

Kako pa je urediti razdelitev odgovornosti v pojedinostih, to ni načelno, ampak po konkretnem uvažanju rešljivo vprašanje, na katero odgovarjaj spoznanje politika in zakonodajca. Naša želja je le, da ti sloji v nedalnem času store delo, katero je že dolgo časa njih socialna dolžnost.



More li zastavni dolžnik še ne izbrisano hipoteko odstopiti novemu upniku na tistem mestu kjer je prvotno vpisana?

Spisal dr. M. Dolenc.

Po splošni doktrini novejših pisateljev je pripisovati hipoteki, ki ostane še nadalje vpisana navzlic temu, da je bil dolg že poplačan, pravi materijalnopravni obstanek, ki sicer ne dosega naravnost nadaljnega polnega obstanka upnikove zastavne pravice, a vendar ni zgolj formalnega pomena. V tem zadnjem slučaju bi namreč imel hipotekarni dolžnik brez dvoma nasproti vsakomur — bodisi univerzalni ali singularni naslednik upnikov, najsi ima onerozen ali lukrativen naslov nasledstva — ugovor, da je dolg že plačan. Tako bi se pa izreklo, da je s poplačanjem dolga zastavna pravica brezpogojno prenehala. Ker pa to že uvodna določba §-a 469. o. d. z. ustanavlja, mogla bi imeti končna določba cit. §-a le še ta smisel, da je vknjižena dolžna listina tako dolgo vpisana, dokler ni izbrisana. Za take juristične nesmisle pa seveda v zakonu ni mesta.

Toda norma §-a 469 o. d. z. ni kar brez dvombe jasna. Lahko se namreč — z Exner-jem (»Oest. Hyp.-R.« str. 73 in nasl.) — misli, da navzlic svoji materijalnopravni nepravilnosti nadaljnega obstanka obstaja vpisana hipoteka vsled »garantujoče moči javne knjige« (Exner) v vsakem oziru naprej, tako da bi dobil lastnik hipotekarnega zemljišča samo obligatorno pravico do prenehanja hipoteke, samo ob sebi polnoveljavne. Ta pravni nazor, ki temelji na najstrožjem principu publicitete,

pa pobija Strohal (»Die Prioritätsabtretung«, str. 53 in nasl.) tako-le: Iz zgodovine §-a 469 o. d. z. izhaja jasno, da so hoteli uredniki obč. drž. zakonika naravnost izključiti tako veliko moč, kakoršna je zgoraj označena. V seji 11. julija 1803 se je namreč povdarjalo, da je namesto v načrtu stoječih besed »Aufhebung des Hypothekarrechtes« postaviti besede »Aufhebung einer Hypothek« (pač v objektivnem smislu besede!), ker »s poplačanjem dolga vedno preneha pravica« (namreč: zastavna). Na to se je sklenilo soglasno sedanje besedilo. Nadalje uči Strohal: Ako sme lastnik, kedar zastara hipotekarna tožba, z negatorno tožbo izsiliti izbris hipoteke, priznati je vsaj toliko pravice radi prenehanja zastavne pravice po §-u 469 o. d. z.

Na podlagi teh pač opravičenih razmotrivanj pride Strohal do zaključka: Hipoteka, ki je navzlic ugasnitvi dolga vpisana, je pač juristično relevanten faktor z gotovimi posledicami, a le-te pa nikakor niso istovetne s polnim nadaljnim obstankom zastavne pravice.

Glede na ta izvajanja treba torej poiskati, kake posledice naj ima obstanek že poplačane, a ne izbrisane hipoteke?

Za prvo posledico — samo ob sebi umevno — je smatrati to, da se vsi poznejšnji hipotekarni upniki toliko časa ne morejo dejanstveno pomakniti na boljše mesto, dokler ona hipoteka še ni izbrisana. (Tu se za sedaj ne dotaknemo vprašanja, se li dá pomaknenje — izsiliti).

Druga posledica je upnikova pravica, da sme razpolagati s tako hipoteko, torej tudi pravica, cedirati jo. Vsled odstopa neopravičeno vpisane hipoteke na ime tretjega, kateremu je prvotni hipotekarni upnik cediral hipoteko (v subjektivnem pomenu besede), pa mora — i teorija i praksa soglašati v tem — hipotekarni dolžnik na cesijonarjevo zahtevanje dolg še enkrat plačati in ne more uspešno ugovarjati, da ga je že enkrat plačal, čeprav še ni iz javne knjige izbrisan, toda le pod nastopnimi pogoji:

