

O pozivnih pravnih.

II. O pozivu pri nameravani stavbi.

(Dalje.)

Zeiller (v svojem komentaru), Schuster (v navedeni knjigi), Stubenrauch (v komentaru), Nippel (v „Erläuterungen“), Randa (v svojih knjigah: „Besitz“, „Eigentum“, „Wasserrecht“) zastopajo nazor, da so na podlogi določb §-ov 364. in 1305. obč. drž. zak. v našem pravu dovoljene vse posredne immisije.

Proti temu nazoru se je prvi obrnil Mages v znamenitih svojih člankih „über Nachbarrecht“, priobčenih v „Ger. Zeitg.“ letniku 1871. Magesu so se potem pridružili: Pfaff v svoji monografiji „über österr. Schadenersatz, 1880“; Unger s prej navedenim člankom v „Grünhut's Zeitschrift“, konečno pa Steinbach v „Jur. Bl.“ letniku 1888, št. 21 in 22 s članki „die Rechtsgrundsätze, betreffend den Ersatz von Vermögensschäden.“

S tem vprašanjem bavi se je tudi shod avstrijskih odvetnikov leta 1887., kjer so referent dr. Neumayer, predlagatelj dr. Brunstein in dr. Rabel zastopali Magesov nazor, ne da bi jim kedo protivil se, ob enem pa priznavali, da so določbe obč. drž. zakonika v tej reči jako nedostatne in zahtevali so zato, da je ustanoviti legalne servitute.

Kar se tiče prvega nazora, to pravi Nippel: če je prememba, katero povzroča uporaba lastninske pravice v lastninski pravici kakega drugega, le sredstvo tej uporabi, potem se dogodi pravi poseg v tujo lastnino, kajti v tem slučaju ne uporabljam neposredno svoje lastnine, ampak tujo lastnino v korist moje; kjer pa tega ni, kjer je prememba le posledica, ne pa sredstvo uporabe, tam ni pravega seganja v tuje pravice.¹⁾

¹⁾ Prav tako Stubenrauch. A Zeiller se v svojem komentaru izraža jako splošno, vendar pa je posneti nazor, da so posredne immisije dovoljene.

Randa trdi, da zakon pod izrazom „Eingriff“ (§ 364. obč. drž. zak.) razumeva le tako vplivanje na tujo stvar, katero bi ustanovilo kako afirmativno služnost, ali pa kako drugo stvarno pravico uporabe tuje stvari, ne pa tudi posrednih immisij, kajti avstrijsko pravo ni na stališči rimskega prava, ki immisije le dovoljuje, ako ne prestopajo mere navadnega nadlegovanja. Koliko posredne immisije v našem pravu niso dovoljene, to določajo posamični specialni zakoni in presojo o tem prepuščajo upravnim oblastvom.

Kar se tiče protivnega nazora, to navajam najprvo mnenje Mages-ovo. Ta pravi mej drugim: Določba §-a 1305. obč. drž. zak. se tolmači napačno, kajti prezira se, da je ta § ponarejen po rimskem reku „nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur“. Ako sme upravičenec uporabljati svojo pravico navadno po celem obsegu, dasi s tem drugemu škoduje, tako mora vendar pogoj tej uporabi vedno biti to, da se ne zadevate dve pravici jednake vsebine in jednake moči druga ob drugo. Ne more biti lastniku dovoljeno, vporabljati svoje pravice tako, da čez njeno matematično mejo pošilja taka telesa ali take moči, ki posredno ali neposredno segajo v tujo lastnino. Dispozicijska pravica lastnikova je le takrat neomejena, ako si jo mislimo ne gledé na razmerje s sosedom. Zaradi te razmere pa je lastnik prisiljen, zdržati se takih dejanj, katera, če tudi le po posledicah, povzročujejo premembo v sosedovi lastnini. Vendar pa tega načela ni smeti izvajati z vso doslednostjo, kajti sicer pridemo do ekstrema, protivnega onemu, v kateri dospejo zastopniki absolutne teorije lastninske pravice. Pravo mejo more določiti le umetnost praktičnega življenja, znanost more ustanoviti le splošna določila.

