

Dr. FRANCE GORŠIČ:

O SAMORASTLEM PRAVU.

Moderno pravoznanstvo razmika tesne meje dosedanje pravne vede, ki se je bavila zgolj z raziskovanjem pravnih stavkov, ki so v spisanem pravu. Mislili so, da je vesoljno pravo izgotovljeno in s pravnimi stavki završeno, ter da so pravni stavki izključno pa tudi popolnoma zbrani le v spisanih zakonih. Zbirali so torej tvarino, ki jo dajejo zakoni, ter so v knjištvu in v pravosodju sestavljali, razlagali in ukoriščali spoznatke edine te metode. Čez ozke mejnike zakonov so posegali redkokdaj, jedva da so pravnih stavkov iskali tudi v pravnem knjištvu (v Nemcih) pa v pravosodju (v Francozih). Splošno so v nemar puščali takozvano „pravo navad,“ katero so smatrali za toli majhno in malenkostno, da se nihče ni trudil iskati ga ali celo razglablјati, po kaki metodi bi se imelo vršiti iskanje. Trgovinsko pravo je bilo edino torišče, na katerem so se oslanjali na dejansko rabo. Tukaj so priznavali trgovski običaj ali usanco, ki jo je vzprejelo in ki ji je nekoliko pozornosti posvečalo pravno znanstvo. Ves ostali pozor so uporabili za pravo preteklosti, ki so v njem iskali pravnih stavkov in ki so po njem učili, da spoznavaš po tem potu razvoj prava, hkrati s tem pa tudi pravo sedanosti, ki je zasidrano v pravu preteklosti. Vrhunec te formalistične metode je brez dvoma stekel Brinz, ki je v svojih pandektah (§ 32) izrekel, da vrzeli v pravu sploh nikakih ni.

Ta prizadevanja ponehujejo, odkar je do dobrega dognano, da se more spoznavati pravo preteklosti le ob pravu sedanosti, a ne narobe. Pravna zgodovina uči nauk o razvoju prava, a učena je samo na ta nauk; za doznavanje in spoznavanje sedanjega prava ne zaleže nič. Kadar uvajajo mlade pravnike v pravno vedo, se ozirajo v Ameriki in na Angleškem na pravno zgodovino le toliko in takrat, kolikor in kadar je treba slušateljem postanek zato objasniti, da bi sedanjo obliko pravnega ustroja še bolje razumeli. Tam je pravna zgodovina specialna veda in pravnemu znanstvu le pomožna veda. Od tam je prišlo novo razodetje, čigar vpliv je, da se na formalni logiki zgrajeno pojmovno sestavje seseda vase, in da je filologija, prej pravni vedi posestrima, posehmal pravni vedi le še za deklo grobih del. V ta časovni tok je odločno kot vodnica vstopila specialna filozofija, kateri se je pravna

veda od njega dni rada in poslušno podrejevala. Pojemovno modroslovno metodo je strla *Bergsonova teorija*, ki pomenja proti statični Heraklitovi filozofiji dinamično vedo. Ona proglašča to, kar postaja in ki se vedno izpreminja, da je po potu mene prostora za postanek novega. S tem je pojem dogospodaril, ž njim pa je zavrženo, kar je zmerom enako, enkrat za vselej ustaljeno, enakomerno bitno. Bergsonov postoj pomenja razvoj. Ni poti od pojma do dejstvenosti. Bergsonu znači v pojmih živeti toliko, kakor živeti življenje onostran resničnosti. Metoda mu je pravi empirizem, ki gre za tem, da si ogleda izvornik koliko mogoče od blizu, zakaj življenje izvornika ti je dojeti, da moreš začutiti z nekako intelektualno avskultacijo, kako diha duša. Pravi empirizem je prava metafizika, svobodna pojmovstva stare metafizike. Bergson terja neposrednost. To izražča točno s tem, da načeloma terja intuicijo. Časovni duh veje po vsej filozofiji, ergo tudi po pravoznanstvu. Zajemljivo je, da se je pravoznanstvo nekako instinktivno zavzelo za pravilnost spoznatkov angloamerikanskega pravnega sistema in s tem točno potrdilo pravilo, da je podrejeno modroslovju, katero je svojo visoko nalogo še točneje rešilo, podavši sebi in pravoznanstvu bergsonizem. V zakonu je torej utemeljen preobrat, ki se vrši v modroslovju in posebno v vzgojeslovju, a hkrati tudi v pravoznanstvu. Ta preobrat zahteva konec vseмогоštva in vsevladja mehničnega prirodoslovja. Moderno pravoznanstvo zameta vsakršno pojemovno jurisprudenco ter uči, da je pravo funkcija življenja, in da je zato, bilo v zakonjeno pravo ali ne, vsako pravo polno številnih vrzeli, saj se oblikuje in mineva ob življenju. Teh vrzeli ne zalepiš z logičnimi pojemovnimi izpeljavami, niti jih ne zadelaš z neznanstvenim pravnim čustvom, ampak zopolniš jih zgolj ob veččem in metodičnem raziskovanju, z opazovalno metodo, ki dojema in doznava resnico in pravico. Knjižnico naj nadomesti proučevanje življenja in prometa. Praksa je poklicana, da vodi.

