

Pogodbena nezvestoba.

Prof. Lapajne

Uvod.

Določbe o pogodbeni nezvestobi (kršitvah pogodbenih obveznosti) so del civilnega neprava, in sicer tisto civilno nepravo, katero povzroči pravni subjekt z ravnanjem zoper lastno pogodbeno obveznost. Tako ravnanje spravi sopogodbnika v nov, načeloma kvaren, izjemoma — kadar je sklenil škodljivo pogodbo — ugoden položaj. Civilno pravo mu nudi s potrebnimi sankcijami sredstva za odpravo kvarnega odnosno za izkoristenje ugodnega položaja.

Sistematičen pregled teh sankcij, ki ga pogrešam doslej v slovstvu, je potreben že zaradi tega, ker so sankcije urejene raztreseno na raznih mestih o. d. zakonika, deloma pa tudi izven njega v postranskih zakonih.

Sankcije so ali občne, t. j. take, ki veljajo za vse tipe pogodb, ali posebne, ki veljajo le za nekatere tipe. Prve določata 17. in 30. poglavje drugega dela o. d. z., druge zlasti 24., 25. in 26. poglavje istega dela (za kupoprodajno, rabokupno, službeno in delovršno pogodbo). Za trgovinski kup ima trg. zak. še nekaj posebnih sankcij.

Pregled vseh teh določb in njih medsebojno primerjanje nam bosta hkratu pokazala, koliko so posebne sankcije poleg občnih resnično potrebne? To vprašanje se postavlja pri nas zlasti, odkar so bile občne sankcije novelirane (leta 1916.) in potrebam življenja bolj prilagodene, kakor stare pred novelo.

Da ne postanem preobširen, omejim navzočni spis o pogodbeni nezvestobi v nastopnih smereh:

1) na imovinsko pravne pogodbe. Opustim torej osebnopravne (zaročno, ženitno, posvojno, redniško). Kršitev osebnopravnih pogodb izzove svojevrstne sankcije, n. pr. razvod in ločitev zakona. Od imovinsko pravnih pogodb opustim dednopravne, katerih kršitev je malo praktična;

2) na sankcije, določene od zakonodaje. Stranki moreta namreč dogovoriti sankcije za pogodbeno nezvestobo tudi same. Zato izostanejo vse določbe o pogodbeni kazni, zapravnih dogovorih (Verwirkungssabreden), skesnini in dr.;

3) končno se ne bom baval s sredstvi za zavarovanje pogodbene zvestobe, ki so zopet ali dogovorjena ali določena od zakonodaje. K prvim spadajo zlasti tkzv. utrjevalne pogodbe (poroštevna, zastavna, priznalna, prepustitev pravic fiducia causa), k drugim zakonite zastavne, pridržne, zavarovalne pravice.

Razpored snovi: Pojem (predpostavke) pogodbene nezvestobe. — Vrste pogodbene nezvestobe. — Vrste sankcij v splošnem. — Občne sankcije po našem pozitivnem pravu. — Posebne sankcije za nekatere vrste pogodbene nezvestobe. — Posebne sankcije pri nekaterih tipih pogodb.

Pojem (predpostavke) pogodbene nezvestobe.

Pojmovno nastane pogodbena nezvestoba ob vsaki razliki med pogodbeno obljubo in njeno spolnitvijo; točneje, ob vsaki razliki med dejanskim stanjem, pričakovanim po pogodbeni obljubi, in med resnično nastalim.

Dana pogodbena obljuba mora biti pravno dopustna in dejanski spolnjiva. Če se da nedopustna ali nespolnjiva obljuba, ne nastane nobena veljavna obveznost, in dosledno nobena prilika za nezvestobo; celo tedaj ne, če postane prvotno nedopustna ali nespolnjiva obljuba pozneje (ko dospe) dopustna, odnosno spolnjiva. Če je dana obljuba obratno bila dopustna in spolnjiva in je pozneje (preden je dospela) postala nedopustna, odnosno nespolnjiva, prestane prvotno veljavna obveznost, tako da tudi tu ni prilike za pogodbeno nezvestobo (§ 1447). — Seveda velja § 1447 le, ako postane obljuba nespolnjiva po naključju ali nedopustna po zakonodajčevi prepovedi. Če se je spolnitev izjavila po krivdi pogodbenika ali po naključju, ki je zanj odgovoren, sta to še primera pogodbene nezvestobe (§ 920).

Pogodbena nezvestoba se da primerjati s civilno-pravnim deliktom, pa se od njega tudi razlikuje. Predpostavke civilnopravnega delikta so: protipravno dejanje, škoda, vzročna zveza med škodo in protipravnim dejanjem ter delinkventova krivda. Protipravnosti je treba tudi za pogodbeno nezvestobo, vendar je vsaka pogodbena nezvestoba protipravna. Škoda je pač načeloma, a ni vedno spremljevalka pogodbene nezvestobe, ker je sopogodbeniku, ki je sklenil neugodno pogodbo, izjemoma ljubo, da nasprotnik ne spolni. Eventualna škoda mora biti v vzročni zvezi s pogodbeno nezvestobo. Tudi krivda ni neobhodna predpostavka pogodbene nezvestobe; spoznali bomo več sankcij na nekrivdno nezvestobo. Za razlikovanje od civilnopravnega delikta imamo torej pogodbeno nezvestobo brez škode in brez krivde.

Vrste pogodbene nezvestobe.

Dvoje vrst nam je že znanih:

1) Pogodbena nezvestoba s posledico škode (za sopogodbenika), odnosno brez take škode. — Škoda je naj-

češče gmotna, a more biti tudi negmotna (zdravnik, ki zanemari pogodbeno zdravljenje, plača ev. bolestnino). Razlikovanje med *damnum emergens* in *lucrum cessans* dela v pogodbenem pravu slične težave kakor v deliktne.

2) Krivdna in nekrivdna pogodbena nezvestoba; prvo imenujemo tudi subjektivno, drugo objektivno. Nazor, da je vsaka pogodbena nezvestoba subjektivna, zamenjuje pojma protipravnosti in krivdnosti, je zmoten in opuščan; pač pa domnevajo nekatere zakonodaje (naša) krivdo do protidokaza (§ 1298). (Druge zakonodaje, n. pr. nemška, vežejo posebne sankcije le na subjektivno, ne na objektivno nezvestobo.) — V primerih krivdne pogodbene nezvestobe postanejo važni nastopni pojmi, znani iz deliktne prava: stopnja krivde (*dolus*, *culpa lata* in *levis*); so krivda, bodisi več sozavezanih pogodbenikov ali sopogodbenikova (protivnikova); vračunljivost nezvestega pogodbenika (če je bil ob sklenitvi pogodbe še vračunljiv, ob kršitvi nevrachunljiv). Krivda more biti dalje neposredna ali posredna; ta zlasti ob škodi povzročeni po substitutih (bodisi nedopustnih po določbah §§ 965, 978, 1010, bodisi dopustnih, a kulpožno izbranih); zgled posredne krivde je tudi tkzv. *casus mixtus*.

3) Pogodbena nezvestoba razvrščajo dalje (a brez prave potrebe) na pozitivno in negativno, prvo zagrešeno z aktivnostjo, drugo s pasivnostjo nezvestega dela; zgleda prve sta hibna spolnitev in spolnitev na nepravem kraju, zgleda druge zamuda in izjalovljenje spolnitve. — Od te razvrstitve je treba razlikovati kršitev činitvenih (komisijskih) in opustitvenih (omisijskih) obveznosti. Večina pogodbenih obveznosti ima za cilj spremembo obstoječega stanja in terja od pogodbenika činjenje (dajatev ali storitev) ter se krši z omisijo. Redkeje ima pogodbena obveznost za cilj ohranjanje obstoječega stanja, ki terja od pogodbenika opustitev in se krši s komisijo, n. pr. s kršitvijo službene tajnosti. (Činitvene obveznosti se morejo kršiti pozitivno kakor negativno, n. pr. dobavna obveznost s hibno ali zamudno spolnitvijo. Opustitvene se kršijo po navadi s pozitivnim dejanjem.)

