

**UNIVERZA KRALJA ALEKSANDRA PRVEGA
V LJUBLJANI**

**ZBORNIK
ZNANSTVENIH RAZPRAV**

X. LETNIK 1933-34

**IZDAJA
PROFESORSKI ZBOR JURIDIČNE FAKULTETE**

V LJUBLJANI 1934

NATISNILA »SLOVENIJA« V LJUBLJANI

Znanstvene razprave, objavljene v Zbornikih I.—IX.

1. Pravnozgodovinske:

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

Prof. JASINSKI: a) Kaj je najpotrebnejše za slovansko primerjalno pravno zgodovino? (Zb. I); b) Kada i na koji način je bio sastavljen kastavski statut? (Zb. III); c) Pomen in obseg bičajnega prava k pisanemu zakonu (statut Veprinački) (Zb. V); d) Iz

Prof. KOŠIČ: Bo VI 3) (Zb. VI).

Prof. KREJČIČ: edaj (Zb. I).

Prof. POLJANEC: 16. do 18. stoletja (Zb. IX).

Prof. KUSIČ: državo (Zb. I) prava (Zb. II) lege ferenda prejšnjem in in njeno prav

Prof. DOLENC: odstavka čl. kazni na pros c) Zločinec iz kazni (Zb. VI).

Prof. MAJER: stveni kazenski b) Osebnost z na kazenski zakonik kraljevine Jugoslavije (Zb. VII); c) Pravna narava odredb zoper otroke in mlajše maloletnike v kazenskem pravu kraljevine Jugoslavije (Zb. IX).

4. Državljanskopravne:

Prof. LAPAJNE: a) Današnje kondicije (Zb. V); b) Spori o osnovnih pojmih prava zastaranja (Zb. VII); c) Regresni zahtevki našega državljanskega prava (Zb. IX).

5. Negmotnopravni:

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

6. Pravdnopravna:

Prof. SKUMOVIČ: O dokazni moči trgovskih knjig (Zb. I).



pravne zbirke (K ti (Zb. IX).

edaj (Zb. I).

enskih deželah od tva na Kranjskem

omen za cerkev in polju patronatnega de lege lata in de esanih zakonih po) Katoliška cerkev

določil zadnjega obblem izvrševanja slovencev (Zb. IV); smotreni določiti prevare (Zb. IX).

v načrtu za edin- Slovencev (Zb. VI); s posebnim ozirom na kazenski zakonik kraljevine Jugoslavije (Zb. VII); c) Pravna narava odredb zoper otroke in mlajše maloletnike v kazenskem pravu kraljevine Jugoslavije (Zb. IX).

**UNIVERZA KRALJA ALEKSANDRA PRVEGA
V LJUBLJANI**

**ZBORNİK
ZNANSTVENIH RAZPRAV**

X. LETNIK 1933-34

**IZDAJA
PROFESORSKI ZBOR JURIDIČNE FAKULTETE**

V LJUBLJANI 1934

50952



0300240013

Kazalo — Table des matières.

<p>Univ. prof. dr. iur. et dr. h. c. Metod Dolenc: Osebnno- in rodbinskopravna vprašanja v pravosodstvu slovenskih ljudskih sodnikov 1</p> <p>Priv. doc. dr. Boris Furlan: Teorija pravnega sklepanja 29</p> <p>Izr. prof. dr. Viktor Korošec: Novi odlomki Gajevih institucij (PSI 1182) 54</p> <p>Univ. prof. dr. Rado Kušej: Bračna pravila srbske pravoslavne cerkve 79</p> <p>Univ. prof. dr. Stanko Lapajne: Spori za mejo 113</p> <p>Univ. prof. Aleksander Maklecov: O pojmu in nalogah kriminalne politike 132</p> <p>Univ. prof. dr. Evgen Spektorskij: Nastanek konstruktivne metode v pravoznanstvu 153</p> <p>Univ. doc. dr. Ivan Tomšič: O najnovejših naporih, da se vojna odvrne 178</p>	<p>Univ. prof. dr. iur. et dr. h. c. Metod Dolenc: Personen- und familienrechtliche Fragen in der Rechtsprechung der slovenischen Volksrichter , 28</p> <p>Priv. doc. dr. Boris Furlan: Le syllogisme juridique 52</p> <p>Izr. prof. dr. Viktor Korošec: Gai Institutionum fragmenta (PSI 1182) anno 1933 reperta 77</p> <p>Univ. prof. dr. Rado Kušej: Jus matrimoniale novum ecclesiae Serbicae orthodoxae 79</p> <p>Univ. prof. dr. Stanko Lapajne: Actiones finium regundorum 113</p> <p>Univ. prof. Aleksander Maklecov: La notion et les problèmes de la politique criminelle 152</p> <p>Univ. prof. dr. Evgen Spektorskij: Origine de la méthode constructive dans la science de droit 176</p> <p>Univ. doc. dr. Ivan Tomšič: Sur les efforts entrepris récemment en vue de prévenir la guerre 218</p>
---	--

Univ. prof. dr. iur. et dr. h. c. Metod Dolenc:

Osebno- in rodbinskopravna vprašanja v pravosodstvu slovenskih ljudskih sodnikov.*

Vsebina: § 1. Uvod: I. Viri prava. II. Okvir razprave. — § 2. Pravna in poslovna sposobnost: I. Glavni vidiki za razdelitev snovi. II. Osebna neprostost. III. Vpliv bivanja v inozemstvu. IV. Pričetek pravne sposobnosti. V. Spol. VI. Vplivi starosti. VII. Duševna bolezen. VIII. Odhod k vojakom. — § 3. Rodbinske vezi: I. Pozitivni določbi iz gorskih bukev. II. Postanek in učinek zakonske zveze. — § 4. Varuštvo in skrbništvo: I. Slovenski pravni izrazi. II. Samoupravnost. III. Poslovanje v praksi. — § 5. Imovinske razmere med zakonci: I. Označba splošnih tipov. II. Slovenski tip. — § 6. Prevžitkarstvo. — § 7. Rodbinske (hišne) zadruge: I. Ostanke hišne zadruge. II. Pravni spomini na nekdanje hišne zadruge.

* **Kratice:** g. = gorski, vg. = vinogorski, b. = bukke, izv. = izviren, zap. = zapisnik, ČZN = Časopis za zgodovino in narodopisje (Maribor); ČJKZ = Časopis za slovenski jezik, književnost in zgodovino (Ljubljana); Sl. Pr. = Slovenski Pravnik (Ljubljana); SNPesmi = Slovenske narodne pesmi, izdal dr. J. Štrekelj, (Ljubljana), ZZR = Zbornik znanstvenih razprav (Ljubljana).

Babnik — Janko Babnik, Sledovi slovenskega prava, Letop. Matice Slovenske, 1883, str. 64—95;

Gruden — Josip Gruden, Slovenski župani v preteklosti. 1916. Ljubljana.

Kadlec — Karlo Kadlec, Prvobitno slovensko pravo pre X. veka, Beograd, 1924 (prevod Taranovskega).

Kelemina — Jakob Kelemina, Pravne starine slovenske v filološki luči. Glasnik Muz. društva XIV., 1933 (Ljubljana), str. 52—94.

§ 1. Uvod.

I. Viri prava. Kakor znano¹, gorske bukve niso bile tehničen zakonik v modernem smislu besede, ki naj bi se bavil izčrpno s poedinimi napravami te ali one posebne grane prava ali celo s celokupnim pravom. V glavnem naj bi bile trdna opora za pravice gorskih gospodov napram vinogradnikom njihovih vinskih goric. Te pravice bi pa po današnjih nazorih uvrstili skoraj brez izjeme v javno pravo. Le tuptam se dotikajo gorske bukve izrečno pravic vinogradnikov kot zasebnikov ali osebnih pravičencev. Drugače pa predpostavljajo vse pravo, ki ga štejemo po modernih nazorih za zasebno pravo, kot splošno znano pravo, sloneče na starodavnih običajih. Saj je švabsko zrcalo, ki je imelo velik vpliv na razvoj prava v naših krajih, proglašalo načelo, da je dobra navada ravno tako dobra kot zapi-

Mell — Anton Mell, Das steirische Weinbergrecht und dessen Kodifikationen im Jahre 1543. Wien und Leipzig, 1928.

Polec — Polec, O odpravi nevoljništva na Kranjskem. ZZR 1922/23.

Zontar — Josip Zontar, Skupna podlaga zgodovine slovanskega prava. Sl. P., 1933, str. 162—171.

Citati pisateljevih doslejšnjih razprav o ljudskem pravu: Kost. — Pravosodstvo kostanjeviške opatije v letih 1631.—1655. (ZZR 1914, str. 33—67); N. m. — Pravosodstvo pri novomeškem inkorporiranem uradu nemškega viteškega reda v letih 1721.—1772. (ZZR 1921, str. 22 do 100); Kost.-Plet. — Pravosodstvo cistercienske opatije v Kostanjevici in jezuitske rezidence v Pleterju od konca 16. do konca 18. stoletja (ZZR, 1924, str. 1—18); Klev.-Bošt. — Pravosodstvo klevevske in boštanske grajščine od konca 17. do začetka 19. stol. (ZZR 1926, str. 152—247); Zužem.-Sot. — Ljudsko pravo pod žužemperško in soteško gorsko gosposko (ČZR, 1930, str. 1—88). Dalje: Pr. razgl. — Pravni razgled po slovenskih narodnih pesmih (Sl. Pr., 1914, str. 309—319); Slov. ljud. sod. — Slovenska ljudska sodišča v dobi od 16. do 18. stoletja, (Rad., šte. 239, Zagreb, str. 1—55); Rechtsidee d. Kollekt. — Die Rechtsidee des Kollektivismus im slovenischen Volksrechte (Przewodnik histor. prawny, Lwow, 1931, str. 93—107).

¹ Gl.: Slov. ljud. sod., str. 16.; Rechtsidee d. Kollekt., str. 96; Dolenc, Die niedere Volksgerichtsbarkeit unter den Slaven, Jahrbücher f. Kultur und Geschichte der Slaven, N. F., B. V., str. 316.

sano pravo.² Čuvarji običajnega prava pa so bili baš ljudski sodniki sami, a izraza je dobilo to pravo na ljudskih zborih (vg. zborih, večah, kvatrnih, povšjih in nepristranskih sodiščih), ko so se reševali tudi spori med vinogradniki, posestniki itd. kot zasebniki.³ Dočim se nahajajo v gorskih bukvah, tako v izvorniku, kakor tudi v slovenskih prevodih,⁴ le mrvice o zasebnem pravu — zlasti velja to za rodbinsko pravo —, pokaže se nam iz zapisnikov o pravnih na vg. zborih, ki pa hočejo biti zasnovane vseskozi na določbah gorskih bukev,⁵ že toliko uporabnega gradiva, da smemo tvegati rekonstrukcijo tedajšnjih dejanskih pravnih razmer.

Pri tem treba seveda operirati: 1. z analogijo, ki naj pomore do sklepov s primerjanjem prava sosednih narodov, zlasti Germanov, ki so kumovali pri rojstvu gorskih bukev in imeli v gorski gospodi ponajveč izrazite eksponente v smeri uveljavljanja nadvlade germanskega prava nad avtohtonim slovenskim in jugoslovanskim pravom; 2. z regresivnim zaključevanjem iz poznejše dobe, zlasti še iz mlajših slovenskih prevodov gorskih bukev in iz zapisnikov o g. pravnih iz mlajše dobe; 3. s sociološko presojo vplivov, ki so bili odločilni za to, da so se poedine pravne naprave mogle tako globoko v pravni zavesti naroda zasidrati, da ni bilo treba o njih donášati posebnih zakonitih določb.⁶

II. Okvir razprave. Razvoju zakonodavstva izza 16. stoletja v Srednji Evropi ustreza tudi vsebina gorskih bukev. One prinašajo največ določb javnopravne in kazenskopravne vsebine, veliko manj zasebnopravne vsebine, a od poslednje je najbolj mačehovski obdelano rodbinsko pravo; tudi o formalnem ali procesnem pravu skoraj ni govora. Ideologija gorskih bukev je takorekoč izključno germanskopravna: Glede ustroja sodišč in razmerja med

² Gl. H. Hoegel: Geschichte des oesterreichischen Strafrechts, I, str. 20.

³ Prim. Žontar, str. 170.

⁴ Seznam prevodov: gl. Dolenc, Kmečko dedno nasledstvo, ČZN 1927, str. 3, 4.

⁵ Gorske bukve so se čitale začetkom vg. zborov; gl. Klev.-Bošt., str. 22.

⁶ Kadlec, str. 65, postavlja namesto naše točke 3. — lingvistiko.

gorsko gosposko in njenimi vinogradniki moramo celo ugotoviti, da se je med Slovenci nekako petrificiralo frankovsko pravo, dočim so se ga sosledje Nemci že veliko prej otresli. V zasebnem pravu, ki se je uveljavljalo na osnovi g. b. v dobi od l. 1590. do 1843., za katero imamo na razpolago zapisnike o pravih na ljudskih zborih, pa spoznamo vsekakor nekoliko določb, ki jih moramo smatrati za preostalo slovenskega narodnega prava, tuptam celo slovanškega prava.

V naslednjih raziskavanjih se hočemo baviti z vprašanji iz rodbinskega prava, s katerimi pa so v najožji zvezi seveda osebnopravna vprašanja (pravna, poslovna sposobnost). Predpostavljati moramo, da štejejo za »slovensko ljudstvo« samo »najnižji, kmetiški in vinogradniški sloji«,⁷ da pa vprašanje nacionalitete do francoske revolucije ni bilo odločilnega pomena.⁸

Okvir te razprave se torej omejuje časovno na dobo od konca 16. do začetka 18. stoletja, stvarno pa na slovensko ljudstvo v ravnokar navedenem smislu, ki ga označuje Alfred Fischel za »*die dumpf hinbrütende Masse der untertänigen Bauern, die für das öffentliche Leben der Alpenländer nichts bedeutet*«. ⁹

§ 2. Pravna in poslovna sposobnost.

I. Glavni vidiki za razdelitev snovi. Brezpravnost ter utesnjena pravna ali poslovna sposobnost bi utegnili priti po smislu občne pravne zgodovine v poštev:

A. iz javnopravnih ozirov: a) zbog nevoljništva ali vsobenjkarstva; b) zbog lastnosti neke osebe, da je inozemec ali v inozemstvu bivajoč domačinec;

B. iz zasebnopravnih ozirov: a) zbog ženskega spola; b) zbog starosti; c) zbog duševne bolezni.

⁷ Gl. Slov. ljud. sod., str. 9—11. Prim. Polec, str. 1: »Naravno je pravni in socialni položaj kmeta centralni problem naše pravne, gospodarske in socialne zgodovine.«

⁸ Prim. Dolenc, Dvoje fevdskih priseg, ČZN, 1914, str. 45, 46.

⁹ Fischel, Das österreichische Sprachenrecht, 1910, str. XX.

II. Osebna neprostost. Suženstvo ima še sledove v slovenski narodni pesmi, a le redko in, zgodovinsko resnično, vedno v zvezi s tujimi narodi, večinoma s Turki.¹⁰ Stari Slovenci niso poznali razločka med ljudmi glede prava; vsi so bili svobodni.¹¹ Pravni instituti nevoljništva, rojenjaštva, tlačanstva so bili unešeni med Slovence od Germanov. Toda ne more biti več govora o prisposodbi teh institutov s suženstvom (*mancipium, servus*), dasi so cesarski patenti še iz druge polovice 18. stoletja prevajali »*Leibeigenschaft*« s »sužnost«. ¹² Tudi izraz »rojenjak« se je upotreboval v cesarskem patentu iz l. 1782. za »*Leibeigenschaft*«, ¹³ splošno znan ljudski izraz za osebe, ki so *glebae adscriptae*, pa je »tlačan«. K vsem tem moramo prišteti še »sogornike« ¹⁴ (*Bergholden*), ki so bili vobče v istem pravnem položaju kot nevoljniki.

»*Nexus ad glebam*« nima značaja brezpravnosti, ampak pomenja delno utesnitev poslovne sposobnosti. Rojenjaki niso smeli svobodno izbirati domovališča ali poklica, niti niso imeli ženitne svobode. Kar se tiče sogornikov, pa glede utesnitve ženitne svobode niti gorske bukve niti zapisniki o pravadah na vg. zb. nikjer ničesar ne omenjajo.¹⁵ Po vsej pravici smemo iz tega dejstva sklepati, da so imeli sogorniki boljši položaj, kot pa rojenjaki. Pri mejaših o kakšni utesnitvi glede svobode *a priori* ni bilo govora, ker so osebno slobodni hasnovalci vinogradov.

Kdor pa je bil sogornik, pa je gorskemu gospodu utekel, tega je smel gorski gospod tekom dveh let nazaj zahtevati. Vsi drugi vinogradniki, ki niso bili osebni podložniki gorske

¹⁰ Gl. P. r. a z g l., str. 31. (Roparski pohodi Turkov v slovenske dežele so se pojavljali do začetka 18. stoletja.)

¹¹ Gl. B a b n i k, str. 68.

¹² Gl. K e l e m i n a, str. 71, kjer ugotavlja, da izraz »nevoljnik« ni slovenski, ampak sprejet iz maloruskega jezika.

¹³ G. K e l e m i n a, str. 81; toda prim. P o l e c, str. 7, ki se sklicuje na neko vlogo kranjskega deželnega glavarstva z dne 4. junija 1782. s poročilom, da na Kranjskem ni najti nevoljništva »*Leibeigenschaft*«, ampak samo rojenjaštvo (*»Erbholdenschaft«*) ali *nexus ad glebam*.

¹⁴ O značaju sogorništva gl. zlasti S l o v. l j u d. s o d., str. 10.

¹⁵ Za čas reforme Jožefa II. glede nevoljništva gl. P o l e c, str. 5.

gospode, — mejaši,¹⁶ so imeli samo javnopravne dolžnosti plačevanja gornine, vozarjenja za g. gospoda, obiskovanja vg. zborov in so morali priznavati pristojnost vg. zbora v upravnih in sodstvenih stvareh, a osebnopravno niso bili v nobenem oziru prizadeti.

V slovenskem običajnem pravu pa se je ohranil še drug način utesnitve poslovne sposobnosti, namreč sposobnosti biti sploh hasnovalec vinograda, a to le za sogornike. Zapisniki o pravadah na vg. zb. govore o zapadu vinograda iz nekih vzrokov kot n. pr. »nepriljubljenosti osebe« pri sosedih. V bistvu se pokazuje tak zapad za odrek o sposobnosti, biti sogornik, s posledico izгона iz vinske gorice.¹⁷ Iz zapisnikov poznejše dobe pa izhaja, da se je pravna nesposobnost, posedovati in hasnovati zemljo, ustanavljala le za osebo takšnega vinogradnika-sogornika, ki je zagrešil izvesten zločin. On postane nesposoben, posedovati in hasnovati vinograd, toda njegovi dediči so se lehkò ukupili v posest. Pa tudi nasprotno je bilo mogoče, da se je oglasil grešnik za nesposobnega dedovati za poznejši čas, ko mu bo oče umrl.¹⁸ S tem stoji v zvezi, da se sme vsakdo, ki ne spada med prave vinogradnike, t. j. hasnovalce vinogradov, ampak je vsobenjek,¹⁹ izgnati če nima posebnega dovoljenja od gorskega gospoda ali če mu to zabranjuje občna sodba vg. zbora.²⁰

Izključeni od pravice, stanovati na vinski gorici so bili tudi ljudje, ki so veljali za škodljivce (*»schadhafte Leuth«*). Mišljeni so bili predvsem lastnini nevarni ljudje brez stalnega bivališča.²¹

¹⁶ Kelemina, str. 70. — po Kaspretu — označuje mejaše podložnike tujih gospod, priklopljene domačemu g. zboru. To ni točno; tudi meščani in duhovniki so bili mejaši.

¹⁷ Gl. Klev.-Bošt., str. 35, 36, Žužem.-Sot., str. 38; Rechtsidee d. Kollekt., str. 97. Izgon tu, seveda ni imel germanskopravnega značaja brezpokojnosti (Friedlosigkeit).

¹⁸ Gl. Žužem.-Sot., str. 80.

¹⁹ Gl. Slov. ljud. sod., str. 10, 11. Netočno razlago porekla vsobenjkov daje Kelemina, str. 73.

²⁰ O prepirih med g., gospodkami in vinogradniki, koliko vsobenjkov smejo vinogradniki imeti v svoji gorici gl. Klev.-Bošt., str. 171, Slov. ljud. sod., str. 12.

²¹ Žužem.-Sot., str. 73.

O tretji vrsti utesnitve poslovne sposobnosti, izbirati si svobodno in izvrševati izvesten poklic, ni v slovenskem običajnem pravu nikjer spomina. To na prvi pogled osupne, zlasti če se pomisli, kako so se še v letu 1782. deželni stanovi kranjski upirali nameravani reformi Jožefa II., da bi se dovolilo rojenjakom »zapustiti plug« in izbirati si udobnejše rokodelstvo.²² Omenjeni pojav pa si smemo morda tako razlagati, da je bil itak vsakdo, ki ni pomagal očetu vinograd obdelovati, izključen od dedne pravice (gl. zdalej III.), a da je tako nevarnost obšel tako, da je zaprosil za dovoljenje preselitve v drugi kraj, kar je vsebovalo pač največkrat pravico iskati si novega poklica. Z nevoljniškimi patenti za Štajersko z dne 11. junija 1782., za Koroško z dne 12. julija 1782., za Kranjsko z dne 13. septembra 1782. je bilo vprašanje utesnitve pri izbiri poklica itak dokončno v tem smislu rešeno, da je bila vsakomur priznana pravica svobodne izbire poklica, zlasti rokodelstva in umetnosti.²³

III. Vpliv bivanja v inozemstvu. O inozemcih kot takšnih ni govora niti v gorskih bukvah niti v zap. o sodnih zborih ljudskih sodnikov, pač pa o domačinih, ki so bili odšli iz domače dežele brez vednosti svojega zemljiškega gospoda ali gosposke ali brez poštenih razlogov, pa niso pomagali svojemu očetu obdelovati »*sein Guell*«. Za te velja določba čl. 12. izv. g. b., da izgube pravico do dediščine, če se jim neče izkazati milost. Tu gre torej za fakultativno utesnitev pravne sposobnosti nekega vinogradnika, da postane *in concreto* posedovalec in hasnovalec vinograda po dednem pravu. Gorskim gospodom namreč vinograd brez obdelovalcev nič ni koristil; torej se je ustvarila možnost, da izgubi izseljenec sposobnost dedovati vinograd, a na mesto njega se drug naseli. Na isti gospodarski ideji sloni tudi določba čl. 17. izv. g. b., da zapade pravica posedovanja in uživanja vinograda tistemu, ki ni plačal tri leta zapored gornine. Na drugi strani pa je bila tistim, ki so »*aus gueten grundten ursachen aus dem land gewesen*«, po čl. 11. priznana pravica, da jim dediščina ne zapade, da-si je ne javijo na gorskem zboru. Tu moramo ugotoviti reminiscenco

²² Polec, str. 8, 9.

²³ Polec, str. 14, 18.

iz zgodovine nastanka čl. 11. gorskih bukev, da je nižjeavstrijska vlada in komora, ko je v l. 1542. oddajala mnenje o sprejemljivosti osnutka za g. b. štajerskih deželnih stanov, priporočala, naj bi se osebe, ki so odšle v inozemstvo, stavile v isto vrsto z dediči, »*die noch nich mündig oder vogtpar sind*«. ²⁴ To mnenje pa ni prodrlo, ampak je ostalo pri navedenih določbah čl. 11. in 12. izvirnika g. b., kar kaže, da se odseljivanje vinogradnikov že za časa postanka g. b. nikakor ni hotelo favorizirati. S tem se dobro vjema borba kranjskih deželnih stanov zoper svobodo preseljevanja še za časa Jožefa II. ²⁵

IV. Pričetek pravne sposobnosti. V tem pogledu vemo samo iz zapisnikov o vg. pravnih, da se je upošteval tudi *foetus* zastran njegovih pravic do dediščine, samo da je morala biti zatrjevana nosečnost vdove po videzu verjetna. Sodniki so v nekem primeru (vg. zb. dne 10. avgusta 1694. na Raki), ko je bila vdova »*grossen leibs*«, naravnost rabsodili, da dedič živi v materinem telesu in da mu torej po pravici gre dediščina. ²⁶ Pa tudi če nosečnost še ni bila izkazana, so to sodniki upoštevali; vendar so poskrbeli za odlog pravde, da se izkaže, ali pride otrok pravi čas na svet ali ne. ²⁷ O tem, da bi se zahteval dokaz za življenjsko sposobnost »*posthumus*«-a, ni govora.

V. Spol. O vplivu spola na pravno sposobnost za praslavansko pravo nimamo jasnosti. Trdi se, da je imela ženska tiste pravice kakor moški, a da nikakor ni bila moževa robinja, ²⁸ pa tudi nasprotno, da se je smatral samo moški za polnopravičen pravni subjekt. ²⁹ Prav gotovo pa je germansko pravo ženski spol omejevalo glede poslovne sposobnosti. Žena je stala pod varuštvo moža; celo mati je dobila po smrti soproga varuha v osebi sina, če je bil le-ta že samo-

²⁴ Mell, str. 116.

²⁵ Polec, str. 8, citira: »Marsikatera gosposka ima petdeset in več kmetij (hub) nezasedenih.«

²⁶ Kost.-Plet., str. 48.

²⁷ Babnik, str. 68, Kreck, Enleitung, str. 89.

²⁸ Kadlec, str. 65.

²⁹ Tako Mühlhäuser Reichsrechtsbuch kot najstarejša pravna knjiga v Nemčiji iz začetka trinajstega stoletja (Gl. Izdajo H. Meyer, Weimar, 1923, str. 126.).

upraven. Za naše jugoslovansko pravo izvemo mimogrede, da je bil še sredi 13. stoletja v Šibeniku običaj, da hčere ne prejemale nikake dote in da dedujejo »*omnia bona patris et patrimonium*« samo sinovi,³⁰ kar kaže na občutno utesnitev pravne sposobnosti. Tudi Kadlec uči, da ženske po prvotnem slovanskem pravu niso imele pravice posedovati nepremičnine.³¹

Temu pojavu vsporedno moramo zabeležiti pravilo običajnega prava med slovenskimi vinogradniki iz 17. stoletja, da pripade ženskim potomcem samo dediščina po materi (gl. spodaj § 5., I. a.), in da je to veljalo zlasti glede nepremičnin. Druga vrsta pravic žensk se omenja v nekem zapisniku o vg. pravnih iz kraja, ki meji na Hrvaško. Tu se sklicuje tožnik na to, da ženske po »hrvaškem pravu« (*Walachisches Recht*) ne smejo testirati; slovenski ljudski sodniki pa so ta pravni nazor pobijali kot nepravilen. Zdi se, da je imel »hrvaški nazor« svoje počelo iz nekdanje združne organizacije, da pa je pri Slovencih pod vplivom rimskopravnega dotalnega sistema postal obsoleten.³² In vendar so ljudski sodniki obdržali še misel, da ženske ne morejo biti testamentne priče.

V drugih pogledih pa je slovensko običajno pravo priznavalo ženskam pravico, posedovati in hasnovati tudi vse nepremičnine ter so imele ženske popolno svobodo, da so samostalno nastopale kot stranke na vinogorskih in drugih ljudskih sodnih zborih,³³ dočim po pravilih za nekatere nemškopravne »*banntaidinge*« to ni bilo dovoljeno.³⁴ Da-li pa so smele sodelovati pri določitvi občnih sodbâ³⁵ za vinsko

³⁰ Zontar, str. 167. Prim. L. Marković, Das Recht der zadruga und seine Reform, Arch. für Rechts- und Wirtschaft-Philosophie, III. str. 103: »...der Gesetzgeber hat weibliche Mitglieder der zadruga jedes Erbrechts beraubt und ihnen nur das Recht auf mässige Ausstattung zuerkannt.«

³¹ Kadlec, str. 74.

³² Kost.-Plet., str. 57.

³³ Klev.-Bošt., str. 11.

³⁴ Od 765 napotil za Banntaidinge na Nižjem Avstrijskem je dajalo samo četvero ženskam pravico priti na zborovanje. Gl. Stowasser, Niederöesterr. Weistum-Texte, str. 10.

³⁵ Gl. Slov. ljud. sod., str. 30; Rechtsidee des Kollekt., str. 96.

gorico, o tem sicer ne izvemo iz zapisnikov ničesar naravnost, vendar mislimo, da je bilo temu tako vsaj tedaj, če so bile vinogradniške posestnice in kot takšne dolžne plačevati gornino.

VI. Vplivi starosti. Dotlej, da postane oseba samoupravna, nima polne poslovne sposobnosti. O samoupravnosti (*»Vogtbarkeit«*) je v gorskih bukvah posredno govora; v čl. 45. izv. g. b. v Recljevem slovenskem prevodu, pa tudi v drugih prevodih vendar pod drugimi številkami, imamo določbo, ki se tiče »malih otrok« — v originalnem izrazu *»unvogtbare Kinder«* — ki nimajo varuha ali jeroba (*Vormünder oder Gerhaben*). Glede teh se določa, da ne izgube svoje pravice do vinograda, čeprav ga neka druga oseba uživa, ampak oni imajo pravico zahtevati za-se vinograd še 16 let. O pomenu te določbe v pravnem oziru bomo govorili v § 4., tu naj zadostuje ugotovitev, da se priznava izvestna mladostna doba kot vzrok poslovne nesposobnosti, da pa ni navedeno, dokleaj traja ta doba. Tudi zapisniki o vg. pravih ne omenjajo niti z besedico o tem ničesar. Kaj je torej veljalo za pravo v tem pogledu?

Naša narodna pesem navaja dobo, ki odločuje o spolni zrelosti deklice za možitev; ta pa je kaj nizka, 11 ali 12 let.³⁶ Seveda si ne moremo misliti, da je narodna pesem temeljila na kakršnikoli zakoniti podlagi. Od tujih prav, ki so imela jakega vpliva na naše pravne razmere, pride v veliki meri severnoitalijansko pravo ob koncu srednjega veka v poštev. V statutih severne Italije srednjega veka se navaja kot starostna meja za kaznivost storilca 12., 13., največkrat pa 14. leto.³⁷ Jasno je, da niti godnost za možitev, niti kazenskopravna doraslost nista istovetni s poslovno sposobnostjo, ali v najožji zvezi pa stoje prav gotovo druga z drugo. Naravnost po številki je določena poslovna sposobnost v saškem zrcalu (1224—1235). Le-to je poznalo pojem *»binnen seinen Jahren sein«*: to je starost do 12. leta, pri kateri se je zahtevala postavitve varuha, če ni bilo več očeta. Švabsko zrcalo (1275) je govorilo le o tem,

³⁶ Prav. razgl., šte. 313.

³⁷ Dahm, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, str. 251 nasl.

da je človek »*binnen seinen Tagen*« do 21. leta in da se mu lahko postavi varuh, vendar to ni obligatorno. Najstarejša pravna knjiga Nemčije (*Mühlhäuser Rechtsbuch*, 1302) pravi v čl. 47., da naj vsak mož po pravu zastopa svoje zakonske otroke dotlej, da postanejo 12 let stari. Toda poznejši pripisi v tej pravni knjigi so pomaknili to mejo navzgor, v l. 1311. na 15., na koncu 14. stoletja celo na 18. leto.³⁸ Na Štajerskem pa je veljalo po novem varuškem redu (*Neue Gerhabschaftsordnung*), ki ga je izdal Leopold I. (1658—1705), da postane možki polnoleten z 22., ženska pa že z 20. letom.³⁹ Če se vse to uvaža in še to, da bi morala slovenskim ljudskim sodnikom vedno izvestna, ena in ista doba lebdeti pred očmi, ko so sodili o polnoletnosti kot vzroku poslovne sposobnosti, potem moramo priti do zaključka, da ni moglo biti odločilno število izpolnjenih let,⁴⁰ ampak dejstvo *g o s p o d a r s k e o s a m o s v o j i t v e p r i h č e r a h*. Tu je pač ključ za rešitev vprašanja, doklej ostane sin ali hči pod očetovsko oblastjo. To ustreza, kajpada, popolnoma germanskopravnemu institutu »*emancipatio oeconomica sive Germanica*«. ⁴¹

Dokler ne nastopi osamosvojitve, odn. možitve, so taki otroci pod *patria potestas* očeta. Koliko so s tem v svoji poslovni sposobnosti utesnjeni, je odločevalo pač praktično življenje po svojih potrebah. Pravd, čijih rešitev bi bila odvisna od teh vprašanj, v zapisnikih iz vg. zborov, ki smo jih mi čitali, nismo zasledili. Skoro gotovo so bile predmet tožbâ na drugih vg. zborih, o katerih pa ni več zapisnikov. Na vsak način je bilo vsem ljudskim sodnikom iz lastne skušnje znano, kateri stranki, ki je tožila ali bila tožena, je bilo pripisovati poslovno sposobnost po naši razlagi. Da so bili otroci v ožjem smislu besede — najbrže do 11. ali 12. leta življenja — poslovno popolnoma nesposobni, na to

³⁸ Meyer, Mühlhäuser Reichsrechtsbuch, str. 167.

³⁹ Beckmann, *Idea iuris stationarii et consuetudinarii etc.*, str. 374.

⁴⁰ V Kost.-Plet., str. 56, izražen nazor, da je bila dosežena polnoletnost z izpolnjenim 16. letom, se ne da vzdržavati.

⁴¹ Prim. za sorodno pojmovanje pri starih Slovanih: Babnik, str. 70.

nas navaja iz jugoslovanske pravne zgodovine znano dejstvo, da Dušanov zakonik imenuje brezpravne robe — otroke.⁴²

Kar se tiče »visoke« starosti, ni niti v gorskih bukvah, niti v zapisnikih o pravnih na vg. zb. nobene omembe, da bi zabranjevala poslovno sposobnost. Edino o tem je bilo na vg. zborih večkrat govora, da vsled visoke starosti ni primoran nihče prevzeti posel »gornika«. Starostna meja pa se ni nikjer označila po številu let.

VII. *Duševna bolezen*. Nerazvitost duha pri otrocih — tu so mišljeni vsi, lastni in tuji — je bila pač sovzrok, da se ljudski sodniki drže dosledno in v vsej dobi, za katero veljajo naša izvajanja, pravila, da odgovarjajo za njihove pregrehe namesto njih njihovi gospodarji, ako žive otroci ob njihovem kruhu pod njihovim krovom.⁴³

Duševne bolezni se ne omenjajo nikjer kot vzrok poslovne nesposobnosti. O »preklicanju«⁴⁴ duševno bolne osebe ni nikjer govora. Pač pa imamo primere, iz katerih izhaja, da blaznost pri storilcu kaznivega ali škodljivega dejanja izključuje kazenskopravno odgovornost.⁴⁵ To je vsekakor znamenito, ko v tistih časih pravega razlikovanja med civilno- in kazenskopravno odgovornostjo še ni bilo.

VIII. *Odhod k vojakom*. Kako so lovili in pestili mlade moške, da so odšli med rekrute, to je poglavje za-se, ki ne spada v okvir te razprave. Pač pa moramo ugotoviti, da je po ljudskem pravu veljalo, da je rekrut takorekoč zapisan gotovi smrti, ali vsaj, da se nikdar več ne vrne. Glede dediščine, ki bi mu v bodočnosti pripala, ni več upoštevan. Preden odide, napravi, če je oženjen, poslednjo voljo, včasih pogojno, da velja če se ne vrne čez 6, 12 ali celo 20 let. Pripetilo se je tudi, da so ljudski sodniki rekrutovo ženo in otroke preskrbeli v pogledu dediščine, ki bi

⁴² Da se nahaja isti pojav pri Čehih, gl. *Babnik*, str. 70 (sklicuje se na *Herm. Jireček*, *Das Recht in Böhmen und Mähren*, I. 48).

⁴³ Da je smatrati t. zv. reprezentančno odgovornost hišnega gospodarja za preostanek kolektivne odgovornosti v smislu hišne zadruge, homo izvajali v § 7. Tu gre za psihologično upravičenost pojava.

⁴⁴ Primer. *Goršič*, *Imenstvo preklicnega reda*. Sl. Pr. 1922, str. 290; *Kelemina*, str. 78.

⁴⁵ *Klev.-Bošt.*, str. 71.

jo imela pričakovati po rekrutu. Preskrba pa se je smatrala za popolno. Seveda je težko določiti, ali ni bil tuptatam odhod k vojakom samo pretveza, da se zakon, ki je postal nesrečen, več ne vzdržuje. Skoraj vedno je prišlo do umešavanja krvnih sorodnikov rekruta in do pravde. Ljudski sodniki so kazali mnogo smisla za socialno plat vprašanja, če so za rekrutom ostali potomci. Kjer pa rekrut ni imel svojcev iz zakona, se navadno nanj sploh ni več oziralo, prav kakor, da bi bil postal brezpravna ali pravno nesposobna oseba.⁴⁶

§ 3. Rodbinske vezi.

I. Pozitivni določbi iz gorskih bukev. Niti v izvorniku g. b., niti v slovenskih prevodih ni posebej govora o rodbinskem pravu kot takšnem. V poštev bi prihajale določbe o sklepanju in ločitvah zakona (braka), o zarokah, dotah, jutrnah, o pravnem razmerju med zakoncema, med starši in otroki, sorodniki in svaki, dalje o postavljanju varuštva in skrbnikov, o dolžnostih varuhov in skrbnikov, slednjič tudi o rodbinski imovinski skupnosti. Namestu vsega tega prinašajo gorske bukve samo dvoje določb, ki smo jih pa deloma že obravnavali: Določbo čl. 12 izv. g. b., ki se z malimi izjemami ponavlja v slovenskih prevodih, o tem, da zapade vinograd kot dediščina tistemu, ki odide brez dovoljenja gorskega gospoda ali sploh brez tehtnih vzrokov iz dežele in ne pomaga obdelovati zemljo svojemu očetu (gl. zg. § 2, II).⁴⁷ — Druga določba pa tiči v čl. 45. izv. g. b., ki govori o malih otrocih brez varuha ali skrbnika (gl. zg. § 2., IV).

Če se sedaj vprašamo, zakaj so prinesle gorske bukve vendar le te dve določbi, drugih pa ne, odgovor ni težak. Oboje določb ima to skupno svojstvo, da je od njih predpisov odvisna rešitev vprašanja, kako naj se ohrani vinogradnikova posest v takšnem stanju, da bo dobival gorski gospod od nje dohodkov. Če se vinograd ne obdeluje ali

⁴⁶ Gl. K temu vprašanju primere iz Kost.-Plet., str. 55; Klev., -Bošt., str. 45; Žužem.-Sot., str. 63.

⁴⁷ »ta ima taisti gerba odrezan biti«; gl. Dolene, Pravni izrazi iz prevodov vinogorskega zakona, ČSJK, l. 1920., str. 83.

če ne dobi svojega stalnonaseljenega hasnovalca, odpade tudi dohodek od pridelka, vinograd postane pušča, a težko, da bi bilo mogoče pozneje ga vnovič napraviti. Za to skrb štajerskih deželnih stanov, ki so zasnovali osnutek gorskih bukev, pač tako, da je vanj prišlo, kar je njim prijalo. Za druge stvari jim ni bilo mar.⁴⁸

Ni da bi šele povdarjali, da se je praktično pravosodstvo slovenskih ljudskih sodnikov mnogokrat tikalo tudi vprašanj o takšnih rodbinskih vezeh, o katerih v čl. 12. in 45. izv. g. b. ni bilo spomina. O njih izvemo marsikaj iz zapisnikov o pravnih na gorskih ali kvaternih sodnih zborih. V naslednjem naj poskusimo orisati, kaj je veljalo kot pravo glede omenjenih rodbinskih vezi, odkod se je snovalo in kaj je postajalo več ali manj sporno.

II. Postanek in učinek zakonske zveze. Zakonsko (bračno) zvezo ustanavlja poroka. O otmici in kupu žene je pač v naših narodnih pesmih še govora, toda le v primerih, ko gre za osebe, ki pripadajo vsaj po eni strani tujemu narodu.⁴⁹ Pred poroko so se sklepale zaroke z zameno prstanov; potrjevali pa so jih z likofom (*Leitkauf*).⁵⁰ Delala pa so se tudi »ženitna pisma«. Če se je zaroka pozneje razdrla, ljudski sodniki niso prisojali odškodnine za sramoto ali kakšno drugačno moralno nevšečnost, ampak dovoljevali so zgolj *restitutio in integrum* zbog premečnega blaga, n. pr. zamenjanega prstana ali drugih že prenešenih stvari.⁵¹

O t. zv. divjih ali koruznih zakonih se nahaja v zapisnikih vinogorskih zborov tupatam spomin; vendar le v tem smislu, da se oba nezakonska druga kaznujeta ali celo iz vinske gorice zapodita.

Kako je bilo z oklici pred poroko, o tem ničesar ne vemo iz zapisnikov. Cerkveno predpisani so bili na četrtem lateranskem (1215) in na tridentinskem cerkvenem zboru

⁴⁸ Gl. Mell, str. 13 nasl., 19 nasl. et passim.

⁴⁹ Gl. Prav. razgl., str. 313; dalje Dolenc: Pravnoistorijski i kriminalno politički pogledi na otmicu, Pravni zbornik, I. (1933) str. 9 nasl.

⁵⁰ Gl. Kost.-Plet., str. 51.

⁵¹ Gl. Žužem.-Sot., str. 63.

(1545—1563).⁵² Domneva je opravičena, da je v tem pogledu oskrbela vse potrebno cerkev sama.

O času poroke dá oče nevesti balo. Če očeta ni več med živimi, pridejo do veljave njegove poslednjevoljne odredbe. Če pa teh ni, je dolžan dati balo tisti brat, ki je prevzel domačijo (kmetijo). Kakovost bale je bila ustanovljena po starih šegah in navadah. Zlasti se je polagala važnost na veliko škrinjo perila in obleke, ki jo dobi nevesta, če gre iz rodne hiše. Za počaščenje poroke so prispevali tudi izvanjski sorodniki z darilom. Darilu so rekli, da je »za pogačo«, a porabiti se je smelo edino le v namen poravnave poročnih stroškov, zlasti za svatbo.⁵³

Rodbina, ki poseduje svoj dom v vinogradniškem okolišju,⁵⁴ ima svojega glavarja in gospodarja v možu-soprogu in očetu.⁵⁵ Dokaz za zakonsko rojstvo se izvaja po župnijskem potrdilu (*Attestation*) in obvelja vselej brez ugovora.⁵⁶ Čuditi se moramo, da so ljudski sodniki sploh smeli v nekoliko primerih razpravljati o zakonskem rojstvu; saj bi spadali taki spori pred duhovno sodišče.

Zakonska zvestoba se zahteva vselej do skrajnega. To ustreza tudi duhu narodne pesmi, ki pravi, da zapade smrti ne samo nezvesta žena, ampak celo nezvesta zaročenka.⁵⁷

Predzakonsko spolno občevanje, ki je imelo za posledico zanositev, je bilo tuptatam predmet tožbâ, ni pa veljalo vobče za vzrok dolžnosti poroke. Enkrat samkrat smo naleteli na primer, da so ljudski sodniki alternativno rzsodili, toženec naj zavedeno deklo poroči ali pa naj ji plača odškodnino.⁵⁸ Zdi se pa, da je bilo precèj v navadi, da je vzel nezakonski oče svoje dete v rejo, ker bi moral sicer nezakonski materi plačevati odškodnino v obliki preživitka za njo in otroka ali vsaj za otroka. Če je nezakonski oče priznal

⁵² Gl. Kušej, *Cerkveno pravo*, II., str. 391, 399.

⁵³ Gl. *Kost.-Plet.*, str. 57; *Zužem.-Sot.* str. 64.

⁵⁴ »Lastino« pravi prevod g. b., »Guetl« izvornik; gl. Dolenc, *Pravni izrazi*, str. 81.

⁵⁵ Hrenov pastirski list iz l. 1631. (*Let. Slov. Matice* 1883) prevaja *Verwandschaft* za »svojest«; gl. Kelemina, str. 85.

⁵⁶ *Prim. N. m.* str. 66; *Kost.-Plet.*, str. 53.

⁵⁷ Gl. *SNP esmi šte v. 131, 142, 140, 120*; *Prav. razgl.*, str. 315.

⁵⁸ *Prim. Kost.-Plet.*, str. 52.

očetovstvo svojemu nezakonsko rojenemu otroku, naklonil mu je s tem sposobnost dedovanja, vendar ne po pravilih, ki so veljala za zakonske potomce, ampak le po primernosti.⁵⁹ Da bi se bili nezakonski otroci že pri krstu nekako kot takšni žigosali s tem, da dobe ime manjznanih svetnikov (n. pr. Pankrac, Servac, Tekla i. pod.), o tem v pogledu na zapisnike vinogorskih zborov, ki prinašajo ogromno število krstnih imen, ne more biti nobenega govora.

Adopcije (posinovljenja, pohčerenja) kot take niso bile v navadi; vsaj o kakšnih pravnih sporih ne poročajo zapisniki.⁶⁰ Pač pa je poznalo slovensko običajno pravo glede na zakonce brez otrok »rejenec«, ki niso bili nezakonski otroci gospodarja, in je bil njih položaj tak kot pri *filiu adoptivi*. Gre jim nekoliko pravic do imovine rejnika, toda zdi se, da le do gotovine in premičnega blaga, ne pa do zemlje same. Če pa se je stvar razdrla, da je rejenec zapustil rejnika, ni smel zahtevati odškodnine za opravljana dela.⁶¹

Obseg očetovskih pravic je bil velik. Ljudski sodniki so smatrali celo pri odraslih osebah za dopustno, da oče sina za kazen udari ali tepe. Gorje pa, če pride narobe. Niti v obrambo se sin očeta ne sme lotiti, in če ga hudo kaznujejo.⁶² Ni nobene razlike glede očetovske oblasti, če gre za sina ali hčerko.⁶³

O ločitvi zakona (braka) pred ljudskimi sodišči ni moglo biti govora. Take stvari so spadale pred cerkveno sodišče.

Samovoljnega razdiranja bračne vezi pa ljudski sodniki niso trpeli. Če je žena zapustila moža zbog njegove sirovosti, zagrozili so možu-soprogu, da mu izrekó zapad vinograda, če je ne pripravi do tega, da se vrne k njemu. Če pa je žena iz objestnosti zapustila nebogljenega moža, zagrozili so ji s sodbo, da jo privedejo nazaj, pa najsi jo najdejo pod katerokoli gosposko.

⁵⁹ Prim. Kost.-Plet., str. 53.

⁶⁰ Toda prim. Kelemina, str. 83 k besedi »skutnik« (»Adoptivsohn«), o kateri se je vršila svoj čas (1850—1853) med Slovenci časni-karska polemika.

⁶¹ Prim. Klev.-Bošt., str. 44. in Kost.-Plet. str. 56.

⁶² Kost.-Plet., str. 54.

⁶³ V narodni pesmi pa je stvar drugačna; tu je oblast staršev večja nad hčerkami. Gl. Pravn. razgl., str. 313.

§ 4. Varuštvo in skrbništvo.

I. Slovenski pravni izrazi. Ti so zajemljivi za to, ker kažejo, da je ves institut varuštva prenešen iz tujega prava k Slovencem. Njim, ki so živeli še v hišnih zadrugah, ni bilo kar nič potreba, postavljati varuhe ali jerober.⁶⁴ Germansko pravo je prvotno polagalo važnost na to, da bo zastopan po najbližjem moškem sorodniku (*»Schwertmagen«*) tisti član roda, ki še ni borben, t. j. sposoben za vojsko, bilo da gre za imovinske in osebnopravne korake tega mladostnika, ki naj bi jih on sam storiti moral, bilo da ga treba procesualno zastopati. Ta zastopnik se je zval po stari visoki nemščini »Foramunde« in »gerhabe«. Oba izraza hkratu sta prišla do uporabe v čl. 45. izvir. g. b. *»vormünder oder gerhaben«* glede *»unvogtbare Kinder«*, kar pa zopet kaže, da so vsaj pojmovno eksistirali tudi še *»Vogt«*-i (*»advokati«*). Slovenski prevodi so ob teh pleonaznih stali pred težko zagonetko, kaj naj pomeni *Vormund*, kaj *Gerhab*. Prevodi se glase: »kateri nikar varhou jenu gierobu imajo«, ali »gerbu ali dobreh namestniku« ali »gerobou inu sogornikou«; nekateri prevodi pa so to mesto sploh izpustili. En prevod (iz l. 1644) rabi kumulativno za oba izraza samo izraz »namestnik«, s čimer je še najbolj zadel pravo: Po vsej priliki v tistih časih ni bilo razločka med varuhi in »jerobi«, izraza sta bila torej sinonimna.⁶⁵

Če smo dali temu oddelku razpravice naslov »Varuštvo in skrbništvo«, ustreza to modernemu pravnemu pojmovanju, ki pa stvarno tudi življenjskim zasnovam prejšnjih stoletij med Slovenci ni moglo biti tuje.

II. S a m o u p r a v n o s t. Doba samoupravnosti je bila odvisna od polnoletnosti, v izvirniku se imenuje *»Vogtbarkeit«*. Nepolnoletni otroci — *»unvogtbare Kinder«* — bi morali imeti svojega varuha (jeroba, namestnika), pa ga, kakor izhaja iz vsebine čl. 45. izvir. g. b., mnogokrat vendar

⁶⁴ O domnevi, da je bilo koncem 13. stoletja še sledov o »hišni zadrugi« tudi pri Slovencih, gl. Zontar, str. 166, 167. dalje Gruden, loc. cit., str. 8 nasl.

⁶⁵ Gl. Dolenc, Pravni izrazi, str. 82, 89, 90.

niso imeli. »*Unvogtbar*« prevaja boštanjski prevod »neizročeni« otroci, soteški pa »majheni nesrestheni otrozikiy«. ⁶⁶

Nastane samo po sebi vprašanje, do katere dobe starosti naj so otroci »*unvogtbar*«, t. j. nepolnoletni. Izhajati moramo iz določbe čl. 45. izv. g. b., ki pravi: ⁶⁷ kdor ima v posesti in uživa (»*nuz und gwer*«) vinograd ali zemljišče, ki leži na vinski gorici leto in dni ⁶⁸ brez ugovora (*unversprochen*) od strani osebe, ki stanuje v deželi, ta se lehkò sklicuje na to kot svojo pravico, ter je gorsko pravico priposestvoval in se mu odtlej več ne izpodbija; izvzeti so samo »*unvogtbare Kinder die nit vormunde oder gerhaben haben, den soll es bis zu sechszehn jare zu ersuechen bevorsteen*«.

Iz zgodovine tega čl. 45. vemo, da je bila prva redakcija krajša, ker ni govorila o priposestvanju, ampak samo o tem, da je posestnik »*gen meniglich geruet*«; dalje pa tudi, da je mnenje nižje avstrijske vlade in komore dalo določbi čl. 45. svoj »*placet*«, »*doch mit dieser Miltterung, das den minderjährigen für XVI*« (16!) »*acht jahr gesetzt werde*«. Navsezadnje pa je ostalo pri — 16 letih!

Vpraša se, ali naj bo maloletniku dovoljeno do njegovega 16. leta življenjske dobe zahtevati od druge osebe uživano zemljišče, ki je bilo njegovo, nazaj, — ali pa je veljalo 16 let kot rok, v katerem sme zahtevati maloletnik, čeprav je 16. leto že preživel, svoje posestvo nazaj? Po pravilnem mnenju je treba tolmačiti izraz »*miltterung*« v prid tistega, ki je priposestvoval zemljo, ki je »*jar und tag unversprochen*« ostala; o njem je govora, njegove pravice se ustanavljajo, toda z utesnitvijo, če si je prilastil zemljišče od nekega maloletnika. Nižje-avstrijski vladni komori se je zdela doba 16 let za vzpostavitev zemljišča maloletnika predolga; hotela jo je skrajšati na polovico. V tem pogledu moramo vpoštovati, da je nemško državno pravo v srednjem veku ustanavljalo enako pravico: kdor

⁶⁶ Ibidem, str. 82. Vidi se nerazumevanje pravega pomena instituta nesamoupravnosti.

⁶⁷ Cit. po Mell, str. 142.

⁶⁸ Po germanskem pravu je to pomenilo eno leto, šest tednov in tri dni. Po vinogorskem pravu pa so imeli Slovenci poseben rok za navedbo dokazov, ki je trajal 6 tednov in 3 dni. Gl. Kost.-Plet., str. 104, 150.

je imel zemljo »*in gihwald undi giwerin iar undi tac unvir-sprochin*«, ta jo je priposestvoval. Toda če je bil prejšnji posestnik izven dežele, pa pride nazaj, ta ima pravico »*bin demi iari und bin demi tagi*«, odkar se je vrnil, za zemljo tožiti.⁶⁹ Tu se vidi, prvič, da je šlo za zamolčanje tožbene pravice, drugič, da je vsebina čl. 45. izv. g. b. p o s n e t e k n e m š k e g a d r ž a v n e g a p r a v a, da mora torej v obeh ozirih pomeniti to, kar smo zgoraj trdili. V tem smislu nam je tudi razumljiv R e c l j e v prevod čl. 45 »tim istim« (scil. »ne odrastheni otrozi«), »ima noter XVI leit obiskanje napre stati«.⁷⁰

S to razlago seveda še nismo ničesar pridobili za vprašanje, do kedaj se je — po letih starosti smatrala neka mladostna oseba za »*unvogtbar*«. V tem pogledu pa se moramo sklicevati zopet na to, kar smo zgoraj v § 2, VI. izvajali. Baš ta ugotovitev nas navaja na misel, da je morala biti starostna meja za samoupravnost nizka, menda 12 let. Navedeno mnenje nižjeavstr. vlade potiska dobo za zamolčanje na 8 let, kar bi ustrezalo življenjski dobi 20 let za reklamacijo zemljišča in s tem tudi praktični potrebi po zaščiti, dočim se pride pri 16 letni dobi za zamolčanje že v zrelo možko dobo. Iz prakse nismo zasledili niti enega primera, kjer bi se pravda tikala predpisa čl. 45. g. b.

III. P o s l o v a n j e v p r a k s i. Kako se je ugotovila doba, ki je veljala za dobo samoupravnosti, ne vemo. Domnevati smemo, da se je to vršilo samo *ad hoc*, ko je bilo varuha treba, ker mladostna oseba še ni bila zrela za samoupravnost.

Kdo je postal varuh osirotelim otrokom? Pred vsem je bilo dopustno, da je bila mati varuhinja. Na gorski pravdi z dne 16. oktobra 1659 (Gazice) so ljudski sodniki izrekli, da je mati celo n u j n a varuhinja (*Notgerhabin*).⁷¹ Sicer pa je v pravnih zapisnikih mnogokrat govora o varuhih, ki nastopajo kot bližnji možki sorodniki za varovance sirote.

⁶⁹ H. Meyer, l. c., str. 120.

⁷⁰ Gl. Letopis Mat. Slov. 1889, str. 189. Glede izraza »Obiskanje«: DoIenc, Pravni izrazi, str. 82; v mislih je izvensodni opomin, ki mu sledi eventualno tožba pred sodiščem, v našem primeru, na vinogorskem zboru.

⁷¹ Gl. Kost.-Plet., str. 56. Toda tudi možki varuh se je včasih imenoval »Notgerhab«; gl. Kost., str. 19.

Varuh lahko sam oskrbuje kmetijo za sirote, jih preživlja in odgaja, preostali preživitek pripade njemu samemu. Po že zgoraj (§ 2, VI.) citiranem novem varuškem redu Leopolda I. bi morali varuhi ob nastopu gospodarstva položiti prisego in dajati vsako leto račun o uspehih gospodarstva. V naših zapisnikih o vg. pravnih ni za dobo ne pred Leopoldom I., ne za njim niti najmanjšega spomina o kakšni takšni zaprisegi. Zdi se nam zelo dvomljivo, da bi bil omenjen novi varuški zakon veljal za vinogradniško ljudstvo pod gorsko palico. Ljudski sodniki so pač po starodavnih običajih odredili — bržčas s pristankom gorskega gospoda — sami varuha tistim osebam, ki zbog svoje mladostne dobe niso bile sposobne, da bi svoje koristi varovale, toda le tedaj, če je nastala za to praktična potreba. Včasih so odredili, da dobi kmetijo zakupnik, a dati je moral hipoteko za varnost zakupnine.⁷²

Včasih pa je bilo vendar treba postaviti mladostni osebi takšnega zastopnika njenih interesov, ki bi ga imenovali po današnjem pravu skrbnika. V nekem zapisniku z dne 16. julija 1765. (Koglo) je navedeno, da treba postaviti varuha za otroka nekega posestnika, ki so mu baš odrekli vinograd; žal, ni zapisano, koliko let je otrok imel in kaj je bilo z njegovo materjo. Vsekako kaže ta primer, da so ljudski sodniki odločali o potrebi postavitve nekakšnega oskrbovalca otrok. V tem primeru so namreč rekli, naj se postavi nekdo, »*welcher dessen Kindern zu Behuet sich annehme*«, in to predvsem od zemljiške gosposke, če pa ta ne bi hotela, od gorske gosposke (*Bergobrigkeit*).⁷³

Kdaj je prišlo do tega, da so vse varuške stvari prešle izven oblasti in pristojnosti ljudskih sodnikov, se iz zapisnikov o vinogorskih in drugih ljudskih sodišč ne dá točno razbrati.

Skrb za maloletnike je omenjena, kolikor smo mogli iz listinskih virov spoznati, v instrukciji za upravitelja graščine Soteska iz l. 1752. Toda zapisniki kažejo, da so se navzlic temu še desetletja take stvari obravnavale na vinogorskih zborih ljudskih sodnikov. Grajščinski upravitelj se

⁷² Gl. Kost.-Plet., str. 56; Kost., str. 21.

⁷³ Gl. Klev.-Bošt., str. 44.

imenuje pač »*Verwaller und resp. Vogtobrigkeit*« leta 1754., toda tudi še po tej letnici imamo primere, ko se rešuje vprašanje o shranitvi dediščine pupila na ta način, da naj gre skupiček pridelka v hrambo kakšnega duhovnika, prav kakor se je to že večkrat prej ukrenilo. Šele v letu 1761. zasledimo dispozicijo, da se pupilov denar naloži na gradu Soteska *ad fructificandum*, leta 1804. pa je prvič govora o »*Seisenberger Waisenkasse*«.74 Kako je bilo v drugih okoliših ljudskih sodišč, ne vemo, ker zapisniki ne segajo v dobo preko Jožefa II. Baš ta vladar pa je izdal jurisdikcijsko normo z dne 21. aprila 1781., po kateri so ostale pravica zapuščinske razprave, preskrba sirot in iz teh stvari sledeče pravice zemljiški gosposki po starih običajih, ako je dobilo krajevno sodišče (*Ortsgericht*) pravosodstvo nad podložniki, ki imajo hišo ali stanujejo v hiši, ki spada pod drugo zemljiško gosposko.75 Z ustanovitvijo »gospodarskih uradov« (*obrigkeitliche Wirtschaftsämter*) z dekretom z dne 21. avgusta 1788 pa so dobili le-ti v stvareh »*des adeligen Richter-amtes*« nalogo, da nastavljajo varuhe in nadzirajo sirotinsko imovino.76

§ 5. Imovinske razmere med zakonci.

I. O z n a č b a s p l o š n i h t i p o v. O imovinskih razmerah med zakonci gorske bukve niti v izvirniku niti v prevodih ne vedó ničesar povedati; pa tudi v zapisnikih o ljudskih zborih je bilo prilično malo takih pravnih, iz katerih bi mogli spoznati, kakšno je bilo imovinsko razmerje med zakonci največkrat, redno ali tipično. V poštev bi prihajali sledeči tipi:

a) Upravna skupnost (*»Verwaltungsgemeinschaft«*). Po germanskem pravu je temeljila na zamisli, da ima soprog varuško oblast glede vsega, kar je prinesla soproga v zakon. Po smrti svojega soproga pa dobi žena nazaj svoje premoženje (*die Gerade*), jutrnino (*»pretium virginitatis«*), polovico preostalih živil; tudi sme še 30 dni po smrti soproga uživati zapuščinsko imovino. Če pa umre soproga pred mo-

74 Gl. Žužem.-Sot., str. 44, 61, 62.

75 Gl. Tschinkowitz, Darstellung der politischen Verhältnisse, I., str. 355, 356.

76 Ibidem, str. 386, gl. tudi Žužem.-Sot., str. 62.

žem, dobe njeni ženski potomci samo njeno žensko obleko, pa perilo (*»Niftelgerade«*). Ostale nepremičnine, ki jih je umrla žena prinesla v zakon, pa se razdele med dediče po stanju ob času poroke. Po ljudskem običajnem pravu slovenskih vinogradnikov upravna skupnost ni nikjer veljala, vsaj v tej obliki ne. Le v nekaterih okoliših spominja postopek pri dedovanju po načelu *»was nach dem Huet khombt, soll auf den Huet i. e. Sohn und nit Tochter fallen«*, ali *»was nach der Petzen«* (peča) *»khombt, dass fallt und gebührt den Tochttern«*,⁷⁷ na to, da so se vendar nekako strogo razlikovale premičnine po izvoru prvotne lastninske pravice enega ali drugega zakonca. To pravo pa ni identično z ustanovo germanskega porekla, ki se imenuje *ius recadentiae*; ono se ravna po načelu *paterna paternis, materna maternis (Fallrecht)* in je prišlo vpoštev za primer, da v rodbini ni bilo otrok; v slovenskem običajnem pravu pa je veljalo omejeno pravo baš za primer dedovanja otrok obojega spola iz istega zakona.⁷⁸

b) Imovinska skupnost (*»Gütergemeinschaft«*) je bila zlasti predmet razpravljanja v Švabskem zrcalu in je obstojala v tem, da so bile vse premičnine podvržene oblasti moža — soproga; o obojestranskih nepremičninah pa sta smela razpolagati oba zakonca samo skupno. Ta tip imovinskega razmerja med zakoncema ni bil nikoli predmet pravnih naših ljudskih sodiščih. Še manj pa t. zv. *»nadaljevalna imovinska skupnost«* (*»communio prorogata«*, *»fortgesetzte Gütergemeinschaft«*), ki je dovoljevala, da ostane imovina obeh zakoncev po smrti prvoumrlega skupna last vdovelega soproga in otrok. Le izjemoma so slovenski ljudski sodniki dovoljevali vdovi, da je užívala vinograd do polnoletnosti sina.⁷⁹

c) Tretji tip je bil rimskopravni dotalni sistem, ki je pridrževal vsakemu zakoncu posebno last na njemu pripadajočem blagu premičnin in nepremičnin, toda

⁷⁷ Prim. Kost.-Plet., str. 59; Klev.-Bošt., str. 205; prim. Dolenc, Kmetstvo dedno nasledstvo, str. 33.

⁷⁸ Prim. Babnik, str. 73; Polec, O retraktni pravici na našem ozemlju, Sl. Pr., 1929, št. 1—6.

⁷⁹ Gl. troje primerov v Kost.-Plet., str. 56.

doto izročča soproga kot izločeno imovino soprogu v užitek *ad onera matrimonii ferenda*. Tudi tu se je pri dedovanju postopalo po načelu *paterna paternis, materna maternis*.

II. S l o v e n s k i t i p. Kateremu teh primerov tipov se je približevalo običajno pravo na naših ljudskih sodnih zborih? Odgovor je težak, ker moremo le iz poedinih vprašanj problema sklepati na celoto. Največkrat so dobivali ljudski sodniki na vg. zborih posla s tožbami za doto, ki ni bila plačana, dasi obljubljena. Zelo značilno pa je za ves čas pravedanja po določbah gorskih bukev, da se zamenjavata instituta dote in jutrna. Dočim je veljalo na Štajerskem strogo po rimskopravnem načelu, da znači jutrna »*praemium ommisae virginittatis post primam nuptiae diem*«, da je torej d a r soproga, imajo po pravu, veljajočem na vsem Dolenjskem, možnost obljube jutrne (*Morgengab*) tudi tast, tašča in sicer v naprej, pred poročno nočjo ali samo poroko; obljuba je pa jo soprog in sprejme soproga tudi še p o z n e j e p o p o r o k i, celo s poslednjo voljo.⁸⁰ Zasledili smo celo primer »jutrne«, ki obstoji v vinogradu, a jo je dala vdova svojemu drugemu soprogu *ad dies vitae*. Tu je bil torej izključen pravi rimskopravni pomen jutrne in je jasno, da se je pod tem izrazom pojmovala vobče *dos adventitia*.⁸¹ Tast je smel n. pr. zahtevati jutrnno moža nazaj, ko mu je soproga umrla, a možu so jo mogli ljudski sodniki pustiti nadalje do njegove smrti. Če je šel mož kot rekrut od žene v vojake, smela je zapuščena žena od svojega tasta tirjati obljubljeni »jutrnno«.

Zaženilo (»*contrados*«), ki se daje od moža nevesti ali soprogi navadno v višini dote, ki jo je prinesla soproga kot tako v zakon, se omenja nekolikokrat.⁸²

⁸⁰ Glej Kelemina, str. 62, ki prinaša podatke o jutrni na Krasu in ob Pivki; ona obstoji v darilu krave ali ovce. V narodnih slovenskih pesmih je mnogokrat govora o doti, da jo daje oče, mati, stara mati (štev. 134), enkrat celo starejša sestra (str. 80); jutrna je omenjena v štev. 108. Gl. P r a v. r a z g l., str. 314. O primerih zamenjavanja dote z jutrnjo gl. N. m., str. 69; Kost.-Plet., str. 57; Klev.-Bošt., str. 45.

⁸¹ Žužem.-Sot., str. 63.

⁸² Tudi slovenska narodna pesem pozna ta institut: gl. štev. 750; P r a v. r a z g l., str. 314; Žužem.-Sot., str. 63.

Iz vsega doslej navedenega gradiva se vidi na eni strani, da čisti rimskopravni dotalni sistem med slovenskim kme-tiškim ljudstvom ni obveljal. Na drugi strani pa so slovenski ljudski sodniki včasih priznavali zelo dalekosežne pravice v pogledu na upravo imovine soproge, da si pravnega raz-loga za to ni bilo. Ko je žena v nekem primeru zahtevala vinograd, ki je bil njena last, nazaj, pa ji je ga bil soprog prodal tujemu človeku brez njenega privoljenja, so ljudski sodniki preiskavali samo to, ali je bila kupna pogodba z *extraneus*-om od gorske gospode potrjena, kakor zahtevajo to gorske bukve, ali ne.⁸³ Ker je bilo temu tako, so njeno tož-bo gladko zavrnilo. Zelo mnogokrat srečamo v pravnih pred ljudskimi sodišči, da je zastopal soprog-gospodar svojo ženo pred sodiščem brez vsakega pooblastila od njene strani, ne da bi se kdorkoli na tem izpodtikal. Pooblastilo je bilo veljavno takorekoč *ex lege*, da si g. b. tega niti z besedico ne omenjajo. *Lex* je bila torej tu običajno pravo. (Nasprotno pa je zabeležen primer, da je vložila žena tožbo pri ljudskem sodišču namesto moža radi lastnine na vinogradu, a je bila njena tožba zavrnjena; ta primer pa se je pripetil že po veljavnosti jurisdikcijske norme Jožefa II.).⁸⁴ Ne sme se pa prezreti na drugi strani, da je mož odgovarjal za krivična dejanja ali zločine svoje žene prav kakor tudi svojih otrok po načelih reprezentančne odgovornosti hišnega gospodarja, namreč, za ljudi, ki živijo pod njegovim krovom in ob nje-govem kruhu, torej po smislu zadružne kolektivne odgo-vornosti (§ 2, VII.).

Iz vsega tega izhaja, da sta se v pravni zavesti slovenskih sodnikov borila za prvenstvo germanskopravna upravna skupnost in pa rimskopravni dotalni sistem, ne da bi bilo prišlo do izrazito enotnega slovenskega tipa za vse kraje in vse čase. In vendar bi bilo zmotno, ako bi iz tega sklepali na izvesten kaos glede imovinskih razmer med zakoncema. Vse pravno življenje, pa tudi ono med zakoncema, se je vršilo po ustaljenih običajih avtonomno-patriarhaličnega značaja, t a k o d a j e i m e l m o ž - g o s p o d a r p r v o b e s e d o v

⁸³ Gl. Klev.-Bošt., str. 46.

⁸⁴ Klev.-Bošt., str. 46: Pravda na Topolovcu aprila meseca 1788.

rodbini, a žena kot njegova zvesta družica pa tudi svoje imovinske pravice.

§ 6. Prevžitkarstvo.