Da razvoja, stanja, mene in ginevanja svojega prava nič ne poznamo, tega je kriva dosedanja metodologična struja, ki je s pomočjo formalne logike neki svet ustvarjala, ki je popolnoma različen od dejstvenega sveta. Ta skremženi svet stoji liki stena pred raziskovavcem, ki ne vidi dejstev. On gleda po knjigah in iz njih projicira in riše na steno pred seboj nekaj, kar nima z življenjem nobenega ali vsaj malo opravka, pa si domišlja, da je vlovil življenje na risbo. Pravniški velikan, čigar pomen za pravoznanstvo strmo vstaja iz hotenih in nehotenih postaj pravniških imperijalistov, naš *Baltazar Bogišič* je izvrstno orisal to pismouštvo o priliki, ko je bil nekoliko časa v Avstriji

nad Emsom med sami trdimi Nemci, kmeti, ki so mu povedali več pravnih rab, ki se tičejo rodbinskega prava. Takrat je Bogišič zapisal besede, da ti običaji niso „nikako bez značaja za nauku. Čudnovato je, da učeni Nemci to zanemaraju! To se može valjda objasniti nekom neodoljivom naklonošću učenoga Nemca, osobito pravnika, motriti svet gotovo izključivo kroza pismenost!“ Bogišič je premotrival to reč z drugega stališča, nego nemškorimski pandektarji. On je predhodnik pravnih znanstvenikov bodočnosti in s tem predhodnik samega bergsonizma. Pač je bil *Beseler* s pojmovnimi konstrukcijami ustvaril nauk o narodnem pravu in o pravniškem pravu in govoril je tudi o metodah doznave, toda niti on ni splezal čez steno, marveč ostal pri besedah, da risba na steni ni življenje. Metode ni iztaknil. Metoda, ki dovede do doznave dejstvenega prava, je bila fantom, kakor so se fantom zdele *Beselerjeve* podmene. Bogišič je bil, ki si je bil svest, da je treba črpati življenje, njega pravne rabe. Dela ni pričel s pojmovnimi zaključki. Celo, ko je bilo gradivo zbrano, gradiva ni predelal tako vsestransko, kakor bi bilo pričakovati. Njegov cilj je bil, doznati pravne rabe južnih Slovanov po empiričnem potu. Izum te metode pomenja njegov *Naputak* (Zagreb 1866), ki ga je več ko 800 prašanj obsegajočega v 4000 primerkih razposlal. Že on je vedel, da more en sam človek zbrati le majhen del pravnih rab majhnega okraja, in da ne pride do cilja, ako bi vse življenje potujoč in pohiševajoč venomer samo nabiral: zato mu je bila rešitev v kolaborizmu. Po tem potu je zbral gradivo, ki ga je obelodanil kot *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u južnih Slovena* (Zagreb 1874). Tako je bil Bogišič prvi zbiravec samorastlega prava, oznanjevavec modernega pravoznanstva, prvi metodik in skala, na kateri se zida pravna veda, osvobojena nemškorimskih spon. Koliko časa je preteklo od tedaj, ko je bil v Nemce zadegal očitak, da imajo pojmovna očala, toda okoreležem se je rodil isti spoznatek stoprav v zadnjem desetletju! Zlasti tik pred svetovno vojno so se podvizali in so prostodušno pritrjevali, da so opravičeni vsi očitki zaostalosti in nižje cene, da, priznavali so, da ne poznajo niti prava svoje rodbine, češ, res je, da to pravo ni pravo, ki je v pandektah, skozi katere so — „kroza pismenost“ — motrili svoje rodbinske odnošaje in zbog njih zametali — z neodoljivo nenaklonjenostjo — metode, po katerih bi se jim bil svet prikazal neposredno. Tako pa obsega njihovo nepoznanje sveta vse panoge modernega prometnega prava, tudi trgovinsko pravo, pa vse tisto zasebno pravo, ki ni v pravnih stavkih spisanih zakonov, vsa temeljna poglavja civilnega prava, tukaj pa posebno agrarno

ustavo, zakupno pogodbo, dedno pravo, rodbinsko pravo, pred vsem še imovinsko pravo zakoncev. To-le neznano, od učenega prava različno, dejstveno pravo je samorastlo pravo. Spoznanje večje cene angleškega prava je bilo bridko, ker so ga spoznali in razglobili prav v zadnjem času, predno se je pričel krvavi ples za svetovno nadvlado. Za fantom se je morala izkazati Adickesova misel o elitnih sodnikih, angleškim in ameriškanskim sodnikom sličnih, za nedosegljiv cilj vse dotlej, dokler ne bo vede, ki bo učila vse tiste pravne stavke, katerih ni v izličenen pravu, tisto pravo, ki so ga nazvali *prosto pravo*. Prosto pravo pomeni vedo, samorastlo pravo pomeni metodo. Ona uči norme, ki slede iz dejstev prava, ta pa zbira pravna dejstva, ki so nespisana v življenju, v narodu in v prometu, in ki pomenijo méno pravnih naprav v primerjanju s spisanim pravom. Na Nemškem je ta pokret stoprav v začetkih, krdelce prosvetljencev se še bori za načelno priznanje proti večini stari- nov. Boj za metodo je še nejasen. Toda vedo, da je treba prevrniti oni prosluli nemškorimski pravni sistem. Gotovo prodro tudi oni do spoznatka, da je treba kreniti na Bogišičevo pot in iti med narod po gradivo. Epigoni njegovi bodo, ali pa bodo motrili svet, kakor so ga do sedaj. Tertium non datur. Za ukoriščanje spoznatkov, ki jih bodo luščili iz gradiva po potih posploševanja in uprepraščanja, za to metodo pravne vede bo še težka pravniška vojna, ki bo nam prihranjena: mi stojimo pred novo zakonodajo.