4) Najbolj praktična je razvrstitev pogodbene nezvestobe po smeri, v kateri je bila kršena pogodbena obveznost. Govorimo o zamudi (*mora*), ako pogodbenik ni spolnil obveznosti ob pravem času; o hibni spolnitvi, ako jo je spolnil na neustrezen način, zlasti če je dobavil stvar obremenjeno s fizičnimi ali jurističnimi hibami. Pogodbe se dalje kršijo s spolnitvijo na nepravem kraju ali z iz-

jalovljenjem spolnitve (kadar spolnitve ne onemogoči golo naključje). — Polno je še drugih smeri, v katerih je moči pogodbo kršiti, ne da bi jih zakonodaje izrečno omenjale, odnosno izčrpati mogle, n. pr. če si stalni odjemalec-prekupec izgovori prodajni rajon, ki se ga dobavitelj ne drži; ali če si izgovori dobavitelj maksimalno ali minimalno ceno, ki se je prekupec ne drži.

Preuranjena spolnitev ali spolnitev na kraju, ki je za upnika ugodnejši, kakor dogovorjeni, dalje dobava blaga boljše dobrote, nego dogovorjene, v splošnem niso primeri pogodbene kršitve, ker je v koristnejši spolnitvi obsežena manj koristna (dogovorjena). Če pa izhaja iz smisla in namena pogodbe, da taka spolnitev ni koristna ali da je celo škodljiva sopogodbniku, je tudi to pogodbena nezvestoba.

5) Po obsegu kršitve razlikujemo popolno in delno pogodbeno nezvestobo. — Pravno važno, a splošno znano je dalje razlikovanje kršitev: državljansko ali trgovinskopravnih obveznosti, fiksno ali nefiksno terminiranih, trajnih ali netrajnih, deljivih ali nedeljivih, denarnih ali nedenarnih, genus ali species dolgov.

Od osnovnih, doslej opazovanih primerov pogodbene nezvestobe moremo razlikovati zamotane (komplisirane). En in isti kršitveni akt more namreč izzvati več vrst pogodbene nezvestobe: Kdor spolni na nepravem kraju ali na neustrezen način, more prestirati zahtevano ponovno spolnitev vedno le z zakasnitvijo, ter ga zadenejo dvojne sankcije. — Isto pogodbo je dalje moči kršiti z obeh strani ter zadenejo načeloma vsakega pogodbenika posledice njegove nezvestobe, tako da imamo tudi tu dvojne sankcije. — Vendar more zaradi notranje strukture pogodbe nezvestoba enega pogodbenika zadržati nastop nezvestobe drugega: Kupec, ki mora plačati kupljeno blago iz roke v roko, ki mu pa prodajalec ne izroči blaga, ne postane pogodbi nezvest, ako zadrži s svoje strani plačilo.

7) V splošni navadi je končno razlikovanje med pogodbeno nezvestobo upnika in dolžnika, zlasti med upnikovo in dolžnikovo zamudo (mora creditoris vel accipiendi in mora debitoris vel solvendi). To razlikovanje pa je potrebno korektуре. Pojemovno more biti nezvestoba samo dolžnikova, nikdar upnikova. S tem, da upnik ne izvršuje svoje pogodbene pravice, ne krši pogodbe, kršitev zagreši le dolžnik s tem, da ne spolni pogodbene dolžnosti. Seveda sta pri oneroznih pogodbah dolžnika oba pogodbenika, tako da moreta postati pogodbi nezvesta oba; vendar

zagrešita oba dolžnikovo nezvestobo, nobeden upnikove, ki je ni. Kupci in rabokupci, ki plačajo kupnino (rabnino), a ne prevzamejo kupljenega (v rabokup vzetega) predmeta, ne zagreše pogodbene nezvestobe (zbirke jud. št. 179 A. C. 2648). Zadenejo jih pač nekakšne pravne posledice, ki jih spoznamo kasneje, ki se pa false nazivajo »mora creditoris« ali celo »pogodbena nezvestoba«.

Le izjemoma so pogodbe zamišljene tako, da so pogodbeniki nele upravičeni, ampak tudi dolžni izvrševati svoje pogodbene pravice, n. pr. kupec gnoja (ki mora odpeljati gnoj s prodajalčevega dvorišča) ali zakupnik po § 1103 o. d. z. (ki ne more brez obdelovanja v zakup vzetega predmeta plačevati v plodovih izgovorjene zakupnine). A tudi ti pogodbeniki zapadejo, kadar postanejo nezvesti, v dolžnikovo, ne upnikovo nezvestobo, saj jim je izvrševanje pravice naloženo v dolžnost. V tem smislu sta učila že Mommsen in Kohler, v novejšem času pa je zopet protivnega mnenja Pisko, ki dopušča prodajalcu tožbo za prevzem blaga, ozirajoč se na moteči besedili § 1062 o. d. z. odnosno čl. 346 trg. zak.

Vrste sankcij v splošnem.

Zaenkrat bodi govor le o pravno logičnih sankcijah, ne o onih pozitivnega prava. Pogodbene nezvestobe so raznovrstne, zato morajo biti raznovrstne tudi sankcije, prilagode ne namreč posameznim vrstam nezvestobe: strožje n. pr. za subjektivno, manj stroge za objektivno nezvestobo. Moderna pravna logika pozna v splošnem tri take sankcije: spolnitveni zahtevek, odstopno upravičenje in odškodninski zahtevek; starejša prava odstopnega upravičenja v načelu niso poznala.

Spolnitveni zahtevek. Najbolj naravna reakcija na kršitev pogodbe je spolnitveni zahtevek: sopogodbenik prisili pogodbi nezvestega pogodbenika k spolnitvi tistega, kar je spolniti obljubil, a ni spolnil. Zato nastane spolnitveni zahtevek načeloma ob vseh vrstah pogodbene nezvestobe: ob škodljivi in neškodljivi, krivdni in nekrivdni, ob nespolnitvi ob pravem času in ob spolnitvi na nepravem kraju, na napačen način itd. Spolnitveni zahtevek odpade le, kadar naknadna spolnitev ni več možna. Ako pa je nemožnost zakrivil sopogodbenik ali naključje, ki je zanj odgovoren, gre za izjalovljenje in nastopijo druge sankcije (odškodninske). Nemožna postane spolnitev zlasti ob kršitvi opustitvenih obveznosti, n. pr. če uslužbenec krši službeno tajnost. Ako pa je pogodbenik zavezan, da opušča nekaj

trajno, je moči tudi njega siliti k spolnitvi (pro futuro) s tkzv. negatornim zahtevkom.

Po vsebini gre spolnitveni zahtevek pri kršenih činitvenih obveznostih za institucijo tistega dejanskega stanja, ki bi moralo po obljubi nezvestega pogodbenika nastopiti, a ni nastopilo; pri kršenih opustitvenih obveznostih za restitucijo starega stanja pred kršitvijo.

Po obsegu je spolnitveni zahtevek nekoliko širši kakor kršena obveznost. Kajti prisilna naknadna spolnitev se izvrši vselej z zakasnitvijo, a zvestega pogodbenika je treba spraviti v tisto stanje, v katerem bi bil, da ni bilo kršitve. Zato mora dobiti poleg vsebine prvotne terjatve tkzv. časovni interes, t. j. vse, kar je pogrešal v dobi izza dospelosti terjatve (kršitve) do njene prisilne spolnitve (prirast, priplod, zakonite obresti).

