

# Slovenski Pravniki

Leto LI.

Ljubljana, februarja 1937.

Štev. 1.—2.

## Pogodbene prepovedi odsvojitve — obremenitve.

Dr. Jurij Štampihar.

### I.

Kakor vsaka je tudi sedanja gospodarska stiska dala dolžnikom misliti, ne kako bi svoje dolgove plačali, temveč kako bi jih ne plačali, pa vseeno ušli izvršbam. V to svrhu so se poslužili med drugim tudi pogodbene prepovedi odsvojitve-obremenitve (krajšamo: o. o.). Izkazala se je kot odlično sredstvo za obrezuspešenje izvršb.

Po stari in preskušeni navadi si poiščejo zasebno-pravne razprave izhodišče v rimskem pravu in že na tej podlagi razčistijo najvažnejše pojme. Pri prepovedih o. o. ne moremo tako postopati; rimsko pravo nam namreč ne nudi zadostne podlage. Zato pošljemo naprej drugo ustanovo, ki ima nekaj sorodnosti s prepovedmi o. o., namreč fidejkomisarsko nadomestitev.\*

### 1.

Odz. (§ 608) pozna samo poslednje-voljne fid. nadomestbe. Taka — imenovati jo hočemo „prava“ — nadomestitev je danes v življenju precej redka. Pogoste fid. nadomestitve, na katere naletimo v praktičnem življenju, posebno v zemljiški knjigi, ne izhajajo iz poslednjevoljnih naredb, temveč iz pravnih poslov med živimi; posebno iz izročilnih in ženitnih pogodb in iz „zapuščinskih dogovo-

\* Kratice: kot v Sl. Pravniku 1936 str. 49. Glavno delo za pravno stanje pred 1. 1. 1917: Steinbach, Wirkung vertragsmässiger und letztwilliger Veräußerungsverbote nach öst. Recht v GZ. 1877 št. 39 nasl. Glavno delo za pravno stanje po 1. 1. 1917: Kubeš, Smluvní a závětní zákazy zcizení a zavazení v Právniku 1935 str. 167 nasl. Drugi pisci: Randa-Kasanda, Právo vlastnické 1922; Tilsch-Svoboda, Občanské právo Část všeobecná 1925; Rouček-Sedláček, Komentář k čl. obecnému zákoníku občanskému 1935; Bartsch, das allg. öst. Grundbuchsgesetz 1928.

rov“.<sup>1</sup> V ženitnih pismih najdemo pogosto tkzv. „prevzemno pravico“ vdove oz. preostalega zakonca.<sup>2</sup> V zapuščinskih dogovorih se ustanavljajo fid. nadomestitve, ko sploh ni ali vsaj ni veljavne poslednjo-voljne naredbe. Pravna znanost tej praksi deloma ne ugovarja,<sup>3</sup> deloma jo zagovarja samo pri darilnih oz. neodplatnih pogodbah med živimi.<sup>4</sup> Take fid. nadomestitve hočemo imenovati „neprave“.

Tako prava kot neprava fid. nadomestitev se po naši praksi v zemljiški knjigi „zaznamuje“. Izvirno besedilo § 120 Np. zahteva izrečno, da se mora fid. nadomestitev „vknjižiti“, a ne določa, v katerem listu zemljiškoknjizne vloge se ima to storiti. Prevod § 120 v ljubljanskem Službenem listu pravi, da se mora fid. nadomestitev „upisati“. Ta izraz je treba razumeti kot skupno označbo za vknjižbo in predznambo, ne pa tudi za zaznambo. Zaznamba je sedaj že po izvirniku § 120 izključena, je bila pa že tudi pred tem najmanj umestna, ker se s fid. nadomestbo utesni lastninska pravica (§§ 4 in 8 Zzk.). Najboljša rešitev je, da se vknjiži oz. predznamuje lastninska pravica fiduciarja z utesnitvijo fid. nadomestitve na korist imenoma navedenih pričakovalcev (Ehrenzweig § 504, IV: 1; Bartsch str. 524, obrazec 122).

## 2.

Slični pravni položaj imamo, kadar je lastninska pravica časovno omejena, to je omejena z rokom ali razveznim pogojem. S potekom roka ali nastopom pogoja pridejo po pretežnem mnenju pravice pričakovalcev s stvarnim učinkom do veljave.<sup>4a</sup> Lastninska pravica takega „začasnega“ lastnika je po pravicah pričakovalcev omejena, toda zgolj časovno. V dvomu more začasni lastnik svojo omejeno lastninsko pravico prenesti z obstoječimi omejitvami translativno ali konstitutivno, t. j. jo more odsvojiti ali obremeniti.

<sup>1</sup> Sl. Pravnik 1916 str. 246; materialije k III. delni noveli str. 164. Nekateri označujejo to pravno razmerje kot arbitratorski posel (v Ehrenzweigovem smislu § 150). Nekatere odločbe smatrajo, da res ne gre za fid. nadomestitev, nego za pogodbo na korist tretje osebe, s tem pa da je ustvarjen analogen položaj kot po § 615 odz. in dovoljujejo ipak zaznambo „fid. nadomestitve.“

<sup>2</sup> Steinbach str. 155; Ehrenzweig § 512; IV, tudi § 479. Glasom odločbe SZ VIII: 247 prevzemna pravica ne ovira prisilne dražbe.

<sup>3</sup> Krčmář II § 40:C:I; Steinbach str. 174 smatra, da gre za deljeno lastnino po § 359 odz; prim. Krčmář II § 37:V:5.

<sup>4</sup> Ehrenzweig § 502 op. 2, 355 op. 39, 319 op. 54 jo pripušča pri darilnih pogodbah med živimi in jo presoja po § 881 odz.; Klang II/1 str. 209 jo pripušča pri neodplatnih poslih med živimi.

<sup>4a</sup> Tilsch-Svoboda t. 209:2:b; Ehrenzweig § 201:III:2:b.

Ti primeri so bolj teoretska konstrukcija kot pa pojav praktičnega življenja. S primeri pod 1. imajo skupno, da so tu pričakovalci, katerim gredo določene subjektivne pravice stvarne narave.

## 3.

Kdor se odreka, kdor odsvaja ali obremenjuje, o tem pravimo, da „razpolaga“. Kdor hoče razpolagati, mora imeti poleg družega tudi „razpolagalno sposobnost“.<sup>5</sup> Naša zakonodaja loči razpolagalno sposobnost od „delovalne“ sposobnosti:<sup>6</sup> n. pr. §§ 99: I, 379: 2 i. r.; § 2 Stz.; § 12 Zpr.; § 104: 2 Zzk.; § 9 Zozk. itd.<sup>7</sup> Delovalno sposobna oseba more biti razpolagalno nesposobna; n. pr. stečajni dolžnik. Omejitve delovalne sposobnosti se s pravnim poslom ne morejo ustanoviti, omejitve razpolagalne sposobnosti pač. Toda le, v kolikor jih zakon jasno dopušča.<sup>7a</sup>

Razpolaganje se more nanašati ali na stvarino stvari ali pa samo na plodove. Razpolaganje s plodovi imenujemo „upravo“ ali „gospodarstvo“. V izročilnih pogodbah ali zapuščinsko-razpravnih dogovorih se včasih ustanovi za izročevalca oz. za vdovo „pravica gospodarstva“. Tu gre za poseben „pridržek“, za vzporedno določilo v okvirju pogodbe, ki zasleduje drug „glavni smoter“. Včasih pa prepusti lastnik pravico gospodarstva drugi osebi, ne da bi nanjo prenesel glavino svojega imetka; pravica gospodarstva je tukaj glavni smoter pravnega posla. N. pr. lastnik hoče potolažiti enega od upnikov, pa jima prisilna uprava po strogih določbah izvršil. reda ne prija.

Pravico gospodarstva vpisuje praksa v zemljiško knjigo, in sicer v obliki zaznambe po § 20: a Zzk. To ni prav. Ako gre za pravico gospodarstva kot „pridržek“, potem upravlja upravičenec tujo stvar in mu gre navadno v smislu dotičnega dogovora tudi užitek ali vsaj raba stvari; smotru strank bo ustrezal zakoniti učin služnosti užitka ali rabe (usufructus ali usus). Če pa ne gre za tak pridržek, potem je treba napraviti nadaljno razliko. Možno je, da je prevzel lastnik samo obligatorno zavezo opustiti razpolaganje s plodovi.

<sup>5</sup> Ehrenzweig tega pojma sploh ne omenja, pač pa pozna „Verfügung“ §§ 119, 287, 411: II: A:2. Primerjaj Krainz-Pfaff-Ehrenzweig § 78:II v 4. in v 5. izdaji.