Prevžitkarstvo⁸⁵ je germanskega pravnega porekla. Ono temelji na pogodbi (*contractus vitalitius, Leibgedings-, Ausgedingsvertrag*), ki jo sklenejo ostareli starši z enim otrokom tako, da prevzame prejemnik kmetije le-tó v lastno posest in hasnovanje, a se zaveže, da bo vzdrževal stariše do njihove smrti, druge brate in sestre pa izplačal na pogojen način (»odpravščina«). V naših zapisnikih o vinogorskih pravnih se nahajajo prežitkarske pogodbe kot predmet tožbâ še le v dobi okrog 1700. leta; prej ne. To znači, da je precèj dolgo trajalo, preden je prišlo v našem kmetiškem ljudstvu do uporabe tega tujega instituta.⁸⁶ Zdi se da je bilo takih primerov, da so stariši oddali kmetijo sinu in šli v kot,⁸⁷ zelo malo. Zadružna ideja je še vedno pritajeno gospodovala: Stariši in otroci so bili po slovenskopravni miselnosti nerazdružljiva celota do smrti očeta-gospodarja.

Kdo je bil prejemnik kmetije po stariših, bodisi da gredo v kot, bodisi, da pride do dedovanja po gospodarjevi smrti, o tem gorske bukve ničesar ne povedó.⁸⁸ Pravd v pogledu takšnega prevzema je bilo zelo malo. Če količkaj mogoče, je prevzel gospodarstvo za očetom najstarejši sin. In vendar je prišlo precejkrat do delitve kmetije med več sinov, zlasti če je bila tako obsežna, da je mogla rediti več rodbin. O pravici »glavnega dediča« (*Anerbenrecht*) med Slovenci ni bilo niti sluha. Razlikovanja med celo-, pol-, ali četrt-zemljaki glede vinogradnikov v zapisnikih vg. zborov nismo zasledili; pač pa, če je šlo za posestva izven vinskih gor.⁸⁹

⁸⁵ Izraz »užitek« uporabljajo slov. prevodi za »gewere«. Gl. Dolenc, Pravni izrazi, str. 89.

⁸⁶ Primeri: v Kost.-Plet., str. 56, Klev.-Bošt., str. 47; Zužem.-Sot., str. 64.

⁸⁷ Kelemina, str. 66, pravi, da je izraz »kot« prišel iz nemškega »Kott«, »Kotthäusle«. Mi pa bi iz socioloških razlogov sklepali narobe, da je nemški jezik prevzel naš kot. O sinonimih za »kot« — »liberga«, »odmetek« gl. ibidem, str. 68.

⁸⁸ Prim. tudi Gruden, str. 39, 44.

⁸⁹ Gl. Kelemina, str. 91. Glede pravnih o prevzemu kmetije gl. N. m., str. 66; dalje: Kmečko ded. nasl., str. 34.

Največ pravn se je izcimilo radi nezadostnega vzdrževanja starišev ali radi neizplačila prevzetih dolžnosti. O pravici do prevzema kmetije ni bilo pravn. Ali bi smeli iz tega sklepati na dobre razmere med »stariimi« in »mladimi«, ki da niso zlepa dopuščale sporov? Če uvažujemo, koliko in kako grdih pravn morajo dandanes sodišča reševati vprav radi sporov glede prevžitkarjev, moramo pač reči, da so bili stari časi v tem pogledu mnogo boljši. Zdi se pa, da je imela v tem vprašanju blagodejnega vpliva zlasti določba patriarhalne narave, o kateri smo že opetovano govorili, namreč, da je izgubil vso dediščino tisti, ki je zanemarjal dolžnost podpirati svojega očeta pri obdelovanju zemlje.

Značilno je glede prevžitkarskih pravn, da so se vršile vseskozi, kjer je šlo za mačehe. Ljudski sodniki so reševali te primere po prostem prevdarku, ipak tako, da so našli primerno pot: največkrat je prišlo do mirne poravnave.

§ 7. Rodbinske (hišne) zadruge.

I. O s t a n k i h i š n e z a d r u g e. Ustanova rodbinske (hišne) zadruge se je vzdržala med priseljenci Srbi (-Uskoki) na južnem pobočju Gorjancev do današnjih dni. Ti Uskoki so se naselili v dobi od l. 1530. naprej, največ v Žumberku in si ohranili hišno zadrugo kot svojo ustanovo.⁹⁰ Sicer pa moramo zazreti tudi v dejstvu, da imamo v celi vrsti vasi na Belokranjskem, ki se imenujejo po rodbinski označbi, ponavljajoči se skoraj brez izjeme pri vseh rodbinah iste vasi, preostanke nekdanjih velikih združnih organizacij med Slovenci.⁹¹ Dandanes pa gineva tudi med Uskoki združno življenje. Peč poderó, kar znači simbolično, da nočejo več vzdrževati združne skupnosti, in se razidejo.

Med slovenskimi vinogradniki se hišne zadruge niso pojavljale, vsaj od časa dalje, od katerega poznamo najstarejše zapisnike o vg. zborih, t. j. od l. 1590., ne, dasi se tičejo pravde sempatam tudi takih vinogradov, ki so ležali na južnem pobočju Gorjancev.

⁹⁰ Gl. Jos. Mal, Uskočke seobe i slovenske pokrajine, str. 112 nasl.

⁹¹ Gl. Gruden, l. c., str. 8 nasl.; Babnik, str. 72, 73.

II. Pravni spomini na nekdanje hišne zadruge.⁹² In vendar si smemo predstavljati, da je nekdanj tudi med slovenskimi vinogradniki živela neka oblika rodbinske skupnosti, ki je rodbinske člane iste krvne vezi spajala v organsko celoto in imela izrazite poteze hišnih zadrug, ki se še danes nahajajo med Srbi in Hrvati.

Govorili smo že o dejstvu, da je smel mož celò nepremičnino svoje žene odprodati; da odgovarja za škodo, ki je nastala zbog kaznivih dejanj svojih ljudi, če živé pod njegovim krovom in ob njegovem kruhu (gl. zgoraj § 2, VII in § 5, II.). Imamo še tudi institut pravice prvenstva pri nakupu vinogradov (*Einstandsrecht*),⁹³ ki je sicer stvarna retraktna pravica, pa se v mnogočem razlikuje od germanskopravne pravice t. zv. »*Näherrecht*«,⁹⁴ ker povdarja zlasti obveznost ponuditi nakup zemljišča najbližjim sorodnikom, za tem še le sosedom. Po tej okolnosti vidimo, da je pravica prvenstva pri nakupu preostanek ideje hišnozadružne organizacije. Naj pokažemo še na dejstvo, da je poznalo tudi črnogorsko pravo podobno pravico; samo dolžnost slovenskega vinogradnika, da ponudi nakup najprej gorskemu gospodu, je tam izpala, ker Črna gora v državi ni poznala fevdalnega ustroja, pač pa zadružno življenje. Tako gre slovenski pravici prvenstva pri nakupu, dasi spada v imovinsko pravo, vendar le funkcija ideje hišne zadruge.⁹⁵ Jasno je, da so se vinogradniki branili tujcev kot sosedov in da so stremeli za tem, da ostane zemlja domačinom, ki so se vsi poznali od mladosti; saj so si prisvajali in krepko izvajali celo pravico izobčenja nevšečnega vinogradnika iz vinske gorice... Krepka zavest skupnosti domačinov na vinski gorici je tu prav posebno povdarjena. Tudi način kaznovanja na vg. zborih v »srenji« kaže na to zavest: vsakdo, ki stanuje v vinogorskem okolišu naj izve, s kom ima opraviti, na skupnem zboru. Celo boljši pravni položaj nezakonskih otrok je nemara nastal pod vplivom ideje hišne zadruge. Po german-

⁹² O vsem tem poglavju glej našo obširnejšo studijo: *Rechts-idee des Kollekt.*

⁹³ Gl. Kmet. ded. nasl., str. 23, 24.

⁹⁴ Gl. Polec, O retraktni pravici na našem ozemlju, loc. cit., str. 7 nasl.

⁹⁵ Gl. N. m., str. 63, op. 46.

skem pravu »*spurii et incestuosi liberi excluduntur a successione*«, po slovenskem običajnem pravu pa jih nezakonski oče vzame mnogokrat za svoje na dom (§ 3, II.).

Ves socialni ustroj vinogorskega okoliša s svojimi patriarhalničnimi nazori o rodbinskem pravu, vse takisto patriarhalnično urejeno pravosodstvo nam kaže, da je bilo nekdanj v pradavnini celokupno prebivalstvo vsakega vinogorskega okoliša takorekoč ena sama velika hišna zadruga. Ta organizacija se je sicer od postanka gorskih bukev dalje vedno bolj razkrajala, a ostali so vendar le izvestni spomini na nekdanjšnjo kolektivno skupnost. Odpravila je te spomine še le avstrijska centralistična, rimskopravno orientirana zakonodaja iz druge polovice osemnajstega stoletja.

Zusammenfassung.

Personen- und familienrechtliche Fragen in der Rechtsprechung der slovenischen Volksrichter.

Die Grundlage der Abhandlung bildet das in Fortbildung der einschlägigen Bestimmungen des Bergrechtsbüchleins (1543) entstandene Gewohnheitsrecht der breiten Schichten des slovenischen Volkes in den Weingebieten und auf dem flachen Lande, wie es aus den Protokollen der Volksgerichte aus dem 16. bis 18. Jahrhunderte hervorleuchtet. Auf dieser Basis werden Gründe und Arten der Einschränkungen der persönlichen Recht- und Geschäftsfähigkeit in Bezug auf Alter, Geschlecht, Geisteskrankheiten, Aufenthalt außer Landes und Rekrutierung dargelegt. Anlangend die Familienbande, das Vormundchaftswesen, das Ausgedinge werden die Bestimmungen des Bergrechtsbüchleins, sowie deren abwegige Fortentwicklung dargestellt. Eine besondere Erörterung wird den Vermögensverhältnissen zwischen den Eheleuten gewidmet; sie wird mit dem Versuche der Aufstellung eines Typus der slovenischen Bauernfamilie des behandelten Zeitabschnittes beschloßen. Dabei wird schließlich auf Momente hingewiesen, die zwar nur rudimentär vorhanden sind, doch sicher auf die ehemals allgemein bestandenen, im ersten Drittel des Mittelalters eingegangenen Hauskommunionen zurückzuführen sind.

Boris Furlan:

Teorija pravnega sklepanja.

U v o d.

Pravo je, kakor je s pesniško jasnovidnostjo dejal Dante,¹ *hominis ad hominem proportio*, torej neki odnos ali relacija med ljudmi. Ker pa ljudje ne živijo nikoli posamič, marveč vedno le v večjih ali manjših občestvih, se kot nadaljne svojstvo prava navaja njegova socijalnost: *ubi societas ibi jus*. Seveda pravo ne more urejati vseh družbenih odnosov, kajti poleg pravnih imamo tudi norme izvirajoče iz nračnosti, običaja itd., ki delujejo v socijalnih telesih, včasih vzajemno s pravnimi normami, včasih v nasprotju z njimi. Kolikor pa ureja pravo socijalno sožitje, toliko obstoji iz norm, ki jih v zavestnem preudarku oblikuje in prav tako zavestno uporablja človeški um. A kot tvorba razuma se mora pravo izražati v razumskih sodbah. Do koder sega človeški razum in išče ter izbira najprimernejša sredstva za neke ekonomske ali splošno praktične smotre, do tod — a ne dalje — se razteza tudi pravo: svet prava se ustavlja ob mejah racijonalnosti. Kot tretjo svojskost prava moramo torej poudariti njegovo razumnost in s tem v zvezi njegovo logičnost, ker je logika pač najizrazitejša formalna funkcija razuma.

Vezi med logiko in pravom niso ostale neopažene. Čeprav se ponavlja že od Aristotela² sem, da družbene vede ne dopuščajo matematične eksaktnosti, hvalijo zgradbo prava kot strogo logično tvorbo, ki se odlikuje po določnosti vzajemno povezanih pojmovih likov in v kateri vladajo brez

¹ De Mon. L II, 5; Giorgio Del Vecchio, La Giustizia, 1924, 6.

² Eth. Nic. I, 3.

pridrška principi identičnosti, protislovja in izključenega tretjega. Posebno pa je primemba prava kaj hvaležen predmet vzhičenja nad logičnostjo prava. Po znanem, a nekoliko pretiranem reku Trendelenburga³ ni logika praktično nikjer tako pomembna in učinkovita kakor v pravu, kjer zgubi trgovec v procesu svoje premoženje, kjer se vrata kaznilnice zaprejo za kršilcem zakona in pade sekira na morilčev vrat — vse to — »in Kraft der Definition und des Terminus medius«.

Upravičeno bi smeli torej pričakovati, da so odnosi prava in logike vsestransko razsojeni, saj je naš kontinentalni pravni sistem star nad 2000 let, logika pa po znanem Kantovem reku ni od Aristotelovih časov prav nič napredovala. Prilike in časa torej dovolj, da bi se v področju pravne filozofije izoblikovala posebna pravna logika, ki bi ustanovila razmerje do logike drugih ved, upoštevala vse svojskosti prava kot posebnega predmeta in vsestransko osvetlila to svojevrstno duhovno dejavnost, ki pripada praktično najpomembnejšim pojavom socijalnega življenja.

V nasprotju s tem pričakovanjem pa moramo ugotoviti, da je literatura o pravni logiki dokaj pičila, če jo primerjamo z raziskovanji v drugih pravnofilozofskih področjih. Posebno pravno sklepanje v primembi prava je le bolj površno raziskano. Takozvani čisti filozofi se s tem predmetom bavijo bolj mimogrede, pravni filozofi pa se izogibajo bistvu vprašanja ali pa ga obravnavajo po enem in istem kopitu.

S svojim prispevkom si pisec nikakor ne umišlja, da je končno veljavno in za vse čase rešil problem pravnega sklepanja. To bi bilo v nasprotju z značajem prave znanosti, ki je bolj iskanje in stremljenje po resnici kakor neoporečna posest kakih stalnih izsledkov. Stavljene smoter bomo smatrali za doseženega, če se nam posreči jasno in nedvoumno formulirati bistvo problema, kajti vsak problem je vprašanje, ki ga človeški duh stavi sam sebi. Če pa je vprašanje pravilno postavljeno, tudi odgovor ne more biti daleč od resnice.

Pri tem moramo poudariti, da je naše raziskovanje samo po videzu bolj teoretično. Jasnost o bistvu in svojstvih take

³ Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, 1868, 178.

dejavnosti, kakor je pravno sklepanje, ki ga vrši človek dan na dan že tisočletja in tisočletja, ne more ostati brez občutnih praktičnih posledic. Kako naj n. pr. raziskujemo učinke iracionalnega na pravno sklepanje, če nismo prej razjasnili vsaj eno sfero zavestnosti, v kateri se gibljejo sodbe kot tvorbe logičnega razuma? Šele ko smo to zavestno razumsko planoto kolikor toliko osvetlili, bi se utegnili z uspehom lotiti raziskavanja, ali niso naše pravne sodbe kot tvorbe razuma i z z v a n e po iracionalnih motivih naše podzavesti. Ne glede na vse to pa mislimo, da se tudi pri svojem raziskovanju smemo sklicevati na znani Leibnitzov rek: quo magis speculativa, magis practica.

Prvo poglavje.

1. Vladajoča teorija⁴ smatra, da je vsaka primemba prava logičen sklep, v katerem tvori gornji stavek neka pravna norma, dejanski stan je spodnji stavek, sodba pa je sklep, ki ga v tem silogizmu izvajamo iz obeh premis. Primer:

Gornji stavek (*propositio maior*): Posodbena pogodba nastane, kadar se komu izroči nepotrošna stvar zgolj v brezplačno rabo za določen čas (§ 971 o. d. z.).

Spodnji stavek (*propositio minor*): A je izročil B-ju iz uslužnosti 100 kosov »vojne odškodnine« za 14 dni, da jih položi kot varščino pri neki javni licitaciji.

Sklep (*conclusio*): A in B sta sklenila posodbeno pogodbo v smislu §-a 971. o. d. z.

Kot znano je to silogizem prve oblike, katerega obrazec je:

M — P

S — M

S — P⁵

⁴ Julius Moór, Das Logische im Recht, Revue internationale de la théorie du droit, II (1927—1928) 157 in nasl.; Walder, Grundlehre jeder Rechtsfindung, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, XXI (1927) 90 in nasl., 240 in nasl.; Stammer, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, 652 in nasl.; Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1923, 286 in nasl.; Xavier Janne, Sul metodo logico delle scienze giuridiche, v Riv. Int. di Filosofia del diritto, XIII, 740 in nasl.

⁵ Ušeničnik, Uvod v filozofijo, 1921, 231 in sled.; Ozvald, Logika, 1920, 71.

Kakor pravijo logiki, zaznavamo v tem silogizmu vzajemni odnos dveh terminov (S in P) na osnovi znanja nju-nega odnosa k tretjemu (M). Silogizem sestoji iz treh sodb, dveh premis in zaključka. V eni premisi spoznavamo odnos med S in M, v drugi med M in P. Srednji člen (terminus medius) M tvori zvezo med krajnima členoma S in P.⁶

2. Silogistična oblika pravnoprimebnega sklepanja je splošno priznana. Menda jo je kot prvi jasno oblikoval Beccaria v svojem traktatu o zločinih in kaznih (1764),⁷ kjer pravi, da mora sodnik postaviti pri vsakem zločinu »un syllogismo perfetto«.⁸

Okolnost, da je konstruiral prav Beccaria pravno sodbo kot silogizem, je po našem mnenju zelo značilna in bi kazala

⁶ Glej n. pr. Losski y, Logika, 1923, II, 42 in nasl.

⁷ V nemškem prevodu Esselborna (Cesare Beccaria, Über Verbrechen und Strafen, Leipzig 1905, str. 72) se glasi to mesto: »Bei jedem Verbrechen muss der Richter einen vollständigen Vernunftschluss aufstellen: den Obersatz bildet das allgemeine Gesetz, den Untersatz die Handlung, die dem Gesetze entspricht oder nicht, den Schlusssatz die Freiheit oder die Strafe.«

⁸ Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, ed. Cassirer VII, 120, prisposablja na splošno trojno oblast države (potestas legislativa, rectoria, iudicaria) trem stavkom silogizma: »Ein jeder Staat enthält drei Gewalten in sich, d. i. den allgemein vereinigten Willen in dreifacher Person (trias politica): die Herrschergewalt (Souveränität) in der des Gesetzgebers, die vollziehende Gewalt in der des Regierers (zufolge dem Gesetz) und die rechtsprechende Gewalt (als Zuerkennung des Seinen eines jeden nach dem Gesetz) in der Person des Richters (potestas legislativa, rectoria et iudicaria) gleich drei Sätzen in einem praktischen Vernunftschluss: dem Obersatz, der das Gesetz jenes Willens, dem Untersatz, der das Gebot des Verfahrens nach dem Gesetz, d. i. das Prinzip der Subsumtion unter denselben, und dem Schlußsatz, der den Rechtsspruch (die Sentenz) enthält, was im vorkommenden Falle Rechtens ist.« Schopenhauer, Die Welt als Wille und Vorstellung, II, ed. Deussen, 1911, 120, prisposablja ves sodni proces silogizmu prvega obrazca: »Hingegen liefert den förmlichsten und grossartigsten Syllogismus, und zwar in der ersten Figur, jeder gerichtliche Prozess. Die Civil- oder Kriminal-Übertretung, wegen welcher geklagt wird, ist die Minor: sie wird vom Kläger festgestellt. Das Gesetz für solchen Fall ist die Major. Das Urtheil ist die Konklusion, welche daher, als ein Nothwendiges, vom Richter bloss ‚erkannt‘ wird.«

na to, da stojijo ob zibelki te teorije politični motivi. Ne da bi se Beccaria sam tega jasno zavedal, je služila njegova logična konstrukcija nekim določenim praktičnim smotrom. To naziranje opiramo na naslednje:

Filozofija prosvetljenstva je izoblikovala novo teorijo o sodstvu.⁹ Nastopala je proti samovolji absolutne oblasti, vodila jo je skrb za posameznikovo pravno sigurnost. Posameznik mora točno vedeti, pri čem je, kakšne so njegove pravice in dolžnosti.¹⁰ Zaradi tega zahteva prosvetljenstvo tako opredelitev dejanskih stanj in tako določitev pravnih posledic, ki pušča sodnikovemu svobodnemu preudarku čim manj svobode. Posebno občutno je bilo pomanjkanje takih točnih opredelitev v tedanjem kazenskem pravu: *Ordonnance de commerce* iz l. 1673. je n. pr. kaznovala rop s smrtjo; neka deklaracija iz l. 1724. pravi: *le vol simple est puni du fouet et de la marque*, nikjer pa ni povedano, kaj je rop, kaj je *vol simple*, kaj tatvina na sploh. Brez zakonske norme, zgolj na osnovi običaja so se n. pr. očetomorci živi razpenjali na kolo in se jim je še prej odsekal palec. Največjo oblast je imel sodnik pri tako imenovanih »*peines arbitraires*«, ki so prihajale v poštev za »*fait non prévus par la loi et pour lesquelles il n'y a aucun usage constant*«.¹¹

Jasno je, da ob takem stanju stvari ni moglo biti govora o urejenem, to je v naprej določenem razmerju med posameznikom in občestvom. Pojmovanje pravne države, kakor se je izoblikovalo na osnovi prosvetljenstva, zmagalo v francoski revoluciji in prešlo v vse moderne zakonike, predpostavlja, da naj bodo vzajemne pravice in dolžnosti med posameznikom in občestveno oblastjo strogo fiksirane: ob vsakem dejanju mora posameznik točno že v naprej vedeti, kaj ga čaka od strani oblasti, oblast pa mora pri tem prav tako biti vezana na že v naprej strogo opredeljene norme z jasnim in vsem razumljivim besedilom. Od tod zahteva, da bodi sodnik vezan na zakon in odklanjanje vsakega samo-

⁹ Prim. Spektorskiĵ, *Zgodovina socijalne filozofije*, 1932, I, 218 in nasl., posebno 224—225.

¹⁰ Höhn, *Die Stellung des Strafrichters in den Gesetzen der französischen Revolutionszeit*, 1929, 113. — ¹¹ Höhn, l. c. 26 in nasl.

stojnega sodnikovega preudarka, ki se prav lahko izrodi v samovoljo. Zaradi tega je Montesquieu¹² dejal, da mora biti sodnik le glasnik zakona, Robespierre pa je hotel ime judikature sploh izbrisati iz francoskega jezika.¹³

3. Če je bil torej glavni smoter tega stremljenja ustanovitve vezanosti oblasti, posebno sodnega, na jasno opredeljene pravne norme, je psihološko povsem razumljivo, da je moralo biti zelo vablivo, vkleniti pravno primembno dejavnost v stroge like silogizma. Vezanost na neki nujno-miselni postopek, ki ga mora vsakdo priznati in ki se vsakomur na enak način že po sami moči razuma vsiljuje, ne pride nikjer tako očitno do izraza kakor v razumskih sklepih, kjer sledijo določene posledice nujno iz določenih premis.

Spor glede večje ali manjše vezanosti sodstva še danes ni ponehal in se izraža v konfliktu raznih smeri nauka o interpretaciji. Proti tako imenovani stari šoli silogizma,¹⁴ po kateri obstoji sodna dejavnost zgolj v logičnem subsumiranju in ki poudarja predvsem vezanost sodstva, nastopajo nove, bolj ali manj resne struje, ki odklanjajo silogizem kot najbolj ustrezno obliko pravno primembne dejavnosti in poudarjajo predvsem vlogo svobodnega sodnikovega preudarka. Ta svobodni preudarek naj bi ne bil vezan na toge norme, ki morajo ustanoviti le neko povprečno in splošno pravičnost, marveč naj ostvari pravičnost konkretnega primera. Znani pravni socijolog Ehrlich¹⁵ trdi celo, da je historično netočno smatrati vse sodne odločbe kot logične sklepe, kajti v početkih zgodovinskega razvoja sploh niso bile sodniku na razpolago splošne norme, pod katere bi mogel subsumirati dejanski primer.¹⁶

Silogizem je tako še danes simbol za strogo vezanost pravno primembne dejavnosti na točno opredeljene norme.

¹² De l'esprit des lois, L. XI, c. VI.

¹³ Prim. za upliv prosvetljenstva na novo pojmovanje o sodstvu poleg v opombi 9. in 10. že imenovanih še Drost, Das Ermessen des Strafrichters, 1930, passim, in Grünhut, Anselm v. Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, 1932 passim.

¹⁴ Julius Móor, l. c. 189. — ¹⁵ Grundlegung der Rechtssoziologie, 1929, 138 in nasled. — ¹⁶ Glede svobodopravnega gibanja prim. Krek, Pomen rimskega prava, 1921, passim.

To nam dokazuje, kako se mnogokrat bije boj raznih političnih usmerjenosti s teoretskimi argumenti, ne da bi se ti sploh globlje raziskovali in ki nikakor ne dokazujejo tega, kar se hoče dokazati z njimi. Ob natančnejšem raziskovanju se namreč izkaže, da odklanja svobodnoppravna šola teorijo o silogizmu docela neopravičeno in da se tudi klasična šola interpretacije brez potrebe imenuje silogistična. Silogizem namreč ne more v nobenem primeru biti razlikujoč znak, kajti če je teorija o silogizmu pravilna, je vsaka pravnoprimebna dejavnost izključno silogistična. Svobodnoppravna smer enostavno zamenjuje problem pravnih virov z vprašanjem logičnega lika pravne primembe. V bistvu gre zahteva svobodoppravnikov za tem, da bodi sodnik upravičen, sam postavljati pravne norme, ki naj v silogizmu služijo kot gornji stavki. Razne smeri interpretacije se razlikujejo torej po tem, odkod naj črpa sodnik gornji stavek svojih sklepov, ali izključno iz zakona, ki ga izda pristojni organ, ali pa morda iz običaja, iz izročila sodstva, iz nekega svetovnega naziranja, iz smotra celega ekonomskega sistema, iz praktičnih interesov določenega primera itd. Toda naj izvira norma iz kateregakoli teh virov, vedno se bo dala odločba konkretnega primera spraviti v logično obliko silogizma, v katerem bo pač gornji stavek zakon, ali norma običaja itd., ali celo samovoljno ad hoc ustvarjeno pravilo, spodnji stavek pa bo konkretni primer in sklep sodnikova odločba. Problem svobodnoppravne šole je torej v bistvu vprašanje, kdo naj bo v nekem pravnem sistemu upravičen ustvarjati splošne norme, ki v pravnem silogizmu tvorijo gornje stavke. Vse to pa seveda nima nič opraviti z vprašanjem, ali se res vsa pravnoprimebna dejavnost vrši v obliki logičnega silogizma. Zaradi tega se nam ni baviti z očitki svobodnoppravne šole proti silogistični ali eksegetični jurisprudenci, češ, da je zgolj pojmovna in da visi na črki in besedi. Prav tako ne bomo raziskovali, ali naj se primemba prava v bodočnosti nagiblje bolj na stran takoimenovane interesne jurisprudence. V kolikor pa svobodnoppravna šola poudarja, da primemba prava ni zgolj logično-spoznavni akt, marveč da igrajo pri

konkretnem odločanju tudi čuvstveni momenti veliko vlogo, bi moglo naše raziskovanje potrditi to tezo le, kolikor bi se izkazalo, da logični akt pravnega sklepanja res ni edina operacija, ki jo izvršujemo pri primembi prava in da predvsem ni primaren akt, marveč da je logično sklepanje zgrajeno na drugih, ne logičnih osnovah. Seveda bi s tem ne bilo še nič pridobljenega v korist materialne teze svobodopравnikov, da naj bi se pravne sodbe ravnale po upravičenosti raznih nasprotujočih si interesov ali slično, kajti iz čisto formalnega raziskovanja ne moremo nikoli izvajati konkretnih materialnih pravil.

Psihološki motivi izvora teorije o silogizmu seveda niso nikak dokaz niti za njeno pravilnost niti za njeno zgrešnost. Če je ta teorija pravilna, potem je vsaka primemba prava silogizem: bila je silogizem že davno pred Aristotelom, ki ga imenujejo klasika silogizma, bila je to za Rimljane, ki so bili mojstri v primembi prava, a so se z njegovimi logičnimi svojstvi kaj malo ukvarjali, in bila bi silogizem tudi, če bi se človeštvo tega spoznavnega lika nikoli ne zavedalo.

Preden pa preidemo k raziskovanju tega vprašanja, moramo nekoliko analizirati posamezne elemente pravnega silogizma.

Drugo poglavje.

Elementi pravnega silogizma.

1. Gornji stavek. Gornjake pravnega silogizma tvorijo norme, ki so po svoji gramatikalni strukturi stavki. Do novejšega časa so se norme nesporno definirale kot imperativi, torej kot povelja nekega pozitivnega ali negativnega zadržanja. Spoznanje tega svojstvenega značaja pravnih norm in prvi poizkus klasifikacije se navadno pripisuje Modestinu, ki pravi v znanem fragmentu 7, D. 1, 3: »Legis virtus haec est imperare vetare permittere punire.« Ne da bi se spuščali v analizo Modestinov razpredelbe zakonov, ki je bila že za rimskih časov sporna,¹⁷ pridržimo

¹⁷ Tako je n. pr. Cicero delil zakone samo v zapovedujoče in prepovedujoče (De Legibus II c. 4.: prim. tudi De republ. III 22, 33). Slično opredeljuje postavbo Krysip v znanem fragm. 2 D. 1, 3: ... nor-

le običajno opredelitev pravnih norm kot imperativov, proti kateri so v novejšem času naperili nekateri svojo ostro kritiko. Vse te kritike se strinjajo v tem, da pravne norme ne izražajo imperativov, marveč da so hipotetične sodbe. V tem se strinjajo n. pr. Stammler¹⁸, Bierling¹⁹, Kelsen²⁰ in drugi. Vendar pa ima stara imperativna teorija še vedno zelo ugledne pristaše.²¹ Ker gre v tem boju šol za različna naziranja, ki izhajajo iz različnih izhodišč, lahko tudi z gotovostjo pričakujemo, da ne bo nikoli ponehal. Po znanem Leibnitzovem reku, da imajo vsi sistemi v svojih trditvah prav in v svojih zanikanjih neprav, se nam kaže ta boj kakor oni spor za barvo ščita, o katerem je eden trdil, da je bel, drugi, da je črn, pa sta imela oba prav, ker je bil ščit na eni strani bel, na drugi pa črn. Če razlikujemo namreč med gramatikalnim in logičnim vidikom ter upoštevamo socijalni smoter prava, potem se izkaže, da so pravne norme v prvem oziru stavki, v drugem sodbe, v tretjem pa imperativi. Razdvojenost moderne pravne filozofije v imperativno in takoimenovano normativno šolo, v kateri so tekle reke črnila in ki je zahtevala cele gore papirja, izvira torej iz zamenjavanja gramatikalne oblike, logične vsebine in socijalnega smotra pravnih norm.

Ako začnemo pri socijalnem smotru, se nam zdi imperativna svojskost norm po sebi evidentna. Norme so vedno izraz nekega hotenja socijalnega organizma, oziroma oseb, ki v nekem občestvu odločajo. S pomočjo norm se hoče ostvariti neko določeno stanje in preprečiti temu nasprotujoče stanje. Za ta smoter je gramatikalna oblika norm povsem irelevantna. Ista logična vsebina se lahko izraža v kategorični ali hipotetični, trdilni ali zanikalni formi.

mam esse iusti et iniusti, quae iubeat fieri facienda, vetet fieri non facienda. Glej tudi G. Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, 1912, 77 in nasl.

¹⁸ *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, 189, 228, 269.

¹⁹ *Juristische Prinzipienlehre*, 1894, I, 77 in nasl.

²⁰ *Hauptprobleme der Staatslehre*, 1911, 189 in nasl.; *Allgemeine Staatslehre*, 1925, 54—55.

²¹ Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, 1932, str. 201 in nasl.; Binder, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, 1925, 125 in 259.

Prav tako pridemo smiselno do istega rezultata, ako izrazimo zvezo med posameznimi sodbami v kategorični ali pa v hipotetični obliki. § 167 našega k. z. pravi: »Z dosmrtno robijo ali robijo najmanj desetih let se kaznuje, kdor drugega usmrti.« Nikjer ni v našem zakoniku, kakor tudi ne v kazenskih zakonih drugih narodov, izrečena prepoved dekaloga: »ne ubijaj«. Ali pride morda radi tega komu na um dvomiti, da prepovedujejo ubijanje vsi zakoniki sveta in da imamo tu opravka z resničnimi, prav realnimi in dejstveno zapovedmi in prepovedmi? Seveda, če gledamo norme iz gramatikalnega vidika, potem lahko ugotovimo, da imperativne oblike ne srečavamo skoro nikjer, marveč le pogojno obliko trdilnih ali nikalnih stavkov, ki je v rabi še od rimskih formul dalje.²² Razlog, da odevajo vsi zakonodavci norme v pogojno obliko, je najbrže iskati v tem, da je število konkretnih zapovedi in prepovedi bore majhno in se od dekaloga dalje ni povečalo. Vsi zakoni so le z ogromnim tehničnim aparatom poizkušene izvedbe teh maloštevilnih imperativov, katerim se v najrazličnejših situacijah tako kompliciranega socialnega mehanizma hoče zagotoviti čim večja učinkovitost. Kakor bomo videli v naslednjem, pa je pogojna oblika brez dvoma tudi najbolj prikladna, da služi v pravnoprimebnih silogizmih kot gornji stavek.

Kakor so norme po svojem smotru in funkciji imperativi, so po svoji logični vsebini hipotetične sodbe. Sodba se že od Aristotela dalje definira kot izrek nečesa o čem; predpostavlja torej najmanj dva termina, subjekt in predikat, med katera postavlja neko relacijo. Soditi se pravi torej ustanoviti neki odnos med raznimi termini. Ti termini so v pravnih sodbah lahko različni. Po stališču, ki si ga izberemo, so to ali razni subjekti nekega občestva, ali pa gre za razmerje človeka do stvari, ali pa za relacijo terminov v pravni normi sami. Poslednja se seveda vedno nanaša na prva dva odnosa, kajti pravnih razmerij si konkretno sploh ne moremo drugače predstavljati kakor med posameznimi člani nekega občestva ali pa med temi in materialnim svetom. Če pa abstrahiramo realno bazo in motrimo pravne

²² Si parat, eam rem, qua de agitur, A_i A_i ex iure Quiritium esse.

norme zgolj po njih notranji strukturi, vidimo, da izražajo vedno neki abstraktni dejanski stan, ali razmerje med dvema ali več dejanskimi stanji. V vsaki normi se predpostavlja neki dejanski stan kot normalen in ustrezajoč rednemu razvoju družbenih odnosov, njemu nasprotni dejanski stan pa se postavlja pod določeno sankcijo. V vsaki pravni normi je torej neki abstraktni dejanski stan pogoj, da nastopijo neke določene posledice, ki jih odreja norma sama. Če označimo abstraktni dejanski stan, ki je pogoj pravnih posledic, s p (praecedens), pravno posledico pa s q (consequens), odnos med obema pa z obrnjenim c (\supset), kakor delajo nekateri novejši logiki,²³ potem bi se vsaka pravna norma dala izraziti v formuli:

$$p \supset q$$

Pri tem ima znak \supset v pravni normi svojstven pomen, ker q ne nastopa kot posledica p-a vsled neke naravoslovne nujnosti, marveč vsled sinteze, ki jo izvršuje pravni red sam, kakor pravilno poudarjajo razni avtorji.²⁴ V smislu normativne šole bi znak \supset pomenil najstvo: če je p, naj bo q, ali kakor pravi Kelsen, če je A, naj bo B. Na primeru ša 167. k. z. bi pokazali odnos med p in q tako: p (kdor drugega usmrti) \supset q (se kaznuje z dosmrtno robijo itd.).²⁵

V relaciji p \supset q izražata termina p in q vsak zase zopet svojstven odnos, ker sestoji vsak od teh terminov iz ene ali več sodb. Če označimo termina pogoja s črkami s in m, termina posledice pa s črkami s₁ in m₁, bi bila najenostavnejša formula vsake pravne norme, ki izraža razmerje med dvema ali več abstraktnimi dejanskimi stanji, naslednja:

$$p (s \supset m) \supset q (s_1 \supset m_1).$$

Seveda niso vse te formule nič absolutnega, marveč le shematični prikazi, ki so logični strukturi pravnega stavka

²³ G o b l o t, *Traité de logique*, 1929, 194.

²⁴ Prim. v opombah 18.—20. citirane avtorje. T a s i ć, *Le réalisme et normativisme dans la science juridique*, v *Revue internationale de la théorie du droit*, I (1926—1927), 164 in nasl.

²⁵ C o u t u r a t, *I principii di Logica pura*, v *Enciclopedia delle Scienze filosofiche*, ed. Winderband & Rüge, 1914, 162, uporablja formulo x R y; R je znak za relacijo ali odnos.

bolj ali manj prikladni. Pojmi prava se nahajajo v razmerju podredja in nadredja ter sestojijo iz sodb, ki tvorijo zopet subjekte drugih sodb itd. Če upoštevamo zgolj logično — stavkovno strukturo, ne pa materialni pravni odnos, ki se nanaša vedno na konkretne subjekte, so za neke pravne norme, posebno one, ki izražajo definicijo ali ki se približujejo definicijam, druge formule bolj prikladne. § 354. o. d. z. n. pr. definira lastnino kot oblast (a) ravnati (b) po svoji volji (c) s stvarmi (d) in užitki (e) stvari (f) in vsakega drugega (g) od tega (h) izključiti (i). Ona specifistična relacija (R), ki jo imenujemo lastnino, obstoji torej v tej posebni, po zakonu določeni povezanosti svojstev, ki bi jo lahko shematizirali tako:

R (a b c d e f g h i)

Naša sodba, da je neki konkretni subjekt (S) lastnik (P) nekega določenega predmeta, bo torej pravilna, če ugotovimo med S in P to relacijo R.

2. Spodnji stavek. Glede logične strukture ne kaže spodnji stavek nobenih posebnosti, po katerih bi se razlikoval od drugih logičnih stavkov, čeprav je v pravnem silogizmu morda najvažnejši element. Pravilno oblikovanje spodnjega stavka je namreč pogoj pravilnega subsumiranja. Kako pridemo do takih pravilno oblikovanih spodnjih stavkov, spada v nauk o dokazovanju. Spodnji stavek izraža vedno neki dejanski položaj. Kadar ga ne konstruiramo sami v namenu ustvariti fingirane primere, povzroča prav ugotavljanje dejanskega stanu, razbiranje važnih elementov od nevažnih in njegovo oblikovanje v jasne pojme vsakemu praktičnemu juristu največje težave. Lahko trdimo, da je v primembi prava mnogo težje sporazumeti se o dejanskem položaju kakor pa o pravilni interpretaciji pravnih norm. Vendar pa se nam z načini pravilnega izsledovanja dejanskega stanu in reduciranja na bitne čim manj številne člene ni baviti na tem mestu, kajti formalna oblika logičnega sklepa ostane ista, pa naj bo spodnji stavek formuliran tako ali drugače. Njegova ustreznost ali neustreznost neki dejanski situaciji nas torej začasno ne more zanimati. Zaradi tega preidemo takoj na bistvo vsega vprašanja, namreč na svoj-

stva sklepa, ki ga v pravnem silogizmu izvajamo iz danih premis.

3. Sklep ali zaključek. Kakor pravijo logiki, je silogizem dedukcija, v kateri sklepamo v i f o r m a e.²⁶ Nujnost zveze med premisami in zaključkom sloni na principu identitete, protislovja in izključenega tretjega. Vodilno načelo silogizma je dictum de omni et de nullo: quicquid de genere vel specie omni affirmari potest, illud etiam affirmatur de quovis sub illo genere vel illa specie contento; quicquid de genere vel specie omnia negatur, illud etiam de quovis sub illo genere vel illa specie contento negari debet.²⁷

Gornji stavek predstavlja prav tako kakor spodnji stavek sodbo. Miselni proces sklepanja obstoji v tem, da ugotovimo med različnimi elementi obeh premis neko istost ali neko nasprotje. Med gornjim in spodnjim stavkom skušamo najti identiteto ponavljajočih se terminov, ki jo oba stavka skrivata pod različnim videzom. Če so vsi ti termini istovetni, je sklepna sodba pozitivna (afirmativna), v nasprotnem pa negativna. Pravnoprimembni sklepi ustanavljajo torej po zakonu identičnosti in protislovja med premisami neko istost ali neko nasprotje, ki se izraža v končni sodbi, da neki dejanski stan ustreza ali ne ustreza določeni normi: A je B ali pa ni B. A-ju pripisujemo ali pa odrekamo neki atribut, ki izvira iz kvalifikacije zakona ali pa iz norme drugega pravnega vira. Če mu ta atribut odrekamo, moramo pač tako dolgo iskati, dokler ne najdemo drugega pozitivnega svojstva, ki dejanskemu stanju ustreza. Pri tem je treba poudarjati, da se ugotavljanje istosti ali nasprotja vrši vedno z ozirom na smoter prava. Zaradi tega lahko po pravnem redu ugotavljamo neko istost, ki je po drugem, n. pr. naravoslovnem redu ni. Prav v tem je ves problem pravnih fikcij.

Z ugotavljanjem istosti ali nasprotja je povezana vsebovanost ali izključenost spodnjega stavka v gornjem stavku:

Spodnji stavek izraža napram gornjemu stavku vedno neko posameznost: on je primer, resnični ali namišljeni,

²⁶ Prim. Goblöt, l. c. str. 154. — ²⁷ Lossky, l. c. II. str. 92; Goblöt, l. c. str. 221; Ušeničnik, l. c. str. 234.

ki ga moramo podrediti gornjemu stavku. Gornji stavek predstavlja torej vrsto, spodnji stavek pa posameznost, ki tej vrsti pripada, ki je v njej vključena. Vrstni lik je tako rekoč reprezentant neskončnega števila primerov, ki se mu z ozirom na smoter norme dajo podrediti. Ta odnos vsebovanosti posameznosti v vrsti se izraža z znakom ε (od $\varepsilon\tau\iota$). Formula:

$$x \varepsilon a$$

pomeni torej, da posameznik x pripada vrsti a .²⁸

Bistvo silogizma je torej subsumiranje posameznosti pod vrsto, konkretnega pod abstraktno.²⁹ V teh posameznostih ni ničesar, kar bi — z ozirom na vrsto — bilo novo in bistvene važnosti, in zaradi tega tudi v sklepu ali zaključku ni ničesar, kar bi že ne bilo v vrstnem liku gornjega stavka. V gornjem stavku izraženi abstraktni dejanski stan p ($s \supset m$) velja glede vseh konkretnih primerov: nič ni v individualnosti spodnjega stavka, kar bi že ne bilo v gornjem stavku. Iz spodnjega stavka pridemo potom abstrahiranja individualnih znakov do splošnosti gornjega stavka, kakor pridemo obratno potom individualiziranja iz splošnosti gornjega stavka h konkretnosti spodnjega stavka.

Silogizem je torej tautologija. Kakor znano, je posebno Mill³⁰ poudarjal, da potom silogizma ne moremo ničesar doznati, česar nismo že prej vedeli. V tej zvezi naj omenimo od mnogih drugih samo še Macha³¹ in Poincaréja,³² po katerih nam silogizem ne pove ničesar novega, ker ne more postavljenim premisam dodati ničesar. Silogizem nima

²⁸ Couturat, l. c. 150; Royce, Principii di Logica, v istem zborniku, str. 102.

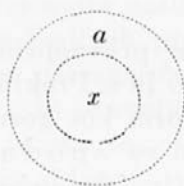
²⁹ Ihering, Geist des römischen Rechts, 1907, I, 51: »Die Anwendung des Rechtssatzes besteht darin, dass das, was er abstrakt hinstellt, konkret ermittelt und ausgedrückt wird, und dies kann sehr leicht, aber auch unendlich schwer sein.« Ibid, II/1, 493: »Die Entscheidung eines Rechtsstreites besteht in der Anwendung des abstrakten Rechts auf das concrete Verhältnis.«

³⁰ System der deduktiven und induktiven Logik, prev. Gomperz, 1884, I, 209 in nasl.

³¹ Erkenntnis und Irrtum, 1908, 304 in nasl. — ³² La science et l'Hypothèse, 1906, 24 in nasl.

toorej nikake stvariteljne sile; njegova pot je samo od splošnosti k posameznosti.

Naj si bo temu v drugih področjih znanosti kakorkoli, za pravni silogizem je brez dvoma pravilna trditev, da nam sklep ali zaključek ne pove ničesar novega in da našega znanja ne pomnoži. V primembi prava ne more sklep ali zaključek iz danih premis imeti nikakih sintetičnih svojstev. *Pravnoprimebni silogizem je izključno analitičnega značaja.* Vsaka pravna norma, vsak paragraf ali skupina paragrafov ureja vedno neki določeni abstraktni stan, ki je z ozirom na gospodarsko funkcijo ali socialni smoter neki enoten lik. Bitne znake vseh konkretnih primerov spodnjega stavka srečavamo že v abstraktnem liku gornjega stavka. V sklepu, da je A sklenil hranilno pogodbo v smislu §-a 957 o. d. z., ne moremo najti nikakih drugih svojstev, kakor onih, ki jih že izraža § 957. o. d. z. Med abstraktno normo gornjega stavka in konkretno sodbo sklepa ni logično nikake razlike, ker gre le za nadomestitev abstraktnih terminov s konkretnimi, a logično istovetnimi termini. Če si po gornji formuli $x \in a$ predstavljamo gornji stavek kot širši krog z označbo a , je spodnji stavek kot posamezni konkretni primer z označbo x ožji krog, ki je vsebovan v širšem krogu a :



Zaradi tega zaključek v pravnih silogizmih ne razširja našega znanja, vsaj logično ne, čeprav se nam včasih delo interpretacije zdi umotvor ustvarjanja, v katerem pričramo nove in še neslutene zaključke. Seveda velja to analitično svojstvo pravnoprimebni silogizmov tudi za vse one primere, v katerih tvori druga norma kakor zakon gornji stavek, n. pr. pravilo, oblikovano po sodniku samem: sodnik ne more iz premis ničesar izvleči, česar ni že prej vanje položil.

Glede primembe prava pa je treba še posebno poudariti, da bi po determinaciji pravnega reda samega primembni silogizem tudi ne smel imeti sintetičnih, to je naše znanje razširjajočih svojstev. Če naj bi bile pravne konkluzije sintetične, bi nam morale dati v zaključku nekaj, česar ni v premisah. A svojstvo pravnih sodb je prav to, da se vsak terminus spodnjega stavka mora predstavljati kot primer gornjega stavka. Prav tako ne pride za pravno dejavnost v poštev, ali nam daje silogizem samo verjetne zaključke, kakor je z nekim skepticizmom dejal Mill, kajti postulat legalnosti obstoji v tem, da pravne posledice sklepa ne presegajo tega, kar ustanavlja abstraktno gornja premisa.

Tretje poglavje.

Kritika pravnoprimembnega silogizma.

Kakor smo že poudarjali, smatra običajni nauk za ustanovljeno, da se vsa primemba prava vrši v obliki silogizmov. Pri tem se navadno povsem zanemarja raziskovanje bistva silogističnega sklepanja, posebno glede onih svojstev, ki so specifično pravni. Vse to je pripomoglo k zmotnemu nauku, da se res vsa pravnoprimembna dejavnost izčrpava v samih silogizmih.

Kritična analiza te pravnoprimembne dejavnosti pa nam pokaže kaj različno lice. Praktični jurist namreč sploh ne izhaja iz pravnih norm kot gornjih stavkov silogizma. Njegova prvotna danost so spodnji stavki, ki predstavljajo konkretne življenjske primere. Ti primeri tvorijo izhodišče in zanje iščejo juristi ustreznih pravnih norm. Vrstni red konkretne dejavnosti jurista v primembi prava je torej obraten kakor v silogizmu. Tudi v drugih področjih naše duhovne dejavnosti, kjer gre za podreditev konkretnega abstraktnemu, je konkretni lik izhodišče, ne pa abstraktni lik gornjega stavka. Sodbo »ta konj je bel« prav lahko spravimo v obliko logičnega sklepa: Vsi konji, ki imajo ta in ta svojstva, so beli, ta konj ima ta svojstva, ta konj je bel. Nihče pa ne bo trdil, da pri sodbah »ta konj je bel«, »ta pes je hrt« itd. postopamo v resnici tako, da

izhajamo iz gornjega stavka in da potom podreditve spodnjega stavka izvajamo iz obeh premis sklep.

Izhajajoči iz konkretnega primera, iščemo torej ustrezajočo normo. Ustrezajoča norma pa je ona, ki se po svojih bitnih sestavnih znakih krije z bitnimi sestavnimi znaki konkretnega primera. Če izražamo normo (gornji stavek) v formuli $p (s \supset m)$, potem se mora konkretni dejanski stan (spodnji stavek) dati reducirati na isti abstraktni dejanski stan $p (s \supset m)$, ki je pogoj, da nastopi pravna posledica $q (s_1 \supset m_1)$. Imamo torej dvoje dejanskih stanj: konkretnega danega primera in abstraktnega dane pravne norme. Pogoj podreditve prvega pod drugega pa je, da prepoznamo v njem neko istost ali sličnost. Akt subsumiranja ni bil nemogoč brez prepoznavanja (reconnaissance, Wiedererkennen), da je konkretni lik po nekaterih — za pravni red bistvenih — znakih istoveten ali vsaj sličen abstraktnemu liku pravne norme. Pred logičnim aktom podreditve ustvarja torej prepoznavanje zvezo med zgornjim in spodnjim stavkom.

Pravni red nam daje premise pravnega sklepanja. Iz teh premis lahko potom dedukcije izvajamo najrazličnejše zaključke in preidemo od enega sklepa k drugemu, pri čemer bomo v vsaki novi sodbi našli člen iz prejšnje sodbe. Toda še najlepša vrsta logičnih premis (A je B , B je C , C je D , D je E) nam ne pomaga, če ne prepoznamo v konkretnem E -ju onega lika, ki je svojstven abstraktnemu A -ju. Ta akt prepoznavanja je osnova, na kateri je zgrajena vsa pravnaprimembna veriga sklepov. Vsa logična vrsta je lahko pravilna, samo konkretni E kot pravni primer, katerega moramo rešiti, je nekaj drugega nego abstraktni E , ki je istoveten z abstraktnim A -jem. Prav v tej interferenci ali pa divergenci konkretnega življenjskega primera z njegovo abstraktno podobo leži pravilnost ali napačnost pravne primembe. Pravnaprimembna dejavnost se potemtakem netočno ali vsaj nepopolno kvalificira kot izključno subsumiranje. Da izvršimo čisto logično operacijo subsumiranja konkretnega pod abstraktno, je potreben predhoden akt prepoznavanja. Kakor vidi anatom v živem človeku predvsem

okostje, tako vidi pravnik v konkretnem primeru ogrodje nekega abstraktnega pravnega lika. Delovanje jurista v primembi prava je kakor diagnoza zdravnika, ki prepozna znake bolezni. K nekemu dejanju ali dogodku iščemo med nam znanimi liki toliko časa ustrezajoči abstraktni lik, dokler se potom prepoznavanja ne prepričamo, da se oba lika krijeta. Kakor prepozna lev svoj plen, kakor prepoznamo na sliki starega znanca, tako prepozna pravnik konkrentno v abstraktnem in obratno.

Prepoznavanje je na ta način ona realnopsihična osnova, na kateri je zgrajena nadstavba logičnega sklepanja. Logično sklepanje, zavestne sinteze in analize, vse izhaja iz te spontane, osnovne prepoznavne. Kar je na psihični planoti prepoznavanja, se na logični planoti izraža v sodbah o istovetnosti. Ona dejavnost razuma, ki obstoji v ustanavljanju odnosov med predmeti, njih sličnosti in različnosti, predpostavlja intuitivni akt prepoznavanja. Po tem aktu se šele izvrši logični proces reduciranja svojstvene individualnosti predmetov na tipičnosti kolikor toliko stalnega značaja in ustanovitev kolikortoliko stalnih odnosov. In kar je na logični planoti identičnosti, je na realnopsihološki planoti sličnost. Prva je nekaj irealnega, ker je ne srečavamo nikjer v življenju, konstrukcija razuma, ki sledi svojemu osnovnemu zakonu, reducirati vse neznano na neke znane maloštevilne osnove, ki naj bodo povsod iste. Sličnost pa je intuitivni pogled, ki nikakor ne ignorira pestrosti in raznolikosti življenja. Do skrajnosti prenapeto sličnost imenujemo logično identičnost. V onem realnem psihičnem procesu, v katerem se izvrši primemba prava, pa identičnost kot irealnost ne more igrati nobene vloge: za pravo ne velja zakon absolutne identičnosti, marveč pravilo sličnosti ali kakor je dejala glosa: *per similibus ad similia*.

Pri tvorjenju pravnih norm nima zakonodavec pred seboj nikoli vseh konkretnih primerov, ki bi lahko spadali pod splošnost neke norme. To bi bilo nemogoče in to dokazuje tudi dnevna izkušnja, ki nas nenehoma postavlja pred situacije, ki se dado le težko vkleniti v abstraktne okvirje norme. Tudi en primer zadostuje za postavljanje splošnega pravila, čeprav se običajno tvorijo norme na osnovi tega,

kar se večkrat ponavlja v praktičnem življenju. Včasih pa si zakonodavec le hipotetično predstavlja, kaj bi se lahko pripetilo, in ustanavlja norme le za hipotetične slučaje v pričakovanju, da bi se mogli primeriti. Vedno pa imajo pravni stavki bolj ali manj splošno obliko, tudi takrat, kadar niso kakor običajno abstrahirani iz konkretnih posameznih primerov. Vedno so v njih podčrtana ona svojstva, ki se lahko ob drugih različnih prilikah ponavljajo in ki imajo z ozirom na smoter pravnega reda določen pomen. Kadar si hočemo kako pravno pravilo nazorno predstavljati, ga moramo individualizirati in se bolj ali manj povrniti k onemu konkretnemu primeru, ki je lebdel zakonodavcu pred očmi, ko je ta pravni stavek v svoji splošnosti formuliral. Stvar večje ali manjše pravne izurjenosti je, da takoj prepoznamo v splošni normi individualni primer, na katerega je uporabljiva, ali pa moramo šele iz abstraktne pravne norme nazorno skonstruirati neki konkretni primer, da potem ob primerjanju obeh individualnih primerov prepoznamo njih istovetnost.

Primerjanje abstraktnega in konkretnega lika bi bilo nemogoče, če bi ti liki ne bili v sebi nekaj enotnega in če bi tudi ne bili izraz neke enotnosti, na kateri so osnovani. Predmet pravnih norm so vzajemno učinkujoče dejavnosti v nekem občestvu. Te dejavnosti se izražajo v enotnih aktih, ki ustrezajo neposredno ali posredno nekim gospodarskim ali splošno-socijalnim smotrom. Formalna oblika teh stvarnih relacij je pravo. Konkretno je torej predmet pravne ureditve neka dejavnost, ki predstavlja vedno neko enoto. To enoto sicer lahko potom razumske analize razkrojimo in jo razdelimo v razne sestavine, vendar je napačno misliti, da bi konkretna dejanja predstavljala le sumo teh elementov. Akt, s katerim prenesem lastninsko pravico na drugega, je brez dvoma nekaj enotnega, čeprav ga lahko razdelim na večje ali manjše število delov.

Mnogokrat prepoznamo pravni lik, v katerega bo spadal neki dejanski stan, samo nedoločno in megleno, čeprav slutimo, v katerem delu zakonika ga bomo našli. Kadar se nam predstavlja kompliciranejši dejanski stan, ga moramo šele analizirati in razčleniti ter preizkusiti najprej pri

posameznih delih, ali se bo prižgala ona čarobna iskra prepoznavanja. Kakor da bi nas obdajala tema, v kateri tipajoč iščemo smer. Izkušeni pravnik bo pravo smer našel mnogo lažje nekam instinktivno, privlačevala ga bo skoro nezavestno neka kategorija pravnih likov. Kadar ne najdemo drugega izhoda, moramo prečitati cele dele zakonikov, konzultirati traktate in judikaturu, primerjati dejanske položaje, analizirati posamezne sestavine norm, njih posebni in splošni smoter itd., dokler se nam na mah ne zasvita: to je, kar iščemo, sem spada ta dejanski stan. Spoznali in prepoznali smo ga v nekem abstraktnem liku, ki ga izraža neka pravna norma. V individualnosti konkretnega primera smo prepoznali splošni lik norme. To je neko intuitivno zrenje, neka neposredna danost, in čeprav smo se do nje z razumom dokopali, ni istovetna z razumskimi danostmi.

Pravni lik je torej kakor neka shematična podoba, katero prepoznamo v dejanskem stanju. Pri tem je treba poudariti, da se prehod iz abstraktnega h konkretnemu in obratno vrši nenehoma v našem duhu. Mi smo prav tako oddaljeni od spoznavanja absolutne splošnosti kakor od absolutne posameznosti. Pred podrobnim spoznanjem nekega pravnega lika eksistira v našem duhu le njegova splošna in bolj nerazločna podoba. Iz te splošnosti napredujemo potom analize k podrobnostim, na njih osnovi pa zopet popravljamo v sintezi sliko celote, in se potem zopet požegnemo k drugim podrobnostim itd., ne da bi kedaj dosegli popolno spoznavanje celote ali podrobnosti: med tema dvema ekstremoma zasleduje kakor v krogu ena dejavnost drugo, da lahko v neprestanem izpopolnjevanju napredujemo. Vsako spoznavanje je analiza med dvema sintezama.³³

Prepoznavanje je torej osnova vsakega pravnega sklepanja in vsake primembe prava. Ker je primemba najvažnejša pravna dejavnost, saj je smoter vsega prava, da se uporablja v družbenih odnosih, ne pa da ostani zgolj na papirju, lahko rečemo, da je prepoznavanje pogoj vsakega ostvarjanja prava. Brez njega bi pravna dejavnost po svojem bistvu sploh bila nemogoča.

³³ Cuvillier, Manuel de philosophie, 1932, II, 30.

Kaj je to prepoznavanje po svojem bistvu, je sporno.³⁴ Raziskovanje v tem pravcu bi daleč presehalo okvir te razprave. Za obrazložitev pravnoprimebne dejavnosti pa tudi zadošča, če označimo prepoznavanje kot prvotni akt duha, ki je vsakomur znan že sam po sebi in brez nadaljnega razlaganja.

Zaključek.

Če je naša teza, da je pravnoprimebna dejavnost prepoznavanje abstraktnega pravnega lika v konkretnem dejanskem stanju, pravilna, bi se moglo iz tega sklepati, da je pravni silogizem povsem nepotreben in zgolj brezplodno igračkanje s pojmi.

Mislimo, da bi tak zaključek bil vsekakor prenapljen. Tudi če se pravnoprimebna dejavnost vsaj prvotno ne vrši v obliki logičnega silogizma in tudi če se logični postopek reducira na intuitivno prepoznavanje sličnosti raznih likov, ne postane silogizem zaradi tega brez vsake vrednosti. Silogizem je tvorba razuma, prepoznavanje pa akt intuicije. Da postane poslednja dostopna drugim ljudem in da more sploh vršiti neko socialno funkcijo, jo moramo izraziti z onimi sredstvi, ki nam jih daje razum na razpolago. Razum igra v tem oziru neprecenljivo vlogo socialnega posredovalca, ker izenačuje svojstvene intuitivne doživljanje na neko skupno osnovo in jim vtisne pečat socialnosti. Razum izmenjava tako rekoč intuicijo v drobiž, ki ima v občestvu neko stalno, bolj ali manj enako vrednost. Če damo torej intuitivnemu aktu prepoznavanja obliko silogizma, ga na ta način pretvorimo v lik, ki je vsakomur dostopen. V zvezi s tem je tudi vrednost silogizma kot sredstva za dokazovanje in utemeljitev pravnih sodb: dokazovati in utemeljevati se pravi prepričati z razlogi razuma, na osnovi katerih bi moral vsak drugi subjekt v istih okolnostih izvajati iz enakih premis enake zaključke. Potem silogizma torej ne najdemo ustreznih pravnih norm k nekemu primeru, marveč le dokazujemo pravilnost

³⁴ Iz obsežne literature naj navedemo samo Bergson, *Matière et Mémoire*, 1913, 89 in nasl.; Bourdon, *La perception*, v Dumas, *Traité de Psychologie*, 1924, II, 73 in nasl.; Oszwald, *Osnovna psihologija*, 1932, 150 in nasl.

tega, kar smo že našli potom intuicije. Dedukcija v silogizmah je edino sredstvo razumskega dokazovanja.³⁵ Končno ima pravni silogizem nesporno veljavo kot kontrola, ki jo glede intuitivnih spoznav vršimo sami nad seboj s tem, da jih prenašamo na logično planoto.

Medtem ko je torej akt prepoznavanja za nas izhodišče in osnova pravnologičnega sklepanja, je za druge prav to sklepanje sredstvo in pot, s katerima se dokopljejo do onega primarnega akta prepoznavanja, kar izražajo potem v priznanju, da jih naša logična argumentacija »prepričuje«, da »imamo prav« itd.

Pravnoprimebni silogizem vrši torej v vsakem pogledu važno funkcijo in bo ostal idealna oblika, v kateri se mora izražati primemba prava, čeprav potom njega ne najdemo rešitve konkretnih primerov, ki nam jih nudi življenje.

Neposredni smoter vseh pravnih norm je, da se v nekem občestvu realizirajo, realizirati pa se morejo le, če se uporabljajo na konkretne družbene odnose.³⁶ Ni tako važno, kako se neka norma teoretsko glasi, važno je predvsem, kakor se v praktičnem življenju primenja, kako se odraža konkretno v psihi subjektov, ki se po njej ravnaajo, sodnikov, ki na njeni osnovi izdajajo sodbe, pravnih svetovalcev, trgovcev, obrtnikov itd., ki sklepajo pravne posle in se pravnih norm poslužujejo kot tehniških sredstev, da dosežejo neki gospodarski ali socialni smoter. Primemba je torej najvažnejša pravna dejavnost in proučevanje likov, v katerih se ta dejavnost izvršuje, najvažnejši del pravne logike.

S teorijo pravnega sklepanja seveda še ni izčrpano področje pravne logike, ki mora kot oblikoslovje pravnega

³⁵ Cf. Bernard, Introduction à l'étude de la médecine expérimentale, I, I, § III.

³⁶ Jhering, Geist des römischen Rechts, 1898, II/2, 322: »Das Recht ist dazu da, dass es sich verwirkliche. Die Verwirklichung ist das Leben und die Wahrheit des Rechts, ist das Recht selbst. Was nicht in Wirklichkeit übergeht, was bloss in den Gesetzen, auf dem Papiere steht, ist ein blosses Scheinrecht, leere Worte, und umgekehrt, was sich verwirklicht als Recht, ist Recht, auch wenn es in den Gesetzen nicht zu finden, und das Volk und die Wissenschaft sich dessen noch nicht bewusst geworden sind.«

mišljenja razjasniti in ugotoviti splošno formalne like pravne dejavnosti. Vendar pa so druga področja pravne logike, kakor n. pr. tvorjenje pravnih pojmov, vprašanje indukcije in dedukcije v pravu itd., morda radi večje sorodnosti z drugimi panogami znanosti, boljše raziskana kakor pravno sklepanje.

Teorija pravnega sklepanja seveda ne more imeti namena, predpisati pravniku pravil, po katerih naj pride do pravno neoporečnih sklepov, pa tudi ni organon, ki bi nas učil pravno pravilno misliti. Koliko je pravnikov, ki se ne zavedajo, katerih logičnih likov se poslužujejo pri proučevanju pravne snovi in pri uporabljanju pravnih norm na konkretne primere, pa so njihovi sklepi navzlic temu pravilni. Logika kot veda ima svojo zgodovino. Nastala je v nekem razdobju razvoja človeške miselnosti. A ljudje so že davno pred Aristotelom in tudi za njim ter neodvisno od njega mislili pravilno ali napačno. Še bolj velja to seveda za pravno logiko, ki je šele v povojih, medtem ko je pravo tako staro kakor človeštvo. Kako nezavisno je pravilno sklepanje od zavesti pravno logičnih operacij, ki jih pri tem sklepanju vršimo, kaže dejstvo, da so se prav rimski juristi, ki so bili najboljši izklesovalci pravnih pojmov in največji mojstri primembe prava, kaj malo bavili s teoretskimi vprašanji pravne logike. Naloga pravne logike je torej v praktičnem oziru dokaj skromna: ne gre za postavljanje pravil ad directionem pravnega mišljenja, marveč predvsem za spoznavanje dejavnosti, ki jo pri pravnem sklepanju faktično izvršujemo. Kdor pa hoče spoznati konkretno logiko pravnega mišljenja, se mora obrniti na ljudi, ki pravo praktično uporabljajo, in opazovati, kako se pri njih konkretno vršijo funkcije pravnega sklepanja. Vsi ti praktični juristi pa bi se lepo zahvalili, če bi jim prišel teoretik in jih hotel učiti, kako naj pravno pravilno sklepajo. Kot zavest realnopolitičnih procesov, ki se dnevno odigravajo v vsakem članu občestva, pa ustreza teorija pravnega sklepanja splošnemu smotru znanosti, ki gre »de l'idée confuse à l'idée claire et distincte«.³⁷

³⁷ H. Delacroix, Les opérations intellectuelles, v Dumas, Traité de psychologie, 1924, II, 140.

Le syllogisme juridique.

On est généralement d'accord d'admettre que toute application du droit est un raisonnement syllogistique dans lequel la majeure est fournie par la règle du droit, la mineure par le cas d'espèce, tandis que le jugement est la conclusion qu'on déduit des prémisses. Cette théorie, qui remonte à Beccaria et qu'on rencontre aussi chez Kant et Schopenhauer, a ses racines dans la philosophie sociale du XVIII^e siècle, qui se préoccupait de la liberté de l'individu et croyait l'assurer en liant tout acte du pouvoir, judiciaire ou exécutif, à loi qui devait être claire et précise — afin de prévenir tout acte arbitraire. L'enchaînement rigoureux du raisonnement syllogistique est ainsi le symbole de la détermination rigoureuse de toute activité juridique. Aujourd'hui encore, dans le conflit entre l'école du droit libre et l'école de l'exégèse, on appelle souvent cette dernière l'école syllogistique, mais à tort, puisque la théorie du droit libre ne renie pas nécessairement le caractère syllogistique du raisonnement juridique. Le conflit entre les deux écoles se réduit en dernière analyse à une différence d'opinion sur les sources du droit; autrement dit, le problème est de savoir qui, dans une société, est autorisé à énoncer les règles qui forment la majeure des syllogismes juridiques.

En examinant les éléments du syllogisme juridique, l'auteur constate que la majeure est une règle de droit qui est une proposition du point de vue grammatical, un jugement hypothétique du point de vue logique et un impératif du point de vue social. Cette distinction permet de concilier le conflit entre la théorie normative et la théorie impérative. Du point de vue logique la formule des règles juridiques est généralement $p \supset q$, qui exprime une relation, déterminée par le droit, entre une situation de fait (p) et une conséquence juridique (q). Mais, dans quelques cas, surtout quand il s'agit des définitions ou des règles semblables à des définitions, d'autres formules semblent pouvoir mieux exprimer le contenu logique des normes juridiques. La mineure exprime toujours une situation de fait qui, tout en étant souvent très difficile à constater, ne diffère pas, du point de vue formel, de la majeure. La conclusion constate ou l'identité ou la différence entre les éléments constitutifs de deux prémisses. L'espèce (la mineure) est toujours comprise dans la règle abstraite (la majeure). Le raisonnement syllogistique est, pour cette raison, purement analytique, ce qui est même en accord avec le principe de légalité, suivant lequel la conclusion doit être

toute entière comprise dans les prémisses. Le syllogisme juridique n'élargit donc pas et, suivant l'ordre juridique, ne doit pas élargir notre connaissance.

En faisant la critique du syllogisme juridique, l'auteur constate que le point de départ dans l'application du droit est la mineure et non pas la majeure: on cherche la règle conforme à l'espèce. On la trouve par intuition, par une sorte de reconnaissance: on reconnaît dans l'espèce la situation posée dans la majeure. Après cet acte de reconnaissance, nous transposons l'intuition de départ sur le plan logique en lui donnant la forme du syllogisme.

Or, si le syllogisme juridique ne sert pas à trouver des règles conformes à l'espèce, il conserve quand même son importance. En donnant à la reconnaissance intuitive la forme du syllogisme et en lui donnant la forme de l'universalité logique, le syllogisme juridique exerce une fonction sociale très importante. Il sert aussi comme moyen de démonstration et de contrôle. Pour ces raisons il restera toujours la forme idéale des jugements juridiques.

Izr. profesor dr. Viktor Korošec:

Novi odlomki Gajevih institucij.

(PSI 1182)

I. Gaj.

Habent sua fata libelli! Posebej velja ta izrek Terentiana Maura za rimskega klasičnega jurista Gaja, ki je deloval v drugi polovici drugega stoletja po Kr.¹ Ničesar ne vemo o njegovem življenju, niti njegovega celotnega imena ne poznamo; ne sodobni, ne poznejši klasiki ga nikoli ne citirajo.² Šele navajalni zakon cesarjev Teodozija II. in Valentijana III. (l. 426.) Gaja takorekoč odkrije in ga takoj uvrsti med petero najbolj avtoritativnih klasikov, pri čemur mu da prednost pred mnogo pomembnejšimi (pred Julijanom, Scevolom, Marcelom i. dr.).³

Kaj je povzročilo toliko izpremembo? Najboljšo razlago za ta pojav nam daje nizko stanje tedanjega pravo-znanstva. Slednjemu je povsem manjkalo novih tvornih sil,

¹ Prim. P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*, 2. izd., 1912, str. 201 ss., 276 ss., 299; Kübler, *Geschichte des Römischen Rechts*, 1925, str. 268 ss.; Kübler, *Gai institutionum commentarii quattuor separatim ex Iurisprudentiae Antejustiniana reliquiis* ..., 6. izd., 1928 (= Kübler, Gai), str. III ss. — Gajev tekst je v naslednjem citiran po tej izdaji kot Gai. z navedbo knjige in paragrafa.

