

ODPRTA VPRAŠANJA VARSTVA UPNIKA PO 168. ČLENU ZAKONA O IZVRŠBI IN ZAVAROVANJU (ZIZ)

Maja Ovčak Kos,

univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti, docentka za civilno in gospodarsko pravo na Mednarodni fakulteti za družbene in poslovne študije Celje (MFDPŠ), višja pravosodna svetovalka na Vrhovnem sodišču Republike Slovenije

Žiga Razdrih,

univerzitetni diplomirani pravnik, višji pravosodni svetovalec na Vrhovnem sodišču Republike Slovenije

1. UVOD

Temeljna predpostavka za dopustnost oziroma uspešnost izvršbe na določeno nepremičnino je, da je dolжник njen zemljiškoknjižni lastnik.¹ V praksi se neredko srečamo s primeri, ko dolжник ni vpisan v zemljiško knjigo kot lastnik nepremičnine, so pa za tako vknjižbo izpolnjeni vsi materialnopravni pogoji, upnik pa želi svojo terjatev v začetem izvršilnem postopku poplačati prav z izvršbo na to nepremičnino. Pasivnost dolžnika, ki ne poskrbi za zemljiškoknjižno formalizacijo svoje stvarne pravice, je praviloma odraz njegovega interesa preprečiti izvršbo na konkretno nepremičnino in s tem poplačilo izvršilnih upnikov.

Pravni red v takih položajih z institutom, urejenim v tretjem do šestem odstavku 168. člena ZIZ, upniku v izvršilnem postopku omogoča, da sam doseže ustrezno zemljiškoknjižno manifestacijo dolžnikove lastninske pravice na nepremičnini, ki mu bo omogočila učinkovito izvršilnosodno varstvo njegove terjatve, za katero ima izvršilni naslov. Tako lahko po tretjem odstavku 168. člena ZIZ predloži listino, ki je primerna za vpis dolžnikove lastnine pravice,

¹ Glej 32. člen in prvi odstavek 168. člena Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ, Ur. l. RS, št. 51/98 – 54/15).

in sodišče² opravi vpis po uradni dolžnosti (četrty odstavek 168. člena ZIZ); če pa take listine nima, lahko s tožbo po petem odstavku 168. člena ZIZ zahteva vpis lastninske pravice na dolžnika.

Namen tega prispevka je obravnavati ključnih problemov, ki sva jih zaznala v praksi in jih lahko v grobem povzameva takole: kaj je lahko pravni temelj pridobitve lastninske pravice, ki utemeljuje tožbeni zahtevek po petem odstavku 168. člena ZIZ; ali tožba po petem odstavku 168. člena ZIZ upniku omogoča, da doseže vpis dolžnikove lastninske pravice na nepremičnini, iz katere se želi poplačati, čeprav listina, primerna za vknjižbo dolžnikove lastninske pravice, še ne obstaja; kakšno je razmerje med tožbama po petem odstavku 168. člena ZIZ in za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj zunaj stečaja; ali je dopustno vložiti tožbo po petem odstavku 168. člena ZIZ že pred vložitvijo predloga za izvršbo na izvršilno sredstvo nepremičnine; kakšna je oblika tožbenega zahtevka; kakšno varstvo ima upnik, ko gre za skupno premoženje zakoncev; vprašanje pasivne legitimacije in kakšen vpliv ima stališče o razširjeni pravni podlagi tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ na opredelitev vrste postopka, kar ni pomembno le zaradi izbire postopkovnih pravil, ampak je odločilno tudi za določitev stvarne pristojnosti sodišča.

2. KAJ JE LAHKO PRAVNI TEMELJ PRIDOBITVE LASTNINSKE PRAVICE, KI UTEMELJUJE TOŽBENI ZAHTEVEK PO PETEM ODSTAVKU 168. ČLENA ZIZ

V sodni praksi³ in pravni literaturi⁴ je prevladujoče stališče, da je tožba po petem odstavku 168. člena ZIZ omejena zgolj na primere, ko listina, primerna za vknjižbo lastninske pravice na dolžnika, (že) obstaja, a upnik z njo ne razpolaga. Upnik mora tako zatrjevati, in če je sporno, tudi dokazovati, da že obstaja listina, ki je primerna za vpis dolžnikove lastninske pravice. Pravdno sodišče namreč v takih primerih namesto zemljiškoknjižnega sodišča odloča o dovolit-

² Vpis dolžnikove lastninske pravice po četrtem odstavku 168. člena ZIZ opravi zemljiškoknjižno sodišče. Zgolj obstoj izvirnika listine, primerne za vpis dolžnikove lastninske pravice, in sklicevanje na zbirko listin ne zadostuje za vknjižbo po četrtem odstavku 168. člena ZIZ. Primerjaj sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 1064/2007 z dne 23. oktobra 2008.

³ Primerjaj odločbe Vrhovnega sodišča RS III Ips 77/2013 z dne 16. junija 2015, II Ips 1064/2007 z dne 23. oktobra 2008, II Ips 592/2001 z dne 29. avgusta 2002, Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 2347/2014 z dne 26. novembra 2014, II Cp 45/2014 z dne 2. aprila 2014, I Cpg 135/2012 z dne 5. februarja 2013, II Cp 734/2012 z dne 25. aprila 2012, I Cp 3244/2009 z dne 6. januarja 2010, I Cp 1394/2010 z dne 6. julija 2010 idr.

⁴ Tako M. Končina Peternel, nav. delo, str. 77. D. Ukmar, nav. delo, str. 14.

vi vpisa lastninske pravice v zemljiško knjigo v korist dolžnika.⁵ Ker se v skladu s prvim odstavkom 148. člena Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1)⁶ vpis lahko dovoli le na podlagi listine iz 40. člena ZZK-1, je vloga sodišča v pravdnem postopku po petem odstavku 168. člena ZIZ osredotočena predvsem na presojo, ali obstaja listina, ki dokazuje pravni temelj pridobitve lastninske pravice.⁷ Pravdno sodišče torej zgolj »preveri«, ali so za vknjižbo lastninske pravice na dolžnika izpolnjeni z zakonom predpisani pogoji. Pogoj za vknjižbo lastninske pravice pa je, kot sva že navedla, obstoj listine, ki dokazuje pravni temelj njene pridobitve.⁸ Upnik naj zato s tožbo na podlagi petega odstavka 168. člena ZIZ ne bi mogel (utemeljeno) zahtevati, da se ugotovi originarna pridobitev dolžnikove lastninske pravice,⁹ na primer na podlagi priposestevanja, oziroma da se vpiše lastninska pravica, pridobljena na tak način (razen če že obstaja ustrežna ugotovitvena sodba). Zahteva po ozki razlagi določila petega odstavka 168. člena ZIZ naj zaradi posega v tuje posle ne bi dopuščala razlage, po kateri bi lahko upnik s tožbo zahteval vpis lastninske pravice na dolžnika v primerih, ko obstajajo le materialnopravni pogoji za pridobitev lastninske pravice, zemljiškoknjižna listina pa še ne obstaja.¹⁰ V takih primerih naj ne bi šlo za zahtevek po ZIZ, temveč naj bi bilo upniku v tem pravnem položaju zagotovljeno sodno varstvo s paulijsko tožbo po Obligacijskem zakoniku (OZ).^{11,12}

Pregled sodne prakse kaže, da gre v večini zadev, v katerih izvršilni upniki zahtevajo sodno varstvo na podlagi petega odstavka 168. člena ZIZ, za uveljavljanje vknjižbe v korist dolžnika na podlagi zasebne listine, ki vsebuje zemljiškoknjižno dovolilo za pridobitev lastninske pravice.¹³ Ugotoviti je mogoče, da je tožbeni zahtevek na podlagi petega odstavka 168. člena ZIZ v primeru pravnoposlovnega razpolaganja utemeljen na podlagi pričakovalne lastninske pravice.¹⁴ Glede takega stališča nimava pomislekov, saj pomeni pravilno izpe-

⁵ Vloga zemljiškoknjižnega sodišča je tako omejena zgolj na preizkus, ali je vpis glede na zemljiškoknjižno stanje mogoč, ter na njegovo izvršitev v zemljiški knjigi.

⁶ Ur. l. RS, št. 58/03 – 25/11.

⁷ Glej sodbo Vrhovnega sodišča RS III Ips 77/2013 z dne 16. junija 2015, točka 13.

⁸ Prav tam.

⁹ M. Končina Peternel, nav. delo, str. 77. D. Ukmar, nav. delo, str. 14.

¹⁰ Prav tam.

¹¹ Ur. l. RS, št. 83/01 – 40/07.

¹² D. Ukmar, nav. delo, str. 14, op. 26.

¹³ Glej 1. točko prvega odstavka 40. člena ZZK-1.

