gre za alternativno obveznost.

71. — Navadno se represalija označa kot samopomoč v svrhu »neprijateljskega ali prisilnega rešavanja mednarodnih sporov.«³

Brez dvoma je represalija v tem smislu samopomoč, da jo navadno uporablja interesiranec sam, ne pa nepristranski organ (oblastvo). Dvomljivo je pa, če se represalija more smatrati za način (»modaliteto«) rešavanja mednarodnih sporov in staviti v isto vrsto z razsodništvom in diplomatskim sporazumom.⁴ Hall-Higgins označa že diplomatsko rešavanje sporov za *being obviously outside law*.⁵

Kako pa teorija sicer pravno pojmuje represalijo? Represalija ji je »v konkretnem primeru kot odgovor na krivico dovoljena povreda mednarodnega prava«

² Schoen, l. c. pravi: »Was der verletzende Staat zur Erfüllung dieser Pflicht (sc. das Unrecht wieder gutzumachen) zu tun hat, hängt durchaus von der Gestaltung des einzelnen Falles und besonders auch von dem Ermessen des verletzten Staates ab (str. 122). Es steht ganz im billigen Ermessen des Staates, wodurch er sich befriedigt erklärt« (str. 134). — Glej tudi Strupp, str. 209, Ullmann, str. 150.

³ Bonfils-Fauchille, l. c. 695: »Moyens coercitifs« (sc. de résoudre les contestations internationales). — Hershey, l. c. str. 343: »Non amiables or forcible modes of settlement of international disputes.« — Liszt, l. c. str. 272: »Nichtkriegerische Erledigung von Staatenstreitigkeiten.« — Ullmann, l. c. str. 432. — Anzilotti, Corso III, str. 149: »Risoluzione mediante accordo coatto determinato da atti di violenza fuori della guerra.«

⁴ Malone v vseh sistemih mednarodnega prava se diplomatski sporazum, razsodništvo in represalije obravnavajo v poglavju o rešavanju mednarodnih sporov.

⁵ L. c. 373.

(*Begehung einer in concreto erlaubten Völkerrechtsverletzung in Erwiderung einer vorausgegangenen*), je »krivica države napram krivici države« (*Staatsunrecht gegen Staatsunrecht*), je »protipraven čin«, ki ga pa pravo kot odgovor na tuj protipraven čin »odpušča« (*verzeiht*).⁶ Represalija je »sama po sebi krivična mera«, s katero se »izjemoma sme povrediti« pravna sfera druge države, ker je ta prej isto storila. Temeljna ideja represalije je bajé, da država na krivično dejanje reagira z aktom, ki bi bil »objektivno« ravno tako krivičen, če bi ga »subjektivno« ne opravičevalo dejstvo, da je reakcija proti krivičnemu dejanju druge države.⁷

Ker je torej represalija po teoriji »krivica«, se ji navadno odreká »pravni značaj« ali se jo pa smatra kot nekaj, kar stoji med pravom in krivico. *Funcck-Brentano*

⁶ Že tu se vidi protislovje, da teorija, ki spoznava le dolžnost poprave za pravno posledico mednarodne krivice, skoraj soglasno definira represalijo kot odgovor na prej storjeno krivico. Prim. definicije navedene pri *Strupp*, l. c. str. 198., op. 4.

⁷ *Strupp*, l. c. str. 182, 186, 187. — *Heilborn*, *System des Völkerrechtes entwickelt aus den völkerrechtl. Begriffen*, str. 352. — *Liszt*, l. c. 272: »Erwiderung einer völkerrechtswidrigen Maßnahme eines Staates durch eine gleichwertige gegen die Angehörigen des verletzenden Staates gerichtete Verletzung des Völkerrechtes.« — *Ullmann*, l. c. 456: (Die Repressalie) »besteht in gewalttätigen Handlungen, die objektiv selbst auch den Charakter völkerrechtlich deliktischen Handelns an sich tragen, aber im Hinblick auf den Anlaß ihrer Unternehmung völkerrechtlich als legitimer Zwang anerkannt sind.« — *Anzilotti*, *Corso III*, 154: »Alla base del concetto odierno della rappresaglia sta l'idea di un atto illecito compiuto da uno Stato contro un altro Stato, il quale reagisce con atti che sarebbero del pari illeciti (obiettivamente), se non li rendesse leciti (subiettivamente) il fatto che costituiscono la reazione contro la condotta antiggiuridica del primo.« — *Diena*, l. c. 482: »Azioni contrarie al diritto, per rispondere ad azioni parimente antiggiuridiche effettuate da un altro Stato.« — *Renault*: »Acte qui est contraire au droit.« — *Despagnet*, *Droit intern.*, 779: »Tout acte par lequel un Etat méconnaît ou viole les droits d'un Etat étranger ou de ses nationaux pour répondre à une méconnaissance ou à une violation de ses propres droits ou de ceux de ses nationaux.« — *Piédèslièvre*, *Précis de droit intern. public*, II, 85: »Les représailles supposent un droit méconnu ou violé. Cette infraction est punie par une violation semblable de la part de l'Etat lésé.«

n. pr. zatrjuje, da je represalija samo *fait, non l'exercice d'un droit* in da je brez *caractère de droit*.⁸

Po Heilbornu in Struppu je pa represalija pol pravo in pol krivica. »O pravnem institutu represalije se ne da govoriti, ona se le tolerira«. Če diplomatski spisi govorijo o »pravu povračevanja« (*Wiedervergeltungsrechte*), dokazuje baje natančnejša preiskava, da gre tukaj vedno le za *subjektives (Darf-) Recht. Nur von einem rechtlichen Dürfen des Staates im Sinne der erlaubten Vornahme einer sonst rechtswidrigen Handlung* se sme govoriti, ne pa o »polnem pravu« (*Vollrecht*). Ker je represalija le »izjemna pravica«, in ker se morajo izjeme strogo interpretirati, ne more biti za državo, proti kateri je represalija naperjena, nobene dolžnosti, represalijo trpeti, kakor to n. pr. Strisower zatrjuje.⁹

Pravno tehnično si teorija predstavlja represalijo kot »prehodni preklic«, »prehodno razveljavo«, kot »suspenszijo mednarodnih pravnih pravil.¹⁰

72. — Povod temu nekoliko čudnemu pojmovanju represalije je naziranje, ki ga ima teorija o pravni posledici mednarodne krivice. Ker vidi teorija pravno posledico krivice le v dolžnosti, poravnati storjeno materialno in immaterialno škodo, ne ve kaj bi naj pravzaprav počela z represalijo. Po teoriji represalija nima pojmovno-nujne vezi s krivico in vsled tega se ji ne more odrediti točno določenega mesta v pravnem sistemu. Če je pa, kakor se je obrazložilo, represalija svojstvena pravna posledica krivice, se o njenem pravnem značaju ne da dvomiti in je njeno mesto trdno in točno opredeljeno v pravnem sistemu.

S stališča pravnega pojmovanja, kakor velja za notranje pravo moderne države, represalija kot samopomoč gotovo ni idealna oblika za uresničevanje pravice. Ali radi tega se

⁸ Précis du droit des gens, str. 229. — Piédelièvre, l. c. II, 87: »Les représailles ne sont pas à proprement parler, un moyen de droit; c'est beaucoup plutôt, ainsi qu'on l'a dit l'injustice mise au service de la justice (Pillet).«

⁹ Strupp, l. c. 184, 185.

¹⁰ »Vorübergehende Außerkraftsetzung (Außerkurssetzung, Suspension) von Völkerrechtsnormen« (Strupp, str. 190, 191, 192, 197, itd.).

pri pravni opredelitvi ne sme prezreti, da je ob danih okolišninah represalija brez dvoma bistven del veljavnega mednarodnega prava in da v resnici vrši funkcijo pravne garancije. Tudi v notranjem pravu samo pomoč ni docela izključena.

Če bi se represaliji ne priznaval pravni značaj, bi bila njena uporaba uveljavljanje gole sile in mednarodno pravo bi bil pravni red brez pravno urejenega prisilnega sredstva. Tako naziranje bi bilo v očitnem nasprotju s pojmovanjem mednarodne prakse, ki smatra represalijo za praven institut mednarodnega prava, in s pozitivnimi določili tega prava.

Ako je pa represalija praven institut, pravilno uporabljanje represalije ne more biti krivično dejanje, brezpraven čin, povreda prava. Tako pojmovanje je prav tako nemogoče, kakor če bi se sodna eksekucija ali kaznitev pojmovala kot prizadevanje krivice, kot povreda prava, ker se z njimi posega v pravice in interese eksekuta ali kaznjenca. Da more priti teorija sploh do takega pojmovanja, temu je vzrok, ki se je že opetovano naglašal, da razumeva pojem »povrede« (*Verletzung*) čisto interesno, ne pa kot funkcijo pravne norme.

Če se represalija pojmuje kot pravica, in če se izvršuje ta pravica v mejah, ki jih določa pravo, ne more biti nikdar krivica.¹¹ Ne krivica, ampak le pravica more biti sankcija pravne obveznosti. V okviru pravnega reda more represalija krivice obstojati le v činu prava, ne pa v činu krivice.

Iz tega pa tudi sledi, da država, ki je zapadla pravici represalije, po pravu ni upravičena, se represaliji staviti v bran (*Widerstandsrecht, jus resistendi*), ampak da je pravno dolžna, trpeti represalijo. Seveda je temu predpostavka, da je represalija upravičena, to je, da so v resnici dani pravni pogoji za njeno uporabo. Če so se

¹¹ Po pravici vpraša Le Fur, Des représailles en temps de guerre, str. 15, z ozirom na Renaultovo označbo represalije (spredaj op. 7): »Mais comment concilier cette définition avec l'affirmation de toute la coutume internationale et de la grande majorité des auteurs, qui y voient au contraire un acte reconnu par le droit? Etant conforme au droit, il ne saurait lui être en même temps contraire.«

države v praksi mnogokrat stavile represaliji v bran, potem se da p r a v n o to le tako tolmačiti, da je bilo med državami sporno dejstvo krivice, ali da se je represalija vršila na način, ki je protipraven. Če bi pa bil n. pr. učin krivice ugotovljen po razsodišču, in če bi se represalija vršila po pravnih pravilih, bi država storila mednarodno krivico, ki bi reagirala s protipravnimi čini na represalijo.

Naziranje o pravici »nižje stopnje«, ki ni »polna pravica«, je pravno seveda zgrešeno in ni treba, da bi se o njem razmotrivalo. Vsaka pravica izraža, da se nekaj s m e (*dürfen*), in kar se pravno sme, je pravica. Kakor je logično le alternativa med *a* in *non a* možna, tako tudi pravno le alternativa med dejanjem, ki je prav (pravica, pravo), in dejanjem, ki ni prav (krivica, nepravo).

Ker je represalija v pravu samem (pozitivno) utemeljena, tudi ni treba nobene konstrukcije o »preklicavanju« ali »suspenziji« mednarodnih norem. Taka pomožna predstava je že sama po sebi zgrešena. Nikdar se ne da mednarodna norma, ki je za države, za katere velja, objektivno, to je od njihove volje neodvisno veljavna norma, po enostranskem aktu ene teh držav razveljaviti ali suspendirati (odst. 18., 57.).

73. — Le konsekvantno je, če teorija, ki smatra represalijo za nekaj, kar je izven prava, tudi zatrjuje, da zato, k a k o s e r e p r e s a l i j a v r š i, n i n o b e n i h p r a v n i h m e j.¹² Nekateri pravniki mislijo, da le oziri človekoljubja omejujejo svobodo v vršenju represalije. V kolikor ostanejo »načela modernega človekoljubja« neokrnjena, »ni nobenega pravnega pravila, ki bi se ne smelo suspendirati, dokler ni dosežen smoter represalije.«¹³

Ako se represalija pojmuje kot praven institut, se ne more dvomiti o tem, da je država pri vršenju represalije omejena. Represalija je kakor vojna sicer čin samopomoči in se vrši mnogokrat z akti fizične sile; toda ne eno ne drugo ne izključuje pravne omejitve. Gotove tipične oblike represalije so po pozitivnem pravu točno določene.¹⁴ Država sicer

¹² Funck-Brentano, Précis du droit des gens, str. 229: »aucune limite, chaque Etat en use selon sa puissance et selon ses intérêts.«

¹³ Strupp, l. c. 191.

¹⁴ Mérignhac, Traité de droit public international, 3e partie, t. 1, p. 350: »La coutume internationale a réglementé les principales représailles.«

sme z represalijo prizadevati zla in škode, a le v mejah, ki jih postavlja pravo. Tudi eksekucija notranjega prava posega v lastninske pravice eksekuta, ali le tako daleč in na načine, ki jih dopuščajo norme o eksekuciji.

Nobenega dvoma ni, da se tudi pri izvrševanju represalije morajo spoštovati norme, katerim je baš namen postavljati pravne meje za izvrševanje te pravice, in ki se vsled tega ne smejo »suspendirati«. Ako so n. pr. gotove naprave (kanali) pogodbeno neutralizirane, se jih mora tudi pri pohodu spoštovati, ki bi se vršil kot represalija. *P o r t e r s* je v a konvencija o izterjanju dolgov izključuje v izvestnih primerih rabo fizične sile. Celo vojno pravo, »zakoni in običaji o vojskovanju«, so pravne omejitve v izvrševanju samopomoči.¹⁵

74. — V literaturi se razmotriva vprašanje, ali je represalija k a z e n. Navadno se povdarja, da je radi tega, ker so države druga drugi koordinirane, kaznitev države »n e m o g o č a«. ¹⁶ Ali že *S t r u p p* po pravici naglaša, da bi se z istim argumentom moglo oporekati možnosti represalije sploh.¹⁷ *S c h o e n* meni, da se mednarodnim prisilnim sredstvom že radi tega ne da pripisovati značaj kazni, ker njim ni smoter, prizadevati zla, ampak le nagibati državo, da izpolni svojo dolžnost.¹⁸ Drugi pravniki pa zopet govorijo o »kaznitvi« države, ki je kršila mednarodno dolžnost.¹⁹

Ali ima pravno zlo značaj kazni, se ne more določiti po splošnih vidikih in tudi ne po smotru ali po tem, v čemer

c'est-à-dire celles qui sont d'un usage plus fréquent, en quelque sorte de droit commun, et qui, à raison de cette fréquence même pouvaient être l'objet d'une réglementation particulière.«

¹⁵ Ako *O p p e n h e i m*, II, 43 pravi: »An act of reprisal may be performed against anything and everything that belongs or is due to the delinquent State or its citizens«, gre to gotovo predaleč.

¹⁶ *S c h o e n*, l. c. str. 22: »Es ist ein unhaltbarer Gedanke, daß koordinierte Staaten einander gegenüber eine Strafgewalt üben.« — *R e n a u l t*: »A mon avis, un Etat n'a pas le droit de punir un autre Etat, parce qu'il n'y a pas de supérieur: «(Citat po *S t r u p p u*, 217). — *O p p e n h e i m* I, § 151: »An internationally delinquent State, as a Sovereign, cannot be punished.«

¹⁷ L. c. 217.

¹⁸ L. c. 22.

¹⁹ *H a l l s H i g g i n s*, A treatise on international law (7th edition, Oxford, 1917), str. 56.

obstoja prizadeto zlo, ampak le s stališča konkretnega pravnega sistema. Tudi vprašanje, kakor se stavi pri represaliji, je stavljeno s stališča notranjega pravnega reda, to je na podlagi pojma o kazni, ki velja v notranjem pravu. Ako izhajamo iz tega pojma, kateremu je bitni element pomanjšanje javnega zaupanja in javne veljave, izražajoče se v posledicah nezmožnosti do opravljanja javnih funkcij, izvrševanja izvestnih poklicov itd., moramo reči, da represaliji tak kazenski značaj ni svojstven. Mednarodno pravo je pravni sistem, v katerem se še ni dovršila diferenciacija pravnih prisilnih sredstev v kazenska in nekazenska zla. Represalija je represivno sredstvo, ki v mednarodnem pravu hkrati izvršuje funkcijo eksekucije in kazni. Tudi v notranjem pravu države so bile dobe, ki niso poznale te diferenciacije.

Nikakor pa pojmovno tudi za mednarodno pravo ni izključeno, da se taka diferenciacija uveljavi. Tudi državi kot juristični osebi je mogoče prizadeti zla, ki morejo imeti značaj kazni v smislu notranjega prava države.²⁰ Poskus v tej smeri predstavljajo določbe Versailleske mirovne pogodbe, po katerih se naj bivši nemški cesar Viljem postavi pred mednarodno sodišče.²¹ Seveda nastane še vprašanje, ali se morejo te določbe smatrati v smislu »kazenske odgovornosti nemške države« (Strupp) ali pa le v smislu osebne odgovornosti nemškega cesarja.

§ 14.

Izvrševanje represalije.

75. — Uporabljanje represalije že spada v okvir vprašanj, ki smo jih označili kot »procesualni del« deliktičnega problema (odst. 7.), pri katerih pridejo razven obveznostne tudi druge norme v poštev.

Pravico, uporabljati prisilna sredstva, ima žaljenec v trenutku, ko se je krivica storila. Vendar mu je pa po osebnih določilih mnogokrat zabrajeno, pravico takoj

²⁰ Prim. Kelsen, ki v razpravi Über Staatsunrecht (spredaj str. 103, op. 13) poudarja možnost kaznovanja jurističnih oseb.

²¹ Glej Strupp, l. c. 218.

izvrševati; tako n. pr., ako obstoja med državama pogodbeno obveznost, da se smejo represalije uporabljati še le, ko je pretekel izvesten čas, potem ko se je krivica storila.¹

Dalje se represalije ne smejo uporabljati, če je sporno, ali se je zares zgodila krivica, in če ste stranki po pogodbi dolžni, predložiti spor razsodišču (pogodba o institucionalnem razsodišču, kompromisorična klavzula).

V kolikor gre za represalijo v obliki vojne, je pakt o Društvu Narodov (čl. 12.) naložil članom splošno dolžnost, da morajo vse spore, ki se ne bi dali razrešiti v diplomatskem sporazumu, predložiti razsodišču ali pa Društvu Narodov in da pred potekom treh mesecev, potem ko je razsodišče izreklo razsodbo ali ko se je zaključilo postopanje pred Društvom Narodov, ne smejo započeti z vojnimi akcijami.

Pa če tudi ni take posebne obveznosti, bode žaljenec iz lastnega nagiba skušal priti do prijateljske poravnave. To bo seosebno storil, če je o učinku krivice mogoč dvom, ker bi, ako uporablja represalijo, ne da bi bila pravno upravičena, storil sam mednarodno krivico.

V vseh navedenih primerih se na podstavi sporazuma ali enostranske dispozicije upravičenca odloži faktično uveljavljanje represalije. Če pa ne bi prišlo do poravnave, ali če bi zavezanec ne storil tega, kar mu nalaga poravnava ali razsodniški izrek, ne preostaja nič drugega, kakor da žaljenec poseže po represaliji, ki je kot »ultima ratio« zares zadnja in prava posledica storjene krivice.²

Mnogi pravniki mislijo, da je običajno mednarodno pravo že utrdilo dolžnost, da se represalija ne sme uporabljati, preden se je poskusila prijateljska poravnava.³ Drugi

¹ Glej o takih pogodbah Woolsey, Introduction to the study of international law (5th ed. 1879), str. 191.

² Čl. 12. pakta o Društvu Narodov: »Ils ne doivent recourir à la guerre avant l'expiration d'un délai de trois mois après la sentence des arbitres ou le rapport du Conseil. Cfr. čl. 15, al. 7.

³ Le Fur, Des représailles en temps de guerre, str. 28.: »L'appel à la force est anormal et toujours regrettable; il n'est donc légitime que là où il y a vraiment nécessité d'y recourir. Aussi y a-t-il pour l'Etat obligation d'essayer au préalable d'obtenir satisfaction par voie amiable; c'est là une condition de légitimité des représailles.«

so pa mnenja, da je to doslej le *m o r a l n a* dožnost.⁴ Ni pa dvoma, da ima država v primeru očito protipravnega napada pravico takojšnje reakcije s prisilnimi sredstvi.

76. — Spor, ki je nastal o tem, ali se je zares kršila mednarodna obveznost, se more pravno rešiti le na načine, po katerih je pravna rešitev mednarodnih sporov sploh mogoča: po razsodniškem izreku ali po diplomatskem sporazumu, na katerega s koncilijatornimi sredstvi (dobre usluge, mednarodne preiskovalne komisije itd.) lahko delujejo tudi druge države, če so v to poklicane.

Ako je odločitev spora poverjena razsodišču, je naloga razsodišča lahko omejena tako, da ima ono odločiti le vprašanje, ali se je mednarodna obveznost kršila ali ne. Ako razsodišče razsodi, da se je kršila obveznost, more žaljenec nastopiti z represalijo, če ni prišlo med strankami do »prijateljske poravnave«.

Navadno pa stranke, izvršujoč svoje dispozicijsko pravo, poverijo razsodišču tudi nalogo, da ugotovi modalitete interesne poprave storjene krivice.

77. — Kakor za presojo in odločitev o učinku krivice, tako tudi za faktično uveljavljanje pravne posledice storjene krivice v mednarodnem pravu ni oblastvenih organov. Vsled tega ima načeloma žaljenec sam izvršiti prisilno akcijo proti kršitelju obveznosti. Vendar pa more izvršitev akcije pristojati tudi drugemu subjektu, če je žaljenec tako disponiral in je druga država sprejela to nalogo. Ali taka pravica more drugemu subjektu pristojati le na podlagi posebnega pravnega naslova. Zategadelj gre tu za vprašanje, ki ga ni rešiti na podstavi obveznostne norme, ampak na podstavi drugih določb, čeprav so take določbe mnogokrat spojene z obveznostno normo.

To velja tudi o vprašanju, ali smejo posebno v primeru »težkih mednarodnih krivic« druge države, ki po krivici niso neposredno prizadete, nastopiti proti kršitelju

⁴ Bonfils-Fauchille, l. c. str. 632.

mednarodne dolžnosti. Znano je, da mnogo odličnih pravnikov prisoja državam tako pravico.⁵

Sosebno morejo garancijske obveznosti (klausula *respecter et faire respecter*) dajati drugim državam pravni naslov, da nastopijo s prisilnimi sredstvi proti kršitelju dolžnosti. Primer takega garancijskega razmerja kaže čl. 10. pakta o Društvu Narodov, po katerem so člani Društva dolžni *à respecter et à maintenir contre toute agression extérieure l'intégrité territoriale et l'indépendance politique présente de tous les Membres de la Société*. Žaljevec je tukaj država, ki je bila napadena, vendar imajo vsi drugi člani Društva pravico in dolžnost nastopiti proti napadalcu.

V drugi obliki je tako garancijsko razmerje izraženo v čl. 16. pakta. Člana Društva, ki je v nasprotju z obveznostmi, ki jih nalaga pakt, započel vojno, je smatrati kot takega, ki je storil vojni čin proti vsem članom Društva in ti so dolžni vprizoriti proti njemu diplomatski, finančni, gospodarski in pravni bojkot ter se udeležiti skupne vojne akcije proti njemu.

78. — Mednarodna praksa je razvila nekatera tipična sredstva represalije: embargo, blokado itd. Pakt o Društvu Narodov (čl. 16.) je uvedel obliko splošnega gospodarskega bojkota.

Sicer se pa sme v mejah, ki jih določa pravo, uporabljati za represalijo vse, s čimer se prizadene državi, ki je kršila obveznost, zlo ali škoda. Represalije so lahko pozitivna dejanja, s katerimi se posega v pravice tuje države, ali pa opustitve v izpolnjevanju dolžnosti ter morejo biti mere gospodarskega, političnega ali vojnega značaja.⁶

⁵ Hall-Higgins, l. c. 56: »When a State grossly and patently violates international law in a matter of serious importance, it is competent to any State or to the body of States to hinder the wrong-doing from being accomplished or to punish the wrong-doer.

⁶ Bonfils-Fauchille, Manuel de droit international public (7^e éd 1914), str. 698: »Les représailles sont des voies de fait, des mesures de contrainte... engendrant un dommage plus ou moins considérable; voies et mesures qui varient infiniment...«

V literaturi se med represalijo in vojno načeloma razločuje. Po mojem mnenju je vojna le modus represalije v tehničnem smislu. Vojna je kakor represalija čin samopomoči, s katero se prizadevajo zla in škode in tudi z vojno se po pravu sme nastopati le v svrhu reakcije proti storjeni krivici.⁷ Pravno stojijo vojna in druge (nevojne) represalije v istem razmerju med seboj, kakor razne vrste civilnopravne eksekucije ali razne vrste kazni (v denarju, na svobodi, na telesu, življenju). Vojna in nevojna represalija so modalitete mednarodne sile, za katere veljajo glede uporabljanja, pravnih učinkov in pravnih omejitev poleg skupnih ravno tako posebne norme, kakor je to pri mobilijarni in imobilijarni eksekuciji ali pri kazni v denarju in na svobodi.

Razlike, ki se za vojno in represalijo navajajo, so zgolj tehničnega značaja.⁸ Le v načelni enotnosti pravnega instituta tiči razlog za to, da označujejo pravniki represalijo, ki se uveljavlja z vojnimi močmi, kot mero, »ki se dotika vojne«, ali da jo kratkomalo imenujejo »izolirano«, »nepopolno«, »delno« vojno.⁹ Ali je prisilna akcija vojna ali pa nevojna represalija, o tem odločuje le volja dotične stranke.¹⁰

⁷ Glej spredaj str. 17, op. 16 (Grott). — Dobro označa Le Fur, ki je sploh med redkimi pravniki, ki represalijo pravilno presoja, razmerje med vojno in represalijo. On pravi (Les représailles en temps de guerre, 20): »Ce qui augmente beaucoup l'intérêt du problème (sc. du fondement juridique des représailles), c'est que la question de la légitimité des représailles se pose à peu près de la même façon que celle de la légitimité même de la guerre, puisque, dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de moyens de coercition qui ne sont légitimes que s'ils sont employés à titre de sanction d'un droit violé.«

⁸ To velja tudi o kriterijih, ki jih navaja Strisower, Krieg und die Völkerrechtsordnung, str. 7 ss.

⁹ Glej podatke pri Struppu, l. c. 203. — Funck-Brentano. Précis du droit des gens, str. 229: »guerre isolée«. — Hall-Higgins, l. c. str. 372: »measures of constraint falling short of war.« — Westlake, International Law, II, str. 6: »Forcible measures short of war.« — Ullmann, l. c. str. 457, pravi, da nekatere represalije »bedeuten der Sache nach ein kriegerisches Unternehmen.«

¹⁰ To dobro dokazuje Strupp, l. c. 205. — Hall-Higgins, l. c. 380: »It of course remains true that reprisals are acts of war in fact,

Ker je treba vojno voditi po določenih normah, in ker morejo vojne stranke te norme kršiti, je samoobsebi umevno, da morejo tudi vojne stranke druga proti drugi uporabljati represalije. Vendar ni, kakor se to trdi, med represalijo, ki se uporablja v vojni, in represalijo, ki se uporablja v mirnem stanju, pravno nobene razlike.

though not in intention, and that... the state affected determines for itself whether the relation of war is set up by them or not.« — Anzilotti, Corso III, str. 164s: Dipende interamente della volontà dello Stato, che ricorre all'uso della forza contro un altro Stato, di qualificare la propria azione militare, qualunque essa sia, come guerra... in sostanza dunque gli stessi fatti possono essere fatti di guerra o no a secondo della volontà degli Stati fra cui intercedono.«

Univ. prof. dr. Leonid Pitamic:

Državno in meddržavno pravo pod vidikom enotnega sistema.

I.

Razmerje med takozv. državnim (nacionalnim) in meddržavnim (mednarodnim, internacionalnim) pravom se da zamisliti na trojen način:

1.) Meddržavno pravo je del državnega prava; velja torej le, ako je od le-tega pripoznano.

2.) Državno pravo je del meddržavnega in velja le, ako je ž njim v skladu.