Veliko je delo, ki ga je treba opraviti. Uspeh je varen in je v dogledni bodočnosti. Uzakonitev civilnega prava nas ne more prehiteti, ako ne bomo predolgo oklevali. Smernice so jasne. Moč države tiči v zakonih narodnega gospodarstva. Knjižnica te tukaj pusti na cedilu. Nadomesti ti jo proučevanje življenja in prometa. Imamo vedo, ki se peča z gospodarskimi in socijalnimi stvarmi. Imenuje se socijologija, t. j. oná veda, ki obsega socijalno vedo, narodno gospodarstvo, statistiko in politiko. Prašanje je, v kakem razmerju je pravoznanstvo napram socijologiji. Pravo je družabna prikazen, in zato je pravoznanstvo del družabnih ved, ki jih je francoski filozof Auguste Comte nazval za socijologijo. Kakor pa se je to ime, socijologija, sprejelo v ožjem pomenu za skupek teoretičnih družabnih ved, tako kaže deliti pravoznanstvo v *teoretično pravno vedo* pa *praktično pravno vedo* ali *jurisprudence*, ter *prišteti socijologiji v ožjem smislu le teoretično pravno vedo* ali *teorijo o pravu*, da jo odločimo od praktične pravne vede, praktične jurisprudence ali jurisprudence vobče kot svoje panoge. *Socijologija prava je po Ehrichu znanstveni nauk o pravu.*

Pravna socijologija mora pričeti s tem, da zbere in da prouči samorastlo pravo po znanstveni metodi. Pravno življenje moramo opazovati neposredno. To opazovanje obsega dve doznavanji: doznavanje gospodarskega življenja in doznavanje pravne prakse.

S tem je očrtano področje pravnega socijologa. Namen pravosodja, v njegovem okviru pa zlasti sojenstva, je, da po eni strani pravilno raziskuje resnico, po drugi strani pa mu je določati pravico, t. j. pravilno tvoriti vrednostne presoje in pretehtovati interese. Za prvo funkcijo ti je treba znanja pravnega dušeslovja, ki je brezsporno del specialne filozofije. Za drugo funkcijo ti je treba dojemka in doznatka prava, sicer ti je neznan največji del vede, kako je raziskovati resnico in pravico. Izhodišče je dejstvo, da zakon in pravo navad, kolikor je to-le do sedaj vpoštevano, nista vse pravo. Kako je iskati ono drugo, neznano, a živeče pravo? Socijologični pravnik da liki anatom pod svojo lupo *konkretni primer*, konkretno rabo, konkretno določbo, konkretno listino. *On ne motri prava ali* — kakor nekateri oponašajo — *prava navad in prometnih običajev*. Prava ne more nihče opazovati, pravo se da le zaključevati iz konkretnih opazovanj. *Opazovati moreš le konkretne stvari*. Stoprv, ko zbereš uspehe cele vrste konkretnih primerov, ki si jih opazoval, se ti odkrije *bistvo vseh primerov*. Sedaj je čas, da preideš na splošnost. Po tem potu izprevidiš, kakor izvaja Fuchs slično, da n. pr. niso vse kupne pogodbe narejene po enem kopitu, ampak da so zelo različne. Nekaj drugega je, ako proda trgovec čevlje, nego če proda tovarno, in zopet drugo je, če proda dediščino. Bistvene razlike so, kadar proda proizvajavec veleindustrijalcu, kadar proda tovarnar prekupčevavcu, kadar proda prekupčevavec trgovcu, kadar proda prodajavec porabniku. Ko je treba soditi o sporih, ki izvirajo iz teh kupčij, so si svesti, da vseh teh kupov ne smejo metati v en lonec. In že sedaj ne sodijo kar po enem kopitu. Kje je vzrok tej različni odvrstitvi? Razliko povzročajo *socijalne razmere*, ki povzročajo različne prometne odnošaje in različne prometne potrebe. Da svoj konkretni pravni primer pravilno očleniš, moraš dobro poznati socijalno razmerje. Izsledok tvojega raziskovanja bo donesek, kamen za sestav, ki ga je zgraditi po metodi, ki dovede do doznave prava, t. j. po potu posploševanja in uprepraščanja. Tako dojdeš do doznave onega prava, ki mu pravijo Nemci prosto pravo, prosto zategadelj, ker je še nespisano in neukoriščno. Ta končni spoznatek ni zgolj podlaga za merilo, kadar sodiš o sličnih pravnih primerih, marveč del sestava pravnega reda je, ki se po njem dejanjsko ravna grajanska družba. Socijologija prava je opazovalna veda, kateri je treba gradivo priskrbeti po empiričnem potu.