¹⁴ Položaj pridobitelja je tudi pri pravnoposlovni pridobitvi lastninske pravice na nepremičnini v izločitveni pravdi varovan še pred vpisom v zemljiško knjigo, kar pomeni, da vknjižba lastninske pravice na pridobitelja v teh primerih ni pravno odločilna. Primerjaj odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 475/2008 z dne 5. aprila 2012, II Ips 132/2009 z dne 12. julija 2012, II Ips 78/2010 z dne 13. septembra 2012 idr.

ljavo koncepta razlikovanja med začetkom učinkovanja prenosa lastninske pravice med prenositeljem in pridobiteljem (t. i. notranje oziroma relativno razmerje) ter v zunanjem razmerju, tj. do tretjih. Položaj upnika v postopku po petem odstavku 168. člena ZIZ mora biti namreč čim bolj izenačen s položajem dolžnika, ta pa bi lahko na podlagi izstavljenega zemljiškoknjižnega dovolila dosegel vknjižbo svoje lastninske pravice. Ker so v notranjem razmerju že nastopili učinki prenosa lastninske pravice, je logično, da upnik zahtevka za izstavitev zemljiškoknjižnega dovolila nima.¹⁵

V pravni literaturi lahko zasledimo stališče, da bi bilo treba upniku omogočiti, da doseže vknjižbo dolžnikove pravice tudi na podlagi obligacijske pravice, ki utemeljuje pridobitveni zahtevek.¹⁶ S takim zavzemanjem se ne strinja iz že navedenega razloga – upnik namesto dolžnika v primeru tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ lahko stori le tisto, kar bi sicer lahko za zemljiškoknjižno formalizacijo svojega materialnega položaja glede pridobitve lastninske pravice na nepremičnini storil dolžnik. Ta pa zgolj na podlagi zavezovalnega pravnega posla vknjižbe lastninske pravice ne bi mogel doseči; nepremičnina v takem primeru namreč še ni dolžnikova. Temeljni argument za tako stališče je, da mora biti upniku pridobitelja zato, ker lahko izločitveni ugovor zaradi novelirane ureditve izbrisne tožne (ZZK-1C) temelji na obligacijski pravici, ki utemeljuje pridobitveni zahtevek, omogočeno tudi, da doseže vknjižbo pridobiteljeve pravice v zemljiško knjigo na podlagi tožbe iz petega odstavka 168. člena ZIZ. V nasprotnem namreč na nepremičnino v izvršbi ne bi mogel poseči niti odsvojiteljev upnik (zaradi ugovora tretjega, ki ga ima pridobitelj) niti upnik pridobitelja.¹⁷ Ta izpeljava v sodni praksi in teoriji nima opore. Uveljavljeno stališče je, da ugovor tretjega v izvršbi (poleg stvarnih pravic) utemeljujejo le tiste obligacijske pravice, ki omogočajo vrnitveni zahtevek.¹⁸ Za primer obligacijskih pravic s pridobitvenim zahtevkom pa je zastopano, da imetnik nima izločitvenega ugovora.¹⁹ Vse do izpolnitve pogodbe stvar namreč ostaja

¹⁵ Nasprotno stališče bi bilo mogoče razbrati iz odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 592/2001 z dne 29. avgusta 2002, ki pa v novejši sodni praksi nima opore. Glej na primer sodbo Vrhovnega sodišča RS III Ips 77/2013 z dne 16. junija 2015 ter odločbe Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 734/2012 z dne 25. aprila 2012, I Cpg 135/2012 z dne 5. februarja 2013, II Cp 45/2014 z dne 2. aprila 2014 idr.

¹⁶ J. Hudej, I. Ščernjavič, nav. delo (2013), str. 54, op. 36. V njunem poznejšem prispevku (Razprava o pomenu izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila in o nekaterih posledica spremenjene ureditve izbrisne tožbe, v: Pravni letopis 2013, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti, Ljubljana 2013, str. 39–53) takega zavzemanja ni (več) zaslediti.

¹⁷ Prav tam.

¹⁸ A. Galič, nav. delo (2006), str. 166. S. Triva, V. Belajec, M. Dika, nav. delo, str. 333. A. Galič, M. Jan, H. Jenull, nav. delo, str. 223. H. Mini, nav. delo, str. 219.

¹⁹ Primerjaj sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 256/2014 z dne 19. februarja 2015.

v premoženju odsvojitelja (prodajalca oziroma darovalca) in njegova sposobnost razpolaganja s stvarjo ni omejena.²⁰

Pravno stališče, ki tožbo po petem odstavku 168. člena ZIZ omejuje zgolj na položaje, ko listina, primerna za vknjižbo dolžnikove lastninske pravice, že obstaja, izključuje pa tako sodno varstvo v primeru izvirne oziroma zunajknjižne pridobitve lastninske pravice, ko take listine (še) ni, po najinem mnenju ni prepričljivo. Meniva, da lahko upnik s tožbo na podlagi petega odstavka 168. člena ZIZ (utemeljeno) zahteva, da se vpiše lastninska pravica v dolžnikovo korist tudi na podlagi ugotovitve o njegovi zunajknjižni pridobitvi lastninske pravice na nepremičnini, iz katere se želi poplačati, na primer na podlagi priposestevanja.²¹

Že na podlagi jezikovne razlage določila petega odstavka 168. člena ZIZ ni mogoče skleniti, da zakon za utemeljenost tožbe po tej določbi predpostavlja obstoj listine, primerne za vpis dolžnikove lastninske pravice v zemljiško knjigo; pogoj, ki mora biti za tožbo po petem odstavku 168. člena ZIZ podan, je le, da upnik nima oziroma ne razpolaga s tako listino. Zakonsko besedilo torej omogoča tako razlago, da listina, primerna za vknjižbo dolžnikove lastninske pravice, že obstaja, pa je upnik nima, kot tudi razlago, da taka listina še ne obstaja. Tudi druge določbe 168. člena ZIZ njegove uporabe ne omejuje na prvo navedeno situacijo; celo nasprotno, tako poimenovanje 168. člena ZIZ (dokaz o dolžnikovi lastnini) kot njegove posamezne določbe se po najinem stališču nanašajo le na vprašanje dokazovanja obstoja že izpolnjenih materialnopравnih pogojev za pridobitev dolžnikove lastninske pravice na nepremičnini, iz katere se želi upnik v izvršbi poplačati, in tako temu omogočajo realizacijo zemljiškoknjižne manifestacije dolžnikove zunajknjižno pridobljene lastninske pravice (izjema velja za pričakovalno lastninsko pravico). Temeljna predpostavka tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ zato po najinem mnenju ni obstoj listine iz 40. člena ZZK-1, temveč dejstvo, da je dolžnik zunajknjižni lastnik nepremičnine, iz katere se želi upnik poplačati, oziroma ima pričakovalno lastninsko pravico na njej. Ker formalni oziroma zemljiškoknjižni lastnik nepremičnine ni (več) njen dejanski oziroma resnični lastnik, argument, ki naj bi utemeljeval ozko razlago petega odstavka 168. člena ZIZ, tj. da gre za poseg v tuje posle (razmerja),²² ni prepričljiv. Pri zunajknjižni (originarni) pridobitvi

²⁰ A. Galič, nav. delo (2006), str. 167 in 168.

²¹ V sodni praksi tako stališče zasledimo le v odločbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 113/2015 z dne 26. oktobra 2015, ki pomeni odstop od izrecnega stališča v zadevi istega sodišča III Ips 77/2013, tj. da pride tožba po petem odstavku 168. člena ZIZ v poštev le za primere, ko listina, primerna za vknjižbo lastninske pravice na dolžnika, obstaja, upnik pa z njo ne razpolaga.

²² M. Končina Peternel, nav. delo, str. 77. D. Ukmar, nav. delo, str. 14.

lastninske pravice (na primer s priposestvovanjem) namreč upnik trdi in dokazuje, da je dolžnik že lastnik sporne nepremičnine, in ne zahteva, naj to šele postane z učinkovanjem oblikovalne sodbe.

Tako zavzemanje potrjuje tudi teleološka razlaga 168. člena ZIZ. Namen sodnega varstva po petem odstavku 168. člena ZIZ je v tem, da se upniku v izvršilnem postopku omogoči, da v primerih, ko dolžnik ne poskrbi za zemljiškoknjižno manifestacijo pridobljene lastninske pravice na nepremičnini, to doseže sam zaradi učinkovitega izvršilnosodnega varstva njegove terjatve, za katero ima izvršilni naslov.²³ Meniva, da upnik na zunajknjižno dolžnikovo nepremično premoženje z drugim pravnim sredstvom kot s tožbo po petem odstavku 168. člena ZIZ ne more poseči.²⁴ Če upniku v teh primerih ne damo možnosti, da svoj položaj zavaruje s to tožbo, mu odrečemo pravico do učinkovitega izvršilnosodnega varstva, kar pomeni ali pa bi lahko pomenilo nedopustno okrnitev njegove ustavno zavarovane pravice do sodnega varstva. Ne strinjava se sicer s stališčem Vrhovnega sodišča RS, da se dolžnikov pravni položaj s tem v ničemer ne spremeni.²⁵ Upnikov uspeh s tožbo po petem odstavku 168. člena ZIZ gotovo vpliva na dolžnikove premoženjske interese, ki pa ne morejo biti pravno varovani, saj gre v takem primeru praviloma za njegovo zlorabo notranjih zakonitosti zemljiške knjige, s katero preprečuje izvršbo na nepremičnino. Prav tako ni nepomembno, da bi bila sicer ta nepremičnina »mrtvo« premoženje, na katerega z izvršbo ne bi mogli seči ne dolžnikovi upniki ne upniki zemljiškoknjižnega lastnika, saj bi bila dolžnikov ugovor tretjega (primerjaj 64. člen ZIZ) in tožba zaradi nedopustnosti izvršbe (primerjaj tretji odstavek 65. člena ZIZ) nujno uspešna.

Opozarjava še, da je dolžnik, ki je priposestvoval lastninsko pravico na nepremičnini, t. i. resnični lastnik, tj. oseba, ki je pridobila lastninsko pravico v polnem obsegu in z učinki v razmerju proti vsakomur (5. člen Stvarnopravnega zakonika – SPZ²⁶, dolžnik, ki ima veljaven pravni naslov (veljavno zemljiškoknjižno dovolilo) za pridobitev (vknjižbo) lastninske pravice v njegovo korist, pa zgolj t. i. pričakovani lastnik, tj. oseba, ki ima omejeno lastninsko pravico,

²³ Pravno dejstvo, da je dolžnik vpisan v zemljiški knjigi kot (so)lastnik nepremičnine, na katero upnik predlaga izvršbo, je ključno tako za dovolitev izvršbe na nepremičnino kot tudi za poznejšo izvedbo izvršbe, ko se oprava izvršilnih dejanj prepleta z vpisi v zemljiško knjigo na podlagi zemljiškoknjižnih pravil in je tem prilagojena, izvršilno dejanje zaznambe izvršbe pa celo opravi zemljiškoknjižno sodišče (po pravilih zemljiškoknjižnega postopka). Drugačna je ureditev izvršbe na nepremičnino, ki ni vpisana v zemljiški knjigi, vendar so to izjemne situacije.

²⁴ Glede neustreznosti paulijanske tožbe za varstvo upnikovega položaja v takem primeru glej 3. razdelek tega prispevka.

²⁵ Glej sodbo in sklep II Ips 113/2015 z dne 26. oktobra 2015, točka 7.

