

SLOVENSKI PRAVNIK

Leto XLIV.

Ljubljana, 1930.

Št. 5.—8.

Pripombe k naši in moderni posestni zaščiti.

Prof. Lapajne.

Uvod.

1) Naša (slov.-dalm.) posestna zaščita je prej ko slej urejena po starem avstr. obč. drž. zakoniku in po več nego stoletni judikaturi. V §§ 454—460 c. pr. r. je na novo urejeno le postopanje o tožbah zaradi motene posesti. V zvezi z določbami o postopanju je tudi nekaj materialnopravnih n. pr. o 30-dnevnem (materialnopravnem) roku za vlaganje posestnih tožb (§ 454). V §§ 548—554 novega enotnega c. pr. r. ni nič novega. Moderneje, kakor obč. drž. zakonik, urejujejo posestno pravo na evropskem kontinentu (zlasti) nem. drž. zak. (1896), švic. civ. zak. (1907), črnogor. imov. zak. (1888), izven Evrope (zlasti) braz. codigo civil (1916).

2) Toda te moderne zakonodaje niso rešile znamenitega boja, ki se je bil v slovstvu 19. stoletja za osnovno vprašanje, čemu je posest zaščiten, in ki so se ga udeleževali najpomembnejši civilisti (Savigny, Randa, Jhering, Strohal in tudi naš Kranjc). Zato puščajo tudi navedene moderne zakonodaje marsikaj nerazčiščenega, četudi je treba priznati, da v zgodovini še ni bilo tolikega soglasja v razumevanju posesti in njene zaščite, kakor ga je v njih. Nekateri teh zakonodaj (večina njih) so se naslonile na (Savignyjevo) mnenje o deliktni naravi posestnih zahtevkov, najmlajša brazilijanska pa se je vedoma oprla na (Jheringov) nauk, da je v posesti domnevati pravico. Zopet druge gredo lastna, često nova pota. Civilistika ima torej še vedno dosti povoda, da se bavi z vprašanji posestne zaščite in da skuša odstraniti še obstoječe divergence.

3) V to je zlasti pozvana pojmovna jurisprudenca. Posestno pravo sicer korenini v historičnem razvoju, a je vendar v bistvu pravniško pravo, in divergencam, kar jih je še, so največ krivi pravniki sami. Do 19. in 20. stoletja je ovirala zbliževanje v mnenjih *distantia loci*, ki je danes povsem odpadla. Tudi razmere v današnjih civiliziranih državah niso več toliko različne, da bi opravičevale različno pravno uređitev posesti in njene zaščite. Prav je torej, da se še vedno pišejo nove znanstvene razprave o tem predmetu, bodisi da primerjajo današnjo ureditev posestne zaščite po raznih državah (prim. dr. Spevec »Pravo posjeda« l. 1915), bodisi da se bavijo z načrti za ureditev posesti in njene zaščite v bodočnosti (prim. Coronini »Besitz und Inhabung in der künftigen Gesetzgebung« v *Wissenschaftliche Vierteljahresschrift der Prager Jur. Zeitschrift*, l. 1928).

4) Imam novo utemeljitev za ščitenje posesti. Ta utemeljitev, ki spada, kakor omenjeno, k osnovnim spornim vprašanjem, tvori za zakonodajce le legislativen motiv, a je odločilnega pomena za vsebino, obseg in način, kako uzakonijo posestno zaščito. — Moja misel je, da se posestna zaščita ne daje zaradi same sebe, kakor se daje zaščita pravic, ampak da je refleks (avtomatična posledica) druge pravne ideje. Zlasti n. pr. ne gre, da bi ščitili posestnata in roparja zaradi posesti same (po Randovem mnenju iz spoštovanja do njiju volje). Ona druga pravna ideja, iz katere sledi posestna zaščita kot posledica, je: Pravno urejena država more trpeti le pravne premembe obstoječega dejanskega stanja in mora reprobirati vse nepravne. Reprobira jih na ta način, da jih odstranjuje, s čimer se *implicite* restituira staro dejansko stanje, ali, kakor smo vajeni reči, »ščiti posest«. Pravilneje bi bilo, da ne govorimo o ščitenju posesti, marveč o zavračanju nepravnih prememb, ali še širše o pobijanju civilnega neprava. Zaščita posesti je le posledica tega pobijanja, njegov neizogibni refleks. Tatova in roparjeva posest ne zasluži pravne zaščite, kljub temu ne dopuščamo nepravnih napadov na njo, ker tiči v takih nepravnih napadih zopet civilno nepravo. Katere premembe so pravne, katere nepravne, pokažem ob tolmačenju posestnih kršitev

kesneje. Tukaj anticipiram zgolj, da spada med nepravne premembe tudi tzv. prepovedana samopomoč, t. j. prisilno uresničevanje pravic brez intervencije pozvanih državnih organov (torej ne le uresničevanje krivic). Nepravna prememba mora vsekako biti človeško dejanje. Elementarne premembe niso ne pravne, ne nepravne, zoper nje je človeški pravni red brez moči.

5) Moje mnenje se približuje Savignyjevemu, ki je utemeljeval posestno zaščito s prepovedjo sile in skonstruiral iz posestnih zahtevkov deliktne. A Savignyjevo mnenje je bilo pretirano in hkrati pretesno, ker se posest ne moti samo s silo in ker nepravni prememb ne povzročajo samo delikti. — Jheringovo (tudi relativno) utemeljitev posestne zaščite (z domnevanjem pravice v posesti) so ovrgli že drugi. Zoper motenje posesti sta zaščiteni tat in ropar, dasi se njima takoj dokaže, da nimata pravice. — Kranjc se ni bavil toliko s tem, da utemelji zaščito posesti, kolikor s posledicami nezaščitenih posesti. Motilec bi preokrenil dokazno breme. Namesto, da dokaže svojo pravico neposедуjoči upravičenec, bi se prevalilo dokazno breme na deposediranega posestnika. Posestna zaščita je po Kranjcu nastala kot garancija procesualnega načela: *actore non probante reus absolvitur*. To je pravilno, a je le eden učinkov posesti (*beatitudines possessionis*), ne utemeljitev njene zaščite.

6) Z Randovo (absolutno) gori omenjeno utemeljitvijo, da se štiti v posesti posestnikova volja (dasi tatova in roparjeva), ni mogoče soglašati. Če bi imel Randa prav, bi morali štiti tudi voljo okradenega lastnika, ki se siloma polasti ukradenega mu predmeta; a te volje ne štimo. Volja je, kakor bomo še videli, nad vse važen moment, ko se ugotavlja dejanski stan posesti (in v marsikaterem drugem pogledu), a ne opravičuje posestne zaščite.

Sicer pa izvaja Randa svojo utemeljitev posestne zaščite tako čudovito dosledno, da rad substituiram njegovim besedam na str. 250—251 znamenitega dela »Besitz« (druga izdaja l. 1876) svoj lastni razlog posestne zaščite in ga s tem čitateljem še jasneje predočim: »Posestna zaščita je posledica pravnega postulata, da je prepovedana vsaka samooblastna, t. j. ne na pravni način (s pomočjo pozvanih

organov) storjena kršitev dejanskega stanja (Randa pravi »ostvarjene tuje volje«), in da povzroči kršitev te prepovedi civilnopravno odgovornost. Zaščita dejanskega stanja (Randa pravi »individualne svobode«) zoper samooblast je torej postulat, ki ga stavlja pravna ideja na pozitivno pravo. Ta zaščita v posebnem odnošaju k posesti zahteva ne le, da se prepove in prepreči vsaktera motitev faktične oblasti nad stvarmi ali faktičnega izvrševanja pravic, marveč tudi, da se vrne to, kar je bilo samooblastno odtegnjeno. Šele potem je samooblast, izvršena zoper dejansko stanje (Randa pravi »zoper voljo«), odpravljena, in posledice so zatrite.«

7) Na nepravem so tisti civilisti, za katere je v državi poleg pravnega reda (Rechtsordnung) mirovni red (Friedensordnung), iz katerega si razlagajo zaščito posesti. Po mojem mnenju velja izključno le pravni red. Res je, da so poleg pravno nastalih in pravno osnovanih dejanskih stanj tudi nepravno nastala in pravno neosnovana, in da odbijamo nepravne napade tudi na zadnja, tako da ostanejo očuvana (dokler ne izide sodba in petitorio). A vse to gre že v pravni red in je zasluga pravnega, ne mirovnega reda.

Stvarni predpostavki posestne zaščite.

Taki predpostavki sta (povsod in od nekdanj) dve: posest in njena kršitev. Že pri njih pojmovanju in normiranju se pričenjajo nesoglasja med zakonodajami, ne le med našo in modernimi, nekaj tudi med zadnjimi samimi. Poskusimo jih rešiti s pomočjo na novo utemeljene posestne zaščite!

