

Slovenski Pravniki.

Leto XXVI.

V Ljubljani, 15. junija 1910.

Štev. 6.

Prvi dogovor haagske konvencije z dne 12. junija 1902 in avstrijsko matrimonialno pravo.

Spisal dr. Stanko Lapajne na Dunaju.

A. Uvod.

V imenovanem dogovoru so se legati dvanajstih držav kontinenta (avstro-ogrske, belgijske, francoske, italijanske, luksemburške, nemške, nizozemske, portugalske, rumunske, španske, švedsko-norveške in švicarske) zjediniili na enotne kolizijske norme, ki naj veljajo pri dovoljevanju in presojanju veljavnosti zakonov (matrimonium) na celem konvencijskem ozemlju. Zavezali so se, priporočiti to konvencijo svojim vladam, da poskrbé za njeno uzakonitev. Temu vabilu se je odzvala doslej ter dosegla uzakonitev imenovanega dogovora haagske konvencije na svojem ozemlju že pretežna večina držav pogodbenic, ne tudi Avstrija. Ker je bila konvencija plod skoro desetletnega truda uglednih pravnikov kontinenta; ker so ji, kakor bo še prilika pokazati, medsebojne koncesije pogajajočih se držav brez ozira na oškodovanje nekaterih fundamentalnih načel in le v praktičnem interesu razširjenja konvencijskega ozemlja vtisnile očitiden pečat kompromisa; ker je tudi avstrijski delegat, če tudi ni prodril z vsemi predlogi, vendar znatno vplival na premembo prvotnega načrta konvencije in njeno konečno redakcijo, vsiljuje se vprašanje: ali opravičeno zadržujemo njeno zakonito uvedbo?

Desolatne razmere, ki vladajo na prizadetem, čeprav pri nas ne prostranem, a vendar vedno širšem polju judikature, katero malo jasna, zvečine molčeča postava le deloma opravičuje, bi morale s svoje strani napotiti zakonodavne zbornice, da vzamejo konvencijo v pretres. Niso bele vrane slučajji, da veljajo v tujini

veljavno sklenjeni zakoni našim sodnikom za konkubinat, da se otroke, rojene iz teh zakonov, smatra za nezakonske in jim odreče vsako sorodstvo, ne le do očeta, temveč tudi med seboj (in naj bi bili po nesreči dvojčki). Odgovornost za te slučaje zadene zakonodavca, ki je pač za leto 1811 uravnal civilnopravni institut zakona, a ga ni času in razvitku primerno izpopolnil. Bila bi odgovornost tem večja, ker se po mednarodni, od avstrijskega delegata sopodpisani konvenciji nudi prilika, pridobiti svojim lastnim pravnim nazorom, ako se jih ne smatra v nesoglasju z nazori konvencije, mahoma zakonito sankcijo v pretežni večini vseh kontinentalnih držav. Ker živimo Slovenci kompaktno razun pod avstrijsko, tudi še pod italijansko in ogrsko postavo ter imamo vrhu tega mnogo izseljencev v različnih državah, utegne članek, v katerem orišem vpliv predlagane uzakonitve konvencije na obstoječe matrimonialno pravo, zanimati tudi s te strani.

Naloga mednarodnega zasebnega prava ni, truditi se za unificiranje materialnega prava držav, na medsebojno občevanje navezanih, temveč pripravljati unificiranje kolizijskih norem teh postav t. j. onih norem, ki določajo meje veljavnosti vsake postave, in katere je krstila značilna okolščina, da prihajajo redno med seboj v kolizijo. Unificiranje materialnega prava, s katerim se bavi druga veda, sicer tudi napreduje, a ostane načeloma toliko časa in tolikanj neizvedljivo, dokler in kolikor se narodi ločijo po plemenu, religiji, morali, civilizaciji, ki najdejo najmarkantnejši izraz v postavi (Mancini). Nasprotje tega, kar n. pr. perhorescira naš občni drž. zakonik z zakonskim zadržkom prešestovanja v §-u 67., ukazuje Angležu njegova morala: Anglež, ki zapelje tujo ženo, vsled česar se razruši njen zakon z užaljenim soprogom, je moralno dolžan zapeljano ženo poročiti. Pri kodificiranju enotnih kolizijskih norem se je včasih težko ogniti občni tendenci kontinentalnih držav za zbližanjem njih materialno-pravnih nazorov, in tako vidimo, da je zanimajoči nas dogovor haagske konvencije sam v točki, ki ne tangira individualnosti nazorov držav pogodbenic, ustvaril enotno materialno-pravno določbo (čl. 2.).