<sup>6</sup> Lapajne, Mnenje k predhodnemu načrtu jdz. str. 14 in 19; Ehrenzweig § 62; napačno NotZ. 1919 str. 16.

<sup>7</sup> Tilsch—Svoboda t. 144; Krčmář I § 22:3; II § 37:VIII; Rouček—Sedláček II. str. 260; Košutić, Tumač z. z. str. 260; prim. Goršič, Komentar st. z. str. 58—9, pa tudi str. 387; Bartsch str. 219.

<sup>7a</sup> Steinbach str. 165.

Zaznamba po § 20a) ni mogoča, kajti ta določba dopušča samo zaznambo takih omejitev delovalne ali razpolagalne sposobnosti, ki nastopijo ipso iure ali na podlagi oblastvene izreka. Možno je pa tudi, da nameravajo stranke poseg v lastninsko pravico samo, in sicer tako, da se lastniku odvzame in upravičencu odstopi eno izmed subjektivnih upravičenj, v § 362 odz. primeroma naštetih, namreč pravica razpolaganja s plodovi. Tu gre za omejitev lastninske pravice same in taka omejitev se more knjižno izvršiti samo v obliki vknjižbe ali predznambe (§§ 4 in 8 Zzk.).<sup>7b</sup>

Kar se tiče pravnega položaja fiduciarja (primeri pod 1.) pravi Ehrenzweig,<sup>7c</sup> da „more“ (Klang pri § 613 pravi, da „sme“) fiduciar substitucijsko imovino odsvojiti ali obremeniti, in sicer ali s prenosom substitucijske vezi ali pa s pristankom pričakovalcev tudi brez prenosa subst. vezi. Na to stališče se je postavila tudi neka naša odločba. V razlogih se izvaja, da je fiduciar sicer lastnik, toda njegove pravice ne gredo dalje kot pravice uživalca po § 509 odz.; glasom § 507 odz. uzuar ne more svoje pravice prenesti na drugega, § 509 pa take prepovedi ne pozna in argumento a contrario<sup>7c</sup> je s tem rečeno, da je pravica užitka prenosna; uživalec more torej svojo pravico prenesti na kupca, ki zadobi s tem časovno omejeno lastninsko pravico (§ 442 odz.).

Zoper to naziranje so pomisleki. Fiduciar je brezdvomno lastnik; on uživa torej lastno, ne tujo stvar. On potemtakem vkljub zakonski definiciji § 613 odz. — omnis definitio in iure periculosa — ni uživalec po § 509 odz. Iz § 509 odz. ne moremo ničesar zaključevati glede prenosnosti lastninske pravice fiduciarja. Na podlagi te določbe in v zvezi s § 442 odz. bi mogel prenesti fiduciar na kupca zgolj uživalno,

<sup>7b</sup> Goršič v Sl. Pravniku 1914 str. 164; Steinbach, zlasti str. 165; Košutić l. c. str. 145—6; Bartsch str. 475—6, 324 in obr. 125.

<sup>7c</sup> § 504:IV:3; še dalje gre Klang pri §u 613.

<sup>7c</sup> Glede argumenta a contrario: Tilsch—Svoboda str. 69; glavni sedež pravne nesigurnosti. Krémář § 9:III:2:labilna argumentacija. Unger v Spomenici ob stoletnici odz. II str. 299 : zelo sumljiv. Ehrenzweig § 17:V : pravzaprav nelogičen (prim. opombo 23 ravnotam). Lep seznam „labilnih argumentacij“ ima Venzi, Manuale di diritto civile italiano str. 13. — V sedanjem času se rešuje s pomočjo argumenta a contrario vprašanje, ali se določi dota po poroki v pravnem ali v nepravdnem postopanju. Iz § 265 Npr. sklepajo nekateri (Stuhec v Sl. Pravniku 1935 str. 100, Ut 57/36 i. t. d.); da se določi v pravdi. Drugi sklepajo iz čl. 27 Unpr., da velja § 1222 odz. naprej in ker ne vsebuje ta določba samo materialno, temveč tudi procesualno normo, da se § 265 Np. še ne more uporabljati. „Nove postave, nove zmešnjave“: Sl. Pravniki 1914 str. 366. Glede zamenjave kontrarnih in kontradiktornih pojmov: Ehrlich, Juristische Logik str. 254, 299.

ne pa lastninske pravice. On pa itak ni uživalec. Definicija § 615 odz. mora imeti zato drug smisel, na katerega se še povrnemo.

Pri vsaki fid. nadomestitvi gre domnevna volja strank za tem, da se vezana imovina, katere se drži toliko osebnega truda in ponosa, ne odtegne ožjemu krogu bližjih oseb, da se jim marveč ohrani neokrnjena. Od fiduciarja se pričakuje, da bo postopal kot dober gospodar in da bo premoženje izročil vsaj v tistem stanju, v katerem ga je prevzel (prim. §§ 615, 515 odz.). Da se bo to res zgodilo, jamči o s e b a fiduciarja. Ta oseba je tisto, na kar se stranke zanesejo. Po poslovni volji strank je fiduciar zaupnik, vsako zaupništvo pa je strogo osebna zadeva. Zato mora zaupnik voditi upravo vezane imovine pod svojo lastno osebno in neposredno odgovornostjo. Da je prenos fiduciarjevih pravic na drugega navadno v nasprotju z zapustnikovo voljo, prizna Ehrenzweig sam (1. c. str. 431); toda — pravi — oziri na prostost prometa zahtevajo, da se prenos pripusti. Na to je reči, da bi se z ozirom na načelno prostost prometa, ki jo odz. res normira, neprave fid. nadomestitve sploh ne smele priznavati. Kajti zakon pozna samo poslednje-voljne fid. nadomestitve.

Izhajajoč od poslovne volje strank more dati zakonodavec fiduciarju pravni položaj „fiduciarnega lastnika“ (fiducia cum amico). Tak fiduciar bi bil na zunaj pravi in popolni lastnik z vsemi posameznimi upravičenji, ki spadajo k lastninski pravici. Samo na znotraj bi bil obligatorno vezan, da mora opustiti vse, kar je v nasprotju s fiduciarno pogodbo.

Odz. ne daje fiduciarju takega pravnega položaja; on omejuje njegovo lastninsko pravico stvarno in vsebinsko, ne samo časovno. Fiduciarju stoje nasproti stvarne pravice pričakovalcev, ki gredo dalj kot v primerih pod 2. To je izraženo v § 615 z besedami, da ima fiduciar „pravice in dolžnosti užívalca“. Po naziranju odz. gre za tkzv. deljeno lastnino; pričakovalci so „vrhovni lastniki“, fiduciar pa je „užívalni lastnik“. Krčmář II § 57 : V : 3). Pa tudi brez teh konstrukcij je glede na določbe §§ 615, 515 jasno, da je fiduciarjeva lastninska pravica tudi vsebinsko omejena in v tem je bistvena razlika naspram primerom pod 2.

Upoštevajoč poslovno voljo strank moramo fiduciarju odreči pravico in možnost, prenesti svojo pravico na drugega brez pristanka pričakovalcev. Nasprotno pa bo fiduciarju priznati v nekaterih primerih celo pravico razpolaganja s stvarino samo in brez pristanka pričakovalcev, in sicer če gre za poravnavo ali kritje zahtevkov, ki imajo prednost

pred pravicami pričakovalcev (n. pr. zapuščinski in zapustnikovi ali izročevalčevi dolgovi, zahtevki z zakonito zastavno ali prednostno pravico) ali pa če potrebe rednega gospodarstva to neizogibno zahtevajo.<sup>7d</sup>

Iz § 613 odz. izhaja torej po tej razlagi, da je iz fiduciarjeve lastninske pravice izvzeto upravičenje, s stvarino ali s pravico do plodov poljubno razpolagati. Na ta način vsebinsko omejena lastninska pravica je še vedno lastninska pravica v smislu zakona.<sup>7e</sup> Čim pa je stvarna pravica sama tako omejena, se poda iz tega samo po sebi, da fiduciar ne le ne sme, temveč po načelu § 442 odz. kratkomalo ne more razpolagati. Razpolagalna nesposobnost fiduciarja, ki jo smatrajo nekateri za posledico prepovedi o. o., se podaja sama po sebi iz omejitve stvarne pravice oz. z drugimi besedami: je samo „refleks stvarnih pravic pričakovalcev“.

