

## Zádav ali ara.

Spisal Dr. R. Bežek.

Berilo na društvenem večeru dne 9. januvarija 1894. <sup>1)</sup>

Da je latinska beseda „arrha“ = arra, in „arrhabo“ (arrabo), kakor tudi grška ἀρράβων, vzrasla na semitskih tléh, o tem menda ne dvomi nihče več. <sup>2)</sup>

Slovinci dobili pa so besedo aro ali kaparo od Italijanov, v katerih znači „caparra“ in „capamento“ to, kar se da pri pravnem opraviu na roko ali pa v zastavo.

I. Rimljani dajali so zádav ali aro najpogostejše pri kupu, in tu služila jim je skoraj jedino le v známenje, da se je sklenila pogodba (arrha confirmatoria), ali pa tudi v známenje, da se je zaključilo pogajanje na sklepanje bodoče pogodbe (arrha contractu imperfecto data).

Ako se ni kaj nasprotnega dogovorilo, smatrala se je ara kot pogodbeno podkrepilo. V tem slučaju vrniti je bilo aro, bodisi da se je izvršila pogodba ali pa razrušila, odnosno če se ni izrecno ali molče kaj družega pogodilo. Tákšnemu nenavadnemu dogovoru (lex commissoria) bila je podstava molčéč pogoj, da sme obdržati prodajalec aro, če se razruši pogodba vsléd kupčeve krivde.

---

<sup>1)</sup> Ko se je ta razprava prečítala na društvenem večeru, unela se je o tem predmetu živahna debata. Deloma se je pritrjevalo tu izraženim nazorom, deloma nasprotovalo. Z ozirom na velezanimivo tvarino sklenilo se je, da se debata o tem predmetu na jednom prihodnjih društvenih večerov nadaljuje (in izrazila se je želja, naj bi se oglasil referent, ki bi predaval. Tudi dotično predavanje ponatisnilo bi se v tem listu. Z veseljem vsprejeli bodemo tudi vsako razpravo o tem predmetu, ki bi se nam blagovolilo vposlati.

Op. uredništva.

<sup>2)</sup> Friedrich Lübke: Reallexicon des klassischen Altertums, 4. natis, stran 121.

Zeló dvomljivo je, so li Rimljani poznali tudi skesnino (arrha poenitentialis), <sup>1)</sup> kajti v rimskem pravu imá izročítev are le posledico, da se nasprotnik ne more pred sodnikom izgovarjati, češ da se pogodba ni sklenila, da ni obvezljiva. Rimljanom torej izvéstno ni bila znana ara spójena s kaznijo „in duplum“, še manj pa jim je bilo znano, da nekrivi upravičenec lehkó voli mej aro in zahtevkom na izpolnitev pogodbe. <sup>2)</sup>

Če se je v Rimljanih v poznejših dobah izročila ara z ozirom na bodočo pogodbo: arrha contractu imperfecto data — izgubil jo je tisti, kateri se je branil skleniti pogodbo, odnosno plačati je moral dvojno aro, če jo je prejel. <sup>3)</sup> Vender je pa ara le nekaka dogovorjena kazen (poena conventionalis). <sup>4)</sup>

II. Nemcem služila je ara začetkoma najbrž le kot podkrepilo uže sklenjene pogodbe, kateri so jo na različne načine nazivali, kakor Lidkauf (Leitkauf) = litkop, Weinkauf, Gottspfennig i. t. d.). Od Nemcev zaplódila se je v srednjem veku tudi v Slovencih, katerim je kaj dobro znan „likof“ (nastalo najbrž iz litkop); le-tá se je moral takoj použiti, bodi si da je bil jed ali pijača; in tako je še dandanes navada. <sup>5)</sup>

Od are razlikujejo se vsa takšna pogodbená podkrepila po sledéčih znakih:

1.) „likof“ in druga pogodbená podkrepila ne vračajo se, tudi ne, ko se je izpolnila pogodba, nasprotno se pa vrne ara vedno, ko se je pogodba izpolnila. To načélo velja brezpogojno povsodi tudi pri mezdni pogodbah: Poselska reda za Kranjsko in Ljubljano št. 6. dež. zak. l. 1858 in št. 21. dež. zak. l. 1859. <sup>6)</sup>

2) da se „likof“ in druga pogodbená podkrepila zahtevajo lahko póleg in navzlic temu, da se je izpolnila pogodba;

<sup>1)</sup> Arndts: Lehrbuch der Pandekten, 14. natis, 1889, § 240. 2) in opomba 3.