Taki primeri so sila zanimivi in razveseljivi, vendar, ponavljam, se zanje v bistvu ne trudi veda mednarodnega zasebnega

prava. Le-ta urejuje kompetenco posameznih postav v pravnih slučajih, ki segajo po svojih odnošajih (osebah, predmetu i. t. d.) v oblast dveh ali več držav; vsled načelne razlike njih postav bi ti slučajji naleteli — ter naleté — v današnji dobi formacije mednarodnega prava na toliko različnih presoj, kolikor različnih postav se nanje uporablja. Smoter mednarodne pravne vede bo dosežen, čim bo iz bistva vsakega posameznega slučaja ugotovljeno, kateri izmed v poštev prihajajočih postav gre pri uporabi prednost pred vsemi ostalimi. Reklamiranje izključne uporabe te jedne in edine postave na dani slučaj v vseh državah bo naravna posledica njene prednosti, katero ji bodo morale priznati vse civilizirane zakonodaje. Ako je n. pr. mednarodna veda že dognala, da gre pri presojanju zakonske zmožnosti postavi države, katere podanik je vsak iz nupturijentov, prednost pred vsako drugo postavo, zlasti pred postavo domicila (stališče nekaterih severnih evropskih držav), potem morajo vse civilizirane države priznati veljavo zakonu Italijana, ki je bil dosti star za ženitev po svoji postavi, četudi je še premlad po postavi svojega severnega domicila. Nasprotno bi morale zabraniti vse zakon Rusu, ki je prekoračil 80. leto svoje starosti, ali želi stopiti v četrti zakon, čeprav razun njegove domovine nobena drugih kontinentalnih držav tega zadržka ne pozna. Po izvedenem spada veda mednarodnega zasebnega prava med discipline javnega in formalnega prava.

Haagske konference so se lotile ureditve najvažnejših in v mednarodnem občeivanju vsled nesoglašanja najneznosnejših kolizijskih norem. Plod tretje haagske konference so bili ti-le trije konvencijski načrti: 1. »dogovor o uravnavi obsega postavne veljave na polju sklepanja zakonov« (s katerim se bavi članek), 2. »dogovor o uravnavi obsega postavne in sodstvene veljave na polju razvoda¹⁾ in ločitve zakonov od mize in postelje« in 3 »dogovor o uravnavi varuštva nad mladoletnimi«.

Konvencijski načrti haagskih konferenc se odlikujejo pred drugimi konvencijami i glede vsebine, ker razmotrujejo zadani

¹⁾ Izraz »razporka« za označenje razrušitve zakonske vezi je napačen; ne gre se za uničenje zakon ustanovivšega akta (raz-por-oka; ta je bila in ostane veljavna), temveč za razveljavljenje zakona samega, za razzakonitev soprogov.

predmet s stališča postav dvanajstero držav ter so torej v stanu, podeliti razvoju medsebojnega občevanja svojih podanikov varnost, ustrežajočo izsledenim pravnim načelom, na najdaljšo bodočnost; i glede oblike, ker omogočujejo, da stopi država z založitvijo ratifikacije konvencije pri nizozemski vladi mahoma v konvencijsko razmerje z vsemi ostalimi, že pristopivšimi državami, in substituirajo tako celo vrsto sicer potrebnih posebnih dogovorov med njimi.

Da se oriše vpliv uzakonitve prvega dogovora tretje haagske konference na obstoječe avstrijsko matrimonialno pravo, treba je, poleg navedbe in obrazložb konvencijske vsebine, priobčiti dosedANJI pravni položaj. Izmed teh dveh nalog je druga težja od prve; nasprotujoča si, često pa le v napačni uporabi postave soglašajoča judikatura pripomore s svoje strani k napačnemu umevanju samoobsebi motnih in nerazvitih zakonskih določb. Potrebna pa ostane obrazložitev kolizijskih norem obč. drž. zakonika že vsled določbe čl. 8 dogovora samega, po katerem bodo ostale te norme še dalje v veljavi, kadar se zakon ali ne bo sklenil na ozemlju nobene izmed držav pogodbenic, ali kadar nobeden izmed nupturijentov ne bo podanik jedne teh držav.

»Dogovor o uravnavi obsega postavne veljave na polju sklepanja zakonov« šteje 8 členov in govori v čl. 1 o pravici do sklenitve zakóna, v čl. 2 o prohibitivnem, v čl. 3 o permisivnem poseganju »legis loci« v načelo čl. 1, v čl. 4 o izkazu zakónske upravičenosti, v čl. 5—7 o obliki sklenitve zakóna, zlasti o t. zv. diplomatskih ali konsularnih zakónih, in v čl. 8. o mejah veljave konvencije same.