V prvem in drugem primeru je konflikt med obema pravnima krogoma nemogoč, ker je v prvem primeru državno, v drugem meddržavno pravo višje in odločujoče v tem smislu, da so višjemu pravu nasprotujoči pojavi nižjega prava nični.

Zelo razširjena je

3.) Teorija, da sta obe pravi neodvisni drugo od drugega, da je vsled tega lahko nekaj po meddržavnem pravu pravilno, kar je po državnem nepravilno in obratno.

Pri prvi možnosti je samostojna eksistenca meddržavnega prava zanikana; ono postane, kakor se pristaši te teorije izražajo, z u n a n j e d r ž a v n o pravo. Država (in sicer po državnem pravu za izpremembo državnega prava kompetentni državni organi) bi lahko sama izpremenila meddržavno pravo, kolikor velja za dotično državo, s tem, da izpremeni višje stoječe državno pravo, — če ne gre drugače, z izpremembo ustave. Ta teorija varuje dosledno načelo absolutne suverenosti države, uničuje pa suverenost, t. j. absolutno obveznost meddržavnega prava, in je popolnoma neskladna z zahtevo pravne sigurnosti med državami.

Po tretji prej navedenih teorij prekorači državno pravo svojo kompetenco, ako ureja odnošaje meddržavnega prava, in ostane brez pravne moči glede teh odnošajev; isto velja za internacionalno pravo, ako namerja urejevati državno-pravne razmere.¹ Novejša, posebno Kelsenova² metodološka raziskavanja pa so pokazala, da je to naziranje neskladno z enotnim pojmom prava in da se po tej teoriji ne bi dalo priznati ali državnemu ali pa internacionalnemu pravu svojstvo prava. Če je namreč oboje pravo, potem ne more veljati hkrati državno-pravna norma A in meddržavnopravna norma non A. To je ravno tako nemogoče, kakor bi bilo nemogoče trditi v svetu naravnih pojavov, da je nek pojav, obenem pa, da ni, da velja nek prirodni zakon, ki pa hkrati ne velja. Konflikt veljavnih norm v enem in istem sistemu je nemogoč. Naziranje, da sta državno in meddržavno pravo drug od drugega logično neodvisna, se da vzdržati le, ako odrečemo enemu ali drugemu značaj prava, ako n. pr. vidimo v meddržavnem pravu le nekako moralo. Potem je konflikt norm mogoč, ravno tako, kakor je mogoč konflikt med pravom in med etiko; tak spor pa ni konflikt med normami istega sistema, temveč konflikt dveh različnih sistemov.

Ako pa stojimo na stališču, da je internacionalno pravo res obvezno pravo — in to stališče je pri sedanjem razvoju mednarodne organizacije, ki ima svoja posebna sodišča, svojo upravo in zakonodajo, pač edino možno — potem moramo tudi izvajati teoretske in praktične konsekvence. Potem pa ne tvorita takozv. državno in takozv. meddržavno pravo dva različna sistema, temveč enoten normativen sistem, t. j. pravní sistem, in sicer tako, da je meddržavno pravo nadrejena, državno pravo pa podrejena stopnja v tem sistemu. To pa je prej pod št. 2 označena teorija.

¹ Sam sem se bil svojčas pridružil temu naziranju v svoji knjigi »Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich, Wien und Leipzig, Fr. Deuticke, 1915« in v »Slov. Pravniku« l. 1914, str. 8—12, zlasti pri določitvi formalnih pogojev za veljavnost internacionalnih pogodb. Kakor pokažem v teku te razprave, pridem tudi pri svojem sedaj revidiranem teoretskem stališču do istih praktičnih zaključkov kakor v citirani knjigi; priznam pa, da moja metodološka podlaga takrat ni bila utemeljena.

² Glej zlasti Hans Kelsen »Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes«, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1920.

Če je temu tako, in če je s pojmom enotnega sistema nezdržljivo, da si norme veljavne v okviru tega sistema nasprotujejo, če je dalje nemogoče, da velja norma višje stopnje, obenem pa tej normi nasprotujoča norma nižje stopnje, — kako se da razlagati, da se predpisi internacionalnega prava ne izvajajo tedaj, kadar jim nasprotujejo norme takozv. notranjega državnega prava, ko bi bile v tem slučaju te norme vendar nične? To dejstvo je tako očitno, da ga ne moremo prezreti, in ravno ta očitnost je bila vzrok, da se je ustvarila teorija o neodvisnosti državnega od meddržavnega prava s svojimi nadaljnimi izrodki, n. pr. da internacionalno pravo veže sicer »državo« kot celoto, da pa ne velja v državi, da je lahko kaka meddržavna pogodba na »ven« veljavna, na »znotraj« pa neveljavna itd.

Ti nazori se naslanjajo zavestno ali nezavestno na vladajočo teorijo o državi, ki smatra državo kot neko materielno, ali celo kot absolutno bitje, ne zavedajoč se, da je smatranje države iz pravnega stališča kot ene »osebe« le pomožno sredstvo³, le abreviatura za kompliciran sistem pravnih norm, ozir. pravnih odnošajev, ki so v enotni zvezi. Nesporno je, mislim, da je pravo pod izvestnimi sankcijami stoječa norma za človeško ravnanje, da morejo torej pravne norme izvrševati vedno ljudje, ne pa kak pravni pojem, kakor je država, občina, društvo. Ako se reče, da se obrača, »adresira« meddržavno pravo na »države«, pomenja to le, da je nižji, t. j. državni stopnji prava prepuščeno določiti one ljudi, ki bodo predpise višje, t. j. meddržavne stopnje izvrševali ali za njih izvrševanje skrbeli. Ravno v našem vprašanju se pojavlja nujnost, da spoznavajoč »osebnost« države ali državno »osebo« le kot pomožno miselno sredstvo, zopet analiziramo to osebnost, ker nam more motiti pogled na razmerje med internacionalnim in državnim pravom. Razkrojiti moramo državo kot kolektivni pojem za neko organizacijo v njene posamezne organe. Potem ne bomo več rekli, da je »država« na eni strani, na »ven«, ali »navzgor« vezana, na drugi strani, na »znotraj« ali »navzdol« pa ne, temveč bomo z nekaljenim pogledom na ves enotni pravni sistem ugotovili, da imajo nekateri organi dolžnost

³ Glej mojo razpravo »Nove smeri v pravni filozofiji« v I. letniku tega Zbornika, 1921.

izvrševati kako internacionalno normo, drugi organi in ostali ljudje pa ne, ali vsaj še ne.

Iz gotovih pravnopolitičnih in praktičnih vzrokov, ki mi jih ni treba tukaj razkladati, se prepušča aplikacija, izvršitev in interpretacija pravnih predpisov le izvestnim, ne pa vsem organom. V tem pogledu se razvrščajo organi po izvestnih stopnjah izvrševanja ali konkretizacije prava. Primere za to imamo že v takozv. notranjem pravu države. Upravni organi so dolžni izvrševati ukaze in uredbe svojih nadrejenih oblastev (n. pr. ministrstev), ne smejo jih pa presojati na njihovo zakonitost, ako ni izrecno določena kaka izjema. Upravni organi radi tega tudi niso odgovorni za čine, izvršene na podlagi eventualno nezakonitih uredb; odgovorni so za to tisti organi, ki so izdali take uredbe, ker je že z uredbo samo storjen nezakonit čin; seveda se nahaja tu pa tam kaka izjema od tega organizatoričnega principa, n. pr. da za dejanja, kaznjiva po kazenskem zakonu, podrejeni organ ni krit z ukazom nadrejenega organa. Sodniki so vezani le na zakone (vsaj v evropskih državah); iz tega sledi, da imajo pravico in dolžnost presojati v konkretnem primeru uredbe na njih zakonitost; preko zakona pa ne morejo soditi in vsled tega tudi ne morejo presojati zakonov na njihovo ustavnost; dolžni so izvrševati formalno izdane zakone, tudi ako le-ti ne bi bili v skladu z ustavo.⁴ Še manj pa imajo sodniki in upravni uradniki pravico soditi o tem, da-li so zakoni in ustava v skladu z internacionalnim pravom. Oni tega prava sploh ne morejo direktno izvrševati, temveč morajo, ker so vezani le na državne zakone, čakati da dobi internacionalno pravo obliko državnega zakona. Položaj je isti kakor n. pr. položaj eksekutorja, ki izvršuje sodbo po naročilu sodnika, ki pa ne sme soditi in tudi ne direktno eksekvirati sodbe, temveč mora čakati na naročilo sodnika, in ki tudi ne sme presojati sodnikovo sodbo na njeno zakonitost. Vendar se ne more reči, da ne velja razsodba, ki še ni eksekvirana, da ne

⁴ N. pr. čl. 48 naše ustave, ki pravi, da se razsodbe in rešitve sodišč izrekajo in izvršujejo na podstavi zakona; in čl. 109, po katerem sodijo sodišča po zakonih; glej mojo razpravo »Ustava in zakon« v Slovenskem Pravniku, 1922, št. 1—4.

velja zakon, ki še ni konkretiziran, oblikovan v sodbo, da ne velja ustava, ki še ni oblikovana v navadni zakon, da ne velja meddržavno pravo, ki še ni oblikovano v ustavo ali v zakon. More se le reči, da so izvestni organi v svojem uradovanju vezani na izvestno stopnjo prava, in da ne smejo presojati te stopnje na njeno skladnost z višjo stopnjo. Noče se pač poveriti vsem organom presojanje celega prava na skladnost v vseh njegovih stopnjah. Ne da se pa iz tega dejstva, ki se pojavlja tem intenzivneje, čim bolj se pravo diferencira, izvajati, da so te posamezne stopnje posamezni, med seboj neodvisni sistemi. Stopnja »izvršbe«, stopnja »razsodbe«, stopnja »zakona«, stopnja »ustave« stojijo v logični zvezi in tvorijo vse skupaj en sistem, to je pravni sistem; to že radi tega, ker je višja stopnja logična premisa ali praecedens nižje, kajti brez »višje« ne bi bilo »nižje« in obratno. V isti logični zvezi z navedenimi stopnjami pa stoji tudi internacionalno pravo. Da je temu tako in da ni internacionalno pravo kak izoliran sistem, to se pokazuje tudi takrat, kadar se mednarodna norma ne izvršuje po izvestnih državnih organih. Ti organi imajo dolžnost skrbeti za to, da se meddržavno pravo v dotični državi izvede in kadar tega ne storé, potem se pojavijo razne odgovornosti, določene v meddržavnem pravu; to so pravne posledice, ki vendar predpostavljajo veljavno pravo. V naši dobi se vedno bolj razvija ideja take odgovornosti; celo to je mogoče, da so isti organi, ki so po državnem pravu neodgovorni, odgovorni po internacionalnem pravu, n. pr. načelniki države za krivično vojno. V tem pogledu je zanimiv člen 227 Versailleske pogodbe iz l. 1919, ki postavlja pred internacionalno sodišče nemškega cesarja Viljema II., ki je bil po nemškem državnem pravu neodgovoren. Taki primeri se bistveno ne razlikujejo od onih, v katerih so ministri, toženi od kralja ali od parlamenta, odgovorni pred državnim sodiščem, neodgovorni pa pred drugim (n. pr. apelacijskim ali kasacijskim) sodiščem. Vse to je le vprašanje kompetenc in instanc, ali organizacije ali pa stopnjevanja prava. Internacionalnopravna odgovornost pa lahko zadene ne le onega, ki je moralčno kriv, temveč tudi kakega drugega, pri denarni odškodnini ali vojni eventualno ves takozv. državni organizem. Potem je to eden

mногоštevilnih primerov jamstva za krivdo drugega in se bistveno ne razlikuje od primera, kadar je določeno jamstvo vseh članov kake družbe za nepravilne čine družbenih organov.

II.

Pod temi vidiki se bo dalo tudi rešiti prej omenjeno vprašanje glede sklepanja meddržavnih pogodb, ki stoji na meji državnega in internacionalnega prava. Ker urejajo meddržavne pogodbe odnose med državami, mora biti formalno pogodbeno pravo na vsak način meddržavnega izvora. Dvojno je mogoče: meddržavno pravo določa ali neposredno formalne pogoje za veljavnost pogodb, n. pr. v kateri obliki se morajo sklepati in kateri organi so za to sklepanje legitimirani, ali pa prepušča (delegira) takozv. državnemu pravu, da v enem ali drugem pogledu predpiše te pogoje, da n. pr. določa, kateri organ je kompetenten sklepati take pogodbe. Nekaj podobnega najdemo v takozv. notranjem pravu države. Tako je po čl. 86 za Slovenijo veljajočega trgovinskega zakona javni trgovski družbi prepuščeno, določati one družbenike, ki bodo družbo zastopali; po čl. 114 zadobi družba pravice in dolžnosti le po zastopstvu teh družbenikov. Za delniške družbe pa je v čl. 230 določeno, da zadobi družba pravice in dolžnosti po pravnih dejanjih svojega načelnitva. Ako pa je v družbeni pogodbi določena kaka omejitev načelnitva glede tega zastopanja, ako je n. pr. rečeno, da se smejo izvestne pogodbe sklepati le s privolitvijo občnega zbora, potem nimajo take omejitve pravnega učinka napram kontrahentom družbe; pač pa je načelnitvo zavezano napram družbi, da se drži teh omejitev. V trgovinskem zakonu ste torej predvideni obe možnosti: ali je že v zakonu rečeno, kdo zastopa družbo, ali pa je prepuščeno družbenemu statutu (ozir. pogodbi), da naj to določi. V obeh primerih pa črpa pravica zastopanja svojo veljavo iz trgovinskega zakona, zakaj tudi družbeni statut velja le na podlagi zakona.

Temu razmerju med trgovinskim zakonom in družbenim statutom podobno je razmerje med internacionalnim in državnim pravom. Do sedaj še nimamo napisanega meddržavnega pravila, ki bi določalo, kateri organi posameznih

držav so legitimirani, da sklepajo pogodbe; pač pa se je razvilo običajno pravo⁵, da je — izvzemši manj pomembne primere, kakor je sklepanje lokalnih premirjev v vojni po vojaških poveljnikih ali manj važnih pogodb po ministrih — načelnik države oni organ, ki zastopa državo in ki potemtakem veljavno sklepa (ratificira) pogodbe z drugimi državami. To običajno pravo se je razvilo radi tega, ker je načelnik države splošno znana oseba, katera se navadno, ko prevzame oblast, drugim državam notificira. Mednarodna praksa, iz katere je postalo običajno pravo, si je izbrala to oblastvo ali ta državni organ, ki se da hitro in lahko spoznati in od katerega se pričakuje, da ne bo dal svoje besede, ne da bi se preje zasigural, da jo bo mogel tudi držati. To zasiguranje je zlasti potrebno v modernih državah, katerih ustavno pravo zahteva, da se morajo vse ali vsaj nekatere pogodbe odobriti po parlamentu, predno jih ratificira načelnik države. Najsigurneje je seveda vnašati potrebo parlamentarne odobritve v tekst pogodbe kot suspenziven ali rezolutiven pogoj za njeno veljavo ali pa omenjati parlamentarno odobritev v ratifikacijski listini; to slednje delajo Zjedinjene države Severne Amerike glede odobritve po senatu. Ostale države nimajo te prakse, ratifikacija se vrši samo po načelniku države, ki bo, ako je previden, ratificiral šele potem, ko je izposloval potrebno parlamentarno odobritev. Ako pa tega ne stori in ako ratificira pred odobritvijo po parlamentu, ni radi tega pogodba neveljavna, pač pa so za to ministri parlamentu odgovorni radi kršitve ustave. Ako bi se smatrala taka pogodba za neveljavno, potem bi se zahtevalo od vseh držav, da poznajo natančno ustavo in ustavne običaje vseh drugih držav, s katerimi sklepajo pogodbe; to pa je že radi tega nemogoče, ker so ustavne določbe ravno kar se tiče parlamentarne odobritve mednarodnih pogodb v mnogih državah nejasne in sporne celo

⁵ Čim bolj narašča pomen in obseg meddržavnega prava, tem bolj se precizirajo pogoji za veljavnost pogodb in se dvigajo iz sfere običajnega prava s sfero zavestno določenega, napisanega prava. Tako predpisuje člen 18 pakta o »Društvu narodov« z l. 1919 kot formalen pogoj za obveznost vseh v bodoče sklenjenih internacionalnih pogodb vknjiženje pogodbe pri tajniku »Društva narodov«. Spričo tega predpisa menda nihče ne bo trdil, da je določba kake ustave veljavna, ki bi hotela za svoj obseg dekretirati obveznost internacionalnih pogodb brez te vknjižbe.

med juristi ene in iste države. Kaj je n. pr. razumeti s pojmom »trgovinska pogodba«, kaj s pojmom »pogodba, ki obremenjuje državo«, kaj s »pogodbo, ki individualno veže državljanе?« Za te pogodbe zahtevajo belgijska ustava ter ustave drugih držav, ki so jo kopirale, odobritev parlamenta. Skušal sem v zgoraj citirani knjigi ugotoviti te pojme; toda drugi so drugega mnenja, in glede teh skrajno širokih in nejasnih pojmov je možno še tretje in četrto mnenje. Če pa vlada nejasnost in razcepljenost glede interpretacije ustave, se ne more zahtevati od države-kontrahenta, da naj ona reši to vprašanje; njej se to interpretativno delo tudi nikoli ne bo prepuščalo. Pripetiti pa se more v našem vprašanju še sledeče, kar bi popolnoma omajalo pravno sigurnost: Recimo, da je bila pri sklepanju kake internacionalne pogodbe t a k r a t n a vlada in tudi t a k r a t n i parlament mnenja, da parlamentarna odobritev ni potrebna; pogodba se je sklenila in kontrahent — tuja država — je v popolni dobri veri, da je sklenil veljavno pogodbo. Pride druga vlada ali drug parlament, ki sta, kar je pri raznih možnostih interpretacije prav lahko mogoče, mnenja, da je bila parlamentarna odobritev p o t r e b n a in, ker je ni bilo, da je pogodba neveljavna. Kako lahko bi se na podlagi tega naziranja vsaka država otresla na škodo drugih držav obveznosti, ki so ji neprijetne, tega ni treba posebej razložiti. Tudi naša ustava, ki je v tem pogledu dokaj jasnejša od belgijske, dopušča take dvome, če zahteva v čl. 79 za potrditev (t. j. ratifikacijo) vseh pogodb s tujimi državami predhodno odobritev narodne skupščine — izvzemši »čisto politične sporazume«. Naj mi kdo jasno in t o č n o pové, kaj so »čisto politični sporazumi«!

Take in druge določbe v ustavah ne morejo biti odločilne za meddržavno veljavnost pogodb; inace ne bi mogel kontrahent nikoli biti popolnoma siguren, da je sklenil veljavno pogobo. Ker potrebuje internacionalno pravo jasnih legitimacij, se je razvilo pravilo, ki ima moč običajnega prava, da je ratifikacija po načelniku države za veljavnost pogodbe potrebna in zadostna (v nekaterih manj važnih primerih pa sklepanje pogodbe po vojaških načelnikih ali načelnikih dotičnega upravnega resorta). Z ozirom na to vse je tekst naše ustave umesten, če pravi v čl. 79: »Kralj sklepa pogodbe s tujimi državami, toda za potrditev teh pogodb je treba

predhodne odobritve narodne skupščine«. To določilo ni tako pretenciozno kakor je belgijska ustava ali ustava bivše Avstrije, ki je zahtevala za veljavnost izvestnih pogodb odobritev parlamenta. Naša ustava se sploh ne vmešava v vprašanje veljavnosti internacionalnih pogodb; ona pravi le, da je »treba« parlamentarne odobritve, kar pomeni, da ne sme kralj ratificirati pred to odobritvijo; če pa vkljub temu to stori, potem je to kršitev ustave, za katero odgovarja minister. Kako je z meddržavno veljavnostjo, to vprašanje pušča ustava odprto, ker ga seveda tudi ne bi mogla samolastno rešiti. Položaj je isti kakor pri prej omenjenem čl. 230, ozir. 231 trgovinskega zakona. Tudi tu je po načelništvu samem sklenjena pogodba veljavna, akoravno zahteva morebiti družbeni statut predhodno potrditev po občnem zboru; načelništvo pa je v takem slučaju odgovorno občnemu zboru za kršitev statuta.

Če se pa hoče podeliti ustavnemu določilu o odobritvi parlamenta meddržavni pomen, potem se mora ta odobritev vnesti ali kot pogoj v tekst pogodbe, ali pa v ratifikacijsko listino. S tem pa preidejo določbe nižjega prava (državnega) v višje pravo (internationalno) in postanejo radi tega obvezne med državami. Če se to ne zgodi, potem je vsak poizkus nižjega prava določiti proti določilu višjega prava (naj si bo le-to napisano ali običajno) pogoje, pod katerimi se naj v tej višji stopnji vršijo pravna opravila — brez uspešen, ker je nelogičen.

III.

Razvrstitev prava po raznih stopnjah v zvezi z omejitvijo pravnih organov na izvestne stopnje ima prav interesantne posledice. Pravzaprav bi moralo biti vse neveljavno, kar je v nasprotju z najvišjo stopnjo, t. j. z meddržavnim pravom. Kaj pa potem, če ni nobenega organa, ki bi konstatal to neskladnost in če so državni organi vezani izvrševati nižje, t. j. državno pravo? Položaj je isti kakor pri protiuslavnih zakonih, ki se izvršujejo, če ni instance, ki bi smela ugotoviti to protiusavnost in razveljaviti take zakone. V nekaterih državah je taka instance, takozv. ustavno sodišče. Sedaj imamo tudi analogno meddržavno sodišče, ki

rešuje spore med internacionalnim in državnim pravom. Za tak vsled dejanske kršitve pravnih interesov možni spor pa bo manjkal dejanski substrat, ako nastane med prvo, drugo in tretjo stopnjo prava naslednja kombinacija: tretja stopnja (navadni zakon) je v skladu s prvo stopnjo (internacionalno pravo), dočim druga stopnja (ustava) nasprotuje prvi, in potemtakem seveda tudi tretja drugi. To se lahko dogaja v vseh državah, v katerih so organi, ki izvršujejo zakone, absolutno vezani na to zakonsko stopnjo prava.

Zanimiv primer za to nam nudi takozv. »manjšinska pogodba«, t. j. pogodba, ki jo je sklenila naša država l. 1919 z zavezniškimi velesilami v St. Germainu obenem s pogodbo o miru z Avstrijo. Nočem govoriti o političnem pomenu te pogodbe, s katero se je naložila naši državi zaščita takozv. človeških pravic, zlasti glede narodnostnih in verskih manjšin.⁶ Znano je, da je naša delegacija odklonila podpisati to pogodbo, kakor tudi mirovno pogodbo z Avstrijo, ker bi se po čl. 51 te slednje pogodbe naša država podvrgla vsem (!) predpisom, ki bi jih smatrale zavezniške velesile (!) za potrebne v svrhu zaščite plemenskih, jezikovnih in verskih manjšin v srbsko-hrvatsko-slovenski državi, — in da je obe pogodbi podpisala šele 5. decembra 1919, ko je bil predsednik mirovne konference v imenu vrhovnega sveta izjavil, da je z »manjšinsko« pogodbo namen prej omenjenega čl. 51 popolnoma izčrpan in da ne bodo velesile zahtevale od naše države nobene daljše obveznosti v tem predmetu.

Ne glede na vse to pa je iz pravnega stališča odločilno, da je postala ta pogodba po založitvi ratifikacijskih listin v Parizu in z vknjižbo pri sekretarijatu društva narodov dne 21. oktobra 1920 za našo državo veljavno pravo. Radi tega se morajo spraviti določbe naše zakonodaje v sklad z vsebino te pogodbe, kar je povrh še izrecno rečeno v njenem čl. 1: »Država Srbov, Hrvatov in Slovencev se zavezuje, da se določila členov od 2. do 8. tega poglavja priznavajo za osnovne zakone, da ne bode noben zakon, nobena uredba in nobeno uradno opravilo v protislovju ali opreki s temi določili, in da se ne sme zoper nje postavljati

⁶ V tem pogledu opozarjam na izčrpano razpravo Ilije Pržića v Beogradskem »Arhivu za pravne i društvene nauke«, 1922, br. 3, 4, 5 in 6.

noben zakon, nobena uredba in nobeno uradno opravilo.«⁷ Po čl. 11 pa je stalno mednarodno sodišče (*Cour permanente de Justice internationale*, sedaj v Haagu) kompetentni forum, ki končno veljavno sodi o sporih med našo državo in drugimi državami glede izvedbe manjšinske pogodbe.

Naša (Vidovdanska) ustava ne govori, z eno samo izjemo, nikjer izrecno o manjšinskih pravicah, smatrajoč najbrže, da je ta materija že urejena v navedeni pogodbi, ki je kakor bomo videli postala državni zakon, in da spadajo podrobnejša določila v delokrog izvršilnih zakonov, ozir. uredb. Le glede manjšinskih šol določa zadnji odstavek čl. 16 ustave: »Manjšinam drugega plemena in jezika se daje osnovni pouk v njih materinem jeziku ob pogojih, ki jih predpiše zakon.« Šesti odstavek tega člena pravi, da je osnovni pouk državen. V tem oziru daje (ali vsaj obljublja) ustava manjšinam več nego zahteva pogodba, ki določa sicer v čl. 9. bistveno isto, toda le za takozv. »nove« pokrajine (»določila tega člena veljajo samo za ozemlja, dodeljena Srbiji ali državi Srbov, Hrvatov in Slovencev izza dne 1. januarja 1913«), med tem ko velja prej navedena ustavna določba za v s o državo.

Dočim nudi ustava v navedeni točki več kakor zahteva manjšinska pogodba, zaostaja v neki drugi točki za določbami te pogodbe, to je glede svobode veroizpovedanja. Člen 2, odstavek 2 pogodbe pravi v francoskem originalu: »*Tous les habitants du Royaume des Serbes Croates et Slovènes auront droit au libre exercice, tant public que privé, de toute foi, religion ou croyance, dont la pratique ne sera pas incompatible avec l'ordre public et les bonnes moeurs.*« (Slovenski tekst Uradnega lista: »Vsi prebivalci države Srbov, Hrvatov in Slovencev imajo pravico do svobodnega

⁷ To je po srbskem v »Službenih Novinah« natisnjenem besedilu »začasnega zakona« o tej pogodbi prestavljeni slovenski tekst v »Uradnem listu« št. 118 iz l. 1921. Avtentični francoski tekst tega člena se glasi: *L'Etat serbe-croate-slovène s'engage à ce que les stipulations contenues dans les articles 2 à 8 du présent chapitre soient reconnues comme lois fondamentales, à ce qu'aucune loi, aucun règlement ni aucune action officielle ne soient en contradiction ou en opposition avec ces stipulations et à ce qu'aucune loi, aucun règlement ni aucune action officielle ne prévalent contre elles.*«

izvrševanja, tako javno kakor privatno, vsake vere, religije ali verovanja, katerega izpoved ne nasprotuje javnemu redu in javni morali.«) S tem je pripadnikom vseh veroizpovedanj, v kolikor le-ta ne nasprotujejo javnemu redu in morali, zasigurana ravnopravnost kar se tiče izvrševanja (*pratique*) te veroizpovedi, bodisi javno ali privatno. Po čl. 12 naše ustave pa so le »usvojen a veroizpovedanja enakopravna pred zakonom ter smejo svoj verozakon javno izpovedati«; srbohrvatski tekst se glasi: »Usvojene veroizpovedi ravnopravne su pred zakonom i mogu svoj verozakon javno ispovedati.«

Na prvi pogled ni popolnoma jasno, kaj se pravi, da »veroizpovedanja svoj verozakon izpovedujejo«. Če bi to »izpovedovanje« pomenilo, da se sme vsak pripadnik kake konfesije ali pa vsi skupno priznati kot taki pripadniki, potem bi bil to brezpomemben pleonazem, ker je to pri »usvojenih« ali »priznanih« konfesijah že z ozirom na »usvajanje« ali »priznanje« samo po sebi umevno, in sledi vrhu tega tudi iz principa svobode vesti. V materialijah (stenografskih zapisnikih) ustave ni najti glede tega nobene objasnitve. Toda vse kaže, da se je mislilo pri izrazu »izpovedati verozakon« na izvrševanje verozakona, t. j. na kult. V tem mnenju me potrjuje zlasti oficijelna, u z a k o n j e n a srbska prestava manjšinske pogodbe. Francoski izraz »*pratique*« (kar pomeni brezdvomno »izvrševanje«) v prej navedenem čl. 2 manjšinske pogodbe je namreč v srbskem tekstu predstavljen z »ispovedati«. Ravno tako je izraz »*exercer librement leur religion*« v čl. 8 te pogodbe predstavljen z »da... slobodno ispoveduju svojo veru«. Glej tekst te v obliki »privremenega zakona« objavljene pogodbe v »Službenih Novinah« z dne 19. junija 1920, br. 133 a. Na istih mestih in v istem smislu rabi izraz »izpoved« in »izpovedati« slovenska prestava srbskega teksta v »Uradnem listu« z dne 29. septembra 1921, št. 301.