1.) Pogoj dobre vere. Zakon gotovo ne ščiti kake nepoštenosti, obtorej mora oni, ki si pridobi hipoteko, biti za časa pridobitve v dobri veri, da hipoteka v resnici še obstaja. (V tem oziru prim. razsodbo vrhovnega sodišča od 13. junija 1893, št. 7007, v »Jur. Bl.« l. 1893. št. 30: dobre vere ni, če je pravico-

jemnik le dvomil ob obstoju terjatve; ter razsodbo od 3. decembra 1889 št. 13633, v »Ger. Z.« l. 1890. št. 15, v kateri se zahteva, da mora dobra vera obstajati ne samo ob času cesije, marveč tudi ob času, ko se zaprosi zemljiškoknjižni prenos.) Na tem mestu naj omenjamo, da po mnenji najnovejše monografije o principu publicitete¹⁾ v le-tem slučaju sploh ni moči vprašati se, ali je cesijonar v dobri veri. Po tem nazoru bi mogla vero v javno knjigo izključiti le taka diskrepancija tabularnega in pravnega položaja, ako bi cesijonar vedel za nevknjižene materijalnopravne dogodke, ki bi mogli sami ob sebi vpisu odvzeti neposredno veljavnost. V tem slučaju pa, ko ima le lastnik hipoteke obligatorni zahtevek (Exnerjeva trditev), da se tabularno stanje popravi, je faktično tabularno stanje nedotaknjeno, — torej je navzlic vednosti za to okolnost utemeljeno zaupanje v javno knjigo. Seveda pride naposled do zgorejšnjega zaključka, ker pripoznava, da zamore biti dan »dolus«, vsled česar je moči tak tabularni akt izpodbijati.

2. zahteva — negativne narave — je ta, da pri takem svojem prehodu hipoteka ni prišla niti potom dedovanja, niti lukrativnim potom na tretjega, čeprav bi bil pridobitelj v dobri veri. Ta zahteva se v svojem bistvu snuje iz razmotrovanja, da inace tretja osebe ne ravna iz svoje, ampak iz pravice svojega prednika, ki ni bil v dobri veri in ki bi se mu pri tem lahko ugovarjalo isto, kar predniku, odnosno glede lukrativne pridobitve, da darilojemnik vendar ne more več pravic pridobiti, nego jih ima darilodajec.

Nadaljna posledica večkrat omenjenega dejanskega položaja je ta, da je možno na hipotekarno, neopravičeno obstoječo tirjatev pridobiti si zastavno pravico. Kdor pridobi zastavo, mora imeti dobro vero, da tirjatev še obstaja; to je po zgorejšnih navedbah jasno. Preiskovati pa je na tem mestu, pri kakšnem načinu pridobitve zastave da nastopi navedena posledica. Literatura in praksa soglašata v tem, da pritrjujeta pridobitvi zastave, če se prosto-voljno nakloni zastavna pravica na neopravičeno vpisano hipoteko, — naravno, ker v tem slučaju se snuje zastavna pravica iz zaupanja v javno knjigo.

¹⁾ Das Publicitäts-Princip im österreichischen Tabularrechte. Von Dr. Emanuel Adler. Wien, 1899. Manz.

Ne tako glede pridobitve potom zvršila. Praksa vrhovnega sodišča glede tega vprašanja sicer ni vedno jednaka, toda merodajne vrednosti je razsodba vrhovnega sodišča od 25. septembra 1888, ki je zabeležena v repertoriju izrekov pod št. 143. Tu se izreka: »... da za utesnitev te določbe (scil. §-a 469 o. d. z. in fine) na slučaj prostovoljne zastave ni najti vzroka niti v besedilu, niti v duhu zakona.« Pravilo samo pa se glasi: »Zakonito varstvo, ki je zagotovljeno po končnem stavku §-a 469 o. d. z. pridobitelju knjižne pravice v dobri veri, tudi tedaj ni izključeno, kedar se je zgodila pridobitev potom zvršila.«

Nasprotno mnenje zastopa Fr. Reinhold v »Ger. Halle« l. 1898. št. 28. in 29. (2 Executionsfragen [I.]), kateremu se je pridružil tudi Neumann (»System d. Ex. O.« str. 149). Ta dva trdita, da mora lastnik hipotekarnega zemljišča vložiti proti pridobitelju take zastavne pravice tožbo na ekscindiranje z uspehom. Utemeljitev tega nazora je bistveno ta, da v takem slučaju dovolitev kredita od strani zvršitelja ne temelji niti na zaupanju v javno knjigo, niti na zaupanju v hipoteko, marveč da izvira edino le iz zaupanja do dolžnikove osebe. »To velja celo tedaj, ako bi zvršitelj ob času dovoljenja kredita vedel za obstanek hipoteke, kajti inace bi kredit dovolil le proti dovolitvi nadzstavne pravice, to tem bolj, ker ne more na to računati, da bo zastavna pravica tudi še poslej obstajala.« (Neumann, na naved. m.)