Če se ne prizna, da sledi razpolagalna nesposobnost fiduciarja avtomatično iz kakovosti njegove lastninske pravice, bi morale stranke, ki hočejo fiduciarja vezati, ustanavljati prepoved še posebej. Na to misli verjetno Steinbach, ko pravi (str. 154), da je taka prepoved pri (pravi) fid. nadomestitvi „po naravi stvari same čisto nepotreben pojav“. Glede nepravih fid. nadomestb pa pravi (str. 155), da se pri njih taka prepoved včasih dogovori, včasih pa ne in da je potem sporno, ali se razume sama po sebi ali pa ne in ali vsebuje prepoved odsvojitve tudi prepoved obremenitve in obratno.

Kadar se prepoved vendar-le še posebej dogovori, ni glavna, ampak je le stranska določba: *pactum adiectum*. Ona ni samostojno ustanovljena in ni samostojen poslovni smoter, nego je ustanovljena le v zvezi z glavnim poslovnim smotrom.

V praksi opazimo včasih, da bi mogle stranke svoj poslovni smoter v celoti oživitvoriti s prepovedjo o. o. po § 364: c odz. in da segajo le iz nevednosti ali nerodnosti po starih, vpeljanih oblikah fid. nadomestitve. Namreč takrat, ko jim gre samo za to, da vežejo sedanjega lastnika, ne pa tudi za to, da mu določijo pričakovalca s trdnimi, subjektivnimi pravicami. Kadar jim gre za takega pričakovalca, jim z golo prepovedjo o. o. ne bo ustrezno; kajti ona v dvomu fid. nadomestitve ne vsebuje.<sup>7f</sup>

Pa tudi takrat, kadar se sklepajo navadne kupne ali darilne pogodbe, ko ne gre za določitev roka, pogoja ali pri-

<sup>7d</sup> Krčmář V § 53:I, II, § 40:C:I; Bartsch str. 151.

<sup>7e</sup> Krčmář II § 37:V:5, VIII. Klang pri §u 362; Ehrenzweig § 187:I.

<sup>7f</sup> Ehrenzweig § 504:II str. 425.

čakovalca, dalje pri poslednje-voljnih naredbah se pojavi prepoved o. o. kot vzporedno določilo. Pri Rimljanih je bilo tako zlasti pri kupnih pogodbah: *pactum de non alienando*.<sup>7g</sup>

## II.

Kadar je dogovorjena prepoved o. o. ali v zvezi s „glavnim poslom“ ali pa brez take zveze samostojno in torej ni le „refleks pričakovalnih pravic“, je treba ločiti pravno stanje pred 1. januarjem 1917 in od tega dne dalje. S 1. januarjem 1917 je stopil v veljavo § 364: c odz., ki nima povratne moči.<sup>8</sup> Za prej sklenjene pogodbe velja prejšnje pravo in ker je takih prepovedi še nekaj, posebno v naših zemljiških knjigah, se nam je baviti tudi s prejšnjim pravom.

Prejšnje pravno stanje se razlikuje od sedanjega samo v nekaterih točkah. V ostalem pa je prejšnje slovstvo in sodstvo uporabno tudi za novo pravno stanje in obratno.

### 1.

Odz. govori o prepovedi odsvojitve v § 610: odsvojitvena prepoved ne izključuje poslednje-voljnih naredb; dalje v § 1371: zastavni dolžnik se ne more zavezati, da zastavljene zemljišča ne bo drugemu „prepisal“. Po Krčmáru se nanaša tudi besedica „praviloma“ v § 362 na take prepovedi (II. str. 105, 107).

Zakon torej take prepovedi z določenimi izjemami dopušča. Pač po naravnopravnem naziranju o „prirojeni prostosti k dejanjem, s katerimi se ne kršijo pravice drugih oseb“ (§ 317 odz.). Duhu in smislu odz. bi ustrezala ta-le konstrukcija pogodbene prepovedi o. o.: lastniku se prepove, poslužiti se po § 362 odz. pristoječe mu pravice, stvar deloma ali celoma odsvojiti. Odz. pozna kar cel sistem „prepovednih pravic“, ki zavezujejo k opustitvam (*ad non faciendum, ad ommittendum*): §§ 313, 351, kjer se govori o „prepovedih“; §§ 1459, 1482, kjer se govori o „prepovednih pravicah“.<sup>9</sup> Pri tem gre za zgolj obligatorične zaveze, stvarna pravica zavezanca sama pa je popolnoma neprizadeta.

Osebo, ki vzame opustitveno obvezo na-se, hočemo imenovati zavezanca, njegovega nasprotnika pa upravičenca.

<sup>7g</sup> Bonfante, *Istituzioni di diritto romano* str. 415, 472.

<sup>8</sup> Materialije str. 166; Klang § 364:c. Izjema spodaj III:2:a.

<sup>9</sup> Ehrenzweig § 39:III.

## 2.

Pogodbena vsebina je torej dopustna in ne pade pod določbe § 879 odz. Glede osebne sposobnosti pogodnikov (§ 865 odz.) in glede pravega privoljenja (§ 869 odz.) ne velja nič posebnega.<sup>10</sup> Za pravne osebe ni nikakih posebnih določb.<sup>10a</sup> Prepoved se more tikati razpolaganja s telesnimi stvarmi ali pa razpolaganja s pravicami ali terjatvami. Glede prepovedi odstopa (cesije) velja, da ima „stvarni“ učinek,<sup>11</sup> dočim pri telesnih stvareh prepoved stvarnega učinka nima. Prepoved s takim učinkom bi odtegnila stvar prostemu prometu; zasebna poslovna volja ne zadostuje za ustanovitev stvarne prepovedi, za kaj takega je treba zakonske avtorizacije: nullum ius in re sine lege.<sup>12</sup>

Prejšnje pravno stanje take avtorizacije ne nudi. Posledica je, da prepoved ne spada v zemljiško knjigo<sup>13</sup> in da tretje osebe, zlasti upniki zavezanega lastnika nanjo niso vezani.<sup>13a</sup>

Naša praksa je vpis prepovedi v zemljiško knjigo pripuščala in mu pripisovala tudi stvarni učinek zoper pravne posle zavezanca. Steinbachov članek<sup>14</sup> je v znanosti prodril, v praksi ne. Ni čuda; prakse celo nov zakon ne vrže zlepa iz tira.<sup>15</sup> Glede oblike vpisa ni bilo enotnosti; najbolj priljubljena je bila zaznamba.<sup>16</sup> Saj se tudi fid. nadomestitev zaznamuje („simile“). Sploh se pazi v praksi malo na to, da spada v zemljiško knjigo samo to, kar zakon jasno pripušča; to velja tudi za zaznambe.<sup>17</sup> Še posebej se je upreti mnenju, da je mogoče zaznamovati prepoved na podlagi § 20a Zzk. Po tej določbi je mogoče vpisati samo take omejitve delo-

<sup>10</sup> Rouček—Sedláček II str. 264.

<sup>10a</sup> zakon 28. 7. 1902 drž. zak. št. 114; zakon 28. 12. 1911 drž. zak. št. 243; pri nas različni zakoni in uredbe s področja agrarne reforme, obmejnega režima itd.

<sup>11</sup> materialije str. 44; Randa—Kasanda str. 74; Ehrenzweig §§ 201:III, 329: III; Klang §§ 364:c, 1054 str. 976. „Absolutni“ učinek je pri terjatvah pojmovno nemogoč, ker učinkujejo terjatve samo inter partes. Res pa je, da pri terjatvah kot „osebnih“ pravicah ni zaščite dobre vere; zato velja pri terjatvah načelo § 442 odz. v polnem obsegu.

<sup>12</sup> Randa—Kasanda str. 76; enako po rimskem in pandektnem pravu: Dernburg—Sokolowski I str. 376, Windscheid—Kipp § 172a.

<sup>13</sup> Steinbach str. 162; Randa—Kasanda str. 76.

<sup>13a</sup> Krainz—Pfaff—Ehrenzweig 5. izdaja § 200:III.

<sup>14</sup> prim. Kubeš str. 167.

<sup>15</sup> Ehrenzweig § 6:I.

<sup>16</sup> Steinbach str. 154; Bartsch 5. izdaja str. 26, 451 in 524 priporoča vpis v bremenskem listu in „poočitbo“ v lastninskem listu, ne da bi se količkaj zmenil za Steinbachove argumente.