²⁶ Ur. l. RS, št. 87/02, 91/13.

ki učinkuje v razmerju do vknjiženega lastnika (odsvojitelja – osebe, ki je v njegovo korist izstavila zemljiškoknjižno dovolilo). Poudariti je treba, da ima resnični lastnik, ki ni hkrati vknjiženi lastnik, širši obseg pravnega varstva kot pričakovani lastnik. Svojo lastninsko pravico lahko uveljavlja proti vsakomur, razen proti poštenemu pridobitelju, ki pridobi lastninsko pravico na podlagi zaupanja v zemljiško knjigo v skladu s pravili SPZ in ZZK-1, pričakovana lastninska pravica pa učinkuje samo v relativnem razmerju do odsvojitelja in odsvojiteljevih upnikov.²⁷ Če opisani situaciji v kontekstu tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ obravnavamo z vidika posega v tuje posle (razmerja) oziroma njegove intenzivnosti, je očitno, da je ta večji v primeru, ko obstaja zgolj listina, primerna za vknjižbo dolžnikove lastninske pravice na nepremičnini, kot pa v primeru, ko je dolžnik že njen resnični lastnik. Ključno pa je, da način pridobitve lastninske pravice ne more biti razlog za različno obravnavanje pravnih položajev, ki so predmet presoje v postopku po petem odstavku 168. člena ZIZ. Ni mogoče prezreti, da sta položaja v primeru, ko upnik trdi, da obstaja listina, primerna za vknjižbo dolžnikove lastninske pravice na določeni nepremičnini (na primer popolno zemljiškoknjižno dovolilo, (ugotovitvena) sodba o pridobitvi lastninske pravice s priposestvovanjem idr.), pa je nima, na eni strani, in v primeru, ko je dolžnik izpolnil pogoje za zunajknjižno pridobitev lastninske pravice, pa listina o tem še ne obstaja (sodba, posadna listina), z vidika upnika v bistvenem enaka. Dolžnik je pričakovani oziroma resnični lastnik nepremičnine, iz katere se želi upnik poplačati, pa mu izvršbo preprečuje okoliščina, da to še ni zemljiškoknjižno vidno.

Drži, da odločanje na podlagi obravnavane tožbe pomeni enega od primerov, ko (lahko) o vpisu v zemljiško knjigo odloča drugo sodišče, ne pa zemljiškoknjižno.²⁸ To res pomeni, da o izpolnjevanju pogojev za dovolitev vpisa odloča tisto sodišče, ki vpis dovoli (konkretno torej pravdno), zemljiškoknjižno pa (le) o izvršitvi tako dovoljenega vpisa, pri čemer preveri le, ali je vpis dovoljen po stanju zemljiške knjige. Iz tega pa po najinem mnenju nikakor ne izhaja, da lahko (pravdno) sodišče odloči o vpisu lastninske pravice na dolžnika zgolj v primeru, ko že obstaja listina, ki je po ZZK-1 lahko podlaga za vknjižbo lastninske pravice. Podlage za tako vzročno posledično povezavo ni. Nasprotno, prav to, da v tem primeru o vpisu v zemljiško knjigo odloča drugo sodišče, ne zemljiškoknjižno, dodatno kaže, da ni nujno, da listina, ki je po ZZK-1 lahko podlaga za vknjižbo, že obstaja. Zemljiškoknjižno sodišče namreč vodi zemljiško knjigo, in sicer s tem, da odloča o vpisih, opravlja vpise v glavno knjigo in vodi zbirko listin (2. člen ZZK-1). O vpisih v zemljiško knjigo to sodišče odloča po postopku, ki je urejen v 5. poglavju ZZK-1 (zemljiškoknjižni postop-

²⁷ Glej N. Plavšak, R. Vrenčur, nav. delo, str. 784–785.

²⁸ M. Končina Peternel, nav. delo, str. 77.

pek). V njem velja načelo formalnosti (124. člen ZZK-1), ki zahteva odločanje o pogojih za vpis samo na podlagi listin, za katere zakon določa, da so podlaga za vpis (primerjaj 29. člen ZZK-1), in na podlagi stanja vpisov v zemljiški knjigi (primerjaj tudi 4. točko prvega odstavka 146. člena ZZK-1 v zvezi s četrtem odstavkom istega člena). Zaradi tega posebnega dokaznega pravila, ki ga obsega omenjeno načelo, morajo biti listine, ki so podlaga za vpis, zemljiškooknjižnemu predlogu priložene. Pri tem morajo biti take zasebne listine priložene v izvirniku (primerjaj prvi in drugi odstavek 142. člena ZZK-1), (javna ali zasebna) listina, ki je podlaga za vknjižbo, pa mora dokazovati pravni temelj pridobitve lastninske pravice (primerjaj 29. člen ZZK-1 v zvezi s 40. in 49. členom SPZ). Pojem zemljiškooknjižno sodišče je uporabljen v vseh določbah ZZK-1 zato, da se jasno loči od drugega sodišča, ki je izdalo sodno odločbo (na primer od pravnega, nepravnega, izvršilnega ali stečajnega sodišča), ki je podlaga za vpis v zemljiško knjigo.²⁹ V primeru tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ pa o vpisu ne odloča zemljiškooknjižno, temveč pravno sodišče, in sicer v pravnem postopku, ne zemljiškooknjižnem. To pa pomeni, da lahko odloča tudi o (za obravnavani spor predhodnih) vprašanjih, o katerih je sicer pristojno odločati (primerjaj 1. člen Zakona o pravnem postopku – ZPP³⁰), na primer o zunajknjižni pridobitvi lastninske pravice. Ko pravno sodišče odloča o oblikovalnem (ali dajatvenem) zahtevku, mora namreč najprej razčistiti, ali obstaja pravno razmerje, od katerega je odvisna odločitev o glavni stvari. Ni mogoče zanikati, da je odločba sodišča v pravdi na podlagi tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ odvisna od predhodne rešitve vprašanja, ali je dolжник pridobil zunajknjižno oziroma pričakovalno lastninsko pravico na nepremičnini, glede katere upnik zahteva njen vpis. Če skleneva, tudi oziroma prav zakonodajalčeva izbira narave postopka za upnikovo dosego vpisa dolžnikove lastninske pravice kaže, da obstoj listine, primerne za vknjižbo, ne more biti temeljna predpostavka tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ. V nasprotnem primeru bi za varstvo upnikovega interesa zadoščal zgolj prenos procesnega upravičenja za postopek vzpostavitve zemljiškooknjižne listine (234. do 242. člen ZZK-1).

2.1. Dedovanje

V slovenskem pravu se z dedovanjem pridobi lastninska pravica v trenutku zapustnikove smrti (41. člen SPZ). V skladu z Zakonom o dedovanju (ZD)³¹ namreč zapuščina preide na dediče v trenutku zapustnikove smrti po samem

²⁹ N. Plavšak, nav. delo (2003), str. 31.

³⁰ Ur. l. RS, št. 73/07 – UPB-3.

³¹ Ur. l. SRS, št. 5/76, 23/78.

zakonu (*ipso iure*) in za prenos lastninske pravice niso predpisani nobeni dodatni pogoji³² – (tudi) ta pridobitev lastninske pravice je zunajknjižna.³³ Pridobi jo tisti, ki izpolnjuje predpostavke, ki jih za to določata ZD ter SPZ, in sicer ne glede na to, ali je podal pozitivno dedno izjavo ali ne. Če ne želi biti dedič, se dedovanju lahko odpove.³⁴ V sistemu *ipso iure* dedovanja, ko se pravni položaj dediča z zapustnikovo smrtjo spoji s pravnim položajem zapustnika, dedič poleg tega, da ostane subjekt lastnih pravic in obveznosti, ki jih je imel od prej, praviloma takoj postane subjekt zapustnikovih pravic in obveznosti; pravice in obveznosti obeh (lastne in podedovane) se združijo in se obravnavajo enotno.³⁵ Zapuščinski postopek se uvede po uradni dolžnosti, kakor hitro sodišče izve, da je nekdo umrl ali da je razglašen za mrtvega.³⁶ Zapuščinsko sodišče mora opraviti zapuščinsko obravnavo,³⁷ razen v primerih iz 203. člena ZD, in s sklepom o dedovanju ugotoviti, katerim osebam pripada pravica do dediščine, jih razglasiti za dediče in med drugim ugotoviti obseg zapuščine.³⁸ S sklepom o dedovanju mora torej zapuščinsko sodišče odločiti o usodi celotnega zapustnikovega premoženja. V zemljiški knjigi do takrat ostane vpisan zapustnik in šele po izdaji sklepa o dedovanju (ki je (zgolj) ugotovitvena (deklaratorna) sodna odločba) je mogoča z njegovo pravnomočnostjo vknjižba lastninske pravice v korist dedičev.³⁹

³² Glej 132. člen ZD.

³³ N. Plavšak, R. Vrenčur, nav. delo, str. 782.

³⁴ Dedna izjava o odpovedi dediščini učinkuje retroaktivno (*ex tunc*); šteje se, da oseba, ki se je dedovanju odpovedala, nikoli ni bila dedič. Dokler ima pravico odpovedati se dedovanju (med trajanjem t. i. deliberacijskega roka), je ta oseba začasni dedič. Dokončni dedič postane, ko s podajo pozitivne dedne izjave oziroma najpozneje z izdajo sklepa o dedovanju preneha njegova pravica odpovedati se dediščini in ko je s sklepom o dedovanju pravnomočno ugotovljeno, da je dedič. Dokler dedič ne sprejme zapuščine oziroma ima možnost, da se ji odpove, ne pride do združitve zapuščine z njegovim premoženjem. Tako K. Zupančič, V. Žnidaršič Skubic, nav. delo, str. 213–215. N. Gavella, V. Belaj, nav. delo, str. 102. Glej sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 303/2008 z dne 15. decembra 2011.

³⁵ To ne velja, ko je združitev pravnih položajev zapustnika in dediča pogojna, tj. ko je do združitve prišlo pod pogojem, da ne bo cepitve na dva samostojna, neodvisna in nepovezana pravna položaja, na primer zaradi postavitve upravitelja zapuščine, izvršitelja oporoke, separacije bonorum. N. Gavella, nav. delo, str. 236 in nasl., ter sodba in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 303/2008 z dne 15. decembra 2011.