Glede na okolnost, da naknadna spolnitev v strogo tehniškem smislu ni več možna, ampak le z zakasnitvijo in v razširjenem obsegu, ima vsak spolnitveni zahtevek že odškodninski značaj. A zakonodaje niso tako stroge in govore izrečno o »spolnitvenih« zahtevkih, nazivajoč jih tako celo v nasprotju z odškodninskim. Zakonodajnemu nazivanju sledim tudi jaz v tem spisu. Kljub temu opozarjam, da ustreza odškodninskemu značaju spolnitvenega zahtevka tudi njegov naziv »zahtevek«, ki se ga poslužujemo vedno, kadar gre za pravico, nastalo iz kršitve druge pravice. »Pravica« na spolnitev pogodbe (terjatev) traja le do dospevanja (kršitve); po kršitvi se spremeni spolnitvena pravica v spolnitveni »zahtevek«. Iz tehniške nemožnosti, spolniti naknadno, si tolmačim tudi staro rimsko pravo, po katerem obsodbe v spolnitev sploh niso bile dopustne, ampak le v denarno odškodnino (omnis condemnatio pecuniaria); šele mlajše rimsko pravo je omililo to strogost z arbitrijem de restituendo vel exhibendo.

Odstopno upravičenje. Spolnitveni zahtevek ne ustreza vedno prometnim potrebam, zlasti ne današnjim. Zvesti del postane zaradi protivnikove nezvestobe nezaupen; nezvesti del bi utegnil ob prisilnem izterjanju spolnitve postati zopet nezvest in spolniti n. pr. zakasnelo činitev hibno ali sl.; tudi povzroči prisilno izterjevanje stroške. Kar si želi in kar potrebuje zvesti pogodbenik v takem položaju, je to, da se more nezvestega odkrižati, kakor da se ni spustil z njim v nobeno pogodbo. Zlasti je treba priznati odstopno upravičenje zvestemu pogodbeniku, ki je sklenil sebi neugodno (nezvestemu ugodno) pogodbo. — Dokler zakonodaje tega upravičenja niso po-

znale, so se pogodbeniki nanje sami dogovarjali s tkzv. zapravnimi dogovori, ki se jih tudi naše ljudstvo pridno poslužuje. — Prvi evropski zakonik, ki je statuiral odstopno upravičenje kot zakonito sankcijo, je bil *code civil* (čl. 1184). Za njim so jo začeli uzakonjevati kar od kraja trgovinski zakoniki za nezvestobo iz trg. kupa. — Nova odstopna sankcija je sicer manj moralna, kakor stara spolnitvena, ker uvaja v pogodbeno pravo načelo »zob za zob« (dovo-ljujoč zavrnitev ene nezvestobe z drugo). Toda prav to pravno misel odobruje vrsta drugih pravic, n. pr. retenzijska (zavrnitev krivice, storjene z neplačilom dolga, s kršitvijo izročitvene dolžnosti).

Odstopnega upravičenja sta dve vrsti: a) ostrejša pri fiksno terminiranih pogodbah, ko odpade s pogodbeno kršitvijo pravica nezvestega dela do spolnitve avtomatično, ne da bi mu moral zvesti del odstop izjaviti ali celo zapre-titi, b) milejša pri nefiksno terminiranih pogodbah, ko mora zvesti del nameravani odstop izjaviti in zapretiti ter podeliti nezvestemu rok (z njim priliko) za naknadno spol-nitev. Fiksno terminirane so tiste pogodbe, ki se morajo spolniti točno ob določenem času ali točno v določenem roku.

Razlikujemo dalje med »odstopom« (Rücktritt) v ožjem pomenu besede pri netrajnih pogodbenih razmer-jih in med »napustitvijo« (Abstehung) pri trajnih. Odstop se pojmovno nanaša vedno na bodoče, od pogod-benika obljubljene spolnitve. Pri netrajnih pogodbenih raz-merjih je obljubljena ena sama taka spolnitev, zato učin-kuje odstop *ex tunc*, kakor da pogodba ni bila sklenjena, pri trajnih pušča odstop že opravljene spolnitve nedotak-njene in ukinja le bodoče neopravljene, učinkuje torej *ex nunc*. Zato je zadnji učinek bolje nazivati »napustitev« pogodbenega razmerja.

Učinek odstopa je v tem, da ugasnejo obojestrans-ke obveznosti in terjatve iz sklenjene pogodbe (*ex tunc* ali *ex nunc*). Odstopajoči pogodbenik desobligira ne samo nezvestega sopogodbenika, ampak tudi samega sebe. Iz tega sledi, da je odstopno upravičenje praktično samo pri dvo-stransko obveznih (oneroznih) pogodbah; pri enostransko obveznih (lukrativnih) n. pr. daritvah ni ničesar, od česar bi se mogel upnik (obdarovanec) desobligirati.

Bolje kakor o odstopni »pravici« je govoriti o odstopnem »upravičenju«. Pravice nudijo pravnemu subjektu vselej ne-kakšno oblast nad stvarmi ali osebami. Odstop ne nudi slične

oblasti; pravni subjekt je marveč le upravičen, da spremeni obstoječe pravno stanje (da ukine pogodbo). Nemci imenujejo taka upravičenja »Gestaltungsrechte« (oblikovalne pravice).

Kakor spolnitveni zahtevek je tudi odstopno upravičenje možno ob vseh vrstah pogodbene nezvestobe: ob škodljivi in neškodljivi (praktično zlasti ob zadnji), ob krivdni in nekrivdni, ob nespolnitvi ob pravem času in ob spolnitvah na nepravem kraju, na napačen način itd.

Kako je razmerje med spolnitvenim zahtevkom in odstopnim (napustitvenim) upravičenjem? Ker predpostavljata oba pogodbena nezvestoba, a se po svoji vsebini izključujeta, je to razmerje alternativno: zvesti del izbira med enim ali drugim. Vendar mora pri fiksno terminiranih pogodbah brez odloga po poteku časa nezvestemu pogodbeniku naznaniti, da vztraja na spolnitvi, sicer odpade spolnitveni zahtevek tudi zanj.

Odškodninski zahtevek. V nasprotju k spolnitvenemu zahtevku in odstopnemu upravičenju predstavlja odškodninska sankcija škodljivo in krivdno pogodbeno nezvestobo. Treba je (kakor v deliktne pravu in po njegovih pojmi) obojega: škode na strani zvestega in krivde na strani nezvestega pogodbenika. Ako ni krivde, marveč le škoda, ali, ako ni škode, le krivda, sta osnovani le obe preprosti sankciji (spolnitvenega zahtevka in odstopnega upravičenja). Časovni interes spada še k spolnitvenemu (ne odškodninskemu) zahtevku, zato ne predpostavlja krivde.

Odškodnina bi šla pravilno v polnem dokazanem obsegu. Toda so zakonodaje, ki razlikujejo (tudi v pogodbenem pravu) med *damnum emergens* in *lucrum cessans* ter prisojajo odišli dobiček le ob stonjevanju krivdi. — Škoda se računa načeloma (kakor v deliktne pravu) konkretno, t. j. po resnično prizadeti škvari. A po nekaterih zakonodajah in nekaterikrat more zvesti pogodbenik škodo računati abstraktno, t. j. po vrednosti dolžnega predmeta, ne glede na resnično mu prizadeto škvaro. — Pri odstopu od oneroznih pogodb in uveljavljanju odškodnine na mesto spolnitve je pravilno, računati škodo po tkzv. diferenčni, ne po izmenjalni teoriji. Zvesti del ne dobi povrnjene one škode, ki mu nastane zaradi protivnikove nespolnitve, marveč ono, ki mu nastane, ker odpadejo oboje stranske pogodbene obveznosti. Upoštevati mora torej ne le vrednost protivnikove (nespolnjene) činitve, temveč tudi vrednost lastne (odpadajoče) činitve. Če kupec kupi ugodno, mu

nastane iz prodajalčeve nespolitve večja škoda kakor če kupi isto stvar manj ugodno; če kupi neugodno, ima od odstopa celo korist. — Dokaz v pogledu škode in njenega obsega obremenjuje terjajočega zvestega pogodbenika, dočim se mora v pogledu krivde ekskulpirati nezvesti del.