<sup>17</sup> prim. Steinbach 163.



valne ali razpolagalne sposobnosti, ki izvirajo iz oblastvenega akta ali neposredno iz zakona, ne pa takih, ki izvirajo iz pravnega posla. Te omejitve veljajo naspram vsakomur tudi, če niso zaznamovane; njih stvarni učinek ni posledica vpisa.<sup>18</sup>

Na brezpravno vpisane prepovedi se ni treba nikomur ozirati, one so popolnoma brezpomembne. Izbrišejo se na gol predlog zavezanca.<sup>19</sup>

Zoper izvršbe pa praksa prepovedi ni priznavala stvarnega učinka.<sup>20</sup> Zavezančevim upnikom se za prepoved ni bilo treba brigati in so vkljub prepovedi mogli doseči prisilno osnovo zastavne pravice ali prisilno dražbo. Zavezanec je mogel izvršbo izzvati in tako po ovinku doseči odsvojitve ali obremenitev.

Po pravilnem mnenju je priznati stvarni učinek prepovedi le, če se predstavlja kot *pactum adiectum* ali kot refleksna posledica pravnega posla, s katerim se ustanavljajo stvarne pravice pričakovalcev. Rok, pogoj ali stvarne pravice pričakovalcev morajo biti samostojno pogojene; prepoved sama na sebi jih ne vsebuje.<sup>21</sup> Če take pravice niso ustanovljene, je vpis v zemljiško knjigo in sicer v katerikoli obliki nedopusten in neupoštevten. Od oblike vpisa njega veljavnost itak ni odvisna.<sup>22</sup>

### 5.

Čl. 1104 laškega c. c. (čl. 1108 code Napoleon) našteva med bistvenimi potrebnostmi veljavne pogodbe izrečno tudi „*una causa lecita di obbligarisi*“. Odz. takega izrečnega predpisa nima, vendar ni sporno, da so pogodbe tudi po našem zasebnem pravu, če že ne brezizjemno, pa vsaj načeloma kavzalne. Ali je pogodba, s katero se ustanavlja prepoved o. o., kavzalna in v pozitivnem primeru, kaj je „*causa*“ te pogodbe? V tej zvezi se ne moremo baviti s celotnim problemom „*causae*“ v zasebnem pravu, nego se omejimo na naslednje opombe.

Stranke zasledujejo s pravnim poslom določen smoter (prim. § 914 odz.).<sup>23</sup> Ta smoter spada k „dejanskemu stanu“

<sup>18</sup> Steinbach str. 165.

<sup>19</sup> Steinbach str. 166 pristavlja: „kolikor ne prihajajo v poštev pravice tretjih oseb“.

<sup>20</sup> Steinbach str. 166; Kubeš str. 167; Krainz—Pfaff—Ehrenzweig 5. izdaja § 201 str. 568.

<sup>21</sup> Steinbach str. 167; Randa—Kasanda str. 74.

<sup>22</sup> prim. Kubeš str. 175 opomba 57.

<sup>23</sup> Korošec I/1 str. 95; prim. Ehrenzweig § 106:I: „*Geschäftszweck*“; dalje Klang pri §u 914:III:1 oz. tam citirano poročilo gosposke zbornice str. 274, „*der Geschäftszweck, die causa des Vertrages, vorüber der Konsens erklärt worden ist*“.

dotičnega konkretnega primera. Pravni red more dati smotru, ki ga stranke zasledujejo, pravno podlago, „pravni temelj“, „pravni naslov“, če smatra ta smoter za združljivega s tistim socialnim stanjem, ki ga pravni red hoče.<sup>24</sup> Tako nastanejo abstraktni „učini“ objektivnih norm. Smoter je nekaj konkretnega, subjektivnega in ga moremo imenovati tudi „subjektivno kavzo“; pravni temelj pa je del objektivnega pravnega reda in ga moremo imenovati „objektivno kavzo“.<sup>24a</sup> Smoter mora biti medsebojno med strankama izjavljen in se morajo stranke nanj zediniti: pogodbeno pri- voljenje. „Objektivna kavza“ prepovedne pogodbe so §§ 610, 1371, 362 odz.

Smoter ni začetna, temveč je končna faza psihičnega procesa, ki se razvije pri pogodnikih.<sup>24b</sup> Spočet je od nagibov, želj, ki po § 901 odz. redoma ne prihajajo v poštev. Točne meje med nagibom in smotrom ne potegne ne zakon ne znanost; prepuščeno je rešitvi posameznega primera, da jo ona določi glede na „potrebe praktičnega življenja“.

Ugotovitev poslovnega smotra je posebno važna tam, kjer za pravni posel ni predpisana določena oblika. Za ugotovitev smotra je potrebna ugotovitev volje strank in je v to svrho upoštevati ali vsaj soupoštevati psihološka pravila.<sup>24c</sup> Ta pravila nas nakazujejo na raziskovanje nagibov, s katerih so stranke izhajale in se tako pokaže pomembnost nagibov za ugotovitev poslovnega smotra.<sup>25</sup>

Za pogodbo o prepovedi o. o. posebna oblika ni predpisana. Pravilna razlaga pogodbene volje, ugotovitev poslovnega smotra, ima zato široko polje udejstvovanja. Na to se še povrnemo.

Abstraktni posli se definirajo n. pr. kot taki, pri katerih „smoter ni razviden iz pravnega posla samega“;<sup>25a</sup> pri katerih „kavza iz posla ni razvidna“;<sup>25b</sup> pri katerih „iz obveznosti ene stranke ne moremo sklepati na obveznost druge stranke“;<sup>25c</sup> pri katerih „obveznostni razlog ne spada k poslovnim vsebini“.<sup>25c</sup> Iz teh definicij razvidimo le, da se pri abstraktnih poslih ni baviti s subjektivno, temveč le z objektivno kavzo; ne razvidimo seveda, ali naj bo določen po-

<sup>24</sup> prim. Steinbach GZ 1904 str. 286; Simoncelli, Istituzioni di diritto privato italiano tt. 82, 84; Krčmář, III § 5:II:2:b.

<sup>24a</sup> prim. Sedláček t. 114, dalje tt. 118, 363; Bonfante str. 71, 82; bürgerl. Rechts str. 35.

<sup>24b</sup> prim. Wolff, Verbotenes Verhalten str. 55 nasl.; Grundriss des toda tudi Rouček—Sedláček § 424.

<sup>24c</sup> Sl. Pravnik 1906 str. 13, 14; Ehrenzweig § 1 op. 19; Reichel, Über forensische Psychologie.

<sup>25</sup> Korošec I/1 str. 95.

sel abstrakten ali kavzalen. Ni čuda, da ni enotnosti naziranje glede tega, kateri posamezni posli naj bodo abstraktni in kateri kavzalni. Kot primer abstraktnega posla se navaja sprejem nakazila po § 1402 odz.; Pisko<sup>25d</sup> navaja razloge zoper to naziranje. Ali je različne varnostne pogodbe smatrati za abstraktne ali za kavzalne?

Vsekakor imajo stranke tudi pri abstraktnem poslu „vzroke“,<sup>25e</sup> da ga sklenejo. Ako pametnega „vzroka“ ni, potem ne more biti resne pogodbene volje. Iz tega se vidi, kako prav ima Steinbach, ko opozarja na težave pravne konstrukcije pri abstraktnih poslih.<sup>26</sup>

„Vzroki“, da se sklepajo samostojne prepovedne pogodbe, so n. pr. lastnik hoče napraviti konec slabemu gospodarstvu, zato dovoli prepoved na korist — recimo — svoje žene; solastniki se hočejo vzajemno ali nevzajemno zavarovati zoper možnost razpolaganja s solastninskimi deleži (§ 829 odz.), da se ne vrine kaka nevšečna oseba v skupnost; kapitalist se dalj časa ne more odločiti, ali bi dal posojilo na posestvo ali ne, hoče se zavarovati zoper spremembe knjižnega stanja in mu zaznamba vrstnega reda ne zadoštuje.<sup>27</sup> Vidimo, da gre strankam za to, da zavarujejo določene interese<sup>28</sup> gmotne ali zgolj osebne narave: pravni položaj žene in otrok, ogrožen vsled slabega gospodarstva lastnika; osebno korist solastnikov na tem, da ne pridejo v skupnost z osebo, katere nagnjenja jim bodo nezaželjena; korist upnika, ki špekulira z najugodnejšim plasiranjem svojega denarja. Ta varnost je smoter, ki ga stranke s poslom očitno zasledujejo in glede katerega se poslovne volje obojestransko strinjajo. Prepovedna pogodba spada k varnostnim pogodbam in je kavzalna. Njena subjektivna kava je: varnost.

Isto velja, če je prepovedna pogodba zgolj *pactum adiectum*. Pri darilni pogodbi n. pr. ima darovalec interes na tem, da ostani darilo trajno obdarjencu; njemu ga darovalec privošči, drugemu ne in hoče ta interes zavarovati s prepovedjo. Pri izročilnih pogodbah izročevalec, ki si je pridržal preživitek ali užitek, ne želi, da bi na stara leta prišel

<sup>25a</sup> Korošec ravno tam.

