

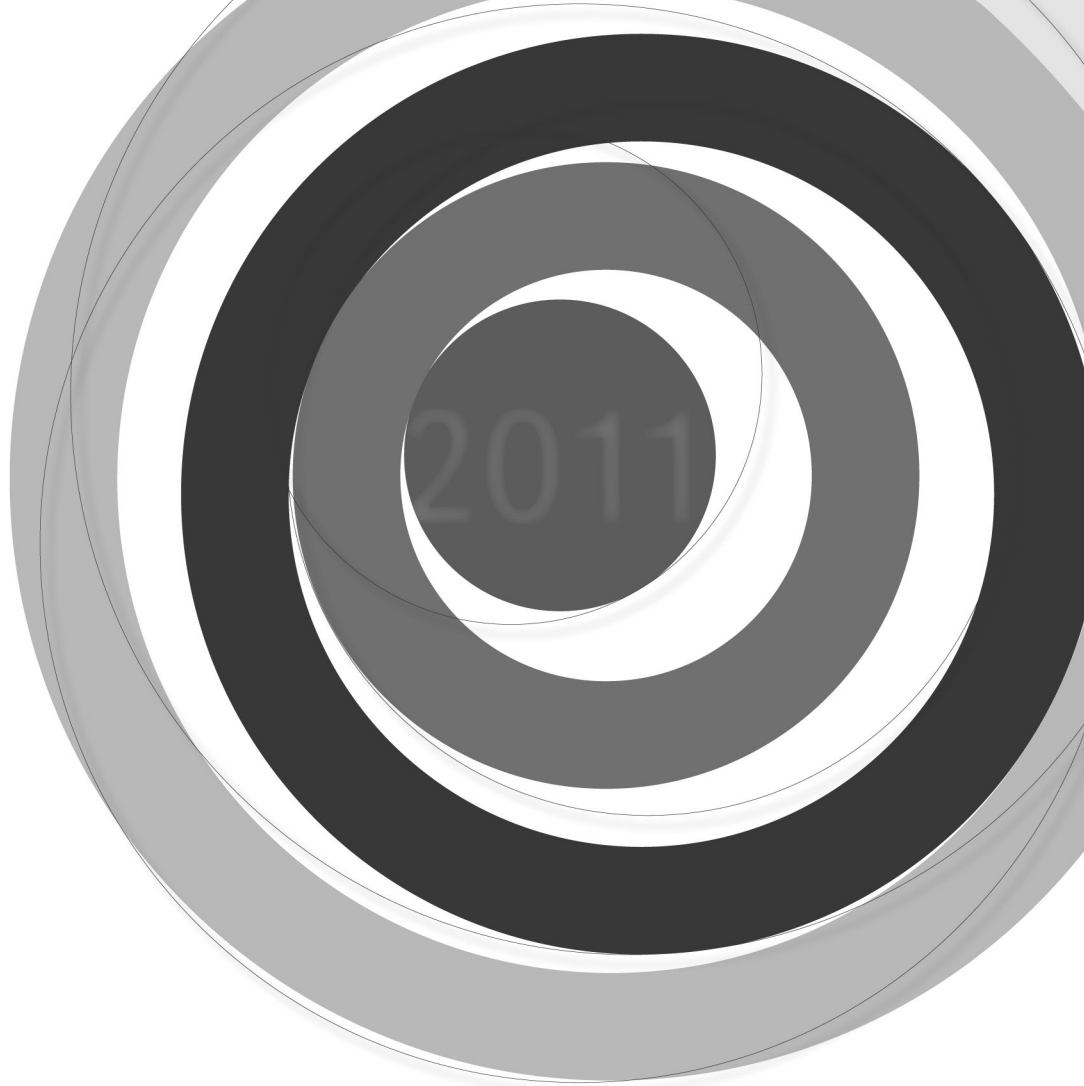


Sponzor



Medijski sponzor





Pravni letopis 2011

*Znanstvena revija Inštituta za primerjalno
pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani*

ij inštitutzapimerjalnopravo

Izdal

Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

Založila

GV Založba, d. o. o.

Uredniški odbor:

odgovorni urednik: dr. Lojze Ude

sekretar: dr. Matija Damjan

člani: mag. Nina Betetto, dr. Bojan Bugarič, dr. Marko Ilešič, dr. Miha Juhart,
dr. Jernej Sekolec, Jan Zobec

Članki v publikaciji so recenzirani.

Izdajo Pravnega letopisa je sofinancirala
Javna agencija za knjigo Republike Slovenije.

© Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani. Vse pravice pridržane. Brez pisnega dovoljenja je prepovedano reproduciranje, distribuiranje, javna priobčitev, predelava ali druga uporaba tega avtorskega dela in njegovih delov v kakršnemkoli obsegu ali postopku, vključno s fotokopiranjem, tiskanjem ali shranitvijo v elektronski obliki.

Oblikovanje in računalniški prelom

Anja Tavčar

Tisk

Demat, d. o. o.

Ljubljana

Naklada

250 izvodov

Cena z DDV

38,00 EUR

Naročila

tel.: 01 30 91 821

faks: 01 30 91 815

Ljubljana 2011

ISSN 1855-5861

Kazalo

I. NEVELJAVNOST PRAVNIH POSLOV

- 9 Ničnost pravnega posla zaradi nasprotovanja prisilnim predpisom
Miha Juhart
- 19 Pravne posledice ničnosti pogodbe (o nekaterih problemih kondikcijskih zahtevkov)
Mile Dolenc
- 33 Gospodarska/finančna kriza kot spremenjena okoliščina
Peter Grilc
- 47 Izpodbojnost pravnih poslov
Ada Polajnar Pavčnik
- 57 Razdor, odpoved in odstop od pogodbe
Damjan Možina

II. ZAVAROVANE TERJATVE V IZVRŠILNEM IN INSOLVENČNIH POSTOPKIH

- 77 Pravne podlage za nastanek ločitvene pravice
Saša Prelič
- 83 Uveljavljanje ločitvenih pravic v insolvenčnih postopkih
Lojze Ude
- 91 Vpliv insolvenčnih postopkov na ločitvene pravice, pridobljene v izvršbi
Vladimir Balažič
- 97 Razmerje med ločitveno in izločitveno pravico pri gradnji in prodaji stanovanj
Nina Plavšak
- 109 Uveljavljanje ločitvenih pravic zunaj sodnega postopka
Uroš Ilić

III. UVELJAVLJANJE PRAVIC V ČEZMEJNIH RAZMERJIH

- 133 Priznanje in izvršitev tujih sodnih odločb v Republiki Sloveniji
Dragica Wedam Lukić
- 153 Novosti v evropskem družinskem pravu – nova ureditev v preživninskih zadevah
Barbara Novak

177 **Evropsko (mednarodno zasebno) dedno pravo**
Viktorija Žnidaršič Skubic

191 **Sporazum o pristojnosti v Uredbi Bruselj I**
Jerca Kramberger Škerl

IV. MNOŽIČNI SPORI

215 **Skupinske tožbe na področju potrošniškega prava**
Aleš Galič

231 **Vzorčni postopek**
Nina Betetto

243 **Množični zahtevki zaradi posegov v zdravo življenjsko okolje**
Matija Damjan

V. DVAJSET LET NOMOTEHNIKE V SAMOSTOJNI SLOVENIJI

273 **Nomotehnika v Jugoslaviji in samostojni Sloveniji**
Borut Šinkovec

283 **Pristojnosti in nomotehnika**
Franc Grad

291 **Aktualni problemi v zvezi s prenosom direktiv v slovenski pravni red ter neposredno uporabo uredb EU**
Karmen Vežjak Progar

299 **Hibrid ali obravnava predlogov zakonov po tretjem odstavku 117. člena Poslovnika državnega zbora**
Andreja Kurent

317 **Agencije in njihova regulatorna dejavnost**
Lojze Janko

323 **Normodajna funkcija organizacij civilne družbe**
Albin Igličar

333 **Nomotehnika v občinskih predpisih – premisleki, pomisleki in predlogi**
Katja Božič

VI. PRAVO V INFORMACIJSKI DRUŽBI

339 **Elektronsko vročanje**
Neža Pogorelčnik

361 **Dostop do interneta kot temeljna pravica**
Matija Damjan

VII. POVZETKI/ABSTRACTS



Neveljavnost pravnih poslov



MIHA JUHART

Ničnost pravnega posla zaradi nasprotovanja prisilnim predpisom

MILE DOLENC

Pravne posledice ničnosti pogodbe (o nekaterih problemih kondicijskih zahtevkov)

PETER GRILC

Gospodarska/finančna kriza kot spremenjena okoliščina

ADA POLAJNAR PAVČNIK

Izpodbojnost pravnih poslov

DAMJAN MOŽINA

Razdor, odpoved in odstop od pogodbe

Ničnost pravnega posla zaradi nasprotovanja prisilnim predpisom

DR. MIHA JUHART,
*redni profesor na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani*

1. Uvod

Ničnost velja za najstrožjo pravno posledico pomanjkljivosti pri sklenitvi pravnega posla. Če obstajajo takšne pomanjkljivosti, teorija govori o neveljavnosti pravnega posla. Neveljaven je pravni posel, ki je bil sicer sklenjen (obstajal je konsenz med strankami), toda niso izpolnjene vse predpostavke za veljavnost tega posla.¹ Bistvena razlika med dvema oblikama neveljavnosti pravnih poslov, ničnostjo in izpodbojnostjo, je v krogu oseb, ki lahko uveljavljajo pravne posledice neveljavnosti.² Če lahko veljavnost pravnega posla izpodbija samo ena od strank takšnega pravnega posla, se lahko na ničnost sklicuje vsak, ki ima pravni interes, torej tudi nekdo, ki ni stranka pravnega posla, v katerem se skriva pomanjkljivost. Strinjamo se lahko s stališčem, da med pravnimi posledicami ničnega pravnega posla in pravnega posla, ki je bil razveljavljen zaradi uspešnega uveljavljanja izpodbojnega razloga, ni pravih razlik.³ Takšno stališče pa seveda relativizira izhodiščno ugotovitev. Nastop pravnih posledic neveljavnosti je mogoče doseči tako z določitvijo posledice ničnosti kot tudi izpodbojnosti. Zato bi se moral zakonodajalec zavedati, da enostavno določanje ničnosti kot pravne posledice kršitve javnega interesa, izražena v prisilnem predpisu, ni vselej najbolj primerno. Etiketa »najstrožje« pravne posledice ne pomeni, da gre za pravno posledico, s katero se lahko uveljavi javni interes, pa če je ta še tako pomemben in si zasluži najstrožje sankcioniranje. Žal se ni mogoče znebiti občutka, da se število posebnih primerov ničnostnih razlogov povečuje in da zakonodajalec

¹ Stojan Cigoj, *Obligacije*, Uradni list, Ljubljana 1976, str. 248; Stojan Cigoj, *Komentar obligacijskih razmerij*, Uradni list, Ljubljana 1984, str. 355.

² Glej Cigoj, *Obligacije*, str. 248; Cigoj, *Komentar obligacijskih razmerij*, str. 356.

³ Glej Cigoj, *Obligacije*, str. 249; Cigoj, *Komentar obligacijskih razmerij*, str. 357.

pri tem ni posebno preišljen. Namesto da bi temeljito premislil o učinkoviti pravni posledici za uveljavljanje javnega interesa, se pogosto zadovolji s tem, da določi ničnostno sankcijo, misleč, da je tako najbolje, saj je izbral najstrožjo. V prispevku bom poskušal analizirati nekatere posebne določbe, ki izrecno določajo pravno posledico ničnosti in s tem določajo posebne ničnostne razloge.

2. Generalna klavzula o obstoju ničnostnega razloga

Obligacijski zakonik vsebuje dve precej podobni določbi, ki z učinkom generalne klavzule določata ničnostne razloge. Določba 86. člena OZ določa, da je nična pogodba, ki nasprotuje ustavi, prisilnim predpisom in moralnim načelom. Do podobnega rezultata pridemo tudi, če povežemo določbi 35. in 37. člena OZ. Nična je pogodba, katere predmet je nedopusten, predmet pogodbe pa je nedopusten, če nasprotuje ustavi, prisilnim predpisom in moralnim načelom. Gre torej za dve generalni klavzuli, ki se vsebinsko skoraj v celoti prekrivata. Prednost je treba dati prvi določbi, pa ne samo zaradi sistematike, saj je uvrščena v odsek, ki ureja neveljavnost pogodb. Iz določbe lahko razberemo, da je pomen spoštovanja prisilnih predpisov in morale (v nadaljevanju prisilnih predpisov) širši in ni omejen le na predmet pogodbe. Ničnostni razlog je lahko tudi vsako drugo ravnanje, ki nasprotuje bistvenim elementom splošnega pravnega reda in prispeva k sklenitvi pravnega posla. Zato je pomembno, da ničnost lahko uveljavljamo kot pravno posledico kršitve temeljnih načel obligacijskega prava, predvsem načela vestnosti in poštenja. Verjetno bi nam za definicijo ničnosti povsem zadoščala širša določba 86. člena OZ, saj ta zajema tudi primere nedopustnosti predmeta pogodbe. Zato z razmerjem med tema dvema določbama ne kaže zgubljeni časa. Ne smemo pa prezreti, da je ničnostna sankcija usmerjena v pomanjkljivosti, ki nastanejo pri sklepanju pravnega posla. Z ničnostno sankcijo ni mogoče sankcionirati kršitev pogodbenih obveznosti. Tem so namenjene druge pravne posledice.

Splošna ničnostna klavzula je šolski primer generalne klavzule, ki jo je treba vsebinsko napolniti. Če nekoliko poenostavimo in tudi ustavo štejemo za prisilni predpis v pomenu, da je njena vsebina kategorična in ne dopušča nobenega dvoma o dolžnosti upoštevanja njenih določb, potem lahko izluščimo dva ničnostna razloga, nasprotovanje prisilnim predpisom in morali. Pa tudi ta dva razloga se med seboj prepletata, saj so temeljna moralna pravila večinoma vsebovana v prisilnih pravnih predpisih. Zato se bomo nekoliko natančneje osredotočili na njih. Prvo pravilo, ki ga moramo pri tem upoštevati, je, da ni treba, da bi bila prepoved izrecno zapisana kot prepoved. Še manj, da bi morala biti prepoved zapisana kot prepoved pogodbene vsebine ali prepoved določenega ravnanja v zvezi s sklepanjem pogodbe. Zato tudi v teh primerih pretirana kazuistika škodi. Nazoren primer so kazniva dejanja. Predmet pogodbe, ki se pokriva z zakonskimi znaki kaznivega dejanja, je brez dvoma ničen. Enako velja tudi za drugo

kaznivo ravnanje, če to spremlja sklepanje pogodbe. V povezavi z zelo »modernim« pojmom korupcije in posebnimi poudarki v specialni zakonodaji ni nobenega dvoma, da je mogoče ničnostni razlog najti že ob primerni razlagi splošnih predpisov. Verjetno se lahko strinjamo, da izvedba korupcijskih ravnanj pri sklepanju pravnega posla nasprotuje prisilnim predpisom, zato je v tem primeru pogodba nična, pa če je to določeno s posebnim predpisom ali ne.

Nejasno pa je, kaj sploh lahko štejemo za prisilni predpis. Pojem prisilnega predpisa z zakonom ni natančneje pojasnjen, niti ga natančneje ne pojasnjujeta literatura in sodna praksa.⁴ Bistvena značilnost prisilnega predpisa je, da učinkuje *erga omnes*, se pravi, da ga morata spoštovati obe pogodbeni stranki. Takšni so predvsem javnopravni predpisi, s katerimi so določene splošne dolžnosti in prepovedi, seveda pa najdemo prepovedi tudi v civilnopravnih določbah. Te so lahko neposredno zapisane (na primer prepoved izkoriščanja monopolnega oziroma prevladujočega položaja) ali pa je mogoče njihovo vsebino izpeljati iz generalnih klavzul (prepovedi, ki so posledica nasprotovanja temeljnim načelom, kot zloraba pravice ter vestnost in poštenje). Težko pa je sprejeti stališče, da ima vsak predpis s področja javnega prava tudi že pravno naravo prisilnega predpisa. To velja predvsem za pravna pravila, ki urejajo delovanje države kot pravne osebe. Za pravne osebe zasebnega prava velja temeljno pravilo, da kršitev njenih notranjih pravil ne vpliva na veljavnost pravnih poslov, sklenjenih s tretjimi osebami.⁵ Enako bi moralo veljati tudi za pravne osebe javnega prava, če nastopajo v pravnih razmerjih, ki niso oblastvene narave. Res pa je, da so za kršitve teh pravil pogosto predpisane posebne ničnostne sankcije (glej v nadaljevanju). Drugo sporno vprašanje je, kaj naj štejemo za prisilni predpis z vidika hierarhije pravnih aktov. Tudi pri tem je treba izhajati iz vsebine. Za prisilni predpis naj velja, da določa splošno zavezujočo dolžnost ravnanja ali prepoved. Takšno vsebino imajo praviloma zakonski predpisi, vendar se včasih to razteza tudi na podzakonske predpise. Načeloma je treba kot prisilne predpise upoštevati tudi podzakonske akte. Pogosto je z njimi jasneje izražena prepoved, ki je določena s hierarhično višjim aktom.

Pri razlagi generalne klavzule pa je treba dodatno upoštevati še nekatera izhodišča. V civilnem pravu je ničnost skrajna sankcija, ki naj nastopi, če pogodbe ni mogoče obdržati v veljavi.⁶ Na to kaže nekaj korekcijskih elementov, ki uveljavljajo načelo afirmacije pogodbe. Že v prvem odstavku 86. člena OZ ničnost ni predpisana kot absolutna posledica nasprotovanja pogodbe prisilnim predpisom. Pravilo določa, da ničnost nastopi samo, če namen kršenega pravila ne odkazuje na katero drugo sankcijo ali če zakon v posameznem primeru ne predpisuje kaj drugega. Nekaterim pogodbam zaradi posebnih okoliščin ničnost kot posledica ne ustreza. Ilustrativen primer so prodajne pogodbe, sklenjene na borzi. Ker gre pri borznem poslu za

⁴ Primerjaj Ada Polajnar Pavčnik v: Miha Juhart, Nina Plavšak (red.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 1. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 507.

⁵ Primerjaj drugi odstavek 32. člena ZGD-1.

⁶ Polajnar Pavčnik v: Juhart, Plavšak, *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 1. knjiga, str. 505.

sklepanje pogodb na podlagi trenutne ponudbe in povpraševanja, bi se zaupanje v borzno trgovanje omajalo, če bi bila njegova usoda odvisna od okoliščin, ki veljajo za osebo, ki je posredovala borzno naročilo. Zato je treba biti pri razlagi ničnosti zelo pazljiv. Vzemimo za primer določbo četrtega odstavka 247. člena ZGD-1, ki določa ničnost pravnega posla o pridobitvi lastnih delnic, če ta pridobitev nasprotuje pogojem, predpisanim z zakonom.⁷ Če delniška družba neupravičeno pridobiva lastne delnice z borznim naročilom, ta okoliščina ne more vplivati na posel, ki se sklene pri izvrševanju tega naročila. Navsezadnje je tudi prodajna pogodba sklenjena med udeležencema borznega trgovanja in na veljavnost takšne prodajne pogodbe ne vpliva pravno razmerje, na podlagi katerega pogodbeni stranka nastopa kot indirektni zastopnik.⁸ Tu je še drugi odstavek 86. člena OZ. Če je sklenitev določene pogodbe prepovedana samo eni stranki, ostane pogodba v veljavi, razen če je v zakonu za posamezni primer določeno kaj drugega, stranko, ki je prekršila zakonsko prepoved, pa zadenejo ustrezne posledice. Če je prepoved enostranska in se nanaša le na eno stranko, naj pogodba ostane v veljavi, pravne posledice prepovedi pa je treba iskati na drugih področjih. S tem pravilom se zagotavlja predvsem varstvo pravnega prometa, zlasti če druga stranka za prepoved ni vedela. Če nadaljujemo s primerom pridobivanja lastnih delnic v nasprotju s predpisanimi pogoji, se postavi vprašanje veljavnosti pravnega posla, s katerim je dala delniška družba naročilo svojemu borznemu posredniku. Če bi upoštevali samo drugi odstavek 86. člena OZ, potem bi takšen posel brez dvoma ohranili v veljavi, saj gre za prepoved, ki se nanaša le na eno stranko. Vendar je tu še posebna določba četrtega odstavka 247. člena ZGD-1, ki izrecno določa ničnostno sankcijo. Kljub temu po mojem mnenju posledica ne sme biti drugačna. Posebne določitve ničnosti v tem primeru ni mogoče razumeti kot določbo, s katero bi zakonodajalec želel izključiti uporabo drugega odstavka 86. člena OZ. Tudi ta posel naj ostane v veljavi, pravne posledice nedopustnega stanja pa je mogoče uresničiti na korporacijskem področju z izvedbo predpisanih ukrepov iz 250. člena ZGD-1. Seveda pa je treba drugače razlagati položaj, ko nasprotna stranka ve ali bi glede na okoliščine sklenitve pravnega posla morala vedeti, da je sklenitev drugi stranki prepovedana. V tem primeru ni nobene potrebe, da bi vztrajali pri veljavnosti pogodbe zaradi varstva zaupanja v pravnem prometu. Nepoštenost naj bo sankcionirana tudi v tem primeru in splošno prepovedano naj bo tudi ravnanje, ki vedoma drugemu omogoča kršitev predpisa. S tem je kršitev prisilnega predpisa obojestranska in odpadejo tudi pogoji drugega odstavka 86. člena OZ.

Pomemben korekcijski element je tudi institut delne ničnosti. Če se ničnostni razlog ne nanaša na celotno pogodbeno vsebino, se postavlja vprašanje, ali naj bo nična celotna pogodba

⁷ Glej Marijan Kocbek v: Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah, 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 266.

⁸ Zato je ničnostna sankcija popolnoma neprimerna za sankcioniranje pridobitve delnic nad prevzemnim pragom, za kar se vsake toliko časa zavzemajo nekateri posamezniki.

ali samo tisti del, na katerega se ničnost nanaša. Zakonodajalec se je v OZ zelo jasno izrekel za tendenco, da naj pogodba ostane v veljavi, neveljavnost pa naj zajame samo neustrezen pogodbeni dogovor. Tako v OZ najdemo več posebnih določb, ki govorijo o ničnosti posamezne pogodbene klavzule.⁹ Vendar naj tudi v tem primeru velja splošno pravilo prvega odstavka 88. člena OZ, da naj pogodba ostane v veljavi samo, če to določilo ni bilo ne pogodbeni pogoj ne odločilen nagib, zaradi katerega je bila pogodba sklenjena.¹⁰ Posebne določbe o ničnosti posamezne pogodbene klavzule izhajajo iz prepričanja zakonodajalca, da ne gre za bistven element pogodbe, na katerega pogodbena stranka bistveno navezuje obstoj pogodbe. Željo obdržati pogodbo v veljavi pa lahko pogodbene stranke posebej izjavijo vnaprej. S tem pokažejo željo, da naj se uporabi pravna posledica delne ničnosti. Svojo voljo obdržati pogodbo v veljavi pogodbene stranke najbolj jasno izjavijo s tako imenovano *salvatorno klavzulo*. Tako imenujemo pogodbeno določilo, ki izraža voljo pogodbenih strank, da naj pogodba ostane v veljavi, čeprav je posamezna določba te pogodba nična ali neveljavna iz drugega razloga.¹¹

Nazadnje velja omeniti še možnost konvalidacije ničnega posla. Pomembno izjemo pomeni veljavnost pogodbe zaradi izpolnitve oziroma teorija o realizaciji. Nična pogodba ostane v veljavi, če je bila v celoti ali v pretežnem delu izpolnjena in iz namena ne izhaja kaj drugega. Vendar pride teorija o realizaciji v poštev samo, če je razlog ničnosti kršitev obličnostnih predpisov. Posebnost pa je določena pri oderuških pogodbah. Oderuštvu je določeno kot ničnostni razlog, vendar zakon v tem primeru ponuja posebno obliko konvalidacije. Tretji odstavek 119. člena OZ daje stranki oderuške pogodbe na voljo zahtevek za prilagoditev njene vsebine. S tem pogodba ostane v veljavi, njeno vsebino pa v enem delu uredi sodišče s svojo odločbo. Drugače kot v drugih primerih konvalidacije tukaj ne gre za voljo strank, ampak za odločitev sodišča.

3. Posebne določbe o ničnosti pogodbenih določil in pogodb

Poleg generalne klavzule o ničnosti pogodb zakonodaja na številnih mestih določa ničnost kot pravno posledico pomanjkljivosti pri sklepanju pravnega posla. Število teh posebnih določb se skokovito povečuje in postavlja se vprašanje pravnega razmerja med generalno klavzulo in posebnimi določbami.¹² V tem primeru ne gre za pogosto metodo naštevanja tipičnih prime-

⁹ Glej na primer 373., 375., 466. in 493. člen OZ.

¹⁰ Glej podrobneje Polajnar Pavčnik v: Juhart, Plavšak, Obligacijski zakonik s komentarjem, 1. knjiga, str. 516.

¹¹ Tipičen zapis salvatorne klavzule se glasi: »Neveljavnost ali neveljavljivost katerekoli določbe te pogodbe ne vpliva na veljavnost drugih določb te pogodbe.«

¹² Enostavna uporaba iskalnika v veljavni zakonodaji na dan 4. 4. 2011 pokaže kar 61 predpisov, v katerih se kot zadetek pojavi beseda »nična«. Od tega se trije predpisi ne nanašajo na pogodbe in se beseda ničnost uporablja za opis posledice drugih ravnanj.

rov kršitve, ki naj služijo za pomoč pri razlagi generalne klavzule. Večina posebnih določb je kategoričnih in za določeno ravnanje ali pogodbeno vsebino izrecno določajo ničnostno sankcijo. Ob tem pa se postavi pomembno sistemsko vprašanje, ali posebna določba uvaja ničnost kot nujno pravno posledico oziroma ali se lahko tudi v teh primerih uporabijo korekcijski elementi, ki pogodbo lahko ohranijo v veljavi.

Nedvomno posebna določba o ničnosti najprej kaže, da zakonodajalec jasno izraža določeno prepoved za del prisilnih predpisov. To je še posebno pomembno pri civilnopravnih predpisih, ob katerih se pogosto sprašujemo, ali gre za kogentno določbo ali ne. Ilustrativen primer je določba drugega odstavka 441. člena OZ. Nična je pogodba, s katero bi odvetnik ali drug prevzemnik naročila kupil sporno pravico, uveljavitev katere mu je bila zaupana. Določba združuje prepoved določenega ravnanja in hkrati določa pravno posledico kršitve.

Poudarjena ničnost določenega posamičnega primera praviloma izraža tudi namen zakonodajalca, da se uveljavi ta, in ne katera druga sankcija. To pa izključuje uporabo drugega odstavka 86. člena OZ in drugih podobnih določb. Vrsta posebnih določb pisne oblike ne predpisuje le kot pogoja za veljavnost pogodbe, ampak hkrati določajo tudi ničnost, če pogodba ni sklenjena v pisni obliki.¹³ Splošno pravilo 55. člena OZ določa, da je pogodba, ki ni sklenjena v predpisani obliki, nična, če iz namena predpisa, s katerim je določena oblika, ne izhaja kaj drugega. Posebni poudarek, da je pogodba nična, če ni sklenjena v pisni obliki, jasno kaže namen, da v tem primeru velja pravna posledica ničnosti. Podobno velja za primere, ko je ničnost posebej določena ob prepovedi, ki velja za eno pogodbeno stranko. Ilustrativen primer so posebne določbe, ki določajo pravne posledice kršitve pravil o javnem naročanju.¹⁴ Čeprav predpisi o javnem naročanju veljajo za enega od pogodbenih partnerjev, se ne glede na drugi odstavek 86. člena OZ uveljavlja ničnostna posledica. Nejasno je, ali je takšna širitev posebnih ničnostnih razlogov upravičena. Ni se mogoče znebiti občutka, da je namen zakonodajalca predvsem poudarjanje strogosti pravne posledice. Ali je ničnostna posledica res učinkovita, pa je odvisno od uveljavljanja. Če stranke ničnega posla ne zahtevajo vrnitve izpolnjenega, učinki ničnega posla ostanejo, kar pa pogosto ne ustreza namenu, ki ga je želel doseči zakonodajalec.¹⁵

Zakonodajalec pa se tudi v teh primerih v zadnjem času ne more izogniti pretiranemu zapletanju. Kako drugače razumeti določbo 4. člena ZPreZP? Drugi odstavek tega člena našteva nekaj primerov prepovedanih pogodbenih klavzul in pričakovali bi, da bo določba preprosto

¹³ Glej na primer 94. člen ZUTD, 40. člen ZNVS, 61. člen ZBioP.

¹⁴ Glej 110. člen ZJN-2, kjer gre večinoma za naštevanje razlogov, ki izvirajo iz sfere javnega naročnika, torej ene od pogodbenih strank.

¹⁵ V OZ se je spremenila pravna ureditev *conductio ob turpem causa*. Primerjaj Polajnar Pavčnik v: Juhart, Plavšak, Obligacijski zakonik s komentarjem, 1. knjiga, str. 521.

določila, da gre za nična pogodbeno določila. Vendar ne. Določba najprej določi, da velja neizpodbojna domneva, da so naštetá pogodbená določila nepoštena, in pozneje, da so nepoštena pogodbená določila nična. Neizpodbojna domneva seveda pomeni, da ni dopustno nasprotno dokazovanje in gre za popolno prepoved. Zakaj določati pravno posledico posredno, mi ne bo nikoli jasno.

4. Vpliv spremembe prisilnega predpisa na (ne)veljavnost pogodb

Prisilni predpisi se lahko spremenijo in postavlja se vprašanje, kako sprememba takšnega predpisa vpliva na obstoj ničnostne posledice. Mogoča sta dva položaja. Zaradi spremembe prisilnega predpisa pred izpolnitvijo pogodbe lahko postane pogodba prepovedana. Druga možnost pa je, da preneha prepoved, ki je povzročila ničnost. Pri obravnavi pravnih posledic je treba izhajati predvsem iz pravne narave ničnosti, ki odpravlja posledice v sklenitveni fazi pogodbenega razmerja.

Položaj, ko se pozneje predpis spremeni in ničnostni razlog odpade, je posebej urejen z določbo 90. člena OZ. Primarno pravilo je v prvem odstavku tega člena in določa, da nična pogodba zaradi spremembe predpisa ne postane veljavna. Pravilo je skladno z naravo ničnosti kot sklenitvene pravne posledice.¹⁶ Upošteva se stanje ob sklenitvi pogodbe, in kar je bilo ob sklenitvi neveljavno, pozneje ne more postati veljavno. Izjema je določena v drugem odstavku tega člena in se nanaša na posebne položaje, ko ničnost zaradi poznejše spremembe prisilnega predpisa izgubi svoj učinek in je ni več mogoče uveljavljati. Pogoja sta dva. Prvi je, da je bila nična pogodba izpolnjena. Za razliko od realizacije oblikovno pomanjkljive pogodbe zakon na tem mestu zahteva popolno izpolnitev. Določba govori o izpolnitvi pogodbe, kar pri dvostranskih pogodbah pomeni, da morata svoje obveznosti izpolniti obe pogodbeni stranki. Vendar gre tudi pri tem upoštevati predvsem glavno obveznost. Neizpolnitev stranske obveznosti po mojem mnenju ne bi smela preprečiti konvalidacije nične pogodbe. Drugi, pomembnejši pogoj je, da je šlo za kršitev manjšega pomena. Tudi ta pojem ni posebej pojasnjen in spet gre za pravni standard. Na manjši pomen prepovedi pogosto kaže samo dejstvo spremembe prisilnega predpisa. Redke so prepovedi, pomen katerih se izgubi hipoma, in sprememba prisilnega predpisa je praviloma posledica daljšega spreminjanja vrednostnega sistema. Zato bo v večini primerov ta pogoj mogoče šteti za izpolnjen. Za razmeroma široko razlago manjšega pomena se zavzema tudi sodna praksa.¹⁷ Pravni standard prepovedi manjšega pomena se ne nanaša

¹⁶ Nekateri opozarjajo, da je določba nepotrebna, ker bi bilo mogoče priti do enakega rezultata s teleološko razlago 86. člena. Glej Polajnar Pavčnik v: Juhart, Plavšak, Obligacijski zakonik s komentarjem, 1. knjiga, str. 518. Z navedenim se lahko strinjamo, vendar zakon pogosto postavlja posebno pravilo tudi v primerih, ko je razlaga preprostejša. Zato se zdi posebna določba 90. člena OZ povsem umestna.

¹⁷ Glej Polajnar Pavčnik v: Juhart, Plavšak, Obligacijski zakonik s komentarjem, 1. knjiga, str. 518.

samo na vsebino prepovedi, ampak tudi na ravnanje tistega, ki prepoved prekrši.¹⁸ Omejen pa je tudi doseg posledice. Potem ko ničnostni razlog odpade, ni več mogoče uveljavljati pravnih posledic ničnosti. Dejansko to pomeni, da ni več mogoče zahtevati vračila tistega, kar je bilo izpolnjeno. Izpolnitveni zahtevek pa je izključen že z navedenim prvim pogojem.

Naknadno uveljavitev prepovedi je treba po mojem mnenju obravnavati smiselno na enak način kot naknadno nemožnost izpolnitve. To pomeni, da je treba razlikovati med začetno in naknadno nedopustnostjo predmeta pogodbe. Če je predmet pogodbe nedopusten v trenutku sklenitve, potem je pogodba nična na podlagi 37. člena OZ. Gre za pomanjkljivost pri sklenitvi pogodbe in taka pomanjkljivost vpliva na veljavnost pravnega posla. Če pa postane predmet pravnega posla prepovedan po sklenitvi, potem ne gre več za vprašanje veljavnosti pogodbe, ampak se učinek nanaša na izpolnitveno ravnanje. Pravno posledico naknadne nemožnosti izpolnitve na splošno določa 329. člen OZ.¹⁹ Ker pa ima večina pogodb naravo dvostranskih vzajemnih pogodb, je treba upoštevati tudi posebna pravila, ki veljajo za take pogodbe. V poštev pride predvsem pravilo prvega odstavka 116. člena OZ, ki ureja popolno naknadno nemožnost izpolnitve, za katero ne odgovarja nobena od pogodbenih strank. Naknadna nedopustnost je po naravi stvari zunaj sfere pogodbenih strank, praviloma pa se nanaša na celotno obveznost. Pravna posledica naknadne nemožnosti je ugasnitev vseh pogodbenih obveznosti, kar lahko primerjamo s pravnimi posledicami samodejne razveze pogodbe.²⁰ Obe pogodbeni stranki sta prosti in morata vrniti tisto, kar je bilo izpolnjeno, saj je pravna podlaga za izpolnitev odpadla. Tak razvoj pravnega razmerja tudi ni daleč od pravnih posledic ničnosti. S tem so dejanske posledice začetne in naknadne nedopustnosti smiselno enake. Iz pravnosistemskih razlogov pa jih je treba podrediti pravnim podlagam. Tudi v izjemnih primerih, ko bi pozneje prišlo do delne nedopustnosti ene od pogodbenih obveznosti, je treba smiselno uporabiti pravila o delni naknadni nemožnosti izpolnitve.

5. Še o določbi 14. člena ZIntPK

Ena najbolj nenavadnih določb, ki uvaja ničnostno posledico, je določba prvega odstavka 14. člena ZIntPK. Določba predpisuje besedilo, ki ga morajo organi in organizacije javnega sektorja vključiti v svoje pogodbe, in opisuje prepovedano koruptivno dejanje. Določba seveda razen pedagoškega in demonstrativnega nima drugega pomena. Nenavadno pa je, da že samo pogodbeno določilo določa ničnostno posledico. Nekateri povsem po nepotrebem postavljajo vprašanje, kakšna je pravna posledica opustitve te klavzule v pogodbah, ki bi jo morale

¹⁸ Pravno mnenje občne seje VS RS 18. in 19. 6. 1996.

¹⁹ Podrobneje Juhart v: Juhart, Plavšak, Obligacijski zakonik s komentarjem, 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 431 in nasl.

²⁰ Glej Juhart v: Juhart, Plavšak, Obligacijski zakonik s komentarjem, 1. knjiga, str. 613.

vsebovati. Določba je šolski primer obvezne sestavine pogodb, ki izpolnjujejo elemente iz drugega odstavka 14. člena ZIntPK. Pravne posledice opustitve uporabe obvezne sestavine pogodbe so določene z drugim odstavkom 17. člena OZ. V tem primeru ni nobene potrebe, da bi nastopila pravna posledica ničnosti. Za uveljavitev posebnega interesa v celoti zadošča, da obvezno pogodbeno določilo velja, tudi če ni bilo izrecno dogovorjeno. Določbe predpisov, s katerimi je delno ali v celoti določena vsebina pogodb, so sestavni del teh pogodb in jih dopolnjujejo ali pa stopajo na mesto pogodbenih določil, ki niso v skladu z njimi.²¹ Zato je neverjetno ali pa posledica skromnega pravnega znanja stališče v širši javnosti, da opustitev uporabe protikorupcijske klavzule pomeni ničnost pogodbe.

Vendar v zakonodaji najdemo tudi drugačne rešitve. Zanimiv primer je določba 77. člena ZUJIK. Ta v četrtem odstavku določa obvezne sestavine pogodbe o neodplačnem prenosu javne kulturne infrastrukture. Pogodba mora vsebovati opredelitev javnega interesa za neodplačen prenos in prepoved odtujitve in obremenitve predmeta za najmanj 30 let. Posebej pa je določeno, da je pogodba, ki ne vsebuje teh predpisanih sestavin, nična. Seveda si lahko postavimo vprašanje, zakaj se je zakonodajalec odločil za tako pravno posledico, vendar kategorična določba o ničnostni posledici ne omogoča drugačne interpretacije.

²¹ Podrobneje Vesna Kranjc v: Juhart, Plavšak, Obligacijski zakonik s komentarjem, 1. knjiga, str. 214.

Izvirni znanstveni članek
 347.441.84(497.4)

Pravne posledice ničnosti pogodbe (o nekaterih problemih kondikcijskih zahtevkov)

DR. MILE DOLENC,
 vrhovni sodnik, Vrhovno sodišče
 Republike Slovenije

1. Uvod

Če je pogodba nična, to ne pomeni, da na podlagi pravnoposlovnega ravnanja strank, s katerim sta uresničili sklenitveni pogodbeni akt, da bi ustvarili pogodbene zaveze, ne nastanejo nobene pravne posledice. Stranki sta prosti pogodbenih obveznosti. Čeprav sklenitveni akt zaradi jalovosti, povzročene z ničnostjo pogodbe, ne ustvari nameravanih pravnih učinkov, saj pogodbe ni, pa kljub temu lahko nastanejo druge, nenameravane, nepogodbene pravne posledice.¹ Ko govorimo o pravnih posledicah nične pogodbe, imamo zato v mislih te druge, nenameravane pravne posledice.²

Posledice ničnosti pogodbe so pravzaprav številne.³ Kadar nična pogodba izpolnjuje pogoje za veljavnost katere druge pogodbe, velja med pogodbenikoma druga pogodba, če je to v skladu z namenom, ki sta ga pogodbenika imela pred očmi ob sklenitvi pogodbe, in če se lahko šteje, da bi bila sklenila to pogodbo, ko bi bila vedela za ničnost svoje pogodbe (86. člen OZ). Če je prepoved, zaradi katere je pogodba nična, manjšega pomena, pogodba pa izpolnjena, ničnosti ni mogoče uveljavljati (90. člen OZ). Taka pogodba je nična, pa ni nična. Pogodbenik, ki je kriv za sklenitev nične pogodbe, je sopogodbeniku odškodninsko odgovoren, če ta ni vedel in ni bil dolžan vedeti za vzrok ničnosti (91. člen OZ). Najpomembnejša posledica nične pogodbe pa so vsekakor obogatitveni oziroma kondikcijski zahtevki. Izraza se uporabljata kot sinonima.⁴

¹ A. Polajnar Pavčnik, *Neveljavnost pogodb*, 1982, str. 21.

² M. Vedriš, P. Klarić, *Osnove imovinskog prava*, 1994, str. 119.

³ S. Perović, *Obligaciono pravo*, 1981, str. 460.

⁴ Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil*, 1994, str. 129.

V nadaljevanju bom uporabljal izraz kondicijski zahtevek in poskušal prikazati nekatere težave, ki jih porajajo kondicijski zahtevki kot posledico ničnosti pogodbe.

2. Umestitev v pravo neupravičene pridobitve

Če je bilo kaj izpolnjenega na podlagi nične pogodbe, je treba to vrniti. Vzpostaviti je treba *status quo ante*. Pogodbeno razmerje se, slikovito rečeno, ob ugotovljeni ničnosti pogodbe obrne in se začne pomikati po prehojeni poti nazaj na njen začetek (vzratni potek pogodbenega razmerja, znan iz nemškega prava). Materialno pravo strankama na tej poti pomaga s kondicijskimi zahtevki.⁵ Ti so opredeljeni v 3. oddelku II. poglavja OZ pod naslovom Neupravičena pridobitev (190. do 198. člen OZ) in tudi v 87. členu OZ, ki ureja posledice ničnosti pogodbe.

Najprej se postavi vprašanje o razmerju med splošno in posebno ureditvijo neupravičene pridobitve, ne dosti pozneje pa še vprašanje o smiselnosti dvojne ureditve kondicijskih zahtevkov. Na prvo vprašanje ni težko odgovoriti, saj ga ureja pravilo *Lex specialis derogat legi generali*.⁶ Le za tisto, kar ni vsebovano v posebni ureditvi, pride v poštev splošna ureditev. Glede smiselnosti dvojne ureditve pa velja, da je utemeljena tedaj, če to zahtevajo posebnosti razmerij, ki jih ureja posebna ureditev. Če se je zakonodajalec odločil za posebno ureditev, je zato treba predpostavljati, da je razmerja, ki jih pokriva posebna ureditev, hotel urediti drugače od razmerij, ki jih pokriva splošna ureditev. Glede tega je zelo jasna naslednja odločba Vrhovnega sodišča:⁷

»Pravila vračanja tistega, kar je bilo izpolnjeno na podlagi nične pogodbe, niso identična splošnim pravilom, ki urejajo vračanje zaradi neupravičene pridobitve. Če bi bilo tako, 104. člen ZOR ne bi bil potreben.«

Nemško pravo na podlagi besedila prvega odstavka par. 812 BGB⁸ razlikuje med izpolnitveno kondicijo (pridobitev na podlagi »izpolnitve nekoga drugega«) in neizpolnitveno kondicijo (pridobitev »na drug način«).⁹ Med zahtevki zaradi obogatitve »na drug način« so najpomemb-

⁵ Zdi se, da je vsaj v praksi nižjih sodišč nekaj negotovosti o pravni naravi zahtevkov; le s tem si je mogoče razložiti del obrazložitve sodbe VS II Ips 333/2006 z dne 27. 3. 2008, ki se glasi: »Posebej pa je treba poudariti, da je posledica tako ugotovitve ničnosti pogodbe kot razveljavitve izpodbojne pogodbe kondicijski zahtevek (104. in 113. člen ZOR).«

⁶ M. Pavčnik, Argumentacija v pravu, 1991, str. 69.

⁷ Sodba in sklep VS III Ips 27/94 z dne 9. 11. 1994.

⁸ *Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtliche Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.*

⁹ Ubeseitev prvega odstavka par. 812 BGB je bila podlaga za utemeljitev dveh velikih šol neupravičene obogatitve. Prva, ki je prevladujoča, zagovarja učenje o ločenem obravnavanju teh dveh vrst obogatitev (izpolnitvene in neizpolnitvene), druga, manjšinska, zagovarja enotno učenje. Prvo sta utemeljila Walter Wilburg in Ernst v. Caemmerer, drugo Fritz Schultz.

nejši tisti, ki nastanejo zaradi posegov v tuje dobrine, ko je tuja dobrina uporabljena, koriščena ali porabljena. Primer takega posega je npr. koriščenje tuje avtorske stvaritve. Obogatitev obstaja tudi tedaj, ko se poseg v pravico drugega ne izrazi kot zmanjšanje premoženja prikrajšanca in kot povečanje premoženja okoriščenca. Če se namreč uporablja stvar, ki je lastnik v tem času ne bi uporabljal, ali še jasneje, če se koristi nepremoženjska pravica, ne da bi bil s tem premoženjski položaj njenega imetnika poslabšan, je obogatitveni zavezanec kljub temu nekaj prejel, kar po vsebini pravice, ki je dodeljena imetniku pravice, mora pripadati njemu.¹⁰

Za obravnavano temo so zanimivi le primeri, ko kakšna stranka kaj izpolni na podlagi ničnega pravnega posla. Po nemški sistematiki bi šlo torej pri zahtevkih na podlagi prvega odstavka 87. člena OZ za izpolnitvene kondikcijske zahtevke.

OZ z določbami 190. do 198. člena zajema celoten spekter obogatitvenih zahtevkov, znanih še iz rimskega prava. Ti se v splošnem razvrščajo na:

- *condictio sine causa*,
- *condictio indebiti*,
- *condictio ob causam finitam*,
- *condictio ob rem (condictio causa data causa non secuta)*,
- *condictio ob turpem vel iniustam causam*.

Razlikovanje med *condictio sine causa* in *condictio indebiti* je pravzaprav odveč.¹¹ V obeh primerih manjka pravna podlaga (obveznost) že od samega začetka in zato z izpolnitvijo ni mogoče doseči z njo povezanega namena. Namen izpolnitve se lahko izjalovi, ker terjatev, ki naj bi bila izpolnjena, sploh ne obstaja, ker obstaja, vendar med drugima osebama, ali ker ima drugačno vsebino.¹² V to skupino spadajo predvsem vsi nični in tudi izpodbiti posli.

Kondikcijske zahtevke, ki nastanejo pri nični pogodbi, pri kateri je vsaj ena stranka izpolnila svojo pogodbeno obveznost, tako uvrščamo med *condictio sine causa* oziroma *condictio indebiti*. Zanje velja ureditev iz prvega odstavka 87. člena OZ in le za tisto, kar v njem ni urejeno, veljajo še splošne določbe OZ o neupravičeni pridobitvi.

3. Vrnitveni ali obogatitveni zahtevki?

Po določbi prvega odstavka 87. člena OZ mora vsaka pogodbeno stranka v primeru, če je pogodba nična, vrniti drugi vse, kar je prejela na podlagi take pogodbe; če to ni mogoče ali

¹⁰ Povzeto po U. Loewenheim, Bereicherungsrecht, 2. izdaja, 1997, str. 11–12.

¹¹ Loewenheim, navedeno delo, str. 58.

¹² Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 8. izdaja, 1997, str. 306.

če narava tistega, kar je bilo izpolnjeno, nasprotuje vrnitvi, pa mora dati ustrezno denarno nadomestilo po cenah v času, ko je izdana sodna odločba, razen če zakon določa kaj drugega. Enako določbo je vseboval tudi prvi odstavek 104. člena ZOR.

V naši literaturi je negotovost glede vprašanja, ali pri nas velja vrnitveno ali obogatitveno načelo. Dilema je pri odgovoru na vprašanje, ali mora pridobitelj prejeta vrniti tudi, če od (predmeta) izpolnitve ni imel koristi. Po vrnitvenem načelu je treba v vsakem primeru vzpostaviti prvotno stanje (pred izpolnitvijo), po obogatitvenem načelu pa mora prejemnik vrniti prejeta le, če je obogaten, in v meri, v kateri je obogaten.

Za obogatitveno načelo se je v povezavi z nično pogodbo zavzemal Cigoj. Tako v Velikem komentarju ZOR¹³ pravi, da je negotovo, ali vrnitvena dolžnost obstaja tudi, ko je stvar uničena, ko jo je prejemnik neodplačno odsvojil ali ko mu je bila ukradena. Sprašuje se, ali je dolžan vrniti koristi, ki jih ni imel. Nadaljuje, da zakon določa, da je sodišče dolžno upoštevati poštenje strank, moralne pojme družbe in ogroženost družbenih interesov in da prav »moralnim pojmom ne ustreza, da bi moral kdo, ki ga ne zadene nikaka krivda (prim. 108. člen), vrniti vrednost stvari, ki je ni več, kolikor prejemnik ni dolžan nositi nevarnost izgube stvari«. Cigojevemu mnenju sledi Polajnar Pavčnikova v Obligacijskem zakoniku s komentarjem.¹⁴ Navaja, da je v avstrijski praksi in teoriji prevladalo obogatitveno načelo. Pritrjuje Cigoju, da je treba tedanjo normo iz prvega odstavka 104. člena ZOR povezati s splošnim pravilom o kondicijah (210. člen ZOR), kjer je zakon govoril o »nadomestitvi vrednosti dosežene koristi«, kar očitno pomeni obogatitev. OZ v ustreznih novih določbah izrecno govori o obogatitvi (190. člen), kar kaže na zakonodajalčevo voljo odpraviti dvome glede narave kondicijskega zahtevka. Obema stališčema sledi del sodne prakse.¹⁵

Strohsack¹⁶ je zavzel drugačno stališče. Pojasnil ga je sicer na mestu, ko razpravlja o določbi 113. člena ZOR, ki govori o posledicah razveljavitve pogodbe, vendar je problem isti kot pri posledicah ničnosti pogodbe. Najprej navede predstavljeno mnenje Cigoja, nato pa ga označi za vprašljivo, saj zanj ne vidi zakonske podlage. Če je bila stvar naključno uničena, ukradena itd., obstaja dolžnost plačila nadomestne koristi.¹⁷ S. Perović¹⁸ govori le o vrnitvi v prejšnje stanje (*restitutio in integrum*), pri čemer se ukvarja predvsem z razmerjem do načela *nemo*

¹³ I. knjiga, str. 366–367.

¹⁴ V redakciji M. Juharta in N. Plavšak, 1. knjiga, str. 514.

¹⁵ Npr. sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 642/2008 z dne 9. 10. 2009.

¹⁶ Obligacijska razmerja I, 1995, str. 168.

¹⁷ Prav tam, str. 176.

¹⁸ Obligaciono pravo, 1981, str. 460–468.

auditur. Podobno obravnava tematiko tudi J. Radišić.¹⁹ Vedriš in Klarić²⁰ zagovarjata stališče, da je v primerih neveljavnosti pogodb obseg vračanja določen s posebnimi predpisi (s prvim odstavkom 104. in 113. členom ZOR). Če prejetega ni mogoče vrniti ali temu nasprotuje narava tistega, kar je bilo izpolnjeno, je treba dati ustrezno nadomestilo v denarju, pri čemer se dobrovernost ali nedobrovernost stranke ne upošteva.

Zakonsko besedilo prvega odstavka 87. člena OZ pove, da je treba vrniti vse, kar je bilo prejeto na podlagi nične pogodbe. Besedilo ne daje prav veliko prostora za interpretacijo. Poleg tega si je pri izpolnitvi pogodbene obveznosti težko predstavljati, da upnik, ki je sklenil pogodbo prav zato, da bi dobil predmet pogodbene obveznosti, s prejemom izpolnitve ne bi bil obogaten. Zagovorniki obogatitvenega načela imajo v mislih pravzaprav primere, ko se predmet izpolnitve pozneje uniči, ukrade ali poškoduje. Taki primeri se v nemškem pravu obravnavajo pod pojmom odpad obogatitve. Podlago za upoštevanje odpada obogatitve daje določba tretjega odstavka par. 818 BGB.²¹ Take določbe OZ ne pozna.

Tudi v francoskem pravu velja, da je treba v primeru uničenja predmeta izpolnitve nadomestiti njegovo vrednost. Nekdanje stališče, da to velja le, če je bila stvar uničena po krivdi prejemnika stvari, ne velja več.²²

Če se predmet pogodbene zaveze uniči, ukrade ali poškoduje, je treba dati ustrezno denarno nadomestilo po cenah v času, ko je izdana sodna odločba. Določba ne pove, kakšno stanje predmeta izpolnitve se upošteva. V francoskem pravu se upošteva stanje ob nastanku pogodbe.²³ Cigoj zagovarja stališče, da se vrnitveni zahtevek v denarju presoja po stanju stvari, ki bi jo bilo treba vrniti, ko je nastal zahtevek.²⁴

Tisti del določbe, ki govori o denarnem nadomestilu po cenah v času, ko je izdana sodna odločba, je jasen. Ni pomembna cena v času, ko je bila pogodba sklenjena ali izpolnjena, temveč cena v času sodnega odločanja. Določba se utemeljuje z varstvom upnikov, ki bi bili sicer prizadeti zaradi izgube vrednosti denarja.²⁵ Gotovo pa je, da v različnih razmerah različno učinkuje. V ekonomski krizi ima tudi nasproten učinek, npr. zaradi znižanja cen delnic ali nepremičnin.

¹⁹ Obligaciono pravo, opšti deo, 2. izdaja, 1982, str. 156.

²⁰ Prav tam, str. 600–601.

²¹ Ta se glasi: Die verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.

²² B. Starch, H. Roland, L. Boyer, Obligations, 2. contrat, 5. izdaja, 1995, str. 393–394.

²³ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Les Obligations, 2003, str. 330; J. Flour, J. L. Aubert, E. Savaux, Les Obligations, 1. L'acte juridique, 10. izdaja, 2002, str. 275.

²⁴ S. Cigoj, Veliki komentar ZOR, I. knjiga, str. 366.

²⁵ S. Cigoj, Veliki komentar ZOR, I. knjiga, str. 366.

4. Uporaba splošnih določb o neupravičeni pridobitvi

V OZ v zvezi s posledicami razveljavitve pogodbe ni nobenih dodatnih pravil o obsegu vrnitve tistega, kar je bilo izpolnjeno. Drugače je pri splošni ureditvi neupravičene pridobitve. Obseg vrnitve opredeljuje določba 193. člena OZ (prej 214. člena ZOR), vendar ne celovito, temveč le v omejenem obsegu. Določa, da je treba vrniti plodove in plačati zamudne obresti, in sicer, če je bil pridobitelj nepošten, od dneva pridobitve, drugače pa od vložitve zahtevka. Nepoštenost je pri tem treba razumeti kot nedobrovernost. Srbohrvaško besedilo vsebuje namreč besedo »nesavestan«, ta pa se navadno prevede s slovensko besedo »nedobroveren«. Nedobroveren je tisti, ki ve, da je prejel izpolnitev brez podlage.²⁶

Plodovi so lahko naravni (npr. mleko, ki ga daje krava, jabolka, ki jih obrodi jablana) ali civilni. Nekateri avtorji zagovarjajo stališče, da civilni plodovi pomenijo samo obresti.²⁷ Tako stališče se zdi preozko. Med civilne plodove spadajo najbrž tudi dividende, rente, dobiček podjetja ipd. Cigoj²⁸ omenja npr. zakupnine, najemnine in licence.

Glede obresti kot civilnih plodov odkazuje določba 193. člena OZ v primeru nepoštenosti pridobitelja na splošno ureditev zamudnih obresti. Položaj poštenega pridobitelja je nedvomno izrazito ugoden,²⁹ zlasti v obdobjih visoke inflacije. Sodna praksa je oškodovani stranki priskočila na pomoč tako, da je v primerih, ko je bila pogodbeno dogovorjena valutna klavzula, štela, da je v skladu s pogodbeno voljo strank, da se valutna klavzula uporabi tudi pri vračanju tistega, kar je bilo na podlagi pogodbe izpolnjeno.³⁰ Tako stališče sodne prakse je naletelo na ugoden odmev tudi v literaturi.³¹

Ker tudi plodovi, potem ko so ločeni od matične stvari, prinašajo koristi, se zastavlja vprašanje vrnitve te koristi. Polajnar Pavčnikova³² kritizira zakonsko rešitev in opozarja, da bi načelom obogatitvenega prava bolj ustrezalo stališče, po katerem mora pridobitelj vrniti tudi koristi, ki jih je imel od že porabljenih plodov, in plodove, ki še obstajajo. Upoštevati pa bi bilo treba tudi akcipiensov prispevek k njihovem nastanku. Za upoštevanje prispevka »obiralca« plodov se zavzema tudi Jelena Danilović.³³ Vračali naj bi se le plodovi, ki niso rezultat dela.

²⁶ Primerjaj Vedriš in Klarić, navedeno delo, str. 601.

²⁷ Npr. Đorđević in Stanković, navedeno delo, str. 557.

²⁸ Neupravičena obogatitev, Zbornik PF, XLI. letnik, 1981, str. 54.

²⁹ Primerjaj M. Juhart, Vračilo denarja kot posledica prenehanja obligacijske pogodbe, Pravna praksa, št. 6/1995.

³⁰ Npr. sklep Vrhovnega sodišča RS, opr. št. II Ips 35/93.

³¹ M. Juhart, navedeno delo, str. 104.

³² Navedeno delo, str. 104.

³³ Navedeno delo, str. 426.

Pridobitelj po 194. členu OZ lahko zahteva povračilo potrebnih in koristnih stroškov, ki jih je imel v zvezi s pridobljenim. Nepošteni pridobitelj lahko zahteva povrnitev koristnih stroškov le do zneska, ki pomeni povečanje vrednosti ob vrnitvi.

OZ ničesar ne pove o morebitni škodi, ki jo utegne povzročiti stvar, zaradi katere je okoriščenec obogaten. Cigoj³⁴ zagovarja stališče, da je treba na podlagi načela pravičnosti in dobrih poslovnih običajev tudi v našem pravu takšno škodo priznati kot odbitek od vrednosti, ki jo je treba vrniti.

Stranki se lahko tudi sami dogovorita o vsebini kondiciranja. O tem se je Vrhovno sodišče³⁵ izreklo takole:

»Stranke sicer ne morejo izključiti ničnostnih sankcij, lahko pa se dogovorijo o vsebini kondicijskih zahtevkov (seveda ne v nasprotju z bistvom in namenom ničnostnih sankcij).«

5. Pravilo *nemo auditur*

OZ je v drugem odstavku 87. člena uzakonil pravilo *nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans*, ki ga je poznalo že rimsko pravo.³⁶ Nova ureditev se precej razlikuje od ureditve iz ZOR. Po nekdanjem drugem odstavku 104. člena ZOR je lahko sodišče v celoti ali deloma zavrnilo zahtevek nepoštene stranke za vrnitev tistega, kar je dala drugi stranki, če je bila pogodba nična zato, ker po vsebini ali namenu nasprotuje ustavnim načelom družbene ureditve, prisilnim predpisom ali morali socialistične samoupravne družbe. Odločilo je lahko tudi, da mora druga stranka to, kar je prejela na podlagi prepovedane pogodbe, izročiti občini, v kateri ima sedež oziroma stalno ali začasno prebivališče. Po novi ureditvi lahko sodišče zavrne kondicijski zahtevek le, če je pogodba nična zato, ker nasprotuje temeljnim moralnim načelom, ne more pa odločiti, da se prejeto izroči občini.

Prejšnja ureditev v literaturi ni bila najbolje sprejeta. Pisce je predvsem zaposlovala izročitev občini, manj pa jih je motila redka uporaba samega pravila *nemo auditur*. Če bi prejšnjo ureditev sodišča dobesedno uporabljala, bi prišla pravzaprav zelo pogosto v poštev. Po določi prvega odstavka 103. člena ZOR je bila pogodba nična, če je nasprotovala načelom družbene ureditve, prisilnim predpisom ali morali socialistične samoupravne družbe,³⁷ torej zaradi istih

³⁴ Navedeno delo, str. 60.

³⁵ Sodba II Ips 80/2004 z dne 21. 4. 2005.

³⁶ »Ni treba poslušati tistega, ki se sklicuje na lastno nepoštenost.«

³⁷ Z dodatkom »če namen kršenega pravila ne odkazuje na kakšno drugo sankcijo ali če ni v zakonu za posamezen primer določeno kaj drugega« in omejitvijo v tretjem odstavku, če je sklenitev pogodbe prepovedana le eni stranki.

razlogov, zaradi katerih bi bilo treba uporabiti tudi pravilo *nemo auditur*.³⁸ Sodna praksa je bila do uporabe pravila zelo zadržana. Še manj je mogoče pričakovati, da bo videla razlog za uporabo pravila v novi ureditvi, ki omogoča uporabo le tedaj, ko so prekršena temeljna moralna načela.

Nemško pravo vsebuje pravilo *nemo auditur* v par. 817 BGB. Kljub ne povsem enaki ureditvi pa so nekatera stališča nemškega prava zanimiva tudi za naše pravo. Tako je npr. stališče v zvezi z oderuško pogodbo. Pri posojilni pogodbi in na splošno pri pogodbah o začasni prepustitvi stvari oderuh ob dobesednem tolmačenju ne bi mogel zahtevati vračila posojenega denarja. Tako tolmačenje pa ne bi ustrezalo vsebini njegove izpolnitve, ki je v prepustitvi denarja za določen čas. Po prevladujočem mnenju zato ne more zahtevati vrnitve denarja, dokler traja posojilno razmerje.³⁹ Zelo sporno je vprašanje, ali pravilo *nemo auditur* izključuje vse zahtevke, tudi tiste, ki so zunaj območja obogatitvenega prava, še zlasti tiste, ki jih daje lastninska pravica. Zastavlja se npr. vprašanje, ali tisti, ki mu par. 817 BGB jemlje kondikcijski zahtevek, obdrži vindikacijskega.⁴⁰

6. Obogatitev v večosebnih razmerjih

Največ težav in negotovosti povzročata obogatitveno pravo pri razmerjih, v katerih je udeleženi več oseb (vsaj tri). Vprašanje, kdo lahko od koga v takih primerih kondicira, je bilo in je še vedno sporno. Naša sodna praksa še ni imela prave priložnosti, da bi se izrekla o tem vprašanju. Za nemško Zvezo sodišče se zatrjuje, da pušča vse možnosti odprte s »stereotipnim« ponavljanjem, da ni mogoča nikakršna shematična rešitev, ker je vse odvisno od posebnosti posameznega primera.⁴¹

Kot splošna načela za razreševanje večosebnih obogatitvenih razmerij se v nemški literaturi najpogosteje navajajo tri načela, ki jih je izoblikoval Canaris v delu *Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis* (1. FS Larenz, 1973) in jih predstavlja tudi še v zadnji izdaji posebnega dela učbenika obligacijskega prava iz leta 1994.⁴² Ta načela so:

1. Vsaka pogodbeni stranka mora po možnosti obdržati svoje ugovore, ki jih ima proti nasprotni stranki.

³⁸ Sodiščem sicer pravila ni bilo treba vedno uporabiti, ker je zakonsko besedilo govorilo in še govori o tem, da »lahko sodišče ...«, upoštevati pa so morala še poštenost ene ali obeh strank, pomen ogroženih družbenih interesov in moralne pojme družbe po določbi tretjega odstavka 104. člena ZOR.

³⁹ Medicus, navedeno delo, str. 314.

⁴⁰ Medicus, navedeno delo, str. 316.

⁴¹ Larenz/Canaris, navedeno delo, str. 199.

⁴² Larenz/Canaris, navedeno delo.

2. Velja tudi obrnjeno: stranka mora biti varovana pred ugovori iz razmerja med njenim pogodbenim partnerjem in tretjimi.
3. Vsaka stranka mora nositi stečajni riziko (in samo stečajni riziko) glede pogodbene stranke iz njenega kavzalnega razmerja.

V nadaljevanju bo kratko predstavljeno stališče nemške literature do nakazila in cesije.

Značilen primer tristranskega razmerja je naročilo oziroma nakazilo (*Anweisung*). Nemško pravo pri tem razlikuje med nalogo, povezanim s pooblastitvijo, tako da je naročitelj z izpolnitvijo prevzemnika naročila prost svoje obveznosti,⁴³ in nakazilom v smislu določbe par. 783 BGB. Prvo razmerje Medicus⁴⁴ opredeljuje kot nakazilo v netehničnem smislu, drugo kot nakazilo v tehničnem smislu.

Razmerje med nakazovalcem in prejemnikom nakazila se imenuje valutno razmerje, razmerje med nakazovalcem in nakazancem pa kritno razmerje. Če gre za nakazilo v netehničnem pomenu, kar je v praksi tudi najpogosteje, npr. pri plačilu z bančnim nakazilom,⁴⁵ med nakazancem in prejemnikom nakazila ni kavzalnega razmerja, temveč med njima obstaja le razmerje dejanske naklonitve.⁴⁶ Zato ga je mogoče imenovati tudi naklonilno razmerje.⁴⁷ Pri nakazilu v tehničnem pomenu nakazanec nakazilo sprejme, zaradi česar nastane po par. 784 BGB neposredna zaveza nakazanca prejemniku nakazila. Pravni položaj, ki pri tem nastane, je podoben kot pri pravi pogodbi v korist tretjega.⁴⁸

Za izhodišče obravnave nakazila v netehničnem pomenu naj služi primer, ko oseba B (kupec) dolguje osebi C (prodajalcu) kupnino v znesku 10.000 DEM na podlagi prodajne pogodbe. Svoji banki (A) da nalog za izplačilo dolgovane vsote, ki ga nato banka izvrši. Če je katero od kavzalnih razmerij obremenjeno z napako, nastane obogatitveno razmerje v tistem kavzalnem razmerju, ki ima napako. Če je napaka v valutnem razmerju (ker je npr. nična prodajna pogodba), ima B kondikcijski zahtevek do C, če pa ima napako kritno razmerje, ima A kondikcijski zahtevek do B. Če obstaja napaka v obeh razmerjih, nastaneta dva obogatitvena zahtevka (A ga ima do B in B do C).⁴⁹ Vzratno pravna razmerja potekajo »prek trikotnika«. Pri tem je izhodišče, da je odločilen pravni smisel opravljene izpolnitve, in ne dejansko dogajanje. Plačilo banke A osebi C kot dejansko dogajanje (naklonitev) pomeni pravno vzeto izpolnitev banke A osebi B in osebe B osebi C.

⁴³ Wieling, *Bereicherungsrecht*, 2. izdaja, 1999, str. 79.

⁴⁴ Navedeno delo, str. 346–347.

⁴⁵ Medicus, navedeno delo, str. 347.

⁴⁶ Loewenheim, navedeno delo, str. 32.

⁴⁷ Wieling, navedeno delo, str. 80.

⁴⁸ Loewenheim, navedeno delo, str. 32.

⁴⁹ Loewenheim, navedeno delo, str. 35; Medicus, navedeno delo, str. 347; Larenz/Canaris, navedeno delo, str. 235.

Sporno je, kaj naj bi B v primeru ničnosti kritnega razmerja prejel od A oziroma kaj je predmet njegovega kondikcijskega zahtevka do A. V zadnjem času se je uveljavilo stališče, da je to tisto, kar je A naklonil osebi C. Utemeljuje se s tem, da je »prejeto« treba opredeliti normativno, tako kot se tudi izpolnitev določa po njenem pravnem smislu.⁵⁰

Nekoliko bolj težaven je položaj pri nakazilu v tehničnem pomenu. S sprejemom nakazila pridobi C (prejemnik nakazila) neposredni zahtevek do A (nakazanca), kar napeljuje k sklepu, da bi kazalo priznati neposreden kondikcijski zahtevek banke A do osebe C. Tako rešitev vendarle mnogi odklanjajo, ker je podlaga izpolnitve banke A osebi C v valutnem razmerju med B in C.⁵¹ Rešitve so zato enake kot pri nakazilu v netehničnem smislu. Obogatitveno razmerje nastane v tistem kavzalnem razmerju, ki je obremenjeno z napako.

Drugačne pravne posledice pa nastanejo, če je samo naročilo (osebe B banki A, naj izpolni osebi C) neučinkovito. Tak primer je npr. pri pomotnem dvojnem nakazilu, pri nakazilu napačnemu prejemniku ali pri nakazilu prevelike vsote. Vprašanje je, ali lahko A uveljavi kondikcijski zahtevek kljub pomanjkanju naročila osebe B le zoper osebo B ali pa ima neposredni kondikcijski zahtevek do osebe C. Po povsem prevladujočem mnenju ima v takem primeru A neposredni kondikcijski zahtevek do osebe C.⁵² Če npr. banka pomotoma izplača nepodpisani ček ali nakaže znesek napačni osebi, ne more obremeniti konta svoje stranke, temveč mora kondicirati od prejemnika.⁵³ V takem primeru po mnenju nekaterih ne gre za izpolnitveno, temveč za neizpolnitveno kondikcijo,⁵⁴ kar pa je sporno.⁵⁵

Del literature ne sprejema neposredne kondikcije v vseh primerih neučinkovitosti naročila in ob tem opozarja, da tudi BGH pri svojem odločanju upošteva posebnosti posameznega primera.⁵⁶

Dodatne težave nastanejo v primerih, ko je med strankami sporen izpolnitveni namen. Loewenheim⁵⁷ navaja primer iz sodne prakse:

Toženec (investitor E) je sklenil s podjetjem Idealheim GmbH pogodbo o zgraditvi dveh družinskih hiš za ceno 320.000,00 DEM. Idealheim GmbH je izvedbo grobih gradbenih del prepustil gradbenemu podjetju U. O tem sta se dogovarjala U in poslovodja Idealheim

⁵⁰ Lieb v münchenskem komentarju BGB, 3. izdaja, 1993, str. 1192.

⁵¹ Medicus, navedeno delo, str. 346–347.

⁵² Lieb, navedeno delo, str. 1196.

⁵³ Medicus, navedeno delo, str. 347.

⁵⁴ Loewenheim, navedeno delo, str. 38.

⁵⁵ Lieb, navedeno delo, str. 1198.

⁵⁶ Larenz/Canaris, navedeno delo, str. 235.

⁵⁷ Navedeno delo, str. 42.

GmbH, ki ga je U štel za zastopnika gradbenega podjetja E. Po dokončanju grobih gradbenih del je U zahteval od E plačilo opravljenega dela na podlagi pogodbenega razmerja, ki naj bi nastalo med njim in E. E je ugovarjal, da je U le v pogodbenem razmerju z Idealheim GmbH, zaradi česar lahko le od njega zahteva dolgovano plačilo.

Ni vprašljivo, da z ravnanjem poslovodje Idealheim GmbH ni nastala pogodbeni vez med U in E. Navsezadnje za zastopanje investitorja E ni imel njegovega pooblastila. Zastavlja pa se vprašanje, ali ni morda E obogaten na račun podjetja U. Da je E »nekaj prejel«, in to prav od U, je očitno. Nejasno pa je, ali je pridobil lastninsko pravico na grobo zgrajenih družinskih hišah z izpolnitvijo podjetja U ali Idealheim GmbH. Medtem ko je E izhajal iz tega, da je izpolnitelj Idealheim GmbH, pa je bil po pojmovanju U izpolnitelj E. Zastavlja se torej vprašanje, čigava predstava je odločilna, U-jeva ali E-jeva.

Glede te problematike sta se izoblikovali dve stališči. Po prvem se upošteva volja izpolnitelja, izhajajoč iz načela, da je prav izpolnitelj tisti, ki določa namen izpolnitve, po drugem pa se upošteva namen izpolnitve, kot ga je mogoče objektivno zaznati z gledišča prejemnika. Po drugem stališču, ki sta ga sprejela sodna praksa in velik del literature,⁵⁸ se torej upošteva, tako kot pri razlagi izjave volje, učenje o prejemnikovem obzorju.

Enako kot v primerih izpolnitvenih verig se tudi pri dvojnih napakah pri nakazilu (in na splošno v tristranskih razmerjih) zastavi vprašanje, kakšen zahtevek ima obogatitveni upravičenec iz razmerja med B in A. V pošteb bi prišla »kondikcija kondikcije«, torej odstop kondikcijskega zahtevka, ki ga ima A do C, in zahtevek za izročitev stvari oziroma njene vrednosti (drugi odstavek par. 818 BGB).

Pogosto obravnavana, a kljub temu še vedno zelo sporna so razmerja, ki nastanejo pri izpolnitvi cedirane, a neobstoječe terjatve. To je na splošno eden največjih problemov obogatitvenega prava.⁵⁹ Po večinskem mnenju, ki sledi BGH v zadevi *Feuerversicherungsfall*, ima dolžnik kondikcijski zahtevek do cedenta.⁶⁰ Stališče se zagovarja med drugim s tem, da izpolnitelj zaradi cesije ne sme biti postavljen v slabši položaj.⁶¹ Če gre za neučinkovitost cesije (cesijske pogodbe), ima dolžnik načeloma kondikcijski zahtevek neposredno do cedenta.⁶²

Večinsko zagovarjane rešitve so po prikazanem pri nakazilu in cesiji enake. V obeh vrstah tristranskih razmerij je neposreden kondikcijski zahtevek nakazanca oziroma dolžnika dopusten le v primeru neučinkovitosti nakazila oziroma cesije. V vseh drugih primerih vzpostavljena razmerja vzvratno potekajo »prek trikotnika«.

⁵⁸ Loewenheim, navedeno delo, str. 44.

⁵⁹ Larenz/Canaris, navedeno delo, str. 237.

⁶⁰ Larenz/Canaris, navedeno delo, str. 237; Lieb, navedeno delo, str. 1224.

⁶¹ Loewenheim, navedeno delo, str. 54.

⁶² Larenz/Canaris, navedeno delo, str. 239.

Problematiko kondikcijskih zahtevkov pri cesiji in nekaterih drugih večosebnih razmerjih je izčrpno obravnaval M. Juhart.⁶³ Zavzema se za to, da se v posameznem tipu pogodbenega razmerja po aprioristični metodi (iz razloga pravne varnosti) določijo stranke kondikcijskega razmerja. To je naloga, ki je naložena sodni praksi.

7. Teorija salda in teorija dveh kondicij

Pri vzajemnih pogodbah se zastavlja vprašanje upoštevanja nasprotno izpolnitve. V zvezi s tem na nemškem pravnem območju obstajata dve teoriji, teorija dveh kondicij in teorija salda.

Izhodišče teorije dveh kondicij je, da imata obe stranki vzajemne pogodbe samostojna kondikcijska zahtevka, ki sta neodvisna drug od drugega.⁶⁴ Slabe strani te teorije se pokažejo, če se lahko ena od strank sklicuje na odpad obogatitve.

Teorija salda nasprotno temelji na stališču, da je treba ohraniti sinalagmatsko vez med vzajemnima obveznostma tudi pri vzratnem poteku razmerja na podlagi neučinkovite, a izvršene pogodbe.⁶⁵ Teorija je izpeljana v dveh različicah. Po starejši je treba izpolnitev in nasprotno izpolnitev obračunati, tako da je predmet obogatitvenega zahtevka le razlika, saldo.⁶⁶ Obogatena je le stranka s pozitivnim saldom.⁶⁷ Druga različica teorije salda izhaja iz tega, da se na odpad obogatitve ne more sklicevati tisti, ki se ne more zanašati na to, da bo lahko prejeto obdržal. Tak je tisti, ki ve, da je nekaj prejel le v zameno za lastno izpolnitev (zaradi vzajemnosti pogodbenih obveznosti). Njegov pogodbeni nasprotnik lahko zato po tej različici, opirajoč se na določbe par. 273 BGB, odkloni svojo izpolnitev ali jo lahko pobota z nasprotno.⁶⁸

Pomembne razlike med teorijama se pokažejo predvsem v porazdelitvi rizika naključnega uničenja ali poškodovanja stvari (predmeta obogatitve). Nazoren je primer, ki ga predstavlja Loewenheim.⁶⁹

V prodaja osebi K rabljeno vozilo za 10.000 DEM. Vozilo je osebi K izročeno, nanjo preide lastninska pravica in ga tudi plača. Nekoliko pozneje doživi K prometno nesrečo, v kateri je vozilo povsem uničeno. Izkaže se tudi, da je prodajna pogodba pravno neučinkovita.

⁶³ Zbornik znanstvenih razprav PF, LII. letnik, Kondikcijski zahtevki pri cesiji in nekaterih drugih večosebnih razmerjih.

⁶⁴ Loewenheim, navedeno delo, str. 152.

⁶⁵ Wieling, navedeno delo, str. 71.

⁶⁶ Loewenheim, navedeno delo, str. 153; Wieling, navedeno delo, str. 71.

⁶⁷ Fikentscher, Schuldrecht, 8. izdaja, 1992, str. 719.

⁶⁸ Wieling, navedeno delo, str. 72.

⁶⁹ Navedeno delo, str. 151–152.

Po teoriji dveh kondicij bi K lahko zahteval vrnitev plačane kupnine, medtem ko V ne bi mogel zahtevati vrnitve vozila, ker je bilo medtem uničeno. Po teoriji salda pa bi se zahtevka (če bi bilo vozilo dejansko vredno 10.000 DEM) med seboj izničila. Niti V niti K ne bi bila upravičena do nikakršnega zahtevka.⁷⁰

Teorijo salda, ki riziko uničenja stvari nalaga prejemniku stvari, zagovarja predvsem (ustaljena) sodna praksa, medtem ko je literatura ne podpira v celoti. Zlasti v zadnjem času je predmet kritike. Očita se ji, da je po eni strani preozka, ker npr. pri prodajni pogodbi upošteva kot odbitno postavko le že plačano kupnino, ni pa pravega razloga, zakaj ne tudi kupnine, ki še ni bila plačana.⁷¹ Odpove tudi pri konkurenci obogatitvenih in lastninskih zahtevkov.⁷² Po drugi strani pa teorija salda sega predaleč, ker ne upošteva podlage, ki je povzročila neučinkovitost pravnega posla. Njena uporaba ni utemeljena pri poslih, ki jih sklene nepolnoletna oseba, in po mnenju nekaterih tudi ne pri zvijačni prevari in protipravni grožnji.⁷³ Da bi zmanjšalo negativne učinke teorije salda, je nemško vrhovno sodišče njeno uporabo omejilo s številnimi izjemami.⁷⁴

8. Konkurenca različnih zahtevkov

Zelo sporno je razmerje med obogatitvenimi zahtevki in zahtevki iz razmerja med lastnikom in posestnikom.⁷⁵ Lastnik lahko od vsakogar zahteva vrnitev (individualno določene) stvari, njegov zahtevok pa ne zastara (92. člen SPZ). Glede drugih zahtevkov je upoštevena predvsem ureditev položaja dobrovernega in nedobrovernega lastniškega posestnika.

Dobroverni lastniški posestnik (95. člen SPZ):

- mora vrniti stvar lastniku s plodovi, ki še niso bili obrani,
- ni dolžan plačati za uporabo stvari in ne odgovarja za poslabšanje in uničenje stvari, nastalo v času, ko je imel stvar v dobroverni posesti,
- ima pravico do povračila stroškov, potrebnih za vzdrževanje stvari,
- lahko zahteva tudi vrnitev koristnih stroškov, a le toliko, kolikor se je vrednost stvari povečala, kar se poračuna s koristmi, ki jih je imel od stvari,

⁷⁰ Loewenheim, navedeno delo, str. 153.

⁷¹ Medicus, navedeno delo, str. 329–330.

⁷² Wieling, navedeno delo, str. 71.

⁷³ Medicus, navedeno delo, str. 330.

⁷⁴ Larenz/Canaris, navedeno delo, str. 335.

⁷⁵ Fikentscher, navedeno delo, str. 725.

- ima pravico do povračila stroškov, ki jih je imel zaradi svojega zadovoljstva ali zaradi olepšanja stvari, a le toliko, kolikor se je njena vrednost povečala; če je to, kar je storil za zadovoljstvo ali olepšanje stvari, mogoče ločiti od nje brez poškodbe, ima dobroverni lastniški posestnik pravico to ločiti in obdržati zase.

Nedobroverni lastniški posestnik (96. člen SPZ):

- mora lastniku stvari vrniti vse plodove,
- dolžan mu je povrniti škodo, nastalo s poslabšanjem ali uničenjem stvari, razen če bi ta škoda nastala tudi tedaj, ko bi bila stvar pri lastniku,
- lahko zahteva povračilo potrebnih stroškov, ki bi jih imel tudi lastnik, če bi bila stvar pri njem,
- ima pravico do povračila koristnih stroškov samo, če so koristni za lastnika,
- nima pravice do povračila stroškov, ki jih je imel zaradi svojega zadovoljstva ali olepšanja stvari, lahko pa odnese stvar, ki jo je vgradil za svoje zadovoljstvo ali olepšanje stvari, če jo je mogoče brez poškodbe ločiti od glavne stvari.

Razmerje med lastninsko tožbo in kondikcijo je vsestransko obravnaval Cigoj.⁷⁶ Kadar obstaja zahtevek iz lastninske pravice, pravi, da »bi bilo treba zavzeti stališče, da obstoji možnost konkurence z obogatitvenim zahtevkom«.

9. Sklep

Ko govorimo o pravnih posledicah ničnosti pogodbe, imamo v mislih tiste posledice, ki nastanejo neodvisno od namere strank. Najpomembnejše zadevajo vzratni potek pogodbenega razmerja, da se doseže *status quo ante*, stanje, kakršno bi bilo, če pogodba ne bi bila sklenjena. K temu pripomorejo kondikcijski zahtevki tiste stranke, ki je že v celoti ali delno izpolnila svojo pogodbeno zavezo. Na tem področju pa je več vprašanj, kot je odgovorov. V literaturi obstaja negotovost že o tem, ali velja pri nas vrnitveno ali obogatitveno načelo. Še precej bolj težavna vprašanja porajajo večosebna razmerja, pri katerih se zastavlja tako vprašanje, kdo od koga kondicira, kakor tudi vprašanje, kaj je vsebina kondikcijskega zahtevka. Nejasno je tudi vprašanje konkurence različnih zahtevkov, zlasti med kondikcijskim in vindikacijskim. Na vsa ta vprašanja bo morala sodna praksa prepričljive odgovore šele najti.

⁷⁶ Neupravičena pridobitev, str. 63–64.

Izvirni znanstveni članek
347.447.63:[338.124.4+340.142]

Gospodarska/finančna kriza kot spremenjena okoliščina

DR. PETER GRILC,
redni profesor na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

Namen prispevka sta kratek pregled doktrine spremenjenih okoliščin in analiza najnovejših odločb v zadevah, v katerih so se stranke sklicevale na gospodarsko ali finančno krizo oziroma spremenjene gospodarske razmere zaradi spremenjenih okoliščin. Spremenjene okoliščine je mogoče uveljavljati: če se okoliščine tako spremenijo, da eni od pogodbenih strank otežujejo izpolnitev ali pa zaradi njih ni mogoče doseči namena pogodbe, pa bi bilo tako pogodbo nepravilno ohraniti v veljavi; če se spremenijo po sklenitvi pogodbe, na tiste, ki so se spremenile po poteku roka za izpolnitev, pa se ni mogoče sklicevati; razvezo lahko zahteva stranka, katere izpolnitev je otežena; ni pa jih mogoče uveljavljati, če bi morala stranka te okoliščine upoštevati ob sklenitvi oziroma bi se jim lahko izognila ali jih preprečila.

1. Zgodovinski in primerjalni pregled razvoja doktrine

Izhodišča za obravnavo spremenjenih okoliščin so vedno načela, med katerimi je osrednje načelo dolžnosti izpolnitve obveznosti (*pacta sunt servanda*, 9. člen OZ), dodati pa velja načela prostega urejanja obligacijskih razmerij (3. člen OZ), ekvivalence dajatev (8. člen OZ) ter vestnosti in poštenja (5. člen OZ).

Po načelih avtonomije in *pacta sunt servanda* se osebe prosto odločijo za pogodbeno razmerje, po vstopu vanj pa so s pogodbo zavezane. Zavezovalna moč pogodb ima zgodovinske, primerjalnopravne in navsezadnje religiozne korenine.¹

¹ Najdemo jih v Stari zavezi (Četrta Mojzesova knjiga, 30:2: Kadar se kak mož zaobljubi Gospodu ali s prisego zaveže, da se bo česa držal, naj ne prelomi besede; naj stori vse, kar je prišlo iz njegovih ust), v Novi zavezi (Evangelij po Mateju, 5:37: Vaš govor naj bo »da«, »da«, »ne«, »ne«), v Koranu (5. poglavje, imenovano poglavje o pogodbah (Izpolnite (vse) obveznosti).

V rimskem pravu je izpeljano načelo, da morajo biti pogodbe izpolnjene v dobri veri (*pacta sunt servanda ex fide bona*). Načelo *rebus sic stantibus*, ki sicer ni izvirno rimskopravno, saj izhaja iz načela, da je treba obveznosti dosledno spoštovati ne glede na to, ali je bilo zaradi naknadnega razvoja dogodkov porušeno razmerje med obveznostmi strank, je v povezavi z zvestobo pogodbeni zavezi korekcijsko načelo, po katerem sklenjene pogodbe vežejo toliko časa, dokler ni bistvenih sprememb okoliščin. Kot rečeno, rimsko pravo ga ni poznalo od začetka, saj vztraja, da pogodbeno razmerje ne ugasne ali se pogodbeno breme ne olajša, tudi če še tako močno prizadene eno stranko. O spremenjenih okoliščinah niso podrobneje razmišljali niti glosatorji v 12. in 13. stoletju. Šele kanonisti (*contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de future rebus sic stantibus intelliguntur*) so več pozornosti namenili ideji, da naj dolžnik izpolni, če stanje stvari ostane tako, kot je bilo ob sprejemu zaveze. Pod sedanjim poimenovanjem *rebus sic stantibus* pa so načelo sprejeli šele postglosatorji v 14. in 15. stoletju z navedbami, da učinek preneha, ko preneha vzrok, ali da se volja ne nanaša na tisto, na kar se ni mislilo, ali da tisto, kar se je pojavilo na novo, zahteva nova sredstva.² Načelu *rebus sic stantibus* so utrli pot na cerkvenih sodiščih, predvsem v zadevah z elementom oderuštva, postopno pa so ga do konca 18. stoletja sprejela še druga sodišča. Kljub temeljni pravičnosti, ki jo uvaja, je torej koncept *rebus sic stantibus* v zavest in uporabo prodiral zelo dolgo, kar je mogoče pripisati zlasti elementarnosti načela *pacta sunt servanda*, ki ga je načenjal, kar slikovito opiše Rosenn, ki *rebus sic stantibus*, zanimivo, obravnava v povezavi z inflacijo.³ Ideja je nato doživela razcvet in je uzakonjena v nekaterih kontinentalnih kodifikacijah,⁴ vendar institut ni splošno uveljavljen, saj ga ne poznajo francoski in italijanski CC, ODZ, BGB in OR,⁵ za kar je mogoče iskati razloge v tedaj prevladujočih filozofskih idejah, da je načelo *pacta sunt servanda* v skladu s konceptom *laissez faire, laissez passer*. Pristop se je spremenil ob izbruhu prve svetovne vojne, ko so morali (evropski) pravniki teoretično utemeljiti odstop od dosledne uporabe *pacta sunt servanda*, saj je v vojnih okoliščinah vrsta prej sklenjenih pogodb postala neizpolnljiva.

V nemškem pravu (podobno v švicarskem) je koncept *rebus sic stantibus* izpeljan v sodni praksi kot posledica spremenjenih okoliščin zaradi prve svetovne vojne, ne pa v najčistejši obliki tudi

² Prim. Dolenc v: Veliki komentar OZ, I. knjiga, str. 595.

³ *As early as the 15th century, the popularity of the theory of rebus sic stantibus had begun to wane, largely because of protests from burgeoning commercial interests against the climate of transactional insecurity produced by the theory's widespread application. By the end of the 18th century, pacta sunt servanda reigned supreme, and the theory of rebus sic stantibus had been relegated to the doctrinal scrap heap.* Rosenn, Law and Inflation, University of Pennsylvania Press, 1982, str. 87.

⁴ Bavarski civilni zakonik, 1756, Pruski civilni zakonik, 1794.

⁵ *Rebus sic stantibus* seveda ni dopustno zamenjati z institutom višje sile, ki osvobodi dolžnika izpolnitve obveznosti le, če pride do naravnega dogodka, katerega bistvena značilnost je moč, ki se ji človek ne more uspešno upreti, zanj pa je značilno, da je vzrok zunanji, nepričakovan, neizogiben in neodvrljiv (153. člen OZ); razlika med institutoma je v tem, da višja sila drugače kot *rebus sic stantibus* ne vključuje gospodarskih težav ali celo ekonomske nezmožnosti.

v zakonodaji, spet zaradi moči načela *pacta sunt servanda*,⁶ saj BGB nima izrecne določbe o spremenjenih okoliščinah, temveč se uporablja sklicevanje na paragraf 313 BGB o motnjah pogodbenih podlage⁷ v povezavi s paragrafom 242 o načelu vestnosti in poštenja.⁸ Teorija je utemeljena na odpadu pogodbenega temelja (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) in pravzaprav pomeni nemško doktrino *rebus sic stantibus*. Po Oertmannu (*Die Geschäftsgrundlage*, 1921), enem vodilnih peres nemške teorije o *rebus sic stantibus*, je definicija doktrine, ki je ekstenzivno prešla v nemško sodno prakso, to, da je pogodbeni podlaga predpostavka stranke, ki jo je v procesu nastajanja pogodbenega dogovora vanj sprejela tudi druga stranka, pod pogojem, da se predpostavka nanaša na obstoj ali na okoliščine, ki so podlaga pogodbenih namere, mogoče pa je tudi, da je pogodbeni temelj skupna predpostavka posameznih strank o okoliščinah. Po nemški doktrini odpada pogodbeni podlaga lahko sodišče spremeni ali celo razveljavi pogodbo, če so bile okoliščine nepredvidljive in so se po sklenitvi zgodile radikalne spremembe.⁹

⁶ Emmerich, *Leistungsstörungenrecht*, par. 27, r. št. 7; Markesinis, Unberath, Johnston, *The German Law of Contract*, 2. izdaja, 2006, str. 320 in nasl.; Locher *AcP* 121 (1923), str. 1.

⁷ Par. 313 Störung der Geschäftsgrundlage: (1) *Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.* (2) *Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.* (3) *Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.*

⁸ Prim. komentar par. 313 BGB v: Unberath, Beck'scher Online-Kommentar, Bamberger, Roth, Ed. 18, Rn 1–96; gl. tudi Dolenc, Veliki komentar OZ, str. 596.

⁹ Baier, *Die Störung der Geschäftsgrundlage im Recht der Personengesellschaften*, NZG 2004, str. 356; Bayreuther, *Die Durchsetzung des Anspruchs auf Vertragsanpassung beim Wegfall der Geschäftsgrundlage*, 2004; Chiotellis, *Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen*, Diss. München 1981; Clausius, *Vertragskontinuität und Anpassungsbedarf*, NJW 1998, 3148; Dittmann, *Umstellung langfristiger Verträge zum Stichtag der Umsatzsteueränderung*, BB 1992, 1571; Eidenmüller, *Neuverhandlungspflichten bei Wegfall der Geschäftsgrundlage*, ZIP 1995, 1063; Feldhahn, *Die Störung der Geschäftsgrundlage im System des reformierten Schuldrechts*, NJW 2005, 3381; Hau, *Anpassungsvertrag und Vertragsanpassung*, 2004; Horn, *Neuverhandlungspflicht*, AcP 181 (1981), 255; isti, *Vertragsbindung unter veränderten Umständen*, NJW 1985, 1118; Köbler, *Die »clausula rebus sic stantibus« als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, Diss. Tübingen 1991; Kluth/Freigang, *Wirtschaftliches Risiko und Äquivalenzstörung – Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage bei langfristigen Gewerberaummietverträgen*, NZM 2006, 41; Locher, *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, AcP 121 (1923), 1; Löwisch, *Arbeitskampf und Vertragserfüllung*, AcP 174 (1974), 202; Riesenhuber/Domröse, *Der Tatbestand der Geschäftsgrundlagenstörung in § 313 BGB – Dogmatik und Falllösungstechnik*, JuS 2006, 208; Riesenhuber, *Vertragsanpassung wegen Geschäftsgrundlagenstörung*, BB 2004, 2697; Rösler, *Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage*, JuS 2004, 1058, JuS 2005, 27, 120; Schefold, *Referenzzinssätze und die Einführung des Euro*, NJW 1998, 3155; Schmidt-Kessel/Baldus, *Prozessuale Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach neuem Recht*, NJW 2002, 2076; Schmidt-Räntsch, *Wertsicherungsklauseln nach dem Euro-Einführungsgesetz*, NJW 1998, 3166; Ulmer, *Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung*, AcP 174 (1974), 167; Wertenbruch, *Die »Gewährleistungsansprüche« des übernehmenden Bundesligavereins bei Transfer eines nicht einsetzbaren DFB-Lizenzspielers*, NJW 1993, 179; Würdinger, *Maklercourtage: Auswirkungen bei Erfüllungsunfähigkeit des Hauptvertrags*, NZM 2006, 167;

V Franciji je bil CC 1807 utemeljen na meščanskih vrednotah, izpeljal je načelo ločitve cerkve od države, zato ni težko razumeti, da načela *rebus sic stantibus* v čisti obliki, kot so ga v prakso uvedla cerkvena sodišča, zlasti v zadevah oderuštva, v zakoniku ni. Kljub temu CC v 1134. členu določa, da pogodbe pomenijo zakon med strankama in da jih je mogoče razvezati konsenzualno ali zaradi razlogov, ki so dopustni po zakonu.¹⁰ Prva svetovna vojna je povzročila veliko razvrednotenje franka, zato so utemeljevali, da je treba stranke razbremeniti obveznosti, ki so postale večje, kot so stranke predvidevale ob sklenitvi. S sklicevanjem na zadnji stavek 1134. člena (izvrševanje v skladu z načelom dobre vere) in na 1156. člen (iskanje skupnega namena strank namesto gramatikalne razlage pogodbe) so utemeljili *theorie de l'imprevision*. Vstop načela *rebus sic stantibus* prek teorije *imprevision* ni bil preprost, saj je Kasacijsko sodišče izrecno zavrnilo tako argumentacijo in rabsodilo, da le sklicevanje na višjo silo omogoča oprostitev izpolnitve. Preboj pa je pomenila sodba v zadevi *Compagnie Generale d'clairage de Bordeaux v. Ville de Bordeaux*.¹¹ S tem se razvoj ni končal, sodba v tej zadevi je šele odprla vrata doktrini *rebus sic stantibus*, ki se zaradi vrste razlogov¹² ni mogla razviti v čisti in občí nacionalni koncept.^{13,14}

Italijansko pravo je koncept *rebus sic stantibus* pred uzakonitvijo v CC 1942 uveljavilo že v povojni prehodni normodaji, ki je omogočala sklicevanje na višjo silo pod pogojem, da so vojne okoliščine eni od strank izrazito otežile izpolnitev, kar se je razvilo v uporabo *rebus sic stantibus* kot splošnega načela. Pozneje je ta razvoj zastal, ker so v kasacijskih sodbah koncept

Cohn, Frustration of Contract in German Law, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 28, 1946, str. 20–21; Schwentzer, *Introduction to German Law*, v: *The Law of Contracts*. The Hague, Kluwer Law International, 1996.

¹⁰ *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*

¹¹ Plinska družba CGB je sklenila večletno pogodbo o dobavi plina mestu Boredeaux, vendar je zaradi nenormalno velike rasti cen premoga po izbruhu vojne izpolnitev postala otežena, celo nemogoča, zato je CGB zahtevala zvišanje cene, a pred vsemi sodišči neuspešno. Na zadnji stopnji pred Conseil d'Etat pa je sodišče izreklo, da je sicer treba pri tovrstnih pogodbah s fiksno ceno predvideti spremembe stroškov, vendar načelno izhodišče korigiralo s tem, da zato, ker povečani stroški nedvomno presegajo zunanje meje povišanj, ki so jih stranke lahko pričakovale v času sklepanja pogodbe, tak razvoj nedvomno zahteva prilagoditev pogojev pogodbe, če se stranki o tem strinjata.

¹² *Imprevision* francoskega prava je namreč v nadaljevanju obremenjena z razmerjem med civilnim in upravnim pravom in argumentacijskim zapletom zaradi prehajanja z enega na drugo področje.

¹³ Rosenn, nav. delo: ... *in France, the théorie de l'imprevision did not develop into anything more than a method for relieving governmental contractors of unforeseeable hardships to insure the uninterrupted functioning of public services. In practice, the theory has been applied only to three contracts (1) public works, (2) governmental supplies, and (3) concessions such as gas and electricity. Attempts to expand the doctrine of imprévision to private contracts have been regularly frustrated by the Cour de Cassation, France's highest court, which has only been inclined to excuse performance of contractual obligations only if performance is literally impossible.*

¹⁴ Prim. tudi Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 8, št. 3 (september 2001).

zavračali. Zastoj je odpravila uzakonitev *rebus sic stantibus* v CC 1942 z izrecno določbo, da pri pogodbah s trajajočimi ali periodičnimi obveznostmi ali z odloženimi izpolnitvami ob nepričakovanih ali nepredvidljivih dogodkih, zaradi katerih je izpolnitev posebno težka, lahko stranka, ki dolguje tako izpolnitev, zahteva razvezo pogodbe.¹⁵ Razveze ni mogoče zahtevati, če je taka nenadna zahteva del normalnega pogodbenega tveganja, stranka, proti kateri je naperjena razveza pogodbe, pa se ji lahko izogne s ponudbo spremembe pogodbenega dogovora.¹⁶

V praksi je pri sklepanju mednarodnih pogodb gospodarskega prava pogosto kot relevantno za presojo pogodbe dogovorjeno švicarsko materialno pravo, zato je zanimiva tudi ureditev spremenjenih okoliščin v tem sistemu. V OR sicer ni specifične določbe, ki bi urejala *rebus sic stantibus*, 373. člen omogoča pogodbenim strankam (pogodbe o delu!), da pred sodiščem zahtevajo zvišanje cene, kadar bi izjemne okoliščine, ki jih ni bilo mogoče predvideti ali izključiti, ovirale dokončanje posla. Po prvi svetovni vojni so sodišča začela določbo analogno uporabljati, kar je mogoče razumeti kot uvedbo pravila *rebus sic stantibus* kot generalnega pravila v švicarsko pravo.

V državah z običajnim pravom (*common law*) ni zaslediti doktrin, primerljivih doktrini *rebus sic stantibus*, a so sodišča prek konstruiranih doktrin *frustration*, *impossibility* in *impracticability* prišla do enakih rezultatov kot na kontinentu.¹⁷ V ZDA je doktrina *impracticability* kodificirana.¹⁸ Za nekatere druge države glej pregledne članke.¹⁹

V prispevku ne analiziramo slovenskega prava, predstavljen je samo presek temeljnih potez doktrine. Izhodiščne določbe so, kot je bilo že navedeno, načela (*pacta sunt servanda*, 9. člen OZ, načelo prostega urejanja obligacijskih razmerij, 3. člen OZ, načelo ekvivalence dajatev, 8. člen OZ, ter načelo vestnosti in poštenja, 5. člen OZ), osrednje pa so spremenjene okoliščine, urejene v določbah 112. do 115. člena OZ.

¹⁵ Člen 1467 CC: *Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'Art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923).*

¹⁶ Prim. tudi Saliba, nav. delo.

¹⁷ Prim. *Paradine v. Jane*, Aleyn 26, 27, 82 Eng. Rep. 897, 897 (K. B. 1647); 6 Williston § 1931; *Williams v. Lloyd*, W. Jones, 179, 82 Eng. Rep. 95 (K. B. 1629); *Farnsworth, Contracts*, New York: Little, Brown and Co., 1990; *Taylor v. Caldwell*, B & S. 826, 122 Eng. Rep. 309 (K. B. 1863); *Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson*, 19 L. R. - Eq. 462, 465 (1875); *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U. D. C.*, A. C. 696 H. L. (1956); po Saliba, nav. delo.

¹⁸ Perillo: ... *performance is rendered impracticable only with extreme and unreasonable difficulty*. *The Law of Contracts*, 3rd ed., St. Paul, Minn.: West, 1987.

¹⁹ Na primer Saliba, nav. delo.

2. Novejši razvoj – gospodarska/finančna kriza

2.1. Gospodarska/finančna kriza kot spremenjena okoliščina

Že domača praksa je omogočila sklicevanje na krizo kot spremenjeno okoliščino, postavlja pa se vprašanje, ali je ta možnost le formalna ali tudi realna. Tako je praksa na podlagi Splošnih uzbek za blagovni promet (SUBP) omogočila sklicevanje na ekonomske pojave, kot so izjemno nagel in velik padec ali dvig cen,²⁰ možnost je videti prek izjalovljene ali odpadle kavze (112. in 114. člen OZ),²¹ odpada ekvivalence²² in načela pravičnosti, ki pa je vendarle preveč široko in difuzno.²³ Ni se mogoče sklicevati na spremenjene okoliščine, če je poslovni riziko normalen (praksa sem prišteva ukrepe ekonomske politike), in novejša praksa je zavzela stališče, da je treba z zvišanjem cen vedno računati.²⁴ Temeljni problem uveljavljanja gospodarske krize kot spremenjene okoliščine bo ugotavljanje negativne predpostavke, ali je dogodek nepričakovan ali ne.²⁵

V tuji, zlasti anglo-ameriški praksi²⁶ se je v zvezi s finančnimi (prihodkovnimi ali odhodkovnimi) spremembami oblikovala močna praksa na področju družinskega prava, pri čemer

²⁰ Prim. Dolenc v: Veliki komentar OZ, str. 597; gl. tudi iz sodbe VSL I Cp 1507/2010 z dne 15. 9. 2010: »Zanimivo je, da so Splošne uzbek za blagovni promet kot primer dogodka, ki utemeljuje oblikovalno upravičenje zaradi spremenjenih razmer, primeroma navedle prav ekonomske pojave, kot so izjemno nagel ali velik padec cen ...« Pri tožbeno sodišče ugotavlja, da so glede na dejansko podlago izpodbijane sodbe izpolnjeni pogoji po 112. členu OZ za uporabo klavzule *rebus sic stantibus*. Pri tem izrecno poudarja, da je takšna okoliščina že sam nagel in velik padec cen nepremičnin.

²¹ Iz sodbe VSL I Cp 1507/2010 z dne 15. 9. 2010: »Z vidika kavze ter z vidika načela enake vrednosti dajatev utegne priti v času med sklenitveno in izpolnitveno fazo pogodbe do takšnih sprememb v zunanem (dejanskem) svetu, da je uresničitev načela enake vrednosti dajatev porušena oziroma onemogočena, izpolnitev pa več ne ustreza kavzi pogodbe (3). Kadar je podan tak položaj so izpolnjeni pogoji za uporabo zakonsko predvidene klavzule *rebus sic stantibus*. V skladu z njo lahko stranka, katere obveznosti so bistveno otežene, zahteva razveljavitev pogodbe, druga stranka pa se temu lahko zoperstavi s takšnim predlogom za spremembo pogodbenih pogojev, da bo zadoščeno pogodbenemu namenu in načelu pravičnosti (primerjaj 112. člen OZ). Za takšno spremembo okoliščin ne gre v primerih, ki predstavljajo običajen poslovni rizik. Vendar obravnavani primer presega normalen poslovni rizik. Tožeča stranka svoj oblikovalni tožbeni zahtevek opira na okoliščino zloma nepremičninskega trga.« (Poudaril P. G.)

²² Sklep VSL II Cp 3916/2009 z dne 7. 4. 2010: »Spreminjanje cen nepremičnin na trgu je splošno znano dejstvo, ki ga stranke morajo in morejo upoštevati v primeru vestnega in skrbnega ravnanja. Na zvišanje (ali padec) cen je torej treba računati in se v primeru normalnega poslovnega rizika, kot tudi zvišanja cen, če se gospodarstvo usmerja k zvišanju cen, na neke normalne oziroma predvidljive spremembe cen stranka v okviru spremenjenih okoliščin ne more uspešno sklicevati. Drugače pa je, če gre za takšno intenziteto sprememb oziroma takšen dvig cen (bistven), da stranko prizadene v takšni meri, ki ima naravo očitnega nesorazmerja, nekvivalentnosti vzajemnih pogodbenih dajatev.«

²³ Dolenc v: Veliki komentar OZ, str. 603.

²⁴ Prav tam, str. 607–608.

²⁵ Prim. *infra* in op. 31.

²⁶ Najnovejši pregled v: Hondius, Grigoleit (ur.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2011.

je bila sodna praksa precej zadržana, saj začasnega znižanja dohodkov ni priznala kot zadošten temelj za spremembo,²⁷ temveč je zahtevala spremembo trajnejše narave.²⁸ Podobna je kontinentalna praksa. Opozoriti pa velja, da se je taka praksa oblikovala v obdobju stabilnih gospodarskih razmer brez izjemnih okoliščin, kar je očitno narekovalo sodišču restriktiven odnos pri vpeljavi spremenjenih okoliščin.²⁹ V zadnjem četrletju leta 2008 pa so se razmere hitro spremenile in tudi na sodiščih je zavel finančni pesimizem, ki ni bil le prehodan. O nepričakovanosti izbruha krize bi bilo sicer mogoče razpravljati v povezavi z merili za sklicevanje na spremenjene okoliščine spremenjenih okoliščin (spremenjene okoliščine, na katere se sklicuje stranka, ki zahteva razvezo pogodbe, morajo biti nepredvidljive in nepričakovane, torej ni mogoče z njimi računati in pogodbenik tudi ni dolžan računati),³⁰ saj so jo gospodarski in finančni kazalniki ter stanje na specifičnih trgih napovedovali že leto in pol prej.³¹ Poleg tega poučen udeleženec na trgu, ki deluje s potrebno skrbnostjo,³² ne bi smel zanemariti tveganja običajnih cikličnih sprememb. Kljub tem pomislekom pa so bila dejstva krize očitna in neizpodbitna: izguba delovnih mest, upadanje plač, stečaji. V ekonomski analitiki se poudarja, da so bili v vrsti primerov tudi v letih pred nastopom krize ti znaki prikriti, kar zmanjšuje tehtnost ugovora, da so bile posledice pričakovane in predvidljive. Kriza sama glede na članke, ki analizirajo uveljavljanje krize kot spremenjene okoliščine, ni občutno spremenila sodne prakse, avtorji pa ugotavljajo, da sodišča v zadnjih dveh letih precej bolj natančno analizirajo dejstva v posameznem primeru, če so ta seveda utemeljena,³³ ko se od-

²⁷ Bonanno v. Bonanno, 4 N. J. 268 (1950); Innes v. Innes, 117 N. J. 496 (1990).

²⁸ V zadevi Larbig v. Larbig, 384 N. J. Super. 17 (App. Div. 2006), ni zadostovalo obdobje dveh let.

²⁹ Zanimiv komentar: ... *the general consensus adopted by the bench was one of optimism— that instances of financial distress were fleeting and the supporting spouse would bounce back better than ever, perhaps even learning a thing or two from the experience.* Murray, The Economic Crisis – Not a Prima Facie Case for Changed Circumstances, <http://www.paone-zaleski.com/Publications/Articles/The%20Economic%20CrisisNot%20a%20Prima%20Facie%20Case%20for%20Changed%20Circumstances.aspx>.

³⁰ Še klasična merila: elementi, ki izključujejo nepričakovanost dogodkov – tistih, ki jih mora stranka nositi kot normalni poslovni riziko, ta pa se lahko nanaša na notranje okoliščine (na nepričakovane okoliščine se ni mogoče sklicevati, če smo hote ali vedoma prevzeli tveganje bodočih okoliščin) in zunanje okoliščine, sodišče pa mora pri presoji upoštevati subjektivne (volja strank, kavza) in objektivne elemente (splošni interes, normalno tveganje pri pogodbah tega tipa).

³¹ Samo v ilustracijo gl. predavanje P. Schiffa z dne 13. 11. 2006, Western Regional Mortgage Bankers Conference v Las Vegasu, ki je že tedaj natančno napovedal zlom ameriškega nepremičninskega trga in z njim povezanih izvedenih finančnih instrumentov na strani <http://www.youtube.com/watch?v=jj8rMwdQf6k>.

³² Še enkrat glej prva dva stavka v delu citiranega sklepa v op. 22 (VSL, sklep II Cp 3916/2009).

³³ Gl. del obrazložitve v sodbi in sklepu VSL št. I Cpg 606/2010 z dne 7. 9. 2010: »Pritožbeno sodišče se strinja z zaključkom prvostopnega sodišča, da je bila opredelitev 'spremenjenih okoliščin' s strani tožeče stranke povsem splošna in pavšalna, brez vsebine, ki bi jo bilo mogoče v dokaznem postopku (tudi s pomočjo izvedenca) preizkusiti. Tožeča stranka ni navedla nobenih konkretnih podatkov o zatrjevani 'dveletni rasti cen surovin in energentov', in prav ničesar o vplivu rasti teh cen na njene proizvodne stroške in ceno njenih produktov. Glede povečane konkurence je povedala le, da je bilo v letu 2003 v Sloveniji ustanovljeno novo podjetje, ki se ukvarja z enako dejavnostjo, vendar

ločajo, ali jih upoštevati ali ne.³⁴ Navajanje gospodarske krize torej ni *prima facie* spremenjena okoliščina, ni pa tudi izključeno njeno uspešno uveljavljanje pod pogojem, da je zahtevek podprt z dejstvi, dokazi in – zlasti v primeru zahteve za spremembo pogodbe – s predlogom za razumno rešitev do konca njene veljavnosti. Zato je pogodbeni stranki mogoče svetovati, naj razkrije in obrazloži: (1) spremembe dohodkov/odhodkov zaradi krize;³⁵ (2) kako se je doslej odzivala na spremenjene okoliščine³⁶ in v čem so te okoliščine zunanje, nepričakovane; (3) kako spremenjene okoliščine vplivajo na pogodbo in splošni položaj stranke; (4) kako je ocenjevala tveganje; (5) kako je ravnala, da ji ni mogoče očitati pomanjkanja potrebne skrbnosti (gospodarja, gospodarstvenika, profesionalca, bankirja ipd.); (6) kaj je storila, da bi izpolnila načelo in temeljno zavezo *pacta sunt servanda*; (7) načrt oziroma predlog za spremembo pogodbe.³⁷ Navedeno je poleg vseh pogojev iz 112. do 115. člena OZ vodilo za presojo sodišča.

Kar zadeva prakso sodišč EU, velja opozoriti zlasti na dve odločbi, ki sicer neposredno ne posegata v obravnavano problematiko, se je pa nedvomno dotikata, zlasti prek terminov gospodarska/finančna kriza oziroma nepredvidljive (ne pa spremenjene) okoliščine.³⁸

pa ni podala nobenih pravnorelevantnih dejstev o vplivu konkurenčnega podjetja na poslovanje tožeče stranke in posledično zmanjšanje njenega tržnega deleža na relevantnem trgu. Okoliščine, na katere se sklicuje tožeča stranka, vključno z 'globalizacijo in liberalizacijo trgov', so zgolj prazne floskule, ki jih je tožeča stranka napaberkovala na pamet od tu in tam, v enaki meri in z isto težo pa bi jih v teh recesijskih časih lahko uveljavljal kdorkoli. Tožeča stranka jim ni dala konkretne vsebine, ni jih utemeljila s stvarnimi pokazatelji, in tudi Analiza upravičenosti investicije (A4), na katero se je sklicevala, o vzrokih za neekonomičnost ne pove ničesar. Zamujenega tožeča stranka ni mogla nadomestiti z izvedbo dokaza s postavitvijo izvedenca, zato je pritožbeni očitek glede zavrnitve tega dokaznega predloga neutemeljen. Gre za pomanjkanje podatkov in dejstev, ki bi jih morala navesti tožeča stranka, saj so izključno v njenem zaznavnem področju in samo ona zanje ve.« Prim.: *Indeed, mere statements from the applicant as to an alleged decrease in income without any material proofs will likely be rejected as unconvincing.* V: Donnelly v. Donnelly, 405 N. J. Super. 117 (App. Div. 2009).

³⁴ Murray, nav. delo.

³⁵ *For instance, the owner of a business who provides staffing to companies such as A.I.G. or Citigroup, should provide the actual numbers reflecting the decrease in placements over a period of time. The proprietor of a high-end retail store should provide actual figures as to the decrease in sales. The commission-based employee whose commissions have been capped at a certain number should provide a copy of the company memo wherein the revised commission policy is set forth ... The more concrete the proofs justifying the reduction in income, the more likely the judge is to accept this change as legitimate.*

³⁶ Smiselno iz družinske zadeve: *The court will be unsympathetic with the employee who has lost his job and is waiting contentedly for a new job to knock on his door. The contempt the court has for payors who chose not to rectify the downturn in their financial position is aptly demonstrated by the trial judge's choice words for the payor.* V: Harris v. Harris, 235 N. J. Super. 434 (Ch. Div. 1989).

³⁷ Nekaj od teh pogojev v članku op. cit. v op. 29 *supra*.

³⁸ Sodba Sodišča (prvi senat) z dne 31. marca 2011 v zadevi C-407/09, *Evropska komisija proti Helenski republiki*; sodba Sodišča (tretji senat) z dne 24. novembra 2010 v zadevi C-40/10, *Evropska komisija (ob intervenciji Evropskega parlamenta) proti Svetu Evropske unije*.

2.2. Primeri pogodbenih klavzul, s katerimi se je mogoče izogniti sklicevanju na posledice gospodarskih sprememb na trgu

Pogodbene stranke lahko ob sklenitvi pogodbe z nekaterimi pogodbenimi klavzulami poskusijo zmanjšati tveganje zaradi sprememb na trgu, delno tudi zaradi gospodarske ali finančne krize kot spremenjene okoliščine. Opozoriti velja, da rizika ni mogoče popolnoma izključiti. V nadaljevanju so obravnavani zlasti primeri, ko je mogoče za mednarodne pogodbe gospodarskega prava uporabiti načela za mednarodne pogodbe UNIDROIT in Dunajske konvencije o mednarodni prodaji blaga (CISG). Oba vira omogočata delno ali popolno razbremenitev strank zaradi bistvenih in obsežnih tržnih motenj. Tako člen 6.2.1 načel UNIDROIT omogoča razbremenitev stranke, kadar nepričakovane okoliščine privedejo do temeljnih sprememb v ravnotežju pogodbe (*hardship*). V praksi je nekaj primerov razbremenitev, vendar so redki, tudi zato, ker zlasti arbitražni senati še nimajo enotnega stališča do tega, ali je *hardship* del splošnega gospodarskega prava oziroma *lex mercatoria*. Člen 79 Dunajske konvencije o mednarodni prodaji blaga³⁹ omogoča, da se pogodba prilagodi, če pride do okoliščin, ki jih stranka ni mogla razumno pričakovati, v to pa so vključene težke gospodarske razmere in spremembe na trgu. Kljub možnostim, ki jih dajejo zakonodaja in nekatere klavzule, opredeljene v nadaljevanju, je vendarle temeljna ugotovitev, da morajo pogodbene stranke na spremenjene okoliščine, morebitno gospodarsko krizo ali drastične spremembe na trgu pomisliti v fazi sklepanja, ker iz prakse izhaja, da zanašanje na naklonjen odnos arbitraž ali sodišč ni učinkovito, saj nacionalno in mednarodno gospodarsko pravo redko omogočata razbremenitev zaradi sprememb ali motenj na trgu.

Nekatere možnosti so: (1) Preambularne klavzule ali dikcija, ki izrecno izkazujejo namen strank in dodatno določajo subjektivni namen in kavzo posla (*whereas clause*), pomagajo pri razlagi pogodbe, zlasti če so izpeljane v dogovor, da je pričakovanje strank v izpolnitveni fazi pogodbe izjalovljeno, če se relevantne okoliščine na trgu spremenijo za določen (dovolj visok) odstotni delež.⁴⁰ (2) Druga možnost je izrecna navedba pogojev v pogodbi, predvsem tistih, prek katerih je mogoče ugotoviti, ali se je spremenilo ravnotežje pogodbenih strank, in postavitev objektivnih meril za ugotovitev, kdaj je prišlo do sprememb ekvivalence.⁴¹ (3) Uporabne so klavzule MAC (*market adverse condition*), ki omogočajo porazdelitev tveganja med stranke zaradi neugodnega poslovnega ali gospodarskega razvoja. Navadno se uporabljajo

³⁹ Prvi odstavek 79. člena: »Če ena stran ne izpolni kakšne izmed svojih obveznosti, ni odgovorna za neizpolnitev, če dokaže, da je do tega prišlo zaradi ovire, ki je bila izven njene kontrole, in da od nje ni bilo primerno pričakovati, da pri sklenitvi pogodbe upošteva ovire, se jim izogne ali pa premesti takšno oviro in njene posledice.«

⁴⁰ Primerjaj UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, člena 6.2.2 in 6.2.3, str. 188, <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>.

⁴¹ Crystal, Giannoni-Crystal, Contract Enforceability During Economic Crisis: Legal Principles and Drafting Solutions, Global Jurist, vol. 10, iss. 3 (Advances), article 3, str. 18–20.

pri združitvah in prevzemih za razporeditev tveganja med kupci in prodajalci, če neugodne okoliščine nastopijo med sklenitvijo pogodbe in *closingom*, pogoste so tudi pri trgovanju z izvedenimi finančnimi instrumenti. Klavzula se razteza na določeno obdobje, določa, kaj je bistvena neugodna sprememba ali neželen dogodek, in opredeli učinke ter navadno ni podlaga za takojšnjo prekinitev pogodbe, če ni izrecno določeno, saj temelji na načelu *pacta sunt servanda* oziroma težnji k prilagajanju pogodbenega razmerja.⁴² (4) Omeniti velja določbe o razširjeni višji sili. Klasične klavzule o višji sili (enostavno razlikovanje med sklicevanji na višjo silo in spremenjene okoliščine: pri spremenjenih okoliščinah je izpolnitev mogoča, a znatno otežena, zaradi načela *pacta sunt servanda* se dopušča le izjemoma, pri višji sili pa izpolnitev ni mogoča) namreč ne vključujejo ekonomskih okoliščin, tudi gospodarske krize kot stanja ali pojavne oblike višje sile, zato se svetuje njihova pogodbena razširitev, do česar praksa reševanja sporov nima odklonilnega odnosa.⁴³ *Hardship* se vključi na več načinov, prek pravice do odpovedi pogodbe zaradi bistvenih sprememb na trgu ali prek določitve pravic pogodbenih strank, če pride do takih sprememb. (5) Učinkoviti so pogodbeni dogovori o renegociaciji ali prilagoditvi pogodbe (klavzule o periodičnih prilagoditvah v dobri veri, eskalacijske in deeskalacijske klavzule, imenovanje posrednika). (6) Klavzule o izbiri prava oziroma foruma so relevantne zlasti z vidika, kje in v kakšnem sistemu je mogoče pričakovati naklonjen odnos do spremenjenih okoliščin. (7) Nekaterim klavzulam se je priporočljivo izogniti (na primer *take-or-pay*⁴⁴ in *hell-or-high-water*⁴⁵), ker pomenijo negacijo iskanja rešitev v primeru spremenjenih ekonomskih okoliščin, saj zahtevajo, da se pogodba izpolni ne glede na njih in da nobena stranka ne more zahtevati spremembe ali se sklicevati nanjo, ne glede na obseg ali intenzivnost sprememb na trgu ali ekvivalence.

2.3. Spremenjene okoliščine in plačilo bonusov kot dela zaslужka

Spremenjene okoliščine v zvezi z gospodarsko/finančno krizo ne prizadenejo le pogodb med gospodarskimi subjekti, temveč tudi notranja korporacijska razmerja. Primer so sistemi plačil in bonusov upravam in zaposlenim, zlasti v finančnem sektorju. Dosedanje študije se ukvarjajo zlasti z vprašanjem, ali je sistem bonusov in plačil povzročil ali pospešil finančno krizo, kar ni predmet našega zanimanja v tem prispevku, ob robu pa se ukvarjajo tudi s spremenjenimi

⁴² Prav tam, str. 20–23.

⁴³ Prim.: ... *a hardship clause might be viewed as an unacceptable addition to the contract, while a modified force majeure clause that includes protection against adverse market changes could be viewed as a modest modification of a standard provision.* Prav tam, str. 24.

⁴⁴ Crystal, Giannoni-Crystal, nav. delo, str. 28: ... *requires a party to pay a certain price whether it takes the performance or not; are one-sided, in that they protect the seller but not the buyer.*

⁴⁵ Crystal, Giannoni-Crystal, nav. delo, str. 29: ... *in requiring the buyer or lessee (such clauses are often used in commercial leases) to make payments regardless of the circumstances.*

okoliščinami.⁴⁶ Spremenjene okoliščine so zanimive zlasti po tem, ko so finančne institucije po izbruhu krize prejele znatne državne pomoči in podpore. Ob tem so trčile ob prej dogovorjene sisteme bonusov, izplačevanje katerih naj bi se zaradi dodeljenih pomoči ustavilo ali vsaj začasno suspendiralo, slišati pa je bilo tudi zahteve, naj se že izplačani bonusi vrnejo. Izplačevalci so se branili zahtevati izplačane bonuse, ker so bili ti izplačani na podlagi pogodbenih obveznosti med banko/zavarovalnico in prejemnikom (fizično osebo), ki jih ni mogoče enostransko odpovedati. Navedeni obrambni argument je seveda sporen, najpogosteje pa je bil utemeljen s tem, da kriza pomeni klasični primer za uporabo klavzule *rebus sic stantibus*. Ker so tovrstni primeri novejši in (še) niso doživeli sodnega epiloga višjih in vrhovnih sodišč, literatura in doslej dostopna sodna praksa še nista prišli dlje od načelnih razprav oziroma navajanj pogojev – ponavljajo se klasične navedbe, da se pravni koncept spremenjenih okoliščin uporabi tedaj, ko vnaprej nepredvidljive okoliščine tako močno spremenijo pogodbene obveznosti, da te uidejo iz okvirov sorazmernosti dajatev, poleg tega pa se klavzula lahko uporabi le, če nasprotuje dobri veri. Iz prakse pa poročajo, da zaposlovalci bonusov praviloma niso nehali plačevati. Navedeno kaže, da je pravna praksa na civilnopravnem področju zadržana do sklicevanja na spremenjene okoliščine, ki jih opredeli pojem finančne ali gospodarske krize, kakršno doživljamo od zadnjega četrtertletja leta 2008. Drugače pa je, ko je govor o delovanju regulatorjev ali dodeljevanju državnih pomoči po pravu EU, kjer je prepoved izplačevanja bonusov mestoma izrecno navedena, da lahko banka uspešno kandidira za finančno pomoč države ali centralne banke, del problema pa se rešuje s kodeksi in dobrimi praksami,⁴⁷ na primer z načeli za primerno plačilo.

2.4. Izseki iz novejše slovenske prakse

Deli odločb so že citirani v besedilu prispevka, zaradi popolnosti pa sumarno navajamo tri, ki so povezane z ožjo temo.

1. VSL, sodba in sklep I Cpg 606/2010 z dne 7. 9. 2010

Četudi je tožeča stranka kot spremenjeno okoliščino v smislu 1. odstavka 112. člena OZ uveljavljala tudi izgubo v poslovanju, pa le-tej takšne pravne narave ni mogoče priznati. Izguba v

⁴⁶ Stutz, Bonus vs. Malus, http://www.swissbusinessweb.ch/zeitschrift/onlineartikel.php?Offset=0&Artikel_id=93&Magazin_id=51.

⁴⁷ Na primer Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance in predlogi Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA) za uvedbo novih načel za pošteno nadomestilo, ki naj pripomorejo k zavedanju zaposlenih o tveganju. Nekaj o načelih v delu, navedenem v prejšnji opombi, z vidika spremenjenih okoliščin pa izluščimo: (4) *The structure and level of total remuneration are to be aligned with the financial institution's risk policy and are to enhance risk awareness;* (5) *Variable remuneration depends on the long-term economic performance of the financial institution;* (6) *Variable remuneration is to be granted according to sustainable criteria, zlasti pa (10): Deviations from these principles are possible only in well-founded exceptional circumstances and must be disclosed.*

poslovanju gospodarskega subjekta kot tudi finančna nelikvidnost sama po sebi ne more predstavljati pravno upoštevne spremenjene okoliščine. Če bi bilo temu tako, bi lahko pogodbe s sklicevanjem na spremenjene okoliščine razdirali vsi gospodarski subjekti, ki nimajo sredstev za poplačilo obveznosti. Izguba v poslovanju oz. nelikvidnost gospodarskega subjekta se lahko kaže samo kot posledica nastopa spremenjenih okoliščin, ki so otežile izpolnitev ene stranke, ne pa kot takšna okoliščina sama.

Zato je bilo dejansko vprašanje, ali je tožeča stranka program PET izvajala z izgubo (kar je bilo med strankama v postopku sporno, ker je tožena stranka tej trditvi nasprotovala), drugotnega pomena. Sodišče bi se z njim moralo ukvarjati šele v fazi, ko bi ugotavljalo vpliv spremenjenih okoliščin na poslovanje tožeče stranke. Za ugotovitev slednjega bi sicer bila res potrebna pomoč izvedenca ekonomsko finančne stroke, saj sodišče samo v tej smeri nima potrebnega znanja. Vendar pa je bilo ugotavljanje navedenih dejstev (vpliva spremenjenih okoliščin na poslovanje tožeče stranke v programu PET in izguba tožeče stranke iz tega naslova) v postopku na prvi stopnji nepotrebno, ker tožeča stranka ni izkazala primarnega pogoja, potrebnega za obravnavanje njenega zahtevka: obstoja spremenjenih okoliščin. Tožbi je v tem delu sodišče očitalo nesklepčnost, kar pomeni, da je bila po njegovi oceni že trditvena podlaga tožeče stranke pomanjkljiva in ne dovolj substancirana.

Pritožbeno sodišče se strinja z zaključkom prvostopnega sodišča, da je bila opredelitev »spremenjenih okoliščin« s strani tožeče stranke povsem splošna in pavšalna, brez vsebine, ki bi jo bilo mogoče v dokaznem postopku (tudi s pomočjo izvedenca) preizkusiti. Tožeča stranka ni navedla nobenih konkretnih podatkov o zatrjevani »dveletni rasti cen surovin in energentov«, in prav ničesar o vplivu rasti teh cen na njene proizvodne stroške in ceno njenih produktov. Glede povečane konkurence je povedala le, da je bilo v letu 2003 v Sloveniji ustanovljeno novo podjetje, ki se ukvarja z enako dejavnostjo, vendar pa ni podala nobenih pravnorelevantnih dejstev o vplivu konkurenčnega podjetja na poslovanje tožeče stranke in posledično zmanjšanje njenega tržnega deleža na relevantnem trgu. Okoliščine, na katere se sklicuje tožeča stranka, vključno z »globalizacijo in liberalizacijo trgov«, so zgolj prazne floskule, ki jih je tožeča stranka napaberkovala na pamet od tu in tam, v enaki meri in z isto težo pa bi jih v teh recesijskih časih lahko uveljavljal kdorkoli. Tožeča stranka jim ni dala konkretne vsebine, ni jih utemeljila s stvarnimi pokazatelji, in tudi Analiza upravičenosti investicije (A4), na katero se je sklicevala, o vzrokih za neekonomičnost ne pove ničesar. Zamujenega tožeča stranka ni mogla nadomestiti z izvedbo dokaza s postavitvijo izvedenca, zato je pritožbeni očitke glede zavrnitve tega dokaznega predloga neutemeljen. Gre za pomanjkanje podatkov in dejstev, ki bi jih morala navesti tožeča stranka, saj so izključno v njenem zaznavnem področju in samo ona zanje ve.

Ne nazadnje pa je pri institutu spremenjenih okoliščin bistvenega pomena kriterij uravnoveženosti interesov obeh pogodbenih strank (glej 114. člen OZ), po katerem se zlasti presoja v

zakonu zahtevana »nepravičnost ohranitve pogodbe v veljavi« v smislu 1. odstavka 112. člena OZ. V čem in zaradi česa naj bi bili interesi (oz. dosedanje ali nadaljnje obremenitve) pogodbenih strank v primeru ohranitve pogodbe neuravnoteženi, niti iz navedb tožeče stranke niti iz drugih podatkov v spisu ni mogoče ugotoviti. Pritožbeno sodišče v pogodbi (B2) ne najde ničesar takega, kar bi nasprotovalo načelu ekvivalentnosti vzajemnih dajatev. Dosedanje izpolnjevanje te pogodbe pa celo kaže na bistveno večje prikrajšanje tožene stranke kot tožeče, če drži ugotovitev iz zapisnika z naroka dne 5. 12. 2009, da je tožena stranka po tej pogodbi dobila vrnjena zgolj založena sredstva za tekoče poslovanje (po točki 7.3 pogodbe) in da torej ni dobila nič povrnjenega od vplačanega osnovnega vložka (po točki 6 pogodbe). Stranka pogodbe, ki ni dala vsaj toliko, kot je dobila, se na nepravičnost ohranitve pogodbe v veljavi ne more uspešno sklicevati.

Sodišče prve stopnje je tako glede na zatrjevano dejansko stanje v zadevi materialnopravno pravilno odločilo. Ker pri tem ni zagrešilo razlogov, na katere pazi sodišče po uradni dolžnosti (350. člen ZPP), je višje sodišče pritožbo zavrnilo ter izpodbijano sodbo in sklep potrdilo (353. člen ZPP).

2. VSL, sodba I Cp 1507/2010 z dne 15. 9. 2010

Z vidika kavze ter z vidika načela enake vrednosti dajatev utegne priti v času med sklenitveno in izpolnitveno fazo pogodbe do takšnih sprememb v zunanjem (dejanskem) svetu, da je uresničitev načela enake vrednosti dajatev porušena oziroma onemogočena, izpolnitev pa več ne ustreza kavzi pogodbe (3). Kadar je podan tak položaj, so izpolnjeni pogoji za uporabo zakonsko predvidene klavzule *rebus sic stantibus*. V skladu z njo lahko stranka, katere obveznosti so bistveno otežene, zahteva razveljavitev pogodbe, druga stranka pa se temu lahko zoperstavi s takšnim predlogom za spremembo pogodbenih pogojev, da bo zadoščeno pogodbenemu namenu in načelu pravičnosti (primerjaj 112. člen OZ). Za takšno spremembo okoliščin ne gre v primerih, ki predstavljajo običajen poslovni rizik. Vendar obravnavani primer presega normalen poslovni rizik. Tožeča stranka svoj oblikovalni tožbeni zahtevek opira na okoliščino zloma nepremičninskega trga.

Zlom nepremičninskega trga, ki se je v Republiki Sloveniji zgodil v drugi polovici leta 2008, je splošno znano dejstvo. Splošno znano dejstvo je, da so cene nepremičnin mahoma izrazito padle ter da je nastal višek ponudbe praznih stanovanj (tako za prodajo kot za najem). Oboje je posledica dveh dejavnikov. Prvi je ta, da je nastal presežek praznih stanovanj, ki so bila kupljena kot naložba. Drugi pa ta, da je nastal manko povpraševanja – kar je neposredna posledica gospodarske krize. Tudi slednje je splošno znano dejstvo.

Zanimivo je, da so Splošne uzance za blagovni promet kot primer dogodka, ki utemeljuje oblikovalno upravičenje zaradi spremenjenih razmer, primeroma navedle prav ekonomske pojave, kot so izjemno nagel ali velik padec cen (4).

Pritožbeno sodišče tudi nima pomislekov glede vprašanja, ali je mogoče uporabiti klavzulo *rebus sic stantibus*, kadar je otežena izpolnitev denarne obveznosti. Če klavzulo *rebus sic stantibus* razumemo z vidika teorije kavze, načela enakovrednosti dajatev in načela pravičnosti, ni namreč prav nobenega argumenta, ki bi v primeru otežene izpolnitve denarne obveznosti izključeval to oblikovalno upravičenje (5). Pritožbeno sodišče zato odstopa od starejše sodne prakse, ki pa je bila kasneje tudi že presežena.

Pritožbeno sodišče ugotavlja, da so glede na dejansko podlago izpodbijane sodbe izpolnjeni pogoji po 112. členu OZ za uporabo klavzule *rebus sic stantibus*. Pri tem izrecno poudarja, da je takšna okoliščina že sam nagel in velik padec cen nepremičnin. Medtem ko dejstvo, da tožeča stranka zaradi tega razloga ni mogla normalno prodati svojega prejšnjega stanovanja in si tako zagotoviti pretežnega dela kupnine, glede na trditveno podlago tožeče stranke ni sestavni del kavze konkretne pogodbe. To je zgolj okoliščina, ki kaže na pomen, ki ga imajo cenovna tržna razmerja z vidika načela enake vrednosti dajatev in načela pravičnosti.