B. Pravica do sklenitve zakóna.

Čl. 1.

Pravica do sklenitve zakóna se ravna po domovinski postavi vsakega bodočih soprogov, razun če kaka določba te postave izrečno zavrača na drugo postavo.

Art. 1.

Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi.

Kakor že omenjeno v uvodu, je mednarodna veda dognala, da gre pri presojanju zakónske zmožnosti postavi države, katere podanik je vsak izmed nupturijentov, prednost pred vsako drugo postavo.

To načelo sankcionira ravno kar prevedeni čl. 1 konvencije. Izjemo, obseženo v postranskem stavku, je pri-pustila konferenca iz zgol praktičnih ozirov — da ne odkruši dela konvencijskega ozemlja — akoravno jej stvarne upraviče-nosti ni in ni mogla priznati. Zgodilo se je to z ozirom na legislacijo nekaterih manjših severnih držav, ki presojuje za-konsko zmožnost podanika po njegovem domicilu (torej same zavračajo na pravo države domicila), in dalje vsled kategorične zahteve delegata Švice. Po švicarskem pravu je moči namreč zakon Švicarja, sklenjen izven Švice, proglasiti za ničen le tedaj, če je neveljaven po postavah Švice in države, v kateri se je sklenil, ostane torej veljaven, čim velja po domovinski ali postavi kraja sklenitve. Tako je obdržalo švicarsko državljanstvo svojo vado za zakonske ponesrečence.

Načelo, izraženo v čl. 1. je obsežnejše in zapletenejše, nego li kaže prvi pogled; to vsled tega, ker čl. 1. ne uravnava le postave, ki naj bo merodavna za presojanje osebne zakonske zmožnosti zaročencev, ampak tudi postavo, ki določa, je li poleg osebnih zakonskih zmožnosti obeh zaročencev pripustna tudi njuna zakonska zveza. Zadržki, ki se protivijo zadnji, so v vsaki državi mnogobrojnejši od prvih. Radi tega je tudi konvencija izraz »zakonska zmožnost« namenoma substituirala s širšim pojmom »pravice do sklenitve zakona«.

Iz poročila referenta in iz konferenčnih zapisnikov posnemam, da ima ta pojem obsegati in torej po čl. 1. domovinska postava odločati o vsem tem, kar subsumiram pod pojme:

1. nezmožnost, biti subjektom zakonske pogodbe (do-sledno tudi zakonske zveze) in sicer nezmožnost: omejena na konkretno pogodbo (n. pr. sila § 55 o. d. z., odvedenje § 56 cit., zmoša §§ 57—58 cit.); — neomejena (n. pr. nedoletnost, mlado-letnost brez zakonitega privoljenja §§ 48—50 o. d. z., kazenska obsodba § 61 cit. pri vojakihi).

2. nezmožnost, biti subjektom zakonske zveze kljub zmožnosti ad 1. (n. pr. sorodstvo in svaštvo §§ 65, 66, 125 o. d. z.,

en slučaj katolicizma, prešestvovanje §-a 67 o. d. z., umor soproga § 68 cit., kaznjiva povzročitev razvoda zakona §-a 119 cit.).

Razlikovanje med nezmožnostima, biti subjektom zakonske Pogodbe ali zakonske zveze, je važno: v slučajih prvoimenovane nezmožnosti je in ostane veljaven zakon, v katerem je bil vsak zaročencev zmožen po svoji postavi; v slučajih drugoimenovane nezmožnosti mora pa postati zakon neveljaven, čim je jeden zaročencev ravnal proti svoji ali proti postavi sozaročenca. Ti zadržki, ki ne zadevajo oseb, temveč zakonsko zvezo samo, učinkujejo retroaktivno na zaročenca, lastni postavi ustrezajočega. Vzgleda: ad 1. Avstrijec je poročil Nemko, ki ga je preslepila tolikanj, da se more govoriti o goljufiji v zmislu §-a 1333 nem. drž. zakonika. Avstrijec, podvržen določbam §§ 57—58 o. d. z., veljavnosti tega zakona ne more izpodbijati, če tudi bi v tem slučaju Nemka to lahko storila; ali: Nemec je odvedel Avstrijko in se je ž njo v tem stanju poročil. Avstrijka bo veljavnost tega zakona lahko izpodbijala na podlagi zakonite domneve §-a 56 o. d. z., dočim bi Nemka v obratnem slučaju morala po §-u 1335 nemškega o. d. z. še le dokazati nesvobodo svoje volje. Ad 2.) Stari strijc Avstrijec se lahko po §-u 65 o. d. z. poroči s svojo nečakinjo, ker naša postava ne prepoveduje zakonov med sorodniki v 4. kolenu brezizjemno; ako pa izhaja ta nečakinja iz države, ki te izjeme ne pozna, bo njena postava učinkovala tudi na tuzemskega strijca ter ta zakon onemogočila.

