

Pri tem vprašanju se soočamo z enim od osrednjih torišč zasebnega prava, katerega kompleksnost izhaja iz dejstva, da leži na stičišču obligacijskega in stvarnega prava. Načela, ki sodoločajo to vprašanje, predstavljajo same temelje zasebne lastnine v naših pravnih sistemih.

Kaser, *Compraventa y Transmisión de la Propiedad en el Derecho Romano y en la Dogmática moderna* (1962)

Uvod

Zamisel za temo raziskovalnega dela se mi je porodila jeseni leta 2003, ko sem se na pobudo profesorja Juharta udeležila Poletne šole evropskega zasebnega prava v Salzburgu,¹ katere *leitmotiv* je bila primerjalna analiza obligacijskega in stvarnega prava nekaterih evropskih držav s poudarkom na pravnoposlovnem prenosu lastninske pravice med živimi na premičninah, ki je postavljen na križišče pogodbenega in stvarnega prava.² Na podlagi predstavitev posameznih ureditev in predvsem na podlagi aplikacije pravnih pravil na konkretne primere sem ugotovila, da se sistemi pravnoposlovnega prenosa lastninske pravice med seboj zelo razlikujejo ter da lahko aplikacija enega na posamezni primer vodi celo v diametralno nasprotno rešitev kot aplikacija drugega. Vendar sem ugotovila tudi, da sistemi kljub temeljnim konceptualnim razlikam pogosto vodijo do enakih ali vsaj podobnih rešitev. To sicer zmanjšuje njihovo diametralnost, a na drugi strani poraja vprašanje, zakaj potem niso enaki že v temelju. S temi vprašanji se že nekaj let ukvarja prav organizator poletne šole, Univerza v Salzburgu. Skupaj z graško univerzo tvori delovno skupino za preučevanje prenosa lastninske pravice na premičninah, ki deluje v okviru Študijske skupine za evropski civilni zakonik – *Study Group on European Civil Code*. Področje, ki ga preučuje ta skupina, je danes eno najbolj aktualnih pravnih področij v Evropski uniji.

Razlog za preučevanje obravnavane teme je bil tudi to (zapisano pogumno, a iskreno), da mi instituti, kot so tradicija, razpolagalni pravni posel, modus, titulus, *iusta causa*, stvarnopravna pogodba ipd. med

¹ Summer School on European Private Law. Vsako leto jo priredi salzburška univerza pod vodstvom profesorja Johannes Michaela Rainerja, enega vodilnih evropskih civilistov. Na šoli predavajo ugledni profesorji prava iz številnih evropskih držav, med njimi že vrsto let tudi profesorja ljubljanske pravne fakultete Miha Juhart in Peter Grilc.

² *Contractual transfer of property is located at the cross-roads of contract and property*. Drobnič v: Hartkamp, Hondius (1998), str. 495.

študijem niso bili nikdar v celoti jasni in sem tudi v literaturi (tisti, ki sem jo takrat prebiral) pogosto naletela zgolj na bolj ali manj površne opise njihove vsebine in pomena. Predvsem pa nisem dobila natančnega odgovora na vprašanje, zakaj v nekem pravnem redu lastninska pravica preide na pridobitelja prav v določenem trenutku, kaj je *ratio* zakonodajalca pri izbiri transfernega sistema in kako so se ti sistemi sploh razvili. Ob študiju rimskega in nato slovenskega obligacijskega in stvarnega prava sem bila začudena nad ugotovitvijo, da se s sklenitvijo prodajne kot najpogostejše pogodbe lastnik stvari še ne odreče svoji lastnini, pa tudi nad ugotovitvijo, da plačilo kupnine ni pogoj za prenos lastninske pravice. Tudi zato, ker so se mi zdela vprašanja, povezana s pogodbenim prenosom lastninske pravice, relevantna ne le za pravno teorijo, temveč tudi za vsakdanjo prakso, so me vedno zelo zanimala in sem jih želela natančneje raziskati. Vsak dan namreč kupujemo stvari, pogosto jih tudi prodajamo, predvsem premičnine, pa niti ne vemo, kdaj točno pridobimo oziroma prenesemo lastninsko pravico na stvari, kakšne so posledice sklenitve pogodbe, kakšne izročitve stvari, kaj lahko storimo, če pride naš prodajalec (ali kupec) v stečaj, stvar pa je še pri njem (ali že pri njem, pa še ni plačal kupnine), kaj se zgodi, če že prodano stvar prodamo komu drugemu itd.

Preučujem torej temeljne sisteme pravnoposlovnega prenosa lastninske pravice *inter vivos* na premičninah v Evropi. To so prenosi lastninske pravice na premičnih stvareh, opravljeni med živimi na podlagi pravnega posla. Vprašanj prenosa *mortis causa* se torej posebej ne dotikam. Deloma zato, ker je tema, ki jo obravnavam v delu, sklenjena logična celota, pa tudi zato, ker me primeri pravnoposlovnega prenosa med živimi zaradi dejstva, da v ta razmerja stopamo precej pogosteje, bolj zanimajo. Ker pozornost namenjam pravnoposlovnemu prenosu, tudi ne preučujem večine nederivativnih, torej originarnih načinov pridobitev, npr. priposestovanja, pomešanja, predelave idr. Pa tudi pri pravnoposlovnem prenosu lastninske pravice se največkrat dotikam prodaje kot najpogostejšega in najpomembnejšega pravnega posla ne samo današnjih, temveč tudi preteklih dni. Tudi v pravnih ureditvah je prav prodaja najbolj natančno urejena, pravila, ki jo urejajo, pa se večinoma vsaj smiselno uporabljajo tudi za druge pravne posle. Da bi se izognila preobsežnosti teme, se prav tako ne poglobljam v prenos lastninske pravice na nepremičninah in v prenos drugih pravic. Vendar velja poudariti, da razen elementa publiciranja razpolage in strožjih obličnostnih zahtev tudi na področju nepremičnin glede pogodbenega prenosa veljajo enaka pravila. Čeprav so nepremičnine za vsakega posameznika načeloma pomembnejše od premičnin, ne gre zanemariti

dejstva, da premičnine pridobivamo vsak dan, da tudi vsak dan nastajajo nove in so nedvomno vsaj številčno, če ne celo vrednostno, prevladujoči predmet vseh blagovnih transakcij, v zadnjem času pa tudi predmet najrazličnejših oblik stvarnopravnih zavarovanj, med drugim prenosa lastninske pravice v zavarovanje. Prodaja oziroma nakup premičnin praviloma poteka v odsotnosti odvetnika oziroma pravnika, kar povečuje možnosti napačnih odgovorov na navedena vprašanja in s tem napačnega razumevanja vsebine transferne ureditve. Poleg tega nekatere premičnine dosegajo visoke vrednosti, predvsem pa imajo danes, v obdobju recesije in zmanjšane kupne moči prebivalstva ter še vedno vrtoglavih cen nepremičnin, tudi običajne premičnine večjo (četudi zgolj subjektivno) vrednost za posameznike, zaradi česar maksima *res mobilis, res vilis* ne zdrži več vedno, pa tudi, kot pojasni Maitland, *not even in the feudal age did men eat or drink land*.³ Poleg tega je blagovni promet kot celota, tako notranji kot mednarodni, pomemben del vseh transakcij. Ureditev derivativnega prenosa na premičninah ima tudi širše implikacije, saj spremembe pripadnosti materialnih sredstev pospešujejo njihovo optimalno rabo, od katere je odvisna tržna ekonomija.⁴ Ker so temeljni pojmi iz naslova dela (lastninska pravica, premičnina, derivativni prenos lastninske pravice itd.) tako v tuji kot slovenski teoriji in sodni praksi že do podrobnosti izkristalizirani, njihovih definicij in vsebine v izognitev preobsežnosti in ponavljanju že zapisanega prav tako ne bom posebej predstavljal, temveč bom takoj prešla k biti naloge, torej obravnavi transfernih sistemov.

Namen dela je predvsem predstaviti temeljne sisteme pogodbene pridobitve lastninske pravice na premičninah v Evropi. V tem okviru želim primarno raziskati predpostavke pravnoposlovnega prenosa lastninske pravice. Te se v različnih pravnih redih razlikujejo, pa tudi v ureditvah, ki sodijo v isti transferni sistem, niso vedno identične ali vsaj ne percipirane na enak način. Pogosto ni jasno, ali je razpolagalni pravni posel sinonim za izročitev ali sta to dva različna akta, ali tudi konsenzualni sistemi poznajo dvojnost pravnih poslov (zavezovalnega in razpolagalnega), mnenja se krešejo tudi ob vprašanju, ali se v tradicijskih sistemih lastninska pravica prenese že s sklenitvijo razpolagalnega posla ali je vendarle potrebna še tradicija itd. Želim ugotoviti predvsem, kako so v temeljnih sistemih uveljavljeni enotno oziroma ločitveno načelo, abstraktno oziroma kavzalno načelo ter tradicijsko oziroma netradicijsko načelo. Poleg samih predpostavk pravnoposlovnega prenosa lastninske pravice med živimi, torej aktualne ureditve držav, ki so vodilne

³ Pollock, Maitland, str. 149.

⁴ Drobnig v: Hartkamp, Hondius (1998), str. 495.

predstavnice posameznega transfernega sistema, želim raziskati tudi zgodovinski razvoj posameznih transfernih sistemov in njihovo umešitev oziroma pogojenost s sociopolitičnimi razmerji časa, v katerem so nastajali, ter s tem poskusiti razumeti njihov smoter oziroma razloge za nastanek njihove vsebine. Kot je zapisal priznani profesor evropskega civilnega in stvarnega prava van Erp, je stvarno pravo ena od pravnih vej, v katerih je pravnozgodovinska primerjalna metoda *conditio sine qua non* za razumevanje obstoječih ureditev in razlik med njimi.⁵ Ob primerjalnopравни analizi sistemov želim predstaviti tudi njihove prednosti in slabosti ter na podlagi tega poskusiti najti odgovor na vprašanje, kakšen sistem bi bil optimalen v evropskem pravnem prostoru. Ker v Evropi trenutno obstajajo trije različni temeljni sistemi ter mnogo njihovih izpeljank oziroma kombinacij, nameravam – predvsem glede na to, da so predlogi za poenotenje evropskega zasebnega prava v okviru Evropske unije zajeli tudi področje prenosa lastninske pravice na premičninah – poskusiti ugotoviti tudi, ali je znotraj Evropske unije to področje potrebno oziroma smiselno poenotiti. Da ne bi bilo delo zgolj teoretične narave, ki je zaradi izbrane teme zelo močno izražena, želim raziskati tudi poznavanje transfernega sistema v vsakdanjem življenju ter razumevanje predpostavk prenosa in drugih s prenosom lastninske pravice povezanih vprašanj pri laikih, gospodarstvu in drugih, ki se vsakodnevno srečujejo s temi vprašanji.

Kako in kdaj preide lastninska pravica na premičnini z odsvojitelja na prejemnika, kakšne so posledice podpisa pogodbe, plačila kupnine, izročitve stvari ipd. na lastninskopravno razmerje med strankama, kateri od več v Evropi veljavnih sistemov je najprimernejši, kako so se ti sistemi sploh razvili in kaj je bil cilj določitve takšnih ali drugačnih elementov za predpostavke prenosa ter ali in kako v Evropski uniji poenotiti način prenosa lastnine na premičninah, so teme, ki me zanimajo že ves čas mojega pravnega izobraževanja. Zato sem se odločila – navedena poletna šola pa je bila povod za to – poiskati odgovore na zastavljena vprašanja in jih predstaviti v monografiji. Zaradi omejenosti prostora nekateri deli obravnavane tematike sicer niso razdelani v takšnem obsegu, kot bi si želela, a vendarle upam, da mi je naloga uspela vsaj v toliko, da bo pri bralcu spodbudila razmišljanje in vodila v konstruktivno diskusijo o predstavljeni vsebini.

⁵ Van Erp.

Kazalo

1. Temeljna delitev sistemov pogodbenega prenosa pridobitve lastninske pravice na premičninah v Evropi	17
1.1. Delitev na konsenzualni in tradicijski sistem	18
1.2. Delitev na enotni in ločitveni sistem	24
1.3. Delitev na kavzalni in abstraktni sistem.....	28
2. Ureditev pogodbenega prenosa lastninske pravice v predkodifikacijskem pravu	33
2.1. Rimsko pravo.....	33
2.1.1. Delitev stvari in lastnine.....	34
2.1.2. Pomen oblike pravnega posla v rimskem pravu	37
2.1.3. Načini derivativnega prenosa lastninske pravice na stvareh.....	38
2.1.3.1. Mancipacija	38
2.1.3.2. In iure cessio	42
2.1.3.3. Tradicija	44
2.1.3.3.1. Pomen tradicije v različnih obdobjih rimskega prava	46
2.1.3.3.2. Pogoji za prenos lastninske pravice s tradicijo	49
2.1.4. Sklep.....	65
2.2. Mnenja glosatorjev in komentatorjev	67
2.3. Učenje o titulusu in modusu.....	73
2.4. Kodifikacijsko obdobje.....	77
3. Razvoj in vsebina modernih sistemov pogodbenega prenosa lastninske pravice	79
3.1. Nemški abstraktni tradicijski sistem	80
3.1.1. Razvoj	80

3.1.1.1.	Obdobje do 19. stoletja – teorija o titulus in modusu	80
3.1.1.2.	Prva polovica 19. stoletja – unifikacijske tendence in zgodovinska šola prava	81
3.1.1.2.1.	Abstraktni sistem alias F. C. von Savigny	83
3.1.1.3.	Oblikovanje BGB	90
3.1.1.4.	Nacionalsocialistična ideologija	100
3.1.1.5.	Delitev Nemčije	102
3.1.1.5.1.	Zahodna Nemčija	102
3.1.1.5.2.	Vzhodna Nemčija	104
3.1.1.6.	Padec Berlinskega zidu	111
3.1.1.7.	Nadaljnji razvoj	112
3.1.2.	Veljavna ureditev v Zvezni republiki Nemčiji	113
3.1.2.1.	Načelo ločitve	114
3.1.2.2.	Pogodba o prenosu lastninske pravice	116
3.1.2.2.1.	Predmet prenosa	116
3.1.2.2.2.	Oblika	117
3.1.2.2.3.	Pogoj	117
3.1.2.2.4.	Trajanje prenosne volje	118
3.1.2.3.	Abstraktno načelo	118
3.1.2.3.1.	Izjeme od abstraktnega načela	121
3.1.2.3.2.	Posledice učinkovanja abstraktnega načela – prenosnikov kondicijski zahtevki	129
3.1.2.3.3.	Varstvo tretje osebe	133
3.1.2.4.	Abstraktno in ločitveno načelo de lege ferenda	141
3.1.2.4.1.	Vpliv nemške abstraktnosti na druge ureditve	143
3.1.2.5.	Tradicijsko načelo	147
3.1.2.5.1.	Načini izročitve	150
3.1.2.5.2.	Izjeme od temeljnega tradicijskega načela	150
3.1.2.5.3.	Posebna ureditev za plovila	157
3.1.2.6.	Tradicijsko načelo de lege ferenda	159
3.1.3.	Sklep	161
3.2.	Francoski konsenzualni sistem	162
3.2.1.	Razvoj	162
3.2.1.1.	Obdobje od 5. stoletja do konca 18. stoletja – ancien droit	162
3.2.1.2.	Konec 18. stoletja – priprava civilnega zakonika	170
3.2.1.3.	Vpliv Code civil na druge zakonodaje	175

3.2.1.4.	Razvoj angleškega konsenzualizma.....	176
3.2.2.	Veljavna ureditev v Republiki Franciji	178
3.2.2.1.	Konsenzualno načelo.....	178
3.2.2.1.1.	Temeljno o načelu	178
3.2.2.1.2.	Angleški SGA.....	180
3.2.2.1.3.	Tradicija kot del pogodbe	182
3.2.2.1.4.	Posledice konsenzualnosti	183
3.2.2.1.5.	Izjeme od načela konsenzualnosti	184
3.2.2.2.	Enotno načelo	192
3.2.2.3.	Kavzalno načelo	194
3.2.2.4.	Francoski sistem de lege ferenda	195
3.2.2.4.1.	Projekt Catala	198
3.2.3.	Sklep	201
3.3.	Avstrijski sistem kavzalne tradicije	202
3.3.1.	Razvoj	202
3.3.1.1.	Ureditev do 19. stoletja – teorija o titulusu in modusu.....	202
3.3.1.2.	Oblikovanje ODZ.....	202
3.3.1.3.	Nadaljnji razvoj	206
3.3.1.4.	Vpliv ODZ na današnje ureditve	207
3.3.2.	Veljavna ureditev v Republiki Avstriji.....	209
3.3.2.1.	Ločitveno načelo	211
3.3.2.1.1.	Pravna podlaga	211
3.3.2.1.2.	Pridobitni način	212
3.3.2.1.3.	Razpolagalni pravni posel	215
3.3.2.2.	Kavzalno načelo	227
3.3.2.2.1.	Spor o razmerju med podlago in prenosom v drugi polovici 19. stoletja	227
3.3.2.2.2.	Aktualno stališče	231
3.3.2.2.3.	Izjeme od kavzalnosti.....	233
3.3.2.3.	Tradicijsko načelo	234
3.3.2.3.1.	Izjeme od tradicijskega načela	236
3.3.3.	Plačilo kupnine	238
3.3.4.	Sklep.....	239
3.4.	Slovenski sistem kavzalne tradicije	240
3.4.1.	Razvoj.....	241
3.4.1.1.	Pred letom 1980	241
3.4.1.2.	Med letoma 1980 in 2003 – ZTLR	246

3.4.1.2.1.	Tradicijsko načelo	247
3.4.1.2.2.	Ločitveno načelo ali učenje o titulusu in modusu. ...	247
3.4.1.2.3.	Abstraktno ali kavzalno načelo	248
3.4.1.3.	Oblikovanje SPZ	255
3.4.2.	Veljavna ureditev v Republiki Sloveniji	258
3.4.2.1.	Ločitveno načelo.	261
3.4.2.1.1.	Zavezovalni pravni posel	262
3.4.2.1.2.	Razpolagalni pravni posel	263
3.4.2.2.	Kavzalno načelo	273
3.4.2.2.1.	Izjeme od kavzalnosti	276
3.4.2.2.2.	Posledice kavzalnosti	277
3.4.2.3.	Tradicijsko načelo	277
3.4.2.3.1.	Pridobitni način	277
3.4.2.3.2.	Načini izročitve	281
3.4.2.3.3.	Izjeme – registracija nekaterih premožnin.	282
3.4.2.4.	Plačilo kupnine	284
3.4.3.	Sklep	287
4.	Poenotenje prenosa lastninske pravice na premožninah	289
4.1.	Posledice raznolikosti transference sistemov.	289
4.2.	Poskusi poenotenja na področju mednarodne prodaje blaga	291
4.2.1.	Poenotenje kolizijskih pravil	291
4.2.2.	Poenotenje merodajnega prava.	293
4.2.2.1.	Sodna praksa v zvezi s členom 4(2)(b) CISG	297
4.3.	Poenotenje pravnoposlovnega prenosa lastninske pravice na premožninah v EU	300
4.3.1.	Poenotenje evropskega zasebnega prava.	300
4.3.2.	Poenotenje stvarnega prava v EU	303
4.3.3.	Poenotenje pogodbenega prenosa lastninske pravice na premožninah	308
4.3.3.1.	Delovna skupina za pripravo knjige VIII DCFR.	308
4.3.3.2.	Predlagana ureditev pogodbenega prenosa lastninske pravice na premožninah	315
4.3.3.3.	Analiza predlagane ureditve	320
4.3.3.3.1.	(Ne)unitarni koncept	321
4.3.3.3.2.	Dispozitivno tradicijsko načelo	322
4.3.3.3.3.	Načelo registracije	328

4.3.3.3.4.	Kavzalno načelo	329
4.3.3.3.5.	Enotno načelo	331
4.3.3.3.6.	Večkratna zaveza k prenosu lastninske pravice.....	335
4.3.3.3.7.	Prenos v primeru verige transakcij	336
4.3.3.3.8.	Dobroverna pridobitev premičnine	336
4.3.3.4.	Posledice morebitnega poenotenja	338
4.3.4.	Sklep.....	347
5.	Poznavanje in razumevanje ureditve pogodbenega prenosa lastninske pravice na premičninah pri laični, poslovni in strokovni javnosti.	349
5.1.	Študenti Pravne fakultete Univerze v Ljubljani	351
5.2.	Evropski sodniki in notarji.	352
5.3.	Splošna javnost.	354
5.4.	Poslovna praksa	356
6.	Sklepne ugotovitve	361
	Literatura	377
	Zakonodaja, pripravljalni akti in sodna praksa	395
	Imensko kazalo	403
	Stvarno kazalo	407
	Abstract	415

1. Temeljna delitev sistemov pogodbenega prenosa pridobitve lastninske pravice na premičninah v Evropi

Prvo teorijo o prenosu lastninske pravice v pravem pomenu besede je razvil F. C. von Savigny s svojimi učenci v prvih desetletjih 19. stoletja, ko se je opredelil za abstraktni tradicijski sistem, ki je še vedno uveljavljen v Nemčiji in (večinoma po nemškem vzoru) v nekaj drugih državah. Pred tem delitev na sisteme in z njimi povezanih teorij sicer niso poznali, vendar so se z vprašanji prenosa lastninske pravice in predpostavkami zanj ukvarjali vsaj že od antičnega Rima. In ugotovili bomo, da je – tako kot večinoma tudi na drugih področjih – rimsko pravo (še vedno) temelj modernih ureditev prenosa lastninske pravice ne samo v evropskem pravnem prostoru, temveč bodisi na podlagi kolonizacije bodisi na podlagi prostovoljne recepcije evropske zakonodaje iz potrebe po odprtju svetovni trgovini tudi marsikje drugod.

Danes poznamo dve temeljni delitvi prenosnih sistemov: delitev na konsenzualne (translativne) in tradicijske sisteme glede na to, v katerem trenutku lastninska pravica preide s prenosnika na pridobitelja ter delitev na kavzalne in abstraktne sisteme glede na to, v kakšnem razmerju sta zavezovalni in razpolagalni pravni posel. Poleg teh bi lahko dodali še delitev na ločitvene in enotne sisteme, ki se razlikujejo po tem, ali sta temeljni obligacijskopравни in stvarnopravni posel med seboj ločena ali ne (če ju sistemi v tem smislu sploh poznajo). V evropskem pravnem prostoru so glede na kombinacijo možnosti navedenih delitev uveljavljeni predvsem trije sistemi pogodbenega prenosa lastninske pravice na premičninah: konsenzualni, tradicijski kavzalni in tradicijski abstraktni sistem. Kot bo predstavljeno v nadaljevanju, poznajo v nekaterih državah vzporedno celo več različnih transference sistemov glede na vrsto premičnine in tudi glede na vrsto pravnega razmerja (nekateri avtorji ta pristop imenujejo deljeni, *split approach*,

v nasprotju z enotnim pristopom, *uniform approach*, pri katerem za vse vrste transakcij oziroma položajev velja enako prenosno pravilo).⁶

1.1. Delitev na konsenzualni in tradicijski sistem

Delitev na konsenzualni in tradicijski sistem izhaja iz vprašanja, kdaj se lastninska pravica prenese s prenosnika na pridobitelja. Če preide že v trenutku sklenitve pogodbe o prenosu, tj. *solo consensu* (naj bo to že samodejno s sklenitvijo same temeljne pogodbe, ki ima tudi stvarnopravne učinke, ali šele s sklenitvijo od obligacijske pogodbe ločenega stvarnopravnega posla), in ni potreben nikakršen nadaljnji akt (tradicija), govorimo o konsenzualnem (translativnem, pogodbenem)⁷ sistemu. Ker sklenitev pogodbe povzroči spremembo stvarnopravnega stanja (konsenzualni sistem se zato pogosto označuje kot translativni učinek obligacij, *effet translatif des obligations*),⁸ se v njem pogodbeno in stvarno pravo najbolj prepletata. Če pa se za prenos lastninske pravice zahteva še izročitev (tradicija) kot zunanja poočitev prenosa, nekakšen akt publicitete, ki fizično prenese stvar (posest) na pridobitelja in torej v njegovo sfero, pa govorimo o tradicijskem sistemu.⁹

Razlikovanje konsenzualnega in tradicijskega sistema postane očitno, ko se sklenitev pogodbe in prenos posesti na stvari časovno ne ujemata. Sicer namreč lastninska pravica v obeh sistemih preide v istem trenutku in zato ne pride do temeljnih razlikovalnih rezultatov kot posledice različnega trenutka prenosa lastninske pravice in obstoja časovnega obdobja, v katerem je po konsenzualnem sistemu lastninska pravica že prenesena na pridobitelja, po tradicijskem pa še ne.

Vprašanje, kdaj po mnenju strank lastninska pravica preide in kakšen pomen pri tem imajo trenutek sklenitve obligacijske pogodbe, trenutek sklenitve stvarnopravne pogodbe ter trenutek tradicije, je gotovo eno najtežjih vprašanj prenosnega sistema. Ali torej tradicijski oziroma konsenzualni sistem ustreza predstavam ljudi, ali tudi oni izročitev oziroma sklenitev pogodbe štejejo za trenutek, ko prenehajo biti oziroma postanejo lastniki? Kdaj na časovnici se nekdo miselno odreče svoji

⁶ Tako npr. Hästad v: Drobnig, Snijders, Zippro, str. 38.

⁷ Nemško *Konsensualprinzip*, *Vertragsprinzip*. Krulj, str. 13, npr. uporablja poleg izrazov *konsensualistički sistem* in *princip ugovora* še izraza *sistem čistog ugovornog principa* in *princip saglasnosti volja ugovornih strana*.

⁸ It. *contratti con effetti reali*, port. *contrato com eficácia real*.

⁹ Krulj, str. 13, zato, ker se tudi v tradicijskih sistemih poleg tradicije zahteva še sklenitev pogodbe, tradicijske sisteme poimenuje *sistemi povezivanja principa ugovora* in *principa predaje*.

lastnini, tj. kdaj se »počuti«, da ni več lastnik, je težko reči. Morda bo k oblikovanju odgovora na ta vprašanja pripomogla analiza anket o prenosu lastninske pravice, ki bo predstavljena na koncu monografije.

Že na tem mestu je treba poudariti – in prav to je laikom navadno najmanj razumljivo oziroma najbolj nestvarno – da se prenosni sistemi med seboj ne razlikujejo po tem, kako (v primeru prodaje) na prenos vpliva plačilo kupnine oziroma da plačilo kupnine na prenos sploh ne vpliva (z izjemo južnoafriškega prava npr.).¹⁰ V nekaterih obdobjih rimskega prava in tudi pozneje (npr. po običajnem francoskem pravu prodaje zemljišč) je plačilo kupnine sicer bilo pogoj za prenos lastninske pravice, vendar danes prenosa lastninske pravice prav noben moderni evropski sistem (z izjemo vzhodnonemškega ZGB, ki je plačilo kupnine določal kot dispozitivno prenosno predpostavko) ne veže na trenutek plačila kupnine (brez posebnega dogovora o tem, ki pa je na drugi strani v praksi zelo pogost), temveč ga veže bodisi na trenutek sklenitve pogodbe bodisi na trenutek izročitve stvari. Prav zaradi uveljavljenosti lastninskega pridržka v praksi so v Franciji ob reformiranju Code civil v zadnjih letih že poskusili uvesti plačilo kupnine kot pogoj za prenos lastninske pravice, a doslej neuspešno, podobni predlogi so bili v sedemdesetih letih tudi v Avstriji. V običajnih civilnopravnih, predvsem potrošniških razmerjih zaradi načela sočasnosti izpolnitve trenutek izročitve oziroma dobave (in s tem prenosa lastninske pravice) ter trenutek plačila kupnine že sicer sovpadata, kar je razlog za splošno prepričanje, da je plačilo kupnine pogoj za prenos lastninske pravice. V poslovnem svetu pa se načelo sočasnosti izpolnitve v smislu dobava – plačilo ne izrazi, saj je blago pogosto dobavljeno, a še ne plačano, vendar je v teh primerih prav tako pogost dogovor o lastninskem pridržku, ki kljub dobavi zadrži prenos lastninske pravice do plačila, in v tem smislu je načelo sočasne izpolnitve vendarle aktivirano (če kot izpolnitev prodajalca razumemo prenos lastninske pravice, zgolj dobave) in je verjetno razlog, da tudi gospodarski subjekti plačilo kupnine razumejo kot predpostavko prenosa. Glede na navedeno se zastavlja vprašanje, zakaj plačilo kupnine tudi *de iure* ni predpostavka, če je v večini primerov (kolikor to razmišljanje drži) *de facto*.

Temeljni namen tradicijskega sistema je pripis lastninske pravice tistemu, ki ima tudi nadzor nad stvarjo, tega pa ima tisti, ki ima stvar v posesti. V primitivnih ureditvah se zaradi pomena posesti pojma posest in lastnina niti nista razlikovala, saj je posest pome-

¹⁰ Glej Christie, str. 46; van der Merwe, Du Plessis, str. 214, 215.

nila lastnino.¹¹ Čeprav zaradi gospodarskega in s tem pogodbenega razvoja ta dva pojma že dolgo nista več sinonima, je v predstavah veliko ljudi pridobitev oblasti nad stvarjo danes še vedno ključni znak pridobitve lastninske pravice, saj omogoča uporabo stvari in razpolaganje z njo. Zaradi splošne predstave, da je posestnik stvari njen lastnik, tudi večina zakonodaj na področju premoženja na posest veže domnevo lastništva – kdor ima na premoženju posest, se šteje za lastnika te stvari. Tej percepciji najbolj logično sledi sklep, da se lastninska pravica prenese v trenutku pridobitve posesti nad stvarjo, torej v trenutku izročitve.

Razlog, da tradicijski sistemi prenos lastninske pravice vežejo na izročitev premoženja, je tudi v tem, da je izročitev premoženja navzven zaznaven akt. V tradicijskih sistemih tako prenos lastninske pravice kot pravice z učinkom *erga omnes* sovpada s trenutkom, ko je prenos publiciran nasproti tretjim osebam. Na drugi strani pa se v konsenzualnih sistemih lastninska pravica prenese (in načeloma učinkuje na vse) že v trenutku sklenitve pogodbe, ki ni navzven zaznaven. S tem se ogroženo načelo pravne varnosti oziroma tendenca izenačenja pravnega, formalnega na eni in dejanskega stanja na drugi strani.

Čeprav trenutek prenosa lastninske pravice in trenutek prehoda nevarnosti naključnega uničenja ali poškodovanja stvari ne sovpadata vedno,¹² je razlog, da je izročitev pogoj za prenos, verjetno tudi to, da naj pridobitelj šele takrat, ko ima nad stvarjo lahko nadzor, nosi to breme (in šele ko nosi breme, naj bo tudi lastnik stvari). S tem se je krog tradicijskih sistemov odmaknil od starorimske ureditve, po kateri nevarnost preide že v trenutku sklenitve prodajne pogodbe (*periculum est emptoris*). Poleg tega se z zahtevo po prenosu posesti premoženja zagotavlja, da je prenos lastninske pravice jasno razviden navzven, kar pripomore tudi k varnosti pravnega prometa. Na drugi strani pa je bil v konsenzualnih sistemih eden od razlogov za pripis lastninske pravice kupcu že v trenutku sklenitve pogodbe prav to, da naj postane lastnik že takrat, ko nanj preide nevarnost, to pa je v skladu s starorimsko ureditvijo, ki ji države s konsenzualnim sistemom v tem delu sledijo, že v trenutku sklenitve prodajne pogodbe.¹³

¹¹ Jeroscheg, str. 59 in nasl.

¹² V Evropi prevladujeta dva sistema prehoda rizika: prvi prehod rizika veže na trenutek prenosa lastninske pravice (npr. francoski, angleški), drugi pa ju obravnava ločeno (npr. skandinavski, ameriški, tudi avstrijski in slovenski). Več o tem glej npr. Jeroscheg, str. 298; Krulj, str. 28 in 37.

¹³ Rainer v: von Bar, Drobnig, str. 329. Več o razmerju med prenosom lastninske pravice in prehodom rizika glej tudi Faber v: Faber, Lurger, str. 64–66.

Tradicijski sistem na eni strani s tem, ko navzven izkazuje prenos lastninske pravice, bolje služi varnosti v pravnem prometu, je bolj transparenten, vendar na drugi strani pravni promet ovira in verjetno tudi ni toliko skladen z voljo pogodbenih strank, kot velja za konsenzualni sistem, saj prenos lastninske pravice šele sledi sklenitvi pogodbe, stranki pa verjetno navadno želita (in pogosto tudi v tradicijskem sistemu mislita), da lastninska pravica preide takoj ob sklenitvi pogodbe, saj jo s tem namenom skleneta. Poleg tega v tradicijskem sistemu, ki temelji na izročitvi, torej prenosu posesti, posest ni vedno kazalec lastninske pravice, saj ima lahko nekdo stvar v posesti na podlagi najema, posodbe ipd., prav tako pa se lahko lastninska pravica v nekaterih primerih prenese tudi brez prenosa posesti (npr. s posestnim konstitutom), kar v samih tradicijskih sistemih zmanjšuje pomen tradicije in jih zato v tem delu približuje konsenzualnemu načelu.

Če delitev na konsenzualni in tradicijski sistem pojmuje, kot je bilo navedeno (in tako jo pojmuje večina avtorjev),¹⁴ potem lahko navedemo, da poznajo konsenzualni sistem danes npr. v Franciji,¹⁵ kjer se je tudi razvil, bolj ali manj po francoskem vzoru pa je konsenzualni sistem uveljavljen še v Italiji,¹⁶ Belgiji,¹⁷ Luksemburgu,¹⁸ na Portugalskem,¹⁹ tudi na Poljskem²⁰ ter predvsem v okviru *Sale of Goods Act* (SGA) v Angliji, Walesu in Severni Irski, tudi na Škotskem²¹ in na Irskem,²² po britanskem vzoru tudi v ameriškem pravu.²³ Pozna jo ga tudi na Finskem, Danskem in Švedskem (na področju varstva potrošnikov),²⁴ čeprav zaradi funkcionalnega pristopa v skandinavskih

¹⁴ Npr. Wolf, str. 119; Drobnig, Snijders, Zippro, str. 5; Verstijlen v: Drobnig, Snijders, Zippro, str. 18; Sagaert v: Faber, Lurger, str. 10.

¹⁵ Člen 1583 Code civil.

¹⁶ Člena 1376 in 1470 Codice Civile.

¹⁷ Člen 1583 Code civil/Burgerlijk Wetboek.

¹⁸ Člen 1583 Code civil.

¹⁹ Člen 408 (1) Código Civil.

²⁰ Člen 155 Kodeks Cywilny.

²¹ Glej člene 16–18 SGA. O prevzemu angleškega SGA na Škotskem, Severnem Irskem in v Walesu glej Hahn, str. 9.

²² Irski SGA iz leta 1893 pozna v izhodišču angleškemu SGA identične določbe. Glej DCFR, Full Edition, str. 4450.

²³ Ameriški zvezni Uniform Commercial Code iz leta 1962 je v primerjavi s predhodnim zakonikom iz leta 1906, ki je glede vprašanja prenosa lastninske pravice na blagu v celoti sledil angleškemu SGA, deloma odstopil od konsenzualnosti. Več o tem glej Krulj, str. 36–42.

²⁴ Sprva je na Švedskem prevladovalo konsenzualno načelo, v 20. stoletju pa je s sodno prakso prišlo v ospredje tradicijsko načelo v vseh tistih primerih, ko je bil mogoč prenos posesti ali drugačno obveščanje tretjih, konsenzualno načelo pa je ostalo relevantno le še v nekaterih specialnih primerih – vse do leta 2005, ko so ga (vnovič) uveljavili na

državah težko govorimo, da sledijo eni ali drugi transferni različici. Vendar se tudi konsenzualni sistemi med seboj razlikujejo in jih lahko zaradi njihovih posebnosti razvrščamo na angleški, francoski (romanski) in skandinavski tip konsenzualnega sistema.²⁵ Pri angleškem, ki se bolj ali manj intenzivno kaže tudi v valižanski, severnoirski, irski, škotski (na področju prodaje blaga) in ciprski ureditvi, je npr. pri prodaji blaga, kjer je uveljavljen konsenzualizem, kot trenutek prenosa lastninske pravice bolj kot trenutek sklenitve pogodbe poudarjen namen strank o tem, kdaj naj lastninska pravica preide (po razlagalnih pravilih SGA je to načeloma sicer v trenutku sklenitve pogodbe, zato angleški sistem v tem delu prav tako velja za konsenzualnega).²⁶ Prav tako specifične so zaradi svojega funkcionalnega pristopa k transfernemu sistemu kot posledice skandinavskega realizma tudi ureditve v skandinavskih državah.²⁷

V preostalih državah, npr. v Nemčiji,²⁸ Avstriji,²⁹ Švici,³⁰ Španiji,³¹ Estoniji,³² Grčiji,³³ Sloveniji,³⁴ na Hrvaškem,³⁵ Nizozemskem,³⁶ Madžarskem,³⁷ pa je uveljavljen tradicijski sistem. Uveljavljen je bil tudi v Prusiji in Vzhodni Nemčiji.³⁸ Tradicija je bila v rimskem pravu vsaj od Justinijana (527–565 n. št.) naprej edini pravnoposlovni način prenosa lastnine in pod vplivom rimskega prava so tradicijski sistem v stoletjih, ki so sledila, uveljavili na domala vseh evropskih območjih, tudi tam, kjer danes poznajo konsenzualno načelo. Pri tem je treba poudariti, da

področju potrošniške prodaje (par. 49 zakona o potrošniški prodaji). Švedsko vrhovno sodišče se v zadnjih letih zavzema za splošno uveljavitev konsenzualnega načela. Več o tem glej Martinson, str. 56 in nasl.; DCFR, Full Edition, str. 4381, 4443 in 4452.

²⁵ Hahn, str. 9.

²⁶ Več o tem glej Faber, Lurger (Volume 2); DCFR, Full Edition, str. 4449–4451.

²⁷ Čeprav so se skandinavske države oziroma njihovi voditelji in pravniki v 17. in 18. stoletju močno naslonili na kontinentalno, predvsem nemško pravno znanost, so se od 18. in 19. stoletja naprej kot posledica politične izolacije skandinavskih držav njihovi sistemi razvijali izolirano, na področju stvarnega prava so celo začeli kritizirati rimsko-kontinentalni institut lastninske pravice in razvili funkcionalni pristop obravnave vprašanj stvarnega prava. Več o tem glej Rainer (Europäisches Privatrecht), str. 241; DCFR, Full Edition, str. 4259–4263.

²⁸ Par. 929 BGB.

²⁹ Par. 426 ODZ.

³⁰ Člen 714 ZGB.

³¹ Člena 609 in 1095 Código Civil.

³² Par. 92 (1) Asajaðigússeadur (stvarnopravni zakonik).

³³ Člen 1034 Astikos Kodikas (civilni zakonik).

³⁴ Člen 60 SPZ.

³⁵ Člen 116 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

³⁶ Člen 3:84 Burgerlijk Wetboek.

³⁷ Par. 117 (2) civilnega zakonika.

³⁸ ALR I 9 par. 3; I 10 par. 1; par. 25, 26 ZGB.