3. VSL, sklep II Cp 3916/2009 z dne 7. 4. 2010

Spreminjanje cen nepremičnin na trgu je splošno znano dejstvo, ki ga stranke morajo in morejo upoštevati v primeru vestnega in skrbnega ravnanja. Na zvišanje (ali padec) cen je torej treba računati in se v primeru normalnega poslovnega rizika, kot tudi zvišanja cen, če se gospodarstvo usmerja k zvišanju cen, na neke normalne oziroma predvidljive spremembe cen stranka v okviru spremenjenih okoliščin ne more uspešno sklicevati. Drugače pa je, če gre za takšno intenziteto sprememb oziroma takšen dvig cen (bistven), da stranko prizadene v takšni meri, ki ima naravo očitnega nesorazmerja, neekvivalentnosti vzajemnih pogodbenih dajatev.

Izvirni znanstveni članek
347.441.842(497.4)

Izpodbojnost pravnih poslov

DR. ADA POLAJNAR PAVČNIK,
redna profesorica na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

1. Neveljavnost kot splošni pojem

Naše obligacijsko pravo na podlagi načel avtonomije in dispozitivnosti praviloma prepušča urejanje pogodbenih razmerij samim strankam, za primer kršitve kogentnih veljavnostnih predpostavk pa določa sankcijo neveljavnosti. Pri tem izhaja iz teorije o stopnjevanju neveljavnosti in opredeljuje tako nične kakor tudi izpodbojne pogodbe. V številnih normah je izraženo načelo afirmacije pogodb, po katerem naj bo neveljavnost *ultima ratio* in naj pogodba, če je le mogoče, ostane v veljavi.

Stopnjevanje neveljavnosti ima zametke že v rimskem pravu. Prvotno je bila za vse napake, ki so se kazale predvsem v kršitvi formalnih predpostavk, sankcija enaka. V skladu z načelom *Quod nullum est, nullum producit effectum* pravni posel ni imel nobenih učinkov. V obdobju pretorskega prava se je začela razvijati kategorija izpodbojnosti, tako da je pretor zaradi pravičnosti z ediktom dopustil najprej vrnitev v prejšnje stanje zaradi sile in zvijače, pozneje pa tudi z *exceptio* ali *actio quod metus causa*. Na podoben način sta se izoblikovali tudi *exceptio* in *actio doli*.¹

Na opisanih temeljih sta se pozneje v pravnih redih utrdili poglobljeni obliki neveljavnosti – ničnost in izpodbojnost. Konkretno napake, obseg njihovega upoštevanja ter vpliv, ki ga imajo na pogodbo, so seveda odvisni od vrednotenja in izhodišč posameznega pravnega sistema; nekatere napake so v posameznih pravnih redih izrecno predvidene kot razlog za izpodbijanje, druge pa kot ničnostni razlog. Pogostejši pa so primeri, ko sankcija ni izrecno določena in jo je treba določiti v vsakem konkretnem primeru posebej, z razlago zakona, njegovega

¹ Korošec, str. 114, 115.

razloga in cilja.² Zakonodajca tako načeloma pomeni le shematski okvir, ki ga mora judikatura kreativno zapolniti s pomočjo pravne teorije ob upoštevanju konkretnih okoliščin posameznega življenjskega primera. Pri tem je treba opozoriti na teleološko interpretacijo, ki dopušča spoznati cilje, ki jih posamezni pravni red želi doseči s posamezno pravno normo ob upoštevanju njenega smisla (*ratio legis*). Celotna teorija o neveljavnosti se nam tako kaže v luči pravil razlage.³

Ideja stopnjevanja sankcij za napake pri sklepanju pravnih poslov se torej opira na spoznanje, da imajo napake različno težo in pomen, tako glede udeležencev pogodbenega razmerja kakor glede na splošne interese. Stopnja sankcije bo odvisna zlasti od intenzivnosti posega in od tega, kateri interesi so s kršitvijo prizadeti. Odločitev mora temeljiti na ugotovitvi, ali pomeni napaka kršitev norme, postavljene v splošnem interesu ali v interesu posameznika. V prvem primeru je treba uveljavljanje in učinkovanje neveljavnosti priznati širše, v drugem pa ga prepustiti prizadetemu subjektu.⁴

Prvo fazo tehtanja interesov opravi zakonodajalec, ko načelno določi, katera ravnanja oziroma kateri dejanski stani pomenijo tak poseg, da je ogrožen splošni interes. Tu gre za odločitev, v kolikšnem obsegu je avtonomija, utemeljena na volji in interesih udeležencev, še skladna s splošnimi interesi in kje je meja, ko mora vanjo poseči kogentna zakonska ureditev.

Druga faza tehtanja interesov je prepuščena sodiščem ob odločanju o konkretnih primerih. Čeprav se zdi, da je zakonodajalec primere izpodbojnosti taksativno opredelil v 94. členu OZ, pa razmejitev med ničnostjo in izpodbojnostjo nikakor ni jasna in nesporna. Sodna praksa je z ustrezno argumentacijo namreč večkrat za izpodbojne razglasila tudi nekatere pogodbe, ki kot take niso posebej predvidene.⁵

Posebej je treba opozoriti na problem uveljavljanja neveljavnosti. Ker je zahtevek pri ničnosti ugotovitven, pri izpodbojnosti pa oblikovalen, mora biti na vrsto neveljavnosti pozoren pri zahtevku tudi tožnik. To v eni novejših sodb zahteva Vrhovno sodišče in odločitev utemeljuje: »Tožbeni zahtevek je zahtevek po pravnem varstvu določene vsebine, ki temelji na materialnopravnem upravičenju. V primeru oblikovalne tožbe je treba materialnopravno oblikovalno upravičenje uveljavljati z ustreznim zahtevkom po ustanovitvi, prenehanju ali preoblikovanju določenega pravnega razmerja. Sodišče mora namreč pri odločanju ostati v mejah postavljenega tožbenega zahtevka, čeprav je tožeča stranka po materialnem pravu upravičena do česa več (izjema je manj) ali česa drugega, in stranki ne sme predlagati spremembe (nesklepčnega)

² Cigoj, str. 358; Štempihar, str. 32.

³ Gschnitzer, str. 171.

⁴ Esmein, str. 371.

⁵ Glej 3. točko.

tožbenega zahtevka. Sodišče tožeči stranki lahko nekaj prisodi, če sta izpolnjena dva pogoja: (1) stranka mora biti po materialnem pravu do tega upravičena in (2) to mora zahtevati z ustreznim tožbenim zahtevkom. V zvezi s tem sicer drži pripomba tožeče stranke, da pojem neveljavnosti vključuje pojma ničnosti in izpodbojnosti, vendar navedeno ne vpliva na njeno zavezo, da za vsako izmed obeh oblik neveljavnosti izbere predpisan način njenega uveljavljanja oziroma da postavi zahtevek po pravnem varstvu določene (konkretne) vsebine ... Nekonsistentnost sodne prakse, ki je v preteklosti v primerljivih procesnih položajih (sicer ob odsotnosti izrecnega ugovora o nesklepčnosti) dopuščala tudi ugotovitvene tožbene zahtevke, ne more omajati pravilnosti gornjih stališč, ki imajo oporo v jasni zakonski določbi in pravni teoriji.«⁶

Naša dosedanja sodna praksa nikakor ni bila tako stroga. Naj omenim revizijsko odločbo Vrhovnega sodišča,⁷ ki se med drugim sklicuje na različna stališča v slovenski teoriji.⁸ Sodišče je tožbo za ugotovitev neveljavnosti upoštevalo kot izpodbojni zahtevek zaradi prevare in izreklo izročilno pogodbo kot neveljavno. Ista ideja izhaja iz judikata iz leta 1993:⁹ »Izpodbojnost je manjša napaka kot ničnost. Če torej tisti, ki ima pravni interes na ugotovitev ničnosti, zahteva razveljavitev pogodbe in ne ugotovitve njene ničnosti, mu sodišče sme (in mora) nuditi pravno varstvo. Pri tem ni več vezano na omejitev iz 112. člena ZOR, po kateri lahko izpodbija pogodbo le pogodbeni stranka, v katere korist je bila izpodbojnost določena (pravna pravila, ki so se uporabljala pred ZOR, so bila vsebinsko enaka).«

2. Pojem izpodbojnosti

Izpodbojnost kot milejša oblika neveljavnosti se pojavlja kot sankcija za manj intenzivne napake in nastopi zlasti v primeru, kadar je cilj kršene norme v interesu posameznika – praviloma pogodbene stranke. Iz te ugotovitve izhajajo tudi njene značilnosti: izpodbojni pravni posli niso neučinkoviti sami po sebi, temveč je za učinkovanje te sankcije potrebna aktivnost upravičenca. Logična posledica je, da sta vedno mogoči konvalidacija in konfirmacija: izpodbojno pogodbo upravičenec lahko izrecno potrdi in se s tem odpove svoji pravici do izpodbijanja ali pa se izpodbijanju odreče molče s tem, da svoje izpodbojne pravice ne uporabi v določenem roku. Zakon namreč za izpodbijanje predpisuje prekluzivne roke (subjektivni rok enega leta *a die scientiae* za razlog izpodbojnosti oziroma od prenehanja sile in objektivni rok

⁶ II Ips 336/2009 iz leta 2010.

⁷ II Ips 561/95 iz leta 1997.

⁸ »Pri tem je treba opozoriti, da vrsta pravnih teoretikov zastopa stališče, da lahko prizadeta stranka sama s svojo na sopogodbenika naslovljeno izjavo razveljavi pogodbo ter da sodišče v morebitnem sporu samo ugotovi, da je stranka imela pravico izpodbiti posel ter je zato sama sodba le deklaratorna.«

⁹ II Ips 398/93 iz leta 1994.

treh let od sklenitve pogodbe). Ker gre za varstvo posamičnih interesov, je krog subjektov, ki so upravičeni uveljavljati izpodbojnost, omejen. Kadar je izpodbojna pogodba uspešno izpodbita, to je razveljavljena, je položaj enak kakor pri ničnih pogodbah. Taki pogodbi pravna ureditev praviloma odreka vse učinke. Norma je smiselno vsebinsko identična normi o posledicah ničnosti, ki določa kondikcijski zahtevek (prvi odstavek 87. člena). Uspešna razveljavitev izpodbojne pogodbe učinkuje namreč *ex tunc*, tako tudi razveljavljena izpodbojna pogodba nima pravnega učinka in zato nobena od strank nima izpolnitvenega zahtevka. Kdor pa je na podlagi izpodbojne pogodbe že izpolnil svojo obveznost, je izpolnil nekaj, česar ni bil dolžan. Zato ima na podlagi navedenega pravila o neučinkovanju neveljavnih pravnih poslov pravico zahtevati svojo izpolnitev nazaj s kondikcijskim zahtevkom. Prikrajšanec ima v prvi vrsti pravico do naturalne restitucije, kadar to ni mogoče ali primerno, pa lahko zahteva denarno vrednost izpolnitve, ocenjeno po času izdaje sodne odločbe. Osnovna dilema ob tej zakonski določbi je, ali ima zahtevek vrnitveno (restitucijsko) ali obogatitveno naravo.

3. Razlogi za izpodbojnost

Pri navajanju razlogov za izpodbojnost poleg primerov omejene poslovne sposobnosti in napak volje strank OZ odkazuje še na »določbe tega zakonika oziroma drugega zakona«. Primeri izpodbojnih pogodb po samem OZ so na primer čezmerno prikrajšanje (118. člen), paulijanska tožba (255. člen), izpodbijanje prodajne pogodbe zaradi kršitve predkupne pravice (507. člen), izpodbijanje zavarovalne pogodbe zaradi zamolčanja nevarnostnih okoliščin ali neresnične izjave pri sklepanju (932. člen), zaradi nedobrovernega nadzavarovanja (956. člen) in zaradi nedobrovernega dvojnega zavarovanja (deveti odstavek 958. člena). Iz dikcije 94. člena zakonika bi lahko sklepali, da so razlogi navedeni taksativno, vendar je sodna praksa kot izpodbojne opredelila pravne posle tudi v nekaterih drugih primerih. To izhaja iz načelne ugotovitve, da je izpodbojnost sankcija za kršitev posamičnih interesov. Interesi strank pa niso prizadeti le v primerih omejene poslovne sposobnosti ali napak volje, v poštev lahko pridejo tudi drugi razlogi.¹⁰ Sodišče je na primer priznalo izpodbojno pravico imetniku stanovanjske pravice, katerega pravica do odkupa stanovanja je bila prekršena, čeprav ni bil pogodbeni stranka in čeprav ta sankcija v zakonu ni posebej določena. V tem primeru je sodišče prve stopnje ugotovilo, da je prodajna pogodba, s katero je bila kršena tožnikova pravica do odkupa stanovanja, nična. Drugostopenjsko sodišče je pritožbi tožene stranke ugodilo in zavrnilo tožbeni zahtevek, češ da pogodba ni nična, do izpodbijanja izpodbojne pogodbe pa sta upravičeni samo pogodbeni stranki. V reviziji je sodišče to odločbo razveljavilo in stranki priznalo izpodbojno pravico. Svojo odločitev je utemeljilo z varstvom interesov imetnika stanovanjske pravice. »Protizakonito ravnanje zavezanca zato mora biti ustrezno sankcionirano. Če sankci-

¹⁰ Cigoj, str. 377; Krulj, str. 284; Vizner, str. 437.

ja ni izrečno določena, to ne pomeni, da je ni. Stanovanjski zakon predvideva ustrezno varstvo najemnika tako, da mu daje predkupno pravico, v primeru njene kršitve pa legitimacijo za izpodbijanje pogodbe, ki je bila sklenjena s tretjo osebo. Pravica imetnika stanovanjske pravice po določbah o privatizaciji je vsekakor močnejša in obsežnejša, kot je pravica najemnika kot predkupnega upravičenca, saj mu daje privilegiran položaj glede pogojev nakupa. Primerjava obeh institutov potrjuje, da je tudi v primeru izigravanja določb o privatizaciji omogočeno upravičencu, da izpodbija pogodbo, ki jo je zavezanec sklenil s tretjo osebo,« je zapisalo sodišče.¹¹ Prav tako je ustaljena sodna praksa, po kateri so pogodbe, s katerimi en zakonec brez soglasja drugega zakonca razpolaga s stvarmi, ki spadajo v njuno skupno premoženje, izpodbojne, in ne nične,¹² čeprav to v zakonu ni povedano.

OZ med razlogi za izpodbojnost določa omejeno poslovno sposobnost pogodbenika, v skladu z 41. členom zakonika. Ta norma v prvem odstavku predpisuje, da mora imeti pogodbenik za sklenitev veljavne pogodbe poslovno sposobnost, ki se zahteva za sklenitev te pogodbe. V drugem in tretjem odstavku, kjer ureja sankcije, pa predvideva le še situacije, ko gre za poslovno omejeno sposobne osebe, in za kršitev predpisuje izpodbojnost pogodb. Kakšna je sankcija, kadar je stranka popolnoma nesposobna, ne določa. V sodni praksi je najpogostejše stališče, da je taka pogodba nična. Teoretično čistejša pa je rešitev, po kateri pogodba v tem primeru sploh ne nastane, saj ni bilo pravno upoštevnih izjave volje, ki bi privedla do soglasja.

4. Razveljavitev izpodbojne pogodbe

4.1. Pojem upravičenca

Pri izpodbojnih pogodbah je, kakor je bilo že povedano, krog upravičencev do izpodbijanja ožji kakor pri ugotavljanju ničnosti. Izpodbojnost je namreč sankcija za kršitev tistih predpostavk, ki so predvsem v interesu ene ali druge pogodbene stranke in želijo zavarovati njene interese. Pogodba je izpodbojna predvsem zaradi napak volje in pomanjkanja poslovne sposobnosti. Zato je logično, da bo od same stranke (oziroma njenega zakonitega zastopnika) odvisna nadaljnja usoda pogodbe. Upravičenec do izpodbijanja (prevarana ali ustrahovana stranka, stranka v zmoti, zastopnik omejeno sposobne osebe oziroma sama nesposobna oseba v treh mesecih po pridobitvi popolne poslovne sposobnosti) se bo na podlagi lastne presoje odločil, ali je bil z napako njegov interes toliko prizadet, da pogodba zanj nima nobenega smisla in bi je ob drugih okoliščinah ne bil sklenil, ali pa kljub napaki pogodba ustreza njegovim interesom in pričakovanjem in naj zato ostane v veljavi. Podobno velja tudi za druge primere izpodbojnosti, ki so določeni v tem zakoniku, ali primere, ko ugotovimo, da neka norma

¹¹ II Ips 797/93 iz leta 1995 in podobno II Ips 219/94 iz leta 1995.

¹² II Ips 621/94 iz leta 1995.

varuje določeno osebo (tudi če ni stranka pogodbe), ji priznava določeno pravico, sankcija za kršitev te norme pa ni posebej določena.

4.2. Način razveljavitve in odškodninska odgovornost

Posebno vprašanje je način uveljavljanja izpodbojnosti, o čemer so v jugoslovanski teoriji ob ZOR obstajala nasprotujoča si stališča. Različna so tudi zakonska izhodišča. Nemški BGB izrecno določa, da se izpodbijanje opravi z izjavo nasprotni stranki (143. paragraf). Zakonik torej ne zahteva sodne intervencije, ampak upravičencu do izpodbijanja priznava oblikovalno upravičenje (*Gestaltungsrecht*).¹³ Njegova izjava o izpodbijanju učinkuje, ko prispe k naslovljencu. Podobna je ureditev v švicarskem Zakonu o obligacijah, kjer je določeno, da pogodbe, ki so sklenjene v bistveni zmoti (23. člen), zaradi prevare (28. člen) ali pod vplivom protipravno povzročene strahu (29. člen), prizadete stranke ne zavezujejo. Iz 31. člena zakona pa sledi, da naštete napake stranka uveljavlja z izjavo nasprotni stranki, torej tudi po tej ureditvi sodna intervencija ni potrebna. Švicarska teorija izpodbojno pravico izrecno opredeljuje kot oblikovalno pravico.¹⁴ V francoskem, avstrijskem in italijanskem pravu pa teorija in praksa pri izpodbojnosti zahtevata sodno intervencijo in sodbo opredeljujeta kot konstitutivno.¹⁵ V našem pravnem sistemu je do ZOR veljal sistem sodnega izpodbijanja pogodb. ZOR tega vprašanja ni izrecno uredil, popolnoma enak pa je položaj v OZ, zato je argumentacija ob ZOR še vedno aktualna. V jugoslovanski teoriji sta Krulj¹⁶ in Vizner¹⁷ zagovarjala stališče, da je za razveljavitve izpodbojne pogodbe potrebna konstitutivna sodna odločba. V slovenski teoriji pa je nasprotno stališče zagovarjal Cigoj,¹⁸ ki pravi, da ZOR ne predpisuje sodne zahteve, zaradi česar za razveljavitve pogodbe zadošča že enostranska izjava upravičenca. Podobno stališče izhaja tudi iz dognanj prof. Sajovica.¹⁹ Menim, da je ob odgovoru na to vprašanje treba upoštevati, da je ureditev do ZOR po soglasnem mnenju teorije in prakse zahtevala razveljavitve s sodno intervencijo. Ureditev temelji na tradicionalnem pojmovanju izpodbojnosti, poleg tega je ZOR uporabljal enako opredelitev kot ODZ. V primeru, da bi zakon hotel v obstoječi sistem vpeljati tako pomembno novost, bi se zakonodajalec moral o tem določeneje izraziti, kar je storil v solucijskem stadiju, v katerem je *actio redhibitoria* nadomeščena s pravico stranke, da odstopi od pogodbe (prim. 468. člen OZ). Tudi švicarske in nemške norme, ki

¹³ Larenz, str. 486.

¹⁴ Von Tühr, str. 204.

¹⁵ Glej podrobneje Polajnar Pavčnik, str. 34 in naslednje.

¹⁶ Krulj, str. 285, 317.

¹⁷ Vizner, str. 481.

¹⁸ Cigoj, str. 379.

¹⁹ Sajovic, str. 199.

strankam priznavajo oblikovalno upravičenje, so glede tega jasne in nedvoumne. Glede na to mislim, da formulacija OZ (95. člen), po kateri »pogodbenik ... lahko zahteva, da se pogodba razveljavi«, kaže na zahtevek, usmerjen k določenemu adresatu, to je sodnemu organu, ki naj z oblikovalno sodbo odloči o zahtevku. Sicer pa je v slovenski sodni praksi uveljavljeno stališče, po katerem je za izpodbijanje potrebna sodna intervencija, pri čemer sodbo opredeljuje kot konstitutivno. Tako je v primeru, ko je stranka zahtevala vrnitev plačila, ta zahtevek sodišče zavrnilo z obrazložitvijo, da je »zahtevek za razveljavitev pogodbe zaradi napak volje oblikovalen« in da »oblikovalna tožba ni vsebovana v dajatveni«. ²⁰ V primeru, ko dolžnik ni plačal kupnine in se je skliceval na neveljavnost pogodbe, ki naj bi bila sklenjena na goljufiv način, je sodišče odločilo, da »izpodbojna pogodba pravno učinkuje in zavezuje oba pogodbenika vse dotlej, dokler je sodišče z oblikovalno sodbo ne razveljavi. Tožena stranka (nasprotno) tožbe z razveljavitvenim zahtevkom ni postavila, samo z ugovorom neveljavnosti pogodbe iz opisane razloga pa po povedanem ne more uspeti.« V nekem drugem primeru ²¹ je sodišče poudarilo, da je zahtevek za razveljavitev pogodbe zaradi napak volje oblikovalen, in ne ugotovitven. »Če je namreč med strankama spor o tem, ali so podani razlogi za razveljavitev pogodbe zaradi napak volje – takšen je tudi konkretni primer, zgolj enostranska zahteva prizadete stranke, naj se pogodba razveljavi, še ne zadostuje za razveljavitev pogodbe (prvi odstavek 112. člena ZOR). Oblikovalna sodba pa ni vsebovana v dajatveni, saj s prvo tožnik uveljavlja spremembo in ne zgolj ugotovitev obstoječega pravnega razmerja. Posledica razveljavitve pogodbe je vrnitev že izpolnjenega (prvi odstavek 113. člena ZOR), ne pa prilagoditev pogodbe pričakovanjem stranke, ki se na zmoto (oz. prevaro) sklicuje. Pravico prilagoditve pogodbe pričakovanjem nasprotno stranke ima tista pogodbeno stranka, ki ni bila v zmoti (četrti odstavek 61. člena ZOR).« Ista ideja je vsebovana v primeru, ko se je tožena stranka sklicevala na zmoto, češ da pogodbe o odkupu opreme ne bi sklenila, če bi vedela za denacionalizacijski postopek za lokal. Sodišče je v obrazložitvi zapisalo, da je zmoto mogoče uveljavljati kot razlog izpodbojnosti, »vendar je potrebno to storiti s tožbo (arg. iz prvega odstavka 112. člena in 117. člena ZOR). Tožena stranka takšnega zahtevka s tožbo ni postavila. Zato nižji sodišči upravičeno nista šteli toženkinih trditev, ki so merile na izpodbojnost pogodbe zaradi zmote, kot pravno pomembnih.« ²²

Priznanje izpodbojne pravice eni stranki pomeni za sopogodbenika zelo neugoden položaj, saj je nekaj časa usoda pogodbe negotova, sopogodbenik ne ve, ali jo bo upravičenec uspešno razveljavil ali ne. Zato zakonik sopogodbeniku ob upoštevanju njegovih interesov daje možnost, da negotovost odstrani in s svojim ravnanjem povzroči razveljavitev. Upravičenca lahko namreč pozove, naj se v določenem roku izjavi, ali bo pogodbo ohranil v veljavi, njegov molk

²⁰ II Ips 765/93 iz leta 1995.

²¹ II Ips 765/93 iz leta 1995.

²² II Ips 113/97 iz leta 1998.

pa se bo štel za razveljavitev pogodbe. V tem primeru za razveljavitev pogodbe res ni potrebna sodna intervencija, vendar pride tu do razveljavitve na podlagi izrecne zakonske določbe, ki postavlja domnevo o soglasni volji obeh strank.

Kadar je pogodba nična, je tista stranka, ki je za ničnost kriva, odškodninsko odgovorna dobrovernemu sopogodbniku. Pri izpodbojnih pogodbah pa je odgovornost objektivna. Tudi v tem primeru je do odškodnine upravičena le stranka, ki je v dobri veri, zavezana pa tista, pri kateri je vzrok izpodbojnosti. Določba bo prišla v poštev predvsem pri razveljavitvi pogodbe zaradi napak volje: pri zmoti (46. člen) je odškodninsko zavezana stranka v zmoti; v primerih, ko je bila pogodba sklenjena zaradi prevare (49. člen) ali grožnje (45. člen), pa bo odškodninsko odgovoren tisti, ki je oškodovanca prevaral ali mu nedopustno grozil. Za primer prevare je odškodninska odgovornost izrecno določena (drugi odstavek 49. člena), pri grožnji pa je odgovornost utemeljena s splošnimi pravili o civilnem deliktu. Primer, ko je pogodba razveljavljena zaradi omejene poslovne sposobnosti stranke, posebej ureja 98. člen. Določba 97. člena pa bo lahko prišla v poštev tudi v drugih primerih izpodbojnosti.

Poslovno omejeno sposobne osebe uživajo posebno varstvo tudi na področju obligacijskega prava. Enega od vidikov tega varstva izraža 98. člen, ki odgovornost zaradi razveljavitve pogodbe poslovno omejeno sposobne osebe omejuje na primere, ko je poslovno omejeno sposobna oseba svojega sopogodbnika z zvijačo prepričala, da je poslovno sposobna. V tem primeru je poslovno omejena oseba zagrešila civilni delikt.

Izpodbojna pogodba obstaja in učinkuje, če in dokler se ne zahteva njena razveljavitev. Pri tem imamo opraviti z nekim negotovim stanjem, stranka nikdar ne ve, ali se bo njen sopogodbnik skliceval na napako in zahteval razveljavitev pogodbe. Tako stanje seveda nasprotuje varnosti pravnega prometa, zato vse pravne ureditve izpodbijanje izpodbojnih pogodb omejujejo s prekluzivnimi ali zastaralnimi roki. OZ govori o prenehanju pravice in tako rok opredeljuje kot prekluziven. Posledica poteka roka je »ozdravitev«, to je konvalidacija pogodbe. Stranka, v interesu katere je bila izpodbojnost določena, svoje pravice ni uresničila, zato ji nadaljnje varstvo ni potrebno in pogodba postane popolno veljavna. Pogodba lahko postane popolno veljavna tudi pred potekom roka, če jo upravičenec potrdi, konfirmira.

Glede na načelo varnosti pravnega prometa morajo biti roki razmeroma kratki. Zakonik tako določa subjektivni enoletni rok (*a die scientiae* oziroma od prenehanja sile) in objektivni rok treh let od sklenitve pogodbe. Navedeni roki se očitno nanašajo le na razveljavitve zaradi napak volje. Pri razveljavitvi zaradi omejene poslovne sposobnosti je namreč določen rok treh mesecev po pridobitvi popolne poslovne sposobnosti (glej 44. člen); prav tako so določeni posebni roki v posebnih primerih izpodbijanja (npr. eno leto pri čezmernem prikrajšanju, drugi odstavek 118. člena; šest mesecev oziroma pet let pri kršitvi predkupne pravice, 512. člen).

Uvodoma sem omenila načelo konfirmacije, to je težnjo, da pravni posel ostane v veljavi, če je le mogoče. Neveljavnost pravnih poslov ima namreč številne negativne posledice, ne samo za stranki, temveč tudi za tretje osebe, ki iz tega pravnega posla morda izvajajo določena upravičenja. Instrumenti za doseg zastavljenega cilja so različni in številni. Pri ničnih pogodbah naš zakonik izrecno napotuje na teleološko interpretacijo, pri izpodbojnih poslih take določbe ni. Razlog je verjetno v tem, da je glede na to, da so v igri interesi strank, usoda posla prepuščena upravičenemu pogodbeniku. Pri tem zakonik v več normah skuša doseči, da ta pogodbe ne bo izpodbijal. V mislih imam zlasti določbe o objektivni odškodninski odgovornosti, zahtevo po opravičljivosti zmote in pravilo, po katerem se stranka, ki je v zmoti, nanjo ne more sklicevati, če je druga stranka pripravljena na prilagoditev (četrti odstavek 46. člena OZ).

Literatura

- Cigoj, Stojan. Komentar obligacijskih razmerij (Veliki komentar zakona o obligacijskih razmerjih), 1. knjiga, Ljubljana: ČZ Uradni list RS, 1984.
- Esmein, Paul, v: Planiol M., Ripert G. *Traité pratique de droit civil français*. Pariz: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952.
- Gschnitzer, v: Klang Heinrich. *Kommentar zum ABG*. Dunaj: Druck und Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1931–1935.
- Korošec, Viktor. *Zgodovina in sistem rimskega zasebnega prava*, I. Celje: Družba Sv. Mohorja, 1936.
- Krulj, Vrleta, v: Blagojević, B. T., Krulj, V. (ur.). *Komentar zakona o obligacionim odnosima*. Beograd: Savremena administracija, 1980.
- Larenz, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. München: Beck, 1989.
- Polajnar - Pavčnik, Ada. *Neveljavnost pogodbe*. Ljubljana: Center za samoupravno normativno dejavnost, 1982.
- Sajovic, Bogomir. *Osnove civilnega prava (splošni del)*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 1994.
- Štampihar, Jurij. *Civilno pravo (osnutek splošnega dela obveznosti)*. Ljubljana: Državna založba Slovenije, 1951–1952.
- Tuhr, Andreas von. *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*. Zürich 1940.
- Vizner, Boris, v: Vizner, B., Bukljaš, I (ur.). *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*. Zagreb 1978–1979.

Izvirni znanstveni članek
347.439(497.4)

Razdor, odpoved in odstop od pogodbe

DR. DAMJAN MOŽINA,
izredni profesor na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Pacta sunt servanda. Načelo vezanosti na sklenjeno pogodbo je druga plat pogodbene svobode, hkrati pa je tudi garant ekonomske učinkovitosti: brez možnosti pogodbenih strank, da se trdno zavežejo k določenemu ravnanju v prihodnosti, ne bi bilo mogoče izvajati kompleksnih poslovnih transakcij,¹ izmenjava dobrin pa bi se v večjem delu omejila na pogodbe, ki se hkrati sklenejo in izpolnijo (»iz roke v roko«). Vezanost na pogodbo in z njo povezano zaupanje sta za razvito tržno gospodarstvo zelo pomembna. Zato si po tem, ko nasprotna stranka prejme zavezujočo pravnoposlovno izjavo stranke, katere posledica je veljavna pogodba, stranka ne more več preprosto premisliti in brez nadaljnega »uiti« iz pogodbe.² Pogodba jo zavezuje, razvežeta pa jo lahko le obe stranki skupaj.

Po drugi strani pa obstajajo tudi položaji, v katerih bi vztrajanje pri sklenjeni pogodbi povzročilo posledice, ki ne bi bile v skladu s pojmovanjem pravičnosti. Zato pravni redi v nekaterih položajih vendarle omogočajo eni pogodbeni stranki, da doseže prenehanje pogodbe. Takih položajev je več. Skupno jim je, da do prenehanja pogodbe pride na podlagi enostranske izjave, ki jo ena stranka poda drugi, torej z uresničitvijo oblikovalnega upravičenja (oblikovalne pravice), med seboj pa se bistveno razlikujejo tako glede predpostavk kot tudi glede učinkov. V tem prispevku bomo razlikovali tri temeljne položaje.³

¹ Glej H. Eidenmüller, Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, Archiv für die civilistische Praxis (2010), str. 67.

² Mogoč pa je umik izjave, vendar le, če naslovnik prejme izjavo o umiku najpoznejše hkrati s prvotno izjavo (tisto, ki jo želi stranka umakniti), glej 25. člen Obligacijskega zakonika (OZ).

³ Oblikovalnih upravičenj, ki eni stranki omogočajo doseči prenehanje pogodbe, je še več, sem spada npr. tudi izpodbijanje pogodbe na podlagi napak volje. Vendar slovenska sodna praksa (brez podlage v izrecni zakonski določ-

Prvi in najpomembnejši med njimi je kršitev pogodbe: če ena stranka svojih pogodbenih obveznosti ne izpolni, potem drugi – pogodbi zvesti – stranki ni treba v nedogled vztrajati v negotovem razmerju, ampak lahko pod določenimi pogoji pogodbo z enostransko izjavo razdre (OZ: »odstopi«) in svoje potrebe pokrije drugje, od sopogodbence pa zahteva povrnitev škode. V nekaterih primerih zakon celo šteje, da pogodba zaradi kršitve celo avtomatično (*ex lege*) preneha, ne da bi morala stranka karkoli izjavljati.

Izjemoma zakon eni od pogodbenih strank omogoča, da si v določenem kratkem roku po sklenitvi pogodbe premisli in brez obrazložitve ter brez odškodninskih ali drugih negativnih posledic prekliče sklenjeno pogodbo, kar zakon prav tako imenuje »odstop«. Pravica premisliti si in v kratkem roku (*cooling-off period*) odstopiti od pogodbe brez obrazložitve je značilna predvsem za nekatera pogodbeno razmerja med podjetji in potrošniki (B2C) in obstaja le v natančno opredeljenih položajih: pri pogodbah, sklenjenih na daljavo, pogodbah, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov, pri potrošniških kreditih, prodaji na obroke ter še v nekaterih drugih primerih.

Tretji položaj se nanaša na pogodbeno razmerja, ki so glede na naravo izpolnitvenega ravnanja trajajoča, čas trajanja razmerja pa ni vnaprej določen (pogodbena razmerje za nedoločen čas). Če stranki sami ne določita pogojev in načina prenehanja takega pogodbenega razmerja, potem ima vsaka od njiju možnost prekiniti pogodbo z odpovedjo. Odpoved pogodbe ni posledica kršitve pogodbe s strani ene stranke; na prvi pogled se zdi, da je bližje pravici premisliti si, vendar pa se od nje razlikuje po pravnih posledicah.

Poleg teh treh položajev lahko obstaja odstopna pravica v smislu enostranske prekinitve pogodbe tudi na podlagi dogovora strank. Zakon v splošnem delu izrecno ureja institut odstopa, pri katerem stranki vnaprej določita pavšalno nadomestilo (t. i. odstopnina), ki ga mora plačati stranka, ki prekinja pogodbo (67. in 68. člen OZ). Na tem mestu ne bo predmet obravnave.

Namen prispevka je kratko predstaviti omenjene tri temeljne tipe oblikovalnih pravic v zvezi s prenehanjem pogodbe, njihove predpostavke in pravne posledice.

2. Neposrečena terminologija Obligacijskega zakonika

Evropski pravni redi praviloma terminološko razlikujejo temeljne tipe enostranskih upravičenj doseči prenehanje pogodbe, zlasti pa razlikujejo odstop od pogodbe, ki je posledica kršitve nasprotne stranke (angl. *termination* ali tudi *rescission*, nem. *Rücktritt* ali tudi *Vertragsaufhebung*), ter pravico stranke (potrošnika), da si v določenem kratkem roku po sklenitvi premisli in brez obrazložitve odstopi oziroma prekliče pogodbo (angl. *withdrawal*, nem. *Widerruf*).

bi) tu šteje, da gre za tožbeno oblikovalno upravičenje, torej izpodbijanja ni mogoče uresničiti le z izjavo nasprotni stranki, temveč mora upravičenec vložiti tožbo, pogodbo pa lahko razveže le sodišče.

To razliko je poznal tudi jugoslovanski Zakon o obligacijskih razmerjih (ZOR)⁴ iz leta 1978. Enostransko možnost pogodbi zveste stranke, da na podlagi kršitve pogodbenih obveznosti nasprotne stranke doseže prenehanje pogodbe, je imenoval »razdor« pogodbe (srb. *raskid*).⁵ Zakonsko ali dogovorjeno pravico stranke, da si v določenih okoliščinah premisli in prekine pogodbo, čeprav nasprotna stranka ni kršila pogodbenih obveznosti, je označeval za »odstop od pogodbe« (srb. *odustanak*), morebitno ob tem dogovorjeno pavšalno nadomestilo pa »odstopnina« (srb. *odustanica*).⁶ Poleg tega je poznal tudi institut odpovedi trajnega pogodbenega razmerja (srb. *otkaz*).⁷

Leta 2001 je slovenski zakonodajalec sprejel Obligacijski zakonik (OZ),⁸ v katerega je brez pomembnejših sprememb prenesel večji del vsebine nekdanjega ZOR, ji dodal ureditev darilne pogodbe in še nekaterih pogodb, ki jih ZOR ni urejal in se je zanje uporabljal avstrijski ODZ iz leta 1811 (v različici iz leta 1918), iz Zakona o dedovanju pa je vanj prenesel tudi ureditev pogodbe o dosmrtnem preživljanju, pogodbe o preužitku in izročilne pogodbe. Opravil pa je tudi nekaj terminoloških sprememb. Tako je institut razdora pogodbe zaradi kršitve (ZOR) preimenoval v »odstop« od pogodbe, pri tem pa je nekdanji »odstop« kot pravico stranke, da si v določenih okoliščinah premisli, ohranil nespremenjen. Leta 1998 je bil sprejet tudi Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot),⁹ ki je uresničitev pravice premisliti si prav tako poimenoval »odstop« od pogodbe.

S preimenovanjem »razdora« v »odstop« je zakonodajalec ustvaril zavajajoč vtis, da gre pri odstopu zaradi kršitve in odstopu v smislu pravice premisliti si pravzaprav za isti pravni institut. Poleg tega OZ izraz »odstop« oziroma »odstopanje« uporablja še na druge načine, na primer v smislu deviacij, razlik med dogovorjenim in izpolnjenim. Tako ima 627. člen OZ naslov Odstop od pogodbe zaradi odstopa od dogovorjenih pogojev (podjemna pogodba).

K nastanku terminološke zmede je prispevalo tudi dejstvo, da je zakonodajalec, ko je uzakonil pravila darilne pogodbe in pri tem sledil ureditvi iz avstrijskega ODZ, uvedel tudi institut »preklica« pogodbe (*Widerruf*, glej par. 946–954), ki je pravzaprav poseben primer »odstopa« v smislu pravice premisliti si, s tem da mora darovalec dokazati obstoj določenih okoliščin. Darovalec lahko v enem letu, odkar izve za razlog, prekličie darilno pogodbo v primeru premoženjske stiske (539. člen OZ), hude nevhvaležnosti obdarjenca (540. člen OZ) ali pozneje

⁴ Uradni list SFRJ, št. 29/1978 (spremembe: št. 39/1985, 2/1989, 57/1989).

⁵ Glej npr. člene 124, 488, 504, 510, 547, 566, 571, 578, 606, 618, 619, 635, 811, 876, 1063 ZOR.

⁶ Glej npr. člene 82, 544, 564, 650, 721, 765, 828, 877, 895, 937, 1029 ZOR.

⁷ Glej 358. člen ZOR.

⁸ Uradni list RS, št. 83/2001.

⁹ Uradni list RS, št. 20/1998 (25/1998 – popr.), poznejše spremembe: št. 23/1999, 110/2001, 51/2004, 126/2007 in 86/2009.

rojenih otrok (541. člen OZ). Preklic pozna tudi ureditev izročilne pogodbe (555. člen OZ). Poleg tega zakon pozna še preklic pooblastila (77. člen OZ), preklic koristi za tretjo osebo pri pogodbi v korist tretje osebe (127. člen OZ), preklic javne obljube nagrade (208. člen OZ), preklic naročila pri posredniški pogodbi (840. člen OZ) itn.

Pravna ureditev bi bila brez dvoma jasnejša, če bi bil zakonodajalec ob sprejemanju OZ ohranil razlikovanje med »razdorom« pogodbe zaradi kršitve in »odstopom« od pogodbe na podlagi pravice premisliti si (vključno z odstopom v ZVPot). Tudi »preklic« darilne pogodbe bi bil glede na njegove značilnosti bržkone lahko poimenoval »odstop«. Če pa je že menil, da mora »razdor« na vsak način preimenovali v »odstop od pogodbe« - česar sicer ni obrazložil - potem bi bil lahko terminološko razlikovanje teh dveh tipov odstopnih upravičenj ohranil tako, da bi »odstop« na podlagi pravice premisliti si poimenoval »preklic«, tako kot se imenuje tudi »preklic« darilne pogodbe.

Razlikovanje med »razdorom« in »odstopom« pa kljub uveljavitvi OZ ohranja Zakon o potrošniških kreditih (ZPotK-1), ki pozna oba instituta.¹⁰ Različni zakoni torej za iste institute uporabljajo različne izraze, kar je značilnost slabe zakonodaje.

3. Odstop od pogodbe zaradi kršitve (razdor)

Rimsko pravo ni poznalo splošne pravice do razveljavitve pogodbe zaradi kršitve pogodbenih obveznosti, obstajale pa so izjeme, zlasti *actio redhibitoria* v primeru stvarnih napak pri prodajni pogodbi.¹¹ V srednjem veku se je pod vplivom kanonskega prava izoblikovala misel, da bi bilo nepravilno, če bi ena stranka zahtevala izpolnitev od druge, sama pa svoje obveznosti ne bi izpolnila (*Fidem frangenti fides frangitur* – nezvestemu se zvestoba ne dolguje).¹² Naravni pravnikarji so šteli obveznosti obeh strank za vzajemno pogojene. Francoski Code civil (1804) je določil, da vzajemna pogodba vsebuje razvezni pogoj za primer neizpolnitve ene stranke.¹³ Avstrijski ODZ (1811) odstopne pravice sprva ni poznal, uvedena je bila šele z novelami v letih 1914–1916.¹⁴

Sodobna pravna ureditev instituta odstopa od pogodbe zaradi kršitve je rezultat tehtanja interesov. Po eni strani želi imeti pogodbi zvesta stranka v primeru, ko njena sopogodbena krši pogodbene obveznosti, na voljo učinkovito sankcijo, s katero lahko konča negotovo ča-

¹⁰ Glej 14. in 15. člen (razdor) ter 15. člen (odstop).

¹¹ Več: Možina, Kršitev pogodbe, GV Založba, Ljubljana 2006, str. 44 in nasl.

¹² Zimmermann, Law of Obligations, Oxford University Press 1996, str. 578.

¹³ Glej 1184. člen Code civil.

¹⁴ Glej par. 918. Predpostavka odstopa je praviloma potek primernega dodatnega roka.

kanje na izpolnitev sopogodbenice, pri čemer mora biti tudi sama pripravljena izpolniti svojo nasprotno obveznost. Svoje potrebe lahko nato pokrije drugje, od sopogodbenice pa zahteva povrnitev škode zaradi neizpolnitve. Po drugi strani je interes pravnega reda, da se pogodbe po možnosti ohranijo v veljavi, poleg tega pa je njihova razveljavitev praviloma povezana s stroški in tveganji.¹⁵ Tudi sopogodbenica, ki krši pogodbo, ima interes, da kljub kršitvi vendarle izpolni v naravi in se tako izogne zanjo praviloma manj ugodnim posledicam odstopa in odškodnine namesto izpolnitve. Pravni redi zato vežejo pravico do odstopa od pogodbe na različne predpostavke.

3.1. Predpostavke odstopa (razdora)

Kršitev pogodbenih obveznosti ni edina zakonska predpostavka za odstop od pogodbe zaradi kršitve (razdor). Poleg tega slovensko obligacijsko pravo razlikuje več tipov kršitev pogodbe: neizpolnitev (zamudo), izpolnitev z napako ter naknadno nemožnost izpolnitve obveznosti. Glede na začrtani obseg prispevka se razprava v nadaljevanju omejuje na najpomembnejše značilnosti pravne ureditve odstopa zaradi neizpolnitve ter odstopa zaradi napake pri prodajni pogodbi.

3.1.1. *Odstop zaradi neizpolnitve (zamude)*

a) Neizpolnitev (zamuda)

Prva predpostavka je seveda neizpolnitev pogodbe ob zapadlosti, kar se praviloma pokriva s stanjem zamude (299. člen OZ). Zakon pojma neizpolnitve ne opredeljuje, pravi le, da ne sme iti za bagatelno kršitev oziroma »neizpolnitev neznatnega dela obveznosti« (110. člen OZ).

b) Potek primernega dodatnega roka in izjeme

Zgolj dolžnikova neizpolnitev ob zapadlosti pa upniku še ne omogoča razdora; dolžniku mora poprej »pustiti« primeren naknadni rok za izpolnitev (drugi odstavek 105. člena OZ). Ta zahteva je namenjena temu, da ima dolžnik še zadnjo možnost, da se z izpolnitvijo v naravi izogne prenehanju pogodbe kot najtežji sankciji. Čeprav se zdi, da zakon zahteva, da upnik dolžniku le »pusti« primeren rok, mora upnik ta rok dolžniku v resnici postaviti z izjavo (arg. iz 109. člena OZ). Pri tem pa ga ni dolžan posebej opominjati na pravne posledice izostanka izpolnitve. Ko primeren dodatni rok poteče brez uspeha, je pogodba razveljavljena (tretji odstavek 105. člena OZ), ne da bi bila potrebna dodatna izjava.

¹⁵ Glej Huber, Vertragsaufhebung, v: Basedow/Hopt/Zimmermann (ur.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, str. 1689.

c) Izjeme

Kadar iz dolžnikovega ravnanja očitno izhaja, da niti v dodatnem roku pogodbe ne more ali ne želi izpolniti, lahko upnik odstopi tudi brez postavitve in neuspešnega poteka dodatnega roka (106. člen OZ). Čakanje na potek dodatnega roka tedaj seveda ne bi imelo nobenega smisla.

Potek dodatnega roka prav tako ni potreben v primerih, kadar je čas izpolnitve za pogodbeni stranki bistvenega pomena (t. i. fiksni posli), tako da pogodba z njim »stoji in pade«. Še več, tam ni potrebna nikakršna upnikova izjava, ampak pride do odstopa (»razveze«) ob nastopu zamude avtomatično na podlagi zakona. Zakon postavlja domnevo, da v teh primerih upnik nima več interesa po poznejši izpolnitvi. Upnikova oblikovalna pravica je skrčena na možnost izpodbitja te domneve, kar lahko upnik stori le tako, da »nemudoma« po nastopu zamude dolžniku izjavi, da vztraja pri izpolnitvenem zahtevku. Avtomatično prenehanje pogodbe zaradi nastopa zamude je zelo stroga sankcija, ki ni vedno v interesu strank in ne sledi načelu, da naj se pogodba po možnosti ohrani oziroma da je razveza skrajna sankcija. V primerjalnem pravu za negospodarske pogodbe ni običajna. Avtomatično prenehanje se vendarle zdi sprejemljivo v primerih, ko se stranki zanj vnaprej izrecno dogovorita, kar je izraz njune avtonomije, kot problematično pa se pokaže v primerih, ko je posel fiksni zaradi okoliščin primera (četrti odstavek 104. člena OZ). Tu se lahko zgodi, da stranki sploh ne vesta, da je njuna pogodba na podlagi zakona prenehala.

Naslednja izjema pa se nanaša na t. i. pričakovano (anticipirano) kršitev pogodbe, tj. kršitev pred zapadlostjo. Ker obveznost še ni zapadla, je dolžnik strogo gledano sploh še ne more kršiti. Vendar pa bi bilo v primerih, ko dolžnik vnaprej izrecno ali konkludentno jasno izjavi, da ob zapadlosti ne bo izpolnil, ali je na podlagi drugih okoliščin očitno, da izpolnitve ne bo, nesmiselno čakati na nastop zapadlosti (zamude). V takem primeru zakon upniku omogoča, da na podlagi pričakovane kršitve odstopi od pogodbe in zahteva povrnitev škode (107. člen OZ).

d) Pogodbe z zaporednimi izpolnitvami

Pri pogodbah z zaporednimi (sukcesivnimi) izpolnitvami, ki so pravzaprav sestavljene iz več delnih izpolnitev, velja načelo, da se zamuda s posameznim delom obravnava samostojno. To pomeni, da lahko upnik od pogodbe odstopi samo glede tega dela. Če pa je na podlagi zamude (neizpolnitve) s posameznim delom mogoče utemeljeno pričakovati, da bodo izostale tudi bodoče delne izpolnitve, lahko upnik odstopi tudi glede teh delov (prvi odstavek 108. člena OZ), torej z učinkom za naprej (*ex nunc*). Le izjemoma, kadar vse delne izpolnitve sestavljajo celoto in neizpolnitev dela povzroči, da celotna pogodba za upnika izgubi pomen, lahko upnik na podlagi neizpolnitve posameznega dela odstopi od celotne pogodbe, torej tudi z učinkom za nazaj oziroma *ex tunc* (drugi odstavek 108. člena OZ). To pravilo izhaja iz koncepta bistve-

ne kršitve pogodbe, ki ga pozna denimo Konvencija ZN o mednarodni prodaji blaga - CISG (25. člen) in je bil v podobni obliki predlagan v osnutku ZOR, v t. i. Konstantinovičevi Skici, v sprejeti različici zakona pa je bil opuščen.¹⁶ Temelji na misli, da mora imeti kršitev določeno težo oziroma mora upniku v bistvenem onemogočiti uresničitev pogodbenega interesa, da lahko odstopi od pogodbe.

3.1.2. *Odstop zaradi izpolnitve s stvarno napako*

Za odstop zaradi izpolnitve s stvarno napako veljajo nekatere dodatne predpostavke, ki jih splošni del OZ v zvezi z odstopom od pogodbe zaradi neizpolnitve ne pozna. Ker zakon ne prinaša jasne razmejitve med stvarno napako in neizpolnitvijo, je odločanje med sistemom sankcij za stvarno oziroma pravno napako (t. i. jamčevanje) in sistemom sankcij za zamudo (neizpolnitev) v rokah upnika. Stvar z napako lahko sprejme in uveljavlja jamčevalne zahteveke ali pa njen sprejem zavrne, s čimer dolžnika pahne v zamudo. Ne gre pozabiti, da je ureditev predpostavk odstopa od pogodbe zaradi napake pri podjemni pogodbi v posebnem delu OZ drugačna od ureditve prodajne pogodbe, vendar je tu ne bomo obravnavali.¹⁷

a) Stvarna napaka

Izpolnitev s stvarno (in pravno) napako je kršitev pogodbe. O stvarni napaki (neskladnosti stvari s pogodbo) govorimo, kadar izročena stvar po kakovosti odstopa od izrecnega oziroma konkludentnega dogovora strank (subjektivni pojem stvarne napake) oziroma, če tega ni, nima običajnih lastnosti (objektivni pojem napake) – 459. člen OZ. Režim jamčevanja pri prodajni pogodbi (sistem zahtevkov kupca na podlagi stvarnih napak in prodajalčeve odgovornosti) se na podlagi 100. člena OZ uporablja za izpolnitev z napako vseh vzajemnih pogodb, če niso posebej urejene (kot npr. podjemna pogodba). Prva predpostavka odstopa je, da je stvarna napaka podana v trenutku prehoda nevarnosti, to je praviloma v trenutku izročitve (458. člen OZ). Pri tem ni pomembno, ali je prodajalec (dolžnik) zanjo vedel oziroma ali mu je mogoče očitati krivdo. Nadaljnja predpostavka je, da napaka ob sklenitvi pogodbe ni bila znana oziroma ni mogla ostati neznana kupcu (upniku) – 460. člen OZ.

Napaka tudi ne sme biti neznatna (tretji odstavek 458. člena OZ). Gre za kriterij bagatelnosti, ki ne pomeni, da mora biti napaka nasprotno »znatna«. OZ v nasprotju z nekaterimi tujimi pravnimi redi in CISG ne zahteva, da bi morala imeti stvarna napaka obeležje posebno težke

¹⁶ Glej: Možina, Kršitev pogodbe, GV Založba 2006, str. 385.

¹⁷ Pri podjemni pogodbi zakon ločuje dve kategoriji stvarnih napak. Če je napaka takšna, da je delo neuporabno oziroma je bilo opravljeno v nasprotju z izrecnim dogovorom strank (bistvena napaka), lahko naročnik odstopi od pogodbe, ne da bi prej zahteval odpravo napake (638. člen OZ). Pri drugih napakah pa ima podjemnik pravico, da napako odpravi (639. člen OZ), kar pomeni, da naročnik ne more odstopiti takoj, ampak mora podjemniku pustiti primeren dodatni rok za odpravo napake.

kršitve pogodbe (t. i. bistvene kršitve pogodbe). »Neznatnost« napake je treba razlagati zelo strogo, saj so v tem primeru izključeni vsi zahtevki kupca. Napaka, ki jo je mogoče oceniti v denarju, ne more biti neznatna.

b) Notifikacija napake

Kupec (upnik) mora prejeto stvar pregledati in napako sporočiti prodajalcu (grajanje). Zakon tu predpisuje zapleten sistem rokov: v gospodarskih pogodbah mora to storiti nemudoma, v negospodarskih pa v osmih dneh po tem, ko jo odkrije (461. in 462. člen OZ). Očitne napake je treba grajati takoj, če sta obe stranki navzoči pri pregledu. V potrošniških prodajnih pogodbah velja za notifikacijo dvomesečni rok (37.a člen ZVPot). V obvestilu mora biti napaka natančneje opisana, prodajalec pa mora biti povabljen na pregled (464. člen OZ).

c) Kombinacija jamčevalnega roka in roka za uveljavljanje napak

Uveljavljanje jamčevalnih zahtevkov, vključno z odstopom, je mogoče le glede napak, ki se pokažejo v t. i. jamčevalnem roku. Ta za gospodarske in civilne pogodbe znaša šest mesecev od izročitve (drugi odstavek 462. člena OZ), za potrošniške prodajne pogodbe pa dve leti od izročitve (eno leto za rabljeno blago) – 37.b člen ZVPot. To pa ni edini rok, ki ga je treba upoštevati: zakon daje kupcu (upniku) za uveljavljanje zahtevkov le eno leto časa, rok pa teče od (pravočasne) notifikacije napak (480. člen OZ). Gre za prekluzivni rok, pri katerem ni možnosti pretrganja in mirovanja. Za potrošniške pogodbe velja dveletni rok (37.c člen ZVPot).

d) Možnost vrnitve prodane stvari in izjeme

OZ v prvem odstavku 475. člena določa, da kupec (upnik) izgubi pravico do odstopa, če stvari z napako ne more vrniti v bistveno enakem stanju, kot jo je prejel. Pomen tega sicer strogega pravila pa je relativiziran z obsežnimi izjemami, ki jih določata drugi in tretji odstavek istega člena: kupec lahko vendarle odstopi, če je poškodba stvari posledica stvarne napake, višje sile oziroma drugega dogodka, za katerega ne odgovarja, pregleda stvari ali običajne rabe. Riziko sprememb stvari, medtem ko je ta pri kupcu, tako večinoma nosi prodajalec. Nekoliko drugačna, najbrž bolj praktična možnost ureditve bi bila, da bi imel kupec v vsakem primeru pravico do odstopa, vendar pa bi moral za morebitno poslabšanje stvari, za katero je sam odgovoren, plačati odškodnino.

e) Potek primernega dodatnega roka in izjeme

Enako kot v splošnem delu OZ tudi za odstop zaradi stvarne napake predvideva mehanizem dodatnega roka in s tem daje prodajalcu (dolžniku) pred odstopom še eno možnost, da vendarle izpolni pogodbo. Če želi kupec odstopiti, mora namreč najprej zahtevati popravilo ali zamenjavo stvari (naknadni izpolnitevni zahtevek), od pogodbe pa lahko odstopi šele, če prodajalec izbranega zahtevka v primernem roku ne uresniči (prvi odstavek 470. člena OZ). Kupec odstopi z izjavo, ki pa jo lahko poda že vnaprej, denimo ob zahtevku za popravilo ali zamenjavo.

Tudi tu veljajo enake izjeme kot v splošnem delu: kupcu ni treba čakati na potek dodatnega roka, če je očitno, da prodajalec v tem roku stvari ne bo popravil oziroma zamenjal (drugi odstavek 470. člena OZ). Do avtomatičnega razdora brez primerne dodatnega roka pa pride v primeru, da sta se stranki dogovorili oziroma iz okoliščin jasno izhaja, da mora biti obveznost (izpolnitev v skladu s pogodbo) izpolnjena v fiksnem roku.

f) Odstop zaradi pravne napake

V primeru pravnih napak pride do avtomatične razveze (razdora) pogodbe, če kupcu tretja oseba odvzame stvar na podlagi močnejše pravice (popolna evikcija) – prvi odstavek 490. člena OZ. Kadar pravna napaka manj poseže v kupčev pravni položaj, lahko kupec odstopi, če zaradi tega ne more doseči namena pogodbe (drugi odstavek 490. člena OZ). Zakon tu izhaja iz zamisli, da je odstopno upravičenje vezano na najhujše kršitve, ki posežejo v bistvo kupčevega pogodbenega interesa. Notifikacija napak in potek primerne roka nista nujni predpostavki odstopnega upravičenja, ki pa prav tako ni vezano na jamčevalni rok. Ko kupec izve za pravno napako, pa mora sankcije zanj (vključno z odstopom, izvzemši avtomatično razvezo v primeru popolne evikcije) uveljaviti v prekluzivnem roku enega leta (prvi odstavek 495. člena OZ).

3.2. Pravne posledice odstopa zaradi kršitve pogodbe

Prva posledica odstopa od pogodbe zaradi kršitve je, da ugasnejo izpolnitveni zahtevki iz pogodbe (prvi odstavek 111. člena OZ). Strankama ni treba več izpolniti pogodbenih obveznosti in tudi ne več sprejeti izpolnitve od nasprotne stranke.

Odstop od pogodbe pa ne pomeni, da pogodbeno razmerje med strankama v celoti in retroaktivno preneha. Prvič, čeprav izpolnitveni zahtevki ugasnejo, je pogodba še vedno podlaga za odškodninsko odgovornost stranke, ki je kršila pogodbo (prvi odstavek 111. člena OZ). Obveznost povrnitve škode spremlja odstop zaradi kršitve. Usmerjena je v t. i. pozitivni pogodbeni interes (vzpostavitev premoženjskega stanja, ki bi obstajalo, če bi bila pogodba pravilno izpolnjena, 169. člen OZ v povezavi z 246. členom OZ), pri čemer je obseg odškodnine omejen z načelom predvidljivosti (prvi odstavek 243. člena OZ). Upoštevati moramo tudi možnost abstraktnega in konkretnega obračunavanja odškodnine glede na kritni posel (504. in 505. člen OZ). Drugič, v veljavi še naprej ostanejo pogodbene klavzule, za katere sta se stranki dogovorili, da se uporabljajo ravno v primeru kršitev in ne glede na odstop; to velja za arbitražne klavzule, klavzule o prorogaciji pristojnosti sodišč in tudi za nekatere druge dogovore, na primer za pogodbeno kazen, pavšalno določeno odškodnino, klavzule o modalitetah vračanja opravljenih izpolnitev ipd.¹⁸

¹⁸ Glej npr. prvi odstavek 81. člena CISG ter Schlechtriem/Možina, Pravo mednarodne prodaje, Uradni list RS, Ljubljana 2006, str. 192.

Odstop od pogodbe zaradi kršitve pomeni tudi, da imata stranki pravico zahtevati vrnitev izpolnitev, ki sta jih že opravili (drugi odstavek 111. člena OZ). Pravne podlage, da bi jih obdržali, namreč ni več. V tem smislu odstop od pogodbe učinkuje *ex tunc* (retroaktivno). Vzpostaviti je treba stanje, kakršno je obstajalo pred sklenitvijo pogodbe. Razlikovati pa moramo dva položaja, kajti učinki odstopa so odvisni od narave pogodbe. Odstop učinkuje retroaktivno le pri tistih pogodbah, pri katerih so obveznosti trenutne oziroma se izpolnijo naenkrat.¹⁹ Če je na primer na podlagi prodajne pogodbe kupcu izročen avtomobil s stvarno napako in kupec zaradi napake od pogodbe odstopi, potem mora prodajalcu vrniti avtomobil, prodajalec pa mu mora vrniti kupnino. To imenujemo vrnitveni zahtevek. Stranki morata druga drugi ne le vrniti že opravljene izpolnitve (drugi odstavek 111. člena OZ), ampak dolgujeta tudi povračilo za koristi, ki sta jih imeli od izpolnitev, ki jih vračata (tretji odstavek 111. člena OZ). Tako mora stranka, ki vrača avtomobil, povrniti korist, ki jo je imel od njegove uporabe,²⁰ stranka, ki vrača denar, pa ga mora vrniti z obrestmi.²¹ Retroaktivnega učinka pa ni pri pogodbah, ki so nekaj časa trajale in sta jih stranki tudi izpolnjevali (trajajoče pogodbene obveznosti). Če na primer pogodba, po kateri kmet dnevno dobavlja mleko kmetijski zadrugi, velja dve leti, potem pa pride do kršitve, zaradi katere jo zadruga razdre, potem razdor (odstop) ne deluje retroaktivno: delne izpolnitve (v tem primeru mleko), ki so bile v času trajanja opravljene in plačane z nasprotnimi delnimi izpolnitvami (plačilo za mleko), seveda ostanejo v veljavi (arg. iz prvega odstavka 108. člena OZ). Nasprotno stališče bi ustvarjalo nepotrebne in težko rešljive težave z vračanjem. Postavimo lahko splošno pravilo, da odstop od pogodbe ne učinkuje na delne izpolnitve, ki so bile opravljene v skladu s pogodbo in za katere so bile dane ustrezne nasprotne izpolnitve. Le v primeru, da pri trajajočem razmerju predmet pogodbe pomeni zaključeno celoto in zaradi kršitve celoten predmet za upnika izgubi smisel (npr. pogodba o dobavi stroja po delih, ta stroj pa brez enega dela ne deluje), je mogoče odstopiti z retroaktivnim učinkom (*ex tunc*). Sicer pa odstop učinkuje le za naprej (*ex nunc*).

Odstop pogodbe zaradi kršitve torej ne povzroči popolnega in retroaktivnega izničenja pogodbe, ampak izključí izpolnitvene zahtevke, sicer pa pogodbeno preoblikuje razmerje v razmerje pogodbenega vračanja in odškodninsko razmerje med strankama. Odstop učinkuje retroaktivno (*ex tunc*) le v primerih, ko se pogodbe izpolnijo naenkrat, medtem ko pri traja-

¹⁹ Tako tudi: Juhart, v: Juhart/Plavšak (ur.), OZ s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 588.

²⁰ Zahtevno vprašanje določanja obsega pridobljene koristi, ki jo je treba povrniti, presega okvire tega prispevka.

²¹ OZ v petem odstavku 111. člena določa, da mora stranka, ki vrača denar, plačati obresti od dneva, ko je prejela izplačilo, ne določa pa, kolikšne obresti je treba plačati. Ker v primeru, ko sta stranki uporabljali izpolnitve do odstopa od pogodbe, ni mogoče govoriti o zamudi, uporaba zamudnih obresti z njihovim kaznovalnim elementom ni utemeljena. Vrniti je treba obresti, ki pomenijo nadomestilo za neupravičeno rabo tujega kapitala (Juhart v: Juhart/Plavšak (ur.), OZ s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 592), čeprav zakon takih obresti neposredno ne določa. Vprašanje je prepuščeno sodni praksi. Zamudne obresti pa tečejo od nastopa zamude z vračilom, torej od odstopa od pogodbe.

jočih pogodbenih razmerjih praviloma učinkuje le za naprej (*ex nunc*); vse delne izpolnitve, opravljene v skladu s pogodbo in z ustreznimi nasprotnimi izpolnitvami, pa ostanejo v veljavi.

4. Odstop od pogodbe (preklic)

Čeprav se o pravici do odstopa od pogodbe (v pomenu pravice premisliti si) danes govori predvsem v povezavi z varstvom potrošnikov v pravu EU, to ni izum evropskega zakonodajalca. Številni nacionalni pravni redi, začeni s avstrijskim zakonom o prodaji na obroke iz leta 1961,²² švicarskim OR (določba iz leta 1962)²³ ter britanskim zakonom o rabokupu (1964),²⁴ so ta institut poznali že prej. Od leta 1985 pa pravico odstopa v nekaterih potrošniških pogodbah določa tudi evropska zakonodaja.²⁵

Sodobnim smernicam je sledil tudi jugoslovanski ZOR (1978), ki je poznal več različic odstopne pravice: po eni strani je pri prodaji na obroke določal »pravo« odstopno upravičenje (podobno današnji odstopni pravici v pravu EU), na podlagi katerega si je lahko kupec v treh dneh premislil in »odstopil« od pogodbe s pisno izjavo in brez posebne obrazložitve. Tehnika pravnega urejanja je bila drugačna od današnje, saj je zakon določal, da mora pogodbeno listina vsebovati tako klavzulo, sicer je nična (544. člen ZOR). Poleg tega je ZOR določal možnost odstopa stranke, ki je sklenila pogodbo s poslovno nesposobno osebo, v 30 dneh, odkar je za to izvedela (57. člen ZOR). ZOR je urejal tudi institut odstopnine, ki lahko spremlja pogodbeno dogovorjeno odstopno pravico (82. člen ZOR). Sicer pa je ZOR predvideval možnost odstopa v različnih modalitetah še pri ureditvi številnih pogodb, pogosto proti sorazmernemu plačilu ali povrnitvi stroškov oziroma škode.²⁶

²² Potrošnik je imel v primeru, ko je bila pogodba sklenjena zunaj poslovnih prostorov, na voljo petdnevni rok za premislek.

²³ Glej 226.c člen, uveden leta 1962, po katerem je pogodba o prodaji na obroke veljala šele pet dni po prejemu listine (pogodbe) s podpisoma obeh strank.

²⁴ Hire Purchase Act (1964) je omogočal odstop v roku štirih dni v primeru pogodbe o zakupu in prodaje na obroke.

²⁵ Prva je bila Direktiva 85/577/EGS o varstvu potrošnikov pri pogodbah, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov.

²⁶ Pri posojilni pogodbi si je posojiljemalec lahko premislil, dokler mu posojilodajalec ni izročil posojila (564. člen ZOR); pri prevoznih pogodbah je lahko potnik odstopil pred izpolnitvijo pogodbe, vendar je moral prevozniku povrniti morebitno škodo (650. člen ZOR); pri shranjevalni pogodbi, pri kateri ni bil določen rok, je lahko shranjevalec odstopil, vendar je moral položniku določiti primeren rok za prevzem stvari (719. člen ZOR); pri mandatni pogodbi je lahko naročitelj odstopil od pogodbe, vendar je moral mandatarju plačati ustrezen del plačila, v primeru neutemeljenega odstopa pa je moral tudi povrniti škodo (765. člen ZOR), medtem ko je mandatar lahko odstopil kadarkoli, vendar ne ob »nepravem« času (766. člen ZOR); pri špedicijski pogodbi je naročitelj lahko »po svoji volji« odstopil od pogodbe, vendar je moral plačati sorazmeren del plačila (827. člen ZOR); pri pogodbi o organiziranju potovanja je smel potnik kadarkoli v celoti ali delno odstopiti, a je moral povrniti stroške (877. člen ZOR), pravico odstopa je imel tudi organizator (878. člen ZOR); turistična agencija je imela v nekaterih primerih pravico odstopiti od uporabe

Za današnjo ureditev pravice do odstopa v potrošniških pogodbah je merodajna zakonodaja EU. Pravica odstopa pomeni, da ima potrošnik v določenem kratkem časovnem obdobju – v slovenskem pravu večinoma štirinajstdnevnem – možnost naknadnega premisleka (*cooling-off period*) o pogodbi. Namen odstopne pravice ni za vse primere enak: tako ima pri pogodbah na daljavo (Direktiva 97/7/ES) potrošnik možnost pregledati blago šele, ko ga prejme, zato ga odstopno upravičenje varuje pred tem, da bi kupil blago, ki ga ne pozna, oziroma da je v celoti odvisen od informacij prodajalca; pri pogodbah »od vrat do vrat« (Direktiva 85/577/EGS) je namen odstopne pravice varstvo pred presenečenjem in psihološkim pritiskom, ki ga izvaja prodajalec na potrošnikovem domu; pri kreditnih pogodbah (Direktiva 2008/48/ES), pogodbah o časovnem zakupu nepremičnin (Direktiva 94/47/ES) ter pogodbah o življenjskem zavarovanju (Direktiva 2002/83/ES) pa potrebuje čas za premislek zaradi kompleksnosti posla.²⁷ V teh primerih je pogodba veljavno sklenjena, vendar je do poteka roka »viseče neveljavna« oziroma je sklenjena pod razveznim pogojem, uresničitev katerega je časovno omejena.

Pogoj za začetek teka roka je praviloma, da podjetje izpolni informacijske obveznosti, kar pomeni, da kršitev teh obveznosti podaljša čas, v katerem lahko potrošnik odstopi. Uveljavitev odstopnega upravičenja pravzaprav pomeni, da potrošnik prekliče svojo izjavo volje (ponudba oziroma sprejem), na podlagi katere je bila sklenjena pogodba, s čimer pogodba preneha veljati. Položaj nekako spominja na napake volje, kjer prav tako določen čas obstaja enostranska možnost razveljavitve (izpodbijanja) pogodbe, vendar stranka v tem primeru oblikovalno pravico uveljavlja prek sodišča, saj mora po stališču sodne prakse vložiti tožbo, pogodbo pa lahko razveljavi le sodišče.

4.1. Predpostavke odstopa (preklica)

Prva predpostavka pravice odstopa (preklica) je, da pogodba spada na področje uporabe zakonske ureditve, da gre skratka za pogodbo med podjetjem in potrošnikom (B2C) in za enega od primerov, za katere zakon določa pravico odstopa:

- pogodba, sklenjena na daljavo (pogodba, pri kateri se fizično ne srečata, ampak jo skleneta z uporabo komunikacijskega sredstva, 43. člen ZVPot), pri čemer ne gre za eno od izjem, določenih v 43.a²⁸ členu in petem odstavku 43.č²⁹ člena ZVPot;

najetih turističnih zmogljivosti, ne da bi s tem odstopila od alotmajske pogodbe (895. člen ZOR); kreditojemalec je lahko odstopil od kreditne pogodbe in predčasno vrnil plačilo (1068. člen ZOR).

²⁷ Mankowski, Widerrufsrecht, v: Basedow/Hopt/Zimmermann (ur.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, str. 1791.

²⁸ Režim prodaje na daljavo se ne uporablja za: pogodbe o gradnji in prodaji nepremičnin ter pogodbe o drugih pravicah na nepremičninah, razen oddaje v najem; pogodbe o časovnem zakupu nepremičnin, ki so urejene z določbami od 59. do 60.e člena ZVPot; pogodbe o prodaji hrane, pijače ali drugega blaga, ki je namenjeno vsakodnevni porabi in ga potrošniku na dom, njegovo prebivališče ali njegovo delovno mesto dobavljajo prodajalci; pogodbe o nastanitvi,

- pogodba, sklenjena zunaj poslovnih prostorov prodajalca, kjer do obiska potrošnika ni prišlo na njegovo željo (46. člen ZVPot), pri čemer ne gre za eno od izjem, določenih v 46.a členu ZVPot;³⁰
- pogodba o prodaji na obroke (53.a člen ZVPot);
- pogodba o časovnem zakupu nepremičnin (60.c člen ZVPot);
- pogodba o potrošniškem kreditu (17. člen ZPotK-1);
- pogodba o organiziranju potovanja (57.f člen ZVPot).

Druga predpostavka je, da še ni potekel rok, v katerem ima potrošnik pravico odstopiti. Ta rok je praviloma 14 dni in teče od dobave blaga (prodaja) oziroma sklenitve pogodbe (storitve) pod pogojem, da je podjetje izpolnilo informacijske obveznosti, ki vključujejo tudi seznanitev s pravico odstopa (v nasprotnem primeru se rok podaljša na tri mesece – tretji in četrti odstavek 43.č člena ZVPot). Pri potrošniški kreditni pogodbi je rok 14 dni od sklenitve pogodbe, pod pogojem, da kreditna pogodba vsebuje vse obvezne sestavine, vključno s podatkom o pravici do odstopa, pri čemer pa ni določena omejitev trajanja odstopne pravice, če kreditna pogodba ne vsebuje obveznih sestavin. Pri pogodbah o prodaji na obroke je ta rok 15 dni po podpisu, pri pogodbah o življenjskem zavarovanju (sklenjenih na daljavo) 30 dni. Pri pogodbi o organiziranju potovanja ima potrošnik načeloma v vsakem trenutku pravico odstopiti, ven-

prevozu, gostinskih storitvah, dobavi hrane in pijače, obisku prireditvev in storitvah za prosti čas, s katerimi se podjetje zaveže, da bo izpolnilo svojo obveznost v točno določenem trenutku ali v točno določenem roku; pogodbe, ki so sklenjene: s pomočjo prodajnih avtomatov, z operaterji telekomunikacij ob uporabi javnih telefonskih govornic in na javni dražbi.

²⁹ Režim prodaje na daljavo se sicer uporablja, vendar potrošnik nima zakonske pravice odstopa pri: pogodbah, katerih predmet je blago ali storitev, katerih vrednost je odvisna od nihanj na finančnih trgih, pri pogodbah, katerih predmet je blago, ki je bilo izdelano po natančnih navodilih potrošnika, ki je bilo prilagojeno njegovim osebnim potrebam, ki zaradi svoje narave ni primerno za vračilo, ki je hitro pokvarljivo ali ki mu je že potekel rok uporabe, pri pogodbah o dobavi audio- ali videoposnetkov ali računalniških programov, če je potrošnik odprl varnostni pečat; pri pogodbah o dobavi časopisov, revij in periodičnih publikacij; pri pogodbah za igre na srečo in storitvah loterije; pri zavarovalnih pogodbah za potovanje in prtljago ali podobnih kratkoročnih zavarovalnih pogodbah z veljavnostjo, krajšo od enega meseca; pri pogodbah o finančnih storitvah, ki sta jih na potrošnikovo izrecno željo obe stranki že v celoti izpolnili, preden je potrošnik uresničil svojo pravico do odstopa od pogodbe.

³⁰ Režim prodaje zunaj poslovnih prostorov se ne uporablja za: pogodbe o gradnji, prodaji in najemu nepremičnin in pogodbe o drugih pravicah na nepremičninah; pogodbe o prodaji hrane, pijače ali drugega blaga, ki je namenjeno vsakodnevni porabi in ga potrošniku na dom, njegovo prebivališče ali njegovo delovno mesto dobavljajo prodajalci; pogodbe o dobavi blaga in opravljanju storitev, če so hkrati izpolnjeni vsi naslednji pogoji: pogodba je sklenjena na podlagi kataloga podjetja, ki ga je potrošnik imel možnost preučiti v odsotnosti zastopnika ali pooblaščenca podjetja; potrošnik in zastopnik ali pooblaščenec podjetja imata s to in naslednjimi pogodbami namen vzpostaviti stalno zvezo; katalog in pogodba vsebujeta jasno določilo, da ima potrošnik pravico, da lahko podjetju vrne blago v roku, ki ni krajši od petnajst dni po prejemu, ali da v istem roku odstopi od pogodbe, ne da bi pri tem imel kako drugo obveznost, razen da primerno hrani blago; zavarovalne pogodbe; pogodbe, katerih predmet so vrednostni papirji; pogodbe o dobavi blaga ali opravljanju storitev, če vsota vseh plačil, ki jih mora plačati potrošnik iz naslova te pogodbe, ne presega 12 evrov.

dar mora to storiti v »primernem roku« pred začetkom potovanja, sicer mora plačati sorazmeren odstotni delež cene.

Tretja predpostavka je, da je potrošnik pravilno uresničil odstopno upravičenje. Tu zakon predvideva nekoliko različne načine rešitve: pri prodaji na daljavo zadošča, če potrošnik v roku odda pošiljko z izjavo (oddajna teorija), pri čemer pisnost ni predpisana, enak učinek ima vrnitev blaga v roku (pri čemer pa velja prejemna teorija),³¹ pri prodaji zunaj poslovnih prostorov mora biti izjava pisna in oddana v roku (oddajna teorija),³² enako velja za časovni zakup nepremičnin,³³ pri prodaji na obroke mora biti izjava prav tako pisna, vendar ni predpisana oddajna teorija.³⁴ Od potrošniške kreditne pogodbe potrošnik odstopi tako, da pošlje kreditodajalcu odstopno izjavo v pisni obliki na papirju ali na drugem trajnem nosilcu podatkov, velja pa oddajna teorija.³⁵

Posebej velja poudariti, da potrošniku ni treba navajati razlogov za odstop. Lahko si preprosto premisli.

4.2. Pravne posledice odstopa (preklica)

Direktive EU razmeroma skromno urejajo pravne posledice odstopa (preklica) in rešitev tega vprašanja prepuščajo državam članicam. Žal je domača zakonska ureditev pravnih posledic odstopa pomanjkljiva, predvsem pa nekoherentna.

Čeprav zakon o tem izrecno ne govori, je jasno, da se z uveljavitvijo odstopa (preklica) pogodba v celoti razveljavi z retroaktivnim učinkom (*ex tunc*). Ureditev pravnih posledic je namenjena vzpostavljanju stanja, ki bi obstajalo, če pogodba sploh ne bi bila sklenjena. Pravne podlage ni več, stranki pa morata druga drugi vrniti vse morebiti opravljene izpolnitve. Obveznosti plačila odškodnine seveda ni, saj ni nobene kršitve pogodbenih obveznosti. Kljub temu se lahko vprašanje morebitne odškodnine pojavi v primeru poslabšanja oziroma uničenja blaga ali zamude z vračilom blaga oziroma denarja.

a) Pogodbe, sklenjene na daljavo, in pogodbe, sklenjene od vrat do vrat

Za odstop od pogodb, sklenjenih na daljavo, in pogodb, sklenjenih od vrat do vrat, so pravne posledice določene v 43.č in 43.d členu ZVPot. Podjetje potrošniku ne sme zaračunati nobenih stroškov, razen neposrednih stroškov vračila blaga (npr. poštino). Ker pogodba kot

³¹ Glej prvi odstavek 43.č člena in četrti odstavek 43.d člena ZVPot.

³² Glej prvi odstavek 46.c člena ZVPot.

³³ Glej prvi odstavek 60.c člena ZVPot.

³⁴ Glej 53.a člen ZVPot.

³⁵ Glej drugi odstavek 17. člena ZPotK-1.

pravna podlaga ne obstaja več, sta obe stranki dolžni druga drugi vrniti, kar sta morebiti že izpolnili. Podjetje mora potrošniku v 30 dneh po prejemu odstopne izjave vrniti denar. V primeru zamude zakon določa civilno kazen: za vsakih 30 dni zamude mora podjetje potrošniku poleg zamudnih obresti (ki tečejo od zamude, tj. po preteku prvega 30-dnevnega roka) plačati še desetino prejetih plačil.

Tudi potrošnik mora vrniti blago v 30 dneh po odstopu, in sicer »nepoškodovano in v nespremenjeni količini«. Zakon določa, da potrošnik za uničenje ali poslabšanje blaga ne odgovarja, če ni kriv, iz česar lahko sklepamo, da mora v primeru krivde plačati odškodnino. Če torej ne more vrniti blaga v stanju, v kakršnem ga je prejel, njegova odstopna pravica ni izključena.

Ker po odstopu ni več pogodbe, ki bi pomenila pravno podlago za pridobivanje koristi, bi moralo – ob upoštevanju zakonske logike iz četrtega odstavka 111. člena OZ in prava neupravičene obogatitve – podjetje načeloma vrniti denar z obrestmi, po drugi strani pa bi moral tudi potrošnik povrniti korist, ki jo je imel od uporabe stvari. Vendar pa je Sodišče ES v sodbi z dne 3. 9. 2009 v zadevi Messner (C-489/07) odločilo, da določba Direktive 97/7/ES, po kateri je edini strošek, ki ga sme podjetje v primeru odstopa zaračunati potrošniku, neposredni strošek vračila blaga, nasprotuje nacionalni zakonodaji, ki omogoča podjetju zahtevati nadomestilo za uporabo blaga. V skladu s to sodbo moramo razlagati 43.č in 43.d člen ZVPot.

Zakon pa določa izjemo za finančne storitve, pri katerih sme podjetje kljub odstopu od potrošnika zahtevati (sorazmerno) plačilo storitve, ki jo je zanj dejansko opravilo.³⁶

b) Prodaja na obroke

ZVPot prinaša drugačno rešitev pri odstopu od pogodbe o prodaji na obroke. Tu mora prodajalec potrošniku vrniti vse prejete obroke z zakonitimi obrestmi od dne prejema in mu povrniti tudi nujne stroške, ki jih je imel z blagom. Potrošnik mora vrniti blago v stanju, v kakršnem ga je prejel, in prodajalcu dati »povračilo za njegovo uporabo« vse do odstopa od pogodbe. Tu zakon torej za obe stranki določa obveznost povračila koristi od uporabe.

Zakon pa ne določa, katera od strank nosi riziko uničenja in poslabšanja blaga. Smiselna bi bila bržkone analogna uporaba tretjega odstavka 43.d člena ZVPot. Potrošnik mora plačati odškodnino, če je kriv za poslabšanje ali uničenje, v drugih primerih pa je riziko na strani podjetja.

c) Potrošniška kreditna pogodba

Spet nekoliko drugačna je ureditev Zakona o potrošniških kreditih (ZPotK-1). Ta v četrtem odstavku 17. člena najprej določa, da kreditodajalec potrošniku v primeru odstopa ne sme zaračunati nobenih drugih stroškov, razen »morebitnih nepovratnih stroškov, ki jih je imel

³⁶ Glej peti odstavek 43.d člena ZVPot.

kreditodajalec s postopki pred sodišči, upravnimi organi ali osebami z javnimi pooblastili«. Vendar to velja le za primer, da je potrošnik od pogodbe odstopil, preden je začel črpati kredit. Če je odstopil pozneje, mora dajalcu kredita v 30 dneh poleg glavnice vrniti tudi obresti, in sicer po dogovorjeni kreditni obrestni meri od dneva, ko je posojilo prejel, do vračila.

Poleg tega ZPotK-1 določa tudi, da v primeru, ko potrošnik odstopi od pogodbe o prodaji blaga ali zagotovitvi storitve na podlagi ZVPot, s to pogodbo pa je povezana tudi kreditna pogodba (povezana kreditna pogodba, ki je namenjena kreditiranju blaga ali storitev, pri čemer pogodbi tvorita komercialno enoto), preneha veljati tudi ta pogodba.³⁷

5. Odpoved trajnih pogodbenih razmerij

Tudi pri pogodbenih razmerjih, ki nimajo določenega časa trajanja, morata stranki imeti možnost izhoda. Seveda v pogodbi lahko sami vnaprej določita predpostavke in načine prenehanja takšne pogodbe. Če pa tega ne storita, se za prenehanje trajnih pogodbenih razmerij uporabljajo dispozitivna pravila 333. člena OZ.

5.1. Predpostavke

Predpostavka odpovedi je, da gre za pogodbeno razmerje z nedoločenim rokom trajanja in da stranki nista v pogodbi predvideli mehanizma njenega prenehanja. Zakon ne določa, da bi morala odpoved temeljiti na utemeljenem razlogu, npr. na spremembi okoliščin ali na kršitvi pogodbe. Morda lahko pripomnimo, da pogodba, od katere lahko vsaka stranka kadarkoli odstopi, pravzaprav nima prave zavezujoče moči.

Zakon določa, da je mogoče odpoved dati »ob vsakem, vendar ne ob *neprimernem* času«. Določba je nejasna. Primernost oziroma neprimernost časa lahko *ex post* ugotavlja le sodišče. Čeprav jezikovna razlaga kaže na to, da ob »neprimernem času« pogodbe ni mogoče odpovedati, se zdi bolj praktična rešitev, po kateri lahko stranka pogodbo odpove kadarkoli, če pa čas, ob upoštevanju načela vestnosti in poštenja, za drugo stranko ni primeren, ji mora povrniti zaradi tega nastalo škodo.

Tako kot drugi tipi oblikovalnih pravic se tudi odpoved uresniči z izjavo, ki jo stranka poda nasprotni stranki. V skladu s temeljnimi načeli civilnega prava izjava volje učinkuje, ko jo naslovnik prejme.³⁸

Če stranki v pogodbi nista določili odpovednega roka oziroma nista določili, da odpoved učinkuje takoj, potem odpoved učinkuje po preteku običajnega oziroma primerne roka, če

³⁷ Glej 18. člen ZPotK-1 v povezavi z 12. točko 1. člena ZPotK-1.

³⁸ OZ sicer v drugem odstavku 333. člena govori o »vročitvi«.

tak rok ni določen že z zakonom. V OZ je npr. za odpoved najemne pogodbe določen (dispozitivni) osemdnevni rok (drugi odstavek 616. člena OZ).

5.2. Pravne posledice odpovedi

Ko odpoved učinkuje, pogodbeno razmerje preneha z učinkom za naprej (*ex nunc*). Tak sklep izhaja iz šestega odstavka 333. člena, po katerem pogodbene obveznosti, ki so zapadle pred prenehanjem z odpovedjo, ostanejo v veljavi.

Zavarovane terjatve v izvršilnem in insolvenčnih postopkih

II.

SAŠA PRELIČ

Pravne podlage za nastanek ločitvene pravice

LOJZE UDE

Uveljavljanje ločitvenih pravic v insolvenčnih postopkih

VLADIMIR BALAZIČ

*Vpliv insolvenčnih postopkov na ločitvene pravice,
pridobljene v izvršbi*

NINA PLAVŠAK

*Razmerje med ločitveno in izločitveno pravico pri gradnji in
prodaji stanovanj*

UROŠ ILIČ

Uveljavljanje ločitvenih pravic zunaj sodnega postopka

Strokovni članek
 347.736(497.4)

Pravne podlage za nastanek ločitvene pravice

DR. SAŠA PRELIČ,
izredni profesor na Pravni fakulteti
Univerze v Mariboru

1. Ločitvena pravica in ločitveni upnik

Ločitvena pravica je pravica upnika do poplčila njegove terjatve iz določenega premoženja insolventnega dolžnika pred plačilom terjatev drugih upnikov tega dolžnika iz tega premoženja.

Ločitveni upnik je upnik, ki v postopku zaradi insolventnosti uveljavlja terjatev, zavarovano z ločitveno pravico (19. člen Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju; v nadaljevanju: ZFPPIPP).

2. Pomen ločitvene pravice v postopkih zaradi insolventnosti

Institut ločitvene pravice je splošno uveljavljen v insolvenčnih postopkih (postopku prisilne poravnave in stečajnem postopku).

V postopku prisilne poravnave je učinek ločitvene pravice ta, da na terjatev, ki je zavarovana z ločitveno pravico, potrjena prisilna poravnava ne učinkuje (prva točka prvega odstavka 213. člena ZFPPIPP; to ne velja za terjatev v tistem delu, v katerem morebiti z ločitveno pravico ni bila zavarovana, tretji odstavek 213. člena ZFPPIPP).

V stečajnem postopku je učinek ločitvene pravice, da omogoča plačilo terjatve, ki je zavarovana z ločitveno pravico, iz posebne razdelitvene mase (371. člen ZFPPIPP; to ne velja za terjatev v delu, v katerem morebiti z ločitveno pravico ni bila zavarovana; v takem primeru se nezavarovani del te terjatve plača iz splošne razdelitvene mase, sedmi odstavek 371. člena ZFPPIPP).

3. Pravni temelji za pridobitev ločitvene pravice

Ločitvena pravica temelji na različnih stvarno- oziroma obligacijskopравnih položajih. Za veljavno pridobitev ločitvene pravice morajo ti morajo obstajati (biti uresničeni) ob začetku insolvenčnega postopka.

3.1. Stvarnopravni položaji kot temelj za pridobitev ločitvene pravice

3.1.1. Zastavna pravica

Najbolj tipičen stvarnopravni položaj, na podlagi katerega lahko v postopku zaradi insolventnosti upnik pridobi ločitveno pravico, je zastavna pravica.

Zastavna pravica je pravica zastavnega upnika, da je zaradi neplačila zavarovane terjatve ob njeni zapadlosti poplačan skupaj z obrestmi in stroški iz vrednosti zastavljenega predmeta pred vsemi drugimi upniki zastavitelja (prvi odstavek 128. člena Stvarnopravnega zakonika; v nadaljevanju: SPZ). Predmet zastavne pravice so lahko stvari, pravice in vrednostni papirji (tretji odstavek 128. člena SPZ).

Zastavna pravica – kot pravica stvarnega prava – lahko nastane na podlagi (130. člen SPZ):

- pravnega posla,
- zakona ali
- odločbe sodišča.

3.1.1.1. Pravnoposlovni (pogodbeni) način nastanka zastavne pravice

Pravni naslov za pogodbeno ustanovitev zastavne pravice je ustrezen zavezovalni posel, iz katerega izhaja obveznost ustanoviti zastavno pravico (131. člen SPZ). To je posebna zastavna pogodba ali pa ustrezna klavzula v (na primer) kreditni pogodbi, s katero se zastavitelj v dobro zastavnega upnika zaveže ustanoviti zastavno pravico na dogovorjenem predmetu.

Poleg zavezovalne podlage je potreben tudi ustrezen pridobitni način, realno dejanje, ki zagotavlja publiciteto prenosnega posla. Za veljaven nastanek ločitvene pravice morata biti obe pravni dejanji opravljene pred začetkom postopka zaradi insolventnosti.

Pridobitni način je odvisen od predmeta zastavne pravice.

Kadar je predmet zastavne pravice:

- premična stvar (ročna zastava), se zastavna pravica pridobi z izročitvijo te stvari (155. člen SPZ);
- premična stvar (neposestna zastava premičnin), se zastavna pravica pridobi s sklenitvijo sporazuma v obliki neposredno izvršljivega notarskega zapisa (prvi odstavek 171. člena

SPZ), če pa se za zastavljene premičnine vodi register, z vpisom v ta register (četrti odstavek 171. člena SPZ);

- nepremičnina (hipoteka), se zastavna pravica pridobi z vpisom v zemljiško knjigo (141. člen SPZ) oziroma temelji na neposredno izvršljivem notarskem zapisu (notarska hipoteka, 142. člen SPZ);
- terjatev, se zastavna pravica pridobi, ko dolžnik zastavljene terjatve od zastavitelja prejme obvestilo, da je terjatev zastavljena (prvi odstavek 179. člena SPZ);
- terjatev iz vrednostnega papirja, ki je izdan kot pisna listina, se zastavna pravica pridobi v odvisnosti od vrste vrednostnega papirja:
 - pri prinosniškem vrednostnem papirju: z izročitvijo takega papirja zastavnemu upniku (prvi odstavek 188. člena SPZ),
 - pri ordorskem vrednostnem papirju in tistem rekta papirju, za katerega zakon določa, da se prenaša z indosamentom (na primer imenska delnica): z indosamentom v zastavo in izročitvijo papirja (drugi odstavek 188. člena SPZ),
 - pri rekta papirju: ko dolžnik iz vrednostnega papirja od zastavitelja prejme obvestilo, da je terjatev iz vrednostnega papirja zastavljena (tretji odstavek 188. člena SPZ);
- terjatev iz vrednostnega papirja, izdanega v nematerializirani obliki, se zastavna pravica pridobi z vpisom zastavne pravice v centralnem registru nematerializiranih vrednostnih papirjev (prvi odstavek 43. člena Zakona o nematerializiranih vrednostnih papirjih; v nadaljevanju: ZNVP);
- druga premoženjska pravica, se zastavna pravica pridobi na način, ki velja za prenos te pravice (190. člen SPZ).

3.1.1.2. Nastanek zastavne pravice na podlagi zakona

Če zastavna pravica nastane na podlagi zakona, gre za zakonito zastavno pravico.

Zakonita zastavna pravica je predvidena na primer pri teh pogodbenih tipih:

- pogodbi o delu – prevzemnik posla ima zato, da zavaruje plačilo za svoje delo in povračilo za porabljeni material ter druge dajatve iz pogodbe o delu, zastavno pravico na stvareh, ki jih je izdelal ali popravil, kot tudi na drugih predmetih, ki mu jih je izročil naročnik v zvezi z delom, vse dokler jih ima v posesti in dokler jih prostovoljno ne neha imeti (prvi odstavek 647. člena Obligacijskega zakonika; v nadaljevanju: OZ);
- pogodbi o prevozu stvari – prevoznik ima zato, da si zavaruje plačilo za prevoz in povračilo potrebnih stroškov, ki jih je imel s prevozom, zastavno pravico na stvareh, ki so mu bile predane za prevoz in v zvezi s prevozom, dokler jih ima v posesti ali dokler ima v rokah listino, ki mu omogoča, da z njimi razpolaga (prvi odstavek 697. člena OZ);

- skladiščni pogodbi – skladiščnik ima za svoje terjatve iz skladiščne pogodbe in za druge terjatve, nastale v zvezi s hrambo blaga, zastavno pravico na v hrambo prejetem blagu (drugi odstavek 753. člena OZ);
- pogodbi o naročilu – prevzemnik naročila ima v zavarovanje plačila in stroškov zastavno pravico na naročiteljevih premičnih stvareh, ki jih je dobil na podlagi naročila, kot tudi na denarnih zneskih, ki jih je prejel zanj (780. člen OZ);
- komisijski pogodbi – komisionar ima zastavno pravico na stvareh, ki so predmet komisijske pogodbe, dokler so te stvari pri njem ali pri nekom, ki jih ima v posesti zanj, ali dokler ima v rokah listino, ki mu omogoča, da lahko razpolaga z njimi (prvi odstavek 803. člena OZ);
- pogodbi o trgovskem zastopanju – za zavarovanje svojih zapadlih terjatev, nastalih s pogodbo, ima zastopnik zastavno pravico na vsotah, ki jih je izterjal za naročitelja po njegovem pooblastilu, kot tudi na vseh naročiteljevih stvareh, ki jih je v zvezi s pogodbo prejel od njega ali od koga drugega, dokler so te pri njem ali pri nekom, ki jih ima v posesti zanj, ali dokler ima v rokah listino, ki mu omogoča razpolaganje z njimi (829. člen OZ);
- špedicijski pogodbi – za zavarovanje svojih terjatev, nastalih v zvezi s špeditersko pogodbo, ima špediter zastavno pravico na stvareh, ki so mu bile izročene za odpravo in v zvezi z njo, vse dokler jih ima v posesti ali dokler ima v rokah listino, ki mu omogoča razpolaganje z njimi (870. člen OZ);
- pogodbi o kontroli blaga in storitev – za zavarovanje dogovorjenega ali običajnega plačila in povračila potrebnih ter koristnih stroškov ima vršilec kontrole zastavno pravico na blagu, ki mu je bilo izročeno v kontrolo (877. člen OZ).

3.1.1.3. Nastanek zastavne pravice na podlagi sodne odločbe (pravna dejanja v izvršilnem postopku)

Upnik pridobi zastavno pravico v izvršilnem postopku za izterjavo denarne terjatve s temi izvršilnimi dejanji glede na vrsto izvršbe:

- pri izvršbi na premičnine pridobi upnik zastavno pravico na zarubljenih premičnih stvareh z rubežem (prvi odstavek 87. člena Zakona o izvršbi in zavarovanju; v nadaljevanju: ZIZ);
- pri izvršbi na denarno terjatev dolžnika pridobi upnik zastavno pravico na dolžnikovi terjatvi z rubežem te dolžnikove terjatve (tretji odstavek 107. člena ZIZ);
- pri izvršbi na druge premoženjske oziroma materialne pravice pridobi upnik zastavno pravico na pravici z rubežem te pravice (četrti odstavek 163. člena ZIZ);
- pri izvršbi na vrednostne papirje, ki so izdani v nematerializirani obliki, pridobi upnik zastavno pravico na dolžnikovih nematerializiranih vrednostnih papirjih z vpisom sklepa o izvršbi v centralni register nematerializiranih vrednostnih papirjev (prvi odstavek 163.c člena ZIZ);
- pri izvršbi na delež družbenika v družbi pridobi upnik zastavno pravico na deležu družbenika z zaznambo sklepa o izvršbi v sodnem registru (tretji odstavek 165. člena ZIZ);

- pri izvršbi na nepremičnino pridobi upnik zastavno pravico na nepremičnini z zaznambo sklepa o izvršbi v zemljiški knjigi (drugi odstavek 170. člena ZIZ).

3.1.2. *Prenos lastninske pravice v zavarovanje (fiduciarni prenos lastnine)*

Prenos lastninske pravice v zavarovanje je oblika zavarovanja terjatve, pri kateri ostane premočnina v neposredni posesti prenosnika ali tretje osebe za njega. Pridobitelj (fiduciar) pridobi lastninsko pravico pod razveznim pogojem plačila zavarovane terjatve (prvi in drugi odstavek 201. člena SPZ). Pravno dosledno je fiduciarna lastnina lastninska pravica, po gospodarskem pomenu pa je blizu zastavni pravici. Je tudi alternativa neposredni zastavi.

Tudi prenos lastninske pravice ima pravnoposlovni temelj. Glede razpolagalnega posla SPZ zahteva neposredno izvršljiv notarski zapis (prvi odstavek 202. člena SPZ).

V primeru fiduciantovega stečaja ali prisilne poravnave ima fiduciar na fiduciarno preneseni premočnini ločitveno pravico (drugi odstavek 206. člena SPZ).

3.1.3. *Odstop terjatve v zavarovanje (fiduciarna cesija)*

Odstop terjatve v zavarovanje je oblika zavarovanja terjatve, pri kateri odstopnik (cedent) odstopi terjatev prevzemniku (cesionarju). Če ni dogovorjeno drugače, se šteje, da je prevzemnik pridobil terjatev pod razveznim pogojem plačila zavarovane terjatve (prvi odstavek 207. člena SPZ).

V primeru insolventnosti cedenta se smiselno uporabljajo določbe 206. člena SPZ le, če je sporazum o fiduciarni cesiji sklenjen v obliki notarskega zapisa (drugi odstavek 209. člena SPZ). Fiduciar ima torej v primeru fiduciantovega stečaja ali prisilne poravnave ločitveno pravico le, če je cesija sklenjena v obliki notarskega zapisa.

3.2. **Obligacijski položaji kot temelj za pridobitev ločitvene pravice**

Pridržna (retencijska) pravica je pravica upnika zapadle terjatve, v čigar rokah je kakšna dolžnikova stvar, da stvar obdrži, dokler mu ni plačana terjatev (prvi odstavek 261. člena OZ).

Upnik, ki ima na podlagi pridržne pravice v rokah dolžnikovo stvar, se lahko poplača iz njene vrednosti na enak način kot zastavni upnik, vendar mora, preden se za to odloči, pravočasno sporočiti dolžniku svoj namen (264. člen OZ).

Pridržna pravica je torej v svojih učinkih izenačena z zastavno pravico. Zato ima v insolvenčnem postopku pravni položaj ločitvenega upnika tudi oseba, ki je pred začetkom postopka pridobila pridržno pravico na premoženju insolventnega dolžnika.

Uveljavljanje ločitvenih pravic v insolvenčnih postopkih

DR. LOJZE UDE,
redni profesor na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani, direktor Inštituta za
primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v
Ljubljani

1. Uvod

1.1. Ločitvene pravice, to je pravice do posebnega prednostnega poplačila iz določenega premoženja insolventnega dolžnika pred plačilom drugih upnikov tega dolžnika iz istega premoženja (določbe prvega odstavka 19. člena Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, Uradni list RS, št. 126/2007, 40/2009, 59/2009, 52/2010, 106/2010 in 26/2011, v nadaljevanju: ZFPPIPP), imajo svoj temelj predvsem v zastavni pravici, pridržni pravici, v pravici fiduciarja v primeru prenosa lastninske pravice v zavarovanje (fiducija *cum creditore*), v odstopu terjatve v zavarovanje idr.¹

1.2. Po sprejemu Zakona o finančnih zavarovanjih (Uradni list RS, št. 47/2004 in 68/2006, v nadaljevanju: ZFZ), ki ga je Slovenija sprejela zaradi vstopa v EU in zahteve po še večjem zavarovanju finančnih institucij,² so se poleg klasičnih oblik zavarovanja terjatev in ločitvenih pravic pojavile še druge oblike, na primer pravica do zunajsodne prodaje zastavljenega finančnega instrumenta ali celo do pridobitve pravice na zagotovljenem finančnem instrumentu s

¹ Glej Bužinel Matelič, S., Uveljavljanje ločitvenih pravic v stečajnem postopku, magistrska naloga, Ljubljana 2010, str. 12–26; Plavšak, N., Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, razširjena uvodna pojasnila k zakonu, GV Založba, Ljubljana 2008, str. 34; Vrenčur, R., Stvarnopravni zakonik in stečajno pravo, Podjetje in delo, št. 6/2002, str. 1404; isti, Ureditev fiduciarnega prenosa lastninske pravice v zavarovanje v novem slovenskem pravu, Pravna praksa, št. 42/2003, Juhart, M., Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 597.

² V okviru EU je v gospodarskem sistemu izredno pomemben položaj bank in sploh finančnih institucij. Tudi v obdobju gospodarske krize, ki so jo v veliki meri povzročile prav finančne institucije s svojo kreditno politiko, je v bistvu intervencija držav EU usmerjena predvsem v sanacijo teh institucij. Zato ni presenetljiv njihov privilegiran položaj tudi v insolvenčnih postopkih.

strani prejemnika zavarovanja, če je tako določeno v pogodbi o finančnem zavarovanju in so seveda izpolnjeni pogoji za izvršitev zavarovanja.³ Zunajsodna prodaja je sicer v določenih primerih (glej tč. 2.1.) mogoča tudi po predpisih, veljavnih pred sprejemom ZFZ. Ta predpis pa je tudi z drugimi določbami v dobro finančnih institucij utrdil zunajsodno prodajo, poleg tega je uveljavil tudi možnost pridobiti pravico na finančnem instrumentu. Prejemniki imajo torej v zvezi z zastavljenimi finančnimi instrumenti prednosti, saj ostane pogodba o finančnem zavarovanju in na njeni podlagi pridobljene pravice, vključno s pravicami do izvršitve zavarovanja, po določbah 11. člena ZFZ v veljavi tudi po tem, ko se začne in traja proti prejemniku ali dajalcu finančnega zavarovanja postopek prisilne poravnave, stečaja ali neprostovoljne likvidacije. Tudi ZFPPIPP seveda upošteva to možnost zunajsodne prodaje premoženja, ki je predmet ločitvene pravice (na primer finančnih instrumentov).⁴

1.3. Po uveljavitvi ZFZ pa ostaja kot ena od osrednjih oblik zavarovanja terjatev hipoteka na nepremičninah, ki daje ločitvenemu upniku prednostni položaj pri poplačilu iz zastavljenega premoženja, seveda tudi pred upniki prednostnih terjatev, torej predvsem terjatev delavcev proti delodajalcu.

2. Ločitveni upniki in posebna stečajna masa

2.1. Ločitvena pravica je po določbi prvega odstavka 19. člena ZFPPIPP pravica upnika do plačila njegove terjatve iz določenega premoženja insolventnega dolžnika pred plačilom terjatev drugih upnikov iz tega premoženja. Ločitveni upnik je tisti upnik, ki v postopku zaradi insolventnosti uveljavlja terjatev, zavarovano z ločitveno pravico. Po splošnem pravilu, ki ga vsebujejo določba drugega odstavka 160. člena in prvega odstavka 279. člena ZFPPIPP, začetek postopka prisilne poravnave in stečajnega postopka na ločitveno pravico in terjatev, zavarovano z ločitveno pravico, ne vpliva. Izjema je ločitvena pravica, pridobljena v izvršilnem postopku v zadnjih dveh mesecih pred uvedbo stečajnega postopka, ki pa ni predmet tega obravnavanja. Upoštevati pa je treba, da ima ločitveni upnik lahko tudi po drugih pravilih, ki se uporabljajo za njegovo ločitveno pravico, pravico opraviti zunajsodno prodajo premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, zaradi plačila terjatve, zavarovane s to ločitveno pravico. Poleg upravičenj po ZFZ lahko zunaj sodnega postopka ločitveni upnik zunajsodno proda premoženje v primeru zastavne pravice na nematerializiranih vrednostnih papirjih, s katerimi se trguje na organiziranem trgu (določba 47. člena Zakona o nematerializiranih vrednostnih papirjih, Uradni list RS, št. 23/1999, 114/2006, 2/2007 in 58/2009, v nadaljevanju: ZNVP), pri zastavni pravici na premičnini, če je bil ob ustanovitvi zastavne pravice sklenjen dogovor o

³ Glej 8. člen ZFZ.

⁴ M. Šlamberger, Posebna pravila ločitvene pravice, ki se lahko uveljavljajo izvensodno, Pravna praksa, št. 17/2008, str. 9.

zunajsodni prodaji (določba 167. člena Stvarnopravnega zakonika, Uradni list RS, št. 87/2002, v nadaljevanju: SPZ), pri zastavni pravici na drugi premoženjski pravici, če je bil ob ustanovitvi zastavne pravice sklenjen dogovor o zunajsodni prodaji ali se tak dogovor domneva (191. člen SPZ v zvezi s 167. členom SPZ), in pri fiduciarnem prenosu lastninske pravice na nepremičnini v zavarovanje (drugi odstavek 204. člena v zvezi s 175. členom SPZ). Upnik, ki ima po splošnih pravilih, ki se uporabljajo za njegovo ločitveno pravico, pred začetkom stečajnega postopka pravico opraviti zunajsodno prodajo, to pravico obdrži tudi ob začetku stečajnega postopka (prvi odstavek 282. člena ZFPPIPP).⁵

2.2. Zaradi uresničitve pravic ločitvenih upnikov do prednostnega plačila njihovih terjatev iz določenega premoženja se oblikuje iz izkupička, doseženega z unovčenjem premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, posebna stečajna masa. Po drugem odstavku 225. člena ZFPPIPP je posebna stečajna masa premoženje, ki je predmet ločitvene pravice, ali denarno dobroimetje, doseženo z unovčenjem tega premoženja. V zvezi z vsakim premoženjem, ki je predmet ločitvene pravice, je treba po tretjem odstavku 225. člena ZFPPIPP oblikovati posebno stečajno maso ter to premoženje voditi in upravljati ločeno od premoženja, ki spada v splošno stečajno maso, in od premoženja, ki spada v druge posebne stečajne mase.⁶

3. Prijava ločitvene pravice

3.1. Po drugem odstavku 160. člena ZFPPIPP začetek postopka prisilne poravnave ne učinkuje za zavarovane in prednostne terjatve ter izločitvene pravice. Na zavarovano terjatev, torej na ločitveno pravico (zlasti na primer s hipoteko zavarovano terjatev) po 213. členu ZFPPIPP seveda tudi potrjena prisilna poravnava ne učinkuje.

3.2. Kadar je terjatev zavarovana z ločitveno pravico, mora upnik v stečajnem postopku v roku za prijavo te terjatve po prvem odstavku 298. člena ZFPPIPP prijaviti tudi ločitveno pravico. Če upnik ločitvene pravice ne prijavi v roku, ki ga določa 59. člen ZFPPIPP, ločitvena pravica po petem odstavku 298. člena ZFPPIPP preneha. Če v zakonskem roku ne prijavi niti terjatve niti ločitvene pravice, preneha po petem odstavku 296. člena ZFPPIPP tudi terjatev.⁷ V

⁵ Glej S. Bužinel Matelič, delo, cit. v op. 1, str. 38 in 44, in N. Plavšak, delo, cit. v op. 1, str. 196–198; glej tudi S. Prelič, Še o ločitveni pravici v stečajnem postopku, Podjetje in delo, št. 7/1995, str. 1039, M. Šlamberger, Klasifikacija terjatev po novem zakonu o insolventnosti, Pravna praksa, št. 3/2008, str. 9, isti, Posebna pravila za ločitvene pravice, ki se lahko uveljavljajo zunajsodno, Pravna praksa, št. 17/2008, str. 9; isti, Zunajsodna prodaja ali »zadržanje« zastavljenih vrednostnih papirjev, Pravna praksa, št. 39/2009, str. 6, L. Varanelli, Zastavna pravica v pravu gospodarskih družb, Pravna praksa, št. 18/2006, str. 6.

⁶ N. Plavšak, delo, cit. v op. 1, str. 168, S. Bužinel Matelič, delo, cit. v op. 1, str. 120 in 121.

⁷ Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 335/95, z dne 22. 3. 1995; sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. I Cpg 1082/97, z dne 26. 11. 1997; N. Plavšak, Učinki stečajnega postopka na terjatve, pravice in pogodbena razmerja, Podjetje in delo, št. 3/1997, str. 302.

omenjenih primerih, ko ima upnik zaradi uveljavitve svoje ločitvene pravice pravico opraviti zunaj sodno prodajo, pa po drugem odstavku 282. člena ZFPPIPP ni dolžan prijaviti niti terjatve niti ločitvene pravice.

3.3. Rok za prijavo ločitvene pravice je materialni prekluzivni rok. Dolžnost prijave velja tudi za primer, ko je ločitvena pravica nastala na podlagi pravnega posla z vpisom v zemljiško knjigo, če je torej terjatev zavarovana s hipoteko. Če hipotekarni upnik v prekluzivnem roku ne prijavi terjatve in ločitvene pravice oziroma hipoteke, preneha terjatev, s tem pa tudi zastavna pravica.

3.4. Tudi kadar stečajni dolžnik zastavi svojo stvar za tuji dolg, mora upnik v stečajnem postopku prijaviti terjatev in ločitveno pravico.

3.5. Po prvem odstavku 279. člena ZFPPIPP začetek stečajnega postopka ne vpliva na ločitveno pravico in terjatev, zavarovano s to ločitveno pravico. Materialnopravne posledice začetka stečajnega postopka, ki sicer nastanejo za terjatve upnikov, ne nastanejo za zavarovane terjatve. Posebna pravila pa seveda veljajo za ločitvene pravice, pridobljene v postopku izvršbe ali zavarovanja, ki jih vsebujeta člena 280 in 281 ZFPPIPP, vendar niso predmet obravnavanja tega sestavka.

3.6. Zastavlja se vprašanje, kakšen vpliv ima začetek stečajnega postopka na obrestovanje terjatev. Prej veljavni zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji (Uradni list RS, št. 67/93, 74/94 – odl. US, 25/97, 1/99, 52/99, 101/01 – odl. US, 42/02, 58/03 in 10/06 – odl. US, v nadaljevanju: ZPPSL) je v petem odstavku 131. člena vseboval določbo, da ločitvene pravice z dnem začetka stečajnega postopka nehalo veljati glede obresti, ki do dneva začetka stečajnega postopka še niso dospele. Posledično so bile te obresti le predmet poplačila iz splošne stečajne mase.⁸ ZFPPIPP ne vsebuje določbe, kot jo je vseboval ZPPSL v petem odstavku 131. člena. ZFPPIPP v 256. členu vsebuje le splošno določbo, ki se nanaša na obrestovanje terjatev in po kateri od terjatev upnikov, ki so se obrestovale do začetka stečajnega postopka, od začetka tega postopka dalje tečejo obresti po predpisani obrestni meri, v primeru pa, če se terjatev upnika pred njeno zapadlostjo ne obrestuje in terjatev ob začetku stečajnega postopka še ni zapadla, začnejo obresti po predpisani obrestni meri teči ob zapadlosti terjatve. Zastavlja se vprašanje, ali velja to splošno pravilo o obrestovanju terjatev tudi za terjatve, zavarovane z ločitveno pravico. Pravna teorija je doslej izoblikovala sprejemljivo stališče, da začetek stečajnega postopka ne vpliva na obrestovanje terjatev, zavarovanih z ločitveno pravico, saj prvi odstavek 279. člena ZFPPIPP pravi, da materialnopravne posledice začetka stečajnega postopka za ločitvene pravice ne veljajo. Taka materialnopravna posledica pa je tudi drugačen način obrestovanja terjatev v stečaju po določbah 256. člena ZFPPIPP. Po tem mnenju bi se morale obresti od

⁸ Glej sklep VS RS, opr. št. III Ips 37/2004, z dne 26. 10. 2004, sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. III Cpg 61/2001, z dne 11. 9. 2001 in sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. III Cpg 153/2005, z dne 10. 11. 2005.

terjatev, zavarovanih z ločitveno pravico, poplačati iz posebne stečajne mase, in sicer v višini obrestne mere, po kateri bi se terjatve obrestovale pred začetkom stečajnega postopka.⁹ To naj bi veljalo tudi za obresti, ki bi se natekle od začetka stečajnega postopka do prodaje premoženja in realizacije ločitvene oziroma prednostne poplačilne pravice.

4. Preizkus ločitvenih pravic

4.1. ZFPPIPP ureja postopek preizkusa terjatev v 61. do 63. členu, 65. do 67. členu, v prvem do četrtem odstavku 69. člena in v 70. do 72. členu ZFPPIPP. Te določbe veljajo tudi za prijavo in preizkus ločitvenih pravic. Sicer pa urejajo preizkus ločitvenih pravic določbe 303. do 306. člena ZFPPIPP. Po določbi tretjega odstavka 303. člena ZFPPIPP velja, da izjava o prerekanju zavarovane terjatve vsebuje tudi izjavo o prerekanju ločitvene pravice.

4.2. Če sodišče o priznanju zavarovane terjatve in ločitvene pravice še ni odločilo in terjatve ne prereka niti stečajni upravitelj, pa tudi nihče od upnikov, sodišče ugotovi, da sta terjatev in ločitvena pravica, s katero je zavarovana ta terjatev, priznani, ter stečajnemu dolžniku naloži prednostno plačilo te terjatve iz premoženja, ki je predmet ločitvene pravice (določbe 304. člena ZFPPIPP). Upnik, katerega ločitvena pravica je prerekana, pa mora v enem mesecu po objavi sklepa o preizkusu terjatev vložiti tožbo, s katero zahteva, da sodišče naloži stečajnemu dolžniku prednostno plačilo zavarovane terjatve iz premoženja, ki je predmet ločitvene pravice. Kadar je poleg ločitvene pravice prerekana tudi terjatev, mora upnik s tožbo iz prvega odstavka tega člena zahtevati tudi ugotovitev obstoja prerekane terjatve, ne glede na to, ali terjatev temelji na izvršilnem naslovu (določbe prvega in drugega odstavka 305. člena ZFPPIPP). Če upnik v enem mesecu po objavi sklepa o preizkusu terjatev ne vloži tožbe v tem predpisanem roku, preneha njegova ločitvena pravica, in če je bila prerekana tudi terjatev, zavarovana s to ločitveno pravico, tudi ta terjatev.

4.3. Kadar je upnik za uveljavitev ločitvene pravice pred začetkom stečajnega postopka začel pravdni postopek, mora upnik v enem mesecu po objavi sklepa o preizkusu terjatev predlagati nadaljevanje prekinjenega pravnega postopka, če je upnikovo ločitveno pravico prerekal drug upnik, pa mora upnik s prerekano ločitveno pravico tožbo razširiti tudi na upnika, ki je prerekal terjatev. Če upnik z ločitveno pravico ne predlaga nadaljevanja postopka ali ne razširi tožbe na upnika, ki je prerekal ločitveno pravico, preneha njegova ločitvena pravica, in če je bila prerekana tudi terjatev, zavarovana s to ločitveno pravico, tudi ta terjatev.¹⁰

⁹ Glej S. Bužinel Matelič, delo, cit. v op. 1, str. 61 in 62.

¹⁰ Glej o preizkusu in uveljavljanju zavarovanih terjatev ter ločitvenih pravic zlasti N. Plavšak, delo, cit. v op. 1, str. 235 in 236, in S. Bužinel Matelič, delo, cit. v op. 1, str. 76–79.

4.4. Za primere, ko je prerekana ločitvena pravica, ki je nastala z vpisom v zemljiško knjigo, veljajo enaka pravila kot za primere, ko je nastala ločitvena pravica na podlagi izvršilnega naslova. Ta problematika pa ni predmet tega sestavka.

5. Izpodbijanje ločitvene pravice

5.1. Upnik pridobi zastavno pravico šele na podlagi razpolagalnega pravnega posla, torej na podlagi izpolnitvenega pravnega dejanja. Zato sklenitev zastavne pogodbe, ki ji ni sledila izpolnitev, ni predmet izpodbijne tožbe, saj upnik ni pridobil ločitvene pravice in s tem prednostnega poplačila pred drugimi upniki.¹¹ Seveda je mogoče izpodbijati po splošnih pravilih (ne po posebnih pravilih za izpodbijanje pravnih dejanj stečajnega dolžnika) tudi zavezovalni posel, ki ni bil izpolnjen, tako da ni nastala ločitvena pravica. Če je stečajni dolžnik s pravnim poslom v dobro upnika ustanovil hipoteko ali zastavno pravico, pa je upnik posledično pridobil ločitveno pravico. Terjatev in ločitveno pravico mora upnik prijaviti v stečajnem postopku, saj sicer ločitvena pravica in terjatev prenehata. V primeru pravočasne prijave ločitvene pravice mora upnik, ki ločitvene pravice ne priznava, najprej prijavljeno ločitveno pravico prerekati. Le on lahko nato uveljavlja izpodbijni zahtevek po določbi tretjega odstavka 276. člena ZFPPIPP.

5.2. Kadar mora ločitveni upnik uveljaviti že prej prerekano ločitveno pravico, bo stečajni dolžnik ali upnik, ki je prerekal ločitveno pravico v pravdi, ki jo je sprožil ločitveni upnik, lahko uveljavljal tudi ugovor izpodbijnosti. Za dosego pravnih učinkov izpodbijanja torej zadostuje tudi samo ugovor. Lahko pa stečajni dolžnik ali upnik, ki je prerekal ločitveno pravico, vloži v pravdi, ki jo je sprožil nosilec te ločitvene pravice, tudi nasprotno tožbo in z njo uveljavlja izpodbijni zahtevek. Če je ločitvena pravica nastala z vpisom v zemljiško knjigo, mora tisti, ki je ločitveno pravico prerekal, v enem mesecu po objavi sklepa o preizkusu terjatev po določbi drugega odstavka 277. člena ZFPPIPP vložiti izpodbijno tožbo v roku za vložitev tožbe za ugotovitev neobstoja te terjatve ali izločitvene pravice. Sicer velja za vložitev izpodbijne tožbe v prvem odstavku 277. člena določen šestmesečni rok po objavi oklica o začetku stečajnega postopka. V tem roku pa mora vložiti tožbo za izpodbijanje pravnega posla stečajni upravitelj ali upnik, ki ločitvene pravice ne priznava, kadar lahko upnik svojo ločitveno pravico uveljavlja zunajodno in je ni dolžan po drugem odstavku 282. člena ZFPPIPP prijaviti v stečajnem postopku.

6. Prodaja premoženja

6.1. V 345. členu ZFPPIPP so določena posebna pravila o prodaji premoženja, ki je predmet ločitvene pravice. Ta pravila se uporabljajo, če je ločitveni upnik pravočasno prijavil ločitveno

¹¹ Glej N. Plavšak, Učinki stečajnega postopka na terjatve, pravice in pogodbeno razmerja, Podjetje in delo, št. 3/1997, str. 302; ista, delo, cit. v op. 1, str. 211.

pravico in mu je bila ta ločitvena pravica priznana. Posebna pravila pa se uporabljajo tudi v primeru prerekanja ločitvene pravice, kadar mora ločitveno pravico v pravdi uveljavljati ločitveni upnik, ki je vložil tožbo in z njo zahteval, da mu sodišče prizna prednostno plačilo zavarovane terjatve iz premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, in ta zahtevek ni bil pravnomočno zavržen, oziroma če zahtevku tistega, ki je ločitveno pravico prerekal, ni bilo pravnomočno ugodeno. Za uporabo posebnih pravil mora biti izpolnjen tudi pogoj iz drugega odstavka 345. člena ZFPPIPP, da kupnina po plačilu stroškov v zvezi s prodajo premoženja, ki je predmet ločitvene pravice iz prvega odstavka tega člena, ne zadošča za celotno plačilo terjatve, zavarovane z ločitveno pravico. Če so izpolnjeni ti pogoji, mora sodišče za sklep o prodaji poleg mnenja ali soglasja upniškega odbora (po prvem odstavku 331. člena in tretjem odstavku 332. člena ZFPPIPP) dobiti tudi mnenje ali soglasje ločitvenega upnika. Za sklep o soglasju k sklenitvi prodajne pogodbe, sklenjene na podlagi neposrednih pogajanj, mora sodišče poleg mnenja ali soglasja upniškega odbora pridobiti tudi mnenje ali soglasje ločitvenega upnika. Zakon ureja tudi primere, če ločitveni upnik svojega mnenja ne sporoči pravočasno.

6.2. Glede izplačil iz posebne razdelilne mase je pomembno tudi že dolgo uveljavljeno stališče sodne prakse, da se iz posebne razdelilne mase krijejo le stroški prodaje premoženja, na katerem je obstajala ločitvena pravica.¹²

6.3. Tudi v stečajnem postopku je mogoče v ekonomskem smislu ohraniti določeno zdravo jedro podjetja, in sicer s prodajo premoženja, ki je poslovna celota in ki ga kupi zainteresirani gospodarski subjekt, ki morebiti namerava nadaljevati določeno gospodarsko dejavnost. S prodajo poslovne celote kupec kot pravni naslednik vstopi v skladu z določbami 343. člena ZFPPIPP v pravni položaj stečajnega dolžnika, pri tem pa prevzame samo tiste obveznosti in javnopravna bremena, ki so povezana s pravnim položajem pri opravljanju podjetja. Taka prodaja pa bi lahko ogrozila privilegirani položaj ločitvenega upnika, ki ima pravico zahtevati prodajo tistega dela premoženja, na katerem mu je bila priznana ločitvena pravica in ločeno poplačilo iz izkupička, realiziranega s prodajo tega premoženja. Kadar sodišče proda premoženje stečajnega dolžnika kot poslovno celoto, se s tem ne more spremeniti položaj ločitvenega upnika. Še vedno ima ločitveni upnik prednostno pravico poplačila iz izkupička.¹³

Seveda pa ima ločitveni upnik prednostno pravico do poplačila le iz tistega sorazmernega dela kupnine, ki se nanaša na del prodanega premoženja, na katerem je imel ločitveno pravico. To izplačilo omogoča način ocenjevanja vrednosti premoženja, ki se prodaja kot poslovna celota, določen v četrtem odstavku 327. člena, ki pravi, da je treba pri prodaji premoženja

¹² Mnenja Posvetovanje sodnikov, objavljena v reviji Podjetje in delo, št. 3/1997, str. 402; sklep Višjega sodišča Koper, opr. št. Cpg 53/2008, z dne 14. 3. 2008; sklep Višjega sodišča Koper, opr. št. Cpg 178/96, z dne 9. 5. 1996.

¹³ S. Bužinel Matelič, delo, cit. v op. 1, str. 115–120, S. Prelič, Pravne posledice prodaje dolžnika kot pravne osebe na ločitvene pravice, Pravna praksa, št. 3/2007.



II.

Zavarovane terjatve v izvršilnem in insolvenčnih postopkih

kot poslovne celote oceniti vrednost za vsako stvar ali premoženje, ki je vključeno v to celoto. Zato bo treba, če bo sodišče odločilo, da se bo premoženje stečajnega dolžnika prodalo kot poslovna celota, oceniti posebej tudi premoženje, na katerem ima upnik ločitveno pravico, in določiti delež, ki ga vrednostno predstavlja premoženje, obremenjeno z ločitveno pravico, v premoženju, ki pomeni poslovno celoto in je kot celota predmet prodaje, saj ni nujno, da se bo premoženje prodalo po izklicni ali izhodiščni ceni.

Strokovni članek
347.736:347.952(497.4)

Vpliv insolvenčnih postopkov na ločitvene pravice, pridobljene v izvršbi

VLADIMIR BALAŽIC,
vrhovni sodnik, Vrhovno sodišče
Republike Slovenije

1. Uvod

Za ločitvene pravice je značilno, da lahko nastanejo na različne načine. Eden od načinov pridobitve je pridobitev v izvršilnem postopku, ki ga je upnik začel proti dolžniku. Če se po začetku izvršilnega postopka začne proti dolžniku še insolvenčni postopek, mora biti nujno urejena konkurenca teh dveh postopkov. Zaradi različne narave postopka prisilne poravnave in stečajnega postopka ter njunih posledic za dolžnika mora biti konkurenca urejena različno. Glede na to, da potrjena prisilna poravnava ne vpliva na obstoj ločitvene pravice in z njo zavarovane terjatve, in ker se v postopku prisilne poravnave ne poplačajo terjatve upnikov, težav pri ureditvi konkurence med tema postopkoma ni. Začetek stečajnega postopka sicer na obstoj ločitvenih pravic in z njimi zavarovanih terjatev tudi ne vpliva, pač pa je zelo pomembno, v katerem od postopkov bo upnik uveljavljal poplačilo terjatve, zavarovane z ločitveno pravico, pridobljeno v izvršilnem postopku. Zato mora biti konkurenca med tema dvema postopkoma urejena mnogo bolj obširno in natančno.

2. Vpliv postopka prisilne poravnave na ločitvene pravice, pridobljene v izvršbi

Po določbi 213. člena Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP) potrjena prisilna poravnava ne učinkuje za zavarovane terjatve (ter prednostne terjatve in izločitvene pravice), kar pomeni, da ne učinkuje niti za ločitvene pravice. Posledično po določbi drugega odstavka 160. člena ZFPPIPP tudi začetek postopka prisilne poravnave ne učinkuje za zavarovane (in prednostne) terjatve (ter izločitvene pravi-

ce), torej tudi za ločitvene pravice ne. Pri tem ni pomembno, kako so bile ločitvene pravice pridobljene.

Za ločitvene pravice, pridobljene v izvršbi, je bila ureditev pred ZFPPIPP-C nekoliko drugačna. Po prvotnem besedilu 213. člena ZFPPIPP je bilo namreč predpisano, da potrjena prisilna poravnava ne učinkuje za zavarovane terjatve, razen za tiste, v zavarovanje katerih je bila ločitvena pravica pridobljena v izvršilnem postopku na podlagi izvršilnega naslova iz prvega odstavka 215. člena ZFPPIPP¹ v zadnjih dveh mesecih pred uvedbo postopka prisilne poravnave.

Po novi ureditvi torej ni pomembno, kdaj je bila v izvršilnem postopku pridobljena ločitvena pravica. Zato velja za vse ločitvene pravice, ne glede na način pridobitve, enako pravilo, da potrjena prisilna poravnava, zato pa tudi začetek postopka prisilne poravnave na njihov obstoj ne vpliva.

Pač pa začetek postopka prisilne poravnave vpliva na tek izvršilnih postopkov, začelih pred njegovim začetkom. Po določbi prvega odstavka 132. člena ZFPPIPP se namreč postopek izvršbe, začel proti insolventnemu dolžniku pred začetkom postopka prisilne poravnave, prekine. Prekinitev nastane po zakonu samem in izvršilno sodišče s sklepom le ugotovi, da je postopek prekinjen. Tako prekinjen izvršilni postopek se bo po določbi drugega odstavka 132. člena ZFPPIPP lahko nadaljeval samo na podlagi takega sklepa sodišča, ki vodi postopek prisilne poravnave, za katerega ta zakon določa, da je podlaga za nadaljevanje izvršilnega postopka. Podlaga za nadaljevanje izvršilnega postopka je sklep o potrditvi prisilne poravnave (uvodni stavek 216. člena ZFPPIPP). Za terjatev, zavarovano z ločitveno pravico, v takem primeru velja, da jo lahko upnik v celoti uveljavi v nadaljevanem izvršilnem postopku, kar sledi iz določbe 2. točke 216. člena ZFPPIPP. Pri tem je treba opozoriti na redakcijsko napako, ki je nastala pri pisanju novele ZFPPIPP-C. Po prejšnji ureditvi je namreč veljalo, kot je bilo že navedeno, da potrjena prisilna poravnava učinkuje tudi za terjatve, zavarovane z ločitveno pravico, pridobljeno v izvršilnem postopku v dveh mesecih pred uvedbo postopka prisilne poravnave. To zdaj glede na spremenjeno določbo 213. člena ZFPPIPP ne velja več. Zato tudi ne more veljati besedilo prve točke 216. člena ZFPPIPP, po kateri naj bi izvršilno sodišče, tako kot je napisano, v nadaljevanju izvršilnega postopka za terjatev, zavarovano z ločitveno pravico, pridobljeno v izvršbi v zadnjih dveh mesecih pred uvedbo postopka prisilne poravnave, utesnilo izvršbo v skladu s potrjeno prisilno poravnavo. Skladno z določbo 213. člena je besedilo 216. člena ZFPPIPP mogoče razumeti edino tako, da se izvršba nadaljuje za celotno

¹ ZFPPIPP, člen 215:

(1) Sodna odločba ali odločba drugega državnega organa, ki je bila izdana pred pravnomočnostjo sklepa o potrditvi prisilne poravnave in s katero je bilo odločeno o terjatvi, za katero učinkuje potrjena prisilna poravnava, proti insolventnemu dolžniku izgubi moč izvršilnega naslova v obsegu, v katerem po prvem odstavku 214. člena tega zakona preneha upnikova pravica sodno uveljavljati plačilo.

zavarovano terjatev, tudi tisto, katere zavarovanje z ločitveno pravico je bilo pridobljeno v izvršilnem postopku v zadnjih dveh mesecih pred uvedbo postopka prisilne poravnave.

3. Vpliv stečajnega postopka na ločitvene pravice, pridobljene v izvršbi

Po določbi prvega odstavka 279. člena ZFPPIPP začetek stečajnega postopka ne vpliva na ločitveno pravico in terjatev, zavarovano s to ločitveno pravico. Prav glede vpliva začetka stečajnega postopka na obstoj terjatve, zavarovane z ločitveno pravico, pridobljeno v izvršilnem postopku, je bil zakon z novelo ZFPPIPP-C spremenjen. Po prejšnji določbi prvega odstavka 280. člena ZFPPIPP je namreč z začetkom stečajnega postopka prenehala ločitvena pravica, ki je bila pridobljena v izvršilnem postopku, začetem na podlagi sodne odločbe ali odločbe drugega državnega organa, v obdobju od zadnjih dveh mesecev pred uvedbo stečajnega postopka do začetka stečajnega postopka. Take določbe zakon zdaj ne pozna več, tako da začetek stečajnega postopka ne vpliva na nobeno ločitveno pravico, ne glede na to, kako in kdaj je bila pridobljena.

Na novo pa je urejen vpliv začetka stečajnega postopka na tek izvršilnega postopka, ki je bil začel pred začetkom stečajnega postopka. Po prejšnji določbi 132. člena ZFPPIPP je bila namreč posledica začetka stečajnega postopka vedno prekinitev prej začetega izvršilnega postopka in nato njegovo nadaljevanje na podlagi sklepa stečajnega sodišča. V praksi se je pokazalo, da v primerih, ko je izvršilni postopek tik pred zaključkom (premoženje, ki je predmet ločitvene pravice, je bilo prodano, treba je samo še poplačati upnika), prekinitev izvršilnega postopka in poplačilo upnika v stečajnem postopku nimata smisla. Pokazalo se je tudi, da je od tega, v kateri fazi je izvršilni postopek, odvisno, kaj je treba storiti s tem postopkom.

Izhodišče za novo ureditev je načelo koncentracije uveljavljanja terjatev, ločitvenih pravic in izločitvenih pravic v stečajnem postopku iz prvega odstavka 227. člena ZFPPIPP.² To za terjatev, zavarovano z ločitveno pravico, pomeni, da je načeloma treba tako terjatev kot ločitveno pravico uveljaviti v stečajnem postopku, samo izjemoma pa v izvršilnem postopku, ki se je začel že pred začetkom stečajnega postopka. Dodatno izhodišče je, da je prekinitev nekega (v našem primeru izvršilnega) postopka smiselna samo v primeru, da se bo tako prekinjeni postopek nekoč lahko nadaljeval.

Ključno vprašanje, od katerega je odvisen (nadaljnji) tek izvršilnega postopka, začetega pred začetkom stečajnega postopka, je, ali je bila v izvršilnem postopku pridobljena ločitvena pravica, in če je bila, kako daleč je izveden izvršilni postopek glede uveljavitve te ločitvene pravice:

² ZFPPIPP, člen 227:

(1) Upnik lahko svoj zahtevek za izpolnitev obveznosti, ki je nastala do začetka stečajnega postopka, v razmerju do stečajnega dolžnika uveljavlja samo v stečajnem postopku proti temu dolžniku in v skladu s pravili tega postopka, če v zakonu za posamezen primer ni drugače določeno.