Na prvi pogled se pač vsekakor vidi, kakor izvaja Reinhold na naved. mestu, da obsega izjema §-a 469 o. d. z. tudi prisilno zastavo, toda pravilo ostane, da sme upnik le poseči na premoženje svojega dolžnika, in če torej § 469 izjemoma navaja gotove slučaje, ko lahko poseže eventuelno tudi na premoženje nedolžnika (t. j. lastnika zemljišča, obremenjenega z neopravičeno obstoječo hipoteko), onda teh izjem ni smeti širje uporabljati, nego treba jih je utesniti kolikor moči!

Res je sicer, če te kontroverzne nazore razmotrujemo, da zakonova določba §-a 469 o. d. z. prav nič ne jemlje v misel našega slučaja; tudi nočemo prezreti svarilnih besed velikega učitelja Fr. Hofmann-a (»Ger. Z.« 1893 št. 39), ki pravi, da se s §-om 469 o. d. z. presamopašno ravna. Toda razlogi Neumanna in Reinholda vendar niso dovolj utemeljeni. Pred vsem

se daje preveč veljave dovolitvi kredita; kajti bilo bi pač nepravilno na pr., ako bi se odreklo izvršilo na dotodavčevo, zemljiškoknjižno še obstoječo hipoteko dotojemniku, ki je kakor izvršitelj v dobri veri radi tega, ker si dote ni dal obljubiti v zaupanju v javno knjigo, dasi se je to zgodilo z notarskim aktom. Da bi se vpošteval motiv, zakaj se je kredit dovolil, ni povoda; pač pa je največje važnosti motiv, zakaj se eksekvira; v tem oziru pa je zakonodavec ustanovil določbo §-a 469 o. d. z. gotovo enako proti vsakomur. Pač bi bilo neumestno, da bi tist, kateremu je zavezanec zastavno pravico na že poplačano hipoteko dovolil, bil na boljšem, kakor pa oni upnik v dobri veri, kateremu dodeli zastavno pravico sodnik, javna avtoriteta, na podlagi javne knjige!

Naposled govori za mnenje, katero zastopa vrhovno sodišče v repertoriju izrekov, še ozir na realni kredit. Jasno je pač, da je umestnejše naložiti lastniku hipotekarnega zemljišča pravočasni izbris že plačane hipoteke, da se tako izogne vnovičnemu plačilu, nego li vsakogar, ki je prisiljen eksekvirati hipotečne tirjatve, če hoče biti plačan, siliti, naj prej poizve, ali hipotečna tirjatev še popolnoma obstoji, ker bi ga sicer zadeli stroški eksindacijske tožbe, dasi je v dobri veri.¹⁾ —

Vse to velja za slučaj, kedar je cesijonar kaka tretja oseba, ne pa zastavni dolžnik sam. Vprašanje pa je, kako bi mogel zastavni dolžnik sam že plačano, a še ne izbrisano hipoteko odstopiti v prvotni prioriteti?

Nobenih težav ni za razrešitev tega vprašanja, ako se smatra trditev Strohala in Steinlehnerja za opravičeno, da obstoje tudi v avstrijskem pravu resnične lastniške hipoteke (»Eigentümerhypotek«). Strohal utemeljuje svoj nazor (sicer v ostrem

¹⁾ Z ozirom na doslejšnja izvajanja bodi tu še omenjena direktiva, katero daje justično ministerstvo v »odgovorih« (naredba od 3./12. 1897, št. 25601) k §-u 237 eks. r.: »Zdražitelj, ki izposluje izbris zaznambe dražbenega postopanja in domika, predno so izbrisana bremena, ki so na zdraženem zemljišču vknjižena, a od njega ne prevzeta, ne more tretjim osebam, ki pridobe taka bremena ... zaupajoč v zemljiško knjigo, ugovarjati, da je on pridobil lastniško pravico in da je prisilna dražba že izvršena.« — V principu potrjuje ta direktiva gotovo naša izvajanja, in je nekaka represalija napram zdražitelju, da se ne bi obotavljal izbrisati neprevzeta bremena in pravice, za kar eks. red ne določa nikakega rokú.

nasprotju z Exnerjem) na podlagi §§-ov 469 in 1446 o. d. z., katera sta po njegovem »skoro neovržnem« mnenju potvorjena po §-u 52 dodatka k »preuss. L. R.«, ter poudarja, da v našem pravu ni nikjer izrečeno, da se sme izvršiti izbris hipoteke na enostranski predlog hipotekarnega upnika samega. Toda Strohalovemu naziranju nasprotuje že to, da v astrijskem pravu nikakor niso dovoljeni vpisi hipoteke na ime lastnika dotičnega zemljišča (prim. rzsodbo vrh. sod. od 23./11. 1886, št. 13682, Gl. U. W. 11970).