² D 45, 3, 39 je interpolirano; prim. Kübler, Gai, str. III.

³ C. Th. 1, 4, 3: Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur. — Zanimivo je, da je Gaj najstarejši med petimi navajalnimi juristi ter hkratu edini, ki je deloval pred Papinijanom. Zakonodajavec je hotel vsekakor privilegirati spise najklesnejših klasikov (Ulpijana, Pavla in Modestina), radi velike avtoritete ni mogel prezreti Papinijana (*excellentis ingenii vir*; C. Th. 1, 4, 3); privilegiranje Gajevih spisov je v tej zvezi še bolj značilno.

po večini je bilo le težko kos uporabljaju bogate klasične dediščine.⁴ S svojimi lahko umljivimi spisi, ki so se odlikovali po lepem jeziku in priprostem slogu, je Gaj potreban te dobe kakor nalašč ustrezal. Zlasti velja to za njegove institucije, ki so se uporabljale na Zapadu in na Vzhodu ter odločilno vplivale tudi na zakonodajo. Justinijanove institucije so v pretežni meri prevzele tekst Gajevih institucij. Še pred Justinijanom pa je uvrstil Alarik II. l. 506. v svoj zakonik za Rimljane (*Lex Romana Visigothorum*) izvleček iz Gajevih institucij: *Epitome Gaii*.⁵ Pa tudi praksi in teoriji je bilo Gajevo delo zelo zaželen pripomoček. To dokazujejo najdbe zadnjih 120 let. Leta 1816. je odkril Niebuhr na veroneškem palimpsestu št. 13 skoro celotne Gajeve institucije.⁶ L. 1898. je našel Chatelain v Autunu dele komentarja k institucijam, ki se je uporabljal v petem stoletju v Galiji (*Gaius Augustodunensis*).⁷ Nove fragmente institucij so v zadnjih letih našli v Egiptu. Med desetisoči doslej tam najdenih papirov je tudi veliko število listin, iz katerih spoznavamo grško-egiptsko, deloma pa tudi rimsko pravo; ni pa bilo med njimi pomembnejših ostankov klasičnih spisov.⁸ Tem bolj je bilo presenetljivo, ko je v XVII. zvezku *Oxyrhynchus-Papyri* objavil Hunt na nekem papiru drobce iz četrte knjige Gajevih institucij; papir je bil iz tretjega stoletja.⁹ Še pomembnejša pa je najnovejša

⁴ Najbolje dokazuje to navajalni zakon (gl. op. 3). — Primerjaj tudi konstitucijo Teodozija II, s katero je proglasil svoj zakonik (v Mommsen-Meyerjevi izdaji II, str. 3 ss.; v Krügerjevi izdaji, str. 11): *Saepe nostra elementia dubitavit, quae causa faceret, ut tantis propositis praemiis, quibus artes et studia nutriuntur, tam pauci rarique extiterint, qui plene iuris civilis scientia ditarentur et in tanto lucubrationum tristi pallore vix unus aut alter receperit soliditatem perfectae doctrinae.*

⁵ Prim. Kübler, *Iurisprudentiae Antejustinianae reliquiae*, II, 2, 6. izd. 1927, str. 395 ss.

⁶ Manjkajo trije listi; en list (IV, 134—144) je bil znan že preje, objavil ga je prvič Scipio Maffei l. 1771. — Prim. Kübler, *Gai.*, str. VII; le-tam so tudi navedene vse izdaje.

⁷ Kübler, *Iurisprudentiae Antejustinianae*, II, 2, str. 432 ss.

⁸ Prim. Kübler, *Geschichte des Römischen Rechts*, 1925, str. 278, 282 s., 285 in str. 288 ss.

⁹ Kübler, *Gai.*, 6. izd., *Supplementum*, str. 1—2.

najdba, ki jo je novembra 1933. v vzorno dovršeni obliki objavil profesor Arangio-Ruiz.¹⁰

Koncem februarja 1933.¹¹ je kupila neka dama, gospodična Norsa, od nekega antikvarja v Kairu več pergamentnih listov, med njimi dva cela, ki so vsebovali na desetih straneh odlomke iz Gajevih institucij, kakor je to hitro spoznal Arangio-Ruiz. Po antikvarjevih navedbah je bil rokopis najden v bližini starega mesta Antinupolis.¹² Profesor Rostagno stavi rokopis v četrto stoletje ali v prva desetletja petega.¹³ Napisan je v uncijalah. Odlomki iz tretje knjige so glosirani, ne pa oni iz četrte. To je lahko umljivo, če pomislimo, da se formularni proces, o katerem razpravlja četrta knjiga, tedaj v Egiptu ni več uporabljal, ako se je sploh kdaj.¹⁴ Glose so pisane v grškem jeziku. Deloma pojasnujejo med vrsticami nekatere, lastniku težje razumljive izraze n. pr. legitimus = *ἐρωουξ*¹⁵ (v. 19) (glossa interlinearis), deloma na robu (glossa marginalis) opozarjajo na paralelna mesta iz Pavlovih spisov¹⁶ ali pa kratko podajo vsebino dotičnega odstavka.¹⁷ Žal, so ravno glose, ki navaajo paralelna mesta, slabo ohranjene.¹⁸

¹⁰ No. 1182. Frammenti di Gaio a cura di Vincenzo Arangio-Ruiz, v Pubblicazioni della Società Italiana per la ricerca dei papiri greci e latini in Egitto, XI, Firenze 1933 (v naslednjem citirano kot Frammenti). — Profesorju Arangio-Ruizu, ki mi je ljubeznivo poklonil svojo publikacijo, bodi tudi na tem mestu izrečena moja pristržna zahvala.

¹¹ Vse navedbe posnemam po uvodu Arangio-Ruiza, Frammenti di Gaio, str. 1—5.

¹² Mesto je ustanovil l. 130. Hadrijan in ga je nazval po svojem ljubljencu Antinou; prim. Wilcken, Papyruskunde I, 1, 1912, str. 49 ss. (ime Antinoe Wilcken odklanja; str. 49, op. 3), Schubart, Einführung in die Papyruskunde, 1918, str. 237, 262.

¹³ Arangio-Ruiz, Frammenti, str. 2 s. in op. 1.

¹⁴ Avgust je združil Egipt z Rimom v personalni uniji; prim. Monumentum Ancyranum, 27: Aegyptum imperio populi Romani adieci. — Drugače kakor v senatnih provincah, v Egiptu redno formularno postopanje, za katero bi stranki svobodno izbirali sodnika (iudex), ni bilo uporabljano. Prim. Wlassak, Zum römischen Provinzialprozeß, 1919, str. 5 s.; Wenger, Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts 1925, str. 48., op. 69, str. 60, op. 6, str. 66 s., str. 69, op. 58.

¹⁵ v. 19. — ¹⁶ pred v. 110. — ¹⁷ v. 70 ss.

¹⁸ Prim. izčrpna izvajanja Arangio-Ruiza; Frammenti str. 47 ss.

Arangio-Ruiz domneva prepričevalno, da so najdeni odlomki bili del obširnega kodeksa, čegar lastnik je bil najbrže kak profesor pravne šole v Aleksandriji;¹⁹ slednjo poznamo že iz Justinijanove konstitucije *Omnem rei publicae*.²⁰

Gajevi fragmenti iz Antinupola so nedvomno najvažnejša najdba rimskih pravnih tekstov v zadnjih sto letih, to je, odkar sta našla: Niebuhr veroneški palimpsest (1816), Angelo Mai pa *Fragmenta Vaticana* (1821).

Najdeni odlomki obsegajo nič manj kakor 220 vrstic, od katerih je le kakih 12 povsem nečitljivih, toda jih je mogoče dopolniti iz konteksta.²¹ Okrajšav (sigla) uporabljajo zelo malo.

Posebno važno pa je, da nova najdba v dveh pogledih bistveno dopolnjuje veroneški rokopis.

Dve strani teksta razpravljata o družbi in v svojem pričetku odgovarjata veroneškemu rokopisu Gai. III, 153—154; za tem pa vsebujeta tudi izvajanja o družbi civilnega prava (*genus societatis proprium civium Romanorum*, vv. 14 ss.),²² ki je veroneški tekst ne omenja. Za vrzeljo dveh listov slede na štirih straneh izvajanja o pridobivanju po skupnem sužnju, o izpolnitvi obligacij: o dajatvi mesto plačila, o akceptilaciji ter o izpolnitvi *per aes et libram*. Razen nekaterih neznatnih izprememb²³ se tekst krije z veroneškim Gai. III, 167—174. Nato manjka zopet več listov. Pravo presenečenje pa povzroča zadnji list, ki obsega na štirih straneh znaten odlomek iz četrte knjige; na prvih dveh straneh še razpravlja o legisakciji *sacramento in rem*, kar se krije z veroneškim Gai. IV, 16—17. Po znatni vrzeli nadaljuje na naslednjih dveh straneh izvajanja o legisakciji *per iudicis postulationem* ter podaja pričetek izvajanja o legisakciji *per conditionem*. S tem je izpolnjena občutna

¹⁹ o. c. str. 4.

²⁰ § 7 ... *audivimus etiam in Alexandria splendidissima civitate... quosdam imperitos homines devagare et doctrinam discipulis adulterinam tradere...*

²¹ Glede pristnosti teksta prim. Arangio-Ruiz, *Frammenti*, str. 29 ss.

²² Antinupolski Gajev tekst citiram po ediciji Arangio-Ruiza v *Frammenti* (prim. op. 10 zgoraj), z navedbo vrstice (v.).

²³ Glede tekstnih variant prim. Arangio-Ruiz, *Frammenti*, str. 26 ss.

vrzel, ki je nastala vsled tega, ker nam zadevni list v veroneškem rokopisu ni ohranjen.

Novi Gajev tekst, ki ni niti neposredno niti posredno prepis veroneškega rokopisa,²⁴ pa definitivno ovrže Kniepovo hipotezo. Kniep²⁵ je hotel ugotoviti v veroneškem tekstu Gajevih institucij štiri plasti, med njimi tudi plast »postgajanskih« dodatkov. Kot taka označuje nekatera izvajanja, ki jih vsebuje antinupolski tekst prav tako kakor veroneški; novi tekst nesporno dokazuje, da so pristno Gajeva. Kakor je ugotovil že izdajatelj Arangio-Ruiz,²⁶ bo nova najdba imela za tekstno kritiko predvsem ta splošni pomen, da bo ovrгла naziranja, ki domnevajo, da se nahaja tudi v Gajevih institucijah veliko število tekstnih izprememb (glosemov), ki naj bi bile izvršene v postklasični dobi.

II. Societas.

Sedanja vladajoča teorija uči, da je bila v rimskem pravu družbena pogodba (*societas*) pripoznana kot kontrakt šele potem, ko je bilo uvedeno formularno postopanje;¹ vsekakor pa je že Q. Mucius Scaevola († 82 pr. Kr.) poznal tožbo iz družbene pogodbe (*pro socio*) kot *actio bonae fidei*.²

Glede razvoja družbenega kontrakta zastopa večina avtorjev mnenje, da je najstarejši družbi — *societas omni-*

²⁴ Prim. Arangio-Ruiz, *Frammenti*, str. 30 ss.: Anzitutto è evidente che il nuovo ms. non è solo più antico, ma anche più accurato di V (= Veronese), o almeno risalente a esemplari più accurati: ...

²⁵ Kniep, *Gai Institutionum commentarius primus*, 1911, str. XIII.

²⁶ *Frammenti*, str. 31.

¹ Cuq, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, 1917, str. 494; Girard-Mayr, *Geschichte und System des römischen Rechts*, 1908, str. 624; manj določno se izraža za večjo starost Kniep, *Gai institutionum commentarius tertius* 2. del (§§ 88—225) 1917, str. 326. — Pač pa je Manigk, s. v. *societas*, v *Pauly-Wissowa, Real-Encyclopädie*, str. 773, pravilno domneval, da je obstojala tudi družbena pogodba po civilnem pravu. Dela: B. W. Leist, *Zur Geschichte der röm. societas*, 1881; Adler, *Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts*, 1895; Trumpler, *Die Geschichte der röm. Gesellschaftsformen*, 1906, mi niso bila dostopna.

² Cicero *de off.* 3, 17, 70 (= *Iurisprudentiae Anteiustinianae* I, 6. izd. 1908, str. 22, No. 21). — Prim. tudi Costa, *Cicerone giureconsulto*, 2. (nova) izd. I. 1927, str. 179, op. 1.

um bonorum³ — bil za vzor stari consortium, to je dediščinska skupnost, ki so jo ohranili sodediči po zapustnikovi smrti.⁴ Za sodediče so bile pri tem odločilne različne okolnosti: včasih je bila dediščina zelo majhna, včasih je gospodarski ustroj obrata silil, da se je ohranila skupnost.⁵ — V literaturi pa tudi ni manjkalo glasov, ki so zanikali vsako zvezo med staro dediščinsko skupnostjo in poznejšo *societas omnium bonorum*. To mnenje je zastopal Karlowa,⁶ v zadnjih letih pa Del Chiaro.⁷

V veroneškem rokopisu se zaključi razpravljanje o družbi (*societas*) sledeče (Gai. III, 154): *Sed haec quoque societas, de qua loquimur, id est, quae consensu contrahitur nudo, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit.*

V antinupolskem rokopisu se glasi odgovarjajoče mesto sledeče (vv. 9—14):⁸

Sed e a quidem societas,⁹ de qua loquimur, id est quae nudo¹⁰ consensu contrahitur, iuris gentium est, itaque inter omnes homines naturali ratione consistit.

³ Lenel, *Edictum perpetuum*, 3. izd. 1927, str. 297, op. 8.

⁴ Czyhlarz-San Nicolò, *Institutionen*, 19. izd., 1933, str. 247; Jörs, *Geschichte und System des römischen Privatrechts*, 1927, str. 166 s.; Kipp, *Das römische Recht*, 1930, str. 267; Cuq, l. c. (gl. op. 1); Girard-Mayr, l. c. (gl. op. 1); Huvelin-Monier, *Droit Romain*, II, 1929, str. 97 s.; Collinet-Giffard, *Précis de droit romain*, II, 1929, str. 70; Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, (2. izd.) 1927 (3. izd. iz l. 1933 mi ni bila na razpolago), str. 320; Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, 2. izd., II, 1928, str. 302; Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, 8. izd., 1925, str. 475; Costa, *Storia del diritto romano privato*, 2. izd., 1925., str. 381; Buckland, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian*, 2. izd., 1932, str. 513.

⁵ To domneva Pernice, *Parerga*, I: *Zum römischen Gesellschaftsvertrage*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, rom. Abt.* (= S. Z.) 3, str. 68.

⁶ *Römische Rechtsgeschichte*, II., 1901, str. 653.

⁷ *Le contrat de société en droit privé Romain sous la république et au temps des jurisconsultes classiques*, Paris, 1928. — Knjiga mi žal ni bila dostopna. — Prim. Steinwenterjevo recenzijo v S. Z. 50, str. 592.

⁸ Arangio-Ruiz, *Frammenti*, str. 7.

⁹ Izvirnik piše *sociaetas* (v. 4, 8, 9, 21), oz. *sociaetatis* (v. 15); *sociaetatem* (v. 3, 29, 36), *sociaetate* (v. 33).

¹⁰ Nad »nudo« je grški izraz *ψιλ[ω]*.

S tem pa ne konča razpravljanja o družbi, ampak nadaljuje (vv. 14 ss.):^{10a}

Est autem aliud genus societatis^{10b} proprium civium Romanorum et rell.

Tudi v antinupolskem rokopisu nam, žal, nadaljnji tekst v celoti ni ohranjen, temveč le 30 oz. 32 vrstic besedila, ki nam poroča o družbi civilnega prava. Novi tekst je v tem pogledu popolnejši kakor veroneški. Slednji konča, kakor smo videli, svoja izvajanja o družbeni pogodbi z ugotovitvijo, da je konsenzualna družbena pogodba pravni lik *iuris gentium*, kot taka je utemeljena v naravi stvari (*ratio naturalis*). Slednji dostavek je vedno značilen za pravne tvorbe *iuris gentium*.¹¹ Citirana Gajeva ugotovitev, da je konsenzualna *societas* pravni lik *iuris gentium*, je v veroneškem tekstu povsem osamljena in brez zveze s prejšnjimi izvajanja, ^{11a} ki naj bi jih logično zaključila. Povsem razumljiva pa nam postane v antinupolskem rokopisu. Tu vzporeja Gaj z družbo *iuris gentium* še staro civilno družbo. Sedaj je, preje abruptna, ugotovitev utemeljena, saj tvori prehod k razpravljanju o civilni družbi.

Zakaj nam veroneški rokopis ni ohranil odstavka o civilni družbi? Pritrditi bo treba Arangio-Ruizu,¹² ki si razlaga izpustitev tega odstavka tako, da so ta izvajanja imela za prepisovalca v petem stoletju le še zgodovinski pomen, ne pa praktičnega. Ko je pa izpustil odstavek o civilni družbi, je moral v prejšnjem, citiranem odstavku (Gai. III, 154) izpremeniti »quidem«, kateremu bi kesneje utrezal »autem«, v »quoque«.

Iz antinupolskega rokopisa izvemo, da je že staro civilno pravo poznalo posebno družbeno pogodbo (*societas*). Glede nje smemo pač analogno uporabljati načela, ki veljajo za druge civilne pravne like (*dominium ex iure Quiritium*,

^{10a} Prim. op. 8 na str. 59. — ^{10b} Prim. op. 9 na str. 59.

¹¹ Gai. I, 1: ...quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.

^{11a} Beseler, S. Z. 46, str. 268, je pravilno uvidel, da veroneški tekst na tem mestu ni v redu. Po antinupolskem besedilu seveda ni več pomislekov glede pristnosti.

¹² Frammenti, str. 33.

sponsio, i. dr.): sklepati smemo, da je bila mogoča le med Rimljani ter da so njeno stvarnopravno imovino tvorile samo res in commercio. Končno smemo domnevati, da je bilo za njen nastanek treba določenega civilnega pravnega dejstva (causa civilis).

Zelo verjetno je,¹³ da se je najstarejša rimska družba imenovala *erctum non citum*,¹⁴ kar po Gajevi razlagi pomeni nerazdeljeno (dediščinsko) lastnino.¹⁵ Slednja je nastala na ta način, da so po smrti rodbinskega poglavarja (pater familias) njegovi sui heredes ohranili skupno dediščino nerazdeljeno. Ker je pravni lik civilnega prava, se imenuje legitima (v. 19),¹⁵ grški lastnik je ta izraz prevedel kot

¹³ Rokopis iz Antinupola je ravno v 22. vrstici nečitljiv, zato ni gotovo, ali je tam uporabljal Gaj naziv *erctum citum*, ki ga najdemo tudi pri Festu, ali pa morda *ercto cito*, ki ga navaja Gellius, *Noctes Atticae*. Verjetnejše je vsekakor prvo, ker je v naslednjih vrstah ohranjen [erct]um enim do[mini]m e(st), un|de eru[s] dominus dicitur (vv. 23—25). — Prim.: Festus, De verb. signif. (= Bruns, *Fontes* II., 8): *Erctum citumque fit inter consortes, ut in libris legum Romanorum legitur. Erctum a ‚coercendo‘ dictum, unde et ‚erciscendae‘ et ‚ercisci‘. Citum autem est vocatum a ‚ciendo‘. — Gellius, *Noctes Atticae* 1, 9, 12: (pripoveduje o Pitagorovih učencih) quod quisque familiae, pecuniae habebat, in medium dabat et coibatur societas inseparabilis, tamquam illud fuit anticum consortium, quod iure atque verbo Romano appellabatur ‚ercto non cito‘.*

¹⁴ Za etimologijo prim. Arangio-Ruiz, *Frammenti*, str. 35, in P. S. na str. 52.

¹⁵ Izdajatelj Arangio-Ruiz (str. 7 in 9) dopolnjuje tekst sledeče (dopolnitve v oglatem oklepaju):

- v. 17 olim enim mortuo pa-
tre familias i(nte)r suos h(ere)des
quaedam erat legitima
- 20 simul et naturalis soci-
[[a]][c]t[a]s, quae appell[abatur]
[erctum non citum, i(d) e(st) dominiu(m)]
[non diuisum: erct]um enim do-
[minium e(st), un]de eru[s] do-
- 25 minus dicitur: ciere a(u)[t(em)] di-
uidere e(st):

Nad quaedam je pripisan grški *τισποτε = τις ποτέ*; nad legitima: *ἔ ρομος*. — Gajeve institucije uporabljajo legitimus v zvezi s sledečimi izrazi: manumissio (I, 17), tutor (I, 155, 172), tutela (I, 165, 175,

ἐτρομος.¹⁶ Vsled ozke sorodstvene vezi, ki je obstojala med družbeniki, ki so bili kot sui heredes redno bratje, pravi Gaj o najstarejši družbi, da je bila tudi naturalis (societas) (v. 20). Tako je najstarejša rimska civilnoppravna družba societas fratrum, dočim se je imenovala kesnejša civilna družba, ki so jo ustanovile osebe, med katerimi ni bilo agnatskih vezi, societas ad exemplum fratrum.¹⁷ Ideja bratstva tako dominira v civilni družbi. Sledove tega naziranja najdemo še v klasični dobi: ius fraternitatis, ki velja za medsebojne odnošaje med družbeniki, je preostanek starega pojmovanja.¹⁸

Civilno družbo so lahko ustanovile tudi osebe, ki niso bile sui heredes. Ali so imeli to možnost prvotno samo oporočni tuji dediči (heredes extranei)? Ali je bilo morebiti več prehodnih oblik, tako da se je končno pretrgala zveza z dedovanjem, vsega tega nam Gaj ne pove. Sklenitev

178, 180, 192, II, 122, III, 43), iudicium (I, 184, III, 83, 180, 181, IV, 104, 107), ius (II, 35, 36, 119, 122, 149, 167, III, 22, 27, 28, 51), numerus testium (II, 109), heres (II, 149 a, III, 14), cognatio (III, 10), hereditas (III, 85).

¹⁶ *ἐτρομος* se za legitimus relativno redkeje uporablja. Justinijanov kodeks ga ima le v C. 10, 11, 8; prim. M. San Nicolò, Vocabularium Codicis Iustiniani, 1925, str. 150. Kolikor morem ugotoviti za papire, se je uporabljal ta izraz zlasti za zakonito starost = *ἐτρομος ἡλικία* (Pap. Oxy. II, 247, 12 iz l. 90 po Kr.; prim. Preisigke, Fachwörter des öffentlichen Verwaltungsdienstes Ägyptens, 1915, str. 76 s. v.; dalje Mitteis, Griechische Urkunden der Papyrussammlung zu Leipzig, 1906, No. 29, v. 6, str. 75, iz l. 295 po Kr.); v drugi zvezi je izraz rabljen v Pap. Oxy. I, 67, iz l. 338 po Kr., v. 11 (Meyer, Juristische Papyri, 1920, str. 297). — Za legitimus se uporablja včasih — zlasti za dediča — *νόμιμος*, pa tudi *κατὰ τοὺς νόμους*; prim. Kreller, Erbrechtliche Untersuchungen auf Grund der graeco-ägyptischen Papyrusurkunden, 1919, str. 57; prim. tudi Nov. 1, c. 1. pr., § 1, § 3; c. 4, § 1. — Značilno je, da tudi 18. sinajski sholij (Iurisprudentiae Anteiustinianae, II, 2, 6. izd., 1927, str. 482 s.) enostavno uporablja: legitimus ((nom.), legitimo (dat.), legitimon (acc.).

¹⁷ vv. 22 ss.: in hac autem societate fratrum ceterorumque qui ad exemplum fratrum societatem coierint, ... — Tekst ima »fratrum«
»societatem«.

¹⁸ D 17, 2, 63 pr.: ... cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat. — Index Interpolationum I, str. 302, navaja, da so smatrali Beseler, Rabel in Manigk ta stavek za interpoliran; vzpričo novega Gajevega teksta mislim, da ni povoda, da bi ta izrek pripisovali Tribonianu, ne pa Ulpianu.

družbene pogodbe naziva: *coire societatem*. Za sklenitev pa ne zadošča že soglasje strank, kakor je to v klasičnem pravu. Treba je marveč legisakcije pred pretorjem.¹⁹ Gaj tudi ne pove, na katero legisakcijo pri tem misli in v kateri obliki se je vršila glede na posebni značaj družbene pogodbe, ki naj bo *societas ad exemplum fratrum*.

Zdi se mi pač, da je bila za to svrho najbolj prikladna in *iure cessio*,²⁰ ki so jo kot navidezno pravdo uporabljali pri prenosu lastnine, pri ustanavljanju služnosti ter pri in *iure cesiji* deferirane pa še ne pridobljene dediščine (*hereditatis delatae nondum acquisitae*). — Njeno bistvo je v tem, da pridobitelj uveljavlja v navidezni pravdi kot tožitelj ono pravico, ki jo naj od dosedanjega upravičenca — navideznega toženca — šele pridobi. Kdo je nastopal kot tožitelj, kdo kot toženec, kadar je šlo za ustanovitev družbe? Katero pravico naj pridobi tožitelj? K edini rešitvi nas vodi domneva, da je šlo pri stari civilni družbi v gospodarskem oziru predvsem za solastnino.²¹ Sodediči so postali solastniki dediščinskih stvari; redke²² terjatve in dolgovi pa najbrže še niso bili podedljivi.²³ Ako je ta domneva pravilna, tedaj je tožitelj uveljavljal, da ima solastnino na stvareh toženca, bodočega družbenika; obratno pa je slednji kot tožitelj uveljavljal, da je solastnik stvari prvega. Vsak družbenik je tako nastopal kot tožitelj glede stvari drugih družbenikov, kot toženec pa glede lastnih stvari. Ta ureditev nam postane lažje razumljiva, ako si predočimo, da je pri delitvenih tožbah (n. pr. *actio communi dividundo*) tudi vsaka stranka hkratu tožitelj in toženec (*actiones duplices*).

Ako je naša razlaga pravilna, je taka *legis actio*, oz. in *iure cessio* imela za posledico, da so postale osebe, ki so hotele postati družbeniki, solastniki; nastalo je isto pravno razmerje, ki je obstajalo med sodediči, ki so hoteli nadalje-

¹⁹ v. 28 ss.: *alii quoque qui ulebant eandem habere societatem poterant id consequi apud praetorem cepta legis actione.*

²⁰ Arangio-Ruiz, *Frammenti*, str. 37. in Gai. II, 24, kjer Gaj razpravlja o in *iure cesiji* in zaključuje: *idque legis actio uocatur.*

²¹ Prim. Kniep, *Gai Institutionum*, III, 2, 1917, str. 324 ss.

²² Prim. navedbe v moji *Erbenhaftung nach römischem Recht I.* (= *Leipziger rechtswissenschaftliche Studien*, 29) 1927, str. 29 ss.

²³ *Erbenhaftung*, str. 38 ss.; 79 ss.

vati dediščinsko skupnost. Pogodbena dogovorjena skupnost je bila lahko bolj ali manj omejena. Odtod si povsem lahko zamislimo prehod h kesnejšemu razlikovanju klasičnih družb: *societas omnium bonorum, quaestus, negotiationis, unius rei*.

Civilnoppravna *societas* pa je deloma temeljila tudi na načelih, ki so povsem različna od onih, ki so veljala za družbeno pogodbo po klasičnem pravu. Kolikor je Gajev tekst ohranjen, navaja dvoje posebnosti (vv. 32 s.: *in hac autem societate* ... vv. 37 s.: *illud proprium erat*).²⁴

Ako je eden izmed družbenikov z *manumisijo* osvobodil skupnega sužnja, je postal le-ta svoboden²⁵ in sicer tako, da so pridobili nad njim vsi družbeniki patronatsko pravico (*omnibus libertum adquirebat*). Prav tako je mogel vsak družbenik z *mancipacijo* odsvojiti skupno stvar, pač táko, ki je bila *res Mancipi*.²⁶ Gajev tekst nam od tu dalje ni več ohranjen, smemo pa a *maiore ad minus* sklepati, da je smel vsak družbenik odsvojiti tudi vse *res nec Mancipi*, ki so bile pravno, v civilni dobi pa tudi gospodarsko manj pomembne.

Drugačno stališče je glede skupnega sužnja zavzemalo rimsko klasično pravo. Ako je osvobodil skupnega sužnja samo en družbenik²⁷ s kako civilno *manumisijo* (*vindicta*,

²⁴ Tekst je tu zelo slabo ohranjen; zdi se, da se je prepisovalec večkrat zmotil:

v. 37: *illud proprium i(?)*

[*era*]t, *uunus(?) quod u(el) unus*

Zaenkrat bo pač slediti izdajateljevi rekonstrukciji teksta (str. 9).

²⁵ v. 38 ss. (Arangio-Ruiz, *Frammenti*, str. 9):

v. 38: ... *quod u(el) unus*

ex sociis communem seruum m(anu)mittendo liberu(m) faciebat et omnibus libertum adquirebat:

²⁶ v. 42 (Arangio-Ruiz, *Frammenti*, str. 9):

... *item unus*

[*rem co*]mmunem *m(an)c[ipa](n)-[do eius faciebat, qui m(an)]-[cipio accipiebat...]*

²⁷ *Socius* pomeni družbenika in solastnika.

censu, testamento), suženj ni postal prost. Vsled manumisije je pač manumitent izgubil svoj delež solastnine odn. gospodarske oblasti (*dominica potestas*) na sužnju; ker pa ni mogel s svojo manumisijo poslabšati pravnega položaja ostalih solastnikov-družbenikov, so se solastniški deleži slednjih ipso iure sorazmerno povečali. Manumisija *inter amicos* pa ni imela niti tega učinka; suženj je ostal še naprej v solastnini svojih dosedanjih gospodarjev. Prokul je tudi tej osvoboditveni obliki pripisoval isti učinek kakor civilnim, toda njegovo mnenje ni prodrlo.²⁸

Justinijan je l. 530. uredil to vprašanje v interesu sužnjeve svobode.²⁹ Ako je en solastnik osvobodil sužnja, je moral drugi odsvojiti svoj delež, ki ga je imel na sužnju. Hkratu je zakonodajavec določil cene za različne vrste sužnjeve, ³⁰ ki naj bi na tak način zadobili svobodo.

Osvoboditev skupnega sužnja, ki jo je izvršil le en družbenik, se torej različno presoja po civilnem, klasičnem in Justinijanovem pravu. Po civilnem pravu učinkuje taka osvoboditev za vse družbenike, ne glede na to, ali so soglašali z osvoboditvijo ali pa ne. Hkratu pa tudi vsi postanejo sopatrni nad novim osvobojevcem. — Po klasičnem pravu pa tako izvršena osvoboditev sužnju ne koristi. Ako je bila manumisija izvršena *inter amicos*, ni sploh nikakih učinkov, pri drugih manumisijskih oblikah preneha delna osvobo-

²⁸ *Fragm. Dositheanum* 10: *Communis seruus ab uno ex sociis manumissus neque ad libertatem peruenit et alterius domini totus fit seruus iure aderescendi. Sed inter amicos seruus ab uno ex sociis manumissus utriusque domini seruus manebit; ius enim aderescendi in hac manumissione non uersatur; quamuis Proculus existimauerit aderescere eum socio: qua sententia non utimur. — Ulp. Regulae, 1, 18: Communem seruum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque aderescit socio, maxime si eo modo manumiserit, quo si proprium haberet, ciuem Romanum facturum esset. Nam si inter amicos eum manumiserit, plerisque placet eum nihil egisse. — Paul. Sent. 4, 12, 1: Seruum communem unus ex dominis manumittendo Latinum facere non potest, nec magis quam ciuem Romanum. Cuius portio eo casu, quo, si proprius esset, ad ciuitatem Romanam perueniret, socio aderescit. — Cfr. tudi o. c. 4, 12, 5: Communem seruum unus ex sociis uinciendo futurae libertati non nocebit.*

²⁹ C. 7, 7, 2, 2 (nos, qui fautores libertatis sumus).

³⁰ C. 7, 7, 1.

diteljeva (manumitentova) gospodarska oblast nad skupnim sužnjem, zato se pa sorazmerno povečajo deleži ostalih solastnikov. — Justinijanu je osebna svoboda pomembnejša kakor gospodarjeva lastnina. Toda osvoboditev, izvršena samo od enega solastnika, napravi le njega za patrona, ostali solastniki pa morajo sedaj prodati svoj solastninski delež na dotlej skupnem sužnju. — Stališče, ki ga je zavzelo civilno pravo, je zanimivo, ker očitno favorizira osvoboditev. Ni pa to edinstven primer. Isto tendenco ima namreč tudi predpis, da je bilo v prostostnih pravnih zadevah treba založiti kot *sacramentum* vedno le po 50 asov, ne glede na vrednost domnevnega sužnja; po splošnih načelih bi bilo treba založiti po 500 asov, ako bi vrednost spornega predmeta znašala najmanj tisoč asov.³¹

Z osvoboditvijo skupnega sužnja po enem družbeniku je v ozki notranji zvezi mancipacija skupne stvari, ki jo opravi en družbenik; saj je suženj res *mancipi*, z *manumissio* preneha gospodarska oblast, z mancipacijo pa lastnina. Zato ni presenetljivo, da novi Gajev tekst navaja obe določili kot posebnosti stare družbene pogodbe.

Najbolj zanimiv pa je sledeči problem, ki nujno sledi iz dosedanjih izvajanj. Kako je smel vsak družbenik-solastnik učinkovito razpolagati s skupno stvarjo? Ali je to združljivo z dosedanjim naukom, da rimsko civilno pravo ni poznalo (direktnega) namestovanja?

Povsem zadovoljivega odgovora zaenkrat ni mogoče dati. Ugotoviti pa moramo, da norma, ki jo je ohranil anti-nupolski Gaj, ni edinstvena v civilnem pravu. Tako je agnatski *curator furiosus* smel z mancipacijo odsvojiti kurdove res *mancipi*.³² Oba pravna stavka segata v ona pravna razmerja, kjer je bilo razmerje zaupanja (*fides*) posebno

³¹ Gai. IV, 14: *Poenam autem sacramenti aut quingenaria erat aut quinquagenaria. Nam de rebus mille aeris plurisue quingentis assibus, de minoris uero quinquaginta assibus sacramento contendebatur; nam ita lege XII tabularum cautum erat. At si de libertate hominis controuersia erat, etiamsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est fauore scilicet libertatis, ne onerarentur adsertores.*

³² D. 40, 1, 13; D. 27, 10, 17; prim. Mitteis, *Römisches Privatrecht*, I., 1908, str. 209 s., zlasti str. 210, op. 18.

intimno in podkrepljeno tudi z (agnatsko) sorodstveno vezjo: kurator-kurand, bratje-družbeniki. Zdi se, da civilno pravo glede takih primerov ni zavzemalo tako brezkompromisnega stališča, kakor ga srečujemo v klasičnem pravu.

III. *Legis actio per iudicis postulationem.*

Civilno pravdno pravo je v najstarejšem rimskem pravu na prvem mestu. Zakon XII plošč (451 pr. Kr.), ki se pričinja z določbo, da mora pozvani toženec slediti tožitelju pred pretorja, in *ius (si in ius vocat, ito)*,¹ mu posveča tri plošče. Tudi v poznejši dobi je Rimljanom individualna *actio* primaren pojem — važnejši kakor odgovarjajoča pravica.

V decemviralni dobi so bili Rimljani še narod malih kmetov, živečih pretežno v zaključenem domačem in naravnem gospodarstvu. Gospodarske in družabne razmere so pospeševale konservativno in individualistično miselnost, ki se najjasneje kaže v rimski rodbini. Le-tej načeluje *pater familias*. Njegova oblast (prvotno *manus*, kesneje *patria potestas*) je načeloma neomejena; najvažnejše pa je, da je on edini član agnatske rodbine, ki je imovinsko sposoben. Tako je civilno imovinsko pravo pretežno le pravo rodbinskih očetov.

Tem razmeram ustreza tudi tedanje civilno pravdno pravo: *legisactijsko*. Malo razvito gospodarsko življenje se zadovoljuje s primeroma majhnim številom akcij. Pač pa stremi pravni red za tem, da spravi slednje v tako obliko, da postanejo lahko skupna last vsega naroda. Zato so zanje značilni določeni jedrnati besedni obrazci (n. pr. *Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam; sicut dixi, ecce tibi, vindictam inposui*. Gai. IV, 16), ki jih včasih spremljajo simbolična dejanja (položitev palice na stvar², položitev roke na zavezanca³). Ta obličnost

¹ Cicero, de leg. 2, 4, 9; prim. Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui*, 7. izd., 1909, I., str. 17, *Testimonia*.

² Gai. IV, 16: ... et simul homini festucam inponebat...

³ Gai. IV, 21: ... et simul aliquam partem corporis eius predebant;...

je sicer zelo stroga,⁴ toda v besednem in dejanskem formalizmu strank se je še ohranila realnost⁵ teh oblik: njihova zveza s prvotnim dejanskim ravnanjem strank.

Legisakcijsko postopanje ima po Gajevi razlagi⁶ svoje ime ali odtod, ker so bile legisakcije uvedene z zakoni ali pa odtod, ker so se tesno oklepale zakonskega besedila in zato veljale za neizpremenljive, kakor zakoni sami.⁷ Gaj⁸ našteva petero legisakcij. Tri (*legis actio sacramento*, per *iudicis postulationem*, per *condictionem*) so bile namenjene razsojevalnemu postopanju, dve (*legis actio per manus iniectionem*, per *pignoris capionem*) pa izvršilnemu.

Kolikor ni kak zakon določal kake druge legisakcije, je bila *legis actio sacramento* splošno uporabna.⁹ Nazivala se je tako po pravdni stavi (*sacramentum*),¹⁰ ki sta jo tožitelj in toženec obljubila, in sicer tako, da jo je izgubil v korist državni blagajni oni, ki je izgubil pravdo. *Sacramentum* je znašal 500 asov, kadar je bil sporni predmet vreden vsaj 1000 asov, drugače pa 50 asov.¹¹ Ta legisakcija je služila za uveljavljanje stvarnih pravic (*legis actio sacramento in rem*) in terjatev (*legis actio sacramento in personam*). Žal

⁴ Gai. IV, 30: ...eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet:...

⁵ Mitteis, *Römisches Privatrecht*, I., 1908, str. 256.

⁶ Gai. IV, 11: *Actiones, quas in usu ueteres habuerunt, legis actiones appellabantur uel ideo, quod legibus proditae erant, ... uel ideo, quia ipsarum legum uerbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges obseruabantur.*

⁷ Weiß, v Pauly-Wissowa, *Real-Enzyklopädie*, 12. B., 24. Halbband, str. 1838, trdi, da je naziv *legis actio* literarnega izvora.

⁸ Gai. IV, 12: *Lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per iudicis postulationem, per condictionem, per manus iniectionem, per pignoris capionem.* — Stevilo legisakcij ni bilo od vsega početka v naprej določeno; tako je prav mogoče, da so smatrali tudi nekatere druge pravdne oblike za legisakcije, oz. da so nekatere to postale šele polagoma. Najbolj govore za to posebnosti, ki veljajo za *pignoris capio* (Gai. IV, 29); slednje po Gajevem izrecnem poročilu nekateri niso smatrali za legisakcijo. — Prim. tudi Bekker, *Vermutungen*. S. Z. 30 (1909), str. 13.

⁹ Gai. IV, 13.

¹⁰ O bistvu »sakramenta« prim. Wenger, *Institutionen des röm. Zivilprozessrechts*, 1925, str. 119, op. 7; Koschaker, S. Z. 37, str. 355 ss.

¹¹ Gai. IV, 14; tekst v op. 31. drugega odstavka.

so Gajeva izvajanja o legisakciji *sacramento in personam* po večini nečitljiva, dočim so večji del ohranjena o legisakciji *sacramento in rem*.¹²

Po legisakciji *sacramento* je Gaj razpravljal o legisakciji *per iudicis postulationem*. V veroneškem palimpsestu ni ohranjen list, ki je vseboval dotična izvajanja. Zato do sedaj o tej legisakciji nismo razven imena ničesar vedeli, ne kdaj je bila uporabna, ne v kateri obliki. Pri gramatiku Valeriju Probu, ki je deloval za Nerona, je med odlomki legisakcijskih obrazcev ohranjen tudi sledeči: te praetor iudicem arbitrumue postulo uti des,¹³ ki so ga avtorji pripisovali tej legisakciji.¹⁴ Nastale so različne hipoteze, ki so naglašale arbitrarni značaj tega postopanja. Sklicevali so se na naziv legisakcije ter na nekatere precej nejasne navedbe v Ciceronovih spisih. Prevladovalo je naziranje, da je legis actio per iudicis postulationem bila uporabna zlasti tedaj, če je sodnik moral soditi bolj po primernem preudarku (arbiter) kakor pa po strogem pravu (iudex).¹⁵ Tako so smatrali, da se je to postopanje uporabljalo v delitvenih tožbah,¹⁶ pa tudi za litis aestimatio, kadar se prvotna sodba ni glasila na denar.¹⁷

¹² Gai IV, 16—17.

¹³ Iurisprudentiae Anteiustinianae, I, 6. izd., 1908, str. 87, v. 9 s.

¹⁴ G. F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, II., 4. izd., 1854, str. 34, op. b; Keller-Wach, *Der römische Civilprocess und die Actionen*, 6. izd., 1883, str. 81; Wlassak, *Römische Processgesetze*, II., 1891, str. 297; Costa, *Profilo storico del processo civile romano*, 1918, str. 27; Cuq, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, 1917, str. 846, op. 8; Girard-Mayr, *Geschichte und System des römischen Rechts*, 1908, str. 1082, op. 3; Cornil, *Ancien droit romain*, 1930, str. 127; Bonfante, *Storia del diritto romano*, I., 1923, str. 147; Weiß, s. v. legis actio, v Pauly-Wissowa, *Real-Enzyklopädie*, str. 1841; De Francisci, *Storia del diritto romano*, I., 1926, str. 304; Buckland, *A Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 1932, str. 616. — Kübler, v Gai Institutionum, 6. izd., 1928, str. 196, op. § 15. je pripisoval Probov izrek izvajanjem o legisakciji *sacramento in personam*.

¹⁵ Posebno jasno to izreka Keller-Wach, o. c., str. 82: für diejenigen Klagen, deren Gehalt das mite moderatum des Arbitrium erheischt, und der schroffen Fragestellung des Sacraments-Processes widerstrebt; Girard-Mayr, o. c., str. 1083; Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 1927, str. 106 (tretja izdaja mi ni bila na razpolago).

¹⁶ Prim. v op. 14. citirana dela.

Antinupolski Gajev tekst deloma potrjuje pravilnost dosedanjih hipotez, deloma prinaša uprav senzacionalna odkritja. Predvsem ugotavlja, da se je *legis actio per iudicis postulationem* uporabljala, kadar je kak zakon to odredil.¹⁸ Nato¹⁹ našteva tri primere; nerešeno pa ostane vprašanje, v katerih drugih primerih se je morda tudi uporabljala ta legisakcija.

Zakon XII plošč je določil, da je *legis actio per iudicis postulationem* uporabna za uveljavljanje stipulacijskih terjatev (vv. 182 s.: *de eo quod ex stipulatione petitur*) ter za dediščinsko delitveno tožbo (vv. 195 s.: *de hereditate diuidenda inter coheredes*), torej za *actio familiae erciscundae*. Zakon *lex Licinnia*²⁰ pa je določil to legisakcijo tudi za splošno delitveno tožbo (vv. 199 ss.: *si de aliqua re communi diuidenda ageretur*), torej za tožbo *actio communi dividundo*.

Ne preseneča, da najdemo med temi primeri navedeni delitveni tožbi. Prava senzacija pa je ugotovitev, da je že decemviralno pravo poznalo stipulacijo,²¹ pač kot *sponsio*,²² ter da je za uveljavljanje s stipulacijo obljubljenih denarnih terjatev določilo ravno to legisakcijsko postopanje.

¹⁷ Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, v *S. Z.* 25, str. 165 s.; Partsch, *S. Z.* 31, str. 439; Koschaker, *S. Z.* 34, str. 434; Wenger, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, str. 123, op. 18; Costa, *Profilo storico*, str. 27.

¹⁸ vv. 178 ss. (Arangio-Ruiz, *Frammenti*, str. 23): *Per iudicis postulationem agebatur si qua de re ut ita ageretur lex iussisset...*; podobno splošno določbo imajo institucije za legisakcijo per manus iniectioem (Gai. IV, 21: *aeque de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est...*); prim. tudi Gai. IV, 22, 23, 26, 28.

¹⁹ vv. 181—203 (Arangio-Ruiz, *Frammenti*, str. 23 s.).

²⁰ Prim. k temu zakonu izvajanja Arangio-Ruiza, *Frammenti*, str. 42; s to navedbo je ovržena Beselerjeva domneva v *Beiträge* 2, str. 155.

²¹ Prim. Mitteis, *Über die Herkunft der Stipulation*, v *Festschrift für E. J. Bekker*, 1907 (pri sestavi tega članka mi razprava ni bila na razpolago); Mitteis, *Römisches Privatrecht*, I. (= RPR), 1908, str. 266 ss. — Izrecno trdita, da je stipulacija mlajša, kakor zakon XII plošč: Cornil, *Ancien droit romain*, 1930, str. 93 in Jollowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, 1932, str. 289.

²² Gai. III, 93: *Sed haec quidem uerborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria ciuium Romanorum est.*

Vsekakor je tudi značilno, da navaja Gaj v svojem formularju le-ta tožbeni zahtevek. S tem pa je omajana tudi Mitteisova hipoteza,²³ da se prvotna stipulacija ni uporabljala za ustanovitev samostojnih obligacij; to velja seveda le za ono dobo rimskega prava, ki je zgodovinsko dosegljiva in dostopna raziskovanju.

Mitteis je za najstarejšo dobo odklanjal obstoj samostojne stipulacije,²³ ker je smatral, da ni bila potrebna. Maloštevilna obligacijska razmerja so se v takratnem nerazvitem gospodarstvu ustanavljala per aes et libram. Ako bi jih bilo poleg tega mogoče sklepati tudi s stipulacijo, bi bila to »komaj razumljiva preobilica pravnih tvorb«, manjkalo bi zlasti tudi »vsakega jasnega razvojnega načela«.²⁴

Novi Gajevi fragmenti nam odkrivajo drugačno sliko. Čim je sedaj dognano, da je že decemviralno pravo poznalo samostojno (sponzijsko) stipulacijo, je s tem tudi nesporno dokazano, da je bilo takratno pravo notranje bogato razvito: za isto svrhu, za ustanovitev pogodbenega obligacijskega razmerja nudi dvoje obličnih pravnih poslov: libralni akt in stipulacijo. Obilica pravnih poslov, ki vodijo do istih pravnih učinkov, se pojavlja še mnogo bolj v kesnejših dobah. Semkaj spada velik del pretorjevih reform, zlasti njegovo formularno postopanje. To bogastvo različnih pravnih oblik in likov, ki večkrat potekajo iz različnih počel (*ius civile* — *ius honorarium*), pa vendar vodijo do enakih pravnih posledic, omogoča ter pospešuje pravni napredek in spada med najgenialnejše vrednote v ustroju rimskega prava.

Sedaj, ko vemo, da je zakon XII plošč določil, da se uporablja *legis actio per iudicis postulationem* za izterjevanje s stipulacijo ustanovljenih terjatev, je povsem razumljiv neki drug Gajev izrek. Ko zaključuje svoje razpravljanje o *legisactio* per *conditionem*, pravi, da je ve-

²³ Mitteis, RPR, str. 272: Zusammenfassend möchte ich also die Vermutung aufstellen, daß die älteste Sponsio-Stipulatio nicht sowohl als selbständiges Geschäft... vorkam, sondern eine allgemeine Form war, in welcher gewisse, zu anderen Vorgängen wie Prozeß, Kauf... akzessorisch hinzutretende Zusagen bestärkt wurden.

²⁴ Mitteis, RPR, str. 266.

liko vprašanje (ualde quaeritur), čemu je bila ta legisakcija uvedena, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerit aut sacramento aut per iudicis postulationem agi.²⁵

Kakor že omenjeno, nam novi Gajev tekst popisuje samo, kako se je vršila legis actio per iudicis postulationem, kadar je tožitelj uveljavljal svojo sponzijsko-stipulacijsko terjatev.²⁶

Pred pretorjem in iure²⁷ je tožitelj pozval toženca, da pripozna ali pa oporeka, da dolguje tožitelju določen denarni znesek ex sponsione. Uporabljal je sledeče besedilo:

Ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio: id postulo: aies an negas.²⁸

Ako je toženec oporekal (dicebat non oportere, v. 188), se je tožitelj obrnil na pretorja s prošnjo, da postavi sodnika:

Quando tu negas, te, praetor, iudicem siue arbitrum postulo uti des.²⁹

Nato je pretor postavil sodnika; Gaj nam o nadaljnjem postopanju ničesar ne poroča. Zato lahko sklepamo, da se je vse vršilo tako kakor pri splošni legisakciji sacramento (Gai. IV, 15). Žal nam Gaj tudi ničesar ne pove o tem, koliko se je razlikoval pravnih besednih obrazec za dediščinsko delitveno tožbo (actio familiae erciscundae) od navedenega stipulacijskega.

Navzlic Gajevi redkobesednosti o tej legisakciji nam njegove navedbe vendar omogočajo, da si napravimo vsaj približno sliko o tem, kako se je legisakcija per iudicis postulationem razlikovala od drugih legisakcij, ki so bile namenjene razsojevalnemu postopanju. V poštev prihajata: legis actio sacramento in personam ter legis actio per conditionem. Ta primerjava ne more biti izčrpna, dokler nam kak srečen slučaj ne odkrije doslej po večini nečitljivega

²⁵ Gai. IV, 20.

²⁶ vv. 183 ss. (Arangio-Ruiz, Frammenti, str. 23).

²⁷ Gaj tega tu izrecno ne omenja, pač pa izreče to kot splošno pravilo v Gai. IV, 29. Vrh tega smemo to sklepati, ker se takoj nato obrne tožitelj na pretorja s prošnjo, da postavi sodnika.

²⁸ vv. 185—187 (Arangio-Ruiz, Frammenti, str. 23).

²⁹ vv. 189—192 (Arangio-Ruiz, l. c.).

teksta, ki razpravlja o osebni sakramentalni legisakciji. Z ozirom na podobnost pravnih obrazcev pri legisakciji *per iudicis postulationem* ter *per conditionem*,^{29a} smemo morda domnevati, da je utegnil biti podobno formuliran tudi pravdni obrazec za legisakcijo *sacramento* in *personam*.

Od sakramentalne legisakcije se razlikuje *legis actio per iudicis postulationem* v tem, da pri njej ni pravdne stave (*sacramentum*). Tako se je toženec brez vsake škode spustil v pravdo,³⁰ dasi je vedel, da je dolžan. Taka ureditev je nenavadna. V formularnem postopanju sta pri odgovarjajoči *actio certae creditae pecuniae* pravdni stranki sklenili dogovor, da bo podlegla stranka plačala zmagoviti tretjino spornega denarnega zneska radi nagajivega pravedanja (*sponsio et restipulatio tertiae partis*).³¹ Izjemno določilo, ki ga srečamo v naši legisakciji, si moremo zaenkrat razlagati le s koristjo, ki sta jo stranki imeli vsled hitrejšega postopanja.

Druga važna razlika napram legisakcijama: *sacramento* in *per conditionem* je namreč obstojala v tem, da je bil v legisakciji *per iudicis postulationem* sodnik takoj postavljen.^{31a} Pri legisakciji *sacramento* je bilo najbrže prvotno tudi tako, toda že od zakona *lex Pinaria*^{31b} dalje pa se je to zgodilo šele trideseti dan potem, ko sta in *iure* stranki izvršili n. pr. vindikacijo in nasprotno vindikacijo (*contra-vindicatio*) v lastninski pravdi.³² Pri legisakciji *per conditionem* pa je tožitelj že od vsega početka vedno pozival in *iure* pred pretorjem toženca, naj pride zopet trideseti dan *iudicis capiendi causa*.³³ Odtod (*condicere* = *denuntiare*)^{33a} je legisakcija dobila svoj naziv.

^{29a} Prim. spodaj tekst pri op. 35 s.

³⁰ vv. 192 ss. (Arangio-Ruiz), l. c.): *itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat*.

³¹ Gai. IV, 9, 171; Lenel *Edictum perpetuum*, 3. izd., 1927, str. 238.

^{31a} vv. 202 s. (Arangio-Ruiz, *Frammenti*, str. 25): *statim arbiter petebatur*. Predlogu za postavitve sodnika je pretor pač redno takoj ugodil. Za utemeljen dvom ni nikakega povoda.

^{31b} Kdaj je bil sklenjen ta zakon, ni znano; prim. Rotondi, *Leges publicae populi Romani*, 1912, str. 472 s.

³² Gai. IV, 15.

³³ Gai. IV, 17a. Prim. spodaj izvajanja pod op. 36.

^{33a} Gai. IV, 17a.

Antinupolski tekst Gajevih institucij nam je ohranil tudi pričetek izvajanj o legisakciji per conditionem, ki so bila v veroneškem rokopisu na istem izgubljenem listu kakor izvajanja o legisakciji per iudicis postulationem. Uporabljala se je ta legisakcija po določilu zakona lex Silia, kadar je tožitelj uveljavljal terjatev, ki se je glasila na določen denarni znesek (*certae pecuniae*), po določilu zakona lex Calpurnia pa tudi za tožbe *de omni certa re*.³⁴ Novi Gajev tekst vsebuje tudi tokrat besedilo le za uveljavljanje denarne terjatve.

Tožitelj je pozval toženca s sledečimi besedami:

Aio te mihi sestertiorum X milia dare oportere:
id postulo: aies aut neges.³⁵

Ko je toženec oporekal, je tožitelj nadaljeval:

Quando tu negas, in diem tricensimum tibi
iudicis capiendi causa condico.³⁶

Oba pravdna obrazca imata zelo sorodno strukturo. Tožitelj najprej izjavi, da ima določeno denarno terjatev zoper navzočega toženca; pri legisakciji per iudicis postulationem mora navesti *causam debendi* (*nominata causa ex qua agebatur* vv. 201 s.), dočim zadošča pri legisakciji per conditionem abstraktna navedba terjatve. Obenem pa pozove tožitelj toženca, da se izjavi, ali pripozna tožiteljevo terjatev ali pa jo oporeka. V prvem primeru bi bil toženec in *iure confessus* in kot tak v istem položaju, kakor če bi bil obsojen.³⁷ Poziv: *Id postulo: aies an negas*, oz. *aut neges*, nam drugod doslej ni ohranjen.³⁸ V sakramentalni legisakciji in *rem* bi temu pravdnemu stadiju odgovarjali vindikacija in nasprotna vindikacija (*contravindicatio*), s katerima tožitelj in toženec uveljavljata, da sta lastnika stvari.

³⁴ Gai. IV. 19.

³⁵ vv. 205 ss. (Arangio-Ruiz, *Frammenti*, str. 25).

³⁶ vv. 208–211 (Arangio-Ruiz, l. c.).

³⁷ *aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt*; tab. III, 1 (= Bruns, *Fontes*, 7. izd., str. 20).

³⁸ *Prim. Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, I., 1903, s. v. *aio*, str. 326 ss.

Izrecen poziv tožencu, naj se izjavi glede tožiteljevega tožbenega zahtevka, je v obligacijskopravni tožbi razumljiv, ker je pri tej toženec dolžan, da se spusti v pravdo, dočim nima te dolžnosti pri stvarnopравnih tožbah.³⁹ — Naravno pa je, da se oba obrazca razlikujeta po svoji svrhi. *Legis actio per iudicis postulationem* naj doseže takojšnjo postavitev sodnika, *legis actio per condictionem* pa naj zagotovi, da se bosta tožitelj in toženec čez 30 dni vnovič sešla ad iudicem capiendum.

Preostane še zanimivo vprašanje: kako se je nazival sodnik v legisakcijskem postopanju per iudicis postulationem: iudex ali arbiter? Legisakcijo samo Gaj dosledno imenuje *legis actio per iudicis postulationem*, iz česar smemo sklepati, da je bil to njen pravi naziv.⁴⁰ Pravdni ustmeni obrazec pa vsebuje tožiteljev zahtevek, naj pretor postavi iudicem sive arbitrum.⁴¹ Svoja izvajanja o tej legisakciji zaključuje Gaj s sledečim stavkom:

Itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur.⁴²

Očividno mu pomeni v tem stavku »arbiter« vsakega sodnika, ki je bil postavljen v legisakcijskem postopanju per iudicis postulationem.

Iz Gajevega zamenjavanja nazivov iudex, arbiter, iudex sive arbiter, smemo sklepati, da jih je glede tega postopanja uporabljal brez razlike. V tem pogledu lahko ugotovimo že dvesto let preje, za Cicerona,⁴³ da že tedaj ni bilo več jasno, kateri izmed obeh izrazov, iudex ali arbiter, naj se uporablja. Vendar pa sledi iz Ciceronovih izvajanj, da je

³⁹ D. 6, 1, 80: in rem actionem pati non compellimur; D. 50, 17, 156 pr.: invitus nemo rem cogitur defendere.

⁴⁰ Gai. IV. 12, 20; v antinupolskem tekstu vv. 178, 196 (Arangio-Ruiz, Frammenti, str. 23, 25).

⁴¹ vv. 190 s.; citat pred op. 29. tega odstavka. Isti poziv pretorju je ohranjen tudi pri Valeriju Probu; prim. op. 13. tega paragrafa.

⁴² vv. 201—203 (Arangio-Ruiz, Frammenti, str. 25).

⁴³ Pro Mur. 12, 27: iam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines tam ingeniosos post tot annos etiam nunc statuere non potuisse, utrum ‚diem tertium‘ an ‚perendinum‘, ‚iudicem‘ an ‚arbitrum‘, ‚rem‘ an ‚litem‘ dici oporteret. — Citat pri Costa, Cicerone giureconsulto II, str. 14, op. 3, str. 40, op. 1.

iudex predvsem sodnik, ki sodi po strogem pravu, medtem ko ima arbiter svobodnejši položaj, da upošteva vse, kar zahteva v dotičnem primeru primernost.⁴⁴ Tudi Festus pravi o arbitru: *Arbiter dicitur iudex, quod totius rei habeat arbitrium et facultatem.*⁴⁵

Tako smemo sklepati, da je pač staro civilno pravo razlikovalo med obema izrazoma, da pa se je kesneje, vsaj že v Ciceronovi dobi, razlika vedno bolj zabrisala in so v klasični dobi uporabljali oba izraza sinonimno.⁴⁶

Vprašati se moramo, kako je mogoče, da se v isti legisakciji per iudicis postulationem sodnik naziva včasih iudex, včasih arbiter. Odgovor ne bo težak, če pomislimo, da je uveljavljanje denarne stipulacijske terjatve pač šolski primer, ki zahteva, da se postavi iudex, medtem ko delitveni tožbi prav tako tipično zahtevata arbitra. Zakaj pa so notranje tako različne akcije združene v isti legisakciji, ne vemo. Da je spojitev izvršilo decemvirsko pravo, sklepamo iz Gajeve navedbe, da je zakon XII plošč predpisal to legisakcijsko obliko za stipulacijsko in za dediščinsko delitveno tožbo.⁴⁷ Če se pa vprašamo po razlogih, ki so pri tem vodili zakonodajavca, moramo odgovoriti z »non liquet« vse dotlej, dokler nam kaka nova najdba ne omogoči boljšega vpogleda v doslej še neznane posebnosti tega postopanja.

Ob sklepu lahko z veseljem ugotovimo, da je antinupolski tekst bistveno obogatil naše znanje o civilnem pravu. Odkril nam je družbeno pogodbo civilnega prava in pokazal, kako in kdaj se je uporabljala legis actio per iudicis postulationem ter kako se je vršila legis actio per conditionem. Pokazal nam pa je tudi, da je bilo staro civilno pravo mnogo bolj razvito (stipulacija, societas) in tudi notranje bolj razgibano (tri legisakcije za uveljavljanje tožbe de certa pecunia), kakor smo doslej mislili. Naj-

⁴⁴ Pro Roscio com. 4, 10—1; Seneca, De benef. 2, 7. — Prim. Eisele, Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte, 1896, str. 1—12, smatra arbitra za izvedenca, ki mora »in rem praesentem ire« (str. 6). — Wlassak, s. v. arbiter, v Pauly-Wissowa, Real-Enzyklopädie, str. 410; Levy, v S. Z. 36, 78 ss.

⁴⁵ Bruns, Fontes, 7. izd., str. 3, s. v.

⁴⁶ Prim. Wlassak, Römische Prozessgesetze, II., str. 286 ss.

⁴⁷ vv. 181 s., 195 ss.; prim. zgoraj str. 70.

bolj presenetljiva pa je ugotovitev, da je v nekaterih normah civilno pravo bližje Justinijanovi ideologiji kakor pa klasičnopравни (favor libertatis pri osvoboditvi skupnega sužnja, namestovanje).

Summarium.

Gai Institutionum fragmenta (PSI 1182) anno 1933. in urbe Cairo reperta eodemque anno a doctissimo antecessore D. Arangio-Ruiz absolutissime et perfectissime edita sunt* (Arangio-Ruiz, Frammenti di Gaio, Firenze 1933).

Nova fragmenta multis ex causis magni momenti sunt.

I. Quoad textum criticam, refutant doctrinas, quae asserebant in textu codicis Veronensis permultas inveniri interpolationes post-Gaianas (cfr. Arangio-Ruiz, Frammenti, p. 31).

Novus textus supplet textum Veronensem; continet enim inter reliqua et maiorem partem tractatus de antiquo contractu societatis secundum ius civile — »erectum non citum« appellato — nec non tractatum de legis actione per iudicis postulationem et initium tractatus de legis actione per conditionem, quae omnia in codice Veronensi desunt.

II. Societas iuris civilis constituebatur in principio inter suos heredes (societas fratrum, v. 33.). Postea et inter alias personas constituebatur »apud praetorem cepta legis actione« (societas ad exemplum fratrum, cfr. vv. 34 s.).

1. Commentatio inquirat, quomodo hunc ad finem socii in iure cessione usi sint. Supponit illis temporibus iam propter oeconomicas causas societatem cum condominio intime connexam fuisse. Ideo in iure cessionibus singulis sociis condominium constituebatur in rebus, quae hucusque in singulorum dominio fuerant.

2. Quasdam normas huic societati proprias fuisse Gaius refert. Unus ex sociis servum communem manumittendo »omnibus libertum adquirebat« (vv. 41 s.); item unus socius rem communem mancipando faciebat eius, qui eam rem mancipio accipiebat. Quoad manumissionem servi communis commentatio comparat has normas cum normis vigentibus in iure classico et in codice Iustiniani. Quoad mancipationem rei communis animum advertit ad simile ius, quod curator iuratus in rebus furiosi competebat.

* Clarissimo Domino editori hic quoque gratias ago plurimas, quod mihi tam liberaliter sine mora exemplar operis sui muneri misit.

III. Per iudicis postulationem lege »agebatur si qua de re ut ita ageretur lex iussisset« (vv. 179 s.). Quod factum est lege XII tabularum »de eo quod ex stipulatione petebatur« et »de hereditate dividenda inter coheredes« (vv. 181 s., 195 s.); porro lege Licinnia »de aliqua re communi dividenda« (vv. 199 s.).

Verba legitima, quibus actor in iure utebatur, Gaius solum de actione ex stipulatu refert. Quae verba a verbis legitimis, quibus actor per conditionem lege agendo utebatur, eo tantum differebant, quod causam, ex qua agebatur (v. g. »ex sponsione« v. 185) nominabant. In hac legis actione iudex statim petebatur; sacramentum in ea non existebat.

Item ex novis fragmentis certiores reddimur stipulationem iam legi XII tabularum notam fuisse eamque tunc non solum accessorio modo esse adhibitam.

Postremo commentatio de nomine huius legis actionis inquirat. Verba legitima »iudicem sive arbitrum« postulabant, quod et a Valerio Probo confirmatur. Gaius semper legis actionem »per iudicis postulationem« nominat, ceterum vero, quando de ea disserit, inter »iudicem« et »arbitrum« nullam differentiam statuere videtur. — Commentatio supponit iudicem primarie datum esse in actione ex stipulatu, arbitrum autem in actionibus divisiis; legem XII tabularum vero — fortasse ut celerius procederetur — eandem legis actionem in utroque casu adhibendam statuisset.

Univ. prof. dr. Rado Kušej:

Bračna pravila srbske pravoslavne cerkve.

S u m m a r i u m. Episcopi Serbici orthodoxi in synodo die 9. junii 1933 jus matrimoniale, ab integro codificatum, approbaverunt. Normae de matrimonio die 7. septembris eiusdem anni promulgatae sunt simulque statutum est, illas inde a 1. januarii a. 1934 vim obligandi habere.

Cum in regno Jugoslavia nonnullae regiones jure matrimoniali civili careant et legibus ecclesiasticis etiam pro foro civili utantur, in aliis territoriis autem juxta praescripta ecclesiastica etiam normae civiles de materia juris matrimonialis existant, in prima parte breviter explicatur, quanti momenti nova codificatio pro variis finibus regni Jugoslaviae sit, in secunda parte vero conspectus novi juris matrimonialis ecclesiae Serbicae orthodoxae exponitur.

Uvod.

Na seji arhijerejskega zbora dne 9. junija 1933 so bila sprejeta »Bračna pravila srpske pravoslavne cerkve«, ki so razglašena v »Glasniku«, službenem listu srbske patriaršije, dne 7. septembra števil. 34 in 35 str. 514—529. Obvezno moč so imela dobiti 1. januarja 1934, vendar je bil ta rok začasno odložen, ker potrebni pravilniki še niso izgotovljeni.¹

Tako imajo naši pravoslavni sodržavljeni novo kodificirano bračno pravo, kar je izrednega pomena za cerkev samo, pa tudi za njene laične člane.

Izdana so ta pravila na temelju čl. 1. zakona o srbski pravoslavni cerkvi ter čl. 63 točka 13 ustave te cerkve (§ 135). V prvi določbi je govor o javnosti cerkvenega

¹ Glej rešitev sv. arh. sinoda br. 13.798/zap. 3162 iz 1933 v Glasniku br. 46 i 47 od 10./23. dec. 1933.

učenja in bogoslužja ter o samostojnem upravljanju cerkveno-verskih poslov, v drugi pa je navedeno med posli, ki spadajo v delokrog sv. arhijerejskega zbora kot cerkveno-zakonodajnega oblastva, izdajanje predpisov v bračnih zadevah.

S tem, da se sklicuje arhijerejski zbor ob priliki donošenja teh pravil na omenjeni zakon² in na cerkveno ustavo,³ ki je istotako izdana v obliki državnega zakona, je naglašeno, da jih moramo smatrati za zakonodajen čin, izvršen in veljaven za ono območje, ki tvori po pristanku države avtonomno cerkveno sfero. Bračna pravila so cerkvenopravni predpisi, ki se tičejo braka kot svetotajstva, ki ga nikak član pravoslavne cerkve ne more veljavno prejeti, ako jih ne izpolni. Cerkevna pristojnost glede njih je osnovana na svojstvu braka kot zakramenta, ki ga postanejo soprogi tudi proti svoji volji deležni, ako ga sklenejo v skladu s cerkvenimi predpisi. V § 1 je pravoslavni brak izrecno označen kot »sveta tajna«, po kateri se dve osebi različnega spola na cerkveno predpisan način združita v dosmrtno duhovno in telesno zvezo radi popolne življenjske skupnosti ter zarajanja in vzgoje otrok.

Ni izrecno naglašeno, je pa drugače po sebi jasno, da je brak predmet cerkveno-verske zakonodaje samo radi svojega značaja kot sveta tajna.

Naša pravoslavna cerkev je v okviru priznane ji samouprave v verskih zadevah uredila celotno snov bračnega prava na novo. Glavna zasluga novih bračnih pravil je v tem, da so sedaj enotni predpisi vsakemu lahko dostopni in razumljivi, dočim je moral prej iskati po Krmčiji in po dosti raztresenih partikularnopravnih virih. Z njimi bo verskim organom znatno olajšano upravljanje tega zakramenta, za njih kršitve je zajamčena poostrena odgovornost, garancija za veljavnost sklenjenih brakov je večja in trdnejša.

Pa tudi iz stvarnih pravnih razlogov so bračna pravila pozdraviti. Ker urejuje cerkev brak samo kot sveto tajno, je ostala državni zakonodaji sporedna ureditev bračnega

² Sl. N. z dne 16. novembra 1929 šte. 269/CIX/543.