Javno izpovedanje kake vere (verozakona) pomeni torej javno izvrševanje = »*exercer, pratiquer*«, nemški »*öffentliche Religionsübung*«, in to more biti edini smisel tega izraza v čl. 12 ustave. Dočim pa je to »izvrševanje« po pogodbi dovoljeno vsem veroizpovedanjem, dovoljuje ustava to le usvojenim veram. Kaka do sedaj pri nas

še nepriznana sekta, katere veroizpoved ne nasprotuje ne javnemu redu ne morali, nebi smela po ustavi javno izpovedovati = izvrševati svojega verozakona (pač pa privatno), po manjšinski pogodbi pa bi smela to tudi javno storiti; ravno glede verskega kulta pa je to zelo važna razlika. Če bi bila pri nas v veljavi samo ustava, potem se ne bi mogla navedena meddržavna pogodba glede te točke v polnem obsegu izvrševati, kajti vse državne oblasti so vezane na ustavne določbe (čl. 45. ustave); država pa bi bila za eventualno neizvrševanje pogodbe po njenem čl. 11 odgovorna pred internacijskim sodiščem. Do tega pa — hvala Bogu — iz sledečih razlogov ne bo prišlo: Manjšinska pogodba je bila pri nas uzakonjena z začasnim zakonom, in ta zakon je bil po čl. 130. ustave predložen zakonodajnemu odboru narodne skupščine; ta odbor je sklenil, da ostane začasni zakon glede te pogodbe (kakor tudi glede nekaterih drugih pogodb) nadalje v veljavi; ta sklep je bil sankcioniran po kralju in nato kot zakon publiciran v »Službenih Novinah« z dne 9. oktobra 1922, št. 224 (»Uradni list« št. 108 iz l. 1922). Ker so sodišča pri nas po ustavi sami vezana absolutno na zakone, torej tudi na ta zakon, in ker jih ne smejo presojati na skladnost z ustavo, in ker nimamo posebnega ustavnega sodišča, ki bi imelo tako kompetenco, radi tega — pa samo radi tega — se bo vsebinsko manjšinske pogodbe pri nas povsem izvrševala, dasi je v navedeni točki ustavi nasprotna. To je aktualen primer za možnost prej navedene kombinacije v razmerju med prvo, drugo in tretjo stopnjo prava, t. j. med internacijsko pogodbo, državno ustavo in državnim zakonom. Protiustavnosti zakona o manjšinski pogodbi in pravni nezmožnosti, da se ugotovi ta protiustavnost, se imamo zahvaliti, da internacijsko sodišče ne more spoznati navedeno določbo naše ustave za neveljavno!

Univ. prof. dr. Stanko Lapajne:

Meddržavno in medpokrajinsko stečajno pravo kraljevine Srbov, Hrvatov in Slovencev.

I. Problemi.

V stečajih z anacijonalnimi elementi (upniki iz tuje države, imovino stečajnika na tujedržavnih ozemljih in pod.) zanimajo zlasti sledeči problemi:

1.) Ali se delaj razloček med domačimi in tujimi upniki, ali naj uživajo prvi prednost pred drugimi? — Današnji stečajni redi ne poznajo take prednosti. Pred njimi so upniki ne glede na državljanstvo enakopravni, pod edinim pogojem obstoja medsebojnosti. Enakopravnost v stečaju (pod navedenim pogojem) je utemeljena že v obči enakopravnosti tujcev z domačini v večini civiliziranih, na medsebojno občevarje navezanih državah. Prihaja do izraza v nacionalnih zakonodajah, pa si jo države garantirajo tudi z dogovori.

2.) Kadar ima stečajnik svojo imovino razkrojeno po ozemljih več držav, nastane vprašanje, je-li imej otvoritev stečaja v jedni državi izvenozemeljski (ekstrateritorialni) učinek? Ako bi ne imela nobenega, bi ostala stečajniku imovina, ležeča izven države otvorjenega stečaja, še naprej na prosto razpolago. Njegovi upniki bi bili siljeni, si pomagati tamkaj s posameznimi izvršbami ali, če se strnejo tudi tam zakoniti pogoji za otvoritev stečaja, predlagati otvoritev tekmujočega stečaja. Današnje kontinentalne države so uvidele kvarne posledice take nepopolne ureditve in si medsebojno in načeloma priznavajo ekstrateritorialni učinek otvorjenega stečaja. Ta učinek obstoji v pritegnitvi inozemske stečajnikove imovine v tuzemski stečajni sklad in v tuzemsko razdelitev ozir. narobe — načelo, katero imenujemo univerzalno v nasprotju k teritorialnemu.

3.) Vprašanje, je-li veljaj načeloma pripuščeno univerzalno načelo brez izjeme, ali naj pa glede gotovih vrst inozemske stečajnikove imovine ostane v veljavi starejše teritorijalno načelo, še ni enotno rešeno. Večina držav na kontinentu se drži teritorijalnega načela samo še glede nepremičnin, za katere zahtevajo absolutno uveljavljanje lastne stečajne jurisdikcije. Te države imajo torej mešan sistem: v inozemstvu otvorjeni stečaj razteza svoj učinek le na premičnine v mejah njih ozemlja, a ostane brez učinka na njih nepremičnine.

4.) Enoten stečaj in enotno stečajno sodstvo poznamo zato v splošnem le glede premične imovine stečajnikove, dočim se mora glede njegovih nepremičnin predlagati v državi rei sitae otvoritev ondotnega specialnega stečaja. Če se je ne zahteva ali po ondotnem stečajnem pravu zahtevati ne more, ostane tujedržavna nepremičnina zgolj predmet posameznih izvršb, ozir. na prosto razpolago stečajniku.

5.) Glede premičnin nastane nadaljne vprašanje, kateri izmed več držav, kjer se nahajajo, naj gre s odločitvena prednost? Katera izmed držav rei sitae naj bo pristojna za otvoritev univerzalno učinkujočega stečaja? Ako bi izhajali vsi stečajni redi pri določbah o podsodnosti z enakih in takih okoliščin, ki morejo nastati samo v jedni državi, bi tekme stečajnega sodstva ne bilo. Vendar takih okoliščin ni, ker more celo pri stečajnih redih, ki izhajajo s podsodnosti domovališča, stečajnik imeti po več domovališč. (Ne glede na to, da je domovališče pravni pojem, in da morejo države izhajati z različnega pravnega pojmovanja.)

Zato je potrebno, da se države, ki stremijo za dobroto enotnega stečaja, zedinijo — potom dogovorov ali v avtonomnih svojih zakonodajah — na nadaljno okoliščino, ki odloči o prednosti sodstva ene iz njih n. pr. na sedež glavnega stečajnikovega podjetja. Časovni praevenire ne more odločevati o tej prednosti.

6.) Kjer poznajo države različne podsodnostne razloge, ali pa izhajajo njih stečajne podsodnosti z okoliščin, ki morejo hkrati nastati v več državah, tam dospemo kljub univerzalnemu načelu do več specialnih stečajev. Vsaka

država namreč, kjer se nahajajo premičnine, bo morala, dokler ne zapuste te premičnine na zahtevo inozemskega stečajnega sodišča njenega teritorija, na zahtevo upnikov (ki so spolnili vse otvoritvene pogoje) otvoriti stečaj d o m a in premičnine zadržati za d o m a č i stečajni sklad.

Povod specialnim stečajem tvori tedaj ali narava stečajnikovove imovine (nepremičnine) ali (pri premičninah) okoliščina, da so se že v državi rei sitae, preje nego je pričela učinkovati vnanjdržavna otvoritev stečaja, strnili vsi pogoji za otvoritev lastnega stečaja.

7.) Nad vse važen je torej še odgovor na vprašanje, v katerem trenutku prične učinkovati vnanjdržavna otvoritev stečaja v drugih državah? Da to ne more biti že trenutek otvoritve stečaja, je jasno, ker za ta trenutek extra territorium nihče ne ve. Učinek more nastopiti šele v trenutku publikacije stečaja v državi, kjer naj učinkuje, ali v trenutku, ko dospje vnanjdržavno za prosilo za izročitev v zaproseni državi se nahajajočih premičnin.

8.) Oslabljenje univ. načela pomeni določba mnogih zakonodaj, da naj zaprosena država pred izročitvijo stečajnikovih premičnin krije iz njih izločitvene in odločitvene zahtevke lastnih državljanov (da jim prihrani njih uveljavljanje in zastopanje v tuji državi).

9.) Različno rešujejo zakonodaje vprašanje, je-li mora vnanjdržavna otvoritev stečaja za učinkovanje extra territorium pasirati posebno delibacijsko postopanje? Kaj bodi predmet kognicije delibacijskega sodišča, in je-li mora delibacijsko postopanje končati s formelnim »exequatur«?

10.) Lex fori je, kakor pri izvrševanju tujdržavnih izvrš. naslovov in iz istih razlogov, merodajna: za imenovanje in kompetenco upravitelja stečajnega sklada in drugih organov stečajne uprave, za oblike stečajnega postopanja, likvidacijo terjatev, sklepanje poravnav, razdelitev imovine, vrstni red in dr. Zadnji seveda ne more škodovati prej pridobljenim stvarnim in prednostnim pravicam na izročeni premičninah (ali nepremičninah, če bi se učinek tujdržavnega stečaja izjemoma raztezal nanje.) Lege fori se ravna tudi kompetenčna vis attractiva stečajnega sodišča, končno obseg omejitev stečajnikovove opravilne sposobnosti (ne lege nationali).

Po tem označenju glavnih problemov meddržavnega stečajnega prava prehajam k sumaričnemu opisu poskusa njih rešitve na drugi in tretji haaški konferenci.

Na nobeni ni prišlo do kakega dogovora med udeleženiimi državami, ampak zgolj do načrtov komisij. Prvi načrt je izhajal še s teritorialnega načela, v drugem pa je z večino glasov prodrlo univerzalno načelo. Vendar ta načrt vsled velikega odpora (zlasti Francije) ni prišel niti v specialno debato.

Njegove glavne misli so: Stečaj, otvorjen nad imovino pripadnika držav-pogodbenic, bodi enoten in učinkuj (z majhnimi pridržki) na vsem konvencijskem ozemlju, vendar pod pogojem, da ga je otvorilo za otvoritev pristojno oblastvo. Med preničninami in nepreničninami se ne razločuj. Pristojnost, objednem sodstvena prednost pred oblastvi vseh drugih držav-pogodbenic, gre oblastvu tiste države, v kateri se nahaja stečajnikovo glavno podjetje (efektivno, ne statutarno). To sodišče postane kompetentno tudi za vse tožbe, ki so posledica otvoritve stečaja. Takoj po otvoritvi stečaja more imenovani stečajni upravitelj ukreniti vse potrebno za zavarovanje in uporabo izven države stečaja se nahajajoče mase. Ustreči mora le zahtevkom publicitete, predpisanim v državi rei sitae. Ni mu pa treba šele prositi za exequatur otvoritvenega odloka. Delibacija države rei sitae je omejena na ugotovitev pristojnosti oblastva, ki je otvorilo stečaj, in na izvršljivost stečajnega odloka. —

Veliki napredek tega načrta v primeri z našim domačim meddržavnim stečajnim pravom, na katerega opis takoj preidem, obstoji zlasti: v izvedbi čistega univerzalnega načela (opustitev razlikovanja med preničninami in nepreničninami); v zgodnjem učinkovanju izvendržavne stečajne otvoritve (trenutku zakonitega obnarodovanja, ne dospelja vnanje državnega zaprosila); končno v odpravi specialnih stečajev obeh vrst, sploh tekmujočega stečajnega sodstva.

II. Stečajno pravo med kraljevino in tujimi državami.

Kakor drugi meddržavni odnošaji, so tudi meddržavni stečaji urejeni po pravnih virih d o j n e vrste: internacijonalnih (državnih dogovorih) in nacijskonalnih (autonomnih

zakonodajah). Prvi, ki pripadajo meddržavnemu javnemu pravu, veljajo primarno, drugi subsidijarno. Na polju stečajnega prava pa je autonomna zakonodaja dosti obilnejša od meddržavnih dogovorov.

Naša slovensko-dalmatinska zakonodaja o meddržavnih stečajih je obsežena v določbah §§ 58, 66 in 67 stečajnega reda z dne 10. decembra 1914, št. 337 d. z. sledečega besedila:

§ 58, al. 1.: »Ako ne izhaja kaj drugega iz državnih pogodb ali v državnem zakoniku objavljenih vladnih izjav, gredo inozemskim upnikom jednake pravice, kakor tuzemskim, čim je zajamčena medsebojnost.«

§ 58, al. 3: »Te določbe veljajo tudi za terjatve, ki so prešle od inozemcev na tuzemce po otvoritvi stečaja.«

Analogne določbe, kakor naš § 58 cit., poznajo tudi hrvatsko-slavonski, bosansko-hercegovski in vojvodinski stečajni red.

§ 66: »Stečajno postopanje se razteza na vesoljno premožno in v tuzemstvu ležečo nepremično imovino stečajnika.«

Z iste izključne stečajne jurisdikcije glede lastnih nepremičnin izhajajo tudi zgoraj citirani stečajni redi drugih pokrajin kraljevine. Zato te pokrajine z nasprotne strani ne morejo zahtevati pritegnitve inozemskih nepremičnin v lastne stečajne sklade.

Vnanjdržavna otvoritev stečaja nad imovino lastnika tukajšnje nepremičnine samaobsebi seveda nima otvoritve tukajšnjega stečaja nad nepremičnino za posledico (ampak morajo biti spolneni za otvoritev vsi pogoji po tukajšnjih stečajnih redih).

§ 67: »Ako ne izhaja kaj drugega iz državnih pogodb ali v državnem zakoniku objavljenih vladnih izjav, se mora v inozemstvu se nahajajoča premožna imovina stečajnikova pritegniti v tuzemski stečaj ter inozemsko oblastvo naprositi za izročitev te imovine; nasprotno se izroči v tuzemstvu se nahajajoča premožna imovina stečajnikova, o katerega imovini je bil otvorjen stečaj v inozemstvu, na zahtevo inozemskemu stečajnemu oblastvu, kadar se stečaja ne otvori v tuzemstvu. Imovina se sme izročiti šele po kritju izločitvenih in odločitvenih pravic, pridobljenih do dospelja zaprosila.«

»Izročitev se mora odkloniti, ako inozemska država ne postopa medsebojno. O. o.«

Senčne strani te naše ureditve, zlasti če jo primerjam z naprednimi postulati haaškega načrta, so: pogojenost izvenozemeljskega učinkovanja (od zaprosila), kasno učinkovanje (ko dospe zaprosilo), možnost specialnih stečajev (tudi pri premičninah) in oslABLJENJE univerzalnega načela (ker se krijejo odločitveni in izločitveni zahtevki od sodišča rei sitae). Vendar poznajo analogne določbe, kakor cit. §§ 66 in 67 tudi hrvaško-slavonski, bosansko-hercegovski in vojvođinski stečajni red, kar bo ureditev medpokrajinskih stečajev zelo olajšalo.

Srbski zakonik o stečišnom postopku z dne 17. marca 1861 pozna le sledečo določbo:

§ 20: »Inostranci imajo u motrenju svojih tražbina protiv propalice jednako pravo u rasporedu sa srpskim žiteljima, ako se našima u njihovoj zemlji takovo pravo daje, koje inostranac u slučaju sumnje dokazati mora.«

Glede drugih vprašanj se stečišni postopak autonomne ureditve meddržavnih stečajev ni lotil. V razmerju k avstro-ogrski monarhiji so Srbijancem zadostovali posebni pravno-pomočni dogovori, katere so imeli (tudi v zadevi stečajev) sklenjene izza l. 1881.

Edini stečajni dogovor, ki veže danes našo kraljevino z drugo državo, je obsežen v čl. 8. ugovora med Srbijo in Italijo z dne 28. oktobra 1879, razširjenega na vso kraljevino, ki se glasi: »Če zaide državljan ene države, ki ima imovino v drugi, v stečaj, imajo državljani (upniki) druge države iste pravice do plačila, kakor domači upniki.«

Spomina vredne pa so za juriste določbe čl. 29 do 31 zgoraj omenjenega pravnomočnega dogovora med Srbijo in avstro-ogrsko monarhijo po besedilu iz l. 1911 (drž. zak. dd. 30. marca 1911, št. 16). Njih kratka vsebina je: Meddržavna stečajna pristojnost se ravna po domovališču stečajnika. Izročitvena dolžnost obstoji glede premičnin. Ekstrateritorialni učinek prične, ko dospe izročitveno zaprosilo. Do tega trenutka je še možno ustanavljanje stvarnih (zastavnih) pravic. Odločitvene in izločitvene pravice se krijejo od države rei sitae. Hipotekarne terjatve se štejejo k premič-

ninam. Stečajna jurisdikcija glede nepremičnin pristoji sodišču rei sitae. V slučaju dražbe spada čisti prebitek v tuji stečajni sklad. Obojestranski državljani-upniki so v tujini enakopravni z domačimi.

III. Stečajno pravo med pokrajinami kraljevine.

Ker izhajajo vse pokrajine, ki so tvorile sestavine avstro-ogrške monarhije, z oslabiljenega načela univerzalnosti stečajev, in ker so se v to načelo vsled dolgoletnega dogovora z monarhijo vživel tudi Srbijanci, ki meddržavnih stečajev še niso uredili autonomnim potom, postavljam za medpokrajinsko pravo — do izdaje enotnega stečajnega reda — sledeče norme:

Učinek pokrajinskega stečaja se razteza na vesoljno, v domači in v tujih pokrajinah se nahajajočo premično imovino stečajnikovo; dalje na nepremično imovino, ki leži v pokrajini otvorjenega stečaja.

Ne razteza se pa na nepremičnine, ležeče v tujih pokrajinah. Te ostanejo še naprej na prosto razpolago lastniku stečajniku, ako niso postale predmet posameznih izvršb njegovih upnikov. Ako pa spolnijo upniki vse pogoje za otvoritev stečaja lege rei sitae, morejo glede izvenpokrajinskih nepremičnin zahtevati otvoritev specialnih stečajev.

S čistim preostankom skupička iz dražbenega ali stečajnega postopanja mora tuja pokrajina ravnati kakor s premičnino in ga na zahtevo izročiti sodišču generalnega stečaja.

Spolnitve pogoja medsebojnosti za izročitev premičnin (skupička), ali dokaza obstoja te medsebojnosti ne sme jedna pokrajina terjati od druge nikoli. Izročitvena dolžnost obstoji med pokrajinami nepogojno. Podana bi bila tudi ob dokazanem neobstoju medsebojnosti.

Univerzalni učinek otvoritve pokrajinskega stečaja na premičnine druge pokrajine prične šele v trenutku, ko dospe izročitveno zaprosilo stečajnega sodišča na oblastvo zaprosene pokrajine. Do tega trenutka so v tuji pokrajini še dopustne posamezne izvršbe, in je veljavno osnovljanje zastavnih pravic. Od spodbojnih pravic abstrahiram na tem mestu.

(Ta pozni trenutek učinkovanja tujepokrajinskega stečaja je obžalovati, in naj bi se zakonodajnim potom preložil na dan obvezne publikacije pokrajinskih stečajev v Službenih Novinah.)

Specijalni stečaji, neizbežni pri tujepokrajinskih nepremičninah, se bodo izjemoma odvarjali tudi glede tujepokrajinskih premičnin, in sicer takrat, kadar se bodo že pred dospeljem izročitvenega zaprosila (ki utegne tudi izostati) strnili v tuji pokrajini vsi pogoji za otvoritev stečaja. (Na srečo se bo to redko zgodilo, ker bi morala predvsem biti utemeljena v obeh pokrajinah pristojnost stečajnih sodišč; pristojnost pa vežejo naši stečajni redi praviloma na domovalešče stečajnika, ki je praviloma zopet jedno samo.)

Lex fori odločuje tudi v medpokrajinskem odnošaju v vseh zgoraj ad 10.) omenjenih pogledih.

Proti kritju izločitvenih in odločitvenih zahtevkov lastnih pokrajincev pred izročitvijo premičnin v pokrajino otvorjenega stečaja — z ozirom na označeni namen te določbe — ni pomisleka.

Delibacijskega postopanja med pokrajinami ni nobenega.

Končno se razume samoobsebi, da se pri pokrajinskih stečajih ne sme delati razločka med upniki lastne in tujih pokrajin, zlasti ne zahtevati od njih dokaza obstoja medsebojnosti.

Univ. prof. dr. Rado Kušej:

Posledice državnega preobrata na polju patronatnega prava.

Komaj pol leta pred državnim preobratom je stopil novi zakonik za rimsko-katoliško cerkev v veljavo (18. maja 1918), ki je izključil za bodoče nastanek novih patronatnih pravic, ob enem pa naložil ordinarijem dolžnost, naj skušajo doseči, da se sedanji patroni svojim pravicam odrečejo.¹ Šele, ako se to ne posreči, so na patronatna razmerja uporabljati c. c. 1452—1471, iz katerih je jasno razvidno, da smatra cerkev sosebno vpliv laikov kot nekaj svojemu značaju tujega ter ga pripušča le v onih mejah, ki so z načelom njene neodvisnosti in s katoliškim pravoverstvom združljive. Zato je vsak prehod personalnega patronata na nekatolike izključen in zato počivajo pri realnem patronatu vse pravice, če pride dotično zemljišče na nekatolika.²

Naravno bodo ordinariji pri svojem prizadevanju omejeni samo na zasebne patronate, ki so v rokah posameznikov ali korporacij, med tem ko pri javnih patronatih ne bodo podvzeli nikakih korakov, ker v to po besedilu zakona niti niso pooblašteni.

Pod javne patronate štejemo one, ki jih izvršuje vladar sam ali v njegovem imenu vlada. Za odpravo teh patronatov bi bilo potreba posebnih pogajanj, za katera bi morali naši ordinariji dobiti iz Rima izrecna navodila.

Rešitev vprašanja javnih patronatov se je popolnoma pravilno prepustila bodočemu konkordatu.

¹ C. 1450 § 1. Nullum patronatus jus ullo titulo constitui in posterum valide potest. C. 1451 § 1. Curent locorum ordinarii, ut patroni loco juris patronatus, quo fruuntur aut saltem loco juris praesentandi, spiritualia suffragia etiam perpetua pro se suisve acceptent.

² C. 1453 §§ 1, 3.

Treba pa je računati z možnostjo, da konkordata ali sploh ali pa vsaj še dalje časa ne dočakamo. Tako za pogajanja, kakor za slučaj, da do konkordata sploh ne pride, je važno, da si pridobimo jasnosti o tem, ali in v koliko da naši javni patronati po državnem preobratu v obče še obstajajo, odnosno kaj ostane glede njih kot predmet pogajanj in sporazuma.

Naslednja razprava ima namen, v kratkih obrisih z juridično-kritičnega stališča pripomoči nekoliko do pravilnega razumevanja zelo zanimivega in praktično važnega predmeta:

- a) kako je vplival državni preobrat na obstoječe javne patronate;
- b) kak partikularno-pravni preustroj se priporoča z ozirom na spremenjene razmere glede privatnih patronatov.

A. Javni patronati.

I. Jus nominationis.

V prvi vrsti treba poudariti, da vladar tudi poprej ni izvrševal svoje pravice do imenovanja cerkvenih uslužbencev vedno na podlagi patronata. Podeljena pravica imenovanja (*indultum nominationis*) ni sama po sebi nikdar podala upravičencem položaja patrona. To naglašaja z vso ostrino tudi c. 1471 *Codicis juris canonici* z besedami: *Si cui Sedes Apostolica — indultum concesserit praesentandi ad ecclesiam vacantem vel ad beneficium vacans, non inde jus patronatus oritur, et privilegium praesentationis strictam interpretationem pati oportet ex tenore indulti.*

Razen tega niso bile po občem cerkvenem pravu škofije nikdar predmet patronatnih pravic³, ter se pri njih podelbah niso uporabljala načela patronata. Iz tega sledi, da se patronata nikdar ne sme domnevati, ampak da se mora njegov obstoj vedno dokazati tudi tam, kjer se izvaja pravica prezentacije.⁴

Na ta način lahko izločimo iz javnega patronata vse škofije v Sloveniji, Istri, Dalmaciji in Bosni in tudi vse one

³ Glej Friedberg, Lehrbuch des kat. u. evangel. Kirchenrechtes, 6. izdaja, Leipzig 1909, str. 379.

⁴ C. 1454.

cerkvene službe, katerih nositelji ne prejemajo svojih iz javnih sredstev jim nakazanih plač formalno iz verskega zaklada, ker v dotičnih krajih takega zaklada ni. Vladarjeva pravica, imenovati te cerkvene uslužbence, se je opirala v teh primerih na posebne indulte, ki svojega jurističnega značaja niso izgubili vsled tega, ker datirajo morda že stoletja nazaj.⁵

Vsak indult ima osebni značaj in se nanaša samo na v njem izrecno imenovane osebe. Ako ga te osebe ne morejo več uporabljati, je smatrati ugaslim in v veljavo stopi zopet obče cerkveno pravo, ki je obvezno povsodi, kjer ne dovoljuje izjeme *jus singulare*. Ker je bil ta indult podeljen prejšnji avstro-ogrski katoliški dinastiji in nanjo vezan, ga naša sedanja vlada ne more za sé uveljavljati. To se je tudi deloma že v praksi priznalo pri imenovanju škofa v Šibeniku in nadškofa v Sarajevu. Imela bi se pa izvajati tudi še nadaljna konsekvence, da je prešla pravica imenovanja v vseh primerih na ordinarije, kjer ni podvržena dotična služba javnemu ali privatnemu patronatu.⁶ Zahteva vlade, da soodloča o tem, da li je kandidat, ker je od države plačan, tudi njej všeč, je zgolj politično, ne pa pravno vzdržljiva in utemeljena in se mora dokončno rešiti ali sporazumno ali z zakonom. Gotovo se je država obvezala za dotacijo dotičnih mest samo iz spoznanja, da je dolžna zadostiti obstoječi potrebi katoliškega bogočastja in to obvezo mora iz javno-pravnega naslova izpolnjevati tudi sedanja vlada.

Razumljivo je, da išče cerkev pred imenovanjem z vlado sporazuma. To pa ne pomeni, da ni za zasedbo dotičnih mest sama upravičena. Seveda država onemu, ki je brez njenega pritrdila imenovan, lahko nakazilo plače odreče, toda

⁵ Tudi izredni položaj novejših sufraganeatov solnograških nikakor ne izvira iz patronata. Pravica solnograškega nadškofa, da imenuje lavantskega in sekovskega škofa ter ob vsaki tretji vakanci krškega škofa, je utemeljena v posebnih privilegijih bivših nemško-rimskih cesarjev in papežev, odnosno na pogodbi z dne 17. maja 1786, sklenjeni med cesarjem Jožefom II. in solnograškim nadškofom Hieronimom. Primerjaj: Kušej Joseph II. und die äussere Kirchenverfassung Innerösterreichs, Stuttgart 1908, str. 107 ss in tam navedene vire ter str. 331 sl. Solnograški nadškof se je svoji pravici z ozirom na sedanjo vakanco mariborske stolice odpovedal samo pro hoc casu.