A. Posest.

1) Bistveni divergenci o tej prvi predpostavki sta:

Ali se naj štiti le stvarna posest, t. j. dejanska oblast pravnega subjekta nad telesno stvarjo, ali tudi pravna posest, t. j. dejansko izvrševanje pravic?

Ali zadostuje za zaščito stvarne posesti objektivna detencija telesne stvari, ali mora biti ta detencija subjektivna, t. j. spremljana od volje, detinirati?

V smislu naše nove utemeljitve bi se glasili vprašanja pravilneje tako-le: Ali naj odbijamo nepravne napade (pre-

membe) na vsaktero dejansko stanje ali le napade na dejansko oblast pravnega subjekta nad telesno stvarjo in le tedaj, kadar spremlja to oblast detencijska volja?

Starejši spor, ali gre pri posesti za činjenico ali pravico, je treba rešiti na osnovi na novo utemeljene posestne zaščite v prvem smislu (kakor so to že storili Savigny, Randa, Kranjc i. dr.). Številne nasprotnike in zastopnike mnenja, da je posest pravica (Jheringa, Gierkeja, Bekkera, Cosacka in tudi Spevca) je motila okolnost, da se štiti posest analogno, kakor pravica. Zdaj je pojasnjeno, da je ta zaščita le videz, da v resnici ne izhaja iz posesti, ampak je posledica druge pravne ideje (reprobiranja samoblastnih prememb).

2. Kratek pregled pravne zgodovine kaže, da se je razvijala posestna zaščita od tako zvane lastninske posesti preko zaščite najpomembnejših absolutnih pravic do zaščite nekaterih relativnih, kjer se ustavi. Rimsko pravo je štilo načeloma le lastninsko posest, t. j. oblast nad telesno stvarjo (corpus, izvrševan animo domini), torej posest pravega lastnika, tata, roparja in sl. Razen lastninskega posestnika je rimsko pravo štilo tiste posestnike, za katere je občno pravo kesneje skonstruiralo (komaj razumljivi in že od Dernburga zavrženi) pojem »izvedene« posesti (zastavnega upnika, prekarista, sekvestra, superficiarija, emphyteute). Posest pravic je začelo rimsko pravo razvijati pri nekih služnostih. Občno pravo je, pod vplivom kanonskega in germanskega, napredovalo v pogledu zaščite pravic, ki jo je razširilo od služnostnih na številne druge pravice zasebnega in javnega prava. Staro avstrijsko posestno pravo temelji na rimskem; § 309 o. d. z. proglašča za posestnika lastninskega posestnika, t. j. tistega imetnika telesne stvari, ki ima animum domini. Navidezen napredek starega avstrijskega posestnega prava je v § 311, po katerem se dajo vzeti v posest tudi vse netelesne stvari (pravice), čim so, kakor telesne, v pravnem prometu. Dosledno bi se morala po obč. drž. zak. štiti vsaka pravna posest (brez izjeme). V resnici ni bil napredek taka posplošnjena zaščita pravne posesti. Kajti v takem obsegu se potreba

zaščite pravne posesti ni nikdar in nikjer občutila, še manj dajala. Stara avstrijska judikatura sama ni nikdar štela n. pr. posesti terjatev na enkratno činitev, niti posesti terjatev na trajno prejemanje n. pr. najemnin, zakupnin, službenin, obresti, rent itd. Dalje ta judikatura ni jemala v posestno zaščito rodbinskopravnih in immaterialnih pravic, ampak jih je (do odločitve in petitorio) provizorno štela z začasnimi odredbami (ako so bili spolnjeni za to zakoniti pogoji). V glavnem je bila priznavana v območju obč. drž. zak., po judikaturi in slovstvu, posestna zaščita le sledečim vsakdanjim pravicam: služnostnim (osebnim in zemljiškim), zadržnim, zastavni (kolikor je združena z zadržno), najemnikovi, zakupnikovi, sekvestrovi, izposojevalčevi (komodatarjevi). Manj vsakdanjim: realnim pravicam in pravicam iz realnih bremen, pravicam do cerkvenih stolov in grobnic, rudoslednim pravicam in dr. Odpravila je (mlajša) avstrijska judikatura zaščito tzv. knjižne posesti. Nerešeno je po njej ostalo vprašanje, ali naj se štita tudi čuvar (depozitar) in pošteni najditelj. Nepoštenega najditelja kot lastninskega posestnika je judikatura štela vedno.

Slično dupliciteto posesti (stvarne in pravne) pozna tudi code civil in njemu sledeči zakoniki. Čl. 2228 cit. pravi: »Posest je detencija stvari, ki jo zase držimo, ali pravice, ki jo zase izvršujemo, osebno ali po drugi osebi, ki jo drži ali izvršuje v našem imenu.« V drugih pogledih je francosko posestno pravo še bolj zamotano, kakor je naše, ker omejuje posestno zaščito na nepremičnine in absolutne pravice na nepremičninah, a je ne nudi premičninam in pravicam na njih, absolutnim ali relativnim, niti ne relativnim pravicam na nepremičninah n. pr. najemnikovi in zakupnikovi. Vrh tega terja code civil za zaščito posesti v omenjenih mejah, da traja mirna posest najmanj eno leto, kar zahtevajo tudi nekatera druga starejša inozemska prava (ital., ogr.), a je nam neznano. Francoska praksa mora često poseči preko teh pretensnih, ji od zakona začrtanih mej. — Skoro povsod (z malimi izjemami) so opustili zahtevo za kakšno nadaljnjo kvalifikacijo posesti, deležne zaščite, zlasti za njeno poštenost, pravno osnovanost ali brezhibnost. Takim zahtevam se protivi bistvo posestne zaščite.

3. Moderne zakonodaje se razlikujejo od opisanih v dvojnem: a) da opuščajo dupliciteto stvarne in pravne posesti in se vračajo k načelni rimski stvarni posesti, b) da pojmujejo stvarno posest, daleč preko rimske lastninske posesti, v smislu vsakterega (iz kakršnekoli volje, ne samo lastnikove, izhajajočega) popolnega ali delnega obvladovanja telesne stvari.

Po § 854 odst. 1 nem. drž. zak. »se pridobi posest stvari z dosegom dejanske oblasti nad stvarjo«. Pravne posesti nem. drž. zak. ne pozna. Le za dva primera je v nemškem slovstvu spor, gre li za stvarno ali izjemoma za pravno posest. (Po § 1029 naj se predpisi §§ 854—872 o posestni zaščiti analogno uporabljajo, ako je bil posestnik zemljišča na pr. zakupnik moten v izvrševanju služnosti, ki je vpisana v zemljiški knjigi za lastnika. Po § 1090 odst. 2 naj se določba § 1029 uporablja tudi na omejene osebne služnosti.) O posestni volji nem. drž. zak. izrečno ne govori, a razne njegove določbe razodevajo, da mu corpus stvari ne zadostuje, da je marveč treba neke detencijske volje, dasi ne lastnikove. — Tudi švic. čl. 919 odst. 1 pozna načeloma samo stvarno posest: »Posestnik stvari je, kdor ima dejansko oblast nad njo.« V čl. 919 odst. 2 pa sta uzakonjena dva izrečna primera pravne posesti: »Prav tako, kakor s stvarno posestjo, je treba ravnati z dejanskim izvrševanjem pravice pri zemljiških služnostih in zemljiških bremenih.« Kar se tiče detencijske volje, velja za švicarsko pravo prav to, kar za nemško. — Čl. 485 braz. cod. civ. se je povsem prilagodil nauku Jheringa, ki je že za rimsko pravo tajil, da bi bilo upravičeno razlikovanje med posestjo in detencijo, ter učil, da zadostuje za zaščito posesti corpus brez vsakega animusa. — Po čl. 18 odst. 1 črnogor., imov. zak. se zopet ščiti le »ono, kar kdo poseduje in posedovati hoče«, torej posest corpore et animo. Razlikovanja med stvarno in pravno posestjo tudi imov. zak. ne pozna.