³ Sl. N. z dne 24. novembra 1931 šte. 275/LXXVI/603.

prava po enotnih vidikih za vse državljane brez razlike vere odprta. Grajansko bračno pravo mora imeti za nujno posledico civilno bračno sodstvo. Sporedno z njim bodo poslovala za cerkvenopravno območje duhovna sodišča, dasi njih sodbe na polju grajanskega prava ne bodo imele izvršne moči.⁴

Toda to velja za bodočnost. Važnejše je vprašanje, ali in v koliko je sedanji državni pravni red v poedinih pravnih področjih na teritoriju naše kraljevine spremenjen. Pravilni odgovor na to vprašanje je sledeči:

I. Razmerje bračnih pravil do državnega pravnega reda.

a) Slovenija in Dalmacija kot področje stola sedmorice, oddetek B v Zagrebu.

V veljavi je bračno pravo, kakor je kodificirano v drugem poglavju starega avstrijskega grajanskega zakonika iz l. 1811. Veljavnost tega prava je bila proširjena l. 1919 tudi na Prekmurje, ko so 12. avgusta zasedla deželo naša oblastva.

Bračno pravo o. g. z. je imelo absolutno veljavo v avstrijski polovici bivše monarhije ter jo je ohranilo po razsulu neokrnjeno tudi na ozemlju, ki je od stare Avstrije pripadlo naši kraljevini.

⁴ Iz vrst naših pravoslavnihih juristov je še vedno slišati dvome o pristojnosti sv. arhijerejskega zbora za donošenje teh pravil. Zakonodaja pravoslavne cerkve je bila pač doslej tako ozko povezana z državno zakonodajo, da je poedincu, ki je hkratu član cerkvene in državne zajednice, razlika med cerkvenimi in državnimi normami, med cerkvenim in državnim pravnim redom, komaj prišla do zavesti. Tako se ne smemo čuditi, da si celo mladi, že v novih razmerah vzrasli pravniki stavlajo vprašanja, da li je bila pravoslavna cerkev od države delegirana, da taka pravila izda. (Prim. članek M. Bartoš-a, Bračna pravila poedinih crkava v Arhivu 1934/I. br. 1, str. 55 ss., osobito str. 58.) Ne more biti govora o tem, da je država bračno zakonodajo poverila cerkvi, ampak gre v stvari samo za določitev mej cerkvi priznane samouprave. Cerkev upravlja samostojno z nadprirodnimi dobrinami in med te spada tudi krščanski brak kot sveta tajna. Država lahko prizna za svoje pravoslavne pripadnike obveznost od cerkve

Slovenija in Dalmacija imata torej po državi postavljeno, popolnoma izgrajeno, že preko sto let v rabi stoječe in zato državljanom dobro poznato bračno pravo, ki se sicer po vsebini več ali manj krije z verskimi pravi krščanskih cerkva in judovske verske zajednice, a je formalno navzlic temu samostojno, t. j. g r a j a n s k o in ne versko pravo. Ono je za državno območje za presojo veljavnosti in možnosti razveze sklenjenih brakov edino merodajno. Njegove določbe se morajo brezizjemno upoštevati in se njih kršitve kaznujejo. Verski organi, ki sodelujejo pri sklepanju brakov, so za to sodelovanje s strani državne oblasti delegirani in se morajo smatrati za državno območje kot d r ž a v n i, ne kot cerkveni organi. Sklenjeni braki so v smislu o. g. z. g r a j a n s k i, ne cerkveni braki, spregled bračnih zaprek in oklicev dovoljujejo d r ž a v n a oblastva, vse bračne spore razsojajo d r ž a v n a c i v i l n a, ne cerkvena sodišča.

Ker so bračna pravila izdana na verski osnovi, ni nikaškega dvoma o tem, da ne morejo imeti na obveznost o. g. z. v Sloveniji in Dalmaciji nikakega vpliva. Vsak pravoslavni državljan, ki bo hotel skleniti v tem pravnem območju brak, ki naj ima grajansko in cerkveno veljavnost, bo moral zadostiti predpisom o. g. z. in bračnih pravil. Bračne spore bodo za civilnopravno območje razsojevala kot doslej tudi v bodoče izključno samo državna civilna sodišča. Vernikom bo prepuščeno, da spravijo svoje bračne pravde tudi pred cerkvena sodišča, toda sodbe le-teh v Sloveniji in Dalmaciji

izdanih bračnih pravil tudi za svoje območje, toda samo tam, kjer državnih norm na tem polju ni in kolikor cerkvena pravila državnemu pravnemu redu ne nasprotujejo. S tem pa ni rečeno, da se je država odpovedala pravici, da po svoje uredi celotno snov bračnega prava, ki bo potem za njeno območje imelo izključno veljavo, dočim bo ostalo poedinim cerkvam prepuščeno, da uveljavljajo napram svojim vernikom, toda samo s cerkvenimi sredstvi, tudi svoje verozakonske bračne norme. Ni nikaka nesreča za državo, ako imajo vse cerkve in tudi druge verske družbe svoje posebno versko bračno pravo, nesreča je le v tem, da država svojega lastnega, enotnega bračnega prava nima. Velika večina evropskih držav ima svoje enotno civilno bračno pravo, poleg katerega obstoj verskih bračnih prav ni nikak problem. Isto velja v naši državi glede Vojvodine ter Slovenije in Dalmacije. Prim. glede živahne polemike za in proti bračnim pravilom srbske pravoslavne cerkve moj članek o istem predmetu v »Slovenec« 1933, štev. 295.

ne bodo imele izvršne moči ampak bodo učinkovale samo za forum ecclesiasticum. Grajanski pravni red po bračnih pravilih ni in ne more biti spremenjen, ker se bračna pravila tičejo samo verskega polja in je država samo na tem polju priznala cerkvi avtonomijo. Katoliško sklenjen brak bo ostal po o. g. z. tudi po prestopu enega ali celo obeh soprogov v pravoslavje nerazvezljiv, razveze takih brakov po cerkvenih sodiščih bodo ostale civilnopravno slej ko prej brez učinka.

Posebno pažnjo zasluži vprašanje mešanih brakov.

Razlika veroispovedi spada po § 13 t. 8 med spregledljive (oprostljive) bračne zapreke. Ta razlika je po § 25 pravil podana tedaj, ako je eden od nupturientov pravoslaven kristjan, drugi pa pripadnik nepravoslavne krščanske cerkve, katere krst je v pravoslavni cerkvi kot veljaven priznan. Pogoj za veljavnost je sklenitev braka pred pravoslavnim župnikom in pismena obveza, da bo deca krščena in vzgojevana v pravoslavni veri.

Po civilnem pravu na področju stola sedmorice oddel. B je mešan brak podan, ako sta soproga pripadnika različnih krščanskih cerkva; po katoliškem cerkvenem pravu, ako je en sprog katoličan, drugi pa nekatoliški kristjan. Na omenjenem pravnem področju je mešan brak veljaven, naj bo sklenjen pred pristojnim dušebrižnikom ženina ali neveste, mešana veroispoved ne tvori nikake bračne zapreke.⁵ verska pripadnost dece iz takega braka je po zakonu določena.⁶ Deca mora pripadati v celoti ali po spolu ločeno ali veri očeta ali matere. Ti predpisi po bračnih pravilih ne morejo biti spremenjeni, proti tem pravilom sklenjeni mešani braki bodo i nadalje civilnopravno veljavni, tožba in sodba v smislu § 123 bračnih pravil bi imeli na tem področju učinek samo pro foro ecclesiastico.

Novi postopnik za sodišča v srbski pravoslavni cerkvi, ki je bil sprejet v zvezi z bračnimi pravili na seji arhijejskega zbora dne 12. junija 1933,⁷ določa v § 255 sledeče: U bračnim sporovima lica vezanih takozvanom gradjanskom

⁵ Glej zak. z dne 31. decembra 1868, d. z. št. 4 iz l. 1869.

⁶ Prim. zak. z dne 25. maja 1868, d. z. št. 49.

⁷ Glej Glasnik srpske patriaršije 1933, br. 44 in 45.

i crkvenom brakom sačekaće cerkveni sud presudu gradjanskog suda o razrešenju t. zv. gradjanskog braka i tek tada će pristupiti crkvenom sudskom postopku za poništenje ili razvod crkvenog braka.

Verjetno ima ta določba u vidu v prvi vrsti Vojvodino, kjer velja obvezna civilna poroka, toda isto načelo se mora primenjati tudi na vse brake v Sloveniji in Dalmaciji, tudi če so sklenjeni v verski obliki, ker gre po o. g. z. za grajanske brake. Pri doslednem izvajanju § 255 novega postopnika bi cerkvena sodišča v obče ne smela jemati v pretres sporov, katerih osnova je po o. g. z. veljaven in nerazvezljiv brak, kar bi bilo z vidika pravne sigurnosti toplo pozdraviti. V interesu pravoslavne cerkve same je ležeče, da se drži strogo mej zakonito začrtane avtonomije in ne posega v tuja področja.⁸

b) Hrvatska in Slavonija.

Za dobe absolutizma je bil uveden za dežele ogrske krona s cesarskim patentom z dne 29. novembra 1852 d. z. šte. 246 avstrijski občji grajanski zakonik iz l. 1811. Toda člen III. patenta je izrecno določil, da se predpisi drugega poglavja zakonika, kolikor se tičejo veljavnega sklepanja in razpravljanja o neveljavnosti braka, ločitve od mize in postelje ter razveze obstoječega braka, na (civilne) podložnike rimsko-katoliške, grško-unirane ter grško-pravo-

⁸ Po § 42 postopnika ima nepravoslavna oseba pravico pokreniti bračni spor pred pravoslavnim cerkvenim sodiščem samo tedaj, če je sklenila mešan brak v pravoslavni cerkvi. Nepravoslavni brak sploh ne bi smel biti predmet spora pred sodišči pravoslavne cerkve, tudi če je eden od soprogov kasneje prestopil v pravoslavje, ker se s prestopom enega soproga pravni značaj sklenjenega braka ne spremeni. Pri prestopu obeh katoliških soprogov v pravoslavje bi bila pravoslavna cerkvena sodišča za področje stola sedmorice oddelek B pristojna samo pro foro ecclesiastico, ne pa pro foro civili, ker se katoliško sklenjen brak razreši samo s smrtjo enega soproga brez ozira na poznejšo menjavo vere (§ 111 o. g. z.). Pravilo § 124, ki dovoljuje katoliškemu soprogu po prestopu v pravoslavje, da zaprosi pravoslavno cerkveno sodišče za razvezo braka, ki je od katoliške cerkvene oblasti trajno ločen od mize in postelje, je juristično zgrešeno in na vsem državnem ozemlju civilnopravno brez veljave. Vrh tega nasprotuje odredbam §§ 290 in 399 k. z.

slavne vere ne nanašajo in da ostanejo ti verniki glede zadev, ki se tičejo bračne vezi, i nadalje podvrženi zanje dotlej merodajnim predpisom in duhovnim sodiščem. Pač pa je stopilo drugo poglavje zakonika v celoti v veljavo za vse nekatoliške in nepravoslavne kristjane kakor tudi za jude z edino izjemo, da se mešani braki med katoliškimi in nekatoliškimi kristjani kakor po dosedanjih zakonih i v naprej proti predpisu § 77 o. g. z. lahko veljavno sklepajo tudi pred nekatoliškim dušebrižnikom (čl. IV. pat.). Bračna sposobnost omenjenih vernikov se presoja po predpisih njihovega verskega prava ne glede na kraj, na katerem se poroka vrši (čl. V.).⁹

Omenjeni cesarski patent je usvojil za pravoslavne pripadnike Hrvatske in Slavonije njihovo versko bračno pravo tudi za grajansko pravno področje. Priznal je dotlej poslujočim cerkvenim sodiščem njihovo pristojnost v bračnih sporih tudi še nadalje. Tako so sodbe teh sodišč še danes enako veljavne za grajansko kakor za cerkveno pravno območje. One imajo izvršno moč kakor sodbe civilnih sodišč in se njih pravoreki lahko uveljavljajo tudi pred civilnimi sodišči kot res judicata. To pa samo radi tega, ker je pravoslavno versko bračno pravo na teritoriju bivše Hrvatske in Slavonije za pravoslavne pripadnike tega področja priznано kot del državnega pravnega reda in ker vrše pravoslavna cerkvena sodišča na osnovi posebne delegacije s strani najvišje državne oblasti bračnopravno sodstvo tudi za državno civilnopravno območje.

Ker je bilo avtonomno pravoslavno bračno pravo na področju Hrvatske in Slavonije za pravoslavne pripadnike tega ozemlja tudi s strani države kot obvezno priznано, bodo tvorila v njem prav tako bračna pravila, čim stopijo v moč, del državnega pravnega reda, toda z omejitvijo, da one določbe civilnopravno ne veljajo, ki so v nasprotju z odredbami od države postavljenih norm.

Tako zapreka mešane vere civilnopravno ne bo veljala (§ 13 t. 8) in brak, sklenjen med pravoslavno in katoliško ali med pravoslavno osebo in osebo evangeljske vere pred

⁹ Glej mojo razpravo: Vera in bračna vez v naši državi de lege lata in de lege ferenda v Zborniku jur. fak. Ljublj. IV., str. 94 ss.

katoliškim odnosno evangelijskim dušebrižnikom, bo vžival pred državnimi civilnimi sodišči polno pravno zaščito. Pravoslavna cerkvena sodišča, katerim je od države poverjeno bračnopravno sodstvo tudi za državno območje, bodo morala poslovati strogo v okviru začrtane verske avtonomije. Zato bi morali biti iz njihove kompetence izključeni vsi bračni spori, katerih osnove ne tvori pravoslavni brak.

Katoličani v Hrvatski in Slavoniji imajo svoje lastno od države izdano bračno pravo, namreč zakon za ženitve katolikov, ki je bil razglašen s cesarskim patentom z dne 8. oktobra 1856, d. z. šte. 185, in je v veljavi od 1. januarja 1857 do danes. Ta zakon določa v § 43, da sodijo o veljavnosti braka med katoliškimi in nekatoliškimi kristjani, dokler eden od soprogov pripada katoliški cerkvi, samo katoliška bračna sodišča. S tem so z državno izdano normo, ki je avtonomni cerkveni zakon ne more razveljaviti, iz kompetence pravoslavnih cerkvenih sodišč izvzeti mešani braki med pravoslavnimi in katoliki, tudi če so sklenjeni v pravoslavni cerkvi. Naravno je ta kompetenca izključena še bolj v primerih, da eden od obeh katoliških soprogov za trajanja braka prestopi v pravoslavje. Pa celo tedaj, če prestopita oba prvotno katoliška soproga za časa obstoja braka v pravoslavje, ne izgubi brak po ženitbenem zakonu za katolike (§ 57) svojega katoliškega značaja in ostane nerazveljiv. Navzlic temu preide po besedilu § 56 vsled prestopa kompetenca na pravoslavno sodišče, ki odloča o veljavnosti ali neveljavnosti braka sicer izključno po načelih cerkvenega prava, ne more pa braka razvesti, ker tega § 57 leg. cit. ne dopušča.

Ako bi pravoslavna cerkvena sodišča svojo kompetenco prekoračila, bi bile njih odločbe absolutno nične. Prizadete stranke, pa tudi katoliška cerkvena oblastva, bodo imela odslej brez dvoma zakonito možnost, potom predstavk na ministrstvo pravde izposlovati, da ukrene potrebne mere, da se meje cerkvene avtonomije strogo čuvajo in da se vse odločbe, ki posegajo v tujo pristojnost, razveljavijo. Država ima potom ministra pravde ne samo pravico, ampak

tudi dolžnost nadzorstva nad pravilnim vršenjem cerkvene avtonomije. Ta avtonomija pa mej z državnim zakonom določenih kompetenc ne more porušiti.

c) Vojvodina in Medmurje.

Civilnopravno velja ogrski ženitbeni zakon čl. 31/1894, po katerem je predpogoj za grajansko veljavnost braka njega sklenitev pred državnim matičarjem. Na tem področju ni nastopila vsled bračnih pravil pravoslavne cerkve v državnem pravnem redu nikakarsprememba. Učinkovitost teh pravil je podana edino le v verskem območju pravoslavne cerkve. Pred vsemi državnimi oblastvi bo upoštevan samo brak, ki je sklenjen v skladu s predpisi zak. čl. 31/1894. Da li je bila poroka izvršena tudi cerkveno, ostane za državno območje slej kot prej neupoštevno. Cerkvenopravno pa brak pravoslavnih vernikov ne bo imel veljave, ako soprogi niso izpolnili predpisov bračnih pravil. Cerkvena sodišča morejo na tem področju poslovati samo pro foro ecclesiastico. Njihove sodbe ne predstavljajo pred državnimi oblastvi nikakega izvršilnega naslova, pred državnimi sodišči ne učinkujejo kot res judicatae.

Vse to izhaja kot nujni logičen zaključek iz dejstva, da bračna pravila kot avtonomni verozakonski predpisi srbske pravoslavne cerkve ne morejo spremeniti zakonov, ki imajo svojo veljavo od države kot pravotvorca.

d) Bosna in Hercegovina.

Ko je bivša avstro-ogrška monarhija vsled odločbe Berlinskega kongresa prevzela l. 1878 upravo teh dežel, je skupno finančno ministrstvo kot vrhovna instanca določilo, da ostanejo glede rodbinskega in bračnega prava pristojna verska oblastva. Zato velja za prebivalstvo obeh dežel versko bračno pravo, kar pomeni, da je proglasila državna oblast za katolike katoliško, za pravoslavne pravoslavno, za muslimane šeriatsko, za jude judovsko bračno pravo tudi za svoje.

Civilnopravdni red za B. in H. iz l. 1883 je potrdil bračno sodstvo verskih oblastev v § 1 tako: Duhovska sodna ob-

lastva in šeriatska sodišča ohranijo i nadalje izvrševanje sodniških poslov v bračnih zadevah svojih vernikov.

To stanje je še danes nespremenjeno, ker je ostalo glede bračnega sodstva pri dosedanjih predpisih tudi po novem civilnem pravdnem postopniku, ki je dobil za prečanske kraje, za Dalmacijo ter za B. in H. 1. aprila 1933, za ostala področja pa 1. januarja 1934 obvezno moč.¹⁰

V B. in H. tvori versko bračno pravo še danes hkrati del državnega pravnega reda, ker država svojega lastnega bračnega prava doslej ni vstvarila, ampak recipira versko bračno pravo tudi za svojo sfero.

Ta recepcija velja tudi za nove kodifikacije verskega bračnega prava. Zato bodo postala bračna pravila srbske pravoslavne cerkve za pravoslavno prebivalstvo B. in H. del državnega pravnega reda, ona bodo hkrati versko in grajansko bračno pravo pravoslavnih vernikov, kakor predstavljajo kánoni 1012—1143, t. j. sedmi naslov III. knjige zakonika katoliške cerkve (Codex juris canonici) iz l. 1917, versko in grajansko bračno pravo za katolike tega področja.

Kolizijskih norm, po katerih bi bilo treba reševati nasprotujoče si predpise verozakonov glede veljavnosti braka, pogrešamo na tem področju popolnoma. Iz splošne pravne logike sledi, da bodo za državno območje veljavni i katoliško i pravoslavno sklenjeni mešani braki med katoliki in pravoslavnimi. In vendar pravoslavno sklenjen brak katolika radi nedostatka predpisane oblike po katoliškem verozakonu ne velja in je katoliško sklenjen brak pravoslavnega kristjana v smislu § 13 t. 8 bračnih pravil ničen. Ker civilno-pravno veljavnost obeh brakov ne more biti sporna, mora biti upoštevana tudi od sodišč obeh cerkva; ako ne, jih mora država kot vrhovna čuvarica svojega pravnega reda v to prisiliti.

Bračna pravila predvidevajo v § 123 razveljavljenje mešanega braka, ki je bil sklenjen od pravoslavnega vernika pred predstavnikom druge veroispovedi, ako nepravoslavni soprog noče prestopiti v pravoslavno vero. Ta določba je civilnopravno neveljavna, je pa tudi cerkvenopravno zgrešena, ker ne gre za pravoslaven brak v smislu bračnih

¹⁰ Čl. 6 uvodnega zakona k temu postopniku.

pravil. Pravoslavna cerkev lahko odreče nepravoslavno sklenjenim brakom svojih vernikov cerkveno veljavnost, toda ona ni pristojna za to, da razveljavi brak, ki je sklenjen po drugem verozakonu in ki se mora glede veljavnosti presojati po onem pravu, na katero so se stranke ob poroki zedinile. Sodbe v smislu § 123 so za cerkveno območje nepotrebne, za državno območje pa bi mogel biti brak razveljavljen samo na podlagi prava, po katerem je bil sklenjen.

d) Črna gora.

Do konkordata, ki ga je sklenil črnogorski knez Nikolaj 18. avgusta 1886 s sv. stolico, so se morali v Črni gori sklepati mešani braki med katoliki in pravoslavni izključno pred zastopnikom pravoslavne kot državne vere. V tej konvenciji pa je priznala črnogorska vlada veljavnost brakov med katoliki ter mešanih brakov, sklenjenih pred katoliškim dušebrižništvom. Katoliško sklenjeni mešani braki v Črni gori so od l. 1886 civilnopravno veljavni in te veljavnosti tudi po novih bračnih pravilih niso izgubili, ker ta pravila kot cerkveni predpisi na civilnopravne odnošaje ne morejo imeti nikakega učinka. Kar je zgoraj rečeno glede § 123 bračnih pravil za B. in H., velja tudi za Črno goro. Ker civilne sodne instance za presojanje veljavnosti katoliško sklenjenega braka na tem področju ni, a je sodna oblast za državno območje pravoslavnim cerkvenim sodiščem poverjena samo za pravoslaven verski brak, more biti edini pristojen sodnik o veljavnosti teh brakov nadškof v Baru. S to omejitvijo pa bodo tvorila nova bračna pravila za pravoslavno prebivalstvo v Črni gori del državnega pravnega reda.

f) Srbija.

Srbija ima bračno pravo deloma urejeno v grajanskem zakoniku iz l. 1844, §§ 60—111. To pravo pa ni popolno in izključujoče, ker se sklicuje večkrat na cerkvenopravne predpise. Tako v § 68, kjer je rečeno, da bračni izpit iz istih razlogov ni veljaven, iz katerih cerkev po svojih zakonih poroko zabranjuje. Dalje v § 69 lit. j, po katerem ne morejo skleniti braka sorodniki v takih členih sorodstva, ki jih

cerkev zabranjuje. Končno v § 93, v katerem je izrecno poudarjeno, da je razveljavljenje in razveza braka mogoča samo iz razlogov, ki so cerkvenopravno uzakonjeni.

Kjer se sklicuje srbijanski grajanski zakonik na cerkveno pravo, bo treba v bodoče dotične predpise iskati v bračnih pravilih, ne več v Krmčiji. Po besedilu § 93 so smatrati civilnopravno priznanim vse »bračne smetnje« in vsi razlogi za razvezo (razvod) braka.

Bračno pravo srbijanskega g. z. je posneto po bračnem pravu pravoslavne cerkve in je bilo pred vsem namenjeno pripadnikom te cerkve kot državne cerkve. Po svoji vsebini je deloma dopolnilo cerkvenega prava, deloma njegov nepopoln posnetek. Za nepravoslavne Srbijance očitvidno sploh ne velja, ker razsojajo bračne spore nepravoslavnih Srbijancev po uredbi z dne 7. decembra 1861 V. br. 2444 državna grajanska sodišča po načelih verskega prava, pri mešanih brakih med katoliki in evangeličani pa po pravu, po katerem je bil brak sklenjen.

Mešani braki med pravoslavnimi in drugimi kristjani so se smeli po »zakonodavnem rešenju« od 9. septembra 1853 sklepati samo s pogojem, da je poroko izvršil pravoslavni svečenik in jo vpisal v svojo poročno knjigo. Deca iz takih brakov je morala biti pravoslavno krščena, bračni spori so spadali v pristojnost pravoslavnih cerkvenih sodišč.

V tem pravnem stanju je nastopila sprememba glede mešanih brakov med pravoslavnimi in katoliki šele s konkordatom, ki ga je sklenila Srbija s sv. stolico 24. junija 1914. V čl. 12. je srbska vlada priznala veljavnost mešanih brakov med katoliškimi in pravoslavnimi kristjani, sklenjenih pred katoliškim dušebrižnikom in s tem je bilo zakonodavno rešenje od 9. septembra 1853 za srbijanske katolike razveljavljeno, privilegij pravoslavne cerkve napram katolikom je ugasnil. V čl. 13. konkordata pa je bila ustanovljena za spore iz mešanih brakov v smislu čl. 12 pristojnost katoliških cerkvenih sodišč, in sicer obvezno.

Mešanim brakom med pravoslavnimi in katoliki, sklenjenim v katoliški cerkvi, ostane civilnopravna veljavnost navzlic § 13 t. 8, spore iz teh brakov je pristojno soditi navzlic § 123 bračnih pravil edino katoliško cerkveno so-

dišče. Določba § 123 b. p. nima v Srbiji glede katoliško sklenjenih mešanih brakov civilnopravne veljave.

O vzajemnih pravicah in dolžnostih soprogov (§§ 69—73), o pravicah in dolžnostih roditeljev napram deci, o postavljanju in odstavljanju varuhov in skrbnikov, končno o adopciji (§§ 74—78) so za državno območje odločilni izključno predpisi grajanskega prava. Isto velja o proglačitvi mrtvim in njenih posledicah (§ 81).

Odpad od pravoslavne vere zvezan s prestopom v drugo vero ali brez prestopa kakor tudi dokončno izključenje kake osebe iz cerkvene zajednice (§ 107) ne more niti v Srbiji ne danes ne v bodoče grajanskopravno biti priznano kot razlog za razvezo braka.

II. Vsebina bračnih pravil.

Kratek pregled.

§ 1. Priprave za sklenitev braka.

a) Zaroka v pravilih ni urejena, pač pa predbračni izpit (§§ 61 in 62), ki se vrši pred župnikom neveste in ima ugotoviti vse predpogoje za veljavnost nameravanega braka, predvsem svobodno voljo nupturientov in njihovo bračno sposobnost (neobstojanje zaprek in zaban).

O predbračnem izpitu se sestavi listina, ki jo podpišeta ženin in nevesta, praviloma tudi poročne priče (bračni svedoci) in osebe, katerih pristanek na nameravani brak je po zakonu potreben (zakonski oče, varuh ali skrbnik, ako ni že predloženo dovoljenje varuškega ali skrbniškega oblastva).¹¹

Izvršen predbračni izpit obvezuje zaročence (verenike) moralno na sklenitev braka v najdaljšem roku od šest mesecev. On obvezuje tudi na vzajemno zvestobo in tvori bračno zabrano za sklenitev braka s tretjo osebo (§ 37 t. 6).¹²

¹¹ Besedilo drugega odstavka § 61 ni posrečeno, ker podpis varuha in skrbnika na zapisniku o bračnem izpitu ne more nadomestiti dovoljenja varuškega ali skrbniškega oblastva.

¹² Isti učinek ima tudi zaroka, sklenjena po obredu, ki ga cerkev predpisuje. Ta primer pa, očitno radi nepraktičnosti, med zabranami ni naveden. Cerkvena zaroka tvori danes samo del poročnih obredov.

Predbračni izpit more biti po sporazumu obeh strank ali na upravičeno zahtevo tudi samo ene stranke od arhijerejskega namestnika razveljavljen. Kot upravičeni razlogi za enostranski odstop se smatrajo poleg obstoja kake nespregljedne bračne zapreke ali zabrane, ki je bila odkrita po izpitu, okolnosti, ki jih navaja že § 70 srb. g. z.

Civilnoppravne posledice neupravičenega enostranskega odstopa od predbračnega izpita, ki znači po grajanskem pravu zaroko (veridbo), so presojeti po grajanskem zakonu. Bračna pravila jih sploh ne omenjajo.

Civilno pravo pozna tudi *veridbo* pred bračnim izpitom, obstoječo v obljubi, skleniti brak, storjeni od strank samih ali tudi njih rodbin (§ 61 g. z.). Neupravičen odstop od take veridbe ima zgolj za posledico, da je odstopivša stranka zavezana drugi stranki povrniti škodo, ki jo ta vsled odstopa utrpí. Za tožbo je pristojno v tem primeru grajansko sodišče, dočim ima pri odstopu od predbračnega izpita izreči cerkveno sodišče, da li je odstop opravičen ali ne. Višino škode pa določi državno civilno sodišče.¹³

b) *Oklici*. Po izvršenem predbračnem izpitu se mora nameravani brak po pristojnem župniku oklicati trikrat na koncu liturgije pred zbranimi verniki tri zaporedne nedelje ali praznike, in sicer v župni cerkvi ženina in neveste. Župnik neveste je zavezan poslati župniku ženina potrdilo o izvršenih oklicih najdalje tekom 8 dni po zadnjem oklicu. V oklicih se navede ime in priimek, kraj rojstva, poklic in bivališče (pač domovališče) obeh strank, ki želita skleniti brak, s pozivom, naj naznani vsak bračne zapreke in zabrane, ki so mu znane. Ako se odkrije vsled oklicev ali drugače kaka bračna zapreka ali zabrana, se poroka ne sme izvršiti, dokler ni izposlovana dispenza. Ako gre za zapreko, ki se ne more spregledati, se brak sploh ne sme skleniti (§§ 63, 57).

¹³ Gl. uredbo od 4. junija 1851 v g. z. kraljevine Srbije, 2. izdaja L. Markovića, 1921, str. 49 pri § 99. L. Marković, Porodično pravo, 1920, str. 24, smatra na podlagi cit. uredbe cerkveno sodišče za pristojno tudi za zahtevke radi odstopa od veridbe, sklenjene pred bračnim izpitom, a uredba govori izrecno »o odstopanju od namerenoga braka po učinjenom duhovnom ispitu«.

Pravila ne govore o možnosti spregleda oklicev, tudi ne o posledicah sklenitve braka brez oklicev. V tem pogledu ostaneta pač v veljavi §§ 83 in 90 g. z. Po prvem sme arhijerej spregledati oklice, iz drugega pa jasno izhaja, da opustitev oklicev ne vpliva na veljavnost sklenjenega braka.

Za Bosno in Hercegovino ter za Črno goro ostane vprašanje odprto, za Hrvatsko in Slavonijo so civilnopravno glede oklicev upoštevati §§ 70—74 o. g. z.

§ 2. Bračne zapreke in zabrane.

Zapreke — smetnje (impedimenta dirimentia) so v pravilih podeljene na tri skupine:

1. osebne zapreke;
2. zapreke radi hibe v bračni privolitvi;
3. zapreke radi nedostatka zakonite oblike.

Osebne zapreke se zopet dele a) v take, ki se ne morejo spregledati in b) v take, katerih spregled je mogoč.

1. a) Neoprostljive osebne bračne zapreke so (§ 12):

1. Starost moškega pod 16 let, ženske pod 14 let. Ta zapreka je vsebinsko enaka oni nezadostne starosti po c. 1067 Codicis juris canonici. S tem je doslejšnja cerkvena praksa, po kateri je bila dispenza mogoča, ako je ženin imel vsaj 15, a nevesta vsaj 13 let, v bodoče izključena. Starost je za obe stranki pomaknjena za eno leto navzgor.

2. Krvno sorodstvo v ravni črti neomejeno, v stranski črti do vključnega četrtega člena, pri čemer se računa člen sorodstva v ravni črti po številu rojstev, po katerih izvira ena oseba od druge, v stranski prav tako po številu rojstev, po katerih sta dve osebi s skupnim prednikom zvezani, a se skupni prednik sam ne šteje (§ 15). Izključen je torej brak med sinovi in hčera mi bratov in sester.

3. Svaštvo iz dveh rodbin (dvorodno srodstvo) do všt evši tretjega člena kakor tudi svaštvo med dvema bratoma in dvema sestrama. To razmerje obstoji med enim soprogom in krvnimi sorodniki drugega soproga kakor tudi

med krvnimi sorodniki enega soproga in krvnimi sorodniki njegovega bračnega druga. Člen svaštva se računa pri razmerju soproga do krvnih sorodnikov njegovega bračnega druga enako kakor člen krvnega sorodstva med drugim soprogom in njegovim krvnim sorodnikom, za razmerje med krvnimi sorodniki enega soproga in krvnimi sorodniki drugega soproga pa se člen svaštva določi na ta način, da se člen, v katerem je ena oseba enemu soprogu v sorodu, prišteje členu, v katerem je druga oseba drugemu soprogu v sorodu. N. pr. je stric moža (brat njegovega očeta ali matere) z njim v tretjem členu stranske črte v sorodu. V istem členu svaštva se nahaja do žene svojega nečaka, in bi, ako bi nečak umrl, njegove vdove ne mogel poročiti, ker je dispensa od bračne zapreke svaštva v tem členu izključena. Brat moža se nahaja napram ženi le-tega v drugem členu svaštva, ker je z njenim soprogom v drugem členu v krvnem sorodstvu. Napram sestri svoje svakinje pa se nahaja v četrtem členu dvorodnega svaštva, ker so si oba brata in obe sestri v drugem členu po krvi sorodni in se v tem primeru sorodstveni členi seštejejo. To je edini primer, da se od četrtega člena dvorodnega svaštva ne daje dispensa. Ker pa nastane svaštvo šele z veljavno sklenitvijo braka, ni ovire, da istočasno dva brata iz ene rodbine poročita dve sestri iz druge rodbine. Tudi bi bila dispensa po besedilu § 12 točka 4 mogoča tedaj, če je sin iz rodbine A poročil hčer iz rodbine B, a sedaj hoče sin iz rodbine B poročiti hčer iz rodbine A, ker tu ne gre za dva brata in dve sestri, nego za brata in sestro iz dveh rodbin. Stric moža se nahaja s sestro žene svojega nečaka v petem členu dvorodnega svaštva ($3 + 2 = 5$), zato bi jo z dispenco smel poročiti.

4. Duhovno sorodstvo (*cognatio spiritualis*) do všteti drugega členu. Navzlic nejasnosti besedila § 20 je očitvidno pridržana že v bazilikah določena meja te bračne zapreke, tako da je brak izključen 1. med kumom in kumčetom; 2. med kumom in materjo kumčeta; 3. med sinom kuma in kumčetom; 4. med kumom in hčerjo kumčeta; 5. med kumovim sinom in hčerko kumčeta.¹⁴

¹⁴ Prim. Mišaš N., Pravoslavno crkveno pravo⁹, 1923, str. 653.

5. **Zakonito sorodstvo** (*cognatio legalis*) do vštrevši drugega člana. Po § 21 je obseg te zapreke enak onemu duhovnega sorodstva, ako je bila adopcija (usvojenje, posinovljenje, pohčerenje) izvršena po predpisanem cerkvenem obredu. Grajanskopravno izvršena adopcija pa tvori cerkveno zapreko samo v toliko, kolikor jo tvori po grajanskem pravu. Razmerje iz grajanske adopcije odslej enako kakor za katoliško (cc. 1059, 1080 C. j. c.) tudi za pravoslavno cerkev na ozemlju naše kraljevine ne bo nikjer bračna zapreka. Navaja jo samo vojvodinsko pravo, toda le kot bračno zabrano, z omejitvijo na *paternitas et affinitas legalis*, ki pa ugasne, čim neha adoptivno razmerje.

6. **Nezakonsko sorodstvo** v ravni črti neomejeno, v stranski pa do vštrevši tretjega člana. Tako n. pr. ne bi mogel veljavno poročiti brat nezakonske hčerke svoje sestre, pač pa njegov sin. V Sloveniji in Dalmaciji ter v Hrvatski in Slavoniji sega grajanskopravno zapreka do četrtega člana, toda dispensa tudi še v tretjem členu ne bi bila izključena.

7. **Obstoječa bračna vez.** Podrobneje obrazložbe te zapreke v pravilih ne najdemo. Iz obćih pravnih načel se bo morala po našem mnenju upoštevati ta zapreka tudi tedaj, ako je bračna vez podana po civilnem ali po drugem v dotičnem področju priznanem verskem pravu. Pri katoliško sklenjenih brakih ostane v Hrvatski in Slavoniji bračna vez neomajna, tudi če prestopita oba soproga v pravoslavje. Razrešitev te vezi po pravoslavnem cerkvenem sodišču bi bila v nasprotju z državnim pravnim redom. Pristojnost pravoslavnih cerkvenih sodišč glede razveze katoliško sklenjenih mešanih brakov ali razveze brakov katoličanov po prestopu enega soproga v pravoslavje je po državnem pravnem redu izrecno zanikana. V Bosni in Hercegovini, Srbiji in Črni gori bo pravoslavno cerkveno sodišče moglo razvezati brak prvotno katoliških soprogov, ako oba prestopita pozneje v pravoslavje, ne pa pri prestopu samo enega ali pa pri katoliško sklenjenem mešanem braku, ker se mora civilnopravno bračna vez presojati po pravu, po katerem je bil brak sklenjen.

V Sloveniji in Dalmaciji ter v Vojvodini ne more imeti grajanske veljave brak osebe, ki je bila že enkrat poročena,

ako ni bil njen prejšnji brak poprej po pristojnem državnem civilnem sodišču razvezan.

8. Dejstvo, da je bila ena stranka že štirikrat poročena. Peti brak bi bil absolutno nič. Ta zapreka civilnopravno v Sloveniji in Dalmaciji, v Hrvatski in Slavoniji ter v Vojvodini ne velja.

9. Različnost vere, ki je po § 23 podana tedaj, ako ena stranka pripada verski zajednici, ki svetotajstva krsta ne pozna ali katere krst se ne priznava veljavnim.¹⁵ To besedilo je zelo pomanjkljivo, ker glede drugega nupturienta ni prav nič povedano. Očividno se predpostavlja, da je ena stranka pravoslavne vere, ker se zakonodajna oblast pravoslavne cerkve na nepravoslavne kristjane ne more raztezati. Zapreka obstoji tudi napram bivšim kristjanom, ki so po odpadu od krščanstva prestopili k veri, ki ne pozna krsta. Odprto je vprašanje napram kristjanom, ki so zapustili svojo vero in ostali brez konfesije. Oni so krščeni, ker se krst ne izbriše, a ne pripadajo nobeni verski zajednici.

Civilnopravno je zadeva jasna. Zapreka obstoji med kristjani in nekrstjani. Nekrstjani so tudi odpadniki brez konfesije.

10. Dokončno izključenje iz cerkvene zajednice. Po ustavi srbske pravoslavne cerkve (§ 208) so kazniva dejanja vernikov-laikov prestopki proti veri in naukom cerkve ter prestopki proti krščanski nramnosti in je najhujša kazen, ki jo cerkvena sodišča morejo izreči, končna izključitev iz cerkvene zajednice. Ta kazen tvori po bračnih pravilih zapreko, ki se ne more spregledati, kar je s cerkvenega stališča razumljivo, ker trajno izobčeni član že po svrhi kazni same ne more postati deležen nadnaravnih milosti svetotajstva. Za take primere bo moral državni pravni red nuditi možnost civilne proke.

¹⁵ Po Milašu, o. c. str. 591 priznava pravoslavna cerkev veljavnost krsta v rimskokatoliški cerkvi, pa tudi v evangeljskih cerkvah. Samo grška cerkev tvori izjemo in zahteva od rimokatolikov in od protestantov pri prestopu v pravoslavje ponoven krst, ker smatra za pogoj njegove veljavnosti potapljanje krščenca v vodo (immersio) in ji oblikvanje z vodo ne zadostuje. Krščanskih zvez, katerim bi pravoslavje v obče veljavnost krsta odrekalo, Milaš imenoma ne navaja.

11. Svečeniški čin, in sicer že posvečenje v poddijakona, napravi klerika nesposobnim za sklenitev braka.¹⁶ Kdor je prejel posvečenje neoženjen, se ne more več poročiti. Zato ostane svečenikom, ki so postali vdovci, drugi brak i nadalje strogo zabranjen, dasi g. z. za Srbijo te zapreke ne pozna. Zapreka je v omenjenem obsegu v veljavi v vseh pravoslavnihih cerkvah že od trulskega zbora (692).

12. Meniška zaobljuba. Menihi in nune z velikim in malim redovnim krojem so radi položene zaobljube čistosti nesposobni za veljavno sklenitev braka. Po § 24 trajajo zapreke pod 11. in 12. dotlej, da klerik, menih ali nuna ne postane zopet svetna oseba, kar se more zgoditi samo z odločbo pristojne cerkvene oblasti.

13. Doživotna zabrana stopiti v brak na osnovi zakona ali pravomočne sodbe. Obrazložitve te zapreke v pravilih ni. Državni pravni red je ne pozna. Med kaznimi za vernike v cerkveni ustavi ni navedena.¹⁷

1. b) Oprostljive osebne bračne zapreke (§ 13).

Po § 13 so zapreke, ki sprečujejo veljavnost braka, ako jih pristojno cerkveno oblastvo ne spregleda, sledeče:

1. Nedovršeno osemnajsto leto za moške, šestnajsto za ženske.

2. Krvno sorodstvo v stranski črti od petega do sedmega člana.

3. Svaštvo iz dveh rodbin od četrtega do vštrevši šestega člana, izvzemši razmerje med dvema bratoma in dvema sestrama.

4. Svaštvo iz treh rodbin do vštrevši tretjega člana. Trorodno svaštvo je razmerje a) enega soproga do svakov njegovega bračnega druga (iz dvorod-

¹⁶ Milaš, o. c. str. 633.

¹⁷ Mitrović Č., Crkveno pravo³, 1929, omenja med absolutnimi zaprekami (smetnjami) na str. 129: Stanje pod sudskom zabranom za stupanje u (novi) brak. Milaš N., o. c. str. 680, ter Zhishman J., Das Eherecht der orientalischen Kirche, 1864, str. 800 ss., navajata to prepoved med posledicami razveze braka, ki zadenejo onega soproga, ki je zakrivil prešestvo. Po § 113 oseba, ki je bila že dvakrat poročena, a sta oba braka bila vsled njene krivde razvezana, ne more več stopiti v nov brak.

nega svaštva, *affinitas secundi generis* srednjeveškega kanonskega prava), b) krvnih sorodnikov enega soproga do svakov njegovega bračnega druga, ki se določi tako, da se seštejejo člani krvnega sorodstva do enega soproga in člen svaštva, v katerem se nahaja druga oseba do drugega soproga. N. pr. zet se nahaja napram mačehi svoje žene, žena pastorka napram očimu svojega moža v prvem, očim napram pastorki svoje pastorke v drugem, brat prve žene napram sestri druge žene svojega svaka v četrtem členu trorodnega svaštva. Četrti člen trorodnega svaštva odslej v srbski pravoslavni cerkvi ne tvori več bračne zapreke, v vseh ostalih členih je trorodno svaštvo kot zapreka oprostljivo, celo v prvem. Prejšnje pravilo, da se spregled zapreke ne sme dovoliti, ako bi nastala iz nameravane zveze mešavina imen (*confusio nominum*),¹⁸ je zgubilo obvezno moč.

5. Duhovno in zakonito sorodstvo od tretjega do vštetega sedmega člena. Členi sorodstva se štejejo od kuma in kumčeta, odnosno od adoptanta in adoptiranca samo navzdol (§§ 20, 21).

6. Neveljaven brak, dokler ni prenehal ali ni sodno razveljavljen.¹⁹

7. Prejšnji trije braki iste osebe. Oni, ki je bil že trikrat poročen, ne more brez spregleda te zapreke veljavno skleniti četrtega braka.

8. Mešana veroizpoved (razlika veroizpovedi). Ta zapreka je podana med osebami, od katerih je ena pravoslavne vere (dasi to v § 25 ni povedano), druga pa pripadnica nepravoslavne verske zajednice, katere krst se kot veljaven priznava.

9. Prešestvo, izvršeno za časa, ko je živel prešestnik še skupno s svojim bračnim drugom, ako je dokazano s sodbo cerkvenega ali državnega sodišča (§ 26).

10. Vzajemno izvršene smrtnonevarne sovražnosti (radjenje o glavi) proti soprogu enega od nupturientov, ako so dokazane s sodbo.

¹⁸ Milaš, o. c. str. 652. Zhishman, o. c. str. 350 ss.

¹⁹ Tu ne gre za zapreko, ki bi se dala spregledati, ampak za dokaz status liberi, t. j. neobstoja bračne vezi.

2. Zapreke radi hibe v bračni privolitvi (§ 27).

Pravila nazivajo te vrste zapreke kot »uklonljive«. Toda tu ne gre za prave zapreke kot objektivno dane okolnosti, ampak za nedostatek privolitve (*defectus consensus*), ki povzroča neveljavnost vsake, torej tudi bračne pogodbe. Zakonik zapadne cerkve obravnava te hibe v zvezi s privolitvijo v brak, otmico in spolno nesposobnost pa med pravimi zaprekami. Te hibe se ne morejo spregledati, ampak samo popraviti na ta način, da naknadno sledi svobodna privolitev v brak in tako prvotno neveljavno pogodbo nadomesti poznejša veljavna. Te zapreke so:

1. **N e n o r m a l n o d u š e v n o s t a n j e**, vsled katerega je skaljena zavest ali ki je spojeno s popolno nesposobnostjo za odločanje po lastni volji. Umobolni niti v svetlih trenutkih ne morejo privoliti v brak. To duševno stanje pa mora biti vedno dokazano. Dokler se to ne zgodi, se smatrajo bračni drugi za duševno normalne.

2. **S i l a** (prinuda, otmica, strah, nasilje).

a) **O t m i c o** je razumeti v smislu § 246 k. z., po katerem je kazniv tisti, ki odvede žensko osebo s silo, s pretnjo zločinstva ali prestopka z namero, da bi on ali kdo drugi stopil z njo v brak. Zapreka traja, dokler se odvedena ženska nahaja v oblasti otmičarja in dokler po osvoboditvi ne privoli svobodno v sklenitev braka. Pojem je ožji kot po § 56 o. g. z., ki glede odvedene osebe ne dela razlike po spolu, pa tudi ožji kot po c. 1074 C. j. c., ker se ne razteza na nasilno zadrževanje ženske.

b) **S t r a h** (*vis compulsiva*) izključuje veljavnost privolitve v brak, ako je povzročen z resno pretnjo velikega, po zakonu nedopustnega zla, ki je po prilikah poedinega primera sposobno zastrašiti osebo, kateri pretnja velja. Zapreka traja, dokler traja strah in dokler oseba, ki je bila zastrašena, »ne izjavi svojo slobodno voljo za stupanje u brak«.

Za vzorec drugemu odstavku § 29 je očitvidno služilo besedilo c. 1074 C. j. c., navzlic temu pravilo ni posrečeno. Z nadaljevanjem bračne zajednice po prestanku strahu brak ne postane veljaven, ampak je po § 50 potrebna v to svrhu posebna izjava volje.

c) Nasilje tvori bračno zapreko, dokler je bračni drug stvarno prisiljen, da nekaj stori ali trpi tako, da se nasilju ne more upirati. V tem primeru je pravilno, da se po prestatku nasilja zahteva izrecna svobodna privolitev v brak.

3. Prevara ali zmota o istovetnosti osebe, ki je podana samo tedaj, ako je bil brak nameravan z določeno fizično osebo, a sklenjen je bil z drugo (§ 30). Po tem besedilu *error qualitatis redundans* in *errorem personae* ne bo krit, v praksi pa igrajo ravno primeri največjo vlogo, v katerih je dana zmota v grajski, dasi ne v fizični osebnosti.

4. Prevara ali zmota o nosečnosti neveste prihaja kot zapreka v poštev samo, ako izvira nosečnost od drugega moža in ako ni brak sklenjen pred potekom udovičnega roka (spodaj, str. 102).

5. Prevara ali zmota glede sposobnosti za vršenje bračne dolžnosti tvori zapreko, ako ovira ta nesposobnost spolno občevanje in ako je obstojala že za časa sklenitve braka ter je ostala trajna. Samo nesposobnost za oplojevanje ni zapreka.²⁰ Spolna nesposobnost se smatra za podano tudi tedaj, kadar je telesno občevanje radi neozdravljive kužne bolezni brez življenjske nevarnosti za drugega soproga nemogoče.

Glede spolne nesposobnosti, ki je trajala od sklenitve braka nepretrgano najmanj leto dni, se smatra, da je obstojala že ob času poroke in da je trajna.

Ako je mož star sedemdeset ali žena šestdeset let, zapreka sploh ni podana. Pa tudi ne glede na starost sprogov se bo moral smatrati brak navzlic obstoječi spolni nesposobnosti veljavnim, ako je drugi sprog za to hibo vedel, ker v tem primeru ne bo imel razloga za ničnostno tožbo.

Vzroka za to, da je ta prava zapreka odeta v pravih v obliko posebnega primera zmote v lastnosti bračnega druga, ne morem odkriti, saj je v istini težko uvidljiv.

6. Prevara ali zmota o tem, da je eden

²⁰ V zapadni cerkvi so zastopana v zadnjem času mnenja, da je tudi nesposobnost za oploditev smatrati kot impotenco. Prim. Odar, *Sodbe rimske Rote v zakonskih pravadah*, 1934, str. 28 ss.

od bračnih drugov pred sklenitvijo braka izvršil zločinstvo ali da ni prestal prisojene mu kazni na prostosti od najmanj treh let. Besedilo je dokaj pomanjkljivo, vsekako so mišljeni zločini, za katere še ni dosojena kazen, ne pa zločini, za katere je kazen že prestana ali odpuščena. Kjer glede zločina ali še neprestane kazni ni ne prevare ne zmote, tam je tudi ničnostna tožba izključena.

3. Zapreke radi nedostatka oblike (§ 33).

V pravilih so te zapreke označene kot neuklonljive. Pravilnejše bi bilo reči, da ima nedostatek oblike za posledico nepopravljivo ničnost, t. j. da je vsak brak cerkveno veljaven samo tedaj, ako je sklejen že prvotno ali pa vsaj naknadno v obliki, ki jo predpisujejo bračna pravila.

Neveljaven je 1. pred grajansko oblastjo sklenjen brak; 2. brak, ki je sicer cerkveno sklenjen, a je poročne obrede izvršila oseba, ki ni ne episkop, ne mašnik (presbiter); 3. brak, pri katerega sklepanju ni bila izjavljena svobodna volja določno (odredjeno) in nepogojno. Vsak dostavljen pogoj ima torej za posledico neveljavnost braka.²¹ Poroka je izvršena in brak zaključen, kadar svečenik blagoslovi izjavljeno voljo z besedami v obredniku: Gospod Bog naš, s slavo in častjo venčaj jih.

4. Bračne zabrane (§ 37).

so nebistveni nedostatki, ki ne povzročé neveljavnosti, ampak samo nedovoljenost braka in imajo za posledico odgovornost prizadetih oseb (soprogov, svečenika in prič) po cerkvenih in državnih kazenskih predpisih (§§ 215, 398 in 399 k. z.).²²

²¹ Po § 59 o. g. z. se smatrajo pogoji kot nedodani, po pravu zapadne cerkve je pogojna sklenitev braka mogoča, ako gre za *conditio suspensiva de futuro licita*, neveljavna pa sklenitev pod *resolutivnim* pogojem (c. 1092).

²² §§ 398 in 399 k. z. govorita o verskem predstavniku, § 215 k. z. pa sploh nima zveze z bračnimi zabranami.

Bračne zabrane so:

1. Zabrana ženi, da se pred potekom desetih mesecev po prestanku, razvezi ali razveljavljenju prejšnjega braka ponovno poroči.

2. Zabrana osebam, ki stoje pod očetovsko, varuško ali skrbniško oblastjo, da se poroče brez pristanka svojih zakonitih zastopnikov in oblastev, ki so po zakonu zanj pristojna.

3. Zabrana osebam, ki potrebujejo po državnih zakonih za to oblastveno dovoljenje, da se brez tega dovoljenja poroče.

4. Zabrana osebam, ki so obsojene na kazen na prostosti, da se poroče, predno so kazen prestale.

5. Zabrana poroke brez pravilno izvršenega predbračnega izpita in oklicev.

6. Zabrana osebi, ki je opravila bračni izpit, da se poroči s tretjo osebo, predno je razveljavljen bračni izpit.

7. Zabrana, da se poroka izvrši v nasprotju s predpisi obrednika.

8. Zabrana, da se poroka vrši v nedovoljenem času, ali na kraju, ki ni za poroke določen ali od nepristojnega svečenika.

9. Zabrana poroke brez potrebnega števila prič in brez pravilnega vpisa v matrike.

Te zabrane nimajo nikake sličnosti z zabranami zapadnega cerkvenega prava (*impedimenta impedientia*), so pa praktično važne v toliko, da mora župnik po § 57 sodelovanje pri sklenitvi braka odreči, dokler ni predložena potrebna listina odnosno dovoljenje eparhijskega arhijejeja. Besedilo § 54, ki govori o »razrešavanju bračnih zabrana«, je juristično gotovo pogrešno.

§ 3. Spregledovanje (dispenciacija) bračnih zaprek.

Spregledati se morejo edino bračne zapreke, navedene v § 13 (zgoraj § 2, 1 b), in sicer je pristojen sv. arhijejejski sinod, da spregledava zapreke 1. krvnega sorodstva v petem členu stranske črte; 2. dvorodnega svaštva v četrtem členu (izvzemši svaštvo med dvema bratoma in dvema sestrama, ki se sploh ne sme spregledati); 3. trorodnega

svaštva v prvem členu; 4. duhovnega in zakonitega sorodstva v tretjem členu. Od vseh ostalih zaprek iz § 13 more dispenzirati eparhijski arhijerej.

§ 4. Ničnost braka.

Vzroki ničnosti so: 1. obstoj bračne zapreke; 2. hiba v privolitvi (*defectus consensus*); 3. nedostatek v obliki (*defectus formae*).

Ničnost iz prvega razloga lahko uveljavlja a) sodni tožilec po odredbah postopka za cerkvena sodišča; b) nekrivi soprog, t. j. oni, ki mu pri sklenitvi braka ničnostni razlog ni bil znan; c) tretja oseba, ki dokaže upravičen interes na veljavnosti določenega braka.

Pri prestanku braka v smislu §§ 80—84 (smrt, proglašenje mrtvim, meniška zaobljuba, posvečenje v episkopa) se sme proglasiti neveljavnost samo še na zahtevo nekrivega soproga ali tretje zainteresirane osebe, ne pa uradoma. Pravica do tožbe na razveljavljenje braka radi obstoja bračne vezi ugasne, kadar prestane prejšnji brak nekrivega soproga.²³

Zapreko nezadostne starosti (pod 16 odnosno 14 let) sme uveljavljati zakoniti zastopnik dotičnega soproga tudi proti njegovi volji. Če je pa za časa proglasitve sodbe potrebna starostna meja že dosežena, ostane brak v veljavi.

Pri oprostljivih zaprekah iz § 13 (zgoraj § 2, 1 b) je ničnostno postopanje izključeno, ako so potekla od dneva poroke tri leta. Odslej postane zakonita domneva veljavnosti braka neovrgljiva.²⁴

Hibe v bračni privolitvi (zgoraj § 2, 2) more uveljavljati samo nekrivi soprog, odnosno nenormalno duševno stanje in silo (t. j. otnico, strah, nasilje) tudi zakoniti zastopnik umobolnega ali prisiljenega soproga.

²³ Iz tega sledi, da ima nekrivi soprog pravico do ničnostne tožbe tudi tedaj, če je prvi brak njegovega soproga, za katerega je le-ta za časa sklenitve drugega vedel, pozneje prestal.

²⁴ Postopnik pred cerkvenimi sodišči govori v § 130 o »zastarelosti bračnih smetnja«. Toda zastarati more samo tožba, ki se na bračne zapreke opira. S tem pa zapreka sama ni odpravljena, samo uveljavljati se ne more.

Nekrivi soprog more vložiti ničnostno tožbo, ako ni preteklo od dneva poroke a) v primeru spolne nesposobnosti manj kot leto dni in ne več kot dvajset let; b) v primeru umobolnosti več kot leto dni; c) v vseh ostalih primerih § 27 (nasilje, prevara) več kot tri leta in več kot 6 mesecev od dneva, ko je za zapreko izvedel.

Po prestatku braka, ki je radi nedostatka oblike ničen, sme naslednik umrlega soproga ničnost uveljaviti samo v primeru, da gre za brak, ki je sklenjen brez sodelovanja cerkve.²⁵

Prejšnjim sprogom iz braka, ki je proglašen ničnim, je svobodno skleniti nov brak, ako jim sodba tega ne zabranjuje.

Deca iz takega braka se smatra za zakonsko, ako vsaj enemu sproggu vzrok ničnosti brez njegove krivde ni bil znan.

§ 5. Ozdravljenje ničnih brakov (konvalidacija).

I. Konvalidacija nastopi ipso facto, ne da bi bila potrebna ponovna privolitev v brak,

1. ako prestane razlika vere (§ 12, t. 9) s tem, da nekrščanski soprog prestopi v pravoslavno vero;

2. ako bračni drug, ki je dokončno izključen iz cerkvene zajednice, izposluje zopetni sprejem v cerkev;

3. ako svečenik ali menih postane po odločbi pristojne cerkvene oblasti zopet svetovnjak;

4. ako se osebi, ki je obsojena na kazen na prostosti za dobo najmanj treh let, s pomiloščenjem kazen popolnoma odpusti ali pa zmanjša pod tri leta;

5. ako v primerih zmote v osebi ter zmote glede nosečnosti žene nekrivi soprog po odkritju zmote nadaljuje spolno občevanje s svojim bračnim drugom.

V teh zadnjih primerih (t. 5) je prvotni defectus consensus popravljen z naknadno veljavno privolitvijo v brak, za katero se mora smatrati nadaljevanje spolnega občevanja po odkritju zmote.

²⁵ Zakoniti zastopnik umrlega soproga, ki je v § 47 tudi naveden kot upravičen do tožbe, ne more priti za njo v poštev, ker je njegov mandat s smrtjo ugasnil.

V primerih pod 1—4 odpade zapreka, ki je bila vzrok ničnosti, sama po sebi, t. j. brez dispense. Ako odpade vzrok ničnosti, pa ni s tem nični pravni posel postal veljaven. Neobhodni pogoj za ozdravljenje braka je, da traja v trenutku, ko zapreka odpade, *consensus matrimonialis* še dalje. Ako je tedaj že preklican, ali ako je že vložena ničnostna tožba, samo dejstvo, da je zapreka odpadla, ne more imeti učinka konvalidacije neveljavno sklenjenega braka.

II. Za konvalidacijo brakov, ki so neveljavni

1. radi nenormalnega duševnega stanja enega ali obeh pogodbenikov za časa sklenitve braka,

2. radi otmice, sile, strahu ali zmote glede istovetnosti sopogodbenika,

je potrebna soglasna izjava volje obeh strank pred pristojnim župnikom in dvema pričama, da ostaneta v braku. Predpogoj za to je v prvem primeru duševna normalnost prej umobolnega soproga, v drugem pa prestanek nasilja ali zmote.

III. Konvalidacije vsled spregleda oprostljive bračne zapreke po pristojnem cerkvenem oblastvu po že sklenjenem braku pravila ne omenjajo. Gotovo iz tega dejstva ne smemo sklepati, da bi bile dispense ad *matrimonia invalide jam contracta* izključene, ker bi za to ne obstojal nikak razlog. Iz § 130 postopnika za cerkvena sodišča izvemo, da imajo le-ta naravnost dolžnost, da podvzamejo v vseh primerih, kjer je osnova ničnostne tožbe oprostljiva zapreka, potrebne korake, da se zapreka spregleda in da ostane brak v veljavi. Ako se mora to celo še tekom pravde uradoma zgoditi, je tem manj dvomljivo, da smejo stranke za spregled prositi same, ne da bi sprožile spor pred sodiščem. Ugoden odlok pristojnega oblastva, izdan na prošnjo obeh soprogov, ima za učinek ozdravljenje braka, ne da bi bile stranke zavezane, ponovno izjaviti privolitev v brak. Njih *consensus matrimonialis* je s prošnjo dovolj posvečen, ničnost je bila popravljiva in z dispenco je ta ničnost odpravljena.²⁶

²⁶ Iz besedila § 130 cit. postopnika je sklepati, da sodišče pri korakih, ki jih ima službeno podvzeti za ozdravljenje braka, radi katerega teče ničnostna pravda, na pristanek strank ni vezano. Spregled se lahko

§ 6. Sklepanje braka.

Brak se mora skleniti pred župnikom one župnije, kateri pripadata ženin in nevesta, t. j. v kateri sta najmanj šest tednov naseljena (čl. 23 ustave). Ako pripadata različnim župnijam, je za obredne funkcije pristojen župnik ženina.²⁷ Poročne obrede ima župnik obaviti v hramu svoje župnije pred poldnem in na dneve, kadar to cerkev dovoljuje.²⁸

Izven hrama, v drugem dnevnem času ali na zabranjene dneve se sme poroka izvršiti samo z dovoljenjem pristojnega episkopa. Izjema od tega pravila je dovoljena za dobe vojne, poplave, epidemij, v primerih obče ter v primerih smrtno nevarnosti v toliko, da se sme poroka izvršiti izven župne cerkve, poljubni dan in v poljubnem dnevnem času ter ob skrajšanem obredu, ki pa mora vsebovati zgoraj v § 2, 3, i. f. omenjeni blagoslov. Vsako na ta izreden način izvršeno poroko pa mora župnik radi opravičbe naznaniti episkopu in jo vpisati v poročne matrike.

Ako naj izvrši poroko drug svečenik, mora imeti od pristojnega župnika pismeno pooblastilo. Istotako je potrebno pismeno dovoljenje župnika za to, da se poroka izvrši v drugem kakor župnem hramu domače župnije.²⁹

dovoli tudi strankam, ki ga niti ne žele. To je vsekako v nasprotju z načelom, da se veljavnost ničnega posla nikomur ne more vsiliti in da se dispenze ne dajejo uradoma, je pa razumljivo s stališča cerkve, ki hoče omejiti število neveljavnih brakov. V treh letih pa ničnostne tožbe iz naslova oprostljivih zaprek itak zastarajo in je po poteku te dobe mogoče tožiti samo še na razvezo braka.

²⁷ Doslej župnik neveste kakor v zapadni cerkvi.

²⁸ Dnevi, na katere poroke niso dovoljene, so sledeči: Srede in petki v vseh tednih v letu; od božičnega posta (15./28. novembra) do 7./20. januarja; od siropusne (zadnje predpostne) do Tomine (bele) nedelje; za časa Petrovskega (od ponedeljka po binkoštih do dneva pred sv. Petrom in Pavlom, 28. junija star. kol.) in Gospojinskega posta (od 14.—27. avgusta nov. kol.), dan obglavljenja sv. Janeza Krstnika (29. avgusta star. kol.) in dan povišanja sv. križa (14./27. septembra).

²⁹ Besedilo § 56 je pomanjkljivo. Ako župnik sam izvrši v svoji župnji poroko v svetišču, ki ni župna cerkev, sam sebi ne bo dal za to dovoljenja. Vprašanje, ali rabi, če gre s svojima župljanoma v drugo župnijo, od tamošnjega župnika posebno dovoljenje, ni rešeno. Pooblaščen svečenik mora izvršeno poroko pristojnemu župniku

Za poročne priče, po številu vsaj dve, zahteva § 67 moški spol, polnoletnost in krščansko veroizpovedanje, in to celo pri porokah v izrednih prilikah (vojna itd., smrtna nevarnost), v vseh ostalih primerih je potrebno še, da so priče pravoslavne vere, da niso izključene iz cerkve, da niso meniškega stanu. Le izjemoma se smejo z dovoljenjem episkopa kot priče pripustiti tudi nepravoslavni kristjani.³⁰

§ 7. Prestanek bračne vezi.

Brak se razreši a) s smrtjo enega soproga. Svaštvena razmerja ostanejo v veljavi.

b) Brak prestane po § 71. tudi s proglasitvijo neizvestnega soproga za mrtvega. Za dan smrti smatra cerkev oni dan, ki ga ugotovi pristojno državno oblastvo v svoji odločbi.

Civilnopravno mora biti v odloku izrecno proglašen tudi brak neizvestnega soproga za razrešen. Razen progla-

naznani najdalje tekom 8 dni, da jo vpiše v matice in anagraf svoje župnije (§ 68). Iz tega bi izhajalo, da se ima za dovoljenje župnika kraja, v katerem se poroka vrši, zanimati pooblaščen svečenik sam in da parochus loci za nežupljane nima nikake pristojnosti, razen na osnovi pooblastila parochi proprii. Teritorialne pristojnosti župnikov za nežupljane naša pravoslavna cerkev torej ne pozna. Navzlic temu sodelovanje nepristojnega župnika ali celo drugega svečenika-mašnika nima za posledico ničnosti брака (§§ 33 in 34; glej zgoraj § 2, 3, str. 101).

³⁰ Bračna pravila urejajo v §§ 69—78 tudi vzajemne pravice in dolžnosti soprogov, pravice in dolžnosti roditeljev do lastne in do usvojene (adoptirane) dece ter pravice in dolžnosti varuhov do varovancev. V § 71 je govor o sporazumnem oddvojenem življenju, ki je v načelu dopustno samo toliko časa, dokler je razlog za to podan (lečenje, noviciat radi nameravanega vstopa v samostan, višja sila, vojna, nujnost zaslužka izven skupnega domovališča); § 72 veli, da ni podano oddvojeno življenje 1. če služi mož vojake, če opravlja na zakoniti poziv prisilno delo ali prestaja dosojeno kazen; 2. če je službeno odsoten in vzdržava redne zveze s soprogom; § 73 pa predvideva oddvojeno življenje soprogov na podlagi začasne odredbe za trajanja ničnostne pravde ali spora radi razveze (razvoda) braka. Po § 78 so cerkvena oblastva dolžna skrbeti za to, da se deci pravoslavnih roditeljev, tudi če je samo eden od njih pravoslavne vere, postavijo samo pravoslavni varuhi. V vseh teh vprašanjih so za državno območje upošteveni zgolj predpisi grajskega prava.

sitve mrtvim predvideva zakon z dne 16. februarja 1883. d. z. št. 20 tudi dokaz smrti.³¹

c) Brak se razreši, ako eden od soprogov s pristankom svojega druga položi meniško zaobljubo. Sprog, ki je ostal v svetu, sme skleniti drugi brak. Ta način prestanka braka se ugotovi z odlokom episkopa. Pristanek soproga, da položi njegov drug meniško zaobljubo, mora biti dan v pismeni obliki, drugače zaobljuba nima veljave.

d) Brak prestane, ako prejme mož s pristankom svoje žene posvečenje za episkopa. Ta pristanek mora biti pismen in žena mora sama postati nuna v samostanu druge eparhije. Prestanek braka vsled posvečenja za episkopa se ugotovi s posebnim rešenjem sv. arhijerejskega sinoda.

e) Brak prestane končno na podlagi pravomočne sodbe pristojnega sodišča (razvod).

Brak se more razvezati samo na zahtevo nekrivega soproga. Ako sta kriva oba, sta tudi oba aktivno in pasivno za tožbo legitimirana.

§ 8. Razlogi za razvezo (razvod) braka

so v §§ 88—107 taksativno naštetih in so sledeči:

1. Prešestvo, ki ga zakrivi bračni drug zavestno in hote s spolnim občevanjem s tretjo osebo.

Prešestvo se domneva, a) ako zapusti žena svojega moža proti njegovi volji in živi oddvojeno od njega izven doma svojih roditeljev ali najbližjih sorodnikov; b) ako žena, zapustivša moža, živi, dasi na domu roditeljev ali najbližjih sorodnikov, razuzdano in pohujšljivo življenje; c) ako mož ali žena, živeča ločeno, drži pri sebi osebo drugega spola pod okolnostmi, ki jasno kažejo na prešestno razmerje.

³¹ Prim. Ljubov Vlačić, v Arhivu 1933/II br. 5, str. 402 ad § 81. Glej tudi navodilo za duhovna sodišča v drugi prilogi ces. pat. z dne 8. oktobra 1856 d. z. števil. 185, §§ 246—250. Po srbijanskem g. z. (§ 51) ima vsaka proglasitev mrtvim učinek, kakor bi ga imela fizična smrt dotične osebe. Brak je razrešen, preostalemu soprogu sklenitev novega braka svobodna. Ako se za mrtvega proglašeni vrne, ostane brak, ki ga je sklenil njegov zaostali sprog s tretjo osebo, v veljavi. Prim. L. Marković, Porodično pravo, 1920, str. 80.

S prešestvom se izenačuje, d) ako mož svojo ženo napelje na prešestovanje ali jo zvodi z drugim moškim ali jo hote izpostavlja pohoti drugih oseb; e) ako en soprogo sklenuje nov navidezen brak, vedoč, da prejšnji brak še obstoji.³²

Tožbe na razvezo braka radi prešestva ne more vložiti soprogo, ki je svojega druga v prešestvo napeljal ali drugače nanj pristal ali pa ga odpustil. Prešestvo se smatra za odpuščeno tudi tedaj, če nekrivi soprogo, ko je zanj izvedel, nadaljuje spolno občevanje s svojim drugom.