⁶ N. pr. kanonikati v Sarajevu.

utemeljen bi bil tak odlok samo v primeru, da vrši dotični uslužbenec svojo službo državi v kvar, kar se pa a priori nikdar ne more trditi, še manj dokazati. Država ima tedaj samo politično soodločevati, pravna upravičenost do imenovanja je prešla po preobratu v vseh primerih, kjer se je preje vršilo na podlagi indulta po vladarju, na kompetentnega cerkvenega predstojnika.

II. Deželnoknežji patronat.

Deželni knezi so tekom stoletij na svojih posestvih ustanovili mnogo novih cerkvá in skrbeli tudi za njihovo dotacijo.

Na ta način so si kot ustanovitelji (*fundatores*) pridobili, kakor vsak drugi v enakem slučaju, patronatno pravico. Patroni niso postali vsled svojega položaja kot deželni knezi, ampak *ex titulo foundationis, aedificationis seu dotationis*. Take patronatne pravice deželnih knezov ne značijo nikakih posebnosti, ter se ravna njih vsebina, obstoj in ugasnitev po občih določilih zakona.

Toda zastopal in uveljavljal se je še druge vrste deželnoknežji patronat, ki se je opiral samo na teritorialne vladarske pravice in se vsled tega nanašal na vse cerkvene beneficije in zavode v državi. Svoj izvor je imel v sekularizaciji duhovskih kneževin. Novi vladarji so zahtevali za sé vse patronatne pravice prejšnjih knezov, a tudi prosto kolacijo ordinarijev v novo pridobljenih krajih ter so trdili, da je tudi prejšnji škof samo kot patron podeljeval cerkvene službe.⁷

Ta s prostostjo cerkve in njenim pravom nezdržljiva teorija se ni mogla dolgo vzdržati, kajti o prehodu kolacijskih pravic na novega vladarja ni moglo biti govora, pač pa se s sekularizacijo na obstoju stvarnih patronatov, zvezanih z deželnim ali menzalnim imetjem dotične cerkve, ni nič spremenilo. Stvarni patronati so prešli na sekularizatorja, personalni so ugasnili.

Povsem sličen je položaj onih cerkvá v naši državi, katerih patron je bil prejšnji deželni knez. Realni patronati, ki so vezani na gotovo nepremičnino, so prešli na novega

⁷ Friedberg l. c., str. 383.

lastnika te nepremičnine. Njih izvrševanje je mogoče i nadalje pod občimi pogoji, veljavnimi v posameznih pokrajinah. Kot novi patron bi prišla samo država kot lastnica dotične domene v poštev in bi morala seveda obstoj stvarnega patronata dokazati. V tem pogledu generalnega pravila ni, vse je *quaestio facti*.

Da pa gre dokaz v breme novega lastnika, sledi že iz pravila, da mora vsakdo pravice, na katere se sklicuje, dokazati. Patronat omejuje cerkvene organe v prostem razpolaganju z dotičnim beneficijem. Vsako omejitev ima dokazati oni, komur je v korist. Cerkev se sme upravičeno sklicevati na c. 1454 svojega zakonika, ki veli: *Nullum jus patronatus admittatur, nisi authenticis documentis aut aliis legitimis probationibus evincatur*. Zato tudi državni preobrat lahko tolmači sebi v prid. Ako tedaj naš episkopat nadaljni obstoj deželnoknežjega patronata zanika, ima za se doktrino izza dobe sekularizacij, ima za sé novi cerkveni zakonik, ima pa za sé tudi občja pravna načela.

Stvarni patronat bi prišel kot predmet pogajanj med cerkvijo in državo v poštev le v toliko, da se sporazumno dožene, kdo bo izvajal pravico do prezentacije. V tej zadevi predpisuje c. 1453 § 3, da more patronatne pravice izvrševati samo katolik in da je stvarni patronat ukinjen toliko časa, dokler je dotična nepremičnina last nevernika, odpadnika, krivoverca ali razkolnika. Ako je lastnik država, bo mero-dajna veroizpoved onega njenih organov, ki ima po nalogu vlade izvesti prezentacijo, kajti od države kot fiktivne osebe se ne more zahtevati katoliškega veroizpovedanja, še manj pa bi se ji moglo iz tega razloga odreči patronatno pravico sploh.

Kjer deželnoknežji patronat ni imel realne podlage, je mogel biti samo *jus patronatus personale*. Prehod takega patronata pa se ravna po pravilih gradjanskega prava in je mogoč samo dednim in pod gotovimi pogoji pogodbenim potom, ter končno potom priposestvovanja.⁸ Vsi ti načini pridobitve so izključeni, iz česar sledi, da je osebni patronat deželnega kneza ugasnil v trenutku, ko je nastala naša kralje-

⁸ C. c. 1453 § 2. 1508.

vina v sedanjem obsegu, ker je postalo njegovo nadaljne izvrševanje nemogoče.⁹

III. Patronat bivšega ogrskega apost. kralja.

Pod ta patronat so spadale vse župnije prejšnjega krajiškega področja, nekdanje vojaške granice.

Patronatno pravo v deželah, ki so spadale pod ogrsko krono, dobiva svoj značilni pečat v najvišji patronatni pravici kralja.

Ogrski kralj je kot nosilec krone sv. Štefana patron vseh cerkvá in beneficijev, sploh najvišji patron katoliške cerkve v državi.

Ker je sv. Štefan svoj narod pokristjanil, mu dal posebno hierarhijo in bogato obdaril cerkev, mu je papež Silvester II. kot ogrskemu apostolu priznal izredne pravice v cerkvi, dočim je kralj pooblastil škofe, da vodijo cerkvene zadeve povsem samostojno po predpisih sv. kanonov.¹⁰

⁹ V Sloveniji je še 90 župnij pod patronatom deželnega kneza, in sicer 65 v lavantinski in 25 v ljubljanski škofiji. Po večini so ti patronati najbrže pripadali že deželnim knezom na Štajerskem in Kranjskem, katerih pravni nasledniki so postali Habsburžani. Obširna posestva, ki so jih podedovali, so Habsburžani pozneje razprodali ali drugače odsvojili, patronate pa so si pridržali, ker so jih pač smatrali kot nekak regal in ker je šla njih politika vedno za tem, da si pridobe in ohranijo čim večjo moč v cerkvenih zadevah. Za stvarne patronate ne gre, ker Habsburžani na Spodnjem Štajerskem in Kranjskem že dolgo več niso imeli posestev. A ker so nekdaž očitno bili stvarni patronati, a so sedaj brez vsake stvarne vezi pristojali deželnemu knezu, ni dvoma, da so mogli biti samo personalni, vsled dolgoletnega izvrševanja tudi od cerkve priznani, toda na vladarsko dinastijo vezani patronati, ki so ugasnili v trenutku, ko so nehali biti Habsburžani štajerski in kranjski deželni knezi. Jasen dokaz za pravilnost tega naziranja nudijo Monumenta habsburgica II. 281 n. 102 (1477, 14. V.). Cesar Friderik III. prezentira novega župnika za cerkev Device Marije »in Grauenwartt (Kostel) Aquilejensis diocesis, cuius jus patronatus ratione ducatus nostri Carniole ad nos spectare dinoscitur«.

¹⁰ Primerja j: Surányi: Das Patronatrecht in Ungarn, Archiv für kath. Kirchenrecht letnik 78, str. 56 sl; Timon A. Das städtische Patronat in Ungarn, Budapest 1889, str. 2—4; isti: Ungarische Verfassungs- u. Rechtsgeschichte, Berlin 1904, str. 294. Putz: System des ung. Privatrechtes, Wien 1870 § 93; dr. Milan Novak: Propisi o crkvenoj gradjevnoj dužnosti u Hrvatskoj i Slavoniji, Zagreb 1908, str. 10—19.

V ozki zvezi med državo in cerkvijo so se razvili tekom stoletij potom stalnih običajev taki pravni instituti, ki jih iščemo v vseh drugih državah zaman, in sem spada po svoji važnosti in dalekosežnosti v prvi vrsti najvišji patronat kralja.

Ta patronat je bil po svoji naravi pač le osebna pravica kralja, a deželni zbor je njegovo izvrševanje deloma nadziral, deloma pa vodil v tirih, ki jih je sam želel. V 15. in 16. stoletju so se izdale že zakonite določbe o obsegu kraljevega najvišjega patronata.¹¹

Kralj je nadarbine s a m podeljeval, sam je imenoval škofo na škofije, ki jih je ustanovil sv. Štefan. Pri tem je postopal popolnoma v skladu z obćim ogrskim pravom. Zato so postali ogrski škofje takoj po svojem imenovanju deležni vseh privilegijev, imeli so glas in sedež v zbornici magnatov in so nastopali upravo in užitek svoje nadarbine še predno je došlo njih imenovanja iz Rima.¹²

Obseg najvišjega kraljevega patronata, določen po stalnem običaju in izvajanju ob izrecnem ali vsaj molčećem odobravanju cerkve, je bil v istini enak polnomoći papeževi na polju cerkvene uprave, ter je vseboval sledeće pravice:

- a) Posebno pravno varstvo katoliške cerkve in njenih naprav;
- b) osnavljanje novih in spremembe obstojećih škofij;
- c) imenovanje škofov ter njihovih koadjutorjev s pravico do nasledstva ali brez te;
- d) imenovanje pravih in naslovnih opatov in proštov, imenovanje kanonikov v stolnih in kolegiatnih kapitljih na podlagi škofovega terna-predloga;
- e) vrhovno nadzorstvo čez vso cerkveno imovino, vštveši beneficije; pritrđitev k obremenitvam, odsvojitvam in vsakojakim izpremembam;
- f) upravo vseh cerkvenih in šolskih ustanov in fondov, vrhovno vodstvo katoliških šol in vzgojevališć;

¹¹ Sancti Stephani Decretum lib. III. 1498 art. 67 § 1: Quia libertate antiqua huius Regni requirente collationes quarumcunque beneficiorum, in omnibus Ecclesiis Regni, in quibus Regia Majestas jus patronatus habere censetur, ad Majestatem Suam spectare dignoscuntur.

¹² Surá ng i l. c., str. 60.

g) podeljevanje cerkvenih patronatov v zvezi s podaritvijo zemljišč in brez te; najvišje sodstvo v patronatskih sporih;

h urejevanje patronatnega razmerja v tem smislu, da je določal kralj pravice, a tudi dolžnosti patronov brez ozira na predpise cerkvenega prava s strogo obveznostjo za vse prizadete.

Kralj je bil tedaj naravnost zavezan, skrbeti za zgradbo in dotacijo cerkvá, kjer je to zahteval občí blagor. Sredstva za to je nakazal ali iz javnih blagajn ali pa je dobila gosposka nalog, da poskrbi za cerkve in župnišča.

V vojaški granici so cerkvene in župne zgradbe najbolj trpele vsled vpadov sovražnika. Njih dotacija je bila slaba, duhovniki, ki so bežali, se čestokrat niso več vrnili. Kralj je kot *summus ecclesiarum patronus* uredil njih kongrue, silil na provizijo izpraznjenih mest, ukazal popravo nastalih poškodb itd.

Po odpravi vojaške granice je ostal patronat apostolskega kralja nad krajiškimi župami v veljavi.

Ta patronat je smatrati z državnim preobratom ugaslim, ker je prenehal pravni naslov, iz katerega je bil nastal in ker je odpadel tudi upravičenec. Prerogative, ki smo jih kratko navedli, pripadajo po svojem izvoru in historičnem razvoju samo nositelju krone sv. Štefana. Vezane so pa na ozemlje, katero dejansko pripada ogrski kroni. Lahko te prerogative zopet ožive, ako dobi Ogrska novega legitimnega kralja, a vezane bodo na meje ogrske države. Na ozemlju naše kraljevine jih niti vlada niti kralj osebno ne moreta uveljavljati. Vlada radi tega ne, ker bi jih mogla izvrševati le v imenu zakonitega upravičenca, ne pa na podlagi državne oblasti kot take, kralj pa radi tega ne, ker so na ozemlju prejšnje ogrske krone, ki je pripadlo naši kraljevini, vsi osebni privilegiji ogrskih kraljev prenehali. V osebne pravice je vsako pravno nasledstvo izključeno.

Tako so postale vse župnije v bivšem krajiškem področju proste patronata, kar pomeni, da jih ima po občem kanonskem pravu oddajati ordinarij po svojem prevdarku najvrednejšemu kompetentu. Tako je po svoji naravi in vsebini velezanimiv tip patronatnega razmerja moral ostati pred pragom naše nove državne zgradbe.

IV. Patronat verskega zaklada.

Po pojmovanju jožefinskih državnikov je tvorilo celokupno imetje katoliške cerkve v državi po svojem izvoru in svoji svrhi in tudi po pravem duhu cerkve enotno ustanovo, namenjeno za božjo in cerkveno službo, za dušno pastirstvo in za uboge. Duhovniki in cerkvene zadruga smejo iz te ustanove dobivati samo toliko, kolikor potrebujejo za stanu primerno življenje. Skrb za pravilno uporabo prebitka v označeni glavni namen pa je ena pglavitnih pravic in dolžnosti deželnega kneza kot najvišjega pokrovitelja cerkve in čuvarja nad njenimi zakoni.¹³

V smislu jožefinizma ni smatrati cerkveno premoženje za državno imetje, ampak za ustanovo, katere dohodki so izključljivo namenjeni verskim svrhám, a ki so odvisni glede pravilne razdelitve in uporabe vseskozi od državne oblasti.

Patent z dne 5. oktobra 1882 pomeni le korak naprej napram načelom, ki so izražena v cesarjevih pismih na grofa Blumegenza z dne 27. februarja in 11. marca 1782. V prvem izjavlja cesar glede imovine razpuščenih samostanov, da mu je tuja vsaka namera, da bi uporabil le najmanjši del te imovine zgolj v posvetne svrhe, ampak namerava jo nameniti za ustanovo verske in župne blagajne¹⁴, iz katere bi dobivali bivši menihi in nune za sedaj svoje penzije. Po njih smrti pa bi se oni dohodki izključno in v celoti uporabljali za povzdigo vere (Religion) in z njo tako ozko zvezanega blagra bližnjikov. V drugem pismu daje cesar podrobnejša navodila za uresničenje svojih načrtov in veleva, da naj se združi v vsaki kronovini premoženje razpuščenih samostanov v versko in župno blagajno, ki je uporabljati ločeno od komornega, t. j. eraričnega imetja.

Potom zakonodaje se je nato odkazalo tej blagajni vse ono cerkveno premoženje, ki je postalo vsled odredb Jožefa II. vakantno: Imovina opuščenih beneficijev, cerkvá

¹³ Patent z dne 5. oktobra 1882. Kušelj l. c., str. 295.

¹⁴ Zur Errichtung einer Religions- und Pfarrkasse; glej Hussarek članek Religionsfond v Österr. Staatswörterbuch v. Mischler u. Ulbrich, 2. izdaja, Wien 1909. Karl Cizek: Über die Patronatsverhältnisse und Mängel der österr. Kirchengesetzgebung vom J. 1874 und 1877. Archiv für kath. K. R. l. 66, str. 1—48.

in kapel, bratovščin III. reda, interkalarji in končno se je uvedel kot stalni dohodek verskozakladni davek.

Z ročnim pismom na barona Kresela, predsednika duhovske dvorne komisije z dne 17. januarja 1783, je cesar določil verski in župni blagajni njen glavni smoter, da ima služiti za financiranje njegovega obenem v tem pismu načrtanega velikopoteznega programa za regulacijo žup. Izrekel je načeloma, da se mora tam, kjer bi v cerkvenem imetju ne bilo najti kritja, primanjkljaj iz državnih dohodkov povrniti.

Za vzdrževanje novih župnikov in njih pomočnikov je moral skrbeti verski zaklad vsake pokrajine. Toda aktivni verski zakladi so morali prebitek dati pasivnim na razpolago. Pokrajinske verske zaklade so smatrali za dele enotne mase. Zato se je z dvornim dekretom z dne 24. novembra 1794 osnovala centralna verskozakladna blagajna, ki se je pa že l. 1802 zopet razpustila. Pri tej priliki so se označile podpore, ki so jih aktivni verski zakladi dovolili pasivnim, kot posojila. Tako je bila samostojnost pokrajinskih verskih zakladov dokončno ugotovljena. Začetkom 19. stoletja so se osnovali tudi za pokrajine, ki so Avstriji na novo pripadle, posebni verski zakladi, in sicer za Dalmacijo z najvišjim odlokom z dne 25. junija 1821.

Večina verskih zakladov se je izkazala kmalu po njihovi ustanovitvi pasivnih. Deficit so povzročali deloma veliki izdatki za nove in stare župe, deloma pa tudi slabo gospodarstvo na verskozakladnih domenah. Škofijska konferenca l. 1849 je pač z ozirom na ta položaj priznala državi tudi za bodoče upravo verskih zakladov, vindicirala pa je za cerkev lastninsko pravico na tem imetju ter povdarjala dolžnost države, da povrne vsled slabega gospodarstva nastalo škodo. Ob pravilni upravi bi bilo po mnenju škofov cerkvi odvzeto in v verskih zakladih združeno premoženje zadostovalo za kritje vseh potrebščin katoliškega bogočastja. Zato so kvalificirali škofje državne prispevke verskim zakladom samo kot odškodnino ter izrekli, da pravica na to odškodnino ne ugasne dotlej, dokler se povzročena škoda popolnoma ne popravi.

Zakonodaja od l. 1885 dalje, tičoča se kongrue dušno-pastirskega duhovništva in kanonikov, prejemkov profesorjev

na katoliških bogoslovnih zavodih ter penzij umirovljenih duhovnikov, je bremena verskih zakladov tako pomnožila, da so postali vsi pasivni in da so vsi navezani na dotacijo iz državnih sredstev.

Po preobratu je v Sloveniji ostal samo verski zaklad bivše Vojvodine Kranjske. Bil je pasiven že pred vojno in je sedaj pasiven še bolj. Vendar so stroški njegove uprave v državnem proračunu posebej izkazani tako, da ima vsaj formalno napram državnim domenam svojo samostojno eksistenco. Plače duhovnikom pa se nakazujejo iz državne dotacije verskega zaklada.

Seveda od budžetiranja pravni značaj verskega zaklada ne more biti odvisen, čeprav postane način budžetiranja za to vprašanje lahko prejudicialen. Zato bi naj episkopat, ki dobiva proračune verskih zakladov, predno se definitivno sestavijo, v izjavo, pazil tudi na to, da se državne subvencije katoliški cerkvi v vseh pokrajinah, v katerih obstojajo verski zakladi, vpostavijo v proračun kot dotacije teh fondov.

V prejšnji Avstriji pravni značaj verskih zakladov nikoli ni bil jasno določen. Cerkev jih je smatrala za svojo last, ker je bilo njih imetje svoj čas cerkveno imetje in ker je imelo po svečanih izjavah cesarja služiti izključno le vzdrževanju rednega dušnega pastirstva. Pri tem pa so cerkveni krogi prezrli, da je njih konstrukcija nemogoča že radi tega, ker nedostaje sposobnega subjekta kot nositelja lastninske pravice. Zamenjaval se je pač namen s strogo juridičnim pojmom lastnine in ni se vpoštevalo, da verski zaklad kot tak živi samostojno življenje, da ima svoje dohodke in svoje izdatke, da pridobiva in odsvaja lastnino, da sklepa pogodbe itd.

Država na drugi strani je upravljala verski zaklad kakor upravlja svojo lastno imovino, ni ga nikdar z državnim imetjem istovetila. Le teoretično se je ob priliki obširnih sekularizacij naglašalo, da gre državi vrhovna lastninska pravica na vse cerkveno premoženje, da so tedaj vsakojaki ukrepi državne oblasti glede cerkvene imovine, ako merijo na blagor celote, upravičeni. Iz tega razloga se je reklamirala za deželnega kneza tudi patronatna pravica glede vseh beneficijev, ki so stali prej pod patronatom razpuščenih komunitet ali ki so bili iz sredstev verskega zaklada na

novο ustanovljeni in cerkev ni imela ne moči ne sredstev, da bi izvajanje te po njenem prepričanju usurpirane pravice preprečila. Država je svoje stališče kot močnejši del v sporu pač mogla uveljaviti, ni pa na ta način mogla vplivati na pravni značaj verskega zaklada, ki je ostal do cesarskega patenta z dne 5. novembra 1855 d. z. št. 195 (avstrijski konkordat) med cerkvijo in državo sporen. Konkordat je to nejasnost v členu XXXI odstranil z določbo: *Bona, quae fundos, uti appellant, Religionis et studiorum constituunt, ex eorum origine ad Ecclesiae proprietatem spectant et nomine Ecclesiae administrabuntur.*¹⁵

Toda, kakor H u s s a r e k¹⁶ zelo pravilno povdarja, tudi s tem navidezno zelo jasnim besedilom pravni značaj verskega zaklada ni določen, ker se ne ve za osebo lastnika, in izraz »Ecclesia« v tem oziru nič ne pove. Praktične vrednosti je bila ta ugotovitev samo v toliko, da je izključevala, da bi se smelo smatrati verski zaklad kot državno lastnino.

Omenjeno določilo konkordata bo za Hrvatsko, kjer velja konkordat še danes¹⁷, tvorilo važen argument v prilogi cerkvi. Za Slovenijo in Dalmacijo pa je konkordat v celoti izgubil veljavo, ko je stopil v moč zakon z dne 7. maja 1874 d. z. št. 50. Udobnosti, ki jih je nudil konkordat cesarju glede imenovanja cerkvenih uslužbencev, so pa ostale praktično še nadalje v veljavi. Cerkev je nove, konkordatu nasprotujoče zakone najprej obsodila, končno pa jih je tolerirala. Pa niti zakon iz l. 1874 o zunanjih pravnih odnosih katoliške cerkve niti poznejši zakoni o kongruu itd. se niso izrekli o pravnem značaju verskega zaklada.

Ostane nam tedaj samo historična in logična interpretacija. Prva in druga nas dovedeta do istega rezultata, da tvori verski zaklad posebno namembno imovino (*Zweckvermögen*), ki ima svojo samostojno juristično osebnost, ki pa stoji pod upravo države. Pokrajinski verski zakladi so ustanove v natančno določene svrhe že od njih početka sem.

¹⁵ Nemški tekst govori še bolj jasno: Die Güter, aus welchen der Religions- und Studienfond besteht, sind kraft ihres Ursprungs Eigentum der Kirche und werden im Namen der Kirche verwaltet werden.

¹⁶ L. c.

¹⁷ Glej Lovrič E. Vrijednost konkordata u Hrvatskoj prije i nakon sloma Austro-Ugarske v Zagrebškim Mjesečniku 1921, br. 4 i 5, str. 197—216.

Razlika napram drugim ustanovam obstoji samo v tem, da se je verski zaklad fundiral iz sekulariziranega cerkvenega imetja na povelje vladarja. Nastanek te ustanove je čin absolutne državne oblasti, kar pa je za njen pravni obstoj brez pomena tem bolj, ker so pozneje to ustanovo priznali tudi oni organi, ki so bili po zakonu poklicani, pritrčiti odsvojitvi. Konkordat je verski zaklad kot izključno cerkvi namenjeno ustanovo z vso slovesnostjo po najvišji cerkveni avtoriteti potrdil in to je pravno najvažnejša stran čl. XXXI.

Dasi konkordat za Slovenijo in Dalmacijo ne velja, je vendar verski zaklad po svoji naravi za ti dve pokrajini isto, kar je ostal na podlagi konkordata za Hrvatsko: od države in cerkve odobrena ustanova z natančno določenim smotrom. Verski zaklad ni last cerkve, ker je samostojna pravna oseba. Vendar je po svojem smotru ozko zvezan s cerkvijo, dasi ga upravlja država.

Člen XXXI. konkordata tudi za Hrvatsko ne pomeni zadostnega pravnega naslova, da zahteva cerkev izročitev verskega zaklada od države. Za to izročitev bi bil neobhodni predpogoj poseben dogovor med zakonitimi zastopniki cerkvene in državne oblasti. Ako se tak dogovor ne doseže in ako bi država nadaljno dotacijo verskih zakladov odrekla in s tem onemogočila smoter ustanove, bi pa mogla cerkev kot pogodovanka od države na vsak način zahtevati, da se ustanovna imovina ali njej prepusti ali pa uporabi izključno njej v korist.

Država na verski zaklad nima in ne more imeti nikake pravice. Ako bi se ga polastila, bi to pomenilo navadno konfiskacijo tujega imetja.

Iz načina, kako je verski zaklad nastal ter iz njegovega pravnega značaja kot samostojne ustanove smo upravičeni do zaključka, da je verskozakladni patronat vladarja bil samo specialna vrsta deželno knežjega patronata v onem smislu, v katerem pripada načelniku države kolatura vseh prostih beneficijev v občē. Avstrijska vlada se je pri izvrševanju tega patronata sicer opirala na dejstvo, da je dotične beneficije ustanovila in dotirala, toda storila je to iz sredstev, ki niso bili njena lastnina, zato za sé tudi ni mogla pridobiti po načelih cerkvenega prava nikakih patronatnih pravic. Kakor je z jožefinskim sistemom padla teorija o deželno-

knežjem patronatu, tako je postal tudi patronat verskega zaklada teoretično nevzdržljiv, kolikor nima stvarne podlage. Cerkev tega patronata ni nikdar priznala, zato se je pri pogajanjih za konkordat pokrenilo tudi to vprašanje, in našla se je rešitev v obliki člena XXV: *Sanctitas Sua, ut singularis benevolentiae testimonium Apostolicae Francisci Josephi Imperatoris et Regis Majestati praebeat, Eidem atque catholicis Ejus in Imperio Successoribus indultum concedit, nominandi ad omnes Canonicatus et Parochias, quae juri patronatus ex fundo Religionis seu studiorum derivanti subsunt, ita tamen ut seligat unum ex tribus, quos publico concursu habito Episcopus ceteris digniores judicaverit.*«

Cesarju se je pustilo njegove pravice neokrnjene, a spremenil se je zanje pravni naslov. Imenovanja na beneficije verskozakladnega patronata je vršil odslej na podlagi privilegija, ne več kot patron. Verskozakladni patronat se z besedami »*quae juri patronatus ex fundo Religionis derivanti subsunt*« nikakor ni priznal, ampak besedilo služi samo v boljšo in jasno označbo beneficijev, kateri tvorijo predmet privilegija. Ako bi se bil patronat priznal, bi indult ne bil imel nikakega smisla, ker so patronatne pravice utemeljene v zakonu, niso pa odvisne od naklonjenosti papeža.

V Hrvatski in Slavoniji je ostal s konkordatom ustvarjeni položaj do preobrata neizpremenjen. A tudi za Slovenijo in Dalmacijo s členom XXV. konkordata podeljeni indult ni bil nikdar preklican. Bivši cesar je vršil v smislu zakona od 7. maja 1874¹⁸ imenovanja kakor pred in po konkordatu do razsula avstro-ogrske monarhije naprej, in sicer še vedno na podlagi indulta, ker drugega pravnega naslova za svoje pravice ni imel. Z omenjenim zakonom je pač prenehala veljava konkordata, toda glede določbe člena XXV. samo formalno, po vsebini pa jo je prevzel novi zakon in cerkev, ki se mu je pokorila, je smela to storiti, ker je Rimska stolica podeljeni indult s konkludentnimi dejanji še nadalje spoštovala.

¹⁸ § 3. Zasedba škofij ter kanonikatov v vseh kapitljih kakor tudi imenovanje škofovskih generalnih vikarjev se vrši na dosedanji način. — § 4. Vse cerkvene službe in nadarbine, ki se v celoti ali v pretežnem delu dotirajo iz državnega zaklada, verskega fonda ali drugih javnih sredstev, se smejo podeliti le na podlagi prezentacije, izvršene po državni oblasti.