4. Poleg teh razlik poznajo moderna posestna prava v primeru z našim nekaj tehničnih napredkov:

a) Predvsem pojem dvojne posesti. Na stvari, ki je v užitku ali najemu, ima pri nas lastnik stvarno posest, užitek in najemnik pravno. Moderna prava, ki so odpravila

pravno posest, imenujejo našega pravnega posestnika »neposrednjega« (nem.) ali »nesamostojnega« (švic.), našega stvarnega posestnika posrednjega (nem.) oziroma samostojnega (švic.). V § 868 nem. drž. zak. je n. pr. rečeno: »Ako poseduje kdo stvar kot uživkar, zastavni upnik, zakupnik, najemnik, čuvar ali v sličnem razmerju, na osnovi katerega je proti drugemu za določen čas posedovati upravičen ali zavezan, potem je tudi oni drugi posestnik (posrednja posest).« Čl. 1919 švic.: »Ako je prenesel posestnik stvar na drugega za omejeno stvarno ali osebno pravico, sta oba posestnika.« »Kdor poseduje stvar kot lastnik, ima samostojno, drugi nesamostojno posest.« Ogri nazivajo posrednjega (ali bolje samostojnega) posestnika »glavnega«. Končno more po čl. 814 imov. zak. »imeti posest ne samo tisti, ki poseduje stvar kot lastnik, ampak vsak, komur gre na stvari skromnejša pravica. Zato more na isti stvari biti sočasno več vrst posesti n. pr. posest lastnika stvari, posest užitarja ter druge posesti, ob sebi umevno vsaka v mejah tište pravice, na podlagi katere dotičnik stvar poseduje«.

Slovstvo govori namesto o dvojni posesti često o »posesti po stopnicah«, kar je umestno zlasti v primerih trojne ali še večkratne posesti na isti stvari, n. pr. če da lastnik nepremičnino v užitek, uživkar v najem, najemnik v podnajem.

b) Drug, nam neznan pojem modernih posestnih prav je pojem »posestnega sluge«. V § 855 nem. drž. zak. je uzakonjen z nastopnimi besedami: »Kadar izvršuje kdo dejansko oblast nad stvarjo za drugega v njegovi hiši ali poslovalnici ali v sličnem razmerju, na podlagi katerega se mora v pogledu stvari pokoriti navodilom drugega, je posestnik samo oni drugi.« Švic. zak. se je ognil uzakonitvi tega pojma, češ da je odmejitev posestnih slug od drugih detentorjev v slovstvu in praksi preveč sporna. Braz. čl. 487 šteje k posestnim slugam tistega, »ki izvršuje oblast nad stvarjo v razmerju odvisnosti od drugega, v njegovem imenu in po njegovih navodilih«.

c) Slovstvo k modernim zakonikom razlikuje še po vsebini volje, ki spremlja detencijo stvari, in sicer: lastniško posest pravih lastnikov, tatov, roparjev, nepo-

štenih najditeljev itd. v istem smislu, kakor so jo poznali že Rimljani; užitno posest užitkarjev, izposojevalcev, najemnikov, zakupnikov, sploh vseh, ki detinirajo za lastno uživanje; upravno posest tistih, ki detinirajo stvar v zavarovanje drugih, n. pr. sekvestri; zavarovalno posest tistih, ki jo detinirajo v lastno zavarovanje, zlasti zastavnih upnikov in retencijskih upravičencev; končno zastopniško posest čuvarjev, prevoznikov, poštenih najditeljev in dr. (Seveda more biti ena in ista posest n. pr. čuvarjeva hkrati upravna in zastopniška.)

Priporočljivo je po mojem mnenju in po opozoritvi § 868 nem. drž. zak., da razlikujemo še med posestniki, ki detinirajo telesno stvar na podlagi pravice (pristoječe ali arrogirane) in onimi, ki jo detinirajo na podlagi dolžnosti.

5. Ali gre enotni postopnicah izvrševani stvarni posesti modernih zakonodaj prednost pred dupliciteto stvarne in pravne posesti našega obč. drž. zak.?

Predvsem opozorim, da je razlikovanje med stvarno in pravno posestvijo bolj besedno, kakor stvarno, da gre le za različni konstrukciji enega in istega pravnega individua. Tudi o zastavni pravici pravimo, da je na stvareh ali na pravicah. Mogli bi pa reči, da je zastavna pravica vedno na pravicah (lastninski ali drugih) ali da je vedno na stvareh, ki jih obvladuje in toto ali in parte. Zadnja konstrukcija je pravilnejša, ker ima zastavna pravica namen, da krije zavarovano terjatev, in ker se doseže kritje vedno iz telesnih stvari, nikoli iz mišljenih pravic. Prenesimo isto argumentiranje na posest! Posest kot dejanska oblast more biti le na telesnih stvareh, ne na mišljenih pravicah. Tudi motiti in restituirati se da samo to, kar dejanski obstoji, nič mišljenega. S tem ni rečeno, da se mora faktična oblast raztezati na stvar in toto. Stvari se dajo posedovati tudi in partibus, tako da so enemu posestniku na razpolago v eni, drugemu v drugi smeri. Pritrjujem zato modernim zakonodajam, ki so odpravile (z malenkostnimi izjemami pri služnostnih pravicah) pravno posest in ki poznajo le še stvarno. Niti tem izjemam ne priznavam opravičenosti. Posedovati stvar, ne pomeni, jo imeti v fizični (prostorninski) oblasti; za-

dostuje, da je stvar posestniku na razpolago; saj niti lastninske posesti ne spremlja vedno fizična (prostorninska) oblast. V navedenem smislu pa so na razpolago tudi služnostnim upravičencem služne stvari; zato so tudi oni stvarni, ne pravni posestniki. V konstrukciji pravne posesti obč. drž. zak. je ta-le nedoslednost: Če bi imel pravni posestnik n. pr. najemnik zgolj pravno posest, bi se dosledno njegova zaščita omejevala na zaščito zoper motitve najemodavca, s katerim je v pravnem razmerju. Toda po naši in tujih judikaturah in končno po potrebi stvari ni dvoma, da nastanejo najemniku posestne tožbe tudi iz motitev po drugih osebah, s katerimi ni v nobenem pravnem razmerju. To priča, da imajo tudi naši pravni posestniki posest na stvari sami, in da je edino pravilna konstrukcija enotne stvarne posesti.

To dognanje vodi k drugemu, ki ni zgolj teoretičnega, marveč eminentno praktičnega pomena: Posest more biti in jo je moči ščititi le na telesnih stvareh. Kjer ni posesti nad telesno stvarjo, nista možni ne motitev, ne restitucija, čemu potem zaščita? To je, se mi zdi, globlji razlog, da po splošnem nauku predmet posestne zaščite niso niti rodbinsko, niti negmotnopravne pravice; obema manjka telesna stvar kot predmet obvladovanja. Za obligacije (terjatve) se trdi, da niso predmet posesti, kadar gredo za enkratno splonitvijo, pač pa, kadar se dajo »trajno izvrševati«. A tudi to ni res. Terjatve najemodavcev, službojemnikov, posojevalcev, rentnikov na najemnine, službenine, obresti in rente se izvršujejo trajno, a niso nikdar in nikjer deležne posestne zaščite. Samo tiste, trajnega izvrševanja sposobne terjatve se ščitijo in possessorio, ki nudijo oblast nad telesno stvarjo, n. pr. nad najemnimi predmeti. Pa tudi najemnik ne uživa posestne zaščite že na podlagi sklenjene najemne pogodbe, marveč šele, ko mu je najemni predmet prepuščen v njegove roke, torej ko je ustvarjena faktična oblast nad telesno stvarjo.

Mislim, da tudi de lege ferenda ne bo nikdar drugače, in da se ne bo nikdar dajala posestna zaščita tam, kjer ni faktične oblasti nad telesno stvarjo. Za provizorno zaščito rodbinskopravnih, negmotnopravnih in onih obveznostno-

pravnih razmerij, ki ne dajejo oblasti nad telesno stvarjo ali dokler ne povedejo do take oblasti, je poskrbljeno drugače: z začasnimi odredbami. Ni pa prav nič izključeno, da bo prešla posestna zaščita sama med začasne odredbe (kakršna je že bil *possessorium summariissimum*).

6. Ali zadostuje za telesno zaščito objektivna detencija telesne stvari, ali je treba, da jo spremlja volja detinirati, kakor to zahteva večina modernih zakonodajin obč. drž. zak.?

K temu vprašanju predvsem opomnim, da je silno nepraktično. Brez vsaktere volje se namreč detencija telesne stvari ne more niti pridobiti. Redko izjemo objektivne detencije bi tvorile n. pr. podtaknjene stvari. Zanje se v praksi ni nikdar pojavila potreba zaščite s posestnimi tožbami. A posestne tožbe, oprte na zgolj objektivno detencijo, bi bile tudi nelogične. Kajti v trenutku, ko vloži detentor posestno tožbo, razodeva z njo svojo retencijsko oziroma rekuperacijsko voljo. Sodišče pa more ustreči posestnemu zahtevku le tedaj, ako je imel tožnik posestno voljo že ob času motitve. Ako je takrat še ni imel, mora sodišče posestni zahtevek odbiti, ker si tožnik s samim pravnim korakom ne more zboljšati svojega položaja. Iz tega sledi, da se daje posestna zaščita le detentorjem *animo possidendi*, in da ni pravilno pogodil braz. *codigo civil*, ko je po nauku Jheringa zaščetil golo objektivno detencijo.