<sup>2)</sup> Krainz: System des österr. Privatrechtes, III. zv. str. 210., opomba 6, in pa str. 211.

<sup>3)</sup> Arndts, l. c.

<sup>4)</sup> Stubenrauch: Commentar, 1888 2. zv., str. 254., opomba 2).

<sup>5)</sup> Siegel: Deutsche Rechtsgeschichte. 2. natis, 1889, str. 393. in Schulte: Lehrbuch der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte, 5. natis, 1881, § 160.

<sup>6)</sup> Hasenöhr: Das österr. Obligationsrecht in systematischer Darstellung, 2. natis, 1892, 1. zv., str. 548., opomba 40.

nasprotno pa ob izročitvi are ne gre zahtevati izpolnitev in aro ob jednom. <sup>1)</sup> —

Da si se je ohranil „likof“ skoraj povsodi v navedenej obliki, vendar se je uže zgodaj poleg njega razvila skesnina: mestu likofa namreč, kateri se je ob sklepu pogodbe takoj pojedel in odnosno popil, odločil se je znatnejši znesek v nekako zastávo. Le-tá se je, ko se je pogodba izpolnila, ali vrnil ali pa vračunil, obratno izgubil, če se je pogodba razrušila.

Slednji — skesninski znák se je ohranil trdovratno v Nemcih kakor Slovencih do danes napram rimskemu pravu, katero, kakor se je omenilo, ne pozna skesnine, vsaj ne v klasíčneji dobi pravne vede.

III Slovenskemu priprostemu ljudstvu ni znana prava ara, v mislih imajo vedno le skesnino: kajti „likof“ nima se smatrati aro v smislu našega obč. drž. zakonika, temveč je le vedno podkrepilo sklenjenej pogodbi, katero se zahteva lahko poleg in navzlic izpolnitve.

Nemška ara, ki se daje v zastavo ali podkrepilo, ukoreninila se je v Slovencih v obliki daríla, katero nameče kupec prodajalčevej družini.<sup>2)</sup>

V Notranjeih (Vipavcih) kakor Dolenjeih dájejo vinotržči družini takšne namečke največkrat v novcih; ne gledé na dogovore je kupec k temu, rekel bi, moralno obvezan.

Zlasti pri vinskej kupčiji zove se v narodu ta nameček: površnina, katera se pogostoma pravdnim potom iztirjava, in po vsej pravici, kajti, kakor se je omenilo, je površina nekak likof, ali ara v staronemškem smislu, ne pa ara po občem državljskem zakoniku.

IV. V avstrijskem pravu služi pogodnikoma ara kot známenje sklenjene pogodbe; a če se ne izpolni pogodba, pokažejo se takoj njeni skesninski znáki, kajti po §-u 908 odstopi slehern pogodnik ter se umakne izpolnitvi proti temu, da pusti aro, oziroma plača dvojno aro ter povrhu plača odškodnino. Sevéda sili lahko nekrivi pogodnik onega, ki se

<sup>1)</sup> Krainz. l. c. opomba 212.

<sup>2)</sup> Primeri Schulze l. c. § 162, str. 521.: „Schwanzgeld, Halftergeld bei Pferden, als Schlüsselgeld bei Häusern“, itd. Glej tudi Gerber: System des deutschen Privatrechtes, 15. natis. 1886, str. 306.

je skesal, s tožbo na izpolnitev, a skesálec hudomušno prepreči izvršilo sploh, in dobiček je le večja od škodnina od pogojene skesnine, kôder se le plača določeni znesek.

Sevéda so to le skesninski znáki, kajti ara úže radi tega ni skesnina, ker mora biti poslednja izrecno dogovorjena, kar ni treba pri izročitvi are, kajti kar se pri sklepu pogodbe „naprej da“, je úže ara; skesnini treba torej dogovora, ara se úže domnéva. (§ 909 obč. drž. zak.)