Iz vseh navedenih razlogov je moral dosedanji verskozakladni patronat, ki je nosil to ime od prvega začetka po krivici, z državnim preobratom prenehati. Indult je ugasnil, ker je upravičenec odpadel. Konkordat iz l. 1855 je za Hrvatsko navzlic temu ostal v veljavi, v kolikor je izvršljiv. O nasledstvu našega vladarja ali vlade v omenjene pravice ne more biti govora, ker je cesarstvo (Imperium) razpadlo in ker tudi ni katoliškega nasledstva. Kakor za avstro-ogrsko vlado pred konkordatom za izvajanje verskozakladnega patronata ni bilo nikake pravne podlage, je nedostaje tudi za našo vlado, ki je samo upraviteljica verskega zaklada kot ustanove in drugega nič.

Odslej se imajo tedaj vsi kanonikati in župnije, ki so stale pod patronatom verskega zaklada, konferirati po predpisih *juris canonici communis*, t. j. ali od papeža ali od škofa. Državi pa ostane na imenovanja samo političen vpliv, dokler dejanski iz svojih sredstev plačuje dotične cerkvene službenice. Kako naj se ta politični vpliv uveljavlja, bo moralo biti predmet sporazuma med državo in cerkvijo ali pa se bo moralo drugače določiti z zakonom. Na vsak način se določilo § 4 zakona iz l. 1874 po preobratu ne da izvajati več iz naslova patronata.¹⁹

B. Zasebni patronati.

Partikularno zasebno patronatno pravo v Hrvatski in Slavoniji se bistveno razlikuje od občega patronatnega prava, ker se je razvilo na popolnoma drugačni podlagi kakor v drugih državah krščanskega zapada. Patronat zapadne cerkve je germanskopravnega izvora. Sholastiki so v svoji spretni juristični konstrukciji iz prvotne lastninske pravice vlastelinov na cerkvah, zgrajenih na njihovi zemlji, izločili vse, kar je bilo cerkvenim načelom v kvar, in tako je ostala

¹⁹ Kjer je zvezan z zemljiščem, ki pripada verskemu zakladu, stvarni patronat, ostanejo patronatne pravice seveda popolnoma v veljavi in jih more vršiti pod zakonitimi pogoji vlada kot upraviteljica. Tako pripada kranjskemu verskemu zakladu skupno z graščino Bled in Fužinami na Jesenicah sopatronat nad župnijami Koroška Bela, Bohinjska Bistrica, Koprivnik in kaplanijo na Jezeru.

nekdanjim lastnikom le še pravica, da predlagajo škofu kandidata, službo pa mu je podelil ordinarij. Z recepcijo rimskega prava, vsled katere so postale vse cerkve in vsi beneficiji samostojni pravni subjekti in z naukom, da sta ločiti pri podelitvi vsake cerkvene službe dva akta, *designatio personae* in *collatio officii*, je bil boj proti nekdanjim lastniškim cerkvam dokončno dobojevan. Prejšnji lastniki so ostali samo še patroni, njih pravice pa so spadale pod kompetenco cerkvene zakonodaje, ker je bil patronat *jus spirituali adnexum*.

V deželi ogrske krone je bilo vlastelinstvo koncem 12. stoletja šele v povojih. Prosti posestniki niso uživali nikakih privilegijev zemljiške gosposke, proste občine niso bile podčinjene vlastelinu, ampak neposredno kralju. Kralj je bil edini zemljiški gospod v državi, ter je skrbel tudi za cerkvene potrebe, za zgradbe, njih opremo in dotacijo. Tako je bil kralj s kraja sploh edini patron vseh cerkvá v deželi. Nikdo ni mogel patronata pridobiti, komur ga ni kralj sam podelil.

Podelitev se je vršila v obliki privilegijev na zasebnike ali na korporacije, sosebno so dobila potom privilegijev tudi kraljevska prosta mesta mnogo patronatov in z njimi pravico, da so smela sama voliti svoje župnike. Kralj je pa kot vrhovni patron v državi določal tudi d o l ž n o s t i cerkvenih patronov in silil na njih izpolnitev, saj je bil ob enem v vseh patronatnih sporih najvišji sodnik. Na kraljevske dekrete in ukaze 18. stoletja, in sicer Leopolda I. z dne 9. maja 1701, Karla VI. z dne 7. marca 1833, Josipa II. dvorni dekret z dne 10. maja 1787 se opira še danes obstoječa gradbena dolžnost patronov v Hrvatski in Slavoniji, ki bi se bila imela izmeniti po členu XXXIV konkordata s predpisi kanonskega prava. Ker so pa škofje na svoji konferenci l. 1856 na Dunaju sklenili, da naj ostanejo v veljavi prejšnji predpisi, dokler se cerkvena gradbena dolžnost ne uredi z ozirom na cerkveni zakon, običaje in na izvršeno razbremenitev zemljišč in je ta uredba izostala, ni mogel člen XXXIV. konkordata na gradbenih obveznostih patronov nič izpremeniti.²⁰

²⁰ Glej dr. Milan Novak l. c., str. 17, 18.

Kot privatni patroni pridejo v poštev:

- a) fiskus ali komora glede stvarnih patronatov, ki so spojeni z državnimi domenami. Pod komorskim patronatom stoje župne cerkve v modruški škofiji, ki so bile svoj čas zgrajene na posestvih knezov Frankopanov »Fužine, Hreljin in Vinodol«. Odkar so ta posestva postala vsled konfiskacije državna last, je izvrševal stvarni patronat ogrski finančni minister kot zastopnik skupnega erarja, odnosno po njegovi delegaciji finančni ravnatelj v Zagrebu. Vsled svoje stvarne podlage komorni patronat po preobratu ni ugasnil, menjal je samo upravičenca. Toda naš finančni minister ga ne more izvrševati, ker ni katolik (c. 1453, § 3), zato je tudi vsaka delegacija izključena. Dejanski so postale tedaj vsled preobrata tudi te župnije *liberae collationis*. Toda patronatna pravica ni ugasnila, ampak je samo ukinjena dotlej, dokler ostane finančni resort v rokah akatolika.
- b) Cerkveni dostojanstveniki in korporacije, mestne občine in privatne osebe pod občimi v zakonu določenimi pogoji.

Vsi ti patroni morajo v bivšem gradjanskem področju v vseh slučajih, kjer ni dovoljnih v to svrho namenjenih sredstev, iz svojega kriti vse stroške za nove cerkvene zgradbe in popravo starih, ravno tako stroške za nove zgradbe župnišč in večja popravila na obstoječih župnih dvorih. Izpolnitev te dolžnosti se ob potrebi oblastveno izsili. Župljani prispevajo k gradbenim stroškom samo v bivšem krajiškem področju in v onih župnijah, ki nimajo patrona.

Ta bremena, ki so za današnje razmere nevzdržljiva, ker presega finančno moč velike večine privatnih patronov, bi lahko ordinarijem postopanje v smislu c. 1451 § 1 silno olajšale. Nastane vprašanje, da li se smejo patroni svojim pravicam z ozirom na naše partikularno-pravne predpise odreči?²¹

Po splošnih pravnih načelih o pravici odreke sploh ne more obstojati nikak dvom. Ako se vsakdo lahko odreče

²¹ To vprašanje je važno tudi za patrone v Sloveniji, ki morajo k gradbenim stroškom, kolikor niso s sredstvi cerkve kriti, prispevati v bivši Kranjski peti, v bivši Štajerski tretji del, a so poleg tega dostikrat obremenjeni tudi s stalnimi dajatvami v prirodninah (drva itd.).

celo lastninski pravici, velja to tembolj o drugih manj učinkovitih pravicah. V cerkvenem pravu je bil ta način ugasnitve patronata od nekdanj priznan. Tudi c. 1451 § 1 ga naravnost predpostavlja.

Toda niti avstrijsko niti ogrsko partikularno patronatno pravo ne dovoljuje odreke, ker smatra s patronatom zvezana bremena kot javnopravna. Dvorski dekret cesarja Jožefa II. iz l. 1787 povdarja v § 7 I. dela izrecno, da se nikdo ne more odreči patronatu, da bi se s tem rešil gradbene dolžnosti, ampak da se ga bo rednim oblastvenim potom sililo na njeno izpolnitev.

Iz tega bi se dalo sklepati, da bi bila odreka iz drugih nagibov mogoča. Toda z odreko bi ugasnil patronat, brez njega pa bi se ne mogla uveljavljati gradbena dolžnost, ki je javnopravnega značaja. Zaključek je tedaj neobhodno ta, da se patronatu ni mogoče odreči z ozirom na javnopravna bremena, ki so z njim zvezana. Iz tega pa sledi, da naši ordinariji naročilu c. 1451 § 1 sploh ne morejo ustreči, ako je patronom nemogoče, da se rešijo z odreko ob enem patronatnih bremen. Dokler naša upravna oblastva vršenje patronatnih dolžnosti lahko izsilijo, mora ostati tudi patronatna pravica v veljavi in odreka posameznika ne bi prejudicirala pravicam njegovih pravnih naslednikov.

Toda državni preobrat je vendar tudi obstoj zasebnih patronatov tako omajal, da je njih odprava še samo vprašanje časa. Učinek agrarne reforme, po kateri so po večini prizadeta nekdanj vlastelska posestva s stvarnimi patronatnimi pravicami, bo postal očit šele takrat, ko bo razlastitev izvršena. Sedaj, ko se nahaja agrarna reforma šele v predštadiju, ko oni deli veleposestev, ki bodo po njej prizadeti, še niso razlašeni, ampak začasno dani v zakup, je formalno pravno tudi še lastnik jedini patron. Toda bremena novih zgradb ali večjih poprav se mu tudi sedaj ne morejo več naložiti, ker bi pomenila pač njegov gospodarski ruin. Zakupniki pa se bodo z uspehom branili jih prevzeti, ker niso z zakupom zemlje postali še patroni. Od veleposestnika zahtevati, da odstopi velik del svoje zemlje drugim v gospodarsko izkoriščanje iz javnopravnega naslova, njemu samemu pa navzlic skrajšanim dohodkom naprtiti patronatna bremena v prejšnji ali vsled današnjih prilik še v veliko večji izmeri,

bi pomenilo socialno krivico prve vrste, ki bi se sama po sebi maščevala. Državna uprava mora to vpoštevati in posledice bodo nosili katoliški državljani. Kadar bodo veleposestva razdeljena, bodo nastali številni sopatronati, ki ne bodo nikomur v korist: patronom ne, ker se bodo glede prezentacijske pravice težko zjedini, bremena pa hoteli odvaliti drug na drugega, cerkvi ne, ker se je bati, da se bo nesoglasje med patroni preneslo na župljane in otežkočalo župniku stališče, in državi ne, ker bi radi patronatnih bremen nastalo brez števila sporov.

Tako silijo vsi oziri naravnost na to, da se tudi zasebni patronati temeljito preurede, ker je njih obstanek v naši novi državi v dosedanji obliki postal nemogoč. Preureditev more imeti jedino le odpravo tega instituta za cilj. Patronati so samo še v sedanost prenešeni pravni spomeniki iz dobe, ko sta cerkev ali država na policijsko-očetovski način skrbeli za dobrobit svojih članov. Ti spomeniki z novodobnimi pravnimi uredbami ne stojijo v nikakem soglasju več. Spojeni so bili dejansko vedno z zemljiškim gospodstvom in jedino v tej zvezi so bremena patronov razumljiva, ker je bila gosposka zavezana, skrbeti tudi za bogočastne potrebe svojih podanikov. Že z odpravo podaništva je odpadel notranji razlog za patronatna bremena, ki bi jih bili morali vsaj deloma prevzeti prejšnji podaniki. Da se to ni zgodilo, je pripisovati samo počasnosti in nepopolnosti zakonodaje, ki celo iz nesoglasja zakonov iz ustavne dobe, tičočih se svobode vere in vesti ter ravnopravnosti vseh priznanih veroizpovedanj, z obstoječimi predpisi glede patronata ni izvajala konsekvence. Tako zadenejo patronatna bremena tudi one patrone, ki kot nekatoliki ali celo nekristjani ne morejo izvrševati nikakih pravic (čl. 9. avstr. zakona o interkonfesionalnih odnošajih z dne 25. maja 1868, d. z. št. 49), kar očitno nasprotuje verski svobodi.

Državni preobrat in z njim zvezana agrarna reforma, novi cerkveni zakonik in ves pravni ustroj moderne države v obče zahtevajo nujno, da se patronati ali sploh ali pa vsaj fakultativno odpravijo. Z odpravo patronatov bi ugasnila vsa patronatna bremena. Gradbena dolžnost naj zadene vse župljane in vse posestnike v župniji v razmerju neposrednih davkov, ki jih plačujejo.

Pri tem je postranskega pomena, ali naj se vstvari za to nov zakon ali pa naj se država in rimska stolica dogovorita, da je patronom dovoljeno, se patronatu odpovedati. Čim se ta dogovor razglasi v državi kot zakon, izgubijo vse določbe, po katerih je prepovedano, se patronatni pravici odreči, svojo veljavo. Seveda bi se moralo v dogovoru tudi predvideti, kako naj se nadomesté dosedanja gradbena dolžnost in druge dajatve patronov.

Po mojem mnenju ne obstoja za patrona nikaka obveza, da bi dosedanje doprinose, ako se svoji pravici odpove, odkupil²², tem manj, ker so bile te dajatve neupravičene že od onega časa naprej, ko je prenehalo lastelstvo. Zadeva bi se dala tedaj začasno najboljše rešiti tako, da se v bodočem konkordatu določi, da je vsakemu patronu prosto, se svojim pravicam odreči z učinkom, da patronatno razmerje ugasne. Ako pa do konkordata ne pride, bo treba tako določilo vnesti v zakon, s katerim se bodo uredile enotno zunanje zadeve katoliške cerkve v državi. Toliko pa je gotovo, da je postal vsled izpremenjenih razmer v naši kraljevini tudi zasebni patronat vsaj proti volji patronov nevzdržljiv.

²² To stališče so zastopali predstavniki katoliške cerkve na verski anketi v Beogradu dne 18. novembra 1921. Kušelj, verska anketa u Beogradu i njeni zaključci, Ljubljana 1922, str. 17.

Univ. prof. dr. Metod D o l e n c :

Kriminalnopolitična presoja določil zadnjega odstavka čl. 12. Vidovdanske ustave.

(Vsebina: § 1. Ustavno vprašanje; § 2. Postanek našega takozv. kancel-
paragrafa; § 3. Kancelparagraf v zgodovini drugih narodov; § 4. Kancel-
paragraf v kanonskem pravu; § 5. Kritika našega takozv. kancelparagrafa
raz kriminalnopolitično stališče; § 6. Predlogi *de lege ferenda* na poštavi
Vidovdanske ustave.)

§ 1. Ustavno vprašanje.

Ustava države v formalnem smislu¹ je zakonita formu-
lacija (normiranje) odnošajev med oblastmi raznih socialnih
in političnih sestavin države, kakor so se na podlagi zgodo-
vinskega razvoja ustalili. G u m p l o w i c z pravi²: utegnilo bi
se domnevati, da ni, da bi morala ustava iziti kos za kosom
iz historičnih odnošajev ob vednih bojih socialnih sestavin
države, ampak da bi se moglo tudi misliti, da jo lahko izdelajo
iz enega kova državniki ali učenjaki pri pisalni mizi pa jo
naprtijo državi, čeprav po morebitni parlamentarni debati.
Pa ta nazor bi bil napačen, sodi G u m p l o w i c z: »Pač se

¹ Pisana ustava. O zgodovini pisanih ustav glej J e l l i n e k, *Allgemeine Staatslehre*, 4. izd., str. 508 nasl. Zanimivo formulira L o c k e pojem ustave kot temeljno pogodbo, po kateri mora vsakdo mnenje večine smatrati za svoje. Prva ustavna listina v Evropi je nastala 1789—1791, a bila razglašena dne 3. septembra 1791 na Francoskem. Sicer nosi poljska ustava datum 3. maja 1791, pa je v istini od do tedaj publiciranih franco-
skih ustavnih predpisov popolnoma odvisna. Glej J e l l i n e k, op. cit., stran 523.

² G u m p l o w i c z, *Das österr. Staatsrecht* (1891), str. 22, 23. O pomenu ustave prim. P i t a m i c, *Ustava in zakon*, Slovenski Pravniki 1922, stran 10.

more izdelati ob novem urejanju državnih razmer po političnih prevratih... za nov položaj stvari ustavna listina, ki obsega vse oblastvene odnošaje in ves pravni red, in se za zakon obnaroduje. S tem pa »ustava« še ni ustava postala in te še ni. Ona je šele dana in razglašena; tudi utegne morda služiti kakor podlaga in izhodišče nadaljnega razvoja: da pa postane dejansko ustava države in da bo v resnici taka, mora prekorakati potrebni razvoj v svrhu prilagodenja na resnične oblastne odnošaje in pa dobiti v to svrhu potrebne korekture; ona mora doživeti izjednačenje z resnico, preden izide kot dejanska ustava iz medsebojne borbe socialnih sestavin, modificirana po medsebojnih odnošajih oblasti in pribirana, — da se na to vrže zopet v tok državnega razvoja.«

Ta Gumplovicev nauk nas navaja k misli, da tak način postanka ustave, kakor smo ga doživeli v naši kraljevini, ni in ne more biti vstvaritev definitivne ustavne tvorbe, da torej naša formalno brez dvoma kakor *lex fundamentalis* obstoječa ustava še ne more imeti zgodovinskega posvetila resničnosti in dejanstvenosti, marveč, da naravnost sili k izboljšanju, izpopolnjenju. Isti nauk nas torej bodri, da krepko, brez obotavljanja zastavimo kritiko in pokažemo, kaj se utegne obnesti v borbi socialnih sestavin kakor dejanska, notranjim zahtevam odgovarjajoča ustava, kaj skoraj odpade, ker mora odpasti, — in to navzlic velikim in težkim kavtelam, ki si jih ustava sama določa napram vsaki izpremembni. Z drugimi besedami: Vprašamo se in skušamo si dati odgovora, ali znanstvena uvaževanja kažejo, da postane ustava realna, ali ostane in v koliko ostane samo »kos papirja«. Gumplovicez pripominja namreč še to³, da je mnogo lažje ustavo kakor zakon publicirati, oktroirati, nego jo izvesti.

Vidovdanska ustava je pač zakonodajno delo, ki je po prevratu nastalo *ad hoc*, ker so se nujno združili Srbi, Hrvati in Slovenci v eno državo. Ne mislimo se lotiti presoje materialnih določil Vidovdanske ustave v splošnem, ampak

³ O. c., str. 24; tam navaja kot mrtvorojene ustave v Avstriji: ono iz leta 1848, nadalje z dne 4. marca 1849, Schmerlingovo februarско ustavo iz leta 1861; pa tudi ustava z dne 21. decembra 1867 je imela zapreke, ki jih vlade nikdar niso mogle odstraniti.

premotriti jo hočemo edino le glede enega — dokaj važnega — problema o versko političnem vprašanju, v katerem gre za ustavne pravice državljanov do zaščite napram političnemu delovanju verskih bogoslužnikov.

Dotična določila ustave so vsebovana v členu 12. Tu stoji najprej, da je svoboda vere in vesti zajamčena. Kot posledica tega temeljnega določila se v drugem stavku pravi, da je uživanje državljskih in političnih pravic nezavisno od veroizpovedanja, da se pa tudi nihče ne more oprostiti svojih državljskih in vojaških dolžnosti in obveznosti, sklicevaje se na predpise svoje vere. Priznava pa se usvojenim veram, to je tistim, ki so v kateremkoli delu kraljevine že pridobile zakonito priznanje, da si urejajo samostojno svoje notranje verske posle. Negativna stran svobode vesti je, da nihče ni dolžan javno izpovedovati svoje verske prepričanje, nihče ni dolžan sodelovati pri verozakonitih dejanjih, svečanostih, obredih in vajah, razen ob državnih praznikih in svečanostih in kolikor to odredi zakon za osebe, ki so podložne očetovski, varstveni in vojaški oblasti. Končni stavek, ki naj tvori podlago naših razmišljanj, pa se glasi dobesedno: Svoje duhovne oblasti ne smejo verski predstavniki pri bogoslužju ali sestavki verskega značaja ali drugače pri izvrševanju svoje službene dolžnosti uporabljati v strankarske namene (»v partijske svrhe«). Ta zadnji odstavek člena 12. Vidovdanske ustave je dobil naziv »kancelparagrafa« le po reminiscencah izza zgodovine § 130a kaz. zak. za Nemčijo, v resnici pa sega njegov pomen veliko dalje, kakor nemški »kancelparagraf«. Da vidimo, katere gonilne sile so vodile ustavotvorno skupščino do sprejetja tega takozv. »kancelparagrafa«, in da določimo, ali je ta predpis resnična kristalizacija razmerja tistih vednih bojov socialnih sestavin države ali samo njih navidezni odblesk, treba si je predvsem predočiti postanek tega določila na parlamentarnih tleh —, in to tem bolj, ker nam razgled po tujih, starejših in mlajših ustavah v Evropi kaže, da do Vidovdanske ustave še nobena ni sprejela kancelparagrafskih predpisov vase!

§ 2. Postanek našega takozv. kancelparagrafa.

Načrte za ustavo naše kraljevine po konceptih Stojana Protića, komisije univerzitetnih profesorjev in drja. Smodlake preidemo, ker niso imeli na potek parlamentarnih razprav takorekoč nobenega pravega vpliva. Vesnićev načrt je bil prvi, ki pride resno kakor podlaga parlamentarnega dela v poštev. Le-ta si je usvojil v čl. 13 teze: 1.) prostost vere in vesti, 2.) nedopustnost sprečavanja verskih obredov, ako ne kršijo javnega reda in morale, 3.) nezavisnost političnih pravic od veroizpovedanja, 4.) načelo, da veljajo za usvojene vse že zakonito priznane vere, 5.) ravnopravnost vseh priznanih ver. Ustavni odbor, izbran na 9. rednem sestanku Ustavotvorne skupščine dne 31. januarja 1921, je izdal k tej materiji naslednje službeno poročilo⁴: »Čl. 13 o svobodi vere in vesti je bil pretresan v detajlu in je popolnoma izpremenjen v smislu željâ, izraženih od pojedinih skupin. Vsem željam, ki so stale često v prekem nasprotju druga z drugimi, se naravno ni moglo ugoditi. Tako so govorniki iz komunistične in socialistične skupine zahtevali ločitev cerkve od države in obravnavanje vere kot stvari, ki je izključno zasebna zadeva državljanov. Te zahteve v takem obsegu Ustavni odbor ni sprejel, ali na drugi strani je pa ustavni odbor opustil idejo državne vere, kakor je bilo to n. pr. v kraljevini Srbiji, kjer je bila pravoslavna vera po ustavi proglašena za državno vero. Usvojila se je srednja pot, po kateri so vsa veroizpovedanja ravnopravna in, v kolikor uživa vera zaščito države, se daje ta zaščita vsem priznanim veroizpovedanjem enako. Govornik Jugoslovenskega kluba⁵ je zahteval čim večjo avtonomijo za vsa veroizpovedanja. Od strani zemljoradničke skupine⁶ se je posebej zahtevala zabrana duhovnim osebam, da izkoriščajo svoj duhovniški položaj za politično-strankarske namene. Musli-

⁴ Glej: Izveštaj Ustavnog odbora Ustavotvorne skupščine i Tekst Ustava, kako je primljen v Ustavnom odboru, str. 8, 9. Ker uradni spis ni splošno dostopen v knjigotrštvu, kaže, da prinesemo doslovni prevod srbohrvatskega izvirnika. (Podčrtana mesta v izvirniku niso podčrtana.)

⁵ Na drugem mestu »Izveštaja« izvemo, da so govorili za Jugoslovenski klub narodni poslanci Šimrak, Dulibić in Sušnik.

⁶ Govornika sta bila narodna poslanca Avramović in Vošnjak.

manski govornik je zahteval, da se očuva svoboda občevanja verskih organizacij z duhovnimi poglavarji izven države; dalje, da se nikdo ne primorava, da vrši verske obrede in prisostvuje činom kakšnega veroizpovedanja, kateremu ne pripada. Vse te in druge zahteve so po vsestranskem pretresu dovele stranke večine do sporazuma redakcije v novem členu 13, kateri je postal čl. 12 in s katerim je vladni načrt ustave pri tem vprašanju znatno razširjen.«

Po novoredigiranem čl. 12 je vladni načrt nadopolnjen najprej s tem, da se nikdo ne more oprstiti svojih državljanskih in vojaških dolžnosti sklicujé se na predpis svoje vere. Nadalje: Za usvojene vere je priznana pravica, da samostalno urejajo svoje notranje verske posle in upravljajo svoje ustanove in fonde v mejah zakona. Potem je predpisano, da nikdo ni dolžan prisostvovati verskim činom razen v primerih, ki so izrečno v zakonu predvideni. Usvojene in priznane vere morejo vzdrževati zveze s svojimi verskimi poglavarji ali drugačnimi verskimi predstavniki tudi izven mejâ države, ampak na način, kakor je to z zakonom predvideno. Glede izdatkov za verske svrhe, ali in kolikor nastanejo, je predpisano, da naj se porazdeljujejo sorazmerno številu vernikov dotičnega veroizpovedanja in njihovim stvarnim potrebam. Slednjič je unesel Ustavni odbor v zadnjem odstavku člana 12 zabrano upotrebljavanja oblasti verskih predstavnikov pri bogoslužju ali po sestavkih verskega značaja ali drugače v strankarske namene z besedilom, kakor smo ga gori v prvem poglavju navedli.

»Odvojeno mišljenje« Jugoslovenskega kluba o načrtu ustave, predložene od Ustavnega odbora navaja na strani 4 k dotičnemu členu samo predlog: »Imade se brisati iz predloga večine Odbora zadnji stav.« Odvojeno mišljenje narodnih poslancev E t b i n a K r i s t a n a in J o v a n a G j o n o v i ć a pa se izreka na str. 3 sicer zoper cel član 12 Ustavnega odbora, ampak le v tem pogledu, ker se ni sprejelo za načelo ločitev države od cerkve; takozv. kancelparagrafa pa se posebej ne dotakne. —

Že iz doslejšnjih izvajanj je razvidno, da je bil zadnji odstavek člana 12 s takozv. kancelparagrafom pravcati politikum, t. j. koncept ene stranke iz strankarsko-

političnih nagibov, usvojen od strank, ki so tvorile večino, iz političnih vidikov. Mislimo, da stopijo nagibi in cilji, ki so bili odločilni za sprejetje takozv. kancelparagrafa naše ustave, najjasnejše pred oči, ako načrtamo iz govorov posameznih narodnih poslancev po oficialnem stenografičnem zapisniku tiste misli, ki so važne za kriminalno-politično presojo.⁷

Mimogrede se je dotaknil že v načelnem pretresovanju ustave (»prvo čitanje«) narodni poslanec dr. Mate Drinković dne 11. maja 1921 kancelparagrafa (XXVIII. red. sestanek str. 33. stenogr. beležek). Očital je večini, da more ona po članu 12. zapreti popa, kadar bo govoril, da verniki njegove konfesije ne smejo glasovati za tistega, ki je za civilni brak. Svetozar Pribičević je napravil vmesni klic: »Tega ne sme govoriti!« na kar mu je Drinković odgovoril: »On sme to govoriti, ker je za to pozvan po svojem nauku.«

Specialna debata (»drugo čitanje«) je pričela dne 19. maja 1921; naslednji dan je prišla na pretres skupina čl. 4—21, torej med njimi tudi takozv. kancelparagraf. Na XXXIV. se-stanku je načel to vprašanje nar. posl. dr. Andrej Gosar in izvajal (str. 9, 10): Kancelparagraf je v načelnem protislovju s stavkom, da je zajamčena svoboda vere in vesti. Navidezni razlog za unesenje takozv. kancelparagrafa bi bil, da more duhovnik v preveliki meri vplivati na državljane ter s tem omejevati njihovo osebno svobodo in na ta način ovirati možnost, da bi oni v javnem političnem življenju sodelovali tako, kakor bi sami želeli in kakor bi njim samim koristilo. Predpostavka pa ni resnična, če bi bila pa resnična, moralo bi se tudi unesti podobne paragrafe za tiste, ki zlorablajo gospodarsko premoč; ravno tako se zlorablja tudi oblast pri državnih uradih. Zagovarjati se da samo to, da se duhovnik kaznuje takrat, kadar se mu pred sodiščem dokaže, da je zgrešil nekaj zoper državo in njene zakone, ne pa zoper

⁷ Kriminalno politiko imenujemo znanost ali vedo, ki se peča s problemi, kako ustvarjati kazenske zakone, da bodo odgovarjali smetrom kazenskega prava. Prim. za vse druge: Živanović, Osnovi kriv. prava, 2. izd., str. 365 nasl.; v. Liszt, Lehrbuch des deut. Strafrechtes, 21. in 22. izd., str. 2, 12 nasl. — S politikom v vulgarnem smislu besede nima pojem kriminalne politike ničesar opraviti.

eno ali drugo stranko. Res se lahko vrši v cerkvi agitacija zoper kakšno stranko. Toda stranka ni država. Če se pa vrši v cerkvi agitacija zoper državo, zapre se lahko duhovnika že po obstoječih zakonih. — Poslanec R o k D r o f e n i k (str. 13 istega sestanka) je izvajal, da je kancelparagraf potreben državi v zaščito pred katoliškimi duhovniki, »ker pri nas klerikalizem zlorablja cerkev za hujskanje zoper državno avtoriteto, ker rabi klerikalizem sveto cerkev za politično agitacijo in kot politično tribuno.« »Da zaščitimo sigurnost in trdnost, da zaščitimo dobro državno vzgojo v naši državi, da zaščitimo svetost cerkve, hočemo glasovati za kancelparagraf«. — I v a n G j o n o v i ć je izjavil (str. 18 istega sestanka), da treba vero oddeliti od države in protestiral zoper podržavljenje ver.