Vsebina posestne volje je za zaščito brez relevance. Posestno zaščito uživajo i tisti, ki imajo *animum domini* (*rem sibi habendi*) i tisti, ki žele stvar posedovati le v določeni smeri ali le za določen čas (*rem partim sibi habendi*). Zato jo imajo poleg lastninskih posestnikov tudi užitni, upravni in zavarovalni. Za poštenega najditelja so pri nas dvomi, ali uživa posestno zaščito ali ne, ker si ne lasti nobene pravice glede najdene stvari, ampak jo hoče po predpisu zakona deponirati pri oblastvu. Dvom ni opravičen; kajti dokler najditelj ne odda stvari oblastvu, ima vendar voljo, jo retinirati, baš v svrhu, da jo odda pristojnemu mestu. Pri stečajnem upravitelju je treba po m. m. razlikovati, ali tvori stečajni sklad samostojen pravni subjekt

ali ne. Če ga ne tvori, mora tudi stečajni upravitelj uživati posestno zaščito iz istega razloga kakor sekvester.

7. Ali naj uvedemo v druga posestna prava novodobni pojem »posestnega sluge«, ki je doslej uzakonjen samo v nemškem in brazilijanskem pravu?

Kot tip posestnega sluge, ki po nemškem drž. zak. nima osebnih posestnih tožb (marveč le pravico silobrana), navaja nemško in švicarsko slovstvo hišnega posla v pogledu orodja, izročene ga mu v uporabo, n. pr. kuhinjskega. Pri njem da je spolnjen oni pogoj socialnopravne podrejenosti, ki ga terja § 855 nem. drž. zak. Kot protitip osebno zaščitene ga uslužbenca navaja isto slovstvo ravnatelja tovarne v pogledu strojev, prepuščenih mu v nadzorstvo i. t. d. Že to komaj pomembno in nejuristično razlikovanje med dvema detentorjema, ki sta oba od gospodarja odvisna uslužbenca (le da je delokrog enega omejen na hišo ali poslovalnico, drugega manj omejen), plaši pred novim pojmom, še bolj pa činjenica, da pozna institut posestnega sluge doslej samo nemško pravo, dočim izhajajo vsa druga prava brez njega v sedanjosti in preteklosti. Po mojem razumevanju je novi pojem odveč. Hišni posel, tovarniški ravnatelj in vsi drugi uslužbenci ne izvršujejo na gospodarjevih stvareh osebne posesti, ampak gospodarjevo, ali bolje, izvršuje gospodar svojo posest po njih. Imajo sicer corpus, a nimajo animusa possidendi, ne in toto ne partim. Kljub temu gospodarjeve stvari, detinirane po njih, ne ostanejo brez posestne zaščite. Po § 1029 o. d. z. so namreč uslužbenci ex lege pooblaščen, da vlagajo po potrebi posestne tožbe, a ne v lastnem, temveč v gospodarjevem imenu. Razen njih more nastopiti s posestnimi tožbami gospodar sam. Med hišnim poslom in ravnateljem tovarne bi napravil samo to razliko, da imam zadnjega na podlagi službene pogodbe ne samo za pooblaščenega (na zunaj), ampak tudi za zavezanega (na znotraj), da po potrebi vlaga posestne tožbe, dočim imajo hišni posli vobče le to pravico, ne te dolžnosti (zadnjo morda, kadar je gospodar oviran, odsoten). Vidimo, da izhajamo brez novega pojma posestnega sluge s staroznanim pojmom *z a s t o p a n j a*, ki je v slovstvu že priznано v primerih, ko

se posest pridobiva, izvršuje in zgublja, a velja tudi za posestno obrambo. Naše mnenje potrjuje značilno besedilo braz. cod. civ., ki daje za posestnega slugo skoro enako definicijo, kakršno mi za zastopnika, namreč »da izvršuje oblast nad stvarjo v razmerju, v katerem je odvisen od druge osebe, v njenem imenu in po njenih navodilih.«

Celo v primerih, ko gospodarji detentorjem svojih stvari ne pripuste nobenega samostojnega ukrepanja (kakor ga pripušča zastopanec zastopniku) n. pr. če nosi postrešek v našem spremstvu našo prtljago, ne pridemo v zadrego. Taki goli pomočniki pri udejstvovanju lastne volje se imenujejo na drugih pravnih poljih: sel, nuntius, longa manus.

Na sličen način rešujem spor, naj se li prizna ali odreče osebna posestna zaščita čuvarju (depozitarju) v pogledu stvari, prevzete na čuvanje? Po našem obč. drž. zak. čuvarji niso zaščiteni (Schey), pač pa po § 868 nem. drž. zakona. Čsl. osnutek k en. obč. drž. zak. jih tudi namerava zaščititi, češ da jim bo moči spolnjevati prevzete čuvarске dolžnosti. Mene ta ratio ne prepričuje. S tem, da se čuvarju odreče osebna posestna zaščita, se ne odreče posestna zaščita na čuvanje dani stvari. Ne le položnik sam, ampak tudi čuvar v njegovem imenu moreta uspešno nastopiti zoper motilca. Celó tedaj, kadar bi čuvarju priznali, da je upravičen za osebno tožbo, sodišče ne bi moglo naložiti restitucije v njegovo korist, ampak le na korist položnika.

Vsem tem primerom detencije je skupno, da posedujejo uslužbenci in čuvarji na podlagi dolžnosti, ne iz pravice. Po § 868 nem. drž. zak. je posest tudi v teh primerih dvojna (neposrednja in posrednja). A konstrukcija dvojne posesti (pri nas stvarne in pravne) bi morala ostati omejena na primere, ko detinira neposrednji (pravni) posestnik na podlagi pravice.

8. Zelo razveseljivo je pri rešitvah pod 5. do 7. to, da se z njimi nadalje p o e n o s t a v l j a posestno pravo, ki je bilo v preteklosti zelo komplicirano, dasi ne najbolj razvito. Po teh rešitvah odpade vsako razlikovanje med stvarno in pravno posestjo, med animusom domini in drugimi posestnimi voljami, končno novodobni pojem posest-

nega sluge. Vsaka faktična oblast nad telesno stvarjo se štiti, čim jo spremlja kakršenkoli animus possidendi; zaščito more zahtevati posestnik sam ali njegov zastopnik. Moja nova utemeljitev posestne zaščite, po kateri posest sama ni predmet zaščite, marveč je zaščita posesti posledica odbijanja nepravnih napadov na njo, ne ovira opisanega poenostavljenja posestnega prava v nobenem pogledu.

B. Kršitev.

V pogledu te druge predpostavke posestne zaščite je divergenc manj. Antična posestna prava in nekaj starejših, še veljajočih, razlikujejo med popolno in delno kršitvijo (med odtegnitvijo in okrnitvijo) posesti. Toda moderna prava so spoznala, da je ta razlika zgolj kvantitativna in da se tiče le obsega kršitve, in govoré zato o enotni kršitvi ali motitvi posesti, n. pr. naš c. pr. r. Tudi pojem kršitve je po zakonodajah dosti soglasen:

1. Po § 339 o. d. z. ni nihče upravičen, posest (kakaršnekoli kvalifikacije) samooblastno (eigenmächtig) motiti. Po § 320 cit. se ne sme, kdor ima le pravico do posesti, samooblastno spraviti v posest (kadar se mu krati), ampak jo mora zahtevati od rednega sodišča s pravdo in izkazati naslov. Po obeh določbah je torej prepovedano, da bi se posestno stanje samooblastno preminjalo, in kršitev je v taki samoblasti. V prvem primeru motilec tujo posest samooblastno odtegne ali okrne, v drugem primeru se vanjo samooblastno vrine. V prvem primeru ni treba, da prevede odtegnjeno posest nase, kar stori v drugem. Samooblast zagreši po § 320 cit. »kdor ne išče intervencije pozvanega oblastva« (sodišča).

Po § 858 nem. drž. zak. »ravna protipravno, kdor posestniku brez njegove volje posest odtegne ali ga v posesti moti, kolikor zakon ne dovoljuje, da se posest odtegne ali moti (prepovedana samooblast)«. Napredek proti našemu obč. drž. zak. je v podrobnejšem tolmačenju prepovedane samooblasti.

Švic. čl. 928 al. 1 pravi: »Ako se moti posest s prepovedano samooblastjo, more posestnik motilca tožiti, dasi trdi motilec, da ima pravico.«

Končno določa čl. 18 al. 2 imov. zak.: »Ako kdo trdi, da je posest nepoštena (816, 817) ali nepravilna (820) in da ima sam več pravice, stvar posedovati, mu je odprta pravna pot, a vsaka samooblastna motitev in odtegnitev posesti sta strogo prepovedani.«

2. Do enakega pojmovanja kršitve posesti dospemo po novi utemeljitvi posestne zaščite. Rekli smo: Pravno urejena država trpi le pravne premembe obstoječega dejanskega stanja. Zato reprobira in odpravlja vse nepravne premembe. Posledica reprobiranja in odprave je posestna zaščita.