Svečenikom ni dovoljeno, da svojim ženam prešestvo odpuste, ampak morajo vložiti tožbo na razvezo braka.³³

2. Za življenje nevarne sovražnosti proti bračnemu drugu (radjenje o glavi). Sem spadajo sovražna namerna dejanja, s katerimi je zvezana opasnost za življenje ali telesno varnost soproga, ne glede na to, ali jih stori njegov drug sam ali po njegovi nasnovi tretja oseba.

Dejanski stan tega razloga se smatra za podan, ako bračni drug, ki ve, da je težko spolno okužen, spolno občuje s svojim soprogom, ako uporablja zavratna sredstva, ki utegnejo resno škodovati njegovemu zdravju, ako zavestno opusti odvrniti od njega resno nevarnost za življenje ali zdravje, ki mu preti od tretje strani, dasi bi to brez večje opasnosti zase lahko storil. Samo malomarno dejanje ne prihaja v poštev, tudi ne dejanje, učinjeno v duševni zmedbi ali ob skaljeni zavesti. Vsa ta dejanja se smatrajo za odpuščena, kadar ogroženi soprogo, ko je zanja zaznal, nadaljuje spolno občevanje s svojim drugom.

3. Hoté povzročen splav ali hoteno trajno sprečevanje oplojenja s strani žene.³⁴

³² S tem pravilom (§ 90 br. 2) je v nasprotju § 124, ki predvideva razvezo katoliškega braka samo za soproga, ki je postal pravoslaven. Razveza je mogoča samo za oba soproga ali pa za nobenega.

³³ Ta določba je *lex minus quam perfecta*. Svečenik, ki tožbo opusti, zagreši cerkveno kaznivo dejanje.

³⁴ O krivdi moža, ki hoče splav ali ki noče zaroda, § 94 ne govori. Očividno odpade v teh primerih pravica do tožbe, dasi je to ob sprečavanju zaroda od strani moža za ženo nelogično in krivično.

4. Zlobna zapustitev bračnega druga, ki traja že leto dni, ako se odsotni soprog tudi na poziv cerkvenega oblastva ne vrne tekom nadaljnjega leta. Kot primeri so navedeni, da mož ženo zapodi in se zanjo ne briga, da mož ženo zapusti in se zanjo ne briga, da žena moža zapusti in se tudi na poziv župnika k njemu ne vrne, da eden od soprogov po prestatku zakonitega razloga za oddvojeno življenje noče upostaviti bračne skupnosti. Kot poseben primer zlobne zapustitve je navedena končno še obsodba na kazen na prostosti na najmanj sedem let.³⁵

5. Neizvestnost (nestanak) bračnega druga. Ta razlog obstoji, ako se soprog, ki se je podal v nepoznan kraj, tekom dveh let ne vrne v bračno skupnost in se tudi ne javi svojemu bračnemu drugu.

Razveza se sme zahtevati, dokler neizvestnost traja. Ako se neizvestni soprog niti na poziv cerkvenega sodišča tekom enega leta ne vrne, se brak razveže pod »predpostavko« smrti neizvestnega soproga in se njegovemu bračnemu drugu dovoli skleniti nov brak. V primeru, da se neizvestni soprog vrne, more zahtevati svojega bračnega druga samo s pristankom njegovega soproga iz drugega braka nazaj. Soproga iz drugega braka morata pa v to svrhu predhodno sporazumno zahtevati razveljavljenje novega braka.³⁶

³⁵ O. g. z. določa v § 115 kazen petih let. Razlog je podan tudi v primeru pomilostitve, ne pa v primeru sokrivde. Glej Lj. Vlačić, l. c. str. 403.

³⁶ Dikcija §§ 98 in 99 ni posrečena. Smisel je očitno ta, da vstvarita dveletna neizvestnost in neuspešnost sodnega poziva domnevo smrti neizvestnega soproga, a potem razveza ni upravičena, ker se brak razveže samo, ako sta oba soproga še živa. Vrnitev neizvestnega ovrže domnevo in tvori dokaz, da vez iz prvega braka še obstoji. Zakaj je potem potreben za ničnostno tožbo pristanek soproga iz drugega braka? Juristično bi bilo edino pravilno, da se dveletna neizvestnost in nezglasitev na uradni poziv tekom nadaljnjega leta smatra za poseben primer zlobne zapustitve, vsled katerega se brak dokončno razveže. Soprog, ki mu je bila dovoljena razveza braka radi neizvestnosti njegovega druga, dasi je za njegovo bivališče vedel, postane vsled novega braka kriv prešestva (§ 100). Da je drugi brak v tem primeru ničnen, ni povedano, dasi ne more biti dvomljivo. Pravilo § 101, da se brak ne razveže, ako je neizvestni soprog proglašen od državnega oblastva za

6. Telesna in duševna bolezen. Dejanski stan tvori a) neozdravljiva kužna bolezen enega soproga, ki onemogoča vsako telesno skupnost z okuženim in spravljaja njegovega druga v življenjsko opasnost. Akutna okužba ne zadošča. Katere kužne bolezni tvorijo ta razlog in pod kakimi okolnostmi, bo predpisano v posebni uredbi sv. arh. sinoda; b) neozdravljiva blaznost, nastala za trajanja braka, ako onemogoča vsako telesno in duhovno zvezo z obolelim in vstvarja za njegovega druga življenjsko opasnost. Obe bolezni morata biti dokazani v pravdi po strokovnem mnenju, pribavljenem po predpisih sodnega postopnika (§§ 148 do 156), ako ne gre za osebo, ki je že od civilnega sodišča proglašena za umobolno.

7. Moralna pokvarjenost, ki popolnoma izključuje življenjsko skupnost, dostojno svetotajstvu braka. Taka pokvarjenost se smatra za podano, ako bračni drug a) zagreši protinaravno spohotnost; b) ne vrši bračne dolžnosti vsled objestnosti najmanj leto dni; c) ako je obsojen za zločinstvo, storjeno po sklenitvi braka, na trajno izgubo častnih pravic;³⁷ d) ako namerno in stalno zlostavlja ali zbada in duševno trpinči svojega druga in s tem pokaže tako moralno manjvrednost, da postane življenjska skupnost z njim nevzdržljiva, a vse to samo tedaj, če je tako ravnanje trajalo najmanj leto dni. Brak se more iz razloga moralne pokvarjenosti razvezati samo s soglasno sodbo senata. Pri sokrivdi na kaznivem ali nemoralnem dejanju ugasne pravica do tožbe.

8. Odpad od pravoslavne vere ali dokončna izključitev iz cerkvene zajednice. Grajanskopravno ta razlog na vsem državnem teritoriju ne more imeti veljave.³⁸

Tožba na razvezo braka iz vzrokov, navedenih pod 1—3, zastara v šestih mesecih, tožba iz vzrokov pod 6 in 7

mrtvega, je čisto odveč, ker učinkuje po § 81 proglasitev mrtvim kakor smrt, kar se sklada s § 51 srbj. g. z., ne odgovarja pa državnemu pravnemu redu v območju o. g. z. Glej zgoraj § 7 lit. b) in op.

³⁷ Prestopki, ki so v § 105 št. 3 tudi omenjeni, ne prihajajo v poštev, ker z njimi ni nikdar zvezana trajna izguba častnih pravic (§§ 15, 46 k. z.).

³⁸ V Hrvatski in Slavoniji ostanejo civilnopravno slej ko prej za razvod v veljavi izključno razlogi o. g. z.

pa v treh letih od dneva, ko je tožeča stranka za vzrok izvedela. Pravica do tožbe iz ostalih vzrokov ne zastara.

Ako v pravdi pride do prekimbe ali mirovanja postopka, se spor ne more več nadaljevati, ako je od početka mirovanja ali od časa, ko je odpadel razlog za prekimbo, poteklo več kot leto dni.

§ 9. Posledice razveze (razvoda) braka.

Razveza pomeni prestanek braka. Razvezani soprogi lahko sklenejo nov brak, ako tega ne izključujejo kazni, izrečene v sodbi o razvezi braka.

Svaštveno razmerje med sorodniki bivših soprogov ostane v veljavi tudi po razvezi braka, iz katerega je nastalo.

Sodba o razvezi braka ima pri razlogih, navedenih v § 8 št. 1—4 in 7 redno v posledku tudi cerkveno kazen. Enako se cerkveno kaznuje oni, ki je izposloval razvezo braka radi neizvestnosti soproga, a je za njegovo bivališče vedel, ako se ponovno poroči. Pri razvezi radi telesne ali duševne bolezni se more bolni soprog na novo poročiti samo z dovoljenjem pristojnega episkopa, izdanim na osnovi zdravniškega spričevala, da je bolezen ozdravljena.

Oseba, katere brak je razvezan iz razloga, ki ima v posledici cerkveno kazen začasnega izključenja iz cerkve, se ne sme ponovno poročiti, dokler ta kazen traja.

Oseba, kateri sta bila dva braka iz njene krivde razvezana, ne more več skleniti novega braka.

Ako bi se hoteli razvezani soprogi zopet poročiti, bi morali izpolniti vse obče predpise po bračnih pravilih.³⁰

³⁰ Pravoslavne mešane brake nameravam obravnavati v posebni razpravi.

Redni prof. dr. Lapajne:

Spori za mejo.

Uvod.

V mislih imam spore o poteku mejne črte (actio finium regundorum, Grenzscheidungsklage nem. drž. zak.). Slabši je naziv Grenzberichtigungsklage (poprava meje) našega o. d. z.-a.

Ne bom torej govoril o tzv. obnovi mejnikov (Grenzerneuerung), ki je urejena v § 850 o. d. z.-a (v starem besedilu izključno, v noveliranem hkratu s popravo meje). Le to omenim, da bi danes ne bilo več potrebno, nadlegovati z obnovo mejnikov — ob nespornosti mejne črte — državna sodišča, ampak bi se ta posel lahko prepustil bodisi strankam samim, bodisi občinam (tudi tedaj, ko se postavljajo mejniki v prvič n. pr. ob delitvah zemljišč).

Dalje ne bom govoril o sporih, ki nastajajo iz mejnih naprav. Za mejne naprave imajo državljanski zakoniki povesod, pri nas v § 854 sled., posebne določbe n. pr. domneve o njih skupnosti obema mejašema (pri pregrajah, jarkih, plotovih, tratih) ali nasprotno domnevo za izključno lastnino enega mejašev (pri ločilnih stenah posebne vrste), dalje določbe za nerazveznost in vzdrževanje skupnosti in dr.

Spori za potek mejne črte, ki nas bodo edino zanimali, so dvojne vrste: 1. Najčeseje zatrjujeta mejaša vsak svojo, med seboj različno mejno črto. Ti spori, značilni že po svoji srditosti, grede za določen kos zemlje oziroma za pravice na njem; 2. redkeje se pripeti, da mejaša sicer ne zatrjujeta vsak svoje določne meje, pa se vendar ne moreta zediniti na enako mejno črto. — Jasno je, da moramo med

obema primeroma in med normami za nju razlikovati, ker je v prvem še mogoče, iskati in odkriti staro mejo, v drugem pa se taka zahteva od mejašev niti ne postavlja, in je treba potegniti novo mejo.

Pravico, da sme mejaš zahtevati popravo zgolj nepriemerne, dasi nesporne, mejne črte (tu je izraz »poprava« na mestu), pozna v jgsl. zakonodaji le § 49 gradb. zak., po katerem se dajo meje nerodne konfiguracije prisilno odpraviti, celó na uradno inicijativo.

Spori za mejo so v Sloveniji in Dalmaciji danes urejeni po II. delni noveli o. d. z.-a z dne 22. julija 1915 st. 208 drž. zak. Pred novelo so bili urejeni po §§ 851—853 starega besedila o. d. z.-a. Da te stare določbe niso ustrezale, dokazuje že činjenica, da so bile novelirane. A tudi nove določbe kažejo poleg nekaterih dobrih toliko slabih in spornih strani in toliko pomanjkljivosti, da proglašča Hantsch II. novelo za »življenja nesposobno«. K noveli se je razvila obsežna književnost, citirana na koncu te razprave; med njo so tudi trije slovenski članki: gg. dr. Majarona, Zdolška in dr. Širka.

Kritika današnje ureditve sporov za mejo in predlogi za njih preureditev se priporočajo pri nas zlasti de lege ferenda. Ob občutljivi pravicoljubnosti kmetskega prebivalstva (ki je v starem Latiju čestilo v »terminusu« posebno božanstvo) mu za ene njegovih najpogostejših sporov ne smemo nuditi določb nejasne vsebine ali dvomljive vrednosti. Prav tako ne sme za te spore veljati: minima non curat iudex; II. novela je napravila že dosti zmede pri nas, ne gre, da bi se ta zmeda zanesla v vso Jugoslavijo.

Problem ureditve mejnih sporov mika tudi radi tega, ker ni (po mojem znanju) še prav nikjer zadovoljivo rešen. Citiram en sam zgled: Po § 920 nem. drž. zak. je za ureditev mejnega spora, kadar se ne da izslediti prava meja, mero-dajno posestno stanje. Če se tudi posest ne da ugotoviti, se prideli vsakemu sosednjih zemljišč enako velik kos sporne ploskve. Če bi pa rezultat take delitve v gospodarskem pogledu ne ustrezal, je potegniti novo primerno mejo. — Ta nemška ureditev je boljša od naše novelirane, a, kakor bo prilika pokazati, tudi ona ne more biti vzor.

Povodi za potrebo posebnih norm.

Vsakdanji primer, da zatrjujeta mejaša vsak svojo, med seboj različno mejno črto, bi dal, če bi ne imeli posebnih norm, povod za običajno lastninsko pravdo. To pravdo bi uvedla vindikacija neposедуjočega lastnika zoper posedujočega nelastnika. V pravdi bi neposедуjoči lastnik kot tožnik moral dokazati svojo lastninsko pravico, dočim bi bil toženec v ugodnem položaju *beati possessoris*. Ako bi lastninski dokaz uspel, bi se razlikoval izid te lastninske pravde od drugih le v tem, da bi moralo sodišče ugotovljeno mejno črto ne samo prisoditi, ampak tudi opremiti z mejniki. Ako bi se pa lastninski dokaz ponesrečil, bi moralo sodišče tožbeno zahtevo zavrni, in bi toženec obdržal sporni kos obmejne zemlje, ne ker je zanj upravičen, ampak, ker ga ima v posesti.

Ta drugi izid pravde se protivi pravnemu čutu, ker zavrača tožbeno zahtevo ob goli nedokazani tožnikovi lastninski pravici, ozir. ker obdrži toženec sporno mejno ploskev na podlagi golega njenega posedovanja. Lastninski dokaz je namreč znana *probatio diabolica*; kadar je treba dokazovati lastnino na mejni ploskvi z redkimi akti posedovanja in uživanja, je diabolichen dvakrat. Z druge strani se mi ne zdi prav, da nimajo tisti toženci, ki niso samo posestniki, ampak ki dokažejo svojo pravico do sporne mejne ploskve, že v lastninski pravdi prilike, da si dajo prisoditi svojo pravico. Zato je priporočati, na mestu lastninske pravde, tako postopanje: 1. v katerem bi mogla zatrjevati in dokazovati pravico do sporne mejne ploskve o b a mejaša; 2. v katerem bi moglo sodišče sporno mejno ploskev prisoditi tistemu mejašu, ki je dokazal pravico do nje, ne glede na to, kateri njiju je sprožil postopanje (*judicium duplex*); 3. v katerem bi moglo sodišče, ako se dokaz pravice ne posreči nobenemu mejašev, vendarle razsoditi in potegniti novo mejno črto po svojem pravičnem preudarku.

Predaleč gredo tisti reformatorji, ki (radi opisane tveganosti lastninskega dokaza) lastninsko pravdo sploh izključujejo. Kadar upa tožnik uspeti z lastninskim dokazom (mejaš mu je n. pr. ponoči na kaznjiv način odstranil mejnik, katerega prejšnja situacija je še vidna za vsakogar), tedaj

ne gre, braniti uveljavljanje primitivne lastninske pravice po redni pravdni poti z vsemi njenimi strogostmi. Zlasti bi bilo nesmotrno, braniti lastninsko tožbo v onih jgsl. pravnih področjih, kjer doslej posebnega postopanja za ureditev mejnih sporov ne poznajo, pač pa lastninsko pravdo. Posebno postopanje z gori opisano vsebino se priporoča dati zato na i z b i r o poleg redne pravdne poti, kadar mejaš ne želi, tvegati lastninski dokaz, ali kadar želi, da končaj sodno postopanje na vsak način s pozitivnim uspehom razmejitve, ne (eventualno) z negativnim zavrnitve tožbene zahteve. Pri tem mora seveda predlagatelj računati z možnostjo, da se v posebnem postopanju dožene stara meja v smislu p r o t i v n i k o v e pravice, ali da se potegne n o v a po sodnikovem pravičnem preudarku. Predaleč gredo — dosledno — tudi tisti reformatorji, ki ne dopuščajo, da bi se že vložena lastninska tožba nadaljevala in dovršila po redni pravdni poti, ampak zahtevajo, naj se prevede v gori opisano posebno postopanje, na predlog toženca ali celó iz uradne oblasti.

Ali naj, kakor lastninske tožbe, pripuščamo — na izbiro poleg posebnega mejnega postopanja — tudi posebne p o s e s t n e tožbe, kakor so se pred II. novelo dejanski pripuščale in bile zelo pogoste? Z o p e r dopustnost posestnih tožb radi motenja na meji govori, ne glede na to, da je tudi dokazovanje posesti skrajno tvegano, še poseben notranji razlog. Posestne tožbe se mi zde potrebne le tam, kjer se pravno stanje n. pr. radi starosti ali nedokaznosti pravnega naslova ne da več dokazati, tako da je postalo judiciranje na podlagi pravice nemožno. Tega pri mejnih sporih ni nikoli, ker more sodišče v priporočanem posebnem postopanju določiti mejo vedno na podlagi pravice: stare (enega ali drugega mejaša) ali nove, ustvarjene po pravičnem preudarku sodišča. — S tem pa, da se izrekam (s Schrutko, Hantschem, Swobodo) zoper dopuščanje posebnih posestnih tožb ob mejnih sporih, ne govorim zoper vsako vpoštevanje posesti in njenih dobrot, bodisi v lastninski mejni pravdi (kjer se dele po posesti vloge strank in s tem dokazno breme), bodisi v posebnem mejnem postopanju, kakor bo še prilika pokazati.

Drugi uvodoma omenjeni primer spora za mejo, da mejaša ne zatrjujeta vsak svoje določne meje, pa se vendar ne

moreta zediniti na enako mejno črto, zahteva posebne norme in posebno postopanje že po tem svojem dejanskem stanu. Tukaj se namreč redna pravdna pot (z ugoditvijo tožbeni zahtevi ob dokazu tožnikove pravice in z zavrnitvijo ob nedokazu) sploh ne da nastopiti, ker tožnik kake pravice (na določno staro mejo) ne uveljavlja. Tožnik svoje zahteve niti precizirati ne more po predpisu § 321 jgsl. cpp. (§ 226 cpr). Kar želita mejaša v takem mejnem sporu — določitev nove meje ne glede na pravno stanje — moreta doseči le v posebnem postopanju.

Dobre, slabe, sporne strani sedanje ureditve in njene pomanjkljivosti.

I.

Dobro je pred vsem, da so odrejene za posebno mejno postopanje oblike *n e p r a v d n e g a* postopnika (§ 850 nov.). S tem je omogočeno, da konča postopanje vedno s pozitivnim uspehom, z določitvijo doslej sporne meje. Dalje bo s tem omogočeno (de lege ferenda, ne že lata), da bo imel tudi predlagateljev protivnik priliko, dokazati svojo pravico (lastninsko, publicijansko) do sporne ploskve, in da bo mogla iziti sodnikova odločba ne le v predlagateljev, ampak tudi protivnikov prilog. Nadaljnja prednost nepravdnega postopanja je, da učinkuje izdana odločba absolutno, ne le inter partes, kakor rzsodba o redni pravdi. Za dognanje resnice je v nepravdnem postopanju še lepše poskrbljeno, nego v pravdnem, ker ne velja razpravna maksima, ampak se išče materijelna resnica. Polni kontumac pravdnega postopanja je v nepravdnem izključen. Postopanje more sprožiti ne le neposedujoči, ampak tudi posedujoči mejaš, kadar želi postaviti na mesto posestnega stanja pravno. Končno se da splošno nepravdno postopanje s posebnimi določbami *n. pr.* v pogledu pravnih lekov in stroškov za svrhe ureditve mejnih sporov še v marsičem izboljšati. Da je brže in cenejše, nego pravdno, zlasti, ker odpadejo stroški zastopnikov, je znano.

Druga dobrotā sedanje ureditve je, da pozna poleg deklarativnega sodnikovega odločanja konstitutivno (§ 851

nov.), dočim je možno v petitornem pravdanju le prvo. Že starorimska pravna ideja je bila, naj se smatra sporna mejna ploskev, če nobeden mejašev ne more dokazati pravice do nje, za skupno in naj se med mejaša razdeli, kar je v pravi nemogoče. Tako konstitutivno odločanje je dopustno v oni vrsti mejnih sporov, ko zatrjujeta oba mejaša vsak svojo določno, med seboj različno mejno črto, le podredno (ako ne uspeta z dokazom svoje trditve); v drugi vrsti mejnih sporov pa je možno sploh le konstitutivno odločanje (potegnitev nove meje).

Po določbi § 853 prvotnega besedila o. d. z.-a je razdelil sodnik opisano quasicommunio »po razmerju posesti« obeh mejašev, tako da je mejaš z večjim obmejnim zemljiščem dobil tudi večji del sporne ploskve. To kapitalistično navodilo za razdelitev se je splošno obsojalo. Zato je je nadomestila II. novela z določbo, naj se deli sporna ploskev po sodnikovem »pravičnem preudarku« (§ 851 nov.). Pravično preudarjena bo tista meja, ki se bo ozirala na lego, kulturo in potrebno arondacijo obmejnih zemljišč, ki ne bo ovirala njih obdelovanja, ki bo po možnosti naravna ali vsaj jasna, trdna in trajna in ki bo zagotavljala mir med mejaši. Razpolovitev mejne ploskve po analogni uporabi § 407 o. d. z.-a ni izključena.

Končno je odobravati dolžnost nepravdnega sodnika (kakor pravdnega), da določeno mejno črto takoj v nepravdnem postopanju zamejiči. S tem odpade prisilno izvrševanje njegove odločbe v posebnem izvršilnem postopanju. Zato je že črtan iz § 305 jgsl. izvrš. zak. drugi odstavek, ki je v ustrežajočem prejšnjem § 351 slov.-dalm. i. r. urejeval izvršitev razmejitvenih odločb.

II.

Najslabša stran sedanje ureditve je določba, naj ugotovi sodišče mejo v prvi vrsti »po zadnjem mirnem posestnem stanju« (§ 851 ozir. § 2 odst. 1 nov.). Mejni spori imajo za cilj določitev definitivne meje, ki je možna le na podlagi pravice (stare ali nove), nikdar na podlagi činjenice (posesti); na podlagi posesti se da urediti le provizorna meja. Ni čuda,

da napadajo to določbo v književnosti vsi vprek (Hantsch, Mayr, Ehrenzweig), le da nekateri (Flieder, Schrutka, Swoboda) opravičujejo zakonodavca, češ da ni tako napačno mislil, kakor se je izrazil. Vsi so si edini, da se lastninske meje ne smejo določati po posestnem stanju, ampak da so sodišča pozvana baš za to, da odpravljajo dejanska (posestna) stanja in jih nadomeščajo s pravnimi.

Nekoliko je omilil grajano določbo § 4 nov. II., ki ni prevzet v besedilo o. d. z.-a, in ki se da po njem pravnomočna odločba nepravdnega sodnika naknadno spodbijati v redni pravdi, in v tej uveljavljati »boljša pravica«. To naknadno uveljavljanje boljše pravice v redni pravdi smatram za nadaljnjo slabo stran sedanje ureditve. V dopuščanju takega uveljavljanja vidim omalovaževanje truda in odločbe nepravdnega sodnika, ki je često starejši in izkušenejši sodnik pri istem okrajnem sodišču ali celo ž njim identičen. Dalje utegne mejni spor po sedanjem § 4 pasirati kar pet instanc, najprej dve nepravdni, potem tri pravdne. Nisem zoper redno pravdno pot v mejnih sporih, a dajem jo tožniku (na izbiro poleg nepravdnega postopanja), p r e d e n predlaga nepravdno postopanje, tako da postane s pravdo prekludiran, čim se odloči za zadnje. Ta vrstni red je edino logičen. Tisti mejašev, ki tvega dokaz pravice, naj ga tvega, preden se zadovolji z event. delitvijo sporne mejne ploskve po sodnikovem pravičnem preudarku; nelogično je, najprej privoliti v potegnitev nove meje, potem pa se pravdati za staro.

Vladni načrt k II. noveli je dovoljeval naknadno uveljavljanje boljše pravice k v s e m odločbam nepravdnega sodnika. Tako predlaga tudi načrt čsl. o. d. z.-a, tako da vprašanju pravice z odločbo nepravdnega sodnika ne bo nikoli prejudicirano. Novela pa je dodala vladnemu načrtu omenjeni § 4, po katerega nadaljnji vsebini je dovoljeno naknadno uveljavljanje boljše pravice samo v n e b a g a t e l n i h mejnih sporih, ni pa dovoljeno v bagatelnih. Bagatelni mejni spori so tisti, kjer po sodišču ocenjena vrednost sporne ploskve ne presega — po sedaj veljajoči naredbi našega Ministrstva Pravde z dne 15. aprila 1924 Sl. nov. br. 106/XXIII — zneska 125 Din. V teh bagatelnih mejnih sporih

se torej določa po sedanji ureditvi lastninska meja definitivno na podlagi posestnega stanja. Pravica je, z drugimi besedami, za malega kmetiča potisnjena ob stran.

III.

Sporno je pred vsem, so-li z ureditvijo posebnega nepravdnega mejnega postopanja izključene petitorne in posesorne tožbe (izvzemši pravkar obravnavane naknadne petitorne v nebagatelnih mejnih sporih)? Novela molči. Ustaljena današnja praksa tolmači molk v smislu nedopustnosti vsakterih petitornih in posesornih tožb (razen od novele izrečno pripuščenih); vložene take tožbe se iz uradne oblasti prevajajo v nepravdno postopanje. L. 1915, ko je novela izšla in pred ustaljeno sodno prakso, je bil dr. Majaron v članku, ki ga citiram ob koncu razprave, baš nasprotnega mnenja, da je nepravdno postopanje dopustno le v primerih, ko mejaša ne zatrjujeta določnih, nasprotujočih si mejnih črt, sicer da so dopustne in potrebne posestne in zlasti lastninske tožbe. Po m. m. ima de lege lata prav praksa, ki se drži pri tem smotra novele in pojasnil avst. just. min. z dne 3. avg. 1915 kos XV ukaznika. Čim je novela odredila, da se razpravlja v nepravdnem postopanju vprašanje posesti, a v pravdnem, ki ev. sledi nepravdnemu, vprašanje boljše pravice, je s tem implicite izključila i posestne i lastninske pravde, preden se je izvršilo nepravdno postopanje. De lege ferenda odklanjam iz gori navedenih razlogov le posebne posestne tožbe, dočim dopuščam petitorne, in sicer: tožniku, preden predlaga nepravdno postopanje, tožencu, preden se spusti v predlagano nepravdno postopanje.

Po točnem besedilu § 851 nov. naj določi nepravdni sodnik mejo po zadnjem »m i r n e m« posestnem stanju. Sporno je, kaj si je mislil zakonodavec s pridevkom »mirno«? O. d. z. pozna le pošteno (dobroverno), pravo ustrezno (s pravnim naslovom opremljeno) in brezhibno ali pristno posest (ne vi, clam, precario). Nekateri so mnenja, da je zakonodavec mislil na sintezo teh treh lastnosti (Anonymus v Ger. Ztg. l. 1915 št. 35); v tem primeru bi mejaševo posest skoro vedno spremljala lastninska pravica. Sploh se opaža v književnosti stremljenje, izrabiti pridevnik »mirno« v

svrhu, da se naloži sodišču po ovinkih dolžnost, vpoštevati že v nepravdnem postopanju stanje pravice. Ti poskusi so zaman. Vlada je zamislila mejno postopanje sicer nerodno in nesmotrno (možnost peterih instanc), a vendar logično: v nepravdnem postopanju naj se določi na podlagi posesti začasna meja, dokončna na podlagi pravice v kasnejšem pravdnem postopanju, ako bi se kateri mejašev ne zadovoljil z začasno. Nepravičnost je prišla v novelo šele s § 4, dodanim od zakonodavca, ki je dopustnost naknadnega pravedanja omejil na nebagatelne mejne spore. Po tem nastanku novele je izključeno, subinteligirati besedam »mirno posestno stanje«, karkoli bi spominjalo na pravico. Zato se tudi drugi del književnosti (Hantsch) izreka zoper tako izboljševalno tolmačenje in mu zadostuje za zaščito posesti (kakor v drugih pravedah), da je posest brezhibna (pristna). Ta lastnost bo zadostovala tudi po načrtu čl. o. d. z.-a.

Zelo zanimivo je tolmačenje pridevka »mirno« po dr. Širku (v članku, ki ga citiram ob koncu razprave): »Mirno je tako posestno stanje, ki sta ga oba mejaša videla, dejanski vpoštevata in pripoznavata s svojim zadržanjem«. Mislim, da leži težišče njegove definicije v »p r i p o z n a v a n j u«. Pripoznavanje je še vedno zagonetna, od o. d. z.-a popolnoma zanemarjena pravna ustanova. Le toliko so se teoretiki zedinili, da ima pripoznanje za posledico preokrenitev dokaznega bremena, tako da more opreti tožnik tožbeno zahtevo na golo pripoznavo (ne da bi ta postala pravni naslov), in da zadene toženca protidokaz, da pripoznana pravno razmerje ni obstajalo (z drugimi besedami, da je pripoznava neveljavna). Ta praeter legem skonstruirana norma je po m. m. pravilna. Pripoznava je kakor n. pr. poroštvo ena tzv. utrdilnih pogodb. Tudi pri poroštvu more posojilodavec tožiti poroka iz golega poroštva, in je porokova, ne posojilodavčeva, dolžnost, da dokaže, da je bila poroštvena zaveza prevzeta neveljavno, ker glavna terjatev ni obstajala. V sporih za mejo se more po isti konstrukciji vsak mejašev sklicevati na medsebojno pripoznano dejansko posedovanje in uživanje, in je, če dokaz uspe, stvar protivnika, dokazati, da nasprotuje dejanskemu posedovanju in uživanju pravno stanje. Če tega protidokaza ne nastopi ali če ž njim ne uspe,

mora sodišče odločiti po pripoznanem dejanskem stanju. To bi bila povsem naravna in pravno opravičena razlaga »mirne« posesti. Vendar je ni mogoče subinteligirati besedam novele, ker se tiče pravnega vprašanja, ki je po noveli rezervirano za ev. naknadno pravno postopanje in izključeno iz predhodnega nepravdnega.

Končno je de lege lata še vedno sporno, more-li sodišče vloženo petitorno ali posesorno tožbo na predlog toženca ali celó uradoma prevesti v nepravdno postopanje? Praksa, ki petitornih in posesornih tožb v mejnih sporih sploh več ne pozna, dopušča oboje. Zastopniki nasprotnega mnenja v književnosti se sklicujejo na besedilo § 850 nov., po katerem ima mejaš »pravico« (ne dolžnosti), dati »popraviti« mejo v nepravdnem postopanju. Po predlagani novi ureditvi ne bo tega spora, ker bo tožniku dano na izbiro, tožiti petitorno (potem bo mogel k večjemu predlagati prevedbo pravnega postopanja v nepravdno, uvidevši riziko lastninskega dokazovanja), ali predlagati a priori nepravdno postopanje (potem bo s tožbo prekludiran, in bo mogel tožiti le protivnik, preden se spusti v nepravdno postopanje).

IV.

Na najbistvenejšo pomanjkljivost sedanje ureditve mejnih sporov (i po prvotnem i po noveliranem besedilu) je opozoril dr. Zdolšek (v članku, citiranem ob zaključku razprave): »Zakon bi moral določiti, da se mora povrniti oni zemljiški hasek, ki se je dosegel s hasnovanjem v nasprotju z mejami, določenimi pri obnavljanju in popravljanju mej, in ki je dal povod, da se je sprožilo to postopanje.« Vrzel se v praksi zelo občuti. Vsi vemo, da mejni spori običajno ne pričenjajo s petitornimi ali posesornimi petiti, ampak da pride kot prva — o d š k o d n i n s k a tožba. Mejaš toži mejaša na plačilo odškodnine, češ da mu je prekosil nekaj trave, pregrabil nekaj listja, podrl drevo na njegovem svetu i. t. d. Šele v pravdi se izkaže, da je sporna meja sama, in da bo vprašanje meje prejudicijelno za odškodninsko. Sodišča prevajajo tudi v teh primerih odškodninska pravdna postopanja v nepravdna mejna. V nepravdnem postopanju določijo ali staro mejo na podlagi posestnega stanja ali potegnejo

novo po pravičnem preudarku. Ob nobenem teh dveh izidov ne dobe za rešitev odškodninske pravde iskane osnove. Z določitvijo meje na podlagi posesti namreč še ni rešeno vprašanje plodov, ker gredo plodovi le poštenemu posestniku, a o poštenosti mejnemu sodniku ni razpravljati. (Tudi je merodajni § 329 o. d. z. pravičen le tedaj, kadar vrednost plodov ne presega znatno impenzov, nepravičen, kadar ni impenzov, kakor često pri praiizvodih.) Z določitvijo meje na podlagi pravičnega preudarka doseže nepravdni sodnik še manj, ker more nova meja biti merodajna le za bodoče plodove, ne za plodove pro praeterito. — To očitvidno vrzel želi dr. Zdolšek izpolniti z izrečno odredbo zakonodavca, naj se razdele sporni plodovi po tisti mejni črti, ki se določi v nepravdnem postopanju. Temu predlogu bi bilo de lege lata prigovarjati, da more slediti nepravdnemu postopanju še pravdno in da more le-to odkriti pravega upravičenca plodov, ki mu gre nedvomno prednost pred upravičencem, dognanim v nepravdnem postopanju. De lege ferenda bo ta prigovor odpadel, ker ne bo več nepravdnemu postopanju sledilo pravdno, in ker bo že nepravdni sodnik odločil o meji na podlagi pravice in le, če se ta ne bo z nobene strani uveljavljala, po pravičnem preudarku. V tem zadnjem primeru bo rešitev opravičena v uvaževanju, da temelji razdelitev sporne ploskve po sodnikovem pravičnem preudarku v domnevani quasicommunio, vsaka skupnost pa upravičuje do skupnega uživanja.

Drugo pomanjkljivost vidim v tem, da ni v noveli navodila, kdaj smejo stranke ozir. sodišče sporno ploskev ob meji šteti za »mejo« in predlagati ozir. uvesti posebno mejno nepravdno postopanje, oziroma kdaj presega sporna ploskev po svoji površini, kulturi, vrednosti, legi in drugih lastnostih pojmov »meje«, tako da postanejo dopustne le redne tožbe? Ni namreč dvoma, da more ob meji postati sporna tudi taka ploskev, ki je nihče ne šteje za mejo. V preprostih razmerah poljedelskega Latija je odločevala mera »quinque pedes«. V današnjih neprimerno raznovrstnejših in zamotanejših razmerah priznavam, da zakonodavcu ni mogoče, fiksirati obče veljaven kriterij; zato mora v tem pogledu obveljati sodnikov prosti preudarek. — Isto veljaj za odgovor

na vprašanje, naj se-li posebno nepravdno mejno postopanje uporablja zgolj za določanje meje med praedia rustica ali tudi med praedia urbana? Tudi tukaj ni (ne more biti) zakonskega kriterija za določitev, katera zemljišča so kmet-ska, katera mestna.

Predlagana nova ureditev.

V prvi vrsti predlagam, naj se prenesejo posebne določbe za mejne spore iz o. d. z.-a v zakon o nepravdnem postopanju, ker so pretežno formalnopravnega značaja.

Določbe naj se glase:

§ 1: »Spori za mejo (za mejno črto) se rešujejo v redni pravdi ali v nižjeurejenem nepravdnem postopanju; posestne tožbe niso dopustne« (al. 1). — »Kdaj gre ob meji za spor za mejo, določi sodišče po prostem preudarku« (al. 2).

Izbiri med redno pravdno in posebno nepravdno potjo priporočam, kakor rečeno, zlasti z ozirom na druga jgsl. pravna področja, ki nepravdnega postopanja za rešitev mejnih sporov še ne poznajo in se mu morajo šele privaditi. Ne izključujem možnosti, da se bodo dale v daljši bodočnosti petitorne tožbe popolnoma odpraviti, ko bo ljudstvo spoznalo prednosti nepravdnega postopanja pred pravdnim. Perhore-sciram pa posestne tožbe; odločba o mejnem sporu naj ne temelji nikdar na faktu in naj bo vedno definitivna. V mejnih sporih druge vrste (ko ne zatrjuje nobeden mejašev določne mejne črte) je možno sploh le nepravdno postopanje. — Vsako pravljanje po dovršenem nepravdnem postopanju bodi izključeno. Ni pa izključeno, da prosi za uvedbo nepravdnega postopanja bivši tožnik, potem ko je zgubil pravdo za določitev sporne meje, ker je ta pravda končala z zgolj negativnim rezultatom zavrnitve tožbene zahteve. — Nobene razlike ne delam pri dovoljevanju izbire med pravdno in nepravdno potjo med bagatelnimi in nebagatelnimi mejnimi spori. Seveda ostanejo pri prvih, kadar postanejo predmet pravde, v veljavi vsi predpisi cpp.-a za bagatelne pravde.

§ 2: »Redna pravdna pot postane nedopustna, čim predlaga mejaš uvedbo nepravdnega postopanja, ali čim se njegov protivnik spusti v predlagano nepravdno postopanje.

Tožnik pa more na prvi instanci še vedno premeniti svojo tožbo v predlog na uvedbo nepravdnega postopanja« (al. 1). — »Kot mejaša moreta nastopiti v nepravdnem postopanju samo lastnika obmejnih zemljišč« (al. 2).

Po § 2 postane izbirna pravica §-a 1 izrabljena: za predlagatelja nepravdnega postopanja s tem predlogom, za njegovega protivnika, čim se spusti v nepravdno postopanje, aktivno ali pasivno n. pr. s tem, da se da kontumacirati. Ako se želi protivnik pravdati, naj vloži s svoje strani tožbo, nakar se nepravdno postopanje pretrga. — Premenitev tožbe v predlog za nepravdno postopanje je dopustna, bodisi da je mejni spor začel a priori s tožbo, bodisi da je začel s predlogom za nepravdno postopanje, a je predlagateljev protivnik vložil tožbo. Oba moreta (z drugimi besedami) še do zaključka prvoinstančnega postopanja uvideti riziko dokazovanja pravice in se odločiti za nepravdno postopanje. Uradoma ali na predlog mejaša, toženega v redni pravdi, se to ne sme zgoditi. — Določbe 2. al. §-a 2 predlagam, ker je v književnosti sporno, morejo-li biti udeleženi na nepravdnem mejnem postopanju samo lastniki (solastniki) obmejnih zemljišč ali tudi drugi stvarnopravni ali celó osebnopravni upravičenci (usufruktuarji, usuarji, zakupniki). Večina civilistov se izreka za izključno aktivno in pasivno legitimacijo lastnikov in solastnikov (Randa, Schwab, Flieder; protivnega mnenja Dernburg).

§ 3: »V nepravdnem postopanju skuša sodišče predvsem dognati staro mejo na podlagi pravice enega ali drugega mejaša, dokazane ali vsaj verjetno izkazane. Če se stara meja ne da dognati, in v primeru, ko nobeden mejašev ne zatrjuje določne mejne črte, potegne sodišče novo mejo po svojem pravičnem preudarku.«

Prvi stavek prinaša najvažnejšo materijelnopravno reformo in izboljšanje današnje ureditve. Iz njega in drugega stavka sledi, da konča vsako nepravdno mejno postopanje s pozitivnim uspehom (določitvijo meje), ki more biti na korist enemu ali drugemu mejašu (judicium duplex). Na mestu dokaza pravice naj zadostuje verjetni izkaz; saj se potegne v primeru, ko se izjalovi tudi ta odločitveni pripomoček, nova meja brez ozira na pravno stanje. »Stara« meja

ni treba, da je stara po času (lahko se je priposestvovala neposredno pred predlaganjem postopanja); ž njo je razumeti vsako mejo, oprto na pravico. — Kadar mejaša ne moreta formulirati niti svojih razmejitvenih petitev, se more rešiti spor le s potegnitvijo nove meje.

§ 4: »Nepravdno postopanje se izvrši tudi takrat, ko povabljeni predlagateljev protivnik ne pristopi na razpravo, dalje, če ne pristopi predlagatelj sam, a prosi za vršitev postopanja njegov protivnik. Te posledice nepristopa se morajo mejašema v vabilu zapretiti. Če ne pristopi nobeden mejašev, ali če pristopi predlagateljev protivnik in ne prosi za vršitev postopanja, ali če predlagata oba pristopivša mejaša ustavitev postopanja, se postopanje ustavi; stroški se nalože v teh primerih predlagatelju postopanja.«

Prva dva stavka urejujeta kontumačne posledice slično, kakor se tolmači v praksi ureditev po II. nov. Od pravnega kontumaca se razlikujejo bistveno, ker se ob izostanku ene stranke trditve druge ne smatrajo za resnične, ampak se izvrše ponudeni dokazi, ter izide odločba po uspehu tega dokazovanja. Seveda zamudi izostali mejaš priliko protitrditev in protidokazovanja (tzv. delni kontumac). — Ustavitev postopanja v primerih tretjega stavka sliči mirovanju pravde, a se razlikuje od njega, ker se ustavljeno postopanje ne more nadaljevati, kakor mirujoče, ampak se mora predlagati novo. — Siliti k pristopu na razpravo se ne more noben mejaš; v drugih nepravdnih postopanjih je taka sila dopustna.

§ 5: »Določena meja se mora v postopanju samem zamejičiti, in njen potek zabeležiti v sodnem zapisniku.«

Ta določba je prevzeta iz novele ozir. še iz o. d. z.-a. Iz nje izhaja implicite, da se vrše razprave o mejnih sporih na licu mesta. Dolžnost takojšnjega zamejičenja zadene tudi pravnega sodnika (v pravnem postopanju), zato § 5 ne govori o vrsti postopanja.

§ 6: »Hkratu z določitvijo meje odloči sodišče o stroških postopanja. Ako je dognalo staro mejo, odloči o stroških po predpisih c. p. p.-a. Ako je potegnulo novo, trpita stroške oba mejaša po doseženi koristi, v dvomu vsak polovico.

Stroške zastopnika trpi zastopanec sam« (al. 1). — »Kadar se mejaša na mejo poravnata, a ne zedinita v pogledu stroškov, jih razdeli sodišče po doseženi koristi; v domu trpita vsak polovico« (al. 2).

Prvi alineja se razlikuje od dosedanjega § 853 nov. v dveh pogledih: 1. § 853 ne pozna rešitve mejnega spora na podlagi pravice. Za ta primer je treba nove norme, ki jo najbolj oprem na določbe c. p. p.-a, ker je analogija popolna. Novost, da se razpravlja tudi v nepravdnem mejnem postopanju o pravici (enega ali drugega mejaša), in da tistemu, na čegar strani se izkaže pravica, ni treba plačevati nobenih stroškov (razen lastnega zastopnika), bo mnogo pripomogla, da odnehajo mejaši od pravnosti in se sprijaznijo z nepravdnim postopanjem. 2. § 853 ima posebno določbo o stroških na breme tistega mejaša, ki povzroči mejni spor z motenjem mirne posesti ali ki ga predlaga po nepotrebnem. Mislim, da bomo prebili brez take posebne določbe. Motilec poseže z motenjem ali v protivnikovo pravico ali v protivnikovo krivico, vzpostavljajoč lastno pravico. V prvem primeru bo trpel stroške že po predpisih c. p. p.-a, v drugem primeru pa bi ne bilo opravičeno, mu naprtiti stroške, ker se v mejnem postopanju ne bo več sodilo po posestnem, ampak po pravnem stanju. Primer, da se predlaga mejno postopanje po nepotrebnem (ker meja ni sporna), skoro ni praktičen; če postane praktičen, bo tudi v tem primeru trpel stroške predlagatelj po predpisih c. p. p.-a, kakor tožnik, ki toži brez potrebe. — Drugi alineja predlagam po nasvetu Hantscha. Ponovno se pripeti, da se mejaša v uvedenem postopanju poravnata na mejo, da se pa ne moreta zediniti v pogledu stroškov. Brez predlagane posebne določbe bi sodišče poravnave na mejo ne moglo vzeti na znanje. Po tej določbi pa bo to moglo storiti in omejiti svoj izrek na stroške. — Kadar se potegne nova meja, naj razdeli sodišče stroške »po doseženi koristi«, v dvomu jih naj razpolovi. O. d. z. odreja, naj jih razdeli »po izmeri mejnih črt«; ta določba mi ni bila nikdar jasna, ker je dognana mejna črta vedno ena sama, za oba mejaša enaka.

§ 7: »Prisoditev plodov s prej sporne mejne ploskve se ravna po dognani stari ali novi mejni črti.«

Potrebo te nove, zelo pogrešane norme sem utemeljil zgoraj med pomanjkljivostmi sedanje ureditve. Ž njo bo šele omogočena rešitev pravnih za odškodnino s spornega mejnega ozemlja, ki se bodo pretrgale, dokler ne bo pravno-močno rešeno vprašanje meje same.

§ 8: »Za pravne leke zoper odločbe nepravdnega sodišča veljajo splošni predpisi. V primerih, ko vrednost sporne ploskve ne presega 125 Din, revizijski rekurz ni dopusten.«

Mislim na splošne predpise nepravdnega postopanja. Po njih je v izrednih primerih dopusten tudi revizijski rekurz (zoper konformni odločbi nižjih dveh instanc). Za take izredne primere svetujem, da ostane revizijski rekurz dopusten tudi v mejnem postopanju v nasprotju k sedanji ureditvi (§ 4 nov.). Sedanja ureditev je imela za kvarno posledico, da nismo dobili nobene vrhovne judikature, dalje da je trpela enotnost judikature. Le v bagatelnih mejnih sporih, kjer so pravni leki skrajno omejeni tudi v pravnem postopanju, naj ne bo dopusten revizijski rekurz. —

Po zgledu nač. čl. o. d. z.-a ne prevzamem v predlog nove ureditve sedanjih določb § 852 (»o najvažnejših pripomočkih za popravo meje«), ki so brez prave vrednosti. Za ev. potrebnečasne odredbe (da se zabranijo nasilna dejanja pred končanjem mejnega postopanja) zadostujejo splošne določbe. Določbe o stvarni in krajevni pristojnosti sodišča že stojijo na drugem mestu (kjer se določa realna podsodnost).

§§ 280—287 nač. jgsl. zak. o sodnem nepravdnem postopanju.

Po dovršitvi rokopisa mi je uspelo, dobiti v roke načrt našega bodočega unif. nepravdnega postopnika, ki predvideva med drugo snovjo »ureditev mej« z nastopnimi določbami:

§ 280: »Za uredjenje (obnovljenje ili ispravljanje ili utvrđenje) medja nadležan je sreski sud, u čijem se području nalazi medja, koja se ima urediti.« — »Ako se takva medja nalazi na granici područja više sreskih sudova ili ako se ne zna u kome je srezu, onda molilac može izabrati ma koji od tih sreskih sudova.«

§ 281: »Svaki može moliti, da mu medje izmedju njegovog i njegovog suseda zemljišta, uredi sud ali već u molbi imenom, mora tačno označiti ta zemljišta, i to gde nema zemljišnih knjiga, a gde ima zemljišnih knjiga i podacima iz tih knjiga, s naznačenjem imena, staleža, boravišta i stana suseda, vlasnika, posednika ili držaoca dotičnog zemljišta.« — »Osim toga ima navesti, da su medjaški znaci tako povredjeni, da bi se moglo dogoditi, da se nikako neće moći raspoznati, ili da se medje doista ne raspoznavaju ili da su sporne, a uz to i okolnosti koje su to prouzrokovale.«

§ 282: »Na takvu molbu sud će povesti postupak za uredjenje medje i pozvaće na ročište sve učesnike s napomenom, da donesu na ročište sve isprave, nacрте i druge dokaze, a po mogućstvu da povedu i svedoke. Ujedno će sve učesnike opomenuti, da će se i u slučaju nedolaska kojega od njih ipak izvršiti izvidjanje i doneti odluka.«

§ 283: »Po potrebi će se na uredjenje medja pozvati i veštak za premeravanje. U isto vreme sud će izdati shodna naredjenja, da se na ročište donesu i kopije zemljišnoknjižne mape, drugih nacрта, deobnih operata i sve što je potrebno za razjašnjenje.«

§ 284: »O uredjenju medja sastaviće se zapisnik, u kojem se mora opisati stanje nadjeno na početku izvidjanja i ukratko uspeh provedenih dokaza, a priložiće se zapisniku nacrt, iz kojega će se razabrati stanje medje, kakvo je nadjeno kad je sudija došao na lice mesta i kako je sudija tu medju na licu mesta uredio.« — »U zapisnik ne treba unašati razlaganja, prigovore i druge navode stranaka, ali će se uvek zapisati da li je medja sporna.«

§ 285: »Na osnovu usmene rasprave i provedenih dokaza sudija će urediti granice, držeći se propisa Gradjan-skog zakonika, i označiti utvrdjenu medju medjašnim znacima i predati ju učesnicima u posed.« — »Zaključak o tom proglasiće usmeno, a osim toga pismeno dobiti svim učesnicima.« — »U obrazloženju zaključka imaju se navesti svi prigovori i navodi učesnika, svi izneseni dokazi i činjenice i obrazložiti rešenje u pogledu glavne stvari i u pogledu troškova.«

§ 287: »Kada se radi o uredjenju spornih medja, stran-
kama ostaje slobodno, da svoje jače pravo ostvare parnič-
nim putem. Ali tužbu za to moraju podneti u roku od go-
dine dana od pravnosnažnosti odluke o uredjenju medja.
Do isteka toga roka odnosno do okončanja pravovremeno
podignute parnice, rešenje vanparničnog suda važi samo
kao privremeno uredjenje granica.« — »U ostalim slučaje-
vima predvidjenim u drugom stavu § 281 nije dopušten
parnični put.« —

Moja kratka sodba o tem načrtu je, da je bogat na for-
malnopravnih predpisih, siromašen na materijelnopravnih,
nesmotrn in da ne pomeni nobenega napredka, vsaj ne za
področje novele II. Formalno pravo je v njem razvito do
gostobesednosti. V materijelnem manjka poglavitna določba,
na kaj naj opre nepravdni sodnik svojo odločbo? § 285
zavrača sodnika na (unif.) Gradjanski zakonik, ki ga še
nimamo, in ki ne bo dobil tako hitro obvezne moči. Ali naj
ostanejo §§ 280—287 dotlej neuporabljeni in neuporabljivi?
Ali naj se uporabljajo dotlej določbe partikularnih grdj.
zakonikov, torej v vsakem pravnem območju druge? V tem
zadnjem primeru bo nastala zmeda, ker se enotno formalno
pravo, zlasti nepravdno, težavno veže s različnimi materi-
jelnimi. Ne vidim razloga, zakaj bi naj unificirani nepravdni
postopnik zavračal na druge zakone in zakaj bi ne uzakonil
sam norme: da naj skuša nepravdni sodnik v prvi vrsti do-
gnati staro mejo na podlagi pravice enega ali drugega me-
jaša, če mu pa to ne uspe, da naj potegne novo mejo po svo-
jem pravičnem preudarku. Iz § 287 izhaja, da bo tudi po
novem postopniku po pravnomočni odločitvi nepravdnega
sodnika še možno pravdanje za »boljšo pravico«; odločba
nepravdnega sodnika bo imela, pravi načrt izrečno, le za-
časen značaj. Iz tega sklepam, da namerava tudi naš uni-
ficirani Grdj. zak. opreti odločitev mejnih sporov v prvi
vrsti na posestno stanje, podredno na sodnikov preudarek;
s a m o n e n a p r a v i c o. Vse to smatram za enako zgre-
šeno in nesmotrno, kakor sedanjo ureditev po noveli II.,
zlasti še, ker ostane otvorjena možnost peterih instanc. —
Načrtu tudi ne manjka pomanjkljivosti; nima n. pr. nobene

določbe o prisoditvi plodov s sporne mejne ploskve in o stroških postopanja; dalje o razmerju nepravdnega postopanja k petitornemu in posesornemu.

Uporabljena književnost:

- Dr. Majaron: »O obnavljanju mej«, Slov. Pravnik v l. 1915, št. 8—9,
 Dr. Širko: »O popravi in obnovi mej«, Slov. Pravnik, l. 1920, št. 9—12,
 Jos. Zdojšek: »O potrebi, da se dopolni ces. ukaz o obnavljanju in
 popravljanju mej«, Slov. Pravnik, l. 1925, št. 1—2,
 Randa: »Der Besitz nach Österr. Recht«, l. 1876,
 Schwab: Über die Vermarkung, Erneuerung und Berichtigung von
 Grenzen nach Österr. Recht (Festschrift zur 100 J. Feier d. a. b.
 Gb. 1911),
 Hantsch: »Berichtigung streitiger Grenzen«, Gerichtszeitung 1916,
 1917,
 Schrutka: »Über die 2. Teilnovelle zum a. b. Gb.«, Gerichtszeitung
 1916,
 Klang: »Bemerkungen zu den sachenrechtlichen Bestimmungen der
 Civilnovellen«, 1917,
 Hrobni: »Die neue Grenzungs-Novelle in kritischer Beleuchtung«,
 Gerichtshalle 1918,
 Flieder: »Über die Erneuerung und Berichtigung der Grenzen nach
 der 2. Teilnovelle zum a. b. Gb.«, Zeitschr. für Notariat, 1918,
 Trammer: »Zur Novelle über die Neuierung und Berichtigung der
 Grenzen«, Not. Ztg. 1918,
 Swoboda: »Die Grenzberechtigung nach der 2. Teilnovelle«, Ztblatt
 f. d. jur. Praxis, 1921,
 Mayr: »Lehrbuch des bgl. Rechts« (Sachenrecht), 1922,
 Ehrenzweig (Kranjc): »System des Österr. allg. Privatrechtes« (Sa-
 chenrecht),
 Ofner: »Der Urentwurf und die Beratungsprotokolle des Österr. a.
 b. Gb.«, 1889,
 Gierke: »Deutsches Privatrecht« (Sachenrecht), 1905,
 Dernburg: »Bürgerliches Recht« (Sachenrecht), 1908.

Aleksander Maklecov, redni univ. prof.

O pojmu in nalogah kriminalne politike.

I. Pojem kriminalne politike se je izoblikoval pred vsem v nemški doktrini. Označba »kriminalna politika« se še doslej ni povsem udomačila v Franciji¹ in v anglo-saških državah.² Izmed slovanskih držav se je kriminalna politika gojila posebno v predrevolucijski Rusiji v prvi vrsti po zaslugi predsednika Ruske skupine Mednarodne zveze kriminalistov in zagovornika kriminalno-političnih idej sociološke šole profesorja Mih. Čubinskega.³

Prvotno se je kriminalna politika pojmovala čisto racionalistično kot neka »praktična svetovna modrost« (Quistorp). V opredelbi kriminalne politike, ki jo je pred več ko sto leti oblikoval Kappler, opažamo evolucijo tega pojma in sicer v pozitivno-empirični smeri. Kriminalna politika je Kapplerju ona grana znanosti, ki se peča

¹ ... »Ce que les Allemands appellent la Kriminalpolitik, mot comode dont la traduction commence à peine se répandre dans la langue française.« Louis Maillard. Étude historique sur la politique criminelle. Paris. 1899. Str. 11.

² »The study of the different new penal measures and projects and their critical analysis form the subject of that branch of the criminalistic science which in Germany is known as »Kriminalpolitik« or in Russian — »Ugolovnaja Politika«. Boris Brasol. The Elements of Crime. New York. 1927. Str. 203. Primerjaj tudi Harry E. Banner: čl. »Criminology« v Seligman-Johnson. The Encyclopedia of the Social Sciences. Volume four. New York. (Passim). Frederick Howard Wines. Punishment and Reformation. New-York. 1923. Str. 463.

³ Primerjaj M. Čubinski. Očerki ugovolnoj politiki. 1905. Isti. Kurs ugovolnoj politiki. 2 izd. 1911. Isti (v srbskem jeziku): Kriminalna politika kao nauka u prošlosti i sadašnjosti. Arhiv. 1926. Podrobneje gl.: A. Maklecov. Prof. M. P. Čubinskij a jeho vědecká práce v oboru kriminologie. »Právník. (Praha). 1931, Sešit V.

z vprašanjem, kako je treba najbolj smotreno urediti kazensko zakonodavstvo v izvestni državi, upošteva tako osnove naravnega kazenskega prava, kakor tudi stanje izobrazbe, značaj, šege in druge posebnosti izvestnega naroda. Pri tem se kriminalna politika mora baviti ne samo z zakoni o kaznovanju zločinov, temveč tudi z izbero sredstev za prevencijo zločinov.⁴

V tej definiciji so že klice novejšje koncepcije kriminalne politike. Vendar doslej še ni, da bi mogli govoriti o enotnem pojmovanju kriminalne politike. Nekateri pisatelji vidijo v kriminalni politiki zgolj praktično stran, namreč tvorbo delovanja države v njeni borbi zoper zločinstvenost. Drugi pa branijo nazor, da predpostavlja to praktično delovanje metodično in sistematično zgrajen teoretični nauk. Kriminalna politika po tem nazoru ni samo *ars, techné, Staatskunst*, temveč tudi *scientia*.

Izmed kriminalistov, ki istovetijo kriminalno politiko s praktičnim delovanjem, je omeniti zlasti italijanskega kriminalista Enrica Ferrija: »... *La politica criminale non è una scienza ma un arte*«. To je umetnost zakonodajca, da izkorišča v borbi zoper zločinstvenost zaključke in predloge kriminalne sociologije, upošteva vse pogoje lastne dežele.⁵

V bistvu torej tudi Ferri ne oporeka, da mora kriminalna politika kot praktično usmerjena dejavnost imeti neko znanstveno podlago. Posebnost *Ferrijevega* nazora je pač v tem, da vidi avtor znanstveni temelj kriminalne politike kot državniške umetnosti v kriminalni sociologiji, a

⁴ Kappler. Handbuch der Litteratur des Criminalrechts. 1832. Str. 6. Podr. gl. Dr. Čubinski. Kurs ugotovnoj politiki. 1905. Str. 7. — R. v. Hippel. Deutsches Strafrecht. II. Bd. Str. 535, 536. — Edmund Mezger. Čl. Kriminalpolitik v Elster-Lingemann. Handwörterbuch der Kriminologie. Berlin. 1933. Str. 862.

⁵ »La politica criminale non è una scienza ma un arte: è l'arte del legislatore nell'utilizzare, adattandole alle condizioni del proprio paese, le conclusioni e le proposte che la scienza dei delitti e delle pene gli presenta«. (Str. 64.) Na drugem mestu (Str. 100) opredeljuje Ferri kriminalno politiko v istem smislu kot »l'arte (del legislatore) di adattare alle esigenze di ciascun popolo le proposte della sociologia criminale per la difesa preventiva«. Enrico Ferri. Principii di Diritto Criminale. Torino. 1928.

ne v specialni teoriji kriminalne politike. Skoro v istem smislu pojmuje kriminalno politiko tudi francoski kriminalist *R. Garraud*.⁶

Načelno in s čisto-metodološkega stališča zanika znanstveni značaj kriminalne politike *Erik Wolf*. Pretenzija kriminalne politike, da postane znanstvena disciplina, po njegovem mnenju, ni utemeljena. Ona spada med tehnične umetnosti (*Kunstlehren, artes*). Kriminalno-politične postulate ne spadajo v področje teorije, temveč v neposredno življenje. Pri oživitvorenju teh postulatov ne gre za njih splošno veljavnost (*allgemeine Gültigkeit*), temveč le za konkretno uporabljivost (*konkrete Brauchbarkeit*). To so problemi praktičnega življenja, to je *techné*, a ne teorija.⁷

Nasprotno stališče je vneto branil vodja sociološke šole *Franz von Liszt*. Kriminalna politika bodi učiteljica kazenskega zakonodajca (*»die Lehrmeisterin des Strafgesetzgebers«*), njegova zanesljiva svetovalka in vodnica. Kriminalna politika mora oblikovati temeljna načela o smotreni ureditvi kazni in sorodnih sredstev radi čim učinkovitejše borbe zoper kriminaliteto. Ona mora nadalje dajati merila za kritično presojo veljavnega prava ter začrtati smer, v kateri naj se giblje bodoča kazenska zakonodaja. Naloga sama ob sebi ni nova! Novost pa predstavlja, po *Lisztovem* zatrdilu, zahteva, naj se kriminalna politika dvigne od stopnje diletantizma in subjektivizma v stopnjo zaokrožene znanosti, *»zum Rang einer geschlossenen Wissenschaft«*. Na to višjo stopnjo pa povzpne šele, če se bo

⁶ »La politique criminelle... n'est autre chose que l'art adopter les institutions sociales au but générale que l'on poursuit, la diminution de la criminalité. C'est aux sciences pénales, considérées sous cet angle qu'il appartient de donner la direction dans laquelle doit être aiguillée la législation.« *R. Garraud*. Précis de droit criminel. 14^{me} éd. 1926. Str. 14 in 15. Primerjaj tudi: *Dr. Karl Peters*. Die kriminal-politische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen. Berlin. 1932. Str. 5.

⁷ »Das kriminalpolitische Verhalten ist... werturteilend und wie jedes politische lebensstätige Verhalten der theoretischen Kontemplation, welche allein den Begriff der Wissenschaft erfüllen kann, durchaus entgegengesetzt.« *Erik Wolf*. Strafrechtliche Schuldhlehre. 1928. Str. 105. Gl. k tem tudi: *Prof. L. Tauber*: *M. P. Čubinskij* kak učenyj i profesor. Str. 21, 22.

opirala na kavzalno in eksaktno raziskovanje zločina in kazni.⁸

Razlikovanje politike kot državniške umetnosti in politike kot teoretskega nauka je značilno ne samo za ožje področje kriminalne politike, temveč za politiko vobče. Tako je po *Stier-Somlo* praktična politika delovanje v korist države, s katerim se ustvarjajo nove vrednote. Zavrlojo tega se politika po pravici označuje kot državniška umetnost (*Staatskunst*).

Kakor je dejal že *Bluntschli*, politika je preje umetnost kot pa znanost.⁹ Kljub temu govorimo lahko tudi o politiki kot znanosti (*die Theorie der Staatskunst, die Lehre von der Staatskunst*).¹⁰ Saj ni umetnosti brez tradi-

⁸ F. von Liszt. Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. II. Bd. Str. 294. V istem smislu v glavnem tudi Čubinski. Kurs ugovolnoj politiki (Passim). Pozneje je Liszt bistveno izpremenil svoje pojmovanje kriminalne politike. Dočim spada v področje socialne politike odstranitev, odnosno omejitev socialnih pogojev zločinstvenosti, se kriminalna politika peča s posamičnim zločincem: »Sie ist in erster Linie Bekämpfung des Verbrechens durch individualisierende Einwirkung auf den Verbrecher.« Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1932. Str. 16. Zoper to preozko pojmovanje kriminalne politike so zlasti: Finger. Das Strafrecht. Bd. I. 1912. Str. 11. — Mezger. Čl.: Kriminalpolitik v Handwörterbuch der Kriminologie, hgg. von Elster und Eingemann. Bd. I. 1933. Str. 862, in Peters, op. cit., str. 7. Exner pravilno naglašaja: »Es ist viel mehr erst Aufgabe des kriminalpolitischen Studiums zu untersuchen, ob jener Zweck (scil. die Bekämpfung des Verbrechens) am besten und allein durch individualisierende Verbrecherbehandlung erreicht wird.« — Dr. Franz Exner. Was ist Kriminalpolitik? Oesterr. Z. für Strafrecht. III. Jg. 1912. Str. 276, 277.

⁹ Vendar razlikuje tudi *Bluntschli* politiko kot znanost in politiko kot umetnost: »Die Politik als Lehre ist die Wissenschaft des Staatspraxis. Die Politik als Praxis ist die Kunst des Staatslebens, der Staatspraxis.« *Bluntschli*. Staatswörterbuch, bearbeitet und hgg. von Löning. III. Bd. Zürich. 1872.

¹⁰ Dr. Fritz Stier-Somlo. Politik. Sechste Aufl. Leipzig. 1926. Str. 25. — Specialno o pojmu in nalogah teorije socialne politike — gl. zlasti Dr. Adolf Günter. Sozialpolitik. I. Teil. Theorie der Sozialpolitik. Berlin. 1922. Avtor vidi v teoriji socialne politike »die theoretische Grundlegung einer technischen Wissenschaft« (Str. 2). Primerjaj tudi: E. Spektorski. Zgodovina socialne filozofije. Zvezek II. Lj. 1933. Str. 125 in nasl.

cije, brez poznanja in ocenjevanja. Francozi imenujejo še doslej vse področje državoslovnih ved — *les sciences politiques*, oziroma *les sciences morales et politiques*, Italijani — *scienza politica*, Angleži — *political science* ali kratko *politics*.

R. Stammle r j u je politika delovanje, ki je usmerjeno na ustvaritev dobrih socialnih razmer.¹⁰

Za to se politika opredeljuje neredko kot umetnost (*als eine Kunst*). Stammle r priznava sicer, da imata sposobnost za politično vodstvo in dejansko poznanje psihologije ljudstva veliko vlogo v politiki. Toda s tem še niso podane smernice za praktično delovanje. Te smernice se morajo opirati na znanstveni temelj.¹¹

V področju civilnega prava je omeniti zlasti prizadevanja prof. Petra ž y c k e g a, ki je skušal oblikovati pojem t. zv. civilne politike kot posebne grane znanosti.¹²

Iz skoro nepregledne literature vprašanja smo navedli le nekoliko kratkih podatkov, samo da pojasnimo *status controversae*. Opozorimo končno še na dva najnovejša poskusa utemeljitve politike kot znanosti, odnosno znanstvenih elementov v politiki.

Češki kriminalist prof. Jaroslav Kallab je po-

¹⁰ »Politik ist die Tätigkeit, die auf das Bewirken guter sozialer Zustände gerichtet ist.« Rudolf Stammle r. Lehrbuch der Rechtsphilosophie. Berlin. 1922. Str. 334.

¹¹ »Wenn (das politische Handeln) als eine Kunst zu handhaben ist, so sollte es doch eine solche auf wissenschaftlicher Grundlage sein.« Stammle r. Op. cit., str. 355. Primerjaj tudi: Stammle r. Der Gedanke der Gerechtigkeit. Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge. II. Bd. 1925. Str. 403.

¹² »Zur Ergänzung der Erkenntnis des positiven Rechts und zur erfolgreichen Entwicklung des Civilrechtes ist eine Wissenschaft notwendig, welche durch die Bezeichnung Sozialpolitik im Civilrecht, civilrechtliche Sozialpolitik oder kürzer »Civilpolitik« charakterisiert werden kann.« (Str. 327.) Avtor naglašava velik pomen take »civilne politike«, »welche die soziale Bedeutung und Wirkung der civilrechtlichen Begriffe, Institute und Sätze feststellt, die Kritik der Civilgesetze liefert, diejenigen Sätze, deren Wirkung auf das Sozialleben schädlich ist, rügt und Postulate, deren Verwirklichung durch die Gesetzgebung von Nutzen wäre, aufstellt.« (Str. 328.) Leo Petra ž y c k i. Die Lehre vom Einkommen. Berlin. 1893. I. Bd.

svetil temu vprašanju svoje razprave o pravu in politiki ter o predmetu in metodah kriminologije.¹³

Njegovo izhodišče je metodološko. Kallab pojmuje vedo kot pojav teženja po objektivnem spoznavanju. Prevladujoči nazor, ki izključuje politično mišljenje iz področja znanosti, je napačen. Negativno stališče pozitivizma do politike kot znanosti izvira iz tega, da odreka pozitivizem objektivnost temu, kar mora biti. Tudi t. zv. čista pravna znanost v smislu Kelsena in normativistov ne priznava za politiko značaja znanosti, naglašajoč, da je politika delovanje, dočim je znanost poznavanje.^{13a} Nasproti temu trdi Kallab, da je tudi znanstveno spoznavanje v bistvu tvorno delovanje. Po drugi strani si politike ne moremo predstavljati brez ustvarjanja gotovih miselnih spoznatkov, ki težijo za tem, da bodo priznani za splošno veljavne in objektivno pravilne. Politika se ne sme istovetiti s stavkom: *Sic volo, sic iubeo, stat pro ratione voluntas!* Res je sicer, da se pod imenom politike pojavljajo ponekod prav čudni miselni stvori (»nejpodivnejši myšlenkové vytvory«). Toda metodologu ne gre za zgodovinsko sliko tištega, kar se v tej ali oni dobi imenuje politika, temveč za logično strukturo izvestne vrste miselnih tvorb. Ko označujemo izvestno umsko delovanje kot znanstveno, poudarjamo s tem, da ustreza tako delovanje zahtevi po miselni disciplini in po točnem logičnem razmotrivanju. To moramo pač zahtevati tudi od onih, ki se bavijo s politično znanostjo.

Ako izločimo deontološko raziskovanje o tem, kar mora biti, iz miselnega delovanja, ki stremi za objektivnimi, splošno veljavnimi spoznatki, prepuščamo s tem tvorbo prava politiki v vulgarnem smislu, to se pravi tekmovanju skupin, ki se borijo za oblast.¹⁴

¹³ Dr. Jaroslav Kallab: 1. Právo a politika. Studie metodologická. Vědecká ročenka právnické fakulty Masarykove university v Brně XII. 1933. 2. Předmět a metody kriminologie. Pocta k 70. narozeninám univ. prof. dr. A. Mířičky. V Praze. 1933.

^{13a} Primerjaj Kelsenovo definicijo politike kot socialne tehnike (die soziale Technik). Hans Kelsen: Allgemeine Staatslehre. 1925. Str. 27.

¹⁴ »Vyloučení ... úvah o tom, co má býti, z kruhu věd, t. j. z kruhu te myšlenkové činnosti, jež snaží se dospěti k objektivným, obecně

Bistveno drugače oblikuje svoje stališče avstrijski kriminalist Leopold Zimmerl. Kriminalna politika, pravi pisatelj, ni znanost v lastnem in ožjem smislu, kajti v področju kriminalne politike gre navsezadnje za subjektivno prepričanje o smotrenosti izvestnih ukrepov.¹⁵

Pač pa je po Zimmerlu prava znanost ono, kar označuje pisatelj kot kazensko-pravno sistematiko *de lege ferenda*. Povsem zgrešeno je, če se sleherni kazensko-pravni problem *de lege ferenda* smatra za kriminalno-političen. Le izbor temeljnih načel spada v kriminalno politiko. Temu pa mora slediti logično-konstruktivno delo, ki se mora vršiti strogo sistematično.¹⁶

Logično sklepanje iz izbranih kriminalno-političnih načel, sistematična zgraditev zakona ima pravno-znanstveno obeležje. Uporaba pravne znanstvene metode se ne omejuje samo na *lex lata*, temveč velja tudi za *lex ferenda*.¹⁷

S proglasitvijo nekih splošnih kriminalno-političnih načel še daleč ni izčrpana naloga kriminalne politike. Če naj pomeni kazensko pravo red, *kosmos*, a ne *kaos*, mora kriminalna politika upoštevati zahteve kazensko-pravne sistematike. Le na ta način se utegnemo izogniti številnim logičnim in sistematičnim nedoslednostim (*Systemwidrigkeiten*), ki jih opažamo čestokrat tudi v novejši kazenski zakonodaji.¹⁸

Potemtakem znanstvena delovna metoda *de lege ferenda* obstoji po Zimmerlu v pravno sistematični obdelavi občnih načel reforme kazenskega prava. V svojem zanika-

platným poznatkům přenechalo tvorbu práva politice v běžném slova smyslu, t. j. soupeření mocenských skupin.« J. Kallab. Předmět a metody kriminologie. Str. 145.

¹⁵ Dr. Leopold Zimmerl. Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda. Berlin-Leipzig. 1931. Str. 20.

¹⁶ »Anders ist die Strafrechtssystematik de lege ferenda. Sie ist eine Wissenschaft im eigentlichen Sinn; sie ist das Gebiet der rein logischen Schlussfolgerungen; hier gibt es keine subjektiven Ueberzeugungen, es entscheidet vielmehr der objektive Wahrheitsgehalt.« L. Zimmerl. Op. cit., str. 20.

¹⁷ »Der grössere und wichtigere Teil der de lege ferenda zu leistenden Arbeit ist durchaus juristischer Natur und besteht in der Wahrheitsforschung.« Ibid., str. 15.

¹⁸ Podrobneje gl. Zimmerl, op. cit., passim. Isti. Aufbau des Strafrechtssystems. Tübingen. 1930.

vanju znanstvenega značaja občnih načel kriminalne politike, ki jih pisatelj istoveti s subjektivnimi in utilitarnimi razlogi (»*das Gebiet der Zweckmässigkeitserwägungen*«, »*die subjektive Ueberzeugung von der Zweckmässigkeit*«) in ki jim odreka težnjo po objektivni istinitosti (»*hier gibt es nicht objektiv Wahres oder Unwahres*«), Zimmerl vendar ni povsem dosleden. Saj priznava sam, da mora kriminalna politika temeljiti na proučavanju vzrokov zločinstvenosti in podatkov kriminalne statistike.¹⁹

Prav tako nam Zimmerl ne daje zadovoljivega odgovora na vprašanje: ali ohranja delovanje pravnikove sistematike, ki se peča z vprašanji *de lege ferenda* znanstveni značaj tudi takrat, ko so zakonodajčeva vodilna kriminalno-politična načela očitno pogrešna. Z drugimi besedami — Zimmerl že *a priori* podcenjuje objektivni značaj občnih principov kriminalne politike. Na drugi strani pa isto tako *a priori* precenjuje pomen formalno-logičnih operacij pravnikove sistematike *de lege ferenda*, ki so nekako neodvisne od materialne vsebine.

Vidimo torej, da motri moderni nauk o kriminalni politiki metodološko vprašanje kot predvprašanje. Na to vprašanje moramo odgovoriti, preden se lotimo materialnih principov kriminalne politike.

Že Franz von Liszt je ugotovil, da se je ideja o kriminalni politiki kot o nekem racionalnem načrtu smotrene borbe zoper zločinstvenost, pojavila šele tedaj, ko je reakcija zoper zločin nehala biti brezmejno nagonška (»*eine masslose Triebhandlung*«).²⁰

Preosnova kazenskega prava kulturnih držav v novejši dobi temelji vsaj deloma na objektivnem proučavanju napak veljavne zakonodaje in na ugotovitvi nedostatkov obstoječih sredstev borbe zoper zločinstvenost. Kriminalno-po-

¹⁹ »Auch Kriminalpolitik kann nicht rein gefühlsmässig betrieben werden. *Ursachenhoforschung und Kriminalstatistik haben grundsätzlich den Weg zu weisen, den die Kriminalpolitik zu gehen hat, nicht aber das Gefühl oder die durch nichts begründete Ueberzeugung eines Menschen.*« Zimmerl. Op. cit. Str. 19.

²⁰ F. v. Liszt. Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft. Str. 293. Gl. tudi Ladislav Thót: La politique criminelle. »Revue internationale de Droit pénale.« 1925. N 4. Str. 358.

litične zahteve niso več zgolj emocionalne in subjektivne. To mora priznati celó Zimmerl, ki sicer odreka kriminalni politiki značaj prave znanosti.

Če se oziramo na preosnovno kazenskega prava, ki se vrši, odnosno ki se je že izvršila v 20. stoletju v mnogih evropskih državah, ugotavljamo, da se ta preosnova opira v znatni meri na izsledke novejšje znanosti o zločinu, zlasti kriminalne etiologije. Zadostuje, če omenimo poglobitev nauka o krivdi, dosledno izvajanje načela odgovornosti za krivdo, uvajanje pojma zmanjšane vračunljivosti, večje upoštevanje storilčeve osebnosti v kazenskem pravu, utelešenje zahtev kriminalne pedagogike v mladinskem kazenskem pravu, diferenciacijo sankcij (kazni, očevalne in vzgojne odredbe), omejitev uporabe kratkotrajne kazni na prostosti, progresivni sistem izvrševanja kazni na prostosti daljšega trajanja, uvedbo pogojne obsodbe in rehabilitacije itd.

Uresničitev vseh omenjenih kriminalno-političnih zahtev je brez dvoma rezultat vztrajnega objektivno-znanstvenega dela cele generacije učenih kriminalistov in psihijatrov. Vprav dejstvo, da so te izsledke novejšje znanosti o zločinu zakonodaje skoro vseh kulturnih držav sprejele, priča zgovorno o tem, da reformistične zahteve kriminalistov-znanstvenikov niso bile zgolj subjektivne, temveč da so temeljile na objektivnem znanstvenem raziskovanju, ki je ustrezalo vsakokratnemu stanju kriminalne znanosti.

V tem oziru je zelo karakteristično, da je n. pr. predgovor I. n. srb. k. z. iz l. 1910 naravnost poudarjal odvisnost reforme kazenskega prava od stanja sodobne kazenko-pravne vede:

»U nauci kaznenog prava, koja je sada postala tako reči medjunarodnom naukom, učinjen je u poslednjim decenijama prošlog veka, i u ovoj deceniji, takav napredak i preokret u shvatanju i oceni individualnosti krivčeve i njegove krivične odgovornosti, da je *vrlo potrebno podvrći naučnom ispitivanju i kritici odredbe našeg kaznenog zakonika i oceniti njegovu umesnost, prema rezultatima, postignutim na polju nauke kaznenog prava.*«.²¹

²¹ Projekat i motivi Kaz. zak. za Kralj. Srbiju. 1910. Predgovor. Str. IV.

Moderna kriminalna politika se oblikuje vzporedno z razvojem znanosti o zločinu. To pa nikakor ne pomeni, da so v tem pogledu že dandanes doseženi neki definitivni in neizpremenljivi zaključki. Pač nekoliko naivno zvene besede francoskega kriminalista Maillarda, ki brani ravno to tezo: »Nous croyons fermement que notre époque ... est parvenue ... pour la science criminelle que pour les autres branches des connaissances humaines à des résultats définitifs.«²²

II, Zaverovanost v absolutno veljavnost in istinitost kriminalno-političnih načel, ki izvirajo iz tega ali drugega kriminalno-političnega programa, priča le o navdušenju avtorja za določen program. Ni težko uvideti, da taka absolutizacija ni v skladu z idejo o evoluciji znanosti. Stojimo pač pred gotovim dejstvom, da tudi moderna kriminalno-politična doktrina ni nekaj enotnega in obče priznanega, temveč da se giblje v raznih smereh. Saj tudi sedaj obstoje huda nasprotstva med zastopniki poedinih doktrin ali šol v nauku o zločinu.

Ta nasprotstva se očitujejo v različnosti etioloških vidikov (nauk o vzrokih zločinstvenosti).^{22a} Iz tega izvira naravno tudi divergentnost kriminalno-političnih postulatov. Tu tiči brez dvoma eden izmed poglobitvinih vzrokov pojava, ki se označuje neredko kot kriza kazenskega prava.

Razlikujemo lahko: 1. naturalistično-biološko; 2. socio-loško in 3. etično smer v kriminalni politiki.

²² Louis Maillard, op. cit. Str. 230. Primerjaj tudi naslednja izvajanja M. Grünhuta: »Wenn wir heute von Kriminalpolitik sprechen, so denkt man an die besonderen kriminal-politischen Reformbestrebungen, welche von der modernen strafrechtlichen Reformbewegung seit dem letzten Viertel des vergangenen Jahrhunderts als Forderungen erhoben wurden.« Max Grünhut. Kriminalpolitik. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hgg. von Stier-Somlo und Elster III. Bd. 1928. Str. 787. — Zoper to zamenjavo predmeta kriminalne politike in njene zgodovinske vsebine nastopa upravičeno Mezger: Cit. čl. Kriminalpolitik. Str. 862.

^{22a} O pomenu etiologije (eine Ätiologie des Verbrechens) za kriminalno politiko gl. med dr.: Dr. Hans Gross: Kriminalpsychologie und Strafpolitik. Gesammelte kriminalistische Aufsätze. II. Bd. Leipzig 1908. Str. 13 in nasl.

K 1. Naturalizem v etiologiji zločinstvenosti, ki se odraža v tozadevnih zahtevah kriminalne politike, ima različne odtenke: L o m b r o s o v nauk o rojenem zločincu, novejša kriminalno-biološka koncepcija zločinstvenosti (L e n z),²³ nauk evgenikov in evbiotikov, teorija, ki istoveti zločin in bolezen itd. O podrobnostih na tem mestu seveda ne moremo razpravljati. V tej zvezi je za nas važna le ugotovitev, da pripisuje naturalistično-biološka smer v kriminologiji pretežen pomen biološkim vzrokom zločinstvenosti. Prof. B o h n e kratko oblikuje naturalistično stališče, ko govori o prevladujočem pomenu prirojenih nagnjenj in neizpremenljive dedne tvarine v etiologiji zločinstvenosti.²⁴

Iz teh teoretičnih predpostavk sledijo kriminalno-politični predlogi (»receptura«) evgeničnega in selekcionističnega značaja.²⁵

Evgeniki predlagajo uporabo prisilnega ojalovljenja nekaterih kategorij zločincev in preprečitev neomejenega razplojevanja socialno manjvrednih oseb.²⁶ Psihijater A s c h a f f e n b u r g vidi v tem celó glavni smoter očual-

²³ Gl. k temu: A. M a k l e c o v. Biološki pravac u modernoj kriminologiji. Arhiv. 1932.

²⁴ »Präponderanz der Anlagefaktoren«, »die Dominanz des Erbfaktors«, »das Primat der erbbedingten Anlagefaktors«. G. B o h n e. Kriminalpolitik und Eugenik. DJZ. 1934. Heft 1. Str. 24, 26.

²⁵ Mezger ima prav, ko naglašá, da »mit einer naturwissenschaftlichen Betrachtung des Verbrechers wird zugleich die Entartungskämpfung zu einem Zentralproblem der kriminalpolitischen Bestrebungen.« Dr. E d m u n d M e z g e r. Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage. Stuttgart. 1934. Str. 25. V zvezi s tem govori B o h n e (op. cit., str. 18) o takih zaščitnih ukrepih, »die durch eine Einwirkung auf den Körper des Täters diesem eine weitere verbrecherische Tätigkeit unmöglich machen.« Objekt teh ukrepov je, kakor duhovito pravi Gentile, »non il delinquente, ma il corpo del delinquente«. Gl. E r i k W o l f: Vom Wessen des Täters. 1932. Str. 10. O pojmu evgenike v slovenskem znanstvenem slovstvu gl.: Dr. B. Š k e r l j. Socialno-antropološka študija k vprašanju manjvrednega otroka. Lj. 1933. Str. 42 in nasl. Pisatelj prihaja do sklepa, da »dedne tvarine ne moremo izpremeniti z nobeno vzgojo in da bomo tudi mi morali računati z evgeniko in z evgenično zakonodajo... Evgenična načela (morajo postati) važen sestavni del notranje državne politike.« Str. 47.

²⁶ Gl. k temu: Dr. M e t o d D o l e n c. Kazensko-pravna presoja umetne sterilizacije. Sl. Pr. 1928, štev. 1—2.

nih odredb, zvezanih z odvzemom prostosti, ki pomenijo zanj v prvi vrsti vsaj začasno preprečenje razploditve socialno škodljivih in nevarnih elementov.²⁷

Sredstva plemenske (rasne) higijene, ki jih priporočajo evgeniki, imajo represivni ali preventivni značaj, kakor n. pr. po nemškem zakonu o preprečevanju dednobolnega potomstva z dne 14. julija 1933.

Izrazito naturalistični so nadalje teorija o žlezah z notranjim izločevanjem, kot o povzročiteljih zločinskih gonov,²⁸ ali nauk B o n n e j a, po katerem so glavni viri zločinstvenosti alkohol, nikotin in sifilis, a zdravljenje je najzanesljivejše sredstvo zoper zločine.²⁹

V svojih skrajnih konsekvencah bi zmaga enostranskega naturalizma v kriminologiji pomenila odpravo kazenskega prava. Kriminalna politika se nadomešča tu s socialno higijeno, medicinsko terapijo, evgeniko in pod.³⁰

²⁷ Podr. gl. v naši razpravi: Očuvalne odredbe v sistemu modernega prava. Sl. Pr. 1932. Str. 6, 7.

²⁸ Primerjaj: Archiv für Kriminologie. Bd. 93, 1933. Str. 91 in Saldaña. La Criminologie nouvelle. Paris. 1929. Str. 207—211. (L'endocrinologie criminelle.) — Göring. Der Wert der neuen Forschungen auf dem Gebiete der inneren Sekretion für die Kriminal-Psychologie.

²⁹ B o n n e. Das Verbrechen als Krankheit. 1927. Mezger resumira njegov nauk tako-le: »Verfasser ist der Auffassung, dass die Verbrecher ganz allgemein viel weniger »schlechte«, als »krank gewordene Menschen« sind-krank geworden durch drei Gifte, nämlich durch Alkohol, Nikotin und Syphilis. *Durch Heilung der Krankheit wird auch das Verbrechen verschwinden.*« Mezger, Kriminalpolitik auf kriminalogischer Grundlage. Str. 35.

³⁰ V istem smislu tudi Elster: »Beruht wirklich alle Aufartung und Entartung nur auf Auslese, so bleibt für Sozialpolitik, Sozialwissenschaft, ja selbst für die Einwirkungen des Strafrechts... wenig Raum.« »Wäre die Selektionstheorie allein richtig, so würde das die völlige Abdankung des gegenwärtigen Strafrechts bedeuten müssen.« Alexander Elster. Cl.: Evgenik v Handwörterbuch der Kriminologie. 1933. Str. 350, 351. — Drastičen zgled takega ekstremizma predstavlja sodba psihijatra A. Forela o bodočnosti kazenskega prava: »Unser ganzes heutiges Strafrecht ist ein Atavismus, ein Ueberrest alter barbarischen Sitten... Die Zukunft des Strafrechts liegt meiner Ansicht nach in seiner Aufhebung, d. h. in der Entfernung jeden Rechtes zur Strafe.« Dr. August Forel v zbirki: Die Zukunft des Strafrechts, hgg. von Dr. Fritz Dehnow. Berlin. 1920. Str. 25.

K 2. V razliko od naturalizma na biološki podlagi se sociologizem v kriminologiji snuje iz ideje, da imajo v etiologiji zločinstvenost pretežen pomen socialni, zlasti gospodarski vzroki, kakor nepravilčen ustroj sedanje družbe, pauperizem, vpliv okolja, zanemarjena vzgoja, socialna deklasacija in pod. To je t. zv. teorija socialnega okolja, »*la théorie du milieu social*«. Vodilne ideje te teorije je aforistično oblikoval francoski znanstvenik Lacassagne: »*Les sociétés n'ont que les criminels qu'elles méritent.*« »*Le milieu social est le bouillon de culture de la criminalité, le microbe c'est le criminel, un élément qui n'a pas d'importance que le jour où il trouve le bouillon qui le fait fermenter.*«³¹

Navedena etiološka obrazložitev vzrokov zločinstvenosti prenaša težišče kriminalno-političnega udejstvovanja iz področja kazenskega prava na polje socialne politike. Kot ponzoritev te vodilne ideje služijo lahko ta-le Lisztova izvajanja: »Če razodeva nam kakšno težko zločinstvo senčne strani našega družabnega življenja, kličemo takoj po novih kazenskih zakonih ter hočemo s tem zamašiti vir zla. V resnici pa leži ta vir neskončno globokeje. Treba si je biti na jasnem, da utegne n. pr. novi zakon, ki zagotavlja tovarniškemu delavcu človeka vredno stanovanje, doprinesiti mnogo več za preprečitev številnih vrst zločinov, kot pa tucat novih kazenskih zakonov.«³²

Svojevrstno varianto sociologizma v kriminologiji tvori

³¹ Gl. k temu zlasti Mezger, op. cit., str. 170, 171. Tudi Franz v. Liszt stoji na stališču, »dass die gesellschaftlichen Faktoren ungleich grössere Bedeutung für sich in Anspruch nehmen dürfen als die individuelle Faktor.« F. von Liszt. Das Verbrechen als sozialpathologische Erscheinung. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. II. Bd. Str. 253.

³² F. von Liszt. Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. II. Bd. Str. 295. V svoji razpravi »Das Verbrechen als sozialpathologische Erscheinung« naglašava von Liszt še bolj odločno, »das eine auf Hebung der gesamten Lage der arbeitenden Klassen ruhig, aber sicher abzielende Sozialpolitik zugleich auch die beste und wirksamste Kriminalpolitik darstellt.« II. Bd. Str. 246. Primerjaj tudi M. Čubinskij. Kurs ugovolnoj politiki. 1912. Str. 264 in Max Grünhut. Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft. Festgabe für R. v. Frank. I. Bd. 1930. Str. 2.

nauk kriminalistov-marksistov. Oni očitajo sociološki šoli, da le-ta iz pravilne premise o pretežnem pomenu gospodarskih činiteljev kriminalitete ne izvaja vseh potrebnih zaključkov. »Sociološka šola predlaga le manj važne socialne reforme in si ne upa priznati, da tiči glavni vzrok zločinstvenosti vprav v kapitalističnem ustroju občestva. V okviru kapitalističnega občestva ni mogoča borba zoper zločinstvenost. Šele z uveljavljanjem integralnega socializma izgine kriminaliteta.« Tako resumira marksistično doktrino v kriminologiji sovjetski kriminolog Š i r v i n d t.³³

Zločin je po tem nauku zgolj funkcija obstoječega družabnega reda, a najboljša kriminalna politika bi bila politika, usmerjena na odpravo kapitalističnega načina proizvodnje, kakor zatrjuje sovjetski kriminalist P i o n t k o v s k i j.³⁴

K. 3. Etična smer kriminalne politike je izrazito spiritualistična in indeterministična ter predstavlja antitezo materialističnega naturalizma. Izmed zastopnikov te smeri v novejšem kazensko-pravnem slovstvu naj navedemo zlasti Fr. W. Foersterja in W. Sauerja v Nemčiji, H. Jolyja in J. Proala v Franciji, L. Vladimirova v Rusiji.

Fr. W. Foerster ostro nastopa zoper skrajne moderniste, ki zanikajo svobodo volje in odgovornost za individualno krivdo. On odločno zavrača doktrino, ki vidi glavni vzrok zločinov v nedostatih socialnega mehanizma in hoče s tem nekako razbremeniti zločinca osebne odgovornosti za storjeno po načelu: »*Tout le monde est coupable excepté le criminel.*« Na tem načelu ni mogoče zgraditi nobene socialne kriminalne politike.³⁵

³³ E. Širvindt. O problemah prestupnosti. Zbirka: Problemy prestupnosti. I. Moskva. 1926. Str. 9. V istem smislu se izražajo tudi drugi zastopniki te smeri. Gl. n. pr. Felice. Principi di sociologia criminale. 1902. — M. Gernet. Ugolovnoje pravo i socializm. 1906. — Turati. Il delitto e questione sociale. Milano. 1883. — Sursky. Die kriminal-soziologische Schule als Kämpferin für die Interessen der herrschenden Klasse. »Neue Zeit«, 1903—1904.

³⁴ A. A. Piontkovskij. Ugolovnoje pravo R. S. F. S. R. Moskva. 1924. Str. 50.

³⁵ »... Die Tendenz der Neueren durchaus dahin geht, den einzelnen nach allen Seiten zu entlasten und die Ursachen selbst für sein eigen-

Vsaka borba zoper zločine bi bila zaman, če bi človek izgubil čut osebne odgovornosti za svoja dejanja. Notranja zavest osebne krivde in stremljenje, poboljšati se, zaleže več kot najbolj rafinirani načini pedagoškega vplivanja na zločinca.³⁶

Tudi W. Sauer, avtor najnovejšega sistema kriminalne sociologije, pojmuje zločin pred vsem kot moralno zavržno dejanje. Vzrok naraščanja težkih zločinov v naši dobi tiči v oslabitvi socialno-etičnih načel. Naloga kazni tiči po Sauerju v premaganju moralnih pregreh in v vzgoji čednosti.³⁷

Avtor skuša konstruirati celó neke vrste »kriminalistično etiko« (*die kriminalistische Tugendlehre, die kriminalistische Ethik der Laster und der Tugenden*).³⁸

On hoče spet obuditi k življenju čisto penitenciarno idejo. Zločinec mora občutiti vso težo svojega zavrznega dejanja. Le na ta način utegne premagati svojo krivdo.³⁹

V francoskem kazensko-pravnem slovstvu zastopata etično smer zlasti Henri Joly in Jules Proal.⁴⁰

Oba pisatelja sta odločna nasprotnika materialističnega naturalizma v kriminologiji. Vire zločinov je iskati v moralnem propadanju, v breznavstvenosti, v slabih strasteh, kakor so pohlep po dobičku, maščevalnost, lenoba, gonja za poltenim uživanjem.⁴¹

stes Fallen ausserhalb seines Innern zu suchen. Wie kann ich ihn aber dann noch zur Ursache für das Fallen anderer machen wollen? Nein — von diesem Standpunkt ist keine soziale Kriminalpolitik möglich!« Fr. W. Förster. Schuld und Sühne. 3. Aufl. München. 1920. Str. 71.

³⁶ Förster, op. cit. Str. 68.

³⁷ »Wir erkennen die Aufgabe der Strafe darin, die Laster ab — und die entsprechenden Tugenden anzugewöhnen.« Dr. Wilhelm Sauer. Kriminalsoziologie. Berlin. 1933. Str. 770. Najvišji smoter kazni bodi »die Ueberwindung der moralischen Verwerfbarkeit, des innersten Kernes aller Kriminalität.« Ibid. Str. 138.

³⁸ Sauer, op. cit., str. 771, 165 in passim.

³⁹ »Nur wer seinen... ethischen Tiefstand als solchen empfindet, kann Selbsterziehung zu üben.« Sauer, op. cit., str. 156.

⁴⁰ Primerjaj: Henri Joly: a) Le Crime, b) Le Combat contre le Crime, c) La France criminelle. — Jules Proal. Le Crime et la peine. 3^{me} éd. Paris. 1899.

⁴¹ »Si les criminels agissaient sans motifs, sans profit, on pourrait supposer que ce sont des malades, des névrosés, des fous. Mais si on

Izmed ruskih kriminalistov je branil etična načela v kazenskem pravu najbolj vneto prof. L. Vladimirov v svojem delu: »Kazenski zakonodajec kot vzgojitelj naroda.«⁴²

Zločini pomenijo po Vladimirovu vsaj v večini primerov ne samo škodljiva ali nevarna dejanja, temveč hkrati kršitev morale. Osnovni tipi zločinov so nasilstvo, prevara in izkoriščanje. Kazenska zakonodaja je močno orodje moralne vzgoje ljudstva. Načelo osebne odgovornosti za krivdo se izraža najbolj jasno in učinkovito vprav v kazenski odgovornosti za zločine.

Zastopniki etične ali moralistične smeri v kazensko-pravni znanosti izvajajo iz svojih etioloških premis tudi kriminalno-politične zahteve. Glavno sredstvo borbe zoper zločine je kazen. Druga sredstva (n. pr. očuvalne odredbe) imajo manj važen pomen.⁴³

Kazen pomeni *expiatio delicti* (»l'expiation moral«, kakor se izraža Proal, str. 510). Kazen mora vcepiti storilcu zavest, da njegovo dejanje ni proizvod zunanjih okolnosti, temveč rezultat njegove svobodne odločitve (Förster, str. 16). Kazen je povračilo za storjeno zlo. Šele s kaznijo se doseže sprava med individuom in občestvom (Sauer).⁴⁴

recherche les causes des crimes, on trouve toujours une passion pour mobile, la cupidité ou la vengeance, la paresse ou la débauche.« J. Proal, op. cit., str. 249. — »Le crime est presque toujours un fait d'entraînement graduel, débutant par le vice, continuant par le délit, s'accroissant, s'accélégrant, se repandant indéfiniment par l'association irrégulière et malfaisante.« H. Joly: Le Combat contre le crime. Str. IX.

⁴² L. Vladimirov. Ugolovnyj zakonodatelj kak vospitatelj naroda.

⁴³ Sauer jih tretira n. pr. zgolj kot dopolnila kazni. (Strafergängen.) Sauer, op. cit., str. 135.

⁴⁴ »Die Strafe soll ihrem Wesen und Sinn nach Unrecht vergelten und Schuld sühnen... Die Strafe soll den in den Schuld liegenden Widerspruch zwischen Individuum und staatlicher Gemeinschaft beseitigen.« Sauer, op. cit., str. 101. Gl. k temu tudi Dr. Fritz van Calker. Ethische Werte im Strafrecht. Berlin. 1904. Pisatelj zahteva de lege ferenda »eine tiefere und klarere Erfassung der Idee der Schuldhaftung im Sinne einer immer stärkeren Betonung der Bedeutung ethischer Werte bei der Beur-

III. Videli smo, da so kriminalno-politični programi zastopnikov različnih doktrin v kriminologiji neločljivo zvezani s tem ali onim pojmovanjem vzrokov zločinstvenosti. Pravo torišče znanstvenih raziskovanj, iz katerih sledijo ti ali oni kriminalno-politični postulati, tvori potemtakem t. zv. *etiologija zločinov*. Kriminalno-politični postulati so v bistvu le izsledki teh raziskovanj. S tem se dajo razložiti nepremagljive težave, na katere trčijo vsi poskusi oblikovati kriminalno politiko kot nek samostojen sistem. V tem pogledu je zelo karakteristično, da pisatelji, ki skušajo tak sistem zgraditi (Čubinski j, Aschaffenburg, Mezger, Grünhut), posvečajo glavno pažnjo prav etiološkim problemom.

Prepričali smo se tudi, da se v vsaki teoriji o vzrokih zločinov in v kriminalno-političnih zahtevah, ki sledijo iz njih, zrealijo obče-filozofske in svetovnonazorske koncepcije.^{44a} V tem pogledu je zelo karakteristično n. pr. nepomirljivo nasprotstvo med dvema nemškima društvoma, ki se *ex professo* pečata, odnosno sta se pečala s kriminalno-političnimi problemi, — med nemško skupino Mednarodne zveze kriminalistov, ki združuje pristaše sociološke struje v kriminologiji, in nemškim kazensko-pravnim društvom (*Die Deutsche strafrechtliche Gesellschaft*), v katerem so se zbrali zastopniki etično-usmerjenega neo-klasicizma. Vodja tega društva prof. Oetker poudarja v svojih izvajanjih o odnosu društva do Mednarodne zveze kriminalistov, da gre tu za spor med dvema svetovnjima naziranjima (idealizem — materializem) in med dvema pojmovanjima države (ideja pravne države — ideja policijske države).⁴⁵

Za pravilno pojmovanje kriminalne politike, njenih nalog, kakor tudi njenih mej, so bistvene še nadaljne ugo-

teilung strafrechtlich relevanter Tatbestände.« (Str. 13.) Primerjaj tudi Jellinek. Die sozial-ethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. Str. 42 in nasl.

^{44a} Gl. k temu: Dr. Fritz van Calker: Recht und Weltanschauung. 1924 (zlasti str. 46 in nasl., Weltanschauung und Strafrechtsreform).

⁴⁵ Oetker. Die Deutsche Strafrechtliche Gesellschaft. »Der Gerichtssal.« 1925. Str. 325, 326, še bolj ostro — Sauer. Kriminalsoziologie. Str. 138, opomba 4.

tovitve, ki jih moremo na tem mestu formulirati le na kratko.

Kriminalna politika mora upoštevati sekundarni značaj kazenskega prava. Obseg pravnih dobrin, ki potrebujejo pojačane pravne zaščite s kazenskimi sankcijami, je odvisen od kulturnega stanja občestva in od občih smernic državne politike. Ta obseg je različen v policijski državi in v pravni državi, v pravni državi starega liberalističnega tipa in v novi pravni državi, ki zasleduje širokopotezne socialne smotre, v državi, ki je zgrajena na načelih državljanске enakosti, in v državi, ki ima stanovsko ali razredno obeležje.

Povsem umljivo je potemtakem, da vsebujejo državne ustave tudi norme, ki določajo izvestne smernice za kazensko zakonodajo.⁴⁶

Kriminalna politika, ki hoče biti učinkovita, mora nadalje računati z moralnimi naziranjmi širokih slojev naroda, z onim vrednotenjem pravnih dobrin, ki ustreza tem naziranjem. Ona ne sme puščati v nemar ideje pravičnosti, ki je globoko ukoreninjena v ljudski psihologiji. Ravno zavoljo tega so preradikalni predlogi nekaterih kriminalnih politikov (n. pr. o nadomestitvi kriterija krivde vseskozi s kriterijem socialne nevarnosti ter kazni z očuvalnimi in vzgojnimi sredstvi, o ukinitvi kazni za usmrtitev na zahtevo žrtve, o uvedbi radikalnih evgeničnih ukrepov in pod.) trčili na odločen odpor. Kriminalna politika, ki bi brezobzirno zasledovala zgolj utilitarne smotre, ne da bi se ozirala na etična načela, bi bila že vnaprej obsojena na neuspeh.⁴⁷

⁴⁶ Gl. k temu: Dr. Metod Dolenc. Kriminalnopolitična presoja določil zadnjega odstavka čl. 12 Vidovdanske ustave. Zbornik znanstvenih razprav. I. — V novejšem slovstvu na to stran vprašanja opozarjata zlasti Zimmerl in Drost. »Das Strafrecht ist der Oberbau, der auf dem Unterbau der gesamten bereits fertigen Rechtsordnung zu errichten ist... Der Strafgesetzgeber hat also Güter und Interessen nicht erst zu schaffen, sondern die bereits vorhandenen zu schützen.« Zimmerl, op. cit., str. 23. — »Staatspolitik und Kriminalpolitik kreuzen sich... Aus der Kriminalpolitik entnehmen wir die Ziele, aus der Staatspolitik die Grenzen der Strafgesetzgebung.« Dr. H. Drost. Das Ermessen des Strafrichters. Berlin. 1930. Str. 199.

⁴⁷ Izredno važnost tega momenta je naglašal eden naprednejših nemških kriminalistov M. Liepmann v svoji kritiki pozitivistične

Res je torej, da se novejša kazenska zakonodaja čim dalje več ozira na zahteve kriminalne politike, ki so utemeljene pred vsem v etiologiji zločinstvenosti. Toda spričo neenotnosti etioloških nazorov in kriminalno-političnih postulatov mora zakonodajec, ko izbira te ali one smernice za reformo kazenske zakonodaje, nastopati kot najvišji arbiter.⁴⁸ Pri tem za zakonodajca niso odločilni zgolj teoretski racionalistični momenti in idealne težnje, temveč v nič manjši meri je odločilna preudarna ocena zgodovinske tradicije, pravih potreb lastne države, posebnosti narodove psihologije, kakor tudi realnih možnosti, ki so podane ob udeležitvi preosnove kazenskega prava. Kajti praktična kriminalna politika, kakor politika vobče, je v bistvu *l'art du possible*, umetnost realno možnega in dosegljivega.

smeri v kriminologiji: »... Ein Strafrecht, das diesen positivistischen Rezept entsprechen würde, könnte nur eine obrigkeitliche, rein auf Macht aufgebaute Regelung des sozialen Lebens geben. Es würde niemals im Einklang stehen mit den tiefsten Urteilsmaßstäben innerhalb eines Volkes und zudem niemals in die wirkliche Rechtsprechung umgesetzt werden können...« Prof. Dr. M. Liepmann. »Die Reform des deutschen Strafrechts.« Hamburg. 1921. Str. 7. V istem smislu tudi Dr. M. Čubinskij: »... Ako zakonodavac neće da vodi računa o moralnoj oceni tih ili drugih dela, zakon će se sve više razilaziti sa narodnom savešću, a kao rezultat doći će potpuna ravnodušnost ili, što je već štetnije, duboko nepoverenje naroda prema pravosuđju.« Dr. M. Čubinskij. Etika i krivično pravosuđje. Str. 6. Primerjaj tudi Mezger: »... Man spielt nicht unbestraft mit der Moralität eines Volkes.« Mezger. Cit. čl. Kriminalpolitik. Str. 865.

⁴⁸ Pluralizem vzrokov zločinstvenosti (endogeni in eksogeni vzroki, Anlage-Milieu) opravičuje zahtevo po pluralizmu sankcij (kazni, očevalna in vzgojna sredstva).

La notion et les problèmes de la politique criminelle.

Par Alexandre Makletsov, professeur à l'Université
de Ljubljana (Yougoslavie).

C'est dans l'école allemande que nous voyons élaborée pour la première fois l'idée de politique criminelle. Plus tard, cette idée a été acceptée par toute la science européenne. La littérature scientifique anglo-américaine ignore jusqu'à présent le terme de «politique criminelle». Malgré l'existence plus que centenaire de l'idée de politique criminelle, les questions méthodologiques fondamentales qui s'y rattachent restent encore sujettes à caution. Quelques auteurs identifient la politique criminelle avec l'activité de l'État dans sa lutte contre la criminalité. Considérée de ce point de vue, la politique criminelle est »ars«, »techné« et non »scientia«. D'autres croient que la politique criminelle pratique doit se fonder sur une politique criminelle théorique.

Le présent article offre un aperçu et une analyse des différents aspects méthodologiques se rapportant au dit problème. L'auteur fait observer à ce propos que la divergence méthodologique ci-dessus mentionnée est caractéristique pour toutes les branches de la politique.

La rationalisation de la politique criminelle et la victoire remportée sur l'empirisme pur dans ce domaine datent de l'époque où la lutte contre la criminalité a cessé d'être purement instinctive. La réforme du droit criminel effectuée dans les pays civilisés au cours des dernières dizaines d'années est fondée — au moins partiellement — sur l'étude objective et scientifique des imperfections de la législation criminelle actuelle et sur la recherche de mesures plus efficaces de lutte contre la criminalité. La politique criminelle d'aujourd'hui se développe parallèlement au progrès de la criminologie ou plutôt de la branche de cette dernière qui est consacrée à l'étude des causes de la criminalité (c'est à dire l'étiologie criminelle). Cependant l'auteur croit erronée la thèse du criminaliste français Louis Maillard qui affirme: »Nous croyons fermement que notre époque... est parvenue... tant pour la science criminelle que pour les autres branches des connaissances humaines à des résultats définitifs« (Louis Maillard. Étude historique sur la politique criminelle. Paris, 1899, p. 230).

On constate aussi dans la criminologie moderne un manque d'unité dans la conception des causes de la criminalité. On peut noter dans ce domaine trois tendances principales: 1. naturaliste-

biologique, 2. sociologique, et 3. éthique ou moraliste. L'article contient un aperçu des caractères de ces tendances. L'auteur fait observer à ce propos que l'adhésion à telle ou telle conception étiologique de la criminalité amène à des conclusions correspondantes dans le domaine de la politique criminelle. C'est donc l'étiologie criminelle et non une théorie spéciale de politique criminelle qui est le véritable champ des explorations scientifiques. Ceci explique toutes les difficultés qui surgissent chaque fois qu'on essaie d'ériger la politique criminelle en système scientifique.

La politique criminelle doit compter aussi avec le fait de la nature secondaire du droit criminel. L'étendue du domaine du droit où joue une défense particulière à l'aide de sanctions criminelles dépend de la culture de la société et de la direction générale de la politique de l'Etat.

La politique criminelle pratique doit compter avec les conceptions morales de la société et avec les valeurs que consacre l'ordre juridique, à un moment donné. C'est justement pour cela que des exigences trop radicales comme, par exemple, la substitution absolue du critérium d'état dangereux du délinquant à celui de la faute, la substitution complète des mesures de sûreté aux pénalités, la mise en vigueur des mesures radicales d'eugénique obligatoire et ainsi de suite se heurtent à la résistance de l'opinion publique. La pluralité des causes de la criminalité doit être rapprochée de la diversité des sanctions de droit criminel (pénalités, mesures de sûreté et mesures d'éducation).

Sans nul doute, la législation criminelle d'aujourd'hui s'appuie de plus en plus sur les exigences de la politique criminelle qui, à son tour, est fondée sur l'étiologie scientifique de la criminalité. Vu l'absence même d'unité de théorie sur les causes de la criminalité, le législateur est obligé de s'ériger en arbitre suprême. Cependant il ne peut se laisser guider uniquement par des considérations rationalistes. La connaissance des besoins réels de l'Etat, celle de la psychologie de l'opinion publique et des possibilités réelles, tels sont les éléments, non moins importants que les premiers, que tout législateur doit prendre en considération en effectuant des réformes de droit criminel dans son pays. Car la politique criminelle pratique, comme toute politique en général, est avant tout »l'art du possible«.

Prof. dr. Evgen Spektorskij:

Nastanek konstruktivne metode v pravoznanstvu.

1. Konstrukcija pomeni eno izmed vodilnih idej sodobne kulture. Homo faber je proglašen za junaka naše dobe. »Konstruktivizem« se je prikazal celo v umetnosti. Psihologija ne shaja več z »receptivno domišljijo«, temveč se zanima za »konstruktivno« domišljijo.¹ Spoznavno teorijo pronica po Max Schelerjevem izrazu instrumentalizem.² Receptivno in transcendentalno gnoseologijo vedno bolj spodriva konstruktivna. Metoda je proglašena za vir spoznavanja. Pragmatizem smatra vse resnice za instrumentalne. H. Poincaré zagotavlja, da »rabi geometer prostor prav kakor kredo«.³ Znanost dobiva pomen teoretske ali praktične organizacije.⁴ In problematika konstruktivnih modelov⁵ logičnega, mehničnega ali »simbolološkega«⁶ značaja zavzema pomemben prostor v sodobni znanstveni teoriji.

¹ Th. Ribot, *Essai sur l'imagination créatrice*, Paris 1921, VI, 1 sq., 198 sq.; *L'imagination scientifique*.

² *Die Wissenformen und die Gesellschaft*, Leipzig, 1926, 271.

³ *La science et l'hypothèse*, Paris, 1920, 29; cf 26: *Les mathématiciens procèdent donc »par construction«, ils »construisent« des combinaisons de plus en plus compliquées.*

⁴ Plenge, *Allgemeine Organisationslehre*. A. Bogdanov, *Tektologija*, vseopščaja organizacionna nauka, 1922. K. Mannheim, *Wissenssoziologie*, *Handwörterbuch der Soziologie*, 659 sq.

⁵ Michel Pétrovitch, *Mécanismes communs aux phénomènes disparates*, Paris, 1921. I. Lapšin, *Filosofija izobretenija i izobretenije v filozofiji*, 1924, I, 177 sq.; *O značeniji modelei v naučnom tvorčestve*, *Naučnyje trudy russkago narodnago universiteta v Prage*, IV, 1931, 212 sq.

⁶ W. Pollack, *Perspektive und Symbol in Philosophie und Rechtswissenschaft*, 1912, 98 sq.

Najnovejšo nemško gnoseologijo pestrijo pojmi kot erzeugen, Gestalt, Gestaltung, Einstellung.

Slično navdušenje za konstruktivizem pomeni novino na področju različnih številnih znanosti. Toda za pravoznanstvo ne pomeni konstruktivna metoda ničesar novega. Če bi parafrazovali poznan rek o zakonu, bi lahko ugotovili, da po prepričanju sodobnih pravnikov turpe est jurisconsultum sine constructione loqui. Pravna in posebno državna teorija obiluje s konstrukcijami. Kelsen imenuje svoj »Občni pravni nauk o državi« — »iskanje pravne konstrukcije«. ⁷ Dogmatično pravoznanstvo se ne omejuje na interpretacijo zakonov: s pomočjo konstrukcij hoče preoblikovati kaos zakonskih norm v kosmos pravnega sistema. Praktično pravoslovje vzporeja faktična in pravna vprašanja na ta način, da vrine »na sredi«, kakor bi rekel Platon, konstruktivne tipe in modele. Kakor je trdil sir William Thomson, da »pomeni razumeti fenomen biti v stanju dognati njegov mehaničen model«, tako mislijo tudi številni pravniki, da pomeni razumeti pravno bistvo norme ali kazusa — biti v stanju sestaviti primerno konstrukcijo. Jheringova ⁸ in Saleillesova ⁹ svarila niso zalegla ter je prodril konstruktivizem celo v zakonodajo. Znanost je primorala zakonodavca, da se izraža v njenem jeziku. Tudi po mnenju monakovskega profesorja E. Belinga nikakor ne more »volitivna« (v nasprotju s »kognitivno«) logika »zakonodavnega oblikovanja pojmov« shajati brez »izrazite razbistritve pojmov s formalno-konstruktivnega vidika« ter celo brez tvorbe posebne »razpredelnice pojmov«. ¹⁰ Francoski pravniki zahtevajo, da bi poenostavil zakonodavec sleherni institut v obliko ter razpredelil slednje po kategorijah. ¹¹ Duguit in Géný sta tako svojstveno razumela le construit v nasprotju

⁷ Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen, 1911, V.

⁸ Geist des römischen Rechts, zweiter Theil, zweite Abteilung, Leipzig, 1858, 399: Die Wissenschaft soll dem Kaiser lassen, was des Kaisers ist, aber letzterer auch der Wissenschaft, was der Wissenschaft ist.

⁹ Einführung in das Studium des deutschen bürgerlichen Rechts, Breslau, 1905, 55 sq.

¹⁰ Methodik der Gesetzgebung, 1922, 2, 13, 17, 20.

¹¹ Les méthodes juridiques, Paris, 1911, E. Thaller, La méthode en droit commercial, 146.

z le donnée, da sta celo istovetila juridi no konstrukcijo z zakonodajno tehniko.

Konstruktivna metoda ne pomeni za pravoznanstvo ni esar novega v toliko, da je  e razočarala neke juriste. Poznani so Jheringovi napadi na konstruktivno »pojmovno pravoslovje«, ki je sli no smešni in nepotrebni krinolini.¹² Pristaši »svobodnega prava« so se odrekli »pojmovnemu malikovavstvu« in Windscheidu sli nim »pojmovnim mandarinom«. ¹³ Kategori no so izjavili, da je konstruktivno pravoslovje kvarno.¹⁴ G ny, ta francoski Jhering, je to il, da hočejo konstruktivisti spremeniti pravoslovje v »nekaj socialni geometriji sli nega«, kar je ponižuje do naravnost mehanične umetnosti in polagoma izpodriva iz znanstvenega dogleada.¹⁵ V kolikor nadomešča konstruktivna metoda etokratijo s tehnokratijo, vtolikor ji tudi očitajo te jno spa iti artem boni et aequi, vstvariti pravoslovje brez prava ter na ta način širiti »juridični nihilizem«. ¹⁶ Psihologisti kot na primer po svoji kritiki juridičnih »fantazmov« slovit L. Petra icki, in tudi sociologisti se ne morejo sprijazniti z juridi nimi konstrukcijami.

Torej ne pomeni konstruktivna metoda ničesar novega za pravoslovje. Ima celo svojo zgodovino. Kdaj se je bila slednja pričela? Civilisti jo izvajajo od početkov XIX. stoletja¹⁷ in posebno povdarjajo ta pomen Puchtovih pandekt.¹⁸ Publicisti spravljajo izvor te metode v zvezo z zaključki in »dedukcijami« nekaterih javnopравnih sodišč, na prim. nemškega Reichskammergerichta¹⁹ in francoskih parlamentov.²⁰

¹² Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Elfte Auflage, 1912, 7.

¹³ E. Fuchs, Was will die Freirechtsschule, 1929, 12, 15.

¹⁴ E. Fuchs, Die Gemeensch dlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, 1909.

¹⁵ Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Seconde édition, t. II, 1919, 233.

¹⁶ L. Nelson, Die Rechtswissenschaft ohne Recht, 1917, 4.

¹⁷ Ihering, Geist, II, II, 384; Scherz, 7: Was ist konstruieren? Vor etwa fünfzig Jahren wusste man noch nichts davon.

¹⁸ Ihering, Scherz, 253. ¹⁹ T. Taranovskij, Juridi eskij metod v gosudarstvenoj nauke, 1904.

²⁰ Idem, Dogmatika polo itel'nago gosudarstvennago prava vo Franciji pri starom porjadke, 1911.

Toda v resnici imajo juridične konstrukcije dokaj drugačen nastanek in druge ideološke izvore.

2. Če bi, kakor F. Gény²¹ in G. Morin,²² juridično konstrukcijo istovetili s slehernim konceptom v pravoslovju, bi morali priznati, da je konstruktivna metoda prav tako stara kakor pravoznanstvo sploh. In res, če bi ločili z Jamesom²³ vred v znanosti perceptive od konceptov, bi še lahko shajali, na splošno označeno, pri reševanju faktičnih vprašanj s samimi konstatujočimi percepti; zato pa nikakor ni mogoče reševati in celo zgolj zastavljati pravna vprašanja brez konstuirajočih konceptov. V tem smislu je imel prav Kant, ko je izjavil, da »je izključno empirični nauk o pravu sličen leseni glavi iz Phaedrove basni: slična glava lahko vtegne biti lepa, a na žalost nima možganov.«²⁴ Tudi B. N. Čičerin je imel prav, ko je trdil, da je nemogoče pravoznanstvo brez metafizike.²⁵ Saj res nikakor niso vsi teoretični pojmi, ki jih rabi pravoznanstvo, perceptivni, temveč konceptivni.

Lahko gremo še dalje. S stališča stroge kritične gnoseologije sploh ne smemo ločiti, kakor to storijo francoski pravniki, »vnaprej dano« od »konstruiranega.«²⁶ Vse t. zv. »vnaprej dano« je naloga našega spoznavanja. Mi rešujemo to nalogo s tem, da konstruiramo objekte in njih medsebojno razmerje. V tem pomenu je sleherno spoznanje tudi konstrukcija.²⁷

S tega širokega stališča temeljijo vse pravoslovne metode brez izjeme na konstrukciji. A navadno rabimo pojem

²¹ Science et technique en droit privé positif, deuxième tirage, 1922, I, 113: C'est le règne du concept... se combinant avec d'autres concepts.

²² Vers une technique juridique nouvelle (Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1931, 1—2), 74: les concepts sont donc des constructions de l'esprit sur les données du réel.

²³ Some problems of Philosophy, IV. ²⁴ Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Werke, Cassirer, VII, 31. ²⁵ Filozofija prava, 1900.

²⁶ F. Gény razlikuje un donné naturel, un donné historique, un donné rationnel, un donné idéal. Science, II, 371; La notion de droit en France (Archives, 1931, 1—2, 20).

²⁷ Il est exact que nous créons notre science, ne spéculant sur les réalités qu'à travers nos concepts et théories. E. Picard, De la science (De la méthode dans les sciences, I, 1920, 20).

juridične konstrukcije v ožjem strokovnem pomenu. V nasprotju z interpretacijo, subsumpcijo, kazuistiko in tudi z induktivnim posplošenjem precedentov do norme, tvori njegovo bistvo nastanek tipoloških obrazcev oz. paradig, v katere se uvrščajo tudi norme in kazusi. Vprašanje o nastanku v teh mejah umevane konstruktivne metode tvori vsebino naše razprave.

3. Rimski pravniki, vkolikor so se sploh zanimali za problem *juris in artem redigendi*, se še niso posluževali konstruktivne metode — če ne bomo seveda šteli med konstrukcije one fikcije, ki so jim pomagale uvrstiti nove fakte v okvir starih norm,²⁸ ali pojme kot na *prim. persona*, *dobesedno maska*, ki se je v mislih natikala na fizično glavo kateregakoli človeka ter mu podajala osebno investituro. Rimski pravniki so rabili označbo »konstrukcija« še samo v dobesednem pomenu gradnje zidov, mostov, cest.²⁹ Tudi njih jezik ni bil bogat s splošnimi pravnimi pojmi: označbi kot *dominium* in *proprietas* sta nastali šele proti koncu republike; še v Gajevih časih ni imel latinski pravni jezik nobenega izraza, ki bi obsegal istočasno drevo in vinograd.

Tudi pri srednjeveških pravnikih ne bomo našli nobene konstruktivne metode. Eksegeza in glosa, komentar in celo *summa* še vedno ne pomenijo nobene konstrukcije. Tudi renesančna doba ni prinesla s seboj nobene konstruktivne metode. »Elegantna metoda« ni pomenila gradnje ličnih konstrukcij, temveč je samo okrasila dogmatične traktate z vsemi mogočimi citati, ki so bili slični zavitkom baročnega sloga. *Mos italicus* je nadaljeval srednjeveško tradicijo. *Mos gallicus* tudi ni prekoračil mej komentarja.³⁰ Doneau

²⁸ O prav takem pomenu fikcij je stari avtor G. Demelius pisal: *das Juristische bleibt, das Thatsächliche sich ändert* (Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung, 1858, 38). Pod vplivom Vaihingerjevega nauka o fikciji kot univerzalni znanstveni metodi pripisujejo nekateri pravniki fikciji znatno večji metodološki pomen: R. Mallachow, *Rechtserkenntnistheorie und Fiktionslehre*, Das Als ob im jus, München, 1922 (poročilo E. Spektorskega, Arhiv za pravne i društvene nauke, februar, 1926).

²⁹ Heumanns *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1914, 99.

³⁰ E. Chénou, *Histoire générale du droit public et privé* II, I, 1929, 368.

je dajal v nasprotju s Cujasom sistematičnemu tolmačenju prednost pred zgodovinskim. Lermnier ga je iz tega vzroka imenoval geometra v pravoslovju. A to še ne pomeni, da se je on posluževal konstruktivne metode v pravem pomenu besede. Za uravnalno načelo pravne sistematike se je smatrala namesto konstrukcije samo klasifikacija, včasih navadna enumeratio simplex: Ramusova dihotomija, Bodinova jura majestatis.

Vstrezno načelu destruam et aedificabo je bila potrebna za nastanek konstruktivne metode globoka duhovna revolucija in sicer slovo od tradicionalne metodologije ter nadomestitev pasivne perceptivnosti z aktivnimi koncepti. To se je tudi dogodilo v XVII. stoletju, kadar, kakor je ugotovil D. Essertier, »sta se zedinila homo faber in homo sapiens v višjem edinstvu tvorne inteligence«. ³¹ Descartes je naznanil, da »je sklenil prepustiti ves ta svet prepirom znanstvenikov«, da bi v mislih zgradil popolnoma novi svet. ³² Port Royalska logika je določila nalogo spoznanja kot »konstrukcijo pristne stvarnosti«. ³³ Geometrija je bila proglašena za vzgledno znanost, ono kar imenujejo zdaj Nemci Grundwissenschaft. Tudi za pristno znanstveno metodo z jamstvom za istovetnost ³⁴ reda in zveze miselnosti pa stvarnosti (ordo et connexio idearum et rerum) je bila proglašena geometrična metoda. Pomenila je v tem pojmu miselno gradnjo s strukturo stvarstva istovetnih modelov. Generatio figurarum, t. j. gradnja geometričnih podob in oblik, na prim. krogov, ³⁵ elips, ³⁶ obel, ³⁷ se je smatrala za vzgled sličnih konstrukcij. Če konstruiramo, ne vstvarjamo samo obliko, temveč jo tudi »demonstriramo«, t. j., dobesedno, razkazu-

³¹ Les formes inférieures de l'explication, Paris, 1927, 330. Cf. F. Ueberweg, Grundriss der Geschichte der Philosophie, Elfte Auflage, III, 1914, 70 sq.: Die konstruktiven Systeme des 17. Jahrhunderts.

³² Discours de la méthode, cinquième partie. ³³ La construction de la chose mesme. La logique ou l'art de penser, IV, Partie, Chap. VIII, édit. 1668, p. 428.

³⁴ Hobbes, De homine, X, 5: generationes figurarum ex nostro dependent arbitrio. Idem, De corpore, III, XX: causa constructionis est in ipsis rebus.

³⁵ Hobbes, De corpore, I, VI, 13; Spinoza, Tractatus de intellectus emendatione, Opera, van Vloten et Land, I, 29. ³⁶ Ib., 33. ³⁷ Ib., 22.

jemo objektivno resnico.³⁸ Torej je bila proglašena omejenjena metoda za najzanesljivejšo spoznavalno pot. Scire est rem per demonstrationem cognoscere.³⁹ Bossuet je učil, da pomeni demonstracija predmeta dokaz, da ne more biti drugačen,⁴⁰ in sicer ne v smislu artis disserendi, temveč v smislu artis inveniendi. Hobbes je razlagal nalogo znanosti kot »konstrukcijo problema« s pomočjo demonstracije, ki v mislih ponavlja nastanek (generationem) stvarnosti.⁴¹ Tschirnhausen je tako dobesedno razumel omenjen nastanek, da je zahteval od konstruktivne označbe smeha, naj povzroča tudi ona sama smeh.⁴² Pascal je videl nepopolnost našega znanja v nedostatku demonstracij: combien il y a peu de choses démontrées!⁴³ A XVII. stoletje je hrepenelo po izpopolnitvi teh vrzeli. Nastopili so konstruktivisti, ki so zavrnilo kompilativna »zrcala«, »summas« in celo goščavi kipov in stolpov gotskih stolnic slične »summas summarum«. Kakor matere iz drugega dela »Fausta«⁴⁴ so videli namesto konkretne resničnosti in živih ljudi samo sheme. Bili pa so prepričani, da pomenijo prav te sheme pristno podobo resničnosti. V znamenju označene metodologije se je pričela shematizacija prirode, ki jo je kronala Newtonova knjiga *Philosophiae naturalis principia mathematica*. Pričela se je shematizacija fizičnega in socialnega sveta kot zaključenega univerzalnega sistema. Višek tovrstnih konstrukcij je bila Spinozova *Ethica ordine geometrico demonstrata*.

Kako so sprejeli konstruktivistično problematiko pravni učitelji XVII. stoletja? Za Bacona še ni obstojala. Smatral je

³⁸ Vico, *De antiquissima Italorum sapientia*. Neapoli, 1710, 50: demonstratio eadem ac operatio..., et verum idem ac factum. ... Geometrica ideo demonstramus, quia facimus.

³⁹ E. Weigelius, *Analysis Aristotelica ex Euclide restituta*, 124.

⁴⁰ *De la connoissance de Dieu et de soi-même*, I, V, Oeuvres, XXIII, 187.

⁴¹ *De corpore*, III, XX: Demonstratio non est, quae non est scientifica. Scientifica autem non est, nisi quae ex cognitione procedit causarum quibus constructio problematis efficitur.

⁴² *Medicina mentis*, Editio nova, Lipsiae, 1695, 68. ⁴³ *Pensées*, édit. 1877, I, 116. ⁴⁴ Sie sehn dich nicht, denn Schemen sehn sie nur.

⁴⁵ E. Spektorskij, *Problema socialnoj fiziki v XVII stol.*, 1910—1916.

za pravi objekt znanosti forme.⁴⁶ A dočim so videli racionalisti v formi zgolj lik ali »konfiguracijo delov«,⁴⁷ je nasprotno smatral Bacon formo za skrivnostno ustvarjajočo moč t. j. sholastično *causam formalem*. Ni smatral za temeljno pravno metodo konstrukcije, temveč interpretacijo. Zahteval je celo od prirodoznanstva, da bi se ukvarjalo z interpretacijo, *interpretatio naturae*.⁴⁸ V svoji želji »obogatiti znanost (de *augmentis scientiarum*) je napram pravoznanstvu izrazil samo eno željo in sicer, da bi pričelo raziskovanje »pojma splošne pravičnosti ali izvorov prava«. ⁴⁹ Na ta način ni pomenil Bacon za pravoznanstvo niti onega, kar je bil po Joseph de Maistreovi krilatici za prirodoznanstvo in sicer barometer, ki napoveduje vreme, a ga vendar ne ustvarja. Kot eseist in aforističen umetnik je ostal Bacon epigon humanizma ter njegove »elegance«. ⁵⁰ Ni se udeležil konstruktivizma svoje dobe. Zato se ga je udeležil in celo nadkrilil⁵¹ v tem oziru filozofe drugi pravnik XVII. stoletja in sicer Hugo Grotius. Leta 1625, torej dvanajst let preden so nastala Descartesova »Razmotrivanja o metodi«, je določil svoje razmerje do tradicionalnega dogmatičnega pravoznanstva z načelom *dubito in tudi cogito*. Naglasil je, da se nahajajo človeške ustanove kakor tudi percepti izven pristne znanstvene metode.⁵² Vsled tega naloge resničnega pravoznanstva ni mogoče rešiti s pomočjo tradicionalnih interpretacijskih pripomočkov. Metodično pravoznanstvo raziskuje svoje objekte prav tako kakor razmišljajo matematiki o likih.⁵³ Ugotavlja ne s pomočjo »poljudne« aposteriorne, temveč

⁴⁶ *Formas esse verum scientiae objectum, De augmentis scientiarum, Lib. III, Cap. IV.*

⁴⁷ Malebranche, *Recherche de la vérité, L. I, Ch. XVI.*

⁴⁸ *Jam vero tempus est ut Artem ipsam Interpretandi Naturam proponamus, Novum Organon, Lib. II, CXXX.*

⁴⁹ *De augmentis, Lib. VIII.* ⁵⁰ E. Spektorski, Baconovo mesto u istoriji filozofije, *Srpski književni glasnik*, 1. april 1928.

⁵¹ *Idem, Hugo Grotius kao filozof, Arhiv za pravne nauke, juli-avgust, 1930.*

⁵² *De jure belli ac pacis libri tres, Prolegomena: illa autem, quae ex constituto veniunt ... extra artem posita sunt, ut aliae rerum singularum perceptiones.*

⁵³ *Ib.: Sicut mathematici figuras a corporibus semotas considerant.*

»subtilnejše« apriorne metode očevidna, povsod ista pravna načela.⁵⁴ Vse ostalo se nahaja izven metode, extra artem. Kratkotrajno je zahteval Grotius konstrukcijo onega, kar imenujejo zdaj čisti pravni nauk, reine Rechtslehre. Njegov konstruktivizem je racionalističen. A vendar je prost fizicizma, kajti Grotius je razpravljal o pravu non secundum physicam subtilitatem, sed moraliter.⁵⁵

Ostali konstruktivisti XVII. stoletja so storili v tem oziru še korak naprej. Doprinesli so pravni metodologiji še fizicizem. Vprav to načelo je značilno za Hobbesovo konstruktivno državno teorijo. Hobbes, mislec, ki ga je imel Descartes po Leibnitzovem⁵⁶ pričevanju za svojega tekmeča, je smatral, da je prekosila nova doba »nekdanje barbarstvo« v tem oziru, da so se pričele znanosti izdatno posluževati geometrične metode.⁵⁷ Geometrija predvaja like, ki jih konstruira.⁵⁸ In ker tvori nalogo sleherne filozofije genetična konstrukcija spekulativnih predmetov,⁵⁹ morajo zateči tudi moralni filozofi k oni umetnosti, ki so jo pokazali geometri pri obdelovanju »svoje dežele«.⁶⁰ Temu vstrečno tolmači Hobbes v knjigi *De cive* svojo metodologijo na ta način, da je v mislih razložil državo v sestavne dele in jo potem vedno v mislih skonstruiral.⁶¹ Vzel je za temelj svoje koncepcije pogodbo, ki pa mu ne pomeni zgodovinskega dejstva (initium), temveč racionalno počelo (principium). To je oblika njegovega konstruktivnega modela za pozitivno, zasebno in javno pravo.⁶²

Juridična konstrukcija je dobila svoj nadaljnji razvoj pri Puffendorfu in Leibnitzu. Slednja dva sta nadaljevala v tem oziru delo napolpozabljenega Erharda Weigela,⁶³ pro-

⁵⁴ Lib. I, XII. ⁵⁵ Lib. III, C. I, II. ⁵⁶ Werke, Gerhardt, IV, 320.

⁵⁷ *De cive*, Epistola dedicatoria. ⁵⁸ *De homine*, X, 8. ⁵⁹ *De corpore*, I, I, 2. ⁶⁰ *De cive*, Praefatio.

⁶¹ lb.: sicut enim in Horologio automato aliave machina paulo implicatiore... ita in jure civitatis, civiumque officii investigandis opus est, non quidem ut disolvatur civitas, sed tamen ut tanquam dissoluta consideretur etc.

⁶² E. Spektorskij, Hobbes i njegov uticaj na nauku o državi, Arhiv za pravne nauke, decembar, 1929.

⁶³ Idem, Erhard Weigel, zabyty racionalist XVII. veka, Problema socialnoj fiziki, I, 488 sq.

fesorja v Jeni. Analogno fizičnemu prostranstvu, kjer obstojijo fizična telesa, je razpredelil Weigel v »moralnem prostranstvu« moralne substance,⁶⁴ in sicer javne in zasebne osebe ter stvari. Konstruiral je v okvirju posebnih razvidnic⁶⁵ sheme njih vzajemnih situacij — ad analogiam substantiarum naturalium.⁶⁶ Puffendorf je nadaljeval Weigla in oblikoval ad normam entium physicorum⁶⁷ nauk o moralnih osebah in predmetih, ki zavzemajo to ali ono stanje (status) v moralnem prostranstvu.⁶⁸ Slejkoprej zvest Weiglovemu načinu je konstruiral shemo neke »moralne oble«, na kateri je s pomočjo »silnic namena« in »silnic izvršitve«⁶⁹ izmeril odklonski kot dejanj napram normi. Leibnitz je v mladosti zamenjal univerzo v Lipskem z ono v Jeni nalašč radi tega, da bi se učil pri Weiglu.⁷⁰ Prevzel je njegov⁷¹ reševanje etičnih in pravnih problemov s pomočjo konstrukcij in likov⁷² kot obla ali sistem izsrednih krogov (Puffendorf je imel rajši trikotnike). Leibnitz je konstruiral pravne situacije s pomočjo črtežev.⁷³ Posluževal se je fizičnih analogij za pojasnitev posetniške pravice.⁷⁴ Kakor poprej Weigel,⁷⁵ je zatrjeval, da so rabili geometrijsko metodo že rimski pravniki, in je postalo vprav vsled tega rimsko pravo zaključen logičen sistem.⁷⁶

Tako se je obogatila pravna metodologija s konstrukcijo likov in sistemov kot na prim. Hobbesovimi »sistemi

⁶⁴ *Corporis Pansophici Pantologia*, 22: quasi Spatium entitativum morale. ⁶⁵ *Ib.*, 81 sq. *Tabula Situuum Moralium*. ⁶⁶ *Ib.*, 42. ⁶⁷ *De jure naturae et gentium*, L. I, C. I, § 5.

⁶⁸ *Elementorum jurisprudentiae universalis Libri II*, Hagae-Comitiis, 1660, Lib I, Def. III, § 1. Status... analogiam quandam habet cum spatio.

⁶⁹ *Sphaera moralis*, *ib.*, 234. ⁷⁰ Guhrauer, G. W. *Freiherr von Leibnitz*, I, 32.

⁷¹ L. Couturat, *Opuscules et fragments inédits de Leibnitz*, Paris, 1903, 179 sq. ⁷² *Ib.*, 331.

⁷³ *Specimen certitudinis seu demonstrationum in jure exhibitum in doctrina conditionum*, Opera, Dutens, IV, III, 73.

⁷⁴ *Ib.* 75: elegans inter possessionem et positionem seu situm corporum in loco analogia.

⁷⁵ E. Weigelius, *Synopsis jurisprudentiae mnemoneutica e Syntagmate illustris viri Dn. G. A. Struvii*, 1669.

⁷⁶ Dutens, V, III, 182; Gerhardt, II, 134, V 351-2, VII, 167; Couturat, 175.

državljanov« ali Weiglovimi »sistemi moralnih osebnosti«. Analogno s fizičnim svetom, ki se je shematiziral kot sestavljen individ, t. j. skupna vsota drugih sestavljenih individov, ki so zopet zloženi iz novih sestavljenih individov,⁷⁸ se je konstruirala tudi država: *civitas est persona una, cujus voluntas, ex pactis plurium hominum, pro voluntate habenda est ipsorum omnium.*⁷⁹ Ko so predelali pravniki Grotiusovo in Puffendorfovo⁸⁰ *socialitas* analogno z Newtonovo privlačnostjo, so pričeli konstruirati različne koordinacijske in subordinacijske pravne situacije. Torej je pronikla na ta način v konstruktivno pravoznanstvo ona za XVII. stoletje značilna tendenca nadomestiti znanost o predmetih po znanosti o odnosih, ki je Malebrancheu nudila povod za trditev: »vse resnice so samo odnosi«;⁸¹ »vse špekulativne resnice obstojijo zgolj iz odnosov med predmeti oz. iz odnosov med njih odnosi.«⁸² Montesquieu, ki ga je zavedla le-ta tendenca v XVIII. stoletju, je spremenil celo zakone iz norm v »nujne odnose, ki sledijo iz narave stvari samih«.⁸³

4. Torej je nastala konstruktivna metoda v pravoznanstvu v XVII. stoletju pod vplivom takrat vladajočega racionalizma in deloma tudi fizicizma. Navedene okoliščine so odločilne tudi za nadaljni razvoj omenjene metode. V XVIII. stoletju so postali njeni utemeljitelji v juridični doktrini: Montesquieu, Rousseau in Kant, ter v pravoslovju — Heineccius in Christian Wolf.

Raziskovalci, ki smatrajo »Duh zakonov« za sociološki in zakonodajno politični traktat, pozabljajo, da je označil Montesquieu sam v »Zaščiti« omenjene knjige to svoje delo predvsem za pravoznansko razpravo.⁸⁴ Ta njegova razprava nudi tipično konstrukcijo v duhu racionalizma in fizicizma.

⁷⁷ *Leviathan*, VIII: de systematibus civium.

⁷⁸ Spinoza, *Ethica*, Pars II, Lemma VII, Scholium.

⁷⁹ *De cive*, Cap. V, IX.

⁸⁰ *De officio hominis et civis*, Praefatio auctoris, § IX: *socialitas, quam nos pro fundamento Juri Naturali substravimus.*

⁸¹ *Recherche de la vérité*, L. VI, I. Partie, Ch. V.

⁸² *Ib.*, Ch. IV.

⁸³ *De l'esprit des lois*, L. I, Ch. I.

⁸⁴ *Défense de l'Esprit des lois*, I: un ouvrage de pure politique et de pure jurisprudence (*Oeuvres*, Londres, 1772, II, 403).

Lanson⁸⁵ tolmači avtorjevo sestavo na ta-le način: »Prvih trinajst knjig raziskuje predmete same ob sebi; XIV. knjiga doprinaša pojem o prostranstvu, v knjigah od XIV. do XXVI. se raziskujejo odnosi, ki sledijo iz pregledovanja predmetov v prostranstvu; v XXVII. knjigi nastopa čas, ter razvijajo knjige od XXVII. do XXXI. one logične zveze, ki sledijo iz pregledovanja predmetov v časovnem okvirju.« Montesquieu se ne zanima za posamezne države same ob sebi, temveč zgolj za to, koliko vstrezajo tem ali onim »likom«. Iz tega razloga, »prihajajo mu enako prav«, kakor je povdaril Lanson,⁸⁶ — »Bern ali Rim, Kitaj ali Francija, ameriški divjaki ali Turčija, Dubrovniška republika ali Anglija«, vkolikor se lahko stlačijo v like. Državni ustroj na Angleškem se konstruira kot mehanizem, kjer avtomatično skrbijo zakonodajna, politična in sodna oblast za medsebojno ravnovesje kakor protitežje ali zobata kolesa.⁸⁷ Zakoni se konstruirajo kot odnosi: to so »odnosi med prvotnim razumom in različnimi stvori oz. medsebojni odnosi teh različnih stvorov.«⁸⁸ Razvrstilna doktrina subjektivnih pravic, ki je tvorila pri Bodinu temelj javnega prava, se nadomešča s konstruktivno doktrino odnosov. Poleg pravne filozofije je prevzela te novote tudi doktrina ustavnega prava.

Isti uspeh so imeli Rousseaujevi povsem konstruktivni nauki. Rousseau »je odstranjeval vse fakte, ker se slednji prav nič ne tičejo vprašanj«,⁸⁹ nadomeščal jih je z »hipotetično zgodovino posameznih vlad«⁹⁰ ter konstruiral socialno pogodbo kot »akt, na temelju katerega postaja ljudstvo pravo ljudstvo«.⁹¹

Kantovi nauki o pravu so po izrazu nekega izmed njegovih sodobnikov (C. A. Hausen) *intellectualis quaedam constructio*.⁹² Imajo tendenco zgraditi sistem, ki ne temelji na fenomenskih ali empiričnih pravnih razlogih, temveč na

⁸⁵ L'influence de la philosophie cartésienne sur la littérature française (Revue de métaphysique et de morale, 1896, 541).

⁸⁶ *Ib.*, 544. ⁸⁷ De l'esprit des lois, L. XI, Ch. VI. ⁸⁸ L. I, Ch. I.

⁸⁹ Discours de l'inégalité parmi les hommes. ⁹⁰ *Ib.* Préface.

⁹¹ Du contrat social, L. I, Ch. V.

⁹² Werke, Cassirer, VII, 8.

noumenalnih, ki pa so sad kritike juridičnega razuma.⁹³ Tako se nadaljuje Grotiusova pristna pravna teorija. Juridična doktrina je dobila na ta način popolnoma konstruktivni značaj.

Heineccius in Christian Wolf sta izvršila primerno preobrazbo jurisprudence. Heineccius se je posluževal na področju dogme civilnega prava »aksiomatične metode«. Njeno bistvo je tvorila konstrukcija iz določil izvedenih aksiomov, ki so postajale izhodišče pravnih razlogov. Šele naposled so dobivale potrditev v tekstih pozitivnega prava.⁹⁴ Torej ni tolmačila znanost tekstov in paragrafov v nasprotju s postopkom pri interpretaciji, temveč so nasprotno potrjevali teksti in paragrafi znanstvene trditve. Na sličen način je izpeljal Christian Wolf v delu *De jurisprudentia civili* in formam demonstrativam redigenda in ostalih knjigah pozitivno pravo iz naravnega ter ga še celo obdeloval s pomočjo demonstrativne metode.⁹⁵ Nadomeščal je v sistemu veljavnega prava legalni red s konstruktivnim. Kazal je s konkretnimi primeri uporabnost sličnega postopanja na področju rimskega, cerkvenega in fevdalnega prava. Tako je postala po zaslugi demonstracije konstruktivna tudi juridična dogmatika. Nastalo je tudi prepričanje, da ne more biti brez konstrukcije nobene pozitivnemu pravu namenjene prave znanosti.

To prepričanje je bilo ojačeno v začetku XIX. stoletja po naukih Savignyja o t. zv. znanstvenem pravu (*wissenschaftliches Recht*), da nima juridična doktrina samo teoretične, temveč tudi praktično ustvarjajočo moč. Pričakovati bi bilo, da bo soglasno nauku o iracionalnem »narodnem duhu« zavzela historična šola sovražno stališče napram racionalističnemu konstruktivizmu. Vendar je nadaljeval eden izmed njenih utemeljiteljev Puchta v svojem »Učbeniku pandekt« tako dosledno Heinecciusovo in Wolfovo delo, da

⁹³ Ib. 52. Alle Rechtssätze sind Sätze a priori, denn sie sind Vernunftgesetze (dictamina rationis).

⁹⁴ E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, I, 1898, 185.

⁹⁵ *Institutiones juris naturae et gentium, Halae Magdeburgicae, 1754, Praefatio: sequitur hinc, veluti sua sponte, ut etiam Juri positivo omni non minus, quam naturali, insit veritas et ea via demonstrationis patefiat.*

bi se dalo včasih, po mnenju nekega sodobnika. »prej misliti na filozofsko konstrukcijo kakor na razlago pozitivnega organizma.«⁹⁶ To je tudi povzročilo Jheringovo⁹⁷ in Brunsovo ostro kritiko.

Sicer pa kritiki sami nikakor niso zavrgli konstrukcije v splošnem. Jhering, (o katerem je mimogrede pripomniti, da je vedno predaval⁹⁸ rimsko pravo na temelju Puchtovega učbenika) se je pravzaprav razočaral samo nad konstrukcijami onega »pojmovnega pravoslovja«, ki so ga gradili romanisti. Drugače je kazal slejkoprej živahno zanimanje za konstruktivizem v pravoznanstvu.

Vprav Jhering je avtor ene od najbolj ognjevitih apologij preuredbe pozitivnega prava s pomočjo konstruktivne metode. Organizem je bil njegov priljubljen model. Razumel je vsled tega pravo kot »objektiven«⁹⁹ ali tudi kot »logičen organizem pravnih institutov in pojmov«,¹⁰⁰ kot predmet anatomskega in fiziološkega raziskovanja.¹⁰¹ A ni razumel organizma vitalistično, temveč mehanično. Pravno »strukturo« je imenoval »okostnjak«. ¹⁰² Bistvo juridične tehnike tvori obdelovanje dogmatičnega gradiva s pomočjo analize, koncentracije in konstrukcije.¹⁰³ Jhering je označeval analizo deloma kot »juridično abecedo«, ¹⁰⁴ deloma pa kot »pravno kemijo, ki išče prvine«. ¹⁰⁵ Konstrukcijo je zopet imenoval »višje pravoznanstvo ali naravoslovna metoda.«¹⁰⁶ Dočim se omejuje nižje pravoznanstvo na interpretacijo pravnih stavkov, tvorijo področje konstrukcije instituti in pojmi.¹⁰⁷ Ustvarja »juridična telesa«, ¹⁰⁸ ki jih »ne določamo po njih poslanstvu ali dejanskemu vplivu, temveč po njih strukturi, njih anatomskih znamenjih.«¹⁰⁹ Po konstrukciji ustvarjen sistem pomeni »izvor novega gradiva«, ¹¹⁰ kajti »lahko ustvarja znanost s pomočjo kombinacije različnih elementov nove pojme in pravna načela; pojmi so produktivni, se lahko párijo (sic) in proizvajajo nove.«¹¹¹

⁹⁶ Landsberg, III, II, 1910, 454. ⁹⁷ Geist, III, I, § 39; Scherz, 10, 253.

⁹⁸ Rudolf v. Ihering in Briefen an seine Freunde, Leipzig, 1913, 102.

⁹⁹ Geist, I, 12. ¹⁰⁰ Ib., II, II, 385. ¹⁰¹ Ib., I, 14. ¹⁰² Ib., 25. ¹⁰³ Ib., II, II, 358. ¹⁰⁴ Ib., 359. ¹⁰⁵ Ib., 361. ¹⁰⁶ Ib., 385. ¹⁰⁷ Ib., 387.

¹⁰⁸ Ib., 389. ¹⁰⁹ Ib., 392. ¹¹⁰ Ib., 409, 412.

¹¹¹ Ib., I, 31: die Begriffe sind productiv, sie paaren sich und zeugen neue.

Iz tega je razvidno, da si je Jhering drugače predstavljal razmerje med pravnimi pojmi (Rechtsbegriffe) in stavki (Rechtssätze) kakor poprej Heineccius in Wolf. Pozitivno pravo ni nobena konkretna potrditev abstraktnih pojmov, temveč je le gradivo, iz katerega s pomočjo konstrukcije nastaja logičen sistem. To ni nobeno spuščanje od načel k vsakdanjosti, to je nasprotno vzpenjanje od vsakdanjosti do načel. Namesto deduktivnega ugibanja o pogojih, pod katerimi bi bila mogoča resničnost a priori, srečamo induktivno ponazoritev njene vnaprej dane vsebine.

Pozneje je zasmehoval Jhering konstruktivno metodo in tudi samega sebe radi tega, ker ni konstruiral samo inštitute, temveč tudi konstrukcijo samo ob sebi kot neko najvišje pravoznanstvo¹¹² z njeno prirodoznanstveno metodo vred.¹¹³ Toda Jheringovi napadi pravzaprav niso veljali juridični konstrukciji sami ob sebi. Saj je trdil slejkoprej, da »operira pravoznanstvo s pojmi« in »pomeni v tem smislu sleherno pravoznanstvo vedno pojmovno pravoznanstvo.«¹¹⁴ Ugovarjal je samo, da bi v romanistiko¹¹⁵ pronicala ona »sholastična« špekulacija, ki »se pričinja tam, kjer neha zdravi človeški razum«,¹¹⁶ ki vneto goji »kult logike in šolske dialektike«,¹¹⁷ si domišlja, »da obstoji pravo edino v ta namen, da bi služilo kot cirkus za dialektično-akrobatske umetnosti«,¹¹⁸ smatra, da »ne prenesejo nobeni pojmi dotika z realnim svetom«¹¹⁹ ter projicira svoje konstrukcije v neka »pravna pojmovna nebesa«.¹²⁰

Jheringa niso razočarale vse konstrukcije v splošnem, temveč samo izrecno logične konstrukcije. Zato se je obrnil ves njegov konstruktivni patos na teleologijo. »Ne resnica, temveč cilj je pravno merilo. Cilj — to je stvarnik vsega prava.«¹²¹ Vsled tega ni produktivna logična, temveč teleologična konstrukcija. Občinstvo je »namembni pravni subjekt«. In pravo ima nalogo mu oskrbeti za življenje primerne pogoje.¹²² Pravo vrši to svojo funkcijo kot »po državni oblasti organizirana prisilna mašinerija«.¹²³ Omenjena na-

¹¹² Scherz, 7. ¹¹³ Ib., 80. ¹¹⁴ Ib., 347. ¹¹⁵ Ib., 337. ¹¹⁶ Ib., 34.
¹¹⁷ Geist, IV, § 59. ¹¹⁸ Scherz, 357. ¹¹⁹ Ib., 253.

¹²⁰ Ib., 245 sq.: Im juristischen Begriffshimmel.

¹²¹ Der Zweck im Recht, vierte Auflage, 1904-5, 342, V.

¹²² Ib., 345, 361. ¹²³ Ib., 261.

loga tvori sestavni del »socialne mehanike«,¹²⁴ ki organizira socialni stroj tako, da bi bil podrejen »mehanizem norm«¹²⁵ »namembnim centrom«. ¹²⁶ Jhering je označil v zvezi s to svojo miselnostjo pravo za politiko oblasti. Naklonil je Bismarcku zahvalo, ker je povzročil slednji v pravoznanstvu »prehod od formalistične k realistični metodi«. ¹²⁷

Jhering je zahteval od pravoznanstva namesto dosedanjih form in pojmov novo vsebino: smotre oz. interese. Pod vplivom njegovih nauk so se pričeli spori na področju vprašanja o nalogah in modelih juridične konstrukcije. Nekateri pravniki priznavajo samo reprodukcijske konstrukcije. Drugi nasprotno zahtevajo, da bi bile konstrukcije produkcijske.

R. Stammler vztraja pri trditvi, da »ima udejstvovanje pravnih konstrukcij izrecno reprodukcijski značaj«, ¹²⁸ da se rešuje problematika smotrenega ali »pravilnega« prava na popolnoma drugačen način. ¹²⁹

Slično s tem je smatral tudi Hugo Preuss, da bi pomenila raba teorije smotrov in interesov na področju juridične konstrukcije isto kar njen »notranji razkroj«. ¹³⁰ Ta nazor posebno neizprosno branijo pravniki, ki konstruirajo javno pravo po načelih formalne oz. normativne šole. Laband¹³¹ je trdil, da »lahko določimo točno in v popolnem obsegu bistvene priznake slehernega pravnega pojma, ne da bi dodajali niti eno besedo o smotru pravnega instituta«. Kelsen odločno odklanja teleologične konstrukcije in je dospel celo do trditve, ¹³² da je stal pravzaprav tudi Jhering na istem stališču. ¹³³

Nasprotno zahtevajo drugi pravniki od pravoznanstva, da naj bo tvorno. Ratio juris ni »ateleologična«, ^{133a} to je causa

¹²⁴ Ib., 71-2. ¹²⁵ Ib., XVIII. ¹²⁶ Ib., 362.

¹²⁷ R. v. Ihering in Briefen, 444.

¹²⁸ Theorie der Rechtswissenschaft, Halle, 1911, 336 sq.; Lehrbuch der Rechtsphilosophie, zweite Auflage, 1923, 252 sq.

¹²⁹ Theorie, 258. ¹³⁰ Zur Methode juristischer Begriffskonstruktion, Schmollers Jahrbuch, 1900, 367.

¹³¹ Archiv für öffentliches Recht, Band II, 1887, 371; cf. Kelsen, Hauptprobleme, 87. ¹³² Hauptprobleme, 84. sq., 92. ¹³³ Ib., 88 sq.

^{133a} A. Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, I. 199, II, 631.

finalis. Že juridična interpretacija je tvorno spoznavanje¹³⁴ v nasprotju s filološko interpretacijo, ki pomeni po Boeckhovem izrazu zgolj spoznanje spoznanega (Erkenntnis des Erkannten). Tem bolj tvorna mora biti juridična konstrukcija. Radbruch in Binder trdita, da je istovetno juridično ustvarjanje pojmov s teleologičnim. Pristaši »svobodnega prava« se odločno postavljajo na stališče smotrenega pravoznanstva, ki mu je »smoter (Zweck) — oče prava, pravičnost pa — mati«. ¹³⁵ Njemu se približujejo tudi številni civilisti, ki jih vzpodbuja Jheringova in Gényjeva¹³⁶ avtoriteta. Privabi tudi nad konstrukcijami klasične šole razočarane kriminaliste,¹³⁷ ki se niso kakor O. Tesar¹³⁸ priključili šoli »čistega pravoznanstva«. Prof. Leibholz pravilno pripominja, da je »skoro popolnoma izpodrinila teleologična metoda nekdanjo logiko-pozitivistično« po vojni in v nemški javno-pravni doktrini,¹³⁹ pred vsem pri avtorjih kot Triepel, Thoma¹⁴⁰ in Hippel.

Tretji pravniki se obotavljajo izmed obeh struj. Tako smatra na prim. S. Somló,¹⁴¹ da »ni mogoče odgovoriti enostavno da ali ne« na vprašanje o dopustnosti teleologičnih konstrukcij.

Naposled smatra četrta skupina pravnikov, da nikakor ne izključujeta oba tipa konstrukcij drugi drugega, temveč se vzajemno spopolnujeta. Madžarski profesor J. Moór smatra, da prevladuje smoter v pravnem ustroju nad logiko, dočim vlada izključno logika v pravoznanstvu.¹⁴² Schönfeld,

¹³⁴ G. Radbruch, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 1906, XXII, 355.

¹³⁵ E. Fuchs, Was will die Freirechtsschule, 1929, 15.

¹³⁶ Science III, 210: la construction ne peut jouer son rôle propre et donner des résultats utiles, que si elle correspond, en quelque mesure, aux besoins et intérêts pratiques.

¹³⁷ E. Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, Bonn, 1930. ¹³⁸ Die Ueberwindung des Naturrechts in der Dogmatik des Strafrechts, 1928.

¹³⁹ Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne, Archives de phil. du droit, 1931, 1—2, 218.

¹⁴⁰ Handbuch des deutschen Staatsrechts, 1930, Einleitung, 4.

¹⁴¹ Juristische Grundlehre, Leipzig, 1917, 428.

¹⁴² Das Logische im Recht, Revue internationale de la théorie du droit, II, 1927-8, 183, 203.

ki hoče vobče omiliti notranjo dialektiko jurisprudence¹⁴³ zatrjuje, da »tvori pravna znanost po svoji obliki pojmovno pravoslovje, a po vsebini predstavlja interesno pravoslovje. Pojmovno pravoslovje, ki se ne zmeni za interese, je brez vsebine; interesno pravoslovje, ki zanemarja pojme, nima nobene oblike.«¹⁴⁴

5. Vse navedene debate kakor tudi temeljni motivi sodobnih juridičnih konstrukcij kažejo različne vplive izvora od problematike konstruktivizma, nastale v XVII. stoletju. Kateri motivi so to?

Imamo tu pred vsem motiv čistega, transcendentalnega ali formalnega pravoznanstva. Stammlerjev nauk o »pravilnem pravu« kot merilu in uravnavatelju pozitivnega prava nadaljuje tradicijo *rectae rationis* Hugona Grotiusa. Moramo posebno poudariti, da odgovarja regulativna formula sodobnega neokantijanca Stammlerja »*Gemeinschaft frei wollender Menschen*« skoro dobesedno formuli Hugona Grotiusa: *est autem injustum quod naturae societatis ratione utentium repugnat*.¹⁴⁵ Tudi Stammlerjev nauk o pravu kot obliki socialnega življenja in njegovo hotenje zgraditi nekaj pravni geometriji sličnega, istotako nadaljujeta Hugo Grotiusovo delo.

Isti smisel ima Kelsenov nauk o geometriji¹⁴⁶ sličnem pravoslovju, ki raziskuje oblike brez odvisnosti od vsebine. Kelsen se rad poslužuje geometričnih modelov.¹⁴⁷

V francoski književnosti je navdušil isti konstruktivni motiv pravnike kot Belgijca E. Picarda, avtorja knjige *Le droit pur, ses permanences juridiques abstraites* (1899), in

¹⁴³ Die logische Struktur der Rechtsordnung, 1927; Ueber den Begriff einer dialektischen Jurisprudenz, 1929.

¹⁴⁴ Cf. E. Schwinge, Teleologische Begriffsbildung, 72; F. Giese, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1928, 41; Arhiv za pravne nauke, 1932, mart, maj, juni, članki G. Tasića.

¹⁴⁵ De jure belli ac pacis, Lib. I, Cap. I, III.

¹⁴⁶ Hauptprobleme 93—4.

¹⁴⁷ Ib., 702: die Konstruktion mit der drei- oder mehrfachen Ebene, die Konstruktion mit der einfachen Ebene, Cf. Leibholz, Les tendances etc, 208: selon Kelsen et son école, la science du droit est une sorte de géométrie du phénomène juridique; G. Tasić, Prilog teoriji o sankcijama pravnih pravila i načela zakonitosti (Arhiv za pravne nauke, septembar, 1932).

posebno Švicarja E. Roguina,¹⁴⁸ avtorja treh zvezkov *La science juridique pure* (1923), kjer se konstruira znanost s pomočjo »demonstracije splošnih resnic, ki se tesno oklepajo predpogojev, iz katerih sledijo.«¹⁴⁹ Avtor daje prednost kemičnim paradigmam pred geometričnimi.¹⁵⁰

Drugi motiv v sodobnih juridičnih konstrukcijah tvori motiv adekvatnega analitičnega pravoznanstva. Za predmet konstrukcije se smatra edino pozitivno pravo. *Jus, jus et nihil plus*. Zato se odločno odklanja vse metajuridično, (Jelinekov izraz), vse, kar zaničljivo imenuje Laband, »historiko-politično-filozofsko«. Veljavno pravo se proglašča za edino vsebino teoretičnega spoznavanja in praktične uporabe, kakor je učil Bergbohm. To pravo vsebuje implicite protislovij in vrzeli prost logičen sistem. Znanost ima nalogo odkriti ta sistem na temelju svojega lastnega gradiva, t. j. pozitivnih pravnih stavkov, *Rechtssätze*, toda z večjo ali manjšo uporabo pravnih pojmov, *Rechtsbegriffe*¹⁵¹. Laband, Kelsen in njih nadaljevatelji kažejo posebno visoko umetnost na tem področju. Preko Bergbohma in Jheringa, — onega Jheringa, ki je formuliral »zakon kritja pozitivnega gradiva«, »zakon neprotislovja ali sistematičnega edinstva« in »zakon juridične lepote«¹⁵² sega ta motiv v problematiko »adekvatnih« konstrukcij XVII. stoletja. V smislu te, v Leibnitzovih logičnih spisih dobro formulirane problematike,¹⁵³ tvori predmet znanosti zaključen sistem, čigar najvišje ravnanje ne tvori kauzalen ali teleološki zakon zadostnega vzroka, temveč čisto logičen zakon istovetnosti. Kljub zahtevam kritikov¹⁵⁴ nastaja sličen sistem kot vsota analitičnih,

¹⁴⁸ Cf. Fritz Schreier, *Eine französische reine Rechtslehre*, *Revue intern. de la théorie du droit*, II, 57 sq.

¹⁴⁹ *La science juridique pure*, I, XX. ¹⁵⁰ *Ib.*, XXIII.

¹⁵¹ Njih medsebojnem odnosu je posvečena razprava B. Silber-schmidt'a *Rechtssatz und Rechtsbegriff*, *Revue intern. etc.*, V, 1930—1, 3/4 123—208. ¹⁵² II, II, 398, 400, 405.

¹⁵³ Couturat, *La logique de Leibniz d'après des documents inédits*, Paris, 1901, X, XI. Cf. F. Schreier, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, 1924, 84: *Es ist die Logik im Sinne der Scientia universalis Leibniz*.

¹⁵⁴ L. Nelson, *System der philosophischen Rechtslehre*, 1920, 16: *das Kriterium des Rechts kann nur in einem synthetischen und nicht in einem analytischen Grundsatz liegen*.

ne pa sintetičnih misli v Kantovem smislu. Ta sistem ni adekvaten v tem pomenu, da bi odgovarjal čemurkoli zunanjemu napram njemu, temveč v tem pomenu, da pogrša notranja protislovja in odgovarja izključno lastnim elementom.¹⁵⁵

Tretji motiv sodobnih juridičnih konstrukcij tvori organizacijski motiv. Slednji je vezan na prednost, ki se daje smotrenemu pravoslovju pred pojmovnim in na zahtevo stavljenosti znanosti, da ne bi le spoznavala socialno strukturo, temveč jo tudi racionalizirala.¹⁵⁶ Pravniki pričakujejo od sličnih konstrukcij »pragmatične plastike«, »normalizacije medsebojne odvisnosti vseh človeških aktivnosti«¹⁵⁷ in sodelovanja pri preobrazbi politične državnosti v tehnično. Ta konstruktivizem sega preko Montesquieujevih protiteži v organizacijske konstrukcije Spinozovega »Političnega traktata«.¹⁵⁸

Zadnji in četrti motiv sodobnih juridičnih konstrukcij tvori situacijski motiv. Obrodil je v nemškem slovstvu dve konceptiji. To je, prvič lestvična konstrukcija (Stufenbau) razpredelbe norm in pravnih aktov. Njen utemeljitelj je bil Bierling z naukom o »superordiniranih« in »subordiniranih«

¹⁵⁵ Geulinx, *Logica fundamentis suis, a quibus hactenus collapsa fuerat, restituta*, Pars IV, Sect. II, Cap. VII: *patet Rationem Adaequatam semper etiam internam esse*. Leibnitz (Gerhardt, IV, 449): *lors que tout ce qui entre dans une définition ou connoissance distincte est connu distinctement, jusq'aux notions primitives, j'appelle cette connoissance adequate*. Spinoza, *Epistola LX, Opera*, II, 386: *inter ideam veram et adaequatam nullam aliam differentiam agnosco, quam quod nomen Veri respiciat tantum modo convenientiam ideae cum suo ideato; nomen Adaequati autem naturam ideae in se ipsa*. Cf. W. Jöckel, *Hans Kelsen's rechtstheoretische Methode*, 1930, 12 sq.: *Innere Einheitlichkeit der Rechtswissenschaft*.

¹⁵⁶ P. Dubois-Richard, *L'organisation technique de l'Etat*, Paris, 1930, 314. Cf. I. Marriott, *The Mechanism of the moderne State*, 1927.

¹⁵⁷ W. Gungler, *Entwicklung und Gestaltung als Prinzipien der Rechts- und Wirtschaftspolitik*, zweite Auflage, 1931, 18.

¹⁵⁸ *Tractatus politicus*, Cap. VI, § 3: *imperium necessario ita instituendum est, ut omnes, tam qui regunt, quam qui reguntur, velint nolint, id tamen agant, quod communis salutis interest, hoc est, ut omnes sponte, vel vi, vel necessitate coacti sint ex rationis praescripto vivere; lb., Cap. V, § 2: Homines enim civiles non nascuntur, sed fiunt*.

normah. Pozneje jo je »modeliral«¹⁵⁹ Kelsen. Končno jo je podrobno obdelal A. Merkl v obliki »enoizmerne« konstrukcije.¹⁶⁰ To so, drugič, dualistične oz. monistične konstrukcije sorazmerja mednarodnega in notranje-državnega prava. Triepel je nastopil v ulogi najbolj odločnega branilca dualistične konstrukcije.¹⁶¹ Kelsen, čeprav s pridržkom, se nagiba k monističnemu stališču.¹⁶² Slednje odločno brani tudi Verdross¹⁶³ in Kunz.¹⁶⁴ V francoskem slovstvu kaže nagnenje do monistične konstrukcije Delos,¹⁶⁵ v jugoslovenskem zastopata ga dva slovenska pravnik, deloma pokojni I. Žolger,¹⁶⁶ zlasti pa L. Pitamic.¹⁶⁷ Monisti in dualisti enako gradijo situacijske konstrukcije v znamenju izolacije ali koordinacije ali pa subordinacije t. j. z drugimi besedami v znamenju primata mednarodnega prava.

Konstrukcija juridičnih situacij je skoro popolnoma izpodrinila konstrukcijo subjektivnih pravic v francoskem slovstvu. Duguit je smatral zedinjenje juridičnih situacij z objektivnim pravom za bistvo pravne organizacije človeške

¹⁵⁹ A. Merkl, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues (Gesellschaft, Staat und Recht, Festschrift Hans Kelsen, Wien, 1931, 294).

¹⁶⁰ *Ib.*, 258. Cf. L. Pitamic, Nova teorija o pravnoj moći, Arhiv za pravne nauke, 1924, mart; Fr. Weyr, La doctrine de M. Adolphe Merkl, Revue intern. de la théorie du droit, II, 215 sq.

¹⁶¹ Académie de droit international, Recueil des cours, I, 1925: Les rapports entre le droit interne et le droit international, 84.

¹⁶² Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Tübingen, 1920; cf. Slobodan Jovanović, Društveni život, II.

¹⁶³ Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, 1923 (cf. E. Spektorski, Arhiv za pravne nauke, mart, 1925); Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926 (cf. L. Pitamic, *ib.*, februar, 1927).

¹⁶⁴ Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre, 1923, 83.

¹⁶⁵ La société internationale et les principes du droit public, Paris, 1929, 332: L'ordre juridique international... est essentiellement un ordre sociétaire; 337: chacun des droits subjectifs des États est fonction de l'ordre social international.

¹⁶⁶ Kršitev mednarodnih obveznosti in njena pravna posledica, Zbornik znanstvenih razprav, II, 1921-2.

¹⁶⁷ Državno in meddržavno pravo pod vidikom enotnega sistema, *ib.* Cf. J. Pržić, Državno i medjunarodno pravo (Arhiv za pravne nauke, januar, 1934).

družbe ter »solidno konstrukcijo juridičnega režima.«¹⁶⁸ Duguit,¹⁶⁹ Jèze¹⁷⁰ in drugi pravniki so prav tako radikalno preoblikovali sistem upravnega prava s pomočjo situacijskih konstrukcij, kakor je to storil Merkl s pomočjo svoje lestvice norm. Situacijski motiv igra dokaj važno ulogo tudi v oni konstrukciji »institucije«, ki sta jo uvedla v pravno doktrino Hauriou in G. Renard.¹⁷¹

Isti motiv nastopa tudi v doktrini omejene suverenitete, ki doprinaša koordinacijski pluralizem¹⁷² v nauk o »centru emisije juridičnih norm« ter nadomešča pravokotno razmerje med državo in občestvom z vodoravnim: Laski,¹⁷³ del Vecchio,¹⁷⁴ Duguit, Le Fur.

Z vidika tega četrtega konstruktivnega motiva je zanimiv tudi nauk Oskarja Bülowa o grajanskem postopku kot o odnosu in N. M. Korkunova o državi ne kot osebi, temveč kot o odnosu.¹⁷⁵

Vse omenjene konstrukcije so prepojene z načelom medsebojne odvisnosti¹⁷⁶ in, takorekoč stereojurisprudencije. Nudijo dokaz sodobnega nagnjenja nadomestiti¹⁷⁷ jurisprudencijo subjektivnih pravic s jurisprudencijo odnosov¹⁷⁸ kjer izpodriva »funkcionalizem« dosedanji »substancionalizem.«¹⁷⁹ To nagnenje odgovarja oni tendenci po zameni pro-

¹⁶⁸ *Traité de droit constitutionnel*, troisième édition, I, 308; De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public (*Mélanges Maurice Hauriou*, 1929 253). ¹⁶⁹ R. Bonnard, Léon Duguit (*Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, 259).

¹⁷⁰ L'essence de l'acte juridictionnel est une constatation de situation juridique (*Principes généraux de droit administratif*, 3 édit., 1925, 48). ¹⁷¹ La théorie de l'institution, I, 1930, 329, 345.

¹⁷² Slobodan Jovanović, Pluralizam, *Arhiv za pravne nauke*, april, 1931.

¹⁷³ P. Léon, Une doctrine relativiste et expérimentale de la souveraineté, H. I. Laski (*Archives de phil. du droit*, 1931, 1—2, 231 sq.).

¹⁷⁴ A propos de la conception étatique du droit, 1930, 18.

¹⁷⁵ E. Spektorskij, Léon Duguit i N. M. Korkunov (*Rossija i Slavjanstvo*, 1929, 14).

¹⁷⁶ E. Roguin, La science juridique pure, I, 530: La science juridique pure met au jour plutôt des interdépendances que des conséquences. ¹⁷⁷ L. Duguit, *Traité*, I, XVI.

¹⁷⁸ E. Spektorskij, Evolucija pravne sistematike, *Arhiv za pravne nauke*, 1928, april, 253 sq.

¹⁷⁹ S. Marck, Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, Tübingen, 1925, 2. F. Schreier, *Grundbegriffe etc.*, 51 sq.

blematike predmetov s problematiko odnosov¹⁸⁰ ali celo odnosov med odnosi,¹⁸¹ ki jo kaže sodobna socialna¹⁸² in vobče znanstvena filozofija. A ta tendenca ni nikakor nova. Je dosti starejša od onega Planckovega modela edinstva fizičnega sveta, ki ga posnema v svoji knjigi Verdross. Nadaljuje tradicijo Hugo Grotiusove socialitatis, Malenbrancheve teorije odnosov, Puffendorfove konstrukcije ad analogiam systematis Copernicai¹⁸³ in Newtonove privlačnosti. Tudi sama označba »situacija« je genetično zvezana z Weigelovim in Puffendorfovim »moralnim prostranstvom«. Kakor se glasi Weigelova določba situs est modus terminativus, quo quodque certa ratione se sistit in complexu s. consortio reliquorum omnium.¹⁸⁴ In kakor se glasi Leibnitzova določba situs ad figuram reducitur, est enim plurium configuratio.¹⁸⁵

¹⁸⁰ E. Spektorskij, Predmet i otnošenije v obščestvennyh naukah (Trudy IV sjezda ruskih akademičeskikh organizacij za granicoj, I, 1929, 233 sq.).

¹⁸¹ W. Stok, Das Wesen der sozialen Beziehung, Kölner Vierteljahrshefte für Soziologie, 1926, Heft I, 21: Die soziale Beziehung ist eine Beziehung zwischen Grundbeziehungen.

¹⁸² A. Vierkandt, Die Beziehung als Grundkategorie des sozialen Denkens (Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 1916, IX, 217, 224); L. v. Wiese, Beziehungssoziologie (Handwörterbuch der Soziologie, 1931, 66 sq.).

¹⁸³ Elementorum jurisprudentiae universalis libri II, Jenae 1669, 515.

¹⁸⁴ Corporis Pansophici Pantologia, 63; cf. 83 sq.: Tabula Situum Moraliū.

¹⁸⁵ Thomasio epistola, I, XII, Dutens, IV, I, 16.

Origine de la méthode constructive dans la science de droit.

Résumé.

1. Le constructivisme qui règne aujourd'hui n'est pas un fait nouveau dans la science de droit. On l'applique aussi bien à la doctrine et à la théorie du droit qu'à la jurisprudence. Certains juristes, comme Ihering, les partisans allemands du droit libre ou Gény, en sont déjà désabusés. On en recherche l'origine soit chez Puchta, soit dans la juridiction du Reichskammergericht et des parlements français. Cependant l'origine en est tout autre.

2. Si l'on identifie la construction avec le concept à l'opposé du perçu, toute science peut être considérée comme constructive; et alors, dans la science de droit, le »donné« est tout aussi constructif que le »construit«. Mais si l'on ne considère comme constructions que les modèles et les paradigmes dont on se sert pour mettre en système les règles de droit et pour coordonner les questions de droit avec les questions de fait, la construction acquiert un sens plus étroit.

3. La méthode constructive ainsi conçue n'a été appliquée ni par les juristes romains, ni par les scolastiques, ni par les savants de la Renaissance. Elle a été proclamée dans la philosophie par les rationalistes du XVII^e siècle qui s'étaient laissés séduire par les »démonstrations géométriques«. Bacon est resté à l'écart de ce mouvement. C'est Hugo Grotius qui a devancé dans cette voie Descartes de douze ans. La doctrine politique de Hobbes est purement constructive. Erhard Weigel a construit dans »l'espace moral« des »corps moraux« placés dans différentes situations juridiques. Puffendorf et Leibnitz lui empruntèrent cette méthode.

4. Au XVIII^e siècle, la méthode constructive est établie dans la doctrine par Montesquieu et ce que Lanson appelle ses »figures«, par Rousseau et par Kant. Elle est introduite dans la jurisprudence par Heineccius et Christian Wolf.

Au début du XIX^e siècle, l'école historique, loin de répudier le constructivisme, l'adopta. Il eut son apologiste et son théoricien dans Ihering, dans le II^e volume de son »Esprit du droit romain«. Dans la suite, Ihering railla la »jurisprudence« constructive »des notions«. Cependant sa critique, au lieu d'anéantir la méthode constructive, fit naître seulement une controverse entre deux types de constructions, le type logique et le téléologique. Ces deux types, ainsi que les thèmes des constructions juridiques de l'époque, portent des traces évidentes de la problématique du XVII^e siècle.

5. Ces thèmes sont les suivants: premièrement, c'est le thème de »droit pur« (Stammler, Kelsen, Roguin). On y continue la tradition de »l'esprit géométrique«. Deuxièmement, c'est le thème des constructions adéquates et analytiques (Bergbohm, Gerber, Laband, Kelsen, Merkl). Y est perpétuée la tradition des panlogiciens du XVII^e siècle, celle par exemple de Leibnitz dans l'interprétation de Couturat. Troisièmement, c'est le thème des constructions organisatrices (»le construit« de la doctrine française). Y est continuée la tradition du problème de la rationalisation de l'ordonnement juridique déjà posé au XVII^e siècle. Enfin, en quatrième lieu, c'est le thème des constructions situantes. Y peuvent être comprises: la construction de la hiérarchie des normes de Kelsen, et surtout de Merkl, la construction des relations entre le droit international et le droit étatique prise dans le sens de »l'unité du tableau juridique du monde« (Verdross), les constructions françaises des situations juridiques substituées aux droits subjectifs (surtout chez Duguit) et la substitution du principe coordinateur au principe subordonateur dans quelques-unes des constructions modernes du pouvoir souverain (Duguit, Laski, del Vecchio). Toutes ces constructions continuent la problématique de la science des relations et des situations (situs) née au XVII^e siècle et formulée par Malebranche, Erhard Weigel, Puffendorf et Leibnitz.

Univ. docent dr. Ivan Tomšič:

O najnovejših naporih, da se vojna odvrne.

Težnje, ubraniti, da ne pride do vojne, so izredno pomembne. Sožitje vseh držav in napredek vsake posamezne izmed njih je mogoč le tedaj, ako med njimi vlada red in mir. Medtem so se nasprotja med državami do nedavnega v pretežni večini primerov urejala z vojno. Svetovna vojna v letih 1914—1918 je najbolj pokazala, kam vodi taka ureditev mednarodnih odnosov. To spoznanje je pripomoglo, da se je poživel gibanje, ki stremi za tem, da se vojna kot sredstvo za urejanje mednarodnih sporov odvrne in da se materialna sila postavi v službo mednarodnega prava.

V prvem poglavju orišem vzroke razmaha in pomen tega gibanja z mednarodnopolitičnega vidika, ter na značim način, kako se ta zamisel realizira v obliki pravnih predpisov, in mesto, ki ga zavzema v sistemu pozitivnega mednarodnega javnega prava.

V drugem poglavju se omejim na del označenega problema, namreč na pravno prepoved in odreko vojni, in sicer orišem v kratkih potezah, kako so se razvijala stremjenja, dati tej zamisli pravne oblike, in to počenši s paktom Zveze narodov. Pri tem se posebno oziram na obveznosti, ki jih je na tem polju prevzela kraljevina Jugoslavija.

Zadnje čase se vedno pogosteje sklepajo pogodbe o nenapadanju, s katerimi se načela Briand-Kellogg-ovega pakta delno izvajajo. V tretjem poglavju razložim prve veljavne pogodbe o nenapadanju in poskusim načrtati smeri, v katere zamisel prepovedi in odreke vojni trenutno stremi.

I. Obče o zamisli, odvrniti vojno.

Zamisel, da se vojna kot odločujoč činitelj v mednarodnih odnosih izključi, je sicer tako stara, kot je ideja vesoljnega miru, toda vsled nedostatne razvitosti modernega mednarodnega prava se ni mogla udeležiti.

Vse do nedavnega so se države smatrale absolutno suverene in niso priznavale nad seboj nobene oblasti, ki bi bila upravičena, dokončno rešiti medsebojne spore, ampak so se ti v večini primerov končali z vojno in z drugimi čini vojaške narave. Doktrina sholastikov o pravični in nepravični vojni iz istega razloga ni dovedla do uspeha, kajti ni bilo višje instance, ki bi bila pristojna o tem odločati. Vojna je bila prerogativa suverenosti držav, ustanova mednarodnega prava in legitimno sredstvo za urejanje mednarodnih sporov.

Ko so vsled rastoče, medsebojne odvisnosti in povezanosti držav spori postajali vse številnejši in z njimi tudi vojne, so narodi začeli uvidevati, da jih ta ureditev mednarodnih odnosov pelje v propast.

V svetovnem javnem mnenju je bil vse pogostejši klic po boljši organizaciji mednarodnih odnosov. V doktrini se je postavila teza, da se vojna dà s socijalnega stališča odpraviti. Sicer se socijalni boji ne morejo izločiti, ker bodo nasprotstva v človeštvu vedno obstojala v vseh stopnjah socijalnega življenja. Toda človeštvo teži za tem, da se socijalni boji vrše na človekoljuben način. Kot je svoj čas vladala pravica pesti, ker ni bilo dovolj močne državne, avtoritativne organizacije, tako obstoja vojna, ker ni avtoritativne mednarodne organizacije, ki bi mogla uveljaviti v mednarodnih odnosih idejo pravičnosti. Vojna ni usodna, nujna stopnja socijalnega boja, zadnje sredstvo za poravnanje napetosti med državami, ampak je le stopnja pomanjkljive ureditve mednarodnih odnosov, ki bo odpravljena, čim bo ustanovljena učinkovita mednarodna organizacija držav.

Velik korak je bil napravljen z ustanovitvijo Zveze narodov (okrajšano ZN). Od tedaj zamisel, odvrniti vojno in jo za urejanje mednarodnih sporov nadomestiti z miroljubnimi sredstvi, stalno napreduje.

Ta problem je obsežen in tesno povezan z osnovnimi vprašanji organizacije svetovnega miru. S tem, da se odvrne vojna, bo odpadel razlog za oboroževanje v dosedanjem obsegu in izpolnjen bo predpogoj, da se ustanove pravne garancije, ki jih države iščejo, da si tako v teoriji kot v praksi zagotove varnost. Če bi se državam učinkovito jamčilo, da ne bodo napadene, oziroma da se bo v primeru, ako bodo vendarle napadene, njim priskočilo na pomoč, in ako bi se njim zagotovil sistem, po katerem bi se vsak mednarodni spor praktično in juridično mogel urediti z miro-ljubnimi sredstvi, bi države bile pripravljene, omejiti in znižati svoja oboroževanja. Sklenila naj bi se pogodba o vzajemni pomoči, pri kateri bi mogla sodelovati vsaka država in ki bi predvidevala neko kolektivno silo, vojaško organizirano in dovolj močno, da bi zatrla morebiten napad.

Razen z vprašanjem moralne in materialne razorožitve ter varnosti držav je ta problem v tesni zvezi z razvojem razsodništva ter z vprašanjem svobode morja in usmerja problem nevtralnosti na nova pota. V zvezi s temi strem-ljenji se v doktrini često povdarja potreba, da se celotno vojno pravo izloči iz sistema mednarodnega prava kot nepotrebno. Iz prakse držav po svetovni vojni pa se nasprot-no razbira težnja, da se vojno pravo še razvije, in sicer predvsem glede načina, da se vojna vodi na čim bolj člo-vekoljuben način.¹

Obsežnost, zamotanost in povezanost tega problema je razvidna tudi iz različnih načinov in oblik, v katerih se je ta zamisel skušala v novejšem času udejestviti.

Smoter se hoče doseči predvsem tako, da se zanj pridobi javno mnenje in da se nato oživetvori v obliki pravno-obveznega značaja.

¹ Prim. tovrstne pogodbe, ki jih je sklenila kraljevina Jugoslavija: zapisnik glede prepovedi uporabe zadušljivih, strupenih in podobnih plinov in bakterijoloških sredstev v vojni, z dne 17. junija 1925, Služb. Nov. šte. 117-L. od 21. maja 1929; ženevski dogovor o izboljšanju usode ranjencev in bolnikov v vojskah za časa vojne, od 27. julija 1929, Služb. Nov. šte. XXXVII od 5. junija 1931; mednarodni dogovor o ravnanju z vojnimi ujetniki, od 27. julija 1929, Služb. Nov. šte. 132-XLI od 15. junija 1931.

Znane so težnje, da se vojna onemogoči, in sicer na ta način, da države sprejmejo v obliki obče mednarodne pogodbe obveznosti, omejiti in znižati oboroževanja. Ti napori do danes še niso prinesli uspehov.

So pa že predpisi pozitivnega prava, ki služijo svrhi, da se vojna odvrne, in sicer notranjdržavni predpisi (ustava, zakon) in mednarodnopravni predpisi (mednarodna pogodba).

Zamisel, odreči se vojni, se je proglasila najprej v obliki ustavnih določbe, in sicer v francoski ustavi l. 1791.² Od tedaj so skoro v vseh modernih ustavah določbe, ki omejujejo pristojnosti izvršilne oblasti v pogledu vojne napovedi. Zadnje čase dobiva mnogo tal gibanje, da naj načela glede odvrnitve vojne, ki izhajajo iz pakta ZN in pariškega pakta in ki so obvezna le za države-podpisnice, postanejo pravnoobvezna neposredno in učinkovito za posameznike, in sicer na ta način, da se ta načela izrecno normirajo s potrebnimi pravnimi sankcijami v zakonodaji vsake države. Tako naj se kazenske zakonodaje posameznih držav prilagode sedanji stopnji razvoja mednarodnega življenja s tem, da določijo nove delikte, ki bodo, brž ko jih sprejme večina kazenskih zakonodaj, postali delikti mednarodnega prava (*delicta iuris gentium*). Kot primer navajam, da so načrti kazenskih zakonikov Poljske, Rumunije in Brazilije l. 1928. predlagali, da se normira nov delikt: propaganda v prid napadni vojni.³

² Prim. Hans Wehberg, *Die Achtung des Krieges*, Berlin, 1930, str. 142 i. d.

³ Prim. predlog, ki ga je na prvi mednarodni konferenci za unifikacijo kazenskega prava stavil v imenu poljske delegacije E. S. Rappaport in ki je natisnjen v I. Conférence internationale d'unification du droit pénal (Varsovie, 1er-5 Novembre 1927). Actes de la Conférence publiés sous la direction de E. S. Rappaport et avec le concours de V. V. Pella par M. Potulicki. Paris, 1929, str. 39—41; E. S. Rappaport, Le problème de l'unification internationale du droit pénal. *Revue Pénitentiaire de Pologne*, Annexe Nr. 12, Varsovie, 1929, str. 25; Mirkin-Gecevič, La renonciation à la guerre et le droit interne. *L'Esprit International*, 1930, str. 547 i. d. Slednji omenja na str. 551., da je na mednarodni konferenci za unifikacijo kazenskega prava v Bruslju v dneh 26. do 30. junija 1930 Pella, ki je dal spodbudo, da se je omenjeni delikt vnesel v načrt rumunskega kazenskega zakonika, izjavil v imenu pred-

Nadalje je niz določb pozitivnega mednarodnega prava, da se vojna odvrne (das Kriegsvorbeugungsrecht). Države so se s sklenitvijo raznovrstnih pogodb zavezale, medsebojne spore poravnati v vsakem ali v določenem primeru z miroljubnimi sredstvi, in so si s tem omejile pravico vojskovanja. Pred svetovno vojno se je v tem pravcu mnogo storilo na polju mednarodne sprave in razsodništva (haški dogovori, Porter dogovor, Bryan pogodbe, kompromisarične klavzule).

V naslednjem nas zanima predvsem le povojni razvoj stremljenj in oni predpisi pozitivnega mednarodnega prava, s katerimi države v obliki mednarodnih pogodb vojno sploh prepovedujejo, se ji odrekajo in jo obsojajo kot sredstvo za urejanje medsebojnih sporov in s katerimi na mesto vojne postavljajo miroljubna sredstva (das Kriegsächtungsrecht). Ti predpisi tvorijo v sistemu določb mednarodnega prava, da ne pride do vojne, razvojno najnovejši del.

II. Pravna prepoved in odreka vojni.⁴

V razvoju zamisli, odvrniti vojno, predstavlja pakt Zveze narodov velik napredek, ker prepoveduje določene vojne, spopolnjuje metodo za miroljubno urejanje mednarodnih sporov in določa sankcije za primer kršitve teh predpisov.⁵

Članice ZN morajo v smislu člena XII.⁶ predložiti medsebojne spore, bodisi v presojo kateremukoli razsodišču ali Stalnemu mednarodnemu sodišču v Haagu, bodisi v preiskavo Svetu ZN. Odločiti se morajo za enega izmed teh

staviteljev Bulgarije, Grčije, Češkoslovaške in Jugoslavije, da te »žele vstaviti v državne zakonodaje vse mere, da se vojna odvrne«. Jugoslovanska zakonodaja nima tozadevno nobenega predpisa.

⁴ Prim. Wehberg, l. c., str. 12—123; Descamps, *Le droit international nouveau. L'influence de la condamnation de la guerre sur l'évolution juridique internationale*. Recueil des cours de l'Académie de Droit international, 1930, tome 31, str. 399—557.

⁵ Prim. Juraj Andrassy, *Liga Naroda* (Zagreb, 1931), kjer je na str. 218—229 ponatisnjeno v prevodu besedilo pakta ZN.

⁶ Z rimskimi številkami označeni člani so člani pakta ZN.

treh načinov urejanja, toda njim samim je prepuščeno, za katerega se odločijo. Vendar so članice alternativno zavezane samo k p o s k u s u, urediti spore na omenjen miroljuben način.

V paktu prevladuje načelo, da se vojna med članicami smatra v določenih primerih kot prepovedana. To načelo izhaja že iz preambule, po kateri pogodbene stranke smatrajo, da je za razvoj sodelovanja med narodi in za zagotovitev miru in varnosti potrebno, prevzeti izvestne obveznosti, da se ne zatečejo k vojni. Vojna, in sicer napadna vojna, je prepovedana v primerih, v katerih so podane okoliščine, določene po členu XII., prvi odstavek, prvi in drugi stavek, po čl. XIII., odstavek 6., po čl. XV., odst. 6., 8. in 10. Obrambna vojna po paktu ni prepovedana. V čl. XVI. so določene sankcije za primer, da članica prične z vojno, kršič s tem obveznosti, ki izvirajo zanj iz členov XII., XIII. in XV.

V splošnem se more reči, da te določbe značijo velik napredek v primeri s predvojnimi mednarodnim pravom, da pa tudi ta ureditev znači šele prvi korak, ki je negotov in pomanjkljiv, ker pakt ne organizira miroljubnega urejanja vseh sporov in je vojna v določenih primerih dovoljena. Zakaj v vseh primerih, v katerih članicam ni prepovedano, vojskovati se, in v katerih poskus, urediti spor na miroljuben način v skladu s paktom, ne uspe, sicer ni izrecne določbe, da je vojna dovoljena, toda izven dvoma je, da so članice, razen v kolikor se niso s posebnimi dogovori zavezale k nasprotnemu, upravičene, zateči se k vojni. Med tzv. dovoljene vojne se more prištevati vojna, ki bi nastala radi vprašanj, o katerih bi država zatrjevala, da spadajo v njeno izključno pristojnost, nadalje vojna, ki bi nastala v primeru, da Svet ZN ne bi bil soglasnega mnenja, nadalje ako se stranke ne bi hotele podrediti rešitvi spora, vojna med članico in nečlanico ali pa med članicami ZN i. dr. Te vrzeli se še bolj občutijo vsled dejstva, ker ni dovolj jamstev za učinkovitost člena X., po katerem si članice jamčijo teritorialno integriteto in politično neodvisnost proti vsakemu zunanjemu napadu, in člena XI., po katerem mora ZN ukreniti vse mere, potrebne v to, da se svetovni mir ohrani. Pa

še v onih maloštevilnih primerih, v katerih je vojna prepovedana, more nastati spor, kdaj je podana napadna vojna, kajti nikjer ni določena mednarodna instanca, ki bi odločala, kdo je napadalec, ampak je vsaka članica sama upravičena, odločiti o tem, če gre za vojno, prepovedano po paktu, in če se morajo izvršiti ukrepi sankcij.

V prvih letih obstoja ZN v njenem okrilju niso bili napravljeni bistveni napori, da se one določbe pakta, ki se nanašajo na prepoved vojne, razširijo in spopolnijo. To vprašanje se je obravnavalo v drugi vrsti kot korelat problema varnosti.

Z ustanovitvijo Stalnega mednarodnega sodišča v Haagu je podana možnost, da države sklenejo dogovor o tzv. fakultativni odredbi obveznega pravosodstva, s katerim se vnaprej in obvezno podvržejo jurisdikciji tega sodišča za vsa ali za določena pravna vprašanja.⁷ Nadalje se je v nekaterih političnih obrambnih dogovorih in v pogodbah o alijansi dogovorilo načelo, da se bodo vsi ali določeni medsebojni spori poravnali ali skušali poravnati na miroljuben način.⁸

Medtem je ZN začela razpravljati o vprašanju razorožitve v smislu člena VIII. Pri tej priliki se je odgrnila vsa obsežnost in zamotanost vprašanj organizacije miru, kot so vprašanja varnosti, nevtralnosti, svobode morja, predvsem pa vprašanje vojne. Ta razpravljanja so dovedla do spoznanja, da se bodo države razorožile le tedaj in le v toliko, če in v kolikor se bodo čutile varne, in da se v ta namen mora državam jamčiti predhodno dovolj močna zaščita proti vsakemu napadu. Tedaj je nastal načrt obče pogodbe o vzajemni pomoči, ki ga je sestavil Lord Robert Cecil in ki se je predložil Skupščini ZN l. 1923.⁹ Po

⁷ Prim. izjavo kraljevine Jugoslavije z dne 16. decembra 1920, Služb. Nov. št. 284-XCVII od 10. decembra 1930.

⁸ Prim. dogovor o alijansi med kraljevino Jugoslavijo in republiko Češkoslovaško z dne 14. avgusta 1920, podaljšan 31. avgusta 1922, 19. septembra 1928 in 21. maja 1929; dogovor o obrambni alijansi med kraljevino Jugoslavijo in kraljevino Rumunijo z dne 7. junija 1921, podaljšan 7. julija 1923, 13. junija 1926 in 21. maja 1929.

⁹ Prim. Schüeking u. Wehberg, Die Satzung des Völkerbundes, 1924, str. 422—439, kjer je ponatisnjeno besedilo tega načrta.

tem načrtu bi se stranke vzajemno zavezale, v primeru napadne vojne priskočiti napadeni stranki neposredno in učinkovito na pomoč z orožjem, in sicer tudi v primeru, če bi šlo za napadno vojno, ki po paktu ZN ne bi bila prepovedana. Značilen je prvi člen, po katerem stranke »potrjujejo, da napadna vojna tvori mednarodni zločin, in se slovesno zavežejo, da ne bodo zagrešile tega zločina napram nobenemu narodu«. S tem se je prvič v okrilju ZN povdarilo načelo, da se vsaka napadna vojna obsoja. Če bi se bil tedaj ta načrt sprejel, bi se pakt ZN moral primerno spopolniti v pogledu prepovedi vojne, prava sankcij in miroljubnih načinov urejanja sporov. Do tega pa ni prišlo. Načrt sam je imel mnogo nedostatkov, predvsem ni predvideval znakov, po katerih bi se moglo ugotoviti, kdo je napadalec.

Razen v Evropi in pod okriljem ZN je gibanje za odreko vojni naraslo v mogočen val tudi v Ameriki, posebno v Zedinjenih državah Sev. Amerike (okrajšano USA), kjer se je nazvalo Outlawry of War. Kot prvi se navaja Levinson, ki je že marca 1918 izjavil, da mora odreka vojni biti bistven smoter, ki ga je treba imeti pred očmi, da se mednarodni odnosi preosnujejo, in ki je za to misel pridobil pristaše med pisatelji in politikami kot so Borah, Frazier, Morrison i. dr. Ta misel je kmalu bila v ospredju ameriškega gibanja za mir in od l. 1921. dalje je ona bila bistven element oficijelne politike USA.

Ameriško gibanje prikazuje izvestno doktrinarnost in se po sredstvih in taktiki bistveno razlikuje od podobnega gibanja, ki se razvija v Evropi in pod okriljem ZN. Po ameriškem naziranju je zmotno, ako se hoče zagotoviti mir s politično organizacijo sveta, zavezniškimi pogodbami in s sankcijami. Vojna se proskribira kot ustanova, torej vojna ni sredstvo ne le za urejanje mednarodnih sporov, ampak tudi ne za izvršitev odločb mednarodnih sodišč. Vojna je zločin in se propaganda zanjo kaznuje. To velja za vsako vojno in se zavračajo vsi ukrepi vojaške narave. Prepoved vojne se pravilno dopolnjuje z obveznim postopanjem za miroljubno urejanje sporov. Za izvršitev sodnih odločb ni vojaških sankcij, ampak je merodajno le svetovno javno

mnenje. Odnosi držav kakor tudi izpolnitev njihovih medsebojnih obveznosti morajo biti osnovani na zvestobi in zaupanju, ne pa na sili. Ta smoter se ne namerava doseči s postopno evolucijo, ampak s činom. Eden narod oz. država, po potrebi USA, mora dati zgled in spremeniti v svoji ustavi v tem smislu vse, kar se nanaša na vojno. Brž ko bo v vseh državah, morebiti v predhodnem ljudskem glasovanju, vojna prepovedana, se bo to načelo posvetilo v slovesni mednarodni pogodbi.

Med pripadniki tega gibanja se je našlo nekaj posameznikov, ki so skušali navezati stike s pristaši podobnega gibanja v Evropi in združiti svoje napore z njihovimi v skupen smoter. Posebno veliko zaslug ima Shotwell, ki je skupno z Blissom in Dav. Hunterjem Millerjem izdelal v zač. l. 1924. zaseben načrt o odreki napadni vojni, ki je v predelani obliki bil 16. junija 1924 predložen vsem, v Svetu ZN predstavljenim vladam. Zgodovinske važnosti je ta načrt predvsem zato, ker je predlagal, da naj se kot napadalka smatra ona država, ki odklanja razsodništvo. Sicer to načelo ni bilo v podrobnostih izvedeno, vendar je mnogo vplivalo na razvoj prava ZN in je bistveno pripomoglo, da je nastal ženevski zapisnik.

Odslej se je gibanje za odreko vojni razvijalo vzporedno v Evropi in Ameriki ter se medsebojno vplivalo in spolnjevalo.

Sadovi teh naporov so se pokazali še istega leta (l. 1924.), in sicer predvsem, ker sta se Mac Donald in Herriot, ki sta tedaj vodila angleško oz. francosko zunanjo politiko, zavzela za misel, da naj se sklene o b č a garancijska pogodba, ki naj prepreči oborožene spopade.

Posebne komisije ZN so izdelale obsežen načrt pogodbe, ki ga je Skupščina na svojem V. zasedanju dne 2. okt. 1924 sprejela. Ta tzv. ž e n e v s k i z a p i s n i k je imel namen, da omogoči omejitev oboroževanja.¹⁰ Misel, ki v njem prevladuje, je, da se mir more uspešno zjamčiti predvsem v obliki pogodbe, ki bi vezala vse države. Osnovo tega zapisnika tvori prepoved vsake napadne vojne in obveznost,

¹⁰ Prim. Hans Wehberg, Das Genfer Protokoll, 1927, kjer je na str. 159—180 ponatisnjeno besedilo ženevskega zapisnika.

da se vsi spori uredijo na miroljuben način. Ženevski zapisnik je podpisalo 19 držav, in sicer razen kraljevine Jugoslavije še tri druge balkanske države, namreč Albanija, Bolgarija in Grčija.¹¹ V pravnem pogledu znači on vsled svojih jasno in določno izraženih predpisov ogromen napredek, toda v praksi se še ni dal izvesti in zato ga podpisnice niso uveljavile. Ko je namreč medtem prišla v Vel. Britaniji namesto delavske stranke na vlado konservativna stranka, Vel. Britanija kakor tudi njeni dominijoni niso hoteli prevzeti obveznosti, ki bi šle daleč preko okvira obveznosti, izhajajočih iz pakta ZN, in so imele pomisleke predvsem proti načelu neomejenega razsodništva in proti avtomatsko učinkujočim sankcijam.

Pod vplivom idej, ki so dovedle do sestave ženevskega zapisnika, so se podpisale Lokarnske pogodbe.

Ko ni uspela težnja, da se sklene obča garancijska pogodba, je vsled posebnih evropskih političnih razmer, posebno pod vplivom, še od Versaillesa datiranega stremljenja Francije, da sklene z Vel. Britanijo obrambno pogodbo, nastalo gibanje, ki je imelo namen, dovesti do specialne garancijske pogodbe, in sicer do neke vrste ženevskega zapisnika za omejeno število držav. Posrečilo se je pritegniti tudi Nemčijo, katere zunanjo politiko je tedaj vodil Stresemann in ki je morala poprej izjaviti, da je pripravljena, vstopiti v ZN. Misel regionalne garancijske pogodbe se je udeležila s pogodbami, sklenjenimi v Locarnu dne 16. oktobra 1925 med Nemčijo, Belgijo, Francijo, Vel. Britanijo, Italijo, Poljsko in Češko-slovaško.¹²

V smislu člena 2. poreskega pakta, ki tvori jedro lokarnskih pogodb, se Nemčija in Belgija ter Nemčija in Francija vzajemno zavezujejo, da druga drugo ne bo napadla ali vdrla v njeno ozemlje in da se v nobenem

¹¹ Značilno je, da se balkanske države, predvsem Albanija in Bolgarija, do danes niso mogle zediniti, da bi med seboj, torej v regionalni obliki, prevzele one obveznosti, ki jih je večina njih podpisala v ženevskem zapisniku napram vsem pogodbenim strankam.

¹² Prim. Karl Strupp, Das Werk von Locarno, 1926, kjer je na str. 123—179 ponatisnjeno besedilo vseh lokarnskih pogodb.

primeru druga napram drugi ne bo zatekla k vojni. S tem je za odnose med Nemčijo, Belgijo in Francijo prepovedana vsaka napadna vojna, a razen tega vsak napad ali vpad v ozemlje teh držav in s tem tudi vojaška okupacija. Isti člen določa, da se ta prepoved vojne ne nanaša na obrambno vojno, na ukrepe, predvidene po čl. XVI., in ne na delovanje, ki temelji na sklepu Skupščine ali Sveta ZN ali ki je v skladu s čl. XV., odst. 7. in ki se je začelo proti državi, ki je prva napadla. Vendar se obrambna vojna načeloma sme pričeti šele potem, ko Svet ZN izjavi, da gre za kršitev člena 2. poreskega pakta (obrambna vojna se napram državi-napadalki vodi torej v svojstvu organa ZN!) in le izjemoma, namreč v primeru flagrantne kršitve, se sme pričeti pred odobritvijo od strani Sveta. Pogodbence si individualno in kolektivno jamčijo ohranitev teritorialnega statusa quo, ki izvira iz mejá med Nemčijo in Belgijo ter med Nemčijo in Francijo, nedotakljivost teh mejá in izpolnitev obveznosti glede demilitariziranega pasu, vse kot je načrtano v versajski mirovni pogodbi. Če se določbe člena 2. prekršijo, so države garantinje zavezane, priti na pomoč z vojaškimi sredstvi. O tem pa, ali so se tam določene obveznosti kršile, ne odločajo države-garantinje same, ampak načeloma Svet ZN, in sicer ni glede določitve napadalca presumpcij, ki bi imele avtomatičen učinek, kot je bilo zasnovano v ženevskem zapisniku, ampak mora Svet za vsak primer posebej proučiti, ali so izpolnjeni pogoji, določeni v členu 2. Vsi spori med Nemčijo, Belgijo in Francijo se morajo rešiti na miroljuben način, in sicer po postopanju, ki se razlikuje po tem, ali gre za spor pravne ali politične narave, in katerega podrobnosti so normirane v posebnih razsodiščnih pogodbah, sklenjenih isti dan med temi državami.

Lokarnske pogodbe so pripomogle, da se je zamisel prepovedi in odreke vojni močno razvila posebno vsled metode, ki so jo uvedle, namreč da vodi k obči ureditvi pot preko regionalnih dogovorov.

Med drugimi pogodbami, ki so bile sklenjene po zgledu lokarnskih pogodb, je tudi pogodba o prijateljstvu, ki sta jo Francija in Jugoslavija pod-

pisale dne 11. novembra 1927 v Parizu (Službene Novine štev. 279-XXV, od 8. decembra 1927). S to pogodbo si je Jugoslavija dosegla boljše jamstvo varnosti, kot ga ji daje pakt ZN. Vendar je pogodba sestavljena v duhu in v okviru ZN. Prvi člen vsebuje iste obveznosti kot člen 2. porenškega pakta razen, da v jug.-francoski pogodbi vojna ni dogovorjena kot sankcija in si torej obe državi vzajemno in izrecno ne dovoljujeta pravice do uporabe ukrepov, ki jih predvideva člen XVI. Člen 2. ima analogno določbo kot člen 3. porenškega pakta in so predvidena ista miroljubna sredstva, namreč razsodništvo in spravno postopanje, kar je natančneje določeno v posebni, razsodiščni pogodbi, ki sta jo stranki podpisali istega dne kakor prijateljsko pogodbo. Kot druga instanca v spravnem postopanju je postavljen Svet ZN. V prijateljski pogodbi so še določbe, iz katerih izhaja obveznost tesnega sodelovanja obeh vlad v zunanji politiki in v obrambi obstoječega političnega statuta Evrope.

V pogledu obveznosti strank, da se odpovedujeta vojni kot načinu urejanja mednarodnih sporov, in v pogledu miroljubnih sredstev sliči porenškemu paktu tudi pakt prijateljstva, sprave in pravosodnega razpravljanja, ki ga je Jugoslavija sklenila z Grčijo dne 27. marca 1929 (Služb. Nov. št. 58-XX od 13. marca 1930).

Tudi Poljska si je skušala doseči večje jamstvo svoje varnosti, ker v smislu lokarnskih pogodb napadna vojna med njo in Nemčijo ni popolnoma izključena. Na pobudo Poljske se je VIII. Skupščini ZN (l. 1927.) predložil načrt pogodbe o nenapadanju (non-agression), ki pa se je končno sprejel le kot izjava Skupščine, da vsaka napadna vojna je in ostane prepovedana in da se morajo uporabiti vsa miroljubna sredstva, da se vsi spori uredijo, a članice, da se morajo prilagoditi tema dvema načeloma. Ta sklep sicer ni uspel, da bi se pakt ZN v tem smislu spremenil, vendar ima velik pomen, ker je na problem prepovedi in odreke vojni obrnil pozornost svetovnega javnega mnenja.

Medtem je zamisel toliko dozorela, da se je pokazala nujnost, obsoditi vojno tako v okrilju ZN kot v USA. Odslej so se tovrstna prizadevanja z obeh strani oceana združila, postala poljudna in stopila v prvo vrsto svetovne politike.

Uspeh ni izostal, kajti kmalu po sklepu VIII. Skupščine je zamisel bila aplicirana, in sicer v odnosu med državami — članicami ZN, na eni strani, in med državami, ki niso članice, na drugi strani.

Dne 6. februarja 1928 so USA podpisale razsodiščno pogodbo s Francijo in nato še z drugimi državami, med drugimi tudi s kraljevino Jugoslavijo dne 21. januarja 1929 (Služb. Nov., št. 153-LXIV, od 4. julija 1929), katerih preambula se enako glasi, in sicer, da sta se pogodbeni stranki odločili, skleniti razsodiščno pogodbo med drugim tudi »v skrbi, da s svojim zgledom ne samo manifestirata, da v svojih recipročnih odnosih obsojata vojno kot sredstvo svoje nacionalne politike, ampak da še pospešita trenutek, v katerem bi sklenitev mednarodnih dogovorov za miroljubno urejanje sporov med državami odstranila za vedno možnost vojne med narodi sveta«. USA so z Jugoslavijo podpisale isti dan pogodbo o spravi (Služb. Nov., št. 153-LXIV od 4. julija 1929), ki po zgledu Bryan pogodb ustanavlja stalno mednarodno pravno komisijo, kateri se predlože vsi spori, ki nastanejo med obema državama in ki naj bodo kakršnekoli narave, kadar navadno diplomatsko postopanje ne bi uspelo in kadar jih stranki ne bi predložili razsodišču. Obe stranki soglašata, da se ne bosta zatekli druga napram drugi k nobenemu činu sile ves čas, dokler trajajo preiskave od strani komisije in dokler ta ne predloži svojega poročila.

Drugi znak, da je zamisel, obsoditi vojno, močno napredovala, je sklep VI. panameriške konference v Havani z dne 18. februarja 1928, ki je bil sprejet od 21 ameriških republik, med njimi od 16 članic ZN. Izrecno se proglašata, da napadna vojna tvori zločin proti človeštvu, in se sklene, da se vsak napad smatra kot nezakonit in kot prepovedan ter da morajo ameriške države uporabiti vsa miroljubna sredstva, da dosežejo ureditev vseh medsebojnih sporov. Po Alvarezu, ki poudarja pomen teh sklepov za mednarodno pravo, so možne napadne vojne, ki bi imele upravičene motive: kot v preteklem stoletju vojna za neodvisnost ameriških držav, tako v bodoče vojna, ki bi jo začele kolonije, da se osvobodijo.¹³

¹³ Prim. Alejandro Alvarez, *La Sixième Conférence Panaméricaine et le Droit International*, *Revue de Droit International*, 1928, str. 556 i. d.

On opozarja, da je izjava o odreki vojni nevarna, ako ni mednarodnega organizma, ki bi mogel aplicirati učinkovite sankcije v primeru kršitve, in ako države ne bi skupno nastopile proti napadalcu.

Medtem je že 6. aprila 1927 francoski zunanji minister Aristide Briand poslal ameriškemu narodu poslanico, da je Francija pripravljena, skleniti z USA dogovor, da vojno obsojata in da se ji odrekata. To je bil pričetek velikega gibanja in izmenjave misli med francosko in ameriško vlado, ki sta jih vodila Briand in državni tajnik za zunanje zadeve USA Frank Kellogg in ki so dovedla do podpisa Briand-Kelloggovega pakta dne 27. avgusta 1928 v Parizu (zato nazvan pariški pakt) od strani predstaviteljev 15 držav in drugih mednarodno pravnih oseb.¹⁴

Pariški pakt, ki je pravnoobveznega značaja, je izrekel anatema v dveh pogledih: obsodil in prepovedal je, zateči se k vojni zaradi urejanja mednarodnih sporov in kot sredstvu nacijonalne politike, in prepovedal je, za urejanje mednarodnih sporov uporabiti nemiro ljubna sredstva sploh. Ni pa normirana absolutna odreka vojni, ker so izjeme, ki sicer niso izrecno posvečene v pogodbi sami, kot se je to prvotno nameravalo, ampak ki so obvezne, ker jih vsebuje ameriška nota od 23. junija 1928, ki je bila dodana načrtu pariškega pakta in ki je bila od drugih držav molče sprejeta. Dovoljene so zakonita obramba, tzv. vojne sankcije in druge kolektivne vojaške mere ZN ter vojna, ki zadeva garancijo obveznosti, da se odvrne napad. Pakt ostane toliko časa odprt za pristop, kolikor bo potrebno, da pristopijo vse države.¹⁵ V veljavi ostane večno, ker v pogodbi ni določbe glede trajanja in glede odpovedi. Kršitev pakta od strani ene države nikakor ne abrogira pogodbe, ampak odvzema dotični stranki vse prednosti, ki zanjo izvirajo iz pakta.

Z moralnega stališča je pariški pakt pomemben, ker države na slovesen način proglašajo »v imenu svojih

¹⁴ Prim. Karl Strupp, Der Kellogg-Pakt im Rahmen des Kriegsvorbeugungsrechts, 1928, kjer so na str. 28–83 ponatisnjene vse note in načrti, ki so se izmenjali.

¹⁵ Kraljevina Jugoslavija je pristopila 20. februarja 1929 (Služb. Nov. št. 73–XXIX od 28. marca 1929).

narodov« načelo, da se narod, ki prične z napadno vojno, smatra zločinski. Ta določba bi mogla imeti velik vpliv na vzgojo javnega mnenja v državah, ki bi sklenile pariški pakt; kajti da navedem samo eno posledico, ki po mnenju nekaterih izhaja iz ratifikacije pariškega pakta in ki bi mogla povzročiti nedogledne motnje v miselnosti posameznika in ljudstva ter v njegovem odnosu do državne avtoritete: po tem naziranju bi državljani države, ki bi pričela z napadno vojno, bili upravičeni in celo zavezani, odreči vojaško službovanje in pokorščino.¹⁶

Prednost pravnega značaja je najprej v tem, da je načelo, da se obsoja vsaka napadna vojna, vsebovano v obči mednarodni pogodbi, ki veže skoro vse države sveta, med njimi tudi nekatere, ki niso članice ZN, kot predvsem USA in Zvezo (unijo) sovjetskih socialističnih republik (okrajšano URSS). Pogodbene stranke nimajo pravice, vojskovati se za to, da poravnajo medsebojne spore. Občutno je s tem povečano število vojn, ki so članicam ZN prepovedane, zakaj v bodoče je prepovedana v načelu vsaka napadna vojna in ne samo določeno število primerov. Na odpoved vojni so nadalje vezane tudi države, ki niso članice ZN, v kolikor so podpisale ali pristopile k pariškemu paktu. Po mnenju nekaterih mednarodnopравnikov in po praksi držav, posebno USA, daje ta pakt državam-podpisnicam pravico, da intervenirajo v sporih med dvema podpisnicama.

Na drugi strani je pariški pakt v mnogočem p o m a n j k l j i v , kar daje povoda k upravičenim kritikam. Države se odpovedujejo, kot je izrecno določeno, vojni. Izrecno se ne obsojajo vojaške okupacije tujega ozemlja, razne represalije vojaške narave, napadi in vpadi v tuja ozemlja, skratka ne nasilja nevojaške narave, sovražni čini, ki ne predstavljajo vojne. Države se odrekajo le vojni kot sredstvu za urejanje mednarodnih sporov ter kot sredstvu nacionalne politike in prepovedan je poskus, urediti spore drugače kot z miroljubnimi sredstvi. Kršitev te prepovedi se sicer proglašajo kot mednarodni zločin, vendar niso predvidene

¹⁶ Prim. Wehberg, *Die Achtung des Krieges*, str. 111; isti, *Das Genfer Protokoll*, str. 42—44; Nicolas Politis, *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, 1927, str. 109.

sankcije, predvsem ni kazenskih predpisov za primer take kršitve. Določeno je samo, in sicer v preambuli in v ameriški noti od 23. junija 1928, da vsaka podpisnica, ki bi hotela odslej razvijati svoje nacionalne koristi z vojno, ne sme biti deležna prednosti tega dogovora, in da so druge stranke oproščene napram dotični stranki od obveznosti, ki so jih prevzele po pariškem paktu. Ker stranke niso zavezane, vse spore urediti, ampak le poskusiti urediti z miroljubnimi sredstvi, je potem, ko je ta poskus ostal brezuspešen, po pariškem paktu uporaba sile upravičena.¹⁷

Vprašanje je nadalje, kaj pomeni, da se stranke odpovedujejo vojni kot instrumentu nacionalne politike. Možna je razlaga, da je vojna dovoljena, n. pr. kot sredstvo mednarodne politike. Predvsem je pomembnost načela odpovedi vojni zmanjšana s številnimi pridržki, ki razen tega niso točno določeni. Sicer se zakonita obramba more smatrati kot tipična oblika dovoljene uporabe nemiroljubnih sredstev, vendar je vprašanje, kaj je razumeti pod tem pojmom in kdo je pristojen, o tem končno odločati. Razen obrambne vojne in nastopov ZN se morejo smatrati kot dovoljeni tudi nekateri nemiroljubni čini, ki so predvideni v specialnih pogodbah.¹⁸ V smislu člena 2., odstavek prvi, številka prva poreskega pakta je Francija upravičena, začeti z vojno ali uporabiti silo napram Nemčiji, brž ko ta prekrši določene pogoje o demilitariziranem pasu in ne šele tedaj, ko bi Nemčija prva napadla Francijo.

Končno ni predvideno in ni točno določeno postopanje, po katerem bi se spori, ki se odslej ne smejo več urediti z vojno, zamogli poravnati na drug, in sicer na miroljuben način. Kajti brž ko se države odrečejo vojni kot sredstvu za urejanje medsebojnih sporov, je neobhodno potrebno, da imajo namesto tega na razpolago učinkovita miroljubna sredstva.

¹⁷ Prim. Olof Hoijer, *La mise en harmonie du Pacte de la Société des Nations et du Pacte de Paris*. *Revue de Droit international*, 1931, št. 3, str. 157.

¹⁸ Prim. Arnold Raestad, *Guerre et moyens pacifiques: Quelques observations au sujet d'incorporer le contenu du Pacte Kellogg dans le Pacte de la Société des Nations*. *Revue de Droit international*, 1931, št. 2, str. 561 i. d.

Za države-članice ZN, ki so sklenile pariški pakt, se je tedaj sprožilo vprašanje, ali naj obča prepoved vojne postane bistven del pakta ZN. Tako je nastal problem, spraviti pakt ZN v sklad s pariškim paktom. To prizadevanje je ostalo brez uspeha predvsem, ker mnogo držav noče izvajati vojaških in gospodarskih sankcij, ki bi šle preko okvira člena XVI. pakta ZN.¹⁹

Pariški pakt se je deloma izpopolnil z občim ženevskim razsodiščnim aktom, ki je bil izdelan pod okriljem ZN in sprejet od Skupščine dne 26. septembra 1928.²⁰ Ta akt je stopil v veljavo dne 19. avgusta 1929 in je k njemu pristopilo že mnogo držav, med katerimi pa ni kraljevine Jugoslavije. Imel je namen, točno določiti in kodificirati vse, kar se nanaša na miroljubne načine urejanja mednarodnih sporov. S pristopom k temu aktu se državam, ki so sklenile pariški pakt, omogoča, da v obliki obče pogodbe — seveda njim ostane možnost, da sklenejo tozadevno dvostranske pogodbe! — izvajajo določbe pariškega pakta. Ta akt je zamašil vrzel pakta ZN v tem smislu, da odstranja dopustnost, zateči se k vojni v primeru člena XV., odstavek 7.²¹

Dogovor o finančni pomoči državi, ki postane žrtev napada ali ako ji napad preti, je bil izdelan pod okriljem ZN in podpisan dne 2. oktobra 1930 od 28 držav (tudi od kraljevine Jugoslavije) in se smatra kot učinkovito sredstvo, da se vojna prepreči, češ, da bo moral napadalec odslej računati s tem, da se bo nasprotna stranka poslužila ugodnosti, ki izvirajo iz tega dogovora.²²

Dne 26. septembra 1931 je ZN sprejela obrazec pogodbe o ojačanju sredstev, da se vojna odvrne, in je priporočila

¹⁹ Prim. Hoijer, l. c., str. 142 i. d.

²⁰ Besedilo občega ženevskega razsodiščnega akta in načrtov dvostranskih dogovorov o spravi, razsodništvu, sodnem razpravljanju, napadanju in vzajemni pomoči je ponatisnjeno v Karl Strupp, *Éléments du droit international public universel, européen et américain*. 2. izd., Paris, 1930, III. zv., str. 728—805.

²¹ Prim. Gallus, *L'Acte général a-t-il une réelle utilité?* *Revue de Droit International*, 1931, št. 4, str. 377 i. d., posebno str. 409.

²² Prim. Hans Wehberg, *Das Völkerbund-Abkommen betreffend finanzielle Hilfeleistung*, *Friedenswarte*, 1933, 7-S. zv., str. 179 i. d.

članicam in drugim mednarodnopravnim osebam, da sklenejo tovrsten dogovor.²³ Temeljna misel tega načrta pogodbe je, da naj Svet ZN tudi še potem, ko so sovražnosti že izbruhnile, poskusi vzpostaviti mir.

Toda načela pariškega pakta se izvajajo le delno. Države, ki so se s pariškim paktom odpovedale pravici vojskovati se, niso voljne, učinkovito prilagoditi se temu stanju, ki so ga same ustvarile. Posebno značilno je bilo nasilno postopanje Japonske napram Kitajski v Mandžuriji, Šanghaju in Mongoliji, ki se ni moglo preprečiti in zaustaviti, čeprav sta obedve državi bili člani ZN in četudi sta obedve sklenili pariški pakt.

V tem primeru se je znova pokazalo, da je pozitivno mednarodno pravo nepopolno in da ZN nima sredstev, s katerimi bi mogla prisiliti države, predvsem velesile, da izpolnijo mednarodnopravne predpise. Sicer se je temu hotelo odpomoči med drugim v obliki številnih dodatkov k paktu ZN. Toda države, predvsem velesile, nočejo teh sklepov ZN ratificirati, radi česar se ZN ne more razviti v nepristransko, nad državami stoječo in s primernimi prisilnimi sredstvi organizirano oblast, ki bi zamogla, bodisi preventivno, bodisi represivno, preprečiti vsako vojno.

Zato države iščejo nova pota in načine, kako ohraniti mir in zagotoviti si varnost. Ta smoter se deloma hoče doseči posredno s tem, da se sklenejo pogodbe o miroljubnem urejanju medsebojnih sporov in o tesnejšem sodelovanju na polju mednarodne politike.²⁴

²³ Besedilo načrta pogodbe, sestavljenega na osnovi predloga nemške delegacije z dne 22. februarja 1928 v odboru za varnost in po katerem načrtu je zasnovan zgoraj omenjen obrazec iz l. 1931., je ponatisnjen v nemškem prevodu v Wehberg, Die Achtung des Krieges, str. 185—187.

²⁴ Prim. čl. 2. in 3. grško-turške pogodbe od 14. sept. 1933, kakor tudi obči pakt o spravi, razsodništvu in pravosodnem razpravljanju, ki so ga podpisale države Male antante (Jugoslavija, Češkoslovaška, Rumunija) v Beogradu, dne 21. maja 1929 (Služb. Nov. št. 280—CXIII od 29. novembra 1929) in pakt o organizaciji Male antante, podpisan od treh držav v Zenevi, dne 16. februarja 1933 (Služb. Nov. št. 75—XXIV od 3. aprila 1933). Prim. pakt o balkanskem sporazumu, ki so ga dne 9. februarja 1934 v Atenah podpisale Jugoslavija, Rumunija, Grčija in Turčija.

Trenotno prevladuje težnja, skleniti dvo- in večstranske pogodbe o nenapadanju, ki bi zamogle pripomoči, da se dokončno reši vprašanje znižanja in omejitve oboroževanja in vprašanje varnosti držav.

III. Pogodbe o nenapadanju.

1. Nastanek.

Zamisel, da se sklene pogodba o nenapadanju, je sicer podpirala Poljska, ki je že l. 1922., ko je sovjetska država na genovski konferenci predložila načrt take pogodbe,²⁵ pozvala na razorožitveni konferenci v Varšavi določene države, da sklenejo tovrstno pogodbo. Toda najbolj se je zavzela za uresničitev te zamisli sovjetska država.

Prizadevanje sovjetske države (URSS) je bilo razumljivo, ker ona ni postala članica ZN in zato v pogledu prepovedi vojne ni bila deležna ugodnosti pakta ZN. Potreba, ojačiti komunistični režim, pa ji je narekovala smer, v katero je morala voditi svojo zunanjo politiko, namreč v tem pravcu, da dobi od sosednih ali bližnjih držav, pa najsi bodo tega ali onega političnega ali socialnega ustroja, zagotovilo, da jo ne bodo napadle in da bodo ostale nevtralne, ako jo katera druga država napade.

Dejansko je URSS sklenila vrsto dvostranskih pogodb, in sicer kot prvo izmed njih pogodbo o nenapadanju in nevtralnosti z Nemčijo (24. aprila 1926), kasneje še s Turčijo, Afganistanom, Perzijo in Litvo. Ni pa se ji posrečilo, skleniti te vrste pogodbe s Poljsko, Latvijo, Estonsko, Finsko in Rumunijo.

Nekoliko dni po podpisu pariškega pakta je URSS pristopila k njemu (31. avgusta 1928) in nato predlagala Poljski, da naj se ta pogodba čimprej uveljavi s podpisom posebnega zapisnika, kar se je zgodilo dne 9. februarja 1929 med URSS, na eni strani, in Estonsko, Latvijo, Poljsko in Rumunijo, na drugi strani, dočim so Turčija, Perzija, Litva in Gdansko pristopile kasneje.²⁶ Za podpisnice tega zapisnika je pariški

²⁵ Prim. Wehberg, Die Achtung des Krieges, str. 104.

²⁶ Besedilo zapisnika je v nemškem prevodu ponatisnjeno v Wehberg, Die Achtung des Krieges, str. 180—181.

pakt stopil v veljavo p r e j , kot pa za vse druge podpisnice pariškega pakta, za katere je postal obvezen šele tedaj, ko so vse ratifikacijske listine bile položene v Washingtonu.

Na pobudo sovjetske države se je pariški pakt začel izvajati po pogodbah o nenapadanju, ki jih je ona sklenila s Finsko, Poljsko, Latvijo, Estonsko, Litvo, Francijo in Italijo.²⁷

Sovjetske države pri tem niso vodili čisto idealni nagibi za mir, ampak predvsem nagibi taktično-politične in gospodarske narave. Pa tudi sopogodbenicam je bilo v prid, ako radi svojih in občih zunanjepolitičnih težav in zapletljajev sklenejo z URSS posebne pogodbe.²⁸

Na eni strani silijo sovjetsko državo razmere na Daljnem vzhodu h konsolidaciji miru na ostalih mejah ogromne države, na drugi strani ima komunistični eksperiment malo upanja, da se izvrši, ako meje URSS ne bodo dovoljno zavarovane. Temu prizadevanju so se pridružila stremljenja cele vrste držav, zagotoviti, da se jamstvo njihove varnosti poveča; kajti obstoječi sistem mednarodne varnosti ne nudi

²⁷ Pogodba o nenapadanju in miroljubnem urejanju sporov med republiko Finsko in URSS, podpisana dne 21. januarja 1932, ponatisnjena v *L'Europe nouvelle*, šte. 732. Pogodba o nenapadanju med URSS in republiko Poljsko, podpisana 25. januarja 1932, ponatisnjena v *L'Europe nouvelle*, šte. 736. Pogodba o nenapadanju med URSS in republiko Latvijo, podpisana 5. februarja 1932, ponatisnjena v *L'Europe nouvelle*, šte. 736. Pogodba o nenapadanju med URSS in Estonsko (4. maja 1932), ter med URSS in Litvo (6. maja 1932): besedilo mi žal ni bilo dostopno. Pogodba o nenapadanju med republiko Francijo in URSS, podpisana 29. novembra 1932, ponatisnjena v *L'Europe nouvelle*, šte. 773 in v *L'Esprit International*, 1933, str. 150—152. Pogodba o prijateljstvu, nenapadanju in nevtralnosti med kraljevino Italijo in URSS, podpisana 2. septembra 1933, ponatisnjena v *L'Europe nouvelle*, šte. 818. Vse te pogodbe so bile ratificirane in so stopile v veljavo. Medtem so opolno-močenci URSS in baltskih obrobni držav dne 4. aprila 1934 podpisali v Moskvi v obliki zapisnikov dogovore, da se podaljša do 31. decembra 1945 veljavnost pogodb o nenapadanju in o miroljubnem urejanju sporov med URSS in Estonsko, URSS in Latvijo, URSS in Litvo.

²⁸ Prim. Elfried Härle, *Die russischen Nichtangriffspakte*, Friedenswarte, marec, 1933, str. 72 i. d.; Paul Milioukov, *La situation internationale actuelle de la Russie soviétique*. *L'Esprit International*, 1933, šte. 27, str. 372 i. d.

dovolj jamstva, da zagotovi mir, posebno odkar so se izvršile v nekaterih državah dalekosežne pretvorbe, kar je imelo za posledico temeljito preusmeritev stremljenj držav. Napori, znižati in omejiti oboroževanja, ne kažejo uspehov, Briandove ideje in zamisel Panevropce so propadle in vedno pogostnejši so klici po reviziji pakta ZN, mejá, določenih v mirovnihi pogodbah, in mednarodnopolitičnega režima Evrope. Vse to še povečava čuvstva nezaupanja med narodi.

Korak dalje v razvoju zamisli odpovedi vojni in vsaki sili v mednarodnih odnosih je bil napravljen z dogovoroma o definiciji napada. Težnje, ubraniti, da ne pride do vojne, so zadevale na velike zapreke največ vsled tega, ker se države niso mogle zediniti o tem, kdaj naj se smatra, da je bil izvršen prepovedan napad. Pod okriljem ZN in izven nje so se napravili mnogi poskusi, a uspeh se je dosegel šele lansko leto z dvema dogovoroma, katerih vsebina je posvečena izključno opredelitvi napada in s katerimi se je prvič v oficijelnem dokumentu točno določil osnoven mednarodnopraven pojem, ki je največjega pomena za spoznanje in izvajanje pariškega pakta in pakta ZN.

Prvi dogovor o definiciji napada je bil podpisan 3. julija 1933 v Londonu med URSS, na eni strani, ter med Afganistanom, Estonsko, Latvijo, Perzijo, Poljsko, Rumunijo in Turčijo, na drugi strani, drugi dogovor 4. julija 1933 istotam med URSS, na eni strani, ter Malo zvezo (Češkoslovaško, Jugoslavijo, Rumunijo) in Turčijo, na drugi strani.²⁹

Oba dogovora, ki se označujeta kot londonska zapisnika o definiciji napada in ki imata vsak preambulo, 5 členov in dodatek, sta razen glede člena 4. identična po svoji vsebini.

Prvi dogovor je podpisala URSS in sedem evropskih oz. azijskih držav, ki imajo s sovjetsko državo skupne meje, in ostane odprt za pristop Finske. Drugi londonski dogovor je bil sklenjen med petimi državami, od katerih sta dve (Jugo-

²⁹ Besedilo obeh dogovorov je ponatisnjeno v *L'Europe nouvelle*, števil. 807. Drugi londonski dogovor je stopil v veljavo med URSS, kraljevino Jugoslavijo, kraljevino Rumunijo in republiko Češkoslovaško v smislu člena 4., dne 17. februarja 1934, ko so te države deponirale v Moskvi svoje ratifikacijske listine, in sicer je v imenu držav Male antante izvršil deponiranje ratifikacijskih listin dogovora delegat Češkoslovaške.

slavija in Češkoslovaška), ki z URSS nimata skupnih mejá, dočim so ostale tri (URSS, Turčija in Rumunija) podpisale že prvi dogovor. K drugi pogodbi morejo v smislu člena 4. te pogodbe pristopiti vse druge države, ne glede na to, ali so si sosedne ali ne. V preambuli obeh dogovorov se stranke sklicujejo na pariški pakt in izjavljajo, da smatrajo za koristno v prid občemu miru, da uveljavijo med seboj točno določena pravila, ki opredeljujejo napad, v pričakovanju, da ta pravila postanejo vesoljna. Zasnovo je, da postane formalno vesoljen drugi londonski dogovor. Dotedaj veljata dogovora le za one in med onimi državami, ki so ju sklenile.

Vendar vse države, ki so z URSS sklenile pogodbe o nenapadanju, niso sklenile londonskega dogovora (Finska, Francija, Italija), dočim so države, ki so napram URSS vezane na londonski dogovor, a z njo niso sklenile pogodbe o nenapadanju (Jugoslavija, Češkoslovaška, Rumunija). Medtem pa so vse te države in URSS sklenile pariški pakt. Sicer radi tega pogodbe o nenapadanju niso odveč, češ, da zadošča, da vsaka država sklene pariški pakt, ki proglašá načelo odreke vojni, in nato še londonski dogovor, po katerem se vojna, napad oz. vsak čin sile točno določi. Kajti pogodbe o nenapadanju so zasnovane na širši podlagi kot pariški pakt, ker vsebujejo določbe o odreki vsaki sili, o nevtralnosti, o gospodarskem in političnem nenapadanju ter o miro-ljubnem urejanju mednarodnih sporov.

2. Podrobna razlaga.

Pogodbe o nenapadanju, ki imajo po 5 do največ 9 členov, vsebinsko niso popolnoma enake, čeprav je smoter, ki so ga pogodbene stranke zasledovale, bil isti in je pri vseh ena stranka (sc. URSS) ista. Vendar med temi pogodbami ni bistvenih razlik.

Vsebinsko moremo določbe dispozicije teh kot drugih mednarodnih pogodb razdeliti v dve skupini: obče ali formalno-pogodbenopravne in posebne ali materijelno-pogodbenopravne določbe. Obče določbe so določbe o formalni tvorbi pogodbenega razmerja in se nanašajo na posvedočbo (ratifikacija in izmena ratifikacijskih listin) in na pravno učinkovitost in pravne posledice pogodbe. So to do-

ločbe, ki jih vsebuje vsaka mednarodna pogodba brez ozira na predmet in zato se pri njih ne bomo zaustavili, ampak omenjamo le one predpise teh pogodb, ki so posebnega značaja, namreč predpise o trajanju veljavnosti in o pristopu.

Nekaj pogodb je sklenjenih za določeno dobo (sovjetsko-finska, sovj.-poljska, sovj.-estonska, sovj.-latvijska in sovj.-litovska za dobo 3 let), in sicer se je veljavnost nekaterih teh pogodb medtem podaljšala, kot je že omenjeno, do 31. decembra 1945. Sovj.-francoska in sovj.-italijanska pogodba pa sta sklenjeni za nedoločeno dobo. In sicer ostane sovj.-francoska pogodba v veljavi do poteka roka enega leta, začevši od dneva, ko je ena izmed strank sporočila drugi stranki svojo namero, odpovedati to pogodbo. Vendar se ta namera ne sme sporočiti pred potekom roka dveh let, računano od dneva, ko je pogodba stopila v veljavo. Analogno določbo ima sovj.-italijanska pogodba s to razliko, da se ta namera ne sme sporočiti pred potekom roka petih let. Nekatere pogodbe določajo avtomatsko podaljšanje veljavnosti. Pristop predvideva le londonski dogovor, sklenjen 4. julija 1933. leta. Po členu 4., kot je že omenjeno, je ta dogovor odprt za pristop vsem drugim državam in se s pristopom pridobe iste pravice in prevzamejo iste dolžnosti kot ob prvotnem podpisu.

Predmet podrobnega proučevanja so v naslednjem le posebne določbe, ki obsegajo predpise o odreki sili (nenapadanje, nevtralnost, prepoved neprijateljskih zvez ter gospodarskega in političnega napadanja, izjemne določbe) in predpise o miroljubnem urejanju mednarodnih sporov.

A. Odreka sili.

a) Nenapadanje.

Predpisi o jamstvu nedotakljivosti mejá in ozemlja, o obveznosti, vzdržati se napada, in o definiciji napada. Po čl. 1. sovj.-finske pogodbe si stranki vzajemno jamčita nedotakljivost mejá, ki jih imata skupne in ki so določene v mirovni pogodbi, ki sta jo sklenili 14. oktobra 1920 v Tartuju (Dorpatu) in ki ostane, kot se v novi pogodbi izrecno določa, neomajen temelj nju-

nih odnosov. Člen 1. grško-turške pogodbe določa, da si stranki vzajemno jamčita nedotakljivost svoje skupne meje.³⁰ V dveh drugih pogodbah se vsaka izmed strank zaveže, spoštovati nedotakljivost ozemlja, ki je pod njeno suverenostjo (čl. 1. sovj.-ital. pogodbe), ali — kot dostavlja čl. 1. sovj.-francoske pogodbe — ozemlja, ki ga ona na zunaj predstavlja ali nad katerim vrši upravno nadzorstvo.

V členu 1. vseh pogodb se stranke vzajemno zavežejo, bodisi, da se bodo druga napram drugi vzdržale vsakega napada in vsakega čina sile, bodisi, da se v nobenem primeru ne bodo zatekle proti drugi stranki ne k vojni in ne k nobenemu napadu na suhem, na morju ali po zraku, in sicer ne posamično ne v zvezi z eno ali več tretjimi državami.

Dočim v sovj.-francoski, sovj.-italijanski in grško-turški pogodbi ni nobenega predpisa o tem, kaj je smatrati kot napad in čin sile v smislu teh pogodb, določa člen prvi pogodb, ki jih je URSS sklenila s Finsko, Poljsko in Latvijo, da se kot napad smatra vsak čin sile, ki ogroža integriteto in nedotakljivost ozemlja ali politično neodvisnost sopogodbence in to tudi tedaj, če je ta čin bil napravljen, ne da bi se bila napovedala vojna in ako bi se izognilo vsem njenim znakom. Jasno in določno je to vprašanje urejeno v london-skima dogovoroma o definiciji napada od 3. in 4. julija 1933.

Temelj obema dogovoroma je poročilo in načrt, ki je bil sestavljen na pobudo sovjetske delegacije z dne 6. februarja 1933 in ki ga je znani mednarodnik Nicolas Politis v imenu odbora za vprašanja varnosti predložil dne 24. maja 1933 mednarodni konferenci za omejitev oboroževanja v Ženevi. V členu prvem obeh dogovorov se stranke izrecno sklicujejo na to poročilo, ker se vsaka izmed njih zaveže, da v medsebojnih odnošajih druga z drugo in od dne, ko se uveljavi dotični dogovor, sprejme definicijo napada, ki je bila predlagana v poročilu Politisa.

Zato se bo v mednarodnem sporu smatrala za napadalko — pod pridržkom dogovorov v veljavi med prizadetimi strankami — ona država, ki bo prva storila eno izmed teh-le

³⁰ Pogodba o prijateljstvu, nenapadanju in nevtralnosti med Grčijo in Turčijo je bila podpisana 14. septembra 1933. Besedilo pogodbe je ponatisnjeno v *L'Europe nouvelle*, števil. 818.

dejanj: 1. napoved vojne drugi državi; 2. vpad z oboroženimi silami na ozemlje druge države, čeprav brez vojne napovedi; 3. napad s kopnimi, pomorskimi ali zračnimi silami na ozemlje, ladje ali zrakoplove druge države, čeprav brez napovedi vojne; 4. pomorsko zaporo obal ali pristanišč druge države; 5. podporo, dano oboroženim tolpam, ki bi, sestavljene na ozemlju ene države, vdrle na ozemlje druge države, ali odklonitev zahteve države, v čije področje je vpad bil izvršen, da naj se na njenem ozemlju izdajo vsi v njenih močeh stoječi ukrepi, da se tem tolpam odtegne vsaka pomoč in zaščita (člen 2.). Po členu 3. ne bo nobeno razmotrivanje politične, vojaške, gospodarske ali druge narave moglo služiti kot izgovor ali opravičilo za napad po členu 2. in kot primer, je rečeno izrecno, glej dodatek. Pogodba je spopolnjena z oficijelnim, členu 3. pogodbe dodatnim zapisnikom, kjer je pravilo glede določitve napada točno pojasnjeno v smislu poročila Politisa.

Po tem dodatnem zapisniku si stranke izrecno pridržujejo, da v ničemur ne zmanjšajo absolutnega pomena pravila, navedenega v členu 2. dogovora, in žele dati izvestna navodila, da se napadalec točno določi. Stranke ugotavljajo, da ne bo mogoče noben čin napada v smislu člena 1. omenjenega dogovora opravičiti med drugim z nobeno izmed naslednjih okoliščin: A. Notranji položaj države, n. pr. njen političen, gospodarski in socialen sestav; pomanjkljivost njene uprave; nemiri, ki nastanejo radi stavk, revolucij ali meščanskih vojn; B. Mednarodno zadržanje države, n. pr. kršitev ali nevarnost kršitve pravic ali materialnih ali moralnih interesov tuje države ali njenih državljanov; prelom diplomatskih ali gospodarskih odnošajev; ukrepi gospodarskega in finančnega bojkota; spori radi gospodarskih, finančnih ali drugih dogovorov napram drugim državam; obmejni spori, ki ne spadajo k nobenemu izmed primerov napada, navedenih v členu 1. Stranke razen tega soglašajo, da smatrajo, da ta zapisnik nikoli ne sme služiti, da opraviči kršitve mednarodnega prava, ki bi mogle biti vsebovane v primerih, označenih v gornji navedbi.

P o m e n t e h p r e d p i s o v. Slaba stran določb o ne-
napadanju je predvsem v tem, da ne predpisujejo garancije

teritorialnega statusa quo in tudi ne sankcij, s katerimi bi obveznosti, ne zateči se medsebojno k sili, bile ojačene in v smislu katerih bi stranke bile zavezane k vzajemni pomoči. Skratka, te pogodbe ne normirajo tega, radi česar so lokarnske pogodbe tako pomembne in radi česar se še vedno smatrajo kot ideal, za katerim države, med drugim tudi balkanske, vneto streme. Vzajemno jamstvo nedotakljivosti mejá in obveznost, spoštovati nedotakljivost ozemlja, kot je normirano v pogodbah o nenapadanju, nikakor ne pomeni, da si stranke jamčijo teritorialen status quo, in tudi ne, da si vzajemno priznavajo obstoječe meje. To se najbolj vidi iz okolnosti, da je URSS v pogajanjih z Rumunijo radi sklenitve pogodbe o nenapadanju bila pripravljena, jamčiti ji, da njenega ozemlja ne bo napadla, ni pa hotela priznati Besarabije kot del rumunskega državnega ozemlja.³¹

Navedeno jamstvo pomenja, da so stranke zavezane, ničesar ukreniti, s čemur bi kršile obstoječe meje in politično neodvisnost sopogodbenic z vojaško silo. V smislu določb prvega člena vseh pogodb se stranki zavežeta, vzdržati se vsake vojne, napada in sploh vsake sile, ki bi bila naperjena proti integriteti in nedotakljivosti ozemlja ter proti politični neodvisnosti sopogodbence, torej vzdržati se vsake sile, ki bi se izvršila za to, da se ozemlje sopogodbence osvoji ali da se mu odvzame politična neodvisnost. Te določbe dopolnjuje člen 2., točke 2., 3. in 4. obeh londonskih dogovorov o definiciji napada. Vsled tega se kot ozemlje, ki je zaščiteno proti napadom sopogodbenic, more označiti ono ozemlje, nad katerim država dejansko izvršuje svojo avtoriteto. To pomeni pravno zaščito dejanske oblasti, kar ima mnogo podobnosti z rimsko in moderno zasebnopravno zaščito obstoječe posesti proti motitvam (*uti possidetis*).

V teh predpisih pa ne le da ni izrecnega priznanja teritorialnega statusa quo, ampak si pogodbence tudi implicite niso priznale tega, čeprav se ne dà tajiti, da se je političen status quo v vzhodni Evropi s temi določbami učvrstil in da so se meje konsolidirale.

³¹ Prim. Härle, l. c., str. 73.

Pogodba sama je nepobiten dokaz dejstva, da so si države pogodbenice, ki morajo vedeti in vedo, s katerimi sopogodbenicami prevzemajo določene obveznosti, popolnoma na jasnem in gotovi, da so meje ozemlja, katerih nedotakljivost si vzajemno jamčijo, točno določene in gotove, in da v tem pogledu ni mogoče opravičevati napada.³²

Pogodbenice so se torej odrekle le nasilnim spremembam obstoječih mejá. Niso pa izključene vse spremembe, ker bi to značilo ovekovečiti status quo, ustanovljen z mirovnimi pogodbami. Kot dovoljene se morejo smatrati one spremembe, ki se izvrše na miroljuben način, n. pr. z dogovorom, razsodiščnim izrekom itd.

Ako bi se spremembe teritorialnega statusa quo izvršile s silo in se nato normirale v obliki mednarodne pogodbe, se more smatrati, da je napadena država bila prisiljena, skleniti to pogodbo. V toliko problem odreke vojni in sili sploh zadene na vprašanje nedostatka privolitve pri sklepanju mednarodnih pogodb.³³

Te določbe spominjajo na člen X. pakta ZN, po katerem pa so članice vzajemno zavezane, ne samo spoštovati teritorialno integriteto in politično neodvisnost vseh članic, ampak tudi čuvati to proti vsakemu zunanjemu napadu. Ti predpisi, ki ustanavljajo vzajemno kolektivno jamstvo, so dalekosežnejši kot člen prvi pogodb o nenapadanju, a še dalje gredo, kot je bilo pravkar omenjeno, določbe lokarnskih pogodb. Določbe člena prvega pogodb o nenapadanju pa imajo za pogodbenice predvsem ta pomen, da so pogodbenice, ki so vse razen URSS članice ZN in ki torej uživajo od strani sopogodbenic-članic ZN ugodnosti pakta ZN, sedaj deležne tudi od strani URSS delne, zgoraj označene zaščite integritete in nedotakljivosti mejá ter politične neodvisnosti svojega državnega ozemlja. Na drugi strani URSS uživa analogno iste pravice v razmerju napram sopogodbenicam, kar pa je praktično zanjo večjega pomena, ker vse sopogod-

³² Prim. Yves de la Brière, Un nouveau progrès sur la route du droit: la définition de l'agresseur. L'Esprit International, 1933, štev. 28, str. 623.

³³ Prim. dodatek, ki ga je Peru predlagala k čl. XVIII. pakta ZN, naveden v Ivan Tomšič, La reconstruction du droit international en matière des traités. Paris, 1931, str. 89.

benice so članice mednarodne zajednice (sc. ZN), katere poglavitna naloga je, da očuva svetovni mir. V tem obsegu in z navedenimi omejitvami se more reči, da se je URSS naslonila na organizacijo ZN.

Še pomembnejši napredek značijo pogodbe o nenapadanju radi tega, ker obveznosti, ki izvirajo iz teh pogodb, gredo daleč preko okvira ne samo pakta ZN, ampak tudi pariškega pakta. Dočim je po paktu ZN napadna vojna prepovedana le v določenih primerih in po pariškem paktu načeloma vsaka napadna vojna, so po teh pogodbah stranke zavezane, vzdržati se druga napram drugi sploh vsakega čina sile (torej tudi vojaških zasedb), izvršenega tako posamično kakor tudi z eno ali več tretjimi državami in naperjenega proti integriteti in nedotakljivosti ozemlja ali politični neodvisnosti druge stranke, in to tudi tedaj, če se je ta čin izvršil brez napovedi vojne in če ni bilo pojavov vojne.

Prav poseben uspeh predstavljata oba londonska dogovora o definiciji napada.³⁴ Po deset let trajajočih naporih, najti primerno opredelitev napada, so se dogovorila jasna in točno določena pravila, na podlagi katerih bo v posameznem primeru omogočeno, učinkovito in neposredno ugotoviti, ali določen čin sile nasprotuje obveznostim, ki so jih države prevzele s sklenitvijo pariškega pakta in pogodb o nenapadanju. Londonska dogovora zagotavljata boljše izvajanje teh pogodb in njim dajeta trden temelj.

Dogovor o definiciji napada je prvotno bil zasnovan, da bo tvoril nerazdelan del občega dogovora o znižanju in omejitvi oboroževanj. Do tega občega dogovora ni prišlo, pač pa se je dogovor o definiciji napada sklenil v obliki posebne mednarodne pogodbe in le med določenimi državami.

Postavitev pravil za definiranje napada ima preventiven pomen; kajti države so že vnaprej opozorjene na to, česar ne smejo storiti, ako nočejo biti izpostavljene nevarnosti, da se bodo smatrale kot napadalke. Predvsem se bo smatrala kot napadalka ona država, ki napravi čin sile naperjen proti

³⁴ Prim. Rapport du Comité pour les questions de sécurité, natisnjen v Journal de l'Association allemande pour la Société des Nations, šte. 64 od 23. junija 1933.

integriteti in nedotakljivosti ozemlja (člen 2., točka 2., 3. in 4.). S tem se priznava načelu nedotakljivosti ozemlja prvenstven pomen za zagotovitev miru. Dejansko se mir največkrat moti s tem, da se krši to načelo. Vendar ni treba vedno, da se uporabi vojaška sila, ampak zadošča za napad, da država napove drugi državi vojno (člen 2., točka 1.). Po členu 2., točka 5. se bo kot napadalka smatrala celó država, ki bi podpirala oborožene tolpe ali ki ne bi njim hotela odtegniti podpore, in sicer pod sledečimi okolnostmi: že samo vsled tega, da bi država A podpirala oborožene tolpe, ki bi se sestavile na njenem ozemlju in ki bi vdrle v ozemlje države B, ali pa vsled dejstva, da bi država B zahtevala od države A, odkoder so oborožene tolpe pridrle, da naj ukrene vse, kar more, da se tem tolпам odtegne pomoč in zaščita, in bi tedaj država A odklonila to zahtevo, že samo na temelju enega navedenih činov se bo država A smatrala kot napadalka na državo B. Ta določba je pomembna radi tega, ker odstranja vsak dvom v primerih, ko drugače ne bi bilo jasno, namreč, ali se more smatrati država odgovorna za dejanja oseb, ki niso državni organi.³⁵

Člen 2. našteva limitativno pet dejanj, od katerih se vsako dejanje zase more predstavljati kot napadno dejanje. Ta dejanja se pri presoji ne bodo samo upoštevala, ampak se morajo smatrati kot točno določeni kriteriji, po katerih se vprašanje napada mora odločiti. In sicer se bo v smislu teh določb smatrala za napadalko ona država, ki bo prva izvršila eno izmed teh napadnih dejanj. Če bodo oborožene sile države-pogodbence vpadle v ozemlje države-sopogodbence, se bo prva država smatrala kot napadalka, dočim bo napadena država na podlagi tega upravičena, napovedati napadalki vojno in vdreti v njeno ozemlje, ter se ne bo smatrala za napadalko. Odločilen pri tem je torej časovni vrstni red dejanj.

³⁵ Ob priliki razpravljanja o ženevskem zapisniku je na 7. seji prve komisije Skupščine ZN v jeseni l. 1924 jugoslovanski delegat predlagal, da naj se v vsakem primeru smatra kot grožnja vojne, ako ena država trpi na svojem ozemlju oborožene tolpe, ki imajo namen kršiti meje ali pravni red druge države. Na njegov predlog je ta misel bila povdarjena v poročilu k ženevskemu zapisniku (prim. Wehberg, Das Genfer Protokoll, str. 117).

Napadna dejanja, kot so definirana v členu 2., se ne smejo opravičevati iz razlogov politične, vojaške, gospodarske ali druge narave (člen 3.). V toliko je torej pet napadnih dejanj, normiranih v členu 2., postavljenih pod absolutno prepoved. Določena država bi napadna dejanja smela opravičevati le s tem, da je ona sama prva bila žrtev dejanj te vrste.

Da se pojasni in razloži dalekosežnost člena 3., se je dogovoril poseben zapisnik, ki se je dodal temu členu. Ta dodatek našteva poglobitve primere, v katerih bi se države, v stanju mednarodnega prava pred pariškim paktom in paktom ZN, mogle smatrati upravičene, uporabiti napram drugi državi nasilne ukrepe. Izrecno je določeno, da kršitve mednarodnega prava, ki ne bi mogle opravičiti napram državi, ki jih je povzročila, uporabo nasilnih ukrepov, označenih kot napadna dejanja v smislu člena 2., ne bi smele biti radi tega mogoče legitimirane. Ako bi namreč država smatrala, da je druga država prekršila določeno mednarodno pogodbo, bo za to, da se ugotovi krivica, katere žrtev se smatra, imela na razpolago postopanje za miroljubno ureditev spora in bo smela, če bi bilo potrebno, izvajati prisilna sredstva (n. pr. prelom diplomatskih, gospodarskih in drugih odnosajev), nikakor pa ne nasilnih ukrepov, kot so n. pr. čini vojaške narave.

Oba londonska dogovora vsebujeta predpise glede definicije napada, ni pa nobenega predpisa glede ugotovitve napada.

Sicer ima ta opredelitev napada svojo vrednost, čeprav ni dogovorjena intervencija mednarodnega organa, ker podkreplja avtoriteto prepovedi, uporabiti nasilna sredstva, s tem, da dopušča javnemu mnenju in neprizadetim državam, z večjo gotovostjo presoјati o tem, ali se je ta prepoved uvaževala ali ne. Toda učinkovitost predpisov o definiciji napada bi bila zagotovljena, ako bi se bil dogovoril mednarodni organ, ki bi bil upravičen, določiti napadalca v posameznem sporu.³⁶ Tudi ako bi se v sporu nahajajoči

³⁶ Prim. načrt dogovora o ugotovitvi napada, napravljen na osnovi belgijskega načrta v zgoraj cit. Rapport.

se stranki zedinili, da presojanje činov v primerih zatrjevanega napada predložita mednarodnemu organu, ni ničesar določeno za primer, ako bi mednarodni organ kljub dani definiciji bil v dvomu glede določitve napadalca.

V razmerju med državami, ki so sklenile pogodbe o nenapadanju in o spravnem postopanju, se kot organ, pristojen, da ugotovi napad, predstavlja mešan spraven odbor.

Člen 5. sovj.-finske pogodbe izrecno določa, da se spravno postopanje aplicira tudi v primerih, kadar bi se spor nanašal na izvajanje ali tolmačenje dogovora, sklenjenega med strankama, in prav posebno, ako bi spor nastal o vprašanju, ali je vzajemna obveznost nenapadanja bila kršena. Druge pogodbe o nenapadanju in londonska dogovora nimajo analognega določila. Ker pa imajo vse pogodbe predpis (čl. 5. sovj.-poljske, čl. 4. sovj.-latvijske, čl. 6. sovj.-francoske in čl. 6. sovj.-italijanske pogodbe), po katerem se stranki zavežeta, v s a medsebojna sporna vprašanja, ki se ne bi mogla urediti v primernem roku z diplomatskimi pogajanjem, predložiti spravnemu odboru v smislu določb posebnega dogovora o izvajanju pravnega postopanja, bodo stranke upravičene, predložiti spravnemu odboru tudi spore o vprašanju, ali je z določenim činom sile bila posamezna pogodba kršena. Vendar objektivna in učinkovita ugotovitev napadalca ni zajamčena, ker je organizacija pravnega postopanja, kot bo iz nadaljnjega razvidno, pomanjkljivo normirana.

b) Ne v t r a l n o s t.

Ob č e. Od svetovne vojne dalje je n e v t r a l n o s t v p o l n e m r a z v o j u. Kvarne posledice svetovne vojne, ki so zadele vse države, tudi najbolj oddaljene, dokazujejo, da je vsled tesne odvisnosti in povezanosti držav medseboj v vseh panogah človeškega udejstvovanja nevtralcem v moderni vojni nemogoče, izogniti se učinkom sovražnosti, in da zato popolna nevtralnost dejansko ni mogoča.³⁷ Mednarodnopravna doktrina se vrača, kot v mnogih drugih pogledih, tudi

³⁷ Prim. John B. Whitton, La neutralité et la Société des Nations. Recueil des Cours, Académie de droit international, 1927, str. 466 i. d.

topot na naziranje ustanoviteljev mednarodnopravne vede, kot sta bila Francisco Vitoria in Hugo Grotius: razmerje nevtralcev napram bojujočima se strankama ne sme biti strogo nepristransko, ampak se mora ravnati po tem, kot jim to nalaga pravičnost stvari, in sicer naj velja dolžnost nevtralnosti le napram oni stranki, ki se bori za pravično stvar.

V to smer se razvija novo mednarodno pravo. S paktom ZN se je dosegel prvi delen uspeh, ker ta načeloma prevzema teorijo mednarodne solidarnosti spričo nevarnosti vojne in določene vojne prepoveduje. To pojmovanje, ki pomeni znikanje nevtralnosti v teoriji, se je hotelo posvetiti predvsem v členu XI., v katerem članice izjavljajo, da je vsaka vojna ali grožnja z vojno, pa naj bo katera članica od tega prizadeta neposredno ali ne, zadeva celokupne ZN. Pakt vsebuje še druge določbe, ki dejansko onemogočajo nevtralnost (členi III., odst. 3., IV., odst. 4., X., XVI., XIX.). Zadevi obeh strank se odslej ne smatrata, da sta enako pravični, radi česar ni dopuščeno, da se z obema postopa na enak način tako, da se stoji ob strani, ampak ima pakt vrsto predpisov, ki članicam, ki se ne bojujejo, nalagajo aktivno vlogo v sporu, in sicer v prid določeni bojujoči se stranki. Organizacija ZN je nepopolna in zato deloma temelji na predvojnem pojmovanju nevtralnosti. Pakt predstavlja v pogledu nevtralnosti prehod in poravnavo med starimi in novimi doktrinami mednarodnega prava.³⁸ Neglede na to, da je Švica, ki je članica ZN, ohranila večno nevtralnost, se nevtralnost različno pojmuje v državah, ki niso članice ZN, in sicer razen v URSS predvsem v USA. Vsled sklenitve pariškega pakta je sicer nastalo naziranje, da država-podpisnica tega pakta ne sme podpirati države napadalke, n. pr. z dobavo orožja in streliva. Sklicevanje države, ki ni članica ZN, n. pr. USA, na pravice, ki izvirajo zanjo iz nevtralnosti, je sicer moralno nedopustno, ker to njeno postopanje podpira državo kršilko miru, toda pravno je ona ohranila napram ukrepom ZN popolno svobodo ravnanja.

Pogodbe o nenapadanju obsegajo določbe, ki se v razvoju nevtralnosti predstavljajo kot novi, bistveni elementi. Posebnost teh predpisov je v pogledu primera, za katerega

³⁸ Prim. Whitton, l. c., str. 566.

velja dolžnost, ostati nevtralen, in v pogledu vsebine te dolžnosti.

Za kateri primer velja obveznost, ostati nevtralen? Če je ena izmed pogodbenih strank napadena od strani ene ali več tretjih držav, se druga stranka zaveže, da ostane ves čas, dokler spor traja, nevtralna (čl. 2., odst. 1. sovj.-finske, sovj.-poljske, sovj.-francoske in sovj.-italijanske pogodbe). Dočim je po pojmovanju nevtralnosti pred svetovno vojno ena stranka bila zavezana, ne udeležiti se vojne, ki bi nastala med drugo stranko in katero tretjo državo, pa neglede na to, ali je ta stranka tretjo državo napadla ali pa bila od nje napadena, to ne velja po pogodbah o nenapadanju. V smislu teh pogodb ena stranka v primeru, da je druga stranka napadla tretjo državo, ne samo da ni dolžna, napram sopogodbenci ostati nevtralna, ampak je celó upravičena, odpovedati pogodbo brez predhodnega obvestila (členi 2., odst. 2. sovj.-finske, sovj.-poljske, sovj.-francoske, sovj.-italijanske ter čl. 6., odst. 2. sovj. latvijske pogodbe). Ta določba je velike važnosti kot regulativ za ohranitev miru v tem delu Evrope. Zakaj vsaka država se bo dobro premislila, preden se bo odločila za napad na tretjo državo, ker bi drugače mogla zgubiti prednosti in zagotovitve, ki zanjo izvirajo iz te pogodbe.³⁹

Ta pogodbeni obveznost nevtralnosti za obe stranki ne velja v vsakem primeru. Kajti z njo niso tangirane pogodbene dolžnosti, ki sta jih stranki prevzeli prej, preden sta sklenili pogodbo o nenapadanju (čl. 4. sovj.-finske, sovj.-poljske, čl. 3. sovj.-latvijske, sovj.-francoske ter čl. 5. sovj.-italijanske pogodbe). Vendar ta izjema velja le tedaj, če te, poprej sklenjene pogodbe, ne vsebujejo elementov napada (čl. 3. sovj.-francoske in čl. 5. sovj.-italijanske pogodbe).

V preambuli sovj.-finske, sovj.-poljske, sovj.-latvijske in sovj.-francoske pogodbe stranki izjavljata, da noben izmed mednarodnih dogovorov, ki sta jih poprej sklenili, ni ovira miroljubnemu razvoju njunih medsebojnih odnosov in ni v kontradikciji s to pogodbo, a v členu 3. sovj.-francoske in v čl. 5. sovj.-italijanske pogodbe izjavlja vsaka stranka, da ni vezana na noben dogovor, ki bi zanjo ustvarjal obveznost,

³⁹ Prim. Härle, l. c., str. 74.

sodelovati pri napadu, ki bi ga vodila tretja država. Tako se nam stavlja vprašanje: Ali je država pogodbenica, ki je obenem članica ZN, zavezana, sodelovati pri morebitnih prisilnih merah, ki bi jih ZN organizirala proti sovjetski državi, ki, v sporu s katero članico ZN, ne bi hotela prevzeti obveznosti, ki jih imajo za urejanje sporov članice ZN, ampak, ki bi proti njej začela takoj z vojno? Država pogodbenica je kot članica ZN zavezana, sodelovati pri takih prisilnih merah. Toda v smislu pravkar navedenih predpisov pogodb o nenapadanju pri takih ukrepih ne sme iti za napad v smislu teh pogodb, torej te prisilne mere ne smejo biti naperjene proti teritorialni integriteti, nedotakljivosti in politični neodvisnosti sovjetske države, ampak morajo imeti le smoter, da se URSS s sredstvi, določenimi v čl. XVI. pakta, prisili, da spoštuje napram članici ZN obveznosti pakta glede prepovedi vojne in glede poskusa, urediti spor z njo na miroljuben način.

Vsebinska obveznosti, ostati nevtralen. Predpisi o nevtralnosti niso v vseh pogodbah enaki. Po čl. 2., odst. 1. sovj.-finske in sovj.-italijanske pogodbe se v primeru, da je ena izmed strank napadena od ene ali več tretjih držav, druga stranka zaveže, da bo ves čas, dokler spor traja, ostala nevtralna. V primeru takega napada se ta tzv. nevtralna država vzdrži napram sopogodbenici in napram drugi, bojujoči se stranki vsakega sovražnega čina in vsakega čina, ki bi mogel eno ali drugo izmed strank favorizirati v njenih vojaških operacijah. V tem ni nobene posebnosti napram predvojnemu pravu o nevtralnosti.

Po čl. 2., odst. 1. sovj.-poljske in sovj.-francoske pogodbe se v primeru označenega napada druga stranka zaveže, da dokler spor traja, napadalcu ali napadalcem ne bo nudila pomoči ali podpore ne neposredno ne posredno. Obedve pogodbi sta pretvorili v veljačo, partikularno mednarodno pravo novo pojmovanje nevtralnosti, po katerem država ne sme v boju dveh drugih ostati nepristranska. Zakaj ta boj ni vprašanje moči, ampak so države podvržene moralnemu zakonu o dobrem in zlu in jim zato ne sme biti popolnoma nič do tega, da ena izmed njih postane žrtev krivic in nasilja od strani druge države,

ampak so zavezane, priskočiti na pomoč oni državi, ki se bojuje za pravično stvar in ki je napadena. Udejstvitev tega pojmovanja je olajšana, odkar pogodbe napad točno določajo.

Sicer v teh določbah o nevtralnosti ni predpisana dolžnost, da mora stranka priskočiti na pomoč napadeni sopolgodbenici, vendar pa je predpisana posredna pomoč v tem smislu, da ona ne sme pomagati napadalcu ne posredno ne neposredno. S tem se več ne priznava legitimnost trgovanja z orožjem z obema strankama, kar so nevtralne države še v svetovni vojni prakticirale. Oživotvorila se je misel, ki je s sklenitvijo pariškega pakta postala očitna, namreč, če se vojna prepove, je najmanj, kar bi se moglo zahtevati od nevtralnih sil v primeru vojne, da ne pomagajo državi-napadalki; kajti, ako one napadalki prodajajo orožja in streliva, postanejo sokrivi v tem, kar se danes smatra kot mednarodni zločin.⁴⁰

c) Prepoved neprijateljskih zvez in gospodarskega ter političnega napadanja.

Pogodbene stranke se zavežejo, da ne bodo vstopile v nobeno zvezo politične ali gospodarske narave in v nobeno kombinacijo, ki bi bila naperjena proti drugi stranki (člen 4., odst. 1. sovj.-italijanske, čl. 3. sovj.-finske in sovj.-poljske pogodbe).

Obsežnejšo obveznost normira čl. 2. sovj.-latvijske pogodbe, po katerem se vsaka stranka zavezuje, da ne bo sodelovala pri vojaških ali političnih pogodbah, dogovorih in sporazumih, naperjenih proti neodvisnosti, teritorialni integriteti ali politični varnosti druge stranke, kakor tudi ne pri pogodbah, dogovorih in sporazumih, katerih smoter bi bil, podvreči eno izmed strank finančnemu ali gospodarskemu bojkotu.⁴¹ Čl. 4. sovj.-francoske in čl. 3. sovj.-italijanske pogodbe vsebujeta enakoglasečo določbo glede gospodarskega bojkota. Vsaka izmed strank se namreč zaveže za dobo, dokler

⁴⁰ Prim. Le Fur, Medjunarodno javno pravo, Beograd, 1934, z druge francoske izdaje prevedli dr. V. N. Dimić, dr. B. S. Marković in dr. M. M. Radojković, str. 643.

⁴¹ Prim. čl. 3. sovj.-nemške pogodbe od 24. aprila 1926.

traja njihova pogodba, da ne bo sodelovala pri nobeni mednarodni zvezi, ki bi dejansko imela za učinek, da bi prepovedala nakup ali prodajo blaga ali odobritev kreditov drugi stranki. Nadalje se stranka zaveže, da ne bo nič ukrenila, kar bi imelo za učinek, da bi se druga stranka izključila od vsake udeležbe pri njeni zunanji trgovini.

Tudi te določbe so tipične za pogodbe, v katerih je ena stranka sovjetska država, ki se je z normiranjem teh obveznosti hotela zavarovati proti morebitnim napadom s strani tzv. kapitalističnih držav na polju gospodarstva. Tedanja sovjetska gospodarska politika je stremela za tem, da omeji in zaustavi gospodarski bojkot, ki se je začel izvajati v sosednjih in drugih državah napram sovjetskemu izvozu (dumpingu). Uspeh je dosežen deloma, in to za dobo, za katero te pogodbe veljajo.

Kot je bilo že govora, si nekatere stranke medsebojno zagotavljajo zaščito politične neodvisnosti s tem, da se vzajemno zavežejo, vzdržati se vsakega napada druga na drugo, in se kot napad smatra med drugim tudi vsak čin sile, ki je naperjen proti politični neodvisnosti druge stranke (čl. 1. sovj.-finske, sovj.-poljske in sovj.-latvijske pogodbe).

V sovj.-francoski pogodbi, in edino v tej, se obveznost političnega nenapadanja v večjem obsegu in določeneje normira. Razlog temu leži v skrbi, ki jo je imela francoska vlada, da zajezi komunistično propagando na svojem ozemlju ter so ji izkustva, ki jih je imela v tem pogledu ona sama kakor tudi angleška vlada, nalagala veliko opreznost. V najdaljšem členu, v čl. 5., se vsaka izmed strank zaveže, spoštovati v vseh ozirih suverenost ali avtoriteto druge stranke nad celokupnostjo njenih ozemelj, kot so določena v čl. 1. in pod čemur glede Francije ne prihaja v poštev samo dežela-matica, ampak tudi njene obsežne kolonije in ozemlja, nad katerimi ima ona mandat. Nadalje se vsaka izmed strank zaveže, ne vmešavati se na noben način v notranje zadeve druge stranke,⁴² a predvsem,

⁴² Analogno načelo je izraženo v preambuli sovj.-italijanske pogodbe, kjer se stranki izjavljata odločeni, nadaljevati svojo politiko popolnega vzdržanja od vsakega vmešavanja v notranje razmere druge stranke.

vzdržati se vsakega delovanja, ki bi stremelo za tem, da nasnuje ali pospeši vsako agitacijo, propagando ali poskus intervencije, katere namen bi bil, ogrožati njeno teritorialno integriteto ali s silo spremeniti političen ali družaben režim celokupnosti ali del njenih ozemelj. Prav posebno se vsaka izmed strank zaveže, ne ustanavljati, protežirati, oborožiti, subvencionirati ali dopuščati na svojem ozemlju vojaških organizacij, katerih naloga bi bila, voditi oboroženo borbo proti drugi stranki, ne organizacij, ki bi si prisvajale vlogo vlade ali predstavnice celokupnosti ali del njenih teritorijev.

č) I z j e m e.

Obveznosti, ki so jih stranke prevzele prej, preden so sklenile pogodbe o nenapadanju, niso od teh pogodb nič prizadete.

To je v pogodbah izrecno določeno, čeprav ne povsod na isti način (čl. 4. sovj.-finske, čl. 5. sovj.-italijanske, čl. 4. sovj.-poljske, čl. 3. sovj.-francoske in čl. 3. sovj.-latvijske pogodbe). Določene, iz pogodb o nenapadanju izvirajoče obveznosti ne smejo zadevati ali spreminjati mednarodnih pravic in dolžnosti, ki izhajajo za stranke iz dogovorov, ki so bili sklenjeni pred določeno pogodbo o nenapadanju. Izjemoma pa ne veljajo, kot že povdarjeno, one, poprej sklenjene obveznosti, ki vsebujejo element napada.

B. Miroljubno urejanje medsebojnih sporov.

Načelo miroljubnega urejanja mednarodnih sporov je korelat zamisli odreke vojni. Brž ko se vojna prepove in se ji države odrečejo kot sredstvu za poravnanje medsebojnih sporov, je potrebno, na mesto vojne organizirati druga sredstva, in sicer miroljubna.

Države, ki so sklenile pogodbe o nenapadanju, so se že v pariškem paktu zedinile, da se mora rešitev vseh medsebojnih sporov iskati in poskusiti le z miroljubnimi sredstvi. Katera so ta sredstva in kakšno postopanje velja zanje, o tem pariški pakt, kot že rečeno, nima predpisov.

Omenjena določba pariškega pakta je v pogodbah o nenapadanju potrjena, in sicer v besedilu samem le v načelu

(čl. 5. sovj.-finske, čl. 5. sovj.-poljske, čl. 4. sovj.-latvijske, člen 6. sovj.-francoske in člen 6. sovj.-italijanske pogodbe). Učinek ji je bil dan s posebnimi dogovori glede pravnega postopanja, ki so bili podpisani sicer nekoliko kasneje, a ratificirani istočasno s posameznimi pogodbami o nenapadanju in ki tvorijo njih sestavni del. V teh posebnih dogovorih so določene pravice, sestava in delovanje mešanega pravnega odbora.

Kot posebnost teh določb je poudariti predvsem, da se bodo poskusili poravnati vsi spori, ki bi med strankami nastali, ne glede na to, kakšne narave in kakšnega izvora bi oni mogli biti. Ne razlikuje se med spori pravne in nepravne (politične) narave, kar pa ni pomanjkljivost, ker ni točno določene razlike med temi spori, in kar je razumljivo vsled dejstva, da URSS ni podpisala statuta Stalnega mednarodnega sodišča v Haagu, kateremu sodišču se spori pravne narave načeloma predlože v presojo, in tudi ni hotela skleniti raziščne pogodbe, kot je razvideti iz pisma finskega zunanjega ministra sovjetskemu opolnočencu.⁴³

Tako je nadaljnja pomembnost ta, da se za primer, da se spor ne bi mogel urediti v primernem roku v običajnem diplomatskem postopanju, predvideva eno samo postopanje, pravno postopanje, katerega organ je mešan spraven odbor.

Podrobneje je urejeno v prej omenjenih posebnih, dodatnih dogovorih.⁴⁴ Mešani pravni odbor je sestavljen iz 4 članov, ki jih vsaka stranka imenuje po dva. Ker ni nevtralnega elementa in ker se člani izberejo za vsak primer posebej, ni jamstev, da bo odbor nepristranski in da bo njegov sklep kvalitativno na višini. Odbor preišče sporna vprašanja in priporoči vladam tolmačenje, ki ga smatra kot pravno utemeljeno, ali pa poravnava, ki jo smatra za primerno. Ker pa je za tak sklep potreben soglas vseh članov, ni verjetno, da se bo večina vsaj najvažnejših sporov rešila v pravnem postopanju. Za primer, da omenjeni poskus ureditve spora ne uspe, spor ostane nerešen, ker niso pred-

⁴³ Prim. *L'Europe nouvelle*, 1932, št. 732, str. 253.

⁴⁴ Prim. *Härle*, I. c., str. 74.

videna druga miroljubna sredstva, dočim se stranke ne smejo zateči k sili, ker so se izrecno zavezale, da bodo medsebojne spore predložile določenemu, pravnemu postopanju in da bodo spore poskusile urediti le z miroljubnimi sredstvi.

Če pa se ena stranka vendarle zateče k sili, niso v pogodbah določene nobene sankcije. V tem je velika pomanjkljivost teh pogodb, ki je tem pomembnejša, ker ZN napram sovjetski državi ne more za to, da se ohrani svetovni mir, intervenirati tako, kot je upravičena napram svojim članicam. Izpolnitev teh pogodb nima one trdne osnove, kot jo imajo pogodbe, pri katerih so ali vse pogodbeno stranke tudi članice ZN ali pa se je dogovoril popolnejši način urejanja mednarodnih sporov. Praksa bo brez dvoma pokazala nevdržnost tega sistema in bo dovedla do nujnosti, da se tudi sovjetska država lojalno podredi ustanovam mednarodnega razsodništva, sprave in pravosodstva, posebno ker podreditev temu sistemu ni nujno vezana z vstopom v ZN.

3. Pomen pogodb o nenapadanju za razvoj zamisli odreke vojni.

Zamisel, da se države v medsebojnih odnosih odrečejo sili, je s sklenitvijo pogodb o nenapadanju in o definiciji napada močno napredovala. Je to nov način, ojačiti varnost držav v obliki dvostranskih pogodb, sklenjenih med državami, ki jim njihove koristi to narekujejo. Te pogodbe vsebujejo sicer nekaj določb, ki so bile dogovorjene samo zato, ker je ena izmed pogodbenih strank URSS. Toda ne glede na to je v teh pogodbah mnogo elementov, ki bi mogli imeti pomena za vse države in ki bi mogli biti predmet obče mednarodne pogodbe.

Razvoj vodi v smer sklenitve obče mednarodne pogodbe o nenapadanju, in sicer po poti dvo- in večstranskih pogodb. Medtem sklenjene pogodbe o nenapadanju⁴⁵ imajo

⁴⁵ Dne 14. septembra 1933 je bila podpisana, kot že omenjeno, pogodba o prijateljstvu, nenapadanju in nevtralnosti med Grčijo in Turčijo. Dne 10. oktobra 1933 je v Rio de Janeiro bila podpisana tzv.

s pogodbami, sklenjenimi z URSS, mnogo skupnih točk, toda v primeri z njimi so močno spopolnjene, ker so zgrajene, bodisi na organizaciji ZN, bodisi, izven okvira ženevske ustanove, na sistemu mednarodnega razsodništva, sprave in pravosodstva, kar oboje daje več jamstev, da bodo pogodbe učinkovite.

To dokazuje, da je zamisel pogodbe o nenapadanju, s katero se hoče doseči konsolidacija miru na temelju teritorialnega statusa quo, posrečena in v današnjih mednarodnopolitičnih razmerah najbolj primerna oblika, da državam zagotovi varnosti. Treba bo ugotoviti elemente, ki so vsem državam skupni, uveljaviti jih v posameznih državnih zakonodajah, da dobe trdnejši temelj, in izpolnjeni bodo predpogoji, da se sklene občja mednarodna pogodba o nenapadanju, o definiciji in o ugotovitvi napada.

južnoameriška pogodba proti vojni, namreč pakt o nenapadanju in spravi med Argentinijo, Brazilijo, Čile, Meksiko, Paragvajem in Urugvajem, sklenjen za nedoločeno dobo, h kateri more pristopiti vsaka država in ki stremi za tem, da postane vesoljnega značaja. Ta pogodba je bila podpisana na pobudo Argentinije, ki je že pred leti sestavila poseben načrt (Prim. Carlos Saavedra Lamas. *Projet de Traité Sud-Américain pour prévenir la guerre. Non-agression et conciliation*. Paris. Les Editions Internationales. 1932. 30 strani posebnega ponatisa). Na osnovi istega načrta in na predlog Argentinije so podpisali 27. aprila 1934 v Buenos Airesu pogodbo proti vojni predstavitelji Bolivije, Kostarike, Kube, Ekvadorja, San Salvadorja, Zedinjenih držav Sev. Amerike, Gvatemale, Paname, Venezuele, Nikagve, Haitija in Hondurasa. Brž ko bosta obedve pogodbi stopili v veljavo, bodo skoro vse ameriške države na enoten način zavezane, vzdržati se medsebojno vsakega napada in urediti svoje spore na miroljuben način. Dne 27. novembra 1933 je bila v Beogradu podpisana med Jugoslavijo in Turčijo pogodba o prijateljstvu, nenapadanju, sodnem postopku, rozsodništvu in spravi, ki more biti temelj večstranske, med balkanskimi državami sklenjene pogodbe. Dne 26. januarja 1934 sta Nemčija in Poljska podpisali dogovor o nenapadanju.

Résumé.

Sur les efforts entrepris récemment en vue de prévenir la guerre.

Par Ivan Tomšič, Docent à la Faculté de Droit de l'Université de Ljubljana (Yougoslavie).

Le problème de la renonciation à la guerre est le problème central de l'organisation de la paix internationale et du droit international.

L'auteur se propose d'esquisser les efforts tentés, sous forme des traités internationaux, en vue de renoncer à la guerre en tant que moyen de régler des différends internationaux, et de substituer à elle des moyens pacifiques.

En prenant comme point de départ le Pacte de la Société des Nations, l'auteur donne un aperçu de l'évolution historique de l'idée de la renonciation à la guerre en général et en tenant compte des efforts faits par la Yougoslavie dans ce domaine. Il s'arrête plus longuement à la dernière phase de cette évolution, c'est-à-dire à l'application du Pacte de Paris par les traités bi- et plurilatéraux de non-agression. Après avoir ainsi analysé les traités de non-agression et les protocoles sur la définition de l'agresseur que l'U. R. S. S. a conclu avec toute une série d'États, et caractérisé aussi les autres traités conclus tout récemment, l'auteur s'efforce d'indiquer les voies dans lesquelles le problème de la renonciation à la guerre tend à évoluer, notamment vers la conclusion d'un pacte général de non-agression et d'une convention universelle relative à la définition et à la constatation de l'agresseur. Ceci signifierait, d'après l'auteur, la consolidation de la paix mondiale sur la base du maintien du status quo territorial, et faciliterait la solution définitive du problème de la limitation des armements.