A skesninski znáki are kážejo se v tem, da izgubi oni, ki se skesa, aro, odnosno plača dvojno aro, kar je po sebi kazen, ker ni izpolnil pogodbe.<sup>1)</sup>

Sicer pa se razločuje skesnina od are po tem, da se toži lehkó arodavca, ako se je skesal navzlic plačanej ari na izpolnitev pogodbe (§ 908. obč. drž. zak.), nasprotno pa zapade le gola skesnina — ter ugasne ob jednem pravica do tožbe gledé izpolnitve pogodbe. (§ 909. obč. drž. zak.)

Ara nahaja se dandanes pri raznovrstnih pogodbah realnih in písмениh; sevéda najpogostejše pri kupnih, zakupnih in mezdnih pogodbah.<sup>2)</sup>

Pri javnih dražbah in pri pogodbah z erárjem nahajajoči se vádíj je tudi prav za prav ara.<sup>3)</sup> —

Pravniški razúmnik i zahtevajo gledé are:

1.) da mora biti ara reč v to sposobna;  
2.) da se nahaja poglavitna pogodba, radi katere se daje ara ali zádav;

3.) da se sklene poleg poglavitne tudi posebna postranska pogodba na aro, vsled katere dá obvezanec aro.<sup>4)</sup>

Gledé prvega zahtevka služi za aro sleherna reč, da imá le prométno vrednost: novci, žito, vrednostni papirji in tirjatve. Zakaj bi ne mogla slúžiti za aro tudi tirjatev proti drugemu pogodniku — se ne da uvideti, vsaj o nasprotnem ne bodo prevérili Hasenöhrlovi razlogi.<sup>5)</sup>

<sup>1)</sup> Priméri tudi Hasenöhrlovo knjigo 1. zv., str. 552, in opombo 57.

<sup>2)</sup> Hasenöhrl l. c. str. 544, opomba 24.

<sup>3)</sup> Hasenöhrl l. c.; glej tudi mojo opombo 11. in pa Krainz l. c. str. 210.

<sup>4)</sup> Hasenöhrl, l. c. stran 542.

<sup>5)</sup> Hasenöhrl l. c. str. 542.

Drugi zahtevak je po sebi uméven in jasen; a tretjemu zahtevku pa ni pritrđiti, kajti protivi se mu zakonito določilo §-a 908. obč. drđ. zak. veléč: „kar se o sklepanji pogodbe naprej dá, se ima le za znamenje, da se je pogodba sklenila, ali pa za zavárvanje, da se bode izpolnila, če se ni kaj posebnega dogovorilo, in se imenuje ara.“

Kar se torej pri dogovoru pogodbe dá naprej, smatra se po našem zakonu kot aro. Ni treba izrecnega dogóvora za izročitev are, dasi morata smèriti in v mislih imeti pogodnika aro. Če se ni kaj druzega dogovorilo, je torej sléherno predplačilo pri sklepu ali po sklepu pogodbe ara; obratno je znesek, ki se je plačal z dogovorom, da se vračuni predplačilo v kupnino, le delni znesek kupnine, a ne ara.

Sméri pogodnikov pa ni dokazovati, kajti „smér na aro“ domnéva se uže sama ob sebi.<sup>1)</sup>

Krainz' evemu razmotrivanju pritrđiti se mora navzlic Hasenöhrl' evej trditvi, da treba dokáza za dogovor are: naj si bo dogovor izrecen ali molčeč; zakon sam v §-u 908. obč. drđ. zak velí, da je ara sleherna reč prométne vrednosti, katera se pri sklepu pogodbe dá naprej; v teh besedah pa se izraža domnéva, vsled česar odpade dokaz.<sup>2)</sup>

Kedár se je še le pogájalo na sklenitev pogodbe, a vender izročila ara, plača oni, ki se skesa, ako je dobil aro — dvojno aro, a če je aro dal, pa izgubi uže dano aro; o dovršenem pogajanji dana ara je torej nekaka „poena conventionalis.“ Poslednje določilo rimske „*arrhae pacto imperfecto datae*“ je povêznil nekako naš zakonodavec čez navážno aro: „*arrha confirmatoria*“<sup>3)</sup>, kajti rimska ara nima kazenskih določil.

Pogodnik brez krivde sme obdržati aro, odnosno zahtévati plačilo dvojne are, če je namreč on dal aro; s tem pa je sklenjena razrušitev pogodbe. Sicer imá pogodnik brez krivde volilno pravico: ali zahtevati izpolnitev pogodbe in poleg tega odškodnino — ali pa obdržati aro oziroma tožiti na plačilo dvojne are; kedar se je izpolnila pogodba, mora se ara ali vrniti

<sup>1)</sup> Krainz l. c. str. 209., opomba 3.