Treba je torej samo še ugotoviti, katere premembe so pravne in dopustne, katere nepravne in reprobirane? Pri tem se ne bom oziral na premembe po elementarnih dogodkih, ki so človeškemu pravnemu redu odtegnjene.

Na področju avtonomnega prava, t. j. na tistem, ki ga ureja pravni subjekt s svojo voljo, so pravne vse premembe, ki se zgodijo z njegovo voljo; nepravne tiste, ki se zgodijo brez volje prizadetega pravnega subjekta ali zoper njegovo voljo. Te nepravne premembe tvorijo glavni kontingent posestnih kršitev. — Na področju neavtonomnega (oktroiranega) prava, t. j. na tistem, ki ga ureja zakonodajec s svojo voljo ne glede na voljo prizadetega pravnega subjekta, so pravne vse premembe, ki so v soglasju z zakonodajčevo voljo; nepravne tiste, ki se zgodijo zoper to voljo. Takih nepravnih prememb je malo, ker je posestno pravo institut imovinskega prava (niti ne vsega), in je imovinsko pravo z malimi izjemami popustnega značaja. Zgled kršitve s tega neavtonomnega pravnega področja bi bilo izvrševanje zakonito prepovedane služnosti, n. pr. pašne (po pat. iz l. 1853). Lastnik služnega zemljišča je objektivno moten v posesti kljub temu, da je služnost sam dovolil, ker njegove privolitve (brez oblastnega pritrudila) zakonodajec ne uvažuje. — V obeh skupinah primerov je obsežena v kršitvi posesti hkrati kršitev pravnega stanja. Imamo pa še tretjo skupino nepravnih prememb, ki kršijo le posestno stanje, ne tudi pravnega. To so primeri tzv. nedopustne samopomoči, ki se razodeva v prisilnem uresničevanju pravic brez intervencije v to pozvanih državnih organov. Zgled: Kadar se spravi tožitelj, ki je zmagal, sam

v pravnomočno prisojeno posest. Da štejejo k nedopustnim premembam tudi taki primeri, se razlaga iz drugega pravnega načela (monopola, ki si ga pravno urejene države pridržujejo za prisilne čine; naša po določbi § 19 o. d. z.).

Na ta način dognani pojem kršitve posesti se, kakor vidimo, krije z onim, ki ga cit. zakonodaje kratko imenujejo »prepovedana samooblast«, oziroma z definicijami, ki jih dajejo druge cit. zakonodaje za pojma prepovedane samooblasti in prepovedane samopomoči. — To pa je le splošni zakonodajni in pojmovni okvir za dejanja, ki povzročajo motitve posesti in ki izzivajo njeno zaščito. V podrobnostih je še vse polno dvomov in sporov o vprašanju, kaj je in kaj ni kršitev posesti?

3. Ali zadostuje za kršitev posesti golo bahanje, prepovedi, pretnje, sploh psihično učinkovanje na posestnika, ali je treba fizičnega? Odgovor: Ker je posest faktično obvladovanje telesne stvari, se premeni in krši posestno stanje načeloma le s protivnimi, torej s fizičnimi dejanji. Prepovedi in pretnje zadostujejo le takrat, kadar so tako resne, da opusti posestnik pod njih učinkovanjem nadaljevanje posesti, n. pr. izvrševanje služnosti. S tem se na videz po posestnikovi volji, v resnici po motilčevi premeni in krši faktično stanje. — Češče povedejo gole prepovedi in pretnje k ogroženju obstoja, kakor h kršitvi posesti. Zgled: Kadar postavi lastnik zemljišča, obremenjenega s služnostjo pota, na pot napis »Prostovoljno dovoljena pot«. Taka izjava zaenkrat ne ovira izvrševanja služnosti, a tem jasneje ograža njen obstoj. Ne daje zato povoda posestnemu (restitucijskemu) zahtevku, pač pa ugotovitvenemu.

Ali je posestni zahtevek utemeljen z že enkratno kršitvijo (kršitev »mimogrede«), ali je treba ponovnih kršitev? So zakonodaje, ki jim enkratne kršitve izrečno ne zadostujejo. Vendar smatram, da je to vprašanje quaestio facti. Enkratna kršitev ne zadostuje takrat, kadar se je zgodila brez namena, da bi se posegalo v obstoječe dejansko stanje, n. pr. če gre popotnik čez zasebno zemljišče (namesto po serpentinah javne ceste) zato, da ne bo zamudil vlaka. Zadostuje pa že prva kršitev, čim je storjena v takih okol-

nostih, da ji bodo očitno sledile nadaljnje. — Dosledno ne morejo utemeljevati posestnih zahtevkov tzv. dejanja v stiski. Odškodninsko pravo pa določa, da načeloma upravičujejo dejanja v stiski k odškodninskim zahtevkom.

K posestnim zahtevkom dalje ne upravičujejo ne zavedna dejanja, t. j. taka, kjer se motilec ne zaveda ali celo ne more zavedati, da posega v tujo dejansko oblast. To so kršitve v zmoti, n. pr. hoja po potu, ki se vobče smatra za javen; kršitve v prepričanju pravice, n. pr. če je dovolil pot solastnik ali zakupnik zemljišča, in motilec ne ve, da jo prepoveduje drugi solastnik oziroma zakupdajec; kršitve v upravičeni domnevi, da se posestnik ne bo protivil, n. pr. če so vsi drugi posestniki trpeli, da je izvršilo planinsko društvo po njih zemljiščih markiranje pota. — Temu naproti trdi Ehrenzweig na str. 88 Systema, prvi del, druga polovica iz l. 1923.: »Vrnitev v prejšnji položaj (§ 346) se more zahtevati s posestno tožbo tudi tedaj, če se je poseg zgodil v stiski, v zaupanju na prizanesljivost sosedu, v zmedenosti ali zmoti.« Nasprotje si tolmačim takole: Posesti ne smatram za moteno in posestne tožbe ne za umestno. Ako pa je po tzv. kršitvi preostala prememba na škodo prejšnjega posestnika in na korist drugega (motilca), se more terjati restitucija s petitorno *condictio possessionis* (pri nas, kjer take nimamo, z verzijsko ali slično reparacijo). — Da za kršitev posesti ne zadostujejo dejanja, ki jih stori motilec zoper svojo voljo (splahšen konj zanese jahača na zasebno zemljišče), sledi po m. m. iz splošne neodgovornosti za nevoljena dejanja (anal. § 1306); zato tudi nezreli ne morejo zagrešiti posestnih kršitev (anal. § 1308). — Zavednost zadostuje. Nikakor ni treba, da bi motilec imel kak nadaljnji namen (motiti, škodovati ali deliktne namen). Predaleč gre Kranjc, ko trdi, da mora motilec imeti namen, si pridobiti posest ali se osvoboditi bremena tuje posesti.

Težaven je dalje odgovor na vprašanje, ali je poseg v posest tudi tedaj kršitev, kadar se opira na odlok javnega oblastva? Često bo treba vprašanje zanikati, čisto priznati možnost take kršitve, in sicer i kršitve zasebnika preko oblastva i oblastva preko zasebnika. Prvo n. pr. kadar

predlaga zahtevajoči upnik izvršilno sredstvo, ki vsebuje kršitev tuje posesti, ter mora sodišče po predpisih i. r. ustreči. Drugo, kadar zaukaže oblastvo dejanje, ki vsebuje kršitev tuje posesti, osebi, ki se mora temu ukazu pokoriti. V prvem primeru zagreši motitev zasebnik, v drugem oblastvo. Motitev je dalje možna iz lastne iniciative oblastva z dejanjem, ki ga da izvršiti po lastnih organih ali zastopnikih; v zadnjem primeru moti tudi zastopnik. Nikdar pa se ne sme govoriti o kršeni posesti (prepovedani samooblasti), kadar poseže v posestno stanje pristojno javno oblastvo, upravičeno po zakonih, zlasti policijskih. Iz tega razloga ne utemeljujejo kršitev posesti posegi iz higijenskih in varnostnih ozirrov. Odgovor na uvodoma stavljeno vprašanje torej ne more biti enoten.