To mejo določa potem Mages tako-le:

- a) Pri lastninski pravici je pred vsem ščititi njen vžitek. Poškodba lastnine, ne da bi si lastil vlade nad njo, je pa pravno le tedaj pomenljiva, kedar povzroča zmanjšanje užitka, zmanjšanje imetja;
- b) narava vstvarja stanje, ko temu kaj podeljuje, drugemu kaj jemlje, ne daje pa pravic. Premembo v tuji lastnini mora torej povzročiti človeška roka. Če je premembo povzročilo le vplivanje naravnih močij, za to lastnik ni odgovoren;

- c) lastnina sega le do svojih mej. Če ima korist po ugodni svoji legi in jej sosed, uporablja svojo lastnino, to ugodnost odvzame, tedaj za to ni odgovoren;
- d) lastnika ni moči siliti v kako pozitivno dejanje sosedu na korist. Če torej kako tako dejanje opusti in ima sosed škodo, za to ni odgovoren.
- e) nadlegovanje, katero nastane sosedu le po pravilni uporabi lastnine, mora trpeti sosed. Sosed mora torej svojo lastnino izvenredno uporabljati; a tudi nadlegovanje, katero s tem povzroča, mora biti izvenredno, sicer je trpeti je.

Pfaff izvaja na podlogi zapisnikov k obč. drž. zakoniku, da v §-u 364. obč. drž. zak. nikakor ni ustanovljena absolutistična moč lastninske pravice, nego tedaj, kedar se ta pravica zadeva ob drugo, protivno pravico, omejiti je jedno teh pravic ali pa obe.

To razlago Pfaffovo je dr. Brunstein na imenovanem odvetniškem shodu popolnjeval še z drugimi določili iz zapisnikov.

Unger zasnuje svojo teorijo na podlogi, da se dispozicijskemu upravičenju (*jus utendi*) jednega lastnika protivi izključujoče upravičenje (*jus prohibendi*) drugega lastnika ter naopak, da je pravu naloga, obema okrožjema lastninskih pravic določiti mejo, tako da lahko vsak lastnik uživa svojo stvar, in da bi brezozirno zvrševanje lastninske pravice privedlo do boja vseh proti vsem. Vzklic na § 1305. obč. drž. zak. je „*petitio principii*“, kajti to pač je vprašanje, kje je pravna meja zvrševanju lastninske pravice. Argumentacija „*a contrario*“ §§-ov 475.—477. obč. drž. zak., katera izvaja, da mora sosed vse potrpeti, kar ne tvori bistva kakih, v teh §§-ih določenih služnostij, je kriva, kajti meje lastninski pravici ni moči določiti na podlogi služnosti, ker določiti treba prej, česa sosedu ni treba trpeti, a potem je uže samo po sebi tudi določeno, da mora nasprotnik pridobiti služnost, če hoče sosedu prisiliti, da trpi dotično seganje v njegovo lastnino. Rimsko pravo daje proti substancijalnim imisijam sosedu „*actionem negatoriam*“ prav tako, kakor proti afirmativnim služnostim, a proti takozvanim „*Rückwirkungen*“ daje „*cautionem damni infecti*“. Avstrijsko pravo je vse imisije neposredne in posredne zbralo v jeden pojem in ta pojem zaznamovalo z izrazom „*Eingriff*“. Zato pa sosedu pristojna proti vsem imisijam „*actio negatoria*“. Nedopustne pa so samó take

posredne immisije, s katerimi segamo v pravno obsežje sosedovo, ne pa tudi immisije, s katerimi segamo v njegov obseg samih interesov. Zatorej lastnik hišo lahko zida ali jo zviša, če tudi sosedu odvzame luči in svetlobe, lahko koplje vodnjak, če tudi odtegne vodo sosednemu zemljišču.¹⁾ V takih slučajih sosed le izgubi korist, katero je užival po ugodnih okolnostih, a do katere nima pravnega zahtevka.

Nadaljujoč svoje razprave izvaja Unger to-le: 1.) Posredno seganje, ki ni niti kvarno, niti nadležno, mora sosed vedno trpeti. 2.) Tudi kvarno in nadležno seganje mora sosed trpeti, če ne presega tistega, kolikor je takšno poseganje navadno v dotičnem kraju.

Pri obrtnih podjetjih, kjer treba oblastvene koncesije, pa mora to zasebno-pravno načelo umakniti se javnemu pravu, katero je v takih slučajih jedina podloga presoji, koliko mora sosed trpeti immisije.

Steinbach naglašja, da je teorija, katero zastopajo Mages, Pfaff ter Unger in ki izvira iz Iheringovih načel, odločilna za prihodnji razvoj našega prava, ter to teorijo popolnem akceptuje.

Konečno naj omenjam, da Randa v najnovejši svoji knjigi „Wasserrecht“ (1891, str. 135, not. 14) izkorišča zapisnike o obč. drž. zak., s katerimi Pfaff utemeljuje svoj nazor, za svoje mnenje in še naglašja, da se, dovoljujoč posredne immisije, nikakor ne napravi boj vseh proti vsem, ker je naloga upravnih oblastev, da to preprečijo, in ta oblastva morajo po okolnostih prohibitivno ali represivno poseči vmes.

Kar se tiče judikature, navajam te-le odločbe najvišjega sodišča:

A kopal je jarek tik zidu *B*-jevega tako, da je zid bil v nevarnosti podreti se. Tožba zaradi motene posesti se je odbila, ker *A* ni segal v lastnino *B*-jevo (odločba z dne 5. novembra 1856, št. 10461, Gl.-U. 253).

Mestna občina ponižala je cesto in zaradi tega bi se bila kmalu *B*-jeva hiša podrla. Tožbo na pripoznanje odškodnine za

¹⁾ Randa smatra podzemno vodo za „res omnium communis“ in zato sosedu ne daje pravice braniti, da lastnik izkoplje vodnjak („Wasserrecht“ 1891. str. 36 in nasl.). Mages dovoljuje to immisijo iz gore pod *c)* navedenega razloga.

potrebne poprave so zavrnil, ker je občina uporabljala svojo lastnino in ni kopala na *B*-jevem svetu (odločba z dne 19. majnika 1858, št. 4348, Gl.-U. 573).

V istem smislu so tudi odločbe z dne: 12. majnika 1857, št. 4074, Gl.-U. 345; 30. novembra 1856, št. 7576, Gl.-U. 2629; 2. marcija 1875, št. 2046 v „Ger. Zeitg.“ št. 63 de 1876; 24. julija 1879, št. 7493 v „Ger. Zeitg.“ št. 16 de 1881; 2. septembra 1884, št. 10125 v „Ger. Zeitg.“ št. 88 de 1884; 24. aprila 1888, št. 4899 v „Sl. Pravniku“ št. 12 de 1888; 7. avgusta 1890, št. 8853 v „Ger. Halle“ št. 8 de 1891; 17. novembra 1885, št. 13230, Gl.-U. 10791 i. t. d.

Protivne so odločbe:

A je sezidal tovarno za cement in sapa je zanašala iz nje prah na *B*-jev travnik. Tožbi na pripoznanje odškodnine se je ugodilo, ker §-a 364. in 1305. obč. drž. zak. *A*-ju ne dajeta pravice započenjati dejanja, ki kvarijo *B*-jevo lastnino (odločba z dne 14. decembra 1871, št. 12629, Gl.-U. 4361).

A odkopal je od svojega travnika tik meje *B*-jeve višje ležeče njive kos zemlje, tako da se je prst z njive na travnik podsipala. Tožbi zaradi motene posesti se je ugodilo, ker je uporaba sosednih zemljišč le toliko dovoljena, da se mejašu ne stori nemogoče zvrševanje njegove posesti (odločba z dne 3. novembra 1875, št. 11849, Gl.-U. 5898).

V tem smislu sta tudi odločbi z dne 7. aprila 1873, št. 3482 v „Ger. Zeitg.“ št. 47 de 1873 in z dne 21. aprila 1859, št. 4349 Gl.-U. 2057.¹⁾

Iz teh podatkov je torej razvidno, da se niti v teoriji niti v judikaturi ni doseglo soglasja v toli perečem vprašanji sosedskega prava.

Vender pa je iz povedanega posneti, da so pri nameravani stavbi ugovori zaradi posrednih immisij dopustni, vprašanje je le, koliko in, ali jih je soditi s stališča zasebnega, ali pa s stališča javnega prava; o tem bode nižje govor.

¹⁾ Glej tudi odločbo upravnega sodišča z dne 17. aprila 1886, št. 815, proti kateri polemizuje dr. Edmund Benedikt v „Jur. Bl.“ št. 52 de 1887 s člankom „zur Sicherung des Grundeigentums gegen Bergschäden.“

Toliko ob ugovorih, katere lahko sosed provaja proti nameravani stavbi pri lokalni komisiji.

Sedaj se obrnimo do vprašanja, kaj je posledica teh posamičnih ugovorov.

Da bode politično oblastvo vse zgoraj pod 1) navedene ugovore zavrnilo na pravno pot, ne bode dvomno, ker imajo vsi ti ugovori samo zasebno-pravni značaj.

Razmotriti je torej, kako bode stavitelju postopati glede teh ugovorov.

Ad 1 a) Če je stavitelj posestnik — seveda pošten posestnik — zemljišča, ugovarjatelj pa trdi, da je on lastnik (ta slučaj nastane sešobno lahko, ako je na pr. stavitelj kot tožitelj zoper sosedu dobil bil pravdo zaradi motene posesti in hoče sedaj na podlogi zaščite te posesti zidati) ali pa solastnik, tedaj ima stavitelj dve poti. Prične lahko stavbo, ne da bi pozvan bil nasprotnik, kajti v smislu §-a 329. obč. drž. zak. sme stvar, katero poseduje, poljubno uporabiti, torej tudi zidati, ne da bi bil komu za to odgovoren. Tudi nasprotnik uprav iz tega razloga in tudi zato, ker ni posestnik, ne more proti njemu postopati po smislu §-ov 340., 341. obč. drž. zak. in pred sodiščem zahtevati, da se stavba prepové. Toda, ako je stavitelj previden, ne bode nastopil te poti: kajti sosed mu bode po smislu §-a 418. obč. drž. zak. stavbo prepovedal, potem pa vložil lastninsko tožbo, in ako to pravdo dobi, onda je stavitelj od dneva tožbe nepravičen posestnik in ga je smatrati za poslovodjo brez naloga (§ 418. ibidd.) ter bode smel zahtevati samo odškodnine za stavbo, a tudi to le tedaj, kedar je stavba nasprotniku v očividno korist; ako pa ni, dati bode moral temu celo popolno zadostilo (§ 1037., 1038. obč. drž. zak.).

Varnejše je torej, da predno prične stavbo, pozove ugovarjatelja, naj prevede lastninsko svojo pravico. V tem slučaju bode torej pozvana tožba lastninska tožba.

Naopak: Če je stavitelj lastnik, ugovarjatelj pa posestnik dotičnega zemljišča. Tu je le-tá po §-u 323. obč. drž. zak. zaščičen proti pozivanju, in stavitelju ne preostaje drugega, nego da po redni pravni poti vloži lastninsko tožbo.

Ako je brezdvomno, da je ugovarjatelj solastnik in se temeljem solastninske pravice upira stavbi, potem v očigled do-

ločbam §§-ov 828., 833.—835. obč. drž. zak. ne pride do pozivanja, nego stavitelj bode moral nastopiti pot, v teh zakonovih določbah označeno. Če pa temu protivno vender vloži pozivno tožbo in jej ugovarjatelj takoj odgovori s pozvano tožbo, potem bode ta tožba „actio negatoria“, zasnovana na določbi §-a 828. obč. drž. zak.

Ad 1 b) Če je mejaš posestnik kake služnostne pravice na staviteljevem zemljišči, ne sme ga pozvati stavitelj; če pa ga vender pozove, ta pa vloži takoj pozvano tožbo, ta tožba bode „actio confessoria“.

Če je samó upravičenec kake take služnosti, posestnik pa ne, potem bode poziv dopusten in pozvana tožba bode „actio confessoria“.

To sta sploh jedina slučaja, v katerih je pozvana tožba „actio confessoria“.

Kar se tiče ugovorov pod 2), ločiti je tudi tukaj neposredne immisije (pod 2 a) od posrednih (pod 2 b).

Ad 2 a) Tudi tu je brezdvomno, da bode upravno oblastvo glede tega ugovora napotilo stranki na pravno pot, in sedaj možni so ti-le slučaji:

- z) Ako se pri lokalnem ogledu upravnega oblastva brezdvomno dožene, da stavitelj z nameravano stavbo sega v lastninsko pravico sosedovo, tedaj je sosed uže temeljem posesti in temeljem prostosti svoje lastnine zaščiten proti pozivanju, kajti njegova dolžnost ni, dokazati posesti in prostosti svoje lastnine, ampak nasprotnik mora dokazati, da je pridobil pravico, ki prostost lastnine utešnjuje. V tem slučaji bode stavitelju takoj nastopiti redno pravno pot, kjer bode dokazoval, da je pridobil služnost sosedovemu zemljišču v breme. Toda, če stavitelj nastopi pozivno pot, nasprotnik pa, mestu odgovora na pozivno tožbo, vloži pozvano tožbo in v njej dokazuje seganje v svojo lastnino, onda te tožbe zgolj zaradi tega, da bi stavitelj moral kot tožitelj nastopiti redno pravno pot, vender ne bode moči zavrniti tem manje, ker je v pozvani pravdi zaradi stavbe razmotrivati jedino le vprašanje, ali so ugovori

stvarno in po zakonu utemeljeni ali ne.¹⁾ Tu bode tedaj pozvana tožba „actio negatoria“.

- β) Ako se pri lokalnem ogledu tako seganje ne dožene brezdvomno, nego ostane sporno, tedaj bode stavitelj, ki po svojem mnenji s stavbo nikakor ne sega v sosedovo lastnino, uspešno lahko pozval nasprotnika, naj dokaže, da bode ta poseg venderle nastopil. Tedaj pa bode pozvana tožba eminentno „actio negatoria“, kajti sosed bode moral dokazati, da stavitelj s stavbo, kakeršno namerava, v istini sega v njegovo lastnino, na pr. da se bode sneg podiral na njegov svet, akoprav streha ne molí v njegovo ozračje. V tem slučaju si stavitelj niti drugače pomagati ne more, razun da izzove ugovarjatelju negatorno tožbo, kajti on proti njemu nima nikake tožbe. V potrdilno tožbo (Feststellungsklage) siliti ga ní moči, ker bi on v tej tožbi prevzel dokazno breme, katero zadeva nasprotnika.
- γ) Ako stavitelj uže ima služnost sosednemu zemljišču v breme, potem pa sosed ugovarja, da bode s stavbo razširil to služnost. Na pr. streha staviteljevega poslopja sloni na zidu sosedovem, sedaj pa stavitelj hoče napraviti novo, mnogo težjo streho, in sosed ugovarja, da bode zaradi tega njegov zid mnogo več trpel — ali: stavitelj ima pravico, da iz svoje hiše odvaja dim po dimniku sosedove hiše in je do sedaj samo dim iz jedne peči tako odvajal; zviša pa svojo hišo za jedno nadstropje in hoče tudi dim iz dotičnih pečij odvajati po sosedovem dimniku i. t. d. Spor suče se le okolo tega, je li to sploh razširjenje služnosti ali ne. Stavitelju, ki trdi, da ni razširjenje, ne kaže drugega, kakor pozvati nasprotnika, da dokaže svoj odpor. Pozvana tožba bode torej trdila, da toženec - stavitelj neupravičeno razširja služnost, torej posega v lastnino njegovo. Tudi ta tožba je očividno „actio negatoria“.

¹⁾ Glej plen. odločbo z dne 17. decembra 1872, št. 12114 v „Ger. Ztg.“ št. 34 de 1873.

(Dalje prihodnjič.)

I. Kavčnik.

