

# Slovenski Pravniki.

Leto XXI. V Ljubljani, 15. decembra 1905. Štev. 10. do 12.

## Pomen pred dovolitvijo izvršbe potrebnih zaslišeb zavezanca ter poizvedeb.

Spisal sodni pristav dr. Metod Dolenc.

Za pravdno postopanje v najširšem pomenu besede velja načelo, da je o vsaki odločitvi obe pravdni stranki zaslišati.<sup>1)</sup> Pojem zaslišbe je bil seveda v različnih časih in prilikah različen; civilnopravdni red uveljavlja načelo, da bodi vsakemu upravičenemu udeležencu dana možnost, svoje pravno stališče pred sodiščem zastopati, in sicer tako, da se stranko v resnici pokliče k sodišču in zasliši, ali pa, da se ji izjava nasprotne stranke pravilno dostavi s pozivom, naj se o izjavi izrazi, — ne glede na to, ali se stranka potem te pravice posluži ali ne. Na ta način dobimo z ozirom na čas zaslišbe ali poprednjo (anticipativno) ali poslednjo (postcipativno), a z ozirom na obliko zaslišbe ustmeno ali pismeno zaslišbo. Po našem pravu pa sta možni poprednja in poslednja zaslišba kumulirani na ta način, da je tudi tam, kjer ste bili pred odločitvijo obe stranki zaslišani, še vedno možna poslednja zaslišba v obliki pravnih sredstev.<sup>2)</sup>

Primerjaje postopanje v svrhu dosege rzsodbe s postopanjem v svrhu dosege izvršbe vidimo, da je zbiranje pravnega gradiva, na podlagi katerega naj se izda sodna odločba, veliko enostavnejše pri postopanju v svrhu dosege izvršbe, nego li pri postopanju v svrhu dosege rzsodbe; izvršbe se pač dovoljujejo

<sup>1)</sup> Primeri pregovore: »Da se resnica prav spozna, treba čuti oba zvona«. — »Eines Mannes Rede, keines Mannes Rede; man muss sie hören alle Beede«, — »Bisogna sentir tutte le due campagne«.

<sup>2)</sup> Glej osobito Pollak, System des Oest. Civilprocessrechtes I., str. 400—404.

in opravljajo na podlagi že v pravnem postopanju razmotriva-nega in osredotočenega gradiva. Sicer veljajo tudi za to postopanje splošne določbe civilnopravnega reda (§ 78)<sup>1)</sup> ter ima sodišče dolžnost, gradivo zbrati, kjer gre za pravna ali izkustvena načela, ali pa kjer gre za dejstva, katera je uradoma upoštevati (na pr. pri §-ih 39, t. 2, 3—5, 8; 140, 275, 253, 262 itd.) Izven teh mej pa zadene dolžnost dokaza in zbiranja gradiva za vse v predlogu uveljavljane okolnosti onega, ki predlog stavi (§ 55, odst. 2).<sup>2)</sup>

Ker pa izvršilno postopanje, čeprav služi koristim posameznikov, prošinja oficijalna maksima, zato določa § 55, odst. 2, da sme sodišče v vsakem slučaju — razen enega samega, ki bo precej omenjen — zaslišati eno ali obe stranki o predlogu, da poižve in ugotovi vsa za odločitev potrebna dejstva, da sme tudi druge udeležence zaslišati, da sme stranki pozvati, naj priskrbita potrebne listine in druge dokaze, slednjič, da si sme vsa potrebna pojasnila uradoma brez posredovanja strank pridobiti. V §-u 55 je torej dovoljena poprednja zaslišba pred vsako odločbo sodišča, toda z izjemo, da pred sklepanjem o dovolitvi izvršbe same predhodna zaslišba zavezanca ni dopustna, marveč zavezancu ne preostaja družega, nego da svoje pravno stališče zastopa šele po dovolitvi izvršbe pred višjim sodiščem. Vzrok, da je izvršilni red takšno zaslišbo zavezanca pred dovolilom izvršbe izključil, je ta, da se zavezancu ni smelo dati prilike, da bi nameravano izvršbo, še predno izve za prvi izvršbeni korak zahtevajočega upnika, morebiti samovoljno otežil, ali celo onemogočil.<sup>3)</sup>

Pri prvem koraku izvršbenega postopanja se tedaj ne vpraša po dokazu, ali je zavezanec dolžnostim, naloženim v izvršilnem naslovu, zadostil ali ne, marveč sodišču naj že zadošča trditev zahtevajočega upnika sama. To izhaja povsem jasno iz tega, da § 35 zavrača zavezančev ugovor, češ da je zahtevku, izraženemu v izvršilnem naslovu, ugodil, na pot civilne pravde.

<sup>1)</sup> §-i brez nadaljne označbe so iz izvršilnega reda.

<sup>2)</sup> Glej Pollak, l. c., str. 415, 416; Walker, System der Executionsordnung, str. 34, 35.

<sup>3)</sup> Glej vladne motive k izvršilnemu redu, materijalije I., str. 164; Czoernig, Vorlesungen, str. 56; Schuster, Civilprocessrecht str. 623.

Z ozirom na ta »modus procedendi« v izvršilnem redu pa je bilo seveda treba poostriži zahteve glede temelja, na kojem sloni izvršilno postopanje, to je glede izvršilnega naslova; to se je storilo v zaščito zavezančevih interesov tako, da se je predpisala izvršilnemu naslovu taka določna vsebina abstraktnega povelja o dajatvi, storitvi, dopustu ali opustu, kakor je povelje izvršiti, in pa tako verodostojna oblika, da sodišče spričo nje ne sme več dvomiti o pravilnosti zahtevka, ki naj se izvrši.<sup>1)</sup>

Zato ustanavlja izvršilni red v določbah glede izvršilnih naslovov, da morajo biti javne, ali vsaj javno poverjene listine z določeno slovesno obliko tako, da se njih obstoj ne da na nikak drugačen način dokazati, kakor baš s tako listino.

Vsebino tega abstraktnega povelja precizuje § 7 tako, da se sme izvršba dovoliti le tedaj, kadar je iz izvršilnega naslova doznati: *a)* oseba upravičenca, *b)* oseba zavezanca, *c)* predmet, način, obseg, čas dolžne dajatve ali storitve, oziroma opusta.

Predno ne zapade terjatev v plačilo in predno ne preteče v izvršilnem naslovu podani rok, se izvršba ne sme dovoliti. Zatorej določa § 7 v 2. odst. med drugim: »Kadar je v izvršilnem naslovu izvršljivost zahteve navezana na nastop dejstva, ki je mora dokazati upravičenec, zlasti na popredno dajatev ali storitev upravičenčevo, tedaj je nastop dejstev, ki so potemtakem merodajna za dospelost ali izvršljivost, dokazati z javnimi ali javno poverjenimi listinami.

Tu je pred vsem poudarjati, da zakonodavec, drugače kakor v nemškem civilnopravdnem redu, v slučajih §-a 7 ni pričakoval od zaslišbe zavezanca nikakega haska za tek izvršbe, ter je zato tudi ni zaukazal.<sup>2)</sup> Ako sodnik ne more »prima facie« iz predloženih dokazov izvršbe dovoliti, naj zavrne predlog. Zahtevajočemu upniku pa daje § 10 še vedno priliko izvojevati si raz-

<sup>1)</sup> Glej Pollak, l. c., str. 26, 27.

<sup>2)</sup> V nemškem civilnopravdnem redu (od 30. januarja 1877, odnosno 17. maja 1898) je določeno v tem slučaju (§ 726), da morajo biti taka dejstva dokazana z javnimi listinami, pa izvršljivi izdatek rzsodbe (§ 724 leg. cit.) sme v tem slučaju podeliti le predsednik (ne sodna pisarna), vendar je dopustno, da se še poprej zasliši zavezanca (§ 730 leg. cit.).

sodbo, torej javno listino, o obstoju v §-u 7 zahtevanih pogojev izvršbe.

Nadalje moramo po argumentaciji »a contrario« iz besedila §-a 7 sklepati, da nalaga izvršilni red s to določbo zahtevajočemu upniku le takrat dokaz o nastopu dejstva, kadar je v izvršilnem naslovu nastop dejstva izrecno zahtevan, odnosno kadar je tak dokaz po splošnih pravnih pravilih presumovan.

Na tem mestu pa je poudarjati, da izvršilni red nikjer ne brani sodišču zaslišati pred dovolitvijo izvršbe predlagatelja samega; to je vsekakor potrebno, kadar je predlog tak, da ga sodnik ne more rešiti brez natančnejših pojasnil. Pripomniti pa je, da sme biti zahtevajoči upnik tudi pri zaslišbah zavezanca navzočen, da pa pri tem ne sme priti do razprave, kjer tega zakon izrecno ne dopušča.

Toda tudi izjemno načelo §-a 3, da pred dovolitvijo izvršbe ni dopustno zaslišati zavezanca, ni ostalo brez izjeme. Značaj nekaterih slučajev izvršbe je dal zakonodavcu povod, da je navzlic gori navedenim tehtnim pomislekom dopustil, da celo ukazal, da naj se pred dovolitvijo v zakonu izrecno navedenih izvršeb zavezanec popredno zasliši, ali pa da naj se vrše drugačne predhodne poizvedbe. Da so ti slučajji le izjeme od pravila, katere se smejo le utesnjevaje, torej samo tam, kjer jih zakon dopušča, uporabljati, razvidno je tembolj, ker je zakonodavec čutil potrebo, to v §-u 55, odst. 2, vnovič poudariti, da ne bi nastal kak dvom.<sup>1)</sup>

## A. Zaslišba zavezanca pred dovolitvijo izvršbe.

Le-ta se mora po nekodi vsakokrat odrediti, drugodi pa je odreditev odvisna od nastopa, oziroma nenastopa gotovih okolištin.

### a) Vsakokratna.

1.) Slučaj §-a 11, odst. 2: Izvršba zoper posameznega, osebno zavezanega družabnika na podlagi izvršilnega naslova zoper javno trgovinsko ali komanditno družbo, ali pa narobe:

<sup>1)</sup> Besede »Ausgenommen den Antrag auf Bewilligung der Execution« je interpolovala še le skupna konferenca v vladno predlogo; materijalije, II., str. 692.



izvršba zoper trgovinsko družbo na podlagi izvršilnega naslova zoper posameznega osebno zavezanega družabnika, potem ko je prenehal biti družabnik.

Splošno pravilo §-a 9, da bodi prehod izvršilnega zahtevka ali izvršljive obveze, bodisi pri zahtevajočem upniku, bodisi pri zavezancu — v slučaju, ko izvršbo vodi upravičenec, ki je različen od v izvršilnem naslovu označenega, ali ko gre izvršba zoper zavezanca, ki je od v izvršilnem naslovu označenega različen — izkazan z javnimi ali javno poverjenimi listinami, je izvršilni red z ozirom na določbe členov 84 in 112 trg. zak. izjemoma nekoliko razveljavil ter dopušča neposredno izvršbo v premoženje posameznega družabnika pri izvršilnem naslovu zoper trgovinsko ali komanditno družbo, ako se dokaže s predloženim izpiskom iz trgovinskega registra, da je zavezanec tisti čas še osebno zavezan družabnik.

Vprašanje, ali je treba, da je zavezanec za zastopstvo trgovinske družbe upravičen, ni merodajno; kajti iz člena 113 trg. zak. sledi, da celo oni družabnik, ki vstopi v že obstoječo družbo, jamči tudi za prejšnje obveze družbe, kakor ostali družabniki, in sicer z ozirom na člen 112 trg. zak. za vse obveznosti sploh, celo za one, iz obogatitve in iz deliktov nastale.<sup>1)</sup>

Z ozirom na te stroge določbe trgovskega zakonika je izvršilni red v §-u 11, odst. 1, davno preporno vprašanje,<sup>2)</sup> da je dopustna izvršba na podstavi izvršilnega, zoper trgovsko družbo podanega naslova v premoženje osebno zavezanega družabnika. Nadalje pa je bilo še vpoštevati 1.) določbo trgovskega zakonika, kako dolgo je zavezan član trgovske družbe za njene obveznosti (člen 147 trg. z.: 5 let, odkar je bil razpust v trgovinskem registru zaznamovan, ako je dospelala obveznost pred

<sup>1)</sup> Glej Neumann, Commentar zur E. O. str. 73; Walker, l. c., str. 13.

