

Nova teorija o temelji zaščite posestne.

(Konec.)

Evo, kako Olivaret. svojo tezo dalje dokazuje.

Zvrševanje prava je posledica prava, je njegovo življenje, njegovo vstvarjanje; ko bi ga zakon prečil, provzročil bi njegovo asfiksijo. Zaščita zvrševanega prava je očitvidno načelo, ki ne potrebuje daljšnjega dokaza. Mari je morda zakonu dognati, da li zvrševanje prava odgovarja realni eksistenciji prava? Z drugimi besedami, ali je zakonu preiskavati temelj prava, da mu dovoli zaščite? Ne, ker bi ga s tem onemogočilo.

Človeška volja je naravno pravna v dvojnem smislu: 1. v smislu, da je vsak svobodni čin človekov juridičen, namreč da je zvrševanje ali vsebina zvrševanega prava; 2. v smislu, da je po logičnem zakonu ta vsebina zvrševanje prava. Ne govorimo, da je volja človekova sveta, da je domnevati dobro, dokler se ne dokaže protivno, ampak, ker je naravno pravna, recimo, da jo je treba braniti, kadar vrši pravo. Ako bi se pa narobe zahtevalo, da se brani zvrševanje vseh pravic, katere se prikazujejo na juridičnem polji, veljala bi domneva, da je vsaka volja naravno nepravna, na veliko korist malopridnežem. Tako razžaljenje človeštva uničilo bi državo, katera bi ga zakonila, a to bi tem absurdneje bilo, ker sam motilec v večjem delu slučajev ne prereka prava, katero moti, — njegovo zvrševanje moti, ali ne zanika njegovega pravnega temelja.

Vsaka volja torej, katera vrši pravo, povlaščena je ostati pri vršenem pravu in biti kako tako varovana. *)

*) „*Toda voluntad pues, que ejerce un derecho, tiene derecho à permanecer en el y, como a tal, a ser protegida*“ (o. c. s. 481).

Da se ta zaščita izvede, je li treba sodni oblasti proglasiti ekstistencijo prava? Rekli smo, da ne, ker tu gre za pravo aktualnosti (namreč za izvrševanje prava) in ker je sodniku dosti, videti ga, da ga potem brani. Kakor hitro je človek žaljen v pravo, da ga vrši, dosti mu je, da dobi zaščite, dokazati aktualnost izvrševanja. Iz tega mora izhajati, da bode varovano ono faktično stanje, katero je po lici izvrševano pravo, naj je tudi posestnik *in mala fide*. Kajti zaščita nepoštenega posestnika objektivno je poštena, četudi je z ozirom na določeno osebo in ostale pravne razmere subjektivno nepoštena. Morda je ta zaščita moralno nedovoljena, ali pravo ne sme kot morala človeške vesti izpraševati ter je slediti v njenih temnih zakotjih, ampak mora fiksovati glavne smotre, prikladne svojemu zunanjemu licu. Vse, kar je v tem okvirji, pravo je, dasi je z ozirom na tretjo osebo čin popolnoma nepošten.

Uporabljanje teh načel na zaščito izvrševanega prava, naj se to tudi samo zunanje prikazuje kot tako, stvorí zaščito posesti.

Kadar je pravo očitvidno po svojem naslovu, tedaj se kot tako brani; kadar se brani kot faktum izvrševanja, takrat gre za zaščito posesti.

Tako Olivaret razlaga svojo teorijo ter misli, da je temeljita, ker vse ostale reasumuje, in evo, kako si prizadeva, da to dokaže.

Volja je naravno-pravna ter ima pravico, da se spoštuje njen delokrog in juridična njena svoboda, razodevajoča se na polji posesti ali drugega prava (teorija volje Randova in drugih), in kedor jo po tem takem napada, zakrivi privaten prestoppek, ki ga je izgladiti (teorija privatnega delikta Savignyeva). A ker se z vsakim prestopkom napada javni red, onda je motitev posestne pravice napad na javni red (teorija Rudorfija). Vrhu tega zahteva ekonomični interes, da je čuvati posest (teorija Stahlova), in to zahteva tudi juridični interes (teorija Buchelova).

Ker se v vsakem pravu brani njegovo izvrševanje, lastništvo pa spada med najvažnejša prava: zaščita posesti je mogoča lastnina (stare teorije). Istina, posest ni domnevano pravo (teorija Röderova in Thibautova), ali je neka vrsta prava na domnevo. Zakon ne vidi v posesti domnevanega prava, ampak nadzirati mu je izvrševanje prava v vsaki faktični

vsebinsi (*ha de ver el ejercicio de un derecho en todo contenido de hecho*). Očitati se nam utegne razlika possessoriuma od petitoriuma in da je nedopusten ugovor lastništva. Ali kakšna je svrha onega? Braniti aktualnost izvrševanja prava kot takega. A tega? Zákonski z dokazom obistiniti pravo, katero počiva na činu, še dvomnem. Kako je moči pred sodiščem mešati tako različne stvari, kakor so pravo aktualno (zvrševanje, zunanost prava) in upano prava? Zategadelj ima izmed aktualnega prava t. j. pripoznane posesti, in prava, ki pred sodiščem ne obstoja, dokler ni dokazano, več pravice posestnik, nego li tist, ki ne poseduje (teorija Brunsova): „*possessor hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet.*“

Olivaret priznava, da sta dve teoriji v tesni zvezi z njegovo, to sta teorija Iheringova in Liebejeva. Osvaja si popolnoma prvo, ki ima le jedno napako (ki pa ni napaka, ker se Iheringovo delo nanaša na rimsko pravo), da obsega namreč samo posest stvari. Ihering zove kakor mi (pravi pisatelj) posest zunanost prava (*la exterioridad del derecho*), in kakor on, mislimo tudi mi, da je posest trdnjava za obrano prava (za obrano lastnine, pravi Ihering). Naj se raztegne njegova teorija na posest prava, pa se bode jedva razlikoval njegov nauk od našega. A od Liebejeve teorije¹⁾ si pisatelj osvaja glavno idejo, da sedanja volja, koja se determinuje v aktualnem činu, je *jus in thesi* in da je zaradi tega vsako nasilje na njo naperjeno prepovedano, ker je vsak sedanji napad na aktualno pravo nepravda.

Tako Olivaret obrazlaga svojo teorijo, trudeč se dokazati, da obsega vse ostale. Ker pisatelj takoj začetkom izjavlja, da se ona ne ozira na nobeno pozitivno pravo, počenši od rimskega, nego da se snuje na goli filozofiji prava, odpadejo ugovori, ki bi se utegnili zoper njo dvigniti zaradi narave, ki jo ima juri-
dična posest, kakeršna je iz rimskega in iz kanonskega prava se prelila v moderno zakonodavstvo. Kajti ako je res, kakor to ostroumno in globoko misli španjolski učenjak, da je posest izvrševanje in zunanost prava in da je svoboda tega izvrševanja resno pravo, ki zahteva zaščite: „ne bi se mogla na polji pozitivnega zakonodavstva vsprejeti nadaljnja trditev njegova, da takšno

¹⁾ Liebe, *der Besitz als Recht in thesi*, Brunswick 1876.

zvrševanje, takšna vidna aktualnost ne potrebuje dokaza (*La actualidad no exige prueba*). Posest po avtorji samem ni le fizičen, nego tudi duševen čin volje, ki prav zaradi tega večkrat potrebuje induktivnega dokaza, ker se vedno evidentno ne manifestuje, da celó neredko čin, ki po svoji fizični zunanosti ima lice zvrševanja prava, v resnici to ni, ker mu manka one volje, naperjene na zvrševanje prava, v kateri, pravi sam Olivaret, obstoja posest. Če kedo bere jagode v tuji hosti, imamo v tem činu zunanost zvrševanega prava, ali dokler se ne dokaže volja k temu zvrševanju, ni, da bi oni čin bil vsebina kaki pravici (kajti sosed lahko *ex jure familiaritatis* bere jagode, a niti šanja se mu, da zvršuje s tem kakšno pravo), niti ima dotični činitelj pravo zaščite. A sam fizični element posesti potrebuje dokaza, pogosto jako težkega pred sodiščem, ki se poprej, nego podeli zaščito takemu važnemu činu, mora prepričati o eksistenciji vseh onih najrazniših okolnostij, v katerih po različnosti prava lahko sestojta faktično njegovo zvrševanje.

Razloživši véliki razvoj teorije posesti, počenši od rimskega in kanonskega prava, ki jo je raztegnilo na vsa prava in okrepilo njegovo zaščito „*actione spolii*“, pa naprej do novodobnega, ki je priznalo, da zvrševanje prava t. j. posest nahaja svoj temelj v sebi (*possession vaut titre*“, kakor pravi Code Napoleon § 2279): formuluje Olivaret zaključke prvega dela svoje razprave tako-le: 1. Posest v najširšem filologiškem in logičnem smislu je sinonimna ideja aktualnosti živeče in zvršujoče (*idea sinonima de actualidad viviente y en ejercicio*); 2. na juridičnem polji je lahko reči, da volja poseduje, kadar namerno, izključivo in ne začasno vrši katero koli pravo; 3. to zvrševanje je faktično pravo ter se lahko raztegne na vse kategorije prava in zato spada v občni del sistema; 4. akoprem od posesti nastane mnogo faktičnih in pravnih koristij, ki vstvarjajo „*quantum interest possidere*“, jedino pravno ustanovilo, nastavše od posesti, so akcije prirejene izključivo za njeno zaščito; 5. posesti ni smeti mešati z lastnino, katero spremlja „*jus possidendi*“, ali katera logično in historično od posesti izhaja; 6. iz istine, da je najti posest varovano v vseh narodih, koder se pokazuje individualna lastnina, je izvajati, da zaščita njena ima toliko historični, kolikor racijonalni temelj; 7. ta temelj ni drugega, nego nujna zaščita zvrševanega prava.

Mi smo hoteli naše čitatelje opozoriti na to izvrstno delo španjolskega pravnika, da se vidi, kako juridična znanost v tem stoletji ni izključivi monopol nemškega naroda, kakor nekateri misle, pa niti na onem polji ne, kjer so Nemci velikih in zaslužnih triumfov nabrali. Če so latinski narodi, nekdanji svetovni učitelji prava, zaostali na tem polji, germansko pleme pa se je bujno razvilo, vender so tudi v tem nazadnem stanju imeli in imajo svetlih strani. Praktični njihov genij nikedar ni usahnil, zlasti ne na Francoskem in v Italiji; a Španija, ki je delila z nesmrtnimi pravoznanskimi proizvodi slavo velike francoske pravne šole 16. stoletja, pokazuje, da noče zaostati za svojimi sorodnimi družicami baš na civilnem polji, kar dokazuje Olivaretova knjiga, stoječa *au niveau* sedanje znanosti, kjer ni tako lahko brati novih lavorik, in osnova novega civilnega zakonika, predložena deželnemu zboru (*Cortes*) za vso Španijo, ki še nima jednotnega civilnega zakonika. Dobro bode za nas Slovane, če bistrimo pogosto meglene vire nemške znanosti, iz katere se tostran Velebita večinoma zajema, svežim in svetlejšim vzduhom znanja in umenja latinskega, katerima so brez dvojbe naša narava in sposobnosti bolj sorodne.

Olivaret ni v svojem obsežnem delu niti nas pozabil. Ne navaja samo, preiskujoč razna oznamenila besede „posest“ in sinonimov v vseh omikanih narodih, tudi terminov, ki rabijo ruskemu, slovanskemu (*lingua estava* — v smislu jugoslovanskem) in poljskemu jeziku (str. 11), nego, kjer razpravlja o zgodovini lastnine in posesti, opisuje po Laveleyu mir ruski in zadrugo srbsko, ilirsko (hrvatsko) in dalmatinsko (str. 436—439).

Ko bi to njegovo delo bilo v Nemčiji na svetlo prišlo, bili bi ga strokovni listi zaradi izvenredne erudicije in kritike v zvezde kovali. Ali sedanji duh ne priznava drugega kraljestva mode niti na polji znanstvenem, razun nemškega. In vender je Španija bila do sedaj jedini narod, ki je vsemogočnemu državniku v Varzinu nasproti stavil reakcijo, a žezlo znanosti ni, kot žezlo sile, zajamčeno še nobenemu narodu.

Prof. Vojnović.