Vobče je treba ob presojanju vprašanja, kaj je in kaj ni kršitev posesti, se držati še nastopnih opozoritev: a) Iz kršitev posesti utegneta nastati poleg posestnega zahtevka opustitveni in odškodninski (zadnji je pri nas le izključen iz razpravljanja v posestni pravdi). Kakor je pa mogoče, da nastane posestni zahtevak brez opustitvenega ali odškodninskega, tako more nastati zgolj opustitveni ali zgolj odškodninski zahtevak brez posestnega (restitucijskega). b) Posestna tožba kljub kršitvi posesti često ni več dopustna, ker je kršilec, še preden je bil tožen, restituiral z lepa, ali, kadar ni bilo treba restitucije, priznal tožnikovo pravico, se n. pr. opravičil, da je vozil preko tožnikove njive, in obljubil, da tega ne bo več storil. Posestne tožbe ne smejo prehajati v šikane in treba jih je zavrniti, če nimajo nobene praktične svrhe (dasi se je kršitev zgodila). c) Tudi ob posestnih tožbah se utegnejo strniti take okoliščine, da je uporabna določba § 45 c. pr. r., ako n. pr. restituira toženec takoj po prejemu nepričakovane tožbe vse, kar se od njega v tožbi zahteva, ali sicer dokaže, da s svojim ponašanjem ni dal povoda za tožbo. č) Golo nadaljevanje obstoječega stanja, dasi je postalo protipravno, n. pr. če se najemnik kljub poteku najemne dobe ne izseli, ne utemeljuje kršitve posesti, ker manjka premembe dejanskega stanja; v takih primerih je tožiti petitorno, ne posesorno. d) Probatno sredstvo za presojo, ali je prememba dejanskega stanja uteme-

ljila kršitev posesti ali ne, je ugotovitev, ali je posestnik radi tega zgubil kako beatitudo possessionis ali ne, n. pr. mu li je motitev naprtila dokazno breme, ki ga prej ni zadelo. (Seveda je to sklep post hoc, ergo propter hoc.)

Korektiva zoper kršitev posesti.

Taka korektiva sta po vseh zakonodajah dva: s a m o o b r a m b a (posestna obramba, silobran, Besitzwehr) in p o s e s t n a t o ž b a. Starejše zakonodaje, ki še razlikujejo med odtegnitvijo in okrnitvijo posesti, poznajo dosledno dve posestni tožbi, Francozi n. pr. »réintégrand« in »complainte«, Italijani »azione di reintegrazione« in »manutenzione«.

Samoobramba.

Samoobramba je t a k o j š n j a zavrnitev napada na posest (brez intervencije sodišča, n. pr. in flagranti zalotenega motilca). Samoobramba je dopustno dejanje, ker bi sodna pomoč v takih primerih došla v s e l e j prekasno; netočno jo dopuščajo starejše zakonodaje, n. pr. § 344 o. d. z. »ako bi sodna pomoč došla prekasno«. Vse to sledi iz pojma samoobrambe samega, in zato so razlike med zakonodajami le besedne (§ 344 o. d. z., § 859 nem. čl. 926 švic.). K samoobrambi se še šteje rekuperacija odtegnjene posesti in continenti; Nemci govore v takih primerih o »Besitzkehr«. Samoobramba mora biti v vseh primerih primerna, t. j. uporabiti sme napadeni le tisto silo, ki je potrebna za zavrnitev napada. Dobro je treba razlikovati samoobrambo od samopomoči, ki ne odbija napadov, ampak napada sama in je zato nedopustna (dopustna le, kadar bi sodna pomoč došla prekasno).

Malenkostne stvarne razlike v razumevanju in ureditvi samoobrambe po primerjanih zakonodajah bi bile:

1. Po nemškem pravu ima nepoštenu posestnik, n. pr. tat pravico samoobrambe (in sicer »Besitzwehr« in »Besitzkehr«) celo proti napadajočemu okradencu. Švicarsko slovo ne priznava, da bi bila samoobramba v tem primeru dopustna. Po m. m. gre za isti spor, kakor se bije za vprašanje, ali je upravičena exceptio vitiosae possessionis ab

adversario v posestni pravdi (o tem kasneje). Čim zakonodajec, n. pr. naš to exceptio dopušča (dasi iz razloga utilitarističnosti), mora dosledno vzkratiti pravico samoobrambe nepoštenemu posestniku proti prejšnjemu posestniku. Nemci so nedosledni, ako dopuščajo v eno roko omenjeno exceptio (§ 861), a dovoljujejo v drugo roko zadevno samoobrambo.

2. Ob dvojni posesti gre pravica samoobrambe logično obema posestnikoma (stvarnemu in pravnemu, posrednjemu in neposrednjemu, samostojnemu in nesamostojnemu). To je tudi mnenje Švicarjev, dočim trdi nemška judikatura in del nemškega slovstva, da ima pravico samoobrambe samo neposrednji posestnik. Nasprotje med nazori si pojasnujem takole: Za tistega, ki se posluži posestne zaščite (samoobrambe), morata biti podani obe opisani stvarni predpostavki. A redko se pripeti, da imata ob dvojni posesti oba posestnika posest in da sta napadena hkrati oba. Iz večine je napaden le eden ali drugi. Vzemimo za zgled sadonosnik v rabi preživitkarja. Lastnik je po našem stvarni, preživitkar pravni posestnik. Ta pobira sadje za svojo potrebo, prvi, kar sadja preostane. Ako imata dogovorjeno, da pobere preživitkar prvi, more biti v tem času moten v posesti sadja samo on. Ako bi v tem času prepodil motilca lastnik, bi ne izvrševal samoobrambe, ampak pomoč v sili (»Nothilfe«) na korist preživitkarja. Obratno more biti moten v posesti samo lastnik, potem ko je pobral sadje preživitkar, in bi šla samoobramba le njemu, preživitkarju pomoč v sili na korist lastnika. (V takih in sličnih primerih bi sploh bolje kazalo, govoriti o deljeni, nego o dvojni posesti). Le če lastnik in preživitkar nimata glede časa za pobiranje sadja nobenega dogovora in ga moreta pobirati sočasno, je podana prilika za dvojno samoobrambno pravico.

3. Po § 860 nem. drž. zak. ima posestni sluga pravico samoobrambe, a le na korist posestnega gospodarja, nikdar zoper njega. Dasi je nam in (skoro vsem) drugim zakonodajam pojem posestnega sluge neznan, dajemo tudi mi osebam v sličnem položaju pravico samoobrambe samo na korist gospodarja in nikdar zoper njega, bodisi da jih smatramo za njegove zastopnike (potem vrše samoobrambno pravico, ki gre zastopanemu gospodarju), bodisi da so nje-

gova longa manus (potem vrše pomoč v sili, ki gre vsakomur, celo tistemu, ki ni detentor).

4. Po nemškem pravu gre posestna zaščita (samoobramba) ne samo zoper motilca osebno, temveč tudi zoper njegovega dediča in tistega singularnega naslednika, ki pozna hibo posesti, n. pr. zoper tatinskega udeleženca, pri katerem prikrije zasledovani tat ukradeno blago. A po švicarskem in našem pravu (kakor se vobče tolmači) ni posestne zaščite zoper singularnega naslednika motilca. Nemška rešitev se mi zdi pravilnejša in za nas utemeljena v analogiji deliktnega prava, po katerem so odgovorni za škodo poleg poškodovalca tudi pomočniki in prikrivalci (§ 1301). Pasivna legitimacija dedičev kot univerzalnih naslednikov je po vseh zakonodajah podana, ker vstopijo dediči v vse obveznosti zapustnika, med njimi tudi v obveznost restituiranja, nastalo iz kršenja posesti. Nasledstva v posest ni (dasi to trdi nemški drž. zak.).

Tožba.

Na one zakonodaje, ki razlikujejo med tožbami zaradi odtegnitve in okrnitve posesti, se ne bom dalje oziral, ker pomeni v primeri z njimi naša (in nemška) enotna motitvena tožba očiten napredek. Omenjeno bodi le, da so nekim teh zakonodaj za razlikovanje obeh tožb merodajne poleg obsega kršitve še druge okolnosti. Razlikovanje gre tako daleč, da more ponekod tožnik, ki je propal z eno (strožje pogojeno) posestno tožbo, vložiti drugo (manj strogo pogojeno), preden se odloči za petitorij. Take anomalije se razlagajo le historično, zlasti iz vpliva, ki ga je imela kanonskoppravna actio spolii na romanskopravne tožbe za reintegracijo. — A tudi med enotnimi motitvenimi tožbami modernih prav je še nekaj divergenc.