<sup>2)</sup> Glej nasprotujoče si odločbe vrhovnega sodišča v Manzovi izdaji trgovskega zakonika pri členu 112; razsodba priobčena v repertoariju izrekov št. 108 rešuje vprašanje zanikalno, češ, ako ni bil zavezanec v plačilo obsojen, ampak firma, potem za izvršbo na zavezančevo premoženje ni podstave, ki je po §-u 298 o. s. r. za začetek izvršbe potrebna. Ta nazor, imenovan »korealitetna teorija«, sta osobito izpodbijala dr. Wach v Gerichtshalle 1888, št. 32—34, in dr. Ofner v Gerichtshalle 1887, št. 51, tako da se je za novi izvršilni red recipirala »identitetna teorija«. Glej Kerschbaum, Bemerkungen etc., Gerichtshalle 1896, št. 3.

tem vpisom v plačilo; ako pa po vpisu, 5 let od dospelosti v plačilo naprej), in pa 2.) določbo, da postane družba zavezana po pravnih poslih družabnika, ki je upravičen družbo zastopati, čeprav se pravni posel ni izvršil v imenu družbe, samo če se da iz okolnosti sklepati, da se je izvršil po volji kontrahentov za družbo. Glede na te špeciialne določbe trgovskega prava je bilo vsekakor dopustiti zavezancu iz teh določb izhajajoče ugovore v svrhu, da je moči dognati identiteto onega, ki je zavezan (upravičen), z osebo onega, proti komur (od kogar) je bila izvršba naperjena. Ti ugovori se dado najbolje uveljaviti s poprednjo zaslišbo zavezanca. Vladni motivi (materijalije I., str. 472) pravijo, da so pomisleki zoper zaslišbo zavezanca pred dovolitvijo izvršbe izginili na eni strani z ozirom na to, da je ta zaslišba samo za čisto določne dejanske okolnosti odmenjena, na drugi strani pa, ker je kak kvalifikovani dokaz z listinami namesto zaslišbe po naravi stvari izključen, a je pri tem zaslišba vendar še prikladnejše sredstvo, nego pravda.

Premotriti je v glavnem ta dva slučaja:

- α) izvršilni naslov gre zoper družbo, izvršba pa zoper osebno zavezanega družabnika, bodisi po razhodu družbe, bodisi pri nadaljnem obstoju družbe po izstopu ali izločitvi družabnika;
- β) izvršilni naslov gre v zadevah družbe zoper osebno zavezanega družabnika, izvršba pa zoper družbo.

V prvo navedenih slučajih je zaslišati zavezanca družabnika, v drugem slučaju enega iz med onih družabnikov, ki so kakor upravičeni zastopniki družbe registrirani.

Iz nagibov, zakaj da se je zaslišba odredila, je razvidno, da zakon nima pri teh zaslišbah ničesar drugega v mislih, kakor pojasnitev pravnega razmerja glede materijalnopravne obveznosti napram trgovski družbi ali iz nje. Nikakor ne bi torej smel zavezanec pri teh zaslišbah ugovarjati, na pr., da izvršljiva terjatev ni dospela v plačilo, da je ugasnila, da se je dovolila odložba, ali kaj sličnega; le vprašanje o vzrokih izključitve obveznosti po trgovskem zakoniku in nič drugega je z zaslišbo zavezanca pojasniti.<sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> Glej Czoernig, I. c., str. 15; Fürstl, Commentar zur E. O., str. 34; Neumann, I. c., str. 74; Heller-Trenkwalder, die öst. Executionsordnung, str. 12; materijalije, I., str. 472; II., str. 645; Commentar zur E. O. v Ger. Halle 1899, str. 358.

Dopustni so ugovori pri slučajih  $\alpha$ ), da je obveznost zastarela, odkar je družabnik izstopil, ali bil izločen iz družbe; a pri slučajih  $\beta$ ), da izvršilni naslov ni bil v stvareh družbe izposlovan.

Samo ta dva ugovora navajajo vladni motivi; ako bi bili še drugi ugovori možni, tedaj pač ne bi bilo nobenega vzroka, zakaj bi jih vladni motivi ne bili omenili.

Navajajo pa še tele ugovore:

Po Neumannu, Commentar zur E. O., stran 72, sme zavezanec ugovarjati, da je zahtevajoči upnik odobril pogodbo med družabniki, ki so ostali v družbi, in izstopivšim ali izločenim družabnikom, da zadnji ni več za družbene obveznosti zavezan. Neglede na to, da je ta slučaj skrajno nepraktičen, ker zgolj zavezančeva trditev, da obstoji tako odobrilo, ne bo zadostovala za prepričanje dovolitve izvršbe, kajti po členu 112 trgovskega zakonika se družabnikova obveznost presume, — ta ugovor tudi ni stvaren ugovor, ampak le ugovor zoper osebo zahtevajočega upnika. Ako namreč postavimo, da je zahtevajoči upnik svojo terjatev iz izvršilnega naslova odstopil komu drugemu, ki o tistem odobrilu ničesar ne ve, — ali bo potem tak ugovor še možen? Člen 112 trg. z., odst. 2., ga gotovo izključuje; onda pa pri zaslišbi tudi ne more biti tak, v resnici samo zoper osebo zahtevajočega upnika veljaven ugovor dopusten, marveč naj se uveljavlja samo potom tožbe v zmislu §-a 36 trg. zak.

Fürstel, Commentar zur E. O., str. 43, omenja še ugovor, ako zavezanec trdi, da ni bil družabnik družbe, ter meni, da tako ugovorja lahko pri zaslišbi po §-u 11, t. 2., ali pa tudi lahko s tožbo po §-u 36. Toda tudi ta zavezančev ugovor ne more biti predmet zaslišbe po §-u 11, t. 2.: tu gre namreč le za ta slučaj, da zavezanec, četudi vpisan v trgovski register, istinito ni pripadal družbi, bodisi sploh nikdar ne, bodisi ne tisti čas, ko je bil pravni posel, ki tvori podlago izvršilnemu naslovu, opravljen, in da je bilo to dejansko razmerje zahtevajočemu upniku znano (člen 110, 112, 130, 25 trg. zak.). Teh okoliščin pa se pri poprednji zaslišbi zavezanca sploh ne bi dalo ugotoviti, ter se že s priložitvijo izpiska trgovskega registra pokaže neopravičnost takega ugovora; zatoraj se je izreči, da je v teh slučajih dopustna samo tožba po §-u 36 trg. zak.

Poslovanje sodnikovo pri gori naznačenem ugovoru za slučaj  $\alpha$ ) (zastarelost) je kaj enostavno: na podlagi izpiska iz trgovskega registra bo ugotoviti, ali je zahtevek iz časa, ko je družabnik še pripadal družbi in ali je doba zastarenja od izstopa, izločitve ali razhoda do dne, ko se je izvršba predlagala, že pretekla.

V izvršilnem postopanju za slučaj  $\beta$ ) pa je stvar drugačna. Pogoj za izvršbo zoper družbo je ta, da se izvršilni naslov nanaša na pravni posel, ki ga je opravil osebno zavezani družabnik v stvareh družbe. Treba toraj preskusiti pri zaslišbi zastopnika družbe, ali se ta okolnost priznava. Ako da, potem je izvršbo takoj dovoliti, ako pa ne, tedaj je treba pred vsem premotriti, ali je družabnik, ki je pravni posel opravil, glasom izpiska iz trgovskega registra za časa te oprave osebno zavezan družabnik s pravico zastopanja družbe (člen 115 trg. zak.). Samo kadar je ta predpogoj izpolnjen, treba še nadalje premotriti vprašanje, ali je bil pravni posel opravljen v stvareh trgovske družbe, kar je moči le tako dognati, da je ta okolnost ali v izvršilnem naslovu v tenorju neposredno označena, ali pa, da izhaja brezdvomno vsaj iz razlogov, pridodanih izvršilnemu naslovu. Ako le enega teh pogojev ni, je predlog na izvršbo zavriniti.

Fürstlov nazor (Comment., str. 44), češ, nekaka presumpcija je, da veljajo vsi pravni posli osebno zavezanega družabnika, ki je upravičen družbo zastopati, za pravne posle v stvareh trgovske družbe, samo da spadajo ti posli med trgovske posle dotične družbe, — je pač preširoka interpretacija §-a 11 odst. 2., kajti ta določba je vsekakor izjemna, torej jo je utesnevaje uporabljati. Sicer pa je tudi po zmislu izvršilnega reda izključeno, da bi bil zakonodavec hotel prepustiti pred dovolitvijo izvršbe nekako dokazno postopanje, kaj da spada v delokrog dotične družbe na podlagi zaslišanja družbenega zastopnika, ker bi sicer določbo glede pogoja, da je bil izvršilni naslov v stvareh družbe izposlovan, gotovo precizoval. To se pa ni zgodilo, torej je pač le gori navedena ožja interpretacija po zmislu zakona.<sup>1)</sup>

2.) Slučaj §-a 309, odst. 2. Ta določba je v več ozirih izjemna; gre tu za preodkaz v poteg kake take dajatve dolžnikovega

<sup>1</sup> Glej Neumann, Commentar zur E. O., str. 72, 73.



dolžnika, ki je zavisna od protidajatve zavezančeve, obstoječe v tem, da mora le-ta kake premične stvari izročiti. Ako namreč zavezanec teh stvari noče izročiti, tedaj tudi zahtevajoči upnik ne more od dolžnikovega dolžnika vdobiti dajatve. Tako postopanje pa meri že nekako na obrezuspešenje izvršbe zahtevajočega upnika. Da pa se pride takemu nepravilnemu početju zavezanca v okom, dovoljuje zakon izjemoma na podlagi »sumarne komisije izvršilnega sodnika« (materijalije, II. str. 57, skupni odsek) uporabo prisilnih sredstev tako, da dopušča izvršbo po zmislu §-ov 346 do 348 v zavezančevo imovino v svrhu pridobitve zadevne stvari.<sup>1)</sup>

Izjemno je tu dvoje: 1.) sumarna kognicija izvršilnega sodnika, 2.) izvršilno sodišče stori samo sklep, ki tvori v nadaljnjem izvršilnem postopanju v svrhu izročbe stvari izvršilni naslov (§ 1, točka 1). Pri tako okrajšanem postopanju je bilo treba vsekakor v obrambo zavezančevih interesov ustanoviti posebne varnostne odredbe, in sicer se določa za pogoj take izvršbe, da mora biti zahtevek dolžnikovega dolžnika glede protidajatve ustanovljen ali po razsodbi, ali pa po kaki drugačni dokazni listini, in pa da mora biti zavezanec še pred dovolitvijo zaslišan.

Pri tej zaslišbi zavezanec ne sme ugovarjati, da je terjatev nasproti zahtevajočemu upniku že poravnal, da mu je le-ta dovolil odlog ali kaj sličnega. Takisto ne sme ugovarjati ničesar glede obstoja njegove obveznosti do izročbe zadevne stvari, ako je le-ta podana vsled izvršilnega naslova; osobito v tem oziru ne more ugovarjati, da je iztekla razsodba zoper dolžnikovega dolžnika in ne zoper njega.<sup>2)</sup> § 309 sicer ne ustanavlja nikakega subjektivnega razširjenja pravomočnosti razsodbe zoper kako, v razsodbi ne navedeno osebo, ker je gotovo, da je »exceptio non adimpleti contractus« tudi v slučaju preodkaza po §-u 309 dopustna,<sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> V civilnopravdnem redu za nemško državo take določbe ni; marveč določa § 844, da se sme kak drugačen način vnovčenja dovoliti, osobito prodaja preodkazanega zahtevka. Torej je ustanovljen v našem pravu § povsem novum, ki bi naj po vladni predlogi še dalje segal, § namreč na § dovolitev izvršbe tudi za slučaj, da je zavisna dajatve dolžnikovega dolžnika od kake storitve zavezanca; »skupni odsek« pa je to določbo črtal, češ da bi bila za zavezanca pretrda.

<sup>2)</sup> Glej Schauer, E. O., opazka druga pri §-u 309.

