

Hipoteka na nepremičnini, pridobljena v izvršilnem postopku

dr. Aleš Galič¹

1. Uvod

Na podlagi popolnega in pravnega predloga za izvršbo na nepremičnino izda sodišče sklep o izvršbi. Ta sklep se nato zaznamuje in z zaznambo, kot določa čl. 170 ZIZ², upnik pridobi zastavno pravico na nepremičnini (tj. hipoteko; čl. 138 SPZ; izraz hipoteka pri pridobitvi z zaznambo izvršbe uporablja tudi čl. 87/2 ZZK-1³). ZZK-1 dopolnjuje ZIZ v tem, da ne govori le o zaznambi sklepa o izvršbi (Čl. 170 ZIZ in čl. 86 ter 87 ZZK-1), pač pa v čl. 88 določa še, da zemljiškoknjižno sodišče obenem z zaznambo izvršbe po uradni dolžnosti dovoli še vknjižbo hipoteke. Kakšnega praktičnega časovnega vidika glede trenutka pridobitve hipoteke pa glede te dvojnosti vpisov (zaznamba izvršbe in vknjižba hipoteke, pridobljene z zaznambo izvršbe) ni: hipoteka učinkuje od trenutka, od katerega učinkuje zaznamba izvršbe (če hipoteka ni bila pridobljena ali predznanovana že prej); čl. 87/2 ZZK-1. Čl. 170/2 ZIZ še določa, da z zaznambo sklepa o izvršbi pridobljena zastavna pravica ta učinkuje tudi proti tistemu, ki pozneje pridobi lastninsko pravico na tej nepremičnini. Drugi učinek je v tem, da zastavnemu upniku zagotavlja prednost pred vsemi drugimi upniki zastavitelja (čl. 128 SPZ⁴), vključno z zastavnimi upniki, ki so zastavno pravico pridobili kasneje (čl. 170/3 ZIZ).

¹ Profesor na Pravni fakulteti v Ljubljani.

² Zakon o izvršbi in zavarovanju. Uradni list RS, št. 51/98 in nasl.

³ Zakon o zemljiški knjigi, Uradni list RS, št. 58/03 in nasl.

⁴ Stvarnopravni zakonik, Uradni list RS, št. 87/02.

Pridobitev hipoteke v izvršbi spada med pridobitve stvarne pravice z odločbo državnega organa. Vendar pa drugače kot pri drugih pridobitvah stvarne pravice z odločbo državnega organa (npr. ustanovitev nujne poti ali pridobitev lastninske pravice kupca nepremičnine v izvršbi) vpis pravice v zemljiško knjigo tu ni le deklaratorne narave. Hipoteka na podlagi sodne odločbe namreč nastane z vpisom v zemljiško knjigo (čl. 143 SPZ). Ta vpis je torej, tako kot je pri pridobitvah na podlagi pravnega posla, konstitutivne narave.⁵

V izvršbi pridobljena hipoteka ter hipoteka, pridobljena v postopku zavarovanja (pri obojem gre za prisilno hipoteko) ima isto vsebino kot hipoteka, pridobljena na podlagi pravnega posla. Tudi zanjo zato veljajo ista pravila kot za prostovoljno hipoteko.⁶ Npr. pravilo glede akcesornosti hipoteke in glede njenega prenašanja (čl. 148 SPZ) prav tako pravilo, da se hipoteka razširja na pritikline in sestavine nepremičnine (čl. 140 SPZ). Iz slednjega tako npr. sledi, da ima upnik, ki je predlagal izvršbo na nepremičnino in pridobil hipoteko v izvršbi ugovor tretjega v izvršbi, če nek drug upnik predlaga izvršbo na premično stvar, ki je pritiklina nepremičnine.⁷ Nima pa upnik, ki je predlagal izvršbo na nepremičnino in pridobil hipoteko v izvršbi, ugovora tretjega v primeru, da drug upnik v izvršbi kasneje poseže na isto nepremičnino. Dovolj je namreč varovan že s prednostjo vrstnega reda. Tudi za upnika, ki je hipoteko pridobil v izvršilnem postopku, pride v poštev možnost, da zahteva opustitev zmanjševanja vrednosti nepremičnine in teoretično tudi devastacijska tožba (čl. 151 SPZ), čeprav slednja glede na to, da izvršba že teče, praktičnega učinka itak nima. Prav tako tudi pri tej hipoteki velja pravilo o nedeljivosti (čl. 150 SPZ). Razlike med prisilno in pogodbeno hipoteko pa so v stečaju: prisilna hipoteka, pridobljena v zadnjih dveh mesecih pred začetkom prisilne poravnave ali stečaja, preneha (čl. 213 ZFPPIPP⁸, čl. 132 ZPPSL⁹).

⁵ Tratnik, str. 89.

⁶ Gl. npr. Keresteš v Juhart et al., str. 644.

⁷ Brox, Walker, str. 777.

⁸ Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju Uradni list RS, št. 126/07.

⁹ Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji, Uradni list RS, št. 67/93.

2. Čas pridobitve hipoteke v izvršbi

2.1 Ali se zaznamba v z.k. lahko opravi že na podlagi predloga za izvršbo (ki bi ga sodišču, ki vodi zemljiško knjigo, lahko poslal že sam upnik)?

Odgovor je nedvomno negativen. Niti v ZIZ, niti v ZZK-1 ni pravne podlage za to, da bi se lahko že neposredno na podlagi predloga za izvršbo pridobila zastavna pravica v izvršilnem postopku. Tako čl. 170 ZIZ kot tudi čl. 86 ZZK-1 jasno določata, da je podlaga za zaznambo v zemljiški knjigi sklep o izvršbi (ki mora biti priložen obvestilu izvršilnega sodišča, ki je podlaga za vpis). Praksa, ki se je včasih ponekod pojavljala, da se izvršba lahko zaznamuje že na podlagi predloga za izvršbo, je bila očitno napačna. Argument, da naj bi to bilo v korist učinkovitega varstva upnika, ni dovolj – vsaj ne ob tem, ko je zakonska ureditev očitno jasna.

2.2 Ali je na podlagi predloga za izvršbo mogoče doseči vsaj plombo v zemljiški knjigi?

Veljati mora isto kot zgoraj. Plombo namreč po čl. 135 ZZK-1 zemljiškoknjžno sodišče vpiše na podlagi zemljiškoknjžnega predloga oziroma *listine, na podlagi katere o vpisu odloča po uradni dolžnosti*. Podlaga za vpis plombe je torej lahko le takšna listina, ki bi lahko bila tudi podlaga za vpis. To pa je – kot je obrazloženo zgoraj – le sklep o izvršbi, ne pa predlog za izvršbo. Zakonska ureditev je tudi tu jasna.¹⁰ Praksa, ki je (nekoč) dopuščala plombe že na podlagi začetka izvršilnega postopka oz. postopka zavarovanja (predlog za izvršbo oz. predlog za izdajo začasne odredbe) je bila očitno napačna. Takšne plombe so pomotne, upnikovega vrstnega reda pa gotovo ne varujejo.¹¹ Tudi če je do takšne plombe kje prišlo, je ob odločanju o vrstnem redu upnikov lahko odločilen le trenutek resničnega začetka zemljiškoknjžnega postopka: to pa je trenutek, ko zemljiškoknjžno sodišče prejme obvestilo izvršilnega sodišča o sklepu o izvršbi (ki mu je ta sklep tudi priložen; čl. 133 ZZK-1).¹² Res pa je, da je napaka zemljiškoknjžnega sodišča (ki je plombo vpisalo že na podlagi predloga za izvršbo) v tem primeru lahko povzročila negativne posledice za upnika. Predvidevati je namreč mogoče, da zaradi omenjene (pomotne) plombe zemljiškoknjžno sodišče ne bo vpisalo še plombe ob prejemu obvestila izvršilnega sodišča. To pomeni, da si upnik ne bo zagotovil učinka

¹⁰ Tako tudi Plavšak, str. 79.