Za aktivno in pasivno tožbeno legitimacijo velja predvsem, kar sem izvel za legitimacijo k samoobrambi. Nemški posestni sluga ima zgolj pravico samoobrambe, ne tudi legitimacije za posestno tožbo, kar je po m. m. prepovedano presplošno. Naši detentorji v sličnem položaju s o vobče pooblašeni, vlagati posestne tožbe (a ne

v lastnem, marveč v imenu gospodarjevem); goli pomočniki posesti, longae manus, niso v to upravičeni. Dodati je še:

1. **Aktivna legitimacija** gre onemu, čigar dejansko stanje (obvladovanje telesne stvari) je bilo z nepravnim činom premenjeno. Ni gledati na to, ali je njegova posest pravno osnovana. Aktivno sta torej legitimirana i pravi lastnik i tat motene stvari; tudi dejansko stanje zadnjega se sme preminjati z nepravnimi čini. — Ob dvojni posesti (kadar posest ni deljena in sta napadena oba posestnika) sta aktivno legitimirana oba. Kakor smo zavrnil trditev, da je k samoobrambi legitimiran le neposrednji posestnik, tako smatram za zgrešeno trditev, da gre tožbena pravica ob motitvah po tretjih osebah zgolj posrednjemu posestniku. — Neposrednji posestnik ima posestne tožbe razen zoper tretje osebe zoper posrednjega posestnika, če je moten po njem na pr. najemnik po najemodavcu. Obratni primer, da moti posrednjega posestnika neposrednji, je manj praktičen; če bi se zgodil, bi imel tudi posrednji posestnik tožbeno pravico zoper neposrednjega. — Vsi primeri aktivne legitimacije neposrednjega (pravnega, nesamostojnega) posestnika predpostavljajo po m. m., da se opira tožnikova posest na pravico (pravno osnovano ali arrogirano), ne na dolžnost: Čuvar (depozitar) nima osebne posestne tožbe, niti zoper tretje napadajoče osebe (tožiti bi pa mogel ev. mora v položnikovem imenu), niti zoper motečega položnika; zoper zadnjega radi tega ne, ker more položnik (deponent) po posebni določbi depozitnega prava od pogodbe vsak čas odstopiti.

2. **Pasivna legitimacija.** Stara avstrijska, preskušena judikatura je dopuščala posestne tožbe med drugim zoper tiste »v katerih interesu je bila motitev storjena«, »od katerih se more pričakovati odstranitev motenja«, »zoper krčmarja, čigar gostje so zasedli tuj vrt«, celo tedaj, če se je zgodila motitev zoper voljo tožencev. Dalje je dopuščala ta judikatura posestne tožbe načeloma zoper motilce, dasi dejanskega stanja niso preminjali v lastno, ampak v tujo korist. Ni pa smatrala za pasivno legitimiranega (motečega) prisilnega upravnika (ampak zahtevajočega upnika), tudi ne župnika, ki je motil v lastnosti upravitelja cerkve,

in ne železniškega ravnatelja radi činov v tej lastnosti. Ali se dajo ti svojevrstni, na prvi pogled si nasprotujoči judikati spraviti v sklad med seboj in z novo utemeljitvijo posestne zaščite?

Posestna zaščita je refleks reprobiranja nepravnihih prememb in gre za restituiranje dejanskega stanja, kakršno je bilo pred premembo. To restituiranje se da doseči samo od onega, v čigar korist je bilo dejansko stanje premenjeno, in ki je sedanji posestnik na mestu deposediranega. Zato je za tožbo načeloma pasivno legitimiran sedanji posestnik ne glede na to, ali si je izposloval posest sam ali mu jo je izposlovala druga oseba; v zadnjem primeru ne glede na to, ali je motitev naročil, jo naknadno odobril, ali ni storil ne enega, ne drugega. Le če se je motitev zgodila brez njegove vednosti ali celó proti njegovi volji, postane po m. m. pasivno legitimiran le tedaj, ako v z d r ž u j e kljub opozoritvi nepravno premembo in ne restituira z lepa starega dejanskega stanja. Kršitev posesti je v tem primeru utemeljena, ker se upira, da bi izvensodno restituiral. — Motilec sam je pasivno solegitimiran in se ne more oprostiti posestne tožbe s tem, da imenuje tistega avktorja, po čigar naročilu je dejansko stanje premenil. Izjema velja, kadar moti kot uradno ali zakonito postavljen, k motečemu dejanju pozvan zastopnik. V takih primerih je pasivno legitimiran le zastopanec. — Najčešče sta novi posestnik in motilec ena in ista oseba. Kadar tega ni, je treba paziti, ko se ugotavlja pasivna legitimacija, še na vsebino posameznih tožbenih zahtevkov ter ugotoviti legitimacijo za vsak tožbeni zahtevek posebe. Restituiranje posesti je moči doseči le od sedanjega posestnika, a opustitev nadaljnjih posegov in odškodnino često le od motilca, zlasti, če je ravnal brez vednosti sedanjega posestnika. — Univerzalni in tisti singularni naslednik, ki je vedel za hibnost posesti, sta na posestno tožbo pasivno legitimirana iz istih razlogov, iz katerih je zoper njiju dopustna samoobramba. V pogledu singularnega naslednika so Randa, Ehrenzweig in drugi nasprotnega mnenja. Pravijo, da obč. drž. zak. ni prevzel tega primera pasivne legitimacije, ki je bil svoj čas priznan za kanonskopravno *actio spoli* (in ga priznava tudi can. 1698 današnjega kodeksa juris

canonici). Zame izhaja pasivna legitimacija nepoštenih singularnih naslednikov iz analogne uporabe § 1301 cit.; poznala jo je, razen nemškega drž. zak., dolga vrsta civilnih prav iz polpreteklega časa (saško, curiško, bavarsko).

3. Rok, v katerem je treba v ogib prekluziji vložiti posestno tožbo, je po večini starejših (frc., ital.) in mlajših zakonodaj (§ 864 odst. 1 nem., čl. 929 švic.) eno leto, po čl. 21 imov. zak. tri mesece. Po vseh se računa od motitve dalje. Posebnost švic. prava je, da je po njem rok enega leta zastaralen, ne prekluziven, in da mora moteni posestnik takoj, ko zve za motitev in motilca, zahtevati od njega restitucijo (tožiti pa najkeseje v enem letu, ne glede na to, ali v tem roku zve za motitev in motilca ali ne). Posebnost braz. prava je, da se mora tožnik držati roka šestih mesecev samo v svrhu, da povzroči posebno sumarno postopanje, dočim za posestno tožbo rednega postopanja ni predviden poseben rok. Naš § 454 c. pr. r. je uzakonil prekratki rok 30 dni (ki pa ima to dobro stran, da omejuje število pri nas prepriljubljenih posestnih tožb). Roki so povsod materialnopravne narave, dasi so uzakonjeni ponovno v formalnopravnih zakonih.

4. O razdelitvi dokaznega bremena ni posebnih določb in ne sporov po judikaturah. Tožnik mora dokazati obe stvarni predpostavki posestnega zahtevka: posest in njeno kršitev. Dosti soglasja je tudi v tem, da zadostuje za dokaz posesti dokaz corpora (in da mora po manjkanje animusa dokazati toženec); slično zadostuje za dokaz kršitve dokaz njenega vnanjega stanja (in mora po manjkanje samooblasti dokazati toženec).

5. Tožbeni zahtevki iz motenja posesti so činitveni, restitucijske vsebine. Obseg restitucijskega zahtevka mora korespondirati z obsegom kršitve. Ker se pravna posest (kot nekaj mišljenega, nič faktičnega) ne da restituirati, se glase tožbeni zahtevki iz kršene pravne posesti pri nas že danes tako, kakor da bi imeli enotno stvarno posest. — Kakor naša zakonodaja (§ 339), dopuščajo tudi moderne (§ 862 odst. 1 nem., čl. 920 odst. 2 švic.) poleg restitucijskega zahtevka opustitveni, t. j. prepoved bodočih posegov. Opustitveni zahtevki nudi tožniku procesualno

korist, da mu ob novi motitvi ni treba znova tožiti, ampak more takoj predlagati izvršbo. — Končno more iz motitve posesti nastati odškodninski zahtevek (a razpravljajne o njem je pri nas izključeno iz posestne pravde). Ta odškodninski zahtevek je utemeljen le, ako so izpolnjene zanj vse predpostavke po deliktne pravu, zlasti škoda in krivda. Po določbah istega prava se ravna obseg dolžne odškodnine.

6. Kar se tiče toženčevih prigovorov, so med zakonodajami razlike, zlasti v pogledu dveh: a) prigovora pravice, t. j. pozivanja toženca na svojo pravico do posesti; b) tkzv. *exceptio vitiosae possessionis ab adversario*.