<sup>3)</sup> Glej Tilsch, Einfluss der Civilprozessgesetze etc., str. 31, 259.

toda ker hoče § 309 le dokazno postopanje urediti, zatorej ugovori zavezančevi glede obstoja njegove obveznosti do izročbe pri zaslišbi po §-u 309 ne bi bili na mestu,

Dopustni in upoštevni pa so zavezančevi ugovori: da dokazna listina ne zadošča; da se stvar ne nahaja v njegovi imovini; ali da se drže stvari take poprej pridobljene pravice drugih, katere branijo izročbo.

Pri vseh teh ugovorih je sodniku priti na čisto; glede dokaza z listino bo odločiti po §-u 292 c. pr. r. in naslednjih po prostem preudarku, glede trditve, da se drže iste stvari pravice drugih, bode treba dobiti podlago za presojo s pomočjo nadaljnjih zaslišeb ali poizvedeb po §-u 55, odst. 2 in 3. Ako pa trdi zavezanec, da stvari nima, potem je razločevati med trditvijo, da je stvar sicer zavezančeva last, pa v hrambi tretje osebe, in trditvijo, da zavezanec stvari sploh nima v svoji imovini. V prvem slučaju je dovoliti izvršbo po §-u 347, v drugem slučaju pa je dovolitev po §-346, ako zahtevajoči upnik pri svojem predlogu vztraja, navzlic zavezančevemu ugovoru možna in dopustna. Naloga izvrševalnega organa je, da stvar najde, in pri tem mu pojde zahtevajoči upnik redoma z intervencijo na roko; ako pa se stvari navzlic temu ne najde, potem more zahtevajoči upnik takoj predlagati, naj se naloži zavezancu prisega po zmislu §-a 47, odst. 1, da pove, kje se stvar nahaja. Neumann (Comment., str. 857) sicer uči, da more zahtevajoči upnik zavezanca šele potom tožbe ter, če treba, potom tej razsodbi sledeče izvršbe in prisege po §-u 47 prisiliti k izročbi. Toda ta nazor je pomoten; dasi je resnica, da prvotna razsodba na izročitev stvari prisojā to pravico le dolžnikovemu dolžniku, vendar nove tožbe ni treba, ko je že sklep izvršilnega sodišča po §-u 309, odst. 2, sam ob sebi zoper zavezanca izvršljiv in podaja možnost takoj, kakor hitro se dotične stvari ne najdejo pri zavezancu, postopati po §-47, odst. 1, zoper zavezanca.<sup>1)</sup>

Ako ostane izvršba po §-u 309, odst. 2, vzlic temu brezuspešna, ima zahtevajoči upnik še vedno priliko odpovedati se svojim, s preodkazom v poteg pridobljenim pravicam in predlagati po §-u 317, odst. 1, da se dovoli drugi način spraviti zarubljeno terjatev v denar.

<sup>1)</sup> Glej Schauer, E. O., opazka četrta pri §-u 309.

3.) Slučaj dvornega dekreta od 21. septembra 1798, z b. prav. zak. št. 434.<sup>1)</sup> Ta dekret določa, da vknjižbe na državno lastnino ni dovoliti, predno se ni zaslišalo fiskusa.

Da je ta dvorni dekret še v veljavi, o tem ne more biti dvombe spričo določbe člena VII. uvodn. zakona k izvrš. redu, da ostanejo veljavni zakoniti predpisi, po katerih so neke reči, pravice in terjatve izvršila zavoljo denarnih terjatev popolnoma odtegnjene, ali po katerih se izvršilne in zavarovalne naredbe glede takih stvari, pravic in terjatev dopuščajo le v določenih mejah in z določenimi omejitvami. Za veljavnost navedenega dekreta govori tudi to, da izvrš. red ustanavlja za zavode, katerih premoženje je podvrženo državnemu nadzorstvu, ali kateri služijo javnemu prometu, po členih IV. in IX., št. 2, uvod. zakona k izvrš. redu in osobito po §-u 15 posebne dobrote v izvršilnem postopanju zoper nje; kar pa zakonodavec priznava za državi podrejene zavode, dejal bi, za dele države, tega gotovo ni hotel gledé države same kakor celote izključiti.

Na podlagi teh uvaževanj se je izreči tudi za nazor Neumanna, Comment. str. 93. in 94., ki uporabo navedenega dvornega dekreta razširja, učeč, da je pred vsako izvršbo, s katero se sega ne samo na državne nepremičnine — ampak na državno last sploh, zaslišati pred dovolitvijo izvršbe erarjevega zastopnika. Pripomniti bi bilo le to, da veljaj ta nazor le za slučaje, kjer se vrši izvršba v izterjanje denarne terjatve.<sup>2)</sup> Navedeni dvorni dekret govori namreč izrecno le o vknjižbah na državno lastnino, torej ima le hipoteke v mislih in tudi člen VII. uvodn. zakona k izvrš. redu govori le o izvršbah zavoljo denarnih terjatev. Prav kakor je določba §-a 15 izključno le za izvršbe radi denarnih terjatev veljavna, tako more tudi dvorni dekret le za

<sup>1)</sup> Besedilo slove: » . . . sollen Verbücherungen auf Staatsgüter niemals ohne vorläufige Einvernehmung des königl. Fiscus bewilliget werden, damit das Eigentum des Staates, an dessen Erhaltung und Sicherstellung dem allgemeinen Besten so sehr gelegen ist, gegen alle Gefahr, Verkürzung und andere Verwicklungen verwahrt werde.« Pollak, l. c., str. 23—25, ne priznava veljavnosti tega dekreta in pride do zaključka, da velja izvršilni red za izvršljive zahtevke zoper fiskus kakor zoper kako drugo osebo.

<sup>2)</sup> Neumann, l. c., tega niti ne izključuje, niti ne priznava.

take izvršbe veljati, kajti tudi to določbo je, ker je izjema, utesnujoče uporabljati.

Predmet zaslišbe erarjevega zastopnika je pač samo ta, da naj se dožene, ali se je administrativnim potom nakaz izplačila dotične prisojene denarne terjatve že brez uspeha zahteval, ali ne. To je namreč predpogoj vsake izvršbe radi denarne terjatve, s katero se sega na erarjevo last; kajti država ne plačuje nalik privatnemu dolžniku, marveč poklicano oblastvo ukaže državni blagajni izplačilo, in na to mora upnik priti sam po denar, ki ga dobi le proti pravilni pobotnici. Brez teh določeb ne bi bilo možno vzdrževati v državnem gospodarstvu reda in nadzorstva. Zategadelj je torej tudi izrek vrhovnega sodišča (določba od 18. junija 1901, št. 7153, repert. pravorekov št. 173.) opravičen, da namreč določbe prvega dela drugega oddelka izvršilnega reda gledé izvršbe radi denarnih terjatev ni uporabljati, ako ni bil upniku zoper erar prisojeni denarni znesek v razsodbenem roku nakazan v dvig.

Označivši pa konstatovanje gori označene okolnosti za edino vsebino poprednje zaslišbe zavezanca, fiskusa, smo pritrdili tudi že nazoru, da more zahtevajoči upnik praktično to zaslišbo storiti nepotrebno, ako izkaže v izvršilnem predlogu z javnimi listinami (n. pr. z izjavo nakazilnega administrativnega oblastva), da se je nakazilo odklonilo.

Dodatek: V kategorijo takih izjemnih zaslišeb zavezanca pred dovolitvijo izvršbe štejejo nekateri avtorji tudi določbo §-a 47, odst. 4.<sup>1)</sup> Toda brez potrebe. V §-u 3. se misli le na dovolitve izvršbe na podstavi v §-ih 1 in 2 navedenih izvršilnih naslovov ter je le za rešitev o teh predlogih predpisano, da jih je rešiti, ne da bi se popred ne zaslišalo zavezanca. V §-u 47 pa ne gre za tako dovolitev, marveč za odredbo izvršilnega sodišča, da se osigura uspeh že prej dovoljene izvršbe.

Postopanje po §-ih 47 in nasl. ni nikak primarni izvršbeni korak, tako n. pr. odložba izvršbe nima vpliva na razodetno postopanje;<sup>2)</sup> dovolitev razodetne prisege je le subsidijarno sredstvo, da se zavezanca, ki more, pa noče plačati, prisili pod prisego povedati, kakšno izvršbi podvrženo, a zahtevaječemu upniku ne-

<sup>1)</sup> Schauer, opazka četrta pri §-u 3, Neumann, System der E. O., str. 8.

<sup>2)</sup> Glej Pollak, l. c., str. 450.



znano premoženje ima. Potemtakem pa slučaj §-a 47 ni dovolitev izvršbe v zmislu §-a 3, ter bi se smelo izvršilno sodišče poslužiti pravice §-a 55, namreč zaslišati zavezanca, druge osebe, pozvedovati i. t. d., tudi ako ne bi tega naravnost § 47 zahteval.

Zakon pa je imel seveda tehtne razloge, da je to fakultativno zaslišanje spremenil v obligatorno.

Inštitut razodetne prisega je sredstvo, katero se je ustanovilo kakor skrajni pripomoček pomagati zahtevajočemu upniku do plačila; takšno skrajno sredstvo pa je le previdno uporabljati. Ako se torej zavezanca sili, da pove, s katerim premoženjem še razpolaga, in da se s tem morebiti svojih zadnjih gospodarskih sredstev iznebi, ali pa da gre v zapor, odnosno ako bi resnico popačil, da se okrivi hudodelstva, onda je bilo v njegovo zaščito pred vsem odrediti, da se ga poprej zasliši o njegovih morebitnih pomislekih zoper razodetno prisego.<sup>1)</sup> Šele potem, ko se je o teh pomislekih odločilo in ko je postal zaukaz na razodetno prisego pravomočen, pride v resnici do prisega; kajti inace bi zavezanec moral priseči ter bi ga eventualne kazenske posledice krive prisega zadele, čeprav bi pozneje višja sodna stopnja izrekla, da je bila prisega nedopustna (materijalije, II., str. 18).

Ugovarjati pa sme zavezanec: da izvršba ni bila brezuspešna;<sup>2)</sup> da zahtevajoči upnik ne sme zahtevati razodetne

<sup>1)</sup> Korespondujoči § 900 nemškega c. pr. reda določa, da se naj postopanje prične z vabilom zavezanca; ako zanika obveznost prisega, mora sodišče o tem ugovoru z rzsodbo odločiti; šele po pravomočnosti rzsodbe pride do prisega.

<sup>2)</sup> Kdaj je izvršba brezuspešna, je sporno; nazor, da to šele tedaj, kadar je tudi izvršba na nepremičnine ostala brezuspešna (Bum, Jurist. Blätter 1891, str. 39; Walker, System, str. 41; odločbe vrh. sod.: od 21. marca 1901, št. 3765, Gl.-U., N.-F. Nr. 1346; od 2. aprila 1901, št. 4634, Gl.-U., N.-F. Nr. 1480, [Nowak N.-F. Nr. 399]) se mi zdi pravilen navzlic Neumannovim nasprotnim razlogom (glej njegov System, str. 392, in Commentar, str. 223; isti nazor zastopajo Vitorelli-Fischböck, Beispiele, str. 69, opazka 69; odločbe vrh. sod.: od 10. junija 1900, št. 8616, Slov. Prav. št. 1 iz 1900; od 25. junija 1901, št. 9225, Gl.-U., N. F. Nr. 1480); kajti inštitut razodetne prisega je izjemno sredstvo ter kakor tako po splošni socialnopolitični tendenci izvršilnega reda, ki premnogokrat stavi meje šikanam od strani zahtevajočega upnika zoper izvršenca, raje milejše kakor strožje uporabljavati.

prisege, ker je njegova terjatev zarubljena, ali ker jo je komu drugemu odstopil;<sup>1)</sup> da je razodetno prisego že enkrat storil, a ni izkazano, da si je novega premoženja pridobil. Radi zadnjega ugovora se je sicer uvedel pri vsakem izvršilnem sodišču seznam o storjenih razodetnih prisegah (just. min. naredba od 28. junija 1902, št. 28), toda ker velja določba §-a 49, odst. 2, za ves čas po prisegi, dokler se imovinske razmere zavezančeve niso izpremenile,<sup>2)</sup> in tudi za čas še pred uvedbo označenega seznama, je zadnji slučaj gotovo najpraktičnejši.