<sup>25b</sup> Krčmář III § 3:III.

<sup>25c</sup> Sedláček I. t. 120.

<sup>25č</sup> Ehrenzweig § 317:I.

<sup>25d</sup> Lehrbuch des öst. Handelsrechts str. 317; prim Sedláček I t. 120.

<sup>25e</sup> po latinsko tudi: „causa“.

<sup>26</sup> GZ 1904 str. 286; prim Sedláček I t. 121.

<sup>27</sup> Steinbach str. 154.

<sup>28</sup> Ehrenzweig § 51:II; Krčmář I § 12:V.

vsled spremembe v osebi lastnika v nove, nenavajene ali negotove razmere; ta interes zavaruje s prepovedjo. V ženitnih pismih po „štajerskem sistemu“ se zavarujeta pogodnika zoper nevšečnosti, ki izvirajo iz proste razpolage s solastninskimi deleži; če je pa ženitno pismo narejeno po „kranjskem sistemu“, si zavaruje pogodnik, ki ne postane solastnik, svoj položaj na najuspešnejši način s prepovedjo o. o. Pactum adiectum ima torej svoj lastni smoter, ki obstoji poleg poslovnega smotra temeljnega posla.<sup>28a</sup>

Odkloniti je mnenje,<sup>28b</sup> da mora biti zavarovani interes imovinske narave, češ da sicer ni možnosti odškodninskega zahtevka, kadar pride do kršenja prepovedi; omejitev lastninske pravice oz. razpolagalne sposobnosti da bi bila zato nesmiselna in zato neveljavna. To mnenje v zakonu nima opore; priznanje zahtevka de iure je eno, njega praktična izvedljivost v primeru kršenja je drugo. Le kadar bi interesa sploh ne bilo ali če interes pozneje odpade, je oz. postane omejitev lastninske pravice oz. razpolagalne sposobnosti nesmiselna in zato odpade.<sup>29</sup>

Kolikor omejuje prepoved samo razpolagalno sposobnost, je dano samo osebno jamstvo; zavezanec ne sme razpolagati. Kadar pa omejuje prepoved lastninsko pravico samo, potem gre za stvarno jamstvo; zavezane ne more razpolagati. Dočim se ustanovi pri zastavljanju stvarno jamstvo z nastankom nove stvarne, t. j. zastavne pravice in sicer v varnost določene (denarne) terjatve, se pri prepovedi o. o. že obstoječa stvarna pravica omeji in sicer v varnost premoženjskega ali osebnega interesa ali pravnega položaja upravičenca. Varnost je pojmovno „akcesorična kavza“.<sup>30</sup> Če ni principalnega interesa ali pravnega položaja, je prepovedna pogodba neveljavna. Če odpade interes ali pravni položaj naknadno, je prepoved ob veljavo.<sup>31</sup>

#### 4.

Vsebina prepovedi je prepuščena dispozitivni volji strank. Izjema je določba § 1571 odz., dalje da stranke ne morejo dati prepovedi stvarnega učinka, v kolikor ni za to posebne zakonite podlage. Stranke morejo v naprej določiti, da prepoved za gotove primere ne velja, da torej lastnik v teh primerih prosto razpolaga. Upravičenec se more svoji

<sup>28a</sup> Ehrenzweig § 317:V:2.

<sup>28b</sup> Randa—Kasanda str. 76; Randa, Eigentumsrecht 1893 str. 215.

<sup>29</sup> Steinbach str. 162; Ehrenzweig § 201:III; Vážný 9897.

<sup>30</sup> Sedláček I tt. 118, 362—363.

<sup>31</sup> Kubeš str. 241.

pravici tudi naknadno odreči in sicer na splošno ali pa samo za določen primer.

Kolikor ni razvidna drugačna volja strank, torej v dvomu, bo veljalo sledeče.

Pristanek upravičenca na obremenitev ne pomeni pristanka tudi na odsvojitve.<sup>32</sup>

Prepoved odsvojitve obsega po pretežnem mnenju tudi prepoved obremenitve.<sup>33</sup> Ta zaključek bazira na okolnosti, da je odsvojitve (sc. za zavezanca) večje zlo, kot obremenitev: in maiore minus continetur; arg. a maiore. Stranke pa utegnejo biti v konkretnem primeru tudi družega mnenja; z logičnega stališča je neoporečen tudi zaključek, da stranke zoper obremenitev, zlasti v nujni potrebi, niso imele pomislekov. Iz pravila: prepoved odsvojitve vsebuje tudi prepoved obremenitve, — bi sledilo arg. a contrario, da prepoved obremenitve ne vsebuje prepovedi odsvojitve. Argumento a minore se pride do nasprotnega zaključka. Tudi ta zaključek je logično neoporečen: če je prepovedana že gola obremenitev, mora biti tembolj prepovedana odsvojitve.<sup>34</sup> Za zavezanca je z gospodarskega stališča odsvojitve lahko manjše zlo kot obremenitev.

V praksi se more včasih opaziti, da stranke ne mislijo na razliko med odsvojitvijo in obremenitvijo, oba izraza smatrajo kot enakovredna; iz tega razloga se poslužujejo samo enega izmed njih. V drugih primerih se ta razlika dela; dela jo tudi zakon (§ 364:c odz.) in razširjena jezikovna raba (prim. SZ X-290).

Še bolj zamotana postane stvar, kadar se stranke ne poslužujejo pravniskih izrazov, temveč svojih. V praksi pogost pojav.<sup>34a</sup> Pravniki se lahko zedinijo na pojem „odsvojitve v

<sup>32</sup> Sl. Pravnik odločba št. 364; dalje Ut 170/34.

<sup>33</sup> Klang pri § 364:c; Kubeš str. 236: starejša veda si očitvidino ni mogla zamisliti, da bi bila možna prisilna osnova zastavne pravice, potem bi se pa posestvo za to terjatev ne smelo prodati. Zastavno pravico pa je možno realizirati tudi s prisilno upravo. Dalje Rouček—Sedláček II str. 264; razlogi odločbe SZ X:290. Glasom odločb SZ VI:326, VII:395 in VIII:355 velja to „praviloma“, čemur je pritrčiti. Argumentacija, da obsega prepoved odsvojitve „logično“ tudi prepoved obremenitve (Gl. U. n. F. 912) je logična; vprašanje je le, če so se tudi stranke posluževale iste logike. Drugače odločba Sl. Pravnik št. 478. Pripomniti je, da se je odločba Gl. U. n. F. 912 postavila na pravilno stališče, da prepoved kljub vpisu nima stvarnega učinka.

<sup>34</sup> Kubeš str. 237: prepoved odsvojitve ne vsebuje prepovedi obremenitve, pač pa vsebuje prepoved obremenitve prepoved odsvojitve; „zaključek, ki vsebuje seveda paradoks“. Čsl. načrt 1931 se vprašaju ogne.

najširšem smislu<sup>34b</sup>: 1. dejanja, s katerimi se lastnik znebi lastninske pravice bodisi a) da jo prenese na drugo osebo, bodisi b) da je ne prenese na drugo osebo; 2. dejanja, s katerimi ustanovi lastnik stvarno pravico na svoji stvari; 3. dejanja, s katerimi se lastnik znebi stvarne pravice na (tuji) stvari; 4. dejanja, s katerimi ustanovi lastnik obligatorične užitvalne pravice na svoji stvari in 5. dejanja, s katerimi pridobe druge osebe (upniki) plačilne pravice na stvari. Potemtakem je razumeti pod odsvojitvijo vsa dejanja, s katerimi se po pravnoposlovni ali izvršilni poti doseže prestanek lastninske pravice dosedajnega lastnika, torej: kupo-prodajo, menjavo, daritev (med živimi in za primer smrti SZ VII—248), napustitev, domik itd. Pod obremenitvijo pa so razumeti vsa pravnoposlovna ali izvršilna dejanja, s katerimi se ustanove iura in re aliena ali tazv. plačilne pravice v smislu izvršil. reda: zastavna pravica, realno breme ali pa tudi samo osebne užitvalne pravice, n. pr. rabokupna pogodba, dalje uvedba prisilne uprave, prisilne dražbe.

V dvomu bo smatrati, da spadajo sem samo pravni posli med živimi (arg. § 610 odz.).