Kar se tiče razmerja odškodninskega zahtevka k spolnitvenemu in k odstopnemu upravičenju, se da uveljavljati z enim in drugim kumulativno, ker so hkratu podane predpostavke za obojne. Oškodovani zvesti pogodbenik more torej zahtevati od krivega nezvestega: preprosto spolnitev, spolnitev z odškodnino, preprosti odstop (napustitev) in odstop (napustitev) z odškodnino (štiri možnosti). Nekateri zakonodajci govorijo o treh izbirnih pravicah n. pr. čl. 355 našega trg. zak. pri pravicah kupca napram nezvestemu prodajalcu, da more od njega zahtevati: »spolnitev z odškodnino«, »odškodnino na mesto spolnitve« ali »odstop, kakor da pogodba ni sklenjena«. Pri tem je četrta možnost (preprosta spolnitev) kot minus zamolčana; pri terjanju »odškodnine na mesto spolnitve« pa je zamolčan soobseženi odstop. Torej se čl. 355 le skrajšano izraža, dočim v stvari ni razlike.

Občne sankcije po našem pozitivnem pravu.

Prvotno besedilo o. d. zakonika je poznalo le spolnitveni (§ 919) in, če je pristopila škoda zvestega dela in krivda nezvestega, odškodninski zahtevek (§ 1295). Odstopno upravičenje je bilo dopuščeno le v primeru izrečnega dogovora (tzv. zapravnega) in v primerih §§ 1117, 1118. Šele III. delna novela (1916) je odstopno upravičenje uzakonila splošno; trg. zak. jo je poznal izza l. 1862 pri trg. kupu.

Spolnitveni zahtevek je danes uzakonjen v določbi § 918 odst. 1: »Ako odjemneške pogodbe en del ne spolni ob pravem času, na pravem kraju ali na pogojen način, more drugi del zahtevati spolnitev«.

1. § 918 govori le o odjemneških pogodbah radi tega, ker uzakonjuje v svojem (izpuščenem) besedilu tudi odstopno upravičenje, ki je praktično le pri odjemneških pogodbah. Po sebi se razume, da more zahtevati spolnitev tudi upnik iz odjemneške pogodbe. — § 918 (spolnitveni zahtevek) velja tako za primere pozitivne kakor negativne nezvestobe. Poudarjam zlasti prvo: Upnik, ki se mu spolni na nepravem kraju ali na hiben način, ni dolžan, da sprejme činitev kot spolnitev (in se zadovolji z jamčevalnimi zahtevki), ampak more činitev zavriniti in zahtevati ponovno spolnitev na pravem kraju in na pogojeni način. Izrečno odreja to čl. 346

trg. zak. »Kupec je dolžan, blago sprejeti, kolikor ima pogojene lastnosti....«

2. Spolnitveni zahtevek je po obsegu širši od nespolnjene prvotne terjatve in sicer je razširjen za časovni interes (s katerim bi bil nezvesti pogodbenik najčesče neupravičeno obogaten). Izrečno namreč nadaljuje nav. § 918 odst. 1: ».... more drugi del zahtevati.... spolnitev in odškodnino radi zakasnitve« (ne da bi zahteval za to »odškodnino« krivdo nezvestega pogodbenika).

3. Spolnitveni zahtevek odpade: a) p o g o j n o t. j. če zvesti del sam ne vztraja na njem po določbah § 919 st. 1. in 2.: »Ako je spolnitev pogojena ob točno določenem času ali v točno določenem roku (mišljeno je: točno ob določenem času ali točno v določenem roku), ker bi se smelo sicer odstopiti (a ni treba pogoditi te sankcije), mora tisti, ki je upravičen odstopiti, če hoče vztrajati na spolnitvi, to brez odloga po poteku časa drugemu naznaniti; če naznanitev opusti, ne more kasneje več vztrajati na spolnitvi« (st. 1), »Prav to velja, če je posneti naravi posla ali namenu činitve, ki je zavezancu znan, da zamujena činitve, ali, kadar je zamujen del činitve, ostala činitve za prejemnika nima več interesa« (st. 2). Obe določbi (za fiksno terminirane posle) sta posneti trg. zak. b) n e p o g o j n o po določbi § 920 st. 1 radi izjalovljenja spolnitve: »Ako se izjalovi spolnitev po krivdi zavezanca ali po naključju, ki je zanj odgovoren, more drugi del ali zahtevati odškodnino ali odstopiti od pogodbe.« § 920 st. 1 velja za popolnoma in deloma izjalovljene spolnitve, a v zadnjem primeru le glede na izjalovljeni del (s pridržkom določbe (§ 920 st. 2). — Onemogočenje po takem naključju, ki zavezanec zanj ni odgovoren, ni več pogodbena nezvestoba (velja marveč § 1447).

Odstopno upravičenje je, kakor rečeno, v noveliranem o. d. z. splošno uzakonjeno in izhaja iz nav. § 918 odst. 1 (iz doslej izpuščenega besedila): »Ako odemske pogodbe en del ne spolni ob pravem času, na pravem kraju ali na pogojeni način, more drugi del zahtevati ali spolnitev.... ali izjaviti, da odstopi od pogodbe, določivši pri meren rok za naknadno spolnitev.«

1. Kakor spolnitveni zahtevek, velja odstopno upravičenje tako za primere pozitivne kakor negativne pogodbene nezvestobe, zlasti še za prve.

2. Odstopno upravičenje nudi zakon alternativno s spolnitvenim zahtevkom, tako da more zvesti del izbirati. Izbor ga veže; čim se odloči za odstop, ne more več zahtevati spolnitve, in obratno ne odstopa, čim se odloči za spol-

nitev. To je razumljivo, ker bi sicer delal škodo protivniku, ki je v prvem primeru računal s prestatkom obveznosti in ni pripravljaj spolnitev, v drugem primeru pa računal s spolnitvijo pogodbe in imel stroške s pripravljajjem.

3. Načeloma velja naše odstopno upravičenje v milejši obliki t. j. odstop postane učinkovit le, če je bil z a p r e t e n in ob pretnji podeljen p r i m e r e n r o k (z njim prilika) za n a k n a d n o spolnitev. Le pri fiksno terminiranih poslih velja ostrejše načelo, in odpade pogodbeno razmerje avtomatično s kršitvijo, ako zvesti del izrečno in brez odloga ne vztraja na spolnitvi (§ 919).

Judikatura pozna še nadaljnji primer ostrejšega načela, torej učinkovitosti odstopa brez zapretilve in podelitve naknadnega roka za spolnitev: če je nezvesti pogodbenik resno in končno izjavil, da ne namerava spolniti, s čimer se je prostovoljno odrekel pravici na naknadni rok. — Nobe nega naknadnega roka ne potrebuje pogodbenik, ki je spolnil hibno (odnosno na nepravem kraju), a preuranjeno, tako da ima za naknadno spolnitev še pogodbenega časa.

4. Odstop pri netrajnih pogodbenih razmerjih učinkuje ex tunc, napustitev trajnega pogodbenega razmerja ex nunc. To izhaja iz pravne logike, a uzakonjuje implicate § 918 odst. 2 z nekaj drugačnimi besedami: »Če je spolnitev za oba dela deljiva, se more ob zavlačevanju delne činitve izjaviti odstop v pogledu poedinih ali tudi vseh še nespolnjenih (!) delnih činitev«. Ta določba je zelo praktična pri tzv. sukcesivnih dobavnih, zlasti kupnih pogodbah, ki se spolnjujejo v več činih, posamič obračunanih.