Določbe uzakonjenega prava nudijo vobče in v rečenem okviru primeroma le majhen koeficijent popustljivosti in prožnosti, kadar včlenjaš pravne primere po različnosti prometnih odnošajev in prometnih potreb, različnih s stališča socialnih razmer. V novejšem času so iztahnili, da se lahko zgradi na temelju določbe o prirojenih pravicah (§ 16. o. g. z.) cel sistem takozvanih zasebnih pravic osebnosti, dočim so prej sodili, da je rečeno načelo odveč in praktično brez pomena. *Wellspacher* bi s tem paragrafom rad zlepil priznavo osebnostnih pravic, ki postajajo zmerom bolj važne (člen 28. švicarskega g. z., dalje Kohler, Gierke, Regelsberger, Dernburg, Hellwig, Krainz). In še več primerov bi se dalo navesti, da potiskajo moderne teorije pod kalupe starih paragrafov, a vsi so s torišča konstruktivnega pojmovstva in so nam dokazi smešnosti stare metode. Nas zanima na tem mestu neka druga prikazen, in sicer ta, ki bi nastala, ako bi si sodniki za kak konkretni primer osvojili in v dotičnem primeru praktično uveljavili n. pr. gori rečeno *Wellspacherjevo* teorijo. Imeli bi pred seboj pojav, da se isti ali slični primeri v mejah prava države različno ocenjujejo. Takih primerov je bilo vedno dosti. Narije je opozoril *Wurzel* („Das juristische Denken“), po katerem navedem nekoliko primerov, a jih pomnožim in opredelim po svoje. Gre za preocentve prava države iz zelo različnih nagibov. Vendar je pravi izvor tako značilen, da mislim, da naj po njem dobi preocentev svoje ime. *Krajevno preocentev* prava države bi nazval, kadar presojuje grajo hib trgovinska sodišča strože nego podeželska sodišča, čeprav sodijo ta in ona po istem trgovinskem zakonu. Zborna sodišča kaznujejo kazenske prestopke strože, kadar sodijo prvosodnje, negoli jih kaznujejo kot vzklicno sodišče za prestopke, in negoli jih kaznujejo okrajna sodišča kot redne prve stopnje. Tej prikazni bi rekel *instančna preocentev* ali pa *preocentev višjega sojenjstva*. *Wurzel* pripoveduje, da so pričeli na Dunaju oprasčati izvoške, ker se je bil pocestni promet zelo pospešil, ko so se bili pojavili motorji in avtomobili. Poprej so bili obsodili vsakogar, ki je bil zatožen zaradi prehitre voznje. Tempora mutantur, ergo: *časovna preocentev prava države*. Poglavitna je naslednja vrsta, ki jo *Wurzel* imenuje *projekcijo*, pravno projekcijo, pravno preocentev v ožjem smislu te besede. Ko so bili v Avstriji odpravili oderuški zakon, je prišla projekcija na goljulijo, in zapirali so oderuhe kot goljufe. Ko je bil zopet uveden oderuški zakon, je projekcija minila. Projekcija je tako ravnanje, da *pravni pojem formuliranega pravnega stavka neprenarejen ukoristiš pri primerih, ki jih pravni stavek ne obsegā, ali ki se o njih vsaj dokazati ne da, da jih obsega*. Na skrajnji meji popustljivosti in

prožnosti stoječ, ki je v pravnem stavku, gledaš pred seboj prepad, a onostran prepada stezo, ki se nanjo čez prepad zavihtiš. Skok s projekcijo. Tudi to-le, čez robove uzakonjenega prava prekipelo dejansko pravo je samorastlo pravo, ki ga nismo dojemali, nikar da bi ga bili spisovali. Tudi na tem torišču opaziš jedva prve znake, da hočejo dojeti izredne pojave. Pred pravniki, zlasti pred sodniki, radi katerih se uči skoraj vse pravo na vseučilišču, leži točno in jasno spisan codex. Toda življenje je pestro in se ne ravna po codexu. Kadar dovede sodnika to pestro življenje do prepada, se včasih osokoli in skoči na nemarkirano pot samorastlega prava, ki ga v codexu ni. Dojete pojave predelaš znanstveno in izsledek ti je prosto pravo, s projekcijo, ustvarjeno od samih sodnikov, čuvarjev pravnega reda in pravne sile.

Že v srednjem veku sta domače pravo in vsako takozvano partikularno pravo, zametala cerkev in nemško cesarstvo, ker sta svojo moč razširjevala prav s svojimi spisanimi zakoni. Humanizem se ni brigal za domače pravne naprave, ampak le za antične pravne ustroje. Deželni knezi so bili absolutisti in so mrzeli krajevna prava. Zgodovinska struja na Nemškem (*Savigny, Puchta*) je sicer zgodovinskopravnemu nauku utirala pot prav posebno na torišču prava navad, toda ta prizadevanja so bila toli nagloma prekinjena, ker so jih kesnejše struje puščale v nemar, da je moral *Gény* svoje misli pripeti prav pri *Savignyju* in *Puchti*, da je ustvaril svojo „*libre recherche scientifique*“. Naravnost pogazili so pravo navad v Avstriji, ki ni poznala nobenih prizadevanj nego centralizem, in centralistični nagibi so napotili celo racionaliste, da so pravo navad odklonili, ker so imeli zajemanje zgolj za „višji cilj“ ohranitve države. To preuveličevanje dinastije je porinilo pravno znanost popolnoma v kot. Občni grajski zakon (§ 10.) je kratkomalo izključil pravo navad, pripustivši zgolj to, da se smeš sklicevati na pravne navade le v primerih, v katerih se kak zakon nanje sklicuje.