Treba torej najti drugačno rešitev tega vprašanja. V to svrhu se predlaga skoraj splošno cesija hipotekarne pravice od strani plačanega hipotekarnega upnika na hipotekarnega dolžnika. V resnici, to je edina pot, po kateri je možno doseči v našem pravu efekt lastniške hipoteke. Seveda nasprotujejo i temu nazoru nekateri znameniti pravoslovci, med njimi Randa, ki pravi: »Tudi poskus Exnerjev, da bi se lastniško hipoteko vrinilo skozi skrivna vratica cesije, se ne da izvesti zaradi konfuzije, ki je na poti, ker le-ta ne stoji pod varstvom publicitetnega principa (»Eigenthum«, str. 548, nota 18).

Ako premotrimo konštrukcijske težkoče pri razrešitvi našega vprašanja, moramo pred vsem izključiti od preiskavanja vse one slučaje, v katerih je lastnik hipotekarnega zemljišča že dobil izbrisno pobotnico. Cesija hipoteke na lastnika hipotekarnega zemljišča je v takem slučaju — »iz formalnih razlogov«, kakor pravi Stohal — nemogoča, zamenitev pobotnice s cesijskim pismom se ne da prisiliti.

Uvažiti pa je v resnici pomisleke proti vzvratni cesiji hipoteke na hipotekarnega dolžnika, češ da postane dolžnik s plačilom dolga pač prost od zaveze plačila, da pa ne dobi s tem novih pravic na tirjatev, kajti ko bi takih pravic vdobil, onda bi tirjatev ugasnila po cesiji vsled konsolidacije (konfuzije). Za utemeljitev tega nazora se navajajo razlogi, da nihče ne more biti svoj lastni dolžnik, niti dobiti na lastni stvari zastavo, kar podpira i dvorni dekret od 22./4, 1825, št. 2090 zb. j. z. Po le-tem namreč »ne more biti tirjatev, katero je upnik odpustil, predmet cesije in radi tega tudi ni dopustiti intabulacije take cesije.« Nasproti zadnjemu pomisleku poudarja Kra inz (»System«, str. 795, nota 17) dobro, da citirani dvorni dekret sploh ne govori o pravi cesiji

na dolžnika, marveč o tem, da se odpusti tirjatev dolžniku, torej tudi ne prepoveduje cesije tirjatve na dolžnika. V ostalem pa niti ne more biti govora o kaki ugasnitvi tirjatve vsled konsolidacije, ker dobi pač dolžnik, kateremu se cedira hipotekarna tirjatev, v bistvu od cedenta le pravico, da kakor cesijonar lahko razpolaga s še obstoječo hipoteko (ne pa pravico do tirjatve same); da pa taka pravica vsled konsolidacije ne ugasne, to določuje § 1446 o. d. z. izrecno. Exner sodi v tem oziru, da gre tu v resnici za nekako hipotekarno sukcesijo, katero pa treba, ker takega instituta občni drž. zakonik ne pozna, obleči v obliko cesije.

Potemtakem vdobili smo pravilo: Dolžnik si lahko da napraviti od upnika namestu pobotnice za dolg, katerega hoče poravnati, cesijsko listino. (Tako Stubenrauch: Comm. str. 669; Unger: Entwurf, str. 252).

Vprašanje pa nastane, ali more vsak dolžnik, ko plača, zahtevati tako cesijo od svojega upnika? — Strohal (»Prior. Abt.«, str. 51 in nasl.) daje seveda — ker pripoznava tudi v avstrijskem pravu resnične lastniške hipoteke — lastniku hipotekarnega zemljišča polno pravico razpolagati glede hipoteke; toda za Exnerjem treba reči, da more dolžnik vsled določbe §-a 1426 o. d. z. le pobotnico zahtevati. Pač pa se lahko izvaja iz zakonite določbe §-a 1423 o. d. z. za vsakega tretjega plačnika pravica, da sme zahtevati odstop upniku pristoječih pravic celo že po izvršenem plačilu.

Iz tega izhaja:

a) Če je lastnik hipotekarnega zemljišča tudi personalni dolžnik hipotekarnega upnika, more pri plačilu zahtevati od hipotekarnega upnika le pobotnico; ali hoče upnik namestu pobotnice dati odstopno pismo, to je odvisno od upnikove dobre volje.

b) Če lastnik hipotekarnega zemljišča ni personalni dolžnik, onda more pač zahtevati ob enem s plačilom (ali tudi še potem) cesijo, toda le odstop na plačnika, t. j. njega samega (ne pa na kako tretjo osebo, ali »na belo«). Poleg tega je pa možnost take rešitve (»Einlösung«) zastavne pravice odvisna od dovolitve personalnega dolžnika, arg. iz §-a 1423 o. d. z.