### b) Od okolnosti zavisna.

Sem spadajo slučaji, kjer poprednja zaslišba sicer ni le fakultativna, marveč obligatorna, vendar le takrat, ako to hoče zahtevajoči upnik, ali pa ako ni izvršba nujna.

1.) Slučaj §-a 133, odst. 3: Ako zahtevajoči upnik sega s prisilno prodajo na nepremično premoženje zavezanca, ki še ni vpisano v javni knjigi, mora z listinskimi spričevali dokazati, da zavezanec poseduje te nepremičnine; ako tega ne more, sme zahtevati, da se zavezanec pred dovolitvijo prisilne dražbe zasliši o posesti te nepremičnine; to pač zato, da se dožene identiteta tega zemljišča kakor predmeta izvršbe. Ako tedaj hoče zahtevajoči upnik zavezančevo zaslišbo, sme ta ugovarjati, da ni on v posesti zadevne nepremičnine; to posest je tu razumevati v pravnotehničnem zmislu besede, ne pa kakor hrambo po zmislu §-a 253 ali detencijo.<sup>3)</sup> Zavezanec sme nadalje ugovarjati trditvi zahtevajočega upnika, češ da se nepremičnine ne drže nikake druge pravice (Neumann, System zur E. O., str. 232); ta ugovor je lahko jako važen za morebitno ustavitev izvršbe po §-u 39, točka 8. —

O vseh teh ugovorih mora sodišče pred dovolitvijo ukrepati, in sicer, če je treba, po poprejšnjih pozvedbah v zmislu §-a 55, odst. 2 in 3. Vsak drugačen ugovor zavezanca, ki se ne

<sup>1)</sup> Odločba vrh. sodišča od 2. maja 1899, št. 4485, Nowak N. F. Nr. 105.

<sup>2)</sup> Celo pri naroku za razodetno prisego samem je še vedno upoštevati ugovor po §-u 49, odst. 2; glej Fellner-Ohmeyerjevo zbirko št. 159.

<sup>3)</sup> Glej Tilsch, l. c., str. 74; izraz Fürstlov, (Comm. str. 277) »una n gefochtene Herrschaft der Liegenschaft« — ni točen.

tiče vprašanja glede posesti nepremičnine ali nje kakovosti, je pa izključen.

Naj na tem mestu omenjam določbo §-a 91, ki jo smatrajo nekateri avtorji<sup>1)</sup> tudi za izjemo §-a 3. Tam gre za pridobitev zastavne pravice na knjižno nevpisano nepremičnino ter je za-ukazano, da naj se zavezanec zasliši pred zaukazom zastavnega popisa o posesti te nepremičnine, ako ta posest ni znana izvršilnemu sodišču, niti verjetno izkazana po predloženih listinskih dokazilih. Že iz besedila te določbe izhaja, da se predpisuje le izvršilnemu sodišču, kako naj postopa v svrhu sigurnega postopanja; za dovolilno sodišče, ki s tem poslovanjem nima nikake dotike, pa ta določba ne more veljati. Nasprotno, zanjo velja le glavno pravilo §-a 3, da zavezanca pred dovolitvijo ne sme zaslišati. Iz navedenega vzroka je torej sklepati, da je zaukaz zaslišbe pred zastavnim popisom nepremičnine nekaj »superfluum«, ker bi moralo izvršilno sodišče tudi brez njega že po zmislu §-a 35 vse potrebno ukreniti, da se dožene posest zavezančeva, a to je predvsem treba, da se ga zasliši.

2.) Slučaj §-a 358: Ta določba je praktično izmed najbolj važnih, njen pomen pa deloma zelo sporen.

Predno se izdado sodne odločbe in odredbe, navedene v §-u 353 (izvršba v dosego dejanja, katero more opraviti tudi kaka druga oseba), v §-u 354 (izvršba v svrhu dosege dejanja, katerega ne more opraviti kaka druga oseba), v §-u 355 (izvršba v svrhu dosege dopustov ali opustov), v §-u 356 (izvršba v svrhu obnovitve prejšnjega stanu radi premembe, ki je nastala z zavezančevim ravnanjem zoper razsodbo), v §-u 357 (odstranitev zavezančevega upora v dosego obnove prejšnjega stanu) — je zaslišati zavezanca, toda le ako ni nevarno odlagati. —

Predno govorimo o pomenu tega zaslišanja v posameznem, treba preiskati, zakaj in kdaj smatra zakon zaslišanje za potrebno.

Predmet izvršbe je po današnjem pravu vselej, kadar hoče zahtevajoči upnik izterjati terjatev, zavezančevo premoženje. Nekdaj pa je bilo tudi za izterjanje terjatev izmed najpriljubljenejših sredstev izvršbe zavezančeva oseba; zahtevajoči upnik

<sup>1)</sup> Schauer, E. O., opazka 4. pri §-u 91; Czoernig, l. c., str. 8; Pollak, l. c., str. 362, opazka 7.

je smel zavezanca zapreti, zasužnjiti, sploh storiti ž njim, kar mu je bilo drago. Ti strogi, nesocialni elementi izvršbe so se od časa do časa odkrhavali in slednjič tako ublažili, da imamo v modernem pravu le še ostankе teh strogih izvršb, po našem izvršilnem redu le tam, kjer se ni dalo izhajati z izvršbo v zavezančevo premoženje, to je pri izvršbah po §-ih 354 in 355. Tu ni bilo moči izogniti se naložitvi zavora, toda tudi tu se je ublažila izvršba na ta način, da se je odredilo za prisilno sredstvo alternativo, ali zavor ali globa (glej materijalije I., str. 585). Kjer pa se je zakon mogel takim strogim sredstvom izogniti, se je zgodilo to potom t. zv. indirektn<sup>1)</sup> izvršbe. Ako je namreč storitev, ki je zavezanec noče izpolniti, taka, da jo more mesto njega tudi kdo drugi opraviti, tedaj zakon ne sili zavezanca na direktno izpolnitev, marveč pooblašča zahtevajočega upnika, da sme dotično dejanje na zavezančeve stroške po kaki tretji osebi opraviti dati, stroški za to opravilo pa so izvršljivi v zavezančevo premoženje. Vse to so pa določbe, katere zavezanca, kakor zavor ali globa, v živo zadenejo, ali pa kakor naložitev plačila odškodnine za po tretji osebi izvršeno dejanje, ki utegnejo zavezanca gospodarsko ugonobiti, ako bi se dovolilo zahtevajočemu upniku brez pravde ali vsaj brez obojestranskega zaslišanja predjem stroškov ugotoviti in iz zavezančevega premoženja izterjati. Izvršilni red je tedaj po svoji socialni tendenci naložil sodniku, »dem berufsmässigen Repraesentanten des Gesamtinteresses,« kakor pravijo vladni nagibi, da naj zasliši zavezanca, predno dovoli kako tako izvršilo.

Tako je bilo po praksi, ko je še veljal občni sodni red čeprav besedilo §-ov 309 in 310 o. s. r. ni določalo; bodi omenjeno, da so vladni nagibi celo poudarjali, da se glede izvršbe radi dosege dejanj, opustov in dopustov ni hotelo obstoječih razmer nikakor izpreminjati. Tako je tudi določeno v nemškem civilnopravdnem redu, ki je po svojih določbah §-ov 887, 888 890 in 891<sup>2)</sup> predhodnik našega reda.

<sup>1)</sup> Glej Pollak, I. c., str. 34, 35.

<sup>2)</sup> Po tem §-u je zavezanca vselej zaslišati: »hören«; tako se je glasil tudi vladni načrt (Mat., I., str. 447), še le skupna konferenca je namoestila izraz »hören« z »einvernehmen« (Mat., II., str. 840).



Ali pa je zavezanca vselej brez izjeme zaslišati? V tem oziru merodajna določba §-a 358 govori o sodnih odločbah in odredbah in zaukazuje zaslišbo zavezanca pred vsako odločbo in odredbo, to pa le, ako ni nevarno odlagati.

Predvsem se je sodišču o tem odločiti, ali je za zahtevajočega upnika nevarno, ako se izvršba ne dovoli takoj, oziroma ne odredi nje uprava takoj. Merodajno za razsojo o tem vprašanja je v prvi vrsti to, kar navaja zahtevajoči upnik sam. Ker pa te trditve niso takšne, da se dado povzeti iz izvršilnega naslova samega, jih mora zahtevajoči upnik takoj že v izvršilnem predlogu za tako verjetne izkazati (§ 274 c. pr. r.), da bodo sodnika o nevarnosti v resnici prepričale. Ker § 274 c. pr. r. izključuje zaslišbo stranke kakor sredstvo za izkazanje verjetnosti, bi pač zaslišanje zahtevajočega upnika glede teh okoliščin ne bilo na mestu. Seveda tudi dovolilno sodišče samo lahko dobi prepričanje, da je nevarno odlagati, na pr. ako je obenem izvršilno sodišče, ter mu je iz oprave drugih izvršeb zoper istega navezanca znano, da bi utegnil zavezanec, recimo, opravo izvršbe po §-u 356, kakor hitro izve za njeno dovolitev, onemogočiti ali otežiti. Tega nazora vsaj vladni nagibi (materijalije, I., str. 356) ne izključujejo, čeprav se ne spuščajo v podrobnosti, kdaj je smatrati, da je nevarnost radi odloga izkazana.

§ 358 pa govori o odločbah in odredbah, in pri tem je pač misliti na razloček med dovolilnim in izvršilnim sodiščem ter je smatrati odločbe za dovolila, odredbe pa za ukaze glede oprave izvršbe.<sup>1)</sup> Ako bi se hotelo strogo po zakonovem besedilu soditi, bi bilo sklepati, da ima zakon prav vsako odredbo izvršilnega sodišča v misli. Toda kaj takega bi bilo neumestno. V praksi se lahko primeri, da se naloži zavezancu v svrhu, da se ga prisili storiti dejanje, ki je samo od njegove volje zavisno, najprej nekaj dni zapora ali nekaj kron globe; ako bi se moralo to kazen vsled trajnega odpora zavezanca zaporedoma, dokler je to dopustno, poostri, počemu naj bi se zaslišavalo zaporedoma zavezanca pred vsako vnovično odredbo? — Seveda je tukaj »*quaestio facti*«, ali se položaj pri ponovnih odredbah ni vendar spremenil, toda največkrat bode prvo zaslišanje pred dovolitvijo

<sup>1)</sup> Nemški civilnopravdni red pozna v korespondujočem §-u 891 le »*Entscheidungen*«.

izvršbe najvažnejše in za poznejše odredbe merodajno. Ta nazor se lahko potom logične interpretacije §-a 358 vdobi, ker zakon pač ni imel namena, da bi sodniku nalagal brezplodna zaslišavanja. Tega nazora se drži tudi praksa.<sup>1)</sup>

Kaj pa je predmet zaslišbe zavezanca? — Iz nagibov k vladni predlogi se ne da nič drugega posneti, kakor da zaslišba ugotovi zavezančeve pomisleke glede določbe stroškov pri izvršbah po §-ih 353 in 356 (materijalije, I, str. 586). Vendar ne more biti samo ta okolnost predmet zaslišbe, ker bi se inače ne ukazovala zaslišba tudi za izvršbe po §-ih 354 in 355, kjer o kaki določbi stroškov nadomestne oprave ne more biti govora. Zatorej treba razbrati potom logične dedukcije iz narave le-teh posebnih izvršeb in iz celega sistema izvršilnega reda, kaj bodi predmet zaslišbe po §-u 358.

a) Nedopustno je zavezancu brez dvoma, da bi uveljavljal ugovore, tičoč se pravnega postopanja pred izvršbo, na pr., da je postopanje pred izvršilnim naslovom nično, ali da je izvršilni naslov napačno tolmačen, in slično. Ti ugovori se niti s tožbo po §-u 35 ne dajo uveljaviti (Neumann, Comm. str. 152), temmanj po poprednji zaslišbi. Ako zavezanec pri zaslišbi kaj takega ugovarja, naj sodnik to zabeleži, izvršbo pa vzlic temu dovoli, ne da bi se spuščal v poizvedbe o upravičenosti takih ugovorov; v dovolilnem sklepu naj se zavrnitev teh ugovorov vsekakor označi. Zabeležba takih ugovorov utegne biti namreč važna za morebitni rekurz zoper dovolilo izvršbe; ako je zavezanec podal ugovore na pr. glede tolmačenja izvršilnega naslova, katerih dovolilno sodišče ne bi smelo prezreti, jih bode uveljavljal z rekurzom, v katerem se bode potem lahko skliceval na svoje ugovore, ne da bi mu bilo moči rekurz zavrniti radi nedopustnih novot.

b) Kar se tiče ugovorov zoper obstoj izvršilnega zahtevka, uči Neumann, System str. 378, da zavezanec ne more pravno relevantno ugovarjati, da je vterjavanemu zahtevku že ugodil, trdeč, da sme zavezanec ta ugovor le s tožbo po §-u 35 uveljaviti. Enako pravi tudi Fürstel, Commentar str. 683, rekši: Prav

<sup>1)</sup> Glej razsodbo v Fellner-Ohmeyerjevi zbirki št. 726; Fürstel, Comm. str. 690; Formuralienbuch, str. 250; opazka druga pa gre predaleč, ko trdi, da sklepom na opravo izvršbe ni treba zaslišbe, ako je bil zavezanec pred dovolitvijo zaslišan. *Quaestio facti!* —

tako, kakor pred izvršilom rabsodbe, ki prisoja zahtevajočemu upniku kako terjatev, sodnik ne sme preskušati, ali je bila ta terjatev že plačana, ali kako drugače poravnana, prav tako malo sme sodišče preiskavati, ali ni bila storitev že izpolnjena. Ako izjavi zavezanec, ko se mu je predlog zahtevajočega upnika priobčil, da je dejanje že storil, to ne more ovirati izvršila po §-u 353; ustavitev izvršbe se more le na ta način doseči, da se toži po §-u 35.