Vedeli so dobro, da obsega pravo navad tudi narodno pravo, in nakanili so pravo navad v grob pokopati, da bi narodno pravo zatrli. Toda to jim ni uspelo, marveč resničen je ostal rek vodnikov zgodovinske struje, da se organična zveza prava z bitjem in značajem naroda obnese v razvoju časa prav tako, kakor se razvija jezik. Niso zatrli jezika, prav tako niso zatrli narodnega prava, čigar razvoj se nikoli ne umiri. Ne, giblje se in oblikuje se v enomer, kakor se oblikuje vse drugo narodovo. Pravo raste z narodom, preobrazuje se po narodu, pravo gine z narodom, kadar je izgubil svoje posebno svojstvo. *Kakršna je zgodovina narodova, tako je njegovo pravo*. A narodno pravo je,

dokler je narod. Že *Kotljarevskij* (1874) je, govoreč o pravu baltiških Slovanov, trdil, da je pravo ravno tako zgodovinski spomenik, kakor vse druge prikazni narodovega življenja in njegove izobrazbe, ravno tako kakor jezik, vera, pesništvo, slovstvo, šege in običaji, in da se morajo prikazi pravnega življenja obravnavati med občnimi nalogami kulturne zgodovine. Te besede Kotljarevskega in slični, še starejši izrek *Maciejowskega* (1835) je Slovencem omenil že *Babnik* (1883), ki se je žal zaman nadejal, da dobimo tudi mi s časom dovršen sestav slovenskega prava. Babnik je bil, ki je opozoril, da imajo materijalije kodifikacije o. g. z. dokaze in gradivo narodnega prava zlasti s Štajerskega in Kranjskega, toda podali so rajši — tako pravi — rimsko pravo, odeto v nemško rjuho.

(Konec prihodnjič.)



IGO GRUDEN:

NARAHLO, TIHO.

Narahlo, tiho bom spustil gardine,
da ne bi luč splašila te iz spanja,
da ne bi solnce zbegalo ti sanj.

Narahlo, tiho sem spustil gardine:
polmrak je v sobi, zrak mehko pozvanja
še ves pretkan od solčnih trepetanj.

Čez postelj je spolzela tvoja roka:
ni kakor cvet, ki v mrak se trudno sklanja,
da vso sladkost do dna prelije vanj?

Zajel sem cvet kot spečega otroka
med svoje dlani, dvignil ga iz spanja —
in moj smehljaj je tiho dahnil nanj.



Dr. FRANCE GORŠIČ:

O SAMORASTLEM PRAVU.*

(Konec.)

Stare samorastlo pravo imenujem tisto pravo, ki je živelo, ko se je vršila kodifikacija avstrijskega zasebnega prava. Gotovo je, da zakonodavci vsega starega prava niso poznali in da jih niti ni zajemalo. Zbralo naj bi se bilo pač vse, da bi ga bili „primerjaje ga s prirodnim pravom“ vpoštevali, a gotovo je bilo že izprva, da bi ga potrdili le tedaj, kadar bi soglašalo s prirodnim pravom. Splošno pa so sodili, da je to pravo nebogljeno in razvoja nezmožno. Nakana je bila že vnaprej, *odpravi: le pravne ustroje*, da ne bi ovirali „širšega razmaha prava.“ Jasno je potemtakem, da jim domača prava niso bila ljuba, nikar da bi jim bila kažipot. S tega stališča ti je mogoče, da si ustvariš pravo mnenje, kadar še dandanes bereš, da so domača prava deloma sprejeli, deloma zavrgli. Vendar pa je važno, poznati gradivo, ki so ga zakonodavci o. g. z. imeli pred seboj. Tole gradivo je brezsporno ugotovljeni, spisan del starega prava. Ostali večji del, ki ni bil spisan, ki se je do današnjih dni marsikako preobličil, a tudi deloma čisto izginil, je *pozabljeno staro pravo*. Velik del ga je takega, da se strinja z vsakim pravom kulturnih narodov, da ne rečem: s prirodnim pravom, in za ta del je pač vseeno, ali ga je kdo kodificiral na podlagi domačega pravnega gradiva ali ne: to je *splošno staro pravo*. Ves ostali del je *potajeno staro pravo*. Tisti del pa, ki so ga zakonodavci poznali, pa zavrgli, in ki obsega najbolj važne partije zasebnega prava (imovinsko pravo zakoncev, dedno pravo, rodbinsko pravo), tisti del je *zatirano staro pravo*. Vse pravo, ki je živelo ob kodifikaciji o. g. z., je živelo še dalje, in v tem zavislu je govoriti o *narodnem pravu*, ki je v pravni zavesti naroda in ki se po njem narod tudi dejansko ravna. *Vse pravo* ni tisto pravo, ampak le del prava je, ki ga kot pravo države upotrebljujejo oblastva. Oblastva se pečajo le s primeroma malim delom pravnih primerov, zakaj mnogo večjega dela teh primerov ne nosijo grajanit

* V tem članku beri na str. 482, v 2. vrsti od sp. „potaj“ (ne „postaj“), na str. 483, v 3. vrsti od zg. „značenja“ (ne „značaja“), na str. 484, v 15. vrsti od sp.: „Moč države običi pred zakoni...“