- če upnik v izvršilnem postopku do začetka stečajnega postopka še ni pridobil ločitvene pravice, se izvršilni postopek z začetkom stečajnega postopka ne prekine, kot je veljalo doslej, ampak ustavi (1. točka tretjega odstavka 132. člena ZFPPIPP);
- če je upnik v izvršilnem postopku do začetka stečajnega postopka že pridobil ločitveno pravico, vendar v izvršilnem postopku še ni bila opravljena prodaja premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, se izvršilni postopek prekine (po zakonu samem) z začetkom stečajnega postopka (2. točka tretjega odstavka 132. člena ZFPPIPP);
- če je bilo v primeru iz prejšnje alineje v izvršilnem postopku pred začetkom stečajnega postopka premoženje, ki je predmet ločitvene pravice, že prodano, začetek stečajnega postopka ne vpliva na tek izvršilnega postopka in se ta torej nemoteno nadaljuje, kot da stečajni postopek proti dolžniku ne bi bil začel (3. točka tretjega odstavka 132. člena ZFPPIPP). Po določbi prvega odstavka 281. člena ZFPPIPP v tem primeru terjatve in ločitvene pravice sploh ni treba prijaviti v stečajnem postopku, ker ju bo upnik uveljavil v izvršilnem postopku.

Izvršba proti dolžniku lahko teče z različnimi sredstvi izvršbe in na različnih predmetih. Zato so situacije, v katerih je treba presoditi, kdaj je bilo premoženje, ki je predmet ločitvene pravice, v izvršilnem postopku prodano, lahko zelo različne. Da o tem vprašanju ne bi bilo dvoma, je urejeno v ZFPPIPP v četrtem odstavku 132. člena. Po teh določbah se šteje, da je bila prodaja premoženja v postopku izvršbe opravljena:

- pri prodaji nepremičnine, ko je razglašen sklep o domiku (1. točka četrtega odstavka 132. člena ZFPPIPP);
- pri prodaji nematerializiranih vrednostnih papirjev na organiziranem trgu, ko je sklenjena prodajna pogodba (2. točka četrtega odstavka 132. člena ZFPPIPP);
- pri izvršbi na denarna sredstva pri ponudniku plačilnih storitev glede denarnih sredstev pri ponudniku plačilnih storitev ob začetku stečajnega postopka, ko je ponudniku plačilnih storitev vročen sklep o rubežu (3. točka četrtega odstavka 132. člena ZFPPIPP);
- v vseh drugih primerih, ko je kupec deponiral ali plačal kupnino (4. točka četrtega odstavka 132. člena ZFPPIPP).

V izvršilnem postopku lahko pride do tega, da je izvršba dovoljena glede več sredstev izvršbe in na različnih predmetih. Pravne posledice začetka stečajnega postopka na tek izvršilnega postopka je treba v takem primeru po določbi petega odstavka 132. člena ZFPPIPP presoјati za vsako sredstvo in vsak predmet izvršbe posebej. V takem primeru se torej lahko zgodi, da bo izvršilni postopek glede enega sredstva ali enega predmeta izvršbe ustavljen, glede drugega prekinjen, glede tretjega pa se bo nadaljeval, kot da začetka stečajnega postopka ne bi bilo.

Ali in kako se bo nadaljeval izvršilni postopek, ki je bil zaradi začetka stečajnega postopka prekinjen v primerih iz 2. točke tretjega odstavka 132. člena ZFPPIPP, je odvisno predvsem

od tega, ali je bil stečajni postopek opravljen tako, da so bile prijavljene terjatve preizkušene ali ne (ker se je končal brez razdelitve upnikom).

Prvi primer nastane, če je bil v stečajnem postopku opravljen preizkus terjatev. V takem primeru mora izvršilno sodišče najprej po uradni dolžnosti preveriti, ali je upnik pravočasno prijavil terjatev in ločitveno pravico, ki jo je pridobil v tem izvršilnem postopku. Glede na to, kakšen odgovor dobi, sta mogoči dve situaciji:

- Če sta bili terjatev in ločitvena pravica pravočasno prijavljeni, izvršilno sodišče ustavi izvršilni postopek, ne da bi razveljavilo dejanja, opravljena v tem postopku, s katerimi je upnik pridobil ločitveno pravico, ter odloči, da ta ločitvena pravica ostane v veljavi (glej 1. točko drugega odstavka 280. člena ZFPPIPP). Po določbi četrtega odstavka 280. člena ZFPPIPP se v takem primeru opravi prodaja premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, in plačilo z njo zavarovane terjatve v stečajnem postopku.
- Če terjatev in ločitvena pravica nista bili pravočasno prijavljeni v stečajnem postopku, izvršilno sodišče na podlagi določbe 2. točke drugega odstavka 280. člena ZFPPIPP ustavi izvršilni postopek in razveljavi dejanja, na podlagi katerih je upnik v izvršilnem postopku pridobil ločitveno pravico. Ta določba je lahko taka zato, ker je posledica prepozne prijave terjatve in ločitvene pravice v stečajnem postopku njeno prenehanje v razmerju do stečajnega dolžnika (primerjaj peti odstavek 296. člena in peti odstavek 298. člena ZFPPIPP). Vendar pa to velja samo v stečajnem postopku proti pravni osebi. Po določbah 3. točke drugega odstavka 383. člena in 6. točke drugega odstavka 416. člena se namreč določbi petega odstavka 296. člena in petega odstavka 298. člena ZFPPIPP v postopku osebnega stečaja in stečaja zapuščine ne uporabljata. To pomeni, da posledica zamude roka za prijavo terjatve in ločitvene pravice v postopku osebnega stečaja in stečaja zapuščine ni njuno prenehanje v razmerju do stečajnega dolžnika, ampak obstajata še naprej. Zato ne vidim podlage niti za uporabo določbe 2. točke drugega odstavka 280. člena ZFPPIPP v postopku osebnega stečaja ali stečaja zapuščine. Ob smiselni uporabi (glej prvi odstavek 383. člena in prvi odstavek 416. člena ZFPPIPP) določb drugega in četrtega odstavka 280. člena ZFPPIPP bi moralo izvršilno sodišče tudi v takem primeru ravnati enako kot v primeru iz prejšnje alineje, torej ustaviti izvršbo brez razveljavitve dejanj, s katerimi je upnik pridobil ločitveno pravico, in odločiti, da ta ostane v veljavi. Premoženje, ki je predmet ločitvene pravice, bi nato moralo biti prodano v stečajnem postopku, v katerem bi bila tudi plačana upnikova terjatev (smiselno po četrtem odstavku 280. člena ZFPPIPP). Če pa v stečajnem postopku do prodaje premoženja in plačila upnika ne more več priti, ne vidim razlogov, ki bi v takem primeru govorili proti nadaljevanju izvršilnega postopka.

Drugi primer nastane, če je bil stečajni postopek pravnomočno končan brez razdelitve upnikom in ne da bi bil opravljen preizkus terjatev. V takem primeru izvršilno sodišče na podlagi pravnomočnega sklepa o končanju stečajnega postopka po uradni dolžnosti izda sklep

o nadaljevanju izvršilnega postopka in opravi vsa manjkajoča dejanja, potrebna za poplačilo upnikove terjatve iz premoženja, na katerem obstaja ločitvena pravica, ki je bila pridobljena v tem izvršilnem postopku (1. točka tretjega odstavka 280. člena ZFPPIPP).

Sklep

Z novelo ZFPPIPP-C je bilo vprašanje vpliva insolvenčnih postopkov na ločitvene pravice, pridobljene z izvršbo, precej poenostavljeno. Bistvena sprememba je, da niti začetek postopka prisilne poravnave niti začetek stečajnega postopka ne vplivata na obstoj terjatve, zavarovane z ločitveno pravico, pridobljeno v izvršilnem postopku, ne glede na to, kdaj je bila ločitvena pravica pridobljena. Druga bistvena sprememba pa je, da je po novi ureditvi mnogo bolj pregledno in logično urejeno vprašanje, ali bo upnik svojo terjatev in ločitveno pravico, ki jo je pred začetkom stečajnega postopka pridobil v postopku izvršbe, uveljavil v stečajnem ali izvršilnem postopku.

Strokovni članek
347.736:347.282(497.4)

Razmerje med ločitveno in izločitveno pravico pri gradnji in prodaji stanovanj

DR. NINA PLAVŠAK,
docentka na Pravni fakulteti
Univerze v Mariboru

1. Pravni instituti insolvenčnega prava

1.1. Splošno

Za presojo pravic kupca v stečajnem postopku nad prodajalcem so pomembna ta pravila insolvenčnega prava, ki jih ureja Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (Uradni list RS, 126/07, 40/09, 59/09 in 52/10 – ZFPPIPP):

- pravila o ločitvenih in izločitvenih pravicah in
- pravila o vzajemno neizpolnjenih dvostranskih pogodbah, ki jih prav tako ureja ZFPPIPP.

1.2. Ločitvena in izločitvena pravica

Ločitvena pravica je pravica upnika do plačila njegove terjatve iz določenega premoženja insolventnega dolžnika pred plačilom terjatev drugih upnikov tega dolžnika iz tega premoženja (prvi odstavek 19. člena ZFPPIPP).

Med ločitvene pravice (torej pravice, katerih imetnik ima pravico do prednostnega plačila iz vrednosti premoženja, ki je predmet ločitvene pravice) spadajo:

- zastavna pravica (primerjaj prvi odstavek 128. člena SPZ),
- pridržna (retencijska) pravica in
- pravica fiduciarja pri prenosu lastninske pravice v zavarovanje (primerjaj prvi odstavek 204. člena in drugi odstavek 206. člena SPZ).

Če je upnik pred začetkom postopka zaradi insolventnosti pridobil ločitveno pravico, ima glede terjatve, ki je zavarovana s to ločitveno pravico, položaj ločitvenega upnika (primerjaj drugi odstavek 19. člena ZFPPIPP).

Izločitvena pravica je pravica lastnika stvari ali imetnika druge premoženjske pravice, da se iz stečajne mase izloči premoženje, ki ne pripada stečajnemu dolžniku.

Položaj, pri katerem obstaja izločitvena pravica, in vsebina izločitvene pravice (izločitvene zahtevka) sta odvisna od vrste premoženja (premoženjske pravice), ki je predmet izločitvene pravice. Zato je v prvem odstavku 22. člena ZFPPIPP vsebina izločitvene pravice opredeljena glede na vrsto premoženja, ki je njen predmet.

1. Za *premično stvar* velja domneva, da je njen lastnik tisti, ki ima premično stvar v posesti (primerjaj drugi odstavek 11. člena SPZ). Če ima posamezna oseba v posesti tujo stvar, ima njen lastnik po prvem odstavku 92. člena SPZ pravico od te osebe zahtevati, da mu jo vrne. Zato je izločitvena pravica na premični stvari v 1. točki prvega odstavka 22. člena opredeljena kot pravica lastnika premične stvari od insolventnega dolžnika zahtevati, da mu izroči premično stvar, ki je v posesti insolventnega dolžnika.

2. Pri *nepremičninah* velja domneva, da je lastnik tisti, ki je vpisan v zemljiško knjigo (prvi odstavek 11. člena SPZ). Vpis lastninske pravice v zemljiško knjigo je pri pravnoposlovnih pridobitvah tudi predpostavka za pridobitev lastninske pravice. To pa ne velja za izvirne pridobitve lastninske pravice. Pri izvorni pridobitvi lahko pridobitelj doseže vknjižbo lastninske pravice na podlagi listine, s katero vknjiženi lastnik prizna njegovo lastninsko pravico (imenovana tudi posadna listina), ali na podlagi pravnomočne sodbe o ugotovitvi lastninske pravice (3. točka prvega odstavka 40. člena ZZK-1). Zato je izločitvena pravica na nepremičnini v 2. točki prvega odstavka 22. člena ZFPPIPP opredeljena kot pravica osebe, ki je s priposestvanjem ali na drug izviren način pridobila lastninsko pravico na nepremičnini, pri kateri je kot lastnik vpisan insolventni dolžnik, od insolventnega dolžnika zahtevati, da prizna njeno lastninsko pravico na nepremičnini.

Izločitveno pravico na nepremičnini ima tudi tisti, v korist katerega je zemljiškoknjižno dovolilo za vpis lastninske pravice začelo učinkovati pred začetkom stečajnega postopka. Te izločitvene pravice ni treba uveljavljati v stečajnem postopku, saj lahko upravičenec (oseba, v korist katere učinkuje zemljiškoknjižno dovolilo) po 3. oziroma 4. točki tretjega odstavka 94. člena ZZK-1 doseže vknjižbo lastninske pravice brez sodelovanja stečajnega dolžnika.¹

3. Izločitvena pravica lahko obstaja tudi na *vsakem premoženju*, katerega imetnik je insolventni dolžnik kot fiduciar za račun druge osebe. Vsem fiduciarnim razmerjem je skupno, da fiduciar (v našem primeru insolventni dolžnik) uresničuje premoženjske pravice iz premoženja, katerega (zakoniti) imetnik je, v svojem imenu in za račun druge osebe, ki jo imenujemo *beneficiar* (v našem primeru izločitveni upnik).

¹ Obširneje o tem glej razdelek 3.4.

1.3. Vzajemno neizpolnjena dvostranska pogodba

Izraz dvostranska pogodba je v ZFPPIPP uporabljen v enakem pomenu, kot ga uporablja OZ. Za dvostransko pogodbo je značilno, da povzroči nastanek dvostranskega obligacijskega razmerja, pri katerem ima vsaka pogodbeni stranka hkrati položaj dolžnika glede izpolnitvenega ravnanja, ki se ga je s sklenitvijo pogodbe zavezala opraviti sama, in položaj upnika glede (nasprotnega) izpolnitvenega ravnanja, ki se ga je s sklenitvijo pogodbo zavezala opraviti druga pogodbeni stranka.

Zato je v prvem odstavku 24. člena ZFPPIPP *dvostranska pogodba* opredeljena kot pogodba, pri kateri je vsaka pogodbeni stranka kot dolžnik zavezana opraviti svoje izpolnitveno ravnanje in hkrati kot upnik upravičena od druge stranke zahtevati, da opravi svoje nasprotno izpolnitveno ravnanje.

V postopkih zaradi insolventnosti se za položaj pri vzajemno neizpolnjeni dvostranski pogodbi uporabljajo nekatera posebna pravila, ki izključujejo uporabo splošnih pravil o pravnih posledicah začetka postopka zaradi insolventnosti. *Vzajemno neizpolnjena dvostranska pogodba* ni posebna vrsta dvostranske pogodbe, temveč se ta pojem v skladu z drugim odstavkom uporablja 24. člena ZFPPIPP za položaj, ki nastane pri dvostranski pogodbi:

1. ki je bila sklenjena pred začetkom postopka zaradi insolventnosti in
2. pri kateri do začetka postopka zaradi insolventnosti:
 - niti insolventni dolžnik niti nasprotna pogodbeni stranka nista izpolnila svoje obveznosti glede izpolnitvenega ravnanja na podlagi te pogodbe ali
 - nobeden od njiju teh obveznosti ni v celoti izpolnil.

Po posebnem pravilu, določenem v prvem odstavku 265. členu ZFPPIPP, za (navadno, obligacijsko) terjatev upnika do dolžnika, ki je nastala na podlagi vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe, ne nastanejo materialnopravne posledice začetka stečajnega postopka, določene v pododdelku 5.3.2 ZFPPIPP. To pomeni:

- če je na podlagi vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe sopogodbeniku insolventnega dolžnika nastala nadenarna terjatev, se ta terjatev z začetkom stečajnega postopka ne pretvori v denarno po 253. členu ZFPPIPP,
- medsebojni terjatvi upnika in stečajnega dolžnika za izpolnitev obveznosti, ki je nastala na podlagi vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe, se z začetkom stečajnega postopka ne pobotata po 261. členu ZFPPIPP.

Prav tako se po posebnem pravilu, določenem v drugem odstavku 265. člena ZFPPIPP, za navedeno terjatev ne uporabljajo pravila o plačilu (nezavarovanih) terjatev iz razdelitvene mase, temveč jo mora stečajni dolžnik izpolniti (ob njeni dospelosti) po pravilih o plačilu stroškov stečajnega postopka. Zato upniku (sopogodbeniku stečajnega dolžnika) te terjatve

ni treba prijaviti v stečajnem postopku (tretji odstavek 265. člena). To pomeni, da se terjatev upnika na podlagi vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe obravnava enako kot terjatve, ki nastanejo po začetku stečajnega postopka (primerjaj 354. člen ZFPPIPP).

Zato lahko sopogodbenuk stečajnega dolžnika tudi po začetku stečajnega postopka zahteva, da stečajni dolžnik izpolni svojo obveznost v celoti in v pogodbenih rokih (in ne samo v deležu ter rokih, v katerih se iz razdelitvene mase plačujejo druge nezavarovane terjatve).

Po prvem odstavku 267. člena ZFPPIPP stečajni dolžnik z začetkom stečajnega postopka pridobi pravico odstopiti od pogodbe. Da bi izjava stečajnega dolžnika o uresničitvi odstopne pravice začela pravno učinkovati (povzročila razvezo pogodbe), morajo biti izpolnjene tri predpostavke (primerjaj drugi odstavek 267. člena ZFPPIPP):

- stečajni dolžnik mora odstopno pravico uresničiti v treh mesecih po začetku stečajnega postopka,
- za uresničenje odstopne pravice mora dobiti soglasje sodišča in
- sodišče mora dati soglasje do poteka trimesečnega roka za uresničenje odstopne pravice.

Odstopno pravico stečajni dolžnik uresniči z izjavo, naslovljeno na sopogodbenuka. Da bi bila odstopna pravica pravočasno uresničena, mora sopogodbenuk izjavo insolventnega dolžnika o uresničitvi odstopne pravice prejeti pred potekom treh mesecev od začetka stečajnega postopka (smiselno 28. člen v zvezi s 14. členom OZ). S potekom tega roka odstopna pravica preneha, zato izjava o uresničitvi odstopne pravice, ki jo sopogodbenuk prejme po poteku trimesečnega roka, nima pravnega učinka (primerjaj tretji odstavek 267. člena OZ).

Namen odstopne pravice je omogočiti, da se dosežejo ugodnejši pogoji za poplačilo upnikov v skladu z namenom stečajnega postopka (četrti odstavek 267. člena ZFPPIPP). Namen stečajnega postopka je unovčiti premoženje stečajnega dolžnika in iz tako oblikovane denarne (razdelitvene) mase zagotoviti plačilo terjatev upnikov v čim večjem obsegu. Zato sodišče da soglasje k uresničitvi odstopne pravice, če se z njeno uresničitvijo doseže ta namen. Praviloma bo uresničenje odstopne pravice v skladu s tem namenom, če je predmet izpolnitve druge pogodbene stranke nedenarna dajatev ali storitev. Vse delovanje stečajnega dolžnika mora biti namreč usmerjeno k unovčevanju stečajne mase. Izpolnitev pogodbe pa bi imela v opisanem primeru nasprotni učinek, saj bi bilo treba za nedenarno izpolnitev druge pogodbene stranke opraviti denarno plačilo iz stečajne mase in nato predmet nedenarne izpolnitve spet prodati zaradi unovčenja stečajne mase.

Če je predmet izpolnitvenega ravnanja druge pogodbene stranke denarna dajatev (na primer plačilo kupnine na podlagi prodajne pogodbe), je pri presoji, ali je uresničenje odstopne pravice v skladu z namenom stečajnega postopka, treba upoštevati obseg, v katerem sta stečajni dolžnik in sopogodbenuk svoji obveznosti že izpolnila, in dejanja, ki jih mora stečajni dolžnik še izvesti, da bi v celoti izpolnil svojo obveznost.

Če sta stečajni dolžnik in druga pogodbeni stranka svoji obveznosti že izpolnila v pretežnem delu, bo uresničitev odstopne pravice praviloma v nasprotju z namenom stečajnega postopka, saj bi v takem primeru stečajni dolžnik moral drugi pogodbeni stranki vrniti denarno plačilo, ki ga je že prejel kot izpolnitev njene obveznosti, in nato predmet svoje izpolnitve spet prodati zaradi unovčenja stečajne mase. Podobno velja tudi za pogodbo, pri kateri ima dolžnikova izpolnitev značilnost nederarne dajatve (na primer prodaje dolžnikovega premoženja), če stečajni dolžnik že razpolaga s premoženjem, ki je predmet njegove obveznosti, saj bi sicer moral to premoženje v stečajnem postopku znova prodajati.

To pomeni, da bo uresničitev pravice odstopiti od pogodbe, pri kateri mora druga pogodbeni stranka opraviti denarno izpolnitev, praviloma v skladu z namenom stečajnega postopka samo v teh primerih:

- če ima obveznost stečajnega dolžnika značilnost storitve in je stečajni dolžnik ne more opraviti v okviru končanja nujnih poslov, ali
- če ima obveznost stečajnega dolžnika značilnost nederarne dajatve in stečajni dolžnik s predmetom svoje dajatvene obveznosti ne razpolaga in ga tudi ne more izdelati (dokončati) v okviru končanja nujnih poslov.

Po šestem odstavku 267. člena ZFPPIPP izjava o uresnitvi odstopne pravice nima pravne učinka (ne povzroči razveze pogodbe), če sodišče zavrne zahtevo insolventnega dolžnika za soglasje k uresnitvi odstopne pravice ali če do poteka trimesečnega roka za uresničitev odstopne pravice ne odloči o soglasju. To pomeni, da izjava o uresnitvi odstopne pravice učinkuje samo, če sodišče sklep, s katerim da soglasje, izda do poteka trimesečnega roka za uresničitev odstopne pravice.

Če se navedene predpostavke izpolnijo, začne izjava o uresnitvi odstopne pravice učinkovati z dnem, ko postane pravnomočen sklep sodišča o soglasju za uresničitev odstopne pravice (peti odstavek 267. člena ZFPPIPP). Zato se s tem dnem pogodba razveže (primerjaj prvi odstavek 268. člena ZFPPIPP). Enaka pravna posledica (razveza pogodbe) nastane po drugem odstavku 266. člena ZFPPIPP, če stečajni dolžnik ob dospelosti ne izpolni svoje obveznosti, rok za izpolnitev katere je bistvena sestavina pogodbe. Zato se za pravne posledice razveze pogodbe zaradi neizpolnitve po drugem odstavku 266. člena ZFPPIPP smiselno uporabljajo pravila o pravnih posledicah odstopa od pogodbe, določena v drugem do šestem odstavku 268. člena ZFPPIPP (tretji odstavek 266. člena ZFPPIPP).

Posledica razveze pogodbe je, da preneha pravni temelj za izpolnitev pogodbenih obveznosti. Če sta pogodbeni stranki na podlagi razvezane pogodbe svoje obveznosti že delno izpolnili, nastaneta kondikcijski terjatvi za vračilo te izpolnitve (tretji odstavek v zvezi s prvim odstavkom 190. člena OZ). Ti kondikcijski terjatvi se po drugem in tretjem odstavku 268. člena ZFPPIPP pobotata ob smiselni uporabi pravil o pobotu zaradi začetka stečajnega postopka,

določenih v 261. členu ZFPPIPP. Če kondikijska terjatev sopogodbjenika stečajnega dolžnika na podlagi navedenega pobota ne preneha v celoti (ker je bila višja od nasprotnne kondikijske terjatve stečajnega dolžnika), ima značilnost terjatve, ki je nastala po začetku stečajnega postopka. Zato ima upnik pravico zahtevati plačilo te razlike po pravilih o stroških stečajnega postopka (primerjaj 354. člen ZFPPIPP) in mu te terjatve ni treba prijaviti v stečajnem postopku (četrti odstavek 268. člena ZFPPIPP).

Če stečajni dolžnik uresniči odstopno pravico ali če je pogodba razvezana zaradi neizpolnitve po drugem odstavku 266. člena ZFPPIPP, ima sopogodbjenik pravico zahtevati povrnitev škode, ki mu je nastala zaradi razveze pogodbe (primerjaj peti odstavek 268. člena ZFPPIPP). Čeprav terjatev za povrnitev škode zaradi razveze pogodbe nastane po začetku stečajnega postopka, se po posebnem pravilu, določenem v šestem odstavku 268. člena ZFPPIPP, plača iz razdelitvene mase po pravilih o plačilu (navadnih) terjatev upnikov. Terjatev za povrnitev škode zaradi razveze pogodbe mora upnik (sopogodbjenik stečajnega dolžnika) prijaviti v stečajnem postopku v enem mesecu. Enomesečni rok za prijavo terjatve za povrnitev škode začne teči:

- če je pogodba razvezana zaradi uresničitve odstopne pravice – z dnem, ko je sopogodbjenik prejel izjavo stečajnega dolžnika o uresničitvi odstopne pravice (četrti odstavek 59. člena v zvezi s šestim odstavkom 268. člena ZFPPIPP),
- če je pogodba razvezana zaradi neizpolnitve po drugem odstavku 266. člena ZFPPIPP – naslednji dan po poteku roka, do katerega bi moral stečajni dolžnik izpolniti svojo obveznost (četrti odstavek 59. člena v zvezi s šestim odstavkom 268. člena in tretjim odstavkom 266. člena ZFPPIPP).

2. Vsebina medsebojnih izpolnitvenih ravnanj pri prodaji novogradenj

2.1. Splošna pravila obligacijskega in stvarnega prava

Pri presoji, kakšen je pravni položaj kupca, ki je sklenil prodajno pogodbo s prodajalcem, nad katerim je po sklenitvi pogodbe začel stečajni postopek, je treba izhajati iz vsebine medsebojnih izpolnitvenih ravnanj, ki se jih kupec in prodajalec drug v razmerju do drugega zavežeta opraviti s sklenitvijo prodajne pogodbe.

Prodajalec se s sklenitvijo prodajne pogodbe zaveže, da bo stvar izročil kupcu tako, da bo ta na stvari pridobil lastninsko pravico (primerjaj prvi odstavek 435. člena OZ). Prodajalčevo izpolnitveno ravnanje, ki se ga ta s sklenitvijo prodajne pogodbe zaveže opraviti, je po načinu izpolnitve dajatvena obveznost. Vsebina (predmet) te obveznosti je opraviti razpolagalni pravni posel, ki je potreben za prenos lastninske pravice na prodani stvari na kupca (primerjaj prvi odstavek 435. člena OZ), in druga pravna dejanja (na primer izročitev posesti nepre-

mičnine), ki so potrebna, da lahko kupec začne uresničevati vsa upravičenja, ki so vsebina lastninske pravice.

Za pravilno razumevanje vsebine prodajalčeve obveznosti, ki se jo ta s sklenitvijo prodajne pogodbe zaveže izpolniti, je treba upoštevati, da lastninska pravica (ki se jo prodajalec s sklenitvijo prodajne pogodbe zaveže prenesti na kupca) po prvem odstavku 37. člena SPZ lastninska pravica obsega tri upravičenja:

- pravico (upravičenje) imeti stvar v posesti,
- pravico (upravičenje) stvar uporabljati in
- pravico (upravičenje) z njo razpolagati.

Pravna dejanja, ki jih mora prodajalec opraviti, da bi pravilno izpolnil obveznost, ki se jo s sklenitvijo prodajne pogodbe zaveže izpolniti, in njihov pomen (pravni učinek) so odvisni od tega, ali je stvar, ki je predmet prodaje, premičnina ali nepremičnina.

Z izročitvijo posesti stvari (premičnine ali nepremičnine) prodajalec kupcu omogoči, da ta začne izvrševati dve od treh upravičenj, ki jih obsega lastninska pravica, in sicer pravico imeti stvar v posesti in pravico stvar uporabljati. Tretje upravičenje, ki ga obsega lastninska pravica (pravico razpolagati s stvarjo), pa prodajalec na kupca prenese z razpolagalnim pravnim poslom, ki je po pravilih stvarnega prava, določenih v SPZ, pravni temelj prenosa lastninske pravice na stvari.

Razpolagalni pravni posel, s katerim se (v primeru pravnoposlovne pridobitve) prenese lastninska pravica na *premičnini*, je *izročitev posesti* (primerjaj prvi odstavek 60. člena SPZ). Če je predmet prodaje premičnina, prodajalec z izročitvijo posesti na kupca prenese tudi lastninsko pravico in mu s tem hkrati omogoči uresničevanje pravice razpolagati s stvarjo.

Razpolagalni pravni posel, s katerim se (v primeru pravnoposlovne pridobitve) prenese lastninska pravica na *nepremičnini*, je *zemljiškoknjižno dovolilo*, ki vsebuje izjavo (pravnoposlovne volje) prodajalca, da dovoljuje vknjižbo (vpis) lastninske pravice v korist kupca (primerjaj 49. člen SPZ). Če je predmet prodaje nepremičnina, mora zato prodajalec, da bi (v celoti) izpolnil svojo obveznost omogočiti kupcu, da postane lastnik nepremičnine, poleg izročitve (posesti) opraviti še eno pravno dejanje (razpolagalni pravni posel), in sicer v korist kupca izstaviti ustrezno zemljiškoknjižno dovolilo.

To pomeni, da mora prodajalec pri prodaji nepremičnine opraviti dve izpolnitveni ravnanji, da bi pravilno in v celoti izpolnil svojo izpolnitveno obveznost:

1. izstaviti zemljiškoknjižno dovolilo v korist kupca, na podlagi katerega lahko ta doseže vknjižbo lastninske pravice v svojo korist, in
2. kupcu izročiti posest prodane nepremičnine.

Obe prodajalčevi izpolnitveni ravnanji sta nedenarni, zato je njegova izpolnitvena obveznost (in kupčev nasprotni izpolnitveni zahtevk) nedenarna.

2.2. Posebna pravila prava varstva potrošnikov pri prodaji novogradenj (ZVKSES)

O prodaji novogradnje govorimo, kadar nepremičnina (na primer posamezni del stavbe) ob sklenitvi pogodbe še ne obstaja, ker stavba, v kateri se bo nahajala, še ni zgrajena. Takšna prodajna pogodba je po pravilih obligacijskega prava veljavna. Po drugem odstavku 438. člena OZ se prodaja namreč lahko nanaša tudi na bodočo stvar. Vendar pa je v takem primeru kupec izpostavljen precej večjemu obsegu tveganj, povezanih z neizpolnitvijo druge pogodbene stranke (investitorja – prodajalca), kot pri nakupu stavbe oziroma posameznega dela stavbe, ki je že zgrajena.

Zaradi varovanja kupca, ki ima položaj potrošnika, pred temi tveganji pri prodaji stanovanj ali enostanovanjskih stavb Zakon o varstvu kupcev stanovanj in enostanovanjskih stavb (Uradni list RS, št. 18/04 – ZVKSES) določa nekatera posebna prisilna (kogentna) pravila (primerjaj prvi odstavek 4. člena ZVKSES). Najpomembnejša med njimi so pravilo o sočasnosti izpolnitve, urejeno v 12. členu ZVKSES, in pravila o pravici kupca zadržati del kupnine, določena v 15. členu ZVKSES.

Po prvem odstavku 12. člena ZVKSES kupec ni dolžan plačati nobenega obroka kupnine:

1. dokler niso izpolnjeni pogoji za vknjižbo lastninske pravice na enostanovanjski stavbi oziroma za vknjižbo etažne lastnine na posameznem delu stavbe z več posameznimi deli v korist kupca in
2. dokler prodajalec ni sposoben izročiti kupcu nepremičnine z lastnostmi, določenimi v prodajni pogodbi.

Izjema od tega pravila je obveznost kupca plačati aro (primerjaj peti odstavek 12. člena ZVKSES), ki po drugem odstavku 11. člena ZVKSES ne sme presežati deset odstotkov kupnine.

3. Pravice kupca v stečajnem postopku prodajalca

3.1. Vrste mogočih položajev

Za presojo pravic kupca, ki jih lahko uveljavlja v stečajnem postopku nad prodajalcem, je pomembno, kakšen je njegov položaj ob začetku stečajnega postopka. Ta položaj je odvisen od obsega, v katerem sta pogodbeni stranki izpolnili svoje obveznosti na podlagi prodajne pogodbe pred začetkom stečaja. Položaje lahko razvrstimo na te osnovne (najpogostejše) položaje:

1. kupec je pred začetkom stečaja plačal celotno kupnino (ali pretežen del kupnine), prodajalec pa mu ni niti izročil posesti nepremičnine niti izstavil zemljiškoknjižnega dovolila,
2. kupec je pred začetkom stečaja plačal celotno kupnino (ali pretežen del kupnine), prodajalec mu je izročil posest, vendar mu ni izstavil zemljiškoknjižnega dovolila,
3. kupec je pred začetkom stečaja plačal celotno kupnino (ali pretežen del kupnine), prodajalec mu je izročil posest in izstavil zemljiškoknjižno dovolilo,
4. kupec je pred začetkom stečaja plačal samo aro, prodajalec pa svoje izpolnitve še ni opravil.

3.2. Kupec je plačal kupnino, prodajalec ni niti izročil posesti niti izstavil zemljiškoknjižnega dovolila

Če je kupec pred začetkom stečaja plačal celotno kupnino (ali pretežen del kupnine), prodajalec pa ni niti izročil posesti niti izstavil zemljiškoknjižnega dovolila, ima kupec ob začetku stečaja do prodajalca (samo) nedenarno obligacijsko pravico (terjatev). Za to njegovo terjatev nastane splošna pravna posledica začetka stečajnega postopka. Po prvem odstavku 253. člena ZFPPIPP se ta terjatev pretvori v denarno terjatev po tržni vrednosti ob začetku stečajnega postopka.² Kupčeva terjatev ima značilnost (pravno naravo) nezavarovane terjatve, zato lahko v stečajnem postopku njeno plačilo uveljavlja samo iz splošne razdelitvene mase.

3.3. Kupec je plačal kupnino, prodajalec je izročil posest in ni izstavil zemljiškoknjižnega dovolila

Če je prodajalec kupcu pred začetkom stečaja izročil posest nepremičnine, vendar mu ni izstavil zemljiškoknjižnega dovolila, je le delno izpolnil svojo obveznost. Če je pri tem položaju kupec plačal celotno kupnino, njuno razmerje nima značilnosti vzajemno neizpolnjene obveznosti, saj je kupec svojo obveznost že izpolnil v celoti. Tak položaj najpogosteje obstaja pri stanovanjskih stavbah, ki so bile zgrajene že pred več kot desetimi leti, in prodajalec zemljiškoknjižnega dovolila ni izstavil, ker ni bila oblikovana etažna lastnina. Pri tem položaju je kupec dobroverni lastniški posestnik (prvi odstavek 27. člena in 28. člen SPZ) in je s potekom desetletne priposestvovalne dobe izvirno pridobil lastninsko pravico po drugem odstavku 43. člena SPZ. Zato lahko v stečajnem postopku uveljavlja izločitveno pravico po 2. točki prvega odstavka 22. člena ZFPPIPP.

Položaj je drugačen, če kupec še ni plačal celotne kupnine. Tak položaj navadno obstaja, če kupec po četrtem odstavku 15. člena ZVKSES zadržuje pet odstotkov kupnine do izročitve

² Tržna vrednost te terjatve bo navadno enaka višini kupnine po prodajni pogodbi, torej znesku, ki ga je kupec plačal na podlagi prodajne pogodbe.

zemljiškoknjižnega dovolila. Pri tem položaju še nobena stranka ni izpolnila svoje obveznosti v celoti, zato se presoja po pravilih o vzajemno neizpolnjenih dvostranskih pogodbah, ki so razložena v razdelku 1.3. Kupčev (nedenarni, obligacijski) zahtevek za izročitev zemljiškoknjižnega dovolila se po posebnem pravilu, določenem v prvem odstavku 265. člena ZFPPIPP, ne pretvori v denarno terjatev in se v stečajnem postopku obravnava enako kot terjatve, ki nastanejo po začetku stečajnega postopka (primerjaj 354. člen ZFPPIPP). Zato lahko kupec tudi po začetku stečajnega postopka od prodajalca zahteva izstavitvev zemljiškoknjižnega dovolila in mu tega zahtevka ni treba prijaviti po pravilih o prijavi terjatev v stečajnem postopku.

3.4. Kupec je plačal kupnino, prodajalec je izročil posest in izstavil zemljiškoknjižno dovolilo

Če je prodajalec kupcu pred začetkom stečajnega postopka izstavil zemljiškoknjižno dovolilo, ima kupec izločitveno pravico. Vendar mu te izločitvene pravice ni treba uveljavljati (prijaviti) v stečajnem postopku, saj lahko kot upravičenec (oseba, v korist katere učinkuje zemljiškoknjižno dovolilo) po 3. oziroma 4. točki tretjega odstavka 94. člena Zakona o zemljiški knjigi (Uradni list RS, št. 58/03, 34/08 – ZST-1, 45/08, 28/09 in 25/11 – ZZK-1) doseže vknjižbo lastninske pravice brez sodelovanja stečajnega dolžnika

Pri pravnoposlovni pridobitvi lastninska pravica na nepremičnini v notranjem razmerju med odsvojiteljem (na primer prodajalcem) in pridobiteljem (na primer kupcem) preide s trenutkom, ko začne učinkovati razpolagalni pravni posel (zemljiškoknjižno dovolilo), s katerim odsvojitelj izvede prenos. Če je v notranjem razmerju med stečajnim dolžnikom in pridobiteljem pred začetkom stečajnega postopka začel učinkovati razpolagalni pravni posel stečajnega dolžnika, s katerim je ta lastninsko pravico prenesel na pridobitelja, ima pridobitelj v stečajnem postopku izločitveno pravico. Na izločitvene pravice pa začetek stečajnega postopka ne vpliva (drugi odstavek 279. člena ZFPPIPP). Zato začetek stečajnega postopka ni ovira za *vknjižbo (pravnoposlovne) pridobitve pravice* oziroma vknjižbo v vrstnem redu predznanovane pravice ali vknjižbo pravice v zaznamovanem vrstnem redu (primerjaj 5. točko tretjega odstavka 94. člena ZZK-1), če se vknjižba predlaga *na podlagi zemljiškoknjižnega dovolila, ki je začelo učinkovati pred začetkom stečajnega postopka*. V to skupino spadajo vknjižbe na podlagi ene od teh listin:

- zasebne listine, ki vsebuje zemljiškoknjižno dovolilo glede vknjižbe, ki se predlaga, če je bil podpis stečajnega dolžnika na tem dovolilu overjen pred začetkom stečajnega postopka (prva alineja 3. točke tretjega odstavka 94. člena v zvezi s 1. točko prvega odstavka 40. člena ZZK-1),
- listine, sestavljene v obliki notarskega zapisa, ki vsebuje zemljiškoknjižno dovolilo glede vknjižbe, ki se predlaga, če je bila sestavljena pred začetkom stečajnega postopka (prva

alineja 3. točke tretjega odstavka 94. člena v zvezi z 2. točko prvega odstavka 40. člena ZZK-1),

- pravno močne sodbe, s katero je sodišče stečajnemu dolžniku (osebi, proti kateri se predlaga vpis) naložilo, da prizna svoj podpis na zemljiškoknjižnem dovolilu oziroma da izroči popravek notarskega zapisa, sestavljen za vpis v zemljiško knjigo, če je postala pravno močna pred začetkom stečajnega postopka (4. točka tretjega odstavka 94. člena v zvezi s 4. točko prvega odstavka 40. člena ZZK-1), ali
- pravno močne sodbe, s katero je sodišče stečajnemu dolžniku naložilo, da izstavi zemljiškoknjižno dovolilo glede vknjižbe, ki se predlaga, če je postala pravno močna pred začetkom stečajnega postopka (4. točka tretjega odstavka 94. člena v zvezi s 5. točko prvega odstavka 40. člena ZZK-1).

3.5. Kupec je pred začetkom stečaja plačal samo aro, prodajalec svoje izpolnitve še ni opravil

Tudi položaj, pri katerem je kupec pred začetkom stečaja plačal le aro in prodajalec svoje izpolnitve še ni opravil, se presoja po pravilih o vzajemno neizpolnjenih dvostranskih pogodbah, ki so razložena v razdelku 1.3.

Položaj, da stečajni dolžnik (v soglasju s stečajnim sodiščem) odstopi od pogodbe, ima značilnost (pravno naravo) neizpolnitve, za katero odgovarja stečajni dolžnik (prodajalec). Po splošnih pravilih obligacijskega prava ima pogodbi zvesta stranka, ki je dala aro (kupec), v primeru razveze pogodbe:

- pravico zahtevati pogodbeno kazen zaradi neizpolnitve v višini, ki je enaka znesku, ki je bil plačan kot ara, in morebitno razliko do popolne odškodnine (primerjaj drugi odstavek 253. člena OZ) in
- pravico (kondicijski zahtevek) zahtevati vrnitev denarnega zneska, ki ga je kot aro plačala v zvezi s sklenitvijo pogodbe.

Končni seštevek denarni zneskov, ki sta predmet obeh zahtevkov (zahtevka za plačilo pogodbene kazni in kondicijskega zahtevka), je tako enak dvojnemu znesku are (drugi odstavek 65. člena OZ).³

Če stečajni dolžnik odstopi od te pogodbe, ima kupec pravico zahtevati vračilo plačanega (enojnega) zneska are po pravilih o stroških stečajnega postopka (primerjaj 354. člen ZFPPIPP) in mu te terjatve ni treba prijaviti v stečajnem postopku (četrti odstavek 268. člena

³ Obširneje o tem glej Nina Plavšak v Plavšak, Juhart, Vrenčur; Obligacijsko pravo, splošni del, GV Založba, Ljubljana 2009, strani 266–270.

ZFPPIPP). Terjatev za plačilo pogodbene kazni (drugega zneska v višini are) in morebitno razliko do polne odškodnine se po posebnem pravilu, določenem v šestem odstavku 268. člena ZFPPIPP, plača iz razdelitvene mase po pravilih o plačilu (navadnih) terjatev upnikov. To terjatev mora kupec prijaviti v stečajnem postopku v enem mesecu po dnevu, ko je prejel izjavo stečajnega dolžnika o uresničitvi odstopne pravice (četrti odstavek 59. člena v zvezi s šestim odstavkom 268. člena ZFPPIPP).

Pregledni znanstveni članek
347.736:347.996(497.4)

Uveljavljanje ločitvenih pravic zunaj sodnega postopka

MAG. UROŠ ILIČ,
*odvetnik, specialist za gospodarsko
in insolvenčno pravo, odvetniška
družba Ilič, o. p., d. o. o., Ljubljana*

1. Uvod

Ločitvena pravica se praviloma uveljavi z unovčenjem premoženja, ki je predmet te pravice, ter poplačilom terjatve, zavarovane s to pravico. Navedena dejanja se v skladu s slovenskim pravnim redom praviloma opravijo v sodnem postopku, v nekaterih primerih pa zakon dopušča, da ločitveni upnik ta dejanja opravi tudi sam, tj. zunajsodno, brez sodelovanja in nadzora sodišča, vendar ob upoštevanju kogentnih zakonskih pravil. S tem sta omogočena prodaja premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, brez stroškov, ki so povezani z vodenjem sodnega postopka, sočasno pa tudi hitreje poplačilo zavarovane terjatve (ob upoštevanju povprečnega trajanja sodnih postopkov). Uveljavitev ločitvene pravice zunaj sodnega postopka ima zato lahko koristi tako za premoženje dolžnika, ki ga ni treba uporabiti za plačilo sodnih stroškov, kot za upnika, ki doseže hitreje in višje poplačilo zavarovane terjatve, saj se s prodajo dosežena sredstva zaradi nižjih stroškov lahko v višji meri uporabijo za poplačilo zavarovane terjatve.

Po 282. členu Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP)¹ ločitveni upnik tudi po začetku stečajnega postopka obdrži svojo pravico, da zunajsodno proda premoženje, ki je predmet ločitvene pravice, če jo je pridobil v skladu s splošnimi pravili, ki se uporabljajo za posamezno vrsto ločitvene pravice. Iz navedenega izhaja, da stečajni postopek na pravico do zunajsodne uveljavitve ločitvene pravice nima vpliva.² Za uporabo tega pravila v konkretnem primeru pa je treba na podlagi splošnih pravil najprej ugotoviti, ali je upnik ločitveno pravico veljavno pridobil in ali je dopustna njena zunajsodna uveljavitev. Splošna pravila, po katerih se ugotavljajo navedena pravno relevantna

¹ Uradni list RS, št. 126/2007, 40/1990, 59/2009 in 52/2010.

² Pravilo je podrobneje obrazloženo v 3. točki prispevka.

dejstva, so odvisna predvsem od vrste premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, zato bodo v nadaljevanju obravnavana glede na to merilo. Na koncu bodo predstavljene še pravne posledice, ki jih ima začetek insolvenčnih postopkov na te pravice.

2. Splošna pravila, ki urejajo pogoje in način uveljavljanja ločitvene pravice zunaj sodnega postopka

2.1. Ločitvena pravica na nepremičninah

Zunajsodna uveljavitev ločitvene pravice ni dopustna, kadar je predmet ločitvene pravice nepremičnina. V takem primeru se lahko v skladu s 153. členom Stvarnopravnega zakonika (SPZ)³ prodaja nepremičnine opravi samo v sodnem postopku (načelo oficialnosti). Navedena določba SPZ sicer dopušča, da prodajo zastavljene nepremičnine opravi notar (drugi odstavek 153. člena SPZ), toda ta možnost še ni uveljavljena, saj je vezana na sprejem posebnega zakona, ki naj bi uredil notarsko prodajo zastavljenih nepremičnin, vendar pa (še) ni sprejet.

2.2. Zastavna pravica na premičninah

Kadar ločitvena pravica nastane na podlagi pogodbene ročne zastave premičnin, se v skladu s 167. členom SPZ zastavni upnik in zastavitelj lahko dogovorita, da se zastavljena premičnina z namenom poplačila zavarovane terjatve proda zunajsodno. Tak dogovor mora biti sklenjen v pisni obliki, razen če se zastavna pogodba po splošnih določilih obligacijskega prava šteje za gospodarsko pogodbo. V tem primeru se obstoj takšnega dogovora domneva, če ni dogovorjeno drugače. V skladu z določbo 13. člena Obligacijskega zakonika (OZ)⁴ se za gospodarske pogodbe štejejo tiste pogodbe, ki jih med seboj sklepajo naslednji subjekti: (a) gospodarske družbe, (b) druge pravne osebe, ki opravljajo pridobitno dejavnost, (c) samostojni podjetniki posamezniki in (č) druge pravne osebe, kadar se v skladu s predpisom občasno ali ob svoji pretežni dejavnosti ukvarjajo tudi s pridobitno dejavnostjo, če gre za pogodbe, ki so v zvezi s tako pridobitno dejavnostjo.

Domneva obstoja sporazuma o zunajsodni prodaji je torej odvisna od subjektov (strank), ki so sklenili zastavno pogodbo, ne pa od subjektov (strank) pogodbe, na podlagi katere je nastala zavarovana terjatev. Navedeno pomeni, da se bo obstoj dogovora o zunajsodni prodaji domneval tudi v primeru, ko je dolžnik zavarovane terjatve sicer potrošnik, sta pa zastavitelj in zastavni upnik gospodarski družbi. Seveda pa lahko stranki zastavne pogodbe zakonsko

³ Uradni list RS, št. 87/2002.

⁴ Uradni list RS, št. 97/2007 – UPB1.

domnevo o zunajsodni prodaji vedno izključita in se dogovorita le za sodno prodajo. Po drugi strani pa dogovor o zunajsodni prodaji upniku ne preprečuje vodenja postopka s sodno prodajo, saj je zunajsodna prodaja njegova pravica, in ne dolžnost.⁵

Domneva obstoja sporazuma o zunajsodni prodaji pa ni odvisna od strank zastavne pogodbe, kadar se terjatev zavaruje z neposestno zastavno pravico. Če se v tem primeru po zapadlosti zavarovane terjatve zastavljena premoženja izroči v neposredno posest zastavnemu upniku, se namreč vedno domneva obstoj sporazuma o zunajsodni prodaji zastavljenega premoženja (drugi odstavek 175. člena SPZ), ne glede na to, ali je zastavno pogodbo sklenila oseba zunaj opravljanja svoje poklicne dejavnosti. Navedena izjema je posledica dejstva, da se neposestna zastavna pravica lahko ustanovi samo s sporazumom, ki je sklenjen v obliki neposredno izvršljivega notarskega zapisa, kar predpostavlja, da je zastavitelj (prek notarja) ustrezno seznanjen s tovrstnimi pravicami upnika in njihovimi posledicami.

Zastavni upnik lahko opravi zunajsodno prodajo zastavljene premoženja samo, če terjatev ob zapadlosti ni poravnana, in na način, ki je določen s kogentnimi zakonskimi pravili iz drugega odstavka 167. člena SPZ. V skladu z njimi se prodaja lahko opravi na javni draži, razen če ima premoženje borzno ali tržno ceno. V tem primeru se lahko (ni pa to nujno) prodaja opravi tudi na drug način (na primer z neposredno pogodbo), seveda če se opravi najmanj v višini take cene. Pred opravo prodaje mora upnik o svoji nameri opozoriti dolžnika zavarovane terjatve in zastavitelja, in sicer najpozneje osem dni pred dnevom načrtovane prodaje. Obema mora sporočiti tudi dan in kraj prodaje. Tako se dolžniku (zastavitelju) omogoči, da še vedno lahko prepreči prodajo, če v tem (dodatnem) roku izpolni svojo obveznost. Poleg tega lahko tudi sam začne iskati potencialne kupce in s tem pripomore k ugodnejšemu unovčenju zastavljenega premoženja.⁶ Iz doseženega izkupička zastavni upnik poplača svojo terjatev skupaj z obrestmi in stroški,⁷ morebitni presežek pa izroči zastavitelju. Pogodbena določila, ki bi kakorkoli odstopala od teh pravil, so nična (tretji odstavek 167. člena SPZ).

Zastavna pravica na premoženjih lahko nastane tudi na podlagi zakona, kadar ima upnik v posesti dolžnikove premoženje kot podjemnik (647. člen OZ), prevoznik (697. člen OZ),

⁵ Vrhovno sodišče RS je v sodbi z opr. št. II Ips 505/2002 zavzelo stališče, da v sodnem postopku tožbe ni mogoče zavreči iz razloga, ker zaradi možnega plačila svoje terjatve v upravni izvršbi tožnik nima pravnega interesa. Taka odločitev bi posegla v tožnikovo ustavno varovano pravico do sodnega varstva. Iz navedenega lahko sklepamo (*argumentum a simili ad simile*), da tudi pravica do zunajsodne prodaje ne izključuje pravnega interesa za vložitev tožbe (*actio pignatoria*), s katero bi se zahtevala dovolitev sodne prodaje predmeta zastave v izvršilnem postopku. V drugem odstavku 167. člena SPZ je določeno, da zastavni upnik »lahko«⁶ zunajsodno proda zastavljeno premoženje, iz česar lahko sklepamo, da tega ni dolžan storiti in da lahko zahteva tudi sodno prodajo.

⁶ Erjavec, 2005, str. 1440.

⁷ Če dolžnik poleg glavnice dolguje tudi obresti in stroške, se ti vračunavajo tako, da se najprej obračunajo stroški, nato obresti in nazadnje glavnica (288. člen OZ).

skladiščnik (753. člen OZ), mandatar (780. člen OZ), komisionar (803. člen OZ), trgovski zastopnik (829. člen OZ), špediter (870. člen OZ) in izvajalec nadzora (877. člen OZ). Po stališču pravne stroke ima zastavni upnik tudi v teh primerih pravico do zunajsodne prodaje zastavljenih stvari,⁸ če je zakonska zastavna pravica nastala zaradi zavarovanja terjatev iz gospodarske pogodbe. V tem primeru sta tako zastavni upnik kot zastavitelj (dolžnik) gospodarska subjekta, zato se lahko domneva obstoj sporazuma o zunajsodni prodaji, smiselno po prvem odstavku 167. člena SPZ. Navedenega stališča ni mogoče sprejeti brez pomislekov glede na to, da se po SPZ obstoj dogovora o zunajsodni prodaji zastavljene stvari izrecno domneva le v primeru, ko zastavna pravica nastane na podlagi pravnega posla, sklenjenega med gospodarskima subjektoma, ne pa tudi takrat, ko je nastala na podlagi zakona.

2.3. Fiduciarni prenos lastninske pravice na premičninah

Ločitvena pravica na premičninah nastane tudi na podlagi pogodbe o fiduciarnem prenosu lastninske pravice v zavarovanje, ki je sklenjena v obliki neposredno izvršljivega notarskega zapisa. Tudi v tem primeru se (tako kot pri neposestni zastavni pravici) domneva obstoj sporazuma o zunajsodni prodaji premoženja, ki je predmet zavarovanja, če se po zapadlosti zavarovane terjatve premičnina, ki je predmet zavarovanja, izroči v neposredno posest fiduciarju (drugi odstavek 204. člena v zvezi z drugim odstavkom 175. člena SPZ), in sicer ne glede na to, kdo so stranke te pogodbe. Poleg tega se v tem primeru stranki sporazuma o prenosu lastninske pravice lahko dogovorita tudi za drugačen način zunajsodne prodaje v zavarovanje prenesene premičnine, kot je to določeno v drugem odstavku 167. člena SPZ, in celo za možnost, da fiduciar za primerno ceno obdrži premičnino. Upnikova ohranitev premičnine v lasti za primerno ceno ne pomeni izjeme od prepovedi komisornega dogovora iz 132. člena SPZ, saj na podlagi besedne zveze »primerna cena« lahko logično sklepamo, da fiduciar ne sme obdržati v lasti stvari, ki je vredna več kot zavarovana terjatev.⁹ V nasprotnem primeru bi bila namreč cena premičnine neprimerna. Morebitno razliko med (primerno) vrednostjo pridržane premičnine in višino zavarovane terjatve je zato upnik dolžan izročiti dolžniku (fiduciantu), podobno kot v primeru kupnine, dosežene s prodajo zastavljene premičnine. Primernost cene se lahko ugotavlja na številne načine (na primer cenitev pooblaščenega cenilca), najlažje pa jo je mogoče ugotoviti takrat, ko se s premičnino trguje na organiziranem trgu in ima torej borzno ceno (na primer blagovne borze za plemenite kovine, kmetijske proizvode).

⁸ Kranjc, 2004, str. 161 in 675, ter Grilc, 2004, str. 700.

⁹ Vrenčur, 2003, str. 11.

2.4. Pridržna (retencijska) pravica

Ločitvena pravica se lahko pridobi tudi na podlagi pridržne (retencijske) pravice.¹⁰ V skladu z 261. členom OZ ima upnik zapadle terjatve, v čigar rokah je kakšna dolžnikova stvar (v nadaljevanju: retinent), pravico to stvar pridržati, dokler mu ni plačana terjatev. Če pa je postal dolžnik plačilno nesposoben, ima upnik pridržno pravico tudi v primeru, ko njegova terjatev še ni zapadla.¹¹ V pravni stroki in sodni praksi je uveljavljeno stališče, da so lahko predmet retencijske pravice tako premičnine kot nepremičnine.¹²

Retinent ima po zakonu pravico, da se poplača iz vrednosti pridržane stvari na enak način kot zastavni upnik, vendar pa mora, preden se za to odloči, pravočasno sporočiti dolžniku svoj namen (264. člen OZ). Iz navedenega bi lahko sklepali, da lahko retinent z namenom poplačila svoje terjatve opravi tudi zunajsodno prodajo pridržanih stvari, če bi bil tak način poplačila po zakonu dopusten v primeru, ko bi bile te stvari zastavljene. Iz pravil, opisanih v prejšnjih točkah, izhaja, da je tak način poplačila dopusten samo, ko gre za zastavljene premičnine, in sicer na način iz drugega odstavka 167. člena SPZ. V pravni stroki se navaja, da mora biti ob tem izpolnjen še nadaljnji pogoj, in sicer da je zavarovana terjatev nastala na podlagi gospodarske pogodbe.¹³ V takem primeru sta namreč tako lastnik pridržane stvari (dolžnik) kot upnik (retinent) gospodarska subjekta, zato se lahko smiselno uporabi zakonska domneva o obstoju sporazuma o zunajsodni prodaji (prvi odstavek 167. člena SPZ), tako kot v primeru, kadar sta zastavitelj in zastavni upnik gospodarska subjekta. S tem stališčem se ni mogoče strinjati brez pomislekov, saj je v SPZ urejeno zunajsodno poplačilo zavarovanih terjatev le v primerih, ko je zastavna pravica nastala na podlagi pravnega posla, medtem ko pri zakonskih zastavnih pravicah možnost zunajsodne uveljavitve izrecno ni določena. Poleg tega zakon (246. člen OZ) v zvezi s pridržno pravico izrecno napotuje na uporabo samo tistih pravil o zastavni pravici, ki se nanašajo na način poplačila iz zastavljene stvari (drugi odstavek 167. člena SPZ), ne pa tudi tistih, s katerimi so določeni pogoji, od katerih je odvisna dopustnost oprave posameznega načina (zunajsodne) prodaje (prvi odstavek 167. člena SPZ).

V zadnjem odstavku točke 2.2 je bilo omenjeno, da upnik, ki ima v posesti dolžnikove premičnine kot podjemnik, prevoznik, skladiščnik, mandatar, komisionar, trgovski zastopnik, špediter ali izvajalec nadzora, na teh stvareh pridobi zastavno pravico neposredno na podlagi

¹⁰ Plavšak, 2008, str. 34, sodba VS RS, opr. št. III Ips 184/1999.

¹¹ Navedeno ne velja, če pridržana stvar proti volji dolžnika ni več v njegovi posesti ali če dolžnik zahteva vrnitev stvari, ki je bila izročena upniku na posodo ali v hrambo, razen če gre za zapadle terjatve iz naslova same hrambe. Upnik tudi ne more pridržati pooblastila, dobljenega od dolžnika, in drugih dolžnikovih listin, izkaznic, dopisov ali podobnih stvari, prav tako ne drugih stvari, ki jih ni mogoče dati na prodaj (262. člen OZ).

¹² Juhart, 2009, str. 915; sodba VSK, opr. št. I Cpg 123/2005.

¹³ Juhart, 2009, str. 911.

zakona. V takih primerih torej kljub temu, da so izpolnjeni tudi vsi zakonski pogoji za nastanek pridržne pravice, ta kot splošnejša pravica zaradi specialnejših zakonskih določb ne nastane in se mora umakniti zastavni pravici.¹⁴ Kot izhaja iz navedenega, bi bilo razlikovanje med tema dvema položajema z vidika pravice do zunajsodne prodaje stvari pomembno, če bi se sprejelo stališče, da ima retinent pravico do zunajsodne prodaje pridržane stvari tudi v primerih, ko pridržna pravica ni nastala za zavarovanje terjatev iz gospodarske pogodbe oziroma če se imetnikom zakonskih zastavnih pravic ne bi priznavala možnost zunajsodne prodaje. Ker razlogi za razlikovanje med tema dvema položajema niso v ničemer podani, menimo, da je treba retinenta in zastavnega upnika tudi z vidika pravice do zunajsodne prodaje zastavljene oziroma pridržane stvari obravnavati enako. Vsekakor bo treba počakati tudi na izoblikovanje ustaljene sodne prakse, ki bo morala odgovoriti na vprašanje, ali je zunajsodna prodaja v primeru pridržne pravice oziroma zakonite zastavne pravice dopustna, glede na to, da zakon (167. člen SPZ) tak način poplačila zavarovanih terjatev predvideva le za primere, ko se zavarovanje ustanovi s pravnim poslom.

2.5. Zastavna pravica na drugih premoženjskih pravicah

V skladu s 191. členom SPZ se določila tega zakona o zastavitvi premoženja uporabljajo tudi za zastavitev drugih premoženjskih pravic, če zanje ni predpisano kaj drugega. Ker se zastavljene premoženjske pravice po 167. členu SPZ z namenom uveljavitve ločitvene pravice lahko prodajajo tudi zunajsodno, navedeno pomeni, da je pod istimi pogoji dopustno zunajsodno prodajati tudi druge premoženjske pravice, ki so predmet zastavne pravice, če ni z zakonom določeno drugače. Tako se lahko opravi tudi zunajsodna prodaja zastavljenih poslovnih deležev, materialnih avtorskih pravic, pravic industrijske lastnine itd.¹⁵ Pri tem je seveda treba upoštevati tudi bolj specialna pravila, ki se nanašajo samo na posamezno vrsto premoženja.¹⁶

2.6. Zastavna pravica na vrednostnih papirjih

Zakon dopušča tudi zunajsodno uveljavljanje zastavnih pravic, predmet katerih so materializirani ali nematerializirani vrednostni papirji. V skladu s 189. členom SPZ se v tem primeru smiselno uporabljajo pravila, ki urejajo zastavno pravico na terjatvi. Navedeno pravilo velja samo takrat, kadar se zavarovana terjatev poplača z izpolnitvijo same pravice iz vrednostnega papirja (na primer pri dolžniških vrednostnih papirjih), ko zastavni upnik od dolžnika iz

¹⁴ Juhart, 2009, str. 914; sodba VSK, opr. št. I Cpg 340/2004; sodba VS RS, opr. št. II Ips 307/2005.

¹⁵ Juhart, 2004, str. 793.

¹⁶ Na primer pri zunajsodni prodaji zastavljenih poslovnih deležev je treba upoštevati tudi predkupne pravice družbenikov. Tako tudi Juhart, prav tam, str. 793.

vrednostnega papirja prejme plačilo (na primer dividendo) ali pa mu je izročena stvar. Tako poplačilo praviloma ni mogoče, kadar premoženjska vrednost vrednostnega papirja ne temelji (le) na izpolnitvi dajatvene pravice iz vrednostnega papirja, temveč tudi na drugih pravicah iz papirja, zlasti korporacijskopравnih (na primer pri delnicah). V tem primeru se poplačilo zavarovane terjatve lahko opravi tudi z zunajsodno prodajo samega vrednostnega papirja, za kar je treba uporabiti zakonska pravila, ki urejajo zastavno pravico na premičninah in ki so predstavljena v točki 2.2.¹⁷ Pravila, ki urejajo zastavno pravico na terjatvi, prodaje terjatev namreč ne urejajo.¹⁸ V pravni stroki je uveljavljeno stališče, da ima zastavni upnik tudi pri vrednostnih papirjih, ki prenehajo z izpolnitvijo, možnost izbire in lahko z namenom poplačila zavarovane terjatve bodisi počaka na zapadlost pravice iz vrednostnega papirja bodisi zastavljeni vrednostni papir proda in se poplača iz kupnine.¹⁹

Ker se v Sloveniji na organiziranemu trgu trguje le z nematerializiranimi vrednostnimi papirji, prodaja po borzni ceni pri materializiranih vrednostnih papirjih nikoli ni mogoča. Za prodajo po tržni ceni pa se po mnenju pravne teorije lahko šteje prodaja finančni organizaciji, pri kateri se cena vrednostnega papirja določi glede na znesek glavnice iz vrednostnega papirja, zmanjšan za običajne bančne eskontne obresti in običajno provizijo pri tovrstnih poslih.²⁰

2.7. Zastavna pravica na nematerializiranih tržnih vrednostnih papirjih

Če so predmet zastavne pravice vrednostni papirji, izdani v nematerializirani obliki, s katerimi se trguje na organiziranem trgu, se za poplačilo zavarovanih terjatev ne uporabljajo pravila iz prejšnje točke, temveč specialna pravila iz 47. člena Zakona o nematerializiranih vrednostnih papirjih (ZNVP).²¹ V skladu z njimi lahko zastavni upnik z namenom poplačila zapadle (zavarovane) terjatve opravi zunajsodno prodajo zastavljenih vrednostnih papirjev, in sicer na organiziranem trgu po preteku osmih dni od dneva, ko je s pisnim opozorilom, poslanim s priporočeno pošto pošiljko, opozoril dolžnika in zastavitelja (če to ni ista oseba), da bo tako ravnal. Po preteku tega roka lahko zastavni upnik poda nalog pooblaščenemu udeležencu organiziranega trga, da na njegov račun opravi prodajo vrednostnega papirja na organiziranem trgu. Nalogu je treba priložiti tudi kopijo obvestila o nameravani prodaji in dokazilo o njegovi oddaji na pošto. Navedena pravila so kogentna in veljajo ne glede na to, ali sta zastavni upnik in zastavitelj sklenila sporazum o zunajsodni prodaji oziroma ali se ta lahko domneva

¹⁷ V pošteve pride prodaja na javni dražbi ali po tržni ceni, in sicer po poteku osemdnevnega roka od obvestila o nameravani prodaji.

¹⁸ Juhart, 2003, str. 239, enako tudi Erjavec, 2005.

¹⁹ Juhart, prav tam.

²⁰ Juhart, prav tam.

²¹ Uradni list RS, št. 23/1999, 75/2002, 114/2006, 67/2007, 100/2007 in 58/2009.

(prvi odstavek 167. člena SPZ). Če ima na istem vrednostnem papirju zastavno pravico več upnikov, potem bo lahko zastavno pravico zunaj sodno uveljavil samo zastavni upnik, ki je prvi pridobil zastavno pravico.²²

Prodaja vrednostnega papirja na organiziranem trgu vrednostnih papirjev se v Republiki Sloveniji lahko opravi samo prek Ljubljanske borze vrednostnih papirjev (v nadaljevanju: borza). Na tej borzi se prodaja lahko opravi na več načinov, in sicer pri neprekinjenem trgovanju, avkcijemskem trgovanju ali pa prek poslov s svežnji (glej Pravila borze,²³ 118. in 156. člen). Tudi naročilo za prodajo (vnos ponudbe na trg) se lahko da na več načinov, in sicer kot tržno naročilo, omejeno naročilo in naročilo s pogoji (124. do 128. člen Pravil borze). Zastavni upnik lahko prek borze tudi sam kupi vrednostni papir, ki se prodaja na podlagi njegovega lastnega naročila, in tako participira tako na strani povpraševanja kot ponudbe. Zakon posebnih pravil, ki bi zastavnega upnika pri izbiri načina prodaje na organiziranem trgu omejevala, ne vsebuje, kar pa še ne pomeni, da se lahko upnik popolnoma prosto odloči, na kakšen način bo prodajo opravil. Pri tem mora ravnati v skladu s splošnimi načeli o prepovedi zlorabe pravic (12. člen SPZ), vestnosti in poštenja (5. člen OZ) ter prepovedi povzročanja škode (10. člen OZ) in si z ustrezno skrbnostjo prizadevati za najugodnejše unovčenje vrednostnega papirja glede na dane razmere na trgu v času prodaje. Navedeno je pomembno zlasti v primerih, ko se prodaja vrednostnih papirjev opravi prek poslov s svežnji, ter v primerih, ko je kupec zastavljenih vrednostnih papirjev sam zastavni upnik ali z njim povezana oseba.

Trgovanje prek poslov s svežnji je po Pravilih borze dopustno takrat, ko vrednost posameznega posla presega 130.000,00 EUR (glej 17. člen Navodil za trgovanje z dne 3. 12. 2010, v nadaljevanju: Navodila²⁴). Interval²⁵ za sklepanje poslov s svežnji pomenijo tečaji, ki se od vsakokratnega tečaja zadnjega sklenjenega posla z istovrstnimi vrednostnimi papirji razlikujejo za največ 20 odstotkov. Iz navedenega izhaja, da se lahko tak posel sklene tudi pod borzno ceno, kar pa ni posledica povpraševanja na trgu, temveč izključno pogodbene volje kupca in prodajalca, ki sta lahko tudi ista oseba, torej zastavni upnik. Sklepanje poslov s svežnji na organiziranem trgu namreč lahko poteka zgolj z oddajanjem ponudb za sklenitev poslov nasprotni strani v poslu in s potrditvijo teh ponudb. Ko obe strani v poslu potrdita vse sestavine ponudbe, se šteje, da je posel sklenjen. V takih primerih torej drugi potencialni kupci ne morejo sodelovati in ponuditi višje kupnine (tako kot pri avkcijah), saj se posel sklene takoj,

²² Plavšak, 1999, str. 206.

²³ Uradni list RS, št. 88/2010.

²⁴ Navodila za trgovanje Ljubljanske borze, d. d., so objavljena na njenih spletnih straneh: <http://www.ljse.si/cgi-bin/jve.cgi?doc=8261#z2>. (31. 3. 2011).

²⁵ Intervali gibanja tečajev omejujejo dnevna nihanja tečajev in zagotavljajo boljše oblikovanje tečajev, saj pomenijo meje, ki sprožijo varovalne mehanizme. Glej slovar borznih izrazov, objavljen na spletnih straneh Ljubljanske borze: <http://www.ljse.si/cgi-bin/jve.cgi?doc=791&scrka=I>. (31. 3. 2011).

ko pogodbeni stranki potrđita že vnaprej doseženo soglasje o bistvenih sestavinah prodaje in naknadno izboljšanje nakupne ponudbe s strani tretje osebe ni več mogoče. Zaradi navedenega pri tovrstnih poslih ni omogočeno povezovanje interesov glede prodaje ali nakupa vrednostnih papirjev številnih tretjih oseb, kar pa je bistveni element vsakega organiziranega trga po definiciji iz 14. člena Zakona o trgu finančnih instrumentov (ZTFI).²⁶ Zaradi tega tudi prodajna cena ni nujno odsev prave ponudbe in povpraševanja na borznem trgu.²⁷ Če bi se torej posel s svežnji sklenil pod borzno ceno, bi zastavnemu upniku lahko očitali ravnanje v nasprotju s skrbnostjo, ki se zahteva pri prodaji zastavljenih vrednostnih papirjev, in kršitev prepovedi zlorabe pravic ter od njega zahtevali povrnitev škode.²⁸

Nakup zastavljenih delnic na organiziranem trgu zastavnemu upniku po stališču vseh višjih sodišč v Republiki Sloveniji ni prepovedan,²⁹ in to niti v primeru, ko je opravljen prek posla s svežnji. Tako stališče je dvomljivo, saj je v tem primeru pri zastavnem upniku izrazita kolizija interesov. Zastavni upnik kot kupec namreč nima več ekonomskega interesa, da zastavljeni predmet odtuji po čim višji ceni, temveč je zainteresiran, da postane lastnik zastavljenega predmeta po čim nižji ceni in da torej sočasno ohrani čim večji del svoje terjatve do zastavnega dolžnika nepoplačan. V takem položaju bi bilo zato treba upoštevati tudi stališče, ki ga je zavzelo Ustavno sodišče RS v odločbi št. U-I- 93/03-26 z dne 18. novembra 2004,³⁰ po katerem pravna ureditev, ki omogoča, da upnik z namenom poplačila svoje terjatve na javni dražbi kupi premoženje od dolžnika po vrednosti, ki je nižja od ugotovljene, pomeni protiusstaven poseg v dolžnikovo lastninsko pravico iz 33. člena Ustave RS. Ustavno sodišče v zvezi s tem pojasnjuje:

»Postavi se namreč vprašanje, ali ni v primeru, ko upnik sam pridobi nepremičnino po nizki ceni, obenem pa obdrži še terjatev proti dolžniku, sorazmerje med ustavno zavarovanima položajema dolžnika in upnika tako porušeno, da tudi ob upoštevanju prej navedenih posebnosti testa sorazmernosti ne prestane ustavnosodne presoje. Izpodbijana določba drugega odstavka 188. člena ZIZ dopušča, da upnik na dražbi postane lastnik nepremičnine, katere ugotovljena vrednost (ki je v skladu z drugim odstavkom 178.

²⁶ Uradni list RS, št. 108/2010 – UPB3.

²⁷ Pri tem velja opozoriti, da je definicija organiziranega trga vrednostnih papirjev po ZNVP drugačna od tiste iz ZTFI. V drugem odstavku 38. člena ZNVP je določeno, da se za organizirani trg vrednostnih papirjev po tem zakonu šteje trg vrednostnih papirjev, ki je posredno ali neposredno dostopen javnosti, na katerem trgovanje poteka redno in je urejen in nadzorovan s strani pristojnih organov. Ta definicija torej ne vključuje elementa povezovanja interesov glede prodaje in nakupa številnih tretjih oseb.

²⁸ Tako možnost je dopustilo tudi Višje sodišče v Mariboru v zadevi z opr. št. I Cpg 291/2009.

²⁹ Tako stališče so zavzela Višje sodišče v Kopru v zadevi z opr. št. Cpg 158/2009, Višje sodišče v Mariboru v zadevah z opr. št. I Cpg 291/2009 in I Cpg 322/2009, Višje sodišče v Ljubljani v zadevi z opr. št. I Cpg 895/2009 ter Višje sodišče v Celju v zadevi z opr. št. Cpg 244/2009. Vrhovno sodišče RS o tem vprašanju še ni odločalo.

³⁰ Uradni list RS, št. 132/2004, 13. točka obrazložitve.

člena ZIZ tržna vrednost nepremičnine, ki jo ugotovi sodišče na podlagi cenitve sodnih cenilcev po tržni ceni na dan cenitve) je lahko tudi za polovico višja od zneska, ki ga je upnik plačal za nepremičnino, ker pa je njegova terjatev večja od tega zneska, mu razlika ostane še kot terjatev do dolžnika. Na drugi strani dolžnik izgubi lastninsko pravico na nepremičnini za ceno, tudi za polovico nižjo od ugotovljene vrednosti, ker pa je bila cena, po kateri je bila nepremičnina prodana, nižja od višine zneska njegovega dolga, mu ostane še dolg do upnika. Tak položaj, ki ga izpodbijana določba drugega odstavka 188. člena ZIZ dopušča, zaradi opisanega neravnovesja po oceni Ustavnega sodišča predstavlja bistven in nesorazmeren poseg v dolžnikovo lastninsko pravico (33. člen Ustave).«

Iz navedenega torej lahko sklepamo, da bi bila pridobitev zastavljenih vrednostnih papirjev s strani zastavnega upnika za vrednost, ki je bistveno nižja od ugotovljene (v skladu s pravili stroke ocenjene) tržne vrednosti, v neskladju s 33. členom Ustave RS, in to kljub temu, da je bila prodaja opravljena na javni dražbi.

Na podlagi navedene odločbe Ustavnega sodišča RS je zakonodajalec sprejel 200.a in 200.b člen Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ),³¹ ki določata posebna pravila za primer, kadar je kupec zastavljenega predmeta sam zastavni upnik ali z njim povezana oseba. V takem primeru se po zakonu šteje, da je upnik na podlagi prodaje poplačan do višine ugotovljene vrednosti predmeta zastave tudi, če je bil ta kupljen za ceno, ki je nižja od ugotovljene vrednosti, in pridobljena kupnina ne bi zadostovala za popolno poplačilo tega upnika. Navedeno pravilo se sicer nanaša samo na primer sodne prodaje zastavljenih predmetov (prek javne dražbe ali z neposredno pogodbo), vendar bi ga bilo treba smiselno uporabiti tudi za primer zunajsodne prodaje, saj ni razlogov za razlikovanje med položajema upnika v primeru sodne prodaje ter zunajsodne prodaje. Enako velja za opredelitev povezanih oseb, za kar bi se lahko smiselno uporabljala določba 200.b člena ZIZ, po kateri se za povezane osebe štejejo tiste fizične osebe, ki so v sorodstvenem razmerju,³² skrbnik in varovanec, posvojitelj in posvojenec, zakonca, zunajzakonska partnerja,³³ osebi, ki živita v registrirani istospolni partnerski skupnosti, ter osebe v svaštvu do drugega kolena. Za povezane pravne osebe pa se štejejo odvisne in gospodujoče pravne osebe, pri čemer je odvisna pravna oseba definirana kot pravna oseba, nad katero lahko druga pravna oseba (gospodujoča pravna oseba) neposredno ali posredno izvršuje na članstvu utemeljen obvladujoči vpliv. Gospodujoča pravna oseba pa je definirana kot pravna oseba s tako udeležbo v drugem podjetju, da bi lahko izvrševala na članstvu utemeljen vpliv tako, da bi lahko odločilno, neposredno ali posredno vplivala na oblikovanje volje odvisne pravne osebe.

³¹ Uradni list RS, št. 51/1998 in nasl.

³² V krvnem sorodstvu v ravni vrsti do kateregakoli kolena, v stranski vrsti pa do četrtega kolena.

³³ Osebi, ki živita v dalj časa trajajoči življenjski skupnosti, ki ima po zakonu, ki ureja zakonsko zvezo, enake pravne posledice kot sklenitev zakonske zveze.

Za gospodujočo pravno osebo se po ZIZ šteje tudi fizična oseba, če lahko odločilno vpliva na oblikovanje volje odvisne pravne osebe. Prav tako za gospodujočo pravno osebo velja tudi več fizičnih oseb skupaj, če te fizične osebe veljajo za povezane fizične osebe. Za povezane pravne osebe se štejejo tudi pogodbeniki pogodbe o obvladovanju in pogodbe o prenosu dobička ter glavna in vključena družba, pri čemer dokaz o nasprotnem v takih primerih ni mogoč.³⁴

V zvezi s prodajo zastavljenih tržnih vrednostnih papirjev velja opozoriti tudi na težavo, ki lahko nastane, če je v času trajanja zastavne pravice objavljena (ugodna) prevzemna ponudba. V tem primeru niti zastavni upnik niti zastavitelj ne bi mogla prodati delnic ciljne družbe v postopku prevzemne ponudbe. Zastavni upnik namreč lahko po 47. členu ZNVP delnice proda le na organiziranem trgu vrednostnih papirjev, na katerem pa prevzemnik po določbi 38. člena Zakona o prevzemih (ZPre-1)³⁵ od dneva objave prevzemne ponudbe do izteka roka za sprejem prevzemne ponudbe ne sme kupovati vrednostnih papirjev. Zastaviteljeva izjava o sprejemu prevzemne ponudbe tudi nima pravnega učinka, če je na delnicah, ki so predmet ponudbe, ustanovljena zastavna pravica.³⁶ V takem primeru bi se torej prodaja lahko opravila le tretji osebi (ne pa prevzemniku), in sicer na organiziranem trgu vrednostnih papirjev, kar pa ni vedno optimalno, čeprav se tudi borzna cena zaradi prevzema navadno poviša. Tretje osebe bi tak pravni položaj lahko načrtno izrabile za neupravičeno obogatitev na račun zastavnega upnika in dolžnika. Opisana pravna ureditev je še bolj problematična, kadar število pri enem upniku zastavljenih vrednostnih papirjev presega prevzemni prag. Tolikšno količino vrednostnih papirjev je zaradi kontrolne premije najprimerneje prodati enemu samemu kupcu. Ker se lahko potencialnemu kupcu ti vrednostni papirji prodajo le na organiziranem trgu vrednostnih papirjev (na primer prek posla s svežnji), bi kupec z enim nakupom hkrati dosegel in presegel prevzemni prag, in to zunaj postopka prevzemne ponudbe. V tem primeru kupec ne bi smel biti odgovoren za prekršek po prvi alineji prvega odstavka 71. člena ZPrev-1 in za škodo po petem odstavku 64. člena ZPrev-1, če bi po sklenitvi nakupne pogodbe dal uspe-

³⁴ Za pravno osebo v večinski posesti se po zakonu domneva, da je odvisna od osebe, ki je na njej udeležena z večino. Pravna oseba v večinski posesti je tista, na kateri ima oseba z večinsko udeležbo večino kapitalskih deležev ali večino glasovalnih pravic. Kateri del deležev pripada osebi, udeleženi z večino, se pri kapitalskih družbah določi v razmerju med skupnim zneskom osebni pripadajočega osnovnega kapitala (osnovne glavnice) k osnovnemu kapitalu. Lastni deleži se pri kapitalskih družbah odštejejo od osnovnega kapitala. Z lastnimi deleži kapitala so izenačeni deleži, ki pripadajo komu drugemu za račun pravne osebe. Kateri del glasovalnih pravic pripada osebi, udeleženi z večino, se določi po razmerju števila glasovalnih pravic, ki jih lahko izvršuje iz njej pripadajočih deležev v skupnem številu vseh glasovalnih pravic. Od skupnega števila glasovalnih pravic se odštejejo glasovalne pravice iz lastnih deležev. Z lastnimi deleži pravnih oseb so izenačeni deleži, ki pripadajo komu drugemu za račun pravne osebe. Kot deleži, ki pripadajo osebi z večinskim deležem, veljajo tudi deleži, ki pripadajo od nje odvisni pravni osebi ali drugemu za račun te pravne osebe ali od nje odvisni pravni osebi. Kot povezani veljata tudi oseba, zaposlena za nedoločen ali določen čas, in njen delodajalec, razen če je delodajalec oseba javnega prava.

³⁵ Uradni list RS, št. 79/2006, 67/2007, 1/2008 in 68/2008.

³⁶ Plavšak, 2006.

šno prevzemno ponudbo v zakonskih rokih (24. člen in prvi odstavek 28. člena ZPre-1).³⁷ Doseganje in preseganje prevzemnega praga bi se namreč prekrivala (nastopila hkrati), zato se mora šteti, da so zakonski roki spoštovani kljub preseganju prevzemnega praga. V skladu z določbo 63. člena ZPrev-1 bi prevzemnik z dnem objave prevzemne ponudbe po našem mnenju lahko začel tudi uresničevati glasovalne pravice iz kupljenih delnic.³⁸

2.8. Finančna zavarovanja

V primeru, ko je ločitvena pravica nastala na podlagi pogodbe, sklenjene med nadzorovanimi finančnimi institucijami (na primer banke, zavarovalnice, investicijski skladi) ali/in osebami javnega prava (na primer Banka Slovenije, država, SOD, KAD), je treba uporabiti posebne določbe Zakona o finančnih zavarovanjih (ZFFZ).³⁹ Določbe tega zakona se uporabljajo tudi, kadar je ena od strank take pogodbe velika gospodarska družba po 55. členu ZGD-1,⁴⁰ pod pogojem, da je druga pogodbeni stranka nadzorovana finančna institucija ali oseba javnega prava.

Finančno zavarovanje po ZFFZ je lahko bodisi ustanovitev zastavne pravice bodisi prenos (odstop) v zavarovanje. Ustanovi se lahko samo za zavarovanje denarnih terjatev in terjatev na izročitev (prenos) finančnih instrumentov. Predmet tovrstnega zavarovanja pa so lahko samo finančni instrumenti (med katere spadajo tudi vrednostni papirji) in denarne terjatve do finančnih institucij (za kar se v zakonu uporablja termin gotovina).

V primerjavi z drugimi vrstami zavarovanj je pri finančnih zavarovanjih možnost zunajsodnega uveljavljanja ločitvenih pravic precej manj regulirana in je skoraj v celoti prepuščena

³⁷ Drnovšek, 2007.

³⁸ Tako stališče je zavzela tudi Agencija za trg vrednostnih papirjev v pojasnilu št. 092-7/2011-2 z dne 10. 2. 2011, v katerem navaja, da prepoved uresničevanja glasovalnih pravic v skladu s prvim odstavkom 63. člena ZPre-1 po samem zakonu (*ex lege*) nastopi s tem, ko prevzemnik doseže prevzemni prag (razen v primeru z zakonom določenih izjem), in traja, dokler ne da, torej objavi prevzemne ponudbe v skladu z ZPre-1 oziroma dokler ne odtuji vrednostnih papirjev in delniških nakupnih opcij, ki niso vsebovane v vrednostnih papirjih, tako da prevzemnega praga (tj. 25-odstotnega deleža glasovalnih pravic v ciljni družbi) ne dosega več. Ko pa prevzemnik da prevzemno ponudbo, lahko ne glede na njen končni izid (uspešna/ni uspešna – 53. člen ZPre-1) znova uresničuje glasovalne pravice iz delnic ciljne družbe. Če ponudba ni bila uspešna, šele z izdajo odločbe o izidu prevzemne ponudbe znova nastopi prepoved uresničevanja glasovalnih pravic iz vseh delnic ciljne družbe. Navedeno stališče se razlikuje od tistega, ki je zastopano v knjigi Kocbek in dr., 2006, str. 143

³⁹ Uradni list RS, št. 47/2004 in 68/2006.

⁴⁰ Po tem členu se za veliko gospodarsko družbo šteje družba, ki na bilančni presečni dan letne bilance stanja na podlagi podatkov dveh zaporednih poslovnih let, glede na povprečno število delavcev v poslovnem letu, čiste prihodke od prodaje in vrednost aktive ne izpolnjuje pogojev za uvrstitev med mikro, majhne ali srednje družbe, kar pomeni, da bo praviloma izpolnjevala vsaj dva od navedenih treh pogojev: (1) njeno povprečno število delavcev v poslovnem letu bo presegalo 250, (2) čisti prihodki od prodaje bodo presegali 35.000.000 evrov in (3) vrednost aktive bo presežala 17.500.000 evrov.

pogodbeni volji strank. Določbe ZFPPIPP ali kateregakoli drugega zakona (na primer SPZ, ZNVP), ki bi ovirale med strankama dogovorjeni način realizacije finančnih zavarovanj, se namreč ne smejo uporabiti, če je ta dogovor skladen s pravili iz ZFZ (11. člen ZFZ).⁴¹

V skladu z 8. členom ZFZ lahko zastavni upnik kot prejemnik finančnega zavarovanja takoj, ko se izpolnijo pogoji za izvršitev zastavne pravice, na primeren način zunajsodno proda zastavljene predmete, ne da bi mu bilo treba o prodaji prej obvestiti dajalca zavarovanja, počakati s prodajo določen čas, opraviti javno dražbo ali pridobiti dovoljenje za prodajo, razen če je s pogodbo o zavarovanju dogovorjeno drugače. S to pogodbo se lahko dogovori celo to, da zastavljeni predmet preide v imetništvo zastavnega upnika, pod pogojem, da so v pogodbi določeni elementi za določitev vrednosti predmeta zavarovanja. V tem primeru se šteje, da je zastavni upnik predmet zavarovanja pridobil po vrednosti, določeni v skladu z elementi iz pogodbe. V pogodbi o finančnem zavarovanju se lahko dogovori tudi pravica zastavnega upnika, da s predmeti zavarovanja razpolaga še v času trajanja zavarovanja in da namesto zagotovitve nadomestnega predmeta ob zapadlosti zavarovane terjatve to svojo obveznost pobota z dospelo zavarovano terjatvijo (9. člen ZFZ).

V skladu z 10. členom ZFZ ima prejemnik zavarovanja (fiduciar, cesionar) v primeru, ko se mu finančno zavarovanje zagotovi s prenosom oziroma odstopom določenega predmeta v zavarovanje, prav tako (kot v primeru zastave) pravico, da ob zapadlosti zavarovane terjatve predmet zavarovanja bodisi obdrži bodisi da ga proda ali da opravi pobotanje obveznosti do njegove nadomestitve z zavarovano terjatvijo, če je z njim razpolagal za čas trajanja zavarovanja. Presežek vrednosti pa mora vrniti dajalcu zavarovanja.

Z vidika pravice do zunajsodne uveljavitve ločitvenih pravic, ki so nastale na podlagi pogodbe o finančnem zavarovanju, je torej pomembna razlika v primerjavi z drugimi ločitvenimi pravicami predvsem to, da v teh primerih določbe 167. člena SPZ in 47. člena ZNVP (o načinu zunajsodne prodaje zastavljene stvari) ter 132. člena SPZ (o prepovedi komisornega dogovora) ne veljajo, razen če je s pogodbo dogovorjeno drugače. Poleg tega je pomembno tudi pravilo iz 11. člena ZFZ, po katerem začetek stečajnega postopka ali postopka prisilne poravnave ne vpliva niti na veljavnost pogodbe o finančnem zavarovanju in niti na pravice, pridobljene na njeni podlagi, vključno z opisanimi pravicami do izvršitve zavarovanja (tj. do zunajsodnega poplačila zavarovane terjatve na podlagi prodaje predmeta zavarovanja, do prilastitve tega predmeta ali do realizacije dogovora o pobotu zaradi predčasnega prenehanja – *close-out netting*⁴²).

⁴¹ Glej tudi Direktivo 2002/47/ES Evropskega parlamenta in sveta z dne 6. junija 2002 o dogovorih o finančnem zavarovanju (UL L 168, 27. 6. 2002, str. 43), 5. odstavek preambule.

⁴² V skladu z 11. točko 3. člena ZFZ »dogovor o pobotu zaradi predčasnega prenehanja« pomeni dogovor, po katerem se z izpolnitvijo pogojev za izvršitev zavarovanja štejejo vse nedospele zavarovane terjatve za dospele, nedenarne

2.9. Ločitvena pravica na terjatvah

Kadar ločitvena pravica nastane na podlagi ustanovitve zastavne pravice na terjatvi, mora zastavni upnik tako terjatev ob zapadlosti izterjati. Če je predmet zastavljene terjatve izročitev kakšne stvari, potem upnik z izterjavo namesto na terjatvi pridobi zastavno pravico na izročeni stvari, s katero je bila ta terjatev izpolnjena (184. člen SPZ). Ta stvar se zato lahko proda tudi zunajsodno, če je to dopustno po pravilih, ki urejajo zastavno pravico na tej stvari in so bila že predstavljena.

V primeru, ko je predmet zastavljene terjatve denar, zakon določa posebna pravila o poplačilu, ki so odvisna od tega, kakšen je predmet zavarovane terjatve. Če je denar obenem tudi predmet zavarovane terjatve, potem sme upnik po izterjavi zastavljene terjatve zase obdržati dolgovani znesek, preostanek pa izroči zastavitelju. Navedeno velja, tudi če zavarovana terjatev še ni zapadla v plačilo. V tem primeru upnik obdrži znesek v višini zavarovane terjatve, zmanjšan za obresti v višini bančne eskontne stopnje v kraju izpolnitve zavarovane terjatve od dneva plačila zastavljene terjatve do dneva njene zapadlosti. Kadar pa predmet zavarovane terjatve ni denar, ga mora upnik na zastaviteljevo zahtevo položiti pri sodišču (tretji odstavek 184. člena SPZ). Če pa je zavarovana terjatev v trenutku izterjave že zapadla, lahko upnik zadrži toliko, kolikor znaša odškodnina za neopravljeno izpolnitev, presežek pa mora izročiti zastavitelju.⁴³

Kadar je predmet ločitvene pravice terjatev, ki je nastala na podlagi odstopa terjatve v zavarovanje (207. člen v zvezi s drugim odstavkom 209. člena SPZ), potem upnik z izterjavo te terjatve in izročitvijo stvari ne pridobi zastavne pravice, temveč (fiduciarno) lastninsko pravico na izročeni stvari.⁴⁴ V tem primeru mora fiduciar z namenom poplačila zavarovane terjatve prav tako ravnati v skladu z določbami SPZ, ki urejajo prodajo zastavljenih stvari, pri čemer se obstoj dogovora o zunajsodni prodaji lahko vedno domneva, glede na to, da mora biti sporazum o prenosu v zavarovanje sklenjen v obliki neposredno izvršljivega notarskega zapisa, sicer ločitvena pravica ne nastane (drugi odstavek 209. člena in drugi odstavek 204. člena v zvezi z drugim odstavkom 175. člena SPZ). Z vidika realizacije zavarovanja je pomembna razlika med prenosom v zavarovanje in zastavno pravico tudi možnost, da se v primeru fiduciarnega prenosa upnik in prenosnik (dolžnik) lahko dogovorita tudi za drugačen način prodaje, kot je določen v 167. členu SPZ, ter celo za možnost, da fiduciar premičnino za primerno ceno obdrži.

terjatve pa se spremenijo v denarne terjatve in se med seboj pobotajo po svoji trenutni vrednosti (*close-out netting*).

⁴³ Tratnik, 2004, str. 774.

⁴⁴ Juhart, 1996, str. 213.

3. Učinki stečajnega postopka na zunajsodno uveljavljanje ločitvenih pravic

3.1. Načelo koncentracije

V skladu z načelom koncentracije, določenim v 227. členu ZFPPIPP, upniki praviloma⁴⁵ svoje zahtevke za izpolnitev dolžnikovih obveznosti, nastalih do začetka stečajnega postopka, lahko uveljavljajo samo v stečajnem postopku, ki se vodi zoper dolžnika, in sicer v skladu s pravili tega postopka. Če tega ne storijo, njihove terjatve prenehajo. S tem se zagotavlja enakomerno in sočasno poplačilo vseh terjatev.⁴⁶ Zaradi tega pravila je tudi unovčenje dolžnikovega premoženja treba opraviti v stečajnem postopku, kar vključuje prodajo premoženja stečajnega dolžnika, izterjavo dolžnikovih terjatev in opravljanje drugih poslov, katerih namen je uresničitev dolžnikovih premoženjskih pravic. Vsa ta dejanja po zakonu opravlja upravitelj (320. člen ZFPPIPP).

Izjema od opisanega pravila je že v uvodu citirana določba 282. člena ZFPPIPP, po kateri ločitveni upnik tudi po začetku stečajnega postopka obdrži svojo pravico, da zunajsodno proda premoženje, ki je predmet ločitvene pravice, če jo je do tega trenutka pridobil v skladu s splošnimi pravili, ki se uporabljajo za posamezno vrsto ločitvene pravice. Ločitvenemu upniku, ki ima tako pravico, ločitvene pravice in terjatve, zavarovane s to ločitveno pravico, ni treba niti prijaviti v stečajnem postopku. Ker je to pravilo izjema od splošnega pravila, ga je treba razlagati restriktivno (*singularia non sunt extendenda*), kar je temeljno vodilo (ob odsotnosti relevantne sodne prakse) tudi pri ugotovitvah, predstavljenih v nadaljevanju.

3.2. Dopustnost zunajsodne prodaje predmeta ločitvene pravice

Na podlagi zakonske določbe 282. člena ZFPPIPP lahko najprej ugotovimo, da se opisana izjema uporablja samo za tiste ločitvene pravice, ki upnikom dajejo pravico do zunajsodne prodaje premoženja. Pravilo torej ne pride v poštev, kadar so predmet ločitvene pravice nepremičnine, saj se te v nobenem primeru (še) ne morejo prodati zunajsodno (glej točko 2.1). Na podlagi (do)besedne razlage tega pravila bi lahko sklepali, da se ne more uporabiti niti v primerih, ko se premoženje, ki je predmet ločitvene pravice, zaradi svoje narave sploh ne prodaja. Tak položaj je podan, kadar je predmet ločitvene pravice terjatev, saj dolžnik te nima

⁴⁵ V stečajnem postopku se prijavljajo in uveljavljajo samo terjatve, ki neposredno vplivajo na obseg stečajne mase, in samo te se z začetkom pretvorijo v denarne terjatve. Te terjatve niso vedno enake zahtevkom, ki jih obravnava sodišče. Taka terjatev ni vsebovana na primer v zahtevku za motenje posesti, za izpraznitev v najem danega poslovnega prostora, za razveljavitev disciplinskega ukrepa, za vzpostavitev delovnega razmerja – glej Balažič, str. 2.

⁴⁶ Plavšak, 1995, str. 726.

pravice prodati, temveč jo lahko samo izterja (184. člen SPZ).⁴⁷ Enako velja tudi za primer ločitvenih pravic, predmet katerih so vrednostni papirji, ki prenehajo z izpolnitvijo (glej točko 2.6), če se zastavni upnik odloči, da vrednostnega papirja ne bo prodajal, temveč bo počakal na izpolnitev pravice iz papirja.⁴⁸ Ob takim sklepanju bi ločitveni upniki v teh primerih z začetkom stečajnega postopka izgubili svoje pravice do zunajsodne izterjave pravic iz terjatev oziroma vrednostnih papirjev. Po prvi točki prvega odstavka 320. člena ZFPPIPP bi jih moral izterjati upravitelj v postopku unovčenja stečajne mase. Ker pa razlogov za razlikovanje med obema položajema ni videti, menimo, da bi bilo treba dopustiti zunajsodno uveljavljanje tudi tistih ločitvenih pravic, ki se uresničijo z izterjavo.

3.3. Čas nastanka pravice do zunajsodne prodaje

Iz dikcije prvega odstavka 282. člena ZFPPIPP,⁴⁹ po kateri upnik še po začetku stečajnega postopka »obdrži« pravico do zunajsodne prodaje premoženja, jasno izhaja, da se obravnavana izjema ne nanaša na položaje, ko bi ločitvena pravica nastala šele po dnevu začetka stečajnega postopka, saj v tem primeru upnik te pravice ne bi obdržal, temveč bi jo na novo pridobil.⁵⁰ Za uporabo navedenega pravila je torej ključna ugotovitev trenutka nastanka ločitvene pravice, iz katere izhaja pravica do prednostnega poplačila upnika na podlagi zunajsodne prodaje.

Ker se zunajsodna prodaja lahko opravi šele po uresničitvi (odložnega) pogoja, ki je praviloma neizpolnitev zavarovane terjatve ob njeni zapadlosti (drugi odstavek 167. člena SPZ, 47. člen ZNVP), bi na podlagi besedne razlage prvega odstavka 282. člena ZFPPIPP lahko sklepali, da po začetku stečajnega postopka svoje pravice do oprave zunajsodne prodaje premoženja obdržijo samo tisti ločitveni upniki, katerih (z ločitveno pravico) zavarovane terjatve so zapadle v plačilo do vključno datuma začetka stečajnega postopka. Iz navedenega

⁴⁷ Navedeno ne velja, če je upnik do začetka stečajnega postopka že izterjal terjatev, ki je predmet ločitvene pravice, in mu je bila na tej podlagi že izročena stvar, ki je predmet izpolnitve te terjatve. V tem primeru se šteje, da je s tem pridobil zastavno pravico na tej stvari, kar lahko vključuje tudi pravico do njene zunajsodne prodaje z namenom poplačila zastavljene terjatve. Več o tem glej v podtočki 2.9.

⁴⁸ Juhart, 2003, str. 239.

⁴⁹ Določba prvega odstavka 282. člena ZFPPIPP se glasi: »Če ima ločitveni upnik po splošnih pravilih, ki se uporabljajo za njegovo ločitveno pravico, pravico opraviti zunajsodno prodajo premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, zaradi plačila terjatve, zavarovane s to ločitveno pravico, to pravico obdrži tudi po začetku stečajnega postopka.«

⁵⁰ Enak sklep izhaja tudi iz obrazložitve vsebine te določbe v vladnem Predlogu zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (EVA 2006-2011-0010) z dne 25. 9. 2007, ki se glasi: »Pravica ločitvenega upnika opraviti zunajsodno prodajo premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, ki je obstajala ob začetku stečajnega postopka, z začetkom stečajnega postopka ne preneha. Zato ta ločitveni upnik terjatve, zavarovane z ločitveno pravico, in ločitvene pravice ne prijavi v stečajnem postopku, temveč jo lahko uresniči zunajsodno po splošnih pravilih, ki veljajo za to ločitveno pravico. Ureditev v 282. členu predloga zakona ima značilnost izjeme od splošnega pravila o koncentraciji uveljavljanja terjatev v stečajnem postopku, določenega v 227. členu predloga zakona.«

bi izhajalo, da morajo drugi ločitveni upniki (katerih zavarovane terjatve do tega trenutka še niso zapadle v plačilo) ločitvene pravice in terjatve prijaviti v stečajnem postopku, sicer bi jih izgubili, in da bi se premoženje, ki je predmet takih ločitvenih pravic, prodajalo le v stečajnem postopku skladno z zakonskimi pravili o unovčenju (posebne) stečajne mase. Po teh pravilih se namreč zavarovane terjatve lahko poplačajo tudi pred njihovo zapadlostjo (257. člen ZFPPIPP), kar pri zunajsodnem uveljavljanju ločitvenih pravic ni dopustno. V teh primerih bi se zato poplačilo v okviru stečajnega postopka lahko opravilo hitreje kot v primeru zunajsodne uveljavlitve ločitvene pravice. Ne glede na to, da iz besedne razlage obravnavanega zakonskega pravila takšnega sklepanja ni mogoče z gotovostjo izključiti, menim, da namen zakonodajalca ni bil tak in da se torej ne more šteti, da je pravica do zunajsodne prodaje pridobljena šele s trenutkom izpolnitve (odložnih) pogojev, od katerih je odvisna dopustnost unovčenja predmeta zavarovanja. V tem primeru bi namreč zakonodajalec to izrecno in posebej določil ter to tudi pojasnil v obrazložitvi predloga zakona, pripravljeni za zakonodajni postopek. Prvi odstavek 282. člena ZFPPIPP je zato treba razumeti tako, da je za uporabo pravila relevanten izključno trenutek nastanka ločitvene pravice, ne pa trenutek, ko bi se lahko opravila prodaja ali poplačilo na njeni podlagi. Iz enakih razlogov tudi ni relevanten trenutek izteka osemdnevnega roka, ki mora preteči od vročitve obvestila o nameri za prodajo (po 167. členu SPZ in 47. členu ZNVP) dolžniku oziroma zastavitelju (glej točki 2.2 in 2.7). Pri tem je treba dodatno upoštevati, da je smisel tega pravila (o obvestilu ter dodatnem roku), da se dolžniku (zastavitelju) omogoči preprečitev prodaje, če v dodatnem roku izpolni zapadlo zavarovano terjatev.⁵¹ Izpolnitev v dodatnem roku je torej razvezni pogoj, saj s tem dejstvom pravica do zunajsodne prodaje preneha, ne pa nastane. Iz navedenega torej izhaja logičen sklep, da pravica do zunajsodne prodaje nastane že pred vročitvijo obvestila o nameravani prodaji in potekom osemdnevnega roka. Potek tega roka do dneva začetka stečajnega postopka zato ni pogoj za uporabo izjeme iz 282. člena ZFPPIPP. Obvestilo o nameravani prodaji in potek osemdnevnega roka po začetku stečajnega postopka nimata nobenega pomena več, saj stečajni upravitelj zunajsodne prodaje zastavljenega premoženja ne more preprečiti, ker zavarovanih terjatev ne more poplačati, ne da bi se premoženje, ki je predmet ločitvene pravice, unovčilo. Obvestilo in rok pa sta namenjena prav preprečitvi unovčenja. Če bi sprejeli nasprotno stališče, tj. da se pravica do zunajsodne prodaje lahko uveljavi samo v primeru, ko se je osemdnevni rok od vročitve obvestila o nameravani prodaji iztekel do (vključno) dneva začetka stečajnega postopka, potem bi ločitveni upniki zaradi

⁵¹ Glej sodbo Vrhovnega sodišča RS z opr. št. III Ips 78/2007, v obrazložitvi katere sodišče navaja, da je smisel opozorila v tem, da ima dolžnik na razpolago dovolj časa, da kaj ukrene (zlasti da izpolni svojo obveznost), da prepreči prodajo zastavljene stvari. Da to lahko napravi, mu še ni treba vedeti dneva in kraja prodaje; zadošča upnikovo opozorilo, da bo zastavljeno stvar prodal. Pravočasno sporočilo o dnevu in kraju prodaje pa je namenjeno temu, da lahko dolžnik še v zadnjem trenutku kaj ukrene za preprečitev prodaje zastavljene stvari in da se lahko udeleži javne dražbe.

ohranitve pravice do zunajsodne prodaje imeli interes, da čim prej odpokličejo zavarovane terjatve in za vsako (dopustno) ceno unovčijo zavarovanja že ob prvih indicijah insolventnosti dolžnika, kar bi lahko povzročilo še dodatno poslabšanje likvidnosti dolžnika in začetek stečajnega postopka zoper dolžnika tudi v primeru, ko bi se slednji lahko preprečil, ker bi na primer dolžnik ob nadaljnjem poslovanju in ohranitvi (uporabi) zastavljenega premoženja lahko poplačal zavarovano terjatev bodisi v daljšem časovnem obdobju bodisi z ugodnejšim unovčenjem zastavljenega premoženja zaradi izboljšanja tržnih razmer. Taka pravna ureditev bi omejevala oziroma celo onemogočala možnosti za finančno prestrukturiranje in sanacijo družbe, s tem pa tudi ugodnejše poplačilo upnikov.

Pravica do zunajsodne prodaje se v primeru, ko je ločitvena pravica ustanovljena kot neposestna zastavna pravica, pridobi šele takrat, ko je zastavljena premičnina ob zapadlosti zavarovane terjatve izročena v posest zastavnemu upniku, saj se v nasprotnem primeru prodaja sploh ne more izvesti (glej točko 2.2). Uporaba izjeme iz 282. člena ZFPPIPP in zunajsodno poplačilo brez prijave terjatve v stečajnem postopku bosta zato pri neposestni zastavni pravici mogoča le v primeru, ko je zastavni upnik pridobil posest nad zastavljeno stvarjo najpozneje na dan začetka stečajnega postopka, saj se šele s tem trenutkom neposestna zastavna pravica spremeni v ročno zastavo in se zato lahko domneva obstoj sporazuma o zunajsodni prodaji (drugi odstavek 175. člena SPZ).⁵²

3.4. Prijava ločitvene pravice in zavarovane terjatve

Upnik se z zunajsodno prodajo predmetov ločitvene pravice izogne obveznosti prijave ločitvene pravice in terjatve v stečajnem postopku ter tveganjem v zvezi z njenim prenehanjem. Seveda to ne pomeni, da stečajni upravitelj zoper takega upnika ne more vložiti izpodbojne tožbe in v stečajno maso zahtevati vračila predmeta ločitvene pravice oziroma denarnega nadomestila, če je bil že prodan. To mora storiti v splošnem šestmesečnem roku iz prvega odstavka 277. člena ZFPPIPP. Poleg tega lahko upravitelj zoper takega upnika vloži tudi odškodninsko tožbo zaradi kršitve zakonskih ali pogodbenih pravil o (zunajsodni) prodaji, če je posledica tega oškodovanje dolžnika. Odškodninska odgovornost bo podana zlasti takrat, kadar ločitveni upnik pri prodaji predmetov ločitvene pravice ne bi ravnal s potrebno skrbnostjo in bi zato dosegel prenizko kupnino. Pri tem velja opozoriti, da se po začetku stečajnega postopka nastanek škode kot elementa odškodninske odgovornosti ugotavlja drugače, in sicer tudi v odvisnosti od tega, ali so bili zaradi protipravnega dejanja oškodovani drugi upniki, in

⁵² Šlamberger, 2008, str. 9. Glej tudi sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. III Cpg 1043/2010, v obrazložitvi katerega sodišče zavzame stališče, da se 282. člen ZFPPIPP ne uporablja v primeru, ko ima upnik v zavarovanje svoje terjatve ustanovljeno neposestno zastavno pravico na stvari, ki je v posesti tretjega, in je zoper tretjega začel stečajni postopek.

ne le dolžnik (glej sodbi Vrhovnega sodišča RS z opr. št. II Ips 591/2004⁵³ in opr. št. III Ips 127/2007⁵⁴).

Kadar vrednost premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, ne zadostuje za poplačilo zavarovane terjatve v celoti, se za neplačani del terjatve uporabljajo splošna pravila iz ZFPPIPP, ki veljajo za nezavarovane terjatve (tretji odstavek 282. člena ZFPPIPP). To pomeni, da jo mora upnik prijaviti in da se poplača iz splošne razdelitvene mase v enakem deležu kot druge nezavarovane terjatve. Če pa ločitveni upnik do izteka roka za prijavo terjatev zunajsodne prodaje še ni opravil, lahko del terjatve, za katerega predvideva, da ne bo poplačan iz vrednosti premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, prijavi pod odložnim pogojem, ki se uresniči, če bo kupnina, dosežena s prodajo premoženja, nižja od zneska zavarovane terjatve.⁵⁵

Upnik, ki ne glede na izjemo iz 282. člena ZFPPIPP prijavi terjatev in ločitveno pravico v stečajnem postopku, s tem dejanjem ne izgubi pridobljene pravice do oprave zunajsodne prodaje premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, in se ji ne odpove. Prijava terjatve in ločitvene pravice tudi ne pomeni izčrpanja izbirne pravice upnika, saj ne gre za primer alternativne obveznosti po določbah obligacijskega prava.⁵⁶

3.5. Poplačilo na podlagi zunajsodne prodaje

Na podlagi zunajsodne prodaje lahko upnik doseže hitrejšo poplačilo svoje zavarovane terjatve in se obenem izogne stroškom, ki bi sicer nastali z unovčenjem posebne stečajne mase v stečajnem postopku.⁵⁷ Zaradi navedenega je lahko terjatev ločitvenega upnika poplačana v višjem znesku, kadar vrednost premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, ne zadostuje

⁵³ V tej sodbi Vrhovno sodišče RS navaja, da prodaja pred iztekom osemdnevnega roka od dneva prejema obvestila o nameravani prodaji ne povzroči neveljavnosti prodaje, temveč odškodninsko odgovornost, če je zaradi tega zastavitelju nastala škoda.

⁵⁴ V obrazložitvi te sodbe Vrhovno sodišče RS navaja, da so v primeru neprostovoljnega predčasnega poplačila kreditne obveznosti lahko prizadeti vsi pravno varovani premoženjski interesi kreditojemalca, ki so podlaga za to, da si je z dvostransko obveznim poslom zagotovil možnost, da določen čas uporablja finančna sredstva druge pogodbene stranke. Tožeči stranki (stečajnemu dolžniku) je zato mogoče priznati zahtevek na povrnitev škode, ki se kaže kot razlika med tem, kar je tožena stranka (upnik) dobila z nedopustnim unovčenjem menice za nezapadlo terjatev, in zneskom, ki bi ji pripadal iz stečajne mase, če bi bila poplačana kot stečajna upnica. V takem primeru je namreč tožena stranka pridobila korist, ki se na drugi strani kaže kot oškodovanje upnikov in zmanjšanje stečajne mase.

⁵⁵ Plavšak, 2008, str. 198.

⁵⁶ Tako stališče je zavzelo tudi Višje sodišče v Ljubljani v zadevi z opr. št. Cst 16/2011 (St 912/2009).

⁵⁷ Ti po določbi 226. člena ZFPPIPP obsegajo stroške ocene vrednosti premoženja, ki spada v posebno stečajno maso, stroške izvedbe njegove prodaje, sorazmerni del nadomestila upravitelju iz tretje točke četrtega odstavka 103. člena ZFPPIPP, sorazmerni del nadomestila upravitelju za izdelavo otvoritvenega poročila, sorazmerni del drugih stroškov v zvezi z izdelavo računovodskih izkazov, arhiviranja ter drugih stroškov v zvezi s končanjem stečajnega postopka.

za njeno popolno poplačilo. Če pa vrednost premoženja presega znesek zavarovane terjatve, potem se toliko večji preostanek lahko prenese v splošno razdelitveno maso, iz katere so lahko poplačani drugi upniki (glej četrti odstavek 370. člena ZFPPIPP).

3.6. Izjeme, ki veljajo za finančna zavarovanja

Stečajni postopek v nobenem primeru ne more vplivati na upnikove pravice do zunajsodnega uveljavljanja tistih ločitvenih pravic, ki so nastale na podlagi finančnih zavarovanj. Kot je bilo pojasnjeno v točki 2.8, se v takih primerih uporabljajo specialna pravila iz ZFZ, po katerih pogodba o finančnem zavarovanju in na njeni podlagi pridobljene ločitvene pravice, vključno s pravicami do izvršitve zavarovanja, ostanejo v veljavi tudi po začetku stečajnega postopka (prvi odstavek 11. člena ZFZ). Navedeno velja ne glede na način uveljavitve ločitvene pravice in ne glede na čas nastanka pravice do izvršitve zavarovanja.

4. Učinki postopka prisilne poravnave na zunajsodno uveljavljanje ločitvenih pravic

Začetek oziroma potrditev prisilne poravnave v skladu z določbami drugega odstavka 160. člena in 213. člena v zvezi z 20. členom ZFPPIPP ne vplivata na terjatve, zavarovane z ločitveno pravico, s tem pa tudi ne na zunajsodno uveljavljanje teh pravic. Vsa splošna pravila v zvezi z zunajsodnim uveljavljanjem ločitvenih pravic, ki so opisana v drugi točki, torej veljajo tudi v primeru uvedbe, začetka in potrditve prisilne poravnave. Če pa vrednost premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, ne zadostuje za poplačilo zavarovane terjatve v celoti, se za neplačani del terjatve uporabljajo enaka pravila, kot veljajo za nezavarovane terjatve (tretji odstavek 213. člena ZFPPIPP). To pomeni, da se ta del terjatve poplača pod pogoji iz potrjene prisilne poravnave.

5. Sklep

Zunajsodno uveljavljanje ločitvenih pravic je v slovenskem pravnem redu dopustno ne glede na vrsto njihovega predmeta, razen če je ta nepremičnina. Kadar sta upnik in imetnik predmeta ločitvene pravice gospodarska subjekta, se pravica upnika do njene zunajsodne uveljavitve domneva, v drugih primerih pa se mora posebej dogovoriti. Poseben dogovor pa ni potreben, če je ločitvena pravica nastala na podlagi pogodbe o ustanovitvi neposestne zastavne pravice, fiduciarnega ali finančnega zavarovanja ali če so predmet ločitvene pravice tržni vrednostni papirji. Kadar so predmet ločitvene pravice tržni vrednostni papirji ali kadar je ločitvena pravica nastala na podlagi pogodbe o finančnem zavarovanju, je treba pri zunajsodnem uveljav-

ljanju teh ločitvenih pravic uporabiti posebna pravila iz ZNVP in ZFZ. Stečajni postopek na pravico do zunajsodne uveljavitve ločitvene pravice nima vpliva samo pod pogojem, če je pridobljena do vključno njegovega začetka, ter v primerih, ko je nastala na podlagi pogodbe o finančnem zavarovanju. Postopek prisilne poravnave pa na zunajsodno uveljavljanje ločitvenih pravic nikoli ne vpliva.

Viri in literatura

- Balažic, Vladimir. Procesna vprašanja v zvezi z ZFPPIPP. http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/2005/PDF/CIP/12_05_2010BALAZIC.pdf (31.3.2011).
- Drnovšek, Gregor. Položaj prevzemnika ob prevzemu gospodarske družbe. *Pravna praksa*, št. 2/2007, str. 13.
- Erjavec, Matej. Pridobitev in uresničitev zastavne pravice na nematerializiranih vrednostnih papirjih (zunajsodna prodaja, prodaja na organiziranem trgu). *Podjetje in delo*, št. 6/2005, str. 1440.
- Grilc, Peter. Pogodba o kontroli blaga in storitev. V: Juhart, Miha, Plavšak, Nina. *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 4. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2004, str. 677–708.
- Juhart, Miha. *Cesija: pogodbeni odstop terjatve*. *Gospodarski vestnik*, Ljubljana 1996.
- Juhart, Miha. Zastavna pravica na vrednostnem papirju. *Gospodarski subjekti na trgu na pragu Evropske unije*, IX. posvetovanje o aktualni problematiki s področja gospodarskega prava. Inštitut za gospodarsko pravo, Portorož 2003, str. 227–241.
- Juhart, Miha. Pridržna pravica. V: Plavšak, Nina, Juhart, Miha, in Vrenčur, Renato. *Obligacijsko pravo*, Splošni del. GV Založba, Ljubljana 2009, str. 911–919.
- Juhart, Miha, Plavšak, Nina. *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 2. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2003, str. 281–283.
- Juhart, Miha, Tratnik, Matjaž, in Vrenčur, Renato. *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Kocbek, Marijan, Plavšak, Nina, in Pšeničnik, Dušan. *Zakon o prevzemih (ZPre-1)*, Uvodna pojasnila. GV Založba, Ljubljana 2006.
- Kranjc, Vesna. *Skladiščna pogodba*. V: Juhart, Miha, Plavšak, Nina. *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 4. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2004, str. 160–186.
- Kranjc, Vesna. *Špedicijska pogodba*. V: Juhart, Miha, Plavšak, Nina. *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 4. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2004, str. 641–675.
- Plavšak, Nina. *Pravni problemi uveljavljanja terjatev, ločitvenih in izločitvenih pravic v stečajnih postopkih*. *Podjetje in delo*, št. 5/1995, str. 726.

- Plavšak, Nina. Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP), Razširjena uvodna pojasnila. GV Založba, Ljubljana 2008.
- Plavšak, Nina. Zakon o nematerializiranih vrednostnih papirjih (ZNVP) s komentarjem. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1999.
- Plavšak, Nina. Obligacijskopravne značilnosti prevzemnih ponudb ter posebnosti pridobivanja kvalificiranih deležev pri finančnih družbah. Podjetje in delo, št. 7/2006, str. 1049.
- Primec, Andreja. Zastava delnice kot vrednostnega papirja. Podjetje in delo, št. 3/2000, str. 417.
- Šlamberger, Miha. Posebna pravila za ločitvene pravice, ki se lahko uveljavljajo zunajsodno. Pravna praksa, št. 17/2008, str. 9.
- Vrenčur, Renato. Retencijska pravica in pridržek lastninske pravice na nepremičninah?, Pravna praksa, št. 9/2002, str. 7–9.
- Vrenčur, Renato. Ureditev fiduciarnega prenosa lastninske pravice v zavarovanje v novem slovenskem pravu. Pravna praksa, št. 42-43/2003, str. 7–11.

Uveljavljanje pravic v čezmejnih razmerjih

III.

DRAGICA WEDAM LUKIČ

Priznanje in izvršitev tujih sodnih odločb v Republiki Sloveniji

BARBARA NOVAK

*Novosti v evropskem družinskem pravu – nova ureditev v
preživninskih zadevah*

VIKTORIJA ŽNIDARŠIČ SKUBIC

Evropsko (mednarodno zasebno) dedno pravo

JERCA KRAMBERGER ŠKERL

Sporazum o pristojnosti v Uredbi Bruselj I

Izvirni znanstveni članek
347.952:341.985(497.4)

Priznanje in izvršitev tujih sodnih odločb v Republiki Sloveniji

DR. DRAGICA WEDAM LUKIČ,
redna profesorica na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Eden od izrazov načela suverenosti držav je tudi pravica države, da izvaja sodno oblast na svojem ozemlju. Glede na to lahko sodna odločba kot akt državne oblasti neposredno učinkuje samo na ozemlju države sodišča, ki jo je izdalo. Kljub temu so države pod določenimi predpostavkami večinoma pripravljene priznavati in izvrševati odločbe tujih sodišč, za kar se v teoriji navajajo različni razlogi. V preteklosti je teorija iskala podlago za tako prakso držav v nauku o pridobljenih pravicah oziroma v potrebi po medsebojnem zaupanju in sodelovanju med državami. Danes se poleg tega vse bolj poudarjajo ekonomski razlogi, saj je s tem, ko se omogoči izvršba na podlagi sodbe, izdane v drugi državi, strankam zagotovljeno učinkovitejše varstvo njihovih pravic. Priznanje učinkov tujih sodnih odločb je tudi v interesu pravne varnosti, saj se je tako mogoče izogniti nevarnosti, da bi bile v različnih državah izdane različne sodbe o isti stvari. Strankam so s tem prihranjeni nepotrebni stroški dvakratnega pravljanja, pa tudi država s tem prihrani pri stroških delovanja sodnega sistema.¹

Izraza »priznanje in izvršitev« se navadno uporabljata skupaj, vendar gre za dva različna načina učinkovanja tujih sodnih odločb. Poenostavljeno rečeno pride (zgolj) priznanje v poštev pri ugotovitvenih in oblikovalnih odločbah, pa tudi v primeru dajatvenih odločb, če se ne zahteva njihova izvršitev, temveč si želi stranka zagotoviti kakšen drug učinek (npr. če uveljavlja ugovor *rei iudicatae*). Obseg učinkovanja tuje odločbe pa je odvisen od tega, ali je o tem, ali odločba izpolnjuje pogoje za priznanje, odločeno kot o glavnem ali samo kot o predhodnem

¹ Grbin, str. 10, meni, da država s tem, ko ne prizna učinkov tuje odločbe, državi, iz katere ta izvira, ne povzroči nobene škode, saj s tem ne posega v pravni red te države, po drugi strani pa ima nepriznanje lahko negativne posledice zanjo in za stranke, ki so pogosto njeni državljani.

vprašanju. Za priznanje in izvršitev so lahko določene iste, lahko pa tudi nekatere različne predpostavke ter predpisana enaka ali različna pravila postopka. V grobem ločimo tri sisteme priznanja učinkov tujih sodnih odločb: sistem meritornega preizkusa, sistem omejenega preizkusa in sistem neposrednega (*ipso iure*) učinkovanja tujih odločb. V sistemu meritornega preizkusa (*revision au fond*) sodišče države, v kateri se zahteva priznanje oziroma izvršitev, preizkusi pravilnost postopka, v katerem je bila tuja odločba izdana, ter tudi pravilnost dejanskih ugotovitev in uporabe materialnega prava. V sistemu omejenega preizkusa (*contrôle limité*) so določene le posamezne predpostavke za priznanje, ki so večinoma procesne narave, vsebinsko pa se preizkus omeji na vprašanje morebitne neskladnosti z javnim redom. V sistemu neposrednega učinkovanja pa se tujim odločbam priznajo učinki neposredno brez vsakršnega formalnega preizkusa. V primerjalnem pravu prevladuje sistem omejenega preizkusa, države, ki ne priznavajo tujih sodnih odločb oziroma jih priznavajo samo v nekaterih primerih, pa so redke.² Glede postopka za priznanje in izvršitev sta večinoma uveljavljeni dve rešitvi: odločanje o tem, ali tuja odločba izpolnjuje pogoje za priznanje oziroma izvršitev, kot o predhodnem vprašanju ter odločanje v posebnem (delibacijskem) postopku.

V Republiki Sloveniji veljajo različna pravila za sodne odločbe, ki izvirajo iz držav članic Evropske unije (v nadaljevanju EU), in za sodne odločbe, ki izvirajo iz drugih držav. Za sodne odločbe, ki izvirajo iz držav članic EU, se uporabljata zlasti Uredba št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (Uredba Bruselj I) in Uredba št. 2201/2003 z dne 27. novembra 2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo (Uredba Bruselj IIa). Posebna ureditev velja po Uredbi št. 805/2004 z dne 21. aprila 2004 o uvedbi evropskega naloga za izvršbo nespornih zahtevkov,³ po Uredbi št. 1896/2006 z dne 12. decembra 2006 o uvedbi postopka za evropski plačilni nalog in po Uredbi št. 861/2007 z dne 11. julija 2007 o uvedbi evropskega postopka v sporih majhne vrednosti, v kratkem pa naj bi se začela uporabljati Uredba št. 4/2009 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju ter sodelovanju v preživninskih zadevah.

Za sodne odločbe, ki izvirajo iz držav članic EU, za katere ne veljajo navedene uredbe, ter za sodne odločbe, ki izvirajo iz drugih držav, se uporabljajo določbe Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (Uradni list RS, št. 56/1999, v nadaljevanju ZMZPP), razen če je na posameznem področju oziroma v razmerju s posamezno državo vprašanje medsebojnega priznavanja in izvrševanja sodnih odločb drugače urejeno.

² V novejšem času naj bi bile to še nekatere islamske države, nekatere države pa priznavajo tuje sodne odločbe samo na podlagi mednarodnih pogodb. V preteklosti je bila z našega vidika problematična predvsem Avstrija, vendar je bil z vključitvijo Slovenije v Evropsko unijo ta problem odpravljen.

³ Prevod naslova uredbe je neustrezen – gre namreč za uvedbo evropskega izvršilnega naslova, in ne za evropski nalog za izvršbo. Tako tudi Galič, *Evropski izvršilni naslov*, str. 15.

Po prvem odstavku 13. člena Zakona o izvršbi in zavarovanju (Uradni list RS, št. 51/1998 in nasl., v nadaljevanju ZIZ) se lahko dovoli izvršba na podlagi odločbe tujega sodišča ali drugega tujega organa ter izvršitev tuje javne listine, če ta izpolnjuje z zakonom, z mednarodno pogodbo ali s pravnim aktom EU, ki se v Republiki Sloveniji uporablja neposredno, predpisane pogoje za priznanje. Tuje odločbe in tuje javne listine, za katere je z zakonom, z mednarodno pogodbo ali s pravnim aktom EU, ki se v Republiki Sloveniji uporablja neposredno, določeno, da so v Republiki Sloveniji izvršljive brez dovolitve, pa se lahko izvršijo, če izpolnjujejo z zakonom, z mednarodno pogodbo ali s pravnim aktom EU predpisane pogoje (drugi odstavek 13. člena ZIZ).

2. Ureditev po ZMZPP

Po 94. členu ZMZPP je tuja sodna odločba izenačena z odločbo slovenskega sodišča in ima enak pravni učinek kot domača sodna odločba, če jo prizna slovensko sodišče. Za tujo sodno odločbo se štejeta tudi poravnava, sklenjena pred tujim sodiščem, ter odločba drugega organa, ki se nanaša na civilnopravno razmerje in je v državi izvora izenačena s sodno odločbo (94. člen). ZMZPP ureja pogoje za priznanje in izvršitev tujih sodnih odločb v 95. do 103. členu. Za odločitev o priznanju tuje sodne odločbe morata biti izpolnjeni dve pozitivni predpostavki: predlagatelj mora predlogu priložiti tujo sodno odločbo oziroma njen overjen prevod v jezik, ki je pri sodišču v uradni rabi, ter potrdilo o njeni pravnomočnosti (95. člen), če se zahteva njena izvršitev, pa še potrdilo o njeni izvršljivosti po pravu države, v kateri je bila izdana (drugi odstavek 103. člena). Druge predpostavke so negativne narave, na nekatere pazi sodišče po uradni dolžnosti, na druge pa samo na ugovor nasprotne stranke.

Razlogi, na katere pazi sodišče po uradni dolžnosti, so:

- izključna pristojnost slovenskega sodišča, ki pa ni ovira za priznanje tuje sodne odločbe, izdane v zakonskem sporu, če zahteva priznanje toženec ali če zahteva priznanje tožnik, toženec pa temu ne nasprotuje (97. člen),
- prej izdana pravnomočna sodna odločba slovenskega sodišča ali prej priznana sodna odločba tujega sodišča, ki je bila izdana o isti zadevi med istima strankama (prvi odstavek 99. člena),
- nasprotje z javnim redom Republike Slovenije (100. člen) ter
- neobstoj vzajemnosti, s tem da se obstoj vzajemnosti predpostavlja do dokaza o nasprotjem, poleg tega pa neobstoj vzajemnosti ni ovira za priznanje sodb, izdanih v zakonskih sporih ter sporih o ugotavljanju in izpodbijanju očetovstva ali materinstva, in prav tako ne v primeru, ko priznanje oziroma izvršitev zahteva slovenski državljan (101. člen).

Na ugovor osebe, proti kateri je bila tuja sodna odločba izdana, pa sodišče zavrne predlog za priznanje oziroma izvršitev:

- če ugotovi, da tej osebi ni bila dana možnost obravnavanja pred sodiščem (96. člen),
- če je pristojnost sodišča države izvora temeljila izključno na kateri od tako imenovanih prekomernih pristojnosti: državljanstvu tožnika, premoženju toženca v državi ali na osebni vročitvi tožbe oziroma drugega akta, s katerim se je začel postopek, tožencu, ter v primeru, ko sodišče države izvora ni upoštevalo sporazuma o pristojnosti slovenskega sodišča (98. člen).

Če se tuja sodna odločba nanaša na osebni status državljana države, v kateri je bila izdana, je sodišče pri odločanju o priznanju ne preizkuša z vidika izključne pristojnosti slovenskega sodišča, nasprotja z javnim redom in obstoja vzajemnosti (102. člen). Poleg tega ZMZPP – drugače od prej veljavnega zveznega Zakona o ureditvi kolizije zakonov s predpisi drugih držav v določenih razmerjih (Uradni list SFRJ, št. 43/1982, v nadaljevanju ZUKZ) – za priznanje tujih sodnih odločb, izdanih v statusnih zadevah naših državljanov, ne določa več vsebinskega preizkusa skladnosti z našo pravno ureditvijo,⁴ za priznanje sodnih odločb, ki se nanašajo na osebni status osebe, ki ni državljan države izvora odločbe, pa ne določa več pogoja, da mora taka odločba izpolnjevati pogoje za priznanje v državi državljanstva te osebe.⁵

Postopek priznanja in izvršitve tujih sodnih odločb ureja ZMZPP v 108. do 111. členu. O priznanju tuje sodne odločbe se odloča v posebnem nepravdnem postopku kot o glavnem vprašanju, lahko pa o tem odloča tudi vsako sodišče kot o predhodnem vprašanju. Na prvi stopnji odloča o priznanju sodnik posameznik okrožnega sodišča, krajevno pa je pristojno vsako stvarno pristojno sodišče. O priznanju odloči sodišče s sklepom, proti kateremu lahko nasprotna stranka v petnajstih dneh vložijo ugovor, o katerem odloča okrožno sodišče v senatu treh sodnikov. Sklepa o priznanju tuje sodne odločbe o razvezi zakonske zveze ni treba vročiti nasprotni stranki, če zahteva priznanje slovenski državljan, nasprotna stranka pa nima niti stalnega niti začasnega prebivališča v Sloveniji. O ugovoru odloči sodišče brez naroka, razen če je odločitev o ugovoru odvisna od spornih dejstev. Proti sklepu, s katerim sodišče predlog za priznanje zavrne, in proti sklepu, s katerim sodišče odloči o ugovoru, je mogoča pritožba na Vrhovno sodišče.

Za izvršitev tuje sodne odločbe je pristojno okrajno sodišče, ki je pristojno za izvršbo. Ker lahko v primeru, da o priznanju še ni bilo odločeno v posebnem postopku, o tem odloči vsako sodišče kot o predhodnem vprašanju, lahko stranka na podlagi tuje sodne odločbe predlog za izvršbo vložijo neposredno na sodišče, ki je pristojno za dovolitev izvršbe. Če o tem, ali so

⁴ Člen 93 ZUKZ je določal: Če bi bilo treba pri odločanju o osebnem stanju (statusu) državljana SFRJ po tem zakonu uporabiti pravo SFRJ, se tuja odločba prizna tudi, kadar je bilo uporabljeno tuje pravo, če se ta odločba bistveno ne odmika od prava SFRJ, ki se uporablja za takšno razmerje.

⁵ Ta pogoj je določal ZUKZ v 95. členu. Teorija je to določbo kritizirala, saj je to pomenilo, da so morali biti za priznanje kumulativno izpolnjeni pogoji po jugoslovanskem pravu in po pravu države, katere državljan je bil tujec. Glej Ilesič, Poljinar Pavčnik, Wedam Lukić, str. 142.

izpolnjeni pogoji za priznanje, izvršilno sodišče odloči kot o predhodnem vprašanju, velja to samo v konkretnem postopku. Stranka zato lahko vedno zahteva, da se o tem, da tuja sodna odločba izpolnjuje pogoje za priznanje, odloči kot o glavnem vprašanju. Za to možnost se bo odločila zlasti tedaj, kadar obstaja bojazen, da bo morala ponovno zahtevati izvršbo na podlagi iste tuje sodne odločbe.

3. Uredba Bruselj I

Uredba Bruselj I je med državami članicami EU nadomestila Bruseljsko konvencijo o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah iz leta 1968.⁶ Uporablja se v civilnih in gospodarskih zadevah (izrecno so izključene davčne, carinske in upravne zadeve), razen za osebna stanja fizičnih oseb, za premoženjska razmerja med zakonci, za oporoke in dedovanje, za insolvenčne postopke, za socialno varnost in za arbitražo (1. člen).⁷ Glede njene časovne veljavnosti je v prvem odstavku 66. člena določeno, da se uporablja samo za pravne postopke, ki so bili začeti, in za listine, ki so bile uradno sestavljene ali registrirane kot javne listine po tem, ko je začela veljati. Po drugem odstavku 66. člena pa se pod določenimi pogoji priznajo in izvršijo sodne odločbe, izdane po uveljavitvi te uredbe, tudi če je bil postopek začel pred njeno uveljavitvijo. Če sodna odločba izvira iz druge države članice EU, se prizna pod pogojem, da je bil postopek začel po uveljavitvi Bruseljske ali Luganske konvencije tako v državi izvora kot v zaproseni državi članici. V vseh drugih primerih se tuja sodna odločba prizna, če je pristojnost sodišča v državi izvora temeljila na kateri od naveznih okoliščin, določenih v II. poglavju te uredbe, ali na mednarodni konvenciji, sklenjeni med državo izvora in državo, v kateri se zahteva priznanje.

Z uveljavitvijo Uredbe Bruselj I so se med državami članicami prenehale uporabljati mednarodne pogodbe, sklenjene med dvema ali več državami, kolikor se z njimi ureja vprašanje mednarodne pristojnosti ter medsebojnega priznanja in izvršitve sodnih odločb (69. člen). Te pogodbe pa se še naprej uporabljajo glede vprašanj, ki jih ta uredba ne ureja, ter v zvezi z odločbami, ki so bile izdane pred začetkom njene veljavnosti (70. člen). Uredba tudi ne vpliva na uporabo večstranskih konvencij, katerih pogodbenica je posamezna država in ki na posebnem pravnem področju urejajo pristojnost, priznanje ali izvršitev sodnih odločb (71. člen).

Kot izhaja iz preambule uredbe, je njen namen zagotoviti prosti pretok sodnih odločb na podlagi medsebojnega zaupanja ter njihovo učinkovito izvršljivost v drugih državah članicah. Glede

⁶ O ureditvi po Bruseljski konvenciji in po (»vzporedni«) Luganski konvenciji o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, sklenjeni leta 1988 med tedanjimi članicami EU in državami EFTA, glej Wedam Lukić, str. 641 do 653.