³⁶ Glej 164. člen ZD.

³⁷ Glej 207. člen ZD.

³⁸ Glej 214. člen ZD.

³⁹ Kljub navedenemu položaj dedičev pred vknjižbo njihove lastninske pravice ni izpostavljen nevarnosti, ki jo pomeni načelo zaupanja v zemljiško knjigo. Tretja oseba namreč po naravi stvari ne more pridobiti listine, ki bi bila močnejša, saj bi ta morala izvirati od zapustnika. M. Juhart, v: M. Juhart, A. Berden, T. Keresteš, V. Rijavec, M. Tratnik, A. Vlah, R. Vrenčur, nav. delo, str. 252 in 253.

Upnik lahko v primeru, ko do izdaje sklepa o dedovanju oziroma do vknjižbe lastninske pravice na dolžnika kot dediča ne pride, kot upravičen predlagatelj⁴⁰ zahteva izdajo (dodatnega)⁴¹ sklepa o dedovanju. Zato meniva, da lahko upnik namen, ki ga zasleduje tožba po petem odstavku 168. člena ZIZ, doseže že v okviru zapuščinskega postopka, saj do vknjižbe lastninske pravice na dediča kot novega pridobitelja pride po uradni dolžnosti.⁴² Če pa se dedič odpove dediščini⁴³ ali uveljavljanju nujnega deleža, ima upnik zagotovljeno varstvo s paulijansko tožbo.

Skleniti je torej mogoče, da tožba po petem odstavku 168. člena ZIZ upniku omogoča, da doseže vpis dolžnikove lastninske pravice na nepremičnini, iz katere se želi poplačati, tudi v primeru, če listina iz 3. točke prvega odstavka 40. člena ZZZK-1 še ne obstaja. Potrebe po tem pa ni v tistih primerih, ko se o vknjižbi lastninske pravice odloča po uradni dolžnosti, tj. na podlagi pravnomočnega sklepa o dedovanju (prvi odstavek 46. člena v zvezi s 6. točko prvega odstavka 40. člena ZZZK-1), na podlagi pravnomočnega sklepa izvršilnega ali stečajnega sodišča o izročitvi nepremičnine kupcu (7. točka prvega odstavka 40. člena v zvezi s prvim odstavkom 46. člena ZZZK-1, primerjaj tudi prvi odstavek 89. člena in 96. člen ZZZK-1) in na podlagi drugih pravnomočnih sodnih odločb oziroma dokončnih odločb drugih državnih organov, če ZZZK-1 ali drug zakon določa, da so podlaga za vknjižbo po uradni dolžnosti (8. točka prvega odstavka 40. člena v zvezi s prvim odstavkom 46. člena ZZZK-1).⁴⁴

3. RAZMERJE DO TOŽBE ZA IZPODBIJANJE DOLŽNIKOVIH PRAVNIH DEJANJ (255.–260. ČLEN OZ)

Tožba za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj (zunaj stečaja – *actio Pauliana*) je institut, namenjen varovanju upnikovih interesov v položajih, ko dolžnik opravi pravno dejanje, ki (objektivno gledano) negativno vpliva na njego-

⁴⁰ Upniki zapustnika so sicer lahko tudi v vlogi strank zapuščinskega postopka, kadar zahtevajo ločitev zapuščine od premoženja dediča. Primerjaj 143. člen ZD in sklepe Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 938/2015 z dne 17. junija 2015, II Cp 2234/2013 z dne 13. oktobra 2014, I Cp 1882/2014 z dne 8. oktobra 2014, II Cp 2100/2014 z dne 8. oktobra 2014 idr.

⁴¹ Glej 221. člen ZD in sklepe Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1378/2010 z dne 20. aprila 2010, I Cp 671/2013 z dne 23. oktobra 2013 in II Cp 1975/99 z dne 2. februarja 2000.

⁴² Glej prvi odstavek 46. člena v zvezi s 6. točko prvega odstavka 40. člena ZZZK-1.

⁴³ M. Juhart, v: N. Plavšak, M. Juhart, nav. delo, str. 257. B. T. Blagojevič, V. Krulj, nav. delo, str. 978 in 979.

⁴⁴ Pripomniti velja, da so bili v skladu s 24. členom prej veljavnega Zakona o zemljiški knjigi (ZZK, Ur. l. RS, št. 33/95 in 50/02) sodišča ter državni in drugi organi dolžni poslati zemljiškoknjiznemu sodišču vse odločbe, s katerimi so odločili o pridobitvi, spremembi ali prenehanju stvarnih pravic na nepremičninah, in sicer v tridesetih dneh po pravnomočnosti.

vo premoženje, zaradi česar to ne zadostuje za njegovo (popolno) poplačilo.⁴⁵ Gre torej za dejanja, ki poslabšajo njegovo plačilno sposobnost. Tak učinek po naravi stvari nastopi (še), ko začne prenos lastninske pravice na stvari (nepremičnini), iz katere bi se upnik(i) želel(i) poplačati, učinkovati oziroma ko se iz te (brez izpodbitja dolžnikovega razpolaganja) ne more(jo) več poplačati.⁴⁶ Predmet izpodbijanja z *actio Pauliana* niso samo dolžnikova aktivna ravnanja, temveč tudi njegove opustitve, ki so imele posledice na premoženjskem področju (primerjaj tretji odstavek 255. člena OZ). V teoriji lahko zasledimo stališče, da so to zgolj opustitvena ravnanja, izvršena z namenom, da dolžnik izgubi kakšno premoženjsko pravico ali da zanj nastane kakšna premoženjska obveznost, zaradi česar naj se ne bi mogle uspešno izpodbijati niti tiste dolžnikove opustitve, ki imajo za posledico (zgolj) to, da ni pridobil neke premoženjske pravice oziroma da se njegovo premoženje ni povečalo, niti tiste, ki niso bile opravljene zavestno in želeno zaradi dolžnikovega neznanja ali nepazljivosti.⁴⁷

Prepričljivejše se nama zdi stališče, ki ga zastopajo nekateri drugi teoretiki, in sicer da od dolžnika utemeljeno pričakujemo, da bo izrabil vse možnosti za povečanje svojega premoženja, saj izhajamo iz domneve, da mora vsaka oseba ravnati gospodarno. Predmet izpodbijanja so zato lahko tudi dolžnikove opustitve obogatitve oziroma povečanja njegovega premoženja.⁴⁸ Ne glede na to, ali sprejmemo prvo ali drugo stališče, ne more biti dvoma, da med opustitvena ravnanja, izpodbojna v smislu 255. člena OZ, ne spadajo položaji, ko je dolžnik na podlagi pravnih dejstev (že) pridobil lastninsko pravico (na primer priposestvovanje), ni pa je še uveljavljal z ustrezno (ugotovitveno) tožbo pred sodiščem.

Za dolžnikovo opustitev uveljavitve zunajknjižne pridobitve lastninske pravice po najinem mnenju *actio Pauliana* ne pride v poštev.⁴⁹ Nikakor ni mogoče prezreti, da je dolžnik v teh položajih že pridobil lastninsko pravico (in to načeloma novo, brez omejitev, ki so (morda) bremenile pravico predhodnika). V trenutku, ko nekdo s priposestvovanjem pridobi lastninsko pravico, namreč preneha lastninska pravica dotedanjega (praviloma (še vedno) zemljiškoknjižnega) lastnika. Predpostavke za pridobitev lastninske pravice s priposestvovanjem so v skladu s 43. členom SPZ (zgolj): dobra vera (*fides*), lastniška posest

⁴⁵ V skladu z drugim odstavkom 255. člena OZ se šteje, da je bilo pravno dejanje storjeno v škodo upnikov, če zaradi njega dolžnik nima dovolj sredstev za izpolnitev upnikove terjatve.

⁴⁶ M. Ovčak Kos, Ž. Razdrih, nav. delo, str. 719.

⁴⁷ B. Vizner, nav. delo, str. 1116. H. Kačer, nav. delo, str. 454.

⁴⁸ M. Juhart, v: N. Plavšak, M. Juhart, nav. delo, str. 257. B. T. Blagojević, V. Krulj, nav. delo, str. 978.

⁴⁹ Drugače D. Ukmar, nav. delo, str. 14.

(*possessio*) in pretek časa (*tempus*).⁵⁰ Lastninska pravica se ob izpolnitvi teh z zakonom določenih pogojev pridobi na podlagi samega zakona (*ex lege*), brez vknjižbe v zemljiško knjigo, ki je v tem primeru vedno le deklaratorna. Gre za zunajknjižno pridobitev lastninske pravice. Ustrezen tožbeni zahtevek za uveljavitev take pridobitve pravice je zato ugotovitveni, sodba sodišča o njem pa le deklaratorna. Vsebina upravičenj, ki sestavljajo lastninsko pravico, se z vknjižbo ne spremeni. Taka oseba je že resnični lastnik, ki lahko svojo lastninsko pravico (v polnem obsegu) uveljavlja proti vsakomur (razen proti poštenemu pridobitelju, ki pridobi lastninsko pravico na podlagi zaupanja v zemljiško knjigo v skladu s pravili SPZ in ZZK-1).⁵¹ Z dolžnikovo opustitvijo sodne uveljavitve zunajknjižne pridobitve lastninske pravice se torej njegovo premoženje ne zmanjša, prav tako z njo ne opusti njegovega povečanja. Tožba za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj torej v tem položaju ni in ne more biti ustrezno pravno sredstvo za zavarovanje upnikovega položaja.