k oblastvom, ampak jih obavljajo po čisto drugih potih. Ako se ravna narod v večini primerov po drugačnem pravu, nego je pravo države, ni-li narodno pravo tisto pravo, ki je pravilo ravnanja za pretežno večino primerov? *Narodno pravo* ni zgolj v domišljiji nekaternikov, ampak je tisto dejstveno pravo, ki ga je narod ustvaril in ki je zanj veljavno. Avstrija, ki bomo imeli njene zakone še dolgo časa, je bila pestra mešanica množice narodov na velikem teritoriju. Brez dvojbe je, da je bilo še za monarhije pravno življenje Tirolcev drugačno nego pravno življenje Rusov v Bukovini in Galiciji; pravno življenje v Čehih je bilo drugo, a pravno življenje v Dalmaciji zopet drugo. Razlike so včasih večje, včasih manjše. Marsikje se je razlika pod vplivom enotno kodificiranega prava države stopnjema in sčasoma zmanjševala, znak, da je uspeval centralizem, da so se narodi baš zaradi pripojitve k isti državi na pravnem torišču prilikovali in morda tudi vobče zblíževali, in da je specifično narodno pravo posameznih narodov v istem razmerju odmiralo, v katerem se je izenačevanje vršilo. Ta proces je *prilikovanje* ali *asimilacija prava*. Tako pravo imenujemo *odmrlo pravo*, da ga ločimo od še živih ostankov, ki tvorijo *ohranjeno pravo*. Odmrlega prava ne smemo zamenjavati z *mrtvim pravom*, katero ni narodno pravo, ampak tisti del uzakonjenega prava, ki ves čas, kar zakonito velja, nikoli ni bil upotrebljen in ki bi bil prav tako lahko ostal puščen v nemar, nekodificiran. Trdijo, da izza leta 1811. vse do danes približno ena tretjina paragrafov o. g. z. ni bila nikdar ukoriščena. Toda motil bi se, kdor bi mislil, da se tiče mrtvo pravo zgolj določb, ki so same po sebi umevne in ki jih niti ni bilo treba kodificirati, češ, vsak narod se po njih ravna, ker obsegajo del tistega narodnega in potem pač vsem rodov skupnega prava, ki smo mu gori dali ime splošno staro samorastlo pravo. Gotovo so tudi take določbe vmes, toda poglavitno je obratno. Ta partija o. g. z. je tisti del prava države, ki *nobenemu* od mnogih državnih narodov *ni prijal*, ker so vsi imeli in še imajo drugačno pravo, ki pa je pri posameznih narodih različno, le deloma isto. To tvarino je vsak narod preoblikoval po svoje. Kolikor ga je ob asimilaciji narodnih prav med seboj, ob razvoju denarnega gospodarstva in modernega prometa, pa ob sovražnosti vseh državnih činiteljev odmanjkalo, toliko ga je odmrlo. Ta del je preživel in prav tako mrtev, kakor mrtvo pravo v zakonu. *Odmrlo narodno pravo* za današnji čas ne pomenja nič, pomen ima le še za pravnega zgodovinarja, da mu popolni vire zaznave prava, ki je njega dni bilo, toda dojeti ga je silno težko, ker je večinoma nezabeleženo. *Ohranjeno na-*

rodno pravo moramo doznati, zakaj to-le pravo sili na vrata zakonodavca in posebno objestno se bo ponašalo tisto pravo, kateremu smo gori dali ime: *zatirano narodno pravo*.

Ne da bi polagal mnogo važnosti na opredelitev pojmov, ki segajo po naravi te stvari često drug v drugega, menim, da je prav, da zaradi pregleda posnamenu gornje misli z besedami, da imamo *tri vrste samorastlega prava*:

- I. *projekcijsko pravo*, teoretično in praktično;
- II. *skupno narodno pravo*, pri katerem bi morda kazalo, v nasprotju k „občnemu“ ali „mednarodnemu“ pravu, izločiti kot svojski skuppek „prometno pravo“;
- III. *narodno pravo ali* — za nas — kar: *slovensko pravo*, to pa bi morali razpredeliti na:
 - 1.) *udomačeno, slovansko in neslovansko*;
 - 2.) *staro*, ki je *odmrlo*, ali pa *ohranjeno*; to-le pa je deloma *pozabljeno*, deloma *doznano*; vse doznano pravo je nekodificirano ali *potajeno*, velik del ga je *zatiranega*.

Kodifikatorji avstrijskega občnega grajanskega zakona so uzakonili pravilo, da veljajo takozvane „navade“ le v primerih, kadar se nanje sklicuje kak zakon (§ 10. o. g. z.). Toda sklicevati se na navade, so dovolili le sila redkim primerom o. g. z. Tako so v zakonodajnotehničnem oziru podvezali veljavnost prava navad. Extra legem nulla lex. V teoriji je veljal „*nauk dveh virov*“ prav tako, kakor je veljal v Justinijanovem in v kanonskem corpusu. Čim so podvezali enega teh virov, t. j. pravo navad, je bilo težišče premaknjeno. Nujna posledica metode dijalektike je morala biti ta, da je stopilo v vrzel, kjer so bili odstranili pravni vir navad, *pravo prosvelljencev*, ki so zbog svojega znanja, čustva in izkustva delali zakone. Izrazi njihovih misli in nazorov so postali ukazi zakona, zakon pa ni bil več obraz postoja in razvoja, ki se vrši v zavesti naroda. Dočim je bil Savigny učil, da so zakoni zapiski vesoljnega obstoječega prava (to je bila po njegovih mislih edina naloga vsakega zakonika), je o. g. z. uzakonil to, kar se je učenjakom zdelo prav. Narodni duh pa je bil pregnan v kot, nikar da bi bil zadobil formalno sankcijo.

Važno je, da so bili tudi v času teorije dveh virov možje, vodniki zgodovinske struje občnopravnih juristov, ki jim je bil jasen ta spoznatek, da navada ne ustvarja prava, ampak da ti ga le pokaže, da ga vidiš (*Puchta*). Raba jim je bil gon, ki sili na površje. Ako naj pravna navada pravo zares ustvarja, lahko smatraš pravno navado le

za izraz splošne prepričanosti naroda. Zato izvaja *Ehrlich*, da moraš premostrivati zakon prav tako kakor rabo. Po njegovem mnenju je mogel pravniški pojem o pravnih virih izvreti le iz tistega tesnega sveta, ki ne pozna v svojih mislih nič drugega nego pravni red, sodišče in pravno silo. Vladajoča jurisprudenca je potrdila *leges*, poleg teh pa še *consuetudo* za pravne vire. Ker more biti po tej teoriji vse pravo, ki ni lex, le *consuetudo* in nič drugega, je vprašanje, kako mora biti pravo, ki ni lex. Toda tega še ni nihče nikoli povedal, zakaj da ni nobenega drugega vira, nego le lex in *consuetudo*. Nikomur se še ni posrečilo, da bi bil pričlenil kak tretji pravni vir, recimo vedo, sodno rabo, konvencionalno pravilo, prometni običaj (*usanco*). Ehrlich zato imenitno izvaja, da pri teoriji pravnih virov ne gre za to, *kakó* so svojo obvezno obliko dobila *pravna pravila* (pravni stavki), ki jih mora uporabljati sodnik ali uradnik. Pravo ne obstoji iz pravnih stavkov, ampak iz pravnih naprav. Naloga teorije pravnih virov je, da izsledi gonilne sile, ki obrazujejo pravne naprave, ne pa, da bi nam govorila o obliki, kako je ugotavljati pravne stavke ali — še bolj rečeno — gotovo vrsto pravnih stavkov. Pravo in pravno razmerje živita le v človeških možganih, toda te predstave so tvorjene iz snovi, ki jo jemljemo iz zajetne, s čuti dojetne dejstvenosti, iz dejstev, ki smo jih opazovali. Vedno je moralo biti *dejstev*, torej morajo biti *dejstva*, preden nam je mogoče govoriti o pravu in o pravnem razmerju. Tukaj je pravnikova delavnica. Eno poglobitnih dejstev prava, ki jih mora pravnik proučevati, je *raba*.

Rabe ne gre zamenjavati s pravom navad, saj ne gre za rabo pravnih stavkov. Marveč raba je (po *Ehrlichu*): kakor smo do sedaj delali, to bodi v bodoče naše pravilo. Raba določuje stališče poglavarja, članov in organov zajednice ter naloge vsakega posameznika. Raba napravlja red v vseh pradžubah: v župi, v rodbini, v hiši, v rodbini in v hiši pač do današnjih dni. Na prastopnji je raba bistveno merodajna za vse krajevne zajednice in za državo. A tudi v Rimu je pravice in dolžnosti magistratov (pičli državnopravni zakoni se tičejo skoraj izključno komicijev) predpisovalo do cesarske dobe *izporočilo*, in v visoko razviti britanski državi se drže kralj, parlament, ministri, najvišji uradniki v praksi pretežno rab, ki jih imenujejo *precedents*. Koderkoli so vrzeli, katere so, čeprav obstojé pogodbe, zakoni, pravni stavki in ustave, povsod odloča raba, ki je normativna moč dejstvenosti (Jellinek). Ena zajednica je, ki še dandanes pretežno zavisi od rabe (Ehrlich): *hišna rodbinska zajednica* kot gospodarska vkupnost in gotovo tudi kot etična in družabna vkupnost.

Rabo torej dobro razločuj od prava navad, katero je občnopravnim juristom pomenjalo domače krajevno pravo. *Ehrlichu* je pravo navad pravilo ravnanja in norma odločanja, to pa tako, da je najprej pravilo ravnanja, ki kot tako, oziroma po tem potu postane norma odločanja. Pravo pravnikov, ki so zavzeli mesto narodovo, je zgolj norma odločanja, ne pa tudi pravilo ravnanja. S tem je Savigny-Puchtova teorija izklesana s popolnostjo, da ustreza moderni pravni vedi. Tako daleč je treba seči nazaj, da so niti pripete. Vse, kar leži vmes, je puhla dijalektika, ki sta ji bila tuja dva spoznatka, da velja princip razvoja (postoja) tudi za pravoznanstvo, in da ima pravo socialni značaj. Edini *Beseler* je, ki bi se utegnili nanj pozivati, da je on prekosil *Savignyja* in *Puchto*, češ, on se ni zadovoljil s tem, da bi bil zgolj zaključeval učne stavke, marveč on je iskal metod, kako bi bilo mogoče doznati narodno pravo, in razglabljal je o tej temi, pojde li „po načinu prirodoslovcev, po potu opazovanja“. Veleznačilna je Ehrlichova pripomba, da je ta velikanska pobuda velikega germanista ostala doslej popolnoma neopazena, kar je iznova dokaz, da odloča v vedi mnogo manj duh nego-li razmere moči. *Bogišič*, učenec Savignyjev, je udejestvil, kar je bil *Beseler* zamislil. Toda vivistično, po intuitizmu in kollaborizmu prodreti v jedro in obseči vso materijo, ta zasluga je zgolj *Bogišičeva*, moža, ki se zdi predhodnik Bergsonov liki Janez Krstnik, oznanjevalec Kristov.

Glede imenstva mislim, da iz gori rečenega sledi do dobrega, da vsebujejo zbirke pravnih običajev dejstva prava, ki se jim prilega ime: *raba*, ne pa ime: *pravna navada* ali celo: *pravo navad*. Stara nomenklatura teh rab ima pretežno krajevni beleg, ker so po starem za pravo navad nazivali *krajevno pravo*. Rabe na geografično malem prostoru so imenovali *šege*, rabe na večjih ozemljih pa *običaje*, primeri zlasti *prometne običaje*. Kadar so v pravni teoriji govorili o tem pravu kot sestavnem delu pravnega sistema, takrat so rabili nazive *pravna navada* in *pravo navad*.

Malo je bilo narodov, ki bi bili v rimsko-nemškem testamentu našega pravnega pisma zaslutili velikanski pomen samorastlega prava, čigar dovršen del je narodno pravo. Malo jih je bilo, ki bi bili sledili srbskemu preroku, ki je bil udejestvil, o čemer so bili pravni veljaki zgodovinske struje sanjali. Razen Špancev, katerim je *Costa* dal „*Derecho consuetudinario v economia popular en España*“, so samo še Bolgari, ki imajo od Bobčeva „*Sbornik na' blgarski juridički običai*“. Znamenito je to, da smo Slovenci od vseh Jugoslovanov edini, ki nimamo ničesar, nego tolažbo, da tudi — Nemci in Avstrijci nimajo ničesar. Pač

se je oziral Bogišič tudi na Slovence, in posrečilo se mu je dognati, da so imeli Slovenci svojo lastno, od hrvaške zadruga različno zadrugo. Slovencem, ki jim je bil tujec gospodar, ni bilo na tem, da bi bili svoj narod proučevali, ampak s poklonom gospodarju so se podvizali in so trdili, da slovenskega prava sploh ni, da bi človek o njem govoril. Jaz mislim, da se morajo te besede zavreči že samo z znanstvenega stališča: trditi ne moreš, da ni, česar nisi niti poizkusil dojeti. *Resnica je ta, da ne vemo, koliko narodnega prava imamo.*

Vemo pa, da obstoji narodno pravo kot del samorastlega prava, po katerem ljudje žive. Ako bi po Bogišičevi metodi dojali slovensko samorastlo pravo, bi bilo na naših pravoznanstvenikih, da bi luščili iz rab ona bistva, ki, posplošena in upreproščena, tvorijo temelj narodnega prava. Vejati bi morali s pravo vejalnico, ki ji je ime primerjalna pravna veda. Izvejati bi morali najprej tisto, kar je tujčevega, a ohraniti tisti del, ki se je prijel v naši grudi in se podomačil. Z največjo skrbjo pa bi izbirali zrnje, ki je domače ali vsaj slovansko. Bilo, kolikor jih bilo, ali ne bi bila ta zrna zlata? A tudi vse zbrano neprevejano blago bi bilo velike cene za narod, ki ni bil toliko dorastel, da bi bil stopil spoznavat samega sebe.

Pri tem bi bil dragocen i ta spoznatek, da je pravo te in te vrste minilo, odmrlo. Naj opozorim samo na en primer, ki postane — vse tako kaže — najprej aktualen. Sproženo je prašanje, kaže-li uzakoniti v državi Srbov, Hrvatov in Slovencev, da bodi lastnik zemlje *poglavar rodbine*. Prof. Šilović meni, da je sedaj čas, lotiti se lastništva kmet-skih posestev, ker se rešuje prašanje agrarne reforme, češ, sedaj ali nikoli. On meni, da se nam je treba povrniti k staremu narodnemu pravnemu naziranju, ki ga je pred 500 leti tako lepo izrekel „*Poljički statut*“ z besedami: „Poseдельник stare baštine, nasledene od predja, imade ju onde ostaviti gde ju je našao.“ Neokrnjeno naj bi moral predati zemljo svojim naslednikom, kakršno je od svojih staršev prejel. Zemlja ni njegova, ona je rodbinska. To prašanje da je rešiti, predno se izvede agrarna reforma, da bodo takoj na rodbino vknjižene nepremičnine, ki jih dobe poljedelci. Ko gre za prašanje, ali naj se v novi državi čimprej povrnemo „na staru baštinu, kako ju propisuje stari zakon i običaj“, nam bo pač poročati na naslov zakonodavčev o pravni zavesti Slovencev, kam se pri njih nagiblje to temeljno načelo, ali k individualizmu ali k rodbinski zajedniški misli. Tisti, ki bi kar na slepo svetoval, da bodi lastnina poedinega kmeta, ne poedine kmet-ske rodbine, tisti Slovenec pravnik bi bil narobe-znanstvenik. *Zakaj pravne zavesti našega naroda prav v tej točki ne poznamo, in tudi pravniki,*

ki so bili dolgo let v neposrednem stiku s kmetovavci, bi bili v zadregi, ker ne vedo, kako globoko je razjedel slovensko zajedniško pranačelo od tujca nam natvezeni individualistični princip. Dragocen bi bil spoznatek tudi tedaj, ako bi se glasil tako, da je narod za lastnino poediniga kmeta. Ako nas zakonodaja prehiti, nam bo glede tega prašanja seči po ljudskem glasovanju.

Samorastlo pravo je zadelan pravni vir, ki ga moramo oddelati in zajeti. V njem je naše narodno pravo, ponižno pravo, ker smo bili ponižanci, a klena napera bodočim zakonom.



STANO KOSOVEL:

NOVEMBRSKA.

Pozdravljen, oj pozdravljen
jesenski hladni čas!

Sicer je burja v svatih —
a že pri prvih vratih
naš svetec jaše v vas.

Pol plašča prek raména,
pol ga je daroval:
ogrejte se, kristjani,
ne glejte ga postrani —
za vas žari bokal!

In pod pazduho nosi
svetnik pečeno gos.
Hej, kogar glad preganja
za mizo naj ne sanja —
pobrigaj se za kos!

Pa le tam zunaj svira
naj burja, ko da post
ozelenel je vejo!

Mi tu gasimo žejo
in Mártnin je naš gost.

*Vendar enkrat pogledala je meglečnost in
25 pesnic v teh visticah kmeta besede
26/11/92*