K a) Ta prigovor se načeloma ne dopušča (§ 457 c. pr. r.; tudi po § 863 nem. drž. zak. ne, ker ga dopušča samo za utemeljitev toženčeve trditve, da motitev ni bila »prepovedana samooblast«). Če bi se dopuščal, bi se s tem takorekoč zanikal institut posestne zaščite. Vendar se pričinja povsod računati z mučnim vtisom, ki ga napravi na toženca, upravičenega do posesti, zguba posestne pravde. Ta zguba ga često oplašči, da opusti pričakovani petitorij, s katerim bi vzpostavil pravno stanje na mesto posestnega. Narod ne more razumeti, da se štiti na sodišču tudi pravno neosnovana in celó protipravna posest. Zato je določil najmlajši čl. 505 braz. cod. civ., da ni ovire, posestni tožbi nasproti se sklicevati na lastninsko ali na drugo pravico na stvari, in da se ne sme posest prisoditi, komur lastninska pravica očitno ne gre. Ta rešitev gre predaleč in pomeni zanikanje posestne zaščite. Daleč gre tudi švic. zak., ki pravi v čl. 927 odst. 2: »Ako dokaže toženec takoj svojo boljšo pravico ter bi mogel na njeni podlagi od tožnika stvar nazaj zahtevati, potem more vzkratiti vrnitev. (A ta določba velja le v manj številnih odtegnitvenih, ne v motitvenih posestnih pravadah.) Potrebno je vsekako, da se zakonodajci bavijo z rešitvijo tega problema, ki doslej ni zadovoljivo rešen. Francoska praksa dovoljuje v possessoriju obsojenemu tožencu (izjemoma), da odloži restitucijo motene posesti do izida petitorija, ki ga mora sprožiti takoj po svoji obsodbi. Čim prodre v petitoriju, mu posestne restitucije ni treba izvršiti, kajti *petitorium absorbet possessorium* (tako izrečno tudi

po § 864 odst. 2 nem. drž. zak.). Preostane torej od obsodbe na posestno tožbo le še stroškovna, ki zadene motilca opravičeno, ker se je za uresničenje svoje pravice poslužil prepovedane samooblasti. Nemci si pomagajo izza novele k c. pr. r. (zak. z dne 17. maja 1898) na ta način, da dopuščajo skupno razpravljanje posesornih in petitornih zahtevkov. De lege lata nostra bi mogel po m. m. v posestni pravdi propadli toženec hkrati z vloženo petitorno tožbo izposlovati začasno odredbo (po predpostavkah i. r.) vsebine, da mu do izida petitorija ni treba izvršiti posestne restitucije, naložene s končnim sklepom. Morda bi mu tudi moglo sodišče v končnem sklepu dovoliti primerno dolg paricijski rok v svrhu, da doseže še pred njegovim potekom razsodbo v petitoriju.

K b) Strogo vzeto bi moral biti zabranjen tudi ta prigovor, imenovan v slovstvu prigovor relativno hibne posesti. Kajti hibnost posesti ne izbriše dejstva, da je zagrešil toženec nepravno premembo dejanskega stanja tudi v tem primeru, ko se je vrinil samooblastno v posest, ki mu pritiče. A posebnost tega primera je, da je pred njegovo, toženčevo, motitvijo (na škodo tožnika) tožnik sam motil (na škodo toženca). Sodišče bi moralo najprej odrediti restitucije stvari na roke tožnika, takoj nato (pod pogojem, da je bila posestna protitožba pravočasno vložena) povratno restitucijo na roke toženca. Že iz pravnoekonomskih ozirov se v naši praksi, drugod po izrečni odreditvi zakona (§ 862 odst. 2 nem., čl. 19 stav. 2 imov. zak.) namesto dveh končnih sklepov dopušča predmetni prigovor; logična stavba posestnega prava radi tega ne trpi.

7. Da poznajo še skoro vse države za spore o posestnih tožbah posebna postopanja ali posebne določbe za nje, se zdi utemeljeno bolj v zgodovinskem razvoju posestne tožbe, kakor v stvarni potrebi. Nemčija se je vsakega posebnega postopanja otrsela že l. 1877. Kar je po naših §§ 454 do 460 c. pr. r. še posebnih določb, jih spada mnogo v materialno pravo, in bi se o potrebi in umestnosti ostalih formalnopravnih določb dalo prerekati na pr. o izključenju odškodninskih zahtevkov iz skupnega razpravljanja.

Uvrstitev posestne zaščite v pravni sistem.

1. Nesoglasja povzročata tudi to vprašanje, med zakonodajami in v slovstvu. Večina zakonodaj urejuje posest in njeno zaščito (skupaj) na enem ali drugem mestu stvarnega prava, najčešče v uvodu k temu pravu (o. d. z., nem. drž. zak.). To ne more biti pravilno, ker posest ni pravica, ampak činjenica, in ker se reprobirajo nepravne premembe, naj je posest temeljila na pravici (stvarnopravni ali obljigacijskopravni), ali ne. Kljub temu uvršča nauk o posesti in posestni zaščiti v uvod k stvarnemu pravu še najnovejši Ehrenzweig (1923). Code civil, ki urejuje posest in njeno zaščito med določbami akvizitivnega zastaranja (priposestevanja), ima še slabšo uvrstitev.

2. Najprimernejšo zamisel za sistematično uvrstitev posestne zaščite je imel Kranjc. V njegovem, po Pfaffu leta 1894. (drugič) izdanem sistemu se obravnava posestna zaščita v občnem delu, in to z nastopno utemeljitvijo: »Posestna zaščita je (poleg dokazne ureditve) drugo materialnopravno sredstvo za učinkovito pravno zaščito. Zato je upravičeno, da se uvrsti ta snov v občni del, v poglavje o zaščiti pravic. Posestna zaščita je sredstvo za učinkovito pravno zaščito.« Ta utemeljitev je pretesna le toliko, ker se s posestnimi zahtevki ne ščitijo samo pravice, ampak tudi gola dejanska stanja.

3. Do enake uvrstitve v občni del k državljskemu pravu nas vodi nova utemeljitev posestne zaščite. Posestna zaščita ni pravni individuum zase, ampak posledica reprobiranja nepravnih (samooblastnih) prememb obstoječega dejanskega stanja. Od pravne zaščite se razlikuje zgolj v tem, da ne gre za restitucijo kršenega pravnega, ampak dejanskega stanja. Skupno imata obe, da zavračata nepravne premembe. Ker pa spada materialnopravna ureditev sredstev za zavračanje nepravnih prememb v občni del, spada tjekaj tudi posestna zaščita. Vendar bi dotično poglavje (6. pri Kranjcu) ne smelo biti naslovljeno »Pravna zaščita«, za katero gre le pri petitornih tožbenih zahtevkih, ampak »Korektivni zoper civilno nepravo«, za katere gre tako pri petitornih, kakor pri posesornih zahtevkih.

4. V članku »O pravni naravi tožbenih zahtevkov« (Pravni Vestnik l. 1927.) sem pokazal, da so vsi petitorni tožbeni zahtevki materialnopravnega in sicer obligacijsko-pravnega značaja, slične restitucijske vsebine, kakršne so odškodninski, dasi niso odškodninski v smislu 30. poglavja o. d. z. Enako pravno naravo imajo posestni zahtevki. Iz vsake posestne motitve nastane motenemu posestniku zoper motilca (ali sicer pasivno legitimirano osebo) materialno- in obligacijskopravni zahtevek na vzpostavitev starega dejanskega stanja. Posestni zahtevki so torej v pogledu pravne narave analogon petitornih. Tudi ta skupna pravna narava govori za njihju skupno normiranje in obravnavanje med korektivi zoper civilno nepravdo.

5. Še ena pravilna sistematična uvrstitev se da zamisliti, zlasti za primer, ako bi se zakonodajec ne mogel odločiti, da uredi korektive zoper civilno nepravdo s a m o s t o j n o, temveč bi jih urejeval še naprej, kakor doslej, v zvezi s posameznimi kršenimi civilnopravnimi pravicami. Čim smo ugotovili, da so vsi tožbeni zahtevki (petitorni in posestni) materialno- in obligacijskoprnega značaja slične restitucijske vsebine, kakršne so deliktne, dasi niso deliktne (ali vsaj ni treba, da bi bili), sodi, jih namestiti v zakonikih in sistemih takoj za deliktne. To tembolj, ker imamo še drugo dolgo vrsto odškodninskih zahtevkov, ki niso deliktne, pač pa odškodninski v širnem pomenu besede (ker predpostavljajo škodo), a še tudi pogrešajo svojo sistematično uvrstitev v zakonikih. V mislih imam tzv. quasidelikte in quasikontrakte. V spisu »Reparacije civilnega prava« (Slovenski Pravnik l. 1927.) sem predlagal za nje ta novi naziv (»reparacije«). Druži jih vse polno (med seboj in z delikt- nim pravom) skupnih norm. Zato sem že tam sprožil misel, naj bi se v obč. drž. zak. (kolikor ne ostanejo urejene izven njega) uredile takoj za deliktne pravom, torej v našem 30. poglavju, ki nosi že sedaj nadpis odškodninskega (ne deliktne) prava. V isto zvezo pa spadajo materialnopravne določbe, skupne petitornim in posesornim tožbenim zahtevkom.