Poleg tega bi bila edina ustrezna (učinkovita) oblika *actio Pauliana* v primeru izpodbijanja take dolžnikove opustitve ugotovitvena tožba, ki bi jo zoper zemljiškoknjižnega lastnika nepremičnine v imenu in za račun dolžnika vložil upnik.⁵² Taka tožba in na njeni podlagi izdana sodba pa nujno ne bi imela zgolj relativnega (med strankama izpodbojnega razmerja) in delnega (zgolj toliko, kot je potrebno za poplačilo upnikove terjatve) učinka, temveč bi bila njena (končna) posledica (po njeni zemljiškoknjižni izvedbi) to, da bi na to premoženje lahko posegli tudi drugi dolžnikovi upniki, ne le izpodbijajoči. Tak učinek sodbe na podlagi tožbe za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj bi bil v neposrednem in popolnem nasprotju z določbo 260. člena OZ. Ne bi šlo torej za *actio Pauliana*, temveč za t. i. izvrševanje dolžnikovih pravic s strani upnika, ki se v pravni teoriji in nekaterih tujih zakonodajah obravnava kot institut, ločen od izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj.⁵³ T(ak)e oblike tožbe za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj slovenska pravna ureditev ne pozna; zanjo v pozitivnem pravu ne vidiva podlage. Pripominjava, da tega položaja ni mogoče primerjati s položajem, ko upnik uspe s tožbo za ugotovitev ničnosti pogodbe zaradi nedopustnega nagiba (drugi in tretji odstavek 40. člena OZ) ali podlage (četrti odstavek 39. člena OZ), v katerem je po našem mnenju upniku treba priznati tudi aktivno legitimacijo za uveljavljanje ustreznega kondikcijskega zahtevka, to je izbrisne tožbe (primerjaj 243. člen ZZK-1). V nasprotnem primeru bi namreč ničnostna sankcija v teh situacijah

⁵⁰ M. Tratnik, v: M. Juhart, A. Berden, T. Keresteš, V. Rijavec, M. Tratnik, A. Vlahek, R. Vrenčur, nav. delo, str. 261–263.

⁵¹ N. Plavšak, R. Vrenčur, nav. delo, str. 779–783.

⁵² D. Ukmar, nav. delo, str. 15.

⁵³ B. Vizner, nav. delo, str. 1132–1136.

izgubila svoj smisel; upnikovo pravno varstvo bi bilo nujno neučinkovito.⁵⁴ V opisani situaciji upnik druge možnosti za zavarovanje svojega položaja namreč nima, poleg tega gre le za zemljiškoknjižno realizacijo posledic ničnostne sodbe, ki je bila izdana na podlagi tožbe, za katero mu aktivno legitimacijo zakon daje (primerjaj 92. člen OZ). Drugi zahtevek pomeni pravno logično izpeljavo prvega, ki je glede drugega zgolj prejudicialni ter ima smisel in pomen le v povezavi z drugim.

4. ALI JE DOPUSTNO VLOŽITI TOŽBO PO PETEM Odstavku 168. Člena ZIZ ŽE PRED VLOŽITVIJO PREDLOGA ZA IZVRŠBO NA IZVRŠILNO SREDSTVO NEPREMIČNINE

Vrhovno sodišče RS je s sklepom III Ips 136/2014 z dne 19. januarja 2016 odločilo o reviziji, dopuščeni s sklepom III DoR 35/2014 z dne 8. julija 2014 glede vprašanja, ali se mora za veljavno vložitev tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ upnik izkazati s sklepom, ki ga napotuje na vložitev tožbe, in ali lahko tako tožbo vloži že pred vložitvijo predloga za vložitev izvršbe na izvršilno sredstvo nepremičnine. Na načelni ravni je sicer pritrdilo stališču Starovića,⁵⁵ da dokazan pravni interes upnika za vložitev tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ obstaja šele, ko je vložen predlog za izvršbo na dolžnikovo nepremičnino, ki je zemljiškoknjižno še v lasti tretje osebe, in s tem začet izvršilni postopek. Kljub temu naj bi bila razlaga, da ima aktivno procesno legitimacijo za vložitev take tožbe zgolj upnik, ki je vložil predlog za izvršbo prav na to nepremičnino, gledano življenjsko, preozka. V konkretnem primeru je tožnica za izterjavo svoje terjatve predlagala izvršbo na dolžničina denarna sredstva in izvršbo na plačo, ki nista bili uspešni, pri čemer razširitve že dovoljenih izvršb na novo sredstvo izvršbe, to je na nepremičnino, ni predlagala. Po stališču Vrhovnega sodišča RS za to, da bi upniku v primeru, ko je svojo terjatev do dolžnika že poskušal izterjati, in to celo v izvršilnem postopku, vendar neuspešno, odrekli procesno upravičenje vložiti tožbo po petem odstavku 168. člena ZIZ, ni razumnega razloga. Dejstvo, da je upnik imel oziroma še ima interes priti do poplačila svoje terjatve, namreč ne more biti sporno. Ob upoštevanju zakonske ureditve, po kateri izvršilno sodišče izvršbe na nepremičnino, vpisano v zemljiško knjigo, pri kateri dolžnik ni vpisan kot zemljiškoknjižni lastnik, ne sme dovoliti, pa je še dodalo, da od upnika pravzaprav niti ni smiselno zahtevati, da mora pred vložitvijo tožbe (nujno) predlagati izvršbo na nepremičnino, za katero

⁵⁴ M. Ovčak Kos, Ž. Razdrih, nav. delo, str. 727–729.

⁵⁵ B. Starović, nav. delo, str. 383–384.

se že vnaprej ve, da pred vknjižbo lastninske pravice na dolžnikovo ime ne bo dovoljena. Glede na obrazloženo naj bi bilo tudi jasno, da za vložitev tožbe v obravnavanem primeru napotitveni sklep ni bil potreben. Tudi sicer ZIZ izdaje napotitvenega sklepa za primer tožbe po petem odstavku 168. člena ne določa.

S stališčem, da ima pravni interes za vložitev tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ tudi upnik, ki ni predlagal izvršbe na dolžnikovo nepremičnino, ki je zemljiškoknjižno še v lasti tretje osebe, se ne strinja. Po najinem mnenju je zakonska dikcija in sistematika 168. člena ZIZ jasno kažete, da upnik tožbo za vpis dolžnikove lastninske pravice na določeni nepremičnini (lahko) vloži (še) po tem, ko je (že) sprožil postopek izvršbe na prav to nepremičnino (prvi odstavek); izvršilni postopek se nadaljuje po pravnomočnosti sklepa o vpisu (šesti odstavek), gre torej za zahtevek (pravico do tožbe) med izvršilnim postopkom na določeno nepremičnino.⁵⁶ Določilo 168. člena ZIZ, ki pomeni samostojno pravno podlago te tožbe, jasno in nedvoumno ureja le to situacijo. Meniva, da je sprejemljivost (široke, življenjske) razlage Vrhovnega sodišča RS (močno) vprašljiva. Jezikovna razlaga, ki z določitvijo možnega besednega pomena pravnega pravila hkrati določi tudi zunanjo mejo, ki je razlagalec ne sme prestopiti,⁵⁷ je namreč ne omogoča. Pri odgovoru na to vprašanje je nadalje bistveno, da (materialnopravne) določbe o tej tožbi vsebuje ZIZ kot procesni predpis, z njimi pa na specifičen način ureja varstvo upnikovega položaja (zgolj) v primeru dolžnikovih opustitev, ki upniku preprečujejo uspešno izterjavo s poplačilom iz nepremičnine, ki še ni vknjižena kot dolžnikova lastnina, očitno pa je, da ta izpolnjuje (vsaj) materialnopravne pogoje za to. Sam obstoj upnikove terjatve zoper dolžnika še ne dokazuje njegove potrebe ali namena, da bi (bo) terjatev izterjal prisilno oziroma da bi (bo) to storil prav s poplačilom iz te dolžnikove nepremičnine.⁵⁸ Obravnavano tožbo lahko torej vloži le (izvršilni) upnik, ki želi v že obstoječem izvršilnem postopku svojo terjatev poplačati prav z izvršbo na to nepremičnino. Tudi iz prakse višjih sodišč izhaja, da drugim upnikom tega upravičenja ne priznavajo.⁵⁹

V teoriji se zastopa stališče, da je predpostavka, ki se nanaša na sredstvo izvršbe oziroma dopustnost izvršbe na določen predmet, substančna (materialna).⁶⁰ Zato izvršilno sodišče po prejemu predloga za izvršbo na nepremičnino in ugotovitvi, da ta v zemljiško knjigo ni vpisana kot dolžnikova lastnina, po

⁵⁶ D. Ukmar, nav. delo, str. 13.

⁵⁷ Glej M. Pavčnik, nav. delo, str. 369.

⁵⁸ B. Starović, nav. delo, str. 366.

⁵⁹ Glej sodbo Višjega sodišča v Celju Cpg 403/2013 z dne 15. januarja 2014 in sodbo Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 541/2014 z dne 4. junija 2014.

⁶⁰ D. Wedam-Lukić, nav. delo, str. 44. V. Rijavec, nav. delo, str. 99–104.

najinem mnenju ne sme dovoliti izvršbe nanjo.⁶¹ Upnika se v takem primeru pozove, da ravna v skladu s tretjim oziroma petim odstavkom 168. člena ZIZ, tj. predloži listino, ki je primerna za vpis dolžnikove lastninske pravice na tej nepremičnini, oziroma vloži tožbo, s katero tak vpis zahteva. Opozarjava, da rok, ki ga v tem sklepu za vložitev tožbe določi izvršilno sodišče, ni prekluziven. Takega roka namreč zakon ne predvideva in ne predpisuje njegove dolžine, prav tako ne daje pooblastila sodišču, da bi ga določilo.⁶² Tudi če je tožba po petem odstavku 168. člena ZIZ vložena po njegovem izteku, to torej za upnika v pravi nima negativnih posledic. V izvršilnem postopku pa ima tak napotek sodišča naravo materialnega procesnega vodstva, zato se njegova nepravočasna izpolnitev odraža v zavrnitvi predloga za izvršbo (na to izvršilno sredstvo).⁶³ Materialna predpostavka glede sredstva oziroma predmeta izvršbe namreč ni izpolnjena. Če pa upnik napotek izvršilnega sodišča pravočasno izpolni, to počaka z odločitvijo o dovolitvi izvršbe do odločitve zemljiškoknjižnega sodišča (ki odloča o vpisu na podlagi po upniku predložene listine ali na podlagi predložene pravnomočne sodbe, s katero je bilo ugodeno upnikovemu zahtevku za vpis lastninske pravice pri navedeni nepremičnini na dolžnika) in šele, če zemljiškoknjižno sodišče v zemljiškoknjižnem postopku dovoli vpis lastninske pravice na dolžnika, po pravnomočnosti sklepa o dovolitvi takega vpisa dovoli izvršbo na to nepremičnino.