¹¹ Tako tudi Ibid, str. 81.

¹² Izbris pomotne plombe (plombe, za katere vpis niso bili izpolnjeni zakonski pogoji) se lahko doseže po čl. 137/4 ZZK-1.

plombe, saj ustrezne plombe za začetek zemljiškooknjižnega postopka v tem primeru v z.k. sploh ni. To je seveda narobe; vendar do tega lahko pride. Je pa za nastali položaj kriv tudi upnik sam. Če sam ne bi zemljiškooknjižnemu sodišču pošiljal predloga za izvršbo, tudi zemljiškooknjižno sodišče ne bi moglo storiti napake, da bi vpisalo plombo na podlagi te vloge.

2.3 Ali je na podlagi predloga za izvršbo na nepremičnino mogoče zahtevati zaznambo spora?

Izvršba na nepremičnino ni postopek, glede katerega bi lahko prišel v poštev institut zaznambe spora po čl. 79 ZZK-1. Ne gre za spor in še toliko manj gre za odločanje o stvarni pravici. Razmišljanje, da bi lahko šlo za spor, ki privede do »pridobitve stvarne pravice« (kakršno je bilo besedilo v čl. 44 ZZK-1995), je bilo zgrešeno že v času veljavnosti tedanjega zakona.¹³ Jasno je, da se zaznamba spora ne more nanašati na postopke o pravicah, ki šele pripeljejo do pridobitve stvarne pravice, pač pa za postopke, ki naj že pridobljeno stvarno pravico (predvsem na originaren način), ki pa v zemljiški knjigi še ni vknjižena, uskladijo z zemljiškooknjižnim stanjem. Prav tako predloga za zaznambo spora pri izvršbi ni mogoče utemeljiti po drugi alineji prve točke prvega odstavka 79. člena ZZK-1. Po tej določbi je namreč mogoče zaznamovati spor, s katerim predlagatelj od sodišča zahteva, da *ugotovi obstoj njegove druge stvarne pravice na nepremičnini, ki jo je pridobil na izviren način*. Druga stvarna pravica je seveda lahko tudi hipoteka. Vendar pri pridobitvi hipoteke v postopku izvršbe na nepremičnine ne gre za originaren način pridobitve pravice, pač pa za način pridobitve pravice z odločbo državnega organa (čl. 143 SPZ).¹⁴ Prav tako pa tudi ne gre za »ugotovitev obstoja pravice«, pač pa za postopek, ki bo šele pripeljal do ustanovitve te pravice s konstitutivnim vpisom v zemljiško knjigo.

2.4 Če je podlaga za zaznambo v z.k. lahko le sklep o izvršbi, ali mora biti ta pravnomočen (vsaj pri izvršbi na podlagi verodostojne listine)?

Ali je izvršbo mogoče v zemljiški knjigi zaznamovati (in s tem pridobiti hipoteko) na podlagi sklepa o izvršbi še pred njegovo pravnomočnostjo, je vprašanje, na katerega je odgovor mogoče najti le v pravilih izvršilnega prava. Niti SPZ niti ZZK-1 namreč o tem ne določata ničesar; ZZK-1 v čl. 86 določa le, da zemljiškooknjižno sodišče zaznambo opravi po prejemu obvestila izvršilnega sodišča. Pravilom izvršilnega prava

¹³ Tako Jenull v Galič, Jan, Jenull, str. 356.

¹⁴ O tem gl. Keresteš v Juhart et al, str. 643.

pa je prepuščeno, kdaj naj izvršilno sodišče to obvestilo pošlje. ZIZ je glede tega nedvoumen. Če gre za izvršbo na podlagi **izvršilnega naslova**, se izvršba lahko začne opravljati še pred pravnomočnostjo sklepa o izvršbi (čl. 46 ZIZ). Sklep o izvršbi se med drugim pošlje tudi »sodišču, ki mora opraviti zaznambo sklepa v javni knjigi« (čl. 45/2 ZIZ). To sodišče lahko stori še pred pravnomočnostjo. Pač pa se v primeru **izvršbe na podlagi verodostojne listine**, sklep o izvršbi osebam in organom iz drugega odstavka čl. 45 ZIZ vroči šele po pravnomočnosti (čl. 45/3 ZIZ). Zakon je torej jasen.

2.5 Od katerega trenutka učinkuje zaznamba izvršbe?

Zaznamba izvršbe, tako kot drugi z.k. vpisi učinkujejo od trenutka, ko je zemljiško-knjžno sodišče prejelo listino, ki je podlaga za vpis (čl. 5 ZZK-1).¹⁵

2.6 Kako je v primeru, ko je v korist upnika, ki zahteva izvršbo, že vknjižena (ali predznamenovana) hipoteka?

Čl. 170 ZIZ določa, da z zaznambo izvršbe v z.k. hipoteko pridobi upnik, ki je predlagal izvršbo, pa ni že prej pridobil zastavne pravice ali zemljiškega dolga. Ravnanje v primeru upnikov, v korist katerih je že vknjižena predhodno pridobljena hipoteka (bodisi pogodbeno, bodisi kot sredstvo zavarovanja po čl. 242 ZIZ) ali pa je hipoteka predznamenovana (predhodna odredba; čl. 260/1, tč. 6 ZIZ) pa določa čl. 87/3 ZZK-1. Zemljiškooknjžno sodišče tudi v tem primeru opravi zaznambo izvršbe, obenem pa odloči, da le ta učinkuje od trenutka, od katerega učinkuje predznanba oz. vknjižba navedene hipoteke.

2.7 Kako in kdaj zastavno pravico pridobijo upniki, ki se priključijo že začeti izvršbi na nepremičnino?

Po zaznambi sklepa o izvršbi sodišče ne more za poravnavo kakšne druge terjateve istega ali drugega upnika opraviti posebnega postopka izvršbe na isto nepremičnino. Pač pa lahko upnik, za čigar terjatev je sodišče pozneje izdalo sklep o izvršbi na isto nepremičnino,

¹⁵ Ne gre za učinkovanje od trenutka vpisa plombe (plombo je sodišče dolžno vpisati najkasneje do začetka uradnih ur naslednjega delovnega dne, čl. 135 ZZK-1). Vpis plombe ima učinek glede vprašanja posledic dobrovernosti (čl. 6/1 ZZK-1; če bi npr. zemljiškooknjžno sodišče 1.3. ob 10h prejelo obvestilo izvršilnega sodišča in sklep o izvršbi, plombo pa bi vpisalo isti dan ob 15h, bi kupec, ki bi zemljiškooknjžni predlog za vknjižbo lastninske pravice podal 1.3. ob 13h bil varovan). Tako glede ažurnosti vpisovanja plomb kot tudi glede natančnosti zabeležbe trenutka prejema obvestila izvršilnega sodišča (in upoštevanja vrstnega reda obdelave zadev) mora veljati isto, kot velja za vpise na podlagi predlogov strank.

pristopi k že začeti izvršbi (čl. 171 ZIZ). ZIZ pri tem določa izrecno le, da se o pristopu k izvršbi obvesti upnika, v čigar korist je bila prej vpisana zaznamba (čl. 171/4 ZIZ), nič pa ne govori o tem, da se kaj posebej pošlje zemljiškoknjžnemu sodišču in da se v zemljiški knjigi zaznamuje izvršba v korist upnika, ki je naknadno pristopil. Tudi ZZK-1 o tem položaju izrecno ne govori. Kljub temu tako gramatikalna razlaga kot tudi močni vsebinski razlogi govorijo v prid stališču, da je tudi pri pristopu k izvršbi treba posebej in ločeno zaznamovati sklep o izvršbi v z.k.¹⁶ Že iz samega čl. 171 ZIZ namreč izhaja, da do pristopa k izvršbi pride šele po tem, ko sodišče v korist drugega upnika že izda sklep o izvršbi. Do ločenega sklepa o izvršbi torej pride. Člen 170 ZIZ pa določa, da se sklep o izvršbi zaznamuje v z.k. Pristop k izvršbi torej učinkuje v fazi oprave izvršbe (ena cenitev, ena prodaja...), ne pa v fazi izdaje sklepa o izvršbi in pridobitve zastavne pravice. Nenazadnje to izhaja tudi iz čl. 89 ZZK-1, ki določa, da se po uspešni prodaji izbrišejo vse zaznambe izvršbe na nepremičnini. Očitno jih je torej lahko več. Tako je tudi prav. S tem se namreč omogoči, da je lahko razviden vrstni red med samimi zahtevajočimi upniki (čl. 198/2 ZIZ), pa tudi vrstni red glede upnikov, ki bodo morda še v času izvršilnega postopka pridobili pogodbeno pravico, prav tako pa vprašanje nadaljnjega obstoja v izvršbi pridobljenih hipotek, če pride do stečaja dolžnika. Prav tako pa je treba upoštevati možnost, da prvozahtevajoči upnik predlog za izvršbo umakne. Izvršbo je v tem primeru treba voditi naprej na podlagi sklepa o izvršbi drugozahtevajočega upnika.

3. Ali pri hipoteki, pridobljeni v izvršbi, učinkuje načelo zaupanja v zemljiško knjigo

3.1 Ugovor tretjega in originaren način pridobitve lastninske pravice

Z vknjižbo se lastninska pravica na nepremičnini pridobi na podlagi pravnega posla. Če pa gre za pridobitev lastninske pravice na originaren način (npr. priposestvovanje ali z nastankom skupnega premoženja zakoncev), se lastninska pravica pridobi, ko nastopijo dejstva, ki utemeljujejo nastanek lastninske pravice, vknjižba v z.k. pa je nato le deklaratorne narave. Zato je možno, da oseba, ki je v z.k. vknjižena kot lastnik, ni pravi lastnik nepremičnine. S tem v zvezi pa je pomembno načelo zaupanja v zemljiško knjigo. To načelo namreč pomeni, da škodljivih posledic ne sme trpeti tisti, ki se v pravnem prometu zanese na podatke v zemljiški knjigi (čl. 8/1 ZZK-1).¹⁷ Ni sporno, da to načelo

¹⁶ Drugačna je rešitev v Nemčiji (kjer pa upnik pri izvršbi na nepremičnino itak ne dobi zastavne pravice z absolutnim učinkom); pristopa k izvršbi se v z.k. ne zaznamuje, prednostna poplačilna pravica se pridobi s trenutkom vročitve sklepa dolžniku. Gl. Brox, Walker, str. 432.

¹⁷ Splošno o načelu zaupanja v zemljiško knjigo npr. Tratnik, str. 58 in nasl.

učinkuje pri pravnoposlovnih obremenitvah. Če tisti, ki je v zemljiški knjigi vknjižen kot lastnik, ustanovi hipoteko, bo dobroverni hipotekarni upnik varovan. Vknjižena hipoteka bo učinkovala tudi zoper pravega lastnika, ki je lastninsko pravico pridobil na originaren način, vendar pa ni pravočasno poskrbel za vknjižbo svoje lastninske pravice.¹⁸ Sporno pa je, ali na ta način načelo zaupanja v zemljiško knjigo učinkuje tudi v izvršilnem postopku – v dobro upnika, ki zahteva izvršbo na nepremičnino. Ali torej tudi v tem primeru velja, da pridobljena hipoteka v korist dobrovernega upnika učinkuje tudi zoper osebo, ki je pravi lastnik (ali skupni lastnik) nepremičnine, vendar ni poskrbel za vknjižbo svoje lastninske pravice? Sodna praksa »rednih« sodišč je v novejšem času dala prednost upniku in sicer z argumentom, da bi si originarni lastnik svoj položaj lahko zavaroval tako, da bi pravočasno poskrbel za uskladitev zemljiškoknjiznega stanja s pravim pravnim stanjem in naj zato nosi negativne posledice lastnega neskrbnega ravnanja.¹⁹ Vendar pa je Ustavno sodišče nato sprejelo nasprotno rešitev in v konfliktu pravic dalo prednost originarni pridobitvi lastninske pravice.²⁰ Ustavno sodišče je zavzelo stališče, da načelo zaupanja v zemljiško knjigo učinkuje le pri pravnoposlovnih prenosih (torej pri pogodbeno ustanovljeni hipoteki), ne pa v izvršilnem postopku. Praktično je to pomembno predvsem glede položaja zakonca, ki utemeljuje, da spada nepremičnina, ki je predmet izvršbe, v skupno premoženje zakoncev, čeprav je v zemljiški knjigi kot lastnik vknjižen le en zakonec. Nastanek skupnega premoženja po režimu ZZZZDR²¹ je namreč originaren način pridobitve lastninske pravice. Glede na zgoraj povzeto stališče Ustavnega sodišča zakonec tak ugovor tretjega v izvršilnem postopku (oz. tožbo za nedopustnost izvršbe) lahko uspešno uveljavi. Poudariti je treba, da stališče Ustavnega sodišča ne posega v položaj hipotekarnega upnika pri hipoteki, ustanovljeni na podlagi pogodbe. Njega še vedno varuje načelo zaupanja v z.k. Ne varuje pa to načelo, skladno s povzetim stališčem Ustavnega sodišča, upnika, ki pridobi prisilno hipoteko v izvršbi. V tem pa je tudi daleč najbolj pomembna praktična razlika med pogodbeno in »prisilno« hipoteko.

Argumenti v prid stališča Ustavnega sodišča so naslednji:

- gramatikalna razlaga; po izrecni določbi čl. 8/1 ZZK-1 (isto pa določa tudi SPZ v čl. 10) se načelo zaupanja v zemljiško knjigo nanaša le na ravnanje v pravnem prometu (»Kdor v pravnem prometu pošteno ravna in se zanese...«). Zato je varovan npr. kupec ali tisti, v čigar korist se na podlagi pogodbe ustanavlja hipoteka. Ni pa varovan upnik v izvršbi, saj izvršba ni »pravni promet« (tj. pridobitev hipoteke v izvršbi ni pravnoposlovne narave, pač pa nastane z odločbo državnega organa);

¹⁸ Načelo zaupanja v z.k. se izraža tudi pri razpolaganju. Če tisti, ki je v z.k. vknjižen kot lastnik, čeprav je pravi lastnik tretja oseba, ki je lastninsko pravico pridobila na originaren način, lastninsko pravico prenese na kupca, bo dobroverni kupec z vknjižbo postal novi lastnik.

¹⁹ Npr. Sodba VS RS II Ips 82/01 z dne 14.6.2001 ter sodba II Ips 253/00 z dne 13.12.2000.

²⁰ Odločba US RS št. Up 128/03 z dne 27.1.2005.

²¹ Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, Uradni list RS, št. 69/04 – u.p.b.

- ne gre za to, da bi hipoteka, pridobljena pravnoposlovno, imela drugačno vsebino kot prisilna hipoteka. Splošno načelo stvarnega prava je, da nihče ne more prenesti več pravic, kot jih ima sam. Tisti, ki ni lastnik stvari, torej tudi hipoteke na stvari ne more ustanoviti. Korektiv tega pravila pa je načelo zaupanja v z.k. Z vidika temeljnih pravil stvarnega prava nobena hipoteka – tudi na podlagi pravnega posla – ne more veljavno nastati, če zastavitelj ni lastnik. Da je hipotekarni upnik v določenih primerih varovan, ni posledica pravil stvarnega ali izvršilnega, pač pa zemljiškoknjžnega prava (čl. 8/1 ZZK-1) oziroma načela zaupanja v z.k. – to načelo pa je namenjeno pravni varnosti v pravnem prometu – kar pa pridobitev hipoteke v izvršbi ni.
- Vsebinsko je smiselno, da se razlikuje med položajem upnika pri pravnoposlovnih pridobitvah in upnika v izvršbi. Za upnika pri pravnoposlovnih pridobitvah bi bila brez načela zaupanja v zemljiško knjigo pridobljena pravica lahko izgubljena. Upnik, ki v izvršbi uveljavlja neko denarno terjatev, pa bo pač lahko, če mu bo ugovor tretjega preprečil možnost poplačila iz nepremičnine, posegel na drugo premoženje dolžnika. Zato v konfliktu med varstvom lastninske pravice originarnega lastnika in varstvom dobre vere upnika ni takšnega pomena, da se zavaruje dobra vera upnika;
- Primerjalnopravni argument: stališče, da hipoteka (oz. prednostna poplačilna pravica), pridobljena prisilno v izvršbi, upnika ne varuje pred tem, da bo izvršbo z ugovorom tretjega uspešno preprečil tisti, ki je na originaren način pridobil lastninsko pravico na nepremičnini, čeprav ni poskrbel za njeno vknjižbo, je nesporno sprejeto tudi v najbolj sorodnih pravnih redih: avstrijskem²² in nemškem.²³ Učinek proti tretjemu v izvršbi ni varovan in sicer zato, ker pri prisilni hipoteki ne gre za pravnoposlovno pridobitev.²⁴
- Ustavni argument: varstvo položaja upnika in učinkovitosti sodnega varstva tu ne odtehta tako močnega posega v lastninsko pravico tretje osebe; učinkovita izvršba kot element učinkovitega sodnega varstva ne zahteva, da bi se upnik lahko poplačal tudi iz premoženja, ki v resnici ni premoženje dolžnika;

²² Angst et al, str. 234.

²³ Brox, Walker, str. 500. V Nemčiji sicer pri izvršbi na nepremičnino ne nastane prisilna hipoteka, pač pa takšna nastane kot samostojen ukrep zavarovanja (Par. 867 ZPO).

²⁴ Ibidem. Par. 892 nemškega BGB namreč (podobno kot čl. 8/1 ZZK-1) načelo zaupanja v zemljiško knjigo veže le na tistega, ki v dobri veri pridobi pravico v pravnem prometu (*»Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist«*).

Zoper te argumente pa je mogoče navesti tudi pomisleke:

- gramatikalno iz čl. 8/1 ZZK-I (in iz čl. 10 SPZ) res izhaja, da načelo zaupanja velja le glede *pravnoprometnih* pridobitev. Vendar pa morda ne bi smeli zanemariti še drugega odstavka 8. člena ZZK-I. Ta se glasi: »Kdor izpolni pogoje za vpis pravice oziroma pravnega dejstva v z.k. v svojo korist in tega vpisa ne predlaga, nosi vse škodljive posledice takšne opustitve.« Ta določba (ki je v času odločanja Ustavnega sodišča sicer še ni bilo) pa izpostavlja položaj oziroma vrednotenje ravnanja nevknjiženega lastnika. Njemu se nalaga obveznost skrbnosti in zato se mu lahko pripiše negativne posledice, če sam ne poskrbi za varstvo (tj. vknjižbo) svoje pravice in z vidika njegovega položaja ni prav nobene razlike, do kakšne vknjižbe lahko zaradi njegove opustitve pride. Kot pravi Vrhovno sodišče: »Pri tem ne gre »samo« za objektivni razlog, ker varnost pravnega prometa zahteva, da ne sme biti prizadet tisti, ki je ravnal v zaupanju v z.k. Gre tudi za subjektivni razlog, ki v obravnavani zadevi ni v prid tožnici. Ona je bila tista, ki ni ravnala pravilno in skrbno....«²⁵ Tu gre za vrednotenje ravnanj in položajev. Čl. 8/1 ZZK-I izhaja iz položaja osebe, ki se je zanesla na z.k., čl. 8/2 ZZK-I pa iz položaja osebe, ki je opustila predlog za vpis. Z vidika te osebe uveljavlja načelo, da mora trpeti posledice lastnih opustitev. Zgoraj predstavljeno stališče Ustavnega sodišča pa pomeni prav nasprotno: nevknjiženi lastnik, čeprav je sam brez upravičenega razloga opustil predlog za vknjižbo, ne bo trpel škodljivih posledic takšne opustitve. V izvršbi bo varovan in bo uspešno lahko uveljavil ugovor tretjega. To očitno ni v skladu z drugim odstavkom 8. člena ZZK-I.
- Pojma »pravni promet« SPZ ter ZZK-I ne definirata. Najbrž je sicer res, da prisilne pridobitve hipoteke ter prisilne prodaje nepremičnine zaradi poplačila upnika v izvršilnem postopku ni mogoče šteti za pravni promet. Vendar: če izvršba na nepremičnino ni (pravni) promet, čemu se potem od prodaje nepremičnine v izvršilnem postopku plača *davek na promet* (!) nepremičnin? Da se ta davek plača, pa določa sam ZIZ (čl. 197/1). Ni prav dosledno reči, da načelo zaupanja v zemljiško knjigo v izvršilnem postopku na nepremičnino ne učinkuje, ker pri izvršbi ne gre za pravni promet, na eni strani, na drugi strani pa prav v tem istem izvršilnem postopku določiti, da se od prodaje nepremičnine v izvršbi plača davek na promet nepremičnin!
- Namen čl. 8/2 SPZ je med drugim v tem, da spodbuja vestno in skrbno ravnanje strank v stvarnopравnih razmerjih.²⁶ Koristno (tako v javnem interesu kot tudi za varnost pravnega prometa) je, da je zemljiška knjiga

²⁵ Sodba II Ips 253/00 z dne 13.12.2000.

²⁶ Gl. Tratnik, str. 59.

čimbolj dosledno izraža resnična stvarnopravna stanja nepremičnin. Zato je koristno, da se stranke vzpodbujajo k temu, da za ustreznost zemljiškoknjžnega stanja tudi poskrbijo. Najbolj učinkovito pa se jih k temu sili, če se zavedajo, da jih v nasprotnem primeru lahko doletijo negativne posledice. To je globlji smisel čl. 8/2 ZZK-1.

- Vprašanje je, kako gre priznanje ugovora tretjega originarnemu lastniku (ali osebi, ki trdi, da zaradi neveljavnosti vpisa v z.k. sploh nikoli ni izgubila lastninske pravice) skupaj z institutomaznambe spora in zaznambe izbrisne tožbe.²⁷
- Argument, da dobre vere upnika v izvršbi ni treba tako varovati, saj bo kljub uspešnemu ugovoru tretjega pač lahko posegel na drugo premoženje dolžnika (in da torej njegova dobrovernost itak ne bo povzročila zanj kakšnih nepopravljivih posledic), drugače kot bi bilo to pri pravnoposlovni pridobitvi hipoteke, dejansko ne vzdrži vedno. Realno je povsem možno, da bo upnik zaradi svoje dobre vere (da je dolžnik lastnik nepremičnine) in torej zaradi nemarnosti tretjega (nevnknjiženega pravega lastnika) izgubil poplačilo svoje terjatve. Morda je dolžnik v času, ko je upnik predlagal izvršbo, imel tudi kakšno drugo premoženje, na katerega bi upnik lahko posegel. A upnik se je zanesel na zemljiško knjigo in predlagal izvršbo na nepremičnino. Sledeč stališču Ustavnega sodišča se lahko zgodi, da se naknadno izkaže, da je »stabil na napačnega konja«, saj bo tretji (zakonec dolžnika) uspel z ugovorom (oz. tožbo za ugotovitev nedopustnosti izvršbe).V vmesnem času (morda celo pred tem, ko je tretji podal ugovor) pa je morda tudi ostalo premoženje dolžnika že izgubljeno – saj so nanj posegli drugi upniki ali pa ga je dolžnik »evakuiral«.
- Primerjalnopravni argument je močen. Morda pa mu lahko ugovarjamo s tem, da je zakonska norma v slovenskem pravu nekoliko drugačna; res je, da tudi ZZK-1 v čl. 8/1 govori o pravnoposlovnih pridobitvah, vendar pa imamo pri nas še določbo čl. 8/2 ZZK-1 (o tem gl. zgoraj). Vprašati pa bi se morali tudi, kaj priznanje možnosti ugovora tretjega osebi, ki je originarno pridobila lastninsko pravico, praktično pomeni. Doktrina v Nemčiji in Avstriji se je razvila glede ugovora osebe, ki je lastninsko pravico na nepremičnini pridobila originarno s priposestvovanjem. Vendar pa je priposestvovanje nepremičnine danes čista eksotika, pa tudi neutemljenost takšnega ugovora se zelo hitro lahko izkaže. Nasprotno pa – kar je dobro znano – priznanje ugovora tretjega na podlagi originarno pridobljene lastnine pri nas povzroči izjemno pomembne praktične posledice in močno izniči uspešnost izvršbe. Kot

²⁷ O tem gl. Izčrpano v Galič, 2006, str. 157-159.

že omenjeno bo ta ugovor v veliki večini primerov uveljavljajl zakonec dolžnika na podlagi originarno pridobljene (pa čeprav še nevknjižene) skupne lastnine. Praktično je to povsem drugačna kategorija kot ugovor priposestvovalca – tako zaradi pogostosti tega ugovora kot tudi zaradi težavnosti dokazovanja njegove neutemeljenosti (upniku ni enostavno nasprotovati zahtevku za ugotovitev, da premoženje spada v skupno lastnino, če bosta zakonca – kot se bo v kontekstu izvršbe seveda zgodilo – usklajeno (pa čeprav morda neresnično) trdila, da gre za premoženje, ki je bilo pridobljeno s skupnimi sredstvi, nastalimi v času trajanja zakonske zveze z delom.

- Stanje z.k. je morda res nezadostno usklajeno z resničnim stvarnopравnim stanjem. Vendar pa zgoraj povzeto stališče Ustavnega sodišča takšno stanje le še bolj vzpodbujaj. Največja vzpodbujaj za ureditev z.k. stanj je namreč prav v tem, da se jasno pove, da bo tisti, ki ne bo poskrbel za z.k. vpis pravice, lahko trpel negativne posledice.
- Zakončev ugovor bo praktično zelo odložil učinkovito izvedbo izvršbe. Treba je namreč upoštevati, da ne gre le za postopek odločanjaj o ugovoru (oz. o tožbi za nedopustnost izvršbe). Če bo zakonec uspel, bo upnik nato najprej moral izvesti še postopek ugotovitve deležaj in delitve skupnega premoženjaj. Vprašati pa se tudi moramo, ali gre dejansko v večini primerov ugovorov zakoncev res za to, da so se »prava neuki« zakonci šele ob izvršbi »spomnili«, da so skupni lastniki in da pač predhodno le formalno niso uredili sicer dejansko nespornega obstojaj skupne lastnine? Ali ne gre morda pogosteje dejansko za to, da v izvršbi ugovor tretjega v tem kontekstu uveljavljaj (oz. bo uveljavljajl) zakonec, ki dejansko ni skupni lastnik (saj je nepremičnina posebno premoženje drugegaj zakonca – dolžnikaj), in ki bo šele v izvršbi s tem uveljavljanjem lahko uspel, pač zato, ker je tedaj tudi v interesu dolžnikaj, da ta ugovor uspe – ne le zato, ker je še vedno boljše, da gre polovica zakoncu, kot da se prodaj celotna nepremičnina in ves izkupiček izplačaj upniku, pač pa tudi zato, ker bo postopek odločanjaj o ugovoru in nato postopek delitve skupnega premoženjaj za daljši čas odložil izvršbo? Ali zakonec predhodno res ni zahteval vknjižbe skupne lastnine zato, ker je prava neuk, ali pa morda zato, ker s tem tedaj ne bi uspel, saj bi drugi zakonec (tisti, ki je zemljiškknjižni lastnik) temu nasprotoval in bi tudi učinkovito lahko dokazal, da gre za osebno premoženje? Šele v izvršbi namreč zakonec, ki je pravi lastnik, nima več interesa, da bi nasprotoval uveljavljanju drugegaj zakonca, da gre za skupno premoženje.²⁸

²⁸ Vendarle pa se zdi, da bo zakonec bolj redko kot nekoč, uspel verjetno izkazati obstoj skupne lastnine. Treba je namreč upoštevati, da je novi SPZ dosledno uveljavil pravilo *superficies solo cedit* in da v primeru, če je en izmed zakoncev lastninsko pravico na zemljišču imel že v času sklenitve zakonske zveze (in gre torej za njegovo posebno

Zgoraj obravnavano stališče Ustavnega sodišča ni nesporno in vzbuja pomisleke. Po drugi strani pa obstajajo tudi močni argumenti v prid tega stališča. Od »rednih« sodišč je zato upravičeno pričakovati, da bodo stališču Ustavnega sodišča sledila, že zaradi pravne varnosti in predvidljivosti. Res je, da stališča Ustavnega sodišča niso nespremenljiva in tako kot vsako sodno prakso, je tudi ustavnosodno prakso mogoče spremeniti, tako kot na vsako drugo sodno prakso pa sodišča tudi niso absolutno vezana na prakso Ustavnega sodišča. Vendar je v korist pravne varnosti, da do morebitne spremembe prakse pride na istem nivoju, na katerem se je praksa tudi oblikovala, tj. v obravnavanem primeru na Ustavnem sodišču. Sicer pa pomisleki zoper zgoraj predstavljeno stališče Ustavnega sodišča niso tako močni, da bi bilo tudi od samega Ustavnega sodišča pričakovati, da bo svojo prakso spremenilo.

3.2 Hipoteka učinkuje zoper osebo, ki lastninsko pravico na zastavljeni stvari pridobi kasneje

V praksi se je že postavilo vprašanje, ali zgoraj povzeta stališča Ustavnega sodišča, da upnika v izvršilnem postopku ne varuje načelo zaupanja v zemljiško knjigo, pomeni tudi, da bo lahko ugovor tretjega uspešno uveljavil kupec nepremičnine, ki se v zemljiško knjigo še ni vknjižil kot lastnik. Odgovor na to vprašanje je nedvomno negativen.²⁹ Zgoraj obravnavana problematika se nanaša na primer, ko zemljiškoknjžno stanje ni usklajeno s pravim stvarnopravnim stanjem (kot je to lahko v primeru originalne pridobitve lastninske pravice, pa tudi v primeru neveljavnega vpisa – gl. spodaj o izbrisni tožbi). Le na takšne primere se nanaša problematika načela zaupanja v zemljiško knjigo. Povsem drugačen pa je položaj v primeru, ko ugovor tretjega v izvršilnem postopku želi uveljaviti **oseba, ki ne le da ni vknjižena v z.k. kot lastnik, pač pa tudi v resnici še ni lastnik** ter ima zgolj obligacijskopravno pravico kot kupec iz prodajne pogodbe. Dokler se kupec namreč ne vknjiži v z.k. (pa čeprav že ima z.k. dovolilo), je lastnik nepremičnine še vedno prodajalec. Zato lahko pride do veljavne ustanovitve hipoteke – tako s pravnim poslom, kot tudi v izvršilnem postopku. Ta hipoteka pa bo kot stvarna pravica učinkovala tudi zoper novega lastnika. Ni torej pomembno, ali je »novi« lastnik prodajno pogodbo sklenil že preden je upnik pridobil hipoteko, pomembno je, da je lastninsko pravico z vknjižbo v z.k. pridobil kasneje. Kot rečeno, to s problematiko učinkov načela zaupanja v z.k. nima nobene zveze, saj ne gre za položaj neuskajenosti resničnega stvarnopravnega stanja z zemljiškoknjžnim stanjem. Nobenega vpliva tudi

premoženje), nepremičnina ostane njegovo posebno premoženje tudi v primeru, če sta zakonca s skupnimi in v času trajanja zakonske zveze pridobljenimi sredstvi na tej nepremičnini zgradila npr. hišo. Stališče, da ima pravilo ZZDR o skupni lastnini prednost pred pravili SPZ glede *superficies solo cedit*, pa je treba zavrniti.

²⁹ Gl. npr. Rosenberg, Gaul, Schilken, str. 680. Rechberger, Simotta, str. 174. Pravilno tudi sklep VSK II Cpg 119/2005 z dne 22.9.2005.

nima okoliščina, da je kupec morda še pred ustanovitvijo hipoteke v korist upnika od lastnika kot prodajalca pridobil overjeno z.k. dovolilo. Res je, da z izdajo overjenega z.k. dovolila prodajalec izpolni razpolagalni posel (in svojo obveznost iz prodajne pogodbe), za pridobitev lastninske pravice kot absolutne in stvarne pravice pa je potreben še konstitutiven vpis v z.k. (pridobitni način v ožjem smislu). Glede stvarnopravnega učinka proti tistemu, ki lastninsko pravico na zastavljeni stvari pridobi kasneje torej ni nobenih razlik med pogodbeno hipoteko in hipoteko, pridobljeno v izvršbi. Ne gre za učinek načela zaupanja, pač pa za bistvo hipoteke kot stvarne pravice. Da bi tisti, ki je lastnik nepremičnine postal kasneje (lastnik pa postane šele z vknjižbo), moral trpeti izvršbo na podlagi predhodno pridobljene hipoteke upnika, pa jasno izhaja tudi iz čl. 170 ZIZ.

3.3 Hipoteka, načelo zaupanja v z.k. in kavzalnost razmerja med razpolagalnim in zavezovalnim poslom

Novi SPZ je uveljavil kavzalnost razmerja med zavezovalnim in razpolagalnim pravnim poslom (gl. čl. 40). Veljavnost zavezovalnega pravnega posla je pogoj za veljavnost razpolagalnega pravnega posla. Če pride do razpolagalnega pravnega posla (vknjižbe pri nepremičninah), pa se kasneje izkaže, da zavezovalni pravni posel (npr. prodajna pogodba) ni veljaven, se šteje, da tudi razpolagalni pravni posel ni bil veljavno opravljen in da torej lastninska pravica nikoli ni prešla.³⁰ Okoliščino, da podlage v zavezovalnem pravnem poslu nikoli ni bilo (ker je prodajna pogodba nična), pa je treba enačiti z okoliščino, da je podlaga v zavezovalnem poslu odpadla šele naknadno (ker je bila pogodba naknadno razveljavljena ali pa je bila razvezana z npr. odstopom). Sam koncept kavzalnosti prenosnega posla ne ogrozi bistveno varnosti pravnega prometa. Če bi v omenjenem primeru kupec nepremičnino prodal naprej, bi dobroverna tretja oseba postala lastnik na podlagi pravil o zaupanju v zemljiško knjigo.³¹ Skladno z zgoraj povzetimi stališči Ustavnega sodišča, da načelo zaupanja v zemljiško knjigo varuje le v primeru pravnoposlovnih prenosov, pa lahko ugotovimo, da tudi v tej zvezi upnik, ki zahteva izvršbo na nepremičnino, ne bo varovan. Problem je zopet isti kot pri originarno pridobljeni lastninski pravici. Ugovora tretjega torej ne utemelji le okoliščina originarno pridobljene lastninske pravice, pač pa tudi okoliščina, da tretja oseba lastninske pravice zaradi neveljavnosti zavezovalnega posla (kljub vknjižbi v z.k.) ni nikoli izgubila. Uveljavitev pravila o kavzalnosti razpolagalnega posla ima torej – kar se vpliva na položaj tretjih tiče – občutne in neposredne posledice za izvršilni postopek. Obenem pa tudi tu lahko ugotovimo razlike med posledicami pravnoposlovne pridobitve hipoteke

³⁰ Gl. Juhart, str. 248 in sl.

³¹ Gl. Juhart, str. 88 in 249.

in hipoteke, pridobljene v izvršbi. Če bi v času pred vložitvijo (in zaznambo) izbrisne tožbe kupec pogodbeno obremenil nepremičnino, bi bil dobroverni hipotekarni upnik kljub uspehu izbrisne tožbe varovan zaradi načela zaupanja v z.k. Če pa bi v tem času nek upnik dosegel ustanovitev hipoteke v izvršilnem postopku, ga to kljub morebitni dobri veri ne bi varovalo pred tem, da tretja oseba (prodajalec) uveljavi, da zaradi neveljavnosti ali razveljavitve zavezovalnega posla tudi razpolagalni posel ni veljaven in da zato lastninska pravica na kupca nikoli ni prešla.

4. (Ne)prenehanje hipoteke, pridobljene v izvršbi

4.1 Prenehanje hipoteke zaradi prenehanja izvršbe

Izvršilni postopek se brez prodaje nepremičnine zaključi predvsem v primeru, če sodišče predlog za izvršbo zavrne ali zavrže. Nadalje lahko pride tudi do ustavitve izvršbe po uradni dolžnosti (med drugim), če je izvršilni naslov pravnomočno odpravljen, spremenjen, razveljavljen ali izrečen za neveljavnega oziroma če je razveljavljeno potrdilo o izvršljivosti. Sodišče, če zakon ne določa drugače, ob tem razveljavi tudi opravljena izvršilna dejanja, če s tem niso prizadete pridobljene pravice drugih oseb (čl. 76 ZIZ). To pomeni, da bo v zgoraj omenjenih primerih sodišče razveljavilo tudi sklep o izvršbi. To naredi izvršilno sodišče tudi v vseh drugih primerih, ko ugotovi ugovoru zoper sklep o izvršbi (npr. zato, ker je dolжник izpolnil obveznost) ter v primeru, ko sodišče ugotovi zahtevku za ugotovitev nedopustnosti izvršbe, ki še ni končana (čl. 58 ZIZ). O izbrisu zaznambe izvršbe (in o izbrisu hipoteke, ki jo je ob tem po uradni dolžnosti vknjižilo) pa govori tudi ZZK-1. Po čl. 90 ZZK-1 zemljiškoknjžno sodišče na podlagi obvestila izvršilnega sodišča (torej tudi izvršilno sodišče ravna po uradni dolžnosti) po uradni dolžnosti dovoli izbris zaznambe izvršbe (1) če je bil sklep o izvršbi razveljavljen oz. spremenjen tako, da je bil predlog za izvršbo zavrnjen ali zavržen ali (2) če je bila izvršba ustavljena zaradi umika predloga za izvršbo.³² V izvršbi pridobljena hipoteka torej lahko preneha na načine, ki pri pogodbeno ustanovljenih hipotekah ne pridejo v poštev.

³² Nisem prepričan, da je smotrna ureditev, da umik predloga za izvršbo povzroči prenehanje hipoteke, pridobljene v izvršbi (čl. 90 ZIZ-1). To namreč lahko oteži sporazumno ureditev razmerja med upnikom in dolžnikom. Najbrž bi bilo kdaj mogoče doseči dogovor o umiku predloga za izvršbo, če bi si upnik s tem ohranil hipoteko in vrstni red. Sicer je res, da se upnik z dolžnikom tudi naknadno lahko dogovori za pogodbeno ustanovitev hipoteke (v zameno za umik predloga za izvršbo) ali pa predlaga ustanovitev hipoteke kot sredstvo zavarovanja. Vendar pa je v tem primeru lahko izgubljen vrstni red, ki ga je upnik dosegel z zaznambo sklepa o izvršbi.

4.2 Ohranitev hipoteke ob neuspešni izvršbi

Nasprotno pa po čl. 194/4 ZIZ ustavitev izvršbe zaradi neuspešne prodaje ne povzroči prenehanja hipoteke (v tem se vidi, da hipoteka, pridobljena po ZIZ nima le poplačilnega namena, pač pa tudi zavarovalni namen – tako kot hipoteka, pridobljena pravno-poslovno). Sodišče ne razveljavi zaznambe sklepa o izvršbi v zemljiški knjigi. Prenehanja hipoteke tudi ne povzroči uspešen dolžnikov predlog po čl. 169 ZIZ, da naj se izvršba namesto na nepremičnino vodi na drug predmet. Zaznamba sklepa o izvršbi na nepremičnino ostane v veljavi, dokler upnikova terjatev ni poplačana (čl. 169/6 ZIZ).

4.3 (Ne)ohranitev hipoteke ob prenehanju izvršbe na predlog prednostnega upnika

Isto bi moralo veljati tudi v primeru ko do ustavitve izvršbe pride zato, ker je upnik, ki ima prednost pri poplačilu, predlagal, naj sodišče ustavi izvršbo, ker ugotovljena vrednost nepremičnine niti delno ne krije terjatve upnika, ki je predlagal izvršbo (čl. 180 ZIZ). Vendar pa za ta primer v ZIZ ni izrecno določeno, da upnik, ki je predlagal izvršbo, ohrani vsaj pridobljeno hipoteko. Kljub temu menim, da pridobljena hipoteka ostane v veljavi. ZZK-1 namreč v čl. 90 med primeri, ki povzročijo izbris zaznambe izvršbe (gl. zgoraj), ne omenja ustavitve izvršilnega postopka zaradi predloga prednostnega upnika po čl. 180 ZIZ. Čeprav torej čl. 180 ZIZ ne določa ohranitve hipoteke (drugače kot npr. čl. 194 ZIZ), pa iz pravil ZZK-1 lahko izpeljemo sklep, da se pridobljena hipoteka upnika, ki je predlagal izvršbo, zaradi ustavitve po čl. 180 ZIZ ne izbriše.

4.4 Prenehanje hipotek zaradi uspešne prodaje v izvršilnem postopku

Prenehanje hipoteke, pridobljene v izvršbi (pa tudi vsake druge hipoteke) povzroči uspešna prodaja nepremičnine v izvršilnem postopku. S sklepom o domiku sodišče odloči, katere vpisane pravice in bremena se izbrišejo (čl. 209 v zvezi s čl. 173 in 192 ZIZ). Izvršilno sodišče pa pravno-močen sklep o izročitvi nepremičnine kupcu po uradni dolžnosti pošlje zemljiškooknjiznemu sodišču, to pa po uradni dolžnosti izbriše hipoteke (gl. čl. 89, na splošno pa tudi čl. 46 v zvezi s čl. 40, tč. 7 ZZK-1). Vendar se šteje, da je hipoteka prenehala že s trenutkom pravnomočnosti sklepa o izročitvi nepremičnine kupcu (čl. 173/1 ZIZ); vknjižba prenehanja hipoteke je nato le deklarativna. Način prenehanja hipotek po SPZ je drugačen. Pri razlogih za prenehanje hipoteke po čl. 154 SPZ hipoteka ne preneha avtomatično (in tudi ne z vknjižbo, ki bi se opravila po uradni dolžnosti), pač pa z izbrisom, za izbris pa mora lastnik podati ustrezen zemljiškooknjizni predlog.

4.5 Ali prenehanje hipoteke po čl. 154 SPZ pride v poštev tudi pri hipotekah, pridobljenih v izvršbi?

Zaradi posebne ureditve v ZIZ in ZZK-1 pri hipoteki, ustanovljeni v izvršbi, ne pridejo, menim, v poštev načini prenehanja po 154 SPZ glede prenehanja hipoteke. Po čl. 154 SPZ je razlog za prenehanje hipoteke npr. plačilo terjatve. Za izbris hipoteke je v tem primeru treba priložiti ustrezno z.k. dovolilo hipotekarnega upnika. Vendar menim, da to v primeru prenehanja terjatve, o kateri se vodi izvršilni postopek in glede katere je bila v izvršbi ustanovljena hipoteka, ni dovolj. Prenehanje terjatve lahko povzroči ustavitve izvršilnega postopka (bodisi na podlagi ugovora, bodisi zaradi umika) in le razveljavitev sklepa o izvršbi je lahko podlaga za (1) izbris zaznambe izvršbe in (2) izbris vknjižbe hipoteke, pridobljene z zaznambo izvršbe. Slednje seveda lahko velja le v kontekstu izvršilnega postopka. Če pa se hipoteka, pridobljena z zaznambo izvršbe, »osamosvoji« od izvršilnega postopka (tj. če ob neuspešni prodaji izvršilni postopek preneha, hipoteka pa po čl. 194 ZIZ ostane v veljavi), zanjo pridejo v poštev vsi načini prenehanja po čl. 154 SPZ.

5. Pridobitev hipoteke s sredstvi zavarovanja

5.1 Predhodna odredba za predznambo hipoteke

V pravnem postopku v Sloveniji ni instituta predhodne izvršljivosti (izvršljivosti sodbe, ki še ni pravnomočna). Vendar pa upnik pri nas podoben učinek doseže s predlogom za izdajo predhodne odredbe. Ni namen tega prispevka obravnavati pogoje za izdajo predhodne odredbe (predvsem pojem objektivne nevarnosti), pač pa zgolj spomniti na ta institut, ki ga – presenetljivo – upniki vse preredko uporabljajo. Predhodna odredba namreč omogoča kar učinkovito zavarovanje za upnika, ki že ima obsodilno sodbo sodišča prve stopnje, zoper katero pa je toženec vložil pritožbo (čl. 257 ZIZ).³³ Ravnanje zemljiškoknjižnega sodišča s predhodno odredbo določa čl. 51 ZZK-1. Izvršilno sodišče mora o izdaji predhodne odredbe obvestiti zemljiškoknjižno sodišče in temu obvestilu priložiti sklep o predhodni odredbi (Čl. 98 v zvezi s čl. 51 ZZK-1). Če bo izvršilni naslov nato postal pravnomočen, bo upnik lahko zahteval izvršbo in

³³ Presenetljivo je predvsem, da upniki, ki so že v teku pravnega postopka dosegli začasno odredbo prepovedi odsvojitve in obremenitve nepremičnine, po prejemu obsodilne sodbe sodišča prve stopnje takoj ne zahtevajo, da se izda predhodna odredba za predznambo hipoteke (čl. 260/1, tč. 6 ZIZ). S tem bi namreč upnik dosegel bistveno bolj učinkovito sredstvo zavarovanja, kot ga nudi začasna odredba. Predznamba hipoteke namreč drugače kot začasna odredba prepovedi obremenitve in odsvojitve zagotavlja stvarnopravne učinke in prednost vrstnega reda (ter ločitveno pravico v stečajju).

ob zaznambi izvršbe bo zemljiškooknjižno sodišče po uradni dolžnosti dovolilo tudi vknjižbo pridobitve hipoteke v vrstnem redu predznamovane hipoteke (čl. 52/3 ZZK-1). To pomeni, da bo vrstni red upnika v tem primeru varovan že od trenutka, ko je prišlo do predznambe hipoteke na podlagi predhodne odredbe. Če pa predznamba ne bo upravičena (tj. predvsem v primeru, če bo pritožbeno sodišče v pravnem postopku sodbo spremenilo tako, da bo zahtevek zavrnilo, ali v primeru, če v času, za katerega je veljala, upnik ni zahteval izvršbe ali pa je bil predlog za izvršbo zavrjen ali zavržen; čl. 59/1 ZZK-1), pride do izbrisa predznambe hipoteke (čl. 59 ZZK-1). Glede tega je treba dodati, da sme predhodna odredba trajati največ še osem dni po nastopu pogojev za izvršbo (čl. 263/2 ZIZ); možno pa je podaljšanje na predlog upnika (čl. 263/3 ZIZ). Do izbrisa pride na predlog lastnika. V tem primeru je hipotekarni upnik tisti, ki bo moral dokazati (z listinami), da pogoji za izbris predznambe hipoteke niso izpolnjeni. Glede razmerja med ZIZ in ZZK-1 pa je treba pojasniti še naslednje: Predhodna odredba avtomatično preneha veljati le zaradi razloga poteka časa: osem dni po nastopu pogojev za izvršbo (čl. 263 ZIZ in čl. 59 ZZK-1). Zato v tem primeru lastnik (oz. »dolžnik«) neposredno lahko poda zemljiškooknjižni predlog za izbris. V primeru, ko začasna odredba postane »brezpredmetna« zato, ker je bilo pravnomočno ugotovljeno, da terjatev ne obstoji, pa bo moral lastnik (oz. »dolžnik«) najprej podati predlog za prenehanje predhodne odredbe po čl. 264 ZIZ, šele po prenehanju predhodne odredbe pa bo lahko podal predlog za izbris predznambe (gl. čl. 57/1 ZZK-1).

5.2 Ustanovitev zastavne pravice na nepremičnini kot sredstvo zavarovanja

Ustanovitev hipoteke je lahko končni predmet posebnega postopka zavarovanja (čl. 242-245 ZIZ). Izkoristi jo lahko upnik, ki že ima izvršljiv izvršilni naslov in ki bi torej že lahko predlagal izvršbo. Upniku pa morda (zaradi dogovora z dolžnikom ali zaradi neprimerne časa za prodajo ali iz drugih razlogov) ni v interesu, da že zahteva izvršbo, želi pa doseči stvarnopravno zavarovanje. Hipoteka se pridobi z vknjižbo v zemljiški knjigi, ob čemer se zaznamuje tudi izvršljivost zavarovane terjatve (čl. 244/2 ZIZ). To sredstvo zavarovanja lahko uporabi tudi upnik, ki že ima hipoteko na nepremičnini – v tem primeru se v zemljiški knjigi sicer ne ustanovi nova hipoteka, pač pa se k stari zaznamuje izvršljivost terjatve. ZIZ sicer določa, da se v postopku zavarovanja smiselno uporabljajo določbe, ki veljajo za postopek izvršbe (čl. 239 ZIZ); vendar pa to lahko velja le za postopanje izvršilnega sodišča, ne pa tudi za postopanje zemljiškooknjižnega sodišča. Vendar ima ZZK-1 tudi relevantne izrecne določbe. Tako je sklep o zavarovanju denarne terjatve z zastavno pravico na nepremičnini, s katerim je izvršilno sodišče odredilo vknjižbo te zastavne pravice, ena izmed listin, ki so podlaga za vknjižbo (čl. 40 ZZK-1); vknjižba pa se na tej podlagi opravi po uradni dolžnosti (čl. 46/1 ZZK-1). Izvršilno sodišče mora sklep o zavarovanju poslati izvršilnemu sodišču (čl. 46/2 ZZK-1). Pomembno je pri tem, da ZZK-1 s tem v zvezi določa pogoj, da mora biti odločba

pravnomočna; to določa že v čl. 40/1, tč. 7, nato pa tudi v čl. 46/2, ko opredeljuje čas, v katerem mora sodišče poslati odločbo. Pridobitev hipoteke torej s tem sredstvom zavarovanja, kot izhaja iz pravil ZZK-1 (ne pa tudi iz pravil ZIZ) ne more nastati pred pravnomočnostjo sklepa o zavarovanju. Glede prenehanja se hipoteka, ustanovljena z obravnavanim sredstvom zavarovanja, razlikuje od hipoteke, pridobljene v izvršbi. Slednja je namreč delno vezana na uspeh izvršilnega postopka, hipoteka kot sredstvo zavarovanja pa ostane. Kadar bo kasneje upnik zahteval izvršbo, pa mu bo varovala vrstni red (gl. zgoraj). Glede publicitetnih učinkov pa glede te hipoteke velja isto kot glede hipoteke, pridobljene v izvršbi. Dobrovernega upnika načelo zaupanja v zemljiško knjigo ne varuje, saj hipoteke tudi v tem primeru ni pridobil v pravnem prometu.

Literatura

1. ANGST ET AL, Exekutionsordnung – Kommentar, Manz, Dunaj, 2000.
2. BROX, WALKER, Zwangsvollstreckungsrecht, Heymanns Verlag, Köln, 1986.
3. GALIČ, Pravice kot podlaga za ugovor tretjega v izvršilnem postopku, Izbrane teme civilnega prava, Inštitut za primerjalno pravo pri PF v Ljubljani, 2006.
4. HOLZHAMMER, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Aufl., Springer Verlag, Wien, 1993.
5. JENULL, GALIČ, JAN, ZIZ – komentar novele in uvodna pojasnila, GV Založba, Ljubljana, str. 356.
6. JUHART ET AL. SPZ s komentarjem, GV Založba, Ljubljana, 2004.
7. P LAVŠAK, ZZK-1 z uvodnimi pojasnili, GV Založba, Ljubljana, 2003.
8. RECHBERGER, SIMOTTA, Exekutionsverfahren, WUV-Universitätsverlag, Wien, 1989.
9. ROSENBERG, GAUL, SCHILKEN, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., Beck, München, 1997.
10. RATNIK, Zastavna pravica, GV Založba, Ljubljana, 2006.