⁷ Podrobneje o tem glej Rijavec, str. 1147 do 1163.

na to določa sistem *ipso iure* priznavanja: sodna odločba, izdana v eni državi članici, učinkuje v drugih državah članicah, ne da bi bilo za to treba izpeljati kakršenkoli postopek (prvi odstavek 33. člena). Ne glede na to lahko »vsaka zainteresirana stranka« zahteva, naj sodišče o priznanju take odločbe odloči kot o glavnem vprašanju (drugi odstavek 33. člena). Poleg tega lahko sodišče, pred katerim teče postopek, v katerem je odločitev odvisna od odločitve o priznanju, o tem odloči kot o predhodnem vprašanju (tretji odstavek 33. člena). Tujo sodno odločbo, izdano v eni od držav članic, je mogoče pod pogojem, da je v tej državi postala izvršljiva, izvršiti v drugi državi članici le, če je v tej drugi državi predhodno razglašena za izvršljivo v posebnem postopku (38. člen). Postopek za razglasitev izvršljivosti se začne na zahtevo zainteresirane stranke pred sodiščem ali drugim organom, določenim po pravu zaprosene države (v Sloveniji je to okrožno sodišče), krajevna pristojnost pa se določi po kraju dolžnikovega stalnega prebivališča ali po kraju izvršitve (39. člen). Stranka, ki zahteva priznanje oziroma razglasitev izvršljivosti, mora zahtevi priložiti (izvršljivo) sodno odločbo ter potrdilo, ki ga na posebnem obrazcu, ki je priloga uredbe, izda sodišče države izvora (53. člen). V Sloveniji je to okrožno sodišče, na območju katerega ima dolжник stalno ali začasno prebivališče (42.b člen ZIZ).⁸ Vsebina tega potrdila je razvidna iz Priloge V. Iz njega so med drugim razvidni splošni podatki o sodišču, ki je izdalo sodno odločbo, datum izdaje odločbe in stranke postopka, če je bila odločba izdana, ne da bi se toženec spustil v postopek, pa tudi datum vročitve pisanja o začetku postopka tožencu. Predložitev tega potrdila pa ni nujen pogoj, saj lahko pristojni organ sprejme tudi drugo enakovredno listino, če razpolaga z zadostnimi podatki, pa lahko stranko celo oprosti predložitve (prvi odstavek 55. člena). Listine se lahko predložijo v originalu, v overjenem prevodu pa jih je treba predložiti le na zahtevo pristojnega sodišča oziroma drugega pristojnega organa (drugi odstavek 55. člena). Sodišče oziroma drug pristojni organ odloči o priznanju oziroma razglasitvi izvršljivosti samo na podlagi formalno pravilne zahteve brez preizkusa vsebinskih predpostavk, ki jih uredba določa v 34. in 35. členu. Te predpostavke sodišče preveri samo na zahtevo nasprotne stranke, pod nobenim pogojem pa ni dopusten vsebinski preizkus tuje sodne odločbe (36. člen in drugi odstavek 45. člena).

Po 34. členu se sodna odločba ne prizna, (1) če je v očitnem nasprotju z javnim redom zaprosene države; (2) če tožencu, ki se ni spustil v postopek, ni bilo pravočasno vročeno pisanje o začetku postopka, razen če v državi izvora ni izkoristil možnosti za izpodbijanje sodne odločbe, čeprav je imel to možnost, ter (3) če je sodna odločba nezdružljiva s sodno odločbo, izdano med istima strankama v državi priznanja, (4) oziroma s predhodno sodno odločbo, izdano v drugi državi o istem zahtevku med istima strankama, ki izpolnjuje pogoje za priznanje v državi priznanja. Po 35. členu pa se priznanje zavrne, če sodišče države izvora ni upoštevalo posebnih pravil o pristojnosti, določenih z uredbo zaradi varstva šibkejše stranke v sporih iz zavarovalnih razmerij in v sporih iz razmerij s potrošniki, ter pravil o izključni pristojnosti. Pri

⁸ Več o tem glej Ekart, Rijavec, Čezmejna izvršba ..., str. 37 do 42.

presoji pristojnosti je sodišče države priznanja vezano na dejstva, na katera je sodišče države izvora oprlo svojo pristojnost. Pristojnost je mogoče preverjati samo v tem obsegu in pravil o pristojnosti ni mogoče šteti za pravila javnega reda. Tujo sodno odločbo je mogoče priznati tudi, če v državi izvora še ni postala pravnomočna. Pravnomočnost tudi ni pogoj za razglasitev izvršljivosti, saj glede na določbo 38. člena za razglasitev izvršljivosti zadošča, da je tuja sodna odločba izvršljiva, tudi če še ni pravnomočna.⁹ Uredba pa predvideva možnost, da se v primeru, ko je v državi izvora proti sodni odločbi vloženo »redno pravno sredstvo«,¹⁰ postopek priznanja oziroma razglasitve izvršljivosti prekine (37. in 46. člen).

Za odločanje o priznanju ali izvršitvi je v Sloveniji na prvi stopnji pristojno okrožno sodišče dolžnikovega prebivališča (42.b člen ZIZ). Proti odločbi o priznanju oziroma razglasitvi izvršljivosti imata obe stranki pravno sredstvo, predvideno v 43. členu uredbe. V Sloveniji je to ugovor kot nedeolutivno pravno sredstvo, o katerem odloča sodišče, ki je izdalo sklep o priznanju oziroma razglasitvi izvršljivosti v kontradiktornem postopku. Proti odločitvi o tem pravnem sredstvu je predvideno še eno pravno sredstvo – v Sloveniji je to pritožba na Vrhovno sodišče.¹¹ Sodišči morata o obeh pravnih sredstvih odločiti brez odlašanja. Priznanje oziroma izvršitev se lahko zavrne samo iz razlogov, navedenih v 34. in 35. členu, v nobenem primeru pa ni dopusten vsebinski preizkus tuje sodne odločbe.

Določbe o priznanju in izvršitvi tujih sodnih odločb se smiselno uporabljajo tudi za razglasitev izvršljivosti izvršljivih javnih listin, med katere se po uredbi štejejo tudi sporazumi v zvezi s preživninskimi obveznostmi, sklenjeni ali potrjeni pred upravnimi organi (57. člen), ter poravnava, sklenjenih pred sodišči in izvršljivih v državi članici, v kateri je bila poravnava sklenjena (58. člen).

4. Uredba Bruselj IIa

Uredba št. 2201/2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi Uredbe št. 1347/2000 se uporablja v civilnih zadevah, ki se nanašajo na razvezo, prenehanje življenjske skupnosti ali

⁹ Tako tudi Galič, Postopek priznanja ..., str. 80.

¹⁰ Pod pojmom »rednega pravnega sredstva« je treba v skladu s prakso Evropskega sodišča razumeti pravno sredstvo, ki je vloženo v rednem teku postopka in za katerega je z zakonom določen rok, ki teče od vročitve odločbe, ne glede na to, kako je neko pravno sredstvo opredeljeno v pravnem redu posamezne države. Glej Galič, Postopek priznanja ..., prav tam.

¹¹ Galič, Postopek priznanja ..., str. 72, opozarja, da je v Prilogi IV za Slovenijo navedeno zgolj to, da gre »pravno sredstvo« na Vrhovno sodišče Republike Slovenije. Kot argument za stališče, da je to pritožba, je mogoče navesti, da gre za pravno sredstvo zoper prvostopenjsko odločbo in da je tudi v postopku po ZMZPP pravno sredstvo zoper sklep okrožnega sodišča pritožba na Vrhovno sodišče.

razveljavitev zakonske zveze (zakonski spori) ter na podelitev, izvrševanje, prenos, omejitev ali odvzem starševske odgovornosti. V drugem odstavku 1. člena uredba podrobneje opredeljuje spore v zvezi s starševsko odgovornostjo. To so zlasti zadeve, ki se nanašajo na pravico do varstva in vzgoje otroka ter pravico do stikov z otrokom; skrbništvo, rejništvo in podobne institute; določitev in naloge katerekoli osebe ali telesa, ki so dolžni skrbeti za otrokovo osebnost ali premoženje, za zastopanje ali pomoč otroku; namestitev otroka v rejniško družino ali v oskrbo zavoda ter na ukrepe za zaščito otroka v zvezi z upravljanjem, ohranjanjem njegovega premoženja ali razpolaganjem z njim. Po tretjem odstavku 1. člena pa se uredba ne uporablja za ugotavljanje ali izpodbijanje očetovstva ali materinstva; za posvojitve, za odločanje o primku in imenu otroka; za pravila o polnoletnosti; za preživninske obveznosti; dedovanje ter za ukrepe, ki so posledica kaznivih dejanj, ki so jih storili otroci. Tudi Uredba Bruselj IIa se praviloma uporablja za postopke, ki so bili začeti po njeni uveljavitvi (64. člen). Sodne odločbe, izdane po uveljavitvi te uredbe v postopkih, začelih pred njeno uveljavitvijo, vendar v času veljavnosti Uredbe št. 1347/2000, se priznajo pod pogojem, da je pristojnost sodišča temeljila na pravilih, skladnih z eno od teh dveh uredb, ali na tedaj veljavni konvenciji med državo izvora in zaproseno državo. Sodne odločbe, izdane pred uveljavitvijo te uredbe v postopkih, začelih po uveljavitvi Uredbe št. 1347/2000, se priznajo pod pogojem, da se nanašajo na razvezo, prenehanje življenjske skupnosti ali razveljavitev zakonske zveze ali na starševsko odgovornost za otroke, o kateri je bilo odločeno v okviru teh zakonskih sporov. Za sodne odločbe, izdane v postopkih, začelih pred uveljavitvijo Uredbe št. 1347/2000, pa mora biti izpolnjen še nadaljnji pogoj – pristojnost sodišča države izvora mora temeljiti na pravilih, skladnih z eno od teh dveh uredb, ali na tedaj veljavni konvenciji med državo izvora in zaproseno državo. Pod enakimi pogoji kot sodne odločbe se priznajo in razglasijo za izvršljive tudi javne listine, ki so bile izdane v eni od držav članic in so v tej državi izvršljive, ter dogovori, ki so izvršljivi v državi članici, v kateri so bili sklenjeni (46. člen).

Uredba Bruselj IIa nadomešča konvencije, sklenjene med dvema ali več državami članicami, kolikor se nanašajo na zadeve, ki jih ureja ta uredba, v vseh prihodnjih mednarodnih sporazumih, ki bi jih med seboj sklepale države članice v teh zadevah, pa morajo biti pravila o pristojnosti usklajena s to uredbo (59. člen). Poleg tega Uredba Bruselj IIa med državami članicami nadomešča tudi nekatere večstranske konvencije: Haaško konvencijo z dne 5. oktobra 1961 o pristojnosti in pravu, ki se uporablja, v zvezi z zaščito mladoletnih oseb; Luxembourško konvencijo z dne 8. septembra 1967 o priznavanju odločb o veljavnosti zakonskih zvez; Haaško konvencijo z dne 1. junija 1970 o priznavanju razvez in prenehanju življenjskih skupnosti; Evropsko konvencijo z dne 20. maja 1980 o priznavanju in izvršitvi odločb o skrbništvu nad otroki in ponovnem vzpostavljanju skrbništva nad otroki ter Haaško konvencijo z dne 25. oktobra 1980 o civilnopравnih vidikih mednarodne ugrabitve otrok (60. člen). Posebej pa Uredba Bruselj IIa ureja razmerje do Haaške konvencije z dne 19. oktobra 1996 o pristojnosti, pravu, ki se uporabi, priznavanju, izvršitvi in sodelovanju na področju starševske odgovornosti

in ukrepov za zaščito otrok (61. člen). Glede te konvencije se uredba uporablja, če ima otrok običajno prebivališče na območju države članice, če gre za priznanje in izvršitev odločbe države članice v drugi državi članici, pa tudi v primeru, ko ima otrok prebivališče v tretji državi, ki je članica konvencije.

Tudi po Uredbi Bruselj IIa (21. člen) velja sistem *ipso iure* priznanja odločb, izdanih v eni državi članici, v drugih državah članicah. To še posebej velja za vpis spremembe osebnega statusa v uradne evidence na podlagi odločbe o razvezi, prenehanju življenjske skupnosti ali razveljavitvi zakonske zveze, izdane v drugi državi članici, proti kateri po pravu te države ni mogoče vložiti nadaljnjega pravnega sredstva. Ne glede na to lahko »vsaka zainteresirana stranka« zahteva, naj sodišče o priznanju take odločbe odloči kot o glavnem vprašanju, sodišče, pred katerim teče postopek, v katerem je odločitev odvisna od odločitve o priznanju, pa lahko o tem odloči kot o predhodnem vprašanju. Sodna odločba o izvrševanju starševske odgovornosti, izdana v eni državi članici, se lahko izvrši v drugi državi članici, če je v državi izvora postala izvršljiva in je bila vročena, praviloma šele, ko je na zahtevo katerekoli od zainteresiranih strank razglašena za izvršljivo v tej državi (28. člen).

Uredba Bruselj IIa določa razloge za nepriznanje tuje sodne odločbe posebej za odločbe, izdane v zakonskih sporih (22. člen), in posebej za odločbe v zvezi s starševsko odgovornostjo (23. člen) na smiselno enak način kot Uredba Bruselj I. V obeh primerih je razlog za zavrnitev priznanja nasprotje z javnim redom. V zakonskih sporih sta razlog za zavrnitev priznanja tudi nezdružljivost s sodno odločbo, izdano v državi priznanja, ter nezdružljivost s prej izdano sodno odločbo v drugi državi, ki izpolnjuje pogoje za priznanje v državi priznanja. Poleg tega se priznanje zavrne tudi, če nasprotni stranki, ki se ni spustila v spor, ni bila dana možnost sodelovanja v postopku, razen če se ta oseba s sodno odločbo strinja. V sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo sta razlog za zavrnitev priznanja nezdružljivost s poznejšo sodno odločbo, izdano v državi priznanja, ter nezdružljivost s poznejšo sodno odločbo, izdano v drugi državi članici ali državi nečlanici, kjer ima otrok običajno prebivališče, pod pogojem, da izpolnjuje pogoje za priznanje. Priznanje se zavrne tudi, če – razen v nujnih primerih – možnost izjave ni bila dana otroku, ter na zahtevo osebe, ki zatrjuje, da sodna odločba posega v njeno starševsko odgovornost, če je bila izdana, ne da bi bila tej osebi dana možnost zaslišanja. Razlog za zavrnitev priznanja odločbe v zvezi s starševsko odgovornostjo je tudi nespoštovanje postopka o namestitvi otroka v drugo državo članico, ki ga uredba določa v 56. členu. Uredba Bruselj IIa v 24. členu izrecno prepoveduje preverjanje pristojnosti sodišča države izvora (tudi v okviru preizkusa nasprotja z javnim redom), v 26. členu pa kakršenkoli vsebinski preizkus tuje sodne odločbe. Poleg tega priznanja ni mogoče zavrniti zato, ker zakonodajca države članice, v kateri se priznanje zahteva, na podlagi ugotovljenega dejanskega stanja ne dovoljuje razveze, prenehanja življenjske skupnosti ali razveljavitve zakonske zveze (25. člen). Tudi po Uredbi Bruselj IIa pravnomočnost ni pogoj za priznanje oziroma izvršitev, sodišče pa lahko v primeru, ko

je v državi izvora proti sodni odločbi vloženo »redno pravno sredstvo«, postopek priznanja oziroma razglasitve izvršljivosti prekine (35. člen).

Zahtevo za razglasitev izvršljivosti tuje sodne odločbe je treba vložiti pri sodišču s seznama, ki ga predložijo države članice (v Republiki Sloveniji je to okrožno sodišče), krajevna pristojnost pa se praviloma določi po prebivališču osebe, proti kateri se zahteva izvršitev (29. člen). Vlagatelj zahteve za priznanje oziroma za razglasitev izvršljivosti mora zahtevi priložiti sodno odločbo, če gre za zamudno sodbo, pa še izvornik ali overjen prepis listine, ki potrjuje, da je bilo nasprotni stranki vročeno pisanje o začetku postopka ali enakovredno pisanje, ali katerokoli listino, ki dokazuje, da se nasprotna stranka s sodno odločbo strinja (37. člen). Poleg tega mora priložiti potrdilo, iz katerega so razvidni nekateri formalni podatki za odločitev (39. člen). Obrazec potrdila za zakonske spore vsebuje Priloga I, za spore o starševski odgovornosti pa Priloga II. Tudi po Uredbi Bruselj IIa predložitev tega potrdila ni nujna, saj lahko sodišče sprejme tudi drugo enakovredno listino, če razpolaga z zadostnimi podatki, pa lahko stranko celo oprosti predložitve (prvi odstavek 38. člena). Listine se lahko predložijo v originalu, v overjenem prevodu pa jih je treba predložiti le na zahtevo pristojnega sodišča oziroma drugega pristojnega organa (drugi odstavek 38. člena).

Sodišče odloči o zahtevi takoj, ne da bi imela nasprotna stranka možnost, da se izjavi. Zahtevo lahko zavrne samo iz razlogov, določenih z uredbo, pod nobenim pogojem pa ni dopusten vsebinski preizkus tuje sodne odločbe (31. člen). Proti odločbi imata obe stranki pravno sredstvo (v Republiki Sloveniji je to ugovor), o katerem odloča sodišče v kontradiktornem postopku (33. člen). Proti odločitvi o tem pravnem sredstvu je v 34. členu predvideno še eno pravno sredstvo – v Republiki Sloveniji je to pritožba na Vrhovno sodišče.

Poseben postopek predvideva uredba za izvršitev nekaterih sodnih odločb o pravici do stikov (41. člen) in nekaterih sodnih odločb o vrnitvi otroka (42. člen). Te odločbe se lahko priznajo in izvršijo v drugih državah članicah, ne da bi imela nasprotna stranka možnost nasprotovati izvršitvi, če so postale izvršljive v državi izvora, na podlagi potrdila, ki ga izda sodnik v državi izvora. Potrdilo, da je sodna odločba izvršljiva, lahko izda sodišče države izvora ne glede na možnost pravnega sredstva celo, če nacionalno pravo te države ne predvideva neposredne izvršljivosti. Potrdilo o pravici do stikov izda sodnik na standardnem obrazcu, določenem v Prilogi II, pod naslednjimi pogoji: (a) da je bilo v primeru, ko je bila izdana zamudna sodna odločba, nasprotni stranki omogočeno sodelovanje v postopku, razen če je bilo ugotovljeno, da se ta stranka nedvoumno strinja s sodno odločbo; (b) da so vse zadevne stranke imele možnost biti zaslišane in (c) da je bila otroku dana možnost biti zaslišan, razen če se je smatralo, da zaslišanje ni primerno zaradi otrokove starosti ali zrelosti.

Kadar pravica do stikov z otrokom v trenutku izdaje sodne odločbe vključuje čezmejni element, se potrdilo izda po uradni dolžnosti, ko postane sodna odločba izvršljiva, četudi le začasno. Če se čezmejni element pojavi naknadno, se izda potrdilo na zahtevo ene od strank.

Potrdilo o vrnitvi otrok pa izda sodnik države izvora pod naslednjimi pogoji: (a) da je bila otroku dana možnost biti zaslišan, razen če se je smatralo, da zaslišanje ni primerno zaradi otrokove starosti ali zrelosti; (b) da so stranke imele možnost biti zaslišane in (c) da je sodišče pri izdaji sodne odločbe upoštevalo razloge in dokaze, na podlagi katerih se izda odredba v skladu s 13. členom Haaške konvencije iz leta 1980. Če sodišče ali drug organ sprejme ukrepe za zagotovitev zaščite otroka po njegovi vrnitvi v državo običajnega prebivališča, vsebuje potrdilo podrobne podatke o takšnih ukrepih. To potrdilo izda sodnik države izvora po lastni presoji na standardnem obrazcu iz Priloge IV. Sodnik države izvora izda potrdilo v jeziku, v katerem je sestavljena sodna odločba. Stranka, ki zahteva izvršitev sodne odločbe, mora predložiti sodno odločbo in potrdilo iz 41. ali 42. člena. Potrdilu o pravici do stikov mora biti priložen overjen prevod 12. točke, ki se nanaša na dogovore o izvrševanju pravice do stikov, potrdilo o vrnitvi otroka pa prevod 14. točke, ki se nanaša na dogovore za izvrševanje ukrepov za zagotovitev otrokove vrnitve (45. člen). Proti potrdilu, izdanemu na podlagi 41. ali 42. člena uredbe, ni nobenega pravnega sredstva (drugi odstavek 43. člena).

Postopek izvršitve odločbe se v vseh primerih (tako v primeru, ko je potrebna razglasitev izvršljivosti, kot v primeru, ko zadošča potrdilo, izdano na podlagi 41. ali 42. člena) izvede po pravu države, v kateri se zahteva izvršba, pod enakimi pogoji kot domače sodne odločbe. Sodna odločba, za katero je bilo izdano potrdilo na podlagi 41. ali 42. člena, pa se ne more izvršiti, zlasti če je nezdružljiva s poznejšo izvršljivo sodno odločbo v tej državi (47. člen).

5. Izvršitev »nespornih zahtevkov«

Uredba št. 805/2004 o uvedbi evropskega naloga za izvršbo nespornih zahtevkov (Uredba o EIN) v 1. členu določa, da je njen namen z določitvijo minimalnih standardov omogočiti prosti pretok sodb, sodnih poravnav in javnih listin po vseh državah članicah brez vsakršnih vmesnih postopkov, ki bi jih bilo treba opraviti v državi članici izvršbe pred priznanjem in izvršitvijo. Uredba velja za države članice EU, razen Danske. Uporablja se za sodne odločbe, izdane po začetku njene veljavnosti, za sodne poravnave, sklenjene ali potrjene po začetku njene veljavnosti, ter za listine, uradno sestavljene ali overjene kot javne listine po začetku njene veljavnosti (26. člen).

Uredba o EIN se nanaša na isto področje kot Uredba Bruselj I (2. člen),¹² uporablja pa se za sodne odločbe, sodne poravnave in javne listine o tako imenovanih nespornih zahtevkih. Po drugem odstavku 3. člena se šteje zahtevke za nespornega, če:

¹² Uporablja se v civilnih in gospodarskih zadevah, razen za osebna stanja fizičnih oseb, za premoženjska razmerja med zakonci, za oporoke in dedovanje, za insolvenčne postopke, za socialno varnost in za arbitražo. Uredba ne velja za davčne, carinske in upravne zadeve ter za odgovornost države v zvezi z izvajanjem državne oblasti (*acta iure imperii*).

- se je dolžnik izrecno strinjal z njim s pripoznanjem ali s poravnavo, ki jo je potrdilo sodišče ali je bila sklenjena pred sodiščem med postopkom; ali
- mu dolžnik med sodnim postopkom ni nikoli ugovarjal skladno z ustreznimi postopkovnimi pravili na podlagi zakonodaje države članice izvora; ali
- dolžnik ni bil navzoč ali zastopan na obravnavi sodišča glede navedenega zahtevka po tem, ko je na začetku ugovarjal zahtevku med sodnim postopkom, če tako ravnanje pomeni tiho pripoznanje zahtevka ali dejstev, ki jih je navedel upnik v skladu z zakonodajo države članice izvora; ali
- se je dolžnik izrecno strinjal z njim v javni listini.

Izvršilni naslovi, ki so v skladu s to uredbo potrjeni kot »evropski nalog za izvršbo« (pravilno: evropski izvršilni naslov, v nadaljevanju EIN), so neposredno izvršljivi, ne da bi bila potrebna razglasitev izvršljivosti, proti njenemu priznanju pa tudi ni mogoč ugovor. Potrdilo izda na predpisanem obrazcu sodišče ali drug pristojen organ države članice, iz katere izvira izvršilni naslov. Pogoje za potrditev sodne odločbe določa uredba v prvem odstavku 6. člena, smiselno enaki pogoji pa veljajo tudi za potrditev sodnih poravnav (24. člen) in javnih listin (25. člen). Sodba se lahko potrdi kot EIN, če je izvršljiva v državi članici izvora in če ni v nasprotju s pravili o izključni pristojnosti ali s pravili o pristojnosti za spore iz zavarovalnih razmerij, določenimi v Uredbi Bruselj I. Če gre za sodbo, izdano zaradi neaktivnosti toženca, morajo biti izpolnjeni še minimalni standardi, ki jih uredba določa glede vročanja, glede seznanjanja dolžnika s postopkovnimi koraki, ki so potrebni za ugovarjanje zahtevku, in glede pravnih sredstev v 12. do 19. členu.¹³ Če je dolžnik potrošnik, pa mora biti odločba izdana v državi članici njegovega stalnega prebivališča. Proti izdaji potrdila o EIN ni pritožbe, sodišče izvora pa na zahtevo potrdilo popravi, kadar je zaradi vsebinske napake neskladje med sodbo in potrdilom, ali umakne, kadar je bilo očitno napačno odobreno glede na pravila, določena v tej uredbi (10. člen). Če pa se po izdaji potrdila zgodi, da sodba, ki je bila potrjena kot EIN, ni več izvršljiva ali da je njena izvršljivost odložena ali omejena, izda sodišče izvora na zahtevo dolžnika o tem potrdilo na predpisanem obrazcu (drugi odstavek 6. člena).

Po 20. členu Uredbe o EIN velja za postopek izvršbe (ob upoštevanju specialnih pravil, določenih z uredbo) pravo države izvršbe, ki mora sodbo izvršiti pod enakimi pogoji kot domače sodne odločbe. Upnik, ki predlaga izvršbo, mora predložiti izvod sodbe in izvod potrdila o evropskem nalogu za izvršbo, ki izpolnjujeta pogoje, potrebne za dokaz njune pristnosti, po potrebi pa tudi overjen prevod EIN. Iz razloga, da je sodba, potrjena kot EIN, nezdružljiva s prejšnjo sodbo, izdano v katerikoli državi članici ali tretji državi, pa se lahko po 21. členu izvršba na zahtevo dolžnika zavrne, če je prejšnja sodba temeljila na istem dejanskem stanju

¹³ Več o pogojih za izdajo potrdila o EIN glej Galič, Evropski izvršilni naslov, str. 17 do 40, in Ekart, Rijavec, str. 165 do 214.

in je bila izdana med istimi strankami v državi izvršbe ali izpolnjuje pogoje, potrebne za priznanje v tej državi, nezdružljivosti pa ni bilo mogoče upoštevati kot ugovor v državi izvora. V nobenem primeru pa v postopku izvršbe ni dopusten vsebinski preizkus EIN.

6. Izvršitev evropskega plačilnega naloga in odločb, izdanih v evropskem postopku v sporih majhne vrednosti

6.1. Splošno

Z dvema uredbama – Uredbo št. 1896/2006 o uvedbi postopka za evropski plačilni nalog (Uredba o EPN ali UEPN) in Uredbo št. 861/2007 o uvedbi evropskega postopka v sporih majhne vrednosti (Uredba o SMV ali USMV) – je bil storjen nov korak naprej v prizadevanju za poenotenje civilnih sodnih postopkov v državah članicah in za uresničitev načela o prostem pretoku sodnih odločb. Uredbi določata enotna, »evropska« pravila postopka, ki se uporabljajo v vseh državah članicah, hkrati pa (podobno kot Uredba o EIN) odpravljata potrebo po postopku eksekviture v državi, v kateri se zahteva izvršba. Obe uredbi se uporabljata samo v čezmejnih sporih, to je v sporih, v katerih ima vsaj ena stranka prebivališče v drugi državi članici (3. člen UEPN in USMV), njuna uporaba pa je fakultativna, tako da lahko tožnik še vedno izbere nacionalni postopek v posamezni državi (1. člen UEPN in USMV). Tako kot Uredba Bruselj I se uporabljata v civilnih in gospodarskih zadevah. Poleg zadev, ki so izključene z Uredbo Bruselj I, so z Uredbo o EPN izključeni še zahtevki, ki izvirajo iz nepogodbenih obveznosti, razen če so bili predmet dogovora med strankama in je prišlo do pripoznave dolga ali če se nanašajo na zneskom določene dolgove, ki izvirajo iz skupnega premoženja (točka a drugega odstavka 2. člena UEPN), z Uredbo o SMV pa zadeve, povezane z delovnim pravom, z najemom in zakupom nepremičnin, razen tožb z denarnimi zahtevki, ter s kršitvami zasebnosti in osebnostnih pravic, vključno z obrekovanjem (točke f, g in h drugega odstavka 2. člena USMV).

6.2. Izvršitev evropskih plačilnih nalogov

Po Uredbi o EPN razglasi sodišče plačilni nalog, izdan v skladu s to uredbo, za izvršljivega z uporabo standardnega obrazca, določenega v Prilogi VII, ko poteče rok za vložitev ugovora ob zagotovitvi primernege časa za njegovo dospelje (18. člen UEPN). Proti razglasitvi izvršljivosti uredba ne predvideva pravnega sredstva, vendar v 20. členu ureja možnost ponovne preučitve plačilnega naloga pred pristojnim sodiščem države članice izvora. Tožena stranka lahko po izteku roka za ugovor vloži zahtevo za ponovno preučitev, če je bila opravljena nadomestna vročitev na enega od načinov iz 14. člena UEPN in če vročitev brez njene krivde ni bila opravljena pravočasno, da bi lahko pripravila obrambo, ter tudi v primeru, da ni mogla ugovarjati

zahtevku zaradi višje sile ali izrednih okoliščin, ki so nastopile brez njene krivde (prvi odstavek 20. člena). Poleg tega lahko tožena stranka zahteva ponovno preučitev evropskega plačilnega naloga, če je bil očitno napačno izdan, ali zaradi drugih izjemnih okoliščin (drugi odstavek 20. člena). Tožena stranka mora to zahtevo vložiti brez odlašanja.¹⁴ Če sodišče ugotovi, da je zahteva za ponovno preučitev utemeljena, je evropski plačilni nalog ničn, sicer pa ostane v veljavi.

Evropski plačilni nalog, ki je postal izvršljiv v državi izvora, se prizna in izvrši v drugih državah članicah, ne da bi bila potrebna razglasitev izvršljivosti, proti priznanju pa tudi ni mogoč ugovor (19. člen UEPN). Izvršba se (ob upoštevanju specialnih pravil, določenih z UEPN) opravi po pravu države izvršbe pod enakimi pogoji kot izvršitev izvršljive odločbe, izdane v tej državi (prvi odstavek 21. člena ZENP). Po drugem odstavku 21. člena ZENP mora predlagatelj izvršbe predložiti kopijo evropskega plačilnega naloga (kakor ga je razglasilo za izvršljivega sodišče izvora), ki izpolnjuje potrebne pogoje za ugotovitev njegove pristnosti, in po potrebi njegov overjen prevod. V 22. členu določa Uredba o EPN razloge za zavrnitev izvršbe v državi izvršbe. Sodišče na predlog tožene stranke izvršbo zavrne, če je evropski plačilni nalog nezdržljiv s prej izdano odločbo ali nalogom, izdanim v katerikoli državi članici ali tretji državi, ki v državi izvršbe izpolnjuje pogoje za priznanje, pod pogojem, da temelji na istem dejanskem stanju in je bil izdan med istimi strankami in da nezdržljivosti ni bilo mogoče ugovarjati v sodnem postopku v državi članici izvora. Poleg tega sodišče zavrne predlog za izvršbo tudi, če je tožena stranka tožeči stranki plačala znesek, določen v evropskem plačilnem nalogu, pod nobenim pogojem pa ni dovoljen vsebinski preizkus evropskega plačilnega naloga. Iz tega izhaja, da je z ugovorom mogoče uveljavljati samo plačilo, izvršeno po izdaji evropskega plačilnega naloga, ker bi upoštevanje ugovora plačila, ki naj bi bilo izvršeno pred njegovo izdajo, glede na pravila o časovnih mejah pravnomočnosti pomenilo poseg v njegovo vsebino.¹⁵ Če je tožena stranka v državi izvora vložila predlog za ponovno proučitev evropskega plačilnega naloga, pa lahko sodišče države izvršbe na njen predlog izvršbo omeji na zavarovalne ukrepe ali kot pogoj za nadaljevanje izvršbe zahteva varščino, v izjemnih primerih pa lahko izvršbo tudi prekine (23. člen).

6.3. Izvršitev odločb, izdanih v sporih majhne vrednosti¹⁶

Sodbe, izdane po »evropskih« pravilih postopka v sporih majhne vrednosti, določenih z Uredbo o SMV, so izvršljive ne glede na to, ali jih je še mogoče izpodbijati s pravnimi sredstvi, in to tako v državi izvora kot v drugih državah članicah (15. člen USMV). To pomeni, da nobeno

¹⁴ Galič, *Evropski plačilni nalog ...*, str. 294, meni, da bi bilo v Sloveniji ustrezno pravno sredstvo vrnitev v prejšnje stanje. To nedvomno velja za uveljavljanje razlogov iz prvega odstavka 20. člena UEPN, za uveljavljanje razlogov iz drugega odstavka pa bi bila primernejša obnova postopka (tako Ekart, Rijavec, str. 291).

¹⁵ Tako tudi Galič, *Evropski plačilni nalog ...*, str. 297.

¹⁶ Po 2. členu USMV so to spori, na katere se nanaša ta uredba, v katerih vrednost zahtevka ne presega 2000 evrov.

pravno sredstvo nima suspenzivnega učinka. Sodba, izdana v eni državi članici, se prizna in izvrši v drugih državah članicah brez vsakršne možnosti nasprotovanja njenemu priznanju (20. člen USMV). Izvršba se (ob upoštevanju specialnih pravil, določenih z USMV) opravi po pravu države izvršbe pod enakimi pogoji kot izvršitev izvršljive odločbe, izdane v tej državi (drugi odstavek 21. člena USMV). Stranka, ki zahteva izvršbo, mora predložiti kopijo sodbe, ki izpolnjuje pogoje, potrebne za dokaz njene pristnosti, in kopijo potrdila, ki ga izda sodišče države izvora na predpisanem obrazcu (Priloga IV), kadar je treba, pa še kopijo njegovega overjenega prevoda (drugi odstavek 21. člena USMV). Tudi po Uredbi o SPM lahko dolžnik v državi izvršbe predlaga odklonitev izvršbe iz enakih razlogov kot po Uredbi o EPN (22. člen USMV), prekinitve ali omejitve izvršbe pa lahko predlaga, če vložijo pravno sredstvo zoper sodbo, izdano v evropskem postopku v sporih majhne vrednosti, ali če je vložitev takega pravnega sredstva še vedno mogoča, ter tudi v primeru, ko vložijo zahtevo za preizkus sodbe, predvideno v 18. členu, zaradi kršitve minimalnih standardov postopka (23. člen).

7. Izvršba preživninskih obveznosti

Uredba št. 4/2009 z dne 18. decembra 2008 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb ter sodelovanju v preživninskih zadevah se nanaša na preživninske obveznosti, ki izhajajo iz družinskih razmerij, starševstva, zakonske zveze ali svaštva (1. člen). Po določbi 76. člena pa se ta uredba (razen drugega odstavka 2. člena, tretjega odstavka 47. člena ter 71., 72. in 73. člena, ki se uporabljajo od 18. septembra 2010) še ne uporablja. Uporabljala naj bi se od 18. junija 2011, pod pogojem, da se bo v Skupnosti do takrat začel uporabljati Haaški protokol o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti, iz leta 2007 (v nadaljevanju Haaški protokol). Če ta pogoj ne bo izpolnjen, se bo uporabljala od dne, ko se bo začel uporabljati ta protokol.

Uredba vsebuje posebne določbe za priznanje in izvršitev sodnih odločb, izdanih v državah članicah, ki jih zavezuje Haaški protokol (17. do 22. člen), ter za sodne odločbe, izdane v državah članicah, ki jih Haaški protokol ne zavezuje (23. do 38. člen).

Sodne odločbe, izdane v državah članicah, ki jih zavezuje Haaški protokol, se priznajo v drugih državah članicah, ne da bi bilo treba začeti poseben postopek, proti njihovemu priznanju pa ni mogoče ugovarjati. Te odločbe so neposredno izvršljive, ne da bi jih bilo treba razglasiti za izvršljive v posebnem postopku. Uredba pa v 19. členu predvideva posebno (dodatno?) pravno sredstvo, ki naj bi ga imela na voljo tožena stranka, ki se v državi izvora odločbe ni spustila v spor. Pred pristojnim sodiščem te države lahko zahteva ponovno preučitev zadeve, če ji ni bila pravočasno vročena listina o začetku postopka ali če ni mogla ugovarjati preživninskemu zahtevku zaradi višje sile ali zaradi okoliščin, ki so nastopile brez njene krivde, razen če ni izpodbijala sodne odločbe, čeprav je imela to možnost. Skrajni rok za vložitev te zahteve je

45 dni, teči pa začne od dneva, ko je bila tožena stranka dejansko seznanjena z vsebino sodne odločbe in je bila sposobna ukrepati, vendar najpozneje od dneva prvega izvršilnega ukrepa. Če sodišče zahteva za ponovno preučitev ugotovi, je sodna odločba »nična in neveljavna«. Vendar upravičenec ne izgubi pravic, ki izhajajo iz prekinitve prekluzivnih ali zastaralnih rokov, ali pravice, da za nazaj zahteva preživnino, pridobljeno v prejšnjem postopku.

Vlagatelj zahteve za izvršitev mora v državi, v kateri zahteva izvršitev, predložiti izvod sodne odločbe, izvleček sodne odločbe, ki ga izda pristojni organ države izvora odločbe na predpisanem obrazcu (Priloga I), in po potrebi listino o stanju zakasnelih plačil z navedbo datuma izračuna. Prevod odločbe se sme zahtevati samo, če nasprotna stranka nasprotuje izvršitvi (20. člen). Izvršitev se na zahtevo zavezanca delno ali v celoti zavrne, če je pravica izvršitve odločbe sodišča izvora zastarala, bodisi po pravu države članice izvora bodisi po pravu države članice izvršitve, glede na to, katero od njiju določa daljši rok za zastaranje, ali če je odločba nezdržljiva z odločbo, izdano v državi članici izvršitve, ali z odločbo, izdano v drugi državi članici ali tretji državi, ki izpolnjuje pogoje, potrebne za priznanje v državi članici izvršitve. Postopek izvršitve se na zahtevo zavezanca prekine, če se izvršljivost te odločbe začasno razveljavi v državi članici izvora (21. člen).

Za sodne odločbe, izdane v državah članicah, ki jih Haaški protokol ne bo zavezoval, bo veljala podobna ureditev priznanja in izvršitve kot po Uredbi Bruselj I. V 39. do 43. členu pa vsebuje uredba nekaj skupnih določb. Po 39. členu lahko sodišče države izvora sodno odločbo razglasi za začasno izvršljivo ne glede na morebitna pravna sredstva, čeprav nacionalno pravo te države tega ne predvideva. Sodne odločbe, izdane v drugi državi članici, ni v nobenem primeru dovoljeno preverjati po vsebini (42. člen). Sodna odločba, izdana v eni državi članici, se v drugi državi članici izvrši pod enakimi pogoji kot domače sodne odločbe, za postopek izvršitve pa se ob upoštevanju te uredbe uporablja pravo države izvršitve (41. člen).

8. Predlog sprememb Uredbe Bruselj I

Evropska komisija je konec lanskega leta objavila predlog sprememb Uredbe Bruselj I. Spremenjena uredba naj bi se uporabljala samo za postopke, ki se bodo začeli po dnevu, ko se bo začela uporabljati, in za listine, ki bodo izdane po dnevu začetka njene uporabe (novi 77. člen). Področje uporabe uredbe bi večinoma ostalo nespremenjeno (2. člen),¹⁷ prav tako bi ostalo nespremenjeno razmerje do drugih uredb, ki urejajo pristojnost ter priznanje in izvršitev sodnih odločb na posebnih področjih (novi 78. člen).

¹⁷ Sprememba je predvidena glede arbitraže – po novem naj bi sodišča držav članic upoštevala postopek, ki teče pred arbitražo o veljavnosti arbitražnega dogovora (29. člen), upoštevanje litispence pa bi se razširilo na primere, ko teče postopek o istem predmetu pred sodiščem tretje države (34. člen) ali pred arbitražo (33. člen).

Ena od najpomembnejših predlaganih sprememb se nanaša na odpravo postopka eksekvatur za večino sodnih odločb, izdanih v državah članicah, v drugih državah članicah. Postopek razglasitve izvršljivosti bo po novem še vedno veljal za sodne odločbe, ki se nanašajo na neposlovno odškodninsko odgovornost zaradi kršitve zasebnosti in osebnostnih pravic, vključno s kršitvami časti in dobrega imena, ter za sodne odločbe, izdane na podlagi tako imenovanih skupinskih tožb (novi 37. člen). Za druge sodne odločbe, na katere se nanaša ta uredba, bo za dovolitev izvršbe zadostovalo potrdilo o izvršljivosti, ki ga bo na predpisanem obrazcu izdalo sodišče države izvora (novi 42. člen). Dolžnik bo imel na voljo tri pravna sredstva, s katerimi bo lahko nasprotoval izvršbi: eno v državi izvora in dve v državi izvršitve odločbe. V državi izvora bo lahko toženec, ki se ni spustil v spor, najpozneje v 45 dneh, odkar je bil seznanjen z vsebino sodbe, zahteval njen preizkus, če mu ni bilo pravočasno vročeno pisanje o začetku postopka, tako da bi lahko pripravil obrambo, ali če ni mogel ugovarjati zahtevku zaradi višje sile ali izrednih okoliščin, ki so nastopile brez njegove krivde (45. člen). V državi izvršbe pa bo lahko nasprotoval izvršitvi sodne odločbe, izdane v drugi državi članici, zaradi nezdržljivosti z domačo sodno odločbo, izdano v istem zahtevku med istima strankama, ali zaradi nezdržljivosti s tujo sodno odločbo, ki v državi izvršitve izpolnjuje pogoje za priznanje (novi 44. člen). Poleg tega bo lahko toženec po novem nasprotoval izvršbi tudi, če bi bilo priznanje oziroma izvršitev tuje sodne odločbe v nasprotju s temeljnimi načeli poštenega sojenja (novi 46. člen). V primerjavi z odločbami, za katere bo še vedno potreben postopek razglasitve izvršljivosti, bo tako odpadel preizkus pristojnosti, ki je že zdaj omejen na izključne pristojnosti, preizkus skladnosti z javnim redom države priznanja oziroma izvršitve pa bo omejen na preizkus skladnosti s tako imenovanim procesnim javnim redom.¹⁸

9. Sklep

Za priznanje in izvršitev sodnih odločb, ki izvirajo iz velikega števila držav, s katerimi imamo intenziven pravni promet, veljajo poenotena pravila »evropskega prava«, s širitvijo EU na države, ki so nastale na območju nekdanje Jugoslavije, pa se bo število teh držav še povečalo. Ureditve priznanja in izvršitve tujih sodnih odločb po ZMZPP je tako omejena na sodbe iz držav, ki (še) niso članice EU. Bistvena razlika med ureditvama je, da odločbe, izdane v državah članicah, učinkujejo *ipso iure*, medtem ko so odločbe, ki izvirajo iz drugih držav, v učinkih izenačene z domačimi sodnimi odločbami le, če so predhodno priznane v posebnem delibacijskem postopku.¹⁹ Ta zahteva je nekoliko omiljena s tem, da lahko vsako sodišče o

¹⁸ Glej tudi Kramberger Škerl, Predlog sprememb ..., str. 17; več o pojmu procesnega javnega reda pa Kramberger, Javni red ..., str. 253 do 275, in Kramberger Škerl, Evropeizacija ..., zlasti str. 361 do 363.

¹⁹ Podrobneje o razlikah med ureditvijo v Bruseljski uredbi I in ZMZPP glej Galič, Postopek priznanja ..., str. 81 do 86.

priznanju odloča kot o predhodnem vprašanju. Po ZMZPP velja to tudi za izvršilno sodišče, po Uredbi Bruselj I in Uredbi Bruselj IIa (razen odločb o stikih in o vrnitvi otroka) pa je pogoj za izvršitev sodne odločbe v drugi državi članici razglasitev njene izvršljivosti v tej državi. Ureditev, po kateri se najprej v posebnem postopku odloča o tem, ali tuja sodna odločba izpolnjuje pogoje za priznanje oziroma ali se ji lahko podeli izvršljivost, nato pa se na njeni podlagi izvede izvršilni postopek, ima to prednost, da se izvršilnemu sodišču ni treba ukvarjati s pogosto zapletenimi vprašanji, ali so izpolnjeni pogoji za priznanje oziroma izvršitev.²⁰ V tem primeru je mogoče postopek dovolitve in oprave izvršbe izpeljati po enakih pravilih kot na podlagi domačih izvršilnih naslovov, dolžnik pa lahko v tem postopku uveljavlja morebitne ugovore pod enakimi pogoji kot zoper domače izvršilne naslove.²¹

V zadnjih letih pa je razvoj v EU usmerjen k odpravi razglasitve izvršljivosti tuje sodne odločbe v državi izvršitve, tako da se sodna odločba, izdana v eni od držav članic, izvrši v drugih državah članicah na podlagi potrdila, ki ga na predpisanem obrazcu izda sodišče države izvora (Uredba Bruselj IIa za odločbe o stikih in o vrnitvi otroka, Uredba o EIN, Uredba o EPN, Uredba o SMV, Uredba o izvršitvi preživninskih obveznosti in predlog sprememb Uredbe Bruselj I). Vprašanje, ali sodna odločba izpolnjuje pogoje za izvršitev v drugih državah članicah, naj bi se tako praviloma razčistilo že v državi izvora. Posamezne uredbe določajo »minimalne standarde« postopka (Uredba o EIN) oziroma urejajo »evropski« postopek za izdajo sodne odločbe, da je ta neposredno izvršljiva v drugih državah članicah (Uredba o EPN in Uredba o SMV), vendar postopka ne urejajo celovito, kar povzroča nekaj nejasnosti o razmerju med domačim pravom in navedenimi uredbami.²² Podobno je glede postopka izvršbe, ko uredbe glede vprašanj, ki z uredbo niso izrecno urejena, napotujejo na pravni red države, v kateri se zahteva izvršba. Problem je zlasti v zvezi z določbami, ki dolžniku dopuščajo, da pod določenimi pogoji zahteva, da sodišče države, v kateri se zahteva izvršba, odkloni izvršitev kljub potrdilu o njeni izvršljivosti, izdanemu v državi izvora. Poleg tega je po nekaterih uredbah mogoče zahtevati odklonitev izvršitve tudi iz razlogov, ki se (vsaj delno) pokrivajo z razlogi, ki so v ZIZ predvideni kot razlogi za vložitev ugovora (po Uredbi o EPN plačilo obveznosti, po Uredbi o preživninah pa zastaranje obveznosti), po predlogu spremembe Uredbe Bruselj I pa bo lahko toženec nasprotoval izvršbi tudi, če bi bilo priznanje oziroma izvršitev tuje sodne odločbe v nasprotju s temeljnimi načeli poštenega sojenja. Postavlja se vprašanje, kako te določbe vklopiti v naš pravni red in povezati z instituti našega izvršilnega prava. Do-

²⁰ Galič, Postopek priznanja ..., str. 86, se zato zavzema za spremembo ZMZPP, po kateri bi bilo treba tudi za izvršitev sodnih odločb iz tretjih držav predhodno izvesti postopek razglasitve izvršljivosti.

²¹ Tako tudi Galič, Postopek priznanja ..., str. 76.

²² O razlikah med postopkom za izdajo evropskega plačilnega naloga in našo ureditvijo glej Galič, Evropski plačilni nalog ..., zlasti str. 285 do 295, o problemih, ki se pojavljajo v zvezi z evropskim postopkom v sporih majhne vrednosti, pa Testen, Evropski postopek v sporih majhne vrednosti, Pravna praksa, št. 5/2010, str. 6–8.

ločba drugega odstavka 13. člena ZIZ, po kateri se sme opraviti izvršitev tuje odločbe ali tuje javne listine, za katero pravni akt EU, ki se uporablja neposredno, predpisuje, da se izvrši brez dovolitve, če odločba oziroma javna listina izpolnjuje s tem pravnim aktom predpisane pogoje, še zdaleč ne zadošča. Zato bi bilo nujno, da se v zakonodaji predvidijo rešitve, potrebne za implementacijo navedenih uredb.²³

Literatura

- Ekart, Andrej, Rijavec, Vesna. Čezmejna izvršba v EU. Ljubljana: GV Založba, 2010.
- Galič, Aleš. Postopek priznanja in razglasitve izvršljivosti tujih sodnih odločb po uredbi št. 44/2001 (»Bruseljski uredbi«). Zbornik znanstvenih razprav, let. LXVI, 2006, str. 69–111.
- Galič, Aleš. Evropski izvršilni naslov. Pravosodni bilten, 2008, št. 2, str. 13–45.
- Galič, Aleš. Evropski plačilni nalog – med uredbo št. 1896/2006 in slovenskim pravom, Pravosodni bilten, 2009, št. 4, str. 269–299.
- Grbin, Ivan. Priznanje i izvršenje odluka stranih sudova. Zagreb: Informator 1980.
- Ilešič, Marko, Polajnar Pavčnik, Ada, Wedam Lukić, Dragica. Mednarodno zasebno pravo, komentar zakona. Ljubljana: Uradni list RS, 1992.
- Kramberger, Jerca. Javni red pri priznanju in izvršitvi tujih sodnih odločb (s poudarkom na procesnih vprašanjih), Zbornik znanstvenih razprav, let. LXV, 2005, str. 253–276.
- Kramberger Škerl, Jerca. Evropeizacija javnega reda v mednarodnem zasebnem pravu, Pravni letopis, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2008, str. 355–375.
- Kramberger Škerl, Jerca. Predlog sprememb uredbe Bruselj I, Pravna praksa, let. 30, 2011, št. 4, str. 17–19.
- Rijavec, Vesna. Pomen sodb sodišča ES za opredelitev pojma civilne in gospodarske zadeve z mednarodnim elementom. Podjetje in delo, let. XXXIII, 2007, št. 6-7, str. 1147–1163.
- Testen, Ana. Evropski postopek v sporih majhne vrednosti, Pravna praksa, let. 29, 2010, št. 5, str. 6–8.
- Wedam Lukić, Dragica. Poenotenje pravil o sodni pristojnosti ter priznavanju in izvršitvi sodnih odločb v civilnih in trgovinskih zadevah. Združeno delo, 1989, let. XV, št. 6, str. 641–653.

²³ Tako tudi Galič, Evropski plačilni nalog ..., str. 299.

Novosti v evropskem družinskem pravu – nova ureditev v preživninskih zadevah

BARBARA NOVAK,
redna profesorica na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Procesna pravila evropskega preživninskega prava se ravnaajo po Uredbi Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (v nadaljevanju Bruseljska uredba I).¹ Izjema so izvršbe preživninskih izvršilnih naslovov za nesporne preživninske zahtevke, ki se ravnaajo po pravilih Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 805/2004 z dne 21. aprila 2004 o uvedbi evropskega naloga za izvršbo nespornih zahtevkov (v nadaljevanju UEIN).²

UEIN za nesporne preživninske zahtevke odpravlja postopek priznanja izvršljivosti preživninske odločbe v državi izvršbe (eksekvturni postopek). Preizkus preživninskega naslova z vidika pogojev za priznanje in izvršljivost po UEIN opravi že država, v kateri je bila izdana preživninska odločba.³ Če odločba prestane preizkus v državi izdaje, je primerna za izvršitev

¹ UL L 12, 16. 1. 2001, str. 1. Bruseljska uredba I je ob uveljavitvi 1. marca 2002 veljala v štirinajstih od takratnih petnajstih članic EU. Izjema je bila Danska, ki je imela pridržke zoper ukrepe na področju pravosodnega sodelovanja v civilnih zadevah in je zato pravni akti, ki jih sprejema EU na tem področju, ne zavezujejo. Bruseljska uredba I je na Danskem začela veljati šele s 1. julijem 2007 na podlagi mednarodne pogodbe med Dansko in EU. Pravni akti na področju pravosodnega sodelovanja v civilnih zadevah načeloma ne zavezujejo tudi Združenega kraljestva in Irske, vendar sta ti državi uporabili možnost, da se Bruseljski uredbi I pridružita na podlagi posebne izjave (*izjava opt-in*). Od 1. maja 2004 Bruseljska uredba I velja tudi v desetih pristopnih članicah iz prve širitve EU na vzhod (med njimi je bila tudi Slovenija) in od 1. januarja 2007 tudi v Bolgariji in Romuniji. Podrobneje o veljavnosti Bruseljske uredbe I glej Botur, str. 1860.

² UL L 143, 30. 4. 2004, str. 15.

³ Galič, Aleš, <www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/2005/PDF/CIP/gradiva/cpss_01_galic_ein.pdf> (15. 3. 2011).

v vseh državah članicah EU (tako imenovani evropski izvršilni naslov).⁴ Ker je preizkus odločbe pridržan državi izdaje odločbe, država izvršbe odločbe ne more več preizkušati z vidika zadržka javnega reda.

Pravilo, da so izvršilni naslovi, izdani v posamezni državi članici EU, neposredno izvršljivi⁵ tudi v drugih državah članicah EU, je bilo z Uredbo (ES) št. 861/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. julija 2007 o uvedbi evropskega postopka v sporih majhne vrednosti (v nadaljevanju Uredba (ES) št. 861/2007) pozneje uveljavljeno tudi za sporne zadeve, če so te majhne vrednosti. To pravilo ne velja za preživninske spore majhne vrednosti, ker Uredba (ES) št. 861/2007 te spore izključuje s področja svoje uporabe (alineja b drugega odstavka 2. člena Uredbe (ES) št. 861/2007). Preživninski spori majhne vrednosti zato ostajajo v sistemu Bruseljske uredbe I.

Bruseljsko uredbo I in UEIN (razen glede evropskih naslovov za izvršbo v zvezi s preživninskimi obveznostmi, izdanimi v državi članici EU, ki je ne zavezuje Haaški protokol⁶) je v preživninskih zadevah 18. junija 2011 nadomestila uredba, ki ureja samo preživninske zadeve: Uredba Sveta (ES) št. 4/2009 z dne 18. decembra 2008 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb ter sodelovanju v preživninskih zadevah (v nadaljevanju UvPZ).⁷

UvPZ ureja mednarodno pristojnost, priznanje in izvršitev tujih sodnih odločb, pravno pomoč in podporo strank prek centralnih oblasti. Sledi ideji o neposredni izvršljivosti naslovov, ki jo je evropski zakonodajalec že uveljavil v svojih uredbah:

- UEIN;
- Uredba o uvedbi evropskega postopka v sporih majhne vrednosti;
- Uredba (ES) Evropskega parlamenta in Sveta št. 1896/2006 z dne 12. decembra 2006 o uvedbi postopka za evropski plačilni nalog;
- Uredba Sveta (ES) št. 2201/2003 z dne 27. novembra 2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi uredbe (ES) št. 1347/2000 (glede osebnih stikov in vrnitve otroka v primeru ugrabitve; Bruseljska uredba IIa).

⁴ Izjema je Danska, ki v sistem pravosodnega sodelovanja v EU ni vključena.

⁵ V državi izvršitve se ne opravi niti eksekvturni postopek niti se ne preizkuša pridržek javnega reda — Gsell, Netzer, str. 405.

⁶ Drugi odstavek 68. člena UvPZ.

⁷ OL L 7, 10. 1. 2009, str. 1. Uredba ne velja za Dansko, ki se ne udeležuje ukrepov na področju pravosodnega sodelovanja v civilnih zadevah. Irska je sporočila, da želi sodelovati pri sprejetju in uporabi UvPZ. Pozneje se je UvPZ s posebno izjavo (*opt-in*) pridružil tudi Združeno kraljestvo (46. in 47. uvodna izjava k UvPZ; glej tudi Gruber, str. 137).

Z vključitvijo ideje o neposredni izvršljivosti preživninskih naslovov v UvPZ je evropski zakonodajalec pokazal svojo odločenost, da idejo o neposredni izvršljivosti razširi po celotnem jedru civilnega prava. Ta njegova poteza pomeni vrh reforme evropskega preživninskega prava.⁸

2. Razmerje UvPZ do konvencij in mednarodnih sporazumov

V zadevah preživljanja med državami pogosto obstajajo tudi konvencije in mednarodni sporazumi. Zlasti pomembne so konvencije s področja preživljanja, ki so nastale v okviru prizadevanj Haaške konference za mednarodno zasebno pravo. Prvi rezultat teh prizadevanj je bila Haaška konvencija o priznanju in izvršitvi odločb o preživljanju otrok z dne 15. aprila 1958. Konvencija ureja priznanje in izvršitev sodnih ter upravnih odločb glede preživljanja otrok, ne pa tudi drugih preživninskih naslovov. Sledili sta ji Haaška konvencija o priznanju in izvršitvi preživninskih odločb ter Haaška konvencija o pravu, ki se uporablja za preživninske dolžnosti, obe z dne 2. oktobra 1973. Haaška konvencija o priznanju in izvršitvi odločb iz leta 1973 se drugače od svoje predhodnice iz leta 1958 uporablja tudi za sodne poravnave in sporazume o preživljanju ter obsega vse vrste preživninskih zadev s področja družinskega prava (z možnostjo upoštevanja nekaterih pridržkov iz 26. člena Haaške konvencije o priznanju in izvršitvi preživninskih odločb iz leta 1973).⁹

Haaški konvenciji iz leta 1973 veljata le v nekaterih državah članicah EU, med katerimi ni Slovenije.¹⁰ Hkrati se v posameznih državah članicah EU še vedno uporablja Haaška konvencija iz leta 1958, saj nekatere države pogodbenice Haaške konvencije iz leta 1958 niso pristopile k Haaški konvenciji o priznanju in izvršitvi preživninskih odločb iz leta 1973.¹¹

Haaško konvencijo o priznanju in izvršitvi preživninskih odločb iz leta 1973 je v ozadje potisnila Bruseljska uredba I.¹² Ta sicer ne posega v konvencije, ki med državami članicami EU veljajo na posebnih pravnih področjih, kakršno je na primer preživninsko pravo (prvi odstavek 71. člena Bruseljske uredbe I), vendar dopušča, da vložnik zahteve za priznanje in izvršitev iz-

⁸ Prav tam, str. 128.

⁹ Botur, str.1862.

¹⁰ Glej: <www.hchc.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=85> (9. 2. 2011) in <www.hchc.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=38> (9. 2. 2011).

¹¹ Haaška konvencija iz leta 1958 zato še vedno velja v razmerju do Avstrije, Belgije in predvsem v razmerju do Madžarske, za katero je Haaška konvencija iz leta 1958 še vedno pomembna za priznanje in izvršitev preživninskih naslovov iz obdobja, preden se je na Madžarskem začela uporabljati Bruseljska uredba I (tj. iz obdobja pred prvo širitvijo EU z dne 1. maja 2004). Sklep OLG Dresden št. 21 UF 670/05 z dne 9. novembra 2005, v: FamRZ, 2006, let. 53, št. 8, str. 563, in sklep OLG Dresden št. 21 U 984/06 z dne 14. julija 2006, v: FamRZ, 2007, let. 54, št. 1, str. 65.

¹² Bruseljska uredba I velja od 1. marca 2002.

bira med postopkom po Bruseljski uredbi I in postopkom po Haaških konvencijah, ki urejata priznanje in izvršitev (3. stavek alineje b drugega odstavka 71. člena Bruseljske uredbe I).¹³ Toda tudi kadar se za presojo materialnih predpostavk za priznanje in razglasitev izvršljivosti uporabijo določbe ene ali druge Haaške konvencije,¹⁴ ki urejata priznanje in izvršitev preživninskih naslovov (2. stavek alineje b drugega odstavka 71. člena Bruseljske uredbe I),¹⁵ je po obeh Haaških konvencijah na temelju načela ugodnosti mogoča vrnitev k predpostavkam za priznanje in razglasitev izvršljivosti iz Bruseljske uredbe I (11. člen Haaške konvencije iz leta 1958 in 23. člen Haaške konvencije iz leta 1973).¹⁶

Posledica uveljavitve Bruseljske uredbe I in z njo povezane zmanjšane vloge Haaških konvencij je bila, da so v Haagu začeli snovati nov, od konvencijskega para iz leta 1973 zanimivejši par preživninskih konvencij, in sicer z namenom, da bi k njima pritegnili čim večje število držav.¹⁷ Rezultat sta bili Konvencija o mednarodnem uveljavljanju preživninskih dajatev za otroke in druge družinske člane (v nadaljevanju Haaška konvencija iz leta 2007)¹⁸ in Protokol o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti (v nadaljevanju Haaški protokol),¹⁹ oba z dne 23. novembra 2007. Že leto pozneje je bila v Bruslju sprejeta UvPZ, ki je na novo uredila razmerje med že uveljavljenimi konvencijami in mednarodnimi sporazumi ter svojo ureditvijo. V razmerjih med državami članicami EU je UvPZ dala svojim določbam prednost pred konvencijami in sporazumi, ki se nanašajo na zadeve, urejene z UvPZ, in h katerim so pristopile države članice (drugi odstavek 69. člena UvPZ).²⁰ Na podlagi tega pravila ima uredba prednost pred Haaškimi konvencijami, ki se nanašajo na zadeve z njenega področja.

¹³ Sklep nemškega Zveznega vrhovnega sodišča št. XII ZB 224/06 z dne 25. februarja 2009, v: FamRZ, 2009, let. 56, št. 10, str. 858.

¹⁴ Haaška konvencija s področja preživljanja, ki določa pogoje za priznanje in izvršitev sodnih odločb, se uporabi, kadar sta tako država članica izvora kot država članica, zaprosena za priznanje in izvršitev odločbe, pogodbenici te konvencije.

¹⁵ Botur, str. 1863.

¹⁶ O razmerju med Lugansko konvencijo (Konvencija o sodni pristojnosti in izvršitvi sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah z dne 16. septembra 1988, v nadaljevanju Luganska konvencija; dostopno na: <www.admin.ch/ch/d/sr/i2/0.275.11.de.pdf> (11. 4. 2011)) in Haaško konvencijo iz leta 1973 primerjaj sklep nemškega Zveznega vrhovnega sodišča št. XII ZB 217/05 z dne 28. novembra 2007, v: FamRZ, 2008, let. 55, št. 4, str. 390.

¹⁷ Henrich, str. 87.

¹⁸ Dostopno na: <www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=131> (9. 2. 2011).

¹⁹ Dostopno na: <www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=133> (9. 2. 2011). Med pristopnimi članicami bo Haaški protokol nadomestil Haaško konvencijo o pravu, ki se uporablja za preživninske dolžnosti, iz leta 1973. Glej Wagner, str. 411.

²⁰ Za priznanje in razglasitev preživninskih odločb, ki so bile izdane zunaj EU, je za države EFTA (Švico, Islandijo in Norveško) pomembna tudi Luganska konvencija. EU je z Dansko, Švico, Islandijo in Norveško 30. oktobra 2007 podpisala Pogodbo o reviziji Luganske konvencije in jo dne 18. maja 2009 ratificirala z učinkom za vse države članice, razen za Dansko. Danska ji je sledila 24. septembra 2009. V razmerju do Norveške se nova Luganska konvencija uporablja od 1. januarja 2010, v razmerju do Švice pa od 1. januarja 2011. Določbe nove Luganske konvencije (Kon-

To pomeni, da se pristojnost, priznanje in izvršitev preživninskih naslovov med državami članicami presoja po UvPZ, in ne po Haaški konvenciji iz leta 2007.²¹ Presoja prava, ki se uporablja za preživninske obveznosti, se v državah članicah, ki jih zavezuje Haaški protokol, opravi po Haaškem protokolu (15. člen UvPZ), saj se je evropski zakonodajalec v UvPZ odpovedal možnosti ustvariti lastna kolizijska pravila. To je storil zato, da bo Haaški protokol uporaben tako za članice kot za nečlanice EU.²² Za uveljavitev Haaškega protokola sta potrebni dve ratifikaciji (prvi odstavek 25. člena Haaškega protokola). Doslej ga je ratificirala samo EU.²³ Njena ratifikacija se šteje samo kot ena ratifikacija. Državam članicam EU pa ni dovoljena ratifikacija v svojem imenu, zato se lahko zgodi, da bo morala EU še kar nekaj časa čakati na drugo ratifikacijo. Da EU ne bi čakala predolgo, je ratifikaciji priložila izjavo, da bo Haaški protokol začela uporabljati enostransko in začasno najpozneje od 18. junija 2011, ko se bo začela uporabljati tudi UvPZ (tretji odstavek 76. člena UvPZ).²⁴ EU bi iz zagate lahko rešili Danska, ki se ne udeležuje ukrepov iz V. poglavja Pogodbe o delovanju Evropske unije (v nadaljevanju PDEU)²⁵ in bi zato lahko sama pristopila k Haaškemu protokolu,²⁶ ali pa Združeno kraljestvo in Irska, ki bi ratificirali Haaški protokol, namesto da bi se v Bruslju pridružili sklepu EU o ratifikaciji.²⁷

vencija o sodni pristojnosti in o priznanju in izvršitvi odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, UL L 339 z dne 21. 12. 2007, str. 3) se močno opirajo na ureditev Bruseljske uredbe I.

²¹ Haaška konvencija iz leta 2007 se uporablja v razmerjih držav članic do tretjih držav in v razmerju med tretjimi državami. Trenutno še ne velja, ker sta za uveljavitev potrebni dve ratifikaciji (60. člen Haaške konvencije iz leta 2007). Doslej so jo podpisale štiri države (Norveška, Ukrajina, ZDA in Burkina Faso), vendar je nobena od njih še ni ratificirala. Haaška konvencija iz leta 2007 bo med pristopnimi članicami nadomestila Haaški konvenciji o priznanju in izvršitvi preživninskih naslovov iz leta 1958 in leta 1973 ter Konvencijo Združenih narodov o uveljavljanju preživninskih zahtevkov v tujini (Newyorška konvencija) iz leta 1958 (48. in 49. člen Haaške konvencije iz leta 2007). Glej: <www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=131> (9. 2. 2011).

²² Henrich, str. 87.

²³ Podatki so dostopni na: <www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=133> (9. 2. 2011).

²⁴ Drugi odstavek 2. člena, tretji odstavek 47. člena ter 71., 72. in 73. člen UvPZ se uporabljajo že od 18. septembra 2010 (76. člen UvPZ).

²⁵ OL C 115, 9. 5. 2008, str. 47.

²⁶ Razširitev sklepa o ratifikaciji z dvostranskim sporazumom med EU in Dansko ni predvidena – Kohler, Pintens, 2009, str. 1529.

²⁷ Možnost, da bi Haaški protokol veljal tudi na Irskem, še obstaja, medtem ko je Združeno kraljestvo na Haaški konferenci in v Svetu že izključilo možnost, da bi njegova sodišča v preživninskih zadevah uporabljala tuje pravo. Razlog, da so sodišča v Združenem kraljestvu nagnjena k uporabi *lex fori*, je predvsem to, da se tuje pravo v Združenem kraljestvu obravnava kot dejstvo, ki ga je treba dokazati. Uporaba tujega prava bi bila zato povezana z velikimi stroški dokazovanja. Mankowski, str. 1487; Kohler, Pintens, 2009, str. 1530; Kohler, str. 1678.

3. Področje uporabe UvPZ

3.1. Vsebinska uporaba UvPZ

UvPZ se uporablja za preživninske obveznosti, ki izhajajo iz družinskih razmerij, starševstva, zakonske zveze ali svaštva (prvi odstavek 1. člena). V skladu s to definicijo uredba zajema zlasti preživninske obveznosti med zakonci, med starši in otroki (tudi preživninske zahtevke staršev nasproti odraslim otrokom),²⁸ med sorodniki, ki niso otrokovi starši, in otrokom, med zakoncem in otrokom njegovega zakonca. Uredba pa ne daje izrecnega odgovora, ali zajema tudi preživninske obveznosti, ki izvirajo iz zunajzakonske skupnosti in istospolne partnerske skupnosti. Za vključitev teh obveznosti v uredbo govori namen definicije preživninske obveznosti iz 1. člena UvPZ, s katero je zakonodajalec hotel zagotoviti enako obravnavo vseh preživninskih upravičencev (11. uvodna izjava k UvPZ). Izključitev preživninskih zahtevkov zunajzakonskih in istospolnih partnerjev iz UvPZ bi povzročila neenako obravnavo upnikov, kar bi bilo v nasprotju z namenom konvencije.²⁹ Poleg tega pa Priloga VII (poglavje 10.3.7) k UvPZ izhaja iz tega, da lahko preživninski zahtevki izvirajo tudi iz »skupnosti, ki je podobna zakonski zvezi« oziroma iz »drugega razmerja«. Hkrati je taka široka razlaga uveljavljena tudi za pojem preživnine v Haaškem protokolu,³⁰ katerega kolizijska pravila bodo članice EU uporabljale v skladu z UvPZ.³¹

Pojem preživninske obveznosti je avtonomen pojem UvPZ (11. uvodna izjava k UvPZ), ki ga je treba po napotilu Sodišča ES³² razlagati ustrezno široko.³³ Pri tej razlagi ne smemo prezreti niti pojma preživninske zadeve iz 2. točke 5. člena Bruseljske uredbe I, saj UvPZ, ki naj bi nadomeščala Bruseljsko uredbo I (1. točka 68. člena UvPZ), ne želi zaostajati za njeno vsebino.³⁴ V skladu s tem se UvPZ uporablja tako za periodične kot za enkratne preživninske

²⁸ Martiny, str. 1689.

²⁹ Hau, str. 516.

³⁰ Glej argumente pri: Gruber, str. 130.

³¹ Beaumont, Paul, str. 528 – avtor navaja, da so države, ki so bile zainteresirane za uporabo Haaškega protokola, hotele čim širši pojem preživninske obveznosti z namenom, da bi zagotovile enako obravnavanje vseh preživninskih upnikov. Enako široko kot Haaški protokol je mogoče razlagati tudi besedilo Haaške konvencije iz leta 2007.

³² Od Lizbonske pogodbe (Pogodba za spremembo Pogodbe o Evropski uniji in Pogodbe za ustanovitev Evropske skupnosti, imenovana tudi Reformna pogodba; UL C 306 z dne 17. 12. 2007, str. 1) se Sodišče ES imenuje Sodišče EU. O učinku Lizbonske pogodbe na zadeve družinskega prava glej: Kohler, Pintens, 2008, str. 1669.

³³ Sodba Sodišča ES v zadevi C-220/95 z dne 27. februarja 1997 – Van der Boogard/Laumen, v: IPRax, 1999, let. 19, št. 1, str. 35; sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča št. XII ZR 146/05 z dne 17. oktobra 2007, v: FamRZ, 2008, let. 55, št. 1, str. 40.

³⁴ Gruber, str. 130.

obveznosti. Zajeti so tudi zaostali zneski in indeksirane terjatve (na primer take, pri katerih je preživnina določena v odstotkih od neto dohodka zavezanca).³⁵

Posebno problematična je razmejitev med pojmom preživninske zadeve in drugimi civilnimi zadevami. Največ težav povzroča zahteva za povračilo sredstev preživljanja, ki jih je namesto preživninskega zavezanca prispevala javna institucija. Sodišče ES je v zvezi s tem zavzelo stališče, da je zahteva javne institucije za plačilo sredstev preživljanja splošna civilna, in ne preživninska zadeva, zato se za postopek odločanja o njej ne uporabljajo pravila UvPZ, temveč pravila Bruseljske uredbe I.³⁶

Težavna je tudi razmejitev med preživninskim in premoženjskim razmerjem med zakonci. Težave v praksi največkrat povzročajo angleške odločbe, saj angleško pravo ne pozna premoženjskega režima med zakonci v pomenu kontinentalne pravne ureditve. Po praksi Sodišča ES naj bi šlo za preživninsko, in ne premoženjsko razmerje, kadar je namen dajatve³⁷ zagotavljati preživetje, in prav tako v primerih, kadar so dajatve opredeljene glede na potrebe in sredstva zakoncev.

Če dajatev zagotavlja sredstva za preživetje zakonca, preživninska narava zadeve ni vprašljiva, tudi če je izplačilo v enkratnem znesku, v prenosu lastninske pravice na določeni stvari ali če ima dajatev tudi odškodninsko naravo³⁸ in se zato njena odmera oddaljuje od zmožnosti zavezanca in potreb upravičenca (na primer pri plačilu v enkratnem znesku, obročnem plačilu (renti) ali dosmrtni renti kot plačilu za premoženjsko izravnavo med zakoncema po francoskem pravu, fr. *prestation compensatoire*³⁹). Če pa dajatev služi le razdelitvi premoženja med zakoncema, spada na področje premoženjskih razmerij med zakonci in se zanjo ne uporablja UvPZ.⁴⁰ Odločba, ki služi obema namenoma hkrati, se po UvPZ lahko izvrši le v delu, ki zajema preživninsko obveznost.⁴¹

³⁵ Glej primere pri Martiny, str. 1685.

³⁶ Javna institucija se ne more sklicevati na privilegij o pristojnosti (na voljo ima samo pristojnost po stalnem prebivališču zavezanca, 2. člen Bruseljske uredbe I), ker ni v enakem položaju kot pomoči potrebni preživninski upravičenec – sodba Sodišča ES v zadevi C-271/00 z dne 14. novembra 2002 – Gemeente Steenbergen/Luc Baten, v: IPRax 2004, let. 24, št. 3, str. 237. O priznanju in izvršitvi odločbe, ki rešuje povračilni zahtevek javne institucije, glej točko 5.3 v nadaljevanju.

³⁷ Sodba Sodišča ES v zadevi C-120/79 z dne 6. marca 1980 – de Cavel II, Slg. 1980, 731 (obr. št. 5); sodba Sodišča ES v zadevi C-220/95 z dne 27. februarja 1997 – Van der Boogard/Laumen, v: IPRax, 1999, let. 19, št. 1, str. 35; sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča št. XII ZR 146/05 z dne 17. oktobra 2007, v: FamRZ, 2008, let. 55, št. 1, str. 40.

³⁸ Sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča št. XII ZR 146/05 z dne 17. oktobra 2007, v: FamRZ, 2008, let. 55, št. 1, str. 40.

³⁹ Ferrand, str. 100.

⁴⁰ Tudi Bruseljska uredba I ne ureja premoženjskih razmerij iz zakonske zveze oziroma premoženjskih razmerij med partnerji (1. člen Bruseljske uredbe I).

⁴¹ Botur, str. 1861.

3.2. Krajevna uporaba UvPZ

Uredba ne velja za Dansko, ki se ne udeležuje ukrepov na področju pravosodnega sodelovanja v civilnih zadevah iz V. poglavja PDEU, vendar ima možnost, da se uredbi pridruži na podlagi Sporazuma med ES in Dansko z dne 19. oktobra 1995.⁴² Mogoče je pričakovati, da se bo to zgodilo, saj je Danska na zasedanju Sveta 28. novembra 2008 napovedala, da si to želi.⁴³

Poseben položaj po primarnem pravu EU uživata tudi Združeno kraljestvo in Irska, ki ju UvPZ kot ukrep pravosodnega sodelovanja ne zadeva, dokler na podlagi Protokola k Pogodbi o Evropski uniji in Pogodbi o ustanovitvi Evropske skupnosti (zdaj PDEU) ne izjavita, da se ji želita priključiti (izjava *opt-in*).⁴⁴ Irska je to možnost izrabila⁴⁵ in sporočila, da želi sodelovati pri sprejetju in uporabi UvPZ. Pozneje ji je sledilo tudi Združeno kraljestvo.⁴⁶

3.3. Časovna uporaba UvPZ

UvPZ se uporablja samo za postopke, začete po začetku uporabe te uredbe, tj. za postopke, ki so se začeli po 18. juniju 2011. Pri izvršilnih naslovih, kot so sodne poravnave, je odločilno, da so bili potrjeni ali sklenjeni po začetku uporabe UvPZ, medtem ko je za javne listine odločilen datum, ko so bile uradno sestavljene ali evidentirane (prvi odstavek 75. člena UvPZ).

Za priznavanje, izvršljivost in izvrševanje preživinskih naslovov, za katere se ne uporablja Haaški protokol in pri katerih postopek priznanja in razglasitve izvršljivosti posnema postopek iz Bruseljske uredbe I (2. in 3. oddelek IV. poglavja UvPZ), UvPZ predvideva časovno raztegnitev uporabnosti. Za priznanje in razglasitev izvršljivosti navedenih pravnih naslovov se uporablja UvPZ, če so bili naslovi izdani (oziroma potrjeni ali sklenjeni) pred dnevom začetka uporabe UvPZ ter se priznanje in razglasitev izvršljivosti zahtevata po začetku uporabe UvPZ (alineja a drugega odstavka 75. člena UvPZ). Prav tako se UvPZ uporablja tudi za izvršilne naslove, izdane (oziroma potrjene ali sklenjene) po začetku uporabe UvPZ, če se je postopek začel pred začetkom uporabe UvPZ in spadajo ti naslovi za namene priznanja in izvršitve še na področje uporabe Bruseljske uredbe I (alineja b drugega odstavka 75. člena UvPZ). Postopki priznanja in izvršitve, ki na dan uveljavitve UvPZ že potekajo po določbah

⁴² Sporazum o sodni pristojnosti in priznanju ter izvršitvi sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, UL L 299, 16. 11. 2005, str. 62.

⁴³ Gruber, str. 131.

⁴⁴ Tako 18. uvodna izjava k UvPZ. Glej tudi Kohler, Pintens, 2010, str. 1481.

⁴⁵ Na podlagi 3. člena Protokola k Pogodbi o Evropski uniji in Pogodbi o ustanovitvi Evropske skupnosti (46. uvodna izjava k UvPZ).

⁴⁶ Na podlagi 4. člena Protokola k Pogodbi o Evropski uniji in Pogodbi o ustanovitvi Evropske skupnosti (47. uvodna izjava k UvPZ).

Bruseljske uredbe I, se končajo v skladu z določbami Bruseljske uredbe I. Zaradi navedene prehodne ureditve bo postopek eksekvatur iz Bruseljske uredbe I še nekaj časa aktualen (23. in nasl. členi UvPZ).

4. Sodna pristojnost

4.1. Splošna sodna pristojnost

Določba 3. člena UvPZ, ki ureja splošno sodno pristojnost v preživninskih zadevah, vsebuje štiri alternativne in med seboj enakovredne razloge pristojnosti. V državah članicah ima sodno pristojnost v preživninskih zadevah:

- a) sodišče kraja običajnega prebivališča⁴⁷ toženca;
- b) sodišče kraja običajnega prebivališča upravičenca;
- c) sodišče, ki je po svojem pravu pristojno za postopke v zvezi s statusom osebe, če je preživninski zahtevek povezan s tem postopkom;
- d) sodišče, ki je po svojem pravu pristojno za postopke v zvezi s starševsko odgovornostjo, če je preživninski zahtevek povezan s tem postopkom.

Med posameznimi pristojnostmi izbira vložnik zahteve, razen kadar mu na poti stoji postopek z istim zahtevkom med istima strankama (glej 12. člen UvPZ).

Alineje a–c 3. člena UvPZ sledijo razmerju med 2. členom in drugim odstavkom 5. člena Bruseljske uredbe I, le da osrednja navezna okoliščina ni več stalno, temveč običajno prebivališče. Tako se UvPZ usklajuje s Haaškim protokolom. Ta pravo, ki se uporabi, navezuje na običajno prebivališče.⁴⁹ Pojem običajnega prebivališča v UvPZ in drugem evropskem civilnem postopkovnem pravu ni posebej opredeljen. Drugače od Bruseljske uredbe I, v kateri je treba pojem stalnega prebivališča razlagati v skladu z notranjim pravom države, v kateri je bil začet postop-

⁴⁷ Običajno prebivališče je uradni prevod, ki ga UvPZ uporablja za besedno zvezo *habitual residence* (v nemškem prevodu *gewöhnlicher Aufenthalt*, medtem ko sta za stalno prebivališče uveljavljena izraza angl. *domicile* in nem. *Wohnsitz*). Pojem *habitual residence* označuje zgolj kraj, kjer se nekdo nahaja, ne da bi imel tam namen tudi trajno bivat, zato je ustrezen prevod te besedne zveze običajno bivališče, in ne običajno prebivališče, kar uporablja UvPZ.

⁴⁸ UvPZ se od Bruseljske uredbe I razlikuje tudi po tem, da ne omogoča razširitve toženčevega običajnega prebivališča na druge osebe, kot je predvideno s 6. členom Bruseljske uredbe I, po katerem je lahko več oseb toženih pred sodiščem v kraju, kjer ima toženec stalno prebivališče. To na prvi pogled preseneča, saj prav v preživninskih zadevah med postopki pogosto obstaja tako tesna vez, da sta skupna obravnava in skupna odločba v interesu usklajenosti odločitve (na primer polnoletni otrok toži na preživljanje očeta in mater, ki imata stalno prebivališče v različnih državah) – zavzemanje za tako rešitev v preživninskih zadevah UvPZ glej pri Hau, str. 517 – res pa je, da ureditev iz 6. člena Bruseljske uredbe I daje ekonomičnosti postopka in usklajenosti odločanja prednost pred varstvom upnika.

⁴⁹ Tožba v kraju, kjer ima zavezanec običajno prebivališče, ima za posledico, da se uporabi pravo običajnega prebivališča zavezanca, kar vodi do kolizijskopravno spodbujane izbire sodišča (*forum shopping*). Gruber, str. 132.

pek (prvi odstavek 59. člena Bruseljske uredbe I), je pojem običajnega prebivališča v UvPZ avtonomen.⁵⁰ Literatura opozarja, da bi bilo pojem običajnega prebivališča iz UvPZ koristno približati Bruseljski uredbi IIa, ker so spori o preživljanju pogosto povezani z zadevami iz Bruseljske uredbe IIa. S tem bi v evropskem družinskem pravu dosegli večjo usklajenost.⁵¹

Nova glede na Bruseljsko uredbo I je alineja d 3. člena UvPZ. Po njej je za preživninske zadeve alternativno pristojno tudi sodišče, ki je po svojem pravu pristojno za postopke v zvezi s starševsko odgovornostjo. Preživninski postopek je v alineji d – enako kot postopek v alineji c – glede pristojnosti obravnavan kot pridružen postopek (postopku v zvezi s starševsko odgovornostjo⁵²). Pristojnost iz alineje d – enako kot pristojnosti iz alineje c – ni podana, če bi temeljila izključno na državljanstvu ene od strank.

Besedilo 3. člena UvPZ daje vtis, da je treba določbe o pristojnosti iz UvPZ uporabiti tudi, če imata obe stranki običajno prebivališče v isti državi članici EU. Tako razumevanje uredbe je usodno, saj določba 3. člena UvPZ ne določa samo mednarodne pristojnosti, temveč prek nje tudi krajevno. Alineji a in b namreč odkazujeta na »sodišče kraja«.⁵³ S tem bi določba 3. člena vdrla v nacionalne predpise o krajevni pristojnosti tudi v povsem notranjih primerih, kar je nesprejemljivo, saj evropski zakonodajalec za to nima pristojnosti.⁵⁴

Podrobnejše preučevanje 3. člena UvPZ pokaže, da zakonodajalec zato ni določil, da morata imeti stranki običajno prebivališče v različnih državah članicah, ker je želel zajeti tako čezmejne primere v EU kot čezmejne primere, v katerih ima toženi ali obe stranki običajno prebivališče v različnih ali isti tretji državi (glej 6. in 7. člen UvPZ). Ta namen evropskega zakonodajalca je razviden tudi iz 15. uvodne izjave k UvPZ. Po njej bi bilo zaradi varstva interesov preživninskih zavezancev in spodbujanja ustreznega sodnega varstva v EU treba prilagoditi pravila o pristojnosti, in sicer tako, da običajno prebivališče toženca v tretji državi ne bi bilo več razlog, da se pravila Unije ne uporabijo.⁵⁵ V skladu s tem je treba 3. člen UvPZ razumeti ozko in ga uporabiti samo v zadevah s čezmejnimi vidikom.

⁵⁰ Primerjaj sodbo Sodišča ES v zadevi C-523/07 z dne 2. aprila 2009 – Zadeva »A«, v: FamRZ, 2009, let. 56, št. 10, str. 843.

⁵¹ Tako Hau, str. 516.

⁵² Pojem postopka v zvezi s starševsko odgovornostjo je treba razumeti v skladu s 7. točko 1. člena Bruseljske uredbe IIa.

⁵³ To potrjuje tudi gradivo k UvPZ – opomba 1 k 3. členu Predloga UvPZ v Svetu z dne 20. 12. 2006 (16830/06). Tako tudi Hau, str. 516; Gruber, str. 132.

⁵⁴ Kritiko na primer slikovito prikažejo naslednje trditve: »To besedilo je daleč od tega, da bi ga posnemali« – Gruber, str. 132; »Potencialna prekoračitev mej pristojnosti še ne pomeni čezmejnega vidika« – Gsell, Netzer, str. 407. Zadnje navedena avtorja zoper UvPZ predlagata ničnostno tožbo po 263. členu PDEU ali predložitev zadeve Sodišču EU po poti predhodnega postopka na podlagi 27. člena PDEU.

⁵⁵ Primerjaj tudi Gruber, str. 133.

4.2. Sporazum o pristojnosti in spustitev v postopek brez ugovora

Stranki se tako kot že po Bruseljski uredbi I tudi po UvPZ lahko sporazumeta o pristojnosti. To lahko storita z vnaprejšnjim dogovorom (sporazum o pristojnosti, 4. člen UvPZ) ali pa naknadno z golo spustitvijo v postopek (tih sporazum o pristojnosti, 5. člen UvPZ). Drugače od ureditve v 23. členu Bruseljske uredbe I pa so sodišča, ki so na izbiro, v UvPZ omejena (prvi odstavek 4. člena UvPZ). Izhodišče UvPZ je namreč stališče, da sporazumi o pristojnosti praviloma niso v interesu preživninskega upnika, saj mu jemljejo možnost, da svobodno izbira med alternativnimi pristojnostmi iz 3. člena UvPZ.⁵⁶

Stranki se lahko sporazumeta, da bo za odločanje o sporih, ki nastanejo ali bi lahko nastali med njima v preživninskih zadevah, pristojno naslednje sodišče ali sodišča države članice:⁵⁷

- a) sodišče ali sodišča države članice, v kateri ima ena od strank običajno prebivališče;
- b) sodišče ali sodišča države članice, državljanstvo katere ima ena od strank;⁵⁸
- c) pri preživninskih obveznostih med zakoncema ali bivšima zakoncema:⁵⁹
 - sodišče, ki je pristojno za odločanje o njenem zakonskem sporu,⁶⁰
 - sodišče ali sodišča države članice, v kateri sta najmanj eno leto imela zadnje skupno običajno prebivališče.

Možnost sporazuma o pristojnosti iz 4. člena UvPZ je strankam dopuščena, kadar ima vsaj ena stranka vez z določeno državo članico. Pogoji iz točk a–c morajo biti izpolnjeni ob sklenitvi sporazuma o pristojnosti ali ob predložitvi zadeve sodišču (prvi odstavek 4. člena UvPZ).

UvPZ glede na 23. člen Bruseljske uredbe I zvišuje tudi formalne zahteve za sklenitev sporazuma (drugi odstavek 4. člena UvPZ). Sporazum o pristojnosti se po UvPZ lahko sklene le v pisni obliki. Pisni obliki je enakovredna tudi komunikacija po elektronskih medijih, ki zagotavlja trajen zapis.

⁵⁶ Pravila dogovora o pristojnosti se navezujejo na 8. člen Haaškega protokola, ki omogoča izbiro prava. Prav tam, str. 133.

⁵⁷ Nekateri avtorji ureditvi UvPZ očitajo, da je pomanjkljiva, ker ne vsebuje pravil o učinku sporazuma o pristojnosti tretje države. Kohler, Pintens, 2009, str. 1530.

⁵⁸ Kadar ima oseba več državljanstev, so ta enakopravna in zadostuje tudi tako imenovano neučinkovito državljanstvo. Ureditev v alineji b 4. člena UvPZ, ki možnost izbire sodišča veže na državljansko pripadnost enega od udeležencev dogovorjenemu sodišču, literatura ocenjuje kot sporno z vidika načela primarnega prava o enakopravnosti (18. člen PDEU). Hau, str. 517.

⁵⁹ Točka c ne izključuje točk a in b, temveč je le dodatna izbirna možnost pri sklenitvi sporazuma o pristojnosti (tudi takrat, kadar obsega dejanske stanove, ki so hkrati pokriti s točkama a in b). Primerjaj Gruber, str. 133.

⁶⁰ Ta točka napotuje na pravilo o pristojnosti za zakonski spor in s tem na 3. člen in nasl. člene Bruseljske uredbe IIa, vključno z možnostjo uporabe subsidiarne pristojnosti iz 7. člena Bruseljske uredbe IIa.

Drugače od pravil Bruseljske uredbe I pravila UvPZ v sporih o preživninski obveznosti do otroka, mlajšega od 18 let, izključujejo zasebno avtonomijo in ne dovoljujejo sporazuma o pristojnosti (tretji odstavek 4. člena UvPZ).⁶¹

Nespremenjena glede na Bruseljsko uredbo I ostajajo pravila UvPZ o spustitvi v spor brez ugovora. Spustitev v spor je mogoča takrat, ko bi bilo mogoče skleniti sporazum o pristojnosti, a ta ni bil sklenjen, in tudi v primerih, ko je sporazum o pristojnosti nedopusten zaradi pomanjkanja vezi z izbranim sodiščem, saj iz 5. člena UvPZ (in tudi iz 24. člena Bruseljske uredbe I) ne izhaja dolžnost sodnika, da stranke opozori na neveljavnost sporazuma o pristojnosti.⁶²

4.3. Pomožna pristojnost in *forum necessitatis*

UvPZ želi drugače od Bruseljske uredbe I oblikovati zaprt sistem pristojnosti v preživninskih zadevah. Primeri, ki imajo povezavo s tretjo državo, ker ima toženi ali obe stranki običajno prebivališče zunaj EU, in v katerih po 3., 4. in 5. členu UvPZ ne bi bilo pristojno nobeno sodišče države članice EU,⁶³ so zaključeno urejeni v 6. in 7. členu UvPZ s pravilom o pomožni pristojnosti in pravilom o *forum necessitatis*. Napotitev na nacionalna pravila je zato izključena (15. uvodna izjava k UvPZ).⁶⁴

Pravilo o pomožni pristojnosti določa, da so takrat, kadar na podlagi 3., 4. in 5. člena UvPZ ni pristojno nobeno sodišče države članice (in tudi nobeno sodišče države pogodbenice Luganske konvencije), pristojna sodišča države članice, katere državljanstvo imata obe stranki (ni nujno, da sta državljanstvi učinkoviti). Če niti na podlagi pravila o pomožni pristojnosti iz 6. člena UvPZ ni pristojno nobeno sodišče države članice, lahko v izjemnih primerih o sporu odločajo sodišča države članice EU (*forum necessitatis*). Sodišče države članice EU je na voljo samo, če v tretji državi postopka ni mogoče začeti ali izvesti v razumnih okvirih ali če postopek v tej državi ni mogoč. Tak izjemen primer je, če se izkaže, da je postopek v tretji državi neizvedljiv (na primer zaradi državljanske vojne), ali če upravičeno ni mogoče pričakovati, da bo vlagatelj lahko sprožil in izpeljal postopek v tej državi. Pravilo o *forum necessitatis* se lahko uporabi le, če je spor zadostno povezan z državo članico, v kateri je sodišče, ki mu je

⁶¹ Čeprav je bila ureditev iz tretjega odstavka 4. člena v postopku nastajanja UvPZ predlagana tudi za poslovno nesposobne, pomoči potrebne odrasle osebe, ta rešitev ni bila sprejeta. Primerjaj 4. člen Predloga Sveta z dne 20. decembra 2006 (16830/06). Podrobneje Gruber, str. 134.

⁶² Taka razlaga lahko neposredno koristi tožencu, ko se na primer prepričan o veljavnosti sporazuma o pristojnosti spusti v spor pred nepristojnim sodiščem. Primerjaj prav tam.

⁶³ In tudi ne v državi članici Luganske konvencije.

⁶⁴ Tudi če pristojnost temelji samo na 6. ali 7. členu UvPZ, bo odločba, drugače kot po Haaški konvenciji iz leta 2007, priznana v drugih državah članicah EU.

bila zadeva predložena (na primer na podlagi državljanstva ene od strank, 15. in 16. uvodna izjava k UvPZ).

4.4. Omejitev pristojnosti v primeru spremembe preživninske odločbe

Če je sodna odločba⁶⁵ izdana v državi članici ali v državi pogodbenici Haaške konvencije iz leta 2007, v kateri ima upravičenec običajno prebivališče, zavezanec ne more sprožiti postopka za spremembo odločbe ali izdajo nove odločbe v nobeni drugi članici, dokler ima upravičenec običajno prebivališče v državi, v kateri je bila izdana odločba (8. člen UvPZ; omejitev pristojnosti, tudi *perpetuatio jurisdictionis*). Upniku je s tem prihranjeno, da bi se zaradi dolžnikove tožbe za spremembo preživninske odločbe moral odpraviti v drugo državo.⁶⁶ Pravilo o omejitvi pristojnosti se ne uporabi: če sta se stranki sporazumeli, da je pristojno sodišče druge države članice ali če se upravičenec spusti v postopek pred sodiščem druge države članice brez ugovora; če pristojni organ v državi izvora, ki je država pogodbenica Haaške konvencije iz leta 2007, ne more sprejeti pristojnosti za spremembo sodne odločbe ali izdajo nove odločbe ali to pristojnost zavrne; če se sodna odločba, izdana v državi izvora, ki je država pogodbenica Haaške konvencije iz leta 2007, ne more priznati ali razglasiti za izvršljivo v državi članici, v kateri se preučuje možnost postopka za novo ali spremenjeno odločbo.

4.5. Visečnost in sorodne pravde

Določbe 9., 12. in 13. člena UvPZ o začetku postopka, visečnosti pravde⁶⁷ in sorodnih pravadah⁶⁸ ustrezajo določbam 27., 28. in 30. člena Bruseljske uredbe I, vendar nekateri avtorji pravilom o visečnosti pravde očitajo, da so pomanjkljiva, ker ne vsebujejo določb o učinkih prej začete pravde v tretji državi.⁶⁹

⁶⁵ Določba 8. člena UvPZ se uporablja tudi za pristojnost pri spremembi javnih listin in sodnih poravnav, saj se določbe UvPZ po potrebi uporabljajo tudi za javne listine in sodne poravnave (drugi odstavek 48. člena UvPZ).

⁶⁶ Gruber, str. 134.

⁶⁷ Če pred sodišči različnih držav članic tečejo postopki z istim zahtevkom med istima strankama, se vsa sodišča, razen tistega, ki je prvo začelo postopek, po uradni dolžnosti izrečejo za nepristojna. Dokler se ne ugotovi, katero sodišče je prvo začelo postopek, sodišča po uradni dolžnosti postopek prekinejo.

⁶⁸ Če tečejo sorodne pravde pred sodišči različnih držav članic, lahko vsa sodišča, razen tistega, ki je prvo začelo postopek, postopek prekinejo. Če te pravde potekajo na prvi stopnji, se lahko vsa sodišča, razen tistega, ki je prvo začelo postopek, izrečejo za nepristojna, če je sodišče, ki je prvo začelo postopek, pristojno za odločanje v zadevnih postopkih in če zakon dovoljuje združitev pravd. Šteje se, da so pravde sorodne, če so med seboj tako tesno povezane, da se zdita skupna obravnava in odločanje o njih smiselna, da bi se s tem izognili nezdržljivosti sodnih odločb, ki bi izhajale iz ločenih postopkov.

⁶⁹ Kohler, Pintens, 2009, str. 1530.

4.6. Varstvo z začasnimi ukrepi

Pri sodišču države članice se lahko vloži zahteva začasne ukrepe, vključno z zahtevo za ukrepe zavarovanja, ki jih predvideva pravo te države članice, tudi v primeru, ko so po UvPZ za odločanje o glavni stvari pristojna sodišča druge države članice. Besedilo je enako besedilu iz 31. člena Bruseljske uredbe I (večinoma tudi besedilu prvega odstavka 20. člena Bruseljske uredbe IIa). Kadar po pravilih o splošni pristojnosti ali na podlagi sporazuma začasne ukrepe ne bi bila pristojna nobena od držav članic EU, se pristojnost po UvPZ – drugače kot po Bruseljski uredbi I (oziroma Bruseljski uredbi IIa) – ravna po sklenjenem krogu avtonomnih pristojnosti brez napotitve na nacionalna pravila (15. uvodna izjava k UvPZ).⁷⁰

5. Priznavanje, izvršljivost in izvrševanje preživninskih naslovov

5.1. Vrste preživninskih naslovov po UvPZ

Pravila o priznavanju, izvršljivosti in izvrševanju se uporabljajo za vse odločbe v preživninskih zadevah, ki jih izda sodišče, ne glede na to, kako je ta odločba poimenovana (na primer sklep, sodba, odredba, sklep o izvršitvi, sklep sodnega uradnika o odmeri stroškov sodnega postopka), pa tudi za odločbe upravnih organov, če ti organi zagotavljajo jamstva zlasti glede nepristranskosti in pravice strank do zaslivanja (drugi odstavek 2. člena UvPZ).⁷¹ S tem želi uredba zajeti različne možnosti reševanja vprašanj v zvezi s preživninskimi obveznostmi (12. uvodna izjava k UvPZ). V skladu s tem namenom uredba zajema tudi sodne poravnave⁷² in javne listine⁷³ ter dogovore v zvezi s preživninskimi obveznostmi, sklenjene z upravnimi organi države članice izvora ali potrjene s strani teh organov (1. in 2. točka prvega odstavka 2. člena UvPZ). UvPZ pa ne daje izrecnega odgovora na vprašanje, ali se uporablja tudi za priznanje in izvršitev zavrnilnih preživninskih sodnih odločb. Podlaga za razlago, da UvPZ obsega tudi zavrnilne sodne odločbe, je 1. točka prvega odstavka 2. člena UvPZ, ki takih sodnih odločb ne izključuje iz pojma sodna odločba. Tako stališče potrjujejo tudi pravila UvPZ o priznanju in izvršitvi, ki ne uporabljajo pojma zavezanec za preživljanje in upravičenec do preživljanja,

⁷⁰ Primerjaj 4. člen Bruseljske uredbe I in 7. člen Bruseljske uredbe IIa. Hau, str. 518.

⁷¹ Pojem sodišče za namene UvPZ vključuje tudi upravni organ države članice, ki je pristojen za preživninske zadeve, če ta organ zagotavlja jamstva glede nepristranskosti in pravice strank do zaslivanja in so njegove odločbe po zakonodaji države, v kateri ima sedež, lahko predmet pritožbe ali ponovne proučitve s strani sodnega organa ter imajo enakovredno veljavnost in učinek kot sodna odločba glede iste zadeve. Poleg tega mora biti upravni organ, če naj se po UvPZ obravnava kot sodišče, naštet v Prilogi X k UvPZ.

⁷² Z UvPZ so zajete sodne poravnave, ki jih je potrdilo sodišče ali so bile sklenjene med postopkom pred sodiščem.

⁷³ Z UvPZ so zajete javne listine, ki so bile v državi članici uradno sestavljene ali overjene kot javne listine v preživninskih zadevah in katerih pristnost se nanaša na podpis in vsebino javne listine ter jih je potrdil javni ali drug za to pooblaščen organ.

temveč pojma stranka, ki zahteva izvršitev,⁷⁴ in stranka, zoper katero (oziroma proti kateri) se zahteva izvršitev.⁷⁵ Taki nevtralni izrazi se lahko uporabijo tako za upnika kot dolžnika preživninske obveznosti, kar je argument, da se UvPZ uporablja tudi za izvršbo glede stroškov stranke, ki je dosegla zavrnitev proti njej usmerjenega tožbenega zahtevka.⁷⁶ Taka razlaga ustreza tudi načelu enakosti orožja, saj se na ta način za obe stranki istega spora uporabljajo ista pravila o izvršbi.⁷⁷ Načelo o enakosti orožja pa bi bilo kršeno, če bi dajali prednost upniku preživninske obveznosti. Iz tega razloga moramo šteti, da so predmet priznanja in izvršitve na podlagi UvPZ tudi sodne poravnave in javne listine glede povračila preveč plačane preživnine ali odpovedi preživnini (na primer glede stroškov sodne poravnave, s katero je dogovorjena odpoved preživljanju).⁷⁸

5.2. Priznanje in izvršitev preživninskih naslovov

Pravila o priznanju in izvršitvi preživninskih naslovov so bistvena novost UvPZ. K njihovem nastanku je pripomogla politična pobuda z zasedanja v Tampereju 15. in 16. oktobra 1999, ki se je zavzela za to, da bi bilo preživninske naslove v EU mogoče izvršiti brez predhodnih ukrepov, tj. brez razglasitve izvršljivosti (4. uvodna izjava k UvPZ). Ta prizadevanja so se izpolnila glede pravnih naslovov, izdanih v tistih državah članicah EU, ki so zavezane z določbami Haaškega protokola.

Preživninski naslov,⁷⁹ izdan v državi članici, ki jo zavezuje Haaški protokol, se samodejno prizna v drugi državi članici, in to brez možnosti ugovora njenemu priznanju (niti zadržka javnega reda države izvršitve ni mogoče uveljavljati, prvi odstavek 17. člena UvPZ). Preživninski naslov, izdan v državi članici, ki jo zavezuje Haaški protokol, je v drugi državi članici izvršljiv, ne da bi bil v tej državi predhodno potreben poseben postopek (drugi odstavek 17. člena UvPZ).⁸⁰ V državi izvršitve se predlog za izvršbo lahko zavrne le zaradi ugovora zastaranja⁸¹ in zaradi nezdržljivosti preživninskega naslova z odločbo, ki je bila izdana ali priznana

⁷⁴ Na primer drugi odstavek 20. člena UvPZ.

⁷⁵ Na primer drugi odstavek 27. člena, 30. člen, drugi odstavek 31. člena, tretji odstavek 36. člena UvPZ.

⁷⁶ Tak rezultat potrjuje tudi Poročilo h Haaški konvenciji iz leta 2007, po kateri se UvPZ večkrat zgleduje. V njem je omenjeno, da se ta konvencija nanaša tudi na zavrnilne odločbe. Primerjaj Gruber, str. 136, in Beaumont, str. 525.

⁷⁷ Gruber, str. 136.

⁷⁸ Prav tam.

⁷⁹ Sodne poravnave in javne listine, ki so izvršljive v državi izvora, so v skladu s IV. poglavjem UvPZ priznane in izvršljive tudi v drugi državi članici na enak način kot sodne odločbe (prvi odstavek 48. člena UvPZ).

⁸⁰ Vložnik zahteve za izvršitev preživninskega naslova mora izvršilnemu organu predložiti v prvem odstavku 20. člena UvPZ naštetje listine.

⁸¹ Vprašanje zastaranja se presoja bodisi po pravu države izvora bodisi po pravu države izvršitve. Upošteva se zastarni rok tiste države, ki je daljši.

v državi izvršitve (drugi odstavek 21. člena UvPZ). Nedotaknjeni ostajajo razlogi za zavrnitev ali odložitev izvršbe po nacionalnem pravu (na primer zavezančeva poravnava dolga med postopkom izvršbe, zaščiteni del določenega premoženja), če niso nezdržljivi z navedenima ugovoroma zastaranja in nezdržljivostjo preživninskega naslova (30. uvodna izjava k UvPZ in prvi odstavek 21. člena UvPZ). V državi članici, v kateri se zahteva izvršitev, ni dovoljeno preverjati vsebine sodne odločbe, izdane v drugi državi članici, ki jo zavezuje Haaški protokol (prepoved *révision au fond*).

Odločba, izdana v državi članici, ki jo zavezuje Haaški protokol, se v državi izvora lahko preizkusi v okviru izrednih pravnih sredstev,⁸² če se tožena stranka (dolžnik) sklicuje na to, da se zaradi kršitve pravice do izjave ob uvedbi postopka ni mogla spustiti v spor (alineja a prvega odstavka 19. člena UvPZ)⁸³ ali da ni mogla ugovarjati preživninskemu zahtevku zaradi višje sile ali izrednih okoliščin, ki so nastopile brez njene krivde (alineja a prvega odstavka 19. člena UvPZ). Tega izrednega pravnega sredstva, imenovanega zahteva za ponovno preučitev, ni mogoče uveljavljati, če tožena stranka ni izpodbijala preživninskega naslova, čeprav je imela to možnost.⁸⁴ Uveljavljanje zahteve za ponovno preučitev ni omejeno le vsebinsko, temveč tudi časovno. Zahtevo je treba vložiti nemudoma oziroma najpozneje v roku 45 dni od dneva, ko je bila tožena stranka dejansko seznanjena z vsebino izvršilnega naslova in je bila sposobna ukrepati, vendar najpozneje od dneva prvega izvršilnega ukrepa, zaradi katerega je

⁸² Botour, str. 1869.

⁸³ Pri presoji, ali je bila ob uvedbi postopka kršena pravica do izjave, se upošteva, ali je bila listina o začetku postopka pravočasno vročena tožencu, tj. dovolj zgodaj, da si je toženec lahko pripravil obrambo. Pri tem se ne presoja več, kot se je po Bruseljski konvenciji, ali je bila vročitev opravljena v skladu z avtonomnim procesnim pravom v državi izvora (Martiny, str. 1685). Res pa je, da hude napake pri vročanju pomenijo močan indic, da toženi ob uvedbi postopka ni imel dovolj časa za pripravo obrambe. Taka primera sta na primer vročitev v kraju, kjer toženi dejansko ne živi (sklep nemškega Zveznega vrhovnega sodišča št. XII ZB 240/05 z dne 12. decembra 2007, v: FamRZ, 2008, let. 55, št. 6, str. 586), in vročitev v drugo državo članico, pisanje pa ni v enem od jezikov iz 8. člena Uredbe (ES) št. 1393/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. novembra 2007 o vročanju sodnih in izvensodnih pisanj v civilnih in gospodarskih zadevah v državah članicah in razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1348/2000 (v nadaljevanju Uredba o vročanju, UL 324, 10. 12. 2007, str. 79) in tudi ni ustrezno prevedeno. V zadnjem primeru tožencu ni omogočena primerna obramba, če je sprejem pisanja v skladu s prvim odstavkom 8. člena Uredbe o vročanju odklonil ali če je pisanje v nerazumljivem jeziku sprejel, ker ni bil poučen o pravici, da ga lahko odkloni (Martiny, str. 1685).

Fiktivna vročitev, ki predpostavlja, da toženi pozna vsebino pisanja, ni nujno ovira za izvršitev, ker tudi v čezmejnih razmerjih ne sme biti nagrajen dolžnik, ki se postopku izmika z bivanjem na neznanem kraju. Pri presoji, ali je v primeru fiktivne vročitve toženec imel možnosti obrambe, je treba zato presojati predvsem, ali je razlog, da je prišlo do fiktivne vročitve, mogoče pripisati tožencu. Tega mu na primer ni mogoče pripisati, kadar je sodišče, namesto da bi opravilo poizvedbo o prebivališču, raje opravilo fiktivno vročitev. Razlog za fiktivno vročitev pa mu je mogoče pripisati, kadar je toženec, ki se je zavedal možnosti svoje preživninske obveznosti do preživninskega upravičenca, odšel v tujino, ne da bi pustil obvestilo o svojem prebivališču (Sklep nemškega Zveznega vrhovnega sodišča št. XII ZB 217/05 z dne 28. novembra 2007, v: FamRZ, 2008, let. 55, št. 4, str. 390). Obširneje o tej tematiki Boutur, str. 1864.

⁸⁴ Izrednemu pravnemu sredstvu po ponovni preučitvi očitajo, da se ne omejuje samo na zadeve s čezmejnimi vidikom, s čimer ureditev presega pristojnosti evropskega zakonodajalca. Gsell, Netzer, str. 406 in nasl.

njeno premoženje v celoti ali delno postalo nerazpoložljivo (drugi odstavek 19. člena UvPZ). Petinštiridesetdnevnega roka ni mogoče podaljšati zaradi velike razdalje med sodiščem države izvora in krajem, kjer se nahaja tožena stranka. Če sodišče države izvora zavrne zahtevo, sodna odločba ostane v veljavi. Če pa je zahteva utemeljena, je sodna odločba nična in neveljavna. V tem primeru upravičenec ne izgubi pravic, ki izvirajo iz prekinitve prekluzivnih ali zastaralnih rokov, ali pravice, da v državi izvora znova uveljavlja v prejšnjem postopku že priznane preživninske zahtevke (tretji odstavek 19. člena UvPZ). Določba o izrednem pravnem sredstvu iz 19. člena UvPz ne posega v izredna pravna sredstva, ki jih predvideva pravo države izvora, če so ta združljiva s pravnim sredstvom iz 19. člena UvPZ (29. uvodna izjava k UvPZ).

Pravni naslovi, izdani v državah članicah, ki jih ne zavezuje Haaški protokol, se izvršijo po določbah UvPZ, ki posnemajo določbe Bruseljske uredbe I o priznanju in izvršljivosti (23. člen in nasl. členi UvPZ).⁸⁵ Priznanje odločbe, izdane v državi članici, ki je Haaški protokol ne zavezuje, se lahko zavrne, če odločba očitno nasprotuje javnemu redu države priznanja,⁸⁶ če se tožena stranka zaradi kršitve pravice do izjave ob uvedbi postopka ni mogla spustiti v spor in če je preživninski naslov nezdružljiv z odločbo, ki je bila med istima strankama izdana v državi priznanja, ali s predhodno odločbo države priznanja ali tretje države, ki v državi priznanja izpolnjuje pogoje za priznanje (24. člen UvPZ). Odločbo, ki naj se izvrši, je v državi izvršbe pred izvršbo treba razglasiti za izvršljivo (26. člen UvPZ).

Posebno pozornost zasluži načelo Bruseljske uredbe I o obravnavanju zadeve brez odlašanja, ki pa je v UvPZ ustrezno konkretizirano. Po UvPZ mora sodišče države izvršitve izdati prvostopenjsko odločbo, s katero razglasi izvršljivost, najpozneje v 30 dneh (30. člen UvPZ)⁸⁷ in drugostopenjsko odločbo najpozneje v 90 dneh, razen če to ni mogoče zaradi izjemnih okoliščin (prvi odstavek 34. člena UvPZ).

Za uporabo določb o postopku izvrševanja preživninskih naslovov je odločilno, v kateri državi članici je bil preživninski naslov izdan, in ne, v kateri bo izvršen. Tako bodo morale države, ki jih ne zavezuje Haaški protokol (na primer Združeno kraljestvo), pravne naslove, izdane v državah, ki jih zavezuje Haaški protokol, izvrševati po pravilih iz 1. oddelka IV. poglavja UvPZ in brez postopka eksekvatur, čeprav se ta pravila ne bodo uporabljala za odločbe, ki jih bodo izdale same.⁸⁸

⁸⁵ Kohler, Pintens, Walter, 2009, str. 1530.

⁸⁶ Zadržek javnega reda države priznanja se ne sme uporabiti glede pravil o pristojnosti.

⁸⁷ Stranka, zoper katero se zahteva izvršitev, v tej fazi nima možnosti podajati izjav glede zahteve. Ime sodišča ali drugega organa države članice izvršitve, kjer se vloži zahteva za razglasitev izvršljivosti, države članice sporočijo Komisiji v skladu z 71. členom UvPZ. Krajevna pristojnost se določi glede na običajno prebivališče stranke, zoper katero se zahteva izvršba, ali glede na kraj izvršitve (27. člen UvPZ).

⁸⁸ Glej naslov 1. in 2. oddelka IV. poglavja. Primerjaj tudi Gruber, str. 138.

5.3. Upravičenec do zahtevka za priznanje in izvršitev

Priznanje in razglasitev izvršljivosti ter izvršitev se začnejo na zahtevo stranke.⁸⁹ Pri tem se pogosto postavi vprašanje, kdo je upravičen vložiti tako zahtevo. V skladu z desetim odstavkom 2. člena UvPZ je upravičenec vsaka fizična oseba, ki ima pravico do preživnine ali to pravico uveljavlja. V večini primerov gre za upnika, navedenega v izreku, čeprav to ni nujno. Upravičenec je lahko tudi pravni naslednik izvirnega upravičenca ali siceršnji tretji, ki ima iz preživninskega naslova neposredne koristi.

Posebno težavno je določiti upravičenca za vložitev zahteve v primerih otrokove preživnine, v katerih so v preživninskem naslovu kot upnik in dolžnik navedeni le otrokovi starši. V pravnih redih (na primer v Italiji), v katerih je zahtevke za sredstva otrokovega preživljanja tudi materialnopravno oblikovan kot lasten zahtevke tistega od staršev, ki skrbi za otroka, in se formalno in materialno upravičenje tako pokrijeta, je to razmeroma enostavno.⁹⁰ Če si je eden od staršev v tem primeru priboril pravni naslov za otrokovo preživnino, ima tudi pravico, da v svojem imenu vloži zahtevo za priznanje in izvršitev tega naslova.⁹¹ Če pa je otrok po materialnem pravu neposredno imetnik zahtevka za preživljanje, lahko neposredno sproži tudi postopek za priznanje in izvršitev pravnega naslova za svoje preživljanje, čeprav se pravni naslov formalno nanaša na njegove starše in otrok v njem ni naveden kot upnik.⁹²

Zahtevo za priznanje in razglasitev izvršljivosti ter zahtevo za izvršitev lahko da tudi javna institucija, ki nastopa v imenu fizične osebe, upravičene do preživnine, ali institucija, upravičena do povračila nadomestila, ki je bilo izplačano namesto preživnine (prvi odstavek 64. člena UvPZ). Javna institucija se šteje za upravičenca po UvPZ le glede priznavanja in izvrševanja sodnih odločb (v zvezi s tem bi morala imeti tudi pravico do enakih storitev in enake pravne pomoči kot drugi upravičenci, 14. uvodna izjava k UvPZ), ne pa tudi pri sodnem uveljavljanju preživninskih (povračilnih) zahtevkov. Sodno uveljavljanje teh zahtevkov se še naprej ravna po Bruseljski uredbi I, in ne po UvPZ. To potrjuje tudi sodna praksa k Bruseljski uredbi I, po kateri se za zahtevke javnih institucij ne uporablja pravilo o pristojnosti iz drugega odstavka 5. člena Bruseljske uredbe I,⁹³ temveč ima javna institucija na voljo le pristojnost po stalnem prebivališču zavezanca iz 2. člena Bruseljske uredbe I.⁹⁴

⁸⁹ Stranki, ki zahteva izvršitev sodne odločbe, izdane v drugi državi članici, v državi izvršitve ni treba imeti niti poštnega naslova niti pooblaščenca (drugi odstavek 41. člena UvPZ).

⁹⁰ Botour, str. 1866.

⁹¹ Sklep OLG Stuttgart št. 5 W 46/97 z dne 23. januarja 1998, v: FamRZ, 1999, let. 46, št. 5, str. 312. Glej tudi Andrae, str. 100.

⁹² Martiny, str. 1688.

⁹³ Sodba Sodišča ES v zadevi C-271/00 z dne 14. novembra 2002 – Gemeente Steenbergen/Luc Baten, v: IPRax 2004, let. 24, št. 3, str. 237. Primerjaj tudi opombo št. 36.

⁹⁴ Gruber, str. 137; Hau, str. 518.

5.4. Odvisnost preživninske obveznosti od priznanja statusa

Preživninske obveznosti praviloma temeljijo na statusnem razmerju (na primer na partnerstvu, starševstvu), zato se postavlja vprašanje, ali so lahko priznane neodvisno od priznanja statusnih odločb.

Na začetku razvoja evropskega preživninskega prava je Bruseljska konvencija (predhodnica Bruseljske uredbe I) zahtevala, da odločba o preživninski obveznosti države izvora ne nasprotuje kolizijskemu pravu, ki v državi priznanja velja za statusno vprašanje. Bruseljska uredba I te omejitve ni prevzela. Nemožnost priznanja statusne odločbe zato ni več ovira za priznanje preživninske obveznosti (na primer odločbe o preživljanju otroka, ki temelji na sodbi o ugotovitvi očetovstva). Država priznanja zato ne sme zahtevati, da se zahtevi za razglasitev izvršljivosti predloži statusna odločba (na primer sodba o ugotovitvi očetovstva).⁹⁵

Pravilo Bruseljske uredbe I, da sta priznanje in razglasitev izvršljivosti preživninskih odločb neodvisna od priznanja odločb o razveznih in očetovskih sporih,⁹⁶ zdaj izrecno vsebuje 22. člen UvPZ. Ta določa, da priznanje in izvršitev sodnih odločb v preživninskih zadevah ne pomenita priznanja razmerja (družinskega razmerja, zakonske zveze ali starševstva), na podlagi katerega je bila izdana sodna odločba o preživninski obveznosti.

5.5. Začasna izvršljivost

Novost, ki jo prinaša UvPZ, je tudi institut začasne izvršljivosti sodne odločbe. Sodišče izvora lahko razglasi odločbo za začasno izvršljivo neodvisno od morebitnega pravnega sredstva in neodvisno od tega, da nacionalno pravo ne predvideva izvršljivosti po samem zakonu (39. člen UvPZ). Cilj tega instituta je zagotoviti hitro in učinkovito izterjavo preživnin ter preprečiti zlorabo pravnih sredstev z namenom zavlačevanja postopka. Sodne odločbe v preživninskih zadevah so zato, kot je zapisano v 22. uvodni izjavi k UvPZ, »načeloma začasno izvršljive«. Odreditev začasne izvršljivosti je zato pravilo, neuporaba te možnosti pa izjema. Razlogov, na podlagi katerih sme⁹⁷ sodišče države izvora uporabiti to izjemo in odstopiti od pravila o začasni izvršljivosti, pa uredba ne navaja, kar je njena pomanjkljivost.

Namen določbe 39. člena UvPZ je, kot izhaja iz 22. uvodne izjave k UvPZ, pospeševati izterjavo preživnin. Določba 39. člena UvPZ se sme zato uporabiti le za odločbe, ki prisojajo preživnino, ne pa tudi za odločbe, ki zavračajo preživninski zahtevek, saj UvPZ nima namena

⁹⁵ Sklep OLG Hamm št. 29 W 32/05 z dne 15. novembra 2005, v: FamRZ, 2006, let. 53, št. 13, str. 967.

⁹⁶ Martiny, str. 1690.

⁹⁷ Oziroma »lahko«, kot pravi besedilo UvPZ.

pospeševati izvršbe teh odločb. Začasnost izvršljivosti zavrnilnih preživninskih odločb je zato treba presojati po nacionalnem pravu.⁹⁸

6. Pravna pomoč

Določbe o pravni pomoči želijo strankam omogočiti dejanski dostop do pravnega varstva v drugi državi članici, in to ne samo pri uveljavljanju preživninske obveznosti,⁹⁹ temveč tudi v postopku izvrševanja in v postopkih s pravnimi sredstvi. Pravica do pravne pomoči, določena z UvPZ, ne sme biti bolj omejevalna od pravice do pravne pomoči v enakovrednih nacionalnih primerih (44. člen UvPZ).¹⁰⁰

Zelo podrobna pravila veljajo glede stroškov postopka. Uredba izključuje možnost uporabe varščine, jamstva ali pologa kot sredstev za zavarovanje povračila stroškov postopka v preživninskih obveznostih (peti odstavek 44. člena UvPZ). Izterjava stroškov, ki so nastali ob uporabi uredbe, nima prednosti pred izterjavo preživnine (43. člen UvPZ). Stranka, ki ji je bila v državi članici izvora odobrena popolna ali delna brezplačna pravna pomoč ali oprostitev stroškov postopka, je v postopkih priznavanja, izvršljivosti in izvrševanja upravičena do najširšega obsega brezplačne pravne pomoči ali oprostitve plačila stroškov postopka, ki ju dopušča pravo države članice izvršitve (drugi odstavek 47. člena UvPZ). S tem ugodna pravila države izvora učinkujejo na nadaljnje postopke.

Posebno ugoden je sistem pravne pomoči za kritje vseh stroškov, povezanih s postopki, ki se nanašajo na preživninske obveznosti do otrok, mlajših od 21 let, in ki so bili sproženi s posredovanjem osrednjih organov (36. uvodna izjava k UvPZ). Pravna pomoč osrednjega organa zaprosene države v zvezi s preživninskimi obveznostmi staršev do otroka, ki še ni dopolnil 21 let, je brezplačna v vseh zahtevah iz 56. člena UvPZ (prvi odstavek 46. člena UvPZ). Brezplačna pravna pomoč obsega predvsem zahtevke, ki vodijo do preživninske odločbe oziroma do spremembe že obstoječe preživninske odločbe, in zahtevke za priznanje in izvršitev preživninskih odločb. Pristojni organ zaprosene države sme zahtevo za brezplačno pomoč zavrniti (razen pravne pomoči glede zahtev iz točk a in b prvega odstavka 56. člena UvPZ), če

⁹⁸ Določba 39. člena UvPZ (podobno kot večkrat kritizirana ureditev v prvem odstavku 41. člena UvPZ) za razglasitev začasne izvršljivosti odločbe ne zahteva čezmejnega vidika. Ureditve 39. člena UvPZ zato ni mogoče upravičiti, kadar čezmejni vidik ni pričakovan, ker je dolžnik doma in v tujini tudi nima premoženja. Začasnost izvršljivosti bi v takih primerih zato morali presojati izključno po nacionalnem pravu, in ne po UvPZ. Glej kritiko pri: Gruber, str. 138.

⁹⁹ UvPZ z določbami o pravni pomoči preprečuje, da bi se dolžnik svoje obveznosti rešil, ker upnik zaradi težav pri mednarodnem sledenju dolžniku ne bi mogel uveljaviti svojega zahtevka. Primerjaj Gruber, str. 139.

¹⁰⁰ Določbe o pravni pomoči se uporabljajo samo v primerih, ko prosilec nima običajnega prebivališča v določeni državi članici, saj predpis ne velja za notranjepravne primere. Gruber, str. 138.

oceni, da je zahteva ali pravno sredstvo očitno neutemeljeno (drugi odstavek 46. člena UvPZ). Izjemoma sme od stranke, ki v postopku ni uspela in je prejela brezplačno pravno pomoč v skladu s 46. členom UvPZ, terjati povračilo stroškov, če to omogoča njeno finančno stanje (67. člen UvPZ). V skladu s 36. uvodno izjavo k UvPZ se pravilo o povračilu uporabi predvsem za premožne osebe, ki ne nastopajo v dobri veri.

7. Mednarodno sodelovanje

Z namenom zagotoviti dejansko uveljavitev preživninskih obveznosti uredba predvideva tudi sistem osrednjih oblasti, ki upravičence in zavezance podpirajo tako v zvezi s postopki uveljavljanja preživnine kot tudi v zvezi s postopki priznanja in izvršitve. Vsaka država članica mora za te namene imenovati svoj osrednji organ. Organi posameznih držav med seboj sodelujejo, zlasti si izmenjujejo informacije in iščejo rešitve, ki nastanejo v zvezi z uporabo UvPZ (50. člen UvPZ). Njihova pomembna naloga je pomagati najti preživninskega zavezanca ali upravičenca in pomagati priskrbeti informacije o dohodku ter po potrebi tudi o drugih finančnih razmerah zavezanca ali upravičenca; med drugim o tem, kje ima zavezanec oziroma upravičenec premoženje (alineji b in c prvega odstavka 51. člena UvPZ). Pomembne podatke (na primer o naslovu zavezanca oziroma upravičenca, prihodkih in premoženju zavezanca)¹⁰¹ so osrednjim organom, kadar ti nimajo neposrednega dostopa do njih, dolžni posredovati javni organi ali uprave, ki s temi podatki v zaproseni državi članici razpolagajo v okviru svojih rednih dejavnosti in so odgovorni za njihovo obdelavo (prvi odstavek 61. člena UvPZ). Vsak osrednji organ načeloma sam krije svoje stroške, ki nastanejo pri izvajanju uredbe, razen izrednih stroškov, ki nastanejo zaradi zahteve po posebnih ukrepih iz 53. člena UvPZ in jih zaproseni osrednji organ naloži vlagatelju zahteve (drugi odstavek 54. člena UvPZ).

8. Sklep

UvPZ ureja predvsem mednarodno pristojnost, priznanje in izvršitev tujih sodnih odločb, pravno pomoč in podporo strank prek centralnih oblasti. Poglavitni namen uredbe je izboljšati položaj upnika glede na ureditev iz Bruseljske uredbe I. Temu služijo bolj omejevalna ureditev sporazuma o pristojnosti, omejitev pristojnosti v primeru upnikove tožbe na temelju spremenjenih razmer, zagotovitev sodišča EU, ki je upniku na razpolago kljub prevladujočemu navezovanju na tretjo državo, pravila o priznanju in izvršitvi, ki odpravljajo preizkus odločbe v državi izvršbe in postopek razglasitve izvršljivosti. V interesu upnika so tudi določbe

¹⁰¹ Javni organi oziroma uprave osrednjemu organu posredujejo podatke, ki so naštetih v drugem odstavku 61. člena UvPZ.

o predčasni izvršljivosti, pravila o pomoči pri stroških postopka ter podpora centralnih oblasti pri uveljavljanju in poplačilu preživninskih obveznosti.¹⁰²

Uredba je v mednarodno zasebno pravo začrtala dve pomembni smernici: opušča navezovanje na državljanstvo in tudi na stalno prebivališče in se raje navezuje na običajno prebivališče ter omogoča izbiro prava na področjih, na katerih doslej v mnogih evropskih državah sploh ni bilo zasebne avtonomije.¹⁰³

Literatura

- Andrae, Marianne. Vollstreckbarkeitserklärung eines türkischen Titels über den Kindesunterhalt, bei dem Titelgläubiger der sorgeberechtigte Elternteil ist (zu OLG Stuttgart, 23. 2. 1998 – 5 W 46/97). IPRax, 2001, let. 21, št. 2, str. 98–102.
- Beaumont, Paul. Internal Family Law in Europe – The Maintenance Project, the Hague Conference, and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity. RabelsZ, 2009, let. 73, št. 73, str. 509–546.
- Botur, André. Aktuelle Probleme der grenzüberschreitenden Vollstreckung europäischer Unterhaltstitel nach der Brüssel I-VO. FamRZ, 2010, let. 57, št. 22, str. 1860–1870.
- Ferrand, Frédérique. Scheidung und nachehelicher Unterhalt in Frankreich. V: Hofer, Sibylle (izd.), Schwab, Dieter (izd.), Henrich, Dieter (izd.), Scheidung und nachehelicher Unterhalt im europäischen Vergleich. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseck, 2003, str. 83–111.
- Galič, Aleš. Evropski izvršilni naslov. <www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/2005/PDF/CIP/gradiva/cpss_01_galic_ein.pdf> (15. 3. 2011).
- Gruber, Urs Peter. Die neue EG-Unterhaltsverordnung. IPRax, 2010, let. 30, št. 2, str. 128–139.
- Gsell, Beate; Netzer, Felix. Vom grenzüberschreitenden zum potenziell grenzüberschreitenden Sachverhalt – Art. 19 EuUnterhVO als Paradigmenwechsel im Europäischen Zivilverfahrensrecht. IPRax, 2010, let. 30, št. 5, str. 403–409.
- Hau, Wolfgang. Die Zuständigkeitsgründe der Europäischen Unterhaltsverordnung. FamRZ, 2010, let. 57, št. 7, str. 516–519.
- Henrich, Dieter. Europäisierungsbestrebungen im internationalen Familien- und Erbrecht. V: Roth, Herbert (izd.), Europäisierung des Rechts – Ringvorlesung der Juristi-

¹⁰² Gruber, str. 128.

¹⁰³ S stališča evropskega razvoja so vprašljiva navezovanja v nacionalnem pravu. Literatura zato poziva k čimprejšnjemu preizkusu nacionalnih pravil mednarodnega zasebnega prava. Glej Henrich, str. 87.

- schen Fakultät der Universität Regensburg 2009/2010. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, str. 77–88.
- Kohler, Christian; Pintens, Walter. Entwicklungen im europäischen Familien- und Erbrecht 2009–2010. FamRZ, 2010, let. 57, št. 18, str. 1481–1486.
- Kohler, Christian; Pintens, Walter. Entwicklungen im europäischen Familien- und Erbrecht 2008–2009. FamRZ, 2009, let. 56, št. 18, str. 1529–1534.
- Kohler, Christian; PINTENS, Walter. Familienrechtlichen Entwicklungen in der Europäischen Union und im Europarat. FamRZ, 2008, let. 55, št. 18, str. 1669–1672.
- Kohler, Christian. Zur Gestaltung des europäischen Kollisionsrecht für Ehesachen. FamRZ, 2008, let. 55, št. 18, str. 1673–1681.
- Martiny, Dieter. Grenzüberschreitende Unterhaltsdurchsetzung nach europäischem und internationalem Recht – Verfahrenseinleitung und -durchführung, Anerkennung und Vollstreckung. FamRZ, 2008, let. 55, št. 18, str. 1681–1690.
- Mankowski, Peter. Hängepartie dank Kodifikationspolitik – Oder: Die neuen Leiden des Internationalen Unterhaltsrechts. FamRZ, 2010, let. 57, št. 18, str. 1487.
- Wagner, Rolf. Ein neues unterhaltsrechtliches Übereinkommen aus Den Haag – Eine Zwischenbilanz nach zwei Sitzungen der Spezialkommission unter besonderer Berücksichtigung der Kollisionsrechtlichen Überlegungen. FamRZ, 2005, let. 52, št. 6, str. 410–420.

Judikatura

- Sodba Sodišča ES v zadevi C-523/07 z dne 2. aprila 2009 – *Zadeva »A«*, v: FamRZ, 2009, let. 56, št. 10, str. 843–847.
- Sodba Sodišča ES v zadevi C-271/00 z dne 14. novembra 2002 – *Gemeente Steenberg/Luc Baten*, v: IPRax, 2004, let. 24, št. 3, str. 237–240.
- Sodba Sodišča ES v zadevi C-220/95 z dne 27. februarja 1997 – *Van der Boogard/Laumen*, v: IPRax, 1999, let. 19, št. 1, str. 35–37.
- Sklep nemškega Zveznega vrhovnega sodišča št. XII ZB 224/06 z dne 25. februarja 2009, v: FamRZ, 2009, let. 56, št. 10, str. 858–861.
- Sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča št. XII ZR 146/05 z dne 17. oktobra 2007, v: FamRZ, 2008, let. 55, št. 1, str. 40–43.
- Sklep nemškega Zveznega vrhovnega sodišča št. XII ZB 217/05 z dne 28. novembra 2007, v: FamRZ, 2008, let. 55, št. 4, str. 390–393.
- Sklep nemškega Zveznega vrhovnega sodišča št. XII ZB 240/05 z dne 12. decembra 2007, v: FamRZ, 2008, let. 55, št. 6, str. 586–591.
- Sklep OLG Dresden št. 21 U 984/06 z dne 14. julija 2006, v: FamRZ, 2007, let. 54, št. 1, str. 65–66.



III.

Uveljavljanje pravic v čezmejnih razmerjih

Sklep OLG Dresden št. 21 UF 670/05 z dne 9. novembra 2005, v: FamRZ, 2006, let. 53, št. 8, str. 563–565.

Sklep OLG Hamm št. 29 W 32/05 z dne 15. novembra 2005, v: FamRZ, 2006, let. 53, št. 13, str. 967–968.

Sklep OLG Stuttgart št. 5 W 46/97 z dne 23. januarja 1998, v: FamRZ, 1999, let. 46, št. 5, str. 312–314.

Evropsko (mednarodno zasebno) dedno pravo

DR. VIKTORIJA ŽNIDARŠIČ SKUBIC,
izredna profesorica na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Dednopravno področje je že nekaj časa predmet izrazitega zanimanja strokovne javnosti oziroma institucij v EU. Že pred leti so potekale različne dejavnosti, projekti oziroma raziskave na temo mednarodnega dednega prava, katerih temeljni namen je bilo izboljšanje stanja na tem področju. Raziskave so zajele predvsem države članice EU, ambicije po urejanju problematike pa segajo tudi onkraj njihovih meja. V marcu 2005 je bila predložena zelena knjiga o dedovanju,¹ sredi oktobra 2009 pa je Evropska komisija sprejela tudi predlog Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb in javnih listin v zapuščinskih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju (v nadaljevanju: predlog uredbe).²

V razmišljanja o pripravi zavezujočega evropskega dokumenta je bila ves čas vključena tudi pravna teorija. Del teorije ga v celoti ali vsaj deloma podpira, del pa mu nasprotuje oziroma opozarja na pasti in poenostavitve, ki jih ureditev nujno prinaša s seboj.³ Nekateri avtorji celo dvomijo, da je 81. člen Pogodbe o delovanju EU (nekdanji 65. člen pogodbe o ES),⁴ ki govori o ukrepih za zagotovitev vzajemnega priznavanja in izvršljivosti sodnih in drugih odločb ter o zagotovitvi združljivosti predpisov, ki se uporabljajo v državah članicah glede kolizije zakonov in sporov o pristojnosti, zadostna pravna podlaga, ki bi omogočala tako velik projekt, kot je harmonizacija mednarodnega zasebnega prava na področju dedovanja v članicah EU.