Ta nazor je pravilen; svojo pravno zaslombo ima v besedilu §-a 35, kjer je rečeno, da je take ugovore po dovolitvi izvršila potom tožbe uveljavljati, in sicer vse istočasno. Tudi judikatura je posnela ta nazor; tako je vrhovno sodišče (odločba od 11. nov. 1902, št. 15133, Gellers Zentr.-Bl. XXI., II.) izreklo: »Iz §-a 35, odst. 2, izhaja, da je moči podati ugovore zoper izvršilno postopanje vsled dejstev, ki zahtevk razveljavljajo, samo potom tožbe in gotovo ne potom v §-u 358 odrejene zaslišbe.«

Kaj je storiti, ako zavezanec pri zaslišbenem naroku vzlic temu kak tak ugovor uveljavlja? Zabeležba tega je vsekakor potrebna, že radi razlogov, pod a) navedenih; tudi je zavrnitev ugovora utemeljiti. Nadaljnje postopanje pa je po našem mnenju zavisno od slučaja. Ako trdi zavezanec okolnosti, radi kojih bi mogel po §-u 40 predlagati ustavitev izvršbe, bo vsekakor umestno, da se tudi predlagane dokaze za tak ugovor zabeleži.

Ako so ti dokazi taki, da ni misliti, da bi jih mogel zahtevajoči upnik uspešno izpodbijati, onda bo pač najumestnejše napotiti zavezanca, naj stavi takoj opozicijski predlog po §-u 40, obenem mogoče še — vsaj pri izvršbah po §-ih 353 in 354 bode to praktično — predlog na odložbo nadaljnjega izvršbenega postopanja do ukrenitve o predlogu po §-u 40. Ker je zahtevajočega upnika o naroku za zaslišanje zavezanca vsekakor obvestiti — dasi mu za intervencijo ponajvečkrat ni ničesar prisoditi — se morebiti zahtevajoči upnik, ako je navzoč, takoj izjavi o zavezančevem opozicijskem predlogu. Ako zavezančevim trditvam oporeka in pri svojem izvršilnem predlogu vztraja, onda mora sodnik izvršbo dovoliti, in se nikakor ne sme spuščati v morebitno dokazno postopanje o trditvah zavezančevih, marveč mora napotiti zavezanca z opozicijskim predlogom

dodatno k dovolilnemu sklepu na pot civilne pravde po §-u 40, odst. 2, kajti tu je potemtakem odločba v opozicijskem predlogu zavisna od uvedbe in ugotovitve spornih dejanskih okoliščin.

Ako zahtevajoči upnik sploh ni bil prisoten pri zavezančevi zaslišbi, tedaj po našem mnenju ni dopustno vabiti zahtevajočega upnika pred dovolilom nekako per analogiam §-a 40; kajti prezreti ni, da bi bilo zahtevajočega upnika vabiti po zmislu §-ov 55, 56 (eksekucijski obrazec št. 107), da bi se mu moralo tedaj naznaniti predlog, kateremu naj bi indirektno s svojim neprihodom pritrjeval. V le-tem slučaju pa sploh ni možno konkretovati zavezančevega predloga kakor predlog na ustavitvev po §-u 40, ker izvršba še niti dovoljena ni bila. Pravilno postopanje je torej to, da dokazov v prilog zavezančevemu ugovoru ni izvesti, marveč da je izvršbo dovoliti brez ozira na ta ugovor. Takoj po dovolitvi je pa zahtevajočega upnika po §-u 40 o ustavitvenem predlogu zaslišati, eventualno tudi opravo dovoljenene izvršbe po §-u 42, t. 3, odložiti.

Pa ugovarjalo se bo, da tudi opozicijskega predloga na odložbo izvršilnega postopanja ni moči staviti, predno ni izvršba dovoljena. V teoriji je sicer sporno, ali se sme izvršilno postopanje še prej odložiti, predno je dovoljeno; tu pa se vpraša, in thesi' le, ali se sme opozicijski predlog pravnorelevantno pred dovolitvijo staviti. Gotovo pa ni nikjer prepovedano, eventualne predloge staviti, marveč zaukazuje § 84 opravil. reda naravnost, da naj se sodni posli kolikor možno pospešujejo, tako da moreta pravna zaščita in pravosodje kar najhitrejše popolno učinkovati.<sup>1)</sup>

c) Isto velja glede ugovora zavezanca, da mu je zahtevajoči upnik dovolil začasni odlog, ali da se je uvedbi izvršbe sploh, ali pa za gotov, še ne potekel čas odpovedal. Tudi tu ni o teh okoliščinah dopustiti dokazovanja, ampak je postopati prav tako kakor je v slučajih pod c) navedeno.

d) Zavezanec ugovarja, da je postala storitev kakor predmet izvršilnega zahtevka že po razsodbi nemožna, na pr. storitev je

<sup>1)</sup> Tako je tudi vrhovno sodišče v svojem judikatu št. 169 glede predloga na eventualno odločbo izvršbe »pendente revisione« odločilo (če je upravičen judikat »in merito«, je seveda vprašanje).



bila oblastveno prepovedana (petje gotove pesmi v javnem prostoru se je iz varnostnih ozirrov prepovedalo), ali storitev, ki je bila individualno le od strani zavezanca možna, je postala fizično nezmožna (pevec izgubi na pr. svoj glas). Neumann (System, str. 388) uči, da je tak ugovor dopusten; potemtakem bi ga bilo pred dovolitvijo uvaževati, osobito bi se moral sodnik prepričati, ali je predmet predlagane izvršbe še možen, ker bi v nasprotnem slučaju izvršbe ne smel dovoliti. Toda ako pretresamo bistvo tega ugovora, moramo uvideti da ta ugovor ni nič drugega nego trditev, da je razveljavljen izvršilni zahtevek po okolnostih, ki so nastopile šele po nastanku izvršilnega naslova, torej kratkomalo — ugovor po §-u 35; tak ugovor pa je možno uveljaviti le z opozicijsko tožbo po §-u 35, oziroma z opozicijskem ugovorom po §-u 40. Opravičenost take tožbe je priznalo vrhovno sodišče izrecno za slučaj izvršbe v svrhu izterjanja kupnine proti izročitvi kupljenega predmeta, ako je postala izročitev po okolnostih, ki so razsodbi šele sledile, prodajalcu nemožna (§ 1061 o. d. z.; glej razsodbo od 5. marca 1883, št. 988, Nowakova zbirka IV., šte. 111). Tudi Neumann sedaj v svojem komentarju str. 151 uči, da je uveljaviti ugovore, da je predmet izvršbe postal nemogoč, s tožbo po §-u 35; kar pa velja za vse druge slučaje, mora veljati tudi za slučaje izvršbe po §-ih 353 do 356, ter je potemtakem Neumannov nazor, zastopan v sistemu str. 378, pravno pomoten, ter je tudi pri takih ugovorih prav tako postopati kakor smo zgoraj pod c) navedli.

e) Pri izvršbi v dosego dopusta ali opusta ugovarja zavezanec največkrat, da slučaj izvršilnemu naslovu nasprotnega ravnanja (kontravencije) ni podan. Fürst el, Commentar, str. 688, meni: V postopanju radi motenja posesti je izvršba na podlagi motenja posesti zavisna od pogoja, da je izvršenec nasproti zaukazani opustitvi storil dejanje, ki pravico izvršitelja utesnuje; to dejanje je najprej sodno konstatovati in potem odločiti o izvršilni prošnji.<sup>1)</sup> Neumann, Commentar, str. 970, se je postavil

<sup>1)</sup> Fürst el se pri tem sklicuje na odločbo vrhovnega sodišča od 23 jan. 1872, št. 622, Gl.-U. št. 4448; pa ta odločba ni baš srečen argument, kajti ona velja še za poslovanje po občnem sodnem redu ter se ji tudi lahko prigovarja, da pravzaprav polemizuje z vsebino končnega sklepa, ki je vendar pravomočen.

tudi na to stališče, da mora zahtevajoči upnik dokazati kontravencijo, ako jo zavezanec pri zaslišbi zanika. Sicer se o tem vprašanju v literaturi avstrijskega izvršilnega reda še ni pisalo.<sup>1)</sup> Pač pa se je to vprašanje v literaturi glede nemškega prava obravnavalo ter takisto v zgoraj označenem zmislu rešilo.<sup>2)</sup> — V praksi se vprašanje ne rešuje enotno; nekatera sodišča nalagajo zahtevajočemu upniku dokaz za njegovo trditev, da je zavezanec zoper izvršilni naslov ravnal,<sup>3)</sup> druga sodišča ne pripuščajo dokazovanja, marveč dovoljujejo izvršbo, naj potem zavezanec izpodbija izvršbo s tožbo, odnosno izposluje njeno ustavitev.<sup>4)</sup>

Po našem mnenju je zadnji nazor edino pravilen. Vprašanje je namreč rešiti na podlagi določbe §-a 7. Že v začetku te razprave smo poudarjali, da izvršilni red le tedaj nalaga zahtevajočemu upniku dokaz o nastopu dejstva, ako je v izvršilnem naslovu izrecno in naravnost zahtevan. Morda ne bode odveč tu nekoliko obširnejše navesti mnenje vrhovnega sodišča v povsem analognem slučaju, kjer je izvršilni naslov priznal zahtevajočemu upniku, ako nastane potreba poprave pri njegovi hiši, služnostno pravico, stopati po sosednem dvorišču. Vrhovno sodišče je odločilo,<sup>5)</sup> da zahtevajoči upnik ni primoran dokazati, da je nastopila potreba te poprave po zmislu §-a 7, odst. 2, z utemeljitvijo, da pristojna najprej zahtevajočemu upniku presoja o potrebi poprave, ne da bi jo moral v vsakem poedinem slučaju dokazovati; stvar zavezančeva je temu nasproti dokazati

<sup>1)</sup> Vsaj v Sperlovi knjigi »Grundriss der Rechtsquellen, Literatur und Praxis« ni najti ničesar, vendar ta knjiga seže le do leta 1903.

<sup>2)</sup> Glej najnovejši Gaup-Steinov Commentar, 7. izdaja iz l. 1904, stran 705 in 706, kjer se izreka, da tudi izkaz verjetnosti za kontravencijo ne zadostuje, marveč mora zahtevajoči upnik dokazati, da je in s čim je zavezanec zoper izvršilni naslov ravnal. Morda ni preveč, ako trdimo, da naši komentatorji stoje pod vplivom nemških pisateljev.