V določbi § 918 odst. 2 tiči še druga norma: Ako je nezvesti del zavlekel poedino činitev, more zvesti del izvrševati odstopno upravičenje ne le glede nje (ki je že dospela in bila ob dospelosti zamujena), ampak tudi glede nekaterih ali vseh b o d o č i h (še nedospelih) činitev. To je daleko sežno upravičenje zvestega pogodbenika, ki sme takorekoč iz poedine morae sopogodbenika sklepati na njegovo splošno moroznost. Poudariti je, da velja ta določba le pri z a v l a č e v a n j u spolnitve, ne tudi pri drugih vrstah nezvestobe n. pr. ne pri hibnih spolnitvah.

5. Možnost odstopa od vsega pogodbenega razmerja, dasi je bil kršen le del pogodbene obveznosti, uzakonjuje § 920, st. 2 še za nek primer izjalovljenja spolnitve (po krivdi zavezanca ali po naključju, ki je zanj odgovoren), a le pogojno: »Ako je spolnitev izjalovljena deloma, more (sc. zvesti del) odstopiti od pogodbe (sc. vse), ako je posneti naravi posla ali namenu činitve, ki je zavezancu znan, da

delna činitev zanj nima več interesa.« Določba je povsem slična oni § 919 st. 2.

6. Zgodi se, da je zvesti del ob času, ko pride do tega, da odstopi od pogodbe, s svoje strani že spolnil n. pr. plačal kupnino naprej. Taka naprejšnja spolnitev ni na potu odstopnemu upravičenju, a postane z odstopom neopravičena (*sine causa*). Zato bi mogel zvesti pogodbenik, ki je spolnil prvi, že po občnem kondikcijskem pravu (§ 1431 sled.) terjati svojo spolnitev nazaj. A § 921 st. 2 uzakonjuje njegov kondikcijski zahtevek še posebe: »Že prejeta odmeno je treba dati nazaj ali povrniti tako, da nima noben del dobička iz škode drugega«. Kupec dobi torej povrnjeno kupnino z obrestmi. — Nobene neopravičene obogatbe ni na strani tištega kupca, ki je neugodno kupil (ne da bi bil plačal kupnino) in ki odstopi radi prodajalčeve nezvestobe; z odstopom se le reši kvare, ki mu je pretila iz neugodne kupčije.

Dosledno bi smel po § 921 st. 2 tudi zvesti prodajalec, ki je spolnil pogodbo kot prvi in prepodal kupcu prodani predmet na kredit, naknadno, ker kupnina ni bila plačana, od pogodbe odstopiti in zahtevati prodani in prepodani predmet nazaj. Čl. 354 trg. zak. pa tako doslednost izrečno odklanja, ko dovoljuje odstopno upravičenje samo do prepodaje prodanega blaga; prav tako nem. in švic. državljanski zakonik in čsl. nač. o. d. z. To v našem državljanem zakoniku neuzakonjeno omejitev moramo nujno tolmačiti tudi v njegovo 17. pogl., skladno z Ehrenzweigom (proti Pisku); ako bi namreč pritrdili zadnjemu, bi se mogle na amortizacijo prodane nepremičnine radi neplačila posameznih amort. obrokov terjati še po letih nazaj. Zoper to posledico govori predvsem, da državljanokoppravne sankcije na pogodbeno nezvestobo ne morejo biti strožje, kakor so trgovinskoppravne; dalje volja strank, ki dogovoré navadno, kadar želijo Piskov efekt, »lastninski pridržek«. (Seveda je razlika med lastninskim pridržkom, učinkujočim absolutno in kondikcijo, učinkujočo relativno).

Odškodninski zahtevek poteka že iz starega besedila § 1295 o. d. z.: »Vsakdo je upravičen, zahtevati od poškodovalca povračilo škode, ki mu jo je prizadel krivdoma; naj je bila škoda povzročena s kršitvijo pogodbene dolžnosti ali ne glede na pogodbo.«

1. § 1295 je določba odškodninskega prava, v katerem se bavijo moderne zakonodaje le z delikti in quasidelikti, dočim je naše 30. pogl. posvečeno izvenpogodbenim in pogodbenim odškodninskim zahtevkom. S tehniške strani (radi lažje uporabnosti zakonikov) je dati prednost moder-

nejši ureditvi; z dogmatične se pa naši ureditvi ne da ničesar prigovarjati, ker ima pogodbena nezvestoba, čim pristopita škoda in krivda, enake znake kakor civilnopravni delikt. Ehrenzweig se celo navdušuje za našo ureditev kot velik napredek. — Razen § 1295 veljajo še druge določbe 30. pogl. tako za delikte kakor za obveznostne kršitve, nekatere pa le za prve odn. le za druge. — Ob noveliranju o. d. z. je naš zakonodavec nekaj določb za krivdno in škodljivo pogodbeno nezvestobo v 17. pogl. ponovil. N. pr. §§ 920. st. 1 in 921. st. 1.

2. § 920 st. 1: »Ako se izjalovi spolnitev po krivdi zavezanca ali po naključju, ki je zanj odgovoren, more drugi del ali zahtevati odškodnino radi nespolnitve ali odstopiti od pogodbe.« — Prvi, odškodninski zahtevek je aplikacija splošnega po § 1295 odn. § 1311 (casus mixtus). — Drugo, odstopno upravičenje pa (po mojem razumevanju) ni »odstopno« v strogem smislu besede, kajti, čim je protivnikova spolnitev izjalovljena (onemogočena), je ugasnila tudi lastna obveznost zvestega dela in ni ničesar, od česar bi mogel še odstopiti. Mišljeno je pač, da more zvesti del opustiti vsak zahtevek, če ne terjaja odškodnine.

3. § 921, st. 1: »Odstop od pogodbe ne posega v zahtevek na povračilo škode, povzročene s krivdno nespolnitvijo.« Kakor po pravni logiki, se more tudi po o. d. z. ob krivdnih in škodljivih pogodbenih nezvestobah terjati odškodnina poleg spolnitvenega zahtevka ali poleg odstopnega upravičenja. V prvem primeru dobi zvesti del poleg prvotne terjatve povrnjeno vso prizadeto škodo (ne le časovni interes); v drugem primeru dobi odškodnino namesto spolnitve. (Oba primera predpostavljata seveda možnost naknadne spolnitve; za primer izjalovljenja velja § 920 st. 1. odn. če se je spolnitev izjalovila brez vsake neposrednje ali posrednje krivde, § 1447.)