¹ Glej eur-lex.europa.eu (20. 3. 2011), št. dokumenta 52005DC0065.

² Glej eur-lex.europa.eu (20. 3. 2011), št. dokumenta 52009PC0154.

³ Glej Bajons, str. 465–487.

⁴ Glej Vatovec in dr., str. 272–273.

2. Problematika mednarodnega dedovanja

Raziskave, ki so se ukvarjale s problematiko mednarodnega dedovanja, zlasti tiste, ki so služile tudi kot podlage za pripravo zelene knjige o dedovanju, so izpostavljale predvsem probleme, ki se pojavljajo v praksi pri obravnavanju premoženja posameznika, ki ga ima v različnih državah članicah EU. Stanje razpršenosti premoženja posameznikov se iz leta v leto povečuje, prispevek k tej tendenci pa je dala tudi zadnja velika širitev EU leta 2004.

Razsežnost pojava t. i. čezmejnega premoženja (*cross-border estates*) se utemeljuje z naslednjimi ugotovitvami oziroma statističnimi podatki:⁵

- prebivalstvo posameznih članic EU tvori veliko število (ali pa visok delež) prebivalcev, ki so državljani neke druge države članice EU;⁶
- v posameznih državah je mogoč nasproten pojav, tj. da veliko število državljanov te države živi v neki drugi državi članici;⁷
- veliko državljanov posamezne države EU ima premoženje – bančne račune ali nepremičnine – v drugi državi članici EU.⁸

Po približni oceni Evropske komisije ima kar od 9–10 odstotkov vseh zapuščinskih postopkov tudi mednarodno razsežnost.⁹

Evropska komisija ugotavlja, da so temeljni vzroki za težave, s katerimi se srečujejo državljani pri mednarodnem dedovanju, predvsem v zelo raznolikih nacionalnih materialnih predpisih o dedovanju, hkrati pa opozarja, da uskladitev teh predpisov ne spada v njeno pristojnost. Zaradi tega je dozorelo prepričanje, da bi bilo veliko težav mogoče odpraviti s poenotenjem pravil mednarodnega zasebnega prava. Njihova neenotnost namreč po mnenju Evropske komisije ovira prosto gibanje oseb v EU. Hkrati pa različna pravila na področju dedovanja preprečujejo tudi polno izvajanje pravice do zasebne lastnine, ki je skladno s prakso Sodišča EU ena temeljnih pravic, ki jih to sodišče zagotavlja. Sprejem uredbe je torej po mnenju Evropske komisije potreben za pravilno delovanje notranjega trga EU.¹⁰

⁵ Statistični podatki niso najnovejši, kljub temu pa lahko še vedno pokažejo realno sliko problematike, ki je obravnavana v prispevku. Glej Tenreiro, str. 20.

⁶ V Nemčiji naj bi živel 1,8 milijona prebivalcev državljanov drugih držav članic EU, medtem ko jih je v Luksemburgu kar 20 odstotkov. Prav tam.

⁷ Primer je Italija: več kot milijon Italijanov živi v drugih državah članicah EU. Na Irskem pa je takšnih državljanov kar 11,7 odstotka. Prav tam.

⁸ Po oceni nemških bank naj bi imelo približno milijon Nemcev nepremičnine v drugih državah članicah EU. Podobne številčne ocene obstajajo tudi za angleške in nizozemske državljane. Prav tam.

⁹ Prav tam.

¹⁰ Obrazložitev predloga uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb in javnih listin v zapuščinskih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju, *eur-lex.europa.eu* (29. 8. 2011), str. 2.

V zelo posplošenih, grobih obrisih bi lahko povzeli, da obstajajo temeljne razlike med nacionalnimi dednopravnimi ureditvami predvsem v naslednjih kategorijah:

- deleži, ki jih dedujejo posamezni družinski člani, se med državami članicami močno razlikujejo;
- vse države članice EU priznavajo oporoke, vendar imajo nekatere od njih tudi bolj izdelane instrumente za načrtovanje dedovanja (t. i. skupne, vzajemne oporoke),¹¹ ki niso priznani v vseh državah članicah;
- vse države, razen Velike Britanije, priznavajo ožjim družinskim članom nujni delež (to načeloma velja ne glede na to, kakšna so oporočna razpolaganja pokojnika);¹²
- procesni predpisi na področju dedovanja se med državami članicami razlikujejo;
- pravice do dedovanja neporočenih ali istospolnih partnerjev se v državah članicah prav tako močno razlikujejo.¹³

Težave oziroma negativne posledice za državljane EU, ki so spodbudile pisanje uredbe na tem področju, je Evropska komisija strnila v šest točk:¹⁴

- v veljavni ureditvi državljani težko predvidijo, katera država in kateri organ sta pristojna za odločanje o zapuščini;
- eden od perečih problemov je kolizija med zakoni, ki se uporabljajo za isto zapuščino;
- oporočitelju je svoboda izbire prava izrazito omejena;¹⁵
- omejeno je priznavanje in izvrševanje sodnih odločb in drugih ustreznih dokumentov;
- omejeno je priznavanje statusa dediča, upravitelja zapuščine oziroma izvršitelja oporoke;
- v praksi so težave tudi pri iskanju oporok v tujini.

Temeljni namen obravnavane uredbe je torej predvsem v odpravi ovir za prosto gibanje oseb znotraj EU.¹⁶ Državljanom EU naj bi se tako omogočila učinkovito vnaprejšnje načrtovanje in organizacija njihovega dedovanja s čezmejno razsežnostjo. Prav tako naj bi se povečala možnost učinkovitega spoštovanja pravic dedičev in drugih oseb, ki so povezane s pokojnikom, njegovih upnikov, vililojemnikov ipd. Na ta način naj ne bi prihajalo do vzporednih postopkov, prav tako naj bi se preprečilo, da bi se za isto zapuščino v mednarodnem dedovanju uporabljalo materialno pravo različnih držav. Oporočitelju naj bi bila zagotovljena določena

¹¹ Glej Zupančič, Žnidaršič Skubic, str. 127–129.

¹² O ureditvi v Veliki Britaniji glej Kerridge, str. 153–207, ter Paulin, str. 369–441.

¹³ Glej Curry Sumner.

¹⁴ Glej eur-lex.europa.eu (29. 8. 2011).

¹⁵ To je v nasprotju z načelom avtonomije v civilnem pravu. Glej Juhart in dr., str. 46–47.

¹⁶ Glej eur-lex.europa.eu (29. 8. 2011).

avtonomija pri izbiri prava, prav tako naj bi se zagotovilo priznavanje pravic oziroma ustreznih listin in odločb v zvezi z dedovanjem.

3. Pravna podlaga predloga uredbe

V členu 61 Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (PES) oziroma sedanjem 67. členu Pogodbe o delovanju Evropske unije¹⁷ (v nadaljevanju: PDEU) je predvidena postopna vzpostavitev območja svobode, varnosti in pravice, in to predvsem s sprejetjem ukrepov na področju pravosodnega sodelovanja v civilnih zadevah.

V 65. členu PES oziroma sedanjem 81. členu PDEU so izrecno navedeni ukrepi, ki vključujejo tudi vzajemno priznavanje in izvrševanje sodnih odločb ter odločb v zunajsodnih zadevah in združljivost predpisov, ki se uporabljajo v državah članicah glede kolizije zakonov in sporov o pristojnosti.

Številni instrumenti, ki so že bili sprejeti na tej podlagi, zlasti Uredba (ES) št. 44/2001 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah,¹⁸ izključujejo dedovanje s svojega področja uporabe.

Med pravnimi podlagami Evropska komisija opozarja tudi na diskrecijsko pravico skupnostnih institucij, da ocenijo, ali je določen ukrep potreben za pravilno delovanje notranjega trga. V tem primeru je Komisija ugotovila, da je odgovor pozitiven, namen predloga uredbe pa naj bi bil predvsem v odpravi vseh ovir za prosto gibanje oseb, ki nastajajo zaradi razlik med pravili držav članic, ki urejajo mednarodno dedovanje. Po mnenju predlagatelja uredbe se lahko predstavljeni cilji dosežejo le ob sprejemu skupnih pravil o mednarodnem dedovanju, ki morajo biti enaka, da se državljanom zagotovita pravna varnost in predvidljivost.

Od mednarodnopravnih instrumentov, ki naj bi v določeni meri olajševali mednarodno dedovanje, velja omeniti Haaško konvencijo o pravu, ki se uporablja v zapuščinskih postopkih, vendar ni nikoli začela veljati,¹⁹ ter Haaško konvencijo z dne 5. oktobra 1961 o koliziji zakonov glede testamentnih določb,²⁰ ki jo je ratificiralo 16 držav članic.

¹⁷ Prečiščena različica s popravki, UL C 115, 9. 5. 2008, in UL C 290, 30. 11. 2009 (popravki), Uradni list RS, št. 15/2010. Glej tudi Vatovec in dr., str. 267.

¹⁸ Glej eur-lex.europa.eu (29. 8. 2011), št. dokumenta 32001R0044.

¹⁹ Haaška konvencija z dne 1. avgusta 1989 o pravu, ki se uporablja v zapuščinskih postopkih, www.hcch.net (19. 4. 2011).

²⁰ Glej www.hcch.net (19. 4. 2011).

4. Temeljne rešitve predloga uredbe

4.1. Pristojnost

a) Splošna pristojnost

Predlog prinaša kot načelno ureditev glede pristojnosti v primerih mednarodnega dedovanja določbo o pristojnosti sodišč države članice, v kateri je bilo zadnje običajno prebivališče pokojnika. To pomeni, da je pokojnik običajno, po navadi prebival v določenem kraju. Pojem opredeljujejo le dejanski elementi, voljni element tu ni potreben. Trajnost bivanja je golo dejstvo, zato naj tudi ne bi prihajalo do različnih pravnih interpretacij.

V določenih primerih predlog uredbe dopušča, da se pristojnost prenese na sodišče, ki je primernejše za odločanje o zadevi. Gre za primere, ko bo pokojnik za urejanje svoje zapuščine izbral pravo druge države članice (to pa je lahko le *lex nationalis*) in ko bo sodišče hkrati menilo, da so sodišča države članice, katere pravo je bilo izbrano, primernejša za odločanje o dedovanju v konkretnem primeru.

Uredba se uporablja na področju zapuščinskih zadev. To pomeni, da ne velja za področje davčnih, carinskih ali upravnih zadev. Uredba ne bo veljala za Dansko, Irsko in Združeno kraljestvo (države s posebnim statusom glede teh vprašanj).²¹

Na podlagi predloga uredbe imajo sodno pristojnost v zapuščinskih zadevah sodišča države članice, na ozemlju katere je imel pokojnik običajno prebivališče ob svoji smrti. Pristojnost sodišč države članice, v kateri je imel pokojnik zadnje običajno prebivališče, je med državami članicami najbolj razširjena predpisana pristojnost, poleg tega pa se ta kraj pogosto tudi ujema s krajem, v katerem je premoženje pokojnika. Omenjena sodišča bodo pristojna za odločanje o celotnem dedovanju oziroma o vseh vidikih dedovanja ne glede na to, ali gre za nepravdna ali pravdna sodišča.

b) Pristojnost sodišča, ki je primernejše za odločanje

V določenih primerih predlog uredbe dopušča, da se pristojnost prenese na sodišče, ki je primernejše za odločanje o zadevi. Tak primer je, ko je pokojnik za urejanje svoje zapuščine izbral pravo druge države članice. V tem primeru lahko sodišče splošne jurisdikcije na zahtevo ene stranke in če meni, da so sodišča države članice, katere pravo je bilo izbrano, primernejša za odločanje o dedovanju, prekine postopek in stranke pozove, naj začnejo postopek pred temi sodišči. To pomeni, da se pristojnost ne sme samodejno prenesti na sodišče, ki je primernejše za odločanje, če je pokojnik izbral pravo druge države članice, temveč le ob upoštevanju številnih okoliščin, ki sodišče prepričajo, da sprejme tako odločitev. Predvsem

²¹ Glej 1. člen predloga uredbe, eur-lex.europa.eu (29. 8. 2011).

naj bi pristojno sodišče upoštevalo interese pokojnika, dedičev, volilojemnikov in upnikov ter njihova običajna prebivališča. Predstavljeno pravilo naj bi prineslo primerno oziroma dokaj uravnoteženo rešitev v primerih, ko bi pokojnik šele kratek čas prebival v državi članici, ki ni država, katere državljan je, poleg tega pa je njegova družina ostala v državi članici izvora. Po predlogu uredbe naj bi sodišče določilo rok, v katerem naj bi se postopek pred izbranimi sodišči nadaljeval.²²

c) Subsidiarna pristojnost

Če pokojnik ob smrti nima običajnega prebivališča v državi članici, so pod določenimi pogoji za obravnavo njegove zapuščine kljub temu pristojna njena sodišča, če je zapuščina v tej državi članici in če je izpolnjen katerikoli od naslednjih pogojev:

- če je imel zapustnik prejšnje običajno prebivališče v tej državi in se njegovo prebivanje ni končalo več kot pet let pred začetkom postopka pred sodiščem; ali
- če je bil zapustnik ob smrti državljan te države članice; ali
- če ima dedič ali volilojemnik običajno prebivališče v tej državi članici; ali
- če se zahtevek nanaša samo na ta del zapuščine.

Pristojnost za sprejemanje izjav o sprejemu ali odpovedi dediščini je v skladu s predlogom uredbe poverjena sodiščem države članice običajnega prebivališča dediča ali volilojemnika.

Določena je tudi posebna pristojnost sodišč kraja, kjer se nahaja premoženje. Kadar se po pravu države, kjer se premoženje nahaja, za sprejetje ukrepov, ki spadajo v stvarno pravo (na primer prenos lastninske pravice, vpis v zemljiško knjigo), zahteva posredovanje njenih sodišč, so sodišča te države članice tudi dejansko pristojna za to.²³

Predlog uredbe sprejema tudi posebno pravilo glede litispence: če pred sodišči različnih držav članic tečejo postopki z istim zahtevkom, med istima strankama, vsa sodišča, razen tistega, pred katerim se je postopek najprej začel, po uradni dolžnosti prekinajo vse postopke. To traja, dokler se ne ugotovi pristojnost sodišča, pred katerim se je postopek najprej začel. Če se ugotovi, da je to sodišče pristojno, se morajo vsa preostala sodišča izreči za nepristojna v korist tega sodišča.

²² Sodišča države članice, katere pravo je bilo izbrano, morajo sprejeti pristojnost v osmih tednih od začetka postopka pred njimi. V tem primeru sodišče splošne pristojnosti takoj odkloni pristojnost. Če pa do tega ne pride, sodišče še naprej izvršuje svoje pristojnosti. Glej 5. člen predloga uredbe, eur-lex.europa.eu (29. 8. 2011).

²³ Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP), Uradni list RS, št. 56/1999, v 64. členu določa, da je sodišče Republike Slovenije izključno pristojno v sporih o stvarnih pravicah na nepremičninah, v sporih zaradi motenja posesti nepremičnine ter v sporih iz zakupa ali najema nepremičnine, če je nepremičnina na ozemlju Republike Slovenije.

V predlogu uredbe je tudi posebno pravilo glede tako imenovanih sorodnih pravn, tj. pravn, ki so tesno povezane med seboj in je njihova skupna obravnava smiselna zato, da se lahko v kar največji meri izognemo nevarnosti nezdržljivih sodnih odločb, ki bi lahko izhajale iz ločenih postopkov. V tem primeru predlog določa, da lahko vsa sodišča, razen tistega, pred katerim se je postopek najprej začel, prekinejo postopke.

V korist varovanja zapuščine predlog uredbe prinaša tudi posebno pristojnost za primere zahtevkov za izdajo začasnih ukrepov in ukrepov zavarovanja. Zahteva zanje se lahko vloži pri sodiščih katerekoli države članice (po njenem pravu) tudi v primeru, da je za odločanje o glavni stvari pristojno sodišče druge države članice.

4.2. Pravo, ki naj se uporabi

a) Splošno pravilo

Glede prava, ki naj se uporablja v primerih mednarodnega dedovanja, je sprejeto splošno pravilo, da se za celotno dedovanje načeloma uporabi pravo države, v kateri je imel pokojnik običajno prebivališče ob svoji smrti. Rešitev je bila sprejeta, ker so prevladali argumenti zagovornikov t. i. enotnega sistema dedovanja. Ti vidijo pomanjkljivosti t. i. delitvenega sistema, v katerem za dedovanje premičnin velja pravo države, v kateri je imel pokojnik prebivališče, za dedovanje nepremičnin pa pravo države, v kateri se nepremičnina nahaja, predvsem v tem, da tak sistem ustvarja več zapuščinskih mas. Za vsako zapuščinsko maso velja drugo pravo, ki različno določa dediče in njihove dedne deleže oziroma delitev zapuščine. Z izbiro enotnega sistema se te pomanjkljivosti odpravijo, še vedno pa ostaja odprto vprašanje upoštevanja legitimnih interesov države, v kateri se nepremičnina nahaja, da bi se ta vendarle obravnavala v skladu s pravom te države.²⁴ Argumenti za uveljavitev prava države zadnjega običajnega prebivališča pokojnika namesto prava države, državljanstvo katere je imel pokojnik, gredo tudi v smeri zatrtja, da je središče interesov pokojnika pogosto prav v kraju običajnega prebivanja, prav tako pa tudi večina njegovega premoženja. Omenjena navezna okoliščina je tudi bolj naklonjena vključitvi oseb v državo članico običajnega prebivališča in preprečuje diskriminacijo oseb, ki imajo prebivališče v državi, ne pa njenega državljanstva. Med argumenti se navaja tudi dejstvo, da se običajno prebivališče uporablja v kolizijskih pravilih več držav članic in v vseh sodobnih mednarodnopravnih instrumentih.²⁵

²⁴ Nekateri avtorji zagovarjajo stališče, da naj bi imela država, v kateri se nahajajo zapustnikove nepremičnine, prednost pri pristojnosti. Uporabila naj bi svoje pravo ali pravo katere druge članice EU, lahko pa bi tudi prenesla pristojnost na državo *lex causae*. V primeru premičnega premoženja naj bi imela izključno pristojnost nacionalna država pokojnika, če je imel zadnje običajno prebivališče v tej državi. Glej Bajons, str. 465–487.

²⁵ Obrazložitev predloga uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb in javnih listin v zapuščinskih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju, eur-lex.europa.eu (29. 8. 2011), str. 6.

b) Avtonomija pri izbiri prava

Po predlogu uredbe ima posameznik zelo omejeno avtonomijo pri izbiri prava, saj ima le možnost, da kot pravo, ki bo urejalo vprašanja njegove zapuščine, izbere pravo države, katere državljan je. Kot argument za priznanje (zgolj) tovrstne avtonomije se navaja predvsem dejstvo, da je tako bodočemu zapustniku omogočena uveljavitev določenih (tradicionalnih) dednopravnih institutov države izvora, ki jih morda država članica, v kateri prebiva, ne pozna (na primer dedna pogodba, skupna oporoka²⁶ ipd.). Za tovrstno urejanje lastnega dedovanja naj bi se odločali predvsem zapustniki, ki so sicer izrabili pravico do prostega gibanja v EU, vendar pa so ohranili tesne vezi z državo izvora. Na drugi strani pa se omejevanje avtonomije pri izbiri prava, ki je zvedena le na možnost izbire *lex nationalis*, argumentira predvsem s tem, da je s tem doseženo ravnovesje oziroma kompromis med prednostmi dopuščanja takšne izbire (pravna varnost, olajševanje načrtovanja dedovanja) in njenimi slabostmi (varstvo interesov potencialnih dedičev, zlasti zakonca in otrok zapustnika). Predlog uredbe tako ne predvideva možnosti, da se kot pravo, ki se uporablja v zapuščinskem postopku, izbere pravo, ki se uporablja za premoženjska razmerja med oporočiteljem in njegovim zakoncem. Taka določba bi dovoljevala več mogočih izbir, kadar zakonca v svojih premoženjskih razmerjih uživata večjo prožnost pri izbiri prava, ki se uporablja. To bi bilo po mnenju predlagateljev uredbe v nasprotju s cilji te uredbe.²⁷ Če bi zapustnik lahko povsem samostojno izbiral pravo, ki naj se uporabi za dedovanje njegovega premoženja, bi se lahko v celoti izognil kogentnim predpisom svojega nacionalnega prava le s spremembo običajnega prebivališča. To pa pomeni, da taka ureditev ne bi upoštevala nekaterih legitimnih interesov zapustnikove domače države, prav tako pa tudi ne države, v kateri se premoženje zapustnika nahaja.

c) Dedne pogodbe, skupne oporoke

Prevladalo je stališče, da je dedne pogodbe in skupne oporoke (tem naše pravo načeloma ne priznava veljavnosti)²⁸ treba urediti posebej. Poleg Slovenije namreč tudi več drugih držav članic EU ne priznava njihove veljavnosti. Tako osemnajsti člen predloga uredbe določa, da se za pogodbo, ki se nanaša na zapuščino določene osebe, uporablja pravo, ki bi se v skladu s to uredbo uporabljalo za zapuščino te osebe v primeru njene smrti na dan sklenitve dogovora. To bo torej praviloma pravo običajnega prebivališča osebe v trenutku, ko sklepa takšno pogodbo, kar pa bo najverjetneje v tisti državi, ki takšni pogodbi priznava veljavnost.²⁹ Predlog uredbe vsebuje tudi varovalko, saj pogodba v primeru, da po tem pravu ne bi bila veljavna, kljub temu

²⁶ Glej Žnidaršič Skubic, str. 91–106.

²⁷ Obrazložitev predloga uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb in javnih listin v zapuščinskih zadevah ter uredbi evropskega potrdila o dedovanju, eur-lex.europa.eu (29. 8. 2011), str. 6.

²⁸ Natančneje glej Zupančič, Žnidaršič Skubic, str. 178–191 in 127–129.

²⁹ Na primer v Nemčiji, glej Gottwald, str. 134–137.

ostane v veljavi, če je priznana po pravu, ki se ob smrti uporablja v zapuščinskih postopkih v skladu s predlogom te uredbe. To pomeni, da je veljavna, če njeno veljavnost priznava katerokoli pravo, ki se v zapuščinskem postopku z mednarodnim elementom v skladu s predlagano uredbo lahko uporabi. Pomembno pa je tudi dejstvo, da se s predstavljenimi določbami ne posega v pravice oseb, ki niso stranke tovrstnih pogodb in imajo pravico do nujnega deleža (ali njej podobno pravico, ki jim je zapustnik ne more odvzeti).

d) Sprejem in odpoved dediščini (volilu)

Predlog uredbe posebej uveljavlja tudi pravilo, da je ne glede na to, po katerem pravu se obravnavajo celotna zapuščina oziroma vsa poglobljena vprašanja v zvezi z njo, veljavnost izjave o sprejemu ali odpovedi dediščini oziroma volilu veljavna tudi tedaj, ko se upoštevajo pravila države, v kateri ima dedič ali volilijemnik običajno prebivališče.

e) Pravo kraja premoženja (*lex rei sitae*)

V posebnih primerih je določena tudi možnost uporabe prava kraja, v katerem se nahaja premoženje. Gre za primere, ko določeno pravo za sprejem ali odpoved dediščini ali volilu določa formalnosti, ki jih je treba izpolniti po formalnostih, predpisanih s pravom, ki naj bi se uporabilo v konkretnem primeru. Navajajo se naslednji primeri: zahteva, da organ države članice imenuje upravitelja zapuščine ali izvršitelja oporoke, ter primer, ko je za dokončni prenos dediščine na upravičence prej treba poravnati davek na dediščino. Namen predstavljenih določb naj bi bil predvsem v upoštevanju posebnosti pravnih sistemov običajnega prava (*common law*), kot je na primer angleški. V njem namreč dediči ne pridobijo neposredno pravic na premoženju pokojnika ob njegovi smrti, ampak zapuščino upravlja upravitelj, ki ga imenuje in nadzira sodišče.³⁰

f) Posebne ureditve dedovanja v posameznih državah članicah

Predlog uredbe upošteva dejstvo, da so posamezne posebne ureditve dedovanja oziroma ureditve dedovanja posamičnih kategorij premoženja znotraj posamezne države lahko zelo specifične. To hkrati največkrat pomeni, da so le-te za posamezno državo velikega pomena in naj iz tega razloga tudi v bodoče ostanejo nespremenjene.³¹ Tako se na primer posamezne nepremičnine, podjetja in podobno dedujejo v skladu s pravom države članice, v kateri se nahajajo, zaradi njihove gospodarske, družinske in družbene namembnosti. Vendarle pa predlagatelji opozarjajo, da je treba predstavljeno izjemo razlagati ozko, tako, da še vedno ostane združljiva

³⁰ Glej Kerridge, str. 385–408.

³¹ Kot primer lahko omenimo posebno ureditev dedovanja zaščitenih kmetij v skladu z Zakonom o dedovanju kmetijskih gospodarstev (ZDKG), Uradni list RS, št. 70/1995. Glej tudi Zupančič, Žnidaršič Skubic, str. 293–313.

s cilji te uredbe. V obrazložitvah se opozarja tudi na to, da se omenjena posebna ureditev ne uporablja za delitveno ureditev in za nujni delež.³²

g) Komorienca

Komorienco ureja predlog uredbe s pomočjo naslednjega pravila: v primeru, da dve ali več oseb, katerih dedovanje urejajo različna prava, umre v okoliščinah, v katerih ni mogoče ugotoviti, katera je umrla prva, in kadar ta prava urejajo položaj z nezdružljivimi določbami ali pa ga ne urejajo, velja, da nobena od udeleženih oseb nima pravice do dedovanja po drugi osebi ali drugih osebah.

h) Zapuščina brez dediča

V primeru, da po pravu, ki naj se uporabi v skladu s predlagano uredbo, ni ne dediča ne volilnojemnika, ostane pravica države članice, da si prilasti zapuščino, ki je na njenem ozemlju, nedotaknjena.

i) Zavračanje (*renvoi*)

Posebna določba v predlogu uredbe govori tudi o zavračanju. Določeno je, da zavračanje ni dopustno, saj uporaba prava katerekoli države po tej uredbi pomeni uporabo v tej državi veljavnih pravnih pravil, brez mednarodnega zasebnega prava.

j) Javni red

Zavračanje uporabe posamezne določbe prava katerekoli države, ki naj bi se uporabila po pravilih predlagane uredbe, bo po predlogu dovoljeno samo iz razloga nasprotovanja javnemu redu države, pred sodiščem katere postopek poteka. Ugovor javnega reda se bo smel uporabiti samo izjemoma. Poudarjeno je dejstvo, da sama razlika med pravnimi redi o varstvu pravnih interesov sorodnikov zapustnika ne more upravičiti te uporabe.³³

4.3. Priznavanje sodnih odločb in njihova izvršitev

V predlogu uredbe je predvideno, da se bo sodna odločba, ki bo izdana v skladu s to uredbo, v drugih državah članicah priznala, ne da bi bil za priznanje potreben kakršenkoli poseben postopek. Gre za željo, da bi se na področju dedovanja v resnici uveljavilo načelo vzajemnega

³² Obrazložitev predloga uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb in javnih listin v zapušinskih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju, eur-lex.europa.eu (29. 8. 2011), str. 7.

³³ Ugovor javnega reda se tako na primer ne bo mogel uporabiti, če bodo obstajala različna (podrobna) pravila o nujnem dedovanju med dvema državama. Glej prav tam.

priznavanja, ki temelji na načelu medsebojnega zaupanja. Razlogi za morebitno nepriznavanje so urejeni zelo restriktivno.

Navedeno pomeni, da se sodna odločba, izdana v skladu s to uredbo, v drugih državah članicah prizna, ne da bi bil za priznanje potreben kakršenkoli poseben postopek. Postopek je enak, kot je urejen v Uredbi (ES) št. 44/2001 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah.

Razlogi za nepriznanje sodnih odločb so lahko:

- priznanje odločbe bi bilo v očitnem nasprotju z javnim redom v državi članici, v kateri se zahteva priznanje;³⁴
- nasprotni stranki, ki se ni spustila v postopek, ni bilo vročeno pisanje o začetku postopka na tak način, da bi lahko pripravila obrambo, razen če postopka za izpodbijanje sodne odločbe ni začela, čeprav je to možnost imela;
- odločba je nezdružljiva s sodno odločbo, izdano v sporu med istima strankama v državi članici, v kateri se priznanje zahteva;
- odločba je nezdružljiva s predhodno sodno odločbo, izdano v drugi državi članici glede istega zahtevka in med istima strankama, če ta izpolnjuje pogoje za priznanje v državi članici, v kateri se zahteva priznanje.

Pod nobenim pogojem tuje sodne odločbe ni dovoljeno preverjati glede vsebine.

Glede izvršljivosti sodnih odločb se predlog uredbe spet sklicuje na ureditev po Uredbi (ES) št. 44/2001.

4.4. Evropsko potrdilo o dedovanju

Novost v predlogu uredbe je uvedba instituta t. i. evropskega potrdila o dedovanju. Gre za dokazilo o statusu dediča ali volilnojemnika oziroma dokazilo o pooblastilih izvršitelja oporoke ali upravitelja zapuščine. Njegova uporaba naj sicer ne bi bila obvezna, izdajalo naj bi se na zahtevo zainteresirane osebe, ki bi morala dokazati, da ima enega od zgoraj naštetih statusov. Potrdilo naj bi bilo namenjeno predvsem pospešitvi postopkov pri mednarodnem dedovanju. Za čim lažji pretok potrdila naj bi bil sprejet enoten obrazec. Potrdilo ne bo nadomestilo potrdil, ki veljajo v nekaterih državah članicah, prav tako se bodo status dedičev in pooblastila upraviteljev zapuščine ali izvršitelja oporoke v državi članici pristojnega organa še vedno dokazovali po nacionalnem postopku.

Pravne posledice evropskega potrdila o dedovanju naj bi bile:

³⁴ To merilo se ne more uporabljati za pravila o pristojnosti. Glej 30. člen predloga uredbe, eur-lex.europa.eu (29. 8. 2011).

- potrdilo se bo priznavalo v vseh državah članicah kot dokazilo o statusu dedičev in volilnojemnikov ter pooblastilih izvršiteljev oporoke ali upraviteljev zapuščine;
- vsebina potrdila se bo (v času njegove veljavnosti) štela za resnično v vseh državah članicah;
- oseba, ki bo plačala oziroma izročila premoženje imetniku potrdila na podlagi tega potrdila, bo prosta obveznosti, razen če bo slaboverna;
- šteje se, da bo oseba, ki bo pridobila zapuščino od osebe, ki je s potrdilom imenovana za pooblaščen osebo za to, pridobila zapuščino upravičeno, razen če je bila slaboverna;
- potrdilo bo veljavna listina za prepis oziroma za vpis pridobljene zapuščine v javne registre države članice, v kateri se premoženje nahaja.

5. Sklep

V uvodnih mislih sem nekoliko že nakazala problematiko izrazite različnosti nacionalnih materialnih predpisov na področju dedovanja. Danes sicer večina avtorjev zagovarja stališče, ki mu lahko seveda pritrdimo, da je harmonizacija, kaj šele unifikacija substančnega dednega prava, praktično neizvedljiva. Nekateri tudi menijo, da je hkrati nepotrebna oziroma nezaželena. Vsaka država članica EU ima namreč legitimno pravico, da tudi z dednopravnimi predpisi varuje svojo pravno tradicijo, posebnosti in specifične družbene vrednote. Kljub temu je zanimivo dejstvo, da v zadnjem času v evropskem prostoru zaznavamo razvoj, ki so ga nekateri poimenovali spontana harmonizacija dednega prava.³⁵ Ta proces je nedvomno navezan na nekatere skupne razvojne poteze v evropskem družinskem pravu, na vse to pa so odločilno vplivale tudi spremembe konkretnih življenjskih okoliščin in življenjskih navad razvitega sveta v zadnjih nekaj desetletjih. Življenjska doba posameznika se v povprečju podaljšuje, družinska skupnost se vse bolj oži in jo praviloma sestavljajo le starši in otroci. Spontano harmonizacijo tako lahko v zelo grobih obrisih zaznamo na več področjih dednega prava, zlasti na ravni vse večjega zagotavljanja svobode testiranja, pri vprašanju razlage oporoke ter pri krepitvi dednopravnega položaja zakonca.³⁶ Soditi o tem, ali bo omenjeni pojav temeljni kamen za morebitno nadaljnjo pravo evropeizacijo dednega prava, pa je v tem trenutku povsem prenegljeno.

³⁵ Glej Vaquer, str. 557.

³⁶ Prav tam, str. 557–564 in 575–577.

Literatura

- Bajons, E. M., Zur Interdependenz von IPR und IZVR bei der Schaffung eines europäischen Justizraums für grenzüberschreitende Nachlassangelegenheiten, v: Les successions Internationales dans l'UE, Perspectives pour une Harmonisation, DNotI, Bruselj 2004.
- Curry Sumner, I., All's well that ends registered?, Intersentia, Antwerpen 2005.
- Gottwald, P., Schwab, D., Büttner, E., Family and Succession Law in Germany, Kluwer Law International, Haag 2001.
- Juhart, M., Možina, D., Novak, B., Polajnar Pavčnik, A., Žnidaršič, V., Uvod v civilno pravo, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2011.
- Kerridge, R., Parry and Clark, The Law of Succession, Sweet and Maxwell, London 2002.
- Paulin, S., Omejitev svobode oporočnega razpolaganja (slovenska in angleška ureditev), doktorska disertacija, Ljubljana 2011.
- Predlog uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb in javnih listin v zapuščinskih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju, <http://eur-lex.europa.eu> (29. 8. 2011).
- Tenreiro, M., Mot de Bienvenue de la part de la Commission Européenne, v: Les successions Internationales dans l'UE, Perspectives pour une Harmonisation, Deutschen Notarinstitut, Bruselj 2004.
- Vaquer, A., The Law of Successions, v: Bussani, M., Werro, F., European Private Law, Stampfli Publishers, Berne, 2009, str. 555–582.
- Vatovec, K., Accetto, M., Avbelj, M., Hojnik, J., Smrkolj, M., Lizbonska pogodba z uvodnimi pojasnili, GV Založba, Ljubljana 2010.
- Zupancič, K., Žnidaršič Skubic, V., Dedno pravo, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2009.
- Žnidaršič Skubic, V., Dedna pogodba, dednopravne klavzule v ženitni pogodbi in skupna oporoka, Pravni letopis, Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana 2008, str. 91–106.

Zakona

- Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP), Uradni list RS, št. 56/1999.
- Zakon o dedovanju kmetijskih gospodarstev (ZDKG), Uradni list RS, št. 70/1995.

Pogodba, konvenciji

- Pogodba o delovanju Evropske unije (PDEU), Prečiščena različica s popravki, UL C 115, 9. 5. 2008, in UL C 290, 30. 11. 2009 (popravki), Uradni list RS, št. 15/2010.
- Haaška konvencija z dne 1. avgusta 1989 o pravu, ki se uporablja v zapuščinskih postopkih, www.hcch.net (19. 4. 2011).
- Haaška konvencija z dne 5. oktobra 1961 o koliziji zakonov glede testamentnih določb, www.hcch.net (19. 4. 2011).

Izvirni znanstveni članek
341.96/98

Sporazum o pristojnosti v Uredbi Bruselj I

DR. JERCA KRAMBERGER ŠKERL,
docentka na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

1. Uvod

V mednarodnem zasebnem pravu ima avtonomija strank pomembno vlogo. Na področju mednarodne pristojnosti je izražena tako, da lahko stranki s sporazumom o pristojnosti določita pristojnost sodišč določene države, čeprav ta sicer po predpisih ne bi bila pristojna. Govorimo o prorogaciji pristojnosti. To možnost stranke, predvsem gospodarski subjekti, množično uporabljajo. Študija, opravljena v sklopu priprav za spremembo Uredbe Bruselj I, je na primer razkrila, da kar 70 odstotkov podjetij, ki poslujejo s subjekti iz drugih držav članic Evropske unije (EU), v pogodbe redno ali vsaj občasno vključi tudi sporazum o mednarodni pristojnosti. Pri podjetjih, ki zaposlujejo več kot 250 delavcev, je ta delež celo 90-odstoten.¹

Tako ne preseneča, da prorogacijo poleg nacionalnih (v Sloveniji je to Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku – ZMZPP² ter subsidiarno Zakon o pravnem postopku – ZPP³) urejajo tudi mednarodni pravni viri. Za Slovenijo je danes najpomembnejši med njimi prav Uredba Bruselj I,⁴ ki je predmet tega prispevka. Ta je naslednica tako imenovane

¹ Impact Assessment – Accompanying document to the Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast), 2010/0383 (COD), Bruselj, 17. 12. 2010, str. 30. Celotna študija je dosegljiva le v angleščini, v slovenskem jeziku pa je dostopen Povzetek ocene učinka: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2010:1548:FIN:SL:PDF> (29. 9. 2011), kjer je omenjena trditev zapisana na 6. strani.

² Uradni list RS, št. 56/1999 in 45/2008.

³ Uradni list RS, št. 73/2007 (UPB3), z nadaljnjimi spremembami.

⁴ Uredba Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, Uradni list L 12 z dne 16. 1. 2001, str. 1–23.

Bruseljske konvencije iz leta 1968,⁵ za razlago katere je bilo že od leta 1971 na podlagi Luksemburškega protokola⁶ pristojno Sodišče Evropske unije (SEU), ki je s svojo sodno prakso pomembno sooblikovalo današnja pravila o tem institutu. Ker pa so se v praksi pojavile nove pomanjkljivosti, ki jih SEU z razlago ne more preseči, je sprememba pravil o prorogaciji del širše »prenove« Uredbe Bruselj I (Uredba Bruselj I bis),⁷ ki poteka v času pisanja tega prispevka.

V Evropski uniji sporazum o mednarodni pristojnosti sicer urejata tudi Uredba Sveta (ES) št. 2201/2003 z dne 27. novembra 2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1347/2000 (Uredba Bruselj II bis)⁸ in Uredba Sveta (ES) št. 4/2009 z dne 18. decembra 2008 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb ter sodelovanju v preživninskih zadevah (uredba o preživninah)⁹. Prva ureja ožje področje družinskega prava, na katerem je avtonomija strank omejena predvsem zaradi varstva otrok. Tako 12. člen te uredbe močno omejuje možnost dogovorne ali tihe prorogacije oziroma privolitve toženca v mednarodno pristojnost. Druga prav tako zaradi varstva otrok izključuje možnost sporazumov o pristojnosti za spore o preživninski obveznosti do otroka, mlajšega od osemnajst let.¹⁰ Uredba o preživninah se je začela uporabljati junija 2011, prej pa se je za preživninske obveznosti uporabljala Uredba Bruselj I, ki ni zagotavljala posebnega varstva preživljancem kot šibkejšim strankam.

Med mednarodnopravnimi viri je treba omeniti tudi v okviru Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu sprejeto Konvencijo o sporazumih o pristojnosti iz leta 2005 (Haaška konvencija).¹¹ Ta naj bi v kratkem začela veljati, saj so jo podpisale že tri pomembne članice Haaške konference (Evropska unija, Mehika in Združene države Amerike).¹² Omeniti je

⁵ Konvencija o pristojnosti in izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, v angleščini dostopna na <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm> (20. 10. 2011).

⁶ Protocol on the interpretation by the Court of Justice of the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, podpisan 3. 6. 1971, <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux03-idx.htm> (20. 10. 2011).

⁷ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast), Bruselj, 14. 12. 2010, COM(2010) 748 final. V nadaljevanju Predlog spremembe Uredbe Bruselj I ali Uredba Bruselj I bis.

⁸ Uradni list L 338 z dne 23. 12. 2003, str. 1–29.

⁹ Uradni list L 7 z dne 10. 1. 2009, str. 1–79.

¹⁰ Devetnajsta točka preambule in tretji odstavek 4. člena uredbe o preživninah.

¹¹ Besedilo je v angleščini dostopno na spletni strani Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu <http://www.hcch.net>, kjer je tudi razviden status podpisov in ratifikacij.

¹² Ratificirala jo je že Mehika, začetek veljavnosti pa je vezan na drugo ratifikacijo.

treba še Lugansko konvencijo iz leta 1988,¹³ ki jo je v prenovljeni (to je usklajeni z Uredbo Bruselj I) različici iz leta 2007 EU sklenila z Norveško, Švico in Islandijo.¹⁴ Gre za tako imenovano paralelno konvencijo, ki režim iz Bruseljske konvencije in danes Bruseljske uredbe razširja še na nekatere države zunaj EU.

V prispevku se bom omejila na sporazume o pristojnosti po Uredbi Bruselj I. Ta pravni vir mora slovensko sodišče uporabiti vedno, kadar ima vsaj ena od strank sporazuma stalno prebivališče v eni od držav članic EU in sta se stranki dogovorili za pristojnost sodišča v eni od držav članic EU.¹⁵ Ker ima prorogacija pristojnosti lahko pomembne posledice za stranki (tako zelene kot nezelene) ter tudi za derogirana in prorogirana sodišča, avtonomija strank na tem področju ni popolna, temveč je tudi v okviru EU predmet omejitev. Pri razlagi uredbe je bistvena sodna praksa SEU: to je v primeru *Powell Duffryn*¹⁶ tudi izrecno poudarilo, da je treba pojem sporazuma o pristojnosti razlagati neodvisno od nacionalnih pravnih redov (evroavtonomna razlaga).

2. Pravna narava dogovorjene pristojnosti in sporazuma o pristojnosti

V zvezi s sporazumi o pristojnosti se predvsem v nacionalnih pravih pogosto zastavlja vprašanje, ali je sodišče, ki sta ga v sporazumu določili stranki, le dodatna možnost za tožnika, tako da sodišča, ki bi bila sicer pristojna, ostanejo pristojna, ali pa, nasprotno, sporazum o pristojnosti izključuje pristojnost drugih sodišč in gre tako za pogodbeno določitev izključne pristojnosti. Uredba Bruselj I v prvem odstavku 23. člena izrecno določa, da je dogovorjena pristojnost izključna, razen če sta se stranki dogovorili drugače.

Ker gre torej za izključno pristojnost, je treba ugotoviti, ali ima takšna pristojnost enake značilnosti kot izključne pristojnosti, določene v 22. členu uredbe. Očitna je vsaj ena razlika med tema dvema vrstama izključnih pristojnosti: dogovor o pristojnosti ni mogoč, če je za isti spor določena izključna pristojnost v 22. členu. Dogovorjeno izključno pristojnost pa je pozneje z dogovorom mogoče tudi spreminjati, in sicer z izrecnim drugačnim dogovorom ali s konkludentnimi dejanji,¹⁷ predvsem s privolitvijo toženca v pristojnost sodišč druge države, ko tožnik

¹³ Konvencija iz leta 1988 o pristojnosti in priznanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/lug-idx.htm> (19. 10. 2011).

¹⁴ 2007/712/ES: Sklep Sveta z dne 15. oktobra 2007 o podpisu Konvencije o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah v imenu Skupnosti, Uradni list L 339 z dne 21. 12. 2007, str. 1–2. Novo besedilo konvencije je priloga k sklepu.

¹⁵ Člen 23 Uredbe Bruselj I.

¹⁶ SEU, *Powell Duffryn plc proti Wolfgang Peterreit*, C-214/89 z dne 10. 3. 1992.

¹⁷ M. Geč Korošec, Mednarodno zasebno pravo, Druga knjiga – posebni del, Uradni list RS, Ljubljana, 2002 (v nadaljevanju Geč Korošec), str. 217.

že vložiti tožbo. V zadevi *Elefanten Schuh*¹⁸ je SEU že leta 1981 odločilo, da je mogoče kljub sklenjenemu dogovoru o pristojnosti privoliti v pristojnost drugega sodišča.

Tudi če je sporazum o pristojnosti del druge pogodbe, se obravnava samostojno in so dogovorjena sodišča pristojna tudi za spore o veljavnosti pogodbe, v kateri je sporazum vsebovan.¹⁹ Neveljavnost pogodbe ne povzroči neposredno tudi neveljavnosti prorogacijske klavzule. Treba je ugotoviti, ali se razlog za neveljavnost pogodbe nanaša tudi na prorogacijsko klavzulo. Zmota glede predmeta pogodbe tako ne pomeni, da je bila stranka v zmoti tudi glede prorogacijskega sporazuma. Velja seveda tudi obratno: lahko je le prorogacijski sporazum obremenjen z napakami, ki povzročijo njegovo neveljavnost, sicer pa je pogodba veljavna in je treba tako na njeno izpolnitev tožiti pred sodiščem, pristojnim po uredbi. Da veljavnosti dogovora o izključni pristojnosti ni mogoče izpodbijati samo iz razloga, da pogodba ni veljavna, je v zvezi z Bruseljsko konvencijo odločilo SEU leta 1997 v zadevi *Benincasa*.²⁰

3. Pravo, ki ga je treba uporabiti za presojo veljavnosti sporazuma o pristojnosti

Ko se sprašujemo o pravu, ki ga je treba uporabiti za presojo veljavnosti sporazuma o pristojnosti, praviloma naletimo na odgovor, da mora biti sporazum veljaven tako po pravu derogiranih kot po pravu prorogiranih sodišč oziroma, če so pravila poenotena, po teh poenotelih pravilih. Ta trditev je lahko včasih presplošna. Glede uporabe prava je namreč treba razlikovati vsaj tri ločene sklope: prvič, pogoje za dopustnost sporazuma kot procesne pogodbe, drugič, pogoje glede obličnosti sporazuma, in tretjič, pogoje glede vsebinske veljavnosti tega dogovora.

Procesnopravni pogoji za dopustnost prorogacije so praviloma urejeni v aktu, ki ureja mednarodno civilno procesno pravo. V Uredbi Bruselj I so to odsotnost uredbene izključne pristojnosti, prebivališče ene od strank v EU ter dogovorjeno sodišče v EU, poleg tega pa je treba upoštevati še varstvo šibkejših strank. Številni prej omenjeni akti, tudi Uredba Bruselj I, urejajo tudi vprašanje potrebne obličnosti sporazuma. V nasprotnem primeru bi bilo namreč treba za vprašanje oblike, ki je materialnopravno vprašanje, uporabiti ustrezno kolizijsko normo *lex fori* (pri čemer se za prorogacijske sporazume ne uporablja Uredba Rim I²¹) in tako ugotoviti, katero pravo je treba uporabiti. Običajni navezni okoliščini za obliko sta *lex causae* (pravo, ki se

¹⁸ SEU, *Elefanten Schuh GmbH proti Pierre Jacqmain*, 150/80 z dne 24. 6. 1981.

¹⁹ V slovenski teoriji glej na primer D. Wedam Lukić v: Mednarodno zasebno pravo, zakon s komentarjem, ČZ Uradni list RS, Ljubljana, 1992, str. 92; Geč Korošec, str. 213.

²⁰ *Francesco Benincasa proti Dentalkit Srl.*, C-269/95 z dne 3. 7. 1997.

²¹ Točka e drugega odstavka 1. člena Uredbe (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (Rim I), Uradni list L 177 z dne 4. 7. 2008, str. 6–16.

uporablja za vsebino pogodbe) in *lex loci actus* (pravo države, kjer je bila pogodba sklenjena),²² torej bi prorogirano sodišče pogosto moralo uporabiti tuje pravo. Če je vprašanje obličnosti urejeno že v aktu, ki ureja pogoje za dopustnost sporazuma, pa je to vprašanje preneseno na procesno področje in kolizijskih norm ni treba uporabiti.

Tretji sklop so (druga) materialnopravna pravila o veljavnosti sporazuma o pristojnosti, ki se nanašajo na primer na soglasje volj strank in odsotnost napak volje. Ta bi bilo praviloma treba iskati v pravu, ki ga je treba uporabiti za pogodbo, v kateri je sporazum vsebovan (*lex causae*). Spet pa lahko procesni akt v zvezi s tem določa kaj drugega. V Uredbi Bruselj I v zvezi s tem ni posebne določbe, kar se je izkazalo za problematično. Predlog spremembe uredbe²³ (kot tudi na primer Haaška konvencija²⁴) tako določa, da je treba veljavnost sporazuma o mednarodni pristojnosti presojati po pravu prorogiranega sodišča. To je pragmatična rešitev, ki naj bi olajšala delo prorogiranemu sodišču, ki bi sicer pogosto moralo uporabiti tuje pravo, dajala pa naj bi tudi določeno varnost strankam, saj bi pravo prorogiranega sodišča morala upoštevati tudi vsa derogirana sodišča, pred katerimi bi morebiti bila vložena tožba. Vendar tudi ta rešitev vzbuja pomisleke, predvsem zaradi svoje prevelike splošnosti. Tako Dickinson²⁵ meni, da gre pravzaprav za korak nazaj od sedanje sodne prakse SEU, v kateri je že odločeno, da je sporazum treba obravnavati neodvisno od ostalega dela pogodbe²⁶ ter da je treba soglasje strank ugotavljati le glede na zahteve iz prvega odstavka 23. člena uredbe, in ne glede na nacionalno pravo.²⁷

Evropski parlament kot eden od obeh evropskih zakonodajalcev predlaga pomembno spremembo določb predloga Komisije v zvezi z veljavnostjo sporazuma. V 23. členu naj bi bilo tako zapisano le, da mora biti sporazum po materialnem pravu veljaven.²⁸ Dodali pa naj bi 23.a člen, ki bi podrobno reševal vprašanje prava, ki ga je treba uporabiti za presojo te veljavnosti. Tako naj bi bil sporazum veljaven, če bi bil veljaven po pravu prorogirane države ali po pravu, ki bi ga stranki izbrali za ta sporazum, ali, če stranki prava ne bi izbrali, po pravu, ki se

²² Člen 7 ZMZPP.

²³ Prvi odstavek 23. člena predloga spremembe Uredbe Bruselj I.

²⁴ Prvi odstavek 5. člena.

²⁵ A. Dickinson, The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast) (»Brussels I bis« Regulation), 2011, Sydney Law School, Legal Studies Research Paper, No. 11/58, september 2011, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1930712 (1. 10. 2011).

²⁶ SEU, *Benincasa v Dentalkit Srl*, C-269/95 z dne 3. 7. 1997, § 29.

²⁷ SEU, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA v Hugo Trumpy SpA*, C-159/97 z dne 16. 3. 1999, tč. 49, 50.

²⁸ »Valid as to its substance.« Komisija za pravne zadeve Evropskega parlamenta, Draft report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) (COM(2010)0748 – C7-0433/2010 – 2010/0383(COD)), 28. 6. 2011, str. 17.

uporablja za pogodbo, katere del je sporazum, ali, v vseh drugih primerih, po pravu, ki se uporablja za pravno razmerje, ki je med strankama sporno. Tretji odstavek posebej določa, da gre za neposredno napotilo na materialno pravo. Gre pravzaprav za novo skupnostno kolizijsko normo. Pravo, na katero napotuje ta člen, se ne uporablja za vprašanje sposobnosti za sklenitev sporazuma. Resnično soglasje strank pa naj se presoja v skladu s prvim odstavkom 23. člena. Novi, 23.b člen pa naj bi izrecno določal, da je treba sporazum o pristojnosti obravnavati samostojno. Besedilo, ki ga predlaga Evropski parlament, je gotovo bolj jasno in zato boljše od tistega, ki ga je predlagala Komisija.

Ker lahko med sklenitvijo sporazuma o pristojnosti in njegovim učinkovanjem preteče določeno časovno obdobje, se zastavlja tudi vprašanje časovne uporabe predpisov. Glede procesnih predpisov na splošno velja, da je, če ni drugačnih prehodnih določb v novejših predpisih, treba vedno uporabiti procesni zakon, ki velja v času odločanja sodišča.²⁹ Tako je SEU v zadevi *Sanicentral* odločilo, da se Bruseljska konvencija uporablja za sporazum, na katerega sta se stranki sklicevali po uveljavitvi konvencije, sklenjen pa je bil pred tem.³⁰ Nasprotno pa je za materialnopravna vprašanja treba uporabiti pravo, ki je veljalo v času nastanka razmerja, to je v času sklenitve sporazuma. Pogoj, da ima ena od strank prebivališče v državi članici, se presoja po stanju ob sklenitvi sporazuma, saj bi bile sicer mogoče zlorabe.³¹

4. Pogoji za dopustnost sporazuma o mednarodni pristojnosti

Uredba Bruselj I določa dva splošna pogoja za dopustnost sklenitve sporazuma o mednarodni pristojnosti. Prvič, vsaj ena od strank mora imeti stalno prebivališče v državi članici (ne nujno prorogirani). In drugič, stranki sta se dogovorili za pristojnost sodišč ene od držav članic.³² Pogoj, da mora vsaj ena od strank sporazuma prebivati v državi članici, naj bi bil s spremembo uredbe, ki je v pripravi, odpravljen, tako da bo treba uredbo uporabiti vedno, kadar bodo prorogirana sodišča ene od držav članic.³³ Seveda mora iti za civilni ali gospodarski spor z mednarodnim elementom, saj se sicer uredba sploh ne uporablja.³⁴ Vendar je mednarodni

²⁹ Tako tudi VS v sklepu III Ips 84/2005 z dne 27. 3. 2007.

³⁰ SEU, *Sanicentral GmbH proti René Collin*, 25/79 z dne 13. 11. 1979. V tem primeru je bil sporazum po nacionalnih pravilih, ki so se uporabljala pred začetkom veljave Bruseljske konvencije, neveljaven, po konvenciji pa veljaven.

³¹ B. Audit, *Droit international privé*, 2. izdaja, Economica, Pariz 1997, str. 454. Za nemško pravo, kjer je pogoj za prorogacijo tujih sodišč, da ima ena stranka prebivališče v tujini, tako R. Geimer, *Internationales Zivilprozeßrecht*, 5. izd., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2005 (v nadaljevanju Geimer), str. 525.

³² Iz besedila uredbe izhaja, da je v primeru, ko sporazum sklene stranka s stalnim prebivališčem v EU, vendar je dogovorjena pristojnost sodišč tretje države, za presojo veljavnosti sporazuma treba uporabiti nacionalno pravo. Tako je odločilo tudi SEU v zadevi *Coreck Maritime*, C-387/98 z dne 9. 11. 2000.

³³ Prvi odstavek 23. člena predloga spremembe Uredbe Bruselj I.

³⁴ Kot izhaja iz tretje točke preambule k Uredbi Bruselj I, spada ta Uredba v nekdanji 65. člen Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti, ki je urejal ukrepe na področju sodelovanja v civilnih zadevah s čezmejnimi posledicami. Glej

element lahko drug kot stalno prebivališče v različnih državah, tako da lahko tudi obe stranki prebivata v isti državi, a se dogovorita za pristojnost sodišč druge države.³⁵ Ni treba, da bi bil spor povezan z več državami članicami EU, mednarodni element je podan tudi, če je spor povezan s tretjo državo.³⁶ Prav tako ni treba, da bi imela stranka, ki ima prebivališče v državi članici, prebivališče prav v prorogirani državi.

Podobno kot po ZMZPP tudi po Uredbi Bruselj I dogovori o pristojnosti niso dopustni, če so za spor po uredbi izključno pristojna sodišča druge države (22. člen uredbe) ali če stranki (oziroma močnejša stranka) ne spoštujeta omejitve avtonomije z namenom varstva šibkejše stranke.³⁷ Uredba tako posebej varuje zavarovance, potrošnike in delavce. V razmerjih s temi strankami je sporazum mogoče skleniti potem, ko je spor že nastal, predtem pa le, če se z njim ne zmanjšuje varstvo šibkejše stranke.³⁸ Poleg tega v sporih iz zavarovalnih in potrošniških razmerij uredba (tokrat kot varstvo nasprotnne stranke!) dopušča sklenitev sporazumov o pristojnosti sodišč države, v kateri imata v času sklenitve sporazuma obe stranki stalno prebivališče ali sedež,³⁹ da se s tem nasprotni stranki zagotovi predvidljivost v primeru, ko bi se zavarovanec ali potrošnik po sklenitvi pogodbe, a pred vložitvijo tožbe, preselil v drugo državo. V zadevi *Société financière* je SEU odločilo, da dogovora o pristojnosti, sklenjenega med zavarovalcem in zavarovalnico, ki sta oba imela sedež oziroma prebivališče v isti državi članici, ni mogoče uveljavljati proti zavarovancu, ki ima stalno prebivališče v drugi državi članici in v prorogacijo ni privolil.⁴⁰ V zadevi *Gerling* je SEU odločilo, da prorogacijska klavzula velja tudi za tretje osebe, če je bila v zavarovalni pogodbi, sklenjeni med zavarovalcem in zavarovalnico, taka klavzula določena v korist teh tretjih oseb.⁴¹

Ko govorimo o mednarodnopravnih aktih, je izraz »dopustnost« sporazuma sicer lahko zavajajoč, saj v primeru, da pogoji iz tega akta niso izpolnjeni, sporazum ni nujno neveljaven, temveč se zanj uporabljajo drugi, najpogosteje nacionalni predpisi.

tudi A. Galič, Odmevni primeri pred Sodiščem ES glede Bruseljske konvencije oziroma uredbe, Pravna praksa, št. 11/2009, str. 33 in nasl.

³⁵ Glede uporabe 2. člena Uredbe Bruselj I v primeru, da gre za razmerje z mednarodnim elementom, vendar stranki prebivata v isti državi, glej *Owusu proti N. B. Jackson*, C-281/02 z dne 1. 3. 2005.

³⁶ SEU, *Coreck Maritime GmbH proti Handelsveem BV*, C-387/98 z dne 9. 11. 2000.

³⁷ Peti odstavek 23. člena Uredbe Bruselj I.

³⁸ Členi 13, 17 in 21 Uredbe Bruselj I.

³⁹ Tretji odstavek 13. člena in tretji odstavek 17. člena Uredbe Bruselj I.

⁴⁰ SEU, *Société financière et industrielle du Peloux proti Axa Belgium and Others*, C-112/03 z dne 12. 5. 2005.

⁴¹ SEU, *Gerling Konzern Spezial Kreditversicherungs-AG and others proti Amministrazione del Tesoro dello Stato*, 201/82 z dne 14. 7. 1983.

5. Oblika sporazuma o pristojnosti

Prvi odstavek 23. člena Uredbe Bruselj I določa, da mora biti dogovor o pristojnosti »sklenjen v pisni obliki ali potrjen v pisni obliki; ali v obliki, ki je v skladu s prakso, ki je ustaljena med strankama; ali v mednarodni trgovini v skladu z mednarodnimi trgovskimi običaji, ki so znani strankam ali bi jim morali biti znani in ki so splošno priznani v mednarodni trgovini in redno upoštevani s strani strank pogodb istega tipa v okviru zadevne panoge. Vsaka komunikacija po elektronskih medijih, ki zagotavlja trajen zapis dogovora, je enakovredna pisni obliki.« Gre za eno od določb, ki je bila od sprejetja Bruseljske konvencije največkrat spremenjena oziroma dopolnjena.

Sodna praksa SEU s področja oblike sporazumov o pristojnosti je zelo bogata.⁴² Sodišče se je vedno zavzemalo za tako razlago pogojev o obličnosti, ki omogoča nedvoumno ugotovitev, da je med strankama prišlo do soglasja glede določitve pristojnosti.⁴³ Pomembna odločba za vprašanje veljavnosti oblike sporazuma je *Trasporti Castelletti*,⁴⁴ v kateri je sodišče podrobneje pojasnilo, kdaj gre za mednarodne trgovske običaje. SEU je v tej odločbi tudi potrdilo, da za pisno obliko ne zadostuje, da je prorogacijska klavzula vsebovana v splošnih pogojih poslovanja, natisnjenih na zadnji strani papirja, medtem ko je pogodba s podpisami strank na prvi strani, vendar mora v takem primeru pogodba vsebovati izrecno napotilo na te splošne pogoje.

V zadevi *Mainschiffahrts*⁴⁵ je SEU odločilo, da je veljavna prorogacijska klavzula v primeru, ko je bila pogodba sicer sklenjena ustno, nato pa je sopogodbenuk brez ugovora sprejel pismo, s katerim je druga stranka potrdila sklenitev pogodbe (in je vsebovalo dogovor o pristojnosti), ali pa je brez ugovora plačeval račune, na katerih je bila natisnjena prorogacijska klavzula, če je taka praksa med gospodarskimi subjekti v branži, v kateri delujeta sopogodbenuka, in če sta bila s to prakso seznanjena ali bi morala biti seznanjena.⁴⁶ Da to ne velja zunaj ustaljenih praks med gospodarskimi subjekti, potrjuje odločitev v zadevi *Galleries Segoura*,⁴⁷ v kateri je sodišče zavrnilo veljavnost prorogacije v primeru ustno sklenjene pogodbe, ki ji je sledilo prodajalčevo

⁴² Sodna praksa SEU in nacionalnih sodišč je dostopna na primer na spletni strani <http://curia.europa.eu/common/reddoc/convention/en/index.htm?80,9> (13. 4. 2011), zavihek Table of articles.

⁴³ Glej na primer SEU, *Estasis Salotti di Colzani Aimo et Gianmario Colzani proti Rürwa Polstereimaschinen GmbH*, 24/76 z dne 14. 12. 1976.

⁴⁴ SEU, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA proti Hugo Trumphy SpA*, C-159/97, z dne 16. 3. 1999.

⁴⁵ *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) proti Les Gravières Rhénanes SARL*, C-106/95 z dne 20. 2. 1997.

⁴⁶ Glede potrdila o ustno sklenjeni pogodbi enako tudi SEU, *F. Berghoefter GmbH & Co. KG proti ASA SA*, 221/84 z dne 11. 7. 1985.

⁴⁷ *Galleries Segoura SPRL proti Société Rabim Bonakdarian*, 25/76 z dne 14. 12. 1976.

pisno potrdilo o sklenitvi, ki je vsebovalo tudi prorogacijo, vendar tega potrdila kupec ni izrecno sprejel, čeprav prorogaciji tudi ni ugovarjal.

V že omenjenem primeru *Powell Duffryn* je SEU odločilo še, da prorogacijska klavzula, vsebovana v statutu družbe z omejeno odgovornostjo, ki določa pristojnost v sporih med družbo in družbeniki, zavezuje vse družbenike, ne glede na to, kako so pridobili svoje deleže, če jim je bil statut dostopen.⁴⁸

V zadevi *Iveco Fiat*⁴⁹ je bil sporazum o pristojnosti vsebovan v pisni pogodbi, ki je sicer že potekla, stranki pa je nista podaljšali pisno, kot je bilo v pogodbi določeno, temveč sta jo še naprej izvrševali. SEU je odločilo, da je sporazum veljaven, če sta stranki po pravu, ki ga je treba uporabiti za presojo veljavnosti pogodbe, pogodbo lahko podaljšali tudi ustno, ali če je ena stranka pisno potrdila podaljšanje pogodbe (ali prorogacijske klavzule), druga stranka pa temu potrdilu ni ugovarjala.

Zanimiva je tudi nacionalna sodna praksa. Tako je nizozemsko sodišče leta 2007 odločalo o zadevi, v kateri je bil sporazum o pristojnosti vključen v kupčevo naročilo, v katerem je bilo tudi zapisano, da se da njegove določbe spremeniti le pisno. Nato je prodajalec kupcu poslal račun za naročeno blago, v katerem je bila vsebovana drugačna določba o prorogaciji, kupec pa računu ali prorogacijski klavzuli v njem ni ugovarjal. Sodišče je odločilo, da sta obe prorogacijski klavzuli neveljavni in da je treba mednarodno pristojnost določiti po splošnih pravilih.⁵⁰ Francosko kasacijsko sodišče pa je zavrnilo uporabo prorogacijske klavzule, čeprav je bila ta zapisana na vsaki strani pogodbe in je toženec vsako stran tudi parafiral, ker je ugotovilo, da je bila klavzula zapisana z nečitljivimi črkami.⁵¹

6. Predmet sporazuma o pristojnosti

Uredba Bruselj I v 23. členu določa, da je sporazum o pristojnosti mogoče skleniti za spore, ki so ali ki bodo mogoče nastali v zvezi z določenim pravnim razmerjem. Nemško Zvezno vrhovno sodišče je na primer odločilo, da je veljavna prorogacijska klavzula, vsebovana v statutu družbe z omejeno odgovornostjo, ki določa pristojnost za vse spore med družbo in družbeniki.⁵² Angleško prizivno sodišče Court of Appeal pa je odločilo, da se klavzula nanaša tudi

⁴⁸ SEU, *Powell Duffryn plc proti Wolfgang Petereit*, C-214/89 z dne 10. 3. 1992.

⁴⁹ *SpA Iveco Fiat proti Van Hool NV*, 313/85 z dne 11. 11. 1986.

⁵⁰ Gerechtshof Amsterdam, odločba št. 2007/798 z dne 27. 11. 2007.

⁵¹ Cour de cassation, gospodarski senat, odločba z dne 27. 2. 1996, št. revizije S 94-14.122.

⁵² Bundesgerichtshof, odločba št. II ZR 155/92 z dne 11. 10. 1993.

na spor zaradi kršitve neposlovne obveznosti varovanja zaupnih podatkov, razkritih v okviru pogodbenega razmerja, glede katerega je bila sklenjena prorogacija.⁵³

Kot na splošno velja za prorogacijo mednarodne pristojnosti, se lahko stranki dogovorita za pristojnost sodišč določene države. Konkretno pristojno sodišče v državi bo nato določeno po nacionalnih procesnih pravilih te države. Stranki pa se lahko dogovorita tudi za pristojnost konkretnega sodišča v določeni državi, kar je treba razumeti kot implicitno določitev mednarodne pristojnosti države, v kateri se prorogirano sodišče nahaja.⁵⁴ V tem primeru bo določitev države treba presojati po Uredbi Bruselj I, pristojnost v državi pa po nacionalnih pravilih. Menim, da v primeru, ko pristojnost v državi ne bi bila veljavno določena, še vedno obvelja mednarodna pristojnost sodišč te države, krajevna pristojnost pa naj se določi po nacionalnih pravilih.⁵⁵ Problem lahko nastane, če po nacionalnih pravilih ni mogoče določiti krajevno pristojnega sodišča. Menim, da so v takem primeru krajevno pristojna vsa stvarno pristojna sodišča.⁵⁶

Stranki se lahko dogovorita tudi za pristojnost sodišč dveh ali več držav in tako izključita pristojnost sodišč vseh drugih držav. Prav tako lahko le izključita pristojnost sodišč določene ali določenih držav, vendar pa menim, da tak sporazum ne more biti veljaven, če ne bi ostala pristojna sodišča vsaj ene države, saj v dvomu ni mogoče šteti, da sta se stranki s takim sporazumom pravzaprav želeli v celoti odpovedati sodnemu varstvu (ne da bi določili drugo pot, na primer arbitražo). V primeru *Coreck* je SEU odločilo, da so lahko prorogirana sodišča le določljiva na podlagi objektivnih meril, ki jih v sporazumu določita stranki, in ni treba, da bi bila ob sklenitvi sporazuma že določena.⁵⁷ V zadevi *Meeth* je sodišče odločilo, da je veljaven sporazum, po katerem je pristojno sodišče po prebivališču toženca, katerakoli stranka sporazuma se bo pač znašla v tej vlogi.⁵⁸

7. Privolitev toženca – *prorogatio tacita – submissio*

Če tožnik tožbo vloži pri sodišču v državi, katere sodišča po zakonu ali mednarodnem aktu sicer ne bi bila pristojna, ta sodišča lahko postanejo pristojna, če toženec pristojnosti ne

⁵³ Court of Appeal, *Kitechnology BV and others v Unicor GmbH Plastmaschinen and others*, odločba z dne 28. 4. 1994.

⁵⁴ Geimer govori o Doppelfunktionstheorie. Geimer, str. 517.

⁵⁵ Tako tudi Bundesgerichtshof (Nemčija), odločba št. X ARZ 461/93 z dne 14. 7. 1993, komentar T. Pfeiffer v: *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1994, str. 421–426.

⁵⁶ V nemškem mednarodnem zasebnem pravu so v takem primeru pristojna sodišča v glavnem mestu. Geimer, str. 550.

⁵⁷ SEU, *Coreck Maritime GmbH proti Handelsveem BV*, C-387/98 z dne 9. 11. 2000.

⁵⁸ SEU, *Nikolaus Meeth proti Glacetal*, 23/78 z dne 9. 11. 1978.

ugovarja. Tako Uredba Bruselj I določa, da je poleg pristojnosti, ki izhaja iz drugih določb te uredbe, pristojno tudi sodišče države članice, pred katerim se toženec spusti v postopek. To pravilo ne velja, če se je toženec spustil v postopek zato, da bi ugovarjal pristojnosti, ali če je po uredbi izključno pristojno drugo sodišče. Na ta način je mogoče spremeniti tudi prej sklenjen dogovor o pristojnosti.⁵⁹ Nemško Zvezno vrhovno sodišče je odločilo, da se pravila Bruseljske konvencije uporabljajo le, če ima toženec prebivališče v državi članici.⁶⁰ Francosko kasacijsko sodišče pa je menilo, da je treba vprašanje, ali je toženec ugovarjal pristojnosti, preden se je spustil v obravnavanje spora, presojati po procesnem pravu sodišča, pri katerem je bila vložena tožba.⁶¹

V primeru *Mietz* je SEU odločilo, da toženčevo sodelovanje v postopku pred sodiščem, ki odloča o začnih ukrepih, ki ne prejucirajo rešitve v sporu, samo po sebi ne more biti dovolj, da bi imelo to sodišče na podlagi 18. člena konvencije neomejeno pristojnost za izdajanje katerihkoli začnih ukrepov, ki bi se sodišču zdeli primerni, če bi bilo pristojno za vsebinsko odločanje o sporu.⁶² V primeru *Spitzley* pa je SEU odločilo, da je tiha prorogacija mogoča tudi glede terjatve, ki jo med postopkom v pobot uveljavlja toženec. Če tožnik ne ugovarja pristojnosti za odločanje o tej terjatvi, je pristojnost utemeljena na njegovi privolitvi.⁶³

Čeprav mora sodišče po ZPP na svojo mednarodno pristojnost paziti po uradni dolžnosti ves čas postopka (v nasprotnem primeru gre namreč za pomanjkanje sodne pristojnosti in je tožbo treba zavreči),⁶⁴ pa tožbe, za katero po veljavnih predpisih ni pristojno, v primerih, ko je mogoča *submissio*, ne sme zavreči že pri predhodnem preizkusu tožbe, temveč mora počakati na odziv toženca. Če toženec v pristojnost privoli, tožbe ni več mogoče zavreči zaradi nepristojnosti slovenskih sodišč.⁶⁵

Ker uredba dopušča sklenitev dogovorov o pristojnosti, ki so lahko neugodni za zavarovanca, potrošnika ali delavca, če je tak dogovor sklenjen potem, ko je spor že nastal, je treba sklepati, da je mogoče tudi, da toženci v takšnih sporih v pristojnost privolijo.⁶⁶ Zastavlja se vprašanje,

⁵⁹ SEU, *Elefanten Schub GmbH proti Pierre Jacqmain*, 150/80 z dne 24. 6. 1981.

⁶⁰ Bundesgerichtshof, odločba št. IX ZR 264/95 z dne 21. 11. 1996.

⁶¹ Cour de cassation, prvi civilni senat, *Pro-Pak International BV v Liecopotatoes SA*, odločba z dne 28. 4. 2006. V tej zadevi je toženec pristojnosti ugovarjal šele potem, ko je podal ustno soglasje k pridobitvi izvedenskega mnenja, kar je po francoskem pravu prepozno, tako da je podana pristojnost tega sodišča na podlagi privolitve toženca.

⁶² SEU, *Hans-Hermann Mietz proti Intership Yachting Sneek BV*, C-99/96 z dne 27. 4. 1999.

⁶³ SEU, *Hannelore Spitzley proti Sommer Exploitation SA*, 48/84 z dne 7. 3. 1985. Več o procesnem pobotanju v 9. poglavju tega prispevka.

⁶⁴ Člen 18 ZPP.

⁶⁵ Člen 274 v povezavi z 18. členom ZPP.

⁶⁶ Tako tudi SEU, *Vienna Insurance group proti Michal Bilas*, C-111/09 z dne 20. 5. 2010.

ali so šibkejše stranke pri tem dovolj zavarovane, saj pravočasna vložitev ugovora nepristojnosti zahteva poznavanje zahtevnega področja nacionalnega in evropskega civilnega postopka. Predlog spremembe uredbe pri *submissio* zato določa, da je treba, kadar gre za varstvo potrošnika, zavarovanca ali delavca, toženca ob vročitvi tožbe poučiti, da lahko ugovarja pristojnosti sodišča, pri katerem je vložena tožba, ter o tem, kakšne posledice bodo nastale, če tega ne bo storil.⁶⁷ Taka rešitev bi bila gotovo dobrodošla, saj zagotavlja, da pristojnost resnično temelji na privolitvi toženca, in ne na njegovi nevednosti. V svojih nacionalnih pravnih redih sta podobno pravilo uzakonili Nemčija in Avstrija.

8. Vezanost tretjih oseb na sporazum o mednarodni pristojnosti

8.1. Pravno nasledstvo, poroštvo, prevzem dolga, korist tretjega

Pogosto se zastavlja vprašanje, ali sporazum o pristojnosti veže pravne naslednike stranke, ki je tak sporazum sklenila. Ali se samostojnost prorogacijske klavzule kaže tudi v tem, da se na pravne naslednike ne prenaša kot preostali (vsebinski) del pogodbe? Nova stranka namreč vstopi v pogodbo iz materialnopravnih razlogov, poleg tega pa je bil lahko sporazum o pristojnosti dogovorjen v korist stranke, ki v spornem pravnem razmerju ne sodeluje več, in tako sporazum dejansko ne koristi nobeni od strank, ki sta v sporu. Po drugi strani pa je treba zagotoviti tudi pravno varnost stranke, ki ostaja v pravnem razmerju in se je zanašala na dogovor o pristojnosti.

Načeloma velja, da prorogacijska klavzula veže tako singularne kot univerzalne pravne naslednike, t. j. dediče kot univerzalne naslednike fizičnih oseb in pravne osebe, ki so zaradi preoblikovanja pravne naslednice drugih pravnih oseb.⁶⁸ Pri tem je pomembno poudariti, da se veljavnost sporazuma presoja glede na razmerje med prvotnima strankama sporazuma.⁶⁹

Francosko kasacijsko sodišče je z uporabo Bruseljske konvencije odločilo, da prorogacijska klavzula, sklenjena med proizvajalcem in kupcem, ne velja tudi za naslednje kupce. Tako je lahko francoski kupec vložil tožbo v Franciji tudi zoper belgijskega proizvajalca sestavnega dela

⁶⁷ Drugi odstavek 24. člena predloga spremembe uredbe.

⁶⁸ R. Geimer, R. A. Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, C. H. Beck, München 2010, str. 484. Za Bruseljsko konvencijo glej na primer Cour de cassation (Francija), 1. civilni senat, odločba z dne 13. 3. 2007, št. revizije 05-12563.

⁶⁹ Glej na primer SEU, *Partenreederei ms. Tilly and Ernest Russ proti NV Haven- & Vervoerbedrijf Nova and NV Goeminne Hout*, 71/83 z dne 19. 6. 1984; SEU, *Coreck Maritime GmbH proti Handelsveem BV*, C-387/98, z dne 9. 11. 2000, in SEU, *Trasporti Castelletti SpA v Hugo Trumphy SpA*, C-159/97 z dne 16. 3. 1999.

prikolice, ki jo je sicer kupil pri francoskem prodajalcu, čeprav je toženec s francoskim prodajalcem, ki je od njega kupil sporni del, sklenil prorogacijsko klavzulo v korist belgijskih sodišč.⁷⁰

Na vprašanje, ali dogovor o pristojnosti veže tudi poroka, je treba odgovoriti nikalno – porok se mora s sporazumom izrecno strinjati, saj ni pravni naslednik glavnega dolžnika, ampak ima njegova obveznost samostojno podlago v poroštveni pogodbi. Enako velja tudi za prevzemnika dolga.⁷¹

V že omenjeni zadevi *Gerling* je SEU odločilo, da je prorogacijsko klavzulo mogoče skleniti tudi v korist tretjih oseb, ki se nato v sporu z eno od strank prorogacijskega sporazuma na tako klavzulo lahko sklicujejo.⁷² Že iz splošnih pravil pogodbenega prava je treba sklepati, da lahko stranki prorogacijskega sporazuma le razširita možnosti pristojnih sodišč za tretjo osebo, ne moreta pa nabora sicer pristojnih sodišč zožiti.⁷³

8.2. Konosament (ladijska nakladnica)

Ladijska nakladnica oziroma konosament (*bill of lading*) je vrednostni papir, ki ga ladjar izda naročniku prevoza kot dokazilo o prevzemu tovora na ladjo, prejemnik tovora pa jo mora predložiti, če želi prevzeti tovor v namembni luki.

V praksi se je zastavilo vprašanje, ali prorogacijska klavzula, o kateri sta se sporazumela ladjar in naročnik prevoza, zavezuje tudi prejemnika tovora, ki je ni podpisal. V primerih *Russ* in *Coreck* SEU na zastavljeno vprašanje ni dalo enoznačnega odgovora. Odločilo je, da sporazum o pristojnosti, vsebovan v ladijski nakladnici, zavezuje tretjo stranko, ki želi na podlagi nakladnice prevzeti blago, če je ta stranka po pravu, ki ga je treba uporabiti, s prevzemom nakladnice prevzela tudi pravice in obveznosti vkrcevalca oziroma pošiljatelja. Če ni bilo tako, je treba na podlagi konvencijskih pravil (šlo je še za razlago 17. člena Bruseljske konvencije) preučiti, ali je ta stranka sprejela sporazum o pristojnosti.⁷⁴ V slovenski teoriji sicer velja, da se veljavno sklenjena prorogacijska klavzula, vnesena v konosament, s konosamentom tudi

⁷⁰ Cour de cassation, gospodarski senat, odločba z dne 23. 3. 1999, št. revizije W 97-11.884.

⁷¹ Glej na primer *Geimer*, str. 540.

⁷² SEU, *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs-AG and others proti Amministrazione del Tesoro dello Stato*, 201/82 z dne 14. 7. 1983.

⁷³ Tako tudi *Geimer*, str. 542.

⁷⁴ SEU, *Partenreederei ms. Tilly and Ernest Russ proti NV Haven- & Vervoerbedrijf Nova and NV Goeminne Hout*, 71/83 z dne 19. 6. 1984; SEU, *Coreck Maritime GmbH proti Handelsveem BV*, C-387/98, z dne 9. 11. 2000.

prenaša.⁷⁵ Nemški Handelsgesetzbuch izrecno določa, da konosament velja tudi za razmerje med prevoznikom in prejemnikom.⁷⁶

8.3. Statut gospodarske družbe

Kot je že bilo omenjeno, je SEU v zadevi *Powell Duffryn* odločilo, da prorogacijska klavzula, vsebovana v statutu gospodarske družbe, velja za vse družbenike, če jim je bil statut seveda dostopen.⁷⁷ Sporazum se torej razteza tudi na vse nove družbenike, ki pri sestavljanju statuta niso sodelovali.

9. Sporazum o pristojnosti in povezane tožbe

Pri kombinaciji sporazuma o pristojnosti in povezanih tožb je treba odgovoriti na dve vprašanji: prvič, ali je sporazum o pristojnosti lahko podlaga za pritegnitev povezanih tožb pred prorogirano sodišče, in drugič, ali sporazum o pristojnosti sodišč druge države prepreči pritegnitev predmetnega spora pred sodišče, ki je pristojno za z njim povezano tožbo. Gre torej za razmerje med 23. in 6. členom uredbe.

Glede drugega vprašanja velja, da spora, za katerega je bil sklenjen sporazum o pristojnosti, ni mogoče pritegniti pred sodišče, pristojno za povezano tožbo, kar sicer omogoča 6. člen uredbe.⁷⁸ Avtonomija strank tako prevlada nad ekonomičnostjo in tudi nad skrbjo za izogibanje nezdružljivim sodnim odločbam. Temu v prid govori tudi dejstvo, da 23. člen pomeni odstop od vseh sicer veljavnih pravil, ki upoštevajo omenjeni načeli, in so v njem izrecno določeni primeri, ko sporazuma ni mogoče skleniti oziroma se ta ne upošteva.

Je pa v nekaterih primerih mogoče pred sodišče, pristojno na podlagi sporazuma o pristojnosti, pritegniti povezane spore. To velja za drugi odstavek (tožbe glede garancij in druge

⁷⁵ D. Wedam Lukić, Prorogacija mednarodne pristojnosti v pravdnem postopku, Zbornik znanstvenih razprav, Pravna fakulteta v Ljubljani, 1982, str. 321.

⁷⁶ Člen 656 nemškega gospodarskega zakonika (Handelsgesetzbuch).

⁷⁷ SEU, *Powell Duffryn plc proti Wolfgang Petereit*, C-214/89 z dne 10. 3. 1992.

⁷⁸ Glej na primer M.-L. Niboyet in G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, 2. izd., L. G. D. J., Pariz 2009, str. 374. Glede kombinacije 23. člena in prvega odstavka 6. člena uredbe glej na primer Cour de cassation (Francija), 1. civilni senat, odločba z dne 20. 6. 2006, št. revizije 05-16706, glede kombinacije 17. člena Bruseljske konvencije in tretjega odstavka 6. člena pa na primer Cour d'appel de Versailles, *Société BST PRO MARK Incorporation proti SARL ERGECA*, odločba z dne 23. 11. 2000. Drugače pa je sodišče v Málaga odločilo, da je na podlagi četrtega odstavka 6. člena mogoče k tožbi v zvezi s stvarno pravico na nepremičnini pritegniti tudi spor glede posojila za to nepremičnino, čeprav je bil glede slednjega sklenjen sporazum o pristojnosti: Audiencia Provincial de Málaga, *C. L., SA proti Banque Française de L., SA*, odločba z dne 31. 12. 1994.

intervencijske tožbe oziroma v Sloveniji institut obvestila o pravdi⁷⁹) in tretji odstavek 6. člena (nasprotna tožba). Pri prvem odstavku je namreč podlaga za atrakcijo lahko le stalno prebivališče enega od tožencev, medtem ko je pri četrtem mogoče povezano tožbo vložiti le v državi članici, v kateri leži nepremičnina.

Posebno vprašanje je, ali je tretji odstavek 6. člena uredbe treba uporabiti tudi za procesno pobotanje, tako da je uveljavljanje v pobot mogoče le, če sta terjatvi povezani. Ta institut je namreč v državah članicah EU urejen različno (ponekod postane odločitev o ugovoru pobotanja pravnomočna, kot pri nasprotni tožni, ponekod pa ne, kot pri »običajnih« ugovorih). V sodbi *Danvaern*, v kateri je odločalo prav o uporabi tretjega odstavka 6. člena uredbe za pobotni ugovor, SEU zapiše, da se tretji odstavek 6. člena uredbe uporablja v primerih, ko toženec zahteva ločeno odločitev o terjatvi, ne pa, kadar obstoj svoje terjatve zoper tožnika uveljavlja le kot sredstvo obrambe. Nacionalnemu pravu je prepuščeno, kakšna sredstva obrambe in pod kakšnimi pogoji jih lahko uveljavljajo toženci.⁸⁰ Menim, da je ugovor procesnega pobotanja v slovenskem pravu bližje nasprotni tožbi po tretjem odstavku 6. člena uredbe in mora biti zanj podan samostojen temelj za pristojnost.⁸¹ Zanimivo je, da je SEU že pred zadevo *Danvaern* obravnavalo zadevo *Spitzley*, ko je bila v pobot uveljavljana terjatev, za katero je bil sklenjen sporazum o pristojnosti sodišč druge države, pri tem pa v pobot uveljavljana terjatev ni izhajala iz iste pogodbe ali dejanskega stanja, kot to za atrakcijo pristojnosti zahteva tretji odstavek 6. člena uredbe. Ker dolžnik v pobot uveljavljane terjatve ni ugovarjal pristojnosti za to terjatev, je SEU pristojnost sodišča utemeljilo na 18. členu Bruseljske konvencije, to je na tihi prorogaciji.⁸² Iz te odločitve bi torej lahko sklepali, da se procesno pobotanje obravnava kot samostojen zahtevek, in ne kot sredstvo obrambe.

⁷⁹ Drugi odstavek 6. člena je prilagojen predvsem romanskemu tipu pravnega postopka, medtem ko v germanskem sistemu, kamor v tem delu spada tudi slovensko procesno pravo, namesto tega poznamo institut obvestila o pravdi, kot je urejen v 65. členu uredbe. Težava je v tem, da Slovenija v pristopnih pogajanjih ni izposlovala, da bi se 65. člen uporabljal tudi pri nas, kot je to na primer storila Madžarska. Ni torej jasno, ali bi bilo po analogiji mogoče ta člen uporabiti tudi v Sloveniji oziroma kako naj ravnajo sodišča, če bi stranka želela vložiti intervencijsko tožbo po drugem odstavku 6. člena uredbe. S spremembo uredbe naj bi bilo to stanje popravljeno.

⁸⁰ SEU, *Danvaern Production A/S proti Schuhfabriken Otterbeck GmbH & Co.*, C-341/93 z dne 13. 7. 1995.

⁸¹ Po mnenju teorije mora biti v slovenskem nacionalnem mednarodnem zasebnem pravu za procesno pobotanje podana samostojna mednarodna pristojnost sodišča za v pobot uveljavljano terjatev. D. Wedam Lukić v: L. Ude, A. Galič (ur.), *Zakon o pravnem postopku s komentarjem*, 3. knjiga, GV Založba in Uradni list RS, Ljubljana, 2009, str. 158, 159.

⁸² SEU, *Hannelore Spitzley proti Sommer Exploitation SA*, 48/84 z dne 7. 3. 1985.

10. Ravnanje sodišč v primeru obstoja sporazuma o pristojnosti, litispendenca

Na obstoj mednarodne pristojnosti mora po ZPP sodišče paziti ves čas postopka po uradni dolžnosti.⁸³ Kršitev pravil o mednarodni pristojnosti je absolutno bistvena kršitev pravil pravnega postopka (gre namreč za kršitev pravil o sodni pristojnosti), ki jo je mogoče uveljavljati v pritožbi,⁸⁴ reviziji⁸⁵ in zahtevi za varstvo zakonitosti⁸⁶ (ne pa tudi kot razlog za obnovo postopka).

Če se katera od strank ne drži sporazuma o izključni mednarodni pristojnosti, je lahko v isti zadevi vloženi več tožb pred sodišči v različnih državah članicah, to je pred prorogiranim in pred enim ali več derogiranimi sodišči. Uredba Bruselj I v veljavnem besedilu pri urejanju mednarodne litispendenca ne razlikuje med primeri, ko obstaja sporazum o pristojnosti, in drugimi primeri. Vedno je odločilen vrstni red vložitve tožbe (in ne vročitve, kot to velja po ZMZPP). Če se prvo sodišče izreče za pristojno, je treba postopke pred drugimi sodišči ustaviti (in ne »le« prekiniti kot po ZMZPP).⁸⁷ Šele če se prvo sodišče izreče za nepristojno, lahko drugo sodišče odloča, ali je samo pristojno ali ne.

Opisano pravilo se je v praksi izkazalo za problematično. Prvič, odločitev prvega sodišča je zavezujoča za vsa druga sodišča,⁸⁸ torej eventualno tudi za sodišče, ki bi sicer sprejelo svojo pristojnost na podlagi sporazuma o pristojnosti. Še več, veljavno besedilo uredbe omogoča tudi zlorabe. Znan je primer *Gasser*,⁸⁹ v katerem je bilo leta 2003 SEU soočeno z naslednjim problemom. Med strankama je bil za spore iz pogodbe sklenjen sporazum o pristojnosti avstrijskih sodišč, vendar je italijansko podjetje MISAT vložilo tožbo pred italijanskim sodiščem. Avstrijsko podjetje Gasser je tožbo pozneje istega leta vložilo pred avstrijskim sodiščem, ki je bilo pristojno na podlagi prorogacijske klavzule. Avstrijsko sodišče je SEU vprašalo, ali sme odločati o sporu, glede na to, da je zanj pristojno po prorogacijskem sporazumu (torej se bo italijansko sodišče moralo spoznati za nepristojno), ne da bi čakalo na odločitev o nepristojnosti italijanskega sodišča, saj je znano, da sodni postopki v Italiji trajajo izredno dolgo. Izkazalo se je namreč, da je šlo v Italiji za vložitev tako imenovane torpedo tožbe (*torpedo suit*), s katero je italijanska stranka želela doseči prav to, da še leta ne bi prišlo do vsebinskega

⁸³ Prvi in tretji odstavek 18. člena ZPP.

⁸⁴ Tretja točka drugega odstavka 339. člena ZPP.

⁸⁵ Prva točka prvega odstavka 370. člena ZPP.

⁸⁶ Prva točka prvega odstavka 387. člena ZPP.

⁸⁷ 27. člen Uredbe Bruselj I.

⁸⁸ SEU, *Allianz SpA proti West Tankers Inc.*, C-185/07 z dne 10. 2. 2009, posebej tč. 27.

⁸⁹ SEU, *Erich Gasser GmbH proti MISAT Srl.*, C-116/02 z dne 9. 12. 2003.

odločanja o sporu. Sodišče se je znašlo v veliki zadregi, saj je imelo na voljo le dve slabi možnosti: dopustiti očitno zlorabo pravil o litispenci ali pa odstopiti od uredbenih pravil o litispenci. Odločilo se je za prvo možnost, saj bi sicer ogrozilo tudi zavezujočo moč drugih pravil iz uredbe.

Primer *Gasser* je postal sinonim za potrebo po reformiranju pravil o litispenci v Uredbi Bruselj I in s tem okrepitvi učinkov sporazumov o pristojnosti. Predlog Uredbe Bruselj I bis tako določa, da morajo sodišča praviloma o svoji (ne)pristojnosti odločiti v roku šestih mesecev od vložitve tožbe ter da morajo v primeru obstoja sporazuma o pristojnosti vsa druga sodišča prekiniti postopke, dokler o svoji pristojnosti ne odloči prorogirano sodišče.⁹⁰ Prorogirano sodišče torej odloča prednostno, ne glede na vrstni red vložitve tožbe. Tako naj bi preprečili tudi »hitenje pred sodišče« (*rush to court*), ko stranke ob najmanjšem sporu »hitijo« pred sodišče, da bi z vložitvijo tožbe prehiteli nasprotno stranko in s tem preprečile zavlačevanje druge stranke ali pa same poskusile zavlačevati postopek. Tako ravnanje ni zaželeno, saj se s tem pogosto po nepotrebnem obremenjujejo sodišča, stranke pa tudi odvrča od mirne rešitve spora.

Zastavlja se tudi vprašanje odgovornosti stranke, ki je kljub sporazumu o pristojnosti tožbo vložila pri nepristojnem sodišču in s tem povzročila škodo drugi pogodbeni stranki. Menim, da je treba dopustiti možnost odškodninske odgovornosti takšnega tožnika zaradi kršitve pogodbe.⁹¹

11. Nujna pristojnost (*forum necessitatis*)

Ker je Uredba Bruselj I utemeljena na kontinentalni pravni tradiciji, ki teži k čim večji predvidljivosti pravil o pristojnosti, ne pozna instituta *forum non conveniens*. Ta je uveljavljen v anglosaških sistemih in daje sodniku diskrecijo pri odločanju o svoji (ne)pristojnosti. Sodnik oceni vse okoliščine primera, da bi ugotovil, ali je primerno, da sam odloča o sporu. Tako lahko upošteva izjemne okoliščine posameznega primera, varuje šibkejšo stranko itd.

V praksi se je izkazalo, da tudi sistemi, ki temeljijo na predvidljivosti in zelo natančno določajo pravila o pristojnosti, včasih potrebujejo korektiv, saj bi splošna pravila sicer lahko pripeljala do neželenega rezultata. Ko gre za pristojnost, ki temelji na sporazumu o pristojnosti, sta značilna položaja, da prorogirano sodišče svojo pristojnost zavrne (vsa derogirana sodišča

⁹⁰ Drugi odstavek 32. člena predloga spremembe uredbe. Strokovnjaki opozarjajo na nekatere pomanjkljivosti novega besedila uredbe, ki pa bodo, upajmo, v končnem besedilu odpravljene. Glej na primer A. Dickinson, *The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast) («Brussels I bis» Regulation)*, 2011, Sydney Law School, Legal Studies Research Paper, No. 11/58, september 2011, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1930712 (1. 10. 2011).

⁹¹ Tako tudi na primer Geimer, str. 486.

pa ga štejejo za pristojnega in torej o zadevi nočejo odločati) ali da v prorogirani državi ni mogoče pričakovati pravičnega sojenja. Do takih položajev prihaja predvsem zaradi razlik v nacionalnih pravnih redih.

Veljavno besedilo Uredbe Bruselj I korektiva uredbenim pravilom ne ureja, saj naj bi že poenotenje pravil o pristojnosti ter priznavanju in izvrševanju sodnih odločb v EU odpravilo primere, ko bi bil odstop od splošnih pravil potreben. Poleg tega so vse države članice EU tudi podpisnice Evropske konvencije o človekovih pravicah, tako da morajo zagotavljati pošteno sojenje.

Taka določba pa je predvidena v 26. členu predloga spremembe uredbe, ki se nanaša na položaje, ko sodišča držav članic EU po uredbi niso pristojna, sodišča v tretji državi, ki so pristojna po svojih pravilih (torej tudi na podlagi sporazuma o pristojnosti), pa strankama ne bi dajala zadostne pravne zaščite. Ta določa, da v primeru, ko po uredbi ni pristojno nobeno sodišče v (katerikoli) državi članici, posamezno sodišče v državi članici izjemoma lahko odloča o sporu, če je to potrebno zaradi zagotovitve poštenega sojenja ali pravice dostopa do sodišča, zlasti v primerih, ko ni razumno ali je nemogoče sprožiti ali voditi postopek v tretji državi, s katero je spor tesno povezan, ali v primerih, ko sodbe, izdane v tretji državi, ne bi bilo mogoče priznati in izvršiti v državi članici, katere sodišča naj bi bila pristojna na podlagi nujne pristojnosti, v skladu s pravom te države, tako priznanje in izvršitev pa sta potrebna za zagotovitev pravic tožnika. Hkrati mora biti spor v zadostni povezavi z državo članico, katere sodišče naj bi bilo po tej določbi pristojno. Do takih položajev seveda lahko pride tudi, če je bilo tuje sodišče določeno v sporazumu o pristojnosti, s tem da bi morala biti merila za uporabo nujne pristojnosti v takih primerih strožja, saj sta stranki s sklenitvijo sporazuma prostovoljno prevzeli določeno tveganje.

Ideja o *forum necessitatis* pa ni prepričala vsaj enega od evropskih zakonodajalcev – Evropski parlament je namreč v osnutku svojega poročila o spremembi uredbe junija 2011 predlagal, da se ta določba črta.⁹²

O vrsti nujne pristojnosti, ki upravičuje odstop od veljavno sklenjenega sporazuma o pristojnosti v korist tretje države, lahko govorimo tudi, kadar bi bilo sicer ogroženo spoštovanje tako imenovanih norm neposredne uporabe (*lois de police, mandatory rules*) derogirane države, to je tistih pravil, uporabi katerih se s kolizijskimi pravili ali posredno z določitvijo pristojnosti sodišč, ki takih norm (lahko) ne bi uporabila, ne moremo izogniti. Pritožbeno sodišče v Münchnu⁹³ tako ni upoštevalo sporazuma o pristojnosti tretje države (nečlanice EU), ker bi v nasprotnem primeru obstajalo realno tveganje, da tuje sodišče ne bi uporabilo določb o var-

⁹² Komisija za pravne zadeve Evropskega parlamenta, Draft report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) (COM(2010)0748 – C7-0433/2010 – 2010/0383(COD)), 28. 6. 2011.

⁹³ OLG München, 17. 5. 2006, OLGR München 2007, str. 138.

stvu trgovskega zastopnika po koncu agencijske pogodbe, ki v skladu s sodbo SEU v primeru *Ingmar*⁹⁴ pomenijo del skupnostnih norm neposredne uporabe.⁹⁵

Pomembno je na koncu poudariti, da pri korekcijskih institutih ne gre za zanikanje veljavnosti primarno uporabnih pravil o pristojnosti, v našem primeru sporazuma o pristojnosti. Gre za možnost, da sodišče v izjemnih okoliščinah sicer veljavno sklenjenega sporazuma ne upošteva.

12. Priznanje in izvršitev sodne odločbe, izdane na podlagi sporazuma o pristojnosti

Na splošno nespoštovanje uredbenih pravil o pristojnosti le izjemoma povzroči zavrnitev priznanja oziroma razglasitve izvršljivosti sodne odločbe, izdane v drugi državi članici. Prvi odstavek 35. člena uredbe določa, da je priznanje mogoče zavrniti le, če niso bila spoštovana pravila 3. (varstvo zavarovanca), 4. (varstvo potrošnika) ali 6. oddelka (izključne pristojnosti) II. poglavja, medtem ko so pravila o prorogaciji v 7. oddelku tega poglavja.⁹⁶ A ker določbe o veljavnosti prorogacije prav tako varujejo šibkejšo stranke in določajo spoštovanje izključnih pristojnosti, pri tem pa napotujejo na oddelke, omenjene v 35. členu (in tako tudi na oddelek o individualnih delavskih sporih), menim, da bi šlo v primeru kršitve teh pravil pri ugotavljanju veljavnosti prorogacije pravzaprav za kršitev v 35. členu omenjenih določb o pristojnosti. Treba bi bilo torej zavrniti priznanje oziroma razglasitev izvršljivosti na tej podlagi sprejete sodbe.

V Uredbi Bruselj I velja opozoriti še na določbo točke b drugega odstavka 66. člena, ki omogoča priznanje in izvršitev sodne odločbe, izdane v drugi državi članici po začetku veljave uredbe, tožba pa je bila vložena pred tem datumom, če je bila pristojnost določena v skladu s pravili iz II. poglavja ali iz konvencije, sklenjene med državo članico izvora in zaproseno državo članico, ki je veljala v času začetka postopka. Olajšan režim čezmejnega prehajanja sodnih odločb se torej uporabi tudi, če sporazum, na katerem je temeljila pristojnost sodišča, ki je odločbo izdalo, izpolnjuje pogoje iz uredbe, čeprav je bil za presojo njihove dopustnosti in veljavnosti ob vložitvi tožbe uporabljen drug, največkrat nacionalni predpis.

⁹⁴ SEU, *Ingmar GB Ltd proti Eaton Leonard Technologies Inc*, 9. 11. 2000, C-381/91.

⁹⁵ Več o razmerju med prorogacijsko klavzulo in skupnostnimi normami neposredne uporabe: Ph. Guez, *Allemagne: L'incidence des «lois de police communautaires» sur la mise en œuvre de la clause d'élection de for en faveur d'un Etat tiers*, 29. 11. 2009, <http://www.slc-dip.com/spip.php?article179> (30. 9. 2011). Zanimiva je tudi rešitev Haške konvencije iz leta 2005, ki v 6. c členu omogoča uporabo pridržka javnega reda tudi pri odločanju o upoštevanju sporazuma o pristojnosti tujega sodišča.

⁹⁶ Zastavlja se vprašanje, zakaj skupnostni zakonodajalec v to določbo ni vključil tudi določb, ki varujejo delavca. Mogoče je, da je prišlo do redakcijske napake oziroma spregleda ob spreminjanju Bruseljske konvencije, ki posebnega varstva delavcev še ni poznala, v Uredbo Bruselj I.

13. Sklep

Sklepanje sporazumov o mednarodni pristojnosti sodišč je priljubljena in izredno razširjena praksa v pogodbenih razmerjih z mednarodnim elementom. So izraz avtonomije volje strank, ki jo mednarodno zasebno pravo in postopek upoštevata in podpirata. Vendar pa je tak izraz volje povezan s številnimi pastmi in gotovost, da bosta stranki dosegli namen, zaradi katerega sta sporazum sklenili, je ob uporabi nacionalnih predpisov težko doseči.

Številnim potencialnim težavam se je mogoče izogniti z mednarodnim poenotenjem pravil o dopustnosti in veljavnosti sklepanja sporazumov o mednarodni pristojnosti. Stranki bosta z veliko večjo verjetnostjo dosegli svoj cilj, to je da bo o njunem sporu odločalo (le) izbrano sodišče, če bodo vsa sodišča, pred katerimi bi lahko bila vložena tožba, uporabljala ista pravila o dopustnosti in veljavnosti prorogacije. Ker pa cilj strank ni le, da postopek vodi izbrano sodišče, temveč da bo njegova sodba pozneje po potrebi tudi lahko izvršena, je pomembno, da pravila o pristojnosti podpremo še s pravili o priznanju in izvršitvi.

V Evropi obe omenjeni nalogi že skoraj pol stoletja uspešno opravljata Bruseljska konvencija in nato Uredba Bruselj I, v zadnjem času pa so se jim pridružile še nekatere druge uredbe, ki urejajo ožja področja, vse seveda s pomočjo razlage SEU. Vendar pa je praksa pokazala, da je tudi veljavno besedilo Uredbe Bruselj I pomanjkljivo. Poteka prenova uredbe, ki naj bi najpomembnejše pomanjkljivosti kmalu odpravila. V razmerjih med državami EU in tretjimi državami pa je izredno pomembna Haaška konvencija iz leta 2005, ki naj bi prav tako kmalu začela veljati in za katero lahko upamo, da jo bo ratificiralo čim več držav.

V EU je pomembno zmanjšanje tveganja za stranke, kadar sklenejo sporazum o mednarodni pristojnosti, prineslo tudi poenotenje kolizijskega prava. Če je (oziroma bi moral biti) tradicionalno najpomembnejši razlog za sklenitev sporazuma o mednarodni pristojnosti to, da bo izbrano sodišče uporabilo za stranki (ali tisto stranko, ki si je tako pristojnost izgovorila) najugodnejše pravo, v EU zdaj velja, da morajo vsa sodišča za pogodbeno razmerja uporabiti isto pravo – zavezujejo jih namreč kolizijske norme za pogodbeno razmerja iz Uredbe Rim I. V primeru, da je sporazum o pristojnosti sklenjen za spor iz nepogodbenih razmerij, pa je treba uporabiti Uredbo Rim II.⁹⁷ To pomeni, da se stranki pri izbiri sodišča lahko osredotočita predvsem na razmislek o praktičnosti vodenja postopka v določeni državi, seveda ob upoštevanju morebitnih procesnih posebnosti v nacionalnih predpisih.

Kljub velikemu pomenu Uredbe Bruselj I (predvsem v kombinaciji z Uredbo Rim I) za učinkovitost sporazumov o mednarodni pristojnosti v državah EU pa previdnost ni odveč. Sistem

⁹⁷ Uredba (ES) št. 864/2007 Evropskega parlamenta in sveta z dne 11. julija 2007 o pravu, ki se uporablja za nepogodbene obveznosti (»Rim II«), Uradni list L 199 z dne 31. 7. 2007, str. 40–49.

namreč ni popoln in mnoga vprašanja v praksi še ostajajo neodgovorjena. Stranki se morata seznaniti z vsemi predvidljivimi posledicami prorogacije, hkrati pa se tudi zavedati tveganja, ki ga sprejemata. Pravila o pristojnosti, določena v uredbi, so namreč plod dela številnih pravnih strokovnjakov in dolgoletne sodne prakse ter naj bi prvenstveno kar najbolj sledila (seveda posplošenim) interesom strank. Tako se lahko pozneje izkaže, da sta stranki z izključitvijo teh pravil in avtonomno določitvijo pristojnosti izbrali pristojnost, ki je manj ugodna od uredbene za obe ali prav za tisto stranko, ki jo je predlagala, v primeru težav pri razlagi njunega sporazuma pa se lahko postopek še precej zavleče.

Viri in literatura⁹⁸

Študije in poročila

Evropska komisija, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast), Bruselj, 14. 12. 2010, COM(2010) 748 final.

Evropska komisija, Impact Assessment – Accompanying document to the Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast), 2010/0383 (COD), Bruselj, 17. 12. 2010, str. 30. Celotna študija je dosegljiva le v angleščini, v slovenskem jeziku pa je dostopen Povzetek ocene učinka: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2010:1548:FIN:SL:PDF> (29. 9. 2011).

Komisija za pravne zadeve Evropskega parlamenta, Draft report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), (COM(2010)0748 – C7-0433/2010 – 2010/0383(COD)), 28. 6. 2011.

Literatura

Audit, B., *Droit international privé*, 2. izdaja, Economica, Pariz 1997.

Dickinson, A., *The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast) (»Brussels I bis« Regulation)*, 2011, Sydney Law School, Legal Studies Research Paper, No. 11/58, september 2011, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1930712 (1. 10. 2011).

⁹⁸ Predpisi in obravnavane sodne odločbe so navedeni v opombah.

- Galič, A., Odmevni primeri pred Sodiščem ES glede Bruseljske konvencije oz. uredbe, *Pravna praksa*, št. 11/2009, str. 33 in nasl.
- Geč Korošec, M., *Mednarodno zasebno pravo*, druga knjiga – posebni del, Uradni list RS, Ljubljana 2002 (citirano Geč Korošec).
- Geimer, R., *Internationales Zivilprozeßrecht*, 5. izd., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2005 (citirano Geimer).
- Geimer, R., Schütze, R. A., *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3. izd., C. H. Beck, München 2010.
- Guez, Ph., *Allemagne: L'incidence des »lois de police communautaires« sur la mise en œuvre de la clause d'élection de for en faveur d'un Etat tiers*, 29. 11. 2009, <http://www.slc-dip.com/spip.php?article179> (30. 9. 2011).
- Ilešič, M., Polajnar Pavčnik, A., Wedam Lukić, D., *Mednarodno zasebno pravo*, Zakon s komentarjem, ČZ Uradni list RS, Ljubljana 1992.
- Niboyet, M.-L., De Geouffre De La Pradelle, G., *Droit international privé*, 2. izd., L. G. D. J., Pariz 2009.
- Pfeiffer, T., Bundesgerichtshof, X ARZ 461/93 (14. 7. 1993), *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1994, str. 421–426.
- Ude, L., Galič A. (ur.), *Zakon o pravdnem postopku s komentarjem*, 3. knjiga, GV Založba in Uradni list RS, Ljubljana 2009.
- Wedam Lukić, D., *Prorogacija mednarodne pristojnosti v pravdnem postopku*, Zbornik znanstvenih razprav, Pravna fakulteta v Ljubljani, 1982, str. 301–324.



Množični spori

IV.

ALEŠ GALIČ

Skupinske tožbe na področju potrošniškega prava

NINA BETETTO

Vzorčni postopek

MATIJA DAMJAN

Množični zahtevki zaradi posegov v zdravo življenjsko okolje

Skupinske tožbe na področju potrošniškega prava

DR. ALEŠ GALIČ,
izredni profesor na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Še tako natančna, celovita in za potrošnika ugodna ureditev materialnopravnih pravic in obveznosti v razmerjih s potrošniki ostane brez učinka, če niso obenem zagotovljena tudi procesna sredstva za učinkovito uveljavitev teh pravic v sporu. Čeprav se po obsegu poglavitni del potrošniške zakonodaje v Evropski uniji nanaša na materialnopravna vprašanja, tudi procesnopravni vidiki niso ostali zanemarjeni.¹ Ta ugotovitev o povezavi materialnega in procesnega prava sicer velja za vsa pravna področja, na področju potrošniškega prava pa je še posebno izražena. Predvsem je treba upoštevati obstoj dejanske neenakosti v tipičnem razmerju med potrošnikom in trgovcem. Ta se izraža v finančnih zmožnostih, izkušnjah pri uveljavljanju pravic in poznavanju prava. Govorimo o razliki med potrošnikom (brez izkušenj glede ravnanja v sodnih postopkih) kot *one shot litigant* ter podjetjem (pri katerem praviloma ne gre za prvi postopek reševanja spora) kot *repeat player*. Treba je tudi upoštevati, da je v določenih primerih lahko ogrožen kolektivni interes potrošnikov kot razreda, ne da bi posamezen potrošnik lahko izkazal konkretno kršitev lastnih pravic in pravnih interesov; klasična koncepcija pravnega postopka kot temeljne oblike reševanja civilnopravnih sporov v tem primeru odpove. Premoženska vrednost spora (izguba potrošnika zaradi protipravnega ravnanja podjetja) je pogosto tudi prenizka, da bi se potrošniku izplačalo tvegati visoke stroške sodnega postopka. Očitno nesorazmerje med premoženjsko vrednostjo kršene oziroma ogrožene pravice ter grozečimi sodnimi stroški je temeljna značilnost povprečnega potrošniškega spora. Čeprav torej obstoji pravno zavarovana pravica potrošnika, ki je bila prekršena, v tem primeru potrošnik dejansko nima praktične možnosti uveljavitve varstva pred sodiščem.²

¹ Obširneje v Galič: Procesnopravna ..., št. 1, str. 107–119.

² Prim. na primer Howells, Weatherhill, str. 603–614.

Predmet tega prispevka je le en del procesnih vidikov potrošniškega prava poleg ureditev posebnih pravovarstvenih oblik (tožb) za varstvo kolektivnih interesov potrošnikov. Sicer pa k civilnoprocesnim vidikom potrošniškega prava spadajo še ti sklopi:³ ureditev posebnih, ponostavljenih, hitrejših in cenejših oblik sodnega reševanja sporov s potrošniki, predvsem v okviru posebne ureditve sodnega reševanja sporov majhne vrednosti, uveljavitev shem oziroma mehanizmov za izvensodno oziroma alternativno reševanje potrošniških sporov⁴ ter določitev posebnih, potrošniku naklonjenih pravil o mednarodni pristojnosti v potrošniških sporih s tujim elementom.⁵

2. Varstvo kolektivnih in razpršenih interesov potrošnikov

2.1. Splošno

Najpomembnejši mehanizem, ki naj zagotovi sodno varstvo skupinskih pravic in interesov potrošnikov, je skupinska tožba. Skupinske ter razpršene pravice in interesi potrošnikov pripadajo neopredeljenemu krogu potrošnikov kot celoti in jih posameznik zato ne more samostojno uveljavljati kot lastne pravice. Tudi če mu teoretično pripada individualna pravica materialnega prava, v določenih primerih v pravi ni mogoče uveljavljati pravnega varstva, ker je zahtevek vrednostno prenizek, da bi se ga glede na stroške pravde in izgubljeni čas splačalo uveljavljati s tožbo (*individually non recoverable claims*). Čeprav je individualno utrpljena izguba nizka, je lahko škoda, prizadejana potrošnikom kot razredu, zelo visoka, tak pa tudi nedopusten dobiček nasprotne stranke. Zato je očitno, da klasičen koncept pravnega postopka, ki temelji na predpostavki obstoja dveh strank, ki v pravi uveljavljata varstvo svojih individualnih pravic, ne omogoča vedno učinkovitega varstva skupinskih interesov in pravic potrošnikov.⁶

V svetu so uveljavljeni trije temeljni modeli skupinske tožbe, pri čemer je glavno razlikovalno merilo legitimacija za vložitev tožbe, s katero se zahteva varstvo skupinskih interesov potrošnikov:⁷

a) *organizacijska tožba* (*organisation action, Verbandsklage*) je tožba, ki jo lahko vloži organizacija za varstvo potrošnikov (tudi brez posebnega soglasja posameznih potrošnikov),

³ Gl. študijo Direktorata XXIV Evropske komisije Action plan on consumer access to justice and the settlement of consumer disputes in the internal market, Bruselj, 1996, str. 7 in nasl.

⁴ O tem obširno v: Galič, Alternativno ..., str. 205–222. Gl. tudi uvodno obrazložitev osnutka Zakona o alternativnem reševanju potrošniških sporov, ki ga je za Urad za varstvo potrošnikov pripravil Inštitut za primerjalno pravo. Obj. na: <http://www.uvp.gov.si/si/zakonodaja_in_dokumenti/predpisi_v_pripravi/>.

⁵ O tem obširno v: Galič, Mednarodna ..., str. 125–143.

⁶ Gl. na primer Lindblom, str. 11 in nasl., Stadler, str. 38.

⁷ Lindblom, str. 14, Miklitz, Stadler, str. 1475 in nasl.

ki s tožbo uveljavlja pravno varstvo svojih članov ali širše pravno varstvo potrošnikov kot razreda;⁸

- b) če je aktivna legitimacija za vložitev skupinske tožbe podeljena državnemu organu (na primer državnemu tožilcu, pravobranilcu, ombudsmanu) oziroma pravni osebi javnega prava, govorimo o *tožbi parens patriae* (*public action*);⁹
- c) *razredna tožba* je tožba, ki jo brez vnaprejšnjega soglasja drugih članov razreda potrošnikov vložijo posamezni člani v imenu celotne skupine ljudi, ki so se znašli v podobnem pravem in dejanskem položaju, pri čemer se bo pravnomočnost sodbe raztezala na vse pripadnike skupine.¹⁰

Razredna tožba se je uveljavila predvsem v anglosaškem pravnem krogu (pri čemer glavna ločnica temelji na vprašanju, ali bo sodba zavezovala vse člane razreda, razen tistih, ki se aktivno izločijo (*opt-out*), ali samo člane razreda, ki k tožbi pristopijo aktivno (*opt-in*).¹¹ O tožbi *parens patriae* lahko govorimo pri pooblastilih potrošniškega ombudsmana v skandinavskih državah¹² ter v sistemih, v katerih lahko tržni regulatorji med drugim vlagajo tožbe tudi pred rednimi

⁸ Na primer Caponi, str. 65.

⁹ Howells, Ramsay, Wilhelmsson, Kraft, str. 126 ter 545 in 546.

¹⁰ Razredna tožba se je kot oblika za varstvo skupinskih interesov razvila predvsem v ZDA in drugih državah anglosaškega pravnega kroga. Temeljni pogoji za vložitev tožbe so:

- obstajati mora skupina ljudi, pri čemer morajo biti že ob vložitvi tožbe navedene dovolj opredeljene značilnosti razreda;
- skupina mora biti tako številčna, da bi bila drugačna oblika združitve njenih članov (na primer sospornišvo) nepraktična;
- tožnik mora biti član razreda in njegovi zahtevki morajo biti tipični za celoten razred;
- obstajati morajo skupna pravna in dejanska vprašanja za celoten razred;
- predstavnik skupine mora pošteno in primerno zastopati in varovati interese celotne skupine.

Ob začetku postopka morajo biti vsi člani skupine o vložitvi tožbe obveščeni (osebno ali z javno objavo), nato pa imajo možnost, da se v določenem roku iz razredne tožbe izločijo (*opt out*). V nasprotnem primeru bo sodba, izdana na podlagi razredne tožbe, bodisi ugodna ali zavrnjena, učinkovala zoper vse člane razreda, ki se niso izločili. Načelo dispozitivnosti je v postopku omejeno (ker je treba zagotoviti varstvo tudi osebam, ki v postopku dejansko ne sodelujejo, vendar pa bo sodba učinkovala tudi proti njim). Posebej zapletena vprašanja se pojavljajo glede ugotavljanja škode posameznih članov razreda ter odmere odškodnin – v določenih primerih namreč ni mogoče ugotoviti točnega zneska škode za posameznega potrošnika, pa tudi ne individualno določiti vseh članov razreda. Prikaz tedanje ureditve gl. v: Galič: Pravna ureditev tožbe za varstvo skupinskih interesov potrošnikov v ZDA in v Avstriji, Podjetje in delo, št. 7/1993, str. 877–887 (prikaz je sicer nekoliko zastarel, saj je bilo področje razrednih tožb kasneje v ZDA večkrat reformirano (predvsem z namenom zmanjšanja možnosti zlorab in prevelike moči, ki jo ta institut v praktični posledici daje odvetnikom). Gl. Class Action Fairness Act iz leta 2005. Predstavitev na primer na: *Babe-Jachna*, New Federal Legislation: The Class Action Fairness Act of 2005. Prispevek objavljen na: <<http://www2.gtlaw.com/pub/alerts/2005/0302.asp>>, ter Greer M. H., Peyronnin P., v: Greer M. H. str. 241–293.

¹¹ Gl. na primer Lindblom, str. 15.

¹² Gl. na primer Graver, The consumer ombud scheme, v: Bourgoignie (ur.), str. 45–50, ter Edling, The Consumer Ombudsman scheme and group actions, prav tam, str. 51–55.

sodišči.¹³ Sicer pa se je v kontinentalnem evropskem prostoru najbolj uveljavila organizacijska tožba – torej možnost, da organizacije za varstvo potrošnikov vlagajo tožbe, katerih namen je zagotoviti varstvo celotnega razreda potrošnikov. Za novejši čas je značilno, da se posamezni sistemi tudi dopolnjujejo. Na primer novi švedski zakon o kolektivnih tožbah procesno legitimacijo daje tako potrošniškim organizacijam kot tudi javnopравnim subjektom, obenem pa tudi posameznikom.¹⁴ Italijanska zakonodaja glede *azioni collettive risarcitorie* s tem, da legitimacijo poleg potrošniškim organizacijam daje še neformalnim skupinam, ki »ustrezno zastopajo kolektivne interese«, predstavlja določeno dopolnjevanje med organizacijsko in razredno tožbo.¹⁵ Enako lahko ugotovimo tudi za angleško zakonodajo, ki dopolnjuje določen tip razredne tožbe s pooblastili javnih regulatorjev in sektorskih zunajsodnih mehanizmov za reševanje sporov glede kolektivnih interesov.¹⁶

Treba je razlikovati med varstvom kolektivnega interesa potrošnikov v ožjem in širšem smislu. Za kolektivni interes potrošnikov v ožjem smislu gre tedaj, ko individualni zahtevek potrošnika v smislu civilnega prava sploh ne nastane. Kolektivni interes potrošnikov torej ni le seštevek individualnih zahtevkov. Vzemimo primer:

Po 46.b členu Zakona o varstvu potrošnikov (v nadaljevanju: ZVPot)¹⁷ ter v skladu z Direktivo o prodaji izven poslovnih prostorov (door-step selling) mora trgovec potrošnika pisno obvestiti, da ima slednji po 46.c členu ZVPot pravico, da v petnajstih dneh podjetju pisno sporoči, da odstopa od pogodbe, ne da bi mu bilo treba navesti razlog za svojo odločitev (cooling off period). Trgovec potrošnika o tem ni obvestil. Taka je tudi njegova stalna poslovna praksa.

Če potrošnik svojo pravico pozna, njegov individualni interes ni prizadet, pa tudi nima interesa od trgovca zahtevati, da ga ta o tej pravici obvesti – on za to pravico že ve; za obstoj pravice do odstopa ni bistveno obvestilo, ta pravica obstaja po zakonu. Če pa potrošnik za svojo pravico do odstopa ni vedel, je pa zanjo zvedel kasneje (po poteku roka), zanj ni več pomembno, da dobi informacijo, pač pa se sprašuje, kakšne posledice ima opustitev trgovčeve obveznosti glede obvestila za njegovo sklenjeno pogodbo (ničnost pogodbe, podaljšanje roka za odpoved ...). Tudi v tem primeru potrošnik nima pravnega interesa, da od trgovca zahteva, da izpolni svojo obveznost iz 46.b člena ZVPot. V nobenem od teh dveh primerov potrošnik tudi ne bi mogel vložiti tožbe z zahtevkom, naj trgovec zaradi varstva pravic drugih potrošnikov, s katerimi bo trgovec v prihodnje stopil v stik, preneha omenjeno poslovno prakso zamolčanja informacij o pravicah. Za tako tožbo namreč potrošniku ni mogoče priznati pravnega inte-

¹³ Hodges, str. 381.

¹⁴ Gl. Lindblom, str. 12.

¹⁵ Gl. Caponi, str. 65 in nasl.

¹⁶ Hodges, str. 375 in nasl.

¹⁷ Zakon o varstvu potrošnikov, Uradni list, št. 20/98 in nasl.

resa oziroma za to nima aktivne procesne legitimacije. S tožbo v pravdnem postopku tožnik namreč lahko varuje le svoje (domnevno obstoječe in domnevno kršene) pravice, ne pa pravic tretje osebe.

Jasno pa je, da zaradi take nepoštena poslovne prakse trpi interes potrošnikov (kot celote). Trpi tudi delovanje trga. Za varstvo tega interesa je bistveno, da trgovec s takimi dejanji preneha. V tem in podobnih primerih (na primer pri uporabi nedopustnih določb v splošnih pogojih poslovanja) se najbrž dobro zaveda, da njegovo ravnanje ni zakonito. Potrošniku, ki bo pravice uveljavljal, je tudi pripravljen priznati zahtevek. Upa pa, da velika večina potrošnikov za kršitev svoje pravice sploh ne bo vedela, in na račun teh trgovec nedopustno obogati. Podobno je v primeru zavajajočega oglaševanja, saj je težko opredeliti civilnopravni zahtevek posameznega potrošnika za njegovo prenehanje. Gotovo pa ogroža splošen (kolektivni) interes potrošnikov. Za varstvo tega interesa je treba vzpostaviti mehanizme, ki odstopajo od klasičnih pravil pravnega postopka o procesni legitimaciji in pravnem interesu.

2.2. Opustitvena tožba za varstvo kolektivnih interesov potrošnikov

Na ravni EU varstvo kolektivnih interesov ureja **Direktiva 2009/22/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. aprila 2009 o opustitvenih tožbah zaradi varstva interesov potrošnikov**.¹⁸ Ta direktiva sledi sistemu, ki je bil vzpostavljen že pred desetletjem z Direktivo 98/27/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 19. maja 1998 o opustitvenih tožbah zaradi varstva interesov potrošnikov (še pred tem pa so bile podobne zahteve vzpostavljene na dveh posebnih ožjih področjih).¹⁹

Direktiva od držav članic zahteva vzpostavitev mehanizmov za (sodno ali upravno) varstvo kolektivnega interesa potrošnikov v ožjem smislu. Gre za uveljavljanje zahtevkov za opustitev, to je prenehanje ravnanj, s katerimi se kršijo pravice potrošnikov (na primer nedopustno oglaševanje, uporaba nepoštenih splošnih pogojev poslovanja, uporaba nedovoljenih agresivnih ali zavajajočih poslovnih praks).²⁰ V Sloveniji je bila direktiva implementirana s členi 74, 74a in 75 ZVPot. Tožbo lahko vloži organizacija za varstvo potrošnikov (ki deluje najmanj eno leto), prav tako tudi zbornica ali poslovno združenje, katerega član je podjetje, ki je toženec.

Na področju enotnega trga EU je realno mogoče, da ravnanje trgovca lahko prizadene položaj in pravice potrošnikov v državi članici. V takem primeru lahko opustitveno tožbo vloži tudi organizacija ali neodvisen javni organ (na primer potrošniški ombudsman), ki je ustanovljen za varovanje pravic in interesov potrošnikov v tisti državi po njenih predpisih. S tem v zvezi

¹⁸ Uradni list EU, L 110, 1. 5. 2009, str. 30–36.

¹⁹ Gl. obširno predstavitev v: Weatherhill, str. 241 in nasl.

²⁰ Gl. na primer Krejci, str. 826 in nasl., Schloedner, str. 390 in nasl.

so države članice Evropski komisiji dolžne sporočiti, kateri organi oziroma organizacije so pooblaščenici za vlaganje takih tožb. To se objavi v Uradnem listu EU (ažurirani sezname se objavljajo).²¹ Čeprav slovenski ZVPot tega izrecno ne določa, je smiselno in dopustno, da sodišče od tuje organizacije, ki vloži tožbo v Sloveniji, zahteva izpisek iz uradnega lista oziroma iz najnovejše konsolidirane različice, s katerim izkazuje svoje procesno upravičenje za vložitev tožbe. Slovenija je izkoristila možnost, ki jo daje direktiva, namreč, da lahko tuja upravičena oseba tožbo vloži šele po posvetovanju z Uradom za varstvo potrošnikov. Tožba se lahko vloži tudi neposredno, če organ za varstvo potrošnikov v štirinajstih dneh ne odgovori na zahtevo za posvetovanje.

ZVPot v 74. in 75. členu na eni ter 76. členu na drugi strani ureja dve različni obliki pravnega varstva na podlagi organizacijske tožbe. V 74. in 75. členu je določena opustitvena tožba, kar je tudi ureditev, kakršno poznajo primerljive evropske zakonodaje in jo zahteva tudi omenjena direktiva EU. Na podlagi tožbe potrošniške organizacije sodišče podjetju, ki pri poslovanju s potrošniki uporablja splošne pogoje poslovanja ali metode poslovanja ali oglašuje na načine, ki so v nasprotju s tem zakonom in zakoni, ki urejajo varstvo potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami, potrošniške kredite, zdravila in medije, ter s takimi splošnimi pogoji poslovanja, metodami poslovanja ali oglaševanjem škoduje skupnim interesom potrošnikov, naloži opustitev takega ravnanja. Opredelitev obsega uporabe glede področja kršitve je široko (širše kot v direktivi),²² najpogosteje pa bi tožba lahko prišla v poštev pri uporabi splošnih pogojev poslovanja ali formularnih pogodb, pri agresivnih ali zavajajočih poslovnih praksah in pri zavajajočem oglaševanju. Sodišče lahko v okviru tožbenega zahtevka odloči, da se na stroške podjetja sodba objavi. Sodišče ob tem odloči, v kakšnem obsegu je potrebno objaviti obrazložitev sodbe (drugi odstavek 74. člena). Posebej je urejena tudi možnost izdaje začasne odredbe (74.a člen).

Značilnosti tožbe iz 74. člena ZVPot (in v tem je tudi smisel Direktive 2009/22) sta dve:

1. sodba sodišča se torej nanaša le na *prihodnje* pravne posle ali ravnanja, gre le za prepoved ravnanja za naprej;

²¹ Gl. na primer *starejše* sporočilo Komisije o členu 4(3) Direktive 98/27/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 19. maja 1998 o opustitvenih tožbah zaradi varstva interesov potrošnikov v zvezi s kvalificiranimi subjekti, ki so upravičeni za vložitev tožb po členu 2 navedene direktive (besedilo velja za EGP) <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0216\(01\):SL:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0216(01):SL:HTML)>, Uradni list EU, C 039, 16. 2. 2006, str. 2–38.

²² V skladu z direktivo so države dolžne sistem uveljavljanja varstva kolektivnega interesa potrošnikov s tožbo za opustitev uveljaviti le na taksativno določenih področjih, ki jih urejajo direktive, ki se nanašajo na pogodbe, sklenjene zunaj poslovnih prostorov (*door-step selling*), potrošniške kredite, radio- in teledifuzije, paketna potovanja, nedovoljene pogodbene pogoje, prodajo na daljavo, jamstva glede prodaje potrošniškega blaga in z njim povezane garancije, pravice iz direktive o elektronskem poslovanju, zdravila, trženje finančnih storitev potrošnikom na daljavo, nepoštenne poslovne prakse, storitve, časovni zakup (*time-sharing*). Gl. seznam direktiv v Prilogi I k Direktivi 2009/22.

2. učinek sodbe je v dobro potrošnika le *posreden*. Če podjetje ne upošteva s sodbo naložene obveznosti, pač pa še naprej posluje nedopustno, se potrošnik sam ne more neposredno sklicevati na izdano sodbo. Ta je namreč izdana v pravdi med potrošniško organizacijo in podjetjem ter v skladu s pravili civilnega procesnega prava tudi učinkuje le v tem razmerju. Če podjetje sodbe ne upošteva, bo *le tožnik* (*praviloma potrošniška organizacija*) lahko uveljavljal kršitev obveznosti iz sodbe in bo lahko v izvršilnem postopku zahteval, da podjetje obveznost iz sodbe izpolni (da torej v razmerju s potrošniki začne poslovati tako, kot izhaja iz sodbe). Ker gre za obveznost opustitve, bo izvršilno sredstvo posredna prisila – zagrožene in izrečene denarne kazni po 227. členu ZIZ. V poštev pridejo tudi sodni penali, saj gre za nedenarno terjatev.²³

Sodba, s katero sodišče tožencu prepove uporabljati določene klavzule v splošnih pogojih poslovanja, nima neposrednega pravnega učinka na pravna razmerja (pogodbe), ki so že sklenjena s predmetno klavzulo. Učinek opustitvene tožbe velja le za prihodnost. Seveda pa sodba – tako kot vsaka druga – s svojo prepričljivostjo lahko vpliva na odločitve v primerih glede konkretnih individualnih zahtevkov. Korist je tudi v tem, da potrošnik (pa tudi podjetje) lažje oceni, ali imajo možnost uveljavljati individualni zahtevek (oziroma se braniti pred njim).

Direktiva (in ZVPot) drugih procesnih vprašanj ne ureja, za učinkovitost modela pa je pomembno, na primer glede stroškov in vrednosti spornega predmeta ali pristojnosti. Glede stroškov torej velja splošno pravilo povrnitve po načelu uspeha. To pomeni, da je potrošniška organizacija, ki vloži tako tožbo, podvržena tveganju, da bo v primeru neuspeha morala nasprotni stranki povrniti stroške. Teh tudi ne more prevaliti na potrošnike (drugače kot v primeru, da le posreduje – na primer z napotitvijo potrošnikov na istega pooblaščenca – za to, da potrošniki vložijo tožbe v svojem imenu). Potrošniki namreč niso stranka postopka pri opustitveni tožbi po 74. členu ZVPot. Vendar: stroški ne morejo biti edina ovira za to, da doslej v Sloveniji (vsaj po dostopnih podatkih) še ni bilo primera vložitve tožbe za varstvo kolektivnih interesov potrošnikov po 74. členu ZVPot (po sistemu, ki implementira Direktivo 2009/22/ES). Tožnik (potrošniška organizacija) sam oceni VSP. Ker gre za opustitveni zahtevek, je ustreznost te navedbe skorajda nemogoče preverjati. Lahko postavi nizko VSP in si s tem zagotovi nizek finančni riziko. Težko je razumeti, da ob državnih sredstvih in drugih *nezasebnih* sredstvih, ki jih potrošniške organizacije dobivajo za različne namene, v petnajstih letih ni bilo mogoče *rezervirati* nekaj tisoč evrov za primer morebitnega neuspeha v pravdi (v primeru uspeha v pravdi bi bila vložena sredstva, vključno s sredstvi za zastopanje po odvetniku, povrnjena). Gre za majhna sredstva, po drugi strani pa je – kot kažejo izkušnje iz drugih evropskih držav – tožba za opustitev ravnanj, ki ogrožajo kolektivni interes potrošnikov (na primer glede splošnih pogojev poslovanja in formularnih pogodb ter glede nedopustnih

²³ Enako kot na primer v Avstriji in Nemčiji, gl. Krejci, str. 826 in nasl., Schlüdner, str. 390 in nasl.

poslovnih praks), zelo pomemben (čeprav seveda po obsegu učinka omejen) instrument za zagotavljanje učinkovitosti prava varstva potrošnikov.