<sup>3)</sup> Tega nazora je c. kr. deželno kakor rekurzno sodišče v Ljubljani (sklep od 3. avgusta 1904, o. št. R III 166/4-1) in c. kr. okrožno kakor rekurzno sodišče v Rudolfovem (sklep od 14. aprila 1904, o. št. R I 27/4-1); oba sklepa še nista priobčena.

<sup>4)</sup> Tako je odločilo c. kr. okrožno kakor rekurzno sodišče v Plznu (sklep od 6. sept. 1898, o. št. R 116/98-1); ta sklep je priobčen v Ger. Halle 1898, str. 27.

<sup>5)</sup> Odločba od 10. januarja 1900, št. 177, Manzova zbirka N. F. št. 190.

morebitno prekoračenje ali razširjenje služnostne pravice od strani zahtevajočega upnika — potom posebne tožbe.

Nadalje se je lahko sklicevati na drug analogen slučaj, ko izvršilni naslov izreka, da zapade glavnica v takojšnje popolno plačilo, ako zavezanec zamudi pravočasno plačilo enega obroka ali obresti. Judikatura vrhovnega sodišča se je že davno izrekla, da zadene zavezanca dolžnost dokazati, češ ni res, da je zavezanec zamudil rok, in da more to storiti le z opozicijsko tožbo.<sup>1)</sup> Po strogem besedilu §-a 7, odst. 2, bi lahko tudi tukaj rekli, da bi moral zahtevajoči upnik priložiti predlogu za izvršbo javno listino, s katero bi izkazal, da je zavezanec v zamudi. Toda prezeti ne smemo, da se v izvršilnem naslovu ne izreka pogojna izvršljivost cele glavnice, marveč podana je nepogojno izvršljivost cele glavnice, in pri tem se more zavezanec izogniti izvršbi s točnim plačilom obrokov ali obresti.<sup>2)</sup>

Tudi v našem slučaju §-a 355 je izrek izvršilnega naslova, da je zavezanec dolžan neko dejanje opustiti, nepogojen, le izvršba tega izvršilnega naslova je odvisna od dejstva, da je zavezanec ta ukaz z nasprotnim ravnanjem prekršil. Baš tako, kakor je za razsodbe z izrekom, da je zavezanec dolžan svoto denarja plačati, pogoj izvršbe, da svote ni plačal, in kakor je zavezanec dolžan dokazati svojo nasprotno trditev, da je plačal, — prav tako mora dosledno tudi pri izvršbi po §-u 355 zavezanec dokazati, da ni proti izvršljivemu ukazu ravnal, oziroma, ako se hoče to v pozitivni obliki povedati, da se je izvršljivemu ukazu pokoril.

Pa še drugi tehtni razlogi govore za pravilnost nazora, da naj zadene dokazno breme zavezanca, ako misli, da ni ravnal zoper izvršilni naslov. § 7 ima predvsem le taka dejstva v mislih, katera je možno dokazati z javnimi ali javno poverjenimi listinami; ako pa to ni možno, potem § 7 takojšnja izvršbo odklanja, tedaj stopi v veljavo določba §-a 10, da je izvršilni naslov dopolniti z razsodbo, pridobljeno v posebni pravdi. Povsem jasno je, da se dokazila o kršenju kakega iz-

<sup>1)</sup> Glej osobito odločbo od 16. oktobra 1877, št. 10029, judikat št. 100.

<sup>2)</sup> Glej Neumann, Commentar, str. 53—55. — Fürstel, Commentar, str. 35, priznava to le za notarijatske izvršljive akte, ne da bi navedel razloge za to utesnujočo razlago.

vršilnega ukaza na opušt ne dadó formulovati — na javno listino! Na primer: Končni sklep ukazuje, da je zavezanec dolžan vzdrževati se košnje čez dognano mejo parcele *x*; ako zavezanec to zapoved vzlic temu prekrši, — na kakšen način naj to dokaže zahtevajoči upnik, ako je prisiljen to okolnost, namišljeni pogoj v zmyslu §-a 7, odst. 2, dokazati v izvršilnem predlogu z javno ali javno poverjeno listino? In ker mu to ni možno, ali naj za vsak slučaj kršitve v svrhu vsakokratne, mnogokrat ponovne izvršbe naperi ugotovitveno tožbo? Take razmere bi bile naravnost v posmeh načelu koncentracije izvršilnega postopanja, ter jih izvršilni red gotovo ni nikdar nameraval ustanoviti.

Pa ugovarja se, da je stvar dovolilnega sodišča, prepričati se na podlagi zaslišeb prič, zvedencev itd. o resničnosti trditev zahtevajočega upnika, ne da bi bilo treba tožbe, in pa — da vladni motivi k poglavju §-ov 353—358 sami poudarjajo, da se ni hotelo dotedanjega prava nič preminjati, da torej velja slej kot prej (§-a 309, 310 o. s. r.), da je vse dokaze glede kontravencije pred dovolitvijo izvršbe sprejemati in izvajati. Glede zadnjega ugovora ni, da bi se izgubljalo dosti besed, ker je izvršilni red vzlic nasprotnemu zatrdilu vladnih nagibov šel svojo pot, ko je izrecno ustanovil, da ni potreba nobenega zaslišavanja, ako je nevarnost zamude podana; ako pa zahtevajočemu upniku v teh nujnih slučajih ni treba kontravencije dokazati, da doseže dovolitev izvršbe, pokaj pa naj bi bilo ravno to neobhodno potrebno, ako nevarnosti v zamudi ni?!

Glede prvega ugovora, da tožbe ni treba, češ saj so zapisniki prič, ali izvedencev javne listine, je pripomniti, da se tu v §-u 7, odst. 2, zahtevani listinski dokaz povsem napačno tolmači. V tem oziru veljajo povsem razmotrivanja Kleinova (Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses, str. 38 in 39), katera so brez dvombe popolnoma opravičena. »S tem, da se izpovedba priče zapiše v zapisnik«, pravi Klein, »se ne spremeni dokaza po priči v dokaz po javni listini: meritorno vrednost vsebine zapisnika je premotriti vzlic pismeni obliki kakor pričino izpoved . . . Zapisnik kakor javna listina samo ustanavlja (§ 292 c. pr. r.), da je bila izpoved tako ali tako pod v zapisniku navedenimi okolnostmi storjena; s tem pa je listinski dokaz izčrpan.« Pa tudi za slučaj, da je bil, recimo, samo zahte-



vajoči upnik pričujoč, ko je zavezanec osebno brez prič ravnal zoper izvršilni ukaz, nastane nerazrešno vprašanje, kakšnih dokazov naj se posluži sodišče; saj vendar zaslišanja strank pod prisego brez pravnega postopanja civilno pravnih red in izvršilni red ne poznata!

Neupravičenost označenega ugovora izhaja slednjič še iz nastopnih uvaževanj: Recimo, da je sodišče res dopustilo dokaze o trditvi, da je zavezanec ravnal zoper izvršilni naslov, in da je na podlagi teh dokazil smatralo za dokazano, da se je kontravencija res zgodila. Zavezanec ima tedaj pravico rekurza, in če tu propade, kdo mu more braniti, da vloži novo tožbo po §-u 36, t. 1, z novimi dokazili, dasi le-teh potom rekurza — radi prepovedi navajati v rekurzu nove okolnosti — ne bi mogel uveljavljati. Kdo more siliti zavezanca, da naj svoje dokazno gradivo že pri zaslišbi o predlogu zahtevajočega upnika navede, ako se priznava, da zadene dokazno breme zahtevajočega upnika? Na ta način bi prišli do nevzdržnih razmer; na eni strani bi zahtevajoči upnik, če nima baš prič za dokaz kontravencije, le-te sploh nikdar ne mogel dokazati, na drugi strani bi pa zavezanec, ako hoče zahtevajočega upnika šikanovati, svoje dokazno gradivo za pravdo prihranil in povzročil s tem zahtevajočemu upniku vsled dvakratnega dokazovanja brezpotrebne stroške. Seveda zadenejo ti stroški itak zahtevajočega upnika, ako je predlagal izvršbo na podlagi napačnih informacij; toda pomisliti je, da gre dokaz **pred** izvršenim dovolilom, ako izvršenec nima premoženja, **na vsaki način** samo, da se zavezancu zljubi kontravencijo zanikati, na njegov riziko, kar pač ne more biti pravično.

Ako tedaj zavezanec pri zaslišbi po §-u 358 ugovarja, da ni zoper izvršilni naslov ravnal, tedaj naj se to na njegovo zahtevo sprejme v zapisnik, eventualno naj se zabeležijo tudi njegovi dokazni predlogi,<sup>1)</sup> in če pa je dovoliti izvršbo

<sup>1)</sup> Zanimivo je, da Vitorelli-Bloch-Fischer (Beispiele von Schriftsätzen II., str. 359.) v tekstu predloga na izvršbo po §-u 355 ne ponudijo za trditev o kontravenciji nikakih dokazov; ravno tako tudi uradni Formularienbuch, obrazec št. 255. Heller-Trenkwalder, die oest. Executionsordnung, str. 768, opazka 4) tudi ne navaja dokazov, vendar pristavlja, da obstoji remedura zoper neopravičeno ravnanje zahtevajočega upnika v določbi §-a 358; na kakšen način, tega natančneje ne pove.

brez ozira na ta ugovor, ne da bi se izvajalo dokaze za to trditev ali proti njej, vendar naj se napoti zavezanca v dovolilnem sklepu z njegovim ugovorom na pot civilne pravde po §-u 36, t. 1. V tem slučaju bi bilo dopustno sprejeti v zapisnik eventualni predlog na ustavitev izvršbe, ako se bode dovolila; kajti takšen predlog je možen le na podlagi §-a 40, v katerem pa za slučaje po §-u 36, t. 1, ni dovoljen opozicijski predlog. Preostaja torej le pot pravde po §-u 36, t. 1.

e) Na ta način smo izluščili izmed možnih ugovorov vse one, kateri se tičejo bistvenega obstoja izvršiljivega zahtevka samega, preostali pa so ugovori glede načina in oblike izvršbe same; samo ti ostanejo dopustni, le o teh mora sodnik pred dovolitvijo izvršbe popolno jasnost doseči; o teh sme dokaze izvajati, če treba, sam popolnjevati, bodisi na kakršenkoli način (§ 55, zad. odst.). Taki dopustni ugovori so ti-le:

α) Zavezančev ugovor, da so stroški za opravo storitve po tretji osebi, katere zavezanec ni izpolnil, previsoki; ta ugovor omenjajo izrecno vladni smotri, kakor je bilo že zgoraj povedano. Povsem jasno je namreč, da bi bilo nedopustno, da bi zahtevajoči upnik kar po svoji glavi po najdražjih cenah dal opraviti storitev, kjer in kakor bi se njemu ljubilo, in da bi smel vse stroške za to delo izterjati iz zavezančevega premoženja. Tu poseže zakon, da varuje zavezančeve interese, vmes ter dovoljuje, da se zasliši zavezanec o višini teh stroškov; sodišče pa najdi na podlagi obeh strankinih trditev, eventualno po zaslišbi izvedencev (§ 55 zadnji odst.), pravično višino teh stroškov. Baš z ozirom na zavezančeve interese treba pri odmeri teh stroškov previdnosti: bolje je vsoto morebiti prenizko izmeriti ter si pridržati, da se, če treba, naknadno poviša, kakor pa vsoto previsoko določiti in s tem zavezancu naložiti, brez upa na povračilo, večje plačilo, negoli je v resnici za nadomestno delo potrebno.

β) Prvemu slučaju analogen, dopusten ugovor je ta, če zavezanec trdi, da je od zahtevajočega upnika predlagani rok za storitev prekratek; tudi tu ima sodišče nalogo vse od zavezanca navedene okolnosti vestno premotriti in potem šele o izvršbenem predlogu sklepati.