4. Od ostalih določb 30. pogl. je treba uporabljati na odškodninske zahtevke iz pogodbene nezvestobe še nastopne:

a) Odškodninski zahtevek je primarno: naturalen, subsidiarno: denaren (§ 1323);

b) Njegov obseg se ravna po stopnji krivde (§ 1324), razen pri kršitvah trg. obveznosti (čl. 283, ki ne razlikuje med *damnum emergens* in *lucrum cessans*); izjemne določbe §§ 1325—1327, §§ 1331—1332 za telesne in imovinske poškodbe veljajo tudi v pogodbenem pravu;

c) Škoda se računa po o. d. z. konkretno (§ 1332 ne dela izjeme), po čl. 357 trg. zak. abstraktno. A tudi abstraktno

računanje je le pravica, ne dolžnost oškodovanca; zato sme dokazati višjo konkretno škodo n. pr. s kritnim poslom;

č) Odškodnina na mesto spolnitve pri oneroznih pogodbah se računa po diferenčni, ne po izmenjalni teoriji. Odstopajoči pogodbenik mora soupoštevati ev. korist, ki mu nastane iz okolnosti, da tudi njemu ni treba spolniti;

d) Aktivno legitimiran k uveljavljanju odškodninskega zahtevka je oškodovani sopogodbenik; le on. Izven pogodbenega razmerja stoječe osebe so radi pogodbene nezvestobe sicer često posredno oškodovane, a judikatura jim dosledno odreja legitimacijo (proti tej judikaturi Wolff v Klangovem koment. k 30 pogl.) Legitimacija takih oseb se zdi utemeljena le v onih redkih primerih, ko tvori pogodbeni nezvestoba hkratu kakšen specialen delikt n. pr. protinravne poškodbe ali zlorabe pravice po novem odst. 2 § 1295;

e) Pasivno legitimiran je le nezvesti sopogodbenik, ne izven pogodbenega razmerja stoječa oseba, ki zakrivi pogodbeno nezvestobo posredno. A tudi tu se dajo misliti primeri, ko vsebuje dejanje take osebe hkratu specialen delikt; potem postane soodgovorna kot delinkvent n. pr. kupec, ki kupi že drugemu prodano, še ne prepodano stvar, dasi ve, da je prvi kupec kupnino plačal in da je v nevarnosti, da jo pri frauduloznem prodajalcu zgubi.

f) Odškodninska dolžnost prehaja po § 1337 na dediče. Prav tako je odsvojen in podeden odškodninski zahtevek, izvzemši bolestinjski, dokler ga poškodovanec osebno ne »zahteva« (§ 1325);

g) Kar se tiče razdelitve dokaznega bremena, mora dokazati obstoj in obseg škode tožeči poškodovani pogodbenik. Obstoj krivde se po § 1298 (ki velja tudi za trg. pravo) domneva, in se mora ekskulpirati toženi nezvesti pogodbenik. Višjo stopnjo krivde (dolum, culpam latam) mora dokazati zopet tožnik.

h) Odškodninski zahtevki zastarajo po izrečnem poudanku nov. § 1489 v 3 letih a tempore scientiae damni et personae (ne prej, dasi bi zvesti pogodbenik prej zvedel, da ne bo spolnjeno). (Odgoditev poteka noveliranega zastaralnega roka 3 let v Sloveniji do 31. dec. 1921 je bila odpravljena z zak. od 30. jan. 1922 št. 215 Ur. l.) — Ker zastarajo v 3 letih po večini tudi spolnitveni zahtevki (iz pogodb vsakdanjega življenja), in ker teče ta zadnji rok že izza nespolnitve (kršitve) pogodbe, se zgodi, da poteče zastaranje spolnitvenega zahtevka pred onim odškodninskega; v takih primerih ugasne odškodninski zahtevek hkratu s spolnitvenim. — Dosti je specialnih (krajših) za-

staralnih rokov n. pr. iz kršitve pogodb po železnicah (zlasti pri dopravljanju blaga).

i) Če je bila pogodbena dolžnost kršena od več sozavezanih pogodbenikov, odgovarjajo za odškodnino solidarno v nastopnih primerih:

če so bili zavezani, spolniti pogodbeno dolžnost solidarno (§ 1303, ki sledi že iz § 1302), ali če je bila pogodbena dolžnost po naravi nedeljiva (§§ 1303, 1302), ali končno, če je deljiva pogodbena dolžnost bila kršena določno ali culpa lata (§ 1302).

Proti sozavezancu, ki mu uspe dokaz ekskulpacije, odškodninski zahtevek sploh ni nastal.

j) Krivda tzv. spolnitvenih pomočnikov in zakonitih zastopnikov se fingira po § 1313a kot lastna krivda pogodbenikova. Ako pa pogodbenik ni bil upravičen, spolniti pogodbo po pomočniku, ampak bi jo moral spolniti osebno, je odgovoren tudi za škodo, nastalo po naključju, ki se ob osebni spolnitvi ne bi bila pripetila.

Posebne sankcije za nekatere vrste pogodbene nezvestobe.

Nobene posebne sankcije nimamo v našem pravnem sistemu za spolnitev na nepravem kraju in za primer, da je spolnitev izjalovljena. Za njiju veljajo že znane določbe §§ 918, 920. (Spolniti je treba na kraju, določenem po § 905 o. d. z. odn. čl. 324 trg. z., če ni posebnega dogovora.)

Posebne sankcije imamo le za bolj praktična primera pogodbene nezvestobe: za zamudo in hibno spolnitev. — Seveda mora tudi tisti, ki je spolnil na nepravem kraju in bil prisiljen, spolniti ponovno na pogodjenem kraju, purgirati hkratu svojo zamudo.

Zamuda.

1. Zamuda nastane pojmovno radi nespolnitve ob času dolžne spolnitve. Čas dolžne spolnitve je od pogodbenikov določen ali ni določen. Če ni določen, je spolniti po predpisih § 904 o. d. z. odn. čl. 326 trg. zak. Če je čas spolnitve določen, nastane zamuda radi nespolnitve, ne da bi bilo treba upnikove interpelacije, če ni določen, pride zavezanec v zamudo šele, ko je opominjan sodno ali nesodno (§ 1334). — Zamuda nastane ob negativnih pogodbenih kršitvah neposredno, ob pozitivnih n. pr. ob spolnitvi na nepravem kraju ali ob hibni spolnitvi posredno, ako zvesti del vztraja na ponovni spolnitvi, pa ni več pogodbenega časa za njo. Zamuda je, kakor vsaka pogodbena nezvestoba, krivdna ali nekrivdna. Nazor, da je vsaka zamuda krivdna, je zmoten

in opuščen. Vendar bremeni na oškodovanem upniku le dokaz objektivne zamude, dasi terja sankcije subjektivne; stvar nezvestega sopogodbenika je, da se ekskulpira (po že cit. § 1298). — Često bi bile podane vse zakonite predpostavke zamude, a zamude vendar ni radi ponašanja drugega dela (upnika), če na pr. upnik ni pripravljen, sprejeti ponudeno mu ustrezno činitev. — Zamuda prestane na razne načine, zlasti s purgiranjem (z naknadno spolnitvijo) ali s frustriranjem (s sporazumno odgodoeno spolnitvijo). — Ob nespolnitvi fiksno terminiranih pogodbenih obveznosti ne nastane zamuda, ampak nemožnost spolnitve.

2. Načelno veljajo tudi za zamudo občne sankcije §§ 918 sled. Po njih je treba torej razlikovati med objektivno in subjektivno zamudo. Ob objektivni zamudi terja zvesti del ali spolnitev pogodbe ali odstop od nje (pod kavitelami); ob subjektivni zamudi mu gre poleg teh upravičenj odškodnina bodisi radi zakasnitve, bodisi radi nespolnitve (in na mesto nje). Časovni interes spada še k vsebini spolnitvenega zahtevka, tako da zanj ni treba subjektivne zamude, marveč zadostuje objektivna.

3. Posebne sankcije ima naša zakonodaja le za plačilno zamudo t. j. za primer nespolnitve denarne obveznosti ob pravem času. Te posebne sankcije se glase:

§ 1333 o. d. z.: »Škoda, ki jo prizadene dolžnik upniku z zakasnitvijo pogojenega plačila dolžne glavnice, se poravnava z obrestmi, določenimi po zakonu.« Slično čl. 288 trg. zak.: »Kdor ima dospelo terjatev iz posla, ki je na njegovi strani trgovinski, more zahtevati radi nje obresti od dneva opomina...«

§ 2 zak. z dne 15. maja 1885 št. 77 drž. zak.: »Ako pritičejo obresti... po zakonu, veljajo pet od sto za eno leto.« Po čl. 287 trg. zak. 6%.