Več zakónskih zadržkov imamo, o katerih je moči šele po temeljitem raziskanju njih bistva in zlasti zakonodavčeve volje soditi, ali spadajo v prvo ali drugo kategorijo gorinavedenih nezmožnosti, ali zadržujejo le Avstrijca ali imajo svoj učinek tudi za inostranskega sozaročenca, ker zadržujejo zakonsko zvezo samo. Mednarodna pravna veda je siljena in poklicana, iskati v tem pogledu po doslej malo znani vsebini obč. drž. zakonika. Vzgleđi: Ali zamore avstrijska židinja poročiti francoskega katoličana, čegar državi je neznan zadržek §-a 64 o. d. z.? Ali zamore Avstrijka poročiti nemškega duhovnika, ki je že prejel višja posvečenja, ker njegova postava ne pozna §-a 63 o. d. z.?

Odgovarjam: Vsebina §-a 64 o. d. z. ni vzlic zapeljivemu besedilu ta, da se ne smejo sklepati zakoni med kristjani in osebami, ki nimajo kristjanske religije, temveč le, da se avst-

rijski kristjani ne smejo poročati z nekristjani; zadržek je torej ustanovljen na breme avstrijskih kristjanov, ne tudi na breme zveze med kristjani in nekristjani. Vprašanje je potrditi. — Po besedilu §-a 63, ki govori le o zakonski nezmožnosti kvalificiranih duhovnikov in redovnikov, a ne o neveljavnosti ž njimi sklenjenih zakonov, je potrditi tudi to vprašanje; zanikati bi se dalo le, ako bi postava poznala zadržek na breme svojih podanikov, da se ne smejo poročati z duhovniki višjih posvečenj in redovniki z obljubo celibata; tega zadržka pa iz §-a 63 cit. ni posneti. Pri zadržku katolicizma (po katerem se razvedeni akatolik, ako se spreobrne h katolicizmu, za življenje svojega prvega soproga ne more veljavno drugič poročiti) je n. pr. dekret dv. pisarne izrečno ustanovil, da tudi ne trpi zakonskih zvez med rojenimi katoliki in razvedenimi akatoliki za življenja soprogov teh zadnjih (t. zv. relativni zadržek katolicizma). Ta izrečna zakonita sankcija, da učinkujejo akatolikove lastnosti na katolika, potrjuje, da postava z zadržkom na breme osebe še ne ustanavlja zadržka na breme zakonske zveze ž njo, in podpira gorenjo razlago §-a 63 cit., da ž njim, torej brez izrecne določbe o. d. z., še ni reprobirana zakonska zveza z duhovniki in redovniki.

Iz navedenega izhaja ob enem utemeljenost zavrnitve nastopnega, od ogerskega delegata stavljenega in od našega delegata podpiranega reformatnega predloga k čl. 1.: »Veljavnost zakona naj zavisi, kar se tiče starosti in potrebnega privoljenja k sklenitvi zakona, od domovinske postave vsakega zaročenca, a glede vseh ostalih pogojev od domovinske postave obeh zaročencev«. Ta predlog je bil po svojem tenorju popolnoma zgrešen, zdravo njegovo jedro pa je že obseženo v besedilu čl. 1. Vsak človek je namreč rojen le pod jedno postavo; zahtevati od njega, ako si izbere zaročenca iz druge države, da izkaži zakonsko zmožnost po dveh postavah, je nekaj načelno zavržnega in obsega atentat na »comitas gentium«.

Da pa vzlic zavrnitvi predloga osebna zakonska zmožnost vsakega zaročenca po lastni postavi ne bo zadostovala za dovolitev zakonske zveze v vseh onih številnih primerih, ko jedna izmed postav vzlic osebnim zmožnostim zaročencev reprobira nameravano zakonsko zvezo, in da se bo v vseh teh primerih

zahtevalo od vsakega zaročenca, da ne bodi le zmožen po lastni postavi, temveč da bodi dovoljena tudi nameravana zak. zveza, in da ne zadene nobenega zaročenca reprobujóči retroaktivni učinek postave sozaročenca, — to vse izhaja iz višje podane razlage čl. 1.