Pri reševanju posameznega primera v praksi se vse te formule ne smejo uporabiti brez upoštevanja prave poslovne volje strank. Ali bo strankam res prisoditi, da so pod prepovedjo obremenitve razumele, da se tudi služnost ne sme ustanoviti? Posebno, če služnost ne vpliva občutno na vrednost prizadete stvari. Pri rabokupni pogodbi se bo pravnik nagibal bolj k naziranju, da ne gre za obremenitev, ker rodi rabokupna pogodba zgolj obligatorne obveze. Stranke utegnejo smatrati, da je tudi oddaja rabe obremenitev. Sicer pa je tudi med pravniki sporno, ali je rabokupna pravica, tudi če ni vknjižena, v resnici zgolj obligatorna pogodba ali pa je stvarna pravica posebne vrste ali pa osebna pravica, ki ima v resnici stvarne učinke.<sup>34c</sup> Včasih je sploh težko dognati, ali je smatrati ugotovljeno pogodbeno vsebino za služnost ali pa za rabokupno razmerje.<sup>34c</sup> Če bi prejšnje pravo pripuščalo prepovedi, ki omejujejo lastninsko pravico samo, bi nastala za razlago nadaljnja težava, namreč ali so

<sup>34a</sup> Sl. Pravniki 1906 str. 15: „Po papirnem jeziku se še nikdar ni dogodil kak pravniški substrat“. — Tako se n. pr. v praktičnem življenju še danes rabi beseda „prigovarjati“ v sličnem pomenu kot „nagovarjati“, ne pa v pomenu „ugovarjati“.

<sup>34b</sup> Krčmář II § 40:Al.

<sup>34c</sup> Právník 1931 str. 88, 194; prim. Ehrenzweig § 369: I, 370: III: I in Klang § 1090 str. 16.

<sup>34c</sup> prim. Mohorič v Sl. Pravniku 1911 str. 1.

imele stranke v mislih omejitev lastninske pravice ali pa samò omejitev razpolagalne sposobnosti.

S temi razmotrivanji naj bo samo to povedano, da se pri reševanju konkretnih primerov ni krčevito oklepiti šolskih šablon in jih strankam na področju dispozitivnega prava oktroirati, temveč da je vedno in predvsem v podrobnem ugotoviti poslovno voljo strank. Teoretična formula nam da samo več ali manj popolno navodilo, v katerih smereh je sondirati voljo strank. Res pa je, da pogosto tudi pri naj-vestnejši preiskavi poslovne volje strank ne bo mogoče izhajati brez takz. „dopolnilne razlage“.<sup>34d</sup>

Prepoved se bo redoma tikala samo razpolaganja s tvarino stvari ne pa razpolaganja z njenimi plodovi.

Pri solastninski skupnosti ovira prepoved razpolago in s tem predlog na razrušitev skupnosti samo od strani zavezanega solastnika, ne pa od strani nezavezanega solastnika.<sup>35</sup>

## 5.

Glede odplatnosti prepovedne pogodbe je upoštevati stari § 864 odz., ki zamenjava enostranske z neodplatnimi in dvostranske z odplatnimi posli. Isto napako napravi tudi novi § 917 odz., ki velja za prepovedi, ustanovljene od 1. januarja 1917 dalje.<sup>36</sup> Za prejšnje pravo prihaja nadalje v poštev tudi stari § 1173 odz. O dvostranskih obvezah govori odz. samo v §§ 915, 934 in 1369, ki niso novelirani.

Pri prepovedi o. o. prevzame obvezo v dvomu na-se samo zavezanec; posel je torej v dvomu enostranski. V dvomu upravičenec ni zavezan k odplati; posel je v dvomu neodplaten ali vsaj „nevtralen“.<sup>37</sup> Ne bo pa daritev od strani zavezanca, ker ne bo darilnega namena.

Glede spodbijanja po stečajnem oz. spodbijalnem zakonu je upoštevati predvsem, da je prevzem obveze „pravno dejanje“<sup>38</sup> v smislu navedenih zakonov. Dalje, da gre za varnostni posel in da veljajo torej ista, zelo sporna in nejasna načela, kot pri spodbijanju zastavitev itd.<sup>39</sup>

<sup>34d</sup> Ehrenzweig § 106: I; prim. Sedláček I t. 130.

<sup>35</sup> SZ X: 46; Klang Jur. Bl. 1928 str. 554 in v komentarju § 364: c.

<sup>36</sup> prim. Klang § 917 str. 439 nasl.

<sup>37</sup> Klang § 917 str. 446.

<sup>38</sup> Ehrenzweig § 85: II: 5; prim. Cg Ia 1003/31 okrožnega sodišča v Ljubljani.

<sup>39</sup> prim. Klang § 917 str. 449 in § 1369; Ehrenzweig § 284: II.

## 6.

Glede prestantka prepovedi ni bilo nikakih posebnih določb.

Iz njene akcesornosti sledi, da ugasne, čim odpade zaščiteni interes. Če je prepoved dogovorjena med zakonci, bo interes s smrtjo enega odpadel ali pa ne; prepoved je mogla biti n. pr. dogovorjena tudi na korist tretje osebe. Vse to je odvisno od razlage konkretnega primera; vsekakor se na splošno ne da reči, da razveza zakona nima vpliva na nadaljnjo veljavo prepovedi.<sup>39a</sup>

Upravičenec se more odreči svojim pravicam za dotični primer ali pa na splošno. Če je upravičencev več, se morajo odreči vsi; večina ne zadostuje.<sup>40</sup>

Z zavezančevo smrtjo preide obveza na njegove dediče; prejšnje pravo ni imelo v tem pogledu nobene izjemne določbe. (Glej spodaj III : 2 : a). Z ozirom na osebni značaj upravičenja iz prepovedi je v dvomu smatrati, da se pravice iz prepovedi na strani upravičenca ne podedujejo.<sup>40a</sup> Interesi, ki jih prepoved varuje, so bolj osebne vrednote, kot pa take, ki bi mogle preiti na dediča, oz. ki bi mogle z isto vsebino in z istim smislom obstojati tudi v osebi dediča. Razlaga poslovnega smotra utegne dovesti do drugačnih zaključkov.

## 7.

Upravičenje iz prepovedi zaradi svojega osebnega značaja ne more imeti prometne vrednosti in ni prenosno s pravnim poslom.<sup>40b</sup> Zato tudi ne more biti predmet izvršbe.<sup>41</sup> Po naziranju prakse prepoved po prejšnjem pravnem stanju ni ovirala izvršbe na prizadeto stvar; stališče, ki je v tej točki popolnoma v skladu s Steinbachovim mnenjem.

## 8.

Ker je praksa pripuščala vpis prepovedi v zemljiško knjigo, je moglo priti do kršitve prepovedi pri nepremičninah samo vsled pomote zemljiškoknjižnega sodišča. Vpisana prepoved je namreč knjižni zadržek in se mora kot tak uradno upoštevati; predlogi za odsvojitve in obremenitve so morali biti kot nasprotni knjižnemu stanju uradoma zavrnjeni. Potemtakem je moglo priti do kršitve samo pri pre-

<sup>39a</sup> Kubeš str. 241.

<sup>40</sup> Vážný 11.959.

<sup>40a</sup> nasprotno Kubeš str. 241.

<sup>40b</sup> Ut 181/35.

<sup>41</sup> obrazloženje k i. r. str. 527.



mičinah, pri nepremičninah pa samo, če prepoved ali nepremičnina nista bili v zemljiški knjigi. Tudi prepovedi odstopa gre absolutni učinek.

Če je bila kršena prepoved z zgolj obligatornim učinkom, velja § 1523 odz.: upravičenec more od zavezanca zahtevati upostavitev prejšnjega stanja oz. odškodnino.<sup>42</sup> Upostavitev prejšnjega stanja bi šla za tem, da mora zavezanec stvar (za se!) nazaj pridobiti oziroma zopet razbremeniti (depurirati). Ravno tako nepraktičen je odškodninski zahtevek; kako naj se škoda določi? Edina praktično izvedljiva posledica kršenja je zapadlost morebitne pogodbene globe.<sup>42a</sup>

Drugačna je stvar, če je prepoved zvezana z rokom ali razveznim pogojem. Tu more upravičenec stvar zase vindicirati oz. zahtevati razbremenitev od tretje osebe. Glede sedajnega pravnega stanja glej pod III : 5.