Exnerjevo trditev (»Oest. Hyp.-R.« str. 673), da v Avstriji že po zakonu more tretji plačnik rešiti zastavno pravico za po-

plačano tirjatev, treba pač vtesniti tako, da je možnost rešitve odvisna od dobre volje personalnega dolžnika (razun v slučaju §-a 462 o. d. z.). Nikakor pač ne gre, da bi moral personalni dolžnik o poljubnem času dovoliti rešitev svoje tirjatve po hipotečnem lastniku, dočim bi njega samega zadela takoj regresna tožba in na to še zvršilo. Na vsak način se ravna po slučaju vprašanje, ali je moči izogniti se dovolitvi personalnega dolžnika; to je pač le rešiti po naravi dogovora med personalnim in tabularnim dolžnikom.

Na podlagi teh razmotrivanj denimo, da se je hipotekar-nemu dolžniku odstopila hipotekarna tirjatev; pod kakimi pogoji more to, recimo, quasi-lastniško hipoteko v prvotnem povrstnem redu odstopiti kakemu drugemu? — Po analogiji onega slučaja, v katerem hipotekarni upnik dalje odstopi že plačani, a še obstoječi hipotečni vpis, je odločiti, da se nikakor ne sme kršiti »bona fides«, kajti sicer ni pravične pridobitve.

Prvi pogoj za dobro vero je pa ta, da se s postopanjem pridobitelja ne sme niti povzročiti niti izkoristiti kak materialno-pravno krivičen položaj (po Exnerju).

Jasno je, da se s tem, če je hipoteka neopravičeno nadalje vknjižena, nikomur ne godi krivica pri njegovih pravicah (razun seveda, če bi že poplačana tretja oseba, sporazumljena z lastnikom, v dražbenem postopanju dobila še enkrat plačilo). Skoro vsi pravoslovci gredo celo dalje in trdijo, da tudi nadaljna cesija od strani zastavnega dolžnika prav nič ne oškoduje poznejšnjih hipotekarnih upnikov, ker imajo ti le upanje, ne pa pravice, da stopijo naprej.

Exner razpravlja ta slučaj tako-le: »V našem slučaju konfuzije je le cedent sam kakor lastnik zastavnega zemljišča udeleženec, katerega bi zopetno oživiljenje hipoteke obremenilo; naj nastane konfuzija kakor koli, naj zadene zastavni dolg ali ne, vedno vstvari cedent s tem, da dovoli neizbrisano hipoteko naprej kakemu drugemu, pravice proti sebi, ne da bi se dotaknil kroga pravic tretjega. Vprašanja torej, če cesijonar pravično pridobi, sploh ni moči staviti (»Oest. Hyp.-R.« str. 670). Tako tudi Krainz-Pfaff (ki imenuje »jus procedendi« takozvano, ne pa resnično pravico, nekako posledico, ki nastopi ob sebi, če se res izbrišejo poprejšnji bremenski postavki). Bartsch (»Oest. allg. Grundbuchs-

gesetz«, str. 416 v 3. izdaji); tako je tudi razsodilo vrhovno sodišče (razs. od 4. maja 1871, št. 1198, Gl. U. W. 4153; razs. od 4. novembra 1869, št. 8088, Gl. U. W. 3557 in dr.).

Navzlic temu pa mislim, da po današnjih zakonih ravno kar navedeni nazor ni utemeljen za vsak slučaj.

V dveh ozirih je treba ta nazor natančneje premotriti.

A. Nimajo li poznejšnji hipotekarni upniki vendar v kakem slučaju pravice, stopiti na boljši povrstni red?

B. Je li vprašanje dobre vere pri cesijonarju ob času pridobitve v resnici odveč? (Z ozirom na gori navedena Exnerjeva izvajanja).

A.

Recimo, da so med poznejšnjimi tabularnimi upniki tudi taki, ki imajo zastavno pravico za izvršljive tirjateve, na zemljišču vknjižene, ali pa ki iščejo iz zemljišča plačila s prisilno dražbo. V tem oziru ima zakon od 27. maja 1896 št. 78 drž. zak. (uvodni zakon k eks. redu) novo določbo v členu XXVIII., ki piše: »Vsak upnik, ki ima na kakem zemljišču zastavno pravico za izvršljivo tirjatev, ali zaradi čigar tirjatve se vrši eksekucija na zemljišče, more glede poprejšnjih hipotekarnih tirjatev pravico do izbrisa hipotekarnih tirjatev, ki pristoja vsled plačila ali pa iz drugih razlogov lastniku zemljišča, sam uveljaviti pravnim putem ali pa z uvedbo amortizacijskega postopanja Upnik, ki zahteva lastniku pristoječo pravico izbrisa s tožbo, mora lastniku sodnim putem napovedati spor.«

»Vladna predloga« ni imela take norme; »skupno poročilo« (»Gem. Ber.« str. 10) meni pri tem členu, da vsebuje materialno pravno važen predpis, čeprav je težišče te norme v tem, da je eno najboljših sredstev, da se garantira hipotekarnemu upniku za slučaj prisilne dražbe dovoljena pravica upora radi nedostatnega pokritja.

Po mojem mnenju tiči gori navedeni materialnopravni pomen v tem, da je zapostavljenim, v navedenem členu označenim upnikom pravica napredovanja na boljši povrstni red za-

gotovljena vsled ugasnitve prejšnje hipotekarne tirjatve¹⁾; to pravico je moči celó po istem zakonovem določilu vtožiti in z eksekucijo izvajevati. V tem oziru naj se še primeri določba: Če zapostavljeni hipotekarni upnik uveljavi izbris »indebite« vknjižene hipoteke še-le pri poprejšnji ustanovitvi bremenskega stanu, onda je glede tega izkazati po § 165 eks. r. tekom 5 dni verjetnost (v zmislu §-a 274 c. pr. r.).

Ta moj nazor pa pobija Em. Adler v zgoraj navedeni monografiji o publicitetnem principu in pritrjuje mu Karl Adler, ki je to monografijo v »Ger. Zt.« ex 1900, št. 21 ocenil.

Za dokaz, da po členu XXVIII. cit. zak. poznejšnim hipotekarjem ni priznana pravica napredovanja, navaja se nastopno:

Najprej se trdi, da postane pravica napredovanja po členu XXVIII. še-le eksistentna »im Stadium der Executionsführung und besteht vorher nicht«. Toda besedilo zakona se glasi: »Jeder Gläubiger, für dessen vollstreckbare Forderung ein Pfandrecht begründet ist (ne: wird)« i. t. d. Ali se ne prikazuje vsak dan zastavna pravica, vknjižena za zvršljivo tirjatev (n. pr. po §-u 3 not. reda!), ki ostane leta in leta na zemljišču? Če pa misli Em. Adler zgolj poudarjati, da pravica nastane samo z vknjižbo zvršljive tirjatve, ni seveda temu ničesar prigovarjati, toda to nič ne moti, da se ne bi potrdilo naše vprašanje.

Nadalje pravi Adler: »Anderseits steht es (sc. das Löschungsrecht) auch nicht bloss Hypothekaren, sondern in gleicher Weise auch anderen betreibenden Gläubigern zu.« Kajpada pomeni to samo nekaj »plus«, torej se ne zadeva ob naše vprašanje; sicer pa ob ustavitvi dražbenega postopanja zahtevajoči upniki lahko postanejo hipotekarji!

Naposled najvažnejši Adlerjev nasprotni argument: »Dazu kommt, dass ihnen nur gestattet ist, das dem Eigentümer der Liegenschaft zustehende Recht auf Löschung

¹⁾ Sicer je tudi doslejšnja praksa priznala, da imajo naslednji hipotekarni upniki pravico uveljaviti ugasnitev prejšnjih bremenskih postavkov, n. pr. razs. vrh. sod. od 4. januarja 1890, št. 11494, Gl. U. W. 13085, od 2. maja 1883, št. 5109, Gl. U. W. 9423, i. t. d.; toda v vseh teh primerih je moči izsiliti napredovanje na boljši povrstni red iz prav posebne narave dotičnega slučaja in dotični slučaji se vedno nanašajo na eksekutivne dražbe, pri čemer pač ne more biti govora o kaki pravici do napredovanja. Sicer si pa razne razsodbe prav v tem vprašanju naravnost nasprotujejo.

geltend zu machen«, dass also auch ihr Recht auf Löschung nur soweit geht wie das des Eigenthümers und dass es auch von ihnen nicht mehr geltend gemacht werden kann, sobald er es durch anderweitige Vereinbarungen wieder verloren hat.«

Ta argument je po mojem mnenju brez pomena. Nedvomno je namreč, da ima lastnik zemljišča, ki je hipoteko plačal in si jo obenem dal cedirati, tedaj pravico (»zustehendes Recht«), da to breme da izbrisati. Torej imajo tudi zapostavljeni, v členu XXVIII. cit. z. označeni hipotekarni upniki ravno ta čas pravico, izbris zahtevati. Tako govori zakon; da ga ne pozna, se ne more nihče izgovarjati. Če torej v takih okoliščinah hipotekarni dolжник, obenem lastnik hipotekarnega zemljišča, dobi od poplačanega hipotekarnega upnika cesijo zastavne pravice za terjatev, tedaj mu ta cesija po mojem mnenju ne more koristiti; kajti on krši nedvomno pravico večkrat navedenih zapostavljenih hipotekarnih upnikov do izbrisa poplačanega, a še obstoječega bremenskega postavka; torej pa tudi ne more biti v dobri veri, ker hoče, da govorimo z Exnerjem, za-se izkoristiti kak dejanski, materialnemu zakonu protiven položaj, tako da oškoduje že s tako cesijo zapostavljene upnike z izvršljivimi tirjatvami v njih pravicah. Če pa ta lastnik zemljišča to sebi cedirano takozvano »pravico do hipoteke« naprej odstopi, s tem nikakor ni saniral nezakonitega pravnega položaja, kajti »quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere«.

Takisto se moramo izreči o cesijonarju zastavnega dolžnika; niti ta se ne more sklicevati v tem oziru, češ da je on (cesijonar) v dobri veri, ker pri cesiji ni ničesar znal o pravicah zapostavljenih knjižnih upnikov z izvršljivimi tirjatvami. To zahteva na vsak način publicitetni princip javne knjige: Cesijonar je dolžan prepričati se o stanju zemljiške knjige, ker ima zemljiška knjiga enakomeren vpliv proti vsakomur. Naj se ne ugovarja, da ni dolžan kaj pozitivnega vkreniti, da ostane v dobri veri, kajti zakon pravi, da se ne more nihče opravičiti z nevednostjo glede vsebine javnih knjig, katera velja za javno proglašeno (arg. §§ 441, 443, 468, 527, 928, 1398 o. d. z.).

Pod pogoji člena XXVIII. cit. zak. torej ne more biti govora o pravici, disponirati z že poplačano hipoteko, katera je še vknji-

žena, da, niti cedirati si ne sme dati lastnik take hipoteke, ker že s tem greši proti navedenemu členu, njegovi nasledniki pa itak ne bi mogli dobiti večjih pravic, kakor jih ima sam. Adlerjeva argumentacija torej ne drži. Pač pa je priznati, da oni zapostavljeni hipotekarni upniki, ki so zvršljivost svoje tirjatve pridobili šele po izvedeni cesiji, ne morejo izpodbijati te cesije, očitno radi tega ne, ker se ob cesiji ni kršilo njihovih pravic.

B.

Zapostavljenih upnikov v smislu člena XXVIII. cit. zak. ni

Ako bi stavljeno vprašanje tu nepogojno potrdili in z Exnerjem (na nav. m. str. 670) trdili, da v tem slučaju, kjer cedent (pravzaprav zastavni dolжник) neizbrisano hipoteko nadalje cedi, niti ne more biti vprašanja, ali cedent opravičeno pridobi, šli bi predaleč. Sicer je sploh resnica, da to, če ve cesionar hipotekarnega dolžnika (t. j. lastnika zemljišča in tačasnega lastnika hipoteke), da je predmet hipoteki, katero vdobi, že poplačana tirjatev, že samo ob sebi ne spravi cesionarja in novega pridobitelja hipoteke v slabo vero, ker se na ta način oškoduje le lastnik hipotekarnega zemljišča, to pa ne pride v poštev radi pravila: »volenti non fit iniuria«. Toda ne bi se dalo zagovarjati, da bi se izreklo cesijo tudi v tem-le slučaju za neoporečno.

Posestva *A*-ovega se drži na I. mestu hipoteka za že davno ugasneno tirjatev *B*-a, precej visoko, nadalje se ga drže še druge hipoteke za resnične, a ne visoke tirjatve. *C* da tedaj z ozirom na ta hipotekarni stan *A*-u, ki zatrjuje, da ni vpoštevati hipoteke *B*-a na prvem mestu, ker je neopravičeno vknjižen postavek in se bo zato po izpolnitvi nekajih formalitet izbrisal, precejšnje posojilo, ki se vknjiži na zadnjem mestu. Ali bi mogel *A*. še-le na to še neizbrisano hipoteko *B*-a novemu upniku *N*-u pravoveljavno udovoliti, čeprav bi *N*. za obljube *A*-a nasproti *C*-u natančno vedel? — To bi bil pač velik nedostatek dobre vere na strani hipotekarnega pridobitelja *N*-a, na strani *A*-a pa morebiti celo goljufija!

Ta slučaj je seveda nekoliko prisiljen, pa vseskozi mogoč in kaže pač, da zgoraj navedeni Exnerjev stavek ne more veljati.

V slučajih, pod *B*. navedenih se da stavljeno vprašanje pač navadno potrditi, toda tu velja: Za pravoveljaven neovržen efekt

prenosa take že plačane, a ne izbrisane hipoteke na prvotnem mestu treba vedno in vedno preiskovati, se li ni kršila »bona fides«, — kajti inace se ta vpis da izpodbijati. Do tega zaključka pride dejanstveno tudi Emanuel Adler, trdeč, da v našem slučaju sicer ne more biti juristično govora o nedostajanju vere v javno knjigo, da se pa faktično more navzlic temu le tisti trajno vzdržati v pridobljeni hipoteki, kdor jo je v dobri veri pridobil. Za praklike velja pač to zadnje pravilo, najsi bo v teoriji stvar morebiti nekoliko drugačna.