Avstrijski delegat je izdal namen, katerega je zasledoval s podpiranjem ogerskega predloga: zakon Avstrijke z nemškim duhovnikom višjih posvečenj bodi neveljaven, ker nemški duhovnik ni zakonsko zmožen pò postavah obeh zaročencev. Iz te konkretne zahteve izhaja neutemeljenost reformatnega predloga še posebej: vprašanje, ali je pri nas veljaven tak zakon ali ne, zavisi izključno od uvrstitve zadržka §-a 63 o. d. z. pod zadržke št. 1 ali št. 2 gorenje razlage, torej izključno od interpretacije našega avstrijskega zakona, oziroma naše legislacije, a ne od mednarodne konference, ki se ž njim nima baviti in se opravičeno ni bavila. Mi smo se odločili za uvrstitev zadržka §-a 63 pod zadržke ad 1.; ako je naša interpretacija napačna, ali ako naša legislacija normira jasen zadržek na breme zakonske zveze s kvalificiranimi duhovniki in redovniki, kar ji obsebi umevno tudi po konvenciji ostane pridržano, bodo take zakonske zveze na celem konvencijskem ozemlju neveljavne. Kar smo navedli o zadržku višjih posvečenj in obljube celibata, bi moralo po reformatnem predlogu veljati tudi za vse druge pod št. 1. spadajoče zadržke (Avstrijka bi se n. pr. ne smela poročiti z obsojenim vojakom, četudi njega postava ne pozna zadržka §-a 61). Konferenca je opravičeno odklonila tako poseganje v notranjo legislacijo zastopanih držav, ki nima ž njeno nalogo, to je z ureditvijo kolizijskih norem, nobene zveze, kar sta predlagatelja izpregledala.

Kake kolizijske norme veljajo zastran pravice do sklenitve zakona v obč. drž. zakoniku in koliko bi se s pristopom Avstrije k haagski konvenciji premenile?

Pred vsem je treba poudariti razliko, ki tiči v tem, da bi imele kolizijske norme poslej v odnošajih konvencijskih držav značaj kontraktualno pogojenih. Dočim je sedaj prosta volja domače legislacije, kake pogoje da stavlja veljavnosti zakonov tujih državljanov, a ravno tako prosta volja tujih držav, kake zapreke da delajo zakonom naših podanikov, bi bila Avstrija

po pristopu h konvenciji zavezana, držati se nasproti tujcem konvencijskih kolizijskih norem, a nasprotno opravičena, reklamirati uporabo istih kolizijskih norem za svoje državljane. Ta prememba v značaju kolizijskih norem bi pomenila sama ob sebi nasproti sedanjemu pravnemu stanju epohalen napredek.

V posameznem bi Avstrija s čl. 1. konvencije prevzela obveznost:

1. pripustiti tujce k sklenitvi zakona v Avstriji, čim imajo dotično pravico po domovinski postavi,

2. zabraniti jim vsak zakon v Avstriji, ako one pravice nimajo.

Nasproti bi zadobila napram državam sopogodbenicam pravico:

3. da pripuste Avstrijce k sklenitvi zakona, če jim ga dovoljuje avstrijska postava,

4. da jim zabranijo vsak zakon, ako zanj po domači postavi niso usposobljeni.

K št. 1-2. Že po obč. drž. zakoniku je vsled določbe §-a 34 presoјati zakonsko zmožnost tujca po njegovi domovinski postavi. Glasovi, ki so malo nejasno besedilo §-a 34 cit. tako razlagali, da odločuj postava tujčevega bivališča, so davno umolknil, a niso bili nikdar opravičeni, ker je citirano načelo vseboval že dvorni dekret od 23. oktobra 1795, ki je tvoril podlago kolizijskim normam o. d. z. (*«was das Recht und die Fähigkeit, den Kontrakt zu schliessen, angeht, muss der Fremde nach den Gesetzen des Landes, dessen Unterthan er ist, beurteilt werden»*). Dalje je dekret dvorn. pisarne od 22. decembra 1814 zaukazal, da se morajo v tuzemstvu bivajoči tujci pred poroko izkazati s potrdilom inozemske države, da so za zakon zmožni.