<sup>2)</sup> Proti temu razlogu Hasenöhrl l. c. stran 546.

<sup>3)</sup> Krainz l. c. stran 211.

ali pa vračuniti v pogojeni znesek. Zahtevk dvojne are smatra se uže privolitvijo v razveljavljenje; izpolnitev pogodbe in pa razrušitev se namreč nikoli ne slagata.<sup>1)</sup>

Naprám določilu §-a 919. obč. drž. zak. veléčemu, da ne gre rúšiti jednostransko pogodbe tudi takrát ne, če se ne izpolni, ter da je zahtévati le odškodnino — skriva se v §-u 908. obč. drž. zak. nekák molčeč dogovor, da sme nekrivi pogodnik jednostransko razrušiti pogodbo takrat, kedar se je izročila ara (lex commissoria). Uvažuje te razlóge se lahko uvidi, zakaj zapáde vádij pri javnih dražbah, če ne izpolni kupec dražbenih pogojev. Isto velja o varščinah (kavcijah) ki se dajo pri sklépu kake pogodbe; kajti tudi takšna varščina je prav za prav — ara.<sup>2)</sup>

Zakrivil se je pa pogodnik tudi takrát, kedár se zakesní z izpolnitvijo; oprošča ga pa slučajna nezgoda, kar velja tudi o obestranski krivdi. Ob nezgodi ali obestranski krivdi zahteva se torej lahko aro nazaj s poudárkom, da ima aro nasprotnik odslej brez uzroka.<sup>3)</sup>

Določila, ki se tičejo are, veljajo tudi v trgovskem zakoniku, o čemer se ni smelo dvojiti: kajti letú ima ara podkrepilen a ne razrušljiv pomén; ara v trgovskem zakoniku ni skesnina, katera se mora dogovoriti ali izréčno ali pa biti v navádi.<sup>4)</sup> Povrhu je razsodilo pogostoma tudi najvišje sodišče, da se ni razveljavil § 908. obč. drž. zak. po določilih trgovskega zakonika, namreč po členih 285. in 355.<sup>5)</sup>

<sup>1)</sup> Krainz l. c. str. 210. in pa Hasenöhr l. c. str. 551. pa opomba 54. Istotako je razsodilo najvišje sodišče z razsodbo z dné 8. jan. 1891, št. 13621 pri Links: Oberstger. Rechtsprechung, 7. zvezek, šte. 1973, rekoč: „če si je izvóлил nekrivi pogodnik dvojno aro, nima zahtevati povrhu še odškodnine.“

<sup>2)</sup> Razsodba najviš. sod. z dné 28. jan. 1891, št. 550. pri Links l. c. št. 2015. Tu se ara združena z varščino ne potopí v slednej, da si sta nazivala pogodnika aro kot del varščine. Tako razsodilo je najvišje sodišče z razsodbo z dné 2. dec. 1890, št. 13564, glej Links l. c. št. 1839.

<sup>3)</sup> Temeljem §-a 1435. obč. drž. zak. *Condictio sine cansa*.

<sup>4)</sup> Člen 285. trg. zak.

<sup>5)</sup> Repertorij izrekov št. 48. in tudi razsodba najv. sod. z dné 31. okt. 1888, št. 12511, Ger. H. št. 34. z leta 1889.

Pristaviti je še, da veljá ara tudi pri fiksnih trgovskih opravilih<sup>1)</sup>, vendar o tem še ni razsodilo najvišje sodišče, vsaj kolikor je meni znano. —

Od are razlikuje se skesnina po sledečih znakih:

1.) skesnini treba izrecnega dogóvora, ari ne; kajti vsako predplačilo, ki se je dalo molčé, smatra se za aro (§-a 908. in 909. obč. drž. zak.)

2.) aro treba v resnici izročiti ali odšteti, pri skesnini zadošča gola obljuba, kajti § 909. obč. drž. zak. veli, da je pri sklepu določen znesek za slučaj skésa — plačati tedaj, kedar se kedó skesá. — Ume se ob sebi, da se lahko plača odnosno založi uže naprej skesnino, ali zakon tega ne zahteva.