Na vprašanje, kaka sredstva so na razpolago proti vsem, po zgorajšnjih izvajanjih neopravičenim vpisom, je odgovoriti, da so to izbrisne tožbe z zaznambo spora po pravilih §-ov 61, 62 in 63 zemlj. knj. zak. Aktivna tožbena legitimacija je ob sebi umevna; ne tako pasivna. Po mojem mnenju sta pasivno legitimirana lastnik hipotekarnega zemljišča in cesijonar kakor sopravnika po §-u 11 c. pr. r., ker se je vpis zgodil v interesu obeh. Petit naj se glasi: *a)* Ustanavlja se, da je vpis pod C. tek. št. x. na zemljišču vložek št. y. kat. obč. Z., vsled katerega je vknjižena zastavna pravica za tirjatev *N*-a v znesku, pravno neveljaven; *b)* *M.*, lastnik zemljišča vložek št. y kat. obč. Z., in *N.*, upnik hipotekarne tirjatve, sta dolžna dati gori označeni postavek x. izbrisati in morata plačati tožbene stroške v 14 dneh, da ne bo zvršila.

Drugi slučaj člena XXVIII. cit. zak., da je moči lastnikovo pravico do izbrisa uveljaviti potom uvedbe amortizacijskega postopanja, ne pride v naših slučajih v poštev, ker nasprotuje § 118 zemlj. knj. zak., kjer se zahteva, da se dotična vknjižena pravica ni na noben način uveljavila.

Samo radi popolnosti bodi še omenjeno, da v enem slučaju niti ni treba cesije že plačanega hipotekarnega upnika, da se obvaruje kakemu drugemu prvotna prioriteta za nov dolg; to je slučaj zakona o konvertiranju hipotekarnih dolgov od 14. junija 1888, št. 88 drž. zak., ki omogočuje zemljiškemu lastniku, premeniti svoje stare dolgove, ker zanje veljajo prav neugodni in neracionalni predpisi glede odplačila in odpovedi ter se visoko obrestujejo. To se pa da doseči le z novimi manj obrestovanimi dolgovi, ki se smejo napraviti le pri gotovih, od države urejenih in nadziranih »institutih za zemljiški kredit« (glej Bartsch:

»Grundbuch in seiner praktischen Anwendung«, str. 314, 315, kjer se nahajajo podrobnosti). Te izjemne določbe se seveda ne dajo nikjer drugje vporabiti.

Odgovor na stavljeno vprašanje se torej glasi: »Zastavni dolžnik sploh ne more že plačane, a še neizbrisane hipoteke na prvotnem mestu novemu upniku cediti, če ima kak poznejšnji hipotekarni upnik vknjiženo zastavno pravico za kako zvršljivo tirjatev ali pa če se je na tisto zemljišče uvedlo dražbeno postopanje; v vseh drugih slučajih pa more to storiti, toda cesijonar pridobi le tedaj neovržno pravico iz take cesije, če je bil v dobri veri.



Avancement sodnih uradnikov iz VIII. v VII. čin in dalje.

Avancement sodnih uradnikov sploh zastaja že znatno, kajti po organizaciji l. 1897. je večina starejših uradnikov odpala in ostali so možje v najboljši dobi, katere le še kaka nezgoda premakne z dobrih mest. Imenovano zastajanje se najbolj kaže pri prehodu iz VIII. v VII. čin in so pri tem izvzeti samo okrajni sodniki vsled zakona z dne 3. junija 1894 št. 106 drž. zak. in naslednjih naredeb.

Kakor znano, določa navedeni zakon, da je tretjino okrajnih svetnikov vsakega višjesodnega okrožja imenovati na svojih mestih za deželnosodne svetnike v VII. činovnem razredu. Po naredbi just. ministerstva z dne 5. maja 1897 št. 9839, kos IX. just. nar. lista, se je to delno razmerje nekoliko premenilo — ne čisto pravilno — in ustanovilo vsakemu višjesodnemu okrožju gotovo število svetnikov v VII. činu, kakor predstojnikov okrajnim sodiščem. Vsled omenjenih določil pride vsak okrajni sodnik, ako ni posebnih protivnih razlogov, na svojem starem mestu brez kake prošnje v VII. plačilni razred, ko je bilo odpalo gotovo število njegovih, po činu starejših prednikov. Povod temu, pred vsem gmotnemu poboljšku je bil, da je hotela državna