Na naslednjem sestanku (XXV., str. 5) je dejal E t b i n K r i s t a n, da ne on, ne njegova stranka ni predlagala kancelparagrafa, pa ga niti ne smatra za važno stvar; vendar ni zoper kancelparagraf, ker gre za to, da se ne ustvarja privilegij katoliški cerkvi. Varajo se tisti, ki mislijo, da bo ta paragraf pomagal, ker imajo katoliki razen prižnic tudi spovednice.

Na sledečem sestanku (XXXVI., str. 6) je izvajal d r. J o s i p H o h n j e c, da kancelparagraf naravnost nasprotuje can. 1260, ki določa, da so služabniki cerkve v izvrševanju svojih duhovniških nalog in dolžnosti odvisni edino le od svojih cerkvenih predstojnikov. Kdor hoče mir med državo in cerkvijo, naj odkloni kancelparagraf. — A n t o n B r a n d n e r (str. 15) ugotavlja, da je bila stranka samostojnih kmetov na deželi pravzaprav izzvana in za to je zahtevala, da se uvede kancelparagraf in da se nastopi zoper to, da se vera izrablja v politične namene. Po njegovem mnenju, pa bi se moralo istotako tudi pri uradništvu nastopati, ki izrablja čestokrat svoj položaj v strankarske namene. Isto velja tudi pri privatnih podjetjih. Toda dokler imajo gospodje duhovniki na razpolago spovednico, toliko časa kancelparagraf nič ne pomaga.

Na sledečem sestanku je posegel v debato minister za konstituantno M a r k o T r i f k o v i ć (XXXVII., str. 7) in pobijal trditve predgovornikov, da se v državi Srbov, Hrvatov in Slovencev katoliška vera preganja. Poslanec M i l o š

Moskovljević (str. 8) je izjavil, da v Srbiji ne čutijo potrebe po kancelparagrafu, ampak najenergičneje morajo vstati zoper zlorabo vere in podpreti čl. 12. Glasovali bodo zanj, da se opovre zlo, ki se čedalje bolj ukoreninja in širi v krajih, kjer tega doslej še ni bilo. Dr. Anton Trumbić (str. 14) pravi o kancelparagrafu, da je čudno določilo radi tega, ker ni izrečeno, kaj se tu zabranjuje; ker je nekaj, kar je brez sankcije; kdo naj toži kršitelja in kdo naj ga sodi. V prvi redakciji je bilo to rečeno, pa je pozneje odpalo; to se je zgodilo potom kompromisa. V načelu je zoper vsako zlorabo poklicnega položaja verskih služabnikov. »Sedaj nastane drugo vprašanje: Ako ostane ta predlog o zabrani zlorabe verskega položaja v strankarske svrhe, vpraša se: Ali se bo nastopalo zoper versko osebo, ki stori delikt s kršitvijo tega določila? (Medklici: Po taki ustavi nič!) Bo država pribavila zadoščenje za kršeni pravni red ali ostane prekršaj nekaznjen in brez vsakih posledic? To bi bilo najhujše. Prinesli bi določilo v ustavo, katero, čeprav spada med one, ki so sposobna, da najbolj razdražijo duhove, bi mogel vsakdo prekršiti brez posledic. Zato mora izostati, ampak brez prejudica, ali pride zloraba verskega položaja sploh pod sankcijo rednega zakonodajstva ali ne. Krščanskim veram, i jedni i drugi, je v istem času priznana pravica učenja in pridiganja. Kje je v predloženi odredbi meja, preko katere verski služabniki ne smejo? Take odredbe so opasne, utegnejo privedi do mnogo težkih posledic glede konfesionalnega mira. V ustavi naj se izpusti, pač pa naj se v volilnem zakonu zaščiti svoboda volitev in vesti.«

Dr. Momčilo Ivanić (sestanek XXXVIII., str. 3) je izvajal: Vlada in večina govori neprestano o tem, da naj bo ustava kratka; prinesla je pa vanjo paragraf, katerega nikjer na vsem svetu v ustavah ne najdemo. To je ustavni unicum! Govornik je zoper tako odredbo. Ne more se biti na eni strani nazora, da je odvajati cerkev od države, a na drugi misliti, da je celo opasno, ako se nekaj raz oltar govori. Ateist misli, da se more enako dobro govoriti v kavarni ali na zboru, kakor se govori raz prižnico. Računati se mora s tem, da predstavniki katoliške vere smatrajo glede te odredbe, da je zoper njo naperjena. Torej se ne sme izzivati občutkov jednega velikega dela naroda, da je postavljen pod izjemno

odredbo. Ako se poreče, da se na osnovi take ustave more, odnosno mora prinesiti zakon, potem je odvrniti, da se more to zgoditi tudi brez take odredbe v ustavi. — Todor Lazarević (str. 8 istega sest.) je zastopal nazor, da kancelparagraf v ustavi ni potreben, vendar misli, da se ga po predlagani stilizaciji nikomur ni treba bati, niti svečenikom, kateri raz prižnico govore v korist svojih strank. Duhovna oblast se namreč deli na *potestas magisterii*, *ministerii* in *ordinis*. Za ta paragraf more priti samo do vprašanja *potestatis magisterii*, t. j. kadar svečenik propoveduje o verskih načelih, more priti v položaj, da govori v korist stranke, kateri pripada. Ali čim je propovednik nehal pridigati vero, on ne vrši več *potestas magisterii*, ampak govori nekaj izven te svoje oblasti in nihče ga ne more radi zlorabe duhovne oblasti tožiti niti obsoditi. Ako se je hotelo napraviti kancelparagraf, bi se moralo prinesiti drugačno, jačje določilo. — Pavle Angjelić (str. 11, ist. sest.) pravi, da izgleda po tem, kar je opazil pri izdelovanju tega člana v Ustavnem odboru, da je odvzet jeden privilegij eni konfesiji v naši državi, katera ga je doslej imela, pa se ji ga s tem članom jemlje. Govornik pa misli, da ta odredba ne moti nikogar, da govori ono, kar je dobro, a istočasno zabranjuje, da bi se v pravoslavni cerkvi stvorili partizani, ki bi bili privilegirani. Ta član naj le ostane, kakor je, in če bi se motil dogovor med strankami. — Josip Klekl (str. 23 ist. sest.) izvaja: Cerkev je suverena družba, država nima pravice, da bi jo ovirala pri urejevanju notranjih zadev. Jedro kancelparagrafa je, da verski predstavnik ne sme raba biti dolžnosti svojega stanu v strankarske namene. Gre za izraz raba, ne zloraba. Tudi v ustavi ni prepovedano verskim predstavnikom, da govore in agitirajo v strankarske namene. Akcija v strankarski namen je včasih celo potrebna. Zakaj se prepoveduje duhovnikom? Vzrok ne more biti ta, da bi se bilo bati vpliva duhovščine na korist ene stranke in na škodo druge stranke. Veruje, da se hoče zabraniti profanacija vere, ali sredstvo je nelegalno. Svetost vere in dostojanstvo duhovščine je *ka' exochén* notranja zadeva cerkve. Torej ima cerkev sama pravico, da si to uredi. Ona je sama izdala svoj kancelparagraf l. 1917 v encikliki »*Humani generis redemptionem*«, v kateri je izrečno prepovedana duhovniku kot učitelju

vere vsaka politika. Kdor pa greši zoper cerkveni kanon, zadenejo ga kazni, ki so navedene v kan. 2298 novega cerkvenega kodeksa. Cerkevni kancelparagraf zadostuje, politični je odveč. Za kršitve je cerkveno sodišče. »Mi, ki smo bili pod madžarsko vlado, smo imeli tudi kancelparagraf, ne sicer v ustavi, ampak v zakonu. Ta kancelparagraf je bil bolj strog od našega nameravanega, a vendar se, gospodje, v velikih pokrajinah preko Donave... spominjam samo enega slučaja, da so obsodili duhovnika radi agitacije v strankarske namene. Civilni kancelparagraf je izgubil vso moč in je sam od sebe prenehal.« — Dr. Žarko Miladinović (str. 27 ist. sest.) odgovarja: Cerkevni kancelparagraf pravi, da se naj svečenik drži okvira svojih dolžnosti. Tudi tu se ne zahteva ničesar drugega. Če se bodo svečeniki tega držali, ne bode ta kancelparagraf nikdar uporabljan. Hoče se le sprečiti, da se cerkev ponižuje in stavi v službo ene stranke. Vsejedno je, katera vera, cerkev ali stranka pride v poštev. —

To so bile glavne misli narodnih poslancev v specialni debati, ki prihaja iz kriminalnopolitičnih vidikov za kancelparagraf v poštev. Bil je dne 25. maja 1921 z večino glasov sprejet, postal je istotako končno sestavni del Vidovdanske ustave.

Ako na koncu poskusimo ustanoviti grupacijo kriminalnopolitičnih misli, vidimo četvero skupin ustavotvorcev. Prva skupina so vsi tisti poslanci (progovorniki), ki so govorili za predlog Ustavnega odbora, izhajajoč iz načela, da jim pomeni raba verskih činov od strani verskih služb-nikov v strankarske namene — že zlorabo vere; vendar te zlorabe nočejo sprečavati iz religioznih nagibov, ampak iz političnih, da zaščitijo državno autoriteto (a) in s tem položaj strank kot nekakšen *status quo ante* (b). Druga skupina so kontragovorniki, ki so oporekali upravičenosti kancelparagrafa radi njegove tehnično-formalne vsebine in radi unešenja v ustavo (osobito dr. Trumbić). Tretjo skupino (tudi kontragovorniki) tvorijo oni, ki stoje na načelnem stališču, da je naloga verskih predstavnikov poučevati vernike v verskih dolžnostih, da pa krši kancelparagraf *in ultima analisi* prostost prepričanja in vere. Zadnja, četrta skupina govornikov je ona, ki se postavlja na stališče indiferentnosti,

češ določbe kancelparagrafa so po danem predlogu sploh brez pravnega pomena.^{7a}

V smislu Gumplovičeve teorije vidimo torej, da so prva skupina (pro) in četrta skupina (ne pro, ne kontra), ki sta po svojem številu nadkriljevali drugo in tretjo skupino (kontra) in stvorili več ali manj politični kompromis, po katerem se je skovala nekakšna programatična smernica, toda — namenoma — brez povdarjanja sankcije in bližje izvedbe načina udeještvovanja ideje... Tak kompromis je bil predpogoj, da se je za ustavo v celoti, kakor je bila sprejeta v zadnjem čitanju, mogla najti vsaj potrebna prosta večina.

Besedilo kancelparagrafa pa nosi očitivne znake posnezanja enakih določil drugih držav, sicer ne ustavnih (*lex fundamentalis*), pač pa zakonitih (*lex simplex*). V naslednjem naj si predočimo glavne poteze zgodovine kancelparagrafa v drugih državah. S tem nam bo dana možnost, da presodimo, ali pomeni vidovdanski takozv. kancelparagraf napredek ali — nasprotno.

§ 3. Kancelparagraf v zgodovini drugih narodov.

I. Problem kazenskopravnega kaznovanja verskih zaletov (*Übergriff*) v posvetno območje je star že stoletja in več, rešitev problema pa ni bila povsod enaka. Dvoje likov moremo razločevati: 1.) kaznovanje verskih zaletov v posvetnost brez ozira na kakovost osebe storilca, 2.) kaznovanje storilca dejanja, ki ga država ne odobrava, samo če je duhovnik ali verski služabnik sploh. Oba lika sta zastopana drug poleg drugega v raznih, tudi najbližjih sosednih državah.

Na Francoskem je *côde pénal* (1810) zbral različne dejanske stane pod naslovom *troubles apportés à l'ordre public par les ministres des cultes dans l'exercice de leur ministère*. Preidemo določila glede neopravičenega religij-

^{7a} Med korekturo je izšla v Mjesečniku (Zagreb), XLVIII. let. br. 11, razprava Živojina M. Perića: Glavne karakterne crte ustava Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca od 28. juna 1921. Na strani 434 razpravlja o kancelparagrafu in trdi, da »je donesen u cilju suzbijanja katolicizma« — »na traženje antiklerikalaca i slobodnih mislilaca iz Hrvatske i Slovenačke, koji su pripadali vladinoj većini.« Perić se sklicuje za to trditev na dr. J. Vanjića, Članci i Razprave, 1921, str. 10 in 13.

skega sklepa zakona (braka), ker spadajo v čisto drugo vrsto deliktov, s katerimi se tu ne pečamo. Kaznuje se vsaka kritika ali cenzura v izvrševanju cerkvene službe in v javnem zboru, ki se tiče države, zakonov (*lex*), odredb in drugih činov javne autoritete, ali pismeno v pastirskih poučilih (*instructions pastorales*). Direktno provociranje s takimi govori k nepokorščini napram državi ali vladnim odredbam, — odnosno izzivanje ene stranke, da naj se dvigne zoper drugo ali zgrabi za orožje, se kaznuje strožje. Poseben delikt je še (čl. 207): vzdrževanje korespondence z inim dvorom ali zunanjo silo brez dovoljenja kulturnega ministra. Vsi ti predpisi (čl. 201 do 208 *côte pén.*) — deloma po liku prvem v velestrogi formulaciji, deloma po drugem liku — so veljali skoro 100 let, kajti razveljavljeni so bili šele z zakonom o ločitvi države od cerkve, promulgiranim dne 9. decembra 1905.⁸ Po tem zakonu se kaznuje (čl. 32) z globo od 16 do 200 frankov in z zaporom od 6 dni do 2 mesecev ali samo z eno teh dveh kazni, kdor prepreči, ovira ali razbije kakšne verske vaje (*exercices*) potom nemirov, neredov, povzročenih na kraju, ki služi tem vajam. (Lik prvi!) Dalje pa se kaznuje (lik drugi) vsaki verski služabnik, kateri v krajih, kjer se izvršuje verski obred (kult), javno potom govorov, čitanja, razdeljevanja tiskovin ali plakatiranih razglasov razžali ali spravi v slab glas državljana, ki ima javno službo, z globo od 500 do 2000 frankov in z zaporom od enega meseca do enega leta ali samo z eno teh dveh kazni. Resničnost dejanja, ki jemlje čast (*diffamatoire*), se lahko ugotovi, ampak le tedaj, če se nanaša na službo, pred policijskim sodiščem v obliki čl. 52 zak. z dne 29. julija 1881. (Čl. 34; drugega stavka v prvotnem načrtu ni bilo⁹.) Če vsebuje govor ali nabita ali javno razdeljevana tiskovina v krajih, kjer se vrši obred (kult), neposredno izzivanje k uporabi zoper izvršitev zakonov ali zakonitih činov javnega oblastva ali če ima namen, da dvigne ali oboroži del državljanov zoper ostale,

⁸ Glej: André Lebou, Das Verfassungsrecht der französischen Republik, str. 189; Maurice Hauriou, Précis de droit administratif et de Droit public, str. 631.

⁹ Primeri: Robert v. Hippel: Friedensstörungen: Der sogenannte Kancelparagraf, v Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechtes, Bes. Teil, II. B., str. 96.

kaznuje se verski služabnik z ječo (*emprisonnement*) od treh mesecev do dveh let nekvarno kazni za sosterilstvo (*des peines de la complicité*) v primeru, da je izzivanju sledila pobuna, upor ali državljanska vojna (čl. 35). V primeru obsodbe sodišča za prestopke in pregreške s porabo (*en application*) članov 25, 26, 34, 35, je družba, ustanovljena za izvrševanje verskega kulta (bogoslужja), v poslopju, kjer se je pripetil prekršaj (*infraction*), odgovorna za škodo po civilnopravnih predpisih (čl. 38).

Belgija¹⁰ kaznuje v *códe pénal* iz l. 1867 verske služabnike (*ministres de culte*) za neposredni napad (*auront directement attaqué*) na vlado, zakon, kraljeve ukaze in siceršne čine (*acte*) javne autoritete, to pa le, ako store to v izvrševanju svoje službe z govorom v javnem zboru. *Attaque* je vsaka beseda, ki ima svrhu in vspeh, da uničuje ali zmanjšuje *l' autorité du gouvernement ou la force de l' acte attaqué*.

Španija¹¹ je v svojem *Codigo penal* iz dne 17. junija 1870 določila, da se kaznuje verski služabnik, ki v izvrševanju svoje službe papeževe bule, breve, spise ali siceršne naredbe ali izjave objavi ali izvrši, ki napadajo mir ali neodvisnost države ali se postavljajo v nasprotje z dolžnostjo pokorščine do zakonov. Posebna določila kaznujejo verske služabnike, ki v izvrševanju svoje službe izzivajo a) k napadom, zoperstavljanjem in nepokornosti napram gosposki in njenim organom, b) k žalitvam in psovanju istih, c) k deliktom zoper javni red. V projektu za kazenski zakonik iz l. 1884¹² se predvideva kaznovanje duhovnika, ki zoper zakone države izvrši čine ali odredbe, ki spravljajo v nevarnost javni mir ali neodvisnost države ali izzivajo k nepokornosti zakonom itd.

Na Portugalskem¹³ veljajo določila *Codigo penal* (1852/1886), čl. 136 do 139, da naj se kaznujejo verski služabniki, ki se poslužujejo svojih verskih funkcij v posvetne

¹⁰ Glej Robert v. Hippel, o. c., str. 97; — — Codice Penale del Regno d' Italia (Milano, Dott. Leonardo Vallardi), 3. izdaja, str. 82.

¹¹ Glej v. Hippel, o. c., str. 99; Codice etc. (o. c.), str. 82.

¹² Ta projekt je v zbirki Codice Penale etc. (o. c.) izrečno naveden z dotičnim besedilom, pa nisem mogel dognati, kaj je bila usoda tega projekta.

¹³ Glej Codice penale etc., (o. c.), str. 83, in v. Hippel, o. c., str. 99, 100.

svrhe, ki so po zakonu kraljevine prepovedani; osobito kršitev spovedne tajnosti, zavodenje spovedujoče se osebe k nečastnim ciljem (*fim deshonesto*), sklenitev zakona brez predpisanih civilnopравnih oblik stoji pod strogo kaznijo, namreč deloma odstavitve za celo življenje, deloma ječe (*carcere correzionale*) od 3 mesecev do 3 let in pa primerne globe. Nadaljna določila kaznujejo verske služabnike, ki ob izvrševanju svoje uradne službe v propovedih, javnih govorih ali objavljenih spisih žalijo državno oblastvo ali napadejo kakšen njihov čin, ali zanikajo ali podvomijo o pravicah krone v cerkvenih zadevah ali pa pozivajo k hudodelstvu. Tudi se kaznuje verski služabnik, ki zlorablja svoje pravice na ta način, da v rekurzih na krono ne vpošteva pravno-močnih sodiščnih razsodb ali pa izvrši papeževe bule, ki nimajo placeta. Slednjič se kaznuje, kdor je zakonito razrešen od izvrševanja vseh ali posameznih verskoslužbenih upravičenj, pa jih vendarle izvršuje. —

V Italiji¹⁴ je obstojal kazenski zakonik »*per le due Siciliae*« (1819) s posebno strogimi določili, da je cerkvena oseba (*gli ecclesiastici*) kazniva, ako ob izvrševanju funkcij svoje službe kritikuje kakšen zakon, odredbo ali kakršenkoli čin javne autoritete. Kazen — zapor od 6 mesecev do 5 let. V kazenskem zakonu z dne 5. julija 1854 se je kaznovalo javno cenzuro državnih naprav in zakonov, poziv k nepokorščini zakonom, prekoračenje predpisov glede potrebnosti, da se pridobi za objavo in izvrševanje verskih odredb odobrilo vlade. Kazenski zakon iz l. 1859 je temu še dodal kaznovanje verskega služabnika, ki pri izvrševanju svoje službe vrši cenzuro, izrablja zaničevanje ali nezadovoljnost zoper državne naprave ali zakone ali pa z nemotivirano odredbo svojega poslovanja vznemirja javnost ali pa rodbinski mir. Zakon z dne 5. junija 1871 — sklenjen po uredbi odošajev države napram Vatikanu — je obdržal samo še kaznen za javno cenzuro ali sramotenje državnih naprav ali zakonov (*lex*) in pa za javno pozivanje na nepokornost zoper državne zakone ali oblastvene čine. Pa do zaželjenega miru med državo in duhovščino ni prišlo. Kmalu se je zahtevalo strožjih določil! V takozvanem *Progetto definitivo del codice penale*

¹⁴ Glej Codice penale etc. (o. c.), str. 81, v. Hippel, o. c., str. 97—99.

so bili 4 člani, med njimi čl. 174, ki pravi: »*il ministro di un culto, che abusando della forza morale derivante dal suo ministero, eccita a diconoscere*«, itd.; čl. 176 enako: »*che nell'esercizio o con abuso del suo ministero*«. Omenjamo to, ker ta značilni izraz — ni prišel v definitivni tekst kazenskega zakona z dne 30. junija 1889; tu se je določilo v čl. 182—184 za kaznivo: 1.) javna graja ali sramotenje (*»biasima o vilipende«*; v načrtu: *censura o vilipende*) naprav, zakonov države, činov oblasti ob izvrševanju svojih funkcij od strani verskega služabnika; 2.) uporaba vpliva svoje kakovosti kot verski služabnik (*»prevalendosi della sua qualità«*, ne kakor v prednačrtu: *»abusando della forza morale . . .«*) za zaničevanje (*dispreggio*) naprav, zakonov v državi in odredb oblasti ali nepokornost itd., pa tudi, če se to stori nejavno; 3.) uporaba (zopet ne več *»abusando«*, ampak *»prevalendosi«*) kakovosti verskega služabnika, da prisili ali zavede nekoga k dejanjem, ki nasprotujejo zakonom ali so škodljiva pravicam, ki izvirajo iz zakonov; 4.) ako verski služabnik, sebi v dobro uporabljajoč svojo kakovost, stori neko drugo kaznivo dejanje, razen ravno kar že navedenih . . .

Kazenski zakon za republiko San Marino pa se v svojih članih 331 in 332 obrača naravnost proti katoliški duhovščini in ji žuga s kaznimi, med drugim, če ne bi hoteli objaviti kakšen dekret vlade; če cenzurirajo ali grde javno v izvrševanju svoje službe vrhovni svet ali vlado ali katerokoli avtoriteto s sodniško, politično ali upravno oblastjo; istotako če cenzurirajo čine, ki izhajajo iz teh oblasti.

V deželah, ki pripadajo nemški državi¹⁶, so imeli že zelo zgodaj določila glede verskih zaletov. Tako stoji na Pruskem že v »*Preussisches Landrecht*« (1791) predpis za sleherne osebe (prvi lik, ne glede na kakovost kakor verski služabnik) v § 227: Kdor v pridigah ali drugih javnih govorih skuša vzbujati sovraštvo in zagrenjenje med različnimi v državo sprejetimi verskimi strankami. § 228: Kdor iz zle verske pregorečnosti (*»übel verstandener Religionseifer«*) neti nezaupanje ali učini nesporazum med zakonci, starši ali otroci različnih veroizpovedanj . . ., ta se odpravi iz dotičnega kraja. — Bavarski kazenski zakonik iz leta 1813 vsebuje — prvi

¹⁶ Glej v. Hippel, o. c., str. 89—95.

lik — čl. 325: Kdor poziva h kršenju državljskih obveznosti napram višji oblasti, napram državnim zakonom ali pravici državljanov pod pretvezo vere (*unter dem Vorwande der Religion*); kdor skuša za lažnjivo zatrjevane verske nauke (*betrüglich vorgegebene Religionssätze*), kojih uporabo sprečava državljski red, pridobiti pripadnikov iz koristoljubja ali drugih zasebnih namenov, se kaznuje z 1—3-letno prisilno delavnico. V čl. 326 pa — preide k drugemu liku — in pravi: Pridigarji, ki skušajo v javnih predavanjih ali spisih s sramotenjem ali sovražnimi obdolžitvami vzbujati ali vzdrževati versko sovraštvo med priznanimi ali toleriranimi cerkvenimi družbami, naj se razrešijo službe. — Oldenburg je v letu 1814 sprejela ista zakonita določila, Hannover leta 1840 enako, Hessen, leta 1841, stavi pod kazni, ako kdo (prvi lik) take verske nazore ali nauke razširja, po katerih bi bila dovoljena kršitev državljskih ali državnih dolžnosti. Nassau je sledil leta 1849 hessenskemu vzorcu. Samo drugega lika se drži Württemberg; v svojem kazenskem zakoniku iz leta 1839 kaznuje (čl. 449) duhovnike, ki grde (*verunglimpfen*) v uradnih predavanjih (*in amtlichen Vorträgen*) obstoječo državno ustavo, državno vlado ali upravo, z denarno globo, pri povratu z odpustom iz službe. Enako Braunschweig (1840); Baden (1860) z malo razširitvijo (čl. 686a): »Služabnik cerkve, ki v javnih uradnih predavanjih ali z izdavanjem, razširjanjem ali javnim čitanjem uradnih spisov državno vlado, zakone, naredbe, državne naprave, posamezna javna oblastva, odredbe ali odloke le-teh na sovražen način graja, se kaznuje s strogim zaporom (*Gefängnis*) ne izpod 4 tednov.«

Pruska je v svojem načrtu za kazenski zakon iz leta 1843 presedlala od prvega lika na drugi lik: Duhovniki, ki delajo zoper zakonite predpise ali naredbe ali odredbe, katere izdajo državna oblastva v okviru svoje oblasti, se kaznujejo z denarno kaznijo do 500 tolarjev ali z zaporom do 6 mesecev.