5. OBLIKA TOŽBENEGA ZAHTEVKA

ZIZ z določilom petega odstavka 168. člena prenaša pravdno (procesno) upravičenje terjati vpis lastninske pravice na nepremičnini z dolžnika na (izvršilnega) upnika, ki želi v že obstoječem izvršilnem postopku svojo terjatev poplačati prav z izvršbo na to nepremičnino. Tožbo za vpis dolžnikove lastninske pravice vloži izvršilni upnik v svojem imenu in za račun dolžnika. Gre za primer, ko sta stvarna legitimacija oziroma pravica v materialnem smislu (*legitimitas ad causam*) in pravdno upravičenje (*legitimitas ad processum*)⁶⁴ ločena in pripadata dvema različnima subjektoma.⁶⁵ ZIZ, ki (edini) ureja to tožbo, zelo jasno

⁶¹ Drugače D. Ukmar, nav. delo, str. 13.

⁶² A. Galič, v: L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, D. Wedam Lukić, J. Zobec, nav. delo (2005), str. 454. Glej tudi odločbi Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 541/2014 z dne 4. junija 2014 in I Cpg 135/2012 z dne 5. februarja 2013.

⁶³ Iz prakse izvršilnih sodišč sicer izhaja, da v takih situacijah predlog za izvršbo praviloma zavrnejo.

⁶⁴ Gre za upravičenje, da stranka sme sprožiti konkretni postopek, in pomeni procesno predpostavko, na katero sodišče pazi po uradni dolžnosti. Če v konkretnem primeru ni podana, mora tožbo kot nedopustno zavreči. Primerjaj J. Juhart, nav. delo, str. 185 in 186.

⁶⁵ B. Starović, nav. delo, str. 365.

opredeljuje vsebino sodnega varstva, ki se z njo lahko (in mora) zahteva(ti). Opozorila sva že, da tožba po 168. členu ZIZ pomeni pomembno izjemo, ko zakon stranki daje pravico za vodenje tujega spora, ki jo je zato treba razlagati restriktivno. Tožbeni zahtevek tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ zato ne more biti drugačen kot: »Pri nepremičnini ID znak ... se vknjiži lastninska pravica na ime in v korist ...«. ⁶⁶ Upnik tožbeni zahtevek utemeljuje s trditveno in dokazno podlago, da dolžnik izpolnjuje materialnopravne pogoje za to, da bi bil vknjižen kot lastnik določene nepremičnine, vendar tega še ni zemljiško-knjižno formaliziral. Uveljavlja lahko različne pravne in dejanske podlage, ki utemeljujejo pridobitev dolžnikove zunajknjižne ali pričakovalne lastninske pravice, zaradi katere vpis lastninske pravice v zemljiški knjigi ni odraz pravega lastninskega stanja te nepremičnine. Pri tem okoliščine, zakaj dolžnik ni poskrbel za vknjižbo svoje lastninske pravice (na primer njegovo zavedanje glede možnosti škodovanja upnikom), ⁶⁷ niso pravno odločilne.

Pojasnila sva že, da lahko pravdno sodišče na podlagi tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ presoja tudi vprašanje dolžnikove zunajknjižne pridobitve lastninske pravice na nepremičnini, glede katere upnik zahteva njen vpis. Ne more pa pravdno sodišče o tem odločiti v izreku odločbe kot o vmesnem ugotovitvenem zahtevku (primerjaj tretji odstavek 181. člena ZPP), tj. z učinkom pravnomočnosti. Za dopustnost vmesnega ugotovitvenega zahtevka (tožbe) ⁶⁸ morajo biti namreč izpolnjene splošne procesne predpostavke kot pri vsaki drugi tožbi, med drugimi tudi obstoj tožnikove aktivne procesne legitimacije. Pravdno upravičenje upnika, ki vloži tožbo po petem odstavku 168. člena ZIZ, se nanaša zgolj na zahtevek za vpis dolžnikove lastninske pravice, ne pa tudi na zahtevek za ugotovitev njenega (zunajknjižnega) obstoja. Upnik ni stranka za njegov zahtevek (za vpis dolžnikove lastninske pravice) sicer prejudicialnega materialnopravnega razmerja oziroma pravice, tj. obstoj dolžnikove lastninske pravice na nepremičnini, ki implicira njeno prenehanje dotedanjega (praviloma – še vedno – zemljiškoknjižnega) lastnika; to sta dolžnik in zemljiško-knjižni lastnik. Če torej upnik uveljavlja vpis dolžnikove lastninske pravice na podlagi njene zunajknjižne pridobitve, po najinem mnenju poleg zahtevka za vpis v zemljiško knjigo ni upravičen postaviti tudi zahtevka za ugotovitev lastninske pravice v korist dolžnika, prav tako v tem položaju svojega varstva ne more doseči zgolj s takim ugotovitvenim tožbenim zahtevkom. Zakonsko besedilo petega odstavka 168. člena ZIZ mu namreč procesnega upravičenja za to ne daje.

⁶⁶ D. Ukmar, nav. delo, str. 13 in 14. M. Končina Peternel, nav. delo, str. 76 in 77.

⁶⁷ To je pogoj za uspeh s tožbo za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj.

⁶⁸ Gre za pravo tožbo, ki ima svojo relativno samostojno procesno usodo, ki ni povsem odvisna od glavne tožbe.

Ni mogoče prezreti, da bi oziroma bo v primeru obravnavanja tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ v gospodarskem sporu tak vmesni ugotovitveni zahtevak preprečevala tudi različnost stvarne pristojnosti oziroma vrste postopka.⁶⁹

Iz navedenih razlogov je vprašljiva odločitev Vrhovnega sodišča RS v zadevi II Ips 113/2015. V tej pravdi je tožnik primarno zahteval vpis lastninske pravice na stanovanju na dolžnika, podredno pa ugotovitev, da sta dolžnika lastninsko pravico na tem stanovanju priposestvovala. Sodišči nižjih stopenj sta oba zahtevka pravnomočno zavrnila. Vrhovno sodišče RS je revizijo glede primarnega zahtevka zavrnilo, odločitev o podrednem tožbenem zahtevku pa razveljavilo in zadevo v tem obsegu vrnilo sodišču prve stopnje v novo sojenje. Iz obrazložitve odločbe Vrhovnega sodišča RS izhaja, da se zahtevak za vpis dolžnikove lastninske pravice (v konkretnem primeru primarni tožbeni zahtevak) nanaša zgolj na derivativno pridobitev lastninske pravice, kar v kontekstu tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ predpostavlja obstoj za vknjižbo primerne listine. Vrhovno sodišče RS izhaja iz po najinem mnenju napačnega izhodišča, da peti odstavek 168. člena ZIZ upniku, ki nima listine, primerne za vknjižbo dolžnikove lastninske pravice, omogoča, da to (katerokoli? – »odločbo ali pogodbo, ki vsebuje zemljiškoknjižno dovolilo«) pridobi v pravdi. Pojasnila sva že, da upnik s tožbo po petem odstavku 168. člena ZIZ ne more pridobiti pogodbe z veljavnim zemljiškoknjižnim dovolilom; tako je tudi enotno stališče pravne teorije in sodne prakse. Prav tako ne more pridobiti ustrezne ugotovitvene sodbe o dolžnikovi zunajknjižni lastninski pravici. Po najinem mnenju gre v primeru tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ, v kateri upnik dolžnikovo pridobitev lastninske pravice opira tako na derivativen kot tudi originaren način, zgolj za uveljavljanje dveh različnih pravnih in dejanskih podlag, ki pa obe utemeljujeta isti tožbeni zahtevak, tj. (zgolj) za vpis dolžnikove lastninske pravice. Zato bi morale Vrhovno sodišče RS v tem primeru razveljaviti pravnomočno sodbo v celoti. V primeru presoje, da sta dolžnika priposestvovala lastninsko pravico na stanovanju, je namreč pravilna ugoditev primarnemu tožbenemu zahtevku in ne podrednemu. Za tega 168. člen ZIZ upniku ne daje procesnega upravičenja.

6. PASIVNA LEGITIMACIJA

Glede vprašanja, kdo je v pravdi na podlagi tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ pasivno legitimiran, v pravni teoriji zasledimo različni stališči,⁷⁰ v sodni

⁶⁹ Podrobneje glej 8. razdelek tega prispevka.

⁷⁰ Stališče, da je pasivno legitimiran zgolj zemljiškoknjižni lastnik, zastopata D. Ukmar, nav. delo, str. 13, in B. Starovič, nav. delo, str. 366. Stališče, da sta zemljiškoknjižni lastnik in

praksi pa je bolj ali manj nesporno, da sta v tem primeru to zemljiškoknjižni lastnik in dolžnik kot enotna in nujna sospornika (primerjaj 196. člen ZPP).⁷¹

Nobenega dvoma ne more biti, da sta v obravnavanem položaju zemljiškoknjižni lastnik in dolžnik enotna sospornika. Posledica sodbe, izdane na podlagi tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ, bo namreč to, da bo lastninska pravica pri določenem nepremičnini namesto na dosedanega zemljiškoknjižnega lastnika vpisana na dolžnika. To pomeni, da je mogoče pravdo na podlagi te tožbe rešiti za osebo, ki je v zemljiški knjigi vpisana kot lastnik nepremičnine (zemljiškoknjižni lastnik), in za osebo, za katero se zahteva vpis lastninske pravice (dolžnik), le na enak način. Poleg tega v obravnavani situaciji nedvomno obstaja procesna nujnost, da sta v pravdi udeležena oba. Za doseg namena tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ, to je zaradi omogočenja izvršbe na določeno nepremičnino zagotoviti vpis lastninske pravice na njej v zemljiški knjigi v korist dolžnika, je namreč treba upoštevati tudi pravila zemljiškoknjižnega prava in postopka, ki tak vpis omogočajo. Iz zemljiškoknjižnega načela pravnega prednika (primerjaj 9. člen ZZK-1)⁷² tako nujno izhaja zahteva, da je ob dolžniku s tožbo zajet tudi (sedanji) zemljiškoknjižni lastnik nepremičnine. Vpis v zemljiško knjigo se namreč dovoli proti osebi, v korist katere je vknjižena pravica, glede katere se bo opravil vpis, in če sodna odločba, na podlagi katere se o vpisu odloča po uradni dolžnosti, učinkuje proti tej osebi (primerjaj drugo alinejo prvega odstavka 150. člen ZZK-1). Nujno sosporništvo dolžnika in (dosedanega) zemljiškoknjižnega lastnika pa utemeljuje tudi neproblematičnost take procesne integracije na pasivni pravdni strani in zahteva, izvirajoča iz 22. člena Ustave RS, po omejevanju primerov razširjenih subjektivnih mej pravnomočnosti zgolj na tiste položaje, ko bi bila sicer (lahko) kršena pravica do sodnega varstva.