2.3. Omejena razširitev kolektivnega varstva v ZVPot: ugotovitvena tožba

V Direktivi 2009/22/ES gre za minimalno harmonizacijo. Država lahko razširi aktivno legitimacijo in vrste mogočega pravnega varstva (dajatveni zahtevki, ugotovitvena tožba, znižanje cene in vračilo ..., prava razredna tožba (*class action* ...)). Vendar taka razširitev – predvsem če bi bil rezultat pravde za potrošnike v vsakem primeru zavezujoč, torej ne le v primeru uspešne, pač pa tudi v primeru neuspešne pravde – zahteva natančno regulacijo, predvsem zato, da ne pride do kršitve pravice do izjavljanja (kontradiktornost postopka) in avtonomije strank. Če sodba učinkuje v vsakem primeru *erga omnes*, je zaradi zagotovitve pravice do izjavljanja oziroma pravice do kontradiktornega postopka treba zagotoviti, da so potrošniki o tožbi obveščeni in da se lahko odločijo, ali želijo biti vezani na bodočo sodbo ali ne. Mogoči sta variaciji *opt-in* ali *opt-out*. Ni dopustno, da bi šel rezultat pravde v škodo osebi, ki v pravdi sploh ni mogla sodelovati oziroma ni mogla doseči, da se izloči iz učinka pravde, v kateri ne more sodelovati. Po preglednici Evropske potrošniške organizacije (BEUC) je neka vrsta razširitve varstva kolektivnih interesov potrošnikov znana v 13 (torej približno polovici) državah članicah EU.²⁴

V 76. členu je ZVPot glede na zahteve direktive storil korak naprej. Potrošniški organizaciji (in drugim organizacijam iz 75. člena ZVPot) je omogočena vložitev ugotovitvene tožbe. Ta se lahko nanaša na ugotovitev ničnosti določenih pogodb, ki jih toženec sklepa s potrošniki, posameznih določil teh pogodb ali splošnih pogojev poslovanja, vključenih v te pogodbe. Opustitvena tožba po 74. členu ZVPot (skladno z direktivo) učinkuje le za naprej. Namen tožbe po 76. členu ZVPot pa je zagotoviti pravno varstvo potrošnikom, ki so že prizadeti zaradi nedopustnega ravnanja podjetij – torej pravno varstvo za obstoječa pravna razmerja. Po tožbi v skladu s tem členom namreč obsodilna sodba, ki ugotavlja (delno) ničnost, učinkuje *erga omnes* – torej se nanjo lahko sklicuje vsak potrošnik. Ureditev sicer ne zagotavlja, da bi v pravdi na podlagi 76. člena ZVPot potrošnik že prišel do poplačila (na primer vrnitev kupnine, znižanje cene, odškodnina). Za konkreten dajatveni zahtevk bo moral vložiti samostojno dajatveno tožbo. Vendar bo v tej pravdi sodišče vezano na pravnomočno rešitev predhodnega vprašanja glede ničnosti pogodbe (oziroma njenega posameznega določila) v izreku sodbe, predhodno izdane na podlagi 76. člena ZVPot. Enako velja v nasprotnem primeru, če bi trgovec od potrošnika s tožbo zahteval izpolnitev pogodbe.

²⁴ BEUC, Country Survey of Collective Redress Mechanisms – Where does Collective Redress for Individual Damage exist? (zadnja sprememba julija 2010), <<http://www.beuc.org/Content/Default.asp?>>.

Extra partes (v dobro vseh potrošnikov, ki so sklepali pogodbe s predmetnimi določili) učinkuje le obsodilna sodba, izdana v pravdi med potrošniško organizacijo in trgovcem. Ker gre za širjenje subjektivnih mej pravnomočnosti le v dobro tretje osebe (potrošnikov), ni treba, da se tu vzpostavlja poseben sistem obveščanja potrošnikov o vloženi tožbi. Zavrnilna sodba (sodba, s katero sodišče zavrne zahtevek za ugotovitev ničnosti) pa ne gre v škodo potrošnikov. V svojih pravdah (kot tožniki ali toženci) bodo še vedno lahko uveljavljali, da je pogodba (ali njeno določilo) nična in sodišče ne bo vezano na pravnomočno sodbo, izdano v pravdi med potrošniško organizacijo in trgovcem.

Prav tako zavrnilna sodba po 76. členu ZVPot ne preprečuje nove vložitev tožbe z enakim zahtevkom druge potrošniške organizacije proti istemu trgovcu. To je za trgovca seveda lahko zelo neugodno. Vendar se te nevarnosti lahko reši tako, da vse organizacije, ki so upravičene za vložitev tožbe, obvesti o prvi pravdi. Druge organizacije se namreč lahko, kot zakon v 76. členu izrecno določa, v pravdo vključijo kot stranski intervenienti po 199. členu ZPP. Tako si trgovec zagotovi nastop intervencijskega učinka. Druga organizacija torej v primeru neuspeha prvega tožnika sicer lahko vloži tožbo z enakim zahtevkom, vendar je sodišče v drugi pravdi zaradi intervencijskega učinka vezano na dejanske ugotovitve in pravna stališča iz prve sodbe.

S tem pa ni rešen problem »namerne neuravnoteženosti«¹ glede položaja potrošnika. Potrošnik se na obsodilno sodbo v pravdi po 76. členu ZVPot lahko zanese, medtem ko se trgovec na zavrnilno sodbo ne more. Če ga bo potrošnik tožil, bo moral ponovno uveljavljati, da pogodba oziroma njeno posamezno določilo ni nično. Vendar je ta neuravnoteženost nujna posledica varstva potrošnikove pravice do kontradiktornega postopka. Potrošnik o pravdi iz 76. člena ZVPot ni obveščen, vanjo se ne more vključiti niti iz njenega učinka izključiti. Zato je lahko sprejemljivo le, da mu gre učinek te pravde v prid, ne pa v škodo. Če bi želeli zagotoviti učinek pravnomočnosti tudi v škodo potrošnika, bi morali izdelati celovit sistem obveščanja o pravdi in bodisi možnosti izključitve bodisi vključitve (*opt-in* ali *opt-out*).

Doseg 76. člena ZVPot je omejen z dveh vidikov. Omogoča le ugotovitveno tožbo, ne pa skupinskega uveljavljanja dajatvenih zahtevkov. Učinek v prid potrošnika je torej le polovičen – v prid potrošnika je lahko rešeno predhodno vprašanje glede obstoja in veljavnosti (dela) pogodbe, za uveljavitev dajatvenega zahtevka pa bo moral vložiti samostojno tožbo. Druga omejitev pa je v tem, da tožba omogoča varstvo potrošnika le glede nedopustnih (nepoštenih) pogodbenih določil (v splošnih pogojih poslovanja, v formularnih pogodbah), ne pa pravnega varstva – niti ugotovitvenega – v primeru drugih mogočih načinov kršitev pravic potrošnikov (na primer glede nepoštenih poslovnih praks, zamolčanja informacij, trgovčevega nespoštovanja veljavnih pogodbenih ali zakonitih obveznosti).

V omenjeni publikaciji BEUC je naveden podatek, da v Sloveniji ni nobenega načina skupinskega uveljavljanja individualnih zahtevkov potrošnikov. Ta informacija ni korektna (vpraša-

mo se lahko, kje je BEUC, evropska potrošniška organizacija, to informacijo pridobila). Tožba po 76. členu ZVPot je sicer – kot je bilo pojasnjeno – omejena po obsegu in vrsti pravnega varstva, vendarle gre prek zahtev direktive o opustitvenih tožbah in omogoča vsaj v prvem koraku skupinsko uveljavljanje individualnih zahtevkov. Podobna je ureditev še v nekaterih državah članicah EU, na primer v Grčiji in Romuniji – tudi tam je mogoča ugotovitvena tožba potrošniške organizacije, ki učinkuje v dobro potrošnikov (ti pa morajo konkreten dajatveni zahtevek uveljavljati s samostojno dajatveno tožbo). Grčijo in Romunijo omenjena publikacija zato uvršča v skupino držav, ki poznajo neko vrsto kolektivnega uveljavljanja zahtevkov. Enako bi moralo veljati za Slovenijo. Kaže, da v Sloveniji možnosti pravnega varstva po 76. členu ZVPot ne poznamo. Morda tudi zato ne preseneča, da po dostopnih podatkih tudi tožba po 76. členu (tako kot po 74. členu) ZVPot v Sloveniji še nikoli ni bila vložena.

2.4. Nemožnost kolektivnega uveljavljanja dajatvenih zahtevkov v Sloveniji in mogoči »surogati«

V Sloveniji trenutno ni mogoče skupinsko uveljavljanje dajatvenih zahtevkov v tem smislu, da bi na podlagi tožbe enega tožnika (na primer potrošniške organizacije) lahko prišlo do poplačila (na primer vrnitev kupnine, znižanje cene in vračilo preplačila, odškodnina, kondicija v primeru preveč zaračunane storitve ali dajatve) več potrošnikov. Tožba, s katero bi na primer potrošniška organizacija v svojem imenu zahtevala plačilo konkretnim potrošnikom, bi morala biti zavržena zaradi pomanjkanja aktivne procesne legitimacije.

Podoben cilj lahko pri nas trenutno dosežemo z nekaterimi instituti pravnega postopka. Ni ovire, da se več potrošnikov dogovori, da bodo skupaj vložili tožbo kot sosporniki. Mogoče je tudi vlaganje samostojnih, vendar usklajenih tožb. Ni ovire (in to se je v praksi že zgodilo – primer »modrega varčevanja«), da jih k temu ne bi spodbujala potrošniška organizacija in bi uveljavljanje zahtevkov koordinirala tako, da bi potrošnike usmerila k zastopanju po istem odvetniku. Le v tem primeru je namreč sosporništvo smiselno. In še to le, če je krog sospornikov obvladljiv. Poudariti velja, da v tem primeru kot tožniki nastopajo posamezni potrošniki. Vloga potrošniške organizacije je omejena na zunajprocesna dejanja. To je pomembno, ko pride do odločanja o stroških. Riziko stroškov v primeru neuspeha namreč nosijo tožniki (potrošniki), ne organizacija, ki jih je usmerjala oziroma spodbujala k vložitvi tožbe. Mogoče je seveda tudi dogovor, da vnaprejšnje financiranje pravnega postopka prevzame potrošniška organizacija (lahko tudi v obliki angažiranja svojega odvetnika, ki se s tožniki dogovori za brezplačno zastopanje v primeru neuspeha, v primeru uspeha pa za plačilo po tarifi – kar se potem izterja od toženca). Pomembno je tudi, kakšen (če sploh) je dogovor glede sodnih taks za tožbo.

Možnost, da bi angažirani odvetnik, ki ima interes za čim večje plačilo, spodbujal k temu, da tožniki skoraj identičnih tožb ne bi vložili skupaj (kar bi bilo vsebinsko smiselno) v smislu

sosporništva, pač pa raje ločeno (kar je glede višine odvetniške nagrade bistveno ugodnejše), ni zanemarljiva. Edina rešitev v tem primeru je, da sodišče uporabi institut združitve pravn (300. člen ZPP). Seveda odločitev za več samostojnih pravn ni nujno posledica finančne kalkulacije angažiranega odvetnika, pač pa je lahko posledica objektivnih okoliščin (potrošniki, ki imajo enake zahtevke, se na primer lahko »pojavi« v različnem času).

V pošteb (vsaj teoretično) bi prišla tudi možnost, da potrošniki svoje zahtevke iz individualnih pogodb cedirajo tretji osebi (na primer potrošniški organizaciji ali večji odvetniški družbi), nato pa jih ta uveljavlja s tožbo v svojem imenu (saj je zdaj celota teh cediranih zahtevkov tudi v materialnopravnem smislu v »lasti« te tretje osebe). V tožbi, s katero se nato skupaj uveljavljajo vsi ti zahtevki, gre za objektivno kumulacijo (zahtevkov, ki se ne opirajo na isto dejansko in pravno podlago). Institut pa ima nekatere nevarnosti. Omogoča izkoriščanje šibkejšega položaja potrošnika (ki se zaveda, da se mu zahtevka ne splača individualno uveljavljati in je zato pripravljen sprejeti ponudbo z izplačilom »s popustom« – tožnik bo namreč delež prisojenega zadržal zase).²⁵

Vprašanje je, ali je v Sloveniji mogoč prenos procesne legitimacije. V praksi ta institut ni znan in tudi teorija mu ne namenja pozornosti.

Vzorčni postopek kot pomembna novost na področju uveljavljanja množičnih zahtevkov je natančno prikazan v prispevku mag. Betettove v tej publikaciji.

3. Dejavnosti EU: uveljavitev varstva množičnih denarnih zahtevkov

V strategiji varstva potrošnikov (*Consumer Policy Strategy*) za obdobje 2007–2013²⁶ je Komisija poudarila pomen učinkovitih mehanizmov za uveljavljanje množičnih zahtevkov. Nato je v Zeleni knjigi o kolektivnih odškodninah za potrošnike²⁷ ter vrsti spremljajočih dokumentov in študij²⁸ napovedala, da bo preučila možnosti za dodatne ukrepe na področju zagotavljanja

²⁵ V Nemčiji je izrecno dovoljeno, da se zahtevki posameznih potrošnikov odstopijo potrošniški organizaciji. Glede možnosti odstopa terjatve drugim subjektom je položaj sporen. V Avstriji se je uporabnost 502. člena ZPO, ki omogoča odstop enega zahtevka potrošniški organizaciji zaradi vodenja vzorčnega postopka, kot kaže, razširila na možnost, da se enako potrošniški organizaciji odstopi zahtevke več potrošnikov in jih nato potrošniška organizacija uveljavlja v svojem imenu.

²⁶ Besedilo je dostopno na: <http://ec.europa.eu/consumers/overview/cons_policy/EN%2099.pdf>.

²⁷ Zelena knjiga o kolektivnih odškodninah za potrošnike, Bruselj, 27. 11. 2008, COM(2008) 794 konč. (prevod je sicer neustrezen; ne gre le za odškodnine, pač pa tudi za kolektivno uveljavljanje drugih zahtevkov – na primer za znižanje cene, za vrnitev plačanega ... (v angleškem besedilu: *Consumer Collective Redress*), <http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/greenpaper_en.pdf>.

²⁸ (1) An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings - Final Report, A Study for the European Commission, Health and Consumer Protection Directorate-General Directorate B – Consumer Affairs prepared by The Study Centre for Consumer Law – Cen-

mehanizmov za uveljavljanje kolektivnih zahtevkov. Želja je, da bi se obstoječe zahteve prava EU glede varstva kolektivnih interesov potrošnikov, ki se trenutno omejujejo le na opustitvene zahtevke z učinkom za prihodnost (glej zgoraj), bistveno razširile. Preučuje se možnost, da bi se na ravni EU enotno zagotovila možnost kolektivnega uveljavljanja denarnih zahtevkov v primerih množičnih kršitev (*mass monetary claims*). Natančna preučevanja posameznih modelov v državah članicah (kot rečeno jih že zdaj več kot polovica vsebuje vsaj omejeno možnost skupinskega uveljavljanja denarnih zahtevkov) ter pogajanja in usklajevanja med različnimi lobiji in interesnimi skupinami (potrošniških organizacij,²⁹ zastopnikov interesov gospodarstva, odvetnikov ...) še potekajo. Vprašanj in dilem je še veliko.³⁰ V ospredju so vprašanja glede stroškovnega tveganja pravde (morebitne izjeme od pravila, da poraženec plača vse stroške), preprečitve zlorab in vlaganja neutemeljenih tožb z namenom izsiljevanja, opredelitev aktivne legitimacije, načini razdelitve prisojenih denarnih zneskov, morebitna poudarjena aktivna vloga sodišča, financiranje upravičenih vlagateljev tožb (predvsem potrošniških organizacij) s strani države, zavarovalnic in drugih mogočih financerjev.

Očitno je, da obstaja odpor do prevzema ureditve razredne tožbe po vzoru ZDA (torej sistem *opt-out*, torej sistem, v katerem so v odločitev vključeni oziroma z odločitvijo zavezani vsi člani razreda razen tistih, ki so se izrecno izločili).³¹ Ocenjuje se, da tak sistem daje preveč moči tožnikom (beri: odvetnikom, specializiranim za vodenje tovrstnih tožb) ter je pretirano breme za tožence, prevelik pritisk za sklepanje (neugodnih) poravnjav (celo ob zavedanju, da tožbe niso utemeljene) in ponuja preveč možnosti za zlorabe.³² Vprašanje je, ali naj bo iniciativa za uveljavljanje skupinskih zahtevkov prepuščena (večinoma) javnopravnim subjektom ali potrošniškim organizacijam ali celo neformalnim skupinam ter posameznikom. Prva možnost

tre for European Economic Law, Katholieke Universiteit Leuven, 2007 (http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf).

(2) Final Report to DG SANCO – Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the EU, Submitted by Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC), 2009, <http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_study.pdf>.

(3) Consumer Redress in the European Union: Consumer experiences, Perceptions and Choices, Aggregated Report, August 2009, <http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/cons_redress_EU_qual_study_report_en.pdf>.

²⁹ Gl. na primer stališča Zveze potrošnikov Slovenije kot odgovor na dokument Komisije: Javno posvetovanje: za skladen evropski pristop h kolektivnim pravnim sredstvom; objavljeno na: <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/zps_sl.pdf>. Na isti strani so objavljeni tudi odzivi številnih drugih zainteresiranih subjektov.

³⁰ Gl. na primer dokument Komisije: Javno posvetovanje: za skladen evropski pristop h kolektivnim pravnim sredstvom, Bruselj, 4. 2. 2011, SEC(2011) 173 konč. <http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/collective_redress_consultation_en.htm>.

³¹ Stadler, str. 47, Hodges, str. 372 in 373. V Evropi je sistem *opt-out* uveljavljen le za redke primere na Danskem in Norveškem, in sicer če tožbo vloži javnopravni subjekt (potrošniški ombudsman), drugače pa le pri sporih zelo majhne vrednosti. Gl. Lindblom, str. 15.

³² Hodges, str. 372 in 373, Lindblom, str. 28–34.

je res tista, ki najbolj varuje pred mogočimi zlorabami za iskanje drugih finančnih koristi (ne pa pred političnimi zlorabami – če raven pravne in politične kulture v državi ni dovolj razvita) ter je tudi stroškovno lahko najugodnejša. Zanemarja pa poseben pomen, ki bi ga na področju razvoja varstva potrošnikov morale imeti potrošniške organizacije. Vprašanje financiranja (predvsem z vidika grozečih stroškov v primeru neuspeha v pravdi) je pomembno.³³ Vendar (večji) odstop od pravila, da tisti, ki v pravdi izgubi, plača vse stroške postopka, ni zaželen. Po eni strani bi namreč še bolj obremenil gospodarstvo, po drugi strani pa bi lahko še bolj spodbujal k vlaganju neutemeljenih tožb. Zlasti v sistemu, ko je legitimacija za vložitev tožbe dana zasebnemu subjektu (posameznemu potrošniku, pa tudi potrošniški organizaciji), ne gre zanemariti grozeče zlorabe v smeri, da je tožba vložena zgolj zaradi finančnega interesa (ki ni povezan s predmetom spora) tožnika oziroma odvetnika, ki tožnika zastopa.

V ozadju ostaja dilema, ki bi pravzaprav morala biti v ospredju: kakšen je sploh namen spodbujanja *private enforcement*, ali gre za cilje, ki so bolj splošnega značaja (prevencija – tako splošna kot posebna, za zagotovitev določenih pravil obnašanja na trgu, s ciljem, da se nihče ne sme okoristiti s protipravnim delovanjem), ali je v ospredju cilj, da se zagotovi uveljavitev pravice z vidika vsakega prizadetega potrošnika. Prav tako dilema, v kolikšni meri naj bo sodno varstvo (na temelju tožb legitimiranih oseb) sploh edina ali prevladujoča oblika uveljavljanja določenega materialnopravnega reda na področju varstva potrošnikov. Pričakujemo tudi lahko, da ne bo prišlo niti do povsem poenotenega sistema na ravni celotne EU niti do prevlade zgolj enega modela uveljavljanja skupinskih zahtevkov. Po eni strani bo namreč treba tudi na področju kolektivnih interesov potrošnikov ter uveljavljanja skupinskih zahtevkov spodbujati zunajsodne načine reševanja sporov (morda tudi kot pogoj za kasnejši pristop k sodišču, če se zunajsodno reševanje spora izkaže za neuspešno).³⁴ Koristno je tudi povečati pristojnosti javnopravnih organov in tržnih regulatorjev, in to ne predvsem skozi kazensko sankcioniranje, pač pa skozi »mehkejše načine«, ki naj zagotavljajo prostovoljno izpolnjevanje obveznosti oziroma odpravo kršitev, če je do njih prišlo.³⁵ Verjetno bo podobno, kot je mogoče ugotoviti tudi na številnih drugih področjih varstva civilnih pravic, prevladala ugotovitev, da je sodno varstvo le *ultima ratio*, ki naj pride v poštev, ko druge možnosti odpovedo.

³³ Potrošniške organizacije se – ni presenetljivo – zavzemajo za državno financiranje svojih tožb. Praktično pa se v številnih evropskih državah dogovarjajo za financiranje pravnih (zavarovalnice, skupine drugih zainteresiranih subjektov, medijev, ki iščejo publiciteto, sponzoriranje, odvetnikov prevzem tveganja za izid pravde). Gl. na primer Lindblom, str. 17 in 18.

³⁴ Za možnosti kolektivnih postopkov za zunajsodno rešitev spora pred Nacionalnim odborom za potrošniške pritožbe (Allmänna reklamationsnämnden) na Švedskem gl. Lindblom, str. 26. O drugih modelih in zasebnih ombudsmenih v Angliji gl. Hodges, str. 379–381.

³⁵ O tem gl. obširno: Hodges, str. 377, 381–384.

4. Sklep

Varstvo kolektivnih interesov potrošnikov se ne izčrpa s prepovedjo določenega ravnanja trgovca z učinkom za prihodnost in brez neposrednega vpliva na položaj potrošnikov, ki so že bili žrtev nedopustnega ravnanja. Ureditev opustitvenih tožb, kakršne trenutno zahteva tudi direktiva EU, ni dovolj. Tudi delna razširitev učinkov sodbe, kakršno že zdaj vsebuje ZVPot, je nezadostna. Razvoj v številnih državah, tudi v članicah EU, gre v smeri možnosti skupinskega uveljavljanja individualnih množičnih zahtevkov. Ne gre le za zagotovitev učinkovite uveljavitve potrošniških pravic, gre tudi za spoznanje, da klasičen sistem civilnega sodnega varstva v primeru množičnih zahtevkov (in s tem grozečo možnostjo zasutja sodišč z ločenimi tožbami) lahko odpove. Po drugi strani pa ni mogoče zanemariti negativnih izkušenj nekaterih pravnih redov z institutom razredne tožbe, z možnostjo zlorab in finančnih interesov »industrije pravnih« ter z dodatnim finančnim bremenom za gospodarstvo, kadar se mora to braniti pred velikimi, vendar neutemeljenimi zahtevki.

Literatura in viri

- Bahe-Jachna, New Federal Legislation: The Class Action Fairness Act of 2005, obj. na: <<http://www2.gtlaw.com/pub/alerts/2005/0302.asp>>.
- Bourgoignie, T. (ur.), Group Actions and Consumer Protection, CdC, Louvain la Neuve, 1992.
- Caponi, R., The collective redress action in the Italian legal system, ERA Forum, vol. 10, št. 1/2009, str. 7–36.
- Galič, A., Procesnoppravna zaščita potrošača u pravu Evropske unije. Evropski pravnik, št. 1/2006, str. 107–119.
- Galič, A., Alternativno rešavanje potrošačkih sporova u pravu EU i u pravu država članica EU. Pravni zbornik, št. 1-2/2008, str. 205–222.
- Galič, A., Mednarodna pristojnost za reševanje potrošniških sporov v pravu EU, v: Seliškar Toš, M., (ur.). Mednarodna konferenca Slovensko pravo in gospodarstvo ob vstopu Slovenije v Evropsko unijo, Ljubljana, 2004, str. 125–143.
- Galič, A., Pravna ureditev tožbe za varstvo skupinskih interesov potrošnikov v ZDA in v Avstriji, Podjetje in delo, št. 7/1993, str. 877–887.
- Greer, M. H., Peyronnin, P., The Class Action Fairness Act of 2005, v: Greer M. H., A Practitioner's Guide to Class Actions, ABA, 2010, str. 241–293.
- Hodges, C., Collective Redress in Europe: The New Model, Civil Justice Quarterly, (29) št. 3/2010, str. 370–395.
- Howells, G., Weatherhill, S., Consumer Protection Law, 2. izd., Ashgate Publishing, 2005.

- Howells, G., Ramsay, I., Wilhelmsson, T., Kraft, D., Handbook Of Research On International Consumer Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010.
- Krejci, H., Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz, Orac, Dunaj, 1981.
- Lindblom, P. H., Group litigation in Scandinavia, ERA Forum, vol. 10, št. 1/2009, str. 7–36.
- Miklitz, H.-W., Stadler, A., The development of collective actions in Europe, especially in German civil procedure, European Business Law Review, 2006, vol. 17, str. 1473–1503.
- Stadler, A., A test case in Germany: 16.000 private investors vs. Deutsche Telekom, ERA Forum, vol. 10, št. 1/2009, str. 37–50.
- Schlüdner, B., AGB-Gesetz in Leitsätzen, Beck, München, 1990.
- Tzakas, D.-P., Effective collective redress in antitrust and consumer protection matters: A panacea or a chimera? Common Market Law Review, vol. 48, št. 4/2011, str. 1125–1174.
- Weatherill, S., EU Consumer Law And Policy, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2005.

Pregledni znanstveni članek
UDK 347.921.2(497.4+430)

Vzorčni postopek

MAG. NINA BETETTO,
vrhovna sodnica, Vrhovno sodišče
Republike Slovenije

1. Uvod

Vzorčni postopek, ki je eno od sredstev za varstvo razpršenih interesov,¹ v svojem bistvu ni oblika skupinske tožbe – je le procesni institut, ki sodišču omogoča lažje in povezano obravnavanje velikega števila že vloženi zahtevkov. Vsak tožnik mora vložiti samostojno tožbo, sodišče pa na podlagi ene tožbe ali manjšega števila izbranih tožb izvede vzorčni postopek, preostale postopke pa prekine. Kakšen je učinek odločbe, izdane v vzorčnem postopku, na prekinjene postopke, je odvisno od tega, ali je strankam iz prekinjenih postopkov omogočeno sodelovanje v vzorčnem postopku.²

V prispevku skušam po kratkem pregledu slovenske ureditve vzorčnega postopka in njegove ocene, zlasti s stališča njene primerjave s konceptom vzorčnega postopka v nemškem pravnem redu, odgovoriti na vprašanje, kakšen naj bi bil razvoj skupinskega uveljavljanja zahtevkov v slovenskem procesnem pravu *de lege ferenda*.

¹ Poleg vzorčnega postopka sta procesna instituta, ki omogočata varstvo razpršenih interesov, sospoinštvo (191. člen ZPP) in združitev postopkov (300. člen ZPP). V naši pravni ureditvi ni videti pravnih ovir za odstop zahtevkov tretji fizični ali pravni osebi, osebi javnega ali zasebnega prava, ki bi poskrbela za njihovo uveljavitev in razdelitev med posameznike. Zakon o varstvu potrošnikov (Uradni list RS, št. 20/98-86/09, ZVPot) v 75. členu predvideva model skupinske (opustitvene) tožbe, ki jo lahko zaradi varstva potrošnikov vložijo potrošniške organizacije.

² Jeraj, str. 10.

2. Značilnosti vzorčnega postopka po Zakonu o pravnem postopku

V skladu z ureditvijo vzorčnega postopka v novem, 279.b členu Zakona o pravnem postopku (ZPP)³ posamezni tožniki oziroma toženci ohranjajo procesno subjektiviteto v svojem postopku, zato mora sodišče v postopkih, ki se nadaljujejo po izvedenem vzorčnem postopku, vse tožbe vročiti tožencu oziroma vsem tožencem, tožniku oziroma tožnikom pa je treba vročiti vse odgovore na tožbo in jim dati možnost, da se o njih izjavijo.⁴

Odločitev za vzorčni postopek je odločitev sodišča – vsem strankam je treba omogočiti, da se o izvedbi vzorčnega postopka izjavijo, vendar sodišče ni vezano na njihovo soglasje.

Sodišče v vzorčnem postopku izda sklep, da se postopek vodi kot vzorčni postopek. O prekinitvi v preostalih postopkih odloči s konstitutivnim sklepom, zoper katerega ni pritožbe.⁵

Sodba v vzorčnem postopku ima zavezujoč učinek za stranko, ki je imela možnost v njem sodelovati. V prekinjenem postopku ne more oporekati stališčem, ki jih je sprejelo sodišče v vzorčnem postopku, in tistim dejanskim ugotovitvam, ki so identične v vzorčnem postopku in prekinjenem postopku. Položaj je enak kot pri intervencijskem učinku v zvezi s stransko intervencijo. S tem je varovana pravica stranke do izjave – če v vzorčnem postopku ni imela možnosti sodelovati, sodba, izdana v vzorčnem postopku, zoper njo ne more imeti pravnega učinka.

Če na primer sodišče v sporu zoper državo zaradi kršitve pravic osebnosti, ki je posledica preseganja kritične vrednosti hrupa zaradi preobremenjenosti cestnega prometa, izda ugodilno sodbo, je sodišče v prekinjenem postopku vezano na pravna stališča:

- katero pravno normo je treba uporabiti v zvezi s podlago in višino odškodnine za nepremoženjsko škodo;
- kaj je vsebina pravnega standarda »hrup, ki presega običajno mejo«;
- da je nedopusten hrup, ki presega običajno mejo;
- da je mogoče hrup, ki ga povzroča cestni promet, subsumirati pod pravni standard škode, ki presega običajne meje vrednosti hrupa.

Sodišče je vezano tudi na dejanske ugotovitve v vzorčnem postopku (ki so identične tistim v prekinjenem postopku) o izmerjenih vrednostih hrupa.

³ Uradni list RS, št. 26/1999–45/2008. Vzorčni postopek je uzakonila novela ZPP-D, Uradni list RS, št. 45/2008. Že prej je bila možnost izvedbe vzorčnega postopka predvidena na področju upravnega spora (43. člen Zakona o upravnem sporu), skoraj enako določbo kot 279.b člen ZPP pa je vseboval Zakon o delovnih in socialnih sodiščih (40. člen ZDSS-1).

⁴ Wedam Lukić v: Ude in dr., 4. knjiga, str. 200.

⁵ Pravilo se razlikuje od ureditve iz prvega odstavka 211. člena ZPP, ki določa, da je zoper sklep o prekinitvi postopka dovoljena pritožba, ki pa ne zadrži izvršitve sklepa.

Nasprotno pa ni vezano na specifične dejanske ugotovitve glede dejstev, ki se nanašajo na konkretnega tožnika v prekinjenem postopku, na primer:

- kolikšna je oddaljenost tožnikovega prebivališča od ceste;
- koliko časa je bil tožnik izpostavljen hrupu;
- ali in kakšne duševne bolečine je trpel.

Tožena stranka – država lahko v postopkih, ki se nadaljujejo z drugimi tožniki, navaja dejstva in uveljavlja ugovore, ki se nanašajo le na posameznega tožnika. Prekludirana pa je glede ugovorov, ki bi lahko privedli do protislovnosti z odločitvijo v vzorčnem postopku.⁶

Zavrnilna sodba zoper državo v razmerju do tožnikov, ki v vzorčnem postopku niso imeli možnosti sodelovati, nima pravnega učinka iz petega odstavka 279.b člena ZPP.⁷

3. Značilnosti nemške ureditve vzorčnega postopka

Nemška izkušnja v zvezi s skupinskimi tožbami je zanimiva, ker zelo jasno potrjuje hipotezo, da se v pravnem postopku ne zagotavlja več samo varstvo klasičnih pravic civilnega materialnega prava, marveč ta postaja tudi sredstvo obrambe pred dvomljivimi poslovnimi strategijami.

Od avgusta 2001 do aprila 2003 je bilo pred Deželnim sodiščem v Frankfurtu vloženi 16.000 zahtevkov proti družbi Deutsche Telekom v skupni vrednosti 150 milijonov evrov. Tožniki so zatrjevali, da je bila informacija o vrednosti nepremičnega premoženja družbe v prospektu, izdanem ob vabilu k javnemu vpisu delnic 1999–2000, napačna in zavajajoča; ko je bila javnost leta 2001 seznanjena s korigirano vrednostjo, je to povzročilo precejšen padec vrednosti delnic družbe. Po grobi oceni bi samo strošek za izdelavo izvedenskega mnenja, ki bi ga tožniki morali založiti v obliki predujma, v zadevi znašal 17 milijonov evrov, sodnik pa bi za rešitev spornih primerov potreboval 15 let.

Zaradi tega primera je bil leta 2005 sprejet Zakon o vzorčnih postopkih v sporih, izvirajočih iz prava kapitalskih trgov, ki ga je mogoče retroaktivno uporabiti tudi v zadevi *Deutsche Telekom*. *Ratione materiae* se zakon uporablja glede odškodninskih zahtevkov zaradi zavajajočih ali napačnih informacij ali opustitev teh v zvezi s kapitalskim trgov in glede zahtevkov za izpolnitev pogodb po pravilih, s katerimi se uresničuje načelo varstva delničarjev pri statusnem preoblikovanju družb. Časovno je bil najprej omejen na pet let (do leta 2010), nato pa je bila njegova časovna veljavnost podaljšana do 31. 12. 2012. Vodilna misel predpisa, ki je na izvedbeni ravni (preveč) zapleten, je, naj se v primeru, kadar več tožnikov toži istega toženca,

⁶ Galič.

⁷ Zavrnilna sodba pa ima vendarle velik praktičen pomen, saj učinkuje z močjo precedensa.

o pravnih in dejanskih vprašanjih, ki so skupna vsem pravnim razmerjem, odloča le enkrat, in sicer pred višjim deželnim sodiščem (*Oberlandsgericht*), deželna sodišča pa nato odločajo v vsaki posamezni zadevi, upoštevajoč odločitev višjega deželnega sodišča v vzorčnem postopku.

Tožniki, ki morajo vložiti individualne tožbe pri deželnem sodišču, morajo predlagati, naj se določi vzorčna zadeva.⁸ Deželno sodišče sestavi seznam spornih dejanskih in pravnih vprašanj, ki ga pošlje višjemu deželnemu sodišču. To izbere eno ali več vzorčnih postopkov in javno objavi začetek tako imenovanega predhodnega postopka, ki povzroči prekinitev vseh postopkov, ne glede na to, ali je stranka predlagala, naj se določi vzorčni postopek ali ne. Vsi tožniki morajo imeti možnost, da sodelujejo v predhodnem postopku. Pravnomočna odločitev višjega deželnega sodišča o pravnih vprašanjih, ki jih je postavilo deželno sodišče, učinkuje v vseh zadevah.

Ker morajo tožniki vložiti individualne tožbe, rešitev ni primerna za uveljavljanje odškodninskih zahtevkov z majhno vrednostjo spornega predmeta. Večina meni, da so počasni postopki postali še počasnejši in da gre za »misijo nemogoče«.⁹ Zagovarjajo stališče, da je v množičnih sporih koncept razredne tožbe bolj praktičen kot reševanje z metodo vzorčnega postopka.

4. Normativna konkretizacija določbe 279.b člena ZPP

Določba 279. b člena ZPP vsebuje nekaj pomensko odprtih pojmov oziroma pravnih standardov, ki jih je oziroma jih bo še morala sodna praksa zapolniti z ustrežno vsebino. Naj naštejemo nekaj primerov.

Prvi odstavek 279.b člena ZPP določa, da »sodišče lahko izvede vzorčni postopek«. Na vprašanje, ali to ob izpolnjenih pogojih mora izvesti vzorčni postopek ali pa izvedba vzorčnega postopka ni obligatorna, je sodna praksa odgovorila, da gre za ukrep formalnega procesnega vodstva.¹⁰ Dejstvo, da sodišče ni izvedlo vzorčnega postopka, ne pomeni kršitve postopka, saj ne vpliva na njegovo pravilnost in zakonitost.¹¹ Odvisno od tega, ali je kršitev vplivala na pravilnost in zakonitost sodbe, pa je lahko podana relativna bistvena kršitev določb pravdne-

⁸ Posebnost nemškega sistema je prav v tem, da stranke (ne pa sodišče) lahko dosežejo, da se določi vzorčni postopek.

⁹ Ta sklep potrjuje dejstvo, da Višje deželno sodišče v Frankfurtu še vedno ni odločilo v vzorčnem postopku. Razglasitev sodbe je bila že večkrat napovedana in nato odložena. S sklepom z dne 11. 5. 2011 je obravnavo, razpisano za 18. 5. 2011, preložilo na 19. 10. 2011.

¹⁰ Ni bistveno, da je VSRS tako stališče v sodbi II Ips 333/98 sprejelo v zvezi z vprašanjem združitve dveh postopkov, tako združitve pravd kot vzorčni postopek sta namreč ukrepa formalnega procesnega vodstva.

¹¹ Kogej Dmitrović, str. 252. Avtorica argumentirano zagovarja stališče, da lahko k temu, da bodo sodniki množične postopke vodili kot vzorčne postopke, največ pripomorejo predsedniki sodišč z ukrepi sodne uprave. Glede obligatornosti izvedbe vzorčnega postopka glej tudi Robnik, str. 106.

ga postopka, če sodišče sicer izvede vzorčni postopek po pravilih 279.b člena ZPP, toda ne prekine istovrstnih postopkov, oziroma če v istovrstnih postopkih ne odloči ob upoštevanju odločitve v vzorčnem primeru.

Besedna zveza »če je pri sodišču« iz prvega odstavka 279. člena ZPP dopušča dve razlagi: (1) da mora biti večje število tožb vloženi pri istem sodišču; (2) da mora biti večje število tožb vloženi pri različnih sodiščih. Primerjava s 300. členom ZPP, ki določa pogoje za združitev več pravnih v skupno obravnavanje, v povezavi z argumentom *a contrario*,¹² in teleološka razlaga govorita v prid stališču, da ni nujno, da se vsi postopki vodijo pri istem sodišču.¹³

Razlaga pravnega standarda »večje število zadev«¹⁴ v praksi ne bi smela povzročati večjih težav. Kdaj je izvedba vzorčnega postopka smiselna, je odvisno od okoliščin konkretnega primera¹⁵ in sodnik mora v vsakem primeru pretehtati med možnostma združitve pravnih in vzorčnega postopka.

Zakon ne odgovori izrecno na vprašanje, na podlagi katere od več vloženi tožb naj sodišče izvede vzorčni postopek. Nekateri menijo, da je treba vzorčni postopek izvesti na podlagi prve vložene tožbe,¹⁶ vendar kaže, da prevladuje stališče, ki se mi zdi bolj prepričljivo, da je izbira prepuščena sodišču, ki naj izbere najbolj tipično tožbo.¹⁷

Zavzemam se za širšo razlago 279.b člena ZPP, ki omogoča, da se vzorčni postopek, če je potrebno, vodi ne samo na podlagi ene, temveč na podlagi dveh ali celo nekaj tožb, pri čemer je institut vzorčnega postopka mogoče kombinirati z združitvijo pravnih (300. člen ZPP). Tako je mogoče doseči, da se bodo v vzorčnem postopku obravnavala vsa mogoča dejanska in pravna vprašanja, hkrati pa se je mogoče izogniti tveganju konca postopka zaradi dispozitivnega akta strank (na primer zaradi umika tožbe ali sklenitve sodne poravnave) ali slabega pravedanja stranke, ki ni istovetna v vseh povezanih postopkih.¹⁸

¹² Člen 300 ZPP v prvem odstavku kot enega od pogojev za združitev pravnih predpisuje, da »teče več pravnih pred istim sodiščem«, v skladu z 279.b členom ZPP pa lahko sodišče izvede vzorčni postopek, »če je pri sodišču vloženi večje število tožb«.

¹³ Tako tudi Kogej Dmitrović, str. 251. Drugače Robnik, str. 106.

¹⁴ ZUS-1 v 44. členu določa, da morajo biti tožbe vložene zoper več kot 20 upravnih aktov, da se izvede vzorčni postopek.

¹⁵ Enako Novak v: Cvetko in dr., str. 204.

¹⁶ Novak v: Cvetko in drugi, str. 201. Argument za to stališče je analogija z določbo 166. člena Sodnega reda, ki določa, da se morajo množični spori, ki prispejo na sodišče v krajšem časovnem obdobju, dodeliti istemu sodniku, to je tistemu, ki se mu dodeli prva zadeva po zaporedju vložitve procesnega akta, upoštevaje abecedni red začetnic priimkov sodnikov.

¹⁷ Wedam Lukić v: Ude in drugi, 2. knjiga, str. 201, Jeraj, str. 62.

¹⁸ Primerjaj Galič.

V 279.b členu ZPP ni izrecne podlage, ki bi določala, kako ravnati, kadar sodišče v vzorčnem postopku že izda sklep, da se postopek vodi kot vzorčni postopek, in odloči o prekinitvi drugih povezanih postopkov, nato pa so vložene nove tožbe z enako dejansko in pravno podlago. Ker je vzorčni postopek že uveden in je predhodna izjava stranke o prekinitvi postopka po naravi stvari izključena, položaj ni povsem primerljiv s tipično situacijo, v kateri je vloženo večje število tožb in imajo stranke možnost, da se izjavijo o prekinitvi postopkov in izvedbi vzorčnega postopka, pred izdajo sklepa o izvedbi vzorčnega postopka. Ne glede na to menim, da prekinitve postopka v postopkih, začelih na podlagi pozneje vloženi tožb, načeloma ni v nasprotju z določbo drugega odstavka 279.b člena ZPP, pri čemer mora sodišče strankam vsekakor omogočiti, da se izjavijo o prekinitvi postopka. Ali bo postopek dejansko prekinilo, pa presodi na podlagi navedb strank (zlasti v zvezi s tem, ali gre za istovrstno zadevo) in vseh okoliščin primera. Opisani procesni položaj se razlikuje od situacije, v kateri je bila tožba vložena šele po pravnomočnem zaključku vzorčnega postopka. V postopku na podlagi na novo vložene tožbe ni mogoče izdati sklepa o prekinitvi postopka (ki implicitno vsebuje odločitev sodišča o vezanosti na rezultat vzorčnega postopka), ker vzorčni postopek ni več v teku. Sodišče zato na rezultat postopka v vzorčnem postopku v smislu četrtega odstavka 279.b člena ZPP ne more biti vezano.

Za razlago pravnega standarda iz prvega odstavka 279.b člena »enake ali podobne dejanske podlage« je treba napotiti na vire, ki obravnavajo ta pojem v zvezi z ugotavljanjem vrednosti spornega predmeta pri objektivni kumulaciji (prvi odstavek 41. člena ZPP), materialnim oziroma formalnim sosporništvom (1. in 2. točka prvega odstavka 191. člena ZPP) in objektivno kumulacijo (182. člen ZPP). O enaki dejanski podlagi govorimo, kadar so enaka tista pravotvorna dejstva, ki so nujno potrebna za konkretizacijo in določitev spornega predmeta.¹⁹ Posamezne podrobnosti, ki le ne bistveno vplivajo na nastanek pravic in obveznosti, so za opredelitev identitete dejanske podlage nepomembne (na primer različne poškodbe, stopnja in intenziteta telesnih in duševnih bolečin oškodovancev). Na splošno lahko rečemo, da je dejanska podlaga ista, kadar zahtevki izvirajo iz istega historičnega dogodka. O podobni dejanski podlagi pa govorimo, kadar se zahtevki oziroma obveznosti opirajo na bistveno istovrstno dejansko podlago. Ni nujno, da so se pravotvorna dejstva, na katerih temeljijo zahtevki oziroma obveznosti, uresničila sočasno in na istem kraju, ampak zadošča, da so bistveno istovrstna (na primer več kreditojemalcev toži banko na podlagi različnih kreditnih pogodb).

Določba 279.b člena ZPP za izvedbo vzorčnega postopka sicer določa le pogoj »enake ali podobne dejanske podlage in iste pravne podlage«, ne pa istovetnosti tožeče ali tožene stranke.²⁰

¹⁹ Podrobneje glej na primer Betetto v: Ude in drugi, 2. knjiga, str. 239, Zobec v: Ude in drugi, 1. knjiga, str. 220.

²⁰ Iz prakse delovnih sodišč so na primer znani spori učiteljev zoper različne šole, v katerih ni istovetnosti stranke ne na aktivni ne na pasivni strani.

Ker pa je pomen vzorčnega postopka prav v tem, da je stranka, ki je v vseh postopkih ista, vezana na odločitev v vzorčnem postopku, menim, da je identiteta ene stranke nujna predpostavka, brez katere se vzorčni postopek ne more izvesti.²¹

5. Analiza določbe 279.b člena ZPP in njena primerjava z nemško ureditvijo

Množični spori²² pred slovenskimi sodišči (splošne pristojnosti in specializiranimi) niso redkost,²³ nobena skrivnost pa ni, da se praviloma ne vodijo po pravilih vzorčnega postopka.²⁴ Samo po sebi se postavlja vprašanje o razlogih za tako stanje – hipotetično je to lahko posledica neustreznosti zakonske določbe 279.b člena ZPP ali pa subjektivnih razlogov na strani sodstva.

Menim, da je določba 279. člena ZPP kljub splošnosti in abstraktnosti dobra, celo več, dobra je prav zato, ker je primerno abstraktna in splošna. Njen zakonski dejanski stan je mogoče z razlago opredeliti tako, da dopušča enopomensko odločitev v konkretnem primeru, ki je predmet pravne odločitve. Povsem zgrešen se mi zdi vse pogostejši nomotehnični pristop v slovenski zakonodaji,²⁵ ki, izhajajoč iz zmotne premise vsemogočnosti prava, neuspešno poskuša dati vse konkretnejše odgovore na konkretne probleme. Zakon je vedno le normativno izhodišče, ki ga mora sodišče šele konkretizirati s svojo odločitvijo, zato med zakonskim in konkretnim dejanskim stanom nikoli ne more biti vsebinske enakosti.²⁶

Tudi s pravopolitičnega stališča ocenjujem, da je institut vzorčnega postopka primerno sredstvo za doseganje cilja zakonodajalca, ki mu je sledil z uvedbo instituta, to je večjo ekonomičnost in pospešitev postopka.²⁷ Majhno število vzorčnih postopkov v praksi torej ni posledica neustrezne zakonske določbe 279.b člena ZPP, temveč nedoslednega vodenja množičnih po-

²¹ Enako Galič. Drugačno stališče Robnik, str. 105.

²² Ko je pred vložilcem vloženo večje število tožb, v katerih se zahtevki opirajo na enako ali podobno dejansko in isto pravno podlago.

²³ Primeri tožb javnih uslužbencev zoper državo, delavcev zoper istega delodajalca, oškodovancev zoper istega povzročitelja škode, potrošnikov zoper isto banko, upravnika zoper lastnike stanovanj zaradi neplačevanja stroškov upravljanja so dobro znani iz sodne prakse.

²⁴ Podatek o številu vzorčnih postopkov iz sodne statistike sicer ni neposredno razviden, ocenjuje pa se, da je takih postopkov približno deset na leto, kar se precej razlikuje od števila množičnih sporov.

²⁵ Tak pristop je tudi v nasprotju z Resolucijo o normativni dejavnosti (Uradni list RS, št. 95/2009), ki v VII. točki med drugim določa, da »se je treba izogibati prepodrobnemu normiranju ter kazuističnemu urejanju posameznih vprašanj oziroma razmerij«.

²⁶ Pavčnik, str. 412.

²⁷ Poročevalec DZ RS, št. 21/2008.

stopkov po pravilih vzorčnega postopka. Da bi bil namen zakonodajalca dosežen, se morajo postopki v vseh množičnih sporih voditi po pravilih vzorčnega postopka,²⁸ pri čemer s pravili niso mišljena le procesna pravila, ampak tudi oziroma predvsem ukrepi sodne uprave. V nasprotnem primeru mora sodišče v vseh postopkih izvajati vse dokaze in vsakič znova podati celotno obrazložitev. Na rešeno zadevo se lahko sklicuje le kot na argument precedensa, ne more pa šteti, da je bilo v zadevi že odločeno z učinkom iz petega odstavka 279.b člena ZPP. Le pod pogojem, da postopek vodi v skladu s pravili vzorčnega postopka, lahko sodišče v prekinjenih postopkih obravnavanje omeji na odprta dejanska vprašanja.

Nemškemu modelu vzorčnega postopka, ki ga ureja Zakon o vzorčnih postopkih v sporih, izvirajočih iz prava kapitalskih trgov, ne kaže slediti. Ker tožnik v vzorčnem postopku ne zastopa tožnikov v drugih postopkih, nemški koncept ne omogoča, da bi se pravda omejila na razmerje dveh strank. Predhodni postopek ostaja kompleksen postopek z velikim številom strank in je zato težko obvladljiv. Nemškemu zakonu ni uspelo najti ravnovesja med zahtevo po učinkovitem postopku in načelom kontradiktornosti.

Z ureditvijo vzorčnega postopka v ZPP je bil storjen korak naprej pri obvladovanju množičnih sporov. Institut ima pomembne prednosti pred sosporništvom in združitvijo pravn, ki ju prav tako štejemo med mehanizme za varstvo razpršenih interesov. Slabost združitve postopkov je v tem, da je mogoče združiti le pravde, ki tečejo pred istim sodiščem. Poleg tega pravde kljub združitvi ohranijo samostojnost – procesnih razmerij je z materialnopravnega vidika toliko, kolikor je procesnih parov.²⁹ Združitev postopkov, ki je mišljena kot ukrep formalnega procesnega vodstva, katerega cilj je pospešitev postopka in večja koncentracija glavne obravnave, zato v praksi, zlasti če se združi večje število pravn, pogosto ne privede do zelenega rezultata. Zaradi procesne samostojnosti strank, različnih pooblaščenecv in s tem povezanih različnih strategij pravljanja postane postopek za sodišče težko obvladljiv.

Sosporništvo se od združitve postopkov, ki je ukrep formalnega procesnega vodstva v rokah sodišča, razlikuje po tem, da je njegova uporaba odvisna od volje tožnikov. Čeprav je njegova prednost, da omogoča, da so skupna vprašanja pred istim sodnikom rešena na enak način, kar pripomore k večji ekonomičnosti postopka, je pomanjkljivost enaka kot pri združitvi postopkov. Tudi pri sosporništvu (tudi enotnem) pravne stranke ohranijo vsaka svojo procesno subjektiviteto, procesnih razmerij pa je toliko, kolikor je oseb na eni pravdni strani. Ne združitev pravn ne sosporništvo nista dovolj učinkovita procesna instituta v primerih zelo množičnih sporov, v katerih na eni strani nastopa veliko število strank. Razlog je v dejstvu, da je vsaka stranka še vedno obravnavana posamično.³⁰

²⁸ O tem obširno Kogej Dmitrović, str. 249 in nasl.

²⁹ Podrobneje Betetto v: Ude in drugi, 2. knjiga, str. 638.

³⁰ Jeraj, str. 88.

6. Pogled naprej

Temeljna prednost ureditve vzorčnega postopka v slovenskem procesnem pravu pred združitvijo pravd oziroma sosporništvom je v tem, da se postopek izvede kot običajen postopek med dvema strankama. Vodenje postopka (na primer glede ugotavljanja obstoja procesnih predpostavk, vročanja, dokaznega postopka) je zato precej bolj enostavno, kot če je strank več.

Z uvedbo vzorčnega postopka v ZPP je bil storjen pomemben korak pri obvladovanju množičnih sporov, ki pa še ne pomeni kompleksnega sodnega varstva na tem področju. Pravila o vzorčnem postopku so predvsem orodje v rokah sodišča, ki lahko, če se dosledno uporabljajo, pripomorejo k učinkovitosti in koncentraciji postopka. Kljub nedvomi (posredni) koristi strank od dobro izpeljanega vzorčnega postopka je odločitev za vzorčni postopek odločitev sodišča – strankam je treba le omogočiti, da se o izvedbi vzorčnega postopka izjavijo, vendar sodišče na njihov predlog, naj se izvede vzorčni postopek, ali soglasje ni vezano.

V slovenskem civilnem pravu za zdaj ni mehanizma, ki bi zagotavljal učinkovit dostop do sodišča individualnim tožnikom z bagatelnimi zahtevki, ki jih utegnejo ekonomski razlogi – trajanje sodnih postopkov in z njimi povezani stroški – odvrniti od tožb. Varstvo na podlagi organizacijske tožbe, ki jo v skladu z ZVPot lahko vloži potrošniška organizacija zaradi varstva javnega interesa, v praksi ni zaživelo, poleg tega pa je omejeno, saj s tožbo ni mogoče uveljavljati denarnih odškodninskih zahtevkov.

Kot nadaljnji logični korak v razvoju pravnega varstva skupinskih interesov se ponuja ureditev skupinske tožbe, pri čemer pa je mogočih več alternativ. Glede na učinek pravnomočnosti sodbe, izdane na podlagi skupinske tožbe, oblike skupinske tožbe razvrščamo na tiste, pri katerih se pravnomočni učinek sodbe razteza na vse člane razreda, in na tiste, pri katerih se ta razteza le na člane, ki so k njej pristopili na podlagi nekega aktivnega ravnanja.³¹ Med prvimi je najstarejša in najbolj znana ameriška ureditev skupinske (razredne) tožbe. Gre za postopek med dvema strankama, v katerem skupino (razred) zastopa njen predstavnik, člani pa imajo po opredelitvi razreda možnost, da se iz njega izločijo (sistem *opt-out*). Evropske države, ki so uzakonile razredno tožbo (na primer skandinavske države), pa se nagibajo k drugi rešitvi (sistem *opt-in*), v skladu s katero je pogoj za članstvo v skupini izjava stranke, da se želi pridružiti tožbi. Potencialne tožnike je treba obvestiti o postopku in jim omogočiti vključitev vanj (na primer prek vpisa v register).

Glede na legitimacijo za vložitev tožbe oblike skupinske tožbe razvrščamo³² na zasebne, ki jih lahko v imenu celotne skupine vloži posamezni član skupine (fizična ali pravna oseba),

³¹ Galič, Pravna ..., str. 877.

³² Podrobneje Jeraj, str. 9.

organizacijske, ki jih lahko vložijo neprofitne organizacije ali druge pravne osebe zasebnega prava,³³ in javne, ki jih lahko vloži državni ali paradržavni organ.

Prepričana sem, da morajo biti rešitve na področju varstva skupinskih interesov zaradi pogosto diametralno nasprotujočih si interesov vpletenih strani (članov razreda, tožene stranke, odvetnikov, gospodarstva)³⁴ skrbno pretehtane, zato se zavzemam za postopnost pri uvajanju novih institutov, pri čemer se zavedam, da ne gre toliko za strokovno kot predvsem za politično odločitev, komu in čigavim interesom dati prednost. Kako težavno je lahko iskanje ravnovesja med temi interesi, zgovorno kaže avstrijska izkušnja, kjer jim kljub večletnim prizadevanjem še vedno ni uspelo sprejeti spremembe ZPO, ki bi uveljavila skupinsko tožbo po načelu *opt-in*.

Skupinska tožba po načelu *opt-out*, pri kateri so člani razreda samodejno vključeni v postopek, če ne zahtevajo izključitve, in se pravnomočnost odločitve razteza tudi nanje, temelji na predstavniskem načelu, na podlagi katerega en predstavnik zastopa celoten razred. Tak sistem je zaradi konflikta interesov predstavnika razreda in njegovih članov lahko izpostavljen zlorabam in je zato precej nepredvidljiv.

Obstoj organizacijske skupinske tožbe v potrošniškem pravu v Sloveniji ni zaživel.³⁵ Tovrstni postopki so povezani s tveganjem plačila celotnih stroškov postopka, zato potrošniške organizacije, ki imajo druge prioritete, vlaganju skupinskih tožb več kot očitno niso naklonjene.

De lege ferenda bi kazalo v slovenskem procesnem pravu najprej uvesti zasebno skupinsko tožbo po načelu *opt-in*. Obveščanje potencialnih tožnikov in njihova vključitev v postopek v vlogi stranke bi omogočila združevanje zahtevkov v enem postopku. Čeprav skupinska tožba po načelu *opt-in* še ne zagotavlja enkratne obravnave vseh zahtevkov, ki izvirajo iz enega vzroka, v enem postopku, je vendarle lahko močno orodje zoper ekonomsko močnejšega toženca, zato bi imela taka ureditev tudi preventivni pomen za potencialne kršitelje. V primerih velikega števila tožbenih zahtevkov z majhno vrednostjo spornega predmeta, ki jih tožniki iz ekonomskih razlogov sicer ne bi uveljavljali, bi institut izboljšal dostop do sodišča.

³³ Primer take tožbe v Sloveniji je tožba na podlagi 75. člena ZVPot, ki jo lahko vloži potrošniška organizacija zaradi varstva javnega interesa.

³⁴ Očitek ameriški razredni tožbi je na primer prav nezadovoljivo razrešeno nasprotje med interesi odvetnikov in razreda.

³⁵ Podobne so tudi izkušnje v tujini, na primer na Švedskem. Glej Betetto, Jeraj, str. 23.

Literatura

- Betto, Nina, in Jeraj, Irena. Skupinsko uveljavljanje zahtevkov, *Pravna praksa*, št. 48/2008, str. 22.
- Cvetko, Aleksij, in drugi *Zakon o delovnih in socialnih sodiščih s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana 2005.
- Galič, Aleš. Uporaba določb ZPP v zvezi z združevanjem zadev ter vodenjem vzorčnih postopkov, predavanje na Delovno-socialni sodniški šoli – predstavitev v programu Powerpoint, 2009, neobjavljeno.
- Galič, Aleš. Pravna ureditev tožbe za varstvo skupinskih interesov potrošnikov v ZDA in Avstriji, *Podjetje in delo*, št. 7/1993, str. 877.
- Jeraj, Irena. *Skupinsko uveljavljanje zahtevkov*, magistrska naloga, Pravna fakulteta, Ljubljana 2009.
- Kogej Dmitrović, Biserka. Vzorčni postopek kot orodje za obvladovanje pripada sodnih sporov, *Pravosodni bilten*, št. 1/2011, str. 249.
- Pavčnik, Marijan. *Teorija prava*, GV Založba, Ljubljana 2007.
- Robnik, Ivan. Vzorčni postopek, *Pravosodni bilten*, št. 2/2009, str. 101.
- Ude, Lojze, in drugi *Pravdni postopek: zakon s komentarjem*, GV Založba in Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2005–2010.

Množični zahtevki zaradi posegov v zdravo življenjsko okolje

DR. MATIJA DAMJAN,
raziskovalec na Inštitutu za primerjalno
pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

1. Uvod

Zdravo življenjsko okolje je ena od vrednot, ki jih varuje Ustava Republike Slovenije.¹ Ta v 5. členu določa, da država skrbi za ohranjanje naravnega bogastva in kulturne dediščine ter ustvarja možnosti za skladen civilizacijski in kulturni razvoj Slovenije. V 72. členu pa določa, da ima vsakdo v skladu z zakonom pravico do zdravega življenjskega okolja.² Pravica do varstva okolja se v literaturi opredeljuje kot individualna in hkrati kolektivna pravica, ki je pogosto umeščena v tretjo generacijo človekovih pravic, pri kateri je poudarjen vidik solidarnosti.³ Pravico do zdravega življenjskega okolja je mogoče uresničevati predvsem kolektivno, tj. z ekološko smotrnim ravnanjem vseh in vsakogar – to pa otežuje učinkovito pravno varstvo take pravice.⁴ Država varuje zdravo življenjsko okolje z določanjem pogojev za opravljanje gospodarskih in drugih dejavnosti. Zakon o varstvu okolja (ZVO-1)⁵ je osrednji predpis, ki ureja

¹ Ur. l. RS, št. 331/91-I, 42/1997, 66/2000, 24/2003, 69/2004, 69/2004, 69/2004, 68/2006.

² V slovenski ustavnopravni teoriji so sicer različna stališča o tem, ali ima pravica do zdravega življenjskega okolja status človekove pravice ali pa je (zgolj) osebnotna pravica. Sodna praksa jo uvršča med osebnotne pravice – glej sodbo Ustavnega sodišča RS II Ips 507/92 z dne 25. marca 1993. Glej tudi Jadek Pensa v: Plavšak, Juhart, str. 1031–1032. Obširneje o ustavnopravnih izhodiščih varstva okolja glej Ude, str. 9–10; Jadek Pensa, str. 1329–1330.

³ Jadek Pensa, str. 1321–1322. Evropsko sodišče za človekove pravice priznava varstvo pred škodljivimi učinki onesnaževanja okolja največkrat na podlagi pravice do spoštovanja zasebnega življenja in doma (8. člen EKČP). Glej primera *Lopez Ostra proti Španiji* (sodba z dne 9. decembra 1994) in *Fadejeva proti Rusiji* (sodba z dne 9. junija 2005). Podrobneje Zidar, str. 20.

⁴ Strehovec, str. 6.

⁵ Ur. l. RS, št. 41/2004, 17/2006, 20/2006, 28/2006 – Skl. US: U-I-51/06-5, 39/2006 – UPB1, 49/2006 – ZMetD, 66/2006 – Odl. US: U-I-51/06-10, 112/2006 – Odl. US: U-I-40/06-10, 33/2007 – ZPNačrt, 57/2008 – ZFO-1A, 70/2008, 108/2009.

varstvo okolja pred obremenjevanjem kot temeljni pogoj za trajnostni razvoj in med drugim določa javne službe varstva okolja in njihove ukrepe. Poleg ukrepanja državnih organov pa je za zagotavljanje izvajanja predpisov o preprečevanju škodljivih posegov v okolje in odpravi njihovih posledic pomembna tudi možnost sodnega varstva in drugih pravnih mehanizmov, ki jih lahko sprožijo neposredno prizadeti posamezniki ali njihova združenja, saj so ti subjekti pogosto najbolj motivirani za uveljavljanje varstva okolja.⁶

Posegi v življenjsko okolje, npr. izpusti škodljivih snovi, elektromagnetno ali ionizirajoče sevanje, odlaganje odpadkov ali fizično uničenje naravnega habitata, lahko povzročijo klasično (civilnopravno) premoženjsko ali nepremoženjsko škodo, pa tudi okoljsko škodo kot novo (javnopravno) obliko pravno priznane škode, ki je bila uvedena z evropskimi predpisi o okoljski odgovornosti. Že iz 72. člena Ustave izhaja pooblastilo zakonodajalcu, da določi, pod katerimi pogoji in v kolikšnem obsegu je povzročitelj škode v življenjskem okolju dolžan poravnati škodo. Če je poseg v okolje omejen na določeno lokacijo in prizadene manjše število oseb, je mogoče njegove pravne posledice ustrezno urediti v klasičnih upravnih in pravdnih postopkih. Škodljivi vplivi na okolje, ki izvirajo iz industrijskih in infrastrukturnih dejavnosti, pa so pogosto razpršeni po širokem vplivnem območju vira onesnaževanja in prizadenejo veliko število ljudi (značilno pri onesnaževanju zraka). V takem položaju je konkretna škoda, ki nastane posamezniku, pogosto majhna, zato sam ne more doseči prepovedi posega ali odškodnine, kumulativno pa je škodljiv vpliv na naravno okolje in njegove prebivalce velik.⁷ Vprašanje je torej, kakšni so pravni mehanizmi, ki bi omogočili učinkovito varstvo interesov skupnosti pred škodljivimi posegi v zdravo življenjsko okolje.

2. Civilnopravno varstvo pred škodljivimi vplivi na okolje

2.1. Splošno

V civilnem pravu ni posebnih pravil za uveljavljanje odgovornosti povzročiteljev škodljivih obremenitev okolja, zato se ta problematika rešuje s splošnimi pravili, ki veljajo tudi za vse druge primere ali poškodovanja pravno zavarovanih dobrin posameznika.⁸ Civilnopravni instrumenti varstva pred škodljivimi vplivi na okolico so urejeni zlasti v okviru prava imisij⁹ kot dela sosedskega prava. Tovrstno varstvo se je najprej priznavalo le zoper neposredno dovajanje dima, smradu, odplak, hrupa ipd. na sosednje nepremičnine, postopoma pa se je širilo tudi

⁶ Rijavec, str. 19.

⁷ Prim. Rijavec, str. 20.

⁸ Zuljan, str. 23.

⁹ Imisije je mogoče najsplošneje opredeliti kot različne oblike škodljivih vplivov, ki prehajajo z ene nepremičnine na drugo. Pravo: Leksikon Cankarjeve založbe, geslo imisija, str. 112.

na posredne motnje, vse do varstva pred industrijskim onesnaževanjem širše okolice. *Pozitivne imisije* pomenijo dovajanje trdnih snovi, tekočin, plinov, hrupa, smradu, tresljajev ipd. na sosednje zemljišče. Taka imisija je nedopustna ne glede na to, ali je njen predmet materialne (tekočina, plin, saje ipd.) ali nematerialne narave (svetloba, toplota, hrup, tresljaji, elektromagnetno valovanje, ionizirajoče sevanje ipd.).¹⁰ Slovenska sodna praksa dopušča varstvo tudi pred *negativnimi imisijami*, tj. tistimi vplivi, ki pretrgajo naravno povezavo prizadete nepremičnine z njenim okoljem (npr. odvzem sončne svetlobe).¹¹ Nedorečen pa ostaja odgovor na vprašanje, ali je mogoče civilnopravno varstvo tudi pred *idealnimi imisijami*, ki nastanejo brez fizičnega vpliva na okolico, a okoličanom povzročajo nelagodje, npr. zaradi estetskih ali moralnih razlogov.¹² Pri ureditvi pravnega varstva pred škodljivimi imisijami se prepletajo elementi stvarnega in obligacijskega prava. Pristopa po obsegu in namenu zagotovljenega varstva nista identična, vendar ju je iz sistemskih razlogov treba obravnavati skupaj.

2.2. Stvarnopravno varstvo pred imisijami

Stvarnopravni zakonik (SPZ)¹³ v 75. členu določa, da mora lastnik nepremičnine pri njeni uporabi opuščati dejanja in odpravljati vzroke, ki izvirajo iz njegove nepremičnine in otežujejo uporabo drugih nepremičnin čez mero, ki je glede na naravo in namen nepremičnine ter glede na krajevne razmere običajna, ali povzročajo znatnejšo škodo. Taka dejanja in vzroki pomenijo prepovedane imisije. Lastniki nepremičnin ne morejo zahtevati popolne izolacije pred kakršnimkoli vplivi s sosednjih zemljišč: trpeti morajo nebitvene imisije in tiste bitvene imisije, ki so krajevno običajne, upoštevajoč konkretno naravo in namen zemljišča.¹⁴ Merilo krajevno običajne mere pomeni, da je treba posamezne vplive presojeti v odvisnosti od konkretnega kraja ter narave in namena izhodiščne in prizadetih nepremičnin. Imisije, ki povzročajo znatnejšo škodo, pa so prepovedane ne glede na krajevno običajno mero (in torej tudi z dolgotrajnim izvrševanjem ne morejo postati dovoljene).¹⁵

Stvarnopravno varstvo pred imisijami se uveljavlja z negatorno tožbo iz 99. člena SPZ, s katero lastnik nepremičnine zahteva opustitev vznemirjanja in prepoved nadaljnjega vznemirjanja. Pasivno legitimiran je lahko kdorkoli tretji, ki protipravno vznemirja lastnika ali domnevnega

¹⁰ Prim. Vrenčur v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, str. 389.

¹¹ Singer, str. 54.

¹² Podrobneje o problematiki idealnih imisij: M. Damjan, Idealne imisije industrijskih in infrastrukturnih objektov. *Pravnik*, let. 65 (2010), št. 9/10, str. 573–606.

¹³ Ur. l. RS, št. 87/2002, 18/2007 – Skl. US: U-I-70/04-18.

¹⁴ Vrenčur v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, str. 388; Polajnar Pavčnik, str. 217–218. Prim. sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 153/96 z dne 7. januarja 1998.

¹⁵ Sodna praksa tej razliki sicer ne namenja večje pozornosti. Ude, str. 11.

lastnika.¹⁶ Varstvo pred imisijami se ne omejuje samo na pravna razmerja neposredno meječih nepremičnin, temveč zajame tudi oddaljene nepremičnine, do katerih se raztezajo učinki vplivanja.¹⁷ Katere nepremičnine so prostorsko povezane, pa glede na razvoj tehnike ni preprosto vprašanje. Neugodni vplivi iz industrijskih naprav in objektov lahko prodirajo tudi do drugih nepremičnin v oddaljenosti nekaj deset kilometrov, kar pa je s stališča stvarnopravne ureditve imisij najbrž preširoko tolmačenje prostorske povezanosti.¹⁸

Z negatorno imisijsko tožbo je mogoče zahtevati prenehanje vznemirjanja in prepoved nadaljnega vznemirjanja. Predpostavka za uspešnost opustitvenega zahtevka je, da imisije traja-jo daljši čas ali da se redoma ponavljajo in obstaja tudi nevarnost nadaljnega ponavljanja nedopustnih vplivov. Ni pa relevantna krivda motitelja; pri ugotavljanju, ali vznemirjanje obstaja in ali je protipravno, sodišče uporabi objektivno merilo.¹⁹ Sodna praksa na tej podlagi dopušča tudi zahtevek, da se nekaj stori s ciljem preprečitve ali zmanjšanja imisij, pri čemer pa mora biti tožencu dopuščena možnost izbire ustreznih ukrepov, razen v primeru, kadar je po naravi stvari mogoče čezmerne imisije preprečiti samo na en način.²⁰ Poleg tega ima lastnik v primeru, če je bila z imisijami povzročena škoda, pravico zahtevati njeno povrnitev po splošnih pravilih o povrnitvi škode (drugi odstavek 99. člena SPZ).

2.3. Obligacijskopravno varstvo pred virom nevarnosti

Posebno varstvo pred imisijami omogoča tudi Obligacijski zakonik (OZ),²¹ ki ureja zahtevo za odstranitev škodne nevarnosti. Obligacijsko pravo pred imisijami ne varuje samo lastnikov ali uporabnikov sosednjih nepremičnin, temveč vse ogrožene osebe, omogoča pa tudi varstvo človekovega okolja na splošno. V teoriji se določbe tega člena razlagajo kot eden od pravnih mehanizmov za uresničevanje pravice do zdravega življenjskega okolja ter načela ohranjanja naravne in kulturne dediščine iz 72. člena Ustave RS.²²

Na podlagi 133. člena OZ lahko vsakdo zahteva od drugega, da odstrani vir nevarnosti, od katerega grozi njemu ali nedoločnemu številu oseb večja škoda (odstranitveni zahtevek), ter

¹⁶ Vrenčur v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, str. 394.

¹⁷ Prav tam, str. 386.

¹⁸ V teoriji se predlaga uporaba merila sosedske skupnosti – prepoved medsebojnega vznemirjanja velja med nepremičninami, ki se po krajevnih običajih štejejo za sosednje nepremičnine. Berden v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, str. 383.

¹⁹ Prav tam, str. 505.

²⁰ Pravno mnenje občne seje Vrhovnega sodišča RS z dne 22. junija 1995. Ude, str. 11; Vrenčur v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, str. 395; Berden v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, str. 504.

²¹ Ur.l. RS, št. 83/2001, 32/2004, 28/2006 – Odl. US: U-I-300/04-25, 29/2007 – Odl. US: U-I-267/06-41, 40/2007, 97/2007 – UPB1.

²² Glej Ude, str. 9–10, 13; Jadek Pensa v: Plavšak, Juhart, str. 761–762.

da se vzdrži dejavnosti, iz katere izvira vznemirjanje ali škodna nevarnost (opustitveni zahtevki), če nastanka vznemirjanja ali škode ni mogoče preprečiti z ustreznimi ukrepi. Sodišče na zahtevo zainteresirane osebe odredi ustrezne ukrepe za preprečitev nastanka škode ali vznemirjanja (zahtevki za preprečitvene ukrepe) ali odstranitev vira nevarnosti na stroške njegovega posestnika, če ta tega ne stori sam. Za zahtevke po 133. členu OZ ni potreben nastanek škode, temveč zadošča že konkretna škodna nevarnost ali vznemirjanje. Enako kot pri stvarnopравни ureditvi imisij je odgovornost objektivna: za utemeljenost zahtevka zadošča že obstoj vira nevarnosti oziroma vznemirjanja, ne glede na to, ali je emitentu mogoče očitati krivdo zanj.²³ Določbe 133. člena OZ je po mnenju teorije treba razumeti v povezavi z ureditvijo imisij v stvarnem pravu in jih torej kombinirati z določbo 75. člena SPZ.²⁴ Vznemirjanje in vir nevarnosti je tako mogoče vsebinsko zajeti s pojmom imisije. Določba OZ pa je širša od stvarnopravne norme tako glede legitimacije za uveljavljanje zahtevkov kot glede obsega pravnega varstva, ki ga ponuja, saj omogoča tudi varstvo pred bodočo škodo in virom nevarnosti.

Vsebinsko je primarne narave zahtevki po *preprečitvenih ukrepih*, ki povzročitelja škodne nevarnosti ali vznemirjanja najmanj obremenijo, hkrati pa izpolnijo interese prizadetih oseb (npr. preprečitev onesnaževanja z vgradnjo čistilnih naprav). Odstranitveni in opustitveni zahtevki prideta v poštev samo, če vznemirjanja ali škode ni mogoče preprečiti z drugimi sredstvi.²⁵ Če je na podlagi diktije 99. člena SPZ lahko sporno, ali je poleg opustitvenega in prepovednega zahtevka v negatorni tožbi mogoč tudi storitveni zahtevek zaradi odprave imisije, pa je iz besedila 133. člena OZ nedvomno jasno, da se lahko zahteva tudi (aktivna) odstranitev vira škodne nevarnosti.²⁶ Predpostavka za *odstranitveni zahtevki* je večja škodna nevarnost. Gre za pravni standard, ki ga zakon podrobneje ne definira. Teorija meni, da gre zaradi konkretizacije ustavne pravice do zdravega življenjskega okolja za večjo škodno nevarnost vedno takrat, ko je ogroženo zdravje ljudi ali naravno ravnotežje v okolju, zaradi česar grozi nastanek premoženjske ali nepremoženjske škode. Nevarnost nastanka škode pa mora biti neposredna in konkretna. Predpostavka za *opustitveni zahtevki* je vznemirjanje ali škodna nevarnost. Dejanja, ki pomenijo vznemirjanje, v zakonu niso podrobneje urejena, zato je z njimi lahko zajet razmeroma širok krog imisij. Vznemirjanje je mogoče tako s pozitivnimi ravnanji kot z opustitvami, ki pa morajo v vsakem primeru presežati normalne, običajne meje. Pri tem je pomenljivo, da 133. člen OZ ne vsebuje merila »krajevno običajnega«, ki ga pozna SPZ. Dlje časa trajajoče vznemirjanje z imisijami, ki postane običajno v nekem kraju, zaradi

²³ Jadek Pensa v: Plavšak, Juhart, str. 763.

²⁴ Prim. Krisper Kramberger (1980), str. 550; Vrenčur v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, str. 397. Glej tudi sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 272/2008 z dne 13. novembra 2008.

²⁵ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 337/99 z dne 30. marca 2000.

²⁶ Prim. Vrenčur v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, str. 397.

tega ni nujno dopustno v smislu obligacijskega prava. Čezmerno onesnaževanje tako ne more postati sprejemljivo niti v industrijsko zelo obremenjenem okolju.²⁷

Ker se pravici do zdravega življenjskega okolja v sodni praksi priznava status osebnostne pravice, bi se bilo pred posegi v tako pravico mogoče načeloma varovati tudi z zahtevo za prenehanje s kršitvami osebnostnih pravic, ki jo ureja 134. člen OZ. Vendar pa v sodni praksi ni najti primerov, v katerih bi sodišče na tej podlagi prepovedalo poseg v okolje. Višje sodišče v Kopru je zavzelo stališče, da so ustavne določbe o varstvu okolja konkretizirane v določbi 133. člena OZ, zato spora v zvezi s posegi v okolje ni mogoče hkrati kvalificirati tudi na podlagi 134. člena OZ.²⁸

2.4. Imisije splošno koristnih dejavnosti

Med glavnimi viri škodljivih vplivov na okolje so različne industrijske in infrastrukturne dejavnosti, ki pa so urejene s posebnimi predpisi o ekoloških standardih in mejah dopustnega onesnaževanja (mejne emisijske vrednosti). Tudi kadar je industrija vir škodljivih imisij, dejavnost sama po sebi ni protipravna, če so zanj izdana ustrezna obratovalna in druga upravna dovoljenja ter poteka v okviru predpisanih standardov, zato je ni mogoče preprosto prepovedati s civilno tožbo. Industrijska dejavnost, zlasti obratovanje objektov javne infrastrukture, je lahko splošno koristna dejavnost, katere učinke morajo oškodovanci trpeti.²⁹ Tretji odstavek 133. člena OZ zato določa, da je v primeru, ko nastane škoda pri opravljanju splošno koristne dejavnosti, za katero je dal dovoljenje pristojni organ, mogoče zahtevati samo povrnitev škode, ki presega običajne meje, izključena pa sta opustitveni in odstranitveni zahtevek. Za protipravnega se torej šteje le nastanek tiste škode, ki presega običajne meje.³⁰ Tudi v primeru dovoljenih obratov pa se lahko zahtevajo upravičeni ukrepi za preprečitev nastanka škode ali njeno zmanjšanje, npr. vgradnja čistilnih naprav, opreme za blažitev hrupa ipd. Kadar je škoda mogoče preprečiti oziroma omejiti na več različnih načinov, je izbira med ukrepi prepuščena upravljavcu dovoljenega obrata.³¹ Drugače kot pri opustitvenem in odstranitvenem zahtevku so za zahtevek za povračilo škode po tretjem odstavku 133. člena OZ aktivno legitimirani samo tisti, ki so dejansko utrpeli čezmerno škodo. Enako velja za pravico zahtevati upravičene ukrepe za preprečitev oziroma zmanjšanje škode po četrtem odstavku, saj se ta zahtevek

²⁷ Jadek Pensa v: Plavšak, Juhart, str. 766; Krisper Kramberger (1980), str. 547, 551.

²⁸ Sodba Višjega sodišča v Kopru Cpg 162/2009 z dne 21. maja 2010.

²⁹ Strojín, str. 208; Polajnar Pavčnik, str. 218–219.

³⁰ Jadek Pensa v: Plavšak, Juhart, str. 763, 770; Juhart, str. 1310.

³¹ Sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 1460/2001 z dne 17. oktobra 2001; prim. pravno mnenje v Poročilu VS SRS 1986/I, str. 13.

nanaša na škodo iz tretjega odstavka. Oškodovančevo pravno razmerje s povzročiteljem škode pri tem za legitimacijo ni relevantno.³²

Zanimivo je, da SPZ ne vsebuje podobnih določb v zvezi z imisijami splošno koristnih upravnih dovoljenih dejavnosti. Vseeno pa je sodna praksa sprejela stališče, da tudi z negatorno imisijsko tožbo ni mogoče zahtevati prepovedi dejavnosti, iz katere izvirajo škodljive imisije, če te izvirajo iz naprave, za katero je dal dovoljenje pristojni organ. V takem primeru ne gre za prepovedano vznemirjanje, zato pripada oškodovancem samo pravica do povračila škode, ki presega običajne meje.³³ Tudi če se imisije presojujejo po stvarnem pravu, se v zvezi z dovoljenimi obrati torej smiselno uporablja pravilo obligacijskega prava.³⁴

2.5. Prepovedni zahtevki po predpisih o varstvu okolja

ZVO-1 pravice do zdravega življenjskega okolja ne opredeljuje pozitivno, ampak ureja nedovoljene posege vanjo. V prvem odstavku 15. člena določa, da je poseg v okolje dopusten le, če ne povzroča čezmerne obremenitve, tj. obremenitve, ki bi presežala mejne vrednosti emisije, standarde kakovosti okolja, pravila ravnanja ali dovoljeno rabo naravne dobrine (3. člen ZVO-1, točka 6.1). V 14. členu pa zakon državljanom in njihovim organizacijam daje pravico, da za uresničevanje pravice do zdravega življenjskega okolja pred sodiščem zahtevajo, da nosilec posega v okolje ustavi poseg, če bi ta povzročil ali povzroča čezmerno obremenitev okolja ali če bi povzročil ali povzroča neposredno nevarnost za življenje ali zdravje ljudi, ali da se mu prepove začetni izvajanje posega v okolje, če je izkazana velika verjetnost, da bi povzročil takšne posledice.

Čeprav je določba vsebovana v zakonu, vsebina katerega pretežno sega na upravnopravno področje, se tovrsten prepovedni zahtevki po svoji naravi lahko pred sodiščem uveljavlja samo v pravnem postopku, zato gre pri tem pravzaprav za obliko civilnopravnega varstva zdravega življenjskega okolja. Podobno obliko varstva pravic je vseboval že prej veljavni Zakon o varstvu okolja (ZVO),³⁵ ki pa je v drugem odstavku 15. člena določal nekoliko strožje pogoje za uveljavljanje prepovednih zahtevkov, saj je moral poseg povzročati neposredno nevarnost za

³² Prim. sodbo VSH Gž 75/80 z dne 13. maja 1980: »Tudi stanovalec ima pravico zahtevati odškodnino zaradi škodljivih imisij, do katerih prihaja pri opravljanju dovoljene splošne koristne dejavnosti.«

³³ Odločba Vrhovnega sodišča Hrvaške Rev 1953/83 z dne 30. maja 1984; sodba Vrhovnega sodišča Slovenije II Ips 213/2000 z dne 26. oktobra 2000; Ude, str. 12.

³⁴ Juhart meni, da verjetno ni bil namen zakonodajalca, da po SPZ proti imisijam splošno koristnih dejavnosti dopusti vsebinsko enak zahtevki, kot ga je po OZ izključil. Zato tretji in četrti odstavek 133. člena OZ izključujeta tudi uporabo 75. člena SPZ. Juhart, str. 1309.

³⁵ Ur. l. RS, št. 32/1993, 44/1995 – Odl. US: U-I-32/95-20, 1/1996, 9/1999 – Odl. US: U-I-312/96, 56/1999 – ZON (31/2000 – popr.), 86/1999 – Odl. US: U-I-64/96, 22/2000 – ZJS, 82/2001 – Odl. US: U-I-92/99-9, 67/2002 – ZV-1, 41/2004 – ZVO-1.

okolje, kritično obremenitev ali poškodbo okolja, medtem ko zdaj zadošča čezmerna obremenitev okolja.³⁶ Iz zakona ni jasno razvidno, kakšno je razmerje med prepovednim zahtevkom po 14. členu ZVO-1 in zahtevki po 133. členu OZ. Primerjava med določbami teh dveh zakonov pokaže, da so pogoji za dopustnost tožbe po ZVO-1 po eni strani strožji kot po OZ: vznemirjanje ne zadošča, prav tako ne nevarnost premoženjske škode, nevarnost za življenje ali zdravje ljudi pa mora biti neposredna. Po drugi strani ZVO-1 omogoča prepovedni zahtevki tudi v primeru, ko bi poseg v okolje lahko povzročil ali povzroča čezmerno obremenitev okolja – torej ne glede na to, ali je z njim komu nastala klasična premoženjska ali nepremoženjska škoda, ampak zadošča, da je ogroženo okolje samo.

ZVO-1 omogoča samo opustitveni in prepovedni zahtevki, ne predvideva pa zahtevka za preprečitvene ali omilitvene ukrepe. ZVO je v zvezi s tem v tretjem odstavku 15. člena določal, da sodišče prepovedne zahtevke odredi samo, če posledic ni mogoče preprečiti z drugimi ukrepi,³⁷ torej podobno, kot velja po prvem odstavku 133. člena OZ. V novem zakonu je bila ta določba izpuščena, prav tako pa v tej zvezi zakon posebej ne določa izjeme za upravno dovoljene splošno koristne dejavnosti, ki jo pozna OZ. Na podlagi besedila zakona je torej prepovedni zahtevki po 14. členu ZVO-1 mogoči tudi zoper izvajalca splošno koristne dejavnosti, ki izpolnjuje zahteve iz upravnih dovoljenj za obratovanje in predpisane okoljske standarde. Vendar pa bi bila taka razlaga problematična, zlasti kadar dovoljena dejavnost sama po sebi okolja ne obremenjuje čezmerno, temveč v kombinaciji z drugimi obremenitvami okolja povzroča prekoračitve standardov kakovosti okolja.³⁸ V takem primeru bi izvajalec, ki mu je bilo prepovedano opravljanje dejavnosti, čeprav je ravnal v skladu z dovoljenji in predpisi, lahko uspešno uveljavljal odškodninski zahtevki zoper državo. Že zaradi splošnega načela sorazmernosti je zato primernejše, da je prepovedni zahtevki sekundaren v razmerju do zahtevka po upravičenih ukrepih za preprečitev nastanka škode ali za njeno zmanjšanje.³⁹

Menim, da je treba določbe 14. člena ZVO-1 uporabljati v smiselni povezavi s 133. členom OZ (podobno, kot velja za pravila o stvarnopravnem varstvu pred imisijami) in torej pri dovoljenih splošno koristnih dejavnostih dopuščati le zahtevki za preprečevanje nastanka ali za

³⁶ Pucelj Vidovičeva meni, da je bila primernejša ureditev iz ZVO, ki je omogočala prepovedni zahtevki le ob kritični obremenitvi okolja, saj je čezmerna obremenitev lahko že enkratno ali kratkotrajno preseganje mejnih emisijskih vrednosti ali drugačna kršitev pravil ravnanja ob izrednih dogodkih v proizvodnji. Pucelj Vidovič v: Pličanič, str. 197–198. Pač pa je ZVO v 9. členu določal, da je povzročitelj čezmerne obremenitve kazensko in odškodninsko odgovoren v skladu z zakonom – toda ta določba ni pomenila samostojne podlage odškodninskega zahtevka, ampak samo napolnilo na pravila obligacijskega prava ali drugih predpisov o odškodninski odgovornosti zaradi škodljivih posegov v okolje. Glej sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS III Ips 81/2007 z dne 12. maja 2009.

³⁷ Ude iz te določbe sklepa, da so na podlagi tožbe po ZVO mogoči tudi zahtevki za izvedbo ukrepov, s katerimi je mogoče preprečiti škodljive posledice. Ude, str. 14–15.

³⁸ Pucelj Vidovič v: Pličanič, str. 198. Glej tudi sodbo Višjega sodišča v Kopru Cpg 132/2009 z dne 21. maja 2010.

³⁹ Pucelj Vidovič v: Pličanič, str. 200; Zuljan, str. 28.

omilitev nastajanja škode. Tak pristop navsezadnje izhaja tudi iz določb V.a poglavja ZVO-1 o odgovornosti za preprečevanje oziroma sanacijo okoljske škode, ki iz pojma okoljske škode izključuje tiste vrste škodljivih vplivov, ki so bili ugotovljeni in dovoljeni ali predpisani na podlagi postopka presoje sprejemljivosti planov in posegov v naravo ali uveljavljanja odstopanj od strogega varstva zavarovanih vrst po predpisih o ohranjanju narave (drugi odstavek 110.b člena). Pomen 14. člena ZVO-1 je torej predvsem v tem, da daje dodatno podlago za civilnopravno varstvo pred posegi v zdravo življenjsko okolje v primerih, kadar poseg neposredno ne povzroča klasične premoženjske ali nepremoženjske škode (oziroma je to vsaj težko dokazati), vendar škodljivo vpliva na naravno okolje. Zakonodajalec je v veljavnem zakonu približal standard nedopustnega posega tistemu iz OZ, saj so zahtevki mogoči pri čezmerni obremenitvi okolja, kar je podobno standardu čezmerne škode iz tretjega odstavka 133. člena OZ. Če pride do čezmerne obremenitve okolja pri opravljanju splošno koristne dejavnosti, za katero je dal dovoljenje pristojni organ in ki poteka v skladu s tem dovoljenjem, pa je na podlagi smiselne uporabe četrtega odstavka 133. člena OZ mogoče zahtevati upravičene ukrepe za preprečitev oziroma zmanjšanje obremenitve.

Zahtevki za zaščito zdravega življenjskega okolja so torej lahko utemeljeni na različnih pravnih podlagah: 75. člen SPZ, 133. (in eventualno 134.) člen OZ, 14. člen ZVO-1. Pri presoji tožbenega zahtevka mora sodišče vse te podlage ustrezno upoštevati, pri čemer se bo morala sodna praksa glede razmerja med njimi še jasneje opredeliti. Z vidika prizadete osebe pa izbira med temi pravnimi podlagami ni odvisna le od narave in značilnosti obremenjevanja okolja ter vsebine zelenega pravnega varstva, ampak tudi od presoje tožnika o tem, katere elemente zakonskega dejanskega stanu bo lažje dokazal.⁴⁰

2.6. Pogoji za uveljavljanje odškodninskega zahtevka

Drugi odstavek 99. člena SPZ določa, da ima v primeru, ko je bila s prepovedano imisijo povzročena škoda, lastnik pravico zahtevati njeno povrnitev po splošnih pravilih o povrnitvi škode. Prav tako tretji odstavek 133. člena OZ omogoča zahtevo za povrnitev tistega dela škode, ki je nastala pri opravljanju dovoljene dejavnosti, a presega običajne meje.⁴¹ Medtem ko za odstranitveni in opustitveni zahtevek zadošča že nevarnost nastanka škode, je pogoj za utemeljenost odškodninskega zahtevka, da je škoda že nastala. Lahko pa se kompenzira tudi bodoča škoda zaradi imisij, če je gotovo, da bo nastajala.⁴²

Po splošnih pravilih je odškodninska odgovornost krivdna. Ker pa pri čezmernih imisijah splošno koristnih dejavnosti odškodninski zahtevek nadomešča odstranitvene in opustitvene

⁴⁰ Pucelj Vidović v: Pličanič, str. 196; Zuljan, str. 28.

⁴¹ Prim. sklep Vrhovnega sodišča RS III Ips 9/94 z dne 12. maja 1994.

⁴² Sodba in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 783/2005 z dne 22. februarja 2007.

zahtevke, enako kot pri teh zahtevkah za njegovo utemeljenost velja objektivna odgovornost. Upravljavec industrijskega objekta, ki z imisijami povzroči škodo okolici, se ne more ekskulpirati z dokazovanjem, da je škoda nastala brez njegove krivde.⁴³ Oškodovanci pa morajo sami dokazati obstoj vzročne zveze med dovoljeno dejavnostjo in nastankom škode, saj praviloma ne gre za objektivno odgovornost zaradi nevarne stvari ali dejavnosti, pri kateri se obstoj vzročne zveze domneva. Vprašanje dokazovanja vzročne zveze med bližino industrijskega oziroma infrastrukturnega objekta in nastankom škode je nedvomno v praksi lahko zelo kompleksno in hkrati neločljivo povezano z določitvijo višine škode, zato je tu pogosto potrebno sodelovanje izvedenca.⁴⁴ Čezmerno škodo je treba ocenjevati s konkretnimi merili, pri čemer pa je izhodišče za tako oceno abstraktni pravni standard »običajne meje«, ki ga mora sodišče ugotoviti in opredeliti.⁴⁵ Običajna škoda je objektivizirana vrednost, ki jo ljudje in okolje še prenesejo ter ne dosega znatnejše škode.⁴⁶ Zakon pa ne omejuje oblik škode, katere povrnitev se na tej podlagi lahko zahteva. Po splošnem pravilu 132. člena OZ škoda vključuje zmanjšanje premoženja (navadna škoda), preprečitev povečanja premoženja (izgubljeni dobiček), pa tudi povzročitev telesnih ali duševnih bolečin ali strahu drugemu ter okrnitev ugleda pravne osebe (nepremoženjska škoda).

Na podlagi objektivne odgovornosti upravljavca industrijskega oziroma infrastrukturnega objekta je mogoče zahtevati povrnitev premoženjske škode, ki je nastala zaradi čezmernega onesnaževanja, npr. škode zaradi posušenih dreves ali pogina čebel kot posledice prevelikega izpusta škodljivih plinov. Sodna praksa priznava tudi zmanjšanje tržne vrednosti nepremičnin kot obliko navadne premoženjske škode zaradi čezmernih imisij dovoljene splošno koristne dejavnosti (v konkretnih sodnih primerih so bile take dejavnosti ceste, daljnovodi, komunalna dejavnost, bencinska črpalka), če je seveda dokazana ustrezna vzročna zveza.⁴⁷ Kadar imisije presežejo mejne vrednosti, lahko po sodni praksi pomenijo tudi poseg v pravico do zdravega življenjskega okolja kot osebno pravico. Duševne bolečine zaradi okrnitve take pravice ob zadostni intenzivnosti tvorijo pravno priznano škodo, povrnitev katere je mogoče zahtevati tudi na podlagi tretjega odstavka 133. člena OZ, pri čemer ni treba, da bi zaradi posega v osebno pravico prišlo do okvare zdravja. Po oceni Vrhovnega sodišča je tovrstno škodo na področju duševnega funkcioniranja v običajnih okoliščinah mogoče opredeliti celo brez izvedenskih

⁴³ Prav tam. Prim. Singer, str. 21.

⁴⁴ Prim. Strojín, str. 211; Schlichter, str. 1146–1149.

⁴⁵ Prim. sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1773/2000 z dne 14. novembra 2001.

⁴⁶ Strojín, str. 209.

⁴⁷ Glej npr. sodbo Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 214/96 z dne 13. marca 1996, sodbo in sklep Višjega sodišča v Kopru I Cp 1313/2006 z dne 20. marca 2007, sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 261/2003 z dne 28. oktobra 2004, sodbo Vrhovnega sodišča Hrvaške Gž 880/75 z dne 20. septembra 1975; prim. tudi sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 783/2005 z dne 22. februarja 2007.

mnenj.⁴⁸ Posledica čezmerne imisije je lahko tudi strah, npr. pred skritimi škodljivimi vplivi onesnaževanja ali pred nevarnostjo večje nesreče, ki bi škodljivo vplivala na okolico, vendar v sodni praksi ni zaslediti primerov, ko bi strah pred posegom v okolje dosegel zadostno stopnjo intenzivnosti, da bi utemeljeval odškodnino,⁴⁹ nižja stopnja zaskrbljenosti zaradi teh dejavnikov pa je zajeta že pri presoji posega v osebnostno pravico do zdravega življenjskega okolja.

3. Pravila o okoljski škodi

3.1. Izhodišča ureditve

Prej veljavni Zakon o varstvu okolja (ZVO)⁵⁰ je v 78. členu določal, da mora povzročitelj razvrednotenja okolja ali nevarnosti za okolje plačati odškodnino ali zagotoviti drugačno nadomestilo za zmanjšano uporabno vrednost nepremičnine, zmanjšano kakovost bivalnega okolja ter zmanjšano vrednost nepremičnine in izgubljeni dobiček. To pravilo se je nanašalo samo na tiste posege v okolje, katerih izvedba in obratovanje oziroma delovanje sta sicer skladna z okoljevarstvenimi predpisi.⁵¹ Ker potrebni izvedbeni podzakonski predpisi nikoli niso bili sprejeti, so te določbe ZVO v praksi večinoma ostale neuresničene.⁵² V sedanjem Zakonu o varstvu okolja (ZVO-1) so bila tovrstna določila najprej nadomeščena le s splošno določbo 9. člena, da je povzročitelj čezmerne obremenitve kazensko in odškodninsko odgovoren v skladu z zakonom, tj. v skladu s splošnimi pravili civilnega in kazenskega prava. Z novelo iz leta 2008⁵³ so bila na podlagi Direktive 2004/35/ES o okoljski odgovornosti⁵⁴ v ZVO-1 vnesena specialna pravila o odgovornosti za preprečevanje in sanacijo okoljske škode, ki veljajo za pravne ali fizične osebe, ki opravljajo določene (dovoljene) dejavnosti.

⁴⁸ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 940/2007 z dne 24. januarja 2008.

⁴⁹ V skladu s sodno prakso sodišče prisodi denarno odškodnino, če ugotovi, da je bil strah intenziven in je trajal dalj časa oziroma da je bilo zaradi njega v daljšem časovnem obdobju porušeno oškodovančevu duševno ravnovesje. Strah mora biti objektiviziran, kar pomeni, da bi ga občutil vsak povprečen normalno informiran človek, ki bi se znašel v primerljivem položaju. Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 110/99 z dne 11. novembra 1999; prim. Poročilo VS SRS, 1986/II, str. 8; Jadek Pensa v: Plavšak, Juhart, str. 1032–1033.

⁵⁰ Ur. l. RS, št. 32/1993, 44/1995 – Odl. US: U-I-32/95-20, 1/1996, 9/1999 – Odl. US: U-I-312/96, 56/1999 – ZON (31/2000 – popr.), 86/1999 – Odl. US: U-I-64/96, 22/2000 – ZJS, 82/2001 – Odl. US: U-I-92/99-9, 67/2002 – ZV-1 in 41/2004 – ZVO-1.

⁵¹ Čebulj, Pichler in Prančič, str. 210.

⁵² Vsaj v enem primeru so sodišča sicer odsotnost podzakonskih predpisov štela za delno zakonsko praznino, ki jo je treba zapolniti s smiselno uporabo podobnih pravil obligacijskega prava. Glej sodbo Vrhovnega sodišča II Ips 580/2003 z dne 8. aprila 2004.

⁵³ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o varstvu okolja (ZVO-1B), Ur. l. RS, št. 70/08.

⁵⁴ Direktiva 2004/35/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. aprila 2004 o okoljski odgovornosti v zvezi s preprečevanjem in sanacijo okoljske škode, UL L 143, 30. april 2004, str. 56–75.

Ureditev iz direktive temelji na načelu, da plača povzročitelj obremenitve. Izvajalec, ki je povzročil okoljsko škodo ali neposredno nevarnost škode, je zanj finančno odgovoren, kar naj bi ga spodbudilo k sprejetju ukrepov in razvijanju načinov ravnanja, ki bi čim bolj zmanjšali nevarnost okoljske škode, tako pa bi bila manjša tudi izpostavljenost izvajalcev finančni odgovornosti.⁵⁵ Direktiva vsebuje elemente civilnega odškodninskega prava (škoda, odgovornost, zastaranje), vendar njena pravila ne spadajo na področje civilnega prava, temveč jo način odločanja in pravna sredstva uvrščajo na področje upravnega prava. Odločanje javnih organov mora zagotoviti, da onesnaževalec na svoje stroške izvede potrebne preventivne ali sanacijske ukrepe v poškodovanem okolju, medtem ko direktiva ne pokriva tradicionalne škode, ki jo trpijo zasebni subjekti.⁵⁶ Temeljni načeli odgovornosti povzročitelja obremenitve in plačila za obremenjevanje okolja sta določeni v 9. in 10. členu ZVO-1, medtem ko je odgovornost za preprečevanje in sanacijo okoljske škode urejena v novem poglavju V.a.

3.2. Pojem okoljske škode

Pojem okoljske škode je avtonomen pojem upravnega prava in se razlikuje od klasične škode v civilnem pravu. Kot sledi iz opredelitev pojmov v 3. členu ZVO-1, je okoljska škoda večja škoda, povzročena posebnim delom okolja, tj. vodam in tlom ter zavarovanim prosto živečim rastlinskim in živalskim vrstam, njihovim habitatom in habitatnim tipom. Škoda pri tem pomeni merljivo negativno spremembo posebnega dela okolja ali večjo merljivo prizadetost njegove funkcije, povzročeno neposredno ali posredno. Ni torej odločilno, ali je škoda prizadela premoženje ali osebnost posameznika oziroma pravne osebe, ampak se presoja škodljivi vpliv na naravno okolje oziroma njegove posebej varovane dele. Odgovornost za okoljsko škodo ni odvisna od tega, ali poškodovana dobrina spada v premoženje fizične ali pravne osebe. Poškodovana tla, vodna telesa ali habitati so lahko v zasebni lasti, vendar to za odgovornost povzročitelja obremenitve ni nujno. Ta razlika je z vidika učinkovitega varstva okolja pomembna npr. pri onesnaženju rek, ki običajno niso v zasebni lasti, ali pri poškodovanju ekosistemov, ki ne povzročijo klasične premoženjske škode.⁵⁷

Po drugi strani okoljske škode ne gre enačiti z vsakim posegom v okolje. Člen 110b ZVO-1 opredeljuje elemente okoljske škode na zavarovanih vrstah in habitatih, na vodah in na tleh. Škoda se ugotavlja na podlagi predpisanih ekoloških meril in standardov za posamezno vrsto obremenitve. Za okoljsko škodo se ne šteje škoda zaradi škodljivih vplivov, če so bili ti vplivi ugotovljeni, vendar dovoljeni ali predpisani na podlagi postopka presoje sprejemljivosti pla-

⁵⁵ Druga uvodna izjava direktive.

⁵⁶ Težišče ureditve se je s civilnopravne odgovornosti na področje upravnega prava premaknilo v postopku sprejemanja direktive. Winter, Jans, Macrory, Krämer, str. 164–165; Pichler, str. 1313.

⁵⁷ Winter, Jans, Macrory, Krämer, str. 168; Pucelj Vidović v: Pličanič, str. 504–505; Zuljan, str. 26.

nov in posegov v naravo ali uveljavljanja odstopanj od strogega varstva zavarovanih vrst po predpisih o ohranjanju narave.⁵⁸ Iz pojma škode so torej izključene tiste obremenitve okolja, ki so bile z upravnim dovoljenjem izrecno predvidene in dovoljene. Pravila V.a poglavja ZVO-1 se tudi ne uporabljajo v zvezi s tisto okoljsko škodo, ki je nastala zaradi različnih oboroženih spopadov ali izjemnih naravnih dogodkov, zaradi dogodkov ali dejavnosti, pri katerih sta odgovornost in odškodnina urejeni z mednarodno konvencijo (npr. razlitje nafte, prevoz jedrskega goriva), ali zaradi dejavnosti, katere glavni namen je obramba države ali mednarodne varnosti ali varstvo pred naravnimi nesrečami (110.c člen ZVO-1).

3.3. Odgovornost povzročitelja obremenitve

Pravne ali fizične osebe, ki izvajajo v 110.a členu ZVO-1 taksativno naštetih dejavnosti, objektivno odgovarjajo za *povzročitev nevarnosti* nastanka okoljske škode ali za *nastanek* okoljske škode. Gre za dejavnosti, povezane z obratovanjem nevarnih naprav, ravnanjem z odpadki, izpuščanjem nevarnih snovi ali posegi v vodotoke, in podobne okolju potencialno nevarne dejavnosti, za opravljanje katerih je praviloma potrebno posebno upravno dovoljenje. Odgovornost povzročitelja obremenitve okolja nastane, ko je mogoče izkazati nastanek nevarnosti ali same škode in določiti vzročno-posledično zvezo med njegovo dejavnostjo in nastankom nevarnosti oziroma okoljske škode. Protipravnost pa je vsebovana že v samem nastanku nevarnosti oziroma okoljske škode.⁵⁹ Za povzročitev *neposredne nevarnosti* okoljske škode ali za *nastanek* okoljske škode pa so odgovorne tudi osebe, ki ne opravljajo katere od naštetih dejavnosti, vendar te odgovarjajo le za škodo na zavarovanih vrstah in habitatnih tipih, ne pa tudi na vodi ali tleh. Odgovornost teh oseb je krivdna.

Zakon ne vzpostavlja horizontalnih obveznosti povzročitelja obremenitve v razmerju do drugih zasebnih strank, vzpostavlja pa obveznosti v razmerju do javnega interesa. Primarna je dolžnost ukrepanja za preprečitev nastanka oziroma za sanacijo okoljske škode, sekundarna dolžnost pa je povračilo stroškov sanacijskih ukrepov. To dolžnost imajo povzročitelji obremenitve že na podlagi zakona, tudi če jim ni bila posebej naložena z odločbo upravnega organa.⁶⁰ V primeru neposredne nevarnosti za nastanek okoljske škode mora njen povzročitelj izvesti vse potrebne ukrepe, da to škodo prepreči; če je škoda že nastala, pa mora povzročitelj izvesti vse potrebne ukrepe za njeno omejitev. V obeh primerih mora povzročitelj ministrstvo nemudoma obvestiti o vseh pomembnih dejstvih, zlasti o dejanskem stanju okolja, že nastali škodi in izvedenih ukrepih. Ministrstvu mora v odobritev predložiti tudi predlog sanacijskih ukrepov. Ministrstvo lahko v obeh primerih od povzročitelja zahteva dodatne informacije in

⁵⁸ Predlog ZVO-1B, str. 212.

⁵⁹ Prav tam, str. 120.

⁶⁰ Winter, Jans, Macrory, Krämer, str. 168–169.

mu z odločbo odredi izvedbo ustreznih preprečevalnih oziroma sanacijskih ukrepov. Pritožba proti odločbi ni dovoljena, mogoče pa je začeti upravni spor. Povzročitelj okoljske škode krije stroške preprečevalnih oziroma sanacijskih ukrepov, izvedenih na podlagi tega zakona, ter stroške ugotavljanja okoljske škode ali njene neposredne nevarnosti, stroške vodenja upravnega postopka in zbiranja podatkov ter stroške spremljanja in nadzora izvajanja ukrepov, o čemer izda ministrstvo poseben sklep. Samo izjemoma je povzročitelj škode lahko teh stroškov oproščen.

Peti odstavek 110.a člena ZVO-1 ureja položaj, ko je povzročiteljev okoljske škode več in se ne da ugotoviti odgovornosti posameznega povzročitelja. V takem primeru so vsi povzročitelji odgovorni solidarno. S to določbo je zajet položaj, ko k nastanku škode prispeva več povzročiteljev, ki so delali neodvisno drug od drugega, vendar ni mogoče ugotoviti njihovih deležev pri povzročeni škodi (prim. tretji odstavek 186. člena OZ). Nejasno pa je, ali je podana solidarna odgovornost za okoljsko škodo tudi, kadar je škodo povzročila ena izmed dveh ali več določenih oseb, ki so na neki način med seboj povezane, ni pa mogoče ugotoviti, katera od njih jo je povzročila (prim. četrti odstavek 186. člena OZ). Glede na izhodišče direktive in ZVO-1, da do odgovornosti za okoljsko škodo v primeru razpršenega onesnaževanja pride samo, če je mogoče ugotoviti vzročno zvezo med okoljsko škodo in dejavnostjo *posameznega* povzročitelja, se zdi verjetnejši odgovor, da v takem položaju odgovornosti za okoljsko škodo ni.⁶¹ Sodišče EU je sicer v zadevi *Raffinerie Mediterranee* poudarilo, da Direktiva o okoljski odgovornosti državam članicam ne preprečuje določitve strožjih pravil o odgovornosti za okoljsko škodo v primerih, ko vzročne zveze ni mogoče ugotoviti.⁶²

Odgovornost za okoljsko škodo zastara, če je preteklo več kakor trideset let od vzroka škode in če v tem času proti povzročitelju ni bil sprožen noben postopek ugotavljanja nastanka okoljske škode skladno z zakonskimi določbami.

3.4. Vpliv na civilnopravno varstvo?

ZVO-1 v šestem odstavku 110.a člena določa, da pravila V.a poglavja tega zakona ne izključujejo odgovornosti povzročitelja okoljske škode proti tretjim osebam skladno s pravili obliigacijskega prava. Razlika med tema dvema oblikama odgovornosti je najbolj jasna v primeru, ko

⁶¹ V tem smislu tudi Pucelj Vidović v: Pličanič, str. 502. To seveda ne izključuje solidarne civilnopravne odškodninske odgovornosti na podlagi četrtega odstavka 186. člena ZVO-1.

⁶² »Iz tega sledi, da če predložitveno sodišče ugotovi, da gre v postopku v glavni stvari za razpršeno onesnaževanje in da vzročne zveze ni mogoče ugotoviti, tak položaj ne spada na področje uporabe *ratione materiae* Direktive 2004/35, ampak na področje uporabe nacionalnega prava pod pogoji, opredeljenimi v točki 44 te sodbe.« Zadeva C-378/08, *Raffinerie Mediterranee* in drugi proti Ministero dello Sviluppo Economico in drugi, sodba z dne 9. marca 2010, točka 59.

je škoda že nastala: povzročitelj je dolžan (na svoje stroške) izvesti ukrepe za sanacije okoljske škode v skladu s pravili ZVO-1, poleg tega pa lahko odgovarja za premoženjsko ali nepremoženjsko škodo, ki jo je njegov poseg v okolje povzročil na premoženju ali osebnih vrednotah fizičnih ali pravnih oseb. Vseeno se lahko ukrepi po civilnopravnih in javnopravnih podlagah v zvezi s škodljivim posegom v zdravo življenjsko okolje medsebojno prekrivajo, zlasti kadar škoda še ni nastala, ampak škodna nevarnost neposredno grozi. Čeprav se civilnopravna in okoljska škoda pojmovno razlikujeta, je namreč vir nastanka obeh oblik škod lahko isti poseg v okolje, zato so ukrepi za preprečevanje nastanka škode, usmerjeni zoper ta ukrep, lahko po vsebini enaki ne glede na to, ali jih sodišče odredi na podlagi 133. člena OZ ali ministrstvo na podlagi 110.d člena ZVO-1. Prav tako ukrepi za sanacijo okoljske škode lahko hkrati zmanjšajo tudi nastalo civilnopravno škodo in se tako ujemajo z možnimi upravičenimi ukrepi za zmanjšanje civilne škode v skladu s četrtrim odstavkom 133. člena OZ.

Pravne ali fizične osebe, ki so zaradi posega v okolje utrpele premoženjsko ali nepremoženjsko škodo, lahko zahtevajo odškodnino samo po pravilih OZ. Vprašanje pa je, ali so pravila ZVO-1 o okoljski škodi res povsem brez vpliva na odločanje sodišča o civilnopravnih zahtevkih. Prvi pogoj odškodninske odgovornosti je protipravnost oziroma nedopustnost nastale škode. Pri imisijah splošno koristnih dejavnosti je protipravna samo tista škoda, ki presega običajne meje. Sodišča pa pri ugotavljanju običajnih meja pogosto upoštevajo predpisane mejne emisijske vrednosti in podobne javnopravne ekološke standarde glede dopustnih obremenitev okolja, četudi na te predpise pri odločanju o imisijah niso neposredno vezana.⁶³ Tak pristop se ujema s prvim odstavkom 15. člena ZVO-1, ki določa, da je poseg v okolje dopusten le, če ne povzroča čezmerne obremenitve, tj. obremenitve, ki bi presegala mejne vrednosti emisije, standarde kakovosti okolja, pravila ravnanja ali dovoljeno rabo naravne dobrine. Člen 110.b ZVO-1 predvideva, da minister na podlagi Priloge I direktive o odgovornosti za okoljsko škodo predpiše podrobnejša merila za ugotavljanje škodljivosti vpliva na zavarovane vrste in habitate v skladu s predpisi o ohranjanju narave. Prav tako je okoljska škoda na vodah in tleh opredeljena s standardi, ki jih določajo specialni predpisi. Kadar ista konkretna obremenitev okolja poleg okoljske škode tvori tudi civilno škodo, bo mogoče predpisana merila in standarde za ugotavljanje okoljske škode uporabiti tudi pri določanju običajne meje še dopustnih imisij.

Ministrstvo lahko z odločbo odredi izvedbo preprečevalnih ukrepov in določi podrobnejša navodila za njihovo izvedbo, vendar so tudi brez tega povzročitelji obremenitve okolja po ZVO-1 dolžni že sami sprejeti ustrezne ukrepe za preprečevanje oziroma sanacijo okoljske škode. Pri dejavnostih iz drugega odstavka 110.a člena ta obveznost velja ne glede na kriv-

⁶³ Glej npr. sodbo Višjega sodišča v Mariboru I Cp 1887/2008 z dne 1. januarja 2009 in sodbo Višjega sodišča v Kopru Cpg 162/2009 z dne 21. maja 2010.

do za nastanek škodne nevarnosti oziroma same škode. Opustitev izvedbe takih ukrepov je protipravna, zato je nedopustna tudi zaradi take opustitve nastala škoda. Je potem sploh še treba ugotavljati, ali škoda presega običajne meje? Načeloma da, ker OZ za normalno škodo splošno koristne dejavnosti ne priznava pravice do odškodnine. Vendar bo v primerih, ko poseg v okolje izpolnjuje merila nedopustne okoljske škode po ZVO-1, zlasti če je ministrstvo v zvezi z njim že odredilo izvedbo sanacijskih ukrepov, tožnikom lažje dokazati, da škoda zaradi imisije tudi v civilnopravnem smislu presega običajno mejo. Mogoče je pričakovati, da bo zaostrena odgovornost povzročiteljev obremenitve okolja zato imela posledice tudi na civilnopravnem področju.

4. Procesne možnosti skupinskega varstva pred posegi v okolje

4.1. Razpršenost učinkov kot ovira pri uveljavljanju zahtevkov

Kadar večja škoda v okolju grozi geografsko ožje omejenemu območju ali na njem že nastaja in povzroča opaznejšo škodo ožjemu krogu posameznikov, ki jih je zlahka mogoče individualizirati, lahko vsaka od prizadetih oseb pravno varstvo pred nedopustnimi posegi razmeroma preprosto uveljavlja z individualno tožbo na podlagi pravil o varstvu pred imisijami.⁶⁴ Vendar številne vrste obremenitev okolja, npr. onesnaževanje zraka ali elektromagnetno sevanje, učinkujejo na daljavo, tako da so škodljive posledice razpršene po širokem območju in tam delno prizadenejo vse prebivalce oziroma lastnike nepremičnin. Pogosto so škodljive posledice, ki prizadenejo posameznika, razmeroma majhne, čeprav sta poseg v okolje in z njim povzročena škoda v celoti gledano velika. Zlasti kadar je onesnaževalcev na istem območju več in kadar se škodne posledice onesnaževanja ne pokažejo takoj, ampak šele po daljšem obdobju kumuliranih vplivov, je dokazovanje vzročne zveze med ravnanjem posameznega obremenitelja okolja in nastalo škodo praviloma zelo zahtevno⁶⁵ in so zanj potrebne drage izvedenske študije, izdelane na podlagi opravljenih meritev, saj so že zbrani podatki o stanju okolja in obremenitev pogosto pomanjkljivi oziroma jih povzročitelji nočejo razkriti. Sodni postopki v zvezi s spori zaradi onesnaževanja okolja so zato dolgotrajni in dragi, njihov izid pa je negotov tudi zaradi neravnovesja moči strank in nesimetričnosti informacij.⁶⁶

Navedeni dejavniki prizadete osebe odvrtaajo od individualnega vlaganja tožb zaradi razpršenih posegov v življenjsko okolje. Ni razumno pričakovati, da bi posameznik, ki je sam utrpel

⁶⁴ Zuljan ugotavlja, da civilno pravo lahko učinkovito ureja razmerja z okoljsko problematiko, kadar so kumulativno izpolnjeni trije pogoji: da sta povzročitelj in oškodovanec znana; da sta nesporno ugotovljena obseg in vrsta škodljivega vpliva na oškodovanca; da je onesnaževanje čim bolj zasebne narave oziroma se po obsegu omejuje samo na oškodovanca. Zuljan, str. 22.

⁶⁵ O problemu odgovornosti pri masovnih, zapoznelih in skupnih imisijah glej Knez, str. 31–32.

⁶⁶ Rijavec, str. 32; Betetto, Jeraj, str. 22; Pucelj Vidović v: Pličanič, str. 199, 201.

zgolj bagatelno škodo, nase prevzel vse stroške pravde in tveganje, da mu ne bodo povrnjeni, če pravdo zgubi, medtem ko bi v primeru uspeha s tožbo od tega imeli koristi tudi tisti, ki v pravdi niso sodelovali.⁶⁷ Zaradi učinkovitega varstva pred škodljivimi posegi v zdravo življenjsko okolje se kaže potreba po procesnih mehanizmih, ki bi omogočili skupinsko varstvo interesov širše skupine ali razreda ljudi, ne da bi se vsi vključili v postopek osebno. V takem postopku izdana odločba mora torej v razmerju do določenega povzročitelja obremenitve okolja glede identičnega pravnega vprašanja na enoten način učinkovati v korist vseh oseb, ki jih prizadene ali bi jih lahko prizadel poseg v okolje.⁶⁸ Na tem mestu nas zanimajo vse procesne možnosti, s katerimi lahko skupina posameznikov, zlasti takih, ki jih je konkreten poseg v življenjsko okolje prizadel ali bi jih lahko, doseže sprejem ukrepov za preprečitev nastanka škode oziroma zmanjšanje škodne nevarnosti, če je škoda že nastala, pa za njeno odpravo in plačilo odškodnine.

4.2. Zahteva za odreditev ukrepov po 110.g členu ZVO-1

ZVO-1 določa obveznost povzročiteljev obremenitve okolja, da sami sprejmejo ustrezne ukrepe za preprečevanje oziroma sanacijo okoljske škode, in predvideva ukrepanje ministrstva po uradni dolžnosti, če samo izve za okoljsko škodo oziroma za obstoj neposredne nevarnosti njenega nastanka. Poleg tega pa v 110.g členu daje pravnim ali fizičnim osebam, prizadetim zaradi okoljske škode, in nevladnim organizacijam, ki delujejo v javnem interesu na področju varstva okolja (ta status jim podeli minister z odločbo v skladu s 153. členom ZVO-1), pravico, da ministrstvo obvestijo o primerih okoljske škode in zahtevajo, da povzročitelju odredi izvedbo sanacijskih ukrepov. Ta določba izvira iz 12. člena Direktive o okoljski odgovornosti,⁶⁹ njen namen pa je zainteresiranim posameznikom in nevladnim organizacijam omogočiti, da spodbudijo pasivne nacionalne organe k ukrepanju v skladu s svojimi pooblastili za preprečevanje in odpravljanje okoljske škode.⁷⁰

Obvestilo o povzročeni okoljski škodi mora vsebovati informacije in podatke, ki izkazujejo njen obstoj. Ministrstvo bo preučilo obvestilo in ga poslalo povzročitelju zatrjevane okoljske škode, če bo presodilo, da navedbe iz obvestila verjetno izkazujejo njen nastanek. Domnevni povzročitelj mora odgovoriti najpozneje v 14 dneh od prejema obvestila. Če ministrstvo na podlagi navedb in dejanskega stanja ugotovi, da je nastala okoljska škoda, o tem izda odločbo, s katero povzročitelju naloži izvedbo sanacijskih ukrepov.⁷¹ Ministrstvo pa lahko zavrne zah-

⁶⁷ Zuljan, str. 25–26.

⁶⁸ Prim. Rijavec, str. 20–21, in Cigoj, str. 576.

⁶⁹ Določba direktive je bila oblikovana po zgledu Aarhuške konvencije o dostopu do informacij, udeležbi javnosti pri odločanju in dostopu do pravnega varstva v okoljskih zadevah, sestavljene 25. junija 1998 (Ur. l. RS – MP, št. 17/2004).

⁷⁰ Winter, Jans, Macrory, Krämer, str. 171.

⁷¹ Predlog ZVO-1B, str. 124.

tevo za uvedbo postopka o sanacijskih ukrepih le, če se izkaže, da ni prepričljivih dokazov o nastali škodi. Osebe ali organizacije, ki so zahtevale ukrepanje ministrstva, imajo v upravnem postopku odreditve sanacijskih ukrepov položaj stranskega udeleženca, kar pomeni, da imajo načeloma enake pravice in dolžnosti kot stranka (43. člen ZUP).⁷²

Direktiva o okoljski odgovornosti v 12. členu dopušča, da države članice prizadetim posameznikom in okoljevarstvenim organizacijam dajo pravico, da zahtevajo ukrepanje tudi v primeru, ko okoljska škoda še ni nastala, ampak obstaja le neposredna nevarnost njenega nastanka. Slovenski zakonodajalec se za to možnost ni odločil, češ da je povezana s preveč težavami pri dokazovanju take nevarnosti.⁷³ Zaradi tega zakon tudi ne določa, kakšen je položaj teh subjektov v postopku odreditve preprečevalnih ukrepov. Glede na to, da se v postopku varuje podobne okoljske interese kot pri odreditvi sanacijskih ukrepov, pa bi bilo zainteresiranim osebam in organizacijam smiselno tudi tu omogočiti udeležbo. V 13. členu direktiva določa, da morajo imeti prizadeti posamezniki in okoljevarstvene organizacije dostop do sodišča ali drugega neodvisnega in nepristranskega javnega organa, pristojnega za pregled formalne in materialne zakonitosti odločitev, ravnanj ali opustitev ravnanja pristojnega organa po tej direktivi. V slovenskem pravnem redu to pomeni, da imajo zoper odločbo (ali molk) ministrstva možnost sprožiti upravni spor.

4.3. Uveljavljanje v pravnem postopku

Civilnopravno varstvo pred nedovoljenimi imisijami po OZ in SPZ se uveljavlja v pravdi, podlago za uresničevanje pravice do zdravega življenjskega okolja v pravnem postopku pa daje tudi 14. člen ZVO-1, ki določa načelo varstva pravic. Vendar pravila pravnega postopka niso najbolje prilagojena varstvu skupinskih interesov za varstvo okolja, saj so namenjena predvsem reševanju spora med strankama z nasprotujočimi si interesi, ne pa varstvu interesov širše javnosti.⁷⁴

4.3.1. Individualna tožba in sosporništvo

Kadar poseg v življenjsko okolje prizadene jasno opredeljivo ožjo skupino ljudi (npr. vse sosedne deponije odpadkov ali industrijskega objekta), zahtevki teh oseb za varstvo pred čezmerni-

⁷² Zakon o splošnem upravnem postopku (ZUP) (Ur. l. RS, št. 80/1999, 70/2000, 52/2002, 73/2004, 22/2005 – UPB1, 119/2005, 24/2006 – UPB2, 105/2006 – ZUS-1, 126/2007, 65/2008, 47/2009 – Odl. US: U-I-54/06-32 (48/2009 – popr.), 8/2010). Pichler se zavzema, da se tem osebam v postopku izdaje odločbe prizna status stranke. Pichler, str. 1319. Ker prizadetim osebam in nevladnim organizacijam s posebnim statusom zakon daje svojevrstno zahtevo za uvedbo postopka, imajo širše pravice od siceršnjega položaja stranskega udeleženca v (tujem) postopku. Pucelj Vidović v: Pličanič, str. 523–524.

⁷³ Predlog ZVO-1B, str. 124.

⁷⁴ Rijavec, str. 20.

mi imisijami temeljijo na enaki ali istovrstni pravni in dejanski podlagi. S posegom v okolje je namreč na podoben način prekršena pravica do zdravega okolja vsake od teh oseb. Prizadeti zato lahko proti povzročitelju obremenitve okolja vložijo skupno tožbo, v kateri vsi nastopajo kot materialni ali vsaj formalni sosporniki. To jim omogoča, da dosežejo obravnavanje svojih zahtevkov po enotnih merilih, prav tako se znižajo skupni stroški pravedanja zaradi skupnega izvajanja dokazov in enotnega zastopanja. Tudi če je pred istim sodiščem vloženi več individualnih tožb proti istemu obremenitelju okolja, jih sodišče lahko združi v skupno obravnavo.⁷⁵

Sosporništvo pomeni subjektivno kumulacijo tožb, zato procesnoppravno razmerje obstaja med vsakim tožnikom in vsakim tožencem. Ker je vsak navadni sospornik samostojna stranaka, je mogoče zoper vsakega izdati drugačno sodbo – seveda pa je zaradi skupnega dokaznega postopka pri sosporništvu večja gotovost, da bo sodišče glede tožnikov v enakem dejanskem položaju sprejelo enako odločitev. Materialno pravo pa ne omogoča, da bi za varstvo pred posegi v življenjsko okolje uporabili institut nujnega sosporništva, pri katerem se vsi sosporniki štejejo za enotno pravno stranko in ima sodba proti vsem enako vsebino, četudi nekateri nujni sosporniki niso nastopili na aktivni strani. Osebe, ki so prizadete zaradi posega v okolje, ne tvorijo materialnopravne skupnosti, saj taka skupnost ne nastane že zato, ker imajo vsi prebivalci nekega kraja pravico do čistega zraka.⁷⁶ Ni namreč nujno, da poseg v okolje vse take osebe čezmerno prizadene.

To pomeni, da bo tudi v primeru sosporništva sodba pravno učinkovala samo v korist tistih strank, ki so se pravde udeleževale, ne pa tudi v korist drugih oseb, ki jih onesnaževanje prizadeva. Učinkovanje sodbe zgolj *inter partes* sicer ni problematično, če se povzročitelju obremenitve okolja naloži odstranitev vira nevarnosti ali izvedba ukrepov za preprečitev nastanka škode oziroma za njeno zmanjšanje. Dejanski učinki izvedbe tovrstnih ukrepov namreč niso omejeni na stranke postopka, ampak odpravijo ali vsaj omejijo škodljive učinke na okolje v korist vseh prizadetih. Rešitev pa ni zadovoljiva, kadar je poseg v okolje že povzročil škodo večji skupini ljudi ali taka škoda še nastaja, npr. če gre za dovoljen splošno koristen obrat in prepovedni, odstranitveni in omilitveni zahtevki ne morejo v celoti odpraviti škodljivih učinkov. V takem primeru prizadetim ostane samo odškodninski zahtevek, ki ga mora vsak posameznik uveljavljati v pravdi, saj sicer ugotovitev sodišča o odškodninski odgovornosti onesnaževalca zanj nima učinka pravnomočnosti. Za uveljavljanje odškodninskih zahtevkov zaradi kršitve pravice do zdravega življenjskega okolja je torej nujno sodelovanje vsakega oškodovanca v pravdi.⁷⁷

⁷⁵ Wedam Lukić v: Ude, Galič, 4. knjiga, str. 200.

⁷⁶ Rijavec, str. 24–25.

⁷⁷ Ude, str. 16.

4.3.2. Vzorčni postopek

Izvedba vzorčnega postopka pride v poštev zlasti, kadar veliko število oškodovancev z individualnimi tožbami zahteva odškodnino zaradi posega v življenjsko okolje, npr. zaradi čezmernih imisij dovoljene splošno koristne dejavnosti. Pravna podlaga takih zahtevkov je identična, dejanska podlaga pa podobna, razlikuje se predvsem v stopnji prizadetosti oziroma višini škode, ki je odvisna npr. od oddaljenosti od vira onesnaževanja. Združevanje vseh tožb v en postopek bi pri velikem številu tožnikov z različnimi pooblaščenici postalo procesno neobvladljivo zaradi vročanja vlog vsake stranke vsem drugim strankam, vabljenja na naroke ipd. Sodišče lahko v takem položaju na podlagi ene tožbe izvede vzorčni postopek, preostale postopke pa prekine. Po pravnomočnosti sodbe, izdane v vzorčnem postopku, sodišče o prekinjenih postopkih, ki nimajo bistvenih posebnosti, odloči ob upoštevanju odločitve v vzorčnem primeru (279.b člen ZPP).⁷⁸ Na odločitev v vzorčnem postopku je vezan vsak sodnik pri sodišču, ki bo sodil v prekinjenih postopkih, kar zagotavlja enotno odločanje v sorodnih zadevah. Gre za formalno vezanost na pravne in dejanske ugotovitve, ki jo predpisuje že zakon in je zato močnejša od navadnega precedensa.⁷⁹

Posamezni tožniki zoper povzročitelja obremenitve okolja sicer ohranijo položaj stranke v svojem postopku in s tem možnost, da se izjavijo o vseh navedbah tožene stranke, pri čemer pa sodišča strankam dopuščajo samo navajanje in dokazovanje bistvenih posebnosti, ki bi lahko privedle do drugačne odločitve kot v vzorčnem postopku.⁸⁰ Stranka, ki je bila tožena zaradi posegov v življenjsko okolje, pa v prekinjenih postopkih ne bo mogla več oporekati dejanskim in pravnim ugotovitvam ter stališčem, ki jih je zavzelo sodišče v vzorčnem postopku. To pomeni, da bo imela sodba učinek v drugih prekinjenih postopkih le, če je za onesnaževalca neugodna.⁸¹

Ureditev vzorčnega postopka sledi načelu hitrosti postopka in procesne ekonomije v množičnih istovrstnih sporih; hkrati sledi načelu pravne varnosti, da pred sodiščem v bistveno enakih

⁷⁸ Zakon o pravnem postopku (ZPP) (Ur. l. RS, št. 26/1999, 83/2002 – Skl. US: U-I-21/02-6, 96/2002, 12/2003 – UPB1, 58/2003 – Odl. US: U-I-255/99-28, 73/2003 – Skl. US: U-I-137/00-21, 2/2004, 2/2004 – ZDSS-1 (10/2004 – popr.), 36/2004 – UPB2, 69/2005 – Odl. US: U-I-145/03-9, 90/2005 – Odl. US: Up-258/03-14, U-I-74/2005, 43/2006 – Odl. US: U-I-55/04-10, Up-90/04-15, 69/2006 – Odl. US: Up-236/04-16, U-I-314/06, 52/2007, 73/2007 – UPB3, 101/2007 – Odl. US: Up-679/06-66, U-I-20/07, 102/2007 – Odl. US: Up-2089/06-31, U-I-106/07, 45/2008 – ZArbit, 45/2008, 62/2008 – Skl. US: U-I-275/06-7, Up-811/07-7, 111/2008 – Odl. US: U-I-146/07-34, 116/2008 – Skl. US: U-I-253/07-6, Up-2118/06-6, 121/2008 – Skl. US: U-I-279/08-8, 47/2009 – Odl. US: U-I-54/06-32 (48/2009 – popr.), 57/2009 – Odl. US: U-I-279/08-14, 12/2010 – Odl. US: U-I-164/09-13, 49/2010 – Odl. US: U-I-8/10-10, 50/2010 – Odl. US: U-I-200/09-14, 107/2010 – Odl. US: U-I-161/10-12).

⁷⁹ Robnik, str. 113.

⁸⁰ Prav tam, str. 111.

⁸¹ Prim. Wedam Lukić v: Ude, Galič, 4. knjiga, str. 200–201.

zadevah ne bi prihajalo do različnih odločitev.⁸² Te prednosti se izrazijo tudi v sporih zaradi posegov v življenjsko okolje. Institut vzorčnega postopka pa ne izboljšuje položaja tožnikov z bagatelnimi zahtevki in ne omogoča, da bi se pravda omejila na razmerje dveh strank, tj. povzročitelja posega v okolje na eni strani in prizadete javnosti na drugi strani, kar bi bilo pri množičnih sporih zaradi posegov v okolje pogosto najbolj smiselno, ker se s tožbo vsaj posredno varuje interes širše javnosti, in ne le pravnih strank.⁸³ Vsaka od tožečih strank tako še vedno nosi tveganje, da bo morala zalagati sredstva za pridobivanje dragih izvedenskih mnenj in ekspertnih študij⁸⁴ ter da bo v primeru neuspeha nosila celotne stroške postopka, ki so lahko nesorazmerno visoki v primerjavi z višino njenega tožbenega zahtevka. Temu tveganju je sicer najbolj izpostavljena tožeča stranka v postopku, ki ga je sodišče izbralo za vzorčnega, manj pa tudi stranke v drugih, prekinjenih postopkih, v katerih bodo v poštev prišli že v vzorčnem postopku izvedeni dokazi (čeprav tudi odvetniški stroški in sodne takse niso zanemarljivi). Vse tožeče stranke bi se lahko vnaprej dogovorile, da si delijo stroške vzorčnega postopka, vendar taka rešitev ni sistemska, ampak je odvisna od prostovoljnega dogovora strank.

Vzorčni postopek pride v poštev predvsem pri odškodninskih zahtevkih zaradi čezmernih imisij. Pri uveljavljanju drugih zahtevkov zaradi obremenjevanja okolja, torej prepovednih in odstranitvenih zahtevkov ali zahtevkov za izvedbo preprečitvenih ali omilitvenih ukrepov, izvedba vzorčnega postopka ni potrebna, saj izvedbe takih ukrepov od istega onesnaževalca ni smiselno zahtevati z več tožbami hkrati. Če je onesnaževalcu izvedba tovrstnih ukrepov enkrat naložena in če so ti ukrepi tudi izvršeni, dejansko učinkujejo v korist vseh oseb, ki jih je prizadel konkretni poseg v okolje,⁸⁵ zato bi po izvršitvi sodbe, ki je bila izdana v vzorčnem postopku, odpadel pravni interes tožnikov v prekinjenih postopkih.

4.3.3. *Popularna tožba po OZ in ZVO-1*

OZ vzpostavlja splošno dolžnost preprečevanja škode in vznemirjanja, zato odstranitvene in opustitvene zahtevke iz prvega odstavka 133. člena OZ lahko po dikciji zakona uveljavlja *vsakdo*. V teoriji ni enotnega stališča o tem, ali gre pri tem zahtevku za klasično popularno tožbo, kar bi pomenilo, da ima pravico do tožbe tudi tisti, ki ni neposredno ogrožen, ali pa je za aktivno legitimacijo potreben konkretniji interes. Preprečitvene oziroma odstranitvene ukrepe po drugem odstavku 133. člena OZ pa sodišče odredi na zahtevo *zainteresirane osebe*.

⁸² Robnik, str. 103.

⁸³ Betetto, Jeraj, str. 25–26.

⁸⁴ Če povzročitelj obremenitve okolja opravlja katero od dejavnosti iz drugega odstavka 110.a člena ZVO-1, je sicer povzročitelj dolžan že sam zbirati podatke o nastali okoljski škodi in o njih poročati ministrstvu, tako da mu lahko sodišče naloži, naj predloži te podatke. Vendar se bo pogosto pokazala potreba, da že izvedene meritve preveri neodvisna strokovna institucija.

⁸⁵ Ude, str. 16.