### III.

#### 1.

Novo pravno stanje velja za prepovedi, ki so bile ustanovljene od 1. januarja 1917 dalje in sicer samo za tiste prepovedi, ki se tičejo „stvari ali stvarnih pravic“. Pod „stvarmi“ so mišljene samo telesne stvari, nepremičnine ali premičnine, ne pa pravice in terjatve. To izhaja iz naslednjega. § 53 vladinega načrta je govoril na kratko o „pravica“ in bi torej veljal tudi za terjatve. Po mnenju justične komisije je pa imela prepoved pri terjatvah „absolutni“ učinek že po takratnem pravnem stanju. Zato je bilo določeno sedajne besedilo, ki terjatve namenoma izpušča.<sup>43</sup>

#### 2.

Glede prepovedi, ki se tičejo stvarnih pravic ali stvari, kaže sedajne pravno stanje dve izraziti novosti in sicer

a) na splošno. Prepoved velja najdalj do smrti zavezanca oz. kot se zakon preozko izraža: „prvega lastnika“. Zakaj govori zakon o „prvem lastniku“, ni jasno; materialije str. 165 govore pravilno o „prvem pridobitelju“ in poudarjajo, da se prepoved ne ustanavlja samo pri izročitvi v last, ampak tudi pri ustanavljanju pravic in re aliena. Namesto „prvi lastnik“ je torej bolje reči: zavezanec, prvi pridobitelj ali podobno.<sup>43a</sup>

Ta časovna omejitev velja neglede na to, ali gre za nepremičnine ali za premičnine. Z njo je v skladu dispozitivna

<sup>42</sup> prim. Steinbach str. 162; Kubeš str. 238.

<sup>42a</sup> Fischer-Colbrie v GZ 1919 št. 23—24; Rouček-Sedláček II str. 265.

<sup>43</sup> Kubeš str. 235; Rouček-Sedláček II str. 264.

<sup>43a</sup> Kubeš str. 171; Rouček-Sedláček II str. 264.

določba §a 610 odz., da prepoved odsvojitve ne ovira poslednje-voljnih naredb.

Časovna omejitev na življensko dobo prihaja praktično do izraza samo pri fizičnih osebah, ne pa pri jurističnih. Te morejo biti časovno neomejeno zavezane. Njih imovina je že itak več ali manj odtegnjena prostemu prometu in določba § 364 : c položaja v tem pogledu ne poslabša. Ker juristične osebe ne morejo imeti svojcev, prepoved ne more imeti absolutnega učinka.<sup>43b</sup> Zato tudi ne more biti deležna vpisa v zemljiško knjigo. Izjema mora biti ustanovljena s posebnim zakonitim predpisom n. pr. § 14 III. novele: prepoved na korist državnega stanovanjskega zaklada.

Omejitev veljavnosti na življensko dobo zavezanca velja tudi za prepovedi, ustanovljene pred 1. januarjem 1917. To izhaja iz zakonodajne politike III. novele in splošnih načel o. d. z.

b) prepoved z absolutnim učinkom je nadalje omejena aa) na ozek krog „svojcev“, ki so naštetih v § 364 : c in ki niso v celoti istovetni z „bližnjimi svojci“ v smislu § 4 spodb. zakona ali § 34 Stz. oz. § 187 III. novele in bb) na nepremičnine, ker je odvisna od knjižnega vpisa.

aa) Znotraj kroga svojcev po § 364 : c se more osnovati prepoved s stvarnim učinkom tudi na korist tretje osebe; oba pogodnika in pogodovanec morajo pripadati temu krogu. To pripadnost je izkazati z javno listino; vendar praksa v tem pogledu ni tako stroga.

bb) Oblika vpisa je pri nas urejena v §§ 9 in 11 Zozk. Pod besedo „vpisati“ v § 11 : II se more z ozirom na §§ 4 in 8 Zzk. razumeti samo vknjižba ali predznamba, ne pa zaznamba. Prepoved se v bremenskem listu vknjiži ali predznamuje, v lastninskem listu pa „poočiti“ in praksa v resnici večinoma tako tudi postopa.<sup>44</sup> Če nepremičnine ni v zemljiški knjigi ali če gre za nadstavbo (superedifikat), si je treba pomagati s položbo listine;<sup>45</sup> § 364 : c govori res o javnih knjigah, vendar tega izraza ni vzeti dobesedno, kot n. pr. tudi izraza „prvi lastnik“ ne.

Če niso podane predpostavke pod aa) in bb), ima prepoved samo obligatoričen učinek in je vsak vpis nemogoč.<sup>46</sup>

<sup>43b</sup> Kubeš str. 172.

<sup>44</sup> drugače Ut 170/34: zadostuje zaznamba v lastninskem listu; vpis v bremenskem listu bi bil po § 8 z. z. in § 11 Zozk. potreben le, če bi veljal zoper vsakega lastnika; prepoved pa velja le, dokler živi tisti lastnik, ki jo je dovolil.

<sup>45</sup> drugače Klang § 364 : c: položba listine ne more nadomestiti vpisa. Enako verjetno tudi Krčmář II § 40 C: III: 3: c.

<sup>46</sup> SZ X: 100.

Če bi bil vkljub temu dovoljen in izvršen, nima nikakega pravnega učinka.<sup>47</sup>

Izbris zakonito dovoljene prepovedi se izvrši na podlagi sposobne listine. Kot taka velja tudi mrliški list o smrti zavezanca; tudi zavezančev upnik more na tej podlagi izposlovati izbris.<sup>48</sup> Gol predlog brez listine zadostuje, kadar se vpiše nov lastnik vsled smrti prejšnjega.<sup>49</sup> Dalje, če je bil vpis per nefas dovoljen in izvršen.

Vpis prepovedi predstavlja knjižni zadržek in ga mora zemljiškoknjižno sodišče uradoma upoštevati; predlog, ki mu nasprotuje, mora uradoma zavrnuti. Če je bila obremenitev ali odsvojitve navzlic temu knjižno izvršena, mora pridobitelj na zahtevo vpostaviti prejšnje knjižno stanje in sicer vkljub pravomočnosti svojega vpisa.<sup>50</sup>

Vrstni red vpisa se ravna po § 29 z. z. Glede pravic s starejšim vrstnim redom nima prepoved nikakega učinka.<sup>51</sup> Nasproti pravicam z zakonito prednostjo prepoved istotako nima učinka in njen vrstni red ne prihaja v poštev.<sup>52</sup>

### 3.

Iz besedila § 364: c ne izhaja, da bi se mogla ustanoviti prepoved samo kot vzporedno določilo v okvirju pogodbe z drugo temeljno vsebino, torej kot „pactum adiectum“. Zato velja, da se more ustanoviti tudi čisto samostojno.<sup>53</sup> Vladni načrt se je sicer glasil v § 53 takole: „Pri prenosu pravic<sup>54</sup> na ... se more pridobitelju s pogodbo ... odvzeti pravica odsvojitve ali obremenitve potom pogodbe“. Vsled ugovorov je bilo to besedilo tako spremenjeno, kot se danes glasi. Zato ni dvoma, da je tudi samostojna prepoved dovoljena,<sup>55</sup> kot tudi, da je prepoved ovira izvršbi.

### 4.

V izvršbi se pokaže, ali ima pravica kaj praktične vrednosti ali ne. Če prepoved ni vpisana ali če gre za premičnine, ima prepoved samo obligatoren učinek; ne veže zavezančevih upnikov in izvršbe ne more ovirati. Če pa je prepoved vpisana, je izvršba deloma nedopustna.

<sup>47</sup> Vážný 10.424; Klang § 364:c.

<sup>48</sup> Ut 181/35.

<sup>49</sup> Kubeš str. 175.

<sup>50</sup> Vážný 13.104.

<sup>51</sup> Vážný 12.596, 12.862.

<sup>52</sup> Kubeš str. 239; Klang § 364: c; SZ XII: 57.

<sup>53</sup> Ehrenzweig § 201: III.

<sup>54</sup> podčrtal pisec.

<sup>55</sup> Kubeš str. 169.