Po določbi drugega odstavka 150. člena ZZK-1 lahko v primeru večkratnih zaporednih prenosov pravice, ki niso vpisani v zemljiško knjigo, zadnji pridobitelj pravice zahteva vknjižbo neposredno v svojo korist, če zemljiškoknjižnemu predlogu za vsak prenos priloži listino, ki bi bila podlaga za vknjižbo pravi-

dolžnik enotna in nujna sospornika, pa zastopajo A. Đorđević, J. Studin, nav. delo, str. 132, N. Srečković, D. Lukić, nav. delo, str. 250, in M. Končina Peternel, nav. delo, str. 78.

⁷¹ Glej odločbe Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 2347/2014 z dne 26. novembra 2014, II Cp 45/2014 z dne 2. aprila 2014, I Cpg 1108/2012 z dne 25. februarja 2014, I Cpg 135/2012 z dne 5. februarja 2013, I Cp 3244/2009 z dne 6. januarja 2010, I Cp 1754/2009 z dne 5. avgusta 2009, III Cp 1017/2009 z dne 10. junija 2009 in II Cp 4038/2008 z dne 4. marca 2009 ter odločbi Višjega sodišča v Celju Cp 7/2013 z dne 4. julija 2013 in Cp 334/2008 z dne 4. decembra 2008.

⁷² Vpis v zemljiško knjigo so dovoljeni v korist osebe, v katere korist učinkuje listino, ki je podlaga za vpis, ter proti osebi, proti kateri učinkuje listino, ki je podlaga za vpis, in ki je v zemljiški knjigi vpisana kot imetnik pravice, na katero se vpis nanaša.

ce v korist njegovega pravnega prednika. Čeprav zemljiškoknjižno sodišče pri večkratnih zaporednih prenosih pravice ne opravi vpisa pravice na njene vmesne pridobitelje, pa ti z vpisom pravice na zadnjega pridobitelja svojo pravico »dejansko izgubijo«. Zato jih mora sodišče obravnavati kot udeležence iz 3. točke 132. člena ZZK-1, torej kot osebe, proti katerim se predlaga vpis, in jim mora v skladu z določbo prve točke tretjega odstavka 154. člena ZZK-1 sklep o dovolitvi vpisa vročiti.⁷³ Upoštevajoč navedeno morajo biti v primeru, ko upnik s tožbo po petem odstavku 168. člena ZIZ zahteva vpis lastninske pravice na nepremičnini, iz katere se želi poplačati, v dolžnikovo korist na podlagi večkratnih zaporednih prenosov lastninske pravice (verige pogodb z veljavnimi zemljiškoknjižnimi dovolili), nujni (enotni) sosporniki tudi vsi vmesni pridobitelji lastninske pravice.⁷⁴

7. ZAKONEC KOT DOLŽNIK

V literaturi je mogoče zaslediti stališče, da ima upnik, kadar gre za zakonca, za vložitev tožbe za določitev deležev na skupnem premoženju posebno pravno podlago v prvem odstavku 57. člena Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR),⁷⁵ pri čemer (jasna) razmejitev do tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ ni podana. Meniva, da je v primerih, ko gre za skupno premoženje zakoncev, v zemljiško knjigo pa je kot lastnik vpisan le dolžnikov zakonec, varstvo upnikovega položaja res zagotovljeno s tožbo po prvem odstavku 57. člena ZZZDR, s katero zahteva ugotovitev, da gre za skupno premoženje in določitev deležev na njem.⁷⁶ Drugače pa bi lahko veljalo za primere pravnoposlovne pridobitve (pričakovalne) lastninske pravice enega od zakoncev, v katerih drugi zakonec to pridobi zunajknjižno kot skupno premoženje, zemljiškoknjižni lastnik pa je še vedno tretji (odsvojitelj). V takem položaju bi lahko upnik v primeru, če je pravnoposlovni pridobitelj njegov dolžnik, s tožbo po petem odstavku 168. člena ZIZ poleg vpisa (izključne) lastninske pravice v njegovo korist uveljavljal (tudi) vknjižbo skupne lastnine zakoncev na tej nepremičnini. Vendar ni mogoče prezreti, da za to ne bi smel biti zainteresiran, saj upnik (ki ima izvršilni naslov zoper enega od zakoncev) ne more (kar takoj) poseči na skupno premoženje, temveč mora najprej doseči določitev deležev na njem in njegovo razdelitev v skladu s prvim odstavkom 57. člena ZZZDR, s čimer se skupno premoženje transformira v posebno premoženje vsakega od zakoncev. Upnik lahko namreč v izvršilnem postopku poseže le na tisto premoženje za-

⁷³ Glej sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 230/2010 z dne 7. oktobra 2010.

⁷⁴ Za tako stališče se zavzema tudi M. Končina Peternel, nav. delo, str. 79.

⁷⁵ Ur. l. SRS, št. 15/76 – Ur. l. RS, št. 64/01.

⁷⁶ Primerjaj M. Končina Peternel, nav. delo, str. 77.

konca – dolžnika, s katerim lahko ta (že) samostojno razpolaga, to pa je samo njegovo posebno premoženje (primerjaj prvi odstavek 51. člena ZZZDR).⁷⁷ Dodati velja, da v primeru, če upnik zahteva varstvo po petem odstavku 168. člena ZIZ in ne trdi, da gre za skupno premoženje dolžnika in njegovega zakonca, te okoliščine ne more uveljavljati niti dolžnik z ugovorom. Pojasnjeno je že bilo, da mora biti položaj upnika v tej pravdi čim bolj izenačen s položajem dolžnika. Če upnik tožbe po 168. členu ZIZ ni obremenil s tezo, da gre za skupno premoženje, tudi sodišče tega vprašanja ne obravnava. Postopek po petem odstavku 168. člena ZIZ zaradi svoje pravne narave ni ustrezen, da bi se v njem proti upnikovi volji razpravljalo o nečem, kar je po naravi stvari odločanje o ugovoru tretjega v izvršilnem postopku ali delitvi skupnega premoženja.⁷⁸

V položaju, ko je pravnoposlovni pridobitelj dolžnikov zakonec, lahko upnik s tožbo po petem odstavku 168. člena ZIZ uveljavlja (zgolj) vknjižbo skupne lastnine,⁷⁹ vendar to pomeni, da bo moral v nadaljevanju za zavarovanje svojih interesov vložiti še tožbo po prvem odstavku 57. člena ZZZDR. Če sta pravnoposlovna pridobitelja oba zakonca, vsak do deleža 1/2, kar je v praksi običajno, lahko upnik s tožbo po petem odstavku 168. člena ZIZ uveljavlja (zgolj) vknjižbo polovičnega solastninskega deleža v korist svojega dolžnika. V pravdi na podlagi petega odstavka 168. člena ZIZ lahko namreč upnik namesto dolžnika stori le tisto, kar bi sicer lahko storil dolžnik.

8. PRISTOJNOST IN VRSTA POSTOPKA

Postavlja se vprašanje, ali stališče o razširjeni pravni podlagi tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ, predstavljeno v 2. razdelku tega prispevka, vpliva na opredelitev vrste postopka. Ta namreč ni pomembna le zaradi izbire postopkovnih pravil (rednega pravnega postopka ali postopka v gospodarskih sporih), ampak je odločilna tudi za določitev stvarne pristojnosti. Gospodarski spori so namreč po drugem odstavku 32. člena ZPP med tistimi, ki so po kavzalnem razmerju v izključni pristojnosti okrožnih sodišč (7. točka drugega odstavka 32. člena ZPP).⁸⁰ Če o tožbenem zahtevku zmotno odloči

⁷⁷ J. Hudej, I. Ščernjavič, nav. delo (2011), str. 38; sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 428/2011 z dne 20. februarja 2014. To stališče ima pomembne praktične posledice, saj bo lahko nevknjiženi zakonec v izvršilnem postopku z ugovorom, da nepremičnina spada v skupno premoženje, izločil celotno nepremičnino in ne zgolj svojega »solastniškega« deleža na tej nepremičnini, kot se običajno v praksi glasi njegov zahtevek tožbe za ugotovitev nedopustnosti izvršbe – glej J. Hudej, I. Ščernjavič, nav. delo (2015), str. 28.

⁷⁸ Tako Višje sodišče v Ljubljani v sodbi II Cp 541/2014 z dne 4. junija 2014.

⁷⁹ Procesnega upravičenja za uveljavljanje vknjižbe izključne lastninske pravice v korist dolžnikovega zakonca mu peti odstavek 168. člena ZIZ ne daje.