V krog zainteresiranih oseb spadajo tisti, ki so na kakršenkoli način prizadeti zaradi škodne nevarnosti ali vznemirjanja.⁸⁶

Pravo popularno tožbo za namen varstva okolja pa nedvomno ureja 14. člen ZVO-1, ki omogoča, da državljanke in državljani kot posamezniki pred sodiščem uveljavljajo opustitvene in prepovedne zahtevke zoper nosilca posega v okolje. Za tožbo so aktivno legitimirani vsi slovenski državljani,⁸⁷ s tožbo pa zahtevajo varstvo pravice do zdravega življenjskega okolja v javnem interesu oziroma zaradi varstva širše skupine oseb, in ne le zaradi kršitve lastnih pravic in interesov. Aktivno procesno legitimacijo sodišče prizna posamezniku, če zatrjuje, da je ogrožen javni interes zaradi nevarnosti čezmerne obremenitve okolja ali zaradi neposredne nevarnosti za življenje ali zdravje ljudi (nastanka škode ali škodne nevarnosti ni treba zatrjevati).⁸⁸

Prednost prave popularne tožbe je, da tožeči stranki omogoča nastopanje v imenu oziroma za račun celotne javnosti. Zaradi pravil o pravnomočnosti bo taka tožba sicer pravno učinkovala samo med pravnimi strankami, vendar to glede na naravo možnih zahtevkov ni problematično, saj se, kot smo že ugotovili, dejanski učinek izvedbe opustitvenih, prepovednih, preprečitvenih in omilitvenih ukrepov dejansko širi na vse osebe, ki jih poseg v okolje prizadeva oziroma bi jih lahko prizadel. To sicer velja ne glede na to, ali se ti zahtevki v zvezi z razpršenimi škodljivimi vplivi na okolje uveljavljajo s popularno tožbo v javnem interesu ali z navadno tožbo v zasebnem interesu – tožnik vedno nastopa tudi v korist drugih. Seveda pa posameznik, ki sam vlaga tako tožbo, še vedno prevzema nesorazmerno breme zamudnega postopka in tveganje stroškov, zato bo verjetno pripravljen individualno nastopati v pravih za varstvo okolja le, če bo zadosti močan tudi njegov osebni interes.⁸⁹ Verjetneje pa je pričakovati, da bi tako tožbo vložila skupina zainteresiranih oseb ali organizacija, namenjena varstvu okolja.

Popularne tožbe ne po OZ ne po ZVO-1 ni mogoče vložiti z zahtevkom za povrnitev škode, zato ne more pomeniti popolne rešitve v položaju, ko je zaradi posega v okolje že nastala precejšnja škoda ali ko se nastajanja škode s preprečitvenimi ukrepi ne da v celoti preprečiti.

⁸⁶ Jadek Pensa v: Plavšak, Juhart, str. 764–765; Vrenčur v: Juhart, Tratnik, Vrenčur, str. 396; Strohsack, str. 55–56; Polajnar Pavčnik, str. 219–220; Cigoj, str. 576. Prim. sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 191/98 z dne 23. decembra 1998: »Za pravno varstvo po 156. členu ZOR je značilno, da je široko tako v subjektivnem kot objektivnem smislu: aktivno legitimiran k sporu je širok krog zaradi imisij prizadetih oseb, toženec pa vsakdo, iz katerega sfere izvira oziroma grozi nevarnost.«

⁸⁷ V pravni teoriji se že dlje časa ugotavlja, da je taka omejitev ustavnopravno sporna, saj pravica do zdravega življenjskega okolja po 72. členu Ustave RS ne pripada samo državljanom, ampak vsakomur. Ude, str. 14; Strehovec, str. 7; Pucelj Vidović v: Pličanič, str. 196.

⁸⁸ Ude, str. 14–15.

⁸⁹ Rijavec, str. 28–29.

4.3.4. Organizacijska tožba po ZVO-1

ZVO-1 v 14. členu vzporedno s popularno tožbo ureja tudi organizacijsko tožbo za uresničevanje pravice do zdravega življenjskega okolja. Opustitvene in prepovedne zahtevke zoper nosilca posega v okolje lahko pred sodiščem v javnem interesu uveljavljajo tudi društva, združenja in organizacije državljanov.⁹⁰ Aktivno procesno legitimacijo sodišče prizna organizaciji, ki zatrjuje, da je ogrožen javni interes zaradi nevarnosti čezmerne obremenitve okolja ali zaradi neposredne nevarnosti za življenje ali zdravje ljudi, in ki izkazuje, da nastopa v imenu vseh članov skupine, in ne v lastnem interesu, ki ne bi bil identičen z javnim interesom skupine.⁹¹ Gotovo se lahko šteje, da organizacija tak interes izkazuje, če je že pridobila status nevladne organizacije, ki na področju varstva okolja v Republiki Sloveniji deluje v javnem interesu (153. člen ZVO-1). Toda pridobitev takega statusa z odločbo ministra ni pogoj za vložitev organizacijske tožbe po 14. členu ZVO-1 (drugače kot za uveljavljanje pravic po 110.g členu istega zakona).⁹² Iz formulacije, ki govori o društvih, združenjih in organizacijah, je razvidno, da je zakonodajalec želel aktivno legitimacijo za vložitev organizacijske tožbe podeliti široko, zato gre zavzeti stališče, da lahko tožbo vložijo tudi oblike združevanja, ki nimajo pravne subjektivitete (npr. če se tožniki organizirajo kot societeta, skupnost stanovalcev, vaška ali agrarna skupnost), če zastopajo javni interes za varstvo okolja in če so izpolnjeni drugi pogoji, da jim sodišče v skladu s tretjim odstavkom 76. člena ZPP prizna lastnost stranke v posamezni pravdi. Glavni pogoj je seveda, da ima skupnost na voljo ustrezno premoženje, iz katerega bi se lahko krili vsaj stroški postopka v primeru neuspeha v pravdi.⁹³

Organizacijska tožba enako kot popularna tožba omogoča, da se v pravdi vzpostavi dvostransko razmerje med povzročiteljem obremenitve okolja na eni strani in tožnikom kot zastopnikom javnega interesa za varstvo okolja na drugi strani. Če tožbo vloga organizacija, breme pravljanja in z njim povezanega finančnega tveganja ne pade na posameznika, ampak se porazdeli med člane organizacije. Tudi z organizacijsko tožbo pa se lahko v javnem interesu zahteva samo ustavitev škodljivega posega v okolje ali prepoved začetka izvajanja takega po-

⁹⁰ Glede na formulacijo »državljanke ali državljani [...] ali njihova društva, združenja in organizacije« bi bilo mogoče sklepati, da ne morejo biti aktivno legitimirane organizacije, katerih člani so tudi tuji državljani, vendar menim, da bi bila taka razlaga v nasprotju z namenom instituta. Za upravičenost do organizacijske tožbe zadošča, da so člani organizacije tudi slovenski državljani in da je tožba tudi zanje v javnem interesu.

⁹¹ Rijavec, str. 27.

⁹² Aktivno legitimacijo nevladnih organizacij za uveljavljanje opustitvenih in prepovednih ter tudi preprečitvenih in omilitvenih zahtevkov predvideva tudi 18. člen Luganske konvencije o civilni odgovornosti za škodo, povzročeno z dejavnostmi, nevarnimi za okolje iz leta 1993. Konvencija sicer ni stopila v veljavo, ker je ni podpisalo in ratificiralo zadostno število držav. Besedilo je dostopno na: <<http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/150.htm>>. Podrobneje o vsebini Knez, str. 35–44.

⁹³ Prim. Galič v: Ude, Galič, 1. knjiga, str. 319–320.

sega, odškodninski zahtevki zaradi že nastalih posledic posega v okolje na pravno varovanih dobrinah posameznikov pa niso mogoči.

4.4. Pomanjkljivosti obstoječih procesnih mehanizmov

V celoti gledano se zdi organizacijska tožba iz 14. člena ZVO-1 še najučinkovitejši procesni mehanizem za varovanje zdravega življenjskega interesa v primerih razpršenih škodljivih vplivov na okolje, zlasti ker lahko ista organizacija, ki pred sodiščem zahteva ustavitev ali prepoved potencialno škodljivega posega v okolje, v primeru, da okoljska škoda že nastane, od ministrstva zahteva tudi odreditev sanacijskih ukrepov na podlagi 110.g člena ZVO-1.

Pomanjkljivost organizacijske tožbe ostaja, da z njo od povzročitelja obremenitve okolja ni mogoče zahtevati plačila odškodnine. Čeprav imajo z vidika varovanja okolja načeloma prednost zahtevki, ki so usmerjeni v preprečitev nastanka škode, ti zahtevki ne zadoščajo, kadar škoda že nastaja ali se njenega nastajanja v celoti sploh ne da preprečiti. Onesnaževalec lahko tudi izračuna, da se mu kršitev predpisov in prepovedi izplača, vsaj do prisilne izvršbe, če mu ne grozi tveganje, da bo moral nastalo škodo povrniti. Že zaradi generalne prevencije bi bilo zato smiselno vzpostaviti učinkovitejši način, kako finančno breme negativnih eksternalij čezmerne obremenjevanja okolja prenesti na povzročitelja obremenjevanja, v skladu z načelom, da onesnaževalec plača. Na področju civilnega prava bi tako internalizacijo negativnih učinkov lahko zagotovil le učinkovit mehanizem odškodninskega varstva vseh, ki so s posegom v okolje prizadeti.

Učinkovitost organizacijske in popularne tožbe je omejena tudi zaradi omejenega učinka pravnomočnosti. Čeprav tožnik načeloma nastopa v imenu javnosti, se to upošteva le pri presoji njegovega pravnega interesa za tožbo, medtem ko v postopku izdana sodba še vedno učinkuje le med strankami postopka. Člani javnosti, ki v postopku niso bili udeleženi, na podlagi take sodbe ne morejo zahtevati nikakršne izpolnitve, četudi jih poseg v okolje, v zvezi s katerim je bila tožba vložena, neposredno prizadeva. Zaradi tega z organizacijsko in popularno tožbo ni mogoče zahtevati plačila odškodnin. Po drugi strani pa javnost, ki jo je tožnik v pravdi načeloma zastopal, na izdano sodbo tudi ni vezana, zato sodba proti tretjim osebam ne ustvarja učinka *res iudicata*. To je problematično zlasti z vidika povzročitelja obremenitve okolja, saj mu končanje postopka ne zagotavlja, da ne bodo proti njemu drugi tožniki sprožali vedno novih tožb z opustitvenimi in prepovednimi zahtevki.

Domnevamo lahko, da je omejen učinek pravnomočnosti tudi ena od ovir za sklepanje poravnave, ki so se v tujini izkazale za učinkovit način konsenzualnega reševanja kompleksnih razmerij, nastalih zaradi razpršenih škodljivih učinkov obremenjevanja okolja. Sodna poravnava v sporu na podlagi popularne ali organizacijske tožbe namreč ne bi pomenila dokončne

ureditve razmerja med povzročiteljem obremenitve okolja in prizadeto javnostjo, ampak samo ureditev tega razmerja med strankami.

4.5. Potreba po uvedbi novih oblik uveljavljanja skupinskih interesov?

V slovenskem pravnem redu poznamo posebno popularno in organizacijsko tožbo za varstvo okolja že od leta 1993, vendar ta možnost varstva javnega interesa za zdravo življenjsko okolje v praksi ostaja neizrabljena. Tožbe zaradi čezmernih posegov v okolje v praksi najpogosteje vlagajo neposredno prizadeti posamezniki v svojem imenu na podlagi stvarnopравnih ali obligacijskopравnih pravil o varstvu pred imisijami, vznemirjanjem ali virom nevarnosti.⁹⁴ Glede na ugotovitev, da je za učinkovito varstvo okolja pomembno, da ravnanje državnih organov dopolnjujejo tudi ukrepi civilne družbe, se zastavlja vprašanje, ali je treba uvesti nove, za zainteresirano javnost privlačnejše oblike procesnega varstva skupinskih interesov za zdravo življenjsko okolje. V tujih pravnih redih, zlasti anglosaških in skandinavskih, se tovrstni množični spori pogosto rešujejo z razrednimi tožbami oziroma s poravnavami, sklenjenimi na podlagi vloženih razrednih tožb, zato se uvedba instituta razredne tožbe ponuja kot mogoča rešitev.

Za razredno tožbo je značilno, da jo brez vnaprejšnjega soglasja drugih vložijo posamezniki v imenu celotne skupine ljudi, ki so se znašli v podobnem pravnem ali dejanskem položaju, pri čemer se pravnomočnost sodbe razteza na vse pripadnike skupine, čeprav ti ne sodelujejo v postopku.⁹⁵ Temeljne zahteve za razredno tožbo so, da je skupina tožnikov (razred) tako velika, da bi bile posamične tožbe nepraktične; da so temeljna pravna ali dejanska vprašanja skupna vsem članom razreda; da se uveljavljajo tožbeni zahtevki, ki so značilni za vse člane razreda; in da stranka, ki nastopa v imenu razreda, dejansko ustrezno zastopa interese razreda.⁹⁶ V svetu obstaja več modelov razredne tožbe, ki se razlikujejo predvsem glede tega, kako se določi članstvo posameznikov v razredu, za katerega bo izid pravde zavezujoč. V ZDA je uveljavljen sistem *opt-out*: sodišče mora najprej tožbo potrditi kot razredno tožbo in s sklepom natančno opredeliti razred in njegovega zastopnika. Članstvo v razredu se domneva, vendar morajo biti člani razreda obveščeni o začetku postopka in o možnosti, da se iz njega izločijo in tako preprečijo, da bi se pravnomočnost sodbe raztezala tudi nanje. V angleški in švedski obliki skupinskega postopka velja sistem *opt-in*: razredni tožnik ne more nastopati v imenu odsotnih članov razreda, članstvo v razredu pa se ne domneva, temveč mora vsak član aktivno pristopiti k postopku.⁹⁷ S sodbo ali sodno poravnavo se lahko na podlagi razredne tožbe

⁹⁴ Pucelj Vidović v: Pličanič, str. 201.

⁹⁵ Rijavec, str. 21; Clermont, str. 386.

⁹⁶ Clermont, str. 389–390.

⁹⁷ V angleškem sistemu vsak član, ki pristopi k postopku, s tem pridobi status stranke, v švedskem sistemu pa postane stranka samo, če to izrecno zahteva.

določita tudi odškodnina, ki pripada razredu kot celoti, in način njene razdelitve med člane. Kadar je delitev nizkih zneskov velikemu številu članov razreda nesmiselna, se lahko tožencu naloži drugačen način plačila.⁹⁸ V vsakem primeru so pri razredni tožbi potrebna poudarjena inkvizitorna pooblastila sodišča, ki mora po uradni dolžnosti preveriti, ali so zastopani interesi vseh članov razreda in ali med člani razreda ni nasprotij. To je pomembno tudi, če se doseže poravnava med pravnimi strankami, saj se bo njena pravnomočnost prav tako raztezala na vse člane razreda, ki jih pravni red šteje za zastopane.⁹⁹

Če bi uvedli možnost razredne tožbe tudi v slovenskem pravu,¹⁰⁰ bi bila najprej potrebna odločitev za enega od opisanih sistemov. Najradikalnejša novost bi bil gotovo ameriški sistem, ki temelji na domnevi članstva v razredu, saj je tu potrebna tudi največja aktivnost sodišča zaradi varstva javnega interesa, medtem ko sta angleški in švedski sistem bližja izhodiščem našega pravnega postopka. Sistemsko bi ureditev razredne tožbe seveda spadala v ZPP, vendar menim, da take novosti ne bi bilo smiselno takoj uvesti v obliki splošnega instituta, ampak bi bilo njeno delovanje primerneje najprej preizkusiti na ožjem področju, kakršno je prav področje varstva pred posegi v zdravo življenjsko okolje.¹⁰¹ Tu bi bil mogoč tudi »evolucijski« pristop, tako da bi institut organizacijske tožbe iz 14. člena ZVO-1 nadgradili z možnostjo uveljavljanja drugih oblik zahtevkov zaradi posegov v okolje (torej tudi odškodninskih zahtevkov) in z razširitvijo subjektivne pravnomočnosti vsaj po sistemu *opt-in*, tako da bi sodba učinkovala v korist vseh članov razreda, ki bi pristopili k tožbi. Taka rešitev sodišču ne bi nalagala večjega bremena pri opredeljevanju razreda, za katerega sodba velja. Reprezentativnost tovrstne tožbe pa bi se lahko preprosto zagotovila tako, da bi se aktivna legitimacija omejila samo na okoljevarstvene organizacije s posebnim statusom iz 153. člena ZVO-1. Inkvizitorna pooblastila sodišča bi bila tako potrebna predvsem, če bi stranki sklenili poravnavo, saj bi moralo sodišče preveriti, ali je njena vsebina skladna s kogentnimi predpisi in z javnim interesom za varstvo zdravega življenjskega okolja.

Menim, da bi predlagana dopolnitev ureditve organizacijske tožbe iz ZVO-1 omogočila celovitejše reševanje problematike razpršenih škodljivih vplivov čezmernih obremenitev okolja tako v korist okolja kot v korist konkretno prizadetih posameznikov. Domnevam, da bi bila motivacija okoljevarstvenih organizacij in posameznikov za sodelovanje pri takih postopkih

⁹⁸ Betetto, Jeraj, str. 22–24.

⁹⁹ Rijavec, str. 22, 28.

¹⁰⁰ Ude se je že leta 1995 spraševal, ali se kaže na področju varstva okolja že zavzemati za uveljavitev razredne tožbe, ko pa niti druge pravne možnosti, kot sta popularna in organizacijska tožba, nista izrabljeni. Ude, str. 17. Ker danes stanje ni bistveno drugačno, lahko sklepamo, da zakonska ureditev teh tožb ni zadovoljiva, saj sodeč po medijskem poročanju ni mogoče reči, da čezmernih posegov v okolje ni.

¹⁰¹ Podobno, kot je bil institut vzorčnega postopka najprej uveden na področju delovnih in socialnih sporov, nato pa prenesen v splošno ureditev pravnega postopka.

večja, če bi z njimi lahko uveljavljali še odškodninske zahtevke za vse prizadete. Možnost dokončne ureditve spornega razmerja s celotno skupino zaradi posega prizadetih oseb (v povezavi s tveganjem množičnih odškodnin) pa bi povzročitelje obremenitve okolja bolj kot doslej motivirala k rešitvi spora s sklenitvijo poravnave. Če bi se taka rešitev v praksi obnesla, bi lahko v prihodnje razmišljali o prehodu na sistem *opt-out* ali o širitvi instituta organizacijske razredne tožbe tudi na druga področja.

Literatura

- Betto, Nina, Jeraj, Irena. Skupinsko uveljavljanje zahtevkov. *Pravna praksa*, let. 27 (2008), št. 48, str. 22–26.
- Cigoj, Stojan. Komentar obligacijskih razmerij, I. knjiga. Ljubljana: Uradni list SRS, 1984.
- Clermont, Kevin M. *Principles of Civil Procedure*. St. Paul, MN: Thomson/West, 2005.
- Čebulj, Janez, Pichler, Dušan, Prančič, Ana. Zakon o varstvu okolja s komentarjem. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1994.
- Jadek Pensa, Dunja. Pravica do zdravega življenjskega okolja in denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo. *Podjetje in delo*, let. 35 (2009), št. 6/7, str. 1320–1333.
- Juhart, Miha, Tratnik, Matjaž, Vrenčur, Renato (red.). *Stvarnopravni zakonik (SPZ) s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- Juhart, Miha. Zahtevki zaradi opravljanja splošno koristne dejavnosti. *Podjetje in delo*, letnik 35 (2009), št. 6–7, str. 1302–1311.
- Knez, Rajko. *Odgovornost gospodarskih subjektov za obremenjevanje okolja v materialnem in mednarodnem zasebnem pravu*. Maribor: Pravna fakulteta, Inštitut za civilno, primerjalno in mednarodno zasebno pravo, 1998.
- Krisper Kramberger, Marija. Imisije v novi pravni ureditvi. *Združeno delo*, št. 5, 1980, str. 544–553.
- Krisper Kramberger, Marija. Industrijske imisije. *Združeno delo*, št. 5, 1983, str. 724–736.
- Pichler, Dušan. Odgovornost za okoljsko škodo po ZVO-1B. *Podjetje in delo*, let. 35 (2009), št. 6–7, str. 1312–1319.
- Plavšak, Nina, Juhart, Miha (ur.). *Obligacijski zakonik s komentarjem: 1. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- Pličanič, Senko (ur.). *Komentar Zakona o varstvu okolja*. Ljubljana: Inštitut za javno upravo pri Pravni fakulteti, 2010.
- Polajnar Pavčnik, Ada. Pravica do zdravega okolja. *Zbornik znanstvenih razprav*, let. 50 (1990), str. 213–223.
- Pravo: *Leksikon Cankarjeve založbe*. Druga, razširjena in spremenjena izdaja. Ljubljana: Cankarjeva založba, 2003.

- Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o varstvu okolja (ZVO-1B). EVA: 2007-2511-0033. Poročevalec Državnega zbora, let. XXXIV (2008), št. 59.
- Rijavec, Vesna. Varstvo skupinskih interesov ljudi za zdravo okolje v pravnem postopku. V: Geč Korošec, Miroslava (Ur.), Rijavec, Vesna (Ur.), Knez, Rajko (ur.). Pravno varstvo skupinskih interesov ljudi za zdravo okolje: zbornik z mednarodne znanstvene konference z dne 10. in 11. novembra 1995. Maribor: Pravna fakulteta, Institut za civilno, primerjalno in mednarodno zasebno pravo, 1996, str. 19–32.
- Robnik, Ivan. Vzorčni postopek. Pravosodni bilten, let. 30 (2009), št. 2, str. 101–115.
- Schlichter, Eric S., Stigma Damages in Environmental Contamination Cases: A Possible Windfall for Plaintiffs? *Houston Law Review*, št. 34, 1997, str. 1125–1160.
- Singer, Andreas Sebastian. *Persönlichkeitsschutz in Nachbarschaftslagen*. Baden-Baden: Nomos Recht, 1998.
- Strehovec, Gregor. Pravica do zdravega življenjskega okolja. *Pravna praksa*, št. 360, 1996, str. 6.
- Strohsack, Boris. *Obligacijska razmerja II: Odškodninsko pravo in druge neposlovne obveznosti*. Ljubljana: ČZ Uradni list Republike Slovenije, 1996.
- Strojin, Tone. *Osnove prava okolja*. Ljubljana: ČZ Uradni list Republike Slovenije, 1994.
- Ude, Lojze, Galič, Aleš (ur.). *Pravdni postopek: zakon s komentarjem*. 4 knjige. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije: GV Založba, 2005–2010.
- Ude, Lojze. *Oblike procesnega varstva pravice do zdravega okolja*. V: Geč Korošec, Miroslava (ur.), Rijavec, Vesna (Ur.), Knez, Rajko (ur.). *Pravno varstvo skupinskih interesov ljudi za zdravo okolje: zbornik z mednarodne znanstvene konference z dne 10. in 11. novembra 1995*. Maribor: Pravna fakulteta, Institut za civilno, primerjalno in mednarodno zasebno pravo, 1996, str. 9–18.
- Winter, Gerd, Jans, Jan H., Macrory, Richard, Krämer, Ludwig. *Weighing up the EC Environmental Liability Directive*. *Journal of Environmental Law*, let. 20 (2008), str. 163–191.
- Zidar, Katarina. *Onesnaževanje okolja in človekove pravice*. *Pravna praksa*, let. 25 (2006), št. 26, str. 20.
- Zuljan, Boštjan. *Civilnopravna odgovornost povzročitelja za obremenjevanje okolja*. *Pravna praksa*, let. 28 (2009), št. 27, str. 22–29.

Dvajset let nomotehnike v samostojni Sloveniji

V.

BORUT ŠINKOVEC

Nomotehnika v Jugoslaviji in samostojni Sloveniji

FRANC GRAD

Pristojnosti in nomotehnika

KARMEN VEZJAK PROGAR

*Aktualni problemi v zvezi s prenosom direktiv v slovenski
pravni red ter neposredno uporabo uredb EU*

ANDREJA KURENT

*Hibrid ali obravnava predlogov zakonov po tretjem
odstavku 117. člena Poslovnika državnega zbora*

LOJZE JANKO

Agencije in njihova regulatorna dejavnost

ALBIN IGLIČAR

Normodajna funkcija organizacij civilne družbe

KATJA BOŽIČ

*Nomotehnika v občinskih predpisih – premisleki, pomisleki
in predlogi*

Kratki znanstveni prispevek
 340.134(497.1+497.4)

Nomotehnika v Jugoslaviji in samostojni Sloveniji

DR. BORUT ŠINKOVEC,
 strokovni sodelavec Službe Vlade
 Republike za zakonodajo

Če želimo vsaj na kratko orisati in prikazati – in to kar se da objektivno in torej res čim manj subjektivno – stanje nomotehnike pri nas oziroma v naših predpisih, se na samem začetku zdi umestno najprej navesti nekaj splošnih ugotovitev oziroma tako rekoč opozoril, pa čeprav so sicer v bistvu splošno znana in hkrati tudi razumljiva.

V mnogih pogledih in v večini primerov se proučevanje stanja na določenem pravnem področju, pri segmentu prava ali tudi pri posameznem pravnem vprašanju izmika, ne samo deloma, ampak praviloma kar v celoti, takemu empiričnemu proučevanju in spoznanjem, ki bi lahko temeljila, uporabljala oziroma bi jih bilo torej možno prikazati in utemeljiti s kriteriji, kot so statistični ali temu podobni prikazi, številčno jasno izmerljivi in primerljivi podatki, torej tako rekoč z materialnimi dokazi. Taka ugotovitev logično izhaja že iz same narave prava. Kakorkoli že pravo poskušamo opredeliti oziroma definirati, je to gotovo (in zlasti predvsem) celokupnost tistih vrednot in pravil, ki so potrebna in primerna za pravno reguliranje, urejanje in zagotavljanje izvrševanja in upoštevanja tistih pravil in razmerij ravnanj v družbi in med pravnimi subjekti, ki posledično pomenijo pravno državo v smislu njene pravne regulative in organizacije sploh. Drugi del in nadaljevanje, zaokroženje pojma in vsebine pravne države, pa je torej seveda upoštevanje in (pravilno), zakonito in dosledno izvrševanje predpisanega prava v praksi, tako heteronomnega kot tudi avtonomnega.¹ Očitno je, da torej proučevanje in ocena stanja prava v neki državi in v določenem času (časovnem prerezu oziroma obdobju) komajda lahko, in to samo nekako »podporno«, dodatno in pomožno, sloni tudi na uporabi in prikazu številčno izraženih in podobnih kriterijev ter meril. Slednja sredstva in metode seveda uporabljamo, če želimo npr. prikazati število veljavnih predpisov (z vidika prenormiranosti ali podnormiranosti prava), ali topogledno »dejavnost« parlamenta (v določenem legislaturnem

¹ O tem glej podrobneje Pavčnik M.: Teorija prava, Ljubljana: GV Založba, 2007, str. 321-332.

obdobju), ali pripad zadev ter s tega vidika učinkovitost in ažurnost dela sodišč (seveda tudi posameznih sodnikov) pri reševanju konkretnih zadev, podobno seveda velja tudi za delo uprave, ali celo, če želimo ugotoviti npr. razmerje potrjenih in razveljavljenih prvostopnih odločb (sodb). Jasno pa je, da vse to lahko služi, za določene potrebe, le kot delna podpora, ne more pa prikazati celovitega stanja (še manj pa vzrokov za stanje, kakršno je) – če želimo resnično širše oceniti, kako in koliko deluje, kako je učinkovita, kakšno pravno državo imamo dejansko, vse to celo tudi v ustavnopravno formalnem pogledu.² Za vsaj približek realnosti takih ocen pa očitno, celo prvenstveno, potrebujemo še številne, v številkah, odstotkih in tabelah neizmerljive kriterije in ocene. Tu omenjena dejstva in izhodišča torej moramo zajeti in predvsem tudi upoštevati v tukajšnjem kratkem (sicer pa pri vsakršnem) poskusu ocene tudi, ko gre za sedanje stanje nomotehnike v predpisih pri nas.

Nekako v smislu navedenega pa skorajda kaže tudi nekoliko pojasniti, če ne že ravno utemeljevati naslov tega prispevka, ki omenja (navaja) nomotehniko v Jugoslaviji in v samostojni Sloveniji. Dovolj utemeljenega povoda za tak naslov pač ni težko razumeti v vsebinskem smislu, da se namreč nekako ob 20-letnici samostojne države med drugim utemeljeno lahko tudi vprašamo, kakšno je sedanje stanje nomotehnične ravni in kvalitete predpisov v primerjavi s stanjem v prejšnji skupni državi, saj okrogla obletnica in že preživeto razdobje v novi državi pač do neke mere dopušča tudi tako zastavljeno vprašanje oziroma primerjavo. Tudi pri tem seveda ne kaže uporabljati kakšnih števil in tabel, temveč prej vse kaj drugega. In torej prav na tem mestu želimo v tem prispevku (prvič) izpostaviti in poudariti, za sedanji čas in vsekoli ključni kriterij, podlago in merilo, ko govorimo o stanju nomotehnike. Potrebno je sicer govoriti o stanju in vrednotenju predpisov z vidika nomotehnike, toda v določenem pogledu to ni prvo, prvenstveno ali celo izhodiščno vprašanje, kot bi s tem v zvezi sicer navidezno pač logično pričakovali. To stanje nomotehnike, kakršnokoli je že, je namreč v določenem smislu, čeprav je še tako pomembno, že odraz in posledica; prvo vprašanje in beseda pri vsem tem namreč ni sama nomotehnika v predpisih (t.j. predpisih z vidika nomotehnike), temveč odnos, predvsem same države oziroma njenih pristojnih organov do tega vprašanja. V tem smislu torej vprašanje odnosa postavljamo nad, vsekakor pa pred samim vprašanjem, kakšno je nomotehnično stanje naših predpisov v praksi.

² Ustava Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 33/91 (zadnje spremembe Uradni list RS, št. 68/06 - v nadaljnjem besedilu: Ustava RS), 2. člen: »Slovenija je pravna in socialna država.«. »Pravnost« države je torej pri nas celo posebna ustavna določba, in s tem torej zagotovljena že s samo ustavo; točneje rečeno jo ustava zagotavlja, v nomotehničnem smislu kot obvezno določa, ne pa še tudi zagotavlja, ker to ni v njeni moči. Zaradi nekaterih (le) prehudih nomotehničnih pomanjkljivosti je Ustavno sodišče kar to določbo ustave (zelo utemeljeno) že vzelo kot podlago in razlog za neposredno ali (odvisno od vrste odločbe) implicitno ugotovitev neskladnosti določbe (zakona) z ustavo. Tudi ta prispevek (obravnavana tema) pa se posveča ravno zagotavljanju, kot vidimo že z ustavo predpisane »pravne države«, v tistem njenem pomembnem delu, ki ga pomeni in se prične že tudi z nomotehnično pravilno oblikovanimi in urejenimi besedili predpisov.

Glede teh vprašanj bodimo tudi v tem prispevku toliko precizni in dosledni, da najprej opozorimo, morda bolje rečeno (kot že tolikokrat doslej) ponovimo, kje in kakšno je mesto in s tem pomen nomotehnike v pravni državi in za pravno državo. Pravilna in sorazmeroma neposredna pot do razumevanja pomena nomotehnike za pravno državo vodi preko zavedanja in upoštevanja, da sta (poleg še drugih) dva od ključnih, bistvenih sestavnih delov oziroma načel pravne države nedvomno pač pravna varnost in pa zaupanje v (obstoječe, veljavno) pravo, kot je določeno v predpisih, izpeljano pa (zlasti seveda še z vidika delovanja vseh državnih organov) z upoštevanjem načel ustavnosti in zakonitosti. Tako pravna varnost kot zaupanje v pravo – oboje predpostavlja, kot vidimo, vnaprejšnjo in jasno določenost prava kot sistema pravnih norm, t.j. njihovo določenost v pravilno sprejetih, objavljenih, poznanih ali vsaj (obvezno) dostopnih predpisih.³ Ti predpisi pa se pač zagotovo sprejemajo zaradi vsebine, ki jo določajo (lahko bi rekli tudi »sporočajo«, posredujejo) kot obvezno in splošno veljavno pravo. Pogoj, da predpisi to nalogo lahko opravijo oziroma opravljajo, pa zagotavlja jasnost, preciznost in nedvoumnost njihove vsebine; to pa je že vprašanje njihove nomotehnične urejenosti in pravilnosti, in nomotehnike kot vede o tehnično (nomotehnično) čim bolj pravilnem oblikovanju in zapisu vsebine predpisov. Na opisan način tudi po nekako induktivni poti (metodi), če začnemo pri predpisih in njihovi tudi nomotehnični kvaliteti (ravnih), vidimo, da se pri tem in s tem pričenjata, v končnih posledicah pa temeljita tako pravna varnost kot tudi zaupanje v pravo. Gotovo nomotehnično brezhiben predpis obojega sam po sebi še ne zagotavlja in ne more zagotavljati; so pa taki predpisi absoluten pogoj, »conditio sine qua non« obeh navedenih bistvenih elementov (pogojev) načela pravne države. Navedenih, tukaj kar najkrajše možno predstavljenih in povzetih okvirov in pogojev delujoče pravne države strokovno osveščeni, predanim in zavzetim delavcem in sodelavcem, angažiranim z oblikovanjem besedil pravnih predpisov, gotovo ni treba vedno znova poudarjati, še manj pa razkrivati, ker vse to že vedno, pa tudi upoštevajo, kolikor jim le objektivne, zlasti tudi časovne okoliščine in pogoji to dovoljujejo in dopuščajo. Ponavljanje in dopovedovanje teh stvari tako kvalificiranim osebam je s tega vidika tako rekoč že iracionalno, če ne zanje tudi že kar obremenjujoče. Velik problem s tem v zvezi je namreč tudi dejansko povsem drugje; v tem namreč, da ali če se pomena in vloge nomotehnike bodisi ne zavedajo in ne poznajo, ne priznajo, ali pa celo vsega tega tako rekoč niti ne »utegnejo« upoštevati, ob zasledovanju nekih višjih, lahko zelo pomembnih in pozitivnih ciljev, ob hkratnem zanemarjanju tega, kar doseganje in uresničevanje takih ciljev (v pravnem smislu) sploh omogoča. Že zgoraj enkrat izraženo misel lahko torej še enkrat ponovimo oziroma poudarimo: problem in vzrok ni v premajhnem strokovnem znanju, temveč v nepriznavanju ali pa vsaj v mnogo premajhnem priznavanju vloge in pomena nomotehnike, in v za stanje na tem področju tako rekoč »usodni« okoliščini in dejstvu, da nomotehnik (redaktorji predpisov) na tako stanje pravzaprav ne morejo (ne moremo) v smislu izboljšanja prav nič

³ Ustava RS, 154. člen.

bistveno vplivati, ker taki mostovi razumevanja, pojasnjevanja in prepričevanja v praksi tako rekoč niti ne obstajajo, s pridržkom, da morda sicer v nekih precej šibkih formalnih oblikah obstajajo, vendar so še te možnosti pogosto neupoštevane, preskočene ali prezrte. Težko se je tako ob različnih oblikah strokovnih srečanj, posvetovanj in podobnih oblik na tem področju, ki jih je sicer zlagoma počasi vedno več, znebiti nekoliko grenkega občutka in priokusa, da se ob tem srečujejo (srečujemo) poznavalci, ki drug drugemu pripovedujemo in ponavljamo enake in podobne težave in skrbi, ob očitni odsotnosti (sodelovanja ali vsaj prisotnosti) subjektov, ki bi na tem področju lahko tudi v praksi dejansko dosegli in si prizadevali za kakšne pomembnejše premike in napredek.⁴ Ugotavljanje dosedanjih bolj ali manj neuspešnih prizadevanj za izboljšanje stanja nomotehnike sicer gotovo v nobenem primeru ne pomeni (ne sme pomeniti) kakšnega opuščanja tovrstnih prizadevanj, spada pa v okvir splošne ocene stanja na tem pravnem področju (segmentu prava), lahko pa rečemo tudi na tem družbenem področju, saj se stanje in kvaliteta predpisov neposredno tiče in odraža stanje prava, to pa je jasno nekaj, kar zadeva in mora zadevati vsakogar v družbi. Torej bi bil nekakšen defetističen odnos, tudi ko gre za vprašanja in probleme nomotehnike, kot v zadnjem času pogosto rečemo, ne samo kontraproduktiven, temveč tudi sistemsko zgrešen, saj bi hkrati pomenil tudi določeno opustitev prizadevanj za pravno državo ter krepitev in napredek pravne države. Družba ali tudi sama stroka s takim odnosom pa bi se tako rekoč predala neuspehu namesto edino pravih prizadevanj za napredek in popravilo stanja, ki ga je možno in tudi treba spremeniti.

Kakšne kvantificirane primerjave s tem, kar lahko v sklopu 20-letnega obstoja samostojne Slovenije imenujemo kot prejšnje obdobje, t.j. obdobje nekdanje skupne države Jugoslavije, so tako rekoč nemogoče ne samo zaradi obsega tega prispevka, temveč tudi že iz splošnih razlogov, kot smo jih nakazali in omenili že zgoraj. Toda določene, širše in v tem smislu bolj globalne primerjave pa so vendarle možne in smiselne. Ker je bila Jugoslavija zvezna država, je kot taka seveda morala imeti in je imela tako zakonodajo na t. i. zvezni ravni, vključno z zvezno ustavo, kot tudi zakonodajo na ravni posameznih republik in njihovih ustav. To je zahtevalo medsebojno upoštevanje in usklajevanje (usklajenost) ne samo v smislu pravnih vprašanj pravilne in natančne razmejitve pristojnosti, temveč tudi upoštevanje določenih specifičnih posebnosti, kot so bili t. i. temeljni, splošni, popolni in še kako »drugačni«, specifični zvezni

⁴ Zgolj za primerjavo in ilustracijo: Sekretar (takratnega) »Saveznog izvršnog veća za zakonodavstvo i organizaciju« je leta 1959 sklical in organiziral dvodnevni seminar »O izradi pravnih propisa«, s sodelovanjem vrhunskih pravnih strokovnjakov in tudi funkcionarjev. Vsi referati so pozneje izšli oziroma bili objavljeni tudi v separatu, v založbi Zavoda za javnu upravu, Beograd, 1959, s podnaslovom »Materijali sa Seminara o osnovnim problemima sistema i metode izrade propisa«. Nekatere (kar številne) od obravnavanih tem so nedvomno še danes aktualne, ker imajo v nomotehniko v tem smislu nekakšen pomen »nadčasovnosti«. Navedeno, vključno z virom, navajamo, ker takih ali temu podobnih »državnih« seminarjev seveda pri nas ne organiziramo več – ali pa morda še ne? Gotovo pa želimo z opombo opozoriti na (tudi možen) precej neposredno izražen odnos države do nomotehnike oziroma tovrstne kvalitete njenih predpisov.

zakoni, kar vse je bilo treba upoštevati tudi pri normativnem urejanju na ravni in v okviru pristojnosti posameznih republik. Danes lahko glede tega segmenta takratne države v pravnem pogledu rečemo, da s tem v zvezi ni bilo znanih posebnih težav v praksi. Primerjava z omenjenim dobi smisel v luči tega, da je Slovenija sicer enovita država (seveda z določenimi regulativnimi pristojnostmi zlasti tudi samoupravnih lokalnih skupnosti, vključno z bodočimi pokrajinami), in torej v tem smislu ne pozna več »zvezne« zakonodaje oziroma ureditve, po drugi strani pa je kot novost pridobila pravno nadrejeno raznovrstno regulativo Evropske unije, ki jo je treba, zelo na splošno vzeto, tako rekoč vendarle obravnavati kot podoben, ne pa seveda tudi enak pravni problem, kot ga je v Jugoslaviji predstavljala razmejitev med zvezno in republiško zakonodajno pristojnostjo oziroma regulativo. Tako vzeto problemi in vprašanja naše nomotehnike v tem segmentu niso ne lažji ne težji od nekdanjih v Jugoslaviji, temveč le precej oziroma bistveno drugačni. Ali se s temi problemi dovolj uspešno spopadamo, je posebno vprašanje, mnogo preširoko za obravnavo v tej kratko predstavljeni temi, vendar velja omeniti (nove) probleme, kot jih zaznavamo že v zvezi s prevajanjem oziroma prevodi evropskih predpisov v slovenščino, vključno z nomotehničnimi vidiki in problemi, kot tudi določene neažurnosti, na katere nas opozarjajo opominjanja pristojnih organov Evropske unije (kar pa sicer ni posebnost samo naše države kot članice Evropske unije). Druga možna in dovolj realna primerjava na področju nomotehničnega urejanja v primerjavi z bivšo skupno državo pa je primerjava, ki je nazorna, zelo pomembna, tako rekoč nenehno aktualna, saj nas neposredno zadeva in predstavlja eno od značilnosti, hkrati pa slabosti našega zakonodajnega urejanja. Če hote in zavestno izpustimo dejstvo, da je tudi Jugoslavija v smislu pravne države imela tekom svojega obstoja in razvoja zelo različna časovna obdobja, ki so se nedvomno jasno izražala tudi v njenem pravnem urejanju, lahko namreč vseeno uporabimo določeno primerjalnopravno ugotovitev kot dejstvo. Določeni zakoni, ki jih dovolj dobro in povsem utemeljeno označujemo in imenujemo kot sistemske zakone, so bili v primeri z našo poosamosvojitveno ureditvijo neprimerno bolj stabilni, ter v svojih bistvenih, recimo »klasičnih« delih oziroma vsebinah strokovno očitno, tudi normativno, boljše in jasno izdelani in dodelani, kot so naši sedanji. Pri tem je treba odmysliti oziroma zavrniti vsake ugovore v zvezi s številnimi nekdanjimi, danes očitno neustreznimi, tudi napačnimi in krivičnimi vsebinskimi rešitvami, kar je danes že del splošnega spoznanja; ker o teh vprašanjih in vidikih na tem mestu in v tem prispevku enostavno ni govora. Če torej ta prispevek očistimo tovrstnih pomislekov in ugovorov, pa lahko s strokovnega vidika rečemo, da so zakoni (oziroma, vsaj vsebinsko, tako rekoč vsaj delno tudi zakoniki), kot so bili Zakon o pravdnem postopku, Kazenski zakonik (splošni del) ali npr. zlasti tudi, da ne naštevamo preveč, Zakon o obligacijskih razmerjih (sprejet sicer že razmeroma pozno) v tehnično-normativnem smislu očitno dobri in boljši, kot so današnji. Njihova velika, vsekakor pa razmeroma velika »trajnost« v smislu odsotnosti tako rekoč nenehnega noveliranja in nadomeščanja z novimi zakoni, je med drugim eden od jasnih dokazov za tako oceno. Ta dokaz lahko kar nadaljujemo s tem, da smo nekdanji Zakon o obliga-

cijskih razmerjih sicer v veliki meri in obsegu tako rekoč nespremenjenega, vsekakor pa v bistvu in v temeljih nespremenjenega sprejeli v obliki sedaj veljavnega našega Obligacijskega zakonika; zato je tudi naš sedanji zakon (zelo) dober zakon. Tako ravnanje je bilo v tem primeru ustrezno in pravilno, ker na vso silo predrugачiti in sprejeti neki povsem nov zakon samo zato, da bo vsekakor »nujno drugačen« od prejšnjega, je ne samo neracionalen in napačen, temveč tako rekoč lahko rečemo kar nerazsoden razlog. Te napake torej na srečo na tem področju, tj. pri obligacijskem zakonu nismo naredili, naredili pa smo jo pri številnih drugih, po pomenu skorajda podobnih zakonih (na področju, ki ga urejajo), od katerih smo nekatere ključne pravkar omenili. Pravkar, tokrat zelo obsežno (že drugič) noveliramo celo Kazenski zakonik, pri čemer je sedaj veljavni (iz leta 2008) nadomestil prejšnjega, sprejetega komaj leta 1994. Takega »naglega« normativnega urejanja in odnosa do te materije ne poznamo v svetovnem merilu (če izključimo kakšne tako rekoč povsem revolucionarne preobrate nekaterih držav oziroma sistemov), vsekakor pa česa takega ne poznamo v nam sicer zelo podobnih in pravno primerljivih pravnih ureditvah oziroma državah. S tem smo navedli enega od bolj drastičnih, vsekakor pa skrajno nazornih primerov, in tako rekoč tudi obrazcev našega ravnanja na tem področju, saj lahko podobno rečemo tudi za zelo številne druge systemske zakone, kar je sicer splošno znano. S tem smo naš pravni red zapletli in vključili v nekakšno lastno izvirno zakonitost, za katero tuje systemske ureditve ne poznajo pravega vzorca rešitve in prekinitve s tako prakso, in to zaradi razloga, ker tudi takega problema ne poznajo. Iskanja rešitev problemov, ki jih ne poznajo, pa se seveda niso lotili in se jim tudi ni bilo treba lotiti. Pri roki je tudi neka primerjava, ker se je zakon dolgo časa v smislu »pravnih pravil« (in odsotnosti drugega) uporabljal tudi v Jugoslaviji, še prej pa v Kraljevini Jugoslaviji tudi veljal (na njenih posameznih področjih oziroma delih), tj. avstrijski Občni državljanski zakonik. Za primerjavo z razmerami glede tega pri nas je tako rekoč drastična ugotovitev in hkrati dejstvo, da zakonik še danes, z zelo majhnim številom in obsegom sprememb, velja še vedno v Republiki Avstriji, na prvi strani pa je (v slovenskem besedilu oziroma prevodu) pod naslovom lepo opremljen s pristavkom »z dne 1. junija 1811«. Primerjava naše zakonodaje, ne glede na seveda šele 20-letni obstoj samostojne Slovenije, je drastična in hkrati tudi miselno (in prav za našo miselnost in mentaliteto na tem področju gre) tako rekoč neuporabna. Mi se namreč sploh ne moremo pohvaliti z zakonom, ki bi imel in bi hkrati nespremenjeno veljal do danes, s pomensko podobno (možno) oznako, recimo, »z dne 25. junija 1991«. Zakonitost, ki nam na tem področju vlada, smo si prisvojili, kakorkoli že vzamemo, sami, in zanjo, kot rečeno, primerjalne ureditve ne poznajo ne zdravila ne problema samega, je tako rekoč nenehno, kar neustavljivo in že systemsko noveliranje zakonov ali pa (spet) nadomeščanje z (vedno) novimi. Ta naš pojav ali lastnost lahko s tujko zlahka označimo in opišemo kot *circulus vitiosus* ali figurativno položaj brez izhoda, v pravu nekako pomensko, zaradi nerešljivosti, podoben t. i. »*probatio diabolica*«, tj. dokaz lastništva z dokazom nepretrgane črte (vrste) pravnih prednikov, verjetno od (do) stvarjenja oziroma nastanka sveta dalje pa vse do danes. Toda nas mora zlasti zanimati, kaj to

pomeni na področju nomotehnike, stanja in odnosa do nomotehnike in s tem nomotehnične kvalitete pravnih predpisov. Nenehno oziroma vsaj daleč prepogosto spreminjanje (noveliranja) tudi sistemskih zakonov pomeni, prvič, da je bilo že prvotno besedilo neustrezno ali sicer slabo pripravljeno (vsebinsko, nomotehnično ali oboje hkrati), da po spremembah morda ni nič boljše, temveč lahko še slabše (zato ga ponovno in ponovno spreminjamo), in to se nam vrti v omenjenem zaprtem krogu ponavljanj, žal pogosto kot rečeno celo iz slabšega na slabše, kljub vsekakor tako rekoč v vsakem primeru obetanem in zagotovljenem, da »ta« sprememba bo pa res stvari dokončno popravila, uredila in postavila na pravo mesto. Taka trditev in napoved izgubi veljavnost, oziroma točneje pač ima svojo veljavnost do naslednje novele istega zakona, in nič dlje. Časovno naglo pripravljene spremembe pomenijo vsebinsko in nomotehnično slabe rešitve, vsebinsko in nomotehnično slabe rešitve pa terjajo ponovne spremembe in krog je torej v tem smislu sklenjen. Gotovo so te ugotovitve tukaj prikazane nekoliko pavšalno, vendar držijo v svojem temeljnem bistvu, itak pa so empirično dokazljive in preverljive. Pričajmo nam torej o eni od temeljnih slabih lastnosti in značilnosti naše nomotehnike oziroma predpisov sploh.

Poleg že omenjenih velja opozoriti vsaj še na eno pomembno sistemsko primerjavo na področju nomotehnike glede na to, kako se je nomotehnično delo pri pripravi predpisov opravljalo tudi v Republiki Sloveniji znotraj Jugoslavije, in že po nekakšni inerciji, vsaj še nek krajši, skromen čas nadaljevalo tudi po letu 1991. Država se je v obeh primerih zavedala in upoštevala, da je ena od bistvenih nalog uprave tudi priprava predlogov (in seveda tudi potrebnih sprememb) predpisov, in da to ni nekaj, kar naj bi se nekako oddajalo, celo praviloma oziroma vedno bolj, različnim strokovnjakom ali strokovnim skupinam izven državne uprave. Sodelovanje in pridobitev mnenj strokovnjakov (tudi strokovnjakov izven državne uprave) je sicer, še posebno seveda pri pomembnih in dolgoročnih sistemskih vprašanjih in ureditvah, nekaj običajnega, potrebnega in nedvomno koristnega. Ko pa postane praviloma tako rekoč prepuščanje sestavljanja vsebine kot tudi nomotehničnega oblikovanja predpisov (predvsem seveda zakonov) izven državne uprave sčasoma skorajda pravilo, potem imamo tukaj za državo pravzaprav neki nenormalen pojav, državna uprava pa v celoti več ne izvršuje sama vseh svojih funkcij, pri kateri, kot rečeno, tudi pripravo predpisov, in ne samo njihovo izvrševanje, moramo šteti kot nekaj poglobitnega. Na to stanje se navezuje tudi naslednji prav tako (če drugače ne, že kar z objavami v uradnem listu) dokazljiv pojav na področju nomotehnike, ki in kot ga ne bi smelo biti. Praviloma enotna nomotehnika, kar pomeni standardni, enak pristop pri oblikovanju in uporabi, tudi nomotehničnih oziroma redakcijskih pristopov v predpisih, kjer naj bi se glede tega pač enaka vprašanja in pravila vedno tudi urejala in določala na vedno enak način. To seveda znatno povečuje zaupanje (določen vidik zaupanja) v take predpise ter olajša njihovo razumljivost in uporabo v praksi, vse skupaj pa spet pomeni prispevek k pravni varnosti in zaupanju v pravo. Posamezni zunanji avtorji pa so si ob svojem tovrstnem delu privzeli, kar v precejšnji meri, določena svoja, osebna merila, kriterije in pristope, včasih celo do

te mere, da postanejo prepoznavni znak in pečat »avtorja« besedila, ker so tako rekoč osebno prepoznavni že na zunaj, glede na samo oblikovno (redakcijsko, nomotehnično) podobo in urejenost predpisa. Kako jim to v proceduri sprejemanja predpisa »uspeva«, presega obravnavo, še bolj pa seveda rešitev tega problema v sklopu in obsegu tega prispevka; v tem smislu je potrebno in naj zadošča, da na taka notorična dejstva in pojave vsaj opozorimo. In vendar ima pri vsem tem tudi Slovenija svoja enotna nomotehnična pravila, strokovno pripravljena, na dolgoletnih izkušnjah in tovrstni usklajenosti temelječa, javno objavljena in vsakomur tako rekoč vsak hip dostopna. Enako imajo taka pravila tudi vse nam podobne države, kot sta npr. tudi Avstrija ali Nemčija. S to razliko, da jih tam država tudi enotno uporablja, torej jih tam očitno imajo zaradi tega, da služijo svojemu namenu. Zavezanost enotnim strokovnim pravilom pa je, zaradi njihovega pomena, v tem smislu enaka ali pomensko vsaj enakovredna »pravim« predpisom, ki so kot taki seveda tudi pravno obvezni in zavezujoči.

Omenili so že Nomotehnične smernice kot tudi njihov pomen in pravno naravo. Temu kaže pridružiti še ugotovitev v smislu opozorila, da pa so določena področja in vprašanja, ki vsebinsko sicer gotovo sodijo v okvir področja in pravil nomotehnike ter sploh nomotehnike kot (sicer) vede, vendarle tudi pravno izrecno predpisana in določena. Nekaj najosnovnejših pravil s tem v zvezi, od obveznosti objavljanja predpisov, prepovedi retroaktivnega učinkovanja ali hierarhije pravnih predpisov, imamo določenih tudi že neposredno v ustavi. Nekatera druga vprašanja so določena v zakonih, zlasti tudi vrste in temeljna opredelitev posameznih vrst predpisov (Zakon o državni upravi, Zakon o Vladi Republike Slovenije). Temu je, kot pomemben pravni akt, čeprav na nižjem hierarhičnem nivoju, vsekakor treba priključiti opozorilo na Resolucijo o normativni dejavnosti. Gotovo pa v ta okvir kot predpisa sodita tudi Poslovnik Vlade RS in Poslovnik Državnega zbora. Če se, če navedemo zgolj kot aktualen primer, občasno kršijo celo za pripravo in sprejem določenih aktov v poslovniku vlade določeni roki, potem država s tem tudi že sama nekoliko zamaje pomen (odnos do) lastne ureditve, ki se nanaša na vsestransko kvaliteto predpisov in njihovo dobro ter temeljito pripravo. Enako smiselno velja tudi za vsakršen (možen) pojav neupoštevanja omenjene Resolucije o normativni dejavnosti. Spet pa je ob takih pojavih prisoten (točno in pravilno rečeno sicer odsoten) odnos oziroma gre za pomanjkanje priznanja pomena že same priprave predpisov za njihovo poznejše učinkovanje in izvrševanje v praksi, čemur so pač tudi namenjeni.

Od posledic slabe oziroma neustrezne nomotehnike v pravnih predpisih je bilo na temeljno in ključno v prispevku že opozorjeno; to je vprašanje pravne varnosti v sklopu obstoja in načel delovanja pravne države. Med notorične posledice takega stanja uvrščamo in zaradi splošnega poznavanja teh stvari naj zgolj omenimo še pojave neenotne sodne prakse, občasne potrebe po avtentičnih razlagah, (pre)številne potrebne posege ustavnega sodišča, ter končno in prav res ne nazadnje, splošno občutenje in doživljanje državljanov svoje države kot pravne, kot pravno delujoče ter učinkovite države. To pa skorajda seveda že niso več vprašanja, še manj pa nepo-

sredna vprašanja stroke; to so že vprašanja določenega splošnega stanja in ocen, s čimer se v javnih nastopih sicer občasno ukvarjajo tudi politiki, civilna družba v najrazličnejših oblikah organiziranja in izražanja, pa vse do intervjujev in izraženih mnenj prominentnih politikov in drugih javnih oseb, in nič manj pomembno, tudi objavljena mnenja državljanov, kot so npr. pisma bralcev. Kakšnega vtisa splošnega ali celo prevladujočega zadovoljstva glede stanja teh vprašanj pa pač iz navedenega resnično ni možno pridobiti.

Nomotehnika kot veda in stroka se seveda ukvarja z vprašanji pravilnega in čim boljšega oblikovanja, izdelave ter priprave besedil pravnih predpisov; njihova vsebina ni stvar nomotehni-ke oziroma redaktorjev, temveč politike, razen seveda, kolikor gre pri tem neposredno tudi za strokovna pravna vprašanja ustavnosti in zakonitosti. Zato smo pomen in mesto nomotehni-ke okvirno dovolj prikazali že na začetku tega prispevka. Ob tem smo skušali tudi opozoriti, da je, ker gre za vzrok oziroma vzroke, v tem smislu celo bolj kot samo stanje nomotehni-ke ključno, ker je temeljno in izhodiščno, vprašanje odnosa do nje. Samo pomembnejše spremembe in premiki odnosa do nje namreč lahko prinesejo tudi koristne spremembe pri potrebnem izboljšanju in zvišanju nomotehnične ravni in kvalitete predpisov. Slovenski pisatelj Miško Kranjec je v svoji bogati bibliografiji izdal tudi obsežno zbirko novel pod naslovom »Majhne so te stvari« (leta 1947). Strogo subjektivno vzeto je celo vsaka stvar majhna, če nanjo gleda-mo in jo ocenjujemo kot majhno, v smislu majhne pomembnosti oziroma nepomembnosti. Nomotehniko žal vse preštevilni ljudje štejejo kot majhno (celo »drobnjakarsko«) stvar, zlasti pa to po svoje prepogosto kaže odnos državne uprave v širšem smislu do tega področja. Šteti nomotehniko in njen pomen za majhno stvar posledično pomeni šteti tudi pravno varnost in celo pravno državo za majhno stvar. Tega pa, kot zavedanja in namena, gotovo v bistvu nobeni javni osebi oziroma funkcionarju ali politiku ne moremo oziroma ne smemo očitati. Obravnavani problem je torej treba oceniti kot problem drugačne narave: kot problem nezavedanja, in prav zaradi tega nezavedanja ali premajhnega upoštevanja ter povezave med kvaliteto predpisov, tudi nomotehnično, nezavedanja pomena za pravno varnost, s tem pa tudi za pravno državo. Ko bo torej enkrat učinkovito dosežen preboj tako zavedanja, posledično pa seveda upoštevanja teh dejstev, se bodo tudi tako zelo pomembne stvari gotovo začele, pa čeprav počasi, vidno in zanesljivo izboljševati. Tisti posamezniki, ki si v okviru svojih možno-sti za tak preboj dejansko in iskreno prizadevamo, se torej štejemo za (neumorne) pionirje na tem področju. Reševanje posameznih problemov in vprašanj, izboljšav in morebitnih boljših rešitev na področju nomotehni-ke kot vede pa je itak tudi sicer nujni sestavni del aktivnega delovanja na področju nomotehni-ke kot take.

Pristojnosti in nomotehnika

DR. FRANC GRAD,
redni profesor na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

1. Razmejitev pristojnosti

V sodobnih državah je izvajanje oblasti organizirano tako, da jo na različnih področjih delovanja opravljajo različni državni organi. Zato imajo državni organi različna delovna področja oziroma pristojnosti, lahko pa je njihovo delovanje omejeno tudi na različna območja države. Državni organi torej izvajajo različne dele državne oblasti, ki so pravno določeni kot pristojnosti državnega organa, ki vključujejo njegove pravice, obveznosti in odgovornosti. Če naj država učinkovito izvaja svoje funkcije, mora biti delovanje vseh državnih organov med seboj usklajeno, kar se zagotavlja v hierarhiji državnih organov in z njihovim medsebojnim sodelovanjem. V hierarhiji državnih organov navadno ločimo najvišje organe, višje državne organe in nižje državne organe, med katerimi je navadno vzpostavljeno razmerje nadrejenosti in podrejenosti, med organi iste ravni z različnih področij delovanja pa je praviloma vzpostavljeno razmerje enakopravnosti.

Delitev oblasti med različne državne organe lahko razumemo na dva načina, in sicer vertikalno in horizontalno. Prva se nanaša na delitev oblasti med različnimi ravnimi organiziranosti državne oblasti, druga pa na delitev oblasti med organi na isti ravni. Vertikalna se uporablja predvsem v zvezi z delitvijo oblasti v zvezni državi, kjer je državna oblast organizirana na dveh ravneh, namreč na ravni zvezne države in na ravni zveznih enot. Pogosto pa se uporablja tudi v zvezi z delitvijo oblasti med državno in lokalno ravni. Prav delitev oblasti med dvema ravnema oblasti je še posebno pomembna in značilna za organiziranost Evropske unije. Horizontalna delitev oblasti se namreč na ustavnopravni ravni kaže kot razmejitev pristojnosti med Unijo in njenimi članicami.

Pravno gledano se pristojnosti temeljnih državnih organov razlikujejo med seboj predvsem glede na pravne akte, ki jih sprejemajo. Za razlikovanje teh pristojnosti se uporabljata dve

merili, formalno in materialno. Po formalnem merilu se pravni akti državnih organov delijo po organih, ki jih sprejemajo, in po postopku njihovega sprejemanja, po materialnem merilu pa se te funkcije ločijo samo po vsebini pravnih aktov, ki so značilni za posamezno državno funkcijo. Tako je funkcija zakonodajnega organa sprejemanje zakonov, izvršilnih organov in sodnih organov pa sprejemanje aktov za izvrševanje zakona. Vendar pa vsebina teh aktov ne ustreza vedno njihovi formalni naravi. V praksi se namreč lahko večkrat zgodi, da se v sklopu ene funkcije (npr. izvršilne) sprejemajo pravni akti, ki po svoji materialni vsebini spadajo v sklop druge funkcije oblasti (npr. zakonodajne). V takem primeru pride do odmikov od vsebine določene državne funkcije in do poseganja v drugo funkcijo, kar lahko ustvari motnje v razmerjih med temeljnimi državnimi organi in s tem pri izvajanju državne oblasti na splošno.

Na ozemlju države je lahko samo ena državna oblast, ne pa več oblasti hkrati, sicer ne moremo govoriti o suverenosti državne oblasti. Tako klasično razumevanje državne suverenosti je sicer vse bolj preteklost, kajti sodobna država je z nešteto vezmi pripeta na mednarodno skupnost, brez česar sploh ne more več normalno delovati. Kljub temu pa tudi sodobna država še vedno izvaja oblast na svojem ozemlju sama, drugo pa so le delne izjeme od tega pravila. Drugače je z državo, ki je članica Evropske unije. Ta je sicer po nastanku mednarodna organizacija, po institucionalni zgradbi in načinu delovanja pa nekaj drugega, torej nekakšna naddržavna tvorba z že zelo veliko lastnostmi države, ki so se v njenem dosedanem razvoju tudi vse bolj krepile. To pomeni, da del oblasti, ki ureja življenje prebivalcev držav članic, izvaja prav EU oziroma njeni organi.

Pravno gledano Evropska unija sicer ni država, vendar pa izvaja oblast, ki ima vse temeljne lastnosti državne oblasti, kar velja v celoti za normativno dejavnost državne oblasti. V državi članici torej urejajo družbena razmerja tako organi države kot organi Evropske unije.

Dvojno organizacijo oblasti imajo tudi zvezne države (federacije), v katerih se vsa ta vprašanja urejajo z zvezno ustavo. Podobna vprašanja se v zvezi držav (konfederaciji) urejajo s konfederalno pogodbo, ki je po naravi mednarodna pogodba.

Pravna narava Evropske unije je nekaj posebnega, saj ni niti federacija niti konfederacija. Ne glede na elemente obeh vrst v zgradbi in delovanju te skupnosti je dejstvo, da deluje povsem kot federacija. Evropska unija je torej urejena in tudi deluje kot nekakšna federacija, ki jo od prave federacije loči predvsem to, da nima zvezne ustave (v formalnem pomenu) in da so njene članice še vedno ohranile mednarodno suverenost.

Podlaga za federativno državno ureditev je zvezna ustava, ki razmejuje pristojnosti med zvezo in federalnimi enotami. Navadno imajo lastne ustave tudi federalne enote, vendar morajo biti njihove ustave v skladu z zvezno ustavo. Federativno urejena država ima tudi dva pravna reda: pravni red federacije in pravne rede federalnih enot. Po federalnem načelu pa je pravni red federalne enote podrejen pravnemu redu zvezne države in mora biti skladen z njim. Čeprav gre

za ločena pravna reda, je njuna medsebojna skladnost nujna za koherentnost pravnega reda, ki deluje na ozemlju federacije.

Posebno pomemben element federalizma se nanaša prav na problematiko razmerja med pristojnostmi organov EU in organov države. Vsa ta razmerja so (razen delno enega) urejena povsem enako kot v zvezni državi. (Delno) drugače kot v federaciji je urejeno vprašanje, kdo odloča o razmejitvi pristojnosti med dvema oblastema. V federaciji, natančneje v pravi federaciji, kot so zlasti ZDA in Švica, je to vprašanje urejeno v zvezni ustavi, v EU pa je urejeno v ustanovitvenih pogodbah. Lizbonska pogodba (4. člen PEU) določa temeljna načela za odnose med Evropsko unijo in njenimi članicami, s tem pa tudi za razmejitev pristojnosti med njimi. Temeljno načelo je, da države članice ohranijo vse pristojnosti, ki niso s Pogodbama dodeljene Uniji. To načelo je podlaga za domnevo pristojnosti, ki velja v korist držav članic. To načelo je sicer temeljno načelo razmejitve pristojnosti med zvezno oblastjo in oblastjo federalne enote v federaciji. Zato lahko ugotovimo, da je temeljni pristop k razmejitvi pristojnosti med Unijo in državami članicami načeloma enak kot v sodobnih federacijah. Od tu pa je ureditev zelo podobna federativni ureditvi.

Ko smo rekli, je za federacijo značilno, da je pravni red zvezne države nad pravnim redom federalne enote (supremacija zveznega pravnega reda). Enako velja v EU, kjer velja načelo primarnosti prava EU v primerjavi s pravom države članice. Zanimivo je, da je to načelo veljalo le delno v prejšnji jugoslovanski federaciji. V EU pa velja načelo supremacije v dosledni obliki: pravo EU ima v vsakem primeru prednost pred celotnim pravom članice.

Značilno za federacijo je tudi, da imajo zvezni organi le tiste pristojnosti, ki so izčrpno (taksativno) določene in našteje v zvezni ustavi. Eden najpomembnejših elementov zvezne ustavne ureditve, zlasti glede položaja zveznih enot, je razmejitev pristojnosti med zvezo in zveznimi enotami. Praviloma imajo pri tem federalne enote vse pristojnosti državne oblasti, ki niso izrecno z zvezno ustavo poverjene zvezi. Taka razdelitev pristojnosti torej temelji na domnevi pristojnosti v korist federalnih enot in izhaja iz prepričanja, naj ima zvezna država le tiste pristojnosti, ki morajo nujno biti enotno urejene. Tako je tudi v Evropski uniji, kjer se še posebno opira na načelo subsidiarnosti, po katerem naj ima višja raven oblasti vedno le tiste pristojnosti, ki jih ni mogoče ustrezno opravljati na nižji ravni.

2. Vrste pristojnosti

Razmejitev pristojnosti med zvezno državo in njenimi enotami (deželami, kantoni, državami) je v federacijah urejena različno. V klasičnih federacijah so bile vse oblastne pristojnosti razdeljene tako, da je dobila federacija nekatera področja v svojo izključno pristojnost, vse drugo pa je bilo v pristojnosti federalnih enot. Zvezni zakoni v taki ureditvi v celoti, torej popolno urejajo področja, ki so v njihovi pristojnosti, prav tako pa tudi zakoni federalne enote v celoti

in popolno s svojimi zakoni urejajo zadeve iz svoje pristojnosti. V sodobnejših federacijah navadno poleg izključnih pristojnosti poznajo tudi skupne oziroma deljene pristojnosti, ki jih izvršujejo skupaj zvezni organi in organi federalne enote. Skupne pristojnosti se navadno izvršujejo tako, da zveza sprejme okvirno ureditev, ki določa skupne osnove, v tem okviru pa federalne enote s svojimi zakoni urejajo ustrezno vsebino v skladu s svojimi posebnostmi. Tako temeljno ureditev ima tudi Evropska unija.

Kadar gre za izključne zvezne pristojnosti, so te v zvezni ustavi določene izčrpno, z uporabo tako imenovane enumerativne metode brez rezervne klavzule (ki bi dopuščala dodatno širitev zveznih pristojnosti). To pomeni, da lahko federacija deluje le na področjih, ki so določena kot njene izključne pristojnosti. Na drugi strani pa to pomeni tudi, da mora zvezna država oblast v celoti izvajati svoje dejavnosti na področjih svojih izključnih pristojnosti. Z vidika zveznih zakonodajnih pristojnosti izključne zvezne pristojnosti zahtevajo, da zvezni zakon neko področje, ki je v izključni zvezni pristojnosti, uredi v celoti, torej popolno.

Nekatere zvezne ureditve, zlasti sodobnejše, imajo na podlagi zvezne ustave poleg izključnih tudi skupne pristojnosti, ki se lahko kažejo kot konkurirajoče ali pa kot mešane (paralelne) pristojnosti. V prvem primeru gre za pristojnosti, ki jih lahko izvaja ena ali druga raven oblasti, toda pravica federalne enote, da sama uredi tovrstna pravna razmerja, ugasne, ko jih uredi zvezna država. V drugem primeru zvezna država s svojimi predpisi ureja zadeve, ki morajo biti v osnovi urejene na enak način, pri tem pa imajo zvezne enote dovolj manevrskega prostora, da ureditev s svojimi predpisi prilagodijo svojim posebnostim. Značilen primer zveznih zakonov, ki določajo le načelne okvire za samostojno zakonodajno dejavnosti zveznih enot, so zvezni okvirni zakoni v ZR Nemčiji. Nemška zvezna ureditev tako pozna tri vrste zveznih pristojnosti: izključno, konkurirajočo in okvirno zakonodajo. V prvem razvojnem obdobju je podobne zvezne zakone poznala tudi jugoslovanska federacija.

Za prebivalstvo zvezne države torej drugače kot v unitarni državi veljata dva pravna reda, zvezni in pravni red zvezne enote, ki skupaj sestavljata ureditev družbenih odnosov v državi. Za učinkovito izvajanje morata delovati usklajeno. Iz načela supremacije zveznega pravnega reda nad pravnim redom zvezne enote izhaja, da mora biti pravni akt zvezne enote usklajen s pravnim redom zveze. To velja praviloma za pravne akte iste vrste, ponekod pa velja celo, da so vsi pravni akti federacije nadrejeni vsem pravnim aktom federalne enote. Neusklajenosti se rešujejo večinoma na dva načina: samodejno se uporabi zvezni zakon ali pa to velja le začasno, do odločitve pristojnega organa, največkrat zveznega ustavnega sodišča.

Razmejitev pristojnosti med Evropsko unijo in državami članicami je nadvse podobna razmejitvi v federativni državi. Pristojnosti Evropske unije so določene v Pogodbah kot izrecne (eksplicitne) pristojnosti, torej tiste pristojnosti, ki so zapisane v Pogodbah. Sodišče Evropskih skupnosti pa je razvilo teorijo izvedenih oziroma domnevanih (implicitnih) pristojnosti,

ki izhajajo iz drugih pogodb in pravnih aktov Evropske unije. Z vidika razmejitve pristojnosti med Evropsko unijo in državami članicami lahko pristojnosti razvrstimo na izključne in deljene (skupne) pristojnosti, širše gledano pa lahko govorimo tudi o dodatnih (komplementarnih) pristojnostih. Vsebina teh pojmov je *mutatis mutandis* enaka kot v zvezni državi.

Tudi pravni akti, ki se izdajajo na področju izključnih in na področju deljenih pristojnosti, so različni. Na področjih izključnih pristojnosti se izdajajo uredbe, ki posamezna vprašanja uredijo v celoti, torej popolno, in zato tudi neposredno veljajo in se uporabljajo. Na področjih deljene pristojnosti pa se izdajajo direktive, ki neko področje urejajo le delno. Zato niso neposredno veljavne, temveč določajo le cilje, ki jih morajo uresničevati države članice, prepuščena pa jim je izbira oblike in metode za doseg te ciljev.

3. Normativna dejavnost države članice

Po povedanem lahko ugotovimo, da je ne glede na pravno naravo EU razmejitev pristojnosti med njo in njenimi članicami v temelju prav taka kot v federacijah, zato so izkušnje federacij s tem uporabne za razumevanje institucionalne zgradbe EU in njeno delovanje. Zlasti pa je pri tem pomembno, da je položaj članice EU (ne glede na to, da je še vedno samostojna država, ne pa le federalna enota v federaciji) skoraj enak kot položaj zvezne enote. To pomeni, da je postavljena v položaj, v katerem je nad njenim pravnim redom višji pravni red, ki neposredno velja na njenem območju in kateremu je podrejena. Nekatere določbe predpisov EU so neposredno izvršljive, druge morajo članice dodatno urediti. Če pogledamo drugače: nekateri predpisi EU v celoti in popolno urejajo neko področje, drugi pa postavljajo le okvire, v katerih lahko država članica bolj ali manj samostojno ureja to področje.

Normativna dejavnost države članice se torej izvaja na dveh področjih oziroma na dva načina: kot normativna dejavnost v sklopu izključnih pristojnosti države in kot normativna pristojnost za izvajanje pravnega reda EU. Prva se nanaša na pristojnosti na vseh področjih normativnega urejanja, ki niso prenesena v pristojnosti EU. V sklopu teh pristojnosti država ureja družbena razmerja na svojem ozemlju v celoti, torej popolno. Druga se nanaša na tista področja, ki so prenesena v pristojnost EU in na katerih normativna dejavnost temelji. Izhaja iz pravnega reda EU, ki daje normativnim pristojnostim države pravno podlago in pravni okvir urejanja. Ta normativna dejavnost države je zato vsebinsko in oblikovno (formalno) omejena, ker se lahko giblje le v mejah, ki jih določa evropski pravni red, natančneje evropski pravni akti.

Pravni okviri za normativno dejavnost države so odvisni od tega, kakšna je pristojnost EU na posameznem področju pravnega urejanja, zlasti pa od tega, ali gre za izključno pristojnost EU ali pa za skupno oziroma deljeno pristojnost EU. Vrsta pristojnosti odločilno vpliva na obliko zakonodajnega akta, ki ga sprejemajo organi EU. Na področju prve pristojnosti izdaja EU uredbe, v katerih polno, torej v celoti uredi neko zadevo, na drugem pa direktive (v katerih po-

stavi samo pravne smernice, torej pravni okvir, v katerem država samostojno ureja to zadevo). V prvem primeru je zato vsebinska in oblikovna vezanost države pri normiranju precej večja kot v drugem, kjer ima država relativno svobodne roke.

Ker imajo predpisi EU prednost pred notranjim pravnim redom, so vsi organi države tako ali drugače zavezani sodelovati pri njihovem uresničevanju na območju države. Njihove naloge pri tem so različne. Od vsebine posameznega predpisa je odvisno, kateri od organov države bodo sodelovali pri izvajanju predpisov. Od tega je namreč odvisno, kateri organ je pristojen za spremembo predpisa, ki je potreben za izvrševanje predpisa EU. Ko nastopi faza izvajanja predpisa EU, je za odločitev o tem, kateri organ je pristojen za izvajanje predpisa, odločilen pravni red Slovenije z ustavo na čelu. Zaradi tega je za sprejemanje predpisov, ki imajo zakonsko vsebino, pristojen parlament, za sprejemanje predpisov z izvršilno vsebino pa vlada in pristojna ministrstva (ter različne agencije).

Normativna dejavnost države, ki je članica EU, se torej giblje v mejah lastne ustavne ureditve in v mejah pravne ureditve EU. Posledica sta dve vrsti predpisov države, namreč predpisi, ki jih država sprejema izključno v okviru svoje lastne pristojnosti, pri čemer je omejena samo s svojo ustavo, in predpisi, ki jih sprejema na podlagi in v okviru evropskih predpisov za uresničevanje teh predpisov.

Z vidika nomotehnike je nedvomno nadvse pomembno, za katerega od teh dveh vrst predpisov gre v konkretnem primeru pravnega urejanja. Predpisi, ki se izdajajo v okviru lastne pristojnosti, ne potrebujejo posebne pravne podlage, razen tiste, ki je potrebna zaradi internih hierarhičnih razmerij med različnimi predpisi države (zakoni, podzakonskimi akti). Vsebinska teh predpisov je vezana samo z ustavo oziroma zakonom. Drugače je pri predpisih, ki se sprejemajo za izvajanje evropskega pravnega reda. Ti so lahko predpisi s področja skupne pristojnosti (direktive) ali samo izvedbeni predpisi s področja izključne zakonodajne pristojnosti EU. V prvem primeru država sprejme ustrezne zakone, v drugem pa podzakonske akte. Nomotehnično je v prvem primeru relativno vezana na direktivo kot nekakšen predpis višjega ranga, ki ga lahko primerjamo z zveznim okvirnim zakonom, v drugem primeru pa gre za izvršilne predpise za izvajanje zakonodajnega akta EU.

Tudi vsebinska vezanost predpisov države se razlikuje glede na to, ali gre za predpise iz lastne (izključne) pristojnosti ali pa za izvedbene predpise. Pri izključno državni pristojnosti je vsebinska vezanost zakona naravnana samo na skladnost z ustavo, ki je zelo splošen pravni akt, zaradi česar je pravni okvir, v katerem se mora gibati zakon, zelo širok in večinoma ohlapen. Vsebinska vezanost podzakonskega akta pa se nanaša na ustavo in zakon. Nasprotno pa je vsebinska vezanost pri izvedbenih pravnih aktih bistveno drugačna, saj se nanaša na pravo EU kot »zunanje«, višje pravo. Stopnja vezanosti je odvisna od vrste pristojnosti, saj je pri aktih za izvrševanje uredbe precej višja kot pri aktih za izvrševanje direktive.

Slovenija je v primerjavi z večino članic EU glede teh vprašanj v posebnem položaju, saj je delovala kot klasična država samo v obdobju od osamosvojitve do vstopa v EU. Pred tem in po tem pa je v položaju državnega organizma, ki ima nad seboj širši državni organizem, tako ali drugače nadrejen. Prej je imela državnopravni položaj federalne enote v jugoslovanski federaciji, zdaj pa položaj članice EU. Ta dva položaja sta na temeljni ustavni ravni podobna, ne pa enaka, saj EU ni federacija in Slovenija je načeloma še vedno suverena država, čeprav omejeno suverena država. Toda na ravni izvajanja državne oblasti je položaj prej in zdaj izredno podoben, saj obstaja višja oblast, ki sprejema odločitve, ki so jih slovenska država in njeni prebivalci zavezani izvrševati. Na pravni ravni se to kaže v tem, da obstaja poleg pravnega reda, ki ga postavlja in ustvarja slovenska država, tudi pravni red, ki ga ustvarjajo organi EU neodvisno od slovenskih državnih organov ter velja neposredno za prebivalce Slovenije in je nadrejen slovenskemu pravnemu redu. Družbena razmerja v Sloveniji torej urejata dve ravni oblasti – oblast EU in slovenska oblast, vsaka po svojih pristojnostih. Na normativni ravni pa se to kaže v tem, da je Slovenija spet v položaju, ko njeni pravodajni organi niso suveren normodajalec, temveč v večjem delu podrejen normodajalec. Nomotehnično se to kaže v tem, da je treba pri oblikovanju in pripravi predpisov ves čas izhajati iz pristojnosti, ki jo ima normodajni organ Slovenije – od izključne do delne in do samo izvedbene.

Strokovni članek
340.134:061.1EU

Aktualni problemi v zvezi s prenosom direktiv v slovenski pravni red ter neposredno uporabo uredb EU

MAG. KARMEN VEZJAK PROGAR,
sekretarka v Službi Vlade Republike
Slovenije za zakonodajo

1. Uvod

Glede na številčnost pravnih aktov Evropske unije, ki jih mora Republika Slovenija zaradi svojega članstva v EU v svoj pravni red bodisi prenesti bodisi jih upoštevati, bi celovit in vsebinsko poglobljen pregled problemov bistveno presegel predvideni obseg tokratnega prispevka, zato sta v nadaljevanju na kratko predstavljena zgolj dva primera iz aktualne prakse.

Nadalje terja poleg številčnosti različnih pravnih aktov EU¹ dodatno pozornost tudi njihova obsežnost, in to tako od pripravljavcev predpisov kot tudi od pravnikov redaktorjev, navsezadnje pa tudi od vseh uporabnikov predpisov.

Postopek sprejemanja pravnih aktov EU s strani institucij EU, v katerih sicer posredno sodelujejo vse države članice EU, je – zagotovo tudi ob upoštevanju različnih nomotehničnih pristopov – načeloma formaliziran v obliki skupnih nomotehničnih pravil, kot so na primer Skupna praktična navodila Evropskega parlamenta, Sveta in Komisije za osebe, vključene v pripravo pravnih aktov v institucijah Skupnosti², Medinstitucionalni slogovni priročnik³ in

¹ Na kar kaže tudi podatek glede notificiranih direktiv – v obdobju od 1. 1. 2010 do 31. 12. 2010 je bilo notificiranih 152 direktiv, pri katerih je Republika Slovenija zavzela stališče (in to tudi sporočila Evropski komisiji), da je prenos direktiv zaključen oziroma popoln (podatek Službe Vlade RS za zakonodajo – Sektorja za evropske zadeve in informatizacijo zakonodajnih postopkov z dne 6. 5. 2011).

² Angl. *Joint Practical Guide of the European Parliament, the Council and the Commission for persons involved in drafting legislation within the Community legislation*; osnovna izdaja iz leta 2003 je, skupaj s spremembami in dopolnitvami iz leta 2009, v angleškem jeziku dostopna tudi na spletnem naslovu: <http://eur-lex.europa.eu/en/techleg/index.htm>, slovenska izdaja iz leta 2008 pa na spletnem naslovu: http://eur-lex.europa.eu/sl/techleg/pdf/2007_6655.pdf.

³ Angl. *Institutional Style Guide*, ki je sicer v angleškem jeziku dostopen na naslovu <http://publications.europa.eu/code/sl/sl-000500.htm>, prav tako tudi del, ki je preveden v slovenščino.

*Interinstitutional agreement on better law-making*⁴. Ker so omenjena pravila skupek pogosto kompromisno ali superiorno sprejetih odločitev, je mogoče trditi,⁵ da tudi zato v posameznih segmentih odstopajo od nacionalnih nomotehničnih pravil vsake od držav članic. Čeprav skušajo navedeno preseči tako pripravljavci predpisov kot zlasti pravniki redaktorji, jim to vedno ne uspe najbolje. Prepletenost pravnega reda EU kot avtonomnega in samostojnega pravnega sistema, ki se razvija neodvisno od pravnih sistemov posameznih držav članic EU, s pravnim sistemom vsake posamezne države članice, ki temelji na njenih ustavnih načelih, tradiciji in zgodovinskih dejstvih, lahko namreč v posameznih primerih poraja različna vprašanja, na katera pogosto ni mogoče najti enoznačnih odgovorov.

2. Nerealni roki za prenos v nacionalni pravni red in povratno učinkovanje določb direktiv

Naglica, ki naj bi ji botrovala želja, da se tudi z ustreznim odzivanjem v obliki normativnega urejanja družbenih razmerij pripomore k blaženju učinkov gospodarske in finančne krize, in temu primerno (ne)dodelana pravila se v zadnjem času kažejo tudi v predpisih EU. Slednje lahko v primeru direktiv, ko so načeloma potrebne nadaljnje dejavnosti v zvezi z njihovo umestitvijo oziroma prenosom v nacionalni pravni red, povzroča resne zagate v razmerju do temeljnih nacionalnih pravnosistemskih pravil, v posameznih primerih celo ustavnih načel.

V skladu z 288. členom Pogodbe o delovanju Evropske unije je direktiva za vsako državo članico, na katero je naslovljena, zavezujoča glede cilja, ki ga je treba doseči, vendar prepušča nacionalnim organom izbiro oblike in metod. Žal v primeru nekaterih direktiv ob določitvi roka za prenos v nacionalni pravni red pogosto ni upoštevano niti minimalno trajanje zakonodajnega postopka v državi članici, zlasti ko gre za materijo, katere prenos v nacionalni pravni red je že sicer treba opraviti z zakonom, podredno pa s podzakonskimi predpisi, izdanimi na njegovi podlagi.

Tako sta bili med drugim za »odpravo potencialno škodljivega učinka slabo oblikovanih struktur prejemkov na ustrezno upravljanje s tveganji«⁶ z Direktivo 2010/76/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 24. novembra 2010 o spremembi direktiv 2006/48/ES in 2006/49/ES v zvezi s kapitalskimi zahtevami za trgovanje knjigo in za relistinjenja ter v zvezi

⁴ (UL C 321 z dne 31. 12. 2003, str. 1); v slovenski jezik uradno ni preveden.

⁵ Kar v primeru Slovenije utemeljuje že način zasnove členov – tako so ti, na primer, v predpisih EU naslovljeni tako, da je naslov člena zapisan nad njihovo številčno oznako, od uveljavljene slovenske nomotehnike – glej Nomotehnične smernice (Služba Vlade RS za zakonodajo, 2008, 198 strani) – pa odstopa tudi njihova delitev na manjše strukturne enote, kar povzroča nemalo težav pri sklicevanju.

⁶ Del tretje uvodne izjave Direktive 2010/76/EU.

z nadzorniškimi pregledom politik prejemkov⁷ (v nadaljnjem besedilu: Direktiva 2010/76/EU) spremenjeni direktivi, ki urejata opravljanje dejavnosti kreditnih institucij in kapitalsko ustreznost investicijskih podjetij ter kreditnih institucij. Ne glede na postopek sprejemanja omenjene direktive, v katerem so bile ustrezno udeležene države članice EU, je zahteva iz točke (a) prvega odstavka 3. člena Direktive 2010/76/EU, da države članice *uveljavijo* zakone in druge predpise, potrebne za uskladitev točk 3, 4, 16 in 17 člena 1 ter točk 1, 2(c), 3 in 5(b) (iii) Priloge I, do 1. januarja 2011 povsem nerealna. Četudi zanemarimo dejstvo, da Direktiva 2010/76/EU državam članicam v opisanem delu ne nalaga zgolj sprejema zakonov in drugih predpisov, temveč že kar njihovo uveljavitev v roku šestnajstih dni po njeni uveljavitvi, velja v zvezi s prenosom omenjenih delov Direktive 2010/76/EU v slovenski pravni red dodatno opozoriti še na vprašanje zapovedanega začetka učinkovanja relevantnih določb, ki so predmet prenosa oziroma uskladitve.

Drugi odstavek 3. člena Direktive 2010/76/EU namreč nalaga, da »zakoni in drugi predpisi, potrebni za uskladitev s točko 1 Priloge I, od kreditnih institucij zahtevajo, da navedena načela uporabijo za:

- prejemke iz naslova pogodb, sklenjenih pred dejanskim datumom začetka izvajanja v posamezni državi članici, in priznane ali plačane po tem datumu, ter
- prejemke za storitve, opravljene v letu 2010, ki so sicer bili priznani, ne pa tudi plačani, pred datumom dejanskega začetka izvajanja v posamezni državi članici.«

Ne glede na štirinajsto uvodno izjavo Direktive 2010/76/EU⁸ gre torej za z direktivo zapovedano obvezno povratno učinkovanje relevantnih uskladitev z določbami Direktive 2010/76/EU. Ker se državam članicam dejansko nalaga uporaba z omenjeno direktivo usklajenih predpisov, ki morajo v tem delu po vsebini določiti sistem oziroma politiko prejemkov, za nazaj, in to za individualne prejemke iz pogodb, sklenjenih pred začetkom izvajanja predmetnih nacionalnih predpisov v posamezni državi članici, ter vse priznane ali plačane po tem datumu,⁹ se v tem delu zastavlja vprašanje, ali je določitev opisane zapovedane povratne veljave v nacionalnih predpisih, potrebnih za uskladitev z Direktivo 2010/76/EU, sploh skladna z Ustavo RS. V skladu z drugim odstavkom 155. člena Ustave RS lahko namreč samo zakon določi, da imajo njegove posamezne določbe učinek za nazaj, če to zahteva javna korist in če se s tem ne

⁷ UL L 329 z dne 14. 12. 2010, str. 3.

⁸ Ta se glasi: »Določbe o prejemkih ne bi smele posegati v celovito izvajanje temeljnih pravic, zagotovljenih s Pogodbami in zlasti členom 153(5) Pogodbe o delovanju Evropske unije, splošnimi načeli nacionalnega delovnega in pogodbenega prava, z zakonodajo o pravicah in udeležbi delničarjev ter s splošno odgovornostjo nadzornih organov zadevne institucije, pa tudi v pravice, kjer je to primerno, socialnih partnerjev, da sklepajo in izvajajo kolektivne pogodbe v skladu z nacionalno zakonodajo in običaji.«

⁹ Torej tudi tiste, ki izvirajo iz storitev (tudi tistih, opravljenih pred datumom začetka izvajanja nacionalnega predpisa), opravljenih na podlagi pogodb, ki so bile sklenjene pred omenjenim datumom.

posega v pridobljene pravice. Kot skladno z Ustavo RS je torej mogoče smatrati le povratno učinkovanje v primeru vseh kumulativno izpolnjenih pogojev. Z Direktivo 2010/76/ES zapovedanega posega z nacionalnimi predpisi v (vsaj tiste) prejemke, ki izvirajo iz opravljenih storitev v skladu z veljavno sklenjenimi pogodbami, in posega v pogodbe z učinkovanjem pred datumom začetka veljavnosti nacionalnega predpisa, pa ni mogoče šteti za skladnega z določbami drugega odstavka 155. člena Ustave RS.

Kljub opisanemu pomisleku je Vlada Republike Slovenije na 122. redni seji 24. februarja 2011 potrdila besedilo predloga Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o bančništvu (EVA 2010-1611-0148; ZBan-1G). Potrjeni predlog omenjenega zakona je med prehodnimi določbami bankam nalagal, da vzpostavijo ustrezen sistem prejemkov v treh mesecih po uveljavitvi podzakonskega predpisa, izdanega na podlagi s predmetno novelo spremenjenega in dopolnjenega Zakona o bančništvu. V zvezi s storitvami, opravljenimi v letu 2010 ali pozneje, pa bi banke morale doseči uskladitev že sklenjenih pogodb v zvezi s še neizplačanimi prejemki zaposlenih s posebno naravo dela s sistemom prejemkov iz s predmetno novelo spremenjenega in dopolnjenega Zakona o bančništvu v enem mesecu po vzpostavitvi takega sistema prejemkov,¹⁰ vendar sprejeti Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o bančništvu¹¹ tovrstne določbe, ne glede na povzete določbe Direktive 2010/76/EU, ne vsebuje več.

3. Neprimerni poskusi urejanja materije iz uredb EU

Kompleksnost pravnega reda EU skupaj z nacionalnimi predpisi je čedalje težje obvladljiv korpus pravnih pravil, ki krojijo naš vsakdanjik. Posledično je v normativni dejavnosti dokaj pogosto mogoče identificirati poskuse, da se v nacionalni predpis umesti enaka materija, kot je sicer že vsebovana v uredbah EU.

V praksi navedeno utemeljujejo različni primeri. Eden od njih so prizadevanja, da bi se zadnja novela Zakona o izvršbi in zavarovanju¹² dopolnila tako, da bi se v okviru ureditve izvršbe na denarno terjatev dolžnika¹³ med prejemke, ki so izvzeti iz izvršbe, umestila tudi nepovratna denarna sredstva iz naslova ukrepov kmetijske politike.¹⁴ Argument predlagatelja izhaja iz

¹⁰ Drugi odstavek 11. člena predloga Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o bančništvu (EVA 2010-1611-0148) z dne 24. 2. 2011.

¹¹ Uradni list RS, št. 59/11.

¹² ZIZ-I, Uradni list RS, št. 26/11.

¹³ Deveto poglavje drugega razdelka drugega dela ZIZ.

¹⁴ Pripomba/nasprotovanje obravnavi objavljenega vladnega gradiva (15. člen Poslovnika Vlade RS) k Predlogu Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju (EVA 2011-2011-0023), dopis Ministrstva za kmetijstvo, gozdarstvo in prehrano, št. 004-1/2011/19, z dne 9. 3. 2011.

številnih sklepov o izvršbi, ki jih izdajajo izvršilni oddelki slovenskih okrajnih sodišč, z zapovedano izvršbo na denarna sredstva pri Agenciji za kmetijske trge in razvoj podeželja.

Glede na dinamiko pripravljanja in sprejema predmetne novele, v katero omenjena dopolnitev zaradi časovne stiske na koncu ni bila vključena,¹⁵ so se med snovanjem predvidenih rešitev pojavila vsaj tri osrednja vprašanja:

- prvo, ključno z vidika veljavne nacionalne ureditve v zakonu, ki ureja izvršbo in zavarovanje, je, ali je v konkretnem primeru izplačevalca sredstev EU sploh mogoče šteti za dolžnikovega dolžnika;¹⁶
- drugo vprašanje, ključno z vidika prava EU, pa je, zakaj v nacionalnem predpisu prepovedati izvršbo na sredstva, ki morajo biti v skladu z uredbami EU,¹⁷ upravičencem – v opisanem primeru torej kmetom, izplačana v celoti, saj v nasprotnem primeru že uredbe EU določajo sankcije za države članice (na primer zmanjšanje ali prekinitev mesečnih plačil¹⁸),

¹⁵ Glej veljavni Zakon o izvršbi in zavarovanju (Uradni list RS, št. 3/07 – UPB4, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10 in 26/11).

¹⁶ Ta je organ v sestavi Ministrstva za kmetijstvo, gozdarstvo in prehrano, ki izplačila nepovratnih sredstev iz naslova skupne kmetijske politike le izvaja. Naloga Agencije za kmetijske trge in razvoj podeželja v postopku odobritve sredstev EU je preverjanje izpolnjevanja predpisanih pogojev za izplačilo in odobritev sredstev za izplačilo kakor tudi preverjanje izvrševanja ukrepov skladno z namenom dodeljenih sredstev v upravnem postopku. Med upravičencem in omenjeno agencijo ne obstaja klasično dolžniško-upniško razmerje, v katerega bi bilo mogoče sicer poseči z izvršbo na dolžnikovo terjatev, temveč zgolj upravno-pravno razmerje (dopis Ministrstva za kmetijstvo, gozdarstvo in prehrano, št. 004-1/2011/19, z dne 9. 3. 2011).

¹⁷ Na primer na podlagi:

- 11. člena Uredbe Sveta (ES) št. 1290/2005 z dne 21. junija 2005 o financiranju skupne kmetijske politike (UL L 209 z dne 11. 8. 2005, str. 1), zadnjič spremenjene z Uredbo Sveta (ES) št. 473/2009 z dne 25. maja 2009 o spremembi Uredbe (ES) št. 1698/2005 o podpori za razvoj podeželja iz Evropskega kmetijskega sklada za razvoj podeželja (EKSRP) in Uredbe (ES) št. 1290/2005 o financiranju skupne kmetijske politike (UL L 144 z dne 9. 6. 2009, str. 3); v nadaljnjem besedilu: Uredba 1290/2005/ES,
- prvega odstavka 29. člena Uredbe (ES) št. 73/2009 z dne 19. januarja 2009 o skupnih pravilih za sheme neposrednih podpor za kmete v okviru skupne kmetijske politike in o uvedbi nekaterih shem podpor za kmete, spremembi uredb (ES) št. 1290/2005, (ES) št. 247/2006, (ES) št. 378/2007 in razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1782/2003 (UL L 30 z dne 31. 1. 2009, str. 16), zadnjič spremenjene z Uredbo Komisije (EU) št. 307/2011 z dne 29. marca 2011 o spremembi Priloge IV in Priloge VIII k Uredbi Sveta (ES) št. 73/2009 o skupnih pravilih za sheme neposrednih podpor za kmete v okviru skupne kmetijske politike (UL L 82 z dne 30. 3. 2011, str. 1),
- Priloge I in Priloge II Uredbe Komisije (ES) št. 885/2006 z dne 21. junija 2006 o določitvi podrobnih pravil za uporabo Uredbe Sveta (ES) št. 1290/2005 glede akreditacije plačilnih agencij in drugih organov ter potrditve obračunov Evropskega kmetijskega jamstvenega sklada (EKJS) in Evropskega kmetijskega sklada za razvoj podeželja (EKSRP) (UL L 171 z dne 23. 6. 2006, str. 90), zadnjič spremenjene z Uredbo Komisije (ES) št. 885/2006 z dne 21. junija 2006 o določitvi podrobnih pravil za uporabo Uredbe Sveta (ES) št. 1290/2005 glede akreditacije plačilnih agencij in drugih organov ter potrditve obračunov Evropskega kmetijskega jamstvenega sklada (EKJS) in Evropskega kmetijskega sklada za razvoj podeželja (EKSRP) (UL L 279 z dne 22. 10. 2008, str. 14).

¹⁸ Člen 17 Uredbe št. 1290/2005/ES.

- podredno se je pojavila dodatna dilema, ali je treba predlagani izvzem določiti tudi za morebitne druge vrste nepovratnih sredstev EU, ki se morajo na različnih podlagah prav tako neposredno izplačevati upravičencem.¹⁹

Čeprav bi navedeno marsikdo na prvi pogled utegnil razumeti kot konflikt med nacionalnim pravom in pravom EU, še zdaleč ni tako. Gre namreč za problem izvajanja predpisov, ki si ne nasprotujejo, temveč jih je le treba ustrezno razumeti in izvajati. K rešitvi opisanega problema bi, če zanemarimo dejstvo, da je zmotno že izhodišče za odločitve o vrsti izvršbe,²⁰ četudi bi bila nacionalna ureditev izvršbe v tem primeru v nasprotju z določbami uredb EU za področje izplačevanja nepovratnih sredstev iz naslova ukrepov kmetijske politike (kar ni), morali pristopiti ob upoštevanju načela neposredne uporabe v tem delu povsem jasnih uredb EU, navsezadnje pa tudi ob upoštevanju načela primarnosti prava EU.

Kot pogoste primere podobno napačne prakse velja na načelni ravni poudariti tudi težnjo po celo dobesednem prepisovanju določb uredb EU z izgovorom »boljše preglednosti nacionalnega pravnega reda«.²¹ Nadalje je v zadnjem času v predlogih zakonov mogoče zaslediti celo poskuse oblikovanja pooblastil za izdajo podzakonskih predpisov z dostavkom, katere določbe uredb EU je ob njihovi pripravi treba upoštevati, ter definiranje ravnanj neodvisnih regulatornih organov na način, da jim je zapovedano, katere določbe uredb EU morajo pri svojem delovanju upoštevati. Slednje je napačno tako z vidika očitnega kršenja temeljnih načel prava EU kot tudi posega v samostojnost in neodvisnost organov, ki morajo – enako kot drugi – določbe uredb EU²² neposredno in v celoti uporabljati, povsem neodvisno od tega, ali jim je to z nacionalnim predpisom – napačno – zapovedano ali ne.

4. Sklep

V primeru prenosa direktiv EU v nacionalni pravni red ali v primeru nacionalnih predpisov, ki jih je treba sprejeti zaradi izvajanja uredb EU, različni bolj ali manj inovativni načini zgolj

¹⁹ V zvezi z naravo in pripadnostjo namenskih sredstev EU velja opozoriti tudi na določbo prvega odstavka 6. člena Zakona o izvrševanju proračunov Republike Slovenije za leti 2011 in 2012 (Uradni list RS, št. 96/10 in 4/11). Ta določa, da se prilivi namenskih sredstev EU štejejo za prihodke proračuna šele, ko se nakažejo na podračun izvrševanja proračuna. Do prenosa se obravnavajo kot sredstva Evropske komisije in izkazujejo kot obveznosti do Evropske komisije.

²⁰ Agencija za kmetijske trge in razvoj podeželja je v omenjenih postopkih napačno obravnavana kot dolžnikov dolžnik. Po drugi strani velja dodati, da ni nikakršnih ovir za izvršbo na denarna sredstva upravičenca takoj, ko omejena sredstva dosežejo transakcijski račun upravičenca.

²¹ Vse relevantne določbe naj bi bile tako vsebovane v enem (nacionalnem) predpisu, kar naj bi bilo za uporabnika predpisa bolj »prijazno«.

²² Gre za tiste določbe uredb EU, kjer nadaljnje normative dejavnosti držav članic niso potrebne.

tehničnih rešitev za pravno varnost načeloma niso usodnega pomena.²³ Slednjega pa ni mogoče trditi, ko se, bodisi zaradi napačnega razumevanja vsebine predpisov EU bodisi zaradi pomanjkljivega poznavanja vsebine in hierarhičnega ustroja nacionalnega pravnega reda, pojavljajo predlogi pravnosistemsko in vsebinsko neustreznih rešitev.

Slednjim se v zvezi z izvajanjem uredb EU pridružuje še nepoznavanje sicer izredno kompleksnega pravnega reda EU, zaradi katerega prihaja do oblikovanja *ad hoc* predlogov nacionalnih predpisov z materijo, ki je v uredbah EU, ki so neposredno in splošno uporabne ter zavezujoče v celoti, v vseh državah članicah, sicer že celovito vsebovana in zato nadaljnja normativna dejavnost države članice sploh ni potrebna oziroma je, bolje rečeno, napačna.

Viri

Direktiva 2010/76/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 24. novembra 2010 o spremembi direktiv 2006/48/ES in 2006/49/ES v zvezi s kapitalskimi zahtevami za trgovalno knjigo in za relistinjenja ter v zvezi z nadzorniškimi pregledom politik prejemkov (UL L 329 z dne 14. 12.2010, str. 3)

Institutional Style Guide, <www.publications.europa.eu> (6. 5. 2011).

Interinstitutional agreement on better law-making (UL C 321 z dne 31. 12. 2003, str. 1).

Joint Practical Guide of the European Parliament, the Council and the Commission for persons involved in drafting legislation within the Community legislation; <www.eur-lex.europa.eu> (4. 5. 2011).

Pogodba o delovanju Evropske unije (UL L 115 z dne 9. 5. 2008, str. 47, s spremembami).

Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o bančništvu (EVA 2010-1611-0148; ZBan-1G), gradivo Ministrstva za finance, obravnavano na 122. redni seji Vlade Republike Slovenije, z dne 24. 2. 2011.

Pripomba/nasprotovanje obravnavi objavljenega vladnega gradiva (15. člen Poslovnika Vlade RS) k Predlogu Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju (EVA 2011-2011-0023), dopis Ministrstva za kmetijstvo, gozdarstvo in prehrano, št. 004-1/2011/19 z dne 9. 3. 2011.

Nomotehnične smernice. Ljubljana: Služba Vlade RS za zakonodajo. II. spremenjena in dopolnjena izdaja, 2008, 198 str.

Uredba Sveta (ES) št. 1290/2005 z dne 21. junija 2005 o financiranju skupne kmetijske politike (UL L 209 z dne 11. 8. 2005, str. 1), zadnjič spremenjena z Uredbo Sveta

²³ So pa precej neugledni.

(ES) št. 473/2009 z dne 25. maja 2009 o spremembi Uredbe (ES) št. 1698/2005 o podpori za razvoj podeželja iz Evropskega kmetijskega sklada za razvoj podeželja (EKSRP) in Uredbe (ES) št. 1290/2005 o financiranju skupne kmetijske politike (UL L 144 z dne 9. 6. 2009, str. 3).

Uredba Komisije (ES) št. 885/2006 z dne 21. junija 2006 o določitvi podrobnih pravil za uporabo Uredbe Sveta (ES) št. 1290/2005 glede akreditacije plačilnih agencij in drugih organov ter potrditve obračunov Evropskega kmetijskega jamstvenega sklada (EKJS) in Evropskega kmetijskega sklada za razvoj podeželja (EKSRP) (UL L 171 z dne 23. 6. 2006, str. 90), zadnjič spremenjena z Uredbo Komisije (ES) št. 885/2006 z dne 21. junija 2006 o določitvi podrobnih pravil za uporabo Uredbe Sveta (ES) št. 1290/2005 glede akreditacije plačilnih agencij in drugih organov ter potrditve obračunov Evropskega kmetijskega jamstvenega sklada (EKJS) in Evropskega kmetijskega sklada za razvoj podeželja (EKSRP) (UL L 279 z dne 22. 10. 2008, str. 14).

Uredba (ES) št. 73/2009 z dne 19. januarja 2009 o skupnih pravilih za sheme neposrednih podpor za kmete v okviru skupne kmetijske politike in o uvedbi nekaterih shem podpor za kmete, spremembi uredb (ES) št. 1290/2005, (ES) št. 247/2006, (ES) št. 378/2007 in razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1782/2003 (UL L 30 z dne 31. 1. 2009, str. 16), zadnjič spremenjena z Uredbo Komisije (EU) št. 307/2011 z dne 29. marca 2011 o spremembi Priloge IV in Priloge VIII k Uredbi Sveta (ES) št. 73/2009 o skupnih pravilih za sheme neposrednih podpor za kmete v okviru skupne kmetijske politike (UL L 82 z dne 30. 3. 2011, str. 1).

Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04 in 68/06).
Zakon o izvršbi in zavarovanju (Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10 in 26/11).

Zakon o izvrševanju proračunov Republike Slovenije za leti 2011 in 2012 (Uradni list RS, št. 96/10 in 4/11).

Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o bančništvu (Uradni list RS, št. 59/11).

Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju (Uradni list RS, št. 26/11).

Strokovni članek
340.134(497.4)

Hibrid ali obravnava predlogov zakonov po tretjem odstavku 117. člena Poslovnika državnega zbora

ANDREJA KURENT,
sekretarka v Zakonodajno-pravni službi
Državnega zbora Republike Slovenije

Hibrid-a : biol. potomec staršev z različno dedno osnovo; križanec: hibrid iz visokega in nizkega graha; odpornost hibridov / čebelji hibridi;

pren. posrečen literarni hibrid med novelo in romanom.
(*Slovar slovenskega knjižnega jezika*)

V parlamentarnem žargonu z besedo hibrid označujemo predlog zakona in tudi postopek njegovega sprejemanja v primeru, ko se ravna po tretjem odstavku 117. člena Poslovnika državnega zbora (v nadaljnjem besedilu: poslovnik).¹ Hibrid se naredi v zakonodajnem postopku, ko je predloženih več zakonskih predlogov z istovrstno materijo, vendar se jih obravnava in sprejema sočasno. Čeprav hibridov v dosedanjih parlamentarnih mandatih ni bilo veliko, se je že izoblikovala praksa ravnanja, ki jo želim predstaviti v tem prispevku, s posebnim poudarkom na težavah, ki se pri tem pojavljajo. Pri tem uporabljam besedo hibrid namesto dolge sintagme »ravljanje po tretjem odstavku 117. člena poslovnika«, saj je označitev s kratko besedo v tem prispevku preglednejša in racionalnejša.

1. Poslovnik

Hibrid je sicer urejen s poslovníkom, vendar za boljše razumevanje najprej podajam kratek oris zakonodajnega postopka. Redni zakonodajni postopek poteka v treh obravnavah/fazah, in sicer:

¹ Uradni list RS, št. 92/07 – UPB.

Prva obravnava je opravljena s posredovanjem predloga zakona poslancem (v praksi: obvestilo predsednika državnega zbora poslancem, da je predlog zakona objavljen na spletnih straneh državnega zbora). Predlog zakona je v prvi fazi mogoče obravnavati tudi na seji državnega zbora, če tako v 15 dneh po vložitvi zakonskega predloga zahteva najmanj deset poslancev. Tedaj se opravi splošna razprava o razlogih, ki zahtevajo sprejem zakona, ter o načelih, ciljnih in pogloblitvinih rešitvah predloga zakona.²

Drugo obravnavo zakonskega predloga najprej opravi delovno telo državnega zbora, ki ga predsednik državnega zbora določi kot matično (v nadaljnjem besedilu: MDT), na podlagi poročila MDT pa se opravi še obravnava na seji državnega zbora. Pri tem se razpravlja in glasuje o členih ali delih predloga zakona ter amandmajih.³ MDT nato pripravi z amandmaji korigiran dopolnjen predlog zakona. Tak predlog zakona potem obravnava državni zbor na seji v drugi obravnavi, vendar praviloma le o členih, ki so bili novelirani na MDT.

Sledi *tretja obravnava*, ki se opravi zgolj na seji državnega zbora, ko ta razpravlja o predlogu zakona v celoti in o njem glasuje.⁴

V *nujnem postopku* je postopek hitrejši: ne opravi se splošna razprava, druga in tretja obravnava se opravita na isti seji, za celoten postopek ne veljajo poslovniško določeni roki, amandmaji se lahko podajo tudi ustno na seji do zaključka razprave o posameznem členu.⁵ Predlagateljica nujnega postopka je lahko le vlada, sprejem zakona pa je nujen zaradi interesov varnosti, ali obrambe države, ali zaradi odprave posledic naravnih nesreč, ali zato, da se preprečijo težko popravljive posledice za delovanje države. O predlogu vlade za nujni postopek odloči kolegij predsednika državnega zbora, predlog zakona, ki se obravnava po nujnem postopku, pa se uvrsti na prvo sejo državnega zbora po odločitvi kolegija.⁶

Hibrid se pripravi na drugi obravnavi, na seji MDT.

Poslovniške določbe, ki opredeljujejo hibrid, so precej skromne, saj je bil v nov poslovnik (iz leta 2002) vnesen z amandmajem, po tedanjem hitrem postopku, z obrazložitvijo:

»Amandma v skladu z ureditvijo v ostalih evropskih parlamentih določa, da imajo pri obravnavi na zboru prednost vladni predlogi zakonov, saj je vlada odgovorna za delovanje države. Kljub temu pa še vedno ohranja pravico poslancev, ki so prvi posredovali predloge, da se njihovi predlogi obravnavajo pred vladnim, kar pa ne velja za predloge

² Člen 122 poslovnika.

³ Člen 125 poslovnika.

⁴ Člen 140 poslovnika.

⁵ Člen 144 poslovnika.

⁶ Člen 143 poslovnika.

zakonov po nujnem postopku. V tem primeru lahko matično delovno telo sklene, da bo obravnavalo tak predlog po nujnem postopku kot tudi predlog, ki je posredovan kot prvi, na isti seji in v okviru iste točke dnevnega reda. Pravice in dolžnosti predlagatelja po tem poslovniku ima tako vsak od predlagateljev obeh predlogov zakonov. Izredne potrebe države morajo, zaradi nujnih razmer, imeti pač možnost čimprejšnje obravnave.«

Nov poslovnik je bil sprejet zaradi čim večje racionalizacije dela državnega zbora, preglednejšega in zlasti hitrejšega zakonodajnega postopka ter približevanja ureditvi Evropske unije. Tudi v zakonodajnem postopku so mogoči primeri, ko so v postopek hkrati oziroma zaporedoma vloženi predlogi zakonov, ki urejajo isto družbeno razmerje; navadno gre za več predlogov novel istega zakona. V tem primeru je treba določiti vrstni red njihove obravnave, pri čemer različni vlagatelji (z izjemo vlade) ali različen postopek sprejemanja niso pomembni. Zakonski predlogi se obravnavajo po vrstnem redu njihove vložitve v državni zbor.

O vrstnem redu ravnanja s predlogi zakonov sicer govori 117. člen poslovnika, o hibridu pa njegov tretji in četrti odstavek.

117. člen

(1) Če je vloženih več predlogov zakonov, ki urejajo isto družbeno razmerje, državni zbor pa še ni začel z obravnavo predloga zakona na podlagi 122. člena oziroma matično delovno telo še ni začelo z obravnavo predloga zakona na podlagi 126. člena tega poslovnika, državni zbor najprej obravnava predlog zakona, ki je bil posredovan (poslan) prvi in nato po vrstnem redu posredovanja dalje.

(2) Če je izmed predlogov zakonov iz prejšnjega odstavka vložen tudi predlog zakona, ki ga je posredovala vlada, pa ni bil posredovan kot prvi, ga državni zbor, ne glede na vrstni red posredovanja, obravnava po vrstnem redu kot drugega.

(3) Ne glede na določbe prejšnjih odstavkov, lahko matično delovno telo sklene, da bo predloge zakonov, ki urejajo enako družbeno razmerje, za katero državni zbor še ni začel z obravnavo na podlagi 122. člena, oziroma matično delovno telo še ni začelo z obravnavo na podlagi 126. člena tega poslovnika in predlog zakona, za katerega je bila sprejeta odločitev, da se sprejme po nujnem postopku, obravnavalo na isti seji v okviru iste točke dnevnega reda, po določbah tega poslovnika o nujnem postopku za sprejem zakona.

(4) V primeru iz prejšnjega odstavka ima pravice in dolžnosti predlagatelja po tem poslovniku vsak od predlagateljev predlogov zakonov.⁷

Tudi o delu s hibridom na seji na MDT govori en sam člen poslovnika, in sicer:

⁷ Člen 122 poslovnika sicer govori o splošni razpravi, 126. člen pa o drugi obravnavi predloga zakona na MDT.

127. člen

Če matično delovno telo na podlagi tretjega odstavka 117. člena tega poslovnika obravnava predloge zakonov, ki urejajo isto družbeno razmerje, najprej odloči, na podlagi katerega izmed predlogov zakonov bo pripravilo dopolnjen predlog zakona, nato pa odloči, katere izmed členov iz drugih predlogov zakonov se vključi v predlog zakona, na podlagi katerega bo pripravljen dopolnjen predlog zakona, ter nato nadaljuje z obravnavo po določbah tega poslovnika o obravnavi v matičnem delovnem telesu in določbah 144. člena tega poslovnika.

Ureditev hibrida je v poslovniku skromna, zato se je glede ravnanja po tretjem odstavku 117. člena poslovnika izoblikovala praksa na podlagi dela dveh delovnih teles, ki sta bili do zdaj določeni kot MDT za obravnavo takih predlogov zakonov. To sta bila Odbor za finance in monetarno politiko ter Odbor za notranjo politiko, javno upravo in pravosodje, ki pa sta ravnala po približno enakem postopku. Zaradi odsotnosti podrobnejše poslovniške ureditve MDT seveda lahko ravnajo različno, največkrat je potek seje odvisen od predsedujočega, menim pa, da je enotna praksa, v izogib morebitnim napakam, dobrodošla.

2. Primer hibrida na treh predlogih zakonov, ki urejajo isto družbeno razmerje

Zadnji primer hibrida je bila obravnava tako imenovanih stečajnih zakonov na 26. seji državnega zbora marca 2011. Poslovník državnega zbora se namreč razlaga tako, da pod sintagmo »isto družbeno razmerje« razumemo vse predloge novel istega zakona, ne glede na povezanost vsebine posameznih novel.

V državni zbor je skupina opozicijskih poslancev 3. decembra 2010 vložila Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP-D), EPA 1454-V. Državni zbor je na zahtevo iste skupine poslancev opravil splošno razpravo in 3. februarja sprejel sklep, da predlog zakona ni primeren za nadaljnjo obravnavo. Ta postopek je omenjen zato, ker se je kasneje menjala kratica zakona. Ker je bil torej v času vlaganja drugih zakonskih predlogov v obravnavi še ZFPPIPP-D, so se naslednji predlogi zakonov označevali z zaporedno črko po abecednem vrstnem redu. Državni zbor je sicer za predlog ZFPPIPP-D sprejel sklep, da ni primeren za nadaljnjo obravnavo. Končni izdelek, novela, sprejeta na 26. seji državnega zbora 30. marca 2011, pa je označen z *ZFPPIPP-D*.⁸

Kasneje, 17. januarja 2011, je skupina poslancev v zakonodajni postopek vložila Predlog zakona o dopolnitvah Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisil-

⁸ Uradni list RS, št. 26/11.

nem prenehanju (*ZFPPIPP-E*), prva obravnava, EPA 1530-V, ter 16. februarja 2011 Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (*ZFPPIPP-F*), prva obravnava, EPA 1602-V. Za oba zakonska predloga je ista skupina poslancev zahtevala splošno razpravo na seji državnega zbora, zato je bil prvi predlog zakona uvrščen na 26. sejo državnega zbora kot splošna razprava.

Nato je vlada 11. marca 2011 vložila Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (*ZFPPIPP-G*), nujni postopek, EPA 1683-V, za katerega je kolegij predsednika državnega zbora odločil, da se ga obravnava po nujnem postopku. Zato ga je predsednik državnega zbora tudi takoj dodelil v obravnavo odboru za notranjo politiko, javno upravo in pravosodje kot MDT in zakonodajno-pravni službi.

Predlog *ZFPPIPP-E* se je v glavnini nanašal na javno objavo dolžnikov z zapadlimi neplačanimi obveznostmi, normativno pa je dodajal nove člene 31. a do 31. č, spremenil 42. člen in dodal 43. a člen.

Predloga *ZFPPIPP-F* in *ZFPPIPP-G* sta se v delu nanašala na vsebinsko istovrstno materijo, in sicer je predlog *ZFPPIPP-F* želel razširiti pristojnosti in dodatna upravičenja upniškega odbora, ukiniti Zbornico upraviteljev in njene naloge prenesti na Ministrstvo za pravosodje, uzakoniti promisorično izjavo upravitelja ob prevzemu nalog, spremeniti višino znižanja terjatev ter rok njihove odložitve pri prisilni poravnavi, dopolniti ureditev glede storitev v zvezi s stečajnim postopkom in nagradami upraviteljev ter zvišati nekatere globe.

Predlog *ZFPPIPP-G* je temu sledil v določbah glede dodatnih pristojnosti upniškega odbora, drugačni ureditvi višine znižanja terjatev ter rokov njihove odložitve pri prisilni poravnavi, ureditvi glede storitev za potrebe stečajnega postopka in zvišanih glob.

Ker je šlo v obeh primerih za noveli *ZFPPIPP*, so se spremembe nanašale na iste člene, vendar so bili ti različno številčeni. Predlog *ZFPPIPP-E* je vseboval 16 členov, predlog *ZFPPIPP-G* pa 10 členov. Za ponazoritev:

ZFPPIPP-F

- dopolnjen 87. člen
 - dopolnjen 90. člen
 - dodan 96. a člen
 - dopolnjen 98. člen
 - spremenjen 103. člen
 - spremenjen 112. člen
 - spremenjeni člani 120. a do j
- isto *ZPFFIFF-G*

- dopolnjen 143. člen
- isto ZPFFIFF-G
- dopolnjen 244. člen
- spremembe v 144. členu ZFPPIPP-G
- dopolnjen 354. člen
- sprememba v 145. členu ZFPPIPP-G
- dopolnjen 355. člen
- isto v ZFPPIPP-G
- spremenjen 489. a člen
- isto v ZFPPIPP-G
- 4 členi prehodnih in končnih določb
- isto v ZFPPIPP-G.

Ne glede to, da so se v določenem delu spremembe nanašale na iste člene ZFPPIPP, so se predlagane rešitve teh členov vsebinsko (delno) razlikovale.

K obema poslanskima zakonskima predlogoma (E in F) je vlada podala negativno mnenje, Sodni svet se je opredelil le do predlogov F in G, Komisija Državnega sveta za državno ureditev in Združenje upnikov – HKS Sikura le o predlogu G, Mestna občina Ljubljana pa le o predlogu E.

Po dodelitvi je zakonodajno-pravna služba dala mnenje k predlogu ZFPPIPP-G. Ker je bila zahtevana splošna razprava o predlogih ZFPPIPP-E in ZFPPIPP-F, ju predsednik državnega zbora ni dodelil v obravnavo in je zato Zakonodajno-pravna služba podala mnenje šele tedaj, ko je MDT sprejelo sklep, da se opravi obravnavo vseh treh predlogov zakonov na podlagi tretjega odstavka 117. člena poslovnika.

3. Obravnava hibrida na MDT

Kot je bilo že navedeno, se v skladu z določbo prvega odstavka 117. člena poslovnika v primeru, ko je vloženih več predlogov zakonov, ki urejajo enako družbeno razmerje, najprej obravnava predlog zakona, ki je bil posredovan kot prvi, nato pa po vrstnem redu posredovanja. Če je enega takih predlogov zakonov vložila vlada, pa ni bil posredovan kot prvi, ga državni zbor ne glede na vrstni red posredovanja obravnava kot drugega. V obravnavanem primeru je bil prvoposredovani predlog ZFPPIPP-E, drugi je bil vladni predlog ZFPPIPP-G in tretji predlog ZFPPIPP-F.

Ob obravnavi te točke dnevnega reda je MDT v skladu s tretjim odstavkom 117. člena poslovnika najprej odločalo, ali bo oba poslanska in vladni predlog zakona obravnavalo v okviru iste točke dnevnega reda na isti seji po določbah poslovnika o nujnem postopku za sprejem zakona. Ker je bil izid glasovanja o tem sklepu pozitiven, je MDT skladno s 127. členom poslovnika prešlo na odločanje o tem, na podlagi katerega od treh predlogov zakonov bo pripravilo dopolnjen predlog zakona. Navadno MDT za podlago vzame predlog zakona, ki ga po nujnem postopku predloži vlada, tokrat pa je za podlago izbralo predlog ZFPPIPP-F, ki je obširnejši.

Zaradi boljše seznanjenosti z vsebino predlogov zakonov se je pred glasovanjem o tem sklepu dala beseda predlagateljem zakonov ter Zakonodajno-pravni službi in predstavniku Državnega sveta.

Situacija pa bi bila drugačna, če predlagani sklepi ne bi bili sprejeti. Po mojem mnenju bi bilo treba v primeru, da MDT ne pristopi k hibridu, začeti obravnavo vladnega zakonskega predloga, ki je predložen po nujnem postopku, saj se tako omogoči obravnava nujnega zakonskega predloga na prvi naslednji seji državnega zbora, vendar bi bilo za to treba spremeniti poslovnik. Prvi na vrsti je bil sicer predlog zakona za splošno razpravo (v tem primeru ZFPPIPP-E), ki pa se na delovnem telesu ne obravnava.

Če pa MDT ne bi sklenilo, da za podlago za izdelavo hibrida vzame ZFPPIPP-F, bi se pač odločalo o drugi podlagi, torej bi se glasovalo o tem, ali se za podlago dopolnjenemu predlogu zakona uporabi predlog ZFPPIPP-G.

Nato se je MDT odločalo o tem, kateri členi iz drugih dveh predlogov zakonov se vključijo v predlog zakona, ki bo podlaga za pripravo dopolnjenega predloga zakona. Za odločanje o tem sklepu bi bilo treba poznati vsebino in s tem povezanost obravnavanih zakonskih predlogov. Mogočih je več rešitev, od tega, da se v dopolnjen predlog vključijo vsi predloženi zakonski predlogi, pa do tega, da se obravnava le tisti, ki je bil s sklepom sprejet kot podlaga. Kljub temu da se je tak primer že zgodil, izražam pomislek, ali lahko še govorimo o hibridu kot sestavljenemu predlogu zakonov.

V konkretnem primeru se je MDT glede vključenosti drugih zakonskih predlogov odločilo, da v dopolnjen predlog zakona ne bo vključilo nobenega od členov predloga ZFPPIPP-E, saj je želelo urediti materijo, ki vsebinsko ni bila v povezavi z rešitvami iz drugih dveh zakonskih predlogov. Hkrati pa je navajalo vsebino, ki je bila, glede na cilje, že urejena v Zakonu o preprečevanju zamud pri plačilih, ki je bil sprejet v vmesnem času.⁹

Od členov ZFPPIPP-G pa je vključilo tiste, ki se po vsebini niso pokrivali s členi iz predloga ZFPPIPP-F, in sicer tako, da jih je na ustrezno mesto (glede na zaporedje členov) predloga ZFPPIPP-F vključilo kot nove člene (označene s črko abecede). Tako je vključilo 3., 4., 7., 8. in 9. člen kot nove 8. a, 8. b, 12. a, 12. b in 12. c člene. Tiste člene, ki so po vsebini enaki členom predloga ZFPPIPP-F, pa je v obravnavi vključilo v predlog zakona z amandmaji.

Šele po sprejemu teh sklepov je MDT pristopilo k obravnavi predloga zakona, ki bo podlaga za pripravo dopolnjenega predloga zakona, in sicer v sestavljenem besedilu, ki sta ga tvorila besedilo predloga ZFPPIPP-F z vključenimi členi iz predloga ZFPPIPP-G, s tem da so ti členi v dopolnjenem predlogu zakona dobili novo številčenje (8. a, 8. b ter 12. a, 12. b in 12. c člen).

⁹ Uradni list RS, št. 18/11.

Ker se je ravnalo po določbah poslovnika, ki veljajo za nujni postopek in v katerem ne veljajo siceršnji roki za vložitev amandmajev, so se ti lahko vlagali do konca obravnave posameznih členov.

Modificirani členi (popravljeni na podlagi pripomb Zakonodajno-pravne službe) iz predloga ZFPPIPP-G so bili sprejeti kot amandmaji odbora. Sprejeti amandmaji so se vključili v dopolnjen predlog zakona, ki je sestavni del poročila MDT in je bil tak:

Dopolnjen predlog zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP-F), nujni postopek, EPA 1602-V

1. člen

V Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (Uradni list RS, št. 126/07, 40/09, 59/09, 52/10 in 106/10 – ORZFPPIPP21) se v 87. členu dodata nova drugi in tretji odstavek, ki se glasita:

»(2) Upniški odbor ima pravico pregledati poslovne knjige in dokumentacijo, ki jo je prevzel upravitelj v stečajnem postopku.

(3) Upniški odbor upnike na njihovo zahtevo obvešča o stanju stečajne mase.«

2. člen

(člen ni bil sprejet)

3. člen

(člen ni bil sprejet)

4. člen

(člen ni bil sprejet)

5. člen

(člen ni bil sprejet)

6. člen

(člen ni bil sprejet)

7. člen

(člen ni bil sprejet)

8. člen

V prvem odstavku 143. člena se beseda »in« nadomesti z besedo »oziroma«.

Za prvim odstavkom se doda nov drugi odstavek, ki se glasi:

»(2) S predlogom prisilne poravnave mora dolжник upnikom ponuditi najmanj 50% poplačilo oziroma odložitve plačila terjatev za največ štiri leta.«

Dosedanji drugi in tretji odstavek postaneta tretji in četrti odstavek.

8. a člen

V sedmem odstavku 144. člena se v napovednem stavku 1. točke, v 2. točki in v prvi alineji 4. točke besedilo »tretjega odstavka 143. člena« nadomesti z besedilom »četrtga odstavka 143. člena«, v drugi alineji 4. točke pa se besedilo »iz 3. točke tretjega odstavka tega 143. člena« nadomesti z besedilom »iz 3. točke četrtga odstavka 143. člena«.

8. b člen

V 145. členu se v 2. točki besedi »tretjega odstavka« nadomestita z besedama »četrtga odstavka«.

9. člen

(člen ni bil sprejet)

10. člen

V 354. členu se doda nov četrti odstavek, ki se glasi:

»(4) Upravitelj izvedbe storitev iz sedmega odstavka 103. člena tega zakona ne sme oddati:

- osebi, v kateri on ali oseba, ki ima v razmerju do njega položaj ožje povezane osebe, opravlja funkcijo člana posloводства, člana organa nadzora ali prokurista,
- osebi, v kateri je on ali osebe, ki imajo v razmerju do njega položaj ožje povezane osebe, skupaj ali vsak zase, neposredno ali preko drugih pravnih oseb v več kot 5% udeležen pri ustanoviteljskih pravicah, upravljanju oziroma kapitalu.«

11. člen

(člen ni bil sprejet)

12. člen

V 489.a členu se v napovednem stavku prvega in tretjega odstavka besedilo »od 800 do 4.100 eurov« nadomesti z besedilom »od 2.000 do 10.000 eurov«.

VI. PREHODNE IN KONČNE DOLOČBE

12. a člen

Določbi spremenjenega prvega in novega drugega odstavka 143. člena zakona se uporabljata:

1. za postopke prisilne poravnave, ki se uvedejo po uveljavitvi tega zakona, in
2. za postopke prisilne poravnave, ki so bili uvedeni pred uveljavitvijo tega zakona, če do njegove uveljavitve sodišče še ni odločilo o začetku postopka.

12. b člen

Določba novega četrtga odstavka 354. člena zakona velja za opravljanje storitev za potrebe stečajnega postopka na podlagi pogodb, ki so sklenjene po uveljavitvi tega zakona.

12. c člen

Določba spremenjenega 489.a člena zakona se uporablja za prekrške, ki so bili storjeni po uveljavitvi tega zakona.

13. člen

(člen ni bil sprejet)

14. člen

(člen ni bil sprejet)

15. člen

(člen ni bil sprejet)

16. člen

Ta zakon začne veljati naslednji dan po objavi v Uradnem listu Republike Slovenije.¹⁰

Da bi državni zbor predlog zakona lahko obravnaval na marčni seji, je po končani obravnavi MDT sprejelo še sklep, da državnemu zboru predlaga, naj se dnevni red 26. seje državnega zbora razširi s točko dnevnega reda: Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP-F), nujni postopek, EPA 1602-V.

Ko je MDT zaključilo obravnavo predloga ZFPPIPP-F, je v nadaljevanju končalo tudi obravnavo preostalih dveh predlogov zakonov na MDT. Glede na potek obravnave vseh predlogov zakonov, ki urejajo isto družbeno razmerje, in sprejete odločitve na podlagi 117. in 127. člena poslovnika je MDT na podlagi drugega odstavka 128. člena poslovnika sprejelo sklep, da predlog ZFPPIPP-E in predlog ZFPPIPP-G nista primerna za nadaljnjo obravnavo.

Predlagana sklepa je na seji potrdil še državni zbor.

4. Problematičnost hibrida

4.1. Razlika med splošno razpravo in nujnim postopkom na seji državnega zbora

Kot je prikazano, je ista skupina poslancev v zakonodajni postopek zapovrstjo vložila kar tri predloge novel ZFPPIPP, in sicer: 3. decembra 2010, 17. januarja 2011 in 16. februarja 2011. Za vsakega od teh je ista skupina poslancev zahtevala tudi splošno razpravo.

¹⁰ Krepko so označeni člani, ki so bili na seji MDT amandmirani in so bili torej primerni za amandmiranje tudi na seji državnega zbora. Če člen na seji MDT ni bil sprejet, njegova ponovna vključitev na seji državnega zbora ni mogoča.

Po poslovniku sledi splošna razprava na seji državnega zbora o razlogih, ki zahtevajo sprejem zakona, ter o načelih, ciljih in poglobitnih rešitvah predloga zakona. Splošna razprava se uvrsti na prvo sejo državnega zbora po vloženi zahtevi za splošno razpravo. Po končani splošni razpravi državni zbor odloča o tem, ali je predlog zakona primeren za nadaljnjo obravnavo. Tedaj predsednik državnega zbora takoj določi MDT in dodeli predlog zakona v obravnavo. Če pa je sklep zavrjen in torej državni zbor odloči, da predlog zakona ni primeren za nadaljnjo obravnavo, je zakonodajni postopek končan.

Poleg vsebine razprave se od drugih faz zakonodajnega postopka splošna razprava razlikuje tudi po času, ki je dodeljen poslancem za razpravo. Čas trajanja posamezne točke dnevnega reda in razprav poslancev, poslanskih skupin ter vlade sicer določi kolegij predsednika državnega zbora, vendar poslovnik določa tudi omejitve, tako da čas trajanja razprave posameznika (poslanca ali drugega udeleženca seje) ne more biti krajši od pet minut, poslanske skupine pa od deset minut; lahko pa se za poslanske skupine določi čas razprave v razponu od 20 do 90 minut.¹¹

Pomembna razlika je tudi glede predmeta razprave. V splošni razpravi se namreč razpravlja o celotnem predlogu zakona, njegovih ciljih in načelih, medtem ko se v drugi oziroma tretji obravnavi (kar sestavlja nujni postopek) razpravlja le o členih, h katerim so bili sprejeti amandmaji.

Za primerjavo časovne porabe: na 27. seji državnega zbora marca 2011 so bile povprečno za splošno razpravo predvidene štiri ure na točko dnevnega reda, za nujne postopke pa manj kot tri ure, pa še te le, če so bili vloženi amandmaji. V nujnem postopku imajo namreč vsi razpravljavci, tako vlada kot predlagateljica za dopolnilno obrazložitev kot predsednik MDT za predstavitev poročila MDT in tudi za predstavitev stališč poslanskih skupin, na voljo le pet minut za posamezno predstavitev, kar skupaj znese 50 minut.

Predlagatelj nujnega postopka je lahko le vlada, ki mora razloge za nujni postopek posebej utemeljiti. O postopku odloči kolegij predsednika državnega zbora, ki odloča tako, da je odločitev sprejeta, če jo podprejo tisti vodje poslanskih skupin, katerih člani predstavljajo več kot polovico vseh poslancev.¹²

Menim, da je splošna razprava »orožje« opozicije, da predstavi svoje poglede na določeno problematiko oziroma predloge za njeno reševanje (predlog zakona), pri čemer ni toliko zamejena glede trajanja razprave, pa tudi ne glede zahtev za splošno obravnavo niti glede vlaganja posameznih zakonskih predlogov. Na drugi strani pa koalicija na kolegiju o utemeljenosti razlogov, ki jih vlada navede za nujni postopek, večinoma ne razpravlja, temveč z glasovanjem

¹¹ Člen 67 poslovnika.

¹² Osmi odstavek 21. člena poslovnika.

potrdi predlagani postopek. Za ponazoritev: vsebinske rešitve, ki jih je v predlogu ZFPPIPP-F navedla opozicija, je vlada v mnenju o tem zakonskem predlogu sicer zavračala, vendar je zelo podobne rešitve (spremembe v predlaganem zakonu bi bile sicer mogoče z amandmaji) mesec dni kasneje (11. marca 2011) predlagala po nujnem postopku.