Pod vplivom renškega duhovništva so se tozadevna določila v naslednjih projektih (1845—1847) čedalje bolj krhala in kazenski zakonik iz l. 1851 sploh nima več enake prepovedi za duhovnike. (Zanase to važno, ker je po tem pruskem vzorcu zasnovan srbijanski krišični zakonik iz l. 1860, ki seveda tudi nima

enake prepovedi.) Tudi državni kazenski zakonik za vso Nemčijo z dne 31. maja 1870 ni sprejel nobenega določila, ki bi ličilo kancelparagrafu. Ali kmalu, že eno leto za tem, se je občutilo nedostajanje predpisov zoper državi nevarno zlorabo duhovniške službe z napadanjem državnih zakonov in naprav za kvarno vrzel v zakonu. Zahtevalo se je — v motivih k predloženemu novemu § 130a ustvarjenje nekega »*delictum proprium*«, »*da der Geistliche für derartige Angriffe die Autorität seiner Stellung mißbrauche und diese Angriffe daher objektiv besonders gefährlich und subjektiv besonders strafwürdig sind.*« Dolej so obstojala že določila § 130 in § 111, pa ta niso izdala dovolj. Prvo je velelo, da tisti, kdor na način, ki spravlja javni mir v nevarnost, javno draži razne razrede ljudij k medsebojnim nasilstvom, se kaznuje... § 111 pa pravi, kdor javno (ali slično) k storitvi kaznjivega dejanja poziva, se kaznuje... Med ta določila se ni dalo pospraviti zlorabe duhovniške autoritete v politično-propagandne svrhe. Tako je prišlo dne 10. decembra 1871 do »kancelparagrafa« 130a, ki je prvotno imel samo take odstavke: »Duhovnik ali drugi verski služabnik, kateri ob izvrševanju ali povodom izvrševanja svojega poklica javno pred množico ljudi, ali kateri v cerkvi ali na drugem, za versko zborovanje določenem kraju pred več ljudmi zadeve države na način, ki ogroža javni mir, napravlja za predmet objave ali razmotrivanja, se kaznuje z zaporom ali trdnjavo do 2 let.« Pa to določilo samo še ni prineslo zahtevanega uspeha! V letu 1876 so predložili načrt za nov, drug odstavek »kancelparagrafa«. V osnutku se je zahtevalo najprej, da naj se črta beseda »javno« v prvem odstavku; pa to ni prodrlo. Dalje se je zahteval nov stavek: »Ista kazen zadene tistega duhovnika ali drugega verskega služabnika, kateri ob izvrševanju ali povodom izvrševanja svojega poklica izdaja spise ali jih razširja, v katerih se zadeve države na način, ki ogroža javni mir, napravlja za predmet objave ali razmotrivanja.« Ta drugi odstavek § 130a je bil sprejet s 173 proti 162 glasovom in je postal zakon dne 6. marca 1876. —

Nobenih določil za *delictum proprium* verskih služabnikov, ki bi odgovarjala svrham kancelparagrafa, ni v Avstriji (zato tudi ne v Sloveniji, Dalmaciji, na Hrvaškem,

ker imajo te pokrajine v bistvu še avstrijsko kazensko pravo), enako ne na Angleškem, Holandskem, Norveškem, v osnutku za enoten kazenski zakonik Švice¹⁶ in v Združenih državah Severne Amerike. Da Srbija takisto nima kancelparagrafa in zakaj ga nima, smo že zgoraj omenili. Za duhovnike bi se moglo vporabiti le splošno določilo čl. 92, ki kaznuje javno pozivanje ali draženje zoper zakone, uredbe ali zakonite odredbe oblastev. Enako tudi na Madžarskem ni kancelparagrafa¹⁷ za duhovnike, ampak uporabiti se morejo na nje le splošni predpisi §§ 171, 172: Kdor pred zborom ljudi javno z besedami ali z razširjevanjem ali razstavo tiskovin, spisov ali slik poziva neposredno k nepokornosti zakonom ali naredbam, odlokom in sklepom, ki so od oblastev v svojem zakonitem delokrogu izdani, ali kdor take pozive razširja, se kaznuje z državnim zaporom do 2 let in z denarjem do 1000 fl. Ista kazen zadene tudi onega, ki na prej naveden način razrede ljudstva, nacionalitete ali verske družbe draži k sovraštvu drugega proti drugemu. — V Bosni in Hercegovini tudi ni posebnih predpisov za duhovnike; pač bi se mogla vporabiti določila § 329 (ponizivanje odredaba, što jih izdajaju vlasti), ali pa v skrajnem primeru za neke verske služabnike § 358 (javni činovnici, ili službenici, koji u zvaničnim otpravicima ili u službenim podnescima navedu lažnih činjenica, da zabašure protivzakonite postupke).

Koncem tega pregledovanja zakonskih določil o kancelparagrafu morebiti ni odveč pokazati na dejstvo, da je našel kancelparagraf prav posebno zakonito torišče na Francoskem, v Belgiji, Italiji, na Portugalskem in v Španiji, torej v deželah z romansko katoliško večino prebivalstva. Res pa je, da se za katoliško Avstrijo nikdar ni uvedel.

Preden si ogledamo posledice za Nemčijo veljajočega, vendar le v prvem delu pristnega — kancelparagrafa —,

¹⁶ V še veljajočem kantonalnem pravu se nahaja kancelparagraf nalik nemškemu § 130a v Bernu in St. Gallenu (gl. v. Hippel, o. c., str. 95), v kantonu Ticino pa se kaznuje po čl. 135 do 141, slično kakor v drugih romanskih državah. (Gl. Codice penale etc., o. c., str. 83, 84.)

¹⁷ Narodni poslanec Klekl, ki je govoril v narodni skupščini o madžarskem kancelparagrafu, je bržčas mislil na določila §§ 171 ali 172, ki pa se ne morejo prištevati k skupini »kancelparagrafov«.

naj povdarimo pomen njegovih najznačilnejših sestavin: 1.) »Ob izvrševanju ali povodom izvrševanja svojega poklica« —: to ni mišljeno le časovno, ampak tudi v pomenu notranje zveze kaznivega dejanja s poklicem; 2.) »zadeve države«: izključene so čisto zasebne in čisto cerkvene zadeve (negativna plat); spadajo pa med nje (pozitivna plat) tudi zadeve, ki se tičejo države in cerkve hkratu. Sploh je dala praksa temu pojmu kar najširši obseg; 3. način, ki ogroža javni mir: — zadostuje, da je način objektivno sposoben za to ogroževanje; ne zahteva se, da bi draženje imelo namen povzročiti javna nasilstva.¹⁸

Dejanski stan nemškega kanceliparagrafa je bil torej povsodi precej na široko razlagan, — a statistika nam kaže¹⁹, da se navzlic tendenci ekstenzivne interpretacije vrši kaznovanje po tem določilu uprav v minimalnih, spričo ogromne kriminalitete po drugih kazensko-pravnih določilih skoraj izginjajočih številkah. Na razpolago imamo podatke uradne statistike za Nemčijo od leta 1900 do 1915.

Prišlo je do obtožbe po § 130a:	Kaznovanih je bilo:
V letu 1900 —	—
1901 —	—
1902 2 krat	2 krat
1903 2 krat	—
1904 —	—
1905 —	—
1906 —	—
1907 24 krat	19 krat
1908 3 krat	3 krat
1909 —	—
1910 —	—
1911 1 krat	1 krat
1912 —	—
1913 —	—
1914 —	—
1915 2 krat	2 krat

Ob takih podatkih statistike se pač ne moremo čuditi, da je prednačrt za nemški kazenski zakonik (Berlin, 1909, str.

¹⁸ O interpretaciji določil § 130a glej osobito Dr. Justus von Olshausen, Kommentar zum Strafgesetze für das Deutsche Reich, 10. izd., str. 525—527; tam je navedena tudi vsa literatura.

¹⁹ Statistične podatke za Nemčijo mi je priposlal g. dr. F. Žižek, vseuč. prof. v Frankfurtu, za kar se mu toplo zahvaljujem. Drugih statističnih podatkov, osobito za romanske države, nisem mogel dobiti.

28, citiramo VE) v poglavju VII. (*Verbrechen und Vergehen gegen die öffentliche Ordnung*) iz paragrafov 110 in 111 veljajočega kazenskega zakonika napravil nov § 131,²⁰ ki se peča s šuntanjem (*Aufwiegelung*) k hudodelstvu ali pregreškom ali k zoperstavitvam zoper zakone ali zakonite odredbe itd.; nadalje naredil iz doslejšnega §-a 130 nov § 137, ki govori o hujskanju ljudstva k medsebojnim nasilstvom; — a § 130a — doslejšni kancelparagraf — je kratkomalo opustil z motivacijo, da je bilo od leta 1894 do leta 1904 obsojenih le 4 oseb, da je bilo v letih 1906 in 1907 ob takozv. šolskem štrajku Poljakov le malo oseb obsojenih. Vse to kaže, pravijo motivi, na prav malenkostno potrebo po kancelparagrafu: cerkveno-politični nemiri izza leta 1871 so se poglobili, kancelparagraf je svojo nalogo izpolnil! Kancelparagraf je nekakšen izjemen zakon, katerega nekateri ljudski krogi občutijo kot nekaj tlačččega. V novem zakoniku bo pač zadostoval nov § 131 (iz prejšnjih §§ 110 in 111, ker se razširi dejanje še na draženje, *Aufreizung*), saj drugih primerov kaznivosti izven draženja k zoperstavitvam (*Auflehnung*), zoper državne zakone in oblastvene odredbe tudi doslej iz vidika kancelparagrafa (§ 130a) ni bilo. Ako bi preostajali še kakšni drugi primeri, ki bi bili po § 130a kaznivi, pa bi ostalo isto dejanje, da je izvršeno od neduhovnika, n. pr. političnega agitatorja ali od akademičnega učitelja, — nekaznivo! Motivi trde, da tudi v. Hippel²¹ ni zares za pridržanje § 130a, ampak le navidezno, ker predlaga kaznovanje dejanskih stanov, ki v bistvu niso nič drugega nego oni § 131 VE.

Protinačrt 4 profesorjev Kahla, v. Lilienthala, v. Liszta in Goldschmidta (*Profesoren-Gegenentwurf*, kratica GE), je

²⁰ Glasi se: Kdor zakoniti red s tem ogroža, da javno ali z razširjanjem spisov, slik ali predstav poziva ali draži k storitvi hudodelstva ali pregreška ali k zoperstavi zoper zakone ali oblastvene naredbe ali odloke, izdane v okviru oblastvene pristojnosti, ali kdor storjena hudodelstva proslavlja, se kaznuje s strogim zaporom (*Gefängnis*) ali zaporom (*Haft*) do dveh let ali v denarju do 2000 mark.

²¹ Tu je mišljeno delo v. Hippel v *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechtes*, (o. c.), str. 89—103; izpodbijano mesto se nahaja na str. 101.

pa zahteval, da naj se kancelparagraf obdrži, toda uvrsti med religijske delikte. Predvsem očita prednačrtu (VE), da od njega predlagani § 131 ne obsega niti celega dejanskega stanu kancelparagrafa (§ 131a); kajti § 131 VE zahteva poziv ali draženje k storitvi hudodelstev in pregreškov, ki so po svoji vrsti opredeljeni, in pa zoperstavo zoper določene zakone, naredbe in odredbe, — tega pa § 130a ne zahteva. Predvsem ni sestavni element § 130a poziv na draženje, ampak zado-
 stuje vsako mir ogrožujoče objavljanje ali razpravljanje državnih zadev. Niti javnosti ne zahteva § 130a, zadostuje, da je dejanje storjeno v neki cerkvi ali na drugem za verske zборе namenjenem kraju, storitev pred več ljudmi. Kar se tiče motivacije z izjemnim stanjem, pravi ta profesorski protinačrt (GE), da niti spočetka ob nastanku § 130a ni bil bojni zakon drugovernikov zoper katoliške interese. Idejni početki gredo daleč nazaj in tiče baš v katoliških državah. Ako se pa očita, da bi mogla enak delikt storiti agitator ali akademični učitelj, za katera pa ne velja izjema, je treba reči: »*Si duo faciunt idem, non est idem*«. Akademični učitelji so pod disciplinarno oblastjo, kancelparagraf izpolnjuje v tem pogledu nastalo vrzel. Agitator pa sploh ne uživa auto-
 ritete, razen one svoje več ali manj dobre stvari: Ako se sklicujejo motivi na nepotrebnost kancelparagrafa, naj se odvrne, kar je v Hippel (o. c., str. 103) navedel, da imamo opraviti z zakonom, ki se obrača na izobražence, vajene javno nastopati in v svesti, kaj zahteva zakon. Malo število obsodeb ne dokazuje torej ničesar zoper potrebnost kancel-
 paragrafa, ki je pač za čase političnih razburjenj zamišljen, saj je ravno za časa šolskega štrajka Poljakov prišlo do precejšnjih odsodeb. Toda, ako se § 130a načeloma ne črta, treba ga je natančneje izdelati. Neprecizni moment »ogrože-
 vanja miru« mora odpasti. Danes veljajoča kaznivost za »vsako razpravljanje o državnih zadevah« je treba utesniti. Za primer, da duhovnik deluje neposredno ob izvrševanju svojega poklica, pa naj se o kraju in enaki utesnitvi ne govori: Ako pa deluje le povodom izvrševanja svojega poklica, pa bi bilo zahtevati na vsaki način javnosti. Za primer, da se obdrži kancelparagraf, naj bi se glasil: Duhovnik ali verski služabnik, ki pri izvrše-
 vanju svojega poklica ali pa javno z ozirom

na svojo lastnost kot verski služabnik draži k sovražnemu zadržanju napram državni oblasti ali zoper druge razrede ljudstva, naj se kaznuje...

Načrt komisije iz leta 1913 (KE) je v resnici kancelparagraf zopet sprejel, ali kakor delikt, ki ogroža mir: V sedmi glavi »hudodelstva in pregreški zoper javni red« se navaja pod točko 11 (za točko 10: šuntanje): »Zloraba duhovniškega urada«; tu se pripominja: V prednačrtu (VE) črtani kancelparagraf (§ 130a k. z.) se vpostavlja, vendar se odstranjajo besede »vor einer Menschenmenge«. Predlagano besedilo slove: »§ 217: Duhovnik ali drug verski služabnik, ki pri izvrševanju ali pa povodom izvrševanja svojega poklica državne zadeve na način, ki ogroža javni mir, javno ali pa na kraju, ki je odmenjen za versko zborovanje, pred več ljudmi ali z razširjevanjem spisov napravlja za predmet objave ali razpravljanja, se kaznuje s strogim zaporom (*Gefängnis*) ali zaprtjem (*Einschliessung*) do 2 let ali z denarno kaznijo. —

Načrt iz leta 1919 pa je uvrstil svoj § 208, ki odgovarja §-u 130 veljajočega kaz. zak. (= § 137 VE = § 216 KE), ter ga imenoval »*Aufreizung der Bevölkerung zu Gewaltakten*« (»kdor ljudstvo poziva ali šunta k nasilstvom medseboj javno ali z razširjanjem spisov, slik ali predstav in s tem ogroža zakoniti red, se kaznuje...«). Nadalje prinaša svoj § 215, ki odgovarja §-u 166 veljajočega kaz. zak. (= §§ 155, 156, VE = §§ 222, 223 KE). V III. delu, str. 161, pa pravi glede kancelparagrafa: »Glede posebnega kaznovanja, s katerim žuga t. zv. kancelparagraf (§ 130a k. z.) duhovnikom in drugim verskim služabnikom, je načrt v soglasju s prednačrtom (utemeljitev, str. 484) vsako določilo opustil.« Tako torej po najnovejšem načrtu za novi nemški kazenski zakonik izza časa po svetovni vojski in po socialnem prevratu v Nemčiji kancelparagrafa imeti nočejo.²²

²² Primeri za usodo kancelparagrafa v VE, GE, KE in najnovejšem načelu: *Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, Berlin

Če pregledamo celo pestro sliko vseh določil raznih zakonodaj o kancelparagrafu in deliktih sorodne vsebine, moramo predvsem ugotoviti, da enotnega naziranja, kaj naj se štiti in kaj naj se pravzaprav zabranjuje, ni; — vsaj tudi enotne potrebe ni! Ta gotovo samoposebi umevna konštatacija morda ni odveč, da se p o d p r e t e z a: uvedba kancelparagrafa je izrazito politično vprašanje, njegova usedlina se vrinja v kriminalno politiko le tam, kjer so na krmilu take stranke, ki verska vprašanja rešujejo samo iz stališča — državnih potreb.

§ 4. Kancelparagraf v kanonskem pravu.

Ob ugotovitvah, katere smo nujno dobili kakor posnetek zgodovinskega pregleda, obstoja in razvoja kancelparagrafa, pa sili samo po sebi vprašanje na površje: Kako se pa cerkev kot nositeljica verskih idej v pravnem pogledu zadržuje k vsem tistim dejanjem, ki jih hočejo opovreti državna določila z vsebino nalik kancelparagrafu. Videli smo tudi že iz debat v ustavotvorni skupščini, da se je skušalo dokazati nepotrebnost kancelparagrafa s sklicevanjem na predpise kanonskega prava. Vsekakor značilno, da je katoliški govornik pobijal predlagani t. zv. kancelparagraf s predpisi katoliškega kanonskega prava, češ da je nepravilen, ker je veri nasproten, dočim je pravoslavni govornik baš iz stališča pravoslavnega kanonskega prava dokazoval, da je takozv. kancelparagraf še premalo jak... Od zastopnikov drugih veroizpovedanj ni bilo prigovora k takozv. kancelparagrafu.

A. Katoliško pravo. *Codex iuris canonici*, odobren in promulgiran na Binkošti 27. maja 1917 s pravno veljavo od Binkošti dne 19. maja leta 1918 (glej *Praefacio*, str. XXXVII), ima v svoji tretji knjigi, XX. naslovu, 2. poglavje »*de sacris concionibus*« kanon 1347 z naslednjimi

1909; Dr. P. F. Aschrott und Dr. Franz von Liszt: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, Band II., Bes. Teil 1910; Dr. E. Ebermayer: Der Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission, Berlin 1914; Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Erster Teil: Entwurf der Strafrechtskommission 1913; Zweiter Teil: Entwurf vom J. 1919; dritter Teil: Denkschrift zu dem Entwurfe vom J. 1919.

določili: § 1. *In sacris concionibus exponenda imprimis sunt, quae fidelis credere et facere ad salutem oportet.* § 2. *Divini verbi praecones abstineant profanis aut abstrusis argumentis communem audientium captum excedentibus, et evangelicum ministerium non in persuasibilibus humanae sapientiae verbis, non in profano inanis et ambitiosae eloquentiae apparatu et lenocinio, sed in ostensione spiritus et virtutis exercent, non semetipsos, sed Christum crucifixum praedicantes.* § 3. *Si, quod absit, concionator errores aut scandala disseminet, servetur praescriptum can. 2317; si haereses, in eum praeterea, ad normam iuris, agatur.* —

V oficialni izdaji (*ab emmo Petro Card. Gasparri*, str. 391) je citrana pod črto *litt. encycl.* »*Humani generis*« z dne 15. junija 1917, a v 20. točki (III. poglavje) te enciklike je citran novi *codex iur. can.*: to znači, da je bila okrožnica »*Humani generis*« spisana in izdana, ko je bil novi *codex* že sestavljen, da se mora torej vsebina okrožnice smatrati za uradni (oficialni) komentar kanona 1347. V tej okrožnici pa je rečeno: »*Quoniam autem in rebus a Deo relevatis quaedam sunt, quibus corruptae humanae naturae perterreatur infirmitas, quaequae ob eam causam accomodatae non sunt ad evocandam multitudinem, ab iis caute se abstinent eaque tractant in quibus, si loci rationem excipias, nihil est sacrum. Ac non raro configit, ut in media pertractione rerum aeternarum labantur ad politica, praesertim si quid eius generis animos audientium vehementer teneat occupatos.*« »*Argumenta concionum sint essentialiter sacra (Cod. can. 1347) . . . Concionatoribusque omnibus de re politica in ecclesia agere omnino et absolute sit vetitum . . .*«

Ako bi torej duhovnik propovedoval »*errores aut scandala*«, zadela bi ga kazen »*arceatur a ministerio praedicandi verbum Dei . . . et a quolibet docendi munere, salvis aliis poenis, quas sententia damnationis forte statuerit vel quas Ordinarius, post monitionem, necessarius ad reparandum scandalum duxerit*« (can. 2317). Inače so kazni vindikativne, »*quae directe ad delicti expiationem tendunt ita, ut earum remissio e cessatione contumaciae deliquentis non pendeant*« (can. 2286); za kršitve kanonov so v can. 2298 od 1.) do 12.) naštete uporabne samo na klerike.

Ako se ozremo v svrhu primerjanja po katoliškem kanoničnem pravu in po tipičnem kancelparagrafu § 130a nem. kaz. zak., ter po Vidovdanski ustavi, vidimo: Cerkev hoče obvarovati svetost, t. j. versko-cerkveni značaj propovedi in zabranjujejo zato: a) govoriti *de re politica*, b) to pa samo *concionatoribus*, c) samo *in ecclesiis*. Nemški § 130a in Vidovdanska ustava se ad b) strinjata v tem, da niso kot osebe delikta mišljeni samo p r o p o v e d n i k i, ampak tudi drugi, sploh vsi verski služabniki, ad c) da ne gre le za cerkvene govore kot sredstvo delikta, ampak sploh za vsak govor, pa tudi za tisk na slehernem kraju. Ad a) se nanaša nemški § 130a le na razpravljanje o državnih zadevah, ako ogrožajo javni mir, dočim se Vidovdanska ustava približuje kanonskemu pravu, ker prepoveduje vsako porabo duhovne oblasti v strankarske, t. j. politične namene.

Nastane drugo vprašanje: Kakšen pomen ima za državo katoliška norma, da se kaznuij propovednik, ki je pri pridigi v cerkvi politiziral. Država bi pač mogla zaprositi ali celo zahtevati od cerkve tako kazen. Ali izsiliti tako kaznovanje ne bi mogla. Predvsem je presojanje ovajenčevega dejanja raz versko, kanonično-pravno stališče brez dvoma notranji versko-cerkveni posel, katerega obavlja cerkev samostojno (čl. 12, odst. 4 Vid. Ust.). Niti te pravice ne moremo državi priznati, da bi smela od cerkve zahtevati obvestitve, ali in eventualno kako se je kaznovanje izvršilo. Kar velja za državna oblastva, velja v še večji meri za privatnike.

Ako pa pride v resnici do uporabe katoliško-kanonskega kancelparagrafa, ki vede do kanonične kazni, je pa seveda uporaba posvetnega kancelparagrafa še poleg onega dopustna, — razen če država sama v primeru, da je zakonito ustanovila cerkev za svojo državno cerkev, to drugače uredi. Le eno se more — seveda čisto akademično razpravljano — koncedirati: Ako se je pripetila pokaznitev po kanonskem pravu, preden je prišlo do obsodbe po državnem kancelparagrafu, utegne kanonična obsodba tvoriti objektivno olajšilno okolnost.

B. Stališče pravoslavne cerkve je pa sledeče: Načelno se ne dopušča episkupu ali presbitru, da se bavi z drugimi posli nego samo s posli cerkve, — pod pretnjo odstavitve od

urada (Apostolsko pravilo 81). Nadalje se glasi tudi 6. apostolsko pravilo: »Episkop ali presbiter ali djakon naj ne jemlje na sebe svetnih poslov; inace naj se odstavi.« Pod imenom svetnih poslov se razumejo vsi posli, ki se ne zlagajo s svečeniškim poklicom in z duhovno službo v cerkvi. Med posebnimi dolžnostmi duhovnika (popa) pa se navaja (N. Nikodem Milaš, *Das Kirchenrecht der morgenländischen Kirche 1905*, str. 41 nasl.): On naj v sebi samem in z besedo ter z dejanjem tudi pri svojih duhovnih otrocih neguje čustva podaniške zvestobe napram vladarju, ravno tako tudi pokorščino napram oblastvom in državnim zakonom. Pri izvrševanju ustavnih pravic naj nastopa vedno kot svečenik miru in učitelj morale, nikdar pa naj ne pripada eni ali drugi politični stranki. Pri tem naj vspodbuja svoje duhovne otroke k miru in premišljenemu delovanju, naj se sam vzdržuje vsake strastnosti ali vsakega nepremišljenega, morda celo nezakonitega dejanja. Farni predstojnik ima (Milaš, op. cit., str. 421—427) dolžnost, vse zaprečiti, kar bi utegnilo morali škodovati, in pa od časa do časa svoje predpostavljeno oblastvo obvestiti o vseh onih napakah, ki so se vzgnezdele v ljudstvo, ter iskati sredstev, kako bi se te napake uspešno pobijale. Posebej je v tej smeri še zapovedana zabranitev razširjevanja knjig v fari, katere so veri nasprotni ali pa ki so sploh nemoralične (okrožnica patriarh. sinode konstantinopolitanske z dne 1. marca 1839), nadalje borba zoper poskus razširjevanja drugačne vere (za Dalmacijo škof. okrožnica z dne 5. marca 1896).

C. Kar se tiče državnega vmešavanja v pravoslavne verske predpise, je veljal za srbijansko zakonodajo pred prevratom — poseben zakon o cerkvenih oblastvih z dne 27. aprila 1890, ki vsebuje v točki 6 člana 173 sledeče: Pretresanje državnih zakonov in naredeb državnih in cerkvenih oblastev in kritikovanje njihovega postopanja v govorih, katere imajo svečeniki v cerkvi ali samostanu —, je svečeniško krivično dejanje, katero razpravlja in sodi pristojna cerkvena oblast. — Ker je bila tedaj pravoslavna cerkev srska državna cerkev, torej integralna ustanova države, smela je država zahtevati, da, tudi izsiliti cerkveno kazensko postopanje za taka krivična dejanja svečnikov. Z Vidovdansko ustavo pa je kakovost pravoslavne kakor državne cerkve odpala.

Vsled tega tudi določba čl. 173 zgoraj cit. zakona nima več prejšnjega pravnega pomena, ampak ga je smatrati za derogiranega po čl. 12, 142 Vidovdanske ustave. V internem cerkvenem poslovanju je pritisk države ravno tako nedopusten kakor pri katoliških in vseh drugih cerkvenih oblastvih.²³

Za pokrajine, ki so spadale pred državnim prevratom pod Avstrijo, so veljali in še veljajo, v kolikor ne nasprotujejo Vidovdanski ustavi, predpisi zakona z dne 25. maja 1868, št. 49 drž. zak., ki se tičejo interkonfesiionalnega razmerja državljanov, in zakona z dne 23. maja 1874, št. 50 drž. zak., ki urejajo vnanje pravne razmere katoliške cerkve. Prvi zakon vsebuje v drugem odstavku čl. 7 *lex imperfecta*, da je prepovedano vsaki verski družbi pripravljati drugoverce siloma ali po zvijači, da bi prestopili. Bližnja določila za postavno obrambo, »na kolikor ni dana s kazenskimi postavami«, so bila pridržana posebnemu zakonu, — ki pa nikoli ni izšel. V drugem zakonu je izrečeno v § 14, da upravljajo nadškofi, škofi in škofovski namestniki notranje cerkvene reči po cerkvenih predpisih, kolikor ti niso navzkriž z državnimi zakoni. § 16: Škofi imajo dolžnost svoje razpise, ukaze in navodila obenem, ko jih razglase, priobčiti političnemu deželnemu oblastvu, a le-to lahko prepove zaukaz, ako najde, da mu nasprotujejo javni oziri (§ 17). Cerkevna uradna oblast se ne sme nikdar rabiti v to, da bi se ubranilo izpolnjevanje zakonov in od kakršnega oblastva danih zakonov ali pa prosto izvrševanje državljanskih pravic. § 28: Ako »cerkveni viši« krši kakšen državni zakon, sme se tisti, komur ta naredba krati pravico, obrniti na upravno oblastvo, ki naj pomaga v stvari, če je ni napotiti na civilno ali kazensko pravdo. § 60: Državno bogočastno upraviteljstvo mora čuvati nad tem, da cerkveni organi ne prestopajo svojega področja in pa, da izpolnjujejo določila tega zakona (sc. z dne 23. maja 1874), kakor tudi zaukaze, ki jih izdajo državna oblastva na njihovi podlagi. Le-tá smejo uporabljati globe in druga postavno dopuščena posilna sredstva. — Dasi se vsa ta določila naravnost ne dotikajo problema o kancelparagrafu, vendar

²³ Za kolegijalno pripomoč pri poglavju o verskem stališču glede kancelparagrafa izrekam toplo zahvalo prof. Č. Mitroviću (Beograd), prof. F. Gričcu in prof. R. Kušeuju (Ljubljana).

le kažejo, da si je država pridržala neko — pravico, poseči ob zlorabi duhovne oblasti v cerkvene razmere. Le kavčukasti izraz te pravice je bil vzrok, da je praktičen uspeh določil popolnoma izostal.

§ 5. Predmet pravne zaščite po kancelparagrafu.

Dočim kanonsko pravo jasno omejuje pojem zaščite v svojem kancelparagrafu na svetost (ali morda boljše cerkvenost) propovedi, vidimo pri posvetni zakonodaji glede predmeta pravne zaščite bujno pestrost. Pravne dobrine, ki naj se zaščitijo, so: splošna državna avtoriteta (*códe pénal*), spoštovanje vladnih ukrepov (Belgija), obstoj oblike vladavine (Portugalska), javni mir in neodvisnost države (Španija), javni mir (Nemčija), spoštovanje zakonov (Italija), mir v rodbini (Italija), ugled javnih organov (moderna Francija). Celo v najnovejši kriminalno-politični nemški literaturi vidimo neenotno shvačanje: GE uvršča svoj kancelparagraf med delikte zoper vero, KE pa med delikte zoper javni mir.

Funkcija kazenskega prava je pojačanje zaščite pravnih dobrin sredstvom kazni v svrhu obstoja družbe v obliki države. Zločini so napadi na predmete, katere država v javnem interesu ščiti, tkzv. pravne dobrine, s tem, da za nje zagrožuje kazen. Katere pravne dobrine se zaščitujejo s kaznimi, to odvisi od socialnih in političnih prilik posamezne države v raznih časih, to je kvintesenca kriminalne politike, ki jo je pravilno nazval že Anselm Feuerbach, »zakonodajna državna modrost.«

Pravna zgodovina pokazuje nekakšen stalni obseg kazenskoppravno zaščitenih pravnih dobrin. Najstarejši zakonik, babilonski zakon Hammurabijev (okoli 2250 pr. Kr. r.) je že ščitil pravne dobrine: telo, življenje, prostost in čast posameznikov, rodbino kakor tako in imovino. Kazenskoppravna zaščita države in družbe kakor take se je razvijala počasneje in različno. Dandanes štejejo kulturni narodi poleg Hammurabijevih pravnih dobrin tudi še državno oblast, državno upravo, pravosodje, javni mir, javno zdravje, očuvanje pred občimi nevarnostmi, nravnost, versko prepričanje, promet na kopnem in na morju, trgovski promet sploh — za pred-

mete, katere je treba štiti s kaznimi, s čimer so povzdignjene v pravne dobrine kazenskega prava. Kulturnim državam je lastni obstoj po danih načelih (normah) medsebojnega življenja državljanov prva in največja briga. Višek in obenem predpogoj obstoja kulturne države je red v državi.²⁴ Ko določa kriminalna politika, kaj spada v skupino norem, ki naj vzdržujejo red v državi, mora se predvsem vprašati, ali sploh obstoja potreba, da se predmet kazenskoopravno zaščiti, in za tem, ali bo taka zaščita učinkovita. Če bi zadostovala zaščita s policijskimi odredbami, naj se državljanov ne tira pred kazensko sodišče. Če bi se videlo, da niti kazenskopravna sredstva ne dajo dovoljnih kautel za zaščito, — naj se pač tako brezplodno, kulturne države nevredno sredstvo ne jemlje v misel.

Ako sedaj poskusimo ugotoviti pravno dobrino, katero hoče Vidovdanska ustava s svojim kanceliparagrafom štiti, vidimo, da tu gotovo ne gre za izrazito pravno dobrino — reda v državi ali neokrnjenega obstoja države, ampak — za nekaj drugega. Zadnji odstavek čl. 12 pravi samo to, da uporaba duhovne oblasti v strankarske namene ni dovoljena. Ni mišljena tu — kakšna »nepravilna« uporaba duhovne oblasti, ki divergira od predpisov, veljažočih za tiste verske služabnike. Ne zloraba²⁵, ampak tudi normalna, verskolegalna uporaba je prepovedana. Na distingviranje legalne in nelegalne uporabe duhovne oblasti Vidovdanska ustava niti ni smela več misliti, ko je prej ustanovila, da se v notranje posle cerkve ne utika!

Ostane torej prepovedana tudi tista uporaba cerkvenih predpisov, ki odgovarja cerkveno vsaj dovoljeni, redni ali celo zapovedani uporabi duhovne oblasti, ako se giblje v smeri »strankarskih namenov«. (Če verski služabnik uporabi duhovno oblast za »svojo cerkveno stranko«, po katoliškem kanonu gotovo ne agira *de re politica* v smislu nedovoljene uporabe.) Katere stranke pa so mišljene

²⁴ Prim. P i t a m i c: Pravo in revolucija, str. 6; v o n C a l k e r: Etische Werte im Strafrecht, str. 18, 19.

²⁵ T o d o r L a z a r e v i ć, glej zgoraj str. 10, je napravil v svojem govoru logičen pogrešek, ker argumentira, da razpravljanja o strankarskih stvareh v propovedi pade izven okvira duhovne oblasti, radi česar ni zlorabe. Formalno in materialno stran duhovne oblasti se ne sme poljubno v miselnem vspredu zamenjavati.

v čl. 12 Vidovdanske ustave? *Lege non distinguente*, — tudi mi ne moremo drugače, nego da vključimo vse stranke, pa naj si bodo — stranke vsakočasne vladne večine, indifereentne stranke ali pa opozicionalne stranke. Ta splošnost nas pa ne zadovoljuje, kakor kažejo takoj naslednja razmišljanja. — Ustanavljati prepoved politične agitacije za stranko, ki je v ustavni in parlamentarni državi na vladi, bi se dalo opravičiti le iz vidika čistote verskega udejstvovanja verskih služabnikov, — o čemur pa država po svoji ustavi v našem slučaju noče odločevati. Ako bi agitacija za vladno stranko motila javni mir, bi prišlo itak še drugo splošnejše določilo kazenskega zakonika do uporabe, ki ščiti javni mir, — in kancelparagrafa ni treba. — Isto velja pri agitaciji zoper politično indifereentno stranko. Ako bi politično indifereentna stranka zastopala amoralne ali antimoralne tendence, prišla bi brž tudi določila do uporabe, ki ščitijo moralo kot pravno dobrino; kancelparagrafa zopet ni treba. Ustanavljati prepoved politične agitacije verskega služabnika z uporabo duhovne oblasti za opozicionalne stranke bi se moglo opreti na že doslej navedene razloge, — ne da bi se s tem utemeljila potreba kancelparagrafa —, ne more se pa prepoved opravičevati samo s tem, da agitacija ruši obstoj vladnih strank, kakor se je to vsekakor v narodni skupščini utemeljevalo²⁶. Pravne dobrine »obstoja vladne, t. j. v parlamentu in v vladi gospodujoče stranke, oziroma strank«, ne moremo in ne smemo pripoznati v ustavni državi s parlamentarnim režimom, ako le-tá sama jamči za svobodo vesti! Stranke, ki so zagospodovale enkrat v državi, nimajo pravice, svoje posestno stanje petrificirati in si svojo vladavino ohranjati tudi za tisti slučaj, ko so izgubile zaupanje v narodu.²⁷

²⁶ Tako osobito zadnji govornik dr. Žarko Miladinović. Drugi govorniki te strani niso povdarjali naravnost, vendar zveni iz marsikakšnega govora skrb za svojo stranko.

²⁷ Prim. osobito Slobodan Jovanović: »Partijsko je mišljenje sušta suprotnost objektivnog mišljenja... Stranka postaje društvo za eksploatisanje vlasti, i, kao sve grupe koje su rukovodjene egoističkim pobudima, širi oko sebe korupciju.« (O državi, 1922, str. 369.)

To bi bilo zoper načelo ustavne parlamentarne države, ki ima v čl. 69 ustave določilo, da sestavljajo narodno skupščino poslanci, ki jih voli narod svobodno s splošnim, enakim, neposrednim in tajnim glasovanjem s predstavništvom manjšine, a v čl. 46, da izvršujeta zakonodajno oblast kralj in narodna skupščina skupno, in slednjič v čl. 91, da so ministri odgovorni kralju in narodni skupščini. Država, ki odredi na eni strani svobodo vesti in svobodne volitve, mora pripuščati, da njeni državljani mejnajo pripadnost k stranki po svojem pričanju, ki se zopet ravna po tem, kako jim ugaja delovanje vladnih strank. Prepoved kršitve strankinih programov, ki se vrši v mejah kanoničnih predpisov, posega v zajamčeno pravno dobrino svobode vesti in s tem volilne svobode, država, ki izda tako prepoved, se sama sebi izneveri, sama sebe — negira.²⁸

Materialnopravna presoja bistva »pravne dobrine«, ki jo skonstruira čl. 12 Vidovdanske ustave, vede do zanikanja obstoja take dobrine. Pa tudi formalnopravna presoja izvedbe zaščite namišljene pravne dobrine »obstoja posestnega stanja strank« pokaže kriminalnopolitično nemožnost prepovedi člana 12.

Vzemimo — *posito, sed non concessio* — za podlago nadaljnih razmotrivanj, da je agitacija v strankarske namene verskim služabnikom sredstvom duhovne oblasti pod kaznijo prepovedana. Prezreti ne smemo, da je velika razlika med politično agitacijo, ki se vrši javno pri bogoslužnem opravilu, in med ono, ki se vrši v spovednici na štiri oči.²⁹ Prva bo pač ekstenzivnejša, druga pa individualno — intenzivnejša, praviloma bolj učinkovita. In vendar ravno za te, takorekoč drznejše kršitve čl. 12 Vidovd. ustave ne moremo misliti na resno izvedbo progona radi kršitve. Kako naj se prisili duhov-

²⁸ Prim. dr. Rado Kušej, Cerkvena autonomija in naša ustava. Slovenski Pravniki 1921, str. 143, 144, ki pa pride le do zaključka, da je kancelparagraf Vidovdanske ustave brez praktičnega pomena; pač pa povdarja »opasnost, da se z eventualno sankcijo kancelparagrafa, ki tvori del ustave, obenem krši ustavno zaščiteni cerkvena autonomija.«

²⁹ Prim. govor Etbina Kristana, zgoraj str. 166.

nika, da nam spovedno molčečnost prelomi? Cerkev ne dá in ne bo dala nikdar privoljenja za prelom te molčečnosti. Ako bi duhovnike silili s posvetnimi nasilnimi sredstvi, posegli bi v notranji svet vesti, v versko poslovanje, ubili bi eksistenco cerkve, ki jo je država »usvojila«. Imeli bi torej na strani ovaditelja (izpovedanca ali njegovega zaupnika) popolno prostost dokazovanja z lastnim pričevanjem, na strani ovadenega (izpovednika) pa nemožnost zagovarjati se, braniti se. Ta uvaževanja sprečavajo vsako uporabo kancelparagrafa na spovednico. V resnici se v nobeni zakonodaji kancelparagraf ni še nikoli uporabil na spovednico. Pač pa bi bil po besedilu čl. 12 Vidovdanske ustave tudi na spovednico uporaben.

Tako pridemo do zaključka, da čl. 12 Vidovdanske ustave ne sme in ne more ščititi pravne dobrine neokrnjenega obstoja vladajoče politične stranke v kazenskem zakoniku, ker take pravne dobrine logično ustanoviti ne moremo in ker bi zaščita take dobrine nikakor ne bi bila v skladu z modernim postopkom v kazenski pravdi.

Ako pa smo izložili vodilno idejo čl. 12 Vidovdanske ustave o zaščiti strankarske politike, ostane možnost opravičenja kancelparagrafa diskutabel le tedaj, ako politična agitacija 1.) zadobi oblike, ki pomenijo motenje javnega miru, ker a) dirajo v splošne predpise o redu v državi, b) hujskajo eno stranko zoper drugo; 2.) ker tvorijo kakšno drugo po kazenskem zakonu prepovedano kaznjivo dejanje.

Tu pridemo na specialno polje zaščite čistosti volitev. Iz debat začasnega narodnega predstavništva o priliki sklepanja o volilnem zakonu za ustavotvorno skupščino (3. septembra 1920 Službene Novine št. 195) vemo, da se je že takrat nameravalo unesti poseben kancelparagraf v volilni zakon. Zgodilo se to ni. Ni pa dvoma, da bi se bilo moglo verskega služabnika preganjati po — za vsakega državljana veljajočih predpisih čl. 94 in 95 volilnega zak., odnosno tudi po istih predpisih, veljajočih za vsakega državljana, ki razpolaga s kakšno oblastjo, ako bi agitacija s prižnice ali sicer z uporabo duhovne oblasti izpolnjevala sestavine dejanskega stanu teh določil (obečanje darila, službe, primoranje s silo ali pretnjo). Nekoliko bolj kancel-

paragrafu bližajoče se oblike je zadobil »razpis... glede volilne agitacije« z dne 3. novembra 1920, Službene Novine št. 248, ki pravi med drugim: »Najmanj se sme trpeti, da bi kdo propovedoval o združitvi države. ... na ... zborovanjih in v teh spisih se ne sme dopuščati propovedovanje kakršnegakoli nasilja, s katerim bi se dosegel uspeh...« Ali tudi tu ni — navzlic »propovedovanju« — o kancelparagrafu govora, ker je ta razpis le tolmačenje volilnega zakona, ki se nanaša na vsakogar, in ne samo na verske služabnike.

§ 7. Predlogi de lege ferenda.

Imamo ustavo in ž njo zadnji odstavek čl. 12 in vprašati se moramo, kaj nam pomeni to določilo, ki je *lex imperfecta* in ima tako vsebino, da stoji, kakor smo pokazali, v prekem nasprotju z drugo vsebino one iste ustave.

Leges imperfectae, ki se tičejo kazenskega zakona, se v naši ustavi nahajajo tudi še na drugih mestih, kakor n. pr.: Čl. 5, zadnji odstavek, pravi: Oblastveni organi, ki bi se pregrešili zoper to določilo (scil. o okrnjenju osebnе svobode), se kaznujejo radi nezakonitega odvzeta svobode. (Ni navedeno, ali je tu mišljeno tudi kulpozno okrnjenje, nadalje, katera kazen zadene storilca.) Enako čl. 11 zadnji odstavek: Oblastveni organi, ki so se pregrešili zoper ta določila, se kaznujejo za nezakonito kršenje hišne pravice. (Velja isto pripomniti, kakor pri čl. 5.) Čl. 17, drugi odstavek, pravi: Vsi oni, ki kršijo tajnost pisem, brzojavnih in telefonskih poročil, se kaznujejo po zakonu. (Tu se napoveduje neki zakon *quoad materiam*.) Čl. 36: Oderuštvo vsake vrste je prepovedano. (*Lex imperfectissima*.) Razen teh, naravnost kazenskopravnih določil, imamo še skoro stotino drugačnih ustavnih določil, ki napovedujejo ali pa bodoči zakonodaji naukazujejo zakone... Tako moramo dejati: Vsa ustava je zmes 1.) dokončno izdelanih norem, ponajveč organizatoričnega značaja in pa 2.) programatičnih, pa neizdelanih norem, večinoma javnopravnega, pa tudi zasebnopravnega značaja. Dobršen del slednjih norem je v glavni smeri izrazito opredeljen, drugi, manjši del pa le rudimentarno nakazan. Kazenskopravne norme ustave spadajo vseskozi v drugo skupino, in so — seveda — javnopravna določila.

Razločujemo toge (*starr*) in gibke (*biegsam*) ustave. Vidovdanska ustava se proglašuje sama za togo ustavo, ker predvideva sama v čl. 125, 126 zelo težke pogoje za dopolnitev ali izpremembo svojih ustavnih določil. To bi pomenilo, da bi se smela Vidovdanska ustava vselej, kadar gre za dopolnitev ali izpremembo svojih določil, dopolniti ali izpremeniti le pod vrlo težkimi kautelami, ki predvidevajo med drugim razpust skupščine (čl. 126). Da velja to za dopolnitev ali izpremembo organizatoričnih določil, o tem ne bo dvoma. Ali vpraša se, ali je smatrati tudi pri programatičnih normah (t. j. več ali manj naznačenih direktivah) stroge kontrole za potrebne, ako se hoče na njih nekaj izpremeniti.

V tem pogledu nam je najprej pokazati na dejstvo, da Vidovdanska ustava ne daje sodnikom pravice, presojati skladnost od narodne skupščine in kralja skupno izdanih zakonov z ustavo (čl. 45, 109), a je tudi izrečno ne osporava. Ali v največ državah, v katerih ni pravice, ki bi dovoljevala sodnikom presojati materialno skladnost navadnih zakonov z ustavo, tudi ni garancije, da navadni zakoni ne bi v nasprotju z ustavnimi določili nekaj občeveljavnega ustanovili.³⁰ Pa ne samo z zakoni, celo z navadnimi parlamentarnimi sklepi so se že provzročile izpremembe ustave, in to celo pri togih ustavah. Pravo se ustvarja *praeter* in *contra legem fundamentalem* z opravnim redom zbornice.³¹

»Bojazen zlorabe momentane politične moči ene stranke je še globoka in tem bolj opravičena, čim manjša je civilizacija: Za to so temeljne pravice potrebne... V sodobni državi imajo te »temeljne pravice državljanov« dvojni značaj: prvo to, kar upravna veda naziva pridržek zakona, in ki pomeni da se samo na podlagi zakona more poseči v okrožje teh pravic, torej omejitev izvršne oblasti; drugo pa, da so temeljne pravice pod gotovimi pogoji tudi za redno zakonodajno oblast nedotakljive, ampak samo ustavotvorni oblasti dostopne, torej omejitev zakonodajne

³⁰ Jellinek, Allg. Staatslehre, str. 538. Da se je to tudi pri nas že zgodilo, sem, mislim, dokazal v članku »Kazenskopravno zakonodajstvo po prevratu in Slovenci«, Slovenski Pravniki 1921, str. 124.

³¹ Primere glej v Jellinek, o. cit., str. 539, za pruski in bivši avstrijski parlament.

oblasti. To so n. pr. svoboda vere in vesti, svoboda vede, osebna svoboda, svoboda imetka, stanovanja, kretanja, zborovanja društva itd.«³² Vse to radi podpišemo! Ali vprašamo se, kaj naj sodimo o takih »temeljnih pravicah« kakor — »neokrnjeni obstoj stranke«, ki logično ne eksistirajo? Bojazen zlorabe je tem bolj upravičena, čim manjša je civilizacija! Kaj naj porečemo o civilizaciji, ki stopnjuje to bojazen do ustanovitve nekakšne temeljne pravice (v resnici slutvo-pravice!), kot jo hoče vsebovati kancelparagraf Vidovdanske ustave? Mi vemo, da so tudi druge ustave ustanovile marsikakšno določilo, ki se kaj malo podá ustavnemu značaju.³³ Ali naš kancelparagraf v čl. 12 Vidovdanske ustave, kateremu nima nobena druga evropska ustava para; ki je nastal iz bojazni zlorabe momentane politične moči ene stranke; ki mu je bila dana preohlapna, torej pogrešena stilizacija; ki se ne ozira na načelo, da so pred zakonom vsi državljani enaki, — kaj naj pomeni za našo zakonodajo *pro futuro*? —

Projekt jedinstvenega kazenskega zakonika za celo kraljevino Srbov, Hrvatov in Slovencev je izdelan. Sprejel je v § 398 določilo kancelparagrafa dobesedno iz ustave, pridodal mu je edino le kazen. Glasi se: »Verski predstavnik, koji za partijske svrhe upotrebi svoju duhovnu vlast preko verskih bogomolja ili preko napisa verskog karaktera ili inače pri vršenju zvanične dužnosti, kazniće se zatvorom.«³⁴ Pripomniti je, da po ideologiji tega načrta ne pridejo druga nego samo določna dejanja v poštevi; da bi bilo tudi malomarno dejanje (delo iz nehata) kaznjivo, moralo bi to izrečno navedeno biti. Določilo kazni zatvora brez navedbe trajanja pomeni po splošnem delu kazenskega zakonika dobo od 7 dni do 5 let. Kazen zatvora ne diffamira.

Kritika tega določila projekta, ki zgolj ustavno *lex imperfecta* pretvarja v perfektno, nikakor ne more odobravati!

³² Tako dr. Št. Š á g a d i n, *Lex fundamentalis*, Njiva 1921, str. 99.

³³ Drastičen primer za to je Švica, ki je unesla v ustavo prepoved zakola živine na židovski ritualen način (*Schächtverbot*). Glej še druge take anomalije *Jellinek*, op. cit., str. 533.

³⁴ Projekat kazenskega zakonika za kraljevino Srbov, Hrvatov in Slovencev. Službeno izdanje Ministarstva Pravde, Beograd, 1922, str. 78.

Ako za sedaj abstrahiramo od vseh pomislekov materialne in procesualne vsebine, katere smo preje naveli, moramo pred vsem takemu kancelparagrafu očitati, da je t e h n i č n o povsem pogrešen. Tu ni niti o »javnosti« (*publice*), niti o »več ljudeh« (*palam*) govora; dostavek »ili inače« dá široko možnost zasledovanja dejanj tudi iz spovednice. Določilo se ne izraža o tem, kaj naj spada pod »vršenje zvanične dužnosti«, pa je — v primeri z drugimi modernimi kancelparagrafi preozko, ker izpušča velevažni modus »povodom službe božje«. Pogrešena tehnika kaže pa tudi, da se na kriminalno-politično načelo zaščite pravne dobrine sploh ni mislilo. Jasno je, da se je slepo sledilo ustavnemu predpisu, češ, kar stoji tam, veže zakonodajno.

Ali to stališče ni pravilno! Namen in pomen ustave, kakor smo ga gori očrtali, nam kaže, da slepo sledenje pri programatičnih, neizdelanih normah, ki vsebujejo le direktive, ni potrebno, kamoli zahtevano. Dejanska vloga ustav v zgodovini nam daje dovolj vzgledov za potrdilo te misli. Spominjamo le na prosluli čl. 19 avstr. osnovnega zakona z dne 21. decembra 1867, števil. 142 drž. zak. o enakopravnosti narodov. Petdeset let je čakala ta programatična norma na uresničbo potom zakonodaje, pa je ni pričakala. Imamo tudi za našo Vidovdansko ustavo pomisleke, ali se bodo dale vse programatične norme izvesti, priznamo pa možnost, da se bo to zgodilo vsaj za one, ki so kazenskopravnega značaja. Vendar s tem po našem mišljenju še ni rečeno, da bi se to moralo vseskozi zgoditi potom k a z e n s k e g a zakona; čl. 12 Vidovdanske ustave gotovo ne izključuje prohibitivnega sredstva p o l i t i č n e g a zakonodajstva. Vendar poudarjamo, da ustava, dokler je še ustava, ne sme biti prazen shema, ampak da ji je dati, kolikor je to sploh mogoče, resnično življenje.

Izhajajoč iz teh vidikov, bi z ozirom na nasprotje, ki obstoji med čl. 12, zad. odst., in drugimi določili ustave, bili pred vsem za to, da se pri prvi reviziji ustave ta zadnji odstavek čl. 12, če že ne popolnoma eliminira, pa vsaj prilagodi osnovni ideji, katero more in mora kancelparagraf sploh imeti, da naj zaščiti — ne obstoja vladnih ali drugih strank,

ampak javni mir v državi in pa čistost volitev.³⁵

Dotlej, da pride do revizije ustave, pa naj zakonodaja izlušči iz čl. 12, zad. odst., samo to, kar je z drugimi določili ustave idejno, logično združljivo. Ko govori kazenski zakon o izzivanju verskih in plemenskih razdorov, ko določa kazen za poziv na odpor ali neposlušnost napram oblasti ali državnim službenikom, mogel bi ustanoviti višjo kaznjivost za taka dejanja, ki so storjena pri ali povodom vršenja božje službe, ker so objektivno nevarnejša. Kaj več bi ne priporočali. Nemški GE krši ravno tako kakor § 130a nem. k. z. na vsak način princip, da smo pred zakonom vsi državljani enaki.³⁶ Kar ni prepovedano navadni, neduhovni osebi, naj ne bo kaznjivo za duhovnika. Če pravi v. Hippel,³⁷ da ne »predleži neopravičeno trdo naziranje nasproti duhovnikom, ampak le opravičeno milo naziranje napram lajikom«, češ napad obeh vrst ima čisto drugi pomen, za kar duhovnik tudi vé, — ne smemo slediti tej argumentaciji. Na eni strani vé lahko tudi lajik, da njegova beseda pomeni slušalcem — idejnim privržencem mnogo, morda več kakor povprečnim vernikom beseda duhovnika, na drugi strani pa duhovniki vsaj po veliki večini delajo pod pritiskom svoje verske zavesti ali pa zapovedujočih cerkvenih oblasti, torej ne vedno popolnoma prosto. Še manj smemo generalno govoriti o opravičeno milem naziranju napram lajikom, ako se jim ne šteje to v krivdo, kar bogoslužnim osebam. Baš neduhov-

³⁵ Primerjaj še za opredeljenje funkcij, ki naj jih ima »kancelparagraf« mnenje prof. drja. Kušēja v njegovem referatu o zaključku verske ankete v Beogradu: »Bitnost crkve i bitnost države tako se razlikuju, da se obe vlasti u opšte ne mogu uporediti jedna sa drugom. Ali su doticaji medju njima uprkos tome uski i prolaze iz fakta, što ima država i crkva svoje članove delimicee ukupno i što su svi članovi kao državljani potčinjeni državnim zakonima, a kao člani crkve cerkvenim zakonima. Problemi sastoji se u tome, da se po mogućnosti spreči, da bi državni zakoni onemogućili ili branili primenjivanje verskih zakona ili da bi crkva osporavala važnost državnih zakona, u kratko, da se nadje prava medja za crkvenu autonomiju, za koju važi isključivo samo pravo crkve.« (Kušej: Verska anketa u Beogradu i njeni zaključci, str. 21).

³⁶ »Projekt itd.« uvršća kancelparagraf med delikte svećenikov, GE — med delikte zoper vero.

³⁷ Op. cit., str. 101, opazka 4.

nim osebam, ki se pečajo s politiko, ne bomo lahko odrekli vsaj istovrstne inteligence kakor duhovnikom.

Pridemo do zaključkov, kateri naj bi se vpoštevali kakor smernice za *reformatio in melius*:

I. Zaščita obstoja političnih strank se ne dá spraviti v sklad s siceršno ideologijo ustave; smelo bi se povzeti iz zad. odst. čl. 12 Vidovdanske ustave kot pravna dobrina za kazensko pravo le — javni mir v državi in pa čistost volitev.

II. Ni v duhu ustave, ustanavljati za pogoj kaznjivosti stan storilca za dejanja, ki jih izvrše lahko tudi druge osebe drugih stanov. Ni pa zadržka, da smatra zakonodajalec krivdo storilca, ki je storil po kazenskem zakoniku splošno zabranjeno dejanje v zlorabi duhovne oblasti, iz objektivnega razloga večje opasnosti dejanja za hujše kaznjivo.

III. Dosledno naj se le pri tistih splošnih, ne na duhovniški stan omenjenih normah, ki ščitijo pravne dobrine »javni mir v državi« in »čistost volitev«, poviša kazen za primer, da se je dejanje storilo javno ali pred več ljudmi od verskega služabnika pri ali povodom bogoslužja ali pa s tiskom.

Prav posebno je poudarjati določila glede čistosti volitev. Baš s tem, da se čistost volitev resnično garantira, zaščiti se svoboda vesti in svoboda strankarske pripadnosti najbolj. Ne obstoj stranke kot take, ampak prostost pojedinca bodi zaščiten, da se more odločiti brez vpliva od strani, kateri pripisuje — bilo duhovno, bilo katerokoli drugo oblast, ki jo more občutiti kakor nekakšno silo ali moč nad seboj, komu hoče dati svoj glas pri izbiranju kandidatov.