Dv. d. z dne 18. jan. 1842 št. 592 zb. j. z.: »Predpis § 1333 je uporaben za vse denarne terjatve, naj izvirajo iz posojila ali drugega pravnega naslova, ne pa za terjatve, ki se ne tičejo denarne vsote, ampak druge stvari ali činitve, dasi bi bil naslov posojilo.«

a) zakonite 5% odn. 6% obresti so torej ona odškodnina, ki jo more terjati po posebni sankciji našega prava denarni upnik od moroznega dolžnika. V tej funkciji jih imenujemo tudi zakonite »zamudne« obresti.

b) Upnik ne sme — če ni drugačnega dogovora — terjati več, naj bi tudi mogel dokazati višjo škodo radi zamujenega uživanja denarne glavnice. Dolžnik pa ne sme plačati manj, naj bi tudi dokazal, da je bila upnikova škoda

manjša ali da je sploh ni bilo (Kljub temu, da načeluje §-u 1333 beseda »škoda«, in da je takšen dokaz dopusten pri zamudi nedenarnih obveznosti).

c) Zakonita določitev zamudnih obresti in njih omejitve (navzgor in navzdol) je izredne gospodarske koristi, ker prihrani oškodovanim upnikom mučni in komaj uspešni dokaz, v kaki višini jim je nastala radi zakasnelega plačila ali vračila denarne vsote konkretna škoda. Zakonodajec določa poprek to škodo z onimi obrestmi, ki jih donajajo po življenskih skušnjah denarne naložbe v normalnem, mirnem času (5% odn. 6%).

č) V povojni dobi so obresti denarnih naložb ta odstotek prekoračile in pravičnost zgoraj navedenih določb kompromitirale. Zakonodajec bi bil moral zakonito višino zamudnih obresti pravočasno povišati (kakor je to ponekod storil). Tam, kjer je povišanje opustil, je nastalo v sodstvu in slovstvu polno neutemeljenih dvomov in sporov glede tolmačenja § 1333: Začela se je n. pr. delati razlika med krivdno in nekrivdno zamudo, in se je v prvih primerih prisojala višja konkretna škoda po občnih načelih odškodninskega prava, češ da velja § 1333 le za nekrivdno zamudo. V Avstriji pa je nek judikat (SZV 53) iz l. 1923 (preden je bila povišana zakonita višina zamudnih obresti) priznaval višjo konkretno škodo ob stopnjevanju krivdi (»dolusa« in »culpa lata«), dočim je ob »culpa levis« še vztrajal na zakoniti višini obresti.

d) Vendar je pripomniti, da je z zakonitimi zamudnimi obrestmi krita samo škoda radi zamujenega uživanja denarne glavnice, ne ev. nadaljnja škoda n. pr. radi kurzne zgube, nastale v času zamude; to kurzno zgubo mora poravnati krivi zamudnik poleg zamudnih obresti.

e) Zakonite zamudne obresti pritičejo brez ozira na dolžnikovo krivdo in njeno stopnjo. Tudi objektivna zamuda ga zavezuje k njih plačilu. To je po m. m. utemeljeno v uvaževanju, da bi bil dolžnik sicer na upnikove stroške neupravičeno obogaten. Sicer se mu pa ekskulpacija komaj more posrečiti.

4. V zamudo more priti pojmovno le dolžnik, ko ne spolni svoje dolžnosti; nikdar upnik, ako ne vrši svoje pravice. Kadar se pa upnik izjemoma zaveže, da bo vršil svojo pravico n. pr. kupec, da bo odpeljal s sosedovega dvorišča kupljeni gnoj, tedaj zapade, ako ne spolni, tudi on (kupec) in moram debitoris (solvendi), ne creditoris (accipiendi). Če je tako, more prodajalec izvrševati obe upra-

vičenji po § 918 odst. 1 t. j. tožiti, da kupec odpelje gnoj, ali odstopi od pogodbe (pod kavtelami).

Vendar se govori o upnikovi zamudi (mora creditoris). Zlasti govorimo o njej na področju trgovinskega prava. S tem izrazom pa ni umeti sankcij na pogodbeno nezvestobo, marveč neke druge pravne posledice, ki zadenejo upnika, ako ne izvršuje pravic, nastalih mu iz pogodbe. Te posledice so po naši zakonodaji nastopne: a) Upravičenje dolžnika, da položi dolžni predmet (blago ali denar) na sodišču in se s tem oprosti svoje dobavne ali plačilne obveznosti (§ 1425). Ako ne položi, ostane zavezan naprej. Nima pa odstopnega upravičenja, kakršno bi imel po določbi § 918 odst. 1, da je res nastala na nasprotni strani pogodbeni nezvestoba. — b) Nevarnost glede ponujenega, od upnika odklonjenega speciespredmeta preide od dolžnika na upnika (§ 1419); glede generičnih pogodbenih predmetov pa le tedaj in odtlej, ko so bili za upnika izločeni, ter izločitev upniku sporočena. Nevarnost preide ne glede na sodno položitev; zlasti pa še v tem primeru in sicer že z odklonitvijo, ne šele s položitvijo (razen če ob odklonitvi predmet še ni bil specializiran). — c) Izza odklonitve ni več odgovoren dolžnik, ki mora čuvati dolžni predmet, za vsako stopnjo krivde, marveč le za »dolus« in »culpa lata« (arg. a contr. § 1061). Za čuvanje more zahtevati pristojbino, za potroške povračilo. — č) Končno more dolžnik po čl. 343 trg. zak. dolžni in odklonjeni predmet pod kavtelami tega člena na upnikov račun prodati, tzv. oprostitevna prodaja (Befreiungsverkauf). Državlansko pravo ga za tako prodajo izrečno ne upravičuje, Ehrenzweig pa jo dopušča, ako sodne položitve ni moči lahko izvesti. Na izbiro je dolžniku, da po istem čl. 343 tudi deponira, a ne na sodišču (kakor po § 1425), marveč v javnem skladišču ali pri drugi osebi. — Tudi posledice ad a) do č) nastanejo ali neposredno v pravkar omenjenih primerih ali posredno: Kupec, ki mora plačati kupljeni predmet iz roke v roko, a ga ne plača in ga zato ne dobi, zaide hkratu v plačilno zamudo in tzv. upnikovo; prodajalec izvršuje proti njemu upravičenja iz plačilne zamude k 2. in 3. in iz tzv. upnikove k 4., more torej predmet deponirati po 1425 o. d. z. ev. prodati po čl. 343 trg. zak. i. t. d.

Hibna spolnitev.

1. V § 1413 o. d. z. je določeno negativno, da »upnika ni moči siliti, da bi sprejel kaj drugega, kakor to, kar je upravičen terjati«; v § 922 pozitivno: »Kdor prepusti na od-
menski način stvar drugemu, jamči za to, da ima stvar

lastnosti, ki so izrečno pogojene ali ki se navadno od nje pričakujejo, dalje, da je moči stvar rabiti in uporabljati tako, kakor ustreza naravi posla ali sklenjenemu dogovoru.« Po teh dveh določbah, ki veljajo za vse tipe odmenških pogodb, moramo presoјati, kdaj je bilo spolnjeno na pravi, kdaj na nepravi način (po besedah § 918 odst. 1).