⁸⁰ N. Betetto, nav. delo, str. 1082 in 1083.

okrajno sodišče (v pravnem postopku), pristojno pa je okrajno sodišče (v gospodarskem sporu), je podana bistvena kršitev določb pravnega postopka iz 4. točke drugega odstavka 339. člena ZPP.⁸¹

ZPP pri opredelitvi gospodarskega spora primarno izhaja iz čistega subjektivnega merila (1. točka prvega odstavka 481. člena ZPP). Odmik od tega izhodišča določa drugi odstavek 481. člena ZPP, v skladu s katerim spori med subjekti iz 1. točke prvega odstavka 481. člena ZPP niso gospodarski, če gre med drugim za spore o stvarnih pravicah. Ti se obravnavajo po pravilih rednega pravnega postopka. V skupino sporov o stvarnih pravicah na nepremičninah ne spadajo le spori o obstoju, prenehanju in spremembi stvarnih pravic, temveč tudi spori zaradi varstva stvarnih pravic, spori iz sosedskih razmerij ter pod pogojem, da je bila zaradi vknjižbe kršena tožnikova stvarna pravica, tudi spori zaradi ugotovitve neveljavnosti vknjižbe in vzpostavitve prejšnjega zemljiškoknjižnega stanja.⁸²

V sodni praksi se je uveljavilo stališče, da v primeru odločanja o zahtevku po petem odstavku 168. člena ZIZ ne gre za spor o stvarni pravici, ampak za obli-gacijski spor.⁸³ Po najinem mnenju mora to veljati tudi za primere, ko tožnik zahteva sodno varstvo po petem odstavku 168. člena ZIZ z zatrjevanjem o dolžnikovi zunajknjižni pridobitvi lastninske pravice, na primer s priposestvovanjem. Za opredelitev spora kot stvarnopravnega je namreč bistven zahtevek (ne pa tožbene trditve).⁸⁴ Upnik kot tožnik pa z zahtevkom po petem odstavku 168. člena ZIZ zase ne uveljavlja nobenih stvarnopravnih upravičenj, temveč z namenom doseči možnost poplčila svoje terjatve v izvršilnem postopku zahteva, da se pri določeni nepremičnini vknjiži lastninska pravica v korist dolžnika.⁸⁵ Ali je dolžnik (zunajknjižni) lastnik določene nepremičnine, je torej v tem postopku le predhodno vprašanje. Glede na navedene razloge in prej predstavljeno opredelitev, kateri spori spadajo v skupino stvarnopravnih sporov, meniva, da stališče Višjega sodišča v Ljubljani v zadevi I Cp 2527/2015,⁸⁶ da gre v primeru odločanja o zahtevku po petem odstavku 168. člena ZIZ lahko za spor o stvarni pravici, ni pravilno. Višje sodišče v svojem sklepu razen sklicevanja na odločbo Vrhovnega sodišča II Ips 113/2015 (v kateri sicer ni šlo za vprašanje pravne narave spora) drugih razlogov ne navede.

⁸¹ J. Zobec, nav. delo, str. 280; J. Juhart, nav. delo, str. 482.

⁸² Prav tam, str. 1084.

⁸³ Glej sklep Vrhovnega sodišča RS I R 160/2012 z dne 8. novembra 2012.

⁸⁴ N. Betetto, nav. delo, str. 1085.

⁸⁵ Glej sklep Vrhovnega sodišča RS I R 160/2012 z dne 8. novembra 2012.

⁸⁶ Glej sklep Višjega sodišča v Ljubljani z dne 14. oktobra 2015.

9. SKLEP

Tožba po petem odstavku 168. člena ZIZ upniku omogoča, da doseže vpis dolžnikove lastninske pravice na nepremičnini, iz katere se želi poplačati, tudi v primeru, če listina iz 3. točke prvega odstavka 40. člena ZZK-1 še ne obstaja. Potrebe po tem ni v tistih primerih, ko se o vknjižbi lastninske pravice odloča po uradni dolžnosti. Tožba za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj v primeru dolžnikove opustitve sodne uveljavitve zunajknjižne pridobitve lastninske pravice ni ustrezno pravno sredstvo za zavarovanje upnikovega položaja. S to dolžnikovo opustitvijo se namreč njegovo premoženje ne zmanjša, prav tako z njo ne opusti njegovega povečanja. Meniva, da lahko tožbo po petem odstavku 168. člena ZIZ vložijo zgolj (izvršilni) upnik, ki želi v že obstoječem izvršilnem postopku svojo terjatev poplačati prav z izvršbo na to nepremičnino; tega upravičenja drugi upniki nimajo. Upnik z zahtevkom tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ lahko tudi v primeru zunajknjižne pridobitve dolžnikove lastninske pravice uveljavlja le njeno vknjižbo. (Pravdno) sodišče o zunajknjižni pridobitvi ne more odločiti v izreku odločbe kot o (vmesnem) ugotovitvenem zahtevku. Iz zemljiškoknjižnega načela pravnega prednika nujno izhaja, da mora upnik ob dolžniku s tožbo zajeti tudi (dosedanjega) zemljiškoknjižnega lastnika nepremičnine. Ko gre za skupno premoženje zakoncev upnikov pravni položaj ni vedno varovan s tožbo po prvem odstavku 57. člena ZZZDR. Kadar upnik zahteva varstvo po petem odstavku 168. člena ZIZ in ne trdi, da gre za skupno premoženje dolžnika in njegovega zakonca, te okoliščine ne more uveljavljati niti dolžnik z ugovorom. Stališče o razširjeni pravni podlagi tožbe po petem odstavku 168. člena ZIZ ne vpliva na opredelitev vrste postopka in posledično na določitev stvarne pristojnosti. Ne glede na vrsto zatrjevane podlage dolžnikove pridobitve lastninske pravice gre za obligacijski spor.

Literatura

- Nina Betetto: Razmejitev med rednim pravnim postopkom in gospodarskim sporom, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2014, str. 1081–1095.
- Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj: Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Prva knjiga. Savremena administracija, Beograd 1983.
- Aleksandar Đorđević, Josip Studin: Zakon o izvršnom postopku sa objašnjenjima. Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje. Službeni list SFRJ, Beograd 1985.
- Aleš Galič, Matjaž Jan, Hinko Jenull: Zakon o izvršbi in zavarovanju. GV Založba, Ljubljana 2002.
- Aleš Galič, v: Lojze Ude, Aleš Galič (ur.): Pravdni postopek: zakon s komentarjem. Prva knjiga. Uradni list Republike Slovenije in GV Založba, Ljubljana 2005.

- Aleš Galič: Pravice kot podlaga za ugovor tretjega v izvršilnem postopku, v: Zbornik Izbrane teme civilnega prava. Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2006, str. 155–185.
- Nikola Gavella: Nasljedno pravo. Informator, Zagreb 1990.
- Nikola Gavella, Vlado Belaj: Nasljedno pravo. III. bitno izmijenjeno i dopunjeno izdanje. Narodne novine d. d., Zagreb 2008.
- Jože Juhart: Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije. Univerzitetna založba, Ljubljana 1961.
- Miha Juhart, v: Miha Juhart, Nina Plavšak (ur.): Obligacijski zakonik s komentarjem, splošni del. Druga knjiga. GV Založba, Ljubljana 2003.
- Miha Juhart, v: Miha Juhart, Matjaž Tratnik, Renato Vrenčur (ur.): Stvarno-pravni zakonik s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Jasna Hudej, Iztok Ščernjavič: Sporna procesna vprašanja skupnega premoženja s posebnim poudarkom na novejši sodni praksi, v: Pravniki, 128 (2011), 1–2, str. 27–50.
- Jasna Hudej, Iztok Ščernjavič: Stvarnopravno varstvo pri pravnoposlovni pridobitvi lastninske pravice na nepremičnini, v: Zbornik 5. dnevi stvarnega in zemljiškoknjižnega prava, 13. in 14. junij 2013, GV Založba, Ljubljana 2013, str. 45–58.
- Jasna Hudej, Iztok Ščernjavič: Skupno premoženje zakoncev – analiza novejših sodnih praks s komentarjem, v: Odvetnik, 72 (2015), str. 18–28.
- Jasna Hudej, Iztok Ščernjavič: Razprava o pomenu izstavitve zemljiškoknjižnega dovolila in o nekaterih posledicah spremenjene ureditve izbrisne tožbe, v: Pravni letopis 2013, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, str. 39–53.
- Hrvoje Kačer: Pobijanje pravnih radnji dužnika (actio Pauliana), v: Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, 10 (2003), str. 443–466.
- Mateja Končina Peternel: Oblikovanje tožbenih zahtevkov – Stvarno pravo, v: Pravosodni bilten, 32 (2011) 2, str. 67–90.
- Harald Mini: Exekutionsverfahren. Linde Verlag, Dunaj 2003.
- Maja Ovčak Kos, Žiga Razdrih: Nekatera vprašanja v zvezi z izpodbijanjem dolžnikovih pravnih dejanj zunaj stečaja, v: Pravniki, 69 (2014) 11–12, str. 703–732.
- Marijan Pavčnik, Teorija prava, Prispevek k razumevanju prava, 4., pregledana in dopolnjena izdaja, GV Založba, Ljubljana 2011.
- Nina Plavšak, Renato Vrenčur: Kako pravna pravila, ki operacionalizirajo načelo zaupanja v zemljiško knjigo, varujejo poštenega, dobovernega pridobitelja. Pravniki, let. 70, št. 11–12, Ljubljana 2015, str. 771–807.

- Nina Plavšak: Zakon o zemljiški knjigi (ZZK-1), Uvodna pojasnila. GV Založba, Ljubljana 2003.
- Vesna Rijavec: Civilno izvršilno pravo. GV Založba, Ljubljana 2003.
- Borivoj Starović: Komentar Zakona o izvršnom postupku (Zakonodavstvo, teorija, praksa). Naučna knjiga, Beograd 1987.
- Nedeljko Srečković, Dragutin Lukić: Priručnik sudskog izvršnog postupka. Prvo izdanje. Pravni ekonomski centar, Beograd 1981.
- Matjaž Tratnik, v: Miha Juhart, Matjaž Tratnik, Renato Vrenčur (ur.): Stvarno-pravni zakonik s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika: Sudsko izvršno pravo. Informator, Zagreb 1984.
- Danilo Ukmar: Tožba po 168. členu ZIZ, v: Pravna praksa, 27 (2008) 32, str. 12–16.
- Boris Vizner: Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima. Druga knjiga, Zagreb 1978.
- Dragica Wedam-Lukić: Civilno izvršilno pravo. ČZ Uradni list RS, Ljubljana 1992.
- Jan Zobec, v: Lojze Ude, Aleš Galič (ur.): Pravdni postopek: zakon s komentarjem. Tretja knjiga. Uradni list Republike Slovenije in GV Založba, Ljubljana 2009.
- Karel Zupančič, Viktorija Žnidaršič Skubic: Dedno pravo. Tretja, spremenjena in dopolnjena izdaja. Uradni list RS, Ljubljana 2009.