γ) Zavezanec sme nadalje ugovarjati upravičenosti predlagane uporabe zapretenih prisilnih sredstev. Načeloma je sicer priznati, da ima zahtevajoči upnik pravico predlagati, kakšno prisilno sredstvo naj zadene zavezanca, ali pripor, ali globa. Pač krivično bi namreč bilo, če bi se zaukazalo zahtevajočemu upniku v svrhu oprave izvršbe, da naj tvega stroške za pripor zavezanca, čigar imovinske razmere so slabe, oziroma, da naj se sploh odpove izvršbi, ako teh stroškov ne bi mogel založiti. V tem oziru je sodnik pač vezan na predlog zahtevajočega upnika, — ako ni od zavezančeve strani ugovora, kakor: da presega posamič zapreteni predlagani pripor nad 2 meseca, da znaša ves že prisojeni pripor z vnovič predlaganim nad 6 mesecev; da presega posamič zapretena globa 4000 K, skupna vsota že zapadlih in vnovič zapretene 20.000 K. Seveda se ti ugovori nanašajo na okolnosti, ki jih mora sodnik itak uradoma uvaževati; a vzlic temu se marsikdaj nameri, da stvar »a priori« ni tako jasna, n. pr. pri vprašanju, ali se sme v enem sklepu radi več kontravencij prekoračiti dopustno izmero globe ali pripora,<sup>1)</sup> koliko kontravencij pride v poštev in enakih vprašanj več. Samo ob sebi umljivo ima naposled zavezanec pri zaslišanju priliko obrazložiti vse zadržke zoper prisojo pripora, ki so v §-ih 363 do 365 navedeni. Pri vseh teh ugovorih mora sodišče njih upravičenost eventualno na podlagi šprejetih dokazov premotriti in potem šele sklepati o izvršenem predlogu.

Določba §-a 357, da je zaslišati zavezanca, predno se rabi sila, da se odstrani odpor zavezančev, ni posebno srečna, ker se utegne tako stvar prav mnogokrat vsaj za toliko časa zavleči, kolikor ravno zavezanec hoče; sodnik v teh slučajih pač najboljše stori, ako pri količkaj nevarnosti radi odloga zaslišbo opusti. Ako pa pride do zaslišbe, mora vsekakor zavezanec sodniku povedati, zakaj se upira izvršitvi naloga po §-u 326, in to bo dalo sodniku povod, da zavezančeve pomisleke pretrese in šele potem glede rabe sile odloči.

δ) Slednjič je po našem mnenju dopusten tudi ugovor, da je po §-u 354 predlagana izvršba v danem slučaju nedopustna, ker se da storitev po tretji nadomestni osebi opraviti in ni samo

<sup>1)</sup> Glej takšen slučaj v Fellner-Ohmeyerjevi zbirki pod št. 121.

od volje zavezanca zavisna.<sup>1)</sup> (V nasprotnem slučaju, kjer je po §-u 353 predlagana izvršba, pa ugovora, da je izvršba po §-u 354 na mestu, zavezancu ni pristati, kajti nedvomno mora biti merodavna v tem oziru izjava zahtevajočega upnika, da se zadovolji z nadomestilno storitvijo.)

Rešitev navedenega zavezančevega ugovora je »questio facti«. Ako smatra sodnik, da je predlagana izvršba v resnici pogrešena, tedaj po našem mnenju sodnik brez izrecne privolitve zavezančeve ne bo smel predloga zahtevajočega upnika le-temu po §-u 84 c. pr. r. in po §-u 78 v popravo in dopolnitev (glede izjave o visokosti stroškov za nadomestno opravo) vrniti, marveč bo moral predlog zavrniti in prisoditi zavezancu stroške, nastale vsled zaslišbe.

ε) V isto vrsto ugovorov pa spada ugovor zavezančev, da je izvršba po §-u 354 radi tega nedopustna, ker storitev ni zgolj od njegove volje zavisna, marveč tudi zaeno od volje tretjega, katerega zavezanec ne more k sodelovanju siliti, — ali pa — kakor se je vrhovno sodišče v odločbi od 20. septembra 1904, št. 12.318, Manzova zbirka N. F. št. 822, izreklo, — ker storitev ne obstaja zgolj v dejavnosti zavezančevih duševnih ali fizičnih sil, ampak zahteva še drugih gmotnih žrtev, katere pa zavezancu niso na razpolago. Ta zadnji ugovor je gotovo tehten; kajti nelogično bi bilo na pr. siliti z zaporom ali globami zavezanca, da naj povzroči izbris hipoteke na prodanem zemljišču, ako denarja za poplačilo upnika nima.<sup>2)</sup>

Kajpada je takšen ugovor od slučaja do slučaja rešiti, na vsak način pa se je sodniku z vsemi pripomočki, ki so mu na

<sup>1)</sup> Že zgoraj omenjena odločba vrhovnega sodišča od 11. novembra 1902, št. 15.133, navaja sicer v razlogih, da »se v §-u 358 ukazana zaslišba zavezanca z ozirom na kategorično obliko 1. odstavka v §-u 353 ne more nanašati na ugovor zavezančev zoper način oprave izvršbe«, pa ta izrek se pač nikakor ne da analogno uporabiti pri v tekstu obrazloženem slučaju; praksa pač kaže, kako je mnogokrat prepirno, kaj je le od volje zavezanca zavisna storitev.

<sup>2)</sup> Druga pa je, ako hoče zahtevajoči upnik sam denar za plačilo hipoteke založiti, in ako se naj zavezanec le sili, da na pr. dolg svojemu upniku odpove, česar zahtevajoči upnik ne more storiti; tu bi bila pač izvršba po §-u 354 na mestu. Glej članek dr. E. Bousek v Gerichtshalle 1903, stran 443, 444.



razpolago, prepričati o upravičenosti ugovora; ako smatra ugovor za upravičen, bo izvršbeni predlog zavrnil, a zahtevajočemu upniku ne preostaja drugega, kakor poslužiti se, kadar je storitev zavisna od volje tretjega, tožbe na plačilo interesa radi neizpolnitve zavezancu zaukazane obveznosti (§ 368), odnosno, ako zavezanec uveljavlja ugovor, da brez gmotnih sredstev obveznosti ne more izpolniti, počakati, da se gmotne razmere zavezanca izboljšajo.

Dodatek: Radi popolnosti treba omeniti še dveh slučajev, ki sta po predpogojih slučaju §-a 358 slična in ki se ju navaja<sup>1)</sup> takisto za izjemi glavnega pravila §-a 3, toda, kakor bomo videli, po krivici. To sta slučajja §-a 303 in §-a 317.

V prvem slučaju (§ 303) je pred dovolitvijo preodkaza — bodi v poteg, bodi v glačilo — zaslišati:

a) na vsak način druge zahtevajoče upnike, ki tudi segajo z izvršbo na isto terjatev;

b) samo pod pogojem, da se more to brez znatnega zatezanja zgoditi, zavezanca;

c) pod zadnjenavedenim pogojem tudi one druge udeležence, ki stavijo po navedbah dolžnikovega dolžnika do zarubljene terjatve kake zahtevke.

V drugonavedenem slučaju (§ 317) pa je pred dovolitvijo drugačnega vnovčenja zarubljene terjatve zaslišati:

a) na vsak način one zahtevajoče upnike, ki imajo na zarubljeni terjatvi zastavno pravico,

b) samo pod pogojem, da se more to brez znatnega zatezanja zgoditi, tudi zavezanca. —

Namen pogojne zaslišbe zavezanca je spričo dejstva, da se zahteva na vsak način zaslišba drugih upnikov, ki so na zarubljeno terjatev že prej posegli, gotovo jasen: Zahtevajočemu upniku naj se njegov položaj nasproti zarubljeni preodkazani terjatvi pojasni, da se ga na tak način v njegovem interesu obvaruje kakih nadaljnih brezplodnih korakov. Pri tem je zakonu posebno važno zaslišanje poprejšnjih zahtevajočih upnikov, ker jih mora izvršilno sodišče uradoma dognati (ne da bi ga za morebitne slučajne nepopolnosti zadela odgovornost [Neumann,

<sup>1)</sup> Tako Schauer v svoji izdaji izvršilnega reda pod opazko 4 pri §-u 3, in pod opazko 5 pri §-u 303.

Commentar, str. 840]), zaslišba zavezanca pa pride šele v drugi vrsti v pošte. — V praksi se zavezanca pač kaj poredkem zaslišuje, ker se na eni strani zahtevajočemu upniku v svrhu zmanjšanja stroškov združitve predlogov na rubežen in predkaz priporoča in tudi z enim samim sklepom oba predloga zaeno reši, ako zahtevajoči upnik prvi na tisto terjatev poseže in je dovolilno tudi izvršilno sodišče, na drugi strani pa, ker se pogoj zaslišbe zavezanca, da naj se z zaslišanjem postopanje znatno ne zateza, tolmači v prilog interesov zahtevajočega upnika zelo strogo, kar je za nezamotane slučaje pač priporočati. —

Vendar slučaja §-ov 303 in 317 sploh ne moreta spadati med izjeme §-a 3, ker nista primarni dovolitvi izvršbe, marveč nadaljevanje izvršbe izvršilnega sodišča na podlagi že izdanega dovolilnega sklepa dovolilnega sodišča. Prav tako kakor ne bo nihče smatral, da je ustanovitev dražbenih pogojev, odredba dražbenega naroka i. t. d., dovolilo izvršbe po zmislu §-a 3, tako tudi preodkaznih sklepov ni smatrati za dovolila po §-u 3, to še osobito ne, ker ima o teh sklepati le izvršilno sodišče. Zato pa bi bilo tudi brez posebnega zaukaza §-ov 303, 317 že po splošnem pravilu §-a 55, odst. 2 v teh slučajih dopustno zaslišati, ako treba, zavezanca ali pa tudi kogarkoli drugega.

## B. Drugačne pozvedbe pred dovolitvijo izvršbe.

Za izvršbe, ki gredo zoper zavezanca, iz javnopravnih interesov privilegovanega, ali ki slone na kakem inozemskem izvršilnem naslovu, je zakon ustanovil deloma izjemne določbe, vendar ne tako, da bi bilo treba zavezanca zaslišati, marveč izvesti je, predno se sme taka izjemna izvršba dovoliti, drugačne pozvedbe, pa tudi ne vsakokrat, ampak le ob gotovih okolščinah.

1. Slučaj §-a 15: Bilo bi zoper javne interese celokupne države, ako bi se dopuščalo, da bi se zoper juristične, javnim koristim služeče osebe kakor sostavne dele državnega ustroja tirale izvršbe tako daleč, da bi svojemu javnopravnemu, občekoristnemu namenu ne mogle več zadoščati (materijalije, I, str. 472, 473). Iz teh uvaževanj se je izcimil § 15, ki določa, da je dovoliti izvršbo radi denarnih terjatev zoper občine ali zoper zavode, ki so proglašeni za javne in občekoristne, le glede takih delov imovine, ki se smejo uporabiti v poplačilo upnika brez škode

za javne koristi, katerih mora paziti občina ali zavod, toda z izjemo, da pri tem ne gre za uresničbo pogodbene zastavne pravice.<sup>1)</sup>

Najprej je razločevati med slučaji izvršbe zoper občine in izvršbe zoper zavode, ki so po smislu §-a 15 privilegovani. V prvem slučaju mora sodišče samo odločiti, ali je zavezanca po §-u 1 ukaza just. min. od 6. majnika 1897, drž. zak. šte. 153, smatrati za »občino«, ter mora značaj te »občine« uradoma premotriti, da se odloči, ali ji pristojna privilegovano stališče. Pri tem pa je še poudarjati, da § 1 cit. ukaza ne našteva taksativno, ampak le eksemplifikativno, kaj vse so »občine«. Drugače pa je pri izvršbah zoper »zavode«. Tu je povsem možno, da ob času predloga na izvršbo zavod-zavezanec sploh še ni proglašen javnim in občekoristnim. V takih slučajih, ko privilegovani značaj zavezančev sodišču ni znan, je seveda dovoliti izvršbo, kakor vsako drugo. Kako pa je izvršbeno postopanje nadaljevati, ko sodišče za privilegovani značaj zavezanca izve, o tem pozneje.

Pa denimo prvi slučaj, da je o izvršilnem predlogu zavezančevu izjemno stanje po zmislu §-a 15 nedvomno. Tu mora sodišče pred vsem predlog na to stran preskusiti, katere vrste izvršba se predlaga. Ako namreč izvršba meri na izročbo ali dajatev premičnih stvari (§-i 346—348), prepustitev ali izpraznitev nepremičnih stvari (§ 349), podelitev ali razveljavo knjižnih pravic (§ 350), razveljavo vkupnosti in popravo meje (§ 351), dražbo vкупne nepremičnine (§ 352), dosego drugih dejanj, dopustov ali opustov (§-i 353—355), oddajo izraza volje (§ 267), — potem izjemna določba §-a 15 sploh ne pride v poštev. Vrhovno sodišče se je sicer nekoč (odločba od 26. maja 1898, št. 7359, Právník str. 20 ex 1899, katere vsebina je navedena tudi v Neumann, Commentar str. 89) izreklo, da omejitve §-a 15 velja za vse načine izvršbe, a ta nazor je spričo jasnega besedila zakona, (ki je sledil enaki določbi v civilnopravdnem redu za Nemško, glej opazko <sup>1)</sup> pod črto) brez dvoma pravnopomoten. Tega mnenja je tudi ukaz pravosodnega ministrstva, ki je bil zgoraj naveden; kajti le-ta govori, dasi je izdan na podstavi člena XLI. uvodnega

<sup>1)</sup> § 15 uradnega zakona k civilnopravdnemu redu za Nemško, ki je ostal še v veljavi, dopušča enake privilegije pri izvršbah radi denarnih terjatev — zoper fiskus, javnoprave združbe, ustanove in zavode, »soweit nicht dringliche Rechte verfolgt werden«.

zakona k izvrš. redu v izpopolnilo določbe §-a 15, izključno le o izvršbah v izterjanje denarnih terjatev. — Pri izvršbah, katere ne merijo na izterjanje denarnih terjatev, torej izjema §-a 15 ne velja, in jih je izvesti brez ozira na označeni privilegovani značaj zavezane občine ali zavoda.

Pa tudi od izvršeb v izterjanje denarnih terjatev je izločiti vse one, kjer se je bila za izvršljivo terjatev pogodila zastavna pravica. Ta izjema je upravičena, ker je morala biti zastavna pogodba itak že poprej od višjega oblastva potrjena in ker zadene v tem slučaju izvršba le specialno določen zastavljen predmet. Vprašanje, ali je zakonsko zastavno pravico staviti v isto vrsto s pogodbeno zastavno pravico, moramo zanikati. Ako n. pr. občekoristen zavod, ki je najel v zasebni hiši svoje lokale, zaostane s plačilom najemnine, ali naj bo izvršba na »inventa et illata« dopustna brez ozira na privilegij §-a 15? To bi bilo pač proti zmislu izvršilnega reda, ki tu izrecno javne interese postavlja nad zasebne.<sup>1)</sup> Torej je pač izvršbe radi denarnih terjatev, za katere obstoji pogodbeno zastavna pravica na imovini privilegovanega zavezanca, izvesti kakor navadne, pri terjatvah, za katere je pa le zakonska zastavna pravica podana, pa privilegij §-a 15 velja.

Kako naj sodišče to upošteva? — Ako je previden zahtevajoči upnik že sam priklopil izvršilnemu predlogu listino poklicanega državoupravnega oblastva z izrekom, kateri deli imovine občine ali zavoda se smejo uporabiti v poplačilo upnika brez škode za javne koristi, onda bo dovoliti izvršbo baš na te, izvršbi podvržene imovinske dele. Ako pa takega izkazila ni, tedaj sta — tako se navaja — dva pota možna: Ali sodišče takoj dovoli izvršbo v zavezančevo premoženje s pridržkom vseh onih delov imovine, ki jih bo poklicano upravno oblastvo kakor izvršbi nepodvržene svoj čas izločilo, — ali pa sodišče vpraša še pred dovolitvijo upravno oblastvo, kateri deli zavezančeve imovine so izvršbi podvrženi.

Prvo pot dovoljuje osobito Heller-Trenkwaldler, (Die oest. Executionsordnung, str. 15) in se sklicuje na vladne na-

<sup>1)</sup> Tako tudi Tilsch, l. c., str. 67, glede realizacije zakonske zastavne pravice za davke v nasprotju s H. Fux, Behandlung von Steuern im Concurs- und Executionsverfahren.



gibe, (materijalije I, str. 473) kjer stoji: »Izjave državne upravne oblasti ni treba že pred dovolitvijo izvršbe vdobiti; izvršbo bo pač moči dovoliti v premoženje, na koje sega zahtevajoči upnik s pridržkom sestavin, ki jih bode po §-u 15 izločiti.« Pri tem se nanašajo nagibi na določbo §-a 41 vladnega načrta, ki je slednjič prešel v izvršilni red kakor točka 4 §-a 39. Pa sklicevanje na te vladne nagibe ne dokaže ničesar: Besedilo §-a 15 pravi izrecno, da se sme dovoliti izvršba samo glede takih delov imovine, ki se smejo za izvršbo uporabiti po izreku pristojnega oblastva. Z navedenim postopanjem pa bi se dovolilo, sicer nekako začasno ali pogojno, pa vendar izvršbo tudi na izločene predmete, ter bi se morala potem ta izvršba dosledno tudi pogojno opraviti; kaj tacega pa izvršilni red ne pozna.

Nazor vladnih nagibov se »per interpretationem logicam« ne da vzdržati in ga je iz nagibov k §-u 15 izločiti. Kajti pomisliti je, da bi se na ta način določba §-a 15 sama obšla, ako se danes izvršba takoj dovoli, jutri rubež opravi na ta način, da se zavezancu vzame denar, ki ga izroči izvrševalni organ takoj zahtevajočemu upniku, in šele čez dolgo časa, ko je zahtevajoči upnik denar že porabil, pa pride izjava, da je bila izvršba na zavezančevo imovino nedopustna, na kar se izvršba šele ustavi (§ 39, t. 4). Ako uvažujemo notorno počasno uradovanje upravnih oblastev, ako dodamo še, da je treba pred oddajo izjave po §-u 6, odst. 3, gori cit. ukaza zaslišati — od strani upravnega oblastva — zastopnike občine ali zavoda in pa upnika ter opraviti potrebne uradne pozvedbe o namenu in dejanski uporabi imovinskih delov, ki prihajajo v poštev, in da ima slednjič prizadeti pravdni del še pravico tako odločilo z rekurzom do političnega deželnega oblastva, oziroma ministrstva za notranje stvari izpodbijati, — potem smo pač dovolj podprli trditev, da že namen in pomen §-a 15 izključuje tako poslovanje. Zategadelj pač večkrat navedeni ukaz just. ministrstva niti z besedico ne omenja slučaja, ki ga imajo vladni nagibi na navedenem mestu v mislih, dasi bi bilo prav za te slučaje potreba pojasnitve »ex professo«, kako naj bi sodišča postopala.

Ostane torej edino pravilno poslovanje to, da upoti sodišče, kakor hitro pride takšen izvršilen predlog k sodišču, v zmislu §-a 6 cit. ukaza pozvedbe na ta način, da uradno vpraša pri-

stojno upravno oblastvo po obsegu izvršbi podvrženih delov imovine občine ali zavoda. Nujnost teh pozvedeb je še posebej predpisana i sodišču i upravnemu oblastvu v §-u 9 cit. ukaza. Šele ko pride izjava, naj se dovoli izvršba v premoženje, v kolikor je izvršbi podvrženo, odnosno ako tacega premoženja ni, je izvršbeni predlog zavrnuti.

Preostaja še omeniti, kako je postopati, ako se šele po izdani dovolitvi izvršbe pokaže, da spada zavezani zavod med one, po §-u 15 privilegovane. Tudi tu je nujna naloga sodišča, da vpraša poklicano upravno oblastvo po obsegu zavezančevih imovinskih, izvršbi podvrženih delih uradoma; največkrat se to zgodi na predlog zavezanca samega, ki bo previdoma takoj tudi odložitev predlagal (§ 42, t. 3; § 43, t. 3). Vsekakor dopustno pa je, da prizadeta občina ali zavod po zmislu §-a 6, odst. 1, cit. ukaza sam zaprosi pri upravnem oblastvu dotične izjave; tudi taka izjava veže sodišče po zmislu §-a 6, odst. 4, cit. ukaza tako dolgo, dokler se ne razveljavi vsled rekurza, ki ga more tudi zahtevajoči upnik vložiti, odnosno ako isti ali kak drugi upnik pozneje segajo z izvršbo na imovinske dele privilegovanega zavezanca, dokler se ne donese hkratu z izvršilnim predlogom izjave upravnega oblastva, da se ti imovinski deli ne potrebujejo več za javne koristi, katerih mora paziti občina ali zavod.

2.) Slučaj §-a 82, odst. 3. Izvršilni red je način izvršbe na podstavi spisov in listin, narejenih v inozemstvu v primeri s poprejšnjim postopanjem po dvornih dekretih od 18. maja 1792, just. zak. zbirka št. 16, in od 18. januarja 1799, just. zak. zbirka št. 452, korenito izpremenil. Delibacijsko postopanje je odpadlo, obveljala je »metoda ustanovitve obstoja pogojev izvršbe, kakršna odgovarja položaju, ustvarjenem na podlagi naslova, ki se pokaže ‚prima facie‘ izvršljiv.« Sodišče naj koštatuje zajamčeno vzajemnost z državo, v kateri je bil izvršilni naslov napravljen, potem naj na podstavi §-ov 80 in 81 preskusi, če ni podan kak povod za zavrnitev (Materijalije I., str. 494, 495). Ako zadobi prepričanje, da je izvršbeni predlog upravičen, naj dovoli izvršbo in takoj odredi njeno opravo.

Ako pa na podlagi te preskušnje glede pogojev, v §-ih 80 in 81 navedenih ne more priti do jasnosti, onda ne sme zavezanca pred dovolitvijo izvršbe zaslišati (razen če bi ga bilo pri

predlagani izvršbi tudi na podlagi tuzemskega izvršilnega naslova zaslišati), pač pa sme, če se mu zdi potrebno, upotiti pozvedbe na ta način, da zaprosi pred dovolitvijo, oziroma odločbo o predlogu pojasnilo od zunanjega oblastva, od katerega izhaja naslov, ali katero je predlagalo dovolitev izvršbe.

K sklepu bodi še pripomnjeno, da so vse gori obravnavane poprejšnje zaslišbe zavezanca — zaslišbe v tehničnem pomenu besede, v nasprotju s pojmom razprave. Izvesti jih je na ta način, da se zavezanca povabi pismeno, izjaviti v določenem času svoje pomisleke, opombe, ugovore itd. glede stavljenega predloga, ali pa da se ga povabi k sodišču na določeni, nejavni narok, da odda označeno izjavo ustno. Vabila ni treba v lastne roke zavezanca dostaviti, pač pa mora biti v njem obrazložena bistvena vsebina predloga, ter dostavek po zmislu §-a 56, odst. 2. — Ako zavezanec izjave noče oddati, more ga sodišče k temu tudi siliti na podlagi §-a 87 sod.-org. zak. z denarnimi kaznimi, to pa le tedaj, kadar je njegovo sodelovanje neobhodno potrebno (Neumann, Commentar, str. 251) in pa — to menimo, da treba še pristaviti, — ako zahtevajoči upnik vsled neprihoda zavezanca ni pridobil pravice do tega, da se šteje zavezančev neprihod za pritrditev k predlogu. Izrecno pa je treba poudarjati, da to ni vselej slučajno, marveč ima sodnik dolžnost vse pogoje za dovolitev izvršbe premotriti, in le tedaj, ako se na podlagi tega ne pokaže nikak zadržek zoper dovolitev, sklicuje se lahko zahtevajoči upnik na to okolnost, »a priori« pa za izvršilni red ne velja pravilo, da bi bilo nalik kontumacijskemu postopanju vse pravnne izjave zahtevajočega upnika smatrati vsled zavezančega neprihoda za resnične.

Ako zavezanca k zaslišbi ni, ali ako zamudi rok za pismeno izjavo, pa navzlic fikciji §-a 56, odst. 2, ne izgubi pravice rekurza zoper dotični dovolilni sklep, pred katerim naj bi bil zaslišan, vendar se sme njegov rekurz le toliko na dejanske okolnosti naslanjati, kolikor ne nasprotujejo njegovi indirektni pritrditvi k stavljenemu predlogu. Ta prejudic pritrditve k predlogu pa velja za vse izvršbeno postopanje, na prvi kakor tudi na višjih instancah (ukaz just. min. od 3. decembra 1897, št. 25.801, just. min. uk. št. 44).