2. Ob spolnitvi (dobavi) na nepravi način, je možno troje: a) da prejemalec hibo opazi, jo dobavitelju odpusti in se zadovolji z nepravim načinom spolnitve, in se tako odreče vsakemu korektivu zoper prizadeto škodo. Prav to velja, kadar bi moral hibo opaziti, pa je ni; b) da prejemalec hibo opazi, spolnitev s sklicevanjem na § 918 odst. 1 zavrne in zahteva ponovno brezhibno spolnitev ali da od pogodbe (pod kavtelami) odstopi. (Odst. 2 § 918 velja le za zamudne, ne za hibne spolnitve). Zavrnitev le tedaj ni možna, kadar je bil dobavljen species-predmet, ki je imel hibe že ob sklenitvi pogodbe, a jih opazi pridobitelj šele ob prejemu; c) da prejemalec hibo prezre ali, kakor pravi § 923, da se pojavi nasprotje (Widerspiel sc. med vsebino pogodbe in spolnitvijo) šele po prevzemu činitve kot spolnitve. Tedaj (in v primeru dobave species-predmeta k b) nastanejo pridobitelju posebne sankcije, imenovane jamčevalni zahtevki (Gewährleistungsansprüche), ki so urejeni v § 932 o. d. z. Ti zahtevki so vsakdanji pojav, zlasti ker se mnoge hibe ob aktu spolnitve sploh ne dajo opaziti, ampak se pokažejo šele kasneje (ob rabi pridobljenega predmeta). Vse to de lege lata. De lege ferenda je dvom o potrebi dvojnih norm za primera b) in c), med katerima ni druge razlike, kakor da se pridobitelj ad b) ni motil in je hibno činitev kot spolnitev zavrnil, dočim je ad c) hibno činitev v zmoti prevzel kot spolnitev. Zmota da ne more biti nobeni stranki na škodo in nobeni na korist. To uvaževanje ni nepravilno, a se po m. m. razlikovanje obeh primerov vendarle priporoča, ker jima dejanske predpostavke niso iste: spolnitveni zahtevki in odstopno upravičenje nastaneta po § 918 odst. 1 ob goli dobaviteljevi nezvestobi, a jamčevalni zahtevki predpostavljata še pridobiteljevo škodo, nastalo baš iz prevzema hibne činitve kot spolnitve.

3. Sicer pa med občnimi sankcijami § 918 in posebnimi § 932 ni takih razlik, da bi se ne dale vzporejati. Redhibicija § 932 spominja na odstop od pogodbe; poprava in dopolnitev primanjkljaja §§ 932, 1167 na spolnitev; actio quanti minoris spominja na delno spolnitev ozir. delni odstop, ki imata oba tudi znižanje protičinitve (odmene) za posledico. Res, da naše občno jamčevalno pravo § 932 sled. ne nudi

kakor § 918 izbire med redhibicijo in zahtevanjem znižane odmene, toda jamčevalna prava drugih držav (frc., švic., nem.) in naše delovršno pravo (§ 1167) poznajo tudi to izbiro (§ 932 nudi le izbiro med popravo odn. dopolnitvijo in znižanjem odmene pri nebistvenih ali odpravljljivih hibah). Jamčevalni zahtevki so kakor upravičenja po § 918 podana ne glede na krivdo nezvestega pogodbenika. Če pristopi krivda, se pridruži upravičenje po § 918 kakor jamčevalnemu zahtevku odškodninski. Vzporednih norm je torej skoraj do identičnosti! — Sporno je ali ima redhibicija za posledico ukinitve prvotne obligacijske ali le ponesrečene solucijske pogodbe (spolnitve)? Redaktorji niso razlikovali med obema pogodbama. Pisko je (proti Sedlačku in avstr. jud. št. 228 Gl. U. N. F. št. 7446) za ukinitve zgolj solucijske in za nadaljnji obstoj obligacijske pogodbe. Pritrjujem Piskovemu nazoru (vsaj de lege ferenda): Z ukinitvijo spolnitve se je namreč pridobitelj šele rešil prizadete mu škode, ni pa še napravil tistega dobička, ki ga upravičeno pričakuje iz sklenjene pogodbe. Pogodbe se ne sklepajo za to, da se odvrne od pogodbenikov ev. škoda, marveč za to, da dosežejo gospodarski uspeh (dobiček); z uspejo redhibitorijo pogodbenik tega dobička še ni napravil. Taka rešitev približa hkratu pravni položaj pridobitelja, ki je činitev v zmoti prevzel kot spopolnitev (po § 932), položaju onega pogodbenika, ki je pravočasno opazil hibo, zavrnil spolnitev in ki zahteva ponovno brezhibno spolnitev (po § 918). — Na nadaljnji obstoj obligacijske pogodbe po ukinitvi solucijske se pa more sklicevati le pridobitelj (ne dobavitelj) hibnega predmeta.

4. Ako primerjamo jamčevalne sankcije z onimi po § 918 odst. 1. odstanejo še nastopne razlike: a) Po § 918 mora zvesti pogodbenik odstop zapretiti in more odstopiti šele, ko poteče (brezuspešno) rok, podeljen za naknadno spolnitev. Redhibicije ni treba zapretiti. Odstop od obligacijske pogodbe po uspeji redhibiciji bi pa zopet bilo treba zapretiti in podeliti naknadni rok; b) Odstopno upravičenje mora zvesti del uveljavljati takoj ob zavrnitvi hibne spolnitve, spolnitveni zahtevek v občni zastaralni dobi. Za uveljavljanje jamčevalnih zahtevkov pa določa § 933 posebne roke, ki so izza novele prekluzivni; c) Odstop po § 918 se izvrši z enostranskim, nesodnim aktom; redhibicija, če se ne doseže v sporazumu strank, s sodbo.

Pisko se oddaljuje na področju jamčevalnega prava od vladajočih, tudi v judikaturi zastopanih mnenj še z dvema drugima nazoroma, ki jima ne morem pritrčiti: Jamčevalni

zahtevki po § 932 naj bi veljali le za hibne spolnitve species-dolgov; ob hibni spolnitvi generičnih naj bi se uporabljale le določbe § 918 ne glede na to, ali je bila činitev kot spolnitev prevzeta ali zavrnjena. Kupec species-predmeta naj bi mogel uveljavljati redhibicijo, še preden mu je bil predmet ponuden in prevzet (čim je zvedel za njegovo hibnost).

(Konec prihodnjič.)

Kakšna pravila veljajo za glavno ali ustno razpravo, ki je postala potrebna, ker je bilo ugodeno pravnemu sredstvu zoper sodbo prvega sodišča?

Dr. Metod Dolenc.

I. Uvod.

Glede na probleme, ki jih hočemo objasniti v tej razpravi, veljajo vobče enaka pravila za revizijo zoper sodbe senatov okrožnih sodišč, kakor tudi za t. zv. polni priziv zoper sodbe sodnikov-poedincev na okrožnih ali sreskih sodiščih. Zakonodajec je odredil to v § 399., 1. odst. k. p., brez omejitve, ki jo je odredil za slične primere nove glavne razprave vsled dovoljene obnove postopka, namreč da naj veljajo za ponovitev postopka pred sodnikom-poedincem predpisi s spremembami, ki jih zahteva postopek pred sodnikom poedincem.

V nastopnih izvajanjih bo govora predvsem o glavni razpravi pred senatom okrožnega sodišča, ki je postala potrebna, ker je bilo ugodeno reviziji zoper sodbo senata okrožnega sodišča. Na polni priziv bomo gledali le toliko, kolikor bo treba spričo drugačne konstrukcije tega pravnega sredstva, ko je moči izpodbijati činjenice, ki jih je ugotovil *iudex a quo*.

Ponovna glavna, odnosno ustna razprava postane potrebna, ko je ugodeno reviziji (polnemu prizivu), ako *iudex ad quem* (kasacijsko sodišče, apelacijsko ali okrožno sodišče kot prizivno sodišče) razveljavi sodbo *iudex-a a quo* (senata, odnosno sodnika-poedinca okrožnega sodišča, sreskega sodišča). Dopustno je razveljavljanje spodbijane sodbe v revizijskem postopku po § 346. k. p. v n e j a v n i s e j i k a