Koncem predležeče razprave opozarjati je še osobito na velevažno določilo §-a 910. obč. drž. zak., po katerem je dovoljeno poleg danej ari skesati se.

Razlika mej to aro in navádno aro izročeno brez dovolitve skesati se izraža se v tem, da je obvezanec pri ari danej s pridržkom, da se sme skesati — upravičen zahtevati ali izpolnitev pogodbe ali pa razrušiti jo jednostransko proti temu, da pusti aro, mej tem ko more pri navádnej ari, danej brez pridržka, da se sme skesati, upravičenec izbrati si ali razrušitév pogodbe ali pa dvojno aro odnosno obdržati uže izročeno mu aro. —

Skesninska ara najbrž ni bila v navadi pri Rimljanih, poznejši nazivali so jo „arrha poenitentialis“.<sup>2)</sup> —

V. Slovencu zlasti Dolenjcu ne vidi se pogodba popolna niti obvezljiva, da se ni odštela ara, če tudi le v majhnem znesku. Čéstokrat se uvéri, da se je obvezanec skesal, akoravno sta tlesknila pogodnika po tríkrat in večkrat z róke v roko. Are ni bilo! V takšnih slučajih, namreč ob sklepih brez are redkokrat toži upravičenec skesalca. Ne smatra skesalca rušiteljem, ker mu ni bil dal are!

V toliko ali le v toliko prizná priprosti naš narod podkrepilni pomen are, to je kot vidno znamenje sklenjene pogodbe, proti kateremu se ne more izgovarjati, da se ni sklenila pogodba.

<sup>1)</sup> Člen 353. trg. zak.

<sup>2)</sup> Krainz l. c. str. 211. in Hasenöhrl l. c. str. 564. itd.

Ali druge zakonite, iz §-a 908. obč. drž. zak. izvirajoče posledice zakonite are pa se niso udomačile v našem priprostem narodu: — kajti nikoli ne pride nekrivemu kmetskemu pogodniku na misel, tožiti še poleg are na izpolnitev pogodbe.

Takó služi ara v Slovencih po dežéli le kot skesnina v smislu §-a 910. obč. drž. zak.; slehern čuti se upravičenega umakniti se pogodbi in razrušiti jo, da le pusti aro, odnosno da povrne dvojno aro; redko se bo v zlo vzela razrušitev. Še redkeje, da bi se tožilo na izpolnitev pogodbe. Ara v priprostitih Slovencih je torej povsem skesnina: ne podkreplje torej pogodeb, temveč olajšuje razrušitev pogodeb.

Z druge strani pa razločuje kaj dobro naš kmet mej zneskom, kateri se je dal „z a r o“ in mej onim, kateri se je izročil „n a k u p“.

Skasal se bo včasih kaj rad, če je dogovor pletel se okoli are; nikoli ne bo storil tega, če se mu je plačal kak znesek „na kup“, to je, da se ima predplačilo smatrati delnim zneskom kupnine.

To se pa sicer popólnoma strinja z načeli pravniških razumnikov.<sup>1)</sup>

Ara se namreč načelno razlikuje od predplačila, ki se je dalo izrecno z besedo „na kup“. Kar se namreč da najprej v znamenje sklenjene pogodbe, smatrati je za aro; kar se plača vsled uže vsprejete obveze v njeno izpolnitev, dalo se je „na kup“, kaže se plačano kot kupninski delni znesek. Aro se lahko da molčé; ali predplačilo se bo smatralo, le takrat kot izpolnitev obveze, kot delni znesek obveznega zneska, kedár sta se izrécno rabili besedici „na kup“!

V pravadah zlasti radi rušitve pogodeb sklenjenih radi nakupa ali prodaje živine, je navedeno razlikovanje prevažnega pomena.

Priprosti Slovenci poznajo torej „likof“ in „aro“ kot podkrepila pri pogodbah; a zakonita ara vidi se le pri izpolnjeni pogodbi, torej v mirovnem položaji pogodnikov; v prepiru nastalem radi rušitve pogodbe pa se pokaže takoj naša ara kot prava pravcata — skesnina. —

<sup>1)</sup> V predležečej razpravi posneti so jasni razlogi „Ungerma-ovi (Oesterr. Gerichtszeit, 1860, str. 65 i. t. d.) proti Hasenöhrl'evim nazom. l. c. str. 546. opomba 33.