Ta nedopustnost ne sledi v prvi vrsti iz načela § 37 i. r., kajti prizadeta stvar spada v zavezančevo imovino. Kjer ne gre za pričakovalne pravice tretjih oseb, tudi ne more biti govora o tkzv. deljeni lastnini tretjih oseb v smislu §§ 357—359 odz.<sup>56</sup> Pač pa je stvar z zakonito dopustno dispozicijo zasebne volje začasno odtegnjena prostemu prometu in je iz tega razloga „izvzeta“ iz izvršbe. Zato se nedopustnost izvršbe ne uveljavlja samo s tožbo po § 37 i. r. oz. ugovorom po § 170: 5 i. r., nego tudi z rekurzom zoper izvršilno dovolilo. Vendar je rekurz iz procesualnih ozirov samo takrat mogoč, kadar prepoved po svoji vsebini ne more biti sporna ali dvomljiva, kadar torej ne gre za ugotavljanje prave pogodbene volje strank in je rešitev mogoča zgolj na podlagi spisa. Slično dupliciteto obrambnih sredstev (na strani zavezanca) imamo tudi pri določbah §§ 35, 40 i. r. K rekurzu je upravičen tako zavezanec<sup>57</sup> kot tudi upravičenec,<sup>58</sup> ki v izvršilnem postopanju ni stranka, nego samo udeleženec (prim. Hora, Soustava exekučního práva str. 30, 32, 46, 59). Izvršilno dovolilo je dostaviti tudi upravičencu.<sup>59</sup> Če upravičenec ni bil obveščen ali če je vkljub obvestilu opustil rekurz, je izvršbo tudi po pravnomočnosti izvršilnega dovolila na predlog ali uradoma ustaviti po § 39: 2 i. r. Vkljub pravnomočnosti izvršilnega dovolila so vsa izvršilna dejanja neveljavna.<sup>60</sup>

Da prepoved prisilne uprave (vsaj praviloma) ne ovira, ni dvomljivo.<sup>61</sup>

Glede prisilne osnove zastavne pravice in glede prisilne dražbe pa je upoštevati na eni strani, da je vsebina prepovedi dispozitivna (zgoraj II: 4) in na drugi strani, da sodišče pri dovoljevanju izvršbe nima možnosti ugotavljati voljo strank, nego mora postopati samo na podlagi spisa, upošteva je navedbe izvršilnega predloga (§ 54 i. r.). Dovolilno sodišče se bo držalo besedila pogodbe oz. zemljiškoknjižnega vpisa in mu bo prisodilo tisti smisel, kot ga imajo od strank rabljene besede v normalnih primerih. Normalni pomen besed bo ta-le: prepoved odsvojitve ovira odsvojitvev in s tem tudi prisilno dražbo, vsebuje v dvomu tudi prepoved

<sup>56</sup> Steinbach str. 174.

<sup>57</sup> Vážný 11.695, nasprotno 8039.

<sup>58</sup> Ut 170/34, Vážný 11.959.

<sup>59</sup> Ut 170/34 in sicer po §§ 151:1, 156 Zzk., ker na izvršilnem postopanju upravičenec iz prepovedi ni udeležen. SZ VIII: 35; prepovednega upravičenca je obvestiti po § 123 (avstr.) z. z., § 64 in čl. 15: 2 i. r. in ga ni nakazati na pot izbrisne tožbe, SZ VI: 254.

<sup>60</sup> Vážný 13.104.

<sup>61</sup> Kubeš str. 239; Neumann-Lichtblau str. 377.

obremenitve in ovira prisilno osnovo zastavne pravice.<sup>61a</sup> Prepoved obremenitve ovira prisilno osnovo zastavne pravice in vsebuje v dvomu tudi prepoved odsvojitve, tako da ovira tudi prisilno dražbo.<sup>62</sup> Vendar enotnosti ni niti v slovstvu niti v sodstvu. Naše vrhovno sodišče razlikuje med odsvojitvijo in obremenitvijo v odločbah Sl. Pravnika št. 364 in Ut 170/54; po odločbi Sl. Pravnika št. 478 prepoved odsvojitve ne izključuje poznejše obremenitve, vendar bi se za dotično terjatev dražba ne mogla dovoliti (prim. opombo 55). Po odločbi Ut 254/55 prepoved obremenitve ne izključuje prisilne dražbe.<sup>63</sup>

Če se glasi izvršilni naslov tako zoper lastnika nepremičnine kot tudi zoper upravičenca, se dražba zoper slednjega ne more dovoliti, ker ni lastnik zemljišča (§ 153: 1 i. r.; Ut 397/54). Vendar gre praksa tudi preko tega pomisleka, in sicer iz razloga, da ovira prepoved izvršbo samo takrat, kadar ni podan pristanek upravičenca na izvršbo; izvršilni naslov pa nadomestuje pristanek.

Izvršba v zavarovanje je vsekakor obremenitev, dasi samo začasna (pogojna); kolikor je prisilna vknjižba nedopustna, je nedopustna tudi predznamba v zavarovanje.

To ne velja samo za izvršbo v prid denarnih terjatev, nego tudi za izvršbo v smislu §§ 349 in 350 i. r.

Da prepoved ne predstavlja ovire pri izvršbi v prid terjatev z zakonito prednostjo ali prednostno zastavno pravico, je bilo že povedano (zgoraj III: 2, opomba 52).

Kolikor je prizadeta stvar odtegnjena izvršbi, je odtegnjena tudi stečajnemu postopanju (§ 2 Stz.). Stečajni upravnik mora dobiti pristanek prepovednega upravičenca za prodajo ali pa mora prepoved spodbijati. Prisilna osnova zastavne pravice in prisilna uprava v stečaju ne prihajata v poštev, ker gre stečajno postopanje za vnovčenjem sklada.

## 5.

Ker omejuje novo pravno stanje stvarni učinek prepovedi na ozek krog oseb in ker pri kršenju zgolj obligatorne prepovedi upravičenec nima na razpolago nikakih učinkovi-

<sup>61a</sup> Walker-Jaitner str. 151. Glej tudi opombo 55. Nejasna sta Ehrenzweig § 201 str. 185 in Neumann-Lichtblau str. 377: prepoved odsvojitve in obremenitve izključuje dražbo in prisilni vpis zastavne pravice; str. 482: prepoved odsvojitve ali obremenitve ovira dražbo.

<sup>62</sup> Kubeš str. 259; glasom Weissovega dodatka pri Klangu str. 807 pa čsl. praksa koleba.

<sup>63</sup> Walker-Jaitner str. 151; SZ X: 290 in Klang pri § 364: c s pristavkom, da se vknjižba po § 208 i. r. ne more dovoliti. Verjetno nasprotnega mnenja Neumann-Lichtblau str. 482.

tih sredstev (zgoraj II: 8), prihajajo stranke v skušnjava, da obidejo zakon s tem, da dogovore prepoved v zunanji obliki razveznega pogoja. Tak dogovor je fravdolozen in zato neveljaven.<sup>64</sup> Fravdolozni namen mora biti seveda dokazan. Fravdoloznost po prejšnjem pravnem stanju oz. bolje: po prejšnji praksi ni imela pomena, ker je praksa vsaki vpisani prepovedi priznavala stvarni učinek. Pravilno poudarja Ehrenzweig l. c. tudi, da začasna odredba po § 382: 6 i. r. ne more izven kroga v § 364: c naštetih svojcev imeti stvarnega učinka, če gre za zavarovanje zahtevkov iz obligatorne prepovedne pogodbe.

#### IV.

Randa<sup>65</sup> pravi, da je prepovedna pogodba izjava poslovne volje čisto „posebne vrste in posebnih učinkov“. To je resnica in zato je ta pravni pojav težko analizirati in težko konstruirati. V ilustracijo: zakon z dne 28. decembra 1911 št. 243 drž. zak. jo kvalificira kot realno breme, kar materialije k III. noveli (str. 165) upravičeno grajajo. Težave so zlasti pri vprašanju „kavze“, odplatnosti in spodbojnosti, prenosnosti, dednosti in izvršbe. Zakonodajalec ji je posvetil samo kratki § 364: c; §§ 610 in 1371 se jo samo mimogrede dotikata. Praksa, najboljši registrator in regulator življenjskih potreb, stoji pred važnimi vprašanji, za katerih rešitev ne najde v zakonu neposredne ali nedvoumne podlage in ne more biti enotna. Posebno kočljiv je položaj sodišča, ki ima rešiti izvršilni predlog. Zakonodavec, če si je svest svojih ustavnih prerogativ, mora prakso napeljati v določeno strujo.<sup>66</sup>

Načrt jdz. nam prinaša v § 387 samo prevod § 364: c odz. Razen nekaterih stilističnih sprememb, o katerih je že bilo govora, so potrebne še naslednje dopolnitve:

Stvarni učinek naj se prizna prepovedi tudi, če je dogovorjena (ali poslednje-voljno odrejena) med sorojenci, med očimom, mačeho in pastorki.

Glede izvršbe naj se v zakonu izreče, da jo prepoved izključuje, v dvomu ne glede na to, ali je prepovedana samo obremenitev ali odsvojitve ali oboje. Te določbe ne veljajo pri izvršbi v prid zahtevkov, ki uživajo zakonito prednostno ali zastavno pravico ali če se glasi izvršilni naslov tudi zoper prepovednega upravičenca.

<sup>64</sup> Ehrenzweig § 201: III: 2: b; Klang pri § 364: c in Fischer-Colbrie v GZ 1919 št. 23—24.

<sup>65</sup> Eigentumsrecht 1895 str. 215; Randa-Kasanda str. 74.

<sup>66</sup> Ehrenzweig § 6: I i. f.