4.2. Preskok iz prve v drugo obravnavo

Čeprav poslovnik predvideva, da je predlagatelj nujnega postopka vedno lahko zgolj vlada, ki mora za tako ravnanje navesti in utemeljiti tudi tehtne razloge, se v primeru hibrida od tega pravila močno odstopi. Poslovnik namreč določa, da se v hibridu ravna po določbah poslovnička o nujnem postopku. Po mojem mnenju je problematično, da se to dikcijo razume posplošeno, in se zato v hibridu kar »potisne« predlog zakona iz ene v drugo fazo oziroma iz postopka v postopek. Verjetno bi bilo treba poslovnik tu razumeti tako, da ob oblikovanju hibrida ne veljajo le roki, ki so sicer predvideni za obravnavo predloga zakona v rednem zakonodajnem postopku. Iz prakse državnega zbora pa izhajajo, da se vsi predlogi zakonov, ki sestavljajo hibrid, preoblikujejo v zakonske predloge v drugi obravnavi oziroma se poimenujejo celo kot predlogi zakonov po nujnem postopku. Ne glede na dejstvo, da njihov predlagatelj ni vlada kot edina upravičenka nujnega postopka, poudarjam, da niso zatrjevani in utemeljeni razlogi za nujni postopek, celo več – nihče nujnega postopka sploh ne zahteva. Po normalnem teku dogodkov državni zbor predloge zakonov v prvi obravnavi, kadar je zahtevana splošna razprava, obravnava zlagoma, skladno s postopkom, ki je za to predviden, vsebinsko pa se razpravlja le o načelnih vprašanjih, ki naj bodo zakonsko urejena. Če so ti zakonski predlogi vključeni v hibrid, pa zasedejo mesto, ki sicer pripada vladnim zakonom po nujnem postopku (skrajšani roki, uvrstitev na prvo sejo državnega zbora), in gre tudi za popolnoma drugo vrsto obravnave.

Postopkovno pa to pomeni: ker je predlog zakona v prvi obravnavi predviden le za splošno obravnavo, se preuči le z načelnega vidika, brez poglobljenega poseganja v podrobnosti. Zato so morebitna mnenja oblikovana temu primerno. Gre le za načelne pripombe, za katere ni potrebe, da bi bile oblikovane po posameznih členih. To predvsem pomeni, da pripombe, če so že dane, niso dovolj natančno oblikovane, da bi bile zmožne amandmajskega preoblikovanja. Amandmajev seveda še ni. Ti se lahko izoblikujejo šele po tem, ko MDT sprejme sklep, da bo pristopilo k oblikovanju hibrida, in po sklepu, s katerim določi, katere zakonske predloge bo pri tem upoštevalo. V tem trenutku namreč pride do navidezne dodelitve in s tem povezane drugačne obdelave zakonskega besedila. Zato v praksi amandmajev k predlogom zakonov, katerih predlagateljica ni vlada, sploh ni, če pa so, niso narejeni v medsebojni skladnosti z rešitvami drugih zakonskih predlogov.

Opozoriti velja še na to: ker se besedilo predloga zakona iz prve do druge obravnave ne spreminja, zainteresirana javnost na predlog zakona v prvi obravnavi sploh ne daje (ali zgolj izjemoma) svojih mnenj in pripomb, kasneje pa za to ni več časa.

Ker do seje MDT ni dodelitve, ni mnenja Zakonodajno-pravne službe, ker pa se ravna po nujnem postopku, ni niti mnenj zainteresiranih delovnih teles. Pomembno je tudi, da se do teh predlogov zakonov oziroma amandmajev ne opredeli niti Služba Vlade RS za zakonodajo.

4.3. Ime zakona

Določene nejasnosti oziroma probleme z označitvijo, zlasti zaradi računalniškega vodenja evidenc, hibrid povzroča tudi zato, ker se med postopkom menja tako kratica predloga zakona kot zakona, prav tako pa tudi označba postopka. Primer: ob obravnavi opisanega primera stečajnih zakonov je na koncu obravnave na MDT predlog ZFPPIPP-F, ki je bil nosilni zakon, dobil oznako nujnega postopka, čeprav je bil predložen za prvo obravnavo, sprejeti zakon pa je bil zaradi končanja zakonodajnega postopka predhodnih ZFPPIPP-D in ZFPPIPP-E označen z ZFPPIPP-D, čeprav gre za ZFPPIPP-F.

4.4. Amandmaji

Kot rečeno zaradi poteka oblikovanja hibrida amandmaji na predloge zakonov, ki so v prvi obravnavi, niso vloženi. Amandmaje sicer lahko vloži vsak predlagatelj zakona, navadno pa je to vlada (če ni predlagateljica), večkrat pa namesto nje koalicijske poslanske skupine in posamezni poslanci. Vsi ti pa odpadejo v primeru hibrida, saj glede na prvo obravnavo amandmaji niso potrebni, kasneje pa za njihovo pripravo ni več časa.

Večinoma koalicijski poslanci vložijo amandmaje na predloge zakonov, ki jih vloži vlada na podlagi mnenja Zakonodajno-pravne službe. Ker pa gre v hibridu za nujni postopek, Zakonodajno-pravna služba predloži mnenje do seje MDT, in ne ob sklicu MDT, ki je v rednem postopku 14 dni pred sejo, za obravnavo predlogov zakonov po nujnem postopku pa MDT skliče nujno sejo, za katero roki ne veljajo. Torej v praksi na dan seje niso pripravljene niti amandmaji k predlogu zakona, ki ga vloži vlada in je amandmiranje edini primeren, saj je v nujnem postopku.

Ko je sprejet sklep MDT, da bo ravnalo po tretjem odstavku 117. člena poslovnika, je s tem dana tudi predpostavka, da je predlog zakona dodeljen tudi zakonodajno-pravni službi. Tedaj je že tudi podano mnenje te službe k predlogom zakonov, ki bodo sestavljali hibrid. Ker se to zgodi šele na seji MDT, amandmaji na podlagi njenega mnenja seveda ne morejo biti predloženi.

Nadaljnja težava je tudi obravnava hibrida ne seji državnega zbora. Čeprav naj bi pri hibridu šlo za »sestavljanko« več zakonov, se iz besedila dopolnjenega predloga zakona vidi, da člani, ki so bili sicer vsebina ZFPPIPP-F, na seji MDT niso bili sprejeti. To pa pomeni, da jih ni moč obravnavati niti nanje ni mogoče vlagati amandmajev na seji državnega zbora. Enako

usodo »zaprtih členov« delijo tudi tisti člani, ki na seji MDT niso bili amandmirani. To pomeni, da tudi teh členov na seji državnega zbora ni mogoče preoblikovati, zato je obravnava takega predloga zakona lahko močno zamejena.

4.5. Dopolnjeni predlog

Kot je razvidno iz besedila dopoljenega predloga in predhodnih izvajanj, je MDT oblikovalo dopolnjen predlog tako, da je za osnovo vzelo en predlog zakona (v tem primeru obširnejši ZFPPIPP-F), predlog zakona, ki ga pri tem ne bo upoštevalo (ZFPPIPP-E), je zavrnilo s sklepom, iz tretjega predloga zakona (ZFPPIPP-G) pa je prevzelo nekatere člene kot dodane (8. a, 8. b in 12. a, 12. b in 12. c), druge, ki se po vsebini prekrivajo s člani predloga ZFPPIPP-F, pa je obravnavalo kot amandmaje na hibrid.

Menim, da taka različna obravnava posameznih določb ni utemeljena in je zato neprimerna. Vsi zakonski predlogi so enakovredni, zato bi morale biti tudi njihove določbe deležne enakega ravnanja. Torej bi morale biti v dopolnjen predlog vključene relevantne določbe zakonskih predlogov po zaporedju členov glede na veljavni zakon, s popolnoma novim številčenjem. Če pa se posamezne določbe podvajajo, vendar tako, da so v njih vsebinske razlike, bi kazalo premisliti o vzporednih členih, na primer tako:

8. člen predloga ZFPPIPP-F

Za prvim odstavkom 143. člena se doda nov drugi odstavek, ki se glasi:

»(2) S predlogom prisilne poravnave mora dolžnik upnikom ponuditi v prvem letu najmanj 70 odstotkov, v drugem letu pa ostanek poplačila oziroma odložitve plačil terjatev.«

Dosedanji drugi in tretji odstavek postaneta tretji in četrti odstavek.

1. člen predloga ZFPPIPP-G

V prvem odstavku 143. člena se beseda »in« nadomesti z besedo »oziroma«.

Za prvim odstavkom se doda nov drugi odstavek, ki se glasi:

»(2) S predlogom prisilne poravnave mora dolžnik upnikom ponuditi najmanj 50-odstotno poplačilo oziroma odložitve plačila terjatev za največ štiri leta.«

Dosedanji drugi in tretji odstavek postaneta tretji in četrti odstavek.

Te določbe bi morale biti označene z isto zaporedno številko člena predloga zakona, vizualno pa bi zaradi preglednosti morale stati vzporedno. MDT bi se za eno ali drugo rešitev odločil z glasovanjem.

Enako, torej z določenim podvajanjem, bi kazalo v dopolnjen predlog zakona vključiti tudi vse prehodne in končne določbe predlogov zakonov. Verjetno bi bilo v tem primeru primerno ravnati na način, kakršnega uporablja Zakonodajno-pravna služba ob pripravi prečiščenih besedil

zakonov. V tem primeru se prehodne in končne določbe pišejo zaporedoma, vizualno ločene z naslovom vsake novele, ki jih vsebuje. Od odločitve MDT glede rešitev v materialnem delu zakona (torej odločitev za rešitve iz predloga ZFPPIPP-F ali ZFPPIPP-G) pa bi bilo potem odvisno, katere prehodne določbe hibrida bi bile vključene v dopolnjen predlog zakona.

4.6. Časovna zadrega

Kot je bilo že nakazano, je velika težava časovna dinamika. Na isti seji namreč MDT odloča o tem, katere zakonske predloge bo obravnavalo, in hkrati tudi pristopi k njihovi obravnavi, katere rezultat je enak kot vsak dopolnjen predlog zakona, ki je deležen normalne, individualne obravnave, z vsemi predhodnimi postopki (predlog, mnenja, amandmaji).

V obravnavanem primeru smo se soočili s tremi predlogi zakonov, od katerih je bil eden takoj deležen zavrnitve. Ostala sta dva, ki sta vsebovala precej rešitev istih določb osnovnega zakona, druge določbe pa so bile zavrjnene. Šlo je tudi za sorazmerno kratka zakonska predloga, tako da je bila celotna situacija še obvladljiva. Problem pa lahko nastane, če se bo hibridno združevalo kompleksnejše vsebine, tudi s prepletenimi členi in diametralno nasprotnojučimi si rešitvami.

Ob tem kaže še omeniti, da poslovnik uporablja dikcijo »predlogi zakonov, ki urejajo isto družbeno razmerje«. S tega stališča je lahko vprašljiva parlamentarna praksa, ki ravna po določbah poslovnika, ki urejajo hibrid, le ko je na isti osnovni zakon vloženi več predlogov novel. Problematičnost vidim v tem, da gre lahko za različne vsebine, ki jih težko pojmuje pod skupnim imenovalcem istega družbenega razmerja.

Obratni problem pa se lahko pojavi v sestavi hibrida v primeru, da bi (vsaj) dva zakonska predloga urejala isto družbeno razmerje, torej ponujala isto rešitev, vendar v dveh različnih novelah dveh različnih zakonov. Primer: omejitve razpolaganj posloводства v stečajnem zakonu ali v zakonu o gospodarskih družbah. Tudi tu gre za isto družbeno razmerje, ki pa se ne obravnava po postopku za hibrid.

Prav tako lahko pride do težko obvladljivih situacij, ko bi se v hibridnem postopku sočasno obravnavali predlogi celotnih zakonov, ki bi urejali isto materijo. V dosedanji parlamentarni praksi se je k hibridu namreč vedno pristopalo le v primeru noveliranja.

5. Predlogi

Glede na navedene pomisleke se mi hibrid kot poseben zakonodajni postopek ne zdi dovolj pretehtana rešitev. Tudi v poslovnik je bil vključen zelo na hitro, z amandmajem v hitrem postopku.

Po mojem mnenju bi kazalo institut hibrida opustiti in dopustiti, da predlog zakona, ki ga predloži vlada po nujnem postopku, vedno zavzame prvo mesto, ne glede na predhodno čakajoče zakonske predloge. Vendar pa bi morala vlada kot predlagateljica pa tudi kolegij predsednika državnega zbora kot končni arbiter¹³ k predlogom za obravnavanje po nujnem postopku pristopati le izjemoma, ko tak postopek narekujejo zahtevane okoliščine, ki bi morale biti dovolj tehtno utemeljene. Zdajšnja praksa (pa tudi ustrezna statistika) namreč navajajo na to, da vlada vse prevečkrat predlaga nujni postopek, za katerega razloge navede zgolj pavšalno, kolegij predsednika državnega zbora pa te predloge nekritično podpre. Ob tem se kaže spomniti stare parlamentarne prakse, ki je nujne oziroma tedaj še hitre postopke dovoljevala le v primerih interventnih zakonov, za katere je bil nujni postopek vsestransko sprejemljiv, nomotehnično pa so bili izdelani skoraj brezhibno, saj so bili izoblikovani kot kratki, jasni in natančni zakonski predlogi.

Bojim pa se, da tudi zaradi določene dvotretjinske relativne večine, potrebne za spremembo poslovnika, ta ideja ne bo realizirana. Zato kaže premisliti le o nekaterih popravkih dosedanje prakse pri delu s hibridom.

V razmerah, ko skoraj ni mogoče spremeniti poslovnika, bi bilo zato primerno vsaj soočenje z največjo težavo s hibridom, to je s tolikšno ekonomičnostjo postopka, da zakonski predlogi niso deležni ustrezne obravnave. Poslovniške določbe so precej ohlapne, zato pravzaprav ni povsem jasno, zakaj MDT ob obravnavi hibridov tako hitijo. Poslovniške določbe po mojem mnenju niso ovira za delno upočasnitev, vendar MDT do zdaj niso izrabljala te možnosti:

Čim prej po seji kolegija predsednika državnega zbora, ko ta odloča o nujnem postopku, ob predpostavki, da so v zakonodajnem postopku tudi zakonski predlogi, ki urejajo isto družbeno razmerje, bi bilo treba sklicati nujno sejo MDT, ki pa bi odločalo zgolj o postopkovnih vprašanjih. Med te nedvomno spada najprej odločitev o tem, ali se sploh pristopi k hibridu ter kateri predlog zakona bo izbran za podlago. Morda bi se že z vpogledom v člene osnovnega zakona, ki naj bi se spremenili, dalo tudi odločiti, kateri predlog zakona ni primeren za umestitev v hibrid (pod pogojem, da se zanemarijo moji pomisleki o istovrstni obravnavi posameznih zakonov oziroma njihovih posameznih določb). Ker se tak zakonski predlog ne bi obravnaval, bi lahko zato vso pozornost namenili preostalim predlogom.

Po tej seji bi služba MDT lahko pripravila sestavljen predlog zakona (kot podlago za kasnejši dopolnjen predlog zakona), ki bi vseboval rešitve obravnavanih zakonskih predlogov, kot je navedeno že prej (zajeta večina členov relevantnih zakonskih predlogov, v primeru dvojne ureditve tudi vizualno prikazana kot vzporedni členi). Tako oblikovan sestavljeni predlog zakona bi bil objavljen na spletnih straneh državnega zbora in kot tak na voljo za pripombe,

¹³ Ker MDT takoj pristopi k oblikovanju hibrida, je morebitni preizkus odločitve kolegija predsednika državnega zbora o nujnem postopku na seji državnega zbora brezpredmeten.

mnenja, predvsem pa amandmaje. Šele nato bi MDT pristopilo k obravnavi hibrida. Menim, da ta dodatna procedura ne bi vzela več kot teden dni časa, kar pa je navadno tudi rok, ki je potreben za obravnavo predloga zakona po nujnem postopku. Vendar pa bi v tem vmesnem času lahko pridobili vsa relevantna mnenja zainteresirane javnosti za kakovostno obravnavo zakonskih predlogov.

In končna, najmanj problematična možnost: MDT bi na seji opravilo postopkovne odločitve, kot je bilo orisano, nato pa bi imelo odmor, v katerem bi se razdelila mnenja o obravnavanih zakonskih predlogih, in na tej podlagi morebiti vložili predlogi amandmajev.

Zavedati se je namreč treba, da je vsak zakon pravno zavezujoč, ne glede na to, po kakšnem postopku je bil sprejet in koliko napak ali nedomišljenih rešitev, ki so posledica prevelikega hitenja, zato vsebuje.

Viri

Poslovník državnega zbora.

Poročilo Odbora za notranjo politiko, javno upravo in pravosodje k Predlogu zakona o dopolnitvi Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP-E), prva obravnava, EPA 1530-V, k Predlogu zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP-G), nujni postopek, EPA 1683-V, in k Predlogu zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP-F), prva obravnava, EPA 1602-V, z dne 21. marca 2011.

Strokovni članek
342.32, 351.71:340.134(497.4)

Agencije in njihova regulatorna dejavnost

LOJZE JANKO,
Služba Vlade Republike
Slovenije za zakonodajo

Uvod

Po 121. členu Ustave Republike Slovenije lahko pravne ali fizične osebe z zakonom ali na njegovi podlagi dobijo javno pooblastilo za opravljanje določenih nalog državne uprave.

Ob pripravah predloga Zakona o javnih agencijah je bilo izrecno poudarjeno, da razvoj uprave in širjenje njenih pristojnosti izražata potrebo po novih, nalogam prilagojenih statusnih oblikah organov; nove specifične oblike uprave so na primer javni skladi, javni zavodi, javni gospodarski zavodi, javna podjetja, agencije in druge specifične statusne oblike uprave. Teorija govori o paradržavnih (paravladnih) organizacijah – o privladnih oziroma obvladnih organizacijah, ki so sestavni del javne uprave. Javne agencije se ustanavljajo zlasti v primerih, da je treba upravljavsko, nadzorno ali regulatorno funkcijo ločiti od politike resornih ministrstev ali vladinih služb. Oblikovalo se je mnenje, da je dosedanja praksa organov državne uprave v praksi povzročala nepreglednost in konflikte interesov ter prepletanje sektorskih politik z lastninskim upravljanjem.

Zakon o javnih agencijah je razmeroma splošen, okviren zakon: določa le okvir, potreben za ustanovitev in delovanje javnih agencij. Predstavljati bi moral enoten standard z utemeljenimi odstopanji. Omogočati bi moral tudi oceno o upravičenosti ali neupravičenosti ustanavljanja novih javnih agencij. Primerjanje in vrednotenje različnih organizacij ter s tem povezanih predlaganih rešitev brez enotnega standarda namreč nista mogoča.

Zakon o javnih agencijah določa, da se javna agencija ustanovi za opravljanje regulatornih, razvojnih ali strokovnih nalog v javnem interesu, če zanje z zakonom ni predvidena druga statusna oblika. Lahko se ustanovi z enim namenom ali več. Pristojnosti javne agencije za izdajanje predpisov, posamičnih aktov in oblastnih dejanj določa zakon. Naloge javne agencije

se določijo z ustanovitvenim aktom. Pri izvajanju nalog je javna agencija samostojna. Glede zakonitosti, samostojnosti, strokovnosti, politične nevtralnosti, nepristranskosti, uradnega jezika, poslovanja z dokumentarnih gradivom in drugih vprašanj se za javne agencije uporabljajo določbe Zakona o državni upravi in na njegovi podlagi izdanih predpisov.

Predmet analize v tem prispevku je regulatorna dejavnost, in sicer le v delu, v katerem se nanaša na urejanje razmerij s splošnimi akti za izvrševanje javnih pooblastil in javna agencija nastopa kot normodajalec.

Opredelitev agencij v zakonih

Je zelo pestra. Nekateri zakoni opredeljujejo javno agencijo samo kot pravno osebo (Zakon o revidiranju), spet drugi kot osebo javnega prava in tretji kot pravno osebo javnega prava. Zakoni tudi različno določajo, da je Agencija za civilno letalstvo RS na primer upravni in nadzorni organ s področja letalskih predpisov; da je Agencija za trg vrednostnih papirjev neodvisna organizacija, ki regulira in opravlja nadzor nad trgom vrednostnih papirjev ter nadzor finančnih institucij; da je Agencija za pošto in elektronske komunikacije neodvisen, regulativni organ; da je Agencija za zdravila neodvisen regulatorni organ.

Splošni akti za izvrševanje javnih pooblastil

Zakon o javnih agencijah izrecno omenja pristojnosti javne agencije za izdajanje predpisov v četrtem odstavku 2. člena. Zakon o državni upravi pa dosledno uporablja pojem splošnih aktov za izvrševanje javnih pooblastil. Do zadnjih njegovih sprememb in dopolnitev je bilo predvideno, da nosilci javnih pooblastil lahko izdajajo pravilnike, če tako določi zakon.

Večina javnih agencij izdaja splošne akte za izvrševanje javnih pooblastil. Le nekateri področni zakoni izrecno omenjajo predpise. Na primer po Zakonu o revidiranju strokovni svet agencije sprejema predpise, kadar določa zakon, da tak akt sprejme agencija.

Splošne akte za izvrševanje javnih pooblastil v večini primerov izdajajo sveti agencij; izjema je le Agencija za pošto in elektronske komunikacije. V tej agenciji izda statut in splošne akte direktor. K statutu da soglasje vlada.

Ali so splošni akti za izvrševanje javnih pooblastil predpisi ali ne? Mislim, da so predpisi, ki pa se imenujejo splošni akti za izvrševanje javnih pooblastil. Lahko bi tudi rekli, da imajo lastnost (status) predpisa, ki jih sicer izdajajo ministri. So namreč eksterne narave, so splošno obvezni, nanašajo se na nedoločeno število subjektov, vsebujejo splošna obvezna pravila, obvezno se objavljajo v Uradnem listu Republike Slovenije, njihovo ustavnost in zakonitost pa presoja Ustavno sodišče.

Pooblastilo za njihovo izdajo

Po Zakonu o državni upravi lahko minister izda izvršilni predpis (pravilnik, odredbo ali navodilo), če tako določa zakon ali uredba za izvrševanje zakona ali če minister oceni, da je to potrebno za izvrševanje zakona ali predpisa Evropske unije. Takega generalnega pooblastila nosilci javnih pooblastil za izdajanje splošnih aktov za njihovo izvrševanje nimajo. Splošni akt za izvrševanje javnih pooblastil je mogoče izdati le, če obstaja posebno pooblastilo v zakonu.

Področni zakoni, ki urejajo tudi delovanje in pristojnosti javnih agencij, praviloma temu sledijo in to načelo upoštevajo. Izjema je Agencija za pošto in elektronske komunikacije, ki namreč lahko s splošnim aktom podrobno uredi vprašanja, ki se pojavijo pri izvajanju posameznih določb Zakona o poštnih storitvah in Zakona o elektronskih komunikacijah.

Izdajanje splošnih aktov za izvrševanje javnih pooblastil

Praviloma jih izdajajo agencije same. Le na nekaterih področjih (na primer energetike) nekatere splošne akte za izvrševanje javnih pooblastil izda Agencija za energijo v soglasju z vlado. Javna agencija za raziskovalno dejavnost pa splošne akte za izvrševanje javnih pooblastil izdaja v soglasju s pristojnim ministrstvom. Podobno Javna agencija za podjetništvo in tuje investicije po predhodnem soglasju z ministrom za gospodarstvo izdaja splošne akte za izvrševanje javnih pooblastil, s katerimi določa podrobnejšo organizacijo upravljanja agencije z javnimi sredstvi, metodologijo, pogoje in merila ter postopke izbora in financiranja, nadzor nad izvajanjem programov in ukrepov ter ureja druga področja skladno z zakonom. Agencija za javnopravne evidence in storitve pa v soglasju z Banko Slovenije in ministrom za finance predpiše način, postopke in udeležence za izvajanje statističnih raziskovanj ter prejemkih in izdatkih poslovnih subjektov.

Objava splošnih aktov za izvrševanje javnih pooblastil

Po Zakonu o javnih agencijah, ki v 27. členu določa, da so splošni akti za izvrševanje javnih pooblastil predpisi, ki se objavijo v Uradnem listu Republike Slovenije, je dolžna javna agencija posredovati te splošne akte za objavo ustanovitelju (to je Vladi Republike Slovenije). Le za Agencijo za trg vrednostnih papirjev, Agencijo za zavarovalni nadzor in Agencijo za pošto in elektronske komunikacije to ne velja po izrecni zakonski določbi, ki obravnava uporabo zakona za obstoječe agencije. Te agencije tudi same pošiljajo svoje splošne akte za izvrševanje javnih pooblastil neposredno Uradnemu listu Republike Slovenije (taka ureditev je veljala tudi za Agencijo za energijo in Agencijo Republike Slovenije za revidiranje lastninskega oblikovanja podjetij).

Sklep

Ker je Zakon o javnih agencijah kot splošni zakon (kot sistemski ali kot krovni zakon) izredno skop in splošen ter okviren, težko predstavlja enoten standard, od katerega bi bilo treba utemeljiti odstopanja za javne agencije kot paravladne (obvladne) institucije. Ker določa, da se njegove določbe za posamezne agencije ne uporabljajo glede vprašanj, ki so s posebnimi zakoni urejena drugače, omogoča zelo različna odstopanja od vseh njegovih rešitev na splošno, ne pa glede posameznih vprašanj (kot bi bilo sicer smotrno in utemeljeno).

Ker se bo proces ustanavljanja (in morda tudi ukinjanja) nadaljeval, bo smotrno in nujno, da se o nekaterih vprašanjih opredelimo in sprejmemo rešitve, da bo lahko Zakon o javnih agencijah v resnici predstavljal enoten standard za ustanovitev in delovanje javnih agencij kot pravnih oseb javnega prava, ki z zakonom ali na podlagi zakona lahko opravljajo tudi določene naloge državne uprave kot regulatorne. Pri tem bo seveda treba bolj upoštevati možnosti, da se v skladu s 14. členom Zakona o državni upravi ustanovijo organi v sestavi ministrstev, s čimer bodo zagotovljene tudi večja učinkovitost in kakovost pri opravljanju nalog ter večja stopnja strokovne samostojnosti pri opravljanju teh nalog, ne pa, da se za vsako področje na novo ustanavljajo javne agencije.

Vrste javnih agencij

V Sloveniji so ustanovljene te javne agencije:

1. Agencija za javnopravne evidence in storitve
(Zakon o plačilnem prometu, Uradni list RS, št. 30/02, in Zakon o plačilnih storitvah in sistemih, Uradni list RS, št. 58/09, in Sklep o ustanovitvi, Uradni list RS, št. 53/04)
2. Javna agencija RS za zdravila in medicinske pripomočke
(Zakon o zdravilih, Uradni list RS, št. 31/06, ter Sklep o ustanovitvi, Uradni list RS, št. 115/06)
3. Javna agencija RS za energijo
(Energetski zakon, Uradni list RS, št. 27/07 – UPB2, 70/08, in Sklep o ustanovitvi, Uradni list RS, št. 63/04)
4. Agencija za pošto in elektronske komunikacije
(Zakon o elektronski komunikacijah, Uradni list RS, št. 43/04, in Zakon o poštnih storitvah, Uradni list RS, št. 51/09)
5. Agencija za trg vrednostnih papirjev
(Zakon o trgu finančnih instrumentov, Uradni list RS, št. 67/07)
6. Agencija za zavarovalni nadzor
(Zakon o zavarovalništvu, Uradni list RS, št. 109/06 – UPB2)

7. Javna agencija za podjetništvo in tuje investicije
(Zakon o spodbujanju tujih neposrednih investicij in internacionalizacije podjetij, Uradni list RS, št. 86/04 in nasl., in Sklep vlade o preoblikovanju Pospeševalnega centra za malo gospodarstvo v Javno agencijo RS za podjetništvo in tuje investicije, Uradni list RS, št. 73/05)
8. Javna agencija za raziskovalno dejavnost RS
(Zakon o raziskovalni in razvojni dejavnosti, Uradni list RS, št. 96/02, 22/06 – UPB, 112/07, in Sklep o ustanovitvi, Uradni list RS, št. 123/03)
9. Javna agencija za tehnološki razvoj RS
(isti zakon kot točka 8 in Sklep o ustanovitvi, Uradni list RS, št. 12/04)
10. Javna agencija za železniški promet
(Zakon o železniškem prometu, Uradni list RS, št. 44/07 – UPB, in Sklep o ustanovitvi, Uradni list RS, št. 30/03)
11. Javna agencija za civilno letalstvo RS
(spremembe in dopolnitve Zakona o letalstvu, Uradni list RS, št. 62/10)
12. Javna agencija za varnost cestnega prometa
(Zakon o varnosti cestnega prometa, Uradni list RS, št. 83/04, 36/10, Sklep o ustanovitvi Uradni list RS, št. 49/10)
13. Javna agencija za knjigo
(Zakon o Javni agenciji za knjigo RS, Uradni list RS, št. 112/07, in Sklep o ustanovitvi, Uradni list RS, št. 57/08)
14. Javna agencija za javno naročanje
(Zakon o Javni agenciji za javno naročanje, Uradni list RS, št. 59/10)
15. Slovenski filmski center – javna agencija RS
(Zakon o Slovenskem filmskem centru – javni agenciji RS, Uradni list RS, št. 77/10)
16. Agencija za javni nadzor nad revidiranjem
(Zakon o revidiranju, Uradni list RS, št. 65/08)
17. Javna agencija RS za varstvo konkurence
(Spremembe in dopolnitve Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence, Uradni list RS, št. 26/11; agencija bo začela delovati 1. 1. 2012)

Nacionalna agencija RS za kakovost v visokem šolstvu
(spremembe in dopolnitve Zakona o visokem šolstvu, Uradni list RS, št. 86/09, ter Sklep o ustanovitvi, Uradni list RS, št. 114/09 – je nacionalna in ni javna agencija)

Agencija za upravljanje kapitalskih naložb RS
(Zakon o upravljanju kapitalskih naložb RS, Uradni list RS, št. 38/10 – ni javna agencija, temveč samostojni državni organ)

Izvirni znanstveni članek
340.134:321.011.5(497.4)

Normodajna funkcija organizacij civilne družbe

DR. ALBIN IGLIČAR
redni profesor na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

1.

Za sodobni čas prehajanja globalnih družb v postmoderno dobo je značilno spreminjanje razmerja med dvema področjema družbenega delovanja, državnim in civilnodružbenim. Narava države dobiva vse bolj postmoderne značilnosti, ki se kažejo predvsem v tesnejšem povezovanju države s civilno družbo.¹ V teh procesih se spreminja tudi normodajna funkcija države, pri čemer se avtoritarni poudarki v tej dejavnosti vse bolj nadomeščajo z demokratičnimi prvinami. Na splošno so navzoče težnje prenašanja nekaterih – tudi pravodajnih – državnih funkcij na organizacije civilne družbe.²

Če skušamo pojasniti negativno definicijo civilne družbe, potem poudarjamo tisti sklop družbenih odnosov, v katerih ni navzoče državno delovanje. V tistem delu družbenega prostora, kjer ni državnih posegov, se torej pojavlja svobodna dejavnost ljudi in njihovih skupin. Pri pozitivni definiciji pa poudarjamo predvsem tri prvine civilne družbe: pluralizem in svobodno delovanje ljudi, neodvisno javnost ter demokratično zakonitost (pravnost).

Demokratična zakonitost se izraža v svojski »pravnosti« civilne družbe. Ta izvira iz spoznanja o pravu kot nujni sestavini vseh oblik združevanja ljudi in poudarja potrebo po pravu kot sestavini, brez katere družba ne more obstajati, torej kot družbenem prerekvizitu – v izrazju

¹ Rus, str. 5.

² Pojem civilne družbe se postavi v ospredje družboslovne pozornosti s Heglom, ki v svoji Filozofiji prava razume civilno družbo kot sistem potreb in načine njihovega zadovoljevanja (Hegel, par. 257). V angleško-škotskem razsvetljenstvu pa je bila civilna družba pojmovana kot sfera svobodnega združevanja, govora oziroma sporočanja, skratka kot sfera javnega mnenja (Matteucci, str. 393). V obeh primerih je civilna družba prostor družbenih odnosov, v katere ni vpletena država. S tem se vzpostavlja dvojnost civilne družbe in politične države.

moderne funkcionalistične teorije, to pa so spoznali že stari Rimljani – v njihovem izročilu se je ohranila modrost *Ubi societas, ibi ius*. Na to kažejo tiste pravne vrednote in norme, ki izhajajo neposredno iz družbe in ki jih država »najde« ter jih v svoji (državni) zakonodaji bolj ali manj dosledno povzame. Navedene pravne prvine civilne družbe so zlasti področja človekovih pravic in temeljnih svoboščin³ ter zasebnega (civilnega!) prava.

V civilni družbi se razvije svojski institucionalizem, ki zagotavlja delno predvidljivost pri vzpostavljanju družbenih odnosov in nujno potrebno varnost. V družbenih institucijah se namreč oblikujejo družbene vloge, ki so že vsebinsko opredeljene, ko se posameznik v procesu socializacije vključuje v družbene skupine. Ta splet vlog ter z njimi povezanih norm in odnosov je razmeroma trajen ter družbeno pripoznan in varovan okvir za zadovoljevanje človekovih potreb, ki so pravzaprav bistvena prvina civilne družbe.

Zaradi neke potrebe v civilni družbi nastane odločitev o oblikovanju posebnih organizacij oziroma njihovi vključitvi v ustrezno institucijo, v naslednjem koraku pa to institucijo povežejo določene družbene vrednote⁴ in normativni okviri. Ob vsej prevladi svobodnih odločitev in prizadevanju za maksimiranje koristi se v današnji družbi posamezniki vse bolj organizirajo in vključujejo v različne institucije, ki zagotavljajo kolektivno racionalnost. Ta v največjem številu primerov in dolgoročno koristi tako posamezniku kot skupini. Zato posamezniki privolijo v pravila institucije⁵ v zameno za koristi, ki jih prinaša članstvo v njej. Omenjena motivacija tako na račun racionalnosti in organiziranosti ter večje varnosti krni spontanost in naključnost tudi v civilni družbi. Pri tem se kot vrlina institucije navaja, da so pravila vnaprej dogovorjena, tako da posamezniki vedo, v kaj privolijo, ko se vključijo v institucijo.⁶ Pri tem se srečujeta dva procesa, saj ljudje zaradi zadovoljevanja potreb oblikujejo institucije, te institucije pa jih sočasno tudi omejujejo v njihovi dejavnosti.

Na ravni splošnih povezav med civilno družbo in državo novejša razmišljanja poudarjajo, da sodobne države lahko učinkovito vladajo zaradi ne le dopuščanja, temveč celo podpiranja močne civilne družbe.⁷ Civilnodružbene organizacije, tudi v obliki nevladnih organizacij, so

³ To na primer ilustrira Preambula k Splošni (univerzalni) deklaraciji človekovih pravic (OZN 1948): »... ker pomeni priznanje prirojenega človeškega dostojanstva vseh članov družbe in njihovih enakih in neodtujljivih pravic temelj svobode, pravičnosti in miru na svetu; ... ker so se vse države članice zavezale, da bodo, v sodelovanju z Združenimi narodi, pospeševale splošno in resnično spoštovanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin; ... Generalna skupščina razglasa to Splošno deklaracijo človekovih pravic kot skupen ideal vseh ljudstev in vseh narodov z namenom, da bi vsi organi družbe in vsi posamezniki ... razvijali spoštovanje teh pravic in svoboščin ter s postopnimi državnimi in mednarodnimi ukrepi zagotovili in zavarovali njihovo splošno in resnično priznanje ...«

⁴ Peters, str. 37.

⁵ Teorija racionalnega izbora ter t. i. institucionalna teorija vidita v instituciji predvsem agregat pravic, ki zagotavljajo predvidljivost v ravnanju drugih, ki so tudi vključeni v isto institucijo. Peters, str. 54.

⁶ Peters, str. 55.

⁷ Keane, str. 70.

posebno pomembne za izvajanje družbenega nadzora (socialne kontrole) nad ukrepi državne oblasti in zato učinkovito jamstvo proti zlorabam državne oblasti. Poleg tega se vse več programov socialne države pri izvajanju prenaša iz javnega v zasebni (civilnodružbeni) sektor.⁸

2.

Temeljna značilnost civilne družbe je njena avtonomnost, ki se kaže predvsem v samostojnosti subjekta civilne družbe v razmerju do države in tudi drugih subjektov civilne družbe. Omejujejo jo le splošni okviri družbenega organiziranja, ki izhajajo iz »pravnosti same civilne družbe«⁹ in iz državne organizacije globalne družbe.¹⁰

Opisano stanje omogoča tudi razmah pravnega pluralizma v globalni družbi. Ob državi kot osrednjem pravotvornem subjektu se pojavljajo tudi subjekti civilne družbe kot ustvarjalci pravnih norm, od lokalnih skupnosti in društev do gospodarskih organizacij in avtonomnih javnih služb.¹¹ Pri tem potekajo procesi oblikovanja in sprejemanja splošnih in abstraktnih pravnih norm ter izdajanja posamičnih in konkretnih pravnih norm, vključno z izvajanjem nadzora nad uresničevanjem pravnih norm v družbeni stvarnosti oziroma v dejanskem vedenju in ravnanju pravnih subjektov. Doseg te avtonomne (samoupravne) normativne dejavnosti je lahko v posameznih globalnih družbah večji ali manjši, nekaj prostora za samostojno dejavnost pa je zagotovljenega v vsakem družbenem sistemu. Poleg tega civilna družba s svojim delovanjem vpliva na pravotvorno dejavnost države, pri čemer je ta vpliv tem večji, čim bolj je država demokratična.

Poseben vidik pravnosti civilne družbe je torej še celotno avtonomno (samoupravno) pravo. Zajema bolj ali manj samostojno pravotvorno dejavnost sprejemanja pravnih norm in nadzora nad njihovim izvrševanjem v samoupravnih organizacijah in skupnostih, od lokalnih skupnosti prek gospodarskih družb do najrazličnejših društev ter organiziranih družbenih gibanj. V njihovem delovanju se izražajo potrebe organizacij civilne družbe in njihovih članov, povezane s pravno varnostjo in enakostjo.¹²

Obseg in samostojnost avtonomnega prava sta odvisna od zelo številnih okoliščin, zato je to pravo lahko v bolj dosledni oziroma popolni obliki ali pa je delno odvisno od državnega prava.

⁸ Na primer storitve socialnega varstva, šolstva, zdravstva, posredovanje na trgu dela ipd., kar vodi v korporativizem.

⁹ Na primer z deklaracijami in mednarodnimi konvencijami opredeljene človekove pravice in temeljne svoboščine, avtonomija subjektov zasebnega – civilnega prava.

¹⁰ Na primer ustavno določena državna ureditev, zakonske določbe o društvem, interesnem in političnem združevanju.

¹¹ Na primer statuti in odloki občin, statuti in pravila društev, statuti delniških družb in univerz, pravila sindikatov, zbornic.

¹² V smislu latinskega pravnega izreka *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur* – Pravo se ne ustvarja za posamezne osebe, temveč splošno.

Na splošno velja, da so pri določanju vsebine avtonomnih pravnih norm samoupravni subjekti omejeni z ustavo in zakoni,¹³ znotraj teh okvirov pa so svobodni; na področju sankcioniranja pa so končne oziroma najbolj drastične sankcije pridržane državnim organom. Glede na stopnjo povezanosti z državo in njenim pravom je mogoče razlikovati različne vrste avtonomnega prava ter ugotavljati njegovo večjo ali manjšo samostojnost ter večjo ali manjšo odvisnost od državnega prava.¹⁴

Splošni pravni akti avtonomnega prava morajo biti vključeni v pravni sistem neke globalne družbe. Zato je zahtevana skladnost splošnih aktov avtonomnega prava z ustavo in zakoni. V pravnem redu globalne družbe kot celoti normativnega in dejanskega vidika pravnih pojavov ne sme biti protislovij. Zato o skladnosti predpisov lokalnih skupnosti z ustavo in zakonom v Sloveniji odloča ustavno sodišče. Splošni pravni akti lokalnih skupnosti niso podrejeni državnim podzakonskim predpisom. Takšna podrejenost pa je podana pri tistih virih avtonomnega prava, pri katerih izdajajo splošne akte samoupravni subjekti zaradi izvrševanja javnih pooblastil.¹⁵

Tako na primer k statutu Zavoda za pokojninsko in invalidsko zavarovanje Slovenije daje soglasje Vlada RS.¹⁶ Vse splošne akte zavoda, vključno s statutom, je treba objavljati v uradnem listu. Statut delniške družbe lahko posamezna vprašanja, ki jih ureja zakon, uredi drugače le, če zakon tako izrecno določa. S statutom se lahko dodatna vprašanja uredijo le, če zakon teh vprašanj ne ureja celovito.¹⁷ Kolektivna pogodba lahko vsebuje le določbe, ki so za delavce ugodnejše od določb, vsebovanih v zakonodaji.¹⁸

3.

Sprejemanje splošnih pravnih aktov poteka na organiziran način v samoupravnih skupnostih. Že po tradiciji pripada ta funkcija lokalni samoupravi ter religioznim organizacijam in znanstvenim korporacijam (statuti mest oziroma občin, splošni akti cerkvenega prava, statuti

¹³ Prim. tretji odstavek 153. člena Ustave RS.

¹⁴ Klasični teoretik socialnega (avtonomnega) prava Georges Gurvitch je razlikoval med popolnimi oblikami tega prava, ko je država – kot nadrejena oblast – pri njegovem nastajanju povsem odsotna (pravo ekonomskih skupin, cerkveno pravo, mednarodno pravo), in nepopolnimi oblikami socialnega prava, ko je tudi država eden od dejavnikov pri njegovem nastajanju (sindikalno pravo, pravo javnih ustanov, pravo lokalnih skupnosti). Sicer pa je videl največ možnosti za nastajanje socialnega prava v samoupravnih združenjih, ki jih imenuje *communio* in ki temeljijo na nedržavnih interesih, družbeni lastnini, pluralizmu in ravnovesju (*equilibre*). Prim. Gurvitch, Sociologija II, Zagreb 1966.

¹⁵ Člen 160 Ustave RS.

¹⁶ Člen 269 Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (ZPIZ-1C), Ur. l. RS, št. 106/1999, 72/2000, 81/2000.

¹⁷ Drugi odstavek 183. člena Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1), Ur. l. RS, št. 42/2006.

¹⁸ Člen 4 Zakona o kolektivnih pogodbah (ZKolP), Ur. l. RS, št. 43/2006.

univerz), v moderni družbi pa različnim gospodarskim družbam in sindikalnim združenjem (statuti delniških družb, kolektivne pogodbe). Po tej poti se uveljavlja pluralizem pravnega sistema in zmanjšuje monopol države pri določanju splošnih pravnih norm. Vlogo državnih pravnih institucij dopolnjujejo organi samoupravnih organizacij in skupnosti.¹⁹

S splošnimi pravnimi akti avtonomnega prava uredijo samoupravni subjekti zlasti svojo notranjo organizacijo in medsebojne odnose. Ti družbeni odnosi torej zaradi svoje narave zahtevajo pravno regulacijo, ki pa je ne oblikuje državna organizacija, temveč jo vsebinsko določajo organizacije civilne družbe.

Zato spremembe politične organizacije globalne družbe le delno vplivajo na obstoj in obseg avtonomnega prava. Tako tudi v socialistični Jugoslaviji oziroma Sloveniji z odpravo političnega sistema socialističnega samoupravljanja (ustava 1991) ni bilo odpravljeno samoupravno pravo. Pojav samoupravnega (avtonomnega) prava pač ni vezan na določeno državno ureditev, temveč izhaja neposredno iz organizacij civilne družbe. Kljub odpravi samoupravljanja kot značilnosti državne ureditve je samoupravno pravo v Sloveniji še naprej ostalo kot del nacionalnega pravnega sistema. Seveda pa se je vsebina samoupravnega prava v nekaterih vidikih prilagodila novemu ustavnemu javnemu redu.²⁰

Tako na primer **statut občine** ureja lokalne zadeve javnega pomena na izhodiščih klasične demokracije in (vertikalne) delitve oblasti. Postavljanje splošnih pravnih pravil za vedenje in ravnanje prebivalcev občine zajema odnose, ki so značilni za povezovanje ljudi v fizičnem (geografskem) prostoru. To so predvsem področja:

- urejanje prostora in varovanja okolja,
- določanje javnega reda in prekrškov zoper javni red, normiranje občinskega redarstva in inšpekcijskega nadzorstva nad izvajanjem občinskih predpisov,
- določanje načina upravljanja z občinskim premoženjem in financiranja občine,
- urejanje lokalnih javnih služb od komunalnega prek požarnovarstvenega do pogrebnege področja,
- urejanje lokalnega prometa,
- dopolnilne regulacije socialnovarstvenega področja, zlasti osebna pomoč na domu ter predšolske in osnovnošolske dejavnosti ter
- določanje delovanja občinskih organov in neposrednega odločanja občanov.

¹⁹ Doktrinarne osnove avtonomnega pravnega urejanja sta posebej poudarili teorija in sociologija prava. Prim. Pavčnik, str. 321–350; Igličar, str. 140–148.

²⁰ Zaradi spremembe družbenolastninskih v zasebnolastninske proizvodne odnose se je spremenila vsebina statotov gospodarskih subjektov, med viri avtonomnega prava niso več družbeni dogovori in samoupravni sporazumi, spremenila se je vsebina statotov občin, ki so postale samoupravne lokalne skupnosti, ipd.

Posebnosti v procesu nastajanja splošnih pravnih aktov avtonomnega prava lokalnih skupnosti se uveljavljajo že v postopku njihovega sprejemanja. Tako je za sprejemanje oziroma spreminjanje občinskega statuta pogosto predvidena javna razprava kot posebna faza omenjenega postopka. V postopku za sprejem občinskega odloka je navadno predvidena ljudska iniciativa, saj lahko občinski odlok poleg vsakega člana občinskega sveta ali župana predlaga tudi določeno število volivcev (npr. 5 odstotkov volivcev v občini).

Predlog občinskega odloka vsebuje uvod, besedilo členov in obrazložitev. Pri tem je treba v uvodu posebej pojasniti razloge za njegov sprejem in opisati družbene razmere, v katere bo odlok posegel. Cilj in načela odloka, ki so prav tako sestavina uvoda k predlogu odloka, naj odgovorijo zlasti na vprašanja:

- iz katerih družbenih vrednot izhaja normativni akt (aksiološka metoda),
- katerim pravnim ciljem sledi (pravnopolitična metoda),
- katere družbene odnose v lokalni skupnosti institucionalizira (sociološka metoda),
- v kakšnem pravnem sistemu jih ureja (logična metoda),
- kako na splošno ureja odnose v lokalni skupnosti (abstraktna metoda) in
- katere izjeme ter posamične položaje posebej ureja (kazuistična metoda).

Demokratizacija v procesu sprejemanja občinskega odloka se kaže tudi v dvostopenjskosti njegovega obravnavanja in sprejemanja v občinskem svetu. Najprej člani občinskega sveta na javni seji obravnavajo uvodni del predloga odloka (razlogi, cilji, temeljna načela in rešitve), potem pa občinski svet v drugi obravnavi razpravlja po vrstnem redu o vsakem členu posebej ter o naslovu odloka. Ko občinski svet konča razpravo o posameznem členu predloga odloka, člani občinskega sveta o njem glasujejo. Na koncu člani občinskega sveta glasujejo še o naslovu odloka in o predlogu odloka v celoti. Izglasovani odlok je nato objavljen v uradnem glasilu in začne veljati petnajsti dan po objavi.

Statut delniške družbe določa ustanovitelje družbe, njeno dejavnost ter firmo in sedež, znesek ustanovnega kapitala ter vrsto in število delnic, znesek vplačanega kapitala, sistem upravljanja in organe vodenja ali nadzora delniške družbe, obliko in način objav, pomembnih za družbo ali delničarje, njeno trajanje in način prenehanja.²¹ Statut delniške družbe sprejmejo ustanovitelji, njegove poznejše spremembe pa sprejema skupščina delniške družbe.²² Statut delniške družbe mora biti v obliki notarskega zapisa. Poleg statuta ima lahko gospodarska družba še druge splošne pravne akte (pravilnik, poslovnik itd.). S spremenjeno vsebino se torej nekdane samoupravno pravo »družbenolastninskih« delovnih organizacij nadaljuje z avtonomno pravodajno dejavnostjo »zasebnolastninskih« gospodarskih družb.

²¹ Prvi odstavek 183. člena Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1), Ur. l. RS, št. 42/2006, 10/2008, 68/2008.

²² Kocbek, str. 182.

Statut univerze sprejmeta (v enakem besedilu) senat univerze in njen upravni odbor. Ta pristojnost univerze izhaja iz njene že z ustavo zagotovljene avtonomije²³ in zakonskega pooblastila, ki določa, da imajo visokošolski zavodi statut, s katerim urejajo svojo organizacijo in delovanje.²⁴ Ker pa ima univerza položaj javnega zavoda, ima njen statut tudi pravno naravo splošnega akta za izvrševanje javnih pooblastil.²⁵ To pa zahteva skladnost njegovih pravil s področno zakonodajo ter njeno spoštovanje tudi, kadar statut določa posebne postopke pri uveljavljanju določenih pravnih interesov pravnih subjektov.²⁶ Zaradi odločanja na področju javnih pooblastil je ustrezno tudi objavljanje statuta univerze v uradnem listu.

Določbo statuta univerze, ki nasprotuje zakonski normi, je za vzpostavitev zakonitosti treba spremeniti. Tako je na primer Univerza v Ljubljani leta 2009²⁷ spremenila statutarno normo, ki je določala, da volitve rektorja v drugem krogu potekajo v senatu univerze, ker Zakon o visokem šolstvu določa, da rektorja volijo vsi visokošolski učitelji.²⁸ Po izvedeni spremembi je statut določil enak način volitev rektorja, kot je določen v zakonu.

Demokratsko usklajevanje interesov različnih družbenih slojev oziroma organizacij pred sprejetjem splošnih aktov avtonomnega prava je vidno zlasti pri sklepanju **kolektivnih pogodb**. Interesi delavcev in delodajalcev kot enakopravnih strank (partnerjev) morajo biti poenoteni že pred sklenitvijo kolektivne pogodbe. Zato sta temu cilju prilagojena tako postopek sklenitve kolektivne pogodbe kot postopek za njeno spremembo ali dopolnitev.²⁹

Kolektivne pogodbe sklepajo sindikati kot stranka na strani delavcev in ustrezni predstavniki delodajalcev. Za delodajalce v javnem sektorju nastopa kot stranka pri sklepanju kolektivnih pogodb vlada ali ustrezno ministrstvo. S kolektivnimi pogodbami podpisniki urejajo medsebojne pravice in obveznosti ter načine reševanja kolektivnih sporov. Kolektivna pogodba lahko vsebuje le določbe, ki so za delavce ugodnejše od zakonskih določb, in je sestavljena iz obligacijskega ter normativnega dela.

²³ Člen 58 Ustave RS.

²⁴ Člen 12 Zakona o visokem šolstvu (ZViS), Ur. l. RS, št. 67/1993, s spremembami.

²⁵ Odločba Ustavnega sodišča RS, U-I-243/93.

²⁶ Kadar univerza v svojem statutu posebej uredi postopek za izvolitev univerzitetnega učitelja, mora pri določanju pravil tega postopka upoštevati načela Zakona o splošnem upravnem postopku, npr. določbo, da pri odločanju (po pritožbi) na drugi stopnji ne more sodelovati oseba, ki je sodelovala pri odločanju na prvi stopnji. Kovač, str. II.

²⁷ Sklep o spremembah Statuta Univerze v Ljubljani o volilnih postopkih za volitve rektorja, ki ga je sprejel Senat Univerze v Ljubljani na izredni seji 9. 6. 2009 in ki je začel veljati 12. 6. 2009, ko ga je v enakem besedilu sprejel tudi Upravni odbor Univerze v Ljubljani.

²⁸ Zakon o visokem šolstvu (ZViS) je sicer glede volitev rektorja univerze notranje protisloven, saj pri opredeljevanju vsebine univerzitetne avtonomije pravi, da so sestavina avtonomije tudi »volitve, imenovanja in odpoklici organov, v skladu s statuti in drugimi akti« (osma alineja 6. člena), na drugem mestu pa določa, da »rektorja volijo vsi visokošolski učitelji, znanstveni delavci in visokošolski sodelavci, ki so na univerzi zaposleni« (drugi odstavek 23. člena).

²⁹ Prim. Zakon o kolektivnih pogodbah (ZKolP), Ur. l. RS, št. 43/2006.

Spore iz kolektivnih pogodb rešujejo stranke s pogajanjem, posredovanjem in arbitražo. To so t. i. kolektivni delovni spori, ki nastanejo zaradi različnih interesov strank ali takrat, kadar se stranki ne strinjata z načinom izvrševanja kolektivne pogodbe oziroma kadar ena od strank ugotavlja kršitev pogodbenih določb. Kolektivna pogodba preneha veljati s potekom časa, za katerega je sklenjena, s sporazumom obeh strank o prenehanju veljavnosti ali z odpovedjo.

Velik del pravodajne dejavnosti civilne družbe oziroma njenih organizacij je viden tudi v **statutih in pravilih društev**. V temeljnem aktu društva³⁰ ustanovitelji uredijo temeljne vidike delovanja in upravljanja društva. Statut društva mora biti usklajen s področnim zakonom in celotnim pravnim redom. Samo društva, ki imajo sprejeta pravila svojega delovanja, se lahko uradno registrirajo ter s tem pridobijo družbeno pripoznanost in relativno trajnost. Tako so pravno varovani člani društva in vsi drugi subjekti, ki stopajo z društvom v različne odnose.

Že navedeni primeri splošnih pravnih aktov avtonomnega (samoupravnega) prava opozarjajo na številna nomotehnična vprašanja, tako z vidika postopka sprejemanja navedenih aktov kot z vidika oblikovanja teh aktov oziroma metodičnih pristopov njihove izdelave, njihove strukture ter jezikovne podobe. Pri oblikovanju splošnih aktov avtonomnega oziroma samoupravnega (socialnega) prava je treba upoštevati – *mutatis mutandis* – vsa postopkovna, jezikovna, metodična in strukturna pravila nomotehnike. Zato so Nomotehnične smernice³¹ nepogrešljivo vodilo tudi za normativno dejavnost samoupravnih organizacij in skupnosti. Žal pa smo v slovenski pravodajni praksi od tega cilja še zelo oddaljeni.

Literatura

- Gurvitch, Georges, Sociologija II. Zagreb: Naprijed, 1966.
- Hegel, G. W., Osnovne crte filozofije prava. Sarajevo: 1964 (prevod Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts, Hamburg 1955, prva izdaja 1821).
- Igličar, Albin, Pogledi sociologije prava. Ljubljana: GV Založba, 2009.
- Keane, John, Civilna družba, Ljubljana: Znanstveno in publicistično središče, 2000.
- Kocbek, Marijan, Delnice in delniška družba. Ljubljana: Gospodarski vestnik, Ljubljana 1995.
- Kovač, Polona, Avtonomnost oblasti kot odgovornost – določanje in odločanje v habilitacijskih postopkih na univerzi, Pravna praksa, št. 9/2000, priloga.
- Matteucci, Nicollo, Novoveška država. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede, 1999.

³⁰ Člen 9 Zakona o društvih (ZDru-1), Ur.l. RS, št. 61/2006.

³¹ Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo, Nomotehnične smernice, Uradni list RS, Ljubljana 2008.



Pavčnik Marijan, Teorija prava. Ljubljana: GV Založba, 2007.

Rus Veljko, Sociološki vidiki prehoda iz moderne v postmoderno državo, Teorija in praksa, št. 1/2003, str. 5–16.

Peters, Guy, Institucionalna teorija u političkoj znanosti. Zagreb: Fakultet političkih znanosti, 2007.

Strokovni članek
340.134:352(497.4)

Nomotehnika v občinskih predpisih – premisleki, pomisleki in predlogi

KATJA BOŽIČ,
sekretarka v Službi Vlade Republike
Slovenije za zakonodajo

Namesto uvoda – vprašanje: če bi se, denimo, lotili peči potico, bi se tega (načeloma) lotili z istimi pripravami in orodji ne glede na morebitne različne sestavine, ki jih lahko uporabimo, ne glede na različne okuse, ki jih lahko pričakujemo? Tako kot za pehtranovo potico ne potrebujemo drugega valjarja in druge pečice kot za orehovo, tako za pripravo občinskih predpisov ne potrebujemo drugega orodja in tehnik kot so tiste za pripravo predpisov, ki se sprejemajo na državni ravni. Ker tako eni kot drugi zagotavljajo in omogočajo izvrševanje pravic in dolžnosti v širšem in ožjem smislu; ker tako eni kot drugi rišejo meje zakonitosti in polnijo polje izvajanja ustavnih oziroma zakonskih norm. Ravno zato je z zornega kota nomotehnike svojstvo »občinskosti« oziroma »državnosti« (relativno) nepomemben podatek ...

Ta zapis nima ambicije odkrivati že odkritega, niti ponuditi nekaj, kar še ne bi bilo ponujeno. Morda le opogumiti, da se ne le pri pripravi predpisov ministrov, vlade in državnega zbora (v nadaljnjem besedilu: državni predpisi), pač pa tudi pri pripravi predpisov lokalnih skupnosti (v nadaljnjem besedilu: občinski predpisi) opremimo z vsem tistim, kar že imamo na razpolago – z nomotehničnim znanjem.

Proces nastajanja norme v občinskem predpisu se prav nič ne razlikuje od tistega na državni ravni in njen zapis mora prav tako jasno in nedvoumno odražati tisto, kar je imel normodajalec v mislih, ko je želel neko življenjsko situacijo urediti. V tem procesu nomotehnike ne smemo razumeti zgolj v ožjem smislu kot obrtniško preslikavanje želenega v pravniški jezik, narativnega v normativno, pač pa moramo nomotehnične veščine razumno uporabljati ob siceršnjem dobrem poznavanju pravnega reda ter razumevanju temeljnih pravnih načel in pravnih standardov, dobrem razumevanju obravnavane vsebine ter dojemanju življenjskih in pravnih razsežnosti uporabe teh ali onih nomotehničnih prijemov – le tako lahko nomotehnika pridobi tudi svojo neprecenljivo pravnosistemsko vrednost. Kar zadeva hierarhijo predpisov,

imajo občinski predpisi do zakona in ustave povsem enak odnos, kot ga imajo podzakonski predpisi – eni in drugi morajo biti z njimi skladni. Pri tem ni zanemarljivo poudariti mnogo-krat napačno razumljenega dejstva: da namreč podzakonski predpis občinskemu ni nadrejen. Tako eden kot drugi omogočata, da se zakon izvaja in da lahko poleg drugih naslovnikov na eni strani državna uprava in na drugi strani lokalna samouprava opravljata svoje naloge v mejah, ki jih postavljata ustava in zakon.

Teoretično gledano je torej proces med trenutkom nastanka potrebe po normiranju in trenutkom nastanka norme kot tistima dvema časovnima mejnikoma, ki opredeljujeta najbolj aktivno nomotehnično delovanje, popolnoma enak ne glede na to, ali gre za občinske ali državne predpise. Ob podatkih, da povprečna slovenska občina šteje nekaj čez 10.000 prebivalcev, da je vsaka druga manjša od 5.000 prebivalcev, kar petina pa jih je manjših od 3.000 prebivalcev, pa je najbrž mogoče zaslutiti, od kod izvirajo potrebe po posebnih poudarkih v pričujočem besedilu. Dejstvo je namreč, da nomotehnično slabo pripravljenim občinskim predpisom marsikdaj botrujejo povsem življenjski faktorji – glede na (neracionalno?) majhnost nekaterih občin in s tem posledično povezano kadrovske podhranjenost je marsikje količinsko težko obvladovati korpus pravnih norm, ki čakajo na stvaritev. Ob primerjavi s procesom priprave državnih predpisov moramo temu pridružiti tudi dejstvo, da ob pripravi občinskih predpisov umanjka pomembna faza. Starejši kolegi znajo povedati, da včasih (ja, v davnih, davnih časih) temu ni bilo tako in da je bil tudi za občinske predpise na voljo podoben princip nomotehnične podpore kot za državne predpise. V pripravo slednjih je namreč aktivno vključena tudi Služba Vlade RS za zakonodajo, ki poleg skladnosti z ustavo in pravnim sistemom ter s pravom Evropske unije in z vidika pravil pravne tehnike (nomotehnike) obravnava vprašanja, kar zadeva predloge zakonov in drugih aktov, ki jih vlada predlaga Državnemu zboru oziroma ki jih Državni zbor predloži v mnenje vladi, predloge pravnih aktov vlade in ministrov. Na ta način je ob celovitem pravnosistemskem pregledu za vse t. i. državne predpise omogočen poseben filter nomotehnične redakcije, ki jo v sodelovanju s strokovnjaki z ministrstev izvajajo posebej usposobljeni pravniki redaktorji. Tako se zagotavlja relativno enovita nomotehnična praksa in stalna nomotehnična podpora. Ne glede na to, da bi morali biti ljudje, ki oblikujejo norme in s tem sooblikujejo pravni red, v resnici visoko usposobljeni, je namreč pisanje predpisov vse prevečkrat v rokah tistih, ki so pač na razpolago, pri čemer tem ljudem ponavadi ni zagotovljeno niti minimalno pridobivanje in nadgrajevanje ustreznih specialnih znanj, kaj šele kontinuiran proces izobraževanja. Danes, ko je pretok delovne sile in s tem znanja tako bliskovit, je vprašanje zadostne usposobljenosti za tako specifična opravila še toliko bolj na mestu in ti pomisleki vsekakor vredni premisleka, tudi ko govorimo o občinskih predpisih, zlasti o njihovi nomotehnični kakovosti ...

Vsekakor so pravila nomotehnike v Nomotehničnih smernicah zapisana v najboljši mogoči maniri in v največji možni meri, pa vendar nemalokrat ostajajo prezrta in neupoštevana. Če iz

nevednosti - slabo, če namenoma - še slabše. Ker so lahko pri pisanju normativnih besedil res dobro oporo, ob vseh ostalih kvalitetah, ki bi morale zaznamovati dobrega pravnika redaktorja, seveda. Na drugi strani nastajajoče norme je namreč vedno (samo) človek.

Kakorkoli že: vsakdan ponuja take in drugačne pristope, take in drugačne zagate, ki so s pravilno uporabo znanj takih in drugačnih vrst vsaj do neke mere ustrezno rešljive, ne da bi s tem maličili in izkrivljali ustroj in zakonitosti pravnega sistema, ki gnete našo pravno državo. Ne da bi želeli prečesati pripravo predpisa od a do ž, temveč zgolj za občutek, kako in v kakšnih primerih je z nomotehničnimi veččinami v ožjem in širšem smislu lažje ali sploh mogoče preveslati normodajne zagonetke, v nadaljevanju omenjamo nekaj pogostih nerodnosti, nekatere precej posplošeno, druge bolj konkretno, z odtenkom poudarka na občinskih predpisih (čeprav je večino od zapisanega mogoče zaznati tudi pri državnih predpisih).

Nomotehnične napake in slabe prakse pri pripravi občinskih predpisov so tako pravno-sistemskih razsežnosti kot povsem obrtno – tehnične narave, pri čemer nekatere med njimi skoraj niso omembe vredne, druge pa lahko usodno vplivajo na notranjo koherentnost predpisa, na njegovo jasnost, razumljivost in ne nazadnje na življenje predpisa, torej še kako tudi na pravno varnost.

Največ t. i. redakcijskih nomotehničnih napak se nanaša na nepravilno citiranje objav predpisov, na manjkajočo ali neustrezno pravno podlago, na neupoštevanje priporočenih notranjih strukturnih enot predpisa, na neustrezno številčenje in sklicevanje znotraj predpisa in na druge predpise.

Prav poseben poudarek pri pripravi in redakciji mora biti namenjen oblikovanju prehodnih in končnih določb, saj je prav to tisti del predpisa, ki nam pove največ o morebitnih prehodih v novo, drugačno pravno ureditev in odnosu do prej veljavne, o življenju samega predpisa in o njegovem morebitnem učinkovanju na druge predpise, o potrebnih uskladitvah veljavnih predpisov. Tako globlja brskanja kot zgolj površni pregledi veljavnih občinskih predpisov odkrijejo vrsto napak prav v tem delu predpisov, in glede na pravno varnost, na katero s svojim dometom prav tovrstne določbe še kako vplivajo, v tem delu skoraj ne moremo biti tako skrbni, da bi bili preveč skrbni.

Drugi sklop, ki zahteva posebno obravnavo in pristop in je tudi po praksi sodeč prav poseben trn v peti, je noveliranje s svojimi specifičnimi zakonitostmi, ki zahtevajo posebno pozornost, če želimo, da predpis, ki se novelira, tudi dejansko postane povezana celota veljavnega in spremenjenega oziroma dodanega.

Tretji poseben sklop, ki naj se ga na tem mestu vsaj dotaknemo, ker je vsak dan bolj ranljiv, se zdi, je jezikovno izražanje. Pravni predpisi so namreč ne le del pravne, pač pa tudi splošne kulture. In čeprav ali pa morda ravno zato, ker pravni jezik ni splošni ljudski govorni jezik,

je treba biti z njim še posebej pazljiv. Ne le dobro poznavanje jezika in jezikovnih pravil – aktivna vloga pri kreiranju prava od posameznika terja nadgradnjo znanja o jeziku, če ga želi uporabljati kot zanesljivo orodje in z njim ustvarjati jasne, razumljive in nedvoumne pravne določbe ter doseči želeni normodajalčev cilj. Povedano nedvomno pomeni tudi ustrezno rabo pravnih standardov in veljavne pravne in strokovne terminologije.

Ob zgornjih skopo povzetih primerih nekaterih vrst najpogostejših nomotehničnih pomanjkljivosti, ki jih je zaznati ne le pri občinskih predpisih, še nekaj konkretnih primerov, ki so v praksi zaradi svoje vsebine vezani predvsem na slednje.

Tako je na primer povsem odveč zaznana zagata, kako ravnati z veljavnimi predpisi ob prenehanju mandata. Ti seveda veljajo naprej. Veljavnost predpisov abstraktne narave in njihovo pravno učinkovanje namreč nista vezana na konkretne ljudi, temveč je življenje predpisov vezano na njihove pravne okvire. Morebitne spremembe predpisov zatorej ne izvirajo iz zamenjave ljudi, pač pa iz zamenjave življenjske ali pravne situacije, ki terja spremembe.

Drug primer izhaja iz težav, ki se porajajo pri urejanju skupnih občinskih uprav. Če se občina odloči, da na skupni organ prenese določeno dejavnost, mora ne le ustanoviti tak skupni organ, pač pa temu primerno skrbno prilagoditi tudi svoj odlok o organizaciji in delovnem področju ter jasno zapisati, kaj in kako prenaša na ta skupni organ. Taka norma vsebinsko ni zgolj prepis zakonsko predvidene možnosti, pač pa konkretna odločitev vsake občine posebej.

Glede skupnih občinskih uprav se pogosto pojavljajo tudi vprašanja, kako uveljaviti skupno sprejete predpise in kje jih objaviti. Ustavno predvidena objava predpisa je pogoj za njegovo veljavnost, torej morajo biti ustrezno objavljeni tudi občinski predpisi, in sicer v uradnem glasilu, ki ga določa statut občine, katere občinski svet predpis sprejme. Končna določba takega skupnega predpisa mora torej predvideti objavo v vseh uradnih glasilih udeleženih občin. Izjemno pomembno pa je nedvoumno in skrbno določiti tudi začetek veljavnosti takega skupnega predpisa, katerega posebnost je predvsem v tem, da ga v istem besedilu sprejme več organov na različne datume.

Toliko na tem mestu, več konkretnega in praktičnega iz oči v oči. Premislekov je bilo dovolj, pomislekov najbrž še več, predlogi v zgornjih vrsticah pa so taki, kot jih narekuje predvsem dobro poznavanje, upoštevanje in spoštovanje nomotehničnih pravil (v ožjem in širšem smislu) v sodelovanju z življenjem. To je tudi priporočilo, ki je univerzalno za vse, ki bi v procesu oblikovanja pravnih norm radi zagotovili tisto, kar je bistveno: da je norma ustavna in zakonita, da je pravnosistemskega ustreznosti ustrezno umeščena ter da je razumljiva, jasna, nedvoumna in izvršljiva. S takim pristopom smo korak bližje idealu pravne države – zagotavljanju čim boljše pravne varnosti, enotnosti, koherentnosti in konsistentnosti pravnega sistema in s tem zaupanja v pravo. Suhoparnosti, ki je sicer pričakovana in nepogrešljiva kvaliteta normativnih besedil, smo se na tem mestu namenoma poskušali izogniti. Iz upravičljivih in opravičljivih razlogov ...



Pravni letopis 2011

Pravo v informacijski družbi

VI.

NEŽA POGORELČNIK
Elektronsko vročanje

MATIJA DAMJAN
Dostop do interneta kot temeljna pravica

Elektronsko vročanje

NEŽA POGORELČNIK,
mlada raziskovalka na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Razvoj informacijske tehnologije in tehnike ter posledično čedalje pogostejša uporaba interneta sta sprožili zahtevo po pravni ureditvi vse širšega spektra dejavnosti¹ našega vsakdanjega življenja, elektronskega poslovanja.² Pravno urejanje področja se je razvijalo od sprejetja prvih aktov na mednarodni in evropski ravni do prenašanja in vnašanja pravil v zakonodaje posameznih držav.

Medtem ko so sprva akti urejali pravila elektronskega poslovanja na splošno, so sčasoma prešli na regulacijo specifičnih delov, hkrati pa se elektronska oblika na vse več področjih pojavlja kot vzporedna in enakovredna klasični. Kot je v komentarju Zakona o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu (ZEPEP)³ napisal Marko Pavliha,⁴ bodo elektronske oblike dejavnosti počasi prevzemale klasične in nekoč bomo mirno izpustili pridevnik »elektronsko«, saj bo to postalo vsakdanja oblika poslovanja.

¹ Sem spada elektronsko bančništvo, plačevanje prek interneta, spletno trgovanje na borzi, delo in študij na daljavo ... Spekter je širok, specifične lastnosti vsakega od njih pa zahtevajo različne ureditve.

² Slovenski izraz elektronsko poslovanje zajema dva angleška pojma, in sicer *electronic business* in *electronic commerce*. Prvi je širši in opredeljuje vsako ravnanje subjektov v informacijskem okolju, drugi pa je ožji in se prevaja kot elektronsko trgovanje. S. Matas v: M. Pavliha, B. Jerman Blažič in drugi, Zakon o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu s komentarjem, GV Založba, Ljubljana, 2002, str. 24.

³ Uradni list RS, št. 57/2000 s spremembami in dopolnitvami.

⁴ M. Pavliha v: M. Pavliha, B. Jerman Blažič in drugi, Zakon o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu s komentarjem, GV Založba, Ljubljana, 2002, str. 10.

2. Razvoj pravne ureditve elektronskega poslovanja na mednarodni in evropski ravni

Komisija Združenih narodov za mednarodno trgovinsko pravo⁵ je že leta 1985 izdala dokument z izvirnim naslovom *Legal values of Computer Records*,⁶ katerega namen je bil spodbuditi nadzor zakonskih določb glede računalniških zapisov. Po naslednjem desetletju razvoja informacijske tehnologije je UNCITRAL leta 1996 sprejel Vzorčni zakon za mednarodno trgovinsko pravo o elektronskem poslovanju,⁷ leta 1997 pa oblikoval skupino št. IV, ki pokriva področje elektronskega poslovanja (ang. *electronic commerce*). Leta 2001 je bil sprejet še Vzorčni zakon o elektronskem podpisu,⁸ leta 2005 pa Konvencija Združenih narodov o uporabi elektronskih komunikacij v mednarodnih pogodbah.⁹

Na ravni EU je bilo na področju elektronskega poslovanja sprejetih več aktov, med temi je najpomembnejša Direktiva 2000/31/ES o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu (Direktiva o elektronskem poslovanju).¹⁰

Elektronskega vročanja evropska zakonodaja ne ureja. Področje vročanja s čezmejnim elementom sicer zajema Uredba (ES) št. 1393/2007 o vročanju sodnih in izvensodnih pisanj v civilnih ali gospodarskih zadevah v državah članicah (vročanje pisanj) in razveljavitvi Uredbe Sveta (ES) št. 1348/2000,¹¹ a elektronske oblike ne predvideva. Pri urejanju elektronskega vročanja slovenski zakonodajalec tako ni vezan na predpisane evropske cilje.

Pomembna pa je tudi Direktiva št. 1999/93/ES o okviru Skupnosti za elektronski podpis,¹² saj Zakon o pravnem postopku¹³ (ZPP) kot pogoj za veljavno elektronsko vročitev v civilnem pravnem postopku zahteva uporabo varnega elektronskega podpisa. Ureditev direktive je

⁵ United Nations Commission on International Trade Law (v nadaljevanju: UNCITRAL).

⁶ Dostopen na: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1985Recommendation.html (9. 5. 2011).

⁷ Vzorčni zakon sicer nima pravne veljave, a služi kot model zakona za države, ko to področje urejajo v svojih zakonodajah. Dostopen na: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html (9. 5. 2011).

⁸ Dostopen na: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html (9. 5. 2011).

⁹ Dostopna na: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html (9. 5. 2011).

¹⁰ Dostopna na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:13:25:32000L0031:SL:PDF> (9. 5. 2011).

¹¹ UL 324 z dne 10. 12. 2007, str. 79–120.

¹² UL L 13 z dne 19. 1. 2000, str. 12–20, dostopna na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0093:SL:NOT> (9. 5. 2011).

¹³ Uradni list RS, št. 26/1999 s spremembami in dopolnitvami.

v slovenski pravni red prenesel ZEPEP, ki pa se uporablja tudi pri elektronskem vročanju v civilnih sodnih postopkih.¹⁴

3. Ureditev elektronskega poslovanja v Sloveniji

V Sloveniji je elektronsko poslovanje na splošno urejeno z Zakonom o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu, s katerim je bila slovenska pravna ureditev prilagojena evropski Direktivi za elektronski podpis.¹⁵ Kot pove že ime, ZEPEP ureja dve področji, elektronsko poslovanje in elektronski podpis, ki se sicer zahteva le pri nekaterih oblikah elektronskega poslovanja. Je prvi slovenski zakon, ki je definiral, da so podatki v elektronski obliki oblikovani, shranjeni, poslani, prejeti ali izmenljivi na elektronski način,¹⁶ ter določil, da elektronsko poslovanje zajema poslovanje v elektronski obliki z uporabo informacijske in komunikacijske tehnologije.¹⁷ S tem je uvedel podlago za uvedbo elektronskega poslovanja¹⁸ v sodne, upravne in druge postopke.

Elektronsko poslovanje, vključno z elektronskim vročanjem, je v postopek uvedel Zakon o splošnem upravnem postopku (ZUP),¹⁹ in sicer leta 2004 z novelo ZUP-C,²⁰ prvotna ureditev pa je bila kasneje spremenjena z novelo ZUP-E.²¹ Zgodnja ureditev področja ter sodelovanje pri nadnacionalnih projektih za uvedbo elektronske uprave²² sta najverjetneje prispevala k temu, da je danes v Sloveniji upravni postopek edini, v katerem elektronsko poslovanje v praksi deluje,²³ čeprav stranke in upravni organi v večini primerov še vedno raje uporabljajo klasični način za vlaganje vlog in vročanje pisanj.

Elektronsko poslovanje je bilo tri leta za upravnim vpeljano še v pravnih postopek, in sicer z novelo ZPP-C (ureditev je kasneje malo spremenila novela ZPP-D),²⁴ leto kasneje pa še v ka-

¹⁴ Člen 3 Pravilnika o elektronskem poslovanju v civilnih sodnih postopkih, Uradni list RS, št. 64/2010 s spremembo, objavljeno v Uradnem listu RS, št. 23/2011.

¹⁵ Sicer je na tem področju pomemben tudi Zakon o elektronskem poslovanju na trgu, Uradni list RS, št. 61/2006.

¹⁶ Prva točka prvega odstavka 2. člena ZEPEP.

¹⁷ Prvi odstavek 1. člena ZEPEP.

¹⁸ Elektronsko poslovanje v postopku zajema elektronsko vlaganje vlog, videokonference, vodenje elektronskih spisov, elektronski vpogled v spis, elektronsko vročanje ...

¹⁹ Uradni list RS, št. 80/1999 s spremembami in dopolnitvami.

²⁰ Uradni list RS, št. 73/2004.

²¹ Uradni list RS, št. 126/2007.

²² Centre for egovernance development, dostopen na: http://www.cegd.eu/about_us.htm (9. 5. 2011), in STORK, dostopen na: https://www.eid-stork.eu/index.php?option=com_content&task=view&id=37&Itemid=61 (9. 5. 2011).

²³ Elektronsko poslovanje na področju uprave poteka prek portala e-uprava, dostopna na <http://e-uprava.gov.si/e-uprava/portalStran.euprava?pageid=1> (9. 5. 2011).

²⁴ Novela ZPP-C v Uradnem listu RS, št. 52/2007 ter novela ZPP-D v Uradnem listu RS, št. 45/2008.

zenski postopek z novelo I²⁵ Zakona o kazenskem postopku (ZKP).²⁶ Medtem ko elektronsko poslovanje zavzema vse večji del našega vsakdanjika in bi pričakovali, da bo razvoj potekal v smeri njegovega uvajanja v zakone na vseh področjih, pa je ponekod ravno nasprotno. Tako je državni zbor leta 2008 v Zakon o osebni izkaznici²⁷ uvedel elektronske osebne izkaznice, z zadnjo novelo z dne 3. maja 2011 pa je to možnost izbrisal, ker v praksi zaradi cenovne nesprejemljivosti ni zaživela.

4. Elektronsko poslovanje v slovenskem sodstvu

Strategija razvoja Slovenije, ki jo je vlada sprejela 23. junija 2005, med drugim vsebuje projekt Modernizacija pravosodnega sistema e-pravosodje, ki predvideva tudi popolno informatizacijo sodišč. Na podlagi tega je bila sprejeta Strategija informatizacije slovenskega pravosodnega sistema 2008–2013,²⁸ katere osrednji predmet je projekt *e-pravosodje*. Ta zajema 31 projektov, med drugimi tudi *eVložišče*, katerega cilj je zagotovitev informacijske podpore za obvladovanje vseh procesov sodišč, povezanih z vlaganjem, prenosom, odpremo in vročanjem dokumentov. Delo pri projektu se je začelo leta 2009 in naj bi se predvidoma končalo leta 2014.²⁹ Njegov nosilec je Vrhovno sodišče RS, glede na podatke Ministrstva za pravosodje pa je projekt trenutno v fazi priprave.³⁰

Strategija informatizacije slovenskega pravosodnega sistema določa tri elemente, ki morajo obstajati, da bo projekt e-pravosodje zaživel v praksi: institucionalni, ki zajema sprejem pravne podlage, organizacijski, kamor spadajo postopki, standardi in načini delovanja posameznih pravosodnih institucij, ter najenostavnejši, tehnološki, ki zajema nenehno razvijajoče se tehnološke sisteme.

V institucionalnem elementu so zajete spremembe, s katerimi smo nekatere zakone že prilagodili informacijskemu razvoju, na primer Zakon o sodnem registru,³¹ Zakon o izvršbi in zavarovanju,³² Zakon o zemljiški knjigi,³³ Zakon o finančnem poslovanju zaradi insolventno-

²⁵ Uradni list RS, št. 68/2008.

²⁶ Uradni list RS, št. 63/1994 s kasnejšimi spremembami in dopolnitvami.

²⁷ Uradni list RS, št. 75/1997 s kasnejšimi spremembami in dopolnitvami.

²⁸ Dostopna na http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/2005/PDF/publikacije/strategija_e-pravosodje_2008-2013.pdf (12. 5. 2011).

²⁹ Letno poročilo 2009 Vrhovnega sodišča, vir: http://www.sodisce.si/mma_bin.php?static_id=2010081011355553 (12. 5. 2011).

³⁰ Vir: http://www.mp.gov.si/si/delovna_podrocja/e_pravosodje/projekti_pregled_statusov/ (12. 5. 2011).

³¹ Uradni list RS, št. 54/2007 s spremembami in dopolnitvami.

³² Uradni list RS, št. 51/1998 s spremembami in dopolnitvami.

³³ Uradni list RS, št. 58/2003 s spremembami in dopolnitvami.

sti in prisilnem prenehanju³⁴ ter ZPP, katerega določbe o elektronskem poslovanju, posebno o elektronskem vročanju, so predstavljene v naslednjih poglavjih.

5. Ureditev elektronskega poslovanja v pravnem postopku

Pri urejanju elektronskega pravnega postopka se je zakonodajalec opiral na ureditev, ki jo je nekaj let prej uvedel na upravnem področju, upoštevajoč specifično naravo državnega organa, ki se v pravnem postopku razlikuje od tistega v upravnem. Tako je ZPP-C na štiri področja pravnega postopka, vzporedno s klasično, uvedel še elektronsko pot poslovanja. Gre za:

- 1) elektronsko vlaganje vlog (tožb in drugih listin), ki jih na sodišče vlagajo stranke;
- 2) elektronsko poslovanje sodišč³⁵ (elektronsko vodenje spisov, izdelava elektronskih sodb ...);
- 3) elektronski vpogled v stanje vlog (spremljanje takih postopkov s strani strank, možnost pregledovanja in prepisovanja elektronskih spisov po elektronski poti ...) ter
- 4) elektronsko vročanje aktov strankam s strani sodišča (vključno z vročanjem sodb, ki so najpomembnejši akt sodišča, ki se vroča strankam).

S temi dejavnostmi je pokrita večina dejanj v pravnem postopku in ustvarjena podlaga, da postopek od začetka do konca poteka v elektronski obliki.³⁶

5.1. Enakovrednost pisne in elektronske oblike

Osnovna oblika, ki jo za pravna dejanja in akte v pravnem postopku zahteva ZPP, je pisnost. Uvedbo elektronskega poslovanja in nadomeščanje pisne oblike z elektronsko (tudi pri vročanju) omogoča načelo enakovrednosti obeh in prepoved diskriminacije elektronske oblike glede na pisno, ki je klasična in splošno sprejeta.

Načelo je vsebovala že Direktiva za elektronski podpis,³⁷ na nacionalni ravni ga vsebuje ZEPEP (v 4. in 13. členu), posredno ali neposredno pa izhajata tudi iz vseh treh postopkovnih

³⁴ Uradni list RS, št. 126/2007 s spremembami in dopolnitvami.

³⁵ V civilnem postopku je informatizacija najbolj razvita v izvršilnem postopku, v katerem od leta 2008 deluje Centralni oddelek za verodostojno listino. Na oddelek je mogoče elektronsko vložiti predlog za izvršbo, za vsak oddani predlog pa subjekt lahko prejme elektronsko sporočilo. Postopek teče v elektronski obliki, sklepe o izvršbi pa izdaja informacijski sistem samodejno.

³⁶ Pri tem še vedno ostaja pravilo fizične izvedbe glavne obravnave na sodišču, možnost videokonference pa je predvidena kot izjema, s soglasjem strank in dovoljenjem sodišča, pod pogojem, da je zagotovljen zvočni in slikovni prenos iz kraja, na katerem se opravlja narok, v kraj, na katerem se nahajajo stranke in pooblaščenca, ter obrnjeno (114.a člen ZPP).

³⁷ Direktiva v členu 5(2) določa enakost varnega elektronskega podpisa s podpisom v pisni obliki.

zakonov, ki predvidevajo elektronsko poslovanje.³⁸ Brez tega načela bi vsaka uvedba tega v zakon ostala zgolj črka na papirju. Elektronska oblika pisanj, tako tistih, ki jih na sodišča pošiljajo stranke, kot tudi tistih, ki potujejo v nasprotni smeri, ter vsa dejanja elektronskega poslovanja imajo torej enake učinke in enako vrednost kot klasična oblika oziroma pot, seveda pod pogojem, da so izpolnjeni zahtevani zakonski pogoji.

5.2. Zakonski pogoji za enakovrednost pisne in elektronske oblike

ZEPEP v 13. členu za enakovrednost elektronske in pisne oblike zahteva, da so podatki v elektronski obliki *dosegljivi* in *primerni* za kasnejšo uporabo. Iz tega so izvzeti nekateri pomembnejši pravni posli,³⁹ pri katerih je zagotovljena višja zaščita strank.

Zakon tako omejuje enakovrednost obeh oblik le na »navadne« pravne posle, s čimer kaže na to, da so stranke pri sklepanju pravnih poslov v elektronski obliki očitno manj skrbne in bolj ranljive ter zato v večji meri podvržene zlorabam sopogodbениkov.

Dosegljivost iz prvega odstavka 13. člena komentator zakona razlaga kot zahtevo, da so sporočila berljiva in jih je mogoče interpretirati, hkrati pa kot zahtevo po programski opreми, ki bo tako sporočila lahko prikazala. Dokument mora biti prav tako primeren za kasnejšo uporabo, kar pomeni, da mora biti dosegljiv, nespremenljiv in obstojen tudi v daljšem časovnem obdobju.⁴⁰

ZPP poleg tega zahteva še, da so podatki v elektronski obliki primerni za obdelavo na sodišču,⁴¹ za kar je na vseh sodiščih nujno potrebna tehnična in programska oprema.

Poleg enakovrednosti pisne in elektronske oblike ZEPEP določa enakovrednost tudi za elektronski podpis, varen elektronski podpis⁴² in elektronsko vlaganje vlog, pri čemer je za to postavljen dodaten pogoj, da je vloga podpisana z varnim elektronskim podpisom, ki je overjen⁴³ s kvalificiranim potrdilom.

³⁸ Torej ZUP (tretji odstavek 63. člena), ZPP (16.a člen) in ZKP (drugi odstavek 117. člena).

³⁹ To so pravni posli, s katerimi se prenaša lastninska pravica na nepremičnini ali s katerimi se ustanavlja druga stvarna pravica na nepremičnini, oporočni posli, pogodbe o urejanju premoženjskih razmerij med zakoncema, pogodbe o razpolaganju s premoženjem oseb, ki jim je odvzeta poslovna sposobnost, pogodbe o izročitvi in razdelitvi premoženja za čas življenja, pogodbe o dosmrtnem preživljanju in sporazume o odpovedi nevedenemu dedovanju, darilne obljube in darilne pogodbe za primer smrti, kupne pogodbe s pridržkom lastninske pravice in druge pravne posle, za katere zakon določa, da morajo biti sklenjeni v obliki notarskega zapisa.

⁴⁰ V. Rijavec, v: L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, D. Wedam Lukič in J. Zobec, Pravdni postopek, zakon s komentarjem spremenjenih členov, 4. knjiga, GV Založba in Uradni list RS, Ljubljana, 2010, str. 25.

⁴¹ Člen 16a ZPP.

⁴² Člena 14 in 15 ZEPEP.

⁴³ Zakon je pri tem nedosleden, saj se s potrdilom podpisa ne overja, ampak se preverja njegova pristnost.

6. Pošiljanje elektronskih sporočil

ZEPEP ureja pošiljanje elektronskih sporočil med strankama (ne pa med sodiščem in stranko kot ZPP ali med upravnim organom in stranko kot ZUP). Pri tem se elektronsko pisanje šteje za odposlano, ko vstopi v informacijski sistem zunaj nadzora pošiljatelja, če ni dogovorjeno drugače.⁴⁴

ZEPEP pa določa tudi, kdaj se pisanje šteje za prejeto:⁴⁵

- če je pošiljatelj v vnaprejšnjem dogovoru ali naknadno zahteval, da naslovnik prejem sporočila potrdi s potrdilom,⁴⁶ je trenutek prejetja sporočila pogojen s tem, ali naslovnik pošiljatelju potrdi njegov prejem;⁴⁷
- če prejem ni pogojen s povratnim potrdilom, se za čas prejema elektronskega sporočila šteje trenutek, ko elektronsko sporočilo vstopi v prejemnikov informacijski sistem.⁴⁸

7. Elektronsko vročanje v pravnem postopku

ZPP-C je med druge možnosti vročanja uvedel tudi elektronsko vročanje,⁴⁹ ki je v skladu s 16.a členom ZPP enakovredno klasičnemu. Pravilnik o elektronskem poslovanju v civilnih sodnih postopkih⁵⁰ (v nadaljevanju: pravilnik) definira elektronsko vročitev kot vročitev po varni elektronski poti po ZPP.

7.1. Kdaj elektronsko namesto klasičnega

Sodišče vroči pisanje po elektronski poti:

- če mu stranka sporoči, da želi ta način vročanja, ter v vlogi navede naslov svojega varnega elektronskega predala, ali

⁴⁴ Člen 9 ZEPEP.

⁴⁵ ZEPEP je ureditev 7. člena povzel po vzorčnem zakonu UNCITRAL.

⁴⁶ Člen 7 ZEPEP.

⁴⁷ ZEPEP prejema ne dojema kot pasivno dejanje, ampak aktivno, saj zahteva, da prejemnik oblikuje potrdilo, s katerim potrdi, da je pisanje prejel. Pri tem pa potrdilo o prejemu ne pomeni tudi, da naslovnik sprejema ponudbo, vsebovano v pisanju. Drug sistem je pasivno potrjevanje prejetja, pri čemer informacijski sistem, pri katerem ima prejemnik odprt varen elektronski predal, ob prevzemu elektronskega pisanja informacijskemu sistemu pošiljatelja sam pošlje elektronsko vročilnico. Matas, v: Pavliha, Jerman Blažič, str. 54.

⁴⁸ Člen 10 ZEPEP.

⁴⁹ Prvi odstavek 132. člena ZPP.

⁵⁰ Uradni list RS, št. 64/2010, 23/2011.

- če stranka uporabi elektronsko pot za vložitev svoje vloge, razen če sodišču hkrati sporoči, da ne želi elektronske vročitve pisanja.

Za »navadne« subjekte⁵¹ se tako elektronska pot vročanja nikoli ne domneva. Za elektronsko vročanje pisanja s strani sodišča je vedno potrebna pobuda subjekta, bodisi da sodišču sporoči svojo željo po vročanju po elektronski poti bodisi da tako pot uporabi sam ob vložitvi vloge.⁵²

Drugačen pristop je zakonodajalec uporabil za vročanje državnim organom, odvetnikom, notarjem, izvršiteljem, sodnim izvedencem, sodnim cenilcem, sodnim tolmačem, stečajnim upraviteljem in drugim, za katere se predvideva večja zanesljivost. Tem se namreč vedno in obvezno vroča po elektronski poti v varen poštni predal, ki ga morajo imeti. Vrhovno sodišče mora določiti in objaviti seznam oseb in organov, za katere je odprtje varnega elektronskega predala obvezno, česar pa do zdaj še ni storilo.

Če stranka zahteva elektronsko vročitev, pa ta ni mogoča, se pisanje vroči v fizični obliki.⁵³

7.2. Katera pisanja

Tako kot se lahko pisanje v elektronski obliki vroči fizično⁵⁴ ali po varni elektronski poti,⁵⁵ je mogoče tudi obrnjeno. Po elektronski poti se lahko poleg pisanj v elektronski obliki vročajo tudi pisanja, katerih izvornik je v fizični obliki. Tega sodišče optično prebere, kot dokaz istovetnosti pa ga mora podpisati z varnim elektronskim podpisom, overjenim s kvalificiranim potrdilom.⁵⁶

Elektronsko je mogoče vročati pisanja, za katera je predpisana osebna in neosebna (navadna) vročitev, določitev natančnega seznama pisanj, ki se bodo lahko vročala po varni elektronski poti, pa je ZPP prepustil podzakonskemu urejanju, pri čemer Pravilnik o elektronskem poslovanju v civilnih sodnih postopkih, ki je bil sprejet na podlagi ZPP, tega ni uredil.

⁵¹ S pojmom »navaden« subjekt mislim na vse subjekte, razen tistih, navedenih v sedmem odstavku 132. člena ZPP.

⁵² Ta ureditev se razlikuje od tiste, ki jo pozna ZUP, po kateri je mogoča elektronska vročitev tudi v primerih, da stranka ne sporoči, da želi vročanje po elektronski poti, in sama ne vложи pisanja v elektronski obliki, vendar organ lahko zanesljivo ugotovi, da ima stranka varni elektronski predal (83. člen ZUP).

⁵³ Peti odstavek 132. člena ZPP.

⁵⁴ Obstaja več načinov fizičnega vročanja, po pošti, po delavcu sodišča, na sodišču ali na drug način, določen z zakonom (132. člen ZPP).

⁵⁵ Pri elektronskem vročanju sodne odločbe se pošlje odpravek elektronske sodne odločbe kot elektronski dokument (drugi odstavek 7. člena pravilnika).

⁵⁶ Deveti odstavek 141.a člena ZPP.

Vročanje po elektronski poti v ZPP ni predvideno le za vročanje s strani sodišč, ampak se bo po njegovi vzpostavitvi lahko uporabljalo tudi pri vročanju pisanj neposredno med pooblašenci.⁵⁷

7.3. Instrumenti, potrebni za elektronsko vročanje

Elektronsko vročanje na strani pošiljatelja, to je sodišča, poteka prek informacijskega sistema⁵⁸ e-sodstvo,⁵⁹ ki ga upravlja Center za informatiko na Vrhovnem sodišču.⁶⁰ E-sodstvo ima v civilnih sodnih postopkih podobno vlogo kot v upravnem postopku enotni informacijski sistem za sprejem vlog, vročanje in obveščanje, ki ga je uvedel ZUP in ustanovilo Ministrstvo za javno upravo.

Na strani naslovnika pa vročitev poteka prek informacijskega sistema za varno vročanje, ki omogoča izvedbo postopkov elektronske vročitve v skladu z ZPP in pravilnikom in ki ga upravlja oseba, ki opravlja storitve varnega elektronskega vročanja in je sklenila ustrezno pogodbo s Centrom za informatiko.⁶¹

Stranka, ki želi s sodiščem komunicirati elektronsko (torej elektronsko vlagati vloge ali od sodišča zahtevati, da ji pisanja vroča elektronsko) ali pa spada v skupino oseb, za katere je to obvezno, mora najprej odpreti varen elektronski predal. Ponudnika teh sta v Sloveniji v času pisanja prispevka Pošta Slovenije (www.moja.posta.si) in Eius, d. o. o. (www.vep.si).

ZEPEP sicer vsebuje definicije najpomembnejših pojmov, ki se navezujejo na elektronsko poslovanje in elektronski podpis, pri tem pa ne zajema enega najpogosteje uporabljenih terminov pri elektronskem vročanju, to je pojma »varni poštni predal« oziroma »varni elektronski predal«. To sta namreč izraza, ki se v ZPP, ZUP in ZKP uporabljata za elektronski naslov, na katerega se naslovníku pošiljajo pisanja po elektronski poti.

Za civilne sodne postopke ga definira šele Pravilnik o elektronskem poslovanju v civilnih sodnih postopkih, ki hkrati popravlja nejasno uporabo ZPP, ki enkrat govori o varnem elek-

⁵⁷ Člen 139a ZPP.

⁵⁸ ZEPEP vsebuje splošno definicijo informacijskega sistema, in sicer ga definira kot programsko, strojno, komunikacijsko in drugo opremo, ki deluje samostojno ali v omrežju in je namenjena zbiranju, procesiranju, distribuciji, uporabi in drugi obdelavi podatkov v elektronski obliki (11. točka 2. člena).

⁵⁹ E-sodstvo vključuje štiri module, in sicer modul z varnostno shemo, modul za podporo izvajanju elektronskih opravil v civilnih sodnih postopkih (modul e-opravila), modul za podporo vodenja elektronskega vpisnika (modul e-vpisnik) in elektronskega spisa v civilnih sodnih postopkih (modul e-spis) in modul za podporo poslovanja sodišč pri vročanju (modul e-poštna knjiga) (2. člen pravilnika).

⁶⁰ Člen 2 pravilnika.

⁶¹ Ureditev iz tretjega odstavka 141.a člena ZPP je podrobneje urejena v drugem odstavku 7. člena pravilnika.

tronskem predalu in drugič varnem poštnem predalu. Tako pravilnik določi termin varen elektronski predal, ki ga definira kot elektronski naslov uporabnika v informacijskem sistemu za varno elektronsko vročanje, ki ga upravlja izvajalec storitev varnega elektronskega vročanja ali državni organ in pomeni enako kot varen poštni predal po ZPP.⁶²

Čeprav je kljub terminološki nedoslednosti zakonska ureditev jasna in je iz določb razvidno, da gre za varen elektronski predal,⁶³ bi bilo ustrežnejše, da bi ob naslednji spremembi omenjenih treh zakonov izrazje poenotili še na zakonski ravni.

Poleg varnega elektronskega predala mora oseba pridobiti varno (tudi kvalificirano) digitalno potrdilo,⁶⁴ ki ji omogoča registracijo na spletnem portalu e-sodstvo. To potrdilo pri elektronskem poslovanju povezuje podatke za preverjanje elektronskega podpisa z določeno osebo ter potrjuje njeno identiteto, trenutno pa jih izdajajo⁶⁵ overitelj na Ministrstvu za javno upravo (Sigen-CA⁶⁶ in Sigov-CA⁶⁷), Halcom, d. d. (Halcom CA), AC NLB in Pošta Slovenije, d. o. o. (Pošta®ca).⁶⁸

Elektronsko potrdilo skupaj z elektronski podpisom⁶⁹ dokazuje identiteto subjekta, vendar takega učinka ne dosegata že navaden elektronski predpis. Člen 15 ZEPEP namreč določa, da je (le) varen elektronski podpis, overjen s kvalificiranim potrdilom, glede podatkov v elektronski obliki enakovreden lastnoročnemu podpisu ter ima zato enako veljavnost in dokazno

⁶² Deveti odstavek 7. člena pravilnika.

⁶³ V prispevku sem uporabljala izraz »varen elektronski predal«, razen ko sem povzemala točno določen zakonski člen, ki sem ga v opombi na koncu posamezne povedi tudi navedla.

⁶⁴ ZEPEP definira kvalificirano potrdilo kot potrdilo, ki ga je izdal overitelj, ki deluje v skladu z ZEPEP, in iz katerega morajo biti razvidne te sestavine: navedba, da gre za kvalificirano potrdilo, ime ali firma in država stalnega prebivališča ali sedeža overitelja, ime oziroma psevdonim imetnika potrdila z obvezno navedbo, da gre za psevdonim, dodatni podatki o imetniku potrdila, ki so predpisani za namen, za katerega se bo potrdilo uporabljalo, ki pa ne smejo biti v nasprotju z namenom uporabe psevdonima, podatki za preverjanje elektronskega podpisa, ki ustrezajo podatkom za elektronsko podpisovanje pod nadzorom imetnika potrdila, začetek in konec veljavnosti potrdila, identifikacijska oznaka potrdila, varen elektronski podpis overitelja, ki je potrdilo izdal, morebitne omejitve v zvezi z uporabo potrdila in morebitne omejitve transakcijskih vrednosti, za katerega se potrdilo lahko uporablja (28. člen).

⁶⁵ Tretji odstavek 40. člena ZEPEP določa, da register overiteljev vodi ministrstvo. Od ukinutve Ministrstva za informacijsko družbo ga vodi Ministrstvo za visoko šolstvo, znanost in tehnologijo. Register je dostopen na: http://www.mvzt.gov.si/fileadmin/mvzt.gov.si/pageuploads/pdf/informacijska_druzba/REGISTER_OVERITELJEV_V_RS_ver26__05.01.2011-podpisan.pdf (10. 5. 2011).

⁶⁶ Posebna in spletna kvalificirana digitalna potrdila za poslovne subjekte in fizične osebe.

⁶⁷ Posebna in spletna kvalificirana digitalna potrdila za državne organe.

⁶⁸ Pogoje in način delovanja overiteljev določata ZEPEP ter Uredba o pogojih za elektronsko poslovanje in elektronsko podpisovanje, Uradni list RS, št. 77/2000, 2/2001, 86/2006.

⁶⁹ ZEPEP definira elektronski podpis kot niz podatkov v elektronski obliki, ki je vsebovan, dodan ali logično povezan z drugimi podatki in je namenjen preverjanju pristnosti teh podatkov in identifikaciji podpisnika (3. točka 2. člena).

vrednost. Na podlagi takega podpisa je omogočeno ugotavljanje istovetnosti subjekta, saj je povezan izključno s podpisnikom, ustvarjen s sredstvi za varno elektronsko podpisovanje, ki so izključno pod podpisnikovim nadzorom, in povezan s podatki, na katere se nanaša, tako da je opazna vsaka kasnejša sprememba teh podatkov ali povezave z njimi.⁷⁰

Subjekt, ki torej podpiše dokument z varnim elektronskim podpisom, tega ne more zatajiti, hkrati pa je mogoče razbrati, kakšna je bila vsebina dokumenta, ko ga je podpisal (ne glede na morebitne kasnejše spremembe).

»Navaden subjekt«⁷¹ se na e-sodstvu registrira in kasneje prijavlja kot registrirani uporabnik, subjekt iz skupine, navedene v sedmem odstavku 132. člena ZPP, pa kot zunanji kvalificirani uporabnik. Registracijo subjekta v skupino zunanjih kvalificiranih uporabnikov mora potrditi administrator posamezne kvalificirane skupine,⁷² k čemur ga pozove varnostna shema portala. Po njegovi potrditvi (za kar ima administrator tri dni časa) je subjekt obveščen o registraciji v sistem in lahko začne uporabljati spletni portal e-sodstvo. Subjekt v varnostno shemo vstopa z elektronskim naslovom in geslom, ki ju je določil ob registraciji.

Trenutno je na portalu e-sodstvo sicer mogoče dostopati le do modula elektronske zemljiške knjige⁷³ (e-ZK) in nekaterih insolvenčnih opravil (eIns), v prihodnosti pa bo komunikacija s sodišči mogoča na ta način tudi v civilnih sodnih postopkih.

7.4. Potek elektronskega vročanja

Sodišče vroča pisanja po elektronski poti prek informacijskega sistema e-sodstvo, ki dokument podpiše s kvalificiranim digitalnim potrdilom, ga časovno žigosa in pošlje informacijskemu sistemu za varno elektronsko vročanje (v nadaljevanju: SVEV), pri katerem ima naslovnik odprt svoj varen elektronski predal. Skupaj s pisanjem pošlje e-sodstvo tudi sporočilo s podatki o sodišču, ki je pošiljatelj, oznaki elektronskega dokumenta (ki se določi na portalu e-sodstvo) in o varnem elektronskem predalu naslovnika, v katerega naj SVEV vloži dokument.

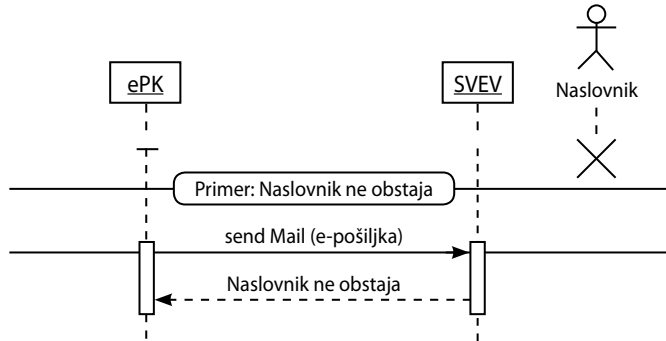
Če SVEV po prejemu elektronskega pisanja ugotovi, da naslovnikovega naslova v njegovem sistemu ni, pošlje na sodišče obvestilo o vrnjeni pošiljki.

⁷⁰ Četrti odstavek 2. člena ZEPEP.

⁷¹ Podrobnejša uporabniška navodila za registrirane uporabnike portala e-sodstvo so dostopna na <https://evlozisce.sodisce.si/esodstvo/index.html> (10. 5. 2011).

⁷² Administrator za skupino notarjev je Notarska zbornica Slovenije, za skupino odvetnikov Odvetniška zbornica Slovenije, za skupino izvršiteljev Zbornica izvršiteljev Slovenije ... (11. člen pravilnika).

⁷³ Od 1. 5. 2011 je vlaganje zemljiškoknjižnih predlogov mogoče le še elektronsko.



ePK: modul e-poštna knjiga⁷⁴

SVEV: informacijski sistem za varno elektronsko vročanje⁷⁵

Shema 1: Elektronsko vročanje v primeru, ko naslovnik ne obstaja⁷⁶

SVEV potrdi e-sodstvu prejem pisanja v postopek vročanja, preveri veljavnost varnega elektronskega podpisa in časovnega žiga na njem ter pošlje pisanje naslovniku v varnem elektronskem predalu. Hkrati mu na elektronski naslov pošlje elektronsko obvestilo o prispeli elektronski pošiljki, ki vsebuje podatke o pošiljatelju (sodišču), navodilo, da jo mora prevzeti v 15 dneh, ter opozorilo o posledicah v primeru neprevzema pošiljke.

Naslovnik prevzame pisanje iz varnega elektronskega predala s kvalificiranim potrdilom, s katerim dokaže istovetnost, presname elektronski dokument iz varnega elektronskega predala in elektronsko podpiše vročilnico z varnim elektronskim predpisom. Ne da bi podpisal vročilnico, naslovnik do pisanja v varnem elektronskem predalu ne more dostopati.

Vročitev šteje za opravljeno z dnem, ko naslovnik prevzame pisanje.

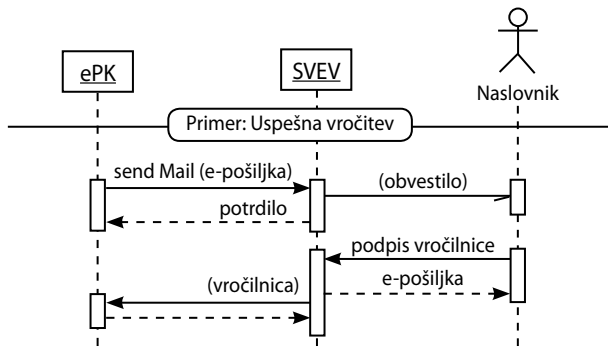
⁷⁴ Modul e-poštna knjiga je modul informacijskega sistema e-sodstvo, ki omogoča elektronsko vročanje elektronskih pisanj in vlaganja elektronski vročilnic v e-spis, samodejno izdelavo pisnih odpravkov elektronskih sodnih pisanj in prepisov elektronskih vlog ali elektronskih prilog in njihovo odpravo po pošti ter podporo pretvarjanju pisnih vročilnic v elektronsko obliko in njihovemu vlaganju v e-spis (deseti odstavek 7. člena pravilnika).

⁷⁵ Vzorci vseh pisanj, ki jih v postopku elektronskega vročanja opravlja informacijski sistem za varno elektronsko vročanje, so vsebovani v dokumentu Funkcionalne in tehnične zahteve informacijskega sistema za varno elektronsko vročanje v civilnih sodnih postopkih.

⁷⁶ Slika, povzeta po dokumentu Centra za informatiko Vrhovnega sodišča RS za naslovom Funkcionalne in tehnične zahteve informacijskega sistema za varno elektronsko vročanje v civilnih sodnih postopkih, str. 5, dostopno na <https://evlozisce.sodisce.si/esodstvo/index.html> (10. 5. 2011).

SVEV pošlje po prevzemu pisanja e-sodstvu elektronsko vročilnico,⁷⁷ podpisano z varnim elektronskim podpisom naslovnika. Na tak način je sodišče, ki je vročanje odredilo, obveščeno o opravljeni vročitvi.⁷⁸

Elektronske oblike vročilnice ZPP pred uvedbo elektronskega vročanja ni poznal, zato je novela C določila, da njeno vsebino in obliko določi minister za pravosodje.⁷⁹ V skladu s pravilnikom mora elektronska vročilnica vsebovati podatke o sodišču, ki pisanje pošilja, podatke o naslovniku in besedilo: »Naslovník potrjujem, da sem dne ... (datum elektronskega podpisa vročilnice) sprejel pošiljko z oznako ... (oznaka dokumenta, ki jo je ob odpravi določil informacijski sistem e-sodstvo).«



Shema 2: Elektronsko vročanje v primeru, da naslovník pisanje prevzame⁸⁰

Problem teka 15-dnevnega roka, v katerem mora naslovník pisanje prevzeti iz varnega elektronskega predala

Že od uvedbe elektronskega vročanja v pravdni postopek velja pravilo, da se naslovníka z informativnim obvestilom na elektronski naslov obvesti, da je v informacijskem sistemu pisanje, ki ga mora prevzeti v 15 dneh od dne, ko mu je bilo pisanje poslano v njegov varni poštni predal, ter ga opozori na posledice, če tega ne bo storil. To obvestilo naj bi bilo, v skladu s petim odstavkom 141.a člena ZPP, naslovníku poslano sočasno z vročitvijo pisanja v njegov varni elektronski predal, kar bi pomenilo, da je naslovník obveščen o čakajočem pisanju v istem trenutku, ko se začne 15-dnevno čakanje pisanja na prevzem v varnem elektronskem predalu. Če bi med pošiljanjem informativnega sporočila na elektronski naslov naslovníka

⁷⁷ Osmi odstavek 141.a člena ZPP.

⁷⁸ Členi 25 do 28 pravilnika.

⁷⁹ Člen 149 ZPP.

⁸⁰ Slika, povzeta po dokumentu Centra za informatiko Vrhovnega sodišča RS z naslovom Funkcionalne in tehnične zahteve informacijskega sistema za varno elektronsko vročanje v civilnih sodnih postopkih, str. 5.

prišlo do napake in ta sporočila ne bi prejel, bi šlo to v njegovo škodo, saj bi 15-dnevni rok tekel (in se iztekel) od prispetja pisanja v varni elektronski predal. Tudi pridevnik »informativno« obvestilo potrjuje to pravilo, da obvestilo nima pravnih učinkov in začetek teka oziroma tek roka nanj ni vezan. V skladu z zakonsko ureditvijo ZPP se tako rok, ki ga ima naslovnik za prevzem pisanja, v vsakem primeru izteče v 15 dneh od dne, ko je pisanje prispelo v njegov varen poštni predal, imetniki teh pa imajo obveznost rednega preverjanja, saj se ne morejo zanašati, da bodo o morebitnem prispetju pisanja tako ali tako obveščeni z informativnim sporočilom.

Obratno od zgoraj napisanega pa določa prvi odstavek 28. člena Pravilnika o elektronskem poslovanju v civilnih sodnih postopkih, ki je bil sprejet na podlagi ZPP in z namenom njegovega podrobnejšega urejanja. Omenjeni člen namreč določa, da pride do učinka fikcije vročitve, če naslovnik elektronske pošiljke ne prevzame v 15 dneh od dneva, ko je prejel obvestilo o prispeli elektronski pošiljki. Razlika v obeh ureditvah ni problematična, če je hkrati z vročitvijo pisanja v varen elektronski predal naslovníku poslano informativno sporočilo, ki dejansko prispe na njegov elektronski naslov. V tem primeru niti ni pomembno, ali štejemo tek roka od prvega ali drugega dejanja, saj sta oba umeščena v isti časovni trenutek.

Problem pa nastane, kadar hkrati z vročitvijo pisanja v varen elektronski predal na naslovníkov elektronski naslov informativno sporočilo bodisi ni poslano bodisi je poslano, a zaradi kakršnih koli ovir oziroma razlogov ne prispe do naslovníka ali pa do njega prispe kasneje, kot je bilo vročeno pisanje v varen elektronski predal. Po zakonski ureditvi bo namreč 15-dnevni rok, v katerem ima naslovnik čas prevzeti pisanje, tekel od prispetja tega v varen elektronski predal, po podzakonski pa od prispetja informativnega sporočila na naslovníkov elektronski naslov.

Pravilnik v drugem odstavku 26. člena določa to besedilo, ki ga mora vsebovati informativno obvestilo naslovníku pisanja:

Obveščamo vas, da je v vaš varni elektronski predal dne ____ <datum posredovanja obvestila> prispela pošiljka, z oznako ____ <oznaka dokumenta, ki jo je ob odpravi določil informacijski sistem e-sodstvo>.

Pošiljko lahko prevzamete v roku 15 dni v vašem varnem elektronskem predalu na naslovu ____ <naslov s povezavo za dostop>. Rok za prevzem začne teči od dne ____ <datum posredovanja obvestila>. Če v tem roku pošiljke ne boste prevzeli, se bo po sedmem odstavku 141.a člena ZPP s potekom tega roka vročitev štela za opravljeno.

Isto določbo predvideva tudi vzorec obvestila, objavljen v dokumentu Funkcionalne in tehnične zahteve informacijskega sistema za varno elektronsko vročanje v civilnih in sodnih postopkih, ki ga je izdal Center za informatiko Vrhovnega sodišča RS.

Naslovnik bo torej obveščen o dnevu, ko je pisanje prispelo v njegov varen elektronski predal, a tudi opozorjen, da 15-dnevni rok teče od dneva prejema tega obvestila.

Ustava RS določa, da morajo biti podzakonski predpisi v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava, z veljavnimi mednarodnimi pogodbami, ustavo in zakoni.⁸¹ Kadar na nezakonit oziroma protiušten podzakonski predpis pri odločanju naleti redno sodišče, uporabi možnost, da odkloni uporabo podzakonskega predpisa (*exceptio illegalis*), saj je pri odločanju vezano zgolj na ustavo in zakone.⁸² S tem pa podzakonski predpis še ne neha veljati. O njegovi skladnosti z ustavo in zakoni odloča Ustavno sodišče, ki ga lahko razveljavi ali odpravi.

Podzakonski akti so namenjeni določitvi izvrševanja zakonsko določenih razmerij. Tako omenjeni Pravilnik določa izvrševanje elektronskega poslovanja v civilnih sodnih postopkih, kar je v pravdni postopek uvedel ZPP. Ureditev v pravilniku, ki je neskladna z zakonom, je treba spremeniti in določiti, da se tek 15-dnevnega roka, v katerem lahko naslovnik prevzame pisanje, šteje od njegovega prispetja v varen elektronski predal.

Če pa bi zakonodajalec ugotovil, da je primernejša trenutna ureditev pravilnika, je treba spremeniti določbo petega odstavka 141.a člena ZPP. V tem primeru bodo morali biti informacijski sistemi za varno elektronsko vročanje, pri katerih bodo imeli subjekti odprte varne elektronske predale, povezani z elektronsko pošto naslovnikov ter se bo moral šteti rok za prevzem pisanja ter posledično zablokirala možnost prevzema pisanja po 15 dneh od prispetja informativnega obvestila na elektronski naslov.

Naslovníku prijaznejša je ureditev, ko rok teče od trenutka, ko je bil obveščen, da ga pisanje čaka v varnem elektronskem predalu, torej od trenutka, ko je obvestilo o tem prispelo na njegov elektronski naslov, vendar se s tako ureditvijo ne strinjam. Subjekt, ki odpre varen elektronski predal, ima dolžnost redno preverjati njegovo vsebino, ne glede na to, ali na elektronski naslov prejme kakšno obvestilo ali ne. Primernejša se mi tako zdi ureditev, ki jo vsebuje ZPP, zato je treba ureditev nezakonitega pravilnika spremeniti.

Fikcija vročitve

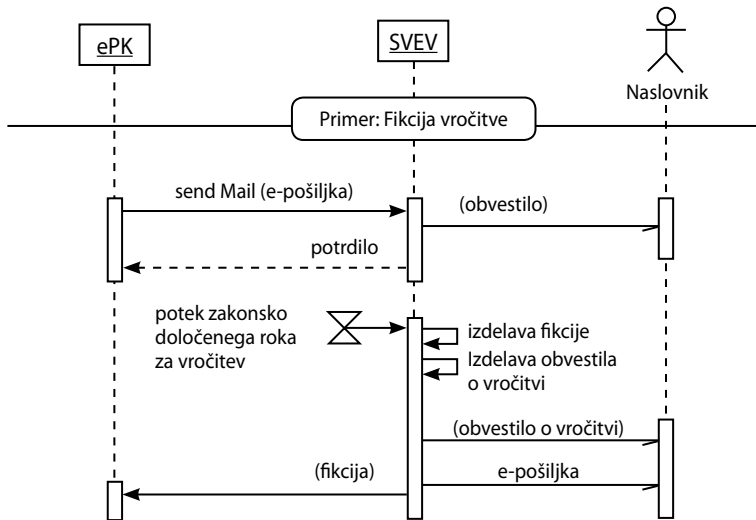
Če naslovnik pisanja ne prevzame v 15 dneh (po zakonski ureditvi od dne, ko je pisanje prejel v varni elektronski predal, po podzakonski pa od dne, ko je prejel informativno sporočilo o pisanju), informacijski sistem pisanje izbriše, naslovníku pa pošlje obvestilo, da je pisanje izbrisano ter da ga lahko prevzame pri sodišču, ki je vročitev odredilo.⁸³ Hkrati informacijski sistem o tem obvesti sodišče, ki je vročitev odredilo.

⁸¹ Člen 153 Ustave RS.

⁸² Člen 125 Ustave RS.

⁸³ Sedmi odstavek 141.a člena ZPP.

Novela ZPP-C je ob uvedbi elektronskega vročanja določila, da če naslovnik pisanja ne prevzame v roku, velja vročitev za opravljeno z dnem, ko je informacijski sistem samodejno poslal naslovniku pisanje v njegov varni elektronski predal. Novela ZPP-D je ureditev spremenila in določila, da v primeru neprevzema pisanja v roku 15 dni velja vročitev za opravljeno z dnem poteka tega roka.⁸⁴



Shema 3: Elektronsko vročanje v primeru fikcije vročitve⁸⁵

Prejšnja ureditev je bila skladna z ureditvijo neosebnega načina klasičnega vročanja, pri katerem je bila fikcija vročitve postavljena v trenutek, ko je vročevalec v predalčniku pustil obvestilo o tem, da se pisanje nahaja pri sodišču ter da ima naslovnik rok petnajstih dni, da ga prevzame, česar ta ni storil. Tako se je tudi pisanje, vročeno po elektronski poti, štelo za vročeno takoj, ko je prispelo v varen elektronski predal, če ga naslovnik v roku 15 dni ni prevzel. Pri tem je bilo elektronsko vročanje pisanj, ki so se sicer vročala osebno, za naslovnike slabša opcija, saj jim informacijski sistem ni poskušal pisanja vročiti dvakrat, ampak je 15-dnevni rok tekkel že od vložitve pisanja v njihov varen elektronski predal.

ZPP-D je spremenil ureditev tako za navadno kot tudi za elektronsko vročanje.

V primeru neuspešne neosebne vročitve vročevalec v predalčniku pusti pisanje, pri čemer se šteje, da je bila vročitev s tem opravljena. V primeru neuspešne osebne vročitve pa pusti vroče-

⁸⁴ Sedmi odstavek 141.a člena ZPP.

⁸⁵ Slika povzeta po dokumentu Centra za informatiko Vrhovnega sodišča RS z naslovom Funkcionalne in tehnične zahteve informacijskega sistema za varno elektronsko vročanje v civilnih sodnih postopkih, str. 5.

valec v predalčniku obvestilo o tem, kje je pisanje, in opozori na 15-dnevni rok za prevzem. V primeru neprevzema pisanja se je trenutek fikcije vročitve zamaknil za 15 dni, torej s trenutka vložitve pisanja v predalčnik v trenutek poteka 15-dnevnega roka.

Medtem ko je bila fikcija vročitve v prejšnji ureditvi elektronskega vročanja primerljiva z ureditvijo neosebnega vročanja po klasični poti, so nekateri⁸⁶ opozorili, da zdaj, postavljena v pretečeni petnajsti dan, povzroča podaljševanje časa in poti do naslovnika. Ta ureditev namreč ni več primerljiva z neosebnim načinom vročitve pisanja, pri katerem se vročitev šteje za opravljeno z dnem, ko je bilo pisanje puščeno v predalčniku, ampak z osebnim načinom, pri katerem je trenutek fikcije vročitve postavljen v pretek petnajstdnevnega roka, ki ga je imel naslovnik na voljo, da bi pisanje prevzel.

Glede na to, da pri osebnem načinu klasičnega vročanja naslovnik uživa višjo stopnjo zaščite kot pri neosebnem, elektronski način vročanja pa velja kot osebna in neosebna vročitev, se mi zdi smiselno, da je naslovnik pisanja, ki se vroča osebno, te zaščite deležen tudi pri elektronski poti. Če bi se pisanje po elektronski poti štelo za vročeno z dnem, ko bi naslovnik pisanje prejel v varen elektronski predal,⁸⁷ bi bil naslovnik, ki bi mu bilo pisanje, ki se sicer vroča osebno, vročeno po elektronski poti, v slabšem položaju kot tisti, ki bi se mu isto pisanje vročilo prek pošte. Taka ureditev bi bila diskriminatorna, zaradi česar je stranke v postopku ne bi želele in je ne bi predlagale sodišču. Institut elektronske vročitve se v praksi tako ne bi uporabljal. Bolje je, da je v situacijah, v katerih je predvidena enaka ureditev za pisanja, ki se vročajo na osebni in neosebni način, poskrbljeno za večjo zaščito naslovnikov in je trenutek fikcije vročitve zamaknjen.

Druga možnost je seveda vzpostavitev dvojnega sistema elektronskega vročanja. Tako bi se za pisanja, ki se vročajo osebno, v primeru njihovega neprevzema iz varnega elektronskega predala štelo, da so vročena s potekom petnajstega dne, za pisanja, ki se vročajo neosebno, pa, da so naslovniku vročena s trenutkom, ko prispejo v njegov varen elektronski predal. Tak sistem bi bil sicer najbolj pravičen, saj bi popolnoma ustrezal ureditvi, ki jo ZPP predvideva za primer vročitve po pošti, ter ne bi pozitivno diskriminiral naslovnikov, ki jim je po elektronski poti poslano pisanje, ki se vroča neosebno, a ga ne prevzamejo. Na drugi strani pa bi taka ureditev seveda pomenila večjo zapletenost sistema, ki bi moral omogočati dve različni poti vročanja, hkrati pa bi zahtevala višjo stopnjo skrbnosti s strani sodnikov oziroma zaposlenih na sodiščih, ki bi pisanja pošiljali v informacijski sistem e-sodstvo, pri čemer bi morali označiti, ali se pisanje vroča na osebni ali neosebni način.

⁸⁶ V. Rijavec, v: L. Ude, N. Betetto, A. Galič, V. Rijavec, D. Wedam Lukić in J. Zobec, Pravdni postopek, zakon s komentarjem spremenjenih členov, 4. knjiga, GV Založba in Uradni list RS, Ljubljana, 2010, str. 120.

⁸⁷ Kot je bila v ZPP ureditev pred novelo ZPP-D.

Res je, da sedanja ureditev destimulira elektronsko vročanje, saj bo pisanje, za katero se ne zahteva osebno vročanje, vročeno po klasični poti, veljalo za vročeno takoj, ko ga bo vročevalec pustil v predalčniku, medtem ko bo v varnem elektronskem predalu čakalo na potek petnajstdnevnega roka.⁸⁸ Vendar se mi zdi potrebno zaščititi naslovnika pisanja, ki se vroča osebno, četudi bodo (ker pač velja enoten sistem elektronskega vročanja) zato pozitivno diskriminirani prejemniki drugih. Fikcija vročitve, postavljena v trenutek pretoka roka 15 dni, se mi tako zdi ustrezna.

7.5. Čas vročanja

Ker vročitev pisanja v elektronski predal naslovnika ne moti, se lahko opravi kadar koli in tako ni vezana na urnik od 6. do 22. ure, ki ga za fizično vročanje določa 139. člen ZPP.

7.6. Kraj vročanja

Naslov varnega elektronskega predala se šteje za enakovrednega naslovu prebivališča oziroma sedežu stranke.⁸⁹ Naslov sodišču sporoči stranka (bodisi ob vložitvi svoje vloge po elektronski poti bodisi v vlogi v fizični obliki ob zahtevi, da se ji pisanja vročajo po elektronski poti), v primeru oseb oziroma organov iz sedmega odstavka 132. člena ZPP pa je naslov njihovega varnega elektronskega predala objavljen na seznamu, ki ga objavi Vrhovno sodišče na svoji spletni strani.

V primeru elektronskega vročanja vsi problemi glede kraja vročanja pisanja izginejo. Naslov elektronskega vročanja je znan, v nasprotju z naslovom pri navadnem vročanju, pri katerem ga navede nasprotna stranka (na primer tožeča za toženo stranko) ali ga sodišče pridobi iz registra.

Če naslovník naslov za elektronsko vročanje spremeni oziroma ga ukine, bo informacijski sistem pri elektronskem vročanju naletel na težave in vročitev ne bo mogoča. Da je bil naslov spremenjen, bo tako razvidno takoj in ne bo prišlo do težav kot pri navadnem vročanju, ko je pisanje puščeno v hišnem predalčniku naslovnika, za katerega se šele kasneje ugotovi, da se je s tega naslova odselil. Naslovník se lahko poljubno seli, pri čemer lahko elektronska komunikacija s sodiščem (tudi elektronsko vročanje) ves ta čas poteka nemoteno, dokler ima naslovník seveda dostop do računalnika, na katerem ima naloženo varno digitalno potrdilo.

⁸⁸ Tako tudi A. Galič, Vročanje pravnim osebam, podjetnikom in odvetnikom, Pravna praksa, št. 5/2010, Priloga, str. V.

⁸⁹ Četrty odstavek 132. člena ZPP.

8. Stanje v praksi

Za popoln zagon elektronskega vročanja v civilnih sodnih postopkih so, kot omenjeno že v 4. točki, potrebni trije elementi, in sicer institucionalna ureditev, organizacijski okvir ter tehnološka oprema. Medtem ko je institucionalna ureditev s sprejetimi spremembami zakonov ter podzakonskih aktov v teorijo uvedla pravno podlago za elektronsko vročanje, pa se v praksi še čaka, da se sodišča tehnološko opremijo ter v svoje postopke začnejo vnašati elektronska dejanja. Pomembno vlogo pri začetku elektronskega vročanja pa bodo igrale tudi zakonsko določene kvalificirane skupine oseb in organov, za katere sta odprtje varnih elektronskih predalov in registracija na informacijskem portalu e-sodstvo obvezna, saj se bo njim vročanje avtomatsko izvajalo prek elektronske poti.

Glede na podatke Vrhovnega sodišča je projekt eVložišče (kamor spada elektronsko vročanje) v fazi priprave, konec celotnega projekta e-pravosodje pa je predviden za leto 2014.

9. Ureditev vročanja v nekaterih evropskih državah

Elektronsko vročanje se je kot način vročanja v civilnem pravnem postopku uveljavilo tudi že v nekaj drugih evropskih državah.

Nemčija ima v svojem zakonu o pravnem postopku (*Zivilprozessordnung*⁹⁰) predvideno možnost elektronskega vročanja, in sicer se osebam oziroma organom z višjo stopnjo zaupanja, med katerimi eksemplifikatorno našteva odvetnike, notarje, sodne izvršitelje in davčne svetovalce, pisanja *lahko* vročajo elektronsko. Prav tako se elektronsko lahko vroča tudi drugim strankam, ki pa so se s tem načinom vročanja izrecno strinjale. Dokument, posredovan po elektronski poti, mora vsebovati elektronski podpis in biti zaščiten pred nepooblaščenim dostopom tretjih oseb. Naslovnik pa mora, kot dokaz o prejemu pisanja, na sodišče poslati potrdilo o prejemu pisanja z navedenim datumom ter podpisanega s kvalificiranim elektronskim podpisom.

Elektronsko vročanje sodnih pisanj je mogoče tudi v *Angliji*,⁹¹ in sicer se mora stranka oziroma njen odvetnik s tem predhodno strinjati v vlogi ter pri tem navesti elektronski naslov, na katerega naj bo pisanje poslano. Če je elektronski naslov naveden v vlogi stranke, se to šteje kot soglasje k elektronskemu načinu vročanja.

⁹⁰ Dostopen na http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_174.html (11. 5. 2011).

⁹¹ Točki 4.1 Direction 6A in 6.3 d) v Civil Procedure rules, dostopen na <http://www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/courts/procedure-rules/civil/index.htm> (11. 5. 2011).

Elektronsko vročanje je pod določenimi pogoji veljavno tudi na Finskem,⁹² Češkem, v Franciji,⁹³ Španiji, Italiji, Avstriji ...⁹⁴

10. Ureditev elektronskega vročanja v drugih postopkih

Elektronsko vročanje je bilo, hkrati z nekaterimi drugimi dejanji elektronskega poslovanja, najprej uvedeno v upravni postopek (leta 2004),⁹⁵ tri leta za tem še v pravnih postopkih, leto kasneje pa še v kazenski.

Ureditev je v vseh treh postopkih podobna.

Medtem ko je pogoj za elektronsko vročanje v pravnem in kazenskem postopku enak, tj. da stranka sodišču sporoči, da želi vročitev pisanja v varen elektronski predal oziroma sama pošlje pisanje na sodišče po tej poti, je v upravnem postopku dana dodatna možnost. Upravni organ lahko po elektronski poti vroči pisanje tudi, če sam zanesljivo ugotovi, da ima stranka varen elektronski predal. Taka ureditev strankam vsiljuje elektronsko vročanje tudi, če same niso dale pobude za to. Ko oseba enkrat odpre varen elektronski predal, ne da bi za to vedela, pade v zakonsko domnevo ZUP, da se ji pisanja v upravnem postopku vročajo po elektronski poti.

Tako kot v pravnem je tudi v kazenskem postopku določena skupina oseb oziroma organov, pri katerih se domneva večja zanesljivost, zaradi česar se pisanja vedno vročajo v varen elektronski predal. V to nezaključeno skupino spadajo državni tožilec in drugi državni organi, odvetniki, sodni izvedenci, sodni cenilci, sodni tolmači ter morebitni drugi, za katere se domneva zadostna zanesljivost.

Tudi v upravnem postopku so državni organi, organi samoupravnih lokalnih skupnosti ter pravne in fizične osebe, registrirane za opravljanje dejavnosti, glede vročanja postavljene v poseben položaj, in sicer se jim pisanja praviloma vročajo na elektronski način, če varnega elektronskega predala nimajo, pa po fizični poti. Zanje torej ne velja obveznost odprtja varnega elektronskega predala, kot je to določeno za določene skupine v pravnem in upravnem postopku, kljub temu pa obstaja tendenca elektronskega vročanja, če je to seveda mogoče.

⁹² Vir: <http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E0030013.PDF> (15. 5. 2011).

⁹³ Code de Procedure Civile, 21. naslov 1. knjige. Vir: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=9E8EB0C872B17F1E8F6293E61AF202F5.tpdjo11v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006117246&cidTexte=LEGI TEXT000006070716&dateTexte=20110516 (16. 5. 2011).

⁹⁴ Vir: http://ec.europa.eu/civiljustice/serv_doc/serv_doc_ec_en.htm (12. 5. 2011).

⁹⁵ Področje na podzakonski ravni ureja Uredba o upravnem poslovanju, Uradni list RS, št. 20/2005 s spremembami in dopolnitvami.

Elektronska pot vročanja je v vseh treh postopkih ista, torej prek informacijskega sistema (v upravnem postopku je to poseben informacijski sistem za sprejem vlog, vročanje in obveščanje) s posredovanjem organizacije, ki opravlja elektronsko vročanje kot svojo dejavnost. Hkrati s pisanjem v varen elektronski predal se v vseh treh postopkih o tem pošlje na naslovnikov elektronski naslov informativno obvestilo. Naslovnik ima rok 15 dni, ki teče od prispetja pisanja v varen elektronski predal. V tem roku mora pisanje prevzeti, kar stori tako, da z uporabo kvalificiranega elektronskega potrdila dokaže svojo istovetnost, z elektronskim podpisom podpiše vročilnico in presname pisanje. Vročitev v vseh treh postopkih velja za opravljeno z dnem, ko naslovnik prevzame pisanje, o čemer se pošiljatelj obvesti z elektronsko vročilnico. Če ga ne prevzame, velja pisanje v upravnem in pravnem postopku za vročeno s potekom petnajstega dne, s to razliko, da se v pravnem postopku pisanje nato izbriše, naslovnik pa obvesti, da ga lahko prevzame na sodišču, v upravnem postopku pa lahko naslovnik po poteku roka še vedno dostopa do pisanja v varnem elektronskem predalu. V kazenskem postopku pