

Strokovni članek
UDK 347.4:347.2:347.9(497.4)

Praktični primeri glede razmerja med obligacijsko in stvarnopravno naravo zahtevka

DR. ALEŠ GALIČ,
izredni profesor na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

Prispevek nima ambicije doseči ravni znanstvenega dela. Želi pa na praktičnih primerih pokazati, da je za pravilno uporabo procesnega prava nujno predhodno razumeti temeljne pojme civilnega prava, predvsem razmerje med obligacijskim in stvarnim pravom oziroma pravicami.

Primer 1: Odtujitev stvari, o kateri teče pravda

A je tožil B-ja, naj mu vrne računalnik, ki mu ga je B ukradel (varianta: ki ga je A B-ju posodil). Skliceval se je na svojo lastninsko pravico (reivindikacijska tožba). Med pravdo je B računalnik prodal C-ju, nato pa je ugovarjal, da računalnika nima in da ga zato ne more vrniti. Kaj bo storilo sodišče?

A je z B-jem sklenil prodajno pogodbo glede določenega avtomobila. Ker B avtomobila ni izročil, je A proti njemu vložil tožbo za izpolnitev pogodbe (tj. izročitev avtomobila). Med pravdo je B avto prodal in izročil C-ju. Ali sodišče zahtevku lahko ugotovi in ali bi obsodilna sodba učinkovala tudi zoper C-ja?

Po 190. členu Zakona o pravnem postopku¹ (v nadaljevanju ZPP) odtujitev stvari ali pravice, o kateri teče pravda, ni ovira, da se pravda med istima strankama ne dokonča. Vendar ne gre le za to, da se pravda med prvotnima strankama ne bi mogla končati (pravda se ne nazadnje lahko konča tudi z zavrženjem tožbe ali z zavrnitvijo zahtevka). Gre za to, da bo sodišče pravdo »končalo«, ne da bi pri tem upoštevalo, da je med pravdo prišlo do spremembe stvarne legitimacije – torej če bo ugotovilo, da je bila stvarna legitimacija podana med prvotnima strankama, bo zahtevku *ugodilo* ne glede na odtujitev med pravdo. To je odmik od splošnega

¹ Uradni list RS, št. 27/99 in nasl.

pravila, po katerem sodišče sodi glede na stanje ob zaključku glavne obravnave (in ne stanje ob vložitvi tožbe). Vendar tudi to še ni najbolj pomembna posledica 190. člena ZPP. Tožniku namreč sama po sebi še ne koristi sodba, s katero sodišče tožencu naloži, da na primer vrne tožniku določeno stvar. Ta stvar je namreč zaradi odtujitve že pri tretji osebi, zato tožnik z izvršbo proti tožencu do svoje stvari ne bi mogel priti. Najpomembnejša posledica 190. člena ZPP je v tem, da bo sodba, izdana med »prvotnima« strankama, neposredno (z učinkom pravnomočnosti) učinkovala tudi proti osebi, ki je stvar pridobila med pravdo (smiselno enako velja za odtujitve na strani tožnika). Tožnik bo torej lahko na podlagi sodbe, ki se glasi na ime toženca, zahteval izvršbo proti tretji osebi – tisti, ki ji je toženec sporno stvar odsvojil med pravdo. Gre torej za pomembno razširitev subjektivnih mej pravnomočnosti: pravnomočnost sodbe se razteza tudi na singularnega pravnega naslednika, in sicer ne le v primeru, da je do tega pravnega nasledstva prišlo po pravnomočnosti, pač pa že v primeru, da je do singularnega pravnega nasledstva prišlo po vročitvi tožbe tožencu. Dodatno vprašanje je, ali mora tožnik zaradi odtujitve prilagoditi zahtevek, tako da zahteva izpolnitev v korist oziroma v breme pridobitelja. Na to se nanašata tako imenovani relevantna in irrelevantna teorija (vendar to za obravnavani primer ni bistveno).

Namen ureditve po 190. členu ZPP je v zavarovanju položaja tožnika. Nujno je namreč preprečiti, da bi se toženec obsodbe v pravnem postopku na primer za izročitev določene stvari ob lastninski tožbi lastnika enostavno rešil tako, da bi med pravdo stvar odtujil tretji osebi, nato pa ugovarjal, da stvari več nima v posesti in zato lastninska tožba ne more biti naslovljena nanj (za lastninsko tožbo je pasivno stvarno legitimiran tisti, ki ima stvar v posesti, pa ni lastnik). Glede odtujitev (stvari ali terjatve) na strani samega tožnika pa je namen 190. člena ZPP zagotoviti, da obstoj pravde ne bo prizadel tožnikove (upnikove) razpolagalne sposobnosti (v pravnem in v ekonomskem smislu); tožnik lahko zato tudi v teku pravde neovirano razpolaga s stvarjo oziroma pravico, na katero se nanaša pravda.

Odtujitev stvari, o kateri teče pravda, pomeni naknadno ločitev procesne od stvarne legitimacije. Ugotovitev, da je zaradi odtujitve prišlo do prenosa stvarne legitimacije, je za možnost uporabe 190. člena ZPP nujna. Treba je opraviti preizkus (ko gre za odtujitev na strani toženca), *ali bi v primeru, da bi do odtujitve prišlo že pred pravdo, tožnik s tožbo uspel le, če bi jo vložil proti pridobitelju.*

Iz navedenega izhaja pomembna ugotovitev: uporaba 190. člena ZPP *ne pride v poštev, ko gre za tožbo o obligacijski pravici* glede določene stvari (na primer tožba za izpolnitev prodajalčeve obveznosti izročitve stvari iz prodajne pogodbe), pa toženec v teku pravde odsvoji stvar, ki je predmet prodajne pogodbe. V tem primeru namreč *ne pride niti do prenehanja stvarne legitimacije toženca niti do nastanka stvarne legitimacije pridobitelja*. Obligacijskoppravna zaveza prodajalca, da izroči stvar, na katero se nanaša prodajna pogodba, je neodvisna od tega, ali on stvar sploh ima oziroma ali je njen lastnik. Okoliščina, da prodajalec ni lastnik stvari, ne vpliva

niti na veljavnost prodajne pogodbe (gl. 440. člen Obligacijskega zakona,² v nadaljevanju OZ) in enako tudi naknadna izguba lastninske pravice prodajalca seveda ne povzroči, da s tem preneha prodajalčeva zaveza, da izpolni tisto, k čemur se je zavezal s prodajno pogodbo (če se bo v izvršilnem postopku izkazalo, da pogodbe ne more izpolniti, ker ni lastnik in zato ne more prenesti lastninske pravice, se pač izpostavi sankcijam, vključno odškodninskimi zaradi neizpolnitve pogodbe). Odtujitev stvari, ki je predmet prodajne pogodbe, torej ne povzroči prenehanja pasivne stvarne legitimacije toženca – prodajalca glede obveznosti, da to stvar izroči kupcu. Enako pa velja tudi glede položaja pridobitelja. Enako kot v primeru, ko prodajalec sklene prodajno pogodbo glede tuje stvari, ta pogodba seveda ne ustvarja nikakršnih obveznosti za lastnika stvari, tudi okoliščina, da tretja oseba po sklenitvi prodajne pogodbe pridobi lastninsko pravico na tej stvari, ne pomeni, da zanj učinkuje obveznost, da to stvar izroči osebi, s katero je prejšnji lastnik sklenil prodajno pogodbo. Kupec ima obligacijskopravno pravico do izročitve stvari (izpolnitve pogodbe) le zoper prodajalca, ne pa zoper osebo, ki je naknadno pridobila to stvar. To velja tako v primeru, ko do odsvojitve stvari pride že pred pravdo (tudi v primeru, ko prodajalec namesto kupcu že pred pravdo stvar izroči tretji osebi, bi kupec z zahtevkom za izročitev te stvari uspel le s tožbo zoper prodajalca, ne pa zoper tretjo osebo), kot tudi v primeru, ko do odsvojitve pride v času med pravdo. Ne gre za položaj, ki ustreza navedenemu preizkusu, ali bi tožnik, če bi do odsvojitve prišlo že pred pravdo, z zahtevkom uspel le, če bi tožbo vložil proti pridobitelju. Vse navedeno izhaja iz razlikovanja med obligacijskopравnim in stvarnopravnim področjem. Obstoj obligacijskopравne obveznosti izpolnitve pogodbe je neodvisen od stvarnopravnega položaja glede vprašanja, kdo je lastnik stvari, ki je predmet pogodbe. Sprememba lastniškega položaja ne povzroči niti prenehanja obveznosti (stvarne legitimacije) dolžnika iz pogodbe (ne gre za naknadno nemožnost izpolnitve, kot je to lahko na primer pri uničenju stvari) niti nastanka obveznosti (pridobitve pasivne stvarne legitimacije) osebe, ki ima ali je naknadno pridobila lastninsko pravico na stvari, ki je predmet pogodbe. V obravnavanih položajih, ko na primer prodajalec v teku pravde za izpolnitev pogodbene obveznosti stvar proda še enkrat in jo izroči drugemu kupcu, se torej tožnik ne more zanesti na 190. člen ZPP. Glede zahtevkov obligacijskopравne narave 190. člen ZPP pride v poštev le v zvezi z najemno oziroma zakupno pogodbo – pri tej namreč velja specifična ureditev o prevzemu obligacijskopравnega položaja zaradi odtujitve stvari, ki je bila dana v najem oziroma zakup (610. člen OZ).

Obravnavana določba varuje tožnikov položaj predvsem, ko gre za *stvarnopravne* zahtevke. Pri stvarnopravnih zahtevkih je namreč pogosto, da se obstoj stvarne legitimacije veže na posest toženca (tipično pri reivindikacijski tožbi; drugi odstavek 92. člena Stvarnopravnega zakonika,³ v nadaljevanju SPZ). Predvsem v takšnem primeru je nujno, da je tožnik zavarovan

² Uradni list RS, št. 83/2001 in nasl.

³ Uradni list RS, št. 87/2002.

pred možnostjo, da bi toženec med pravdo stvar odtujil. Z izgubo posesti namreč toženec izgubi tudi pasivno stvarno legitimacijo pri reivindikacijski tožbi, nastane pa pasivna stvarna legitimacija novega posestnika. Po splošnem pravilu (če ne bi bilo 190. člena ZPP) bi bilo to za tožnika usodno – sodišče namreč ne sodi glede na stanje ob začetku postopka (ko je toženec bil posestnik), temveč glede na stanje ob koncu glavne obravnave (ko posest toženca ni podana). *Če bi do prenosa posesti prišlo že pred pravdo, bi tožnik (lastnik) uspel le, če bi tožbo za vrnitev stvari vložil proti novemu pridobitelju.* Glede na 190. člena ZPP lahko torej pravilo, da je lastninska tožba utemeljena, če tožnik izkaže, da je lastnik in da je toženec posestnik, ki ni lastnik, natančneje opredelimo tako, da mora tožnik izkazati, da je toženec, ki ni lastnik, posest stvari imel v trenutku, ko mu je bila vročena tožba.

Zavezovalni pravni posel (na primer toženčeva sklenitev prodajne pogodbe s tretjo osebo) še ne pomeni odtujitve. Do odtujitve pride šele z razpolagalnim pravnim poslom (tradicija oziroma izročitev – ko gre za premičnine), pri čemer ni pomembno, ali je ta razpolagalni pravni posel tudi veljaven (zaradi pravila, da nihče ne more prenesti več pravic, kot jih ima sam, večkrat ne bo veljaven).

Uporaba 190. člena ZPP pa tožnikovega položaja (na primer pri lastninski tožbi) **ne zavaruje** v primeru, ko pridobitelj pridobi lastninsko pravico *po pravilih SPZ o pridobitvi lastninske pravice od nelastnika.* Že v izhodišču je treba poudariti, da so ti primeri redki in da na splošno velja načelo, da nihče ne more prenesti več pravic, kot jih ima sam (*nemo plus iuris transfere potest quam ipso habet*). Dobra vera pridobitelja ni dovolj (drugačna je ureditev glede nepremičnin). Saj tudi v primeru, ko bi nelastnik stvar že pred pravdo prodal in izročil tretji osebi, s tem tretja oseba zgolj zaradi dobre vere še ne bi postala lastnik – in tudi v primeru, da bi nato pravi lastnik tožil tega pridobitelja, bi s tožbo uspel. Napačno je zato stališče, da dobra vera pridobitelja že sama po sebi izključuje uporabo 190. člena ZPP. Le če gre za izjemne primere, ki jih ureja 64. člen SPZ, bo pridobitelj pridobil lastninsko pravico, čeprav mu je stvar izročil nelastnik (le na premičnini in le ob dodatnih pogojih odplačnosti ter dobre vere): če gre za prodajo na javni dražbi ali če gre za pridobitev od prenosnika, ki daje takšne premičnine v promet v okviru svoje dejavnosti, ali če je prenosnik pridobil premičnino v posest po volji njenega lastnika. V teh primerih je treba upoštevati, da zaradi odtujitve ni prenehala le pasivna stvarna legitimacija toženca, temveč je prenehala tudi aktivna stvarna legitimacija tožnika – s trenutkom, ko je pridobitelj po pravilih 64. člena SPZ postal lastnik, je namreč lastninska pravica tožnika prenehala (101. člen SPZ) in njegova lastninska tožba več ne more biti utemeljena. Če tožnik tožbe ne bo spremenil (v plačilo določenega denarnega zneska iz naslova toženčeve neupravičene obogatitve in iz naslova morebitne odškodnine), bo sodišče moralo tožbeni zahtevek zavrniti. Uporaba 190. člena ZPP tožnikovega položaja tudi ne zavaruje pri tožbah glede stvarnih pravic na nepremičninah. Glede stvarnih pravic na nepremičninah velja načelo zaupanja v zemljiško knjigo in v primeru, ko se pridobitelj v dobri veri

zanese na zemljiškoknjžno stanje, bo od osebe, ki je v zemljiški knjigi vknjižena kot lastnik, veljavno pridobil lastninsko pravico, čeprav je v teku pravda zoper odsvojitelja (osebo, na katero je vknjižena lastninska pravica) glede stvarne pravice na tej nepremičnini. Za učinkovito varstvo svojega položaja pred nevarnostjo, da toženec med pravdo prenese stvarno pravico na nepremičnini, se tožnik pri tožbah glede stvarnih pravic na nepremičnini ne more zanesti na 190. člen ZPP. Lahko pa se učinkovito zavaruje z institutom zaznambe spora po 79. členu in naslednjih Zakona o zemljiški knjigi.

Odgovor

V prvem primeru (varianta, ko je toženec stvar lastniku ukradel) se bo tožnik lahko zanesel na 190. člen ZPP. Gre za reivindikacijsko tožbo, torej za tožbo glede stvarnih pravic. Pasivno stvarno legitimiran je posestnik in zaradi 190. člena ZPP je dovolj, da je bil posestnik v trenutku vročitve tožbe. Naknadna izguba posesti ni relevantna. Sodba (proti prvotnemu tožencu, B-ju) bo obsodilna (v skladu s prevladujočo irelevantno teorijo, ko gre za odtujitev na strani toženca, tožniku ne bo treba spremeniti tožbe). Ta sodba pa bo neposredno zavezovala tudi pridobitelja (C-ja) in ta se v izvršbi odvzemu stvari ne bo mogel upreti. C stvarnopravno ni varovan. Če namreč B ni bil lastnik, tudi ni mogel prenesti lastninske pravice na C-ja. C-ju (pridobitelju) ostanejo le obligacijskopравни zahtevki iz naslova jamčevanja za pravne napake proti osebi, od katere je stvar kupil (tj. proti B-ju) po 488. do 495. členu OZ.

V varianti, da je toženec imel stvar v posesti po volji lastnika (ta mu jo je posodil), bi končni rezultat lahko bil drugačen. Gre za enega od posebnih položajev pridobitve lastninske pravice od nelastnika (64. člen SPZ). Pod dodatnim pogojem, da je bil C pri pridobitvi v dobri veri, je zato postal lastnik. S tem pa je prenehala stvarna aktivna legitimacija dotedanjega lastnika A-ja.

V drugem primeru gre za uveljavljanje obligacijske pravice. Zavezanec iz pogodbe je B (prodajalec). Njega pogodba zavezuje ne glede na to, ali je avto sploh kdaj imel v lasti in ali ga še ima. Odtujitev tega avtomobila na obstoj njegove zaveze ne vpliva. Proti B-ju bo izdana obsodilna sodba. Vendar ta sodba ne bo učinkovala proti C-ju. Saj tudi v primeru, da bi B avto že pred pravdo odsvojil (vsaj dobrovernemu) C-ju, A za izpolnitev pogodbe ne bi mogel tožiti C-ja, temveč zgolj B-ja. Zaradi odtujitve stvari torej ni niti prenehala stvarna legitimacija B-ja niti ni nastala stvarna legitimacija C-ja. Seveda obsodilna sodba proti B-ju za izročitev avtomobila ne bo več polno učinkovita, če B tega avtomobila dejansko nima več. V izvršbi bo lahko zahteval nadomestilo vrednosti (in ostanejo mu tudi vse druge pravice iz naslova neizpolnitve pogodbe). Razumljivo je tudi, da na C-ja ni prešla obveznost B-ja iz prodajne pogodbe med B-jem in A-jem. Razumljivo je tudi, da je B kljub temu, da je glede avtomobila sklenil prodajno pogodbo z A-jem, še vedno lastnik, in ni izključeno, da lahko s stvarjo še

vedno veljavno razpolaga. To velja vsaj, če je pridobitelj v dobri veri. Jasno namreč je, da B drugo pogodbo sklepa z nedopustnim nagibom (izigral bo prvega kupca). Vendar nedopusten nagib na veljavnost pogodbe vpliva le, če je sopogodbenu znan. Ker prvega kupca v takšnem primeru ne varuje 190. člen ZPP, si lahko pomaga edino z začasno odredbo prepovedi razpolaganja in zasega premoženja.

Primer 2: Oblikovanje zahtevka, pristojnost, vrsta postopka

Avstrijsko podjetje A je kot prodajalec sklenilo prodajno pogodbo glede nepremičnine v Sloveniji s kupcem, slovenskim podjetjem. Ker prodajalec ni izpolnil svoje obveznosti prenosa lastninske pravice (ni podal zemljiškoknjižne izjave, ki bi omogočila vknjižbo lastninske pravice kupca), slovenski kupec želi vložiti tožbo (z zahtevkom, da mora toženec izstaviti zemljiškoknjižno listino z naslednjo vsebino: »...«.).

- *Kje naj vloži tožbo – v Avstriji ali v Sloveniji?*
- *Ali gre za gospodarski spor?*
- *Ali tožnik lahko svoj položaj zavaruje z zaznambo spora; kaj bi mu svetovali?*
- *Ali bi bilo drugače, če bi tožnik uveljavljal, da je zemljišče priposestvoval? Bi tudi tedaj moral tožiti na izstavitev zemljiškoknjižnega dovolila?*

Po 22. členu Uredbe št. 44/2001 o pristojnosti ter priznanju in izvršitvi sodb v civilnih in gospodarskih zadevah je sodišče v državi (kraju), kjer leži nepremičnina, izključno pristojno le za spore glede stvarnih pravic na nepremičnini, enako tudi po ZPP glede krajevne pristojnosti (izmed pogodbениh obveznosti pa le za najemno pogodbo za nepremičnino).

V obravnavani zadevi ne gre za spor glede stvarnih pravic, temveč za spor glede obligacijske obveznosti (izpolnitve pogodbe). Kupec s sklenitvijo pogodbe ni postal lastnik, ima le obligacijskopravni zahtevak na izpolnitev (tradicijsko načelo; razlika med zavezovalnim in razpolagalnim pravnim poslom). Spor o »obveznosti prenosa lastninske pravice« ni spor o lastninski pravici. Ne gre za to, da bi kupec oporekal temu, da je prodajalec lastnik, gre le za to, da kupec od prodajalca želi, da izpolni svojo pogodbeno sprejeto obveznost – da prenese lastninsko pravico na stvari. Pristojno je sodišče splošne pristojnosti po prebivališču toženega prodajalca (tj. Avstrija). Sodišče v Sloveniji ni izključno (pa tudi ne izbirno) pristojno. Isto velja tudi glede krajevne pristojnosti (na primer če bi od prodajalca iz Ljubljane zahtevali izstavitev zemljiškoknjižnega dovolila in s tem izpolnitev pogodbene obveznosti za prodajo vikenda v Piranu, bi bilo pristojno le sodišče splošne pristojnosti – v Ljubljani).

Ne gre za to, da bi avstrijsko sodišče kaj zapovedovalo slovenskemu (zemljiškoknjižnemu) sodišču. Avstrijsko sodišče bo le zapovedalo tožencu, da izda zemljiškoknjižno dovolilo. Res je, da bo sodba to zemljiškoknjižno dovolilo nadomestila. Vendar je to le poenostavitev iz-

vršbe. Sodba je še vedno dajatvena (obveznost podati izjavo volje), ne oblikovalna. V zemljiškoknjižnem postopku bo avstrijska sodba imela enak rang, kot bi ga imelo zemljiškoknjižno dovolilo, ki bi ga dolžnik izdal sam.

Slovensko sodišče (tj. sodišče, kjer leži nepremičnina) ni pristojno niti po kriterijih izbirne pristojnosti (enako velja za krajevno pristojnost). Predvsem ne gre za to, da bi Slovenija bila kraj izpolnitve obveznosti (in bi prišla v poštev izbirna pristojnost po 5. členu Uredbe št. 44/2001). Obveznost prodajalca ni v tem, da »izroči zemljišče (ki je v Sloveniji), prav tako ne v tem, da »gre na zemljiško knjigo v Sloveniji«. Njegova obveznost je izdati zemljiškoknjižno dovolilo. Napiše ga lahko kjerkoli (in kjerkoli ga tudi izroči kupcu – ne sodišču). Pri obveznostih, ki niso geografsko opredeljive, pristojnosti po kraju izpolnitve pogodbene obveznosti ni mogoče uporabiti.

Spori o stvarnih pravicah na nepremičninah (in premičninah) se ne štejejo za gospodarski spor (481. člen ZPP). Vendar, kot je bilo pojasnjeno, tu ne gre za spor o stvarni pravici. Torej gre (ker sta obe stranki gospodarski družbi) za gospodarski spor, tj. bi šlo, če bi bilo pristojno sodišče v Sloveniji in bi se uporabljal ZPP (odmislimo, da je bilo pojasnjeno, da je pristojno sodišče v Avstriji).

Zaznamba spora v pravdi, ko kupec toži prodajalca, da izpolni svojo obveznost prenosa lastninske pravice na nepremičnini (kar stori tako, da poda ustrezno zemljiškoknjižno dovolilo), ni možna. Institut zaznambe spora v zemljiški knjigi je logično vezan le na postopke glede stvarnih, ne pa tudi obligacijskih pravic glede nepremičnin (79. člen ZZK-1 in nasl.). V omenjeni pravdi pa gre le za spor o obligacijski pravici. Razumljivo je, da je zaznamba spora možna le glede stvarnih pravic. Le glede stvarnih pravic bi namreč brez zaznambe spora lahko bila izgubljena pravica tožnika – če bi se namreč tretja oseba glede na načelo zaupanja v zemljiško knjigo v teku postopka v dobri veri vpisala kot novi lastnik, bi to pomenilo prenehanje lastninske pravice tožnika (podobno pa velja tudi v zvezi z drugimi stvarnimi pravicami). Tožniku bi lahko svetovali začasno odredbo prepovedi odsvojitve in obremenitve. Vendar ga ta ne varuje v celoti, saj ne ustanavlja zastavne pravice (kar bo usodno, če bo na nepremičnino v izvršbi posegel drug kupec ali če bo šel dolžnik v stečaj). Učinkovito varstvo kupca v primeru, ko prodajalec ne izpolni obveznosti izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila in s tem omogočitve vknjižbe kupca v zemljiški knjigi, pa omogoča institut *predznambe lastninske pravice po 49. členu ZZK-1*. Predznamba se namreč dovoli med drugim na podlagi zasebne listine oziroma notarskega zapisa o pravnem poslu iz 36. člena ZZK-1 (tj. o pravnem poslu, ki je podlaga za pridobitev lastninske pravice), ki ne vsebuje zemljiškoknjižnega dovolila. Upnik bo v skladu s 53. členom ZZK-1 varovan, če bo v roku enega meseca od predznambe to opravičil s tem, da bo bodisi predložil zemljiškoknjižno dovolilo bodisi vložil tožbo za izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila oziroma za predložitev odpravka ustreznega notarskega zapisa, sestavljenega za vpis v zemljiško knjigo.

Če bi tožnik pridobil lastninsko pravico s priposestvovanjem, bi glede vsega navedenega bilo drugače (izključna pristojnost sodišča v kraju, kjer leži nepremičnina, ne bi šlo za gospodarski spor, možna bi bila zaznamba spora). V tem primeru bi tudi bilo protislovno, če bi se zahtevek glasil na izstavitvev zemljiškoknjžnega dovolila. Takšni zahtevki so smiselni, kadar tožnik tožencu ne oporeka, da je lastnik, želi pa doseči, da toženec kot lastnik lastninsko pravico prenese. Ta zahtevek pride v poštev pri pravnoposlovnih načinih pridobitve lastninske pravice. Če pa je lastninska pravica nastala na originaren način, zahtevek na izstavitvev zemljiškoknjžnega dovolila ni potreben. Celo več, tak zahtevek je protisloven. Tisti, ki ni več lastnik, lastninske pravice tudi ne more več prenašati na nikogar. Pravilno je torej postaviti zgolj ugotovitveni zahtevek (za ugotovitev lastninske pravice tožnika). Sodba o ugotovitvi obstoja lastninske pravice bo sama ustrezen temelj za vknjižbo v zemljiško knjigo.

Primer 3: Obligacijska (kupčeva) pravica in ugovor tretjega v izvršbi

A je kot kupec z B-jem sklenil prodajno pogodbo za stanovanjsko hišo (nepremičnina je v zemljiški knjigi vpisana). A je plačal del kupnine in tudi že sprejel hišo v posest. Do vknjižbe lastninske pravice kupca še ni prišlo. Nato je upnik prodajalca B-ja zahteval izvršbo na to nepremičnino. V izvršilnem postopku je A vložil ugovor tretjega in uveljavljal:

- *tudi navadne obligacijskopravne pravice utemeljijo ugovor tretjega – torej tudi kupec lahko prepreči izvršbo na stvar prodajalca, če izkaže, da glede te stvari že obstaja veljavna prodajna pogodba;*
- *izvršba na nepremičnino proti B-ju ni dopustna, saj je nepremičnina v posesti A-ja;*
- *treba je upoštevati, da je bila prodajna pogodba sklenjena, še preden je upnik predlagal izvršbo na nepremičnino;*
- *izvršba ni dopustna, saj je kupec v skladu s teorijo o realizaciji že postal lastnik nepremičnine;*
- *tudi če kupec še ni lastnik nepremičnine, pa ima pričakovanje in tudi pričakovana lastninska pravica utemelji ugovor tretjega.*

Ugovor tretjega ne more biti utemeljen.⁴ Res je, da tudi obligacijske pravice izjemoma lahko utemeljijo ugovor tretjega, vendar le pri tako imenovanih vrnitvenih zahtevkih (na primer deponent, najemodajalec ali posodnik ima pravico do vrnitve stvari, ki nikoli ni prešla v premoženje dolžnika). V tem primeru pa gre za kupca, ki sicer ima obligacijsko pravico do izpolnitve pogodbe (tj. do tega, da se nanj prenese lastninske pravice), vendar vse do izpolnitve pogodbe stvar ostaja v premoženju prodajalca in prodajalčeva sposobnost razpolaganja s to stvarjo ni omejena. Če bi prodajalec sklenil novo prodajno pogodbo glede iste stvari, bi ta bila (vsaj če

⁴ Pravilno sklep VSC št. 567/2012 z dne 10. 1. 2013, že pred tem VSK, sodba I Cp 322/2004 z dne 25. 1. 2006.

nasprotna stranka ni bila v slabi veri) veljavna, prav tako pa bi veljavno lahko to pogodbo izpolnil. Res je, da bi zato kršil svojo obligacijskopravno obveznost do prvega kupca, vendar pa ta kršitev utemelji le sankcije na obligacijskopravnem področju. Zato je razumljivo (in tudi v Nemčiji in Avstriji nesporno; uporablja se izraz, da gre za obligacijski *Verschaffungsrecht*), da kupec nima možnosti uveljavljati ugovora tretjega (povsem enako, kot tudi ne bi mogel preprečiti prodajalcu, da stvar ponovno proda tretjemu in na tretjega tudi veljavno prenese lastninsko pravico na stvari). Neutemeljeni so vsi ugovori kupca:

- sam sprejem nepremičnine v posest (vsaj ko gre za nepremičnino, ki je v zemljiški knjigi vpisana) ni odločilen; lastninska pravica se ne prenese z izročitvijo, pač pa z vknjižbo v zemljiško knjigo. Tudi z drugega vidika velja, da posestno stanje pri izvršbi na nepremičnine ni pomembno (ni treba, da je nepremičnina v posesti dolžnika, kot je to pri izvršbi na premičnine);
- teorija o realizaciji s to problematiko nima nobene zveze. Teorija o realizaciji se nanaša na vprašanje konvalidacije veljavnosti pogodbe po obligacijskem pravu v primerih manj pomembnih razlogov ničnosti (90. člen OZ). Le mimogrede velja dodati, da tudi sicer v tovrstnem položaju o realizaciji (in torej tudi o teoriji o realizaciji) ni mogoče govoriti. Člen 90 OZ govori o primeru, ko »je bila pogodba izpolnjena«. Ko gre za nepremičnine (vpisane v zemljiško knjigo), pa pogodba seveda ni izpolnjena tedaj, ko je nepremičnina izročena, temveč je o izpolnitvi pogodbe mogoče govoriti tedaj, ko prodajalec izpolni svojo obveznost prenosa lastninske pravice, to je s trenutkom vknjižbe v zemljiško knjigo. Torej argumentacija o teoriji realizacije v tovrstnih primerih ni zgrešena le zato, ker nima prav nobene zveze z vprašanjem, ali je tretja oseba lastnik, temveč tudi na področju, na katero se nanaša (tj. na vprašanje konvalidacije morebitne ničnosti pogodbe), ne pride v poštev, saj pogoj »izpolnitve pogodbe« še ni izpolnjen;
- pričakovanje sicer lahko utemelji ugovor tretjega (na primer položaj kupca pri pridržku lastninske pravice). Vendar pa na splošno upnik v obligacijskopravnem razmerju nima nobenega pričakovanja. Ima le obligacijsko pravico do izpolnitve. Ali bo do izpolnitve (in s tem prenosa lastninske pravice na kupca) prišlo, je še vedno v sferi dolžnika; potreben bo njegov razpolagalni pravni posel. O pričakovanjih govorimo le tedaj, ko je nastanek lastninske pravice odvisen izključno od ravnanja v sferi pričakovalca, kot je to pri kupcu pri zadržku lastninske pravice. Takoj ko bo plačal polno ceno, bo s samim tem ravnanjem postal lastnik. O pričakovanju lahko po novem stališču Ustavnega sodišča govorimo tudi pri kupcu, ki je sklenil zavezovalni in tudi že razpolagalni pravni posel (torej že ima overjeno ZK dovolilo), le vknjižil se še ni.⁵ Ustavno sodišče je tu odločilo v skladu s konceptom o relativnem prenosu lastninske pravice med strankama (z veljavnim zavezovalnim in razpolagalnim poslom). Vendar to velja le za razmerje med strankama, ne pa v razmerju proti

⁵ Odločba US RS Up-591/10 z dne 2. 12. 2010.

(dobrovernim) tretjim – torej tudi ne proti drugim upnikom v izvršbi. Ne gre za vprašanje zaupanja v zemljiško knjigo (ki po neki drugi odločbi US RS ne velja v izvršilnem postopku), temveč za vprašanje relativnosti/absolutnosti učinka zemljiškoknjžnega dovolila. Vrhovno sodišče je domet te sicer sporne razlage razširilo še na varstvo pred nedobrovernimi tretjimi osebami.⁶

Dlje od tega – torej da bi bilo možno tudi varstvo pred dobrovernimi tretjimi osebami, tako v pravnoposlovnem prometu kot tudi v postopku izvršbe (ugovor tretjega) – ni dopustno iti. Sicer bi se institut izvršbe na nepremičnino popolnoma izničil, saj bi na široko odprl vrata zlorabam. Ravno v dneh oddaje tega prispevka je državni zbor ukinil institut zemljiškega dolga z utemeljitvijo, da je s fiktivnimi posli omogočil izigravanje in enostavno izogibanje izvršbi.⁷ Če bi sprejeli stališče, da kupec, ki že ima zemljiškoknjžno dovolilo (le vknjižil se še ni), lahko uspešno uveljavi ugovor tretjega, bi bilo dolžnikom, ki jim je do takšnih zlorab, ob ukititvi zemljiškega dolga povsem vseeno. Enak učinek bi namreč lahko dosegli preprosto tako, da danes (ob nekem fiktivnem poslu) zapišejo zemljiškoknjžno dovolilo na ime neke bližnje osebe, ga overijo, nato pa varno spravijo v svoj »sef«. S tem imajo v rokavu (tj. sefu) adut, ki ga bodo po potrebi potegnili – če bo kdaj kakšen upnik posegel na njihovo nepremičnino. Ne bi bilo potrebe, da danes premoženje prenašajo na bližnje osebe, dovolj je, da »za vsak primer« ustrezno zemljiškoknjžno dovolilo skrbno hranijo pri sebi. Smo si res želeli takšne ureditve?

Primer 4: Tožba za izpolnitev pogodbe glede stvari, ki ni (več) v lasti prodajalca?

1. A je na banki vzel kredit v znesku 100.000 evrov za eno leto. Ker po enem letu denarja ni vrnil, ga je banka tožila. V pravdi je A navedel, da denarja nima, da mu je investicija propadla in da ga žal ne (z)more vrniti, je pa tudi upokojenec z minimalno pokojnino in brez premoženja. Sodišče je zato zahtevek zavrnilo in v obrazložitvi sodbe obrazložilo, da toženca ni mogoče obsoditi na izpolnitev obveznosti, ki je očitno ne zmore in nikdar ne bo zmožal izpolniti, ter ob tem obudilo staro slovensko modrost: »kjer nič ni, še vojska ne more vzeti«. Ali je računalo prav?

2. A je pri družbi Avto, d. o. o., sklenil prodajno pogodbo za nov avtomobil znamke Golf Volkswagen ... Dogovorjeni rok dobave je bil en mesec (saj teh vozil prodajalec ni imel na zalogi; on jih sam kupuje od nemškega veletrgovca in nato »preprodaja«). Ker prodajalec po-

⁶ Vrsta odločb v letu 2012: sodbe II Ips 919/2008 z dne 20. 3. 2012, II Ips 132/2009 z dne 12. 7. 2012, II Ips 385/2008 z dne 17. 5. 2012, II Ips 324/2011 z dne 26. 4. 2012, II Ips 475/2008 z dne 5. 4. 2012, II Ips 924/2008 z dne 5. 4. 2012.

⁷ Zakon o spremembah Stvarnopravnega zakonika (SPZ-A), Uradni list RS, št. 91/2013.

godbe tudi čez en mesec ni izpolnil, ga je prodajalec tožil. Toženec je ugovarjal, da ni izpolnil, saj tudi sam avtomobila od veletrgovca – v nasprotju s pričakovanji – ni dobil. Sodišče je zato zahtevek zavrnilo in v obrazložitvi sodbe navedlo, da toženca ni mogoče obsoditi na izročitev stvari, ki je sploh nima, ter to podkrepilo s starim avstro-ogrskim rekom: »**kjer nič ni, še cesar ne vzame**«. Ali je ravnalo prav?

3. A je z B-jem kot lastnikom nepremičnine sklenil prodajno pogodbo. Še preden je A-ju izstavil zemljiškoknjižno dovolilo (in mu prepustil posest), je B za isto nepremičnino sklenil pogodbo še z dobrovernim C-jem. Temu je tudi izstavil zemljiškoknjižno dovolilo in C se je v zemljiško knjigo vknjižil kot lastnik. A je nato B-ja tožil za izpolnitev omenjene prodajne pogodbe. Sodišče je zahtevek zavrnilo in v obrazložitvi (brez obuditve starih modrosti in rekov) navedlo: »Ni mogoče toženca obsoditi na obveznost, da prenese lastninsko pravico na stvari, ki sploh ni (več) njegova ... Gre za naknadno nezmožnost izpolnitve ... Tožnik bi moral zahtevati odškodnino ... Ugoditev zahtevku bi tudi posegla v pravice dobrovernega kupca ...«

Prva dva primera sta se bralcem najbrž zdela bolj ali manj posrečena šala ali celo žaljivo podcenjevanje njihovih sposobnosti. Jasno je, da ugovori toženca ne v prvem ne v drugem primeru niso relevantni in ne preprečujejo obsodbe. Vprašanje, ali je toženec dejansko zmožen izpolniti prevzeto pogodbeno obveznost, ne more vplivati na presojo pravnega sodišča o tem, ali jo je dolžan izpolniti. Če je pogodba veljavna, zavezuje. Če zavezuje, jo je dolžnik dolžan izpolniti. Če je ne, lahko upnik zahteva sodno varstvo. Če ima pravico do izpolnitve, mora sodišče izdati obsodilno sodbo. Presenetljivo pa je, koliko je sodnih odločb, ki ne (u)vidijo, da tretji primer ni prav nič drugačen od prvih dveh. Morda celo prevladuje stališče, da je v tretjem primeru (tožba za izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila glede nepremičnine, ki ni v lasti toženca) sodišče ravnalo prav, ker je zahtevek zavrnilo. Vendar je v resnici ta odločitev enako (in enako očitno) napačna, kot sta odločitvi v prvem in drugem primeru. Pogodba o prodaji nepremičnine je nastala veljavno. Saj bi pogodba veljavno nastala in bi prodajalca zavezovala, tudi če sam že v trenutku prodaje ne bi bil lastnik nepremičnine (gl. 440. člen OZ). Tudi v tem primeru bi ga sodišče moralo obsoditi na izpolnitev. In nič drugače, razumljivo, ne more biti v primeru, ko je prodajalec v trenutku prodaje sicer bil lastnik, nato pa je lastništvo izgubil. Enako kot pogodba učinkuje, če prodajalec stvar proda *enkrat*, čeprav stvari sploh nima »*niiti enkrat*«, učinkuje in zavezuje tudi, če stvar, ki jo sicer ima »*enkrat*«, proda »*dvakrat*«. Če se sodišče v sporu zaradi izpolnitve pogodbe spušča v vprašanje, ali bo dolžnik prevzeto obveznost dejansko sploh lahko izpolnil, to v obravnavanem primeru ni nič drugače, kot če bi se (na primer pri povzročitelju škode, upokojencu brez premoženja in z minimalno pokojnino) spraševalo, ali bo tak storilec sploh lahko izpolnil na primer obveznost plačila odškodnine v znesku 100.000 evrov.

Čemu mnogi tega, da gre za isti problem, ne sprejmejo? Poleg nerazumevanja (abstrakcije) narave obligacijske obveznosti sta najbrž razloga dva. Prvi je v napačnem razumevanju instituta nemožnosti izpolnitve. Naknadna nemožnost izpolnitve po OZ res povzroči prenehanje obveznosti (116. in 117. člen OZ) oziroma pretvorbo izpolnitvene obveznosti v odškodninsko (239. člen OZ). Vendar je standard presoje »nemožnosti izpolnitve« objektiven. Vprašati se je treba, ali katerakoli oseba ne bi mogla izpolniti določene obveznosti (na primer izročiti individualne stvari, ki je bila uničena). Pri prenosu lastninske pravice na (določeni tuji) stvari pa položaj ni isti. To ni obveznost, ki je nihče ne more izpolniti – pravi lastnik jo namreč lahko. In tudi toženec jo teoretično še vedno lahko – če stvar odkupi od novega lastnika in nato izpolni (to ni nič bolj »za lase privlečeno« kot pričakovanje, da bo omenjeni socialno ogroženi upokojenec brez premoženja lahko plačal 100.000 evrov). »Dvojna prodaja« *svoje* stvari in izpolnitev drugemu kupcu ne povzroči naknadne nezmožnosti izpolnitve prvemu kupcu. Povsem enako kot tudi prodaja *tuje* stvari ne povzroči *ab initio* nezmožnosti predmeta in zato ničnosti pogodbe. Če pa je pogodba veljavna in tudi ni prenehala, potem je zahtevek za njeno izpolnitev utemeljen. Utemeljenemu zahtevku pa mora sodišče ugoditi. Seveda bi bilo možno (in za kupca morda bolj smotno), da že v teku pravde spremeni zahtevek in zahteva odškodnino (in kondikcijo, če je sam že kaj izpolnil). Ni pa to njegova obveznost. Sam bo lahko na podlagi sodbe (ki bo najbrž ostala neizpolnjena) zahteval ustrezne nadomestke in vse sankcije, ki izvirajo iz neupravičene neizpolnitve pogodbene obveznosti. Ne more pa sodišče v pravdi odreči pravnega varstva pravici, ki je veljavno nastala in ki tudi ni prenehala (tožniku pa naložiti še plačilo vseh stroškov pravde).

Drugi razlog je povezan z (zmotnim) varstvom interesov dobroverne tretje osebe. Češ, da se »ne more potem tožnik vknjižiti kot lastnik nepremičnine, če je v vmesnem času veljavna vknjižba že bila opravljena v korist tretje osebe«. Vendar ta pomislek izhaja iz nerazumevanja (neupoštevanja) narave sodbe, ki tožencu nalaga izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila. To ni sodba, ki ugotavlja ali ustanavlja obstoj lastninske pravice. Le nalaga tožencu (v našem primeru B-ju), da izstavi zemljiškoknjižno dovolilo. In sodba bo le nadomestek tega – torej B-jevega zemljiškoknjižnega dovolila. Ali se bo lahko na podlagi te sodbe tožnik vknjižil kot lastnik nepremičnine, ki je že prej bila vknjižena na tretjo osebo – C-ja? Seveda ne. Zemljiškoknjižno sodišče bo namreč presojalo identiteto strank (tj. ali vknjižbo na pridobitelja dovoljuje oseba, ki je trenutno vknjižena kot lastnik). Vknjižbo lahko dovoli le na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki ga je izdal zemljiškoknjižni lastnik. Povsem enako kot sodišče ne bi moglo A-ju dovoliti vknjižbe v breme C-ja na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki bi ga izdal nelastnik (B), tudi ne bo moglo dovoliti vknjižbe na podlagi sodbe, kjer gre za enak problem. Sodba ni namreč nič drugega kot nadomestek zemljiškoknjižnega dovolila.

Enako kot v navedenem primeru bi bilo tudi, če bi za izpolnitev pogodbe tožil drugi (dobroverni) kupec, v vmesnem času pa bi se uspel vknjižiti prvi kupec. Tudi druga pogodba je

veljavna in drugi kupec ima pravico do pravnega varstva. Enako pa bi bilo tudi pri prodaji nepremičnine, ki sploh nikoli ni bila v lasti prodajalca. Tudi v takšnem položaju bi sodišče moralo upoštevati naravo obligacijskopravne zaveze in bi moralo to znati ločiti od vprašanja pridobitve stvarnih pravic, prav tako pa ločiti vprašanje pravne veljavnosti zaveze od vprašanja dejanske zmožnosti dolžnika, da prevzeto obveznost tudi izpolni.

Primer 5: Učinkičasne odredbe prepovedi obremenitve in odsvojitve nepremičnine

Sodišče je na podlagi A-jeve tožbe za izpolnitev pogodbene obveznosti iz prodajne pogodbe glede nepremičnine 1. 3. 2012 izdaločasno odredbo, s katero je dolžniku B-ju prepovedalo obremenitev in odtujitev nepremičnine; v zemljiški knjigi je bila nato 5. 3. 2012 zaznamovana (vknjižena) prepoved odtujitve in obremenitve (isti dan, kot je oddelek zemljiške knjige od pravnega oddelka prejel sklep očasni odredbi).

B je 15. 2. 2012 s C-jem sklenil prodajno pogodbo glede te nepremičnine. C je 10. 3. 2012 vložil predlog za vknjižbo svoje lastninske pravice na temelju zemljiškoknjižnega dovolila, izdanega na temelju prodajne pogodbe. Ali je položaj upnika A-ja varovan?

Začasna odredba prepovedi odsvojitve in obremenitve seveda preprečuje možnost pravno-poslovnega razpolaganja osebi, proti kateri je ta omejitev v zemljiški knjigi zaznamovana. Vendar pa je glede časovnih učinkov treba upoštevati ureditev po 99. členu Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1, Uradni list RS, št. 58/2003). Iz te pa sledi, da je bistvena okoliščina, kdaj je bilo overjeno zemljiškoknjižno dovolilo. Omenjena časna odredba je namreč ovira za vknjižbo lastninske pravice na podlagi pravnega posla, če je bil podpis na zemljiškoknjižnem dovolilu overjen po trenutku, od katerega učinkuje zaznamba prepovedi odtujitve in obremenitve, oziroma če je bil notarski zapis sestavljen po tem trenutku. Jasno je, da učinka časne odredbe ne prepreči okoliščina, da je bila prodajna pogodba glede nepremičnine sklenjena, še preden je bila izdana časna odredba. Vendar pa bi učinek časne odredbe preprečilo, če bi bilo pred njeno zaznambo v zemljiški knjigi že izdano zemljiškoknjižno dovolilo. Ali je ta pogoj v zgornjem primeru izpolnjen, iz navedb v primeru ni razvidno.

Če je bilo zemljiškoknjižno dovolilo C-ju izdano pred zaznambo časne odredbe v zemljiški knjigi, se C kljub tej časni odredbi lahko vknjiži kot novi lastnik. V tem primeru bo sodišče obenem z vknjižbo C-jeve lastninske pravice tudi izbrisalo zaznambo časne odredbe, izdane proti A-ju (100. člen ZZK-1).

V zgornjem primeru je bil v korist drugega upnika (D) 20. 4. 2012 izdan sklep o izvršbi na isto nepremičnino; v zemljiški knjigi je bila zaznamba sklepa o izvršbi vpisana 27. 4. 2012. Ali ima v postopku izvršbe na to nepremičnino prednost upnik D ali upnik A?

A ni varovan. Začasna odredba ne ustvarja stvarnopravnih učinkov – ne pomeni namreč nastanka zastavne pravice (torej drugače kot zaznamba sklepa o izvršbi na nepremičnini po 170. členu Zakona o izvršbi in zavarovanju⁸ (ZIZ) in drugače kot predhodna odredba predznanbe zastavne pravice na nepremičnini po 260. členu ZIZ). Začasna odredba upnika varuje le pred pravnoposlovnimi prenosi. Ne ustvarja pa prednosti vrstnega reda v razmerju do drugega upnika (D-ja). Omenjena začasna odredba ni ovira, da drug upnik (D) na podlagi izvršilnega naslova zahteva izvršbo na to nepremičnino. Ko bo D z zaznambo izvršbe na nepremičnini v zemljiški knjigi pridobil zastavno pravico, bo imel prednost. Pravzaprav ne gre le za prednost, saj A (torej upnik, ki je izposloval zgolj začasno odredbo prepovedi odsvojitve ob prodaji in poplačilu iz predmetne nepremičnine v izvršilnem postopku) sploh ne bo mogel uveljavljati poplačila.

V zgornjem primeru je bil proti B-ju 5. 6. 2012 uveden stečajni postopek. Ali je položaj upnika A-ja varovan?

Ker začasna odredba ne ustanavlja zastavne pravice, upnik A ni varovan, če gre dolžnik v stečaj. Upnik A nima ločitvene pravice (in seveda tudi ne izločitvene pravice).

Primer 6: Razmerje med začasno odredbo prepovedi odsvojitve in obremenitve nepremičnine in izpolnitvijo predhodno sklenjenih pogodb

Kupec C je 1. 6. 2010 tožil B-ja na izpolnitev pogodbene obveznosti (izstavitev zemljiškoknjžnega dovolila za prenos lastninske pravice na nepremičnini). Prodajna pogodba je bila sklenjena 15. 2. 2010, zemljiškoknjžno dovolilo pa še ni bilo podano. Ali sme sodišče zahtevku za izdajo zemljiškoknjžnega dovolila proti B-ju ugoditi, čeprav je v tem času v zemljiški knjigi vpisana začasna odredba, ki B-ju prepoveduje odsvojitve in obremenitve te nepremičnine (v korist A-ja; začasna odredba je bila zaznamovana 1. 3. 2010)? Ali je, če sodišče vendarle izda sodbo, s katero zahtevku ugodi in ta sodba postane pravnomočna 3. 3. 2013, položaj upnika A-ja (v čigar korist je zaznamovana prepoved odtujitve in obremenitve) varovan?

Niti v zakonih (ZIZ ali ZZK-1), niti v sodni praksi, niti v teoriji ni izoblikovanih zanesljivih rešitev oziroma stališč glede vprašanja, kakšen učinek ima začasna odredba prepovedi odsvojitve in obremenitve, če drug upnik s tožbo zahteva izpolnitev dolžnikove pogodbene obveznosti prenosa lastninske pravice na nepremičnini (z izstavitvijo ustreznega zemljiškoknjžnega dovolila). V poštev pridejo trije možni odgovori:

- sodišče mora zahtevke za izstavitev zemljiškoknjžnega dovolila zavrniti, saj po materialnem pravu ni utemeljen (ni mogoče zahtevati izstavitve zemljiškoknjžnega dovolila, če je stranki prepovedano, da ga poda);

⁸ Uradni list RS, št. 51/1998 in nasl.

- sodišče mora zahtevku sicer ugoditi ne glede na obstoječo začasno odredbo prepovedi odsvojitve in obremenitve, vendar pa sodba ni izvršljiva, vse dokler v zemljiški knjigi obstaja zaznamba prepovedi odsvojitve in obremenitve;
- sodišče mora zahtevku ugoditi ne glede na obstoječo začasno odredbo prepovedi odsvojitve in obremenitve in sodba bo izvršena tako, da se bo štelo, da sama sodba nadomešča zahtevano izjavo volje (zemljiškoknjižno dovolilo).

Za prvo rešitev (zavrnitev zahtevka) v materialnem pravu ni opore. Če ima namreč C kot kupec z B-jem sklenjeno veljavno prodajno pogodbo, je B obveznost iz te pogodbe dolžan izpolniti. Naknadna prepoved odsvojitve in obremenitve ne vpliva na veljavnost predhodno sklenjenih prodajnih pogodb. Res je, da jih (če še ni bilo izdano zemljiškoknjižno dovolilo) ne bo mogoče učinkovito izpolniti (dokler v zemljiški knjigi obstaja ovira začasne odredbe prepovedi odsvojitve in obremenitve). Vendar to ne pomeni, da zaradi tega sama prodajna pogodba naknadno postane neveljavna. Če obstajajo dejanske ovire, to na samo obligacijskopravno obveznost ne vpliva (tako kot če bi B prodal tujo stvar – pogodba je veljavna in zavezuje, do obsodilne sodbe lahko pride, pa čeprav je B dejansko ne bo zmožal izpolniti).

Pravilna je druga varianta. Za ugoditev zahtevku ni ovir. Začasna odredba ne pomeni, da je prodajna pogodba »razveljavljena« ali da je postala »brez učinka«. Takoj ko je tako, zavezuje, in če zavezuje, mora priti do obsodilne sodbe. Izdana začasna odredba ne vpliva na obligacijskopravno pravico kupca, da proti prodajalcu B-ju doseže obsodilno sodbo za izstavitve zemljiškoknjižne listine. Povsem enako, kot je tudi v vseh drugih tožbah za izpolnitev pogodbene obveznosti treba od pravnega postopka odmisлити, ali bo toženec sprejeto obveznost dejansko zmožal izpolniti. Saj tudi na primer pri prodajni pogodbi glede tuje nepremičnine toženec ne bo mogel podati učinkovitega zemljiškoknjižnega dovolila. Pa vendar to ne pomeni, da je »prost« svoje pogodbeno prevzete obveznosti in da bi sodišče kupčev zahtevek za izpolnitev pogodbe moralo zavrniti (gl. zgoraj).

Vprašanje, kako se mora končati pravdni postopek (tj. z obsodilno sodbo), je torej treba ločiti od vprašanja, kako na možnost dejanske »uresničitve« te obsodilne sodbe vpliva v zemljiški knjigi zaznamovana prepoved odsvojitve in obremenitve. Res je, da se šteje, da sodba, s katero je naložena izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila, učinkuje »že s pravnomočnostjo«. Vendar pa ne gre za oblikovalno sodbo, temveč za dajatveno sodbo (obsodba na obveznost nenadomestne storitve – podaje izjave volje, le izvršba je poenostavljena z avtomatizmom). S pravnomočnostjo te sodbe se torej šteje le, da je bilo podano zemljiškoknjižno dovolilo. Kako na možnost vknjižbe na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila vpliva predhodno zaznamovana začasna odredba prepovedi odsvojitve in obremenitve, pa ZZK-1 v 99. členu jasno določa (gl. zgoraj). Predhodno zaznamovana začasna odredba prepovedi odsvojitve in obremenitve preprečuje vknjižbe na podlagi kasnejših zemljiškoknjižnih dovolil. In ker pravnomočna sodba ni nič drugega kot nadomestek zemljiškoknjižnega dovolila, je položaj jasen. Tožnik kljub

pravnomočni obsodilni sodbi vknjižbe lastninske pravice na svoje ime ne bo mogel doseči, če bo sodba, za katero se bo kasneje štelo, da »nadomešča zemljiškoknjižno dovolilo«, izdana po tem, ko je bila v korist drugega upnika zaznamovana prepoved odsvojitve in obremenitve. Položaj je enak, kot če bi dolžnik sam podal zemljiškoknjižno dovolilo. Na tej podlagi ni mogoča vknjižba lastninske pravice, če je bila že pred tem v zemljiški knjigi zaznamovana prepoved odsvojitve in obremenitve.

Najbrž se poraja pomislek, da je sugeriran odgovor ciničen ali formalističen. Češ, kaj pomaga obsodilna sodba, če se v isti sapi reče, da ta tožniku nič ne koristi. Vendar to ne drži. Kupcu takšna sodba – obsodilna – vendarle koristi. Predvsem zato, ker bo na podlagi te sodbe vknjižbo vendarle lahko dosegel, če bo začasna odredba – kar je povsem mogoče – kasneje iz kakršnegakoli razloga prenehala. Seveda obsodilna sodba tudi pomeni, da stroškov postopka ne bo plačal tožnik. Ne nazadnje pa obsodilna sodba učinkuje tudi na določene zastaralne roke.

Tretja rešitev (ugoditev zahtevku in učinkovit vpis v zemljiško knjigo) bi lastniku omogočala hude in težko preprečljive zlorabe. B bi se namreč začasne odredbe zlahka rešil tako, da bi se kupcu, morda zgolj navideznemu kupcu (C-ju), pustil tožiti, v tem postopku pa bi zahtevk na primer pripoznal. Ta pripoznava bi sicer nasprotovala prisilnim predpisom in morali (tretji odstavek 3. člena ZPP), vendar pa bi to zlorabo v pravdi med C-jem in B-jem sodišče zelo težko ugotovilo. Ta varianta obenem zanemarja pomen sodbe za izstavitev zemljiškoknjižnega dovolila. Ta sodba niti ne ustanavlja niti ne ugotavlja lastninske pravice tožnika. Tožencu zgolj nalaga, da opravi razpolagalni pravni posel. Res je, da bo sodba nato nadomestila zemljiškoknjižno dovolilo. Vendar to ne pomeni, da je sodba oblikovalna. Je dajatvena. Nadomestitveni učinek pa je zgolj sredstvo izvršbe (namesto da bi toženca na primer z denarnimi kaznimi silili, da vendarle izda zemljiškoknjižno dovolilo). Na sodbo torej ni mogoče gledati nič drugače kot na zemljiškoknjižno dovolilo. Če je bila sodba izdana po času, od katerega v zemljiški knjigi učinkuje prepoved odsvojitve in obremenitve, je položaj isti, kot če bi bilo po tem času izdano zemljiškoknjižno dovolilo. Iz 99. člena ZZK-1 izhaja, da na podlagi takšnega naknadnega zemljiškoknjižnega dovolila vknjižba ni možna, saj jo preprečuje predhodno zaznamovana začasna odredba.