Načelna, po čl. 1. naložena obveznost se torej krije z določbo §-a 34 o. d. z. Ali države, tudi najliberalnejših nazorov, si ne dajo vzeti pravice do izjem od onega načela, kjer to zahtevajo oziri t. z. javnega reda (*«ordre public»*), ter pogosto zabranjujejo zakon tujcem, dasi jih zanj usposoblja domača postava. Zlasti Avstrija se te, četudi v o. d. zakoniku nikjer izražene pravice često poslužuje. Vsled tega je bila že haagska konvencija primorana, pripustiti od načela čl. 1. izjeme, in je v čl. 2. navedla one primere, v katerih dopušča t. zv. prohibitivno poseganje *«legis loci»* v načelo čl. 1. Vprašanje,

koliko bi pristop Avstrije k haagski konvenciji branil izjeme od načela §-a 34 o. d. z., je zato identično z vprašanjem, koliko bi se s čl. 2. konv. omejilo prohibitivno poseganje naše »legis loci«? Odgovor na to podam na umestnejšem kraju, pri obrazloženju čl. 2. konv.

Tudi k načelu, da je tujcem, ki po lastni domovinski postavi za zakon niso zmožni, zabraniti zakon na celem konvencijskem ozemlju, so nekatere države zahtevale izjemo v tem zmislu, da se jim na nekatere zadržke, zlasti na zadržke religiozne narave, ne bo treba ozirati. To t. zv. permissivno poseganje »legis loci« ima za Avstrijo, ki prekaša po številu in obsegu zakonskih zadržkov malodane vse kontinentalne država, le enostranski pomen (toliko, kolikor bodo tuje države upravičene, posegati v našo postavo, česar jim pa sedaj sploh ne moremo braniti). A tudi o tem pozneje k čl. 3. konv.

K št. 3—4. Doslej in dokler ne sprejmemo konvencije, se nasproti tujim državam ne moremo sklicevati na nobeno teh dveh pravic. Vsaka država določa s stališča svoje legislacije, ali ji zadošča pri dopustitvi Avstrijca k sklenitvi zakona njegova zmožnost po domovinski postavi ali ne, ali vpoštevata na drugi strani zakonske zadržke naše države ali se zanje ne meni. Po pristopu h konvenciji pa bo Avstrija lahko zahtevala, da države s pogodbenice pripuste zmožne podanike (kolikor ne dovoljuje čl. 2. prohibitivnega poseganja »legis loci«) k sklenitvi zakona, a da jim zabranijo zakon vselej, kadar mu nasprotuje o. d. z. z zadržki (glede katerih ni morda čl. 3 konv. dovolil permissivnega poseganja »legis loci«).

Resnica je, da v praksi ne občutimo sedanje svoje brezpravnosti na tujem, ker so skoro vse kontinentalne legislacije liberalnejših nazorov od domače.

Ta resnica gre tako daleč, da celo domači sodniki z namenom, omiliti posledice lastne postavodaje, favorizirajo tujo postavo pred domačo. V mislih imam razlago, katero daje judikatura §-u 4. o. d. z. in ki je markanten znak za ostalih nazorov, ki se pojavljajo pri nas o mejah veljave domače in tuje postave. § 4, uporabljen na predmetno pravno snov, določa, da ima podanik pri sklenitvi zakona na tujem vpoštevati zakonske zadržke svoje domače postave. Ker bo morala to vpoštevanje po čl. 1. konv.

zahtevati že tuja država sama, je pred vsem očitno, da bi se s pristopom Avstrije h konvenciji eliminirala potreba določbe §-a 4 o. d. z., oziroma da bi se nje uporaba omejila nasproti onim državam, ki ne bodo postale sopogodbenice.

A konvencija bo le substituirala pravo vsebino §-a 4 cit., dočim nas vsebina, katero ji podtika judikatura zlasti zadnjih let, čim dalje bolj odtuja od konvencijskih in vsestranski za pravilna spoznanih načel.

Napačna razlaga § 4-a cit. je tale:

§ 4. o. d. z. določa: »Die bürgerlichen Gesetze verbinden alle Staatsbürger der Länder, für welche sie kundgemacht sind. Die Staatsbürger bleiben auch in Handlungen und Geschäften, die sie ausser dem Staatsgebiete vornehmen, an diese Gesetze gebunden, insoweit als ihre persönliche Fähigkeit, sie zu unternehmen, dadurch eingeschränkt wird, und als diese Handlungen und Geschäfte zugleich in diesen Ländern rechtliche Folgen hervorbringen sollen. Inwiefern die Fremden an diese Gesetze gebunden sind, wird in dem folgenden Hauptstücke bestimmt.«

Podčrtani stavek razlaga grajana judikatura v tem zmislu, da državljani pri sklepanju zakona na tujem tedaj niso vezani na domačo postavo, kadar nimajo intencije, zadobiti svojemu zakonu pravnih učinkov tudi v domovini. Tako priznava na pr. najviš. sodišče veljavnost zakona med avstr. židom in kristjanko, ker zakonca za časa poročitve na tujem nista mogla misliti na to, da se bosta povrnila v domovino. — Ta subjektivna razlaga pa ne najde ni v besedilu, ni v zgodovini postanka¹⁾ §-a 4 cit. in najmanj v namenu zakona najmanjše opore.

¹⁾ Že naredba od 16. sept. 1795 določa z ozirom na zakonski patent: »Wenn die in dem Ehegesetze § 10, 11, 13, 15, 17, 18, 19, 21 bestimmten Ehehindernisse (namreč: razlika v religiji, obstoječa zakonska vez, krvno sorodstvo, svaštvo, odvedenje, prešestovanje, umor soproga, sveta posvečenja in redovne obljube) eintreten, können k. k. Untertanen auch in einem fremden Lande eine für die k. k. Staaten giltige Ehe nicht schliessen«. Istega mnenja so bili udeleženci seje od 21. decembra 1801, ki se je posvetovala o §-u 15 pranačrta drž. zakonika (odgovarjajočem §-u 4. o. d. z.): »Es sei gerecht und zweckmässig, dass die persönliche Fähigkeit der Unterthanen zu rechtlichen Geschäften ohne Unterschied ihres Aufenthaltsortes stets nach den vaterländischen Gesetzen beurteilt werde«.

Besedilo ne podpira razlage judikature, ker se da vsaj z isto pravico čitati v objektivnem zmislu: »ako naj zadobe dejanja in opravila ob enem pravne posledice tudi v tuzemstvu«¹⁾ Kadarkoli se torej uveljavljajo posledice sklenjenega zakona za tuzemstvo, je treba, da je sklenitev ustrezala domači postavi, naj sta poročenca na te posledice mislila ali ne.

Tudi »ratio legis« ne pripušča druge razlage. Domovinska postava je v prvi vrsti poklicana statuirati o zakonski zmožnosti svojih državljanov; te dogme ne pozna le čl. 1 konv., temveč že o. d. z. sam za tujce v §-u 34. Razlaga judikature bi uvedla v o. d. z. nerazumljiv dualizem glede načela, po katerem naj se presoja zakonska zmožnost tujcev in domačinov. Tujce bi sodili po pravilni normi njih domovinske postave, domačine pa ne po njih lastni v vseh onih slučajih, ko za časa poročitve na dom niso mislili. — »Ratio legis« zahteva dalje, da ostani merodavna ista postava, naj ostanejo učinki v tujini sklenjenega zakona omejeni na inozemstvo ali se raztezajo na tuzemstvo; kdor je premlad za ženitev brez zakonitega dovoljenja, se ne reši tega defekta z begom v tujino. Omejitev domače postave ni smatrati za nikako breme, naloženo podanikom, temveč za dobroto, statuirano v njih interesu; kadar tega interesa več ni, naj se omejitve odpravijo.

Razlaga judikature je nevzdržna iz nadaljnjega razloga, ker ne pove, po kateri postavi naj se presoja na tujem sklenjeni zakon domačinov, pri katerem niso mislili na pravne posledice v domovini. Ali »lege domicilii« ali »lege loci actus« itd.? Taka vrzel bi pomenjala nepopolnost kodeksa, katere o. d. zakoniku ob jasni določbi §-a 4 ne gre očitati.

Že do haagske konvencije niso mnoge civilizirane države pripuščale Avstrijcem k sklenitvi zakona, ako niso bili za to usposobljeni po naši postavi. To načelo bo vsled konvencije čim dalje prodiralo. Ako pa bi bila izpodbijana razlaga §-a 4 pravilna, bi se lahko pripetilo, da bi priznala naša judikatura veljavnim zakon Avstrijca, ki se povodom sklenitve ni oziral na o. d. z., akoravno bi bil ta zakon neveljaven v tujini — slučaj, v katerem

¹⁾ § 15 pranačrta je bil še jasnejši: »als diese Handlungen und Geschäfte auch in diesen Ländern rechtliche Folgen hervorbringen können und sollen«.

bi tujina bolj respektirala našo postavo, nego organi domače justice sami.

Namen judikature je prozoren: olajšati sklepanje zakona podanikom vsaj tedaj, kadar se jim ne gre za njegove pravne posledice v domovini. Ali uporabljeno sredstvo ni le nezakonito, temveč, kakor kaže tozadevni najnovejši judikat od 7./XII. 1909, zelo dvorezno: žid in katoličanka, oba Avstrijca, sta sklenila l. 1903 zakon v New-Yorku. Po uradni preiskavi je najvišje sodišče veljavnosti tega zakona za avstrijsko ozemlje pritrdilo, ker se iz provedenih dokazov ni moglo prepričati, da sta zakonca imela namen, izvajati iz zakona pravne posledice v tuzemstvu. Čez nekaj let sta si postala drug drugemu neznosno zoperna, kar opravičuje žida k razvodu. Prošnjo za tak razvod pa so vse tri instance (na sebi popolnoma pravilno) odbile, ker ima o razvednosti zakona odločati domača postava, in ker po tej zakon med židom in katoličanko ni razvéden. Tako sta prošnjika vsled prvega judikata ostala še nadalje druga na drugega navezana, čeprav njiju zakon — za domovino — nikdar veljaven ni bil.

V literaturi se za večkrat omenjene, napačne judikate še ni nihče ogrel. Vsi komentatorji, od našega rojaka Dolinarja (gl. njegov »Eherecht« od l. 1834) do Strisowerja, stoje na stališču, da ominozni pristavek §-a 4 nikakor ne izpreminja v glavnem stavku izrečenega, po §-u 34 cit. tudi za tujce veljavnega načela »legis nationalis«, in da sploh nima nobene prave vsebine, ker se avstrijski sodnik bavi s pravedmi o veljavnosti zakona le tedaj, ako ima priznati ali odreči zakonu veljavo za tuzemstvo, in gre torej vselej, kadar se bavi s takimi pravedmi, »eo ipso« za pravne posledice v tuzemstvu. K tej misli (Strisowerja) bi jaz še pristavil: kadar se sodnik opravičeno bavi ali kadar je kompetenten za take pravde. (Zgodi se namreč vsled zapletenih razmer, da izreče sodnik za neveljaven zakon, o kojega veljavnosti statuirati sploh ni bil poklican. Prim. najviš. sodbo od 19./XII. 1904.)

Pobijajoč judikaturu najviš. sodišča se nisem oziral na daljno praktično važno okolščino, da se dejstvo, ali sta poročena hotela skleniti le za tujino ali tudi za domovnio veljaven zakon, striktno nikdar ne da dokazati, in se zaročenca za posledice zakona, vsaj za te ne, navadno sploh ne menita.

Da se judikatura povrne s peščene podlage, na katero je zašla z razlago §-a 4, k staremu pravilnemu, četudi strogemu načelu in ž njim k principu haagske konvencije, bilo bi edino pravo. Reformo materialnega zakonskega prava pa mora prepustiti legislaciji.

Kar se tiče izjeme, ki jo pripušča čl. 1 konv. na korist švicarskim in državljanom nekaterih severnih držav, je gotovo, da je o. d. zakoniku zavračanje na tretjo postavo tuje. Kakor pa ta izjema drugih, konvenciji pristopivših držav z ozirom na mali pomen ni odvrnila od pristopa, tako se tudi ni bati, da bi se Avstrija nad njo izpodtikala.

(Konec prih)



Iz pravosodne prakse.

Civilno pravo.

a) Bližnjice ni moči odpraviti v zmislu §-a 484 o. d. z., četudi je na razpolago več drugih potov; socialno-politične razmere ne prihajajo v poštev, kadar gre za pridobljene pravice.

Tožnik Alojzij K. je kupil njive parcele št. 42, 43 in 46 k. o. Gorenja vas, ki niso obremenjene v zemljiški knjigi z nikako služnostjo. — Toženec Peter M. je lastnik mlina, od katerega ima tri dohode, da pride v Gorenjo vas in Ribnico in sicer: sporno stezo *a-b*, ki je dolga 279'70 *m* in drži preko tožnikovih parcel diagonalno, drugo stezo v dolžini 322'60 *m*, ki drži tudi preko tožnikovih parcel, toda samo po eni strani, in pa javno pot, ki je dolga 464 *m*.

Tožnik pripoznava, da je toženec priposestvoval stezo *a-b*, pravi pa, da je nepotrebna, ker ima toženec več dohodov k svojemu mlinu in zato ne more od njega zahtevati, da bi pustil po svojih parcelah kar dve stezi. — Toženec ugovarja, da je sporna steza *a-b* potrebna, ker hodijo po njej prebivalci več vasi, ležečih onstran Ribnice, ker je tu bližnjica in ker se hočejo izogniti konkurenčnemu mlinu Franceta I., ki leži ob drugonavedeni stezi. — Zaslišane priče so potrdile hojo po sporni stezi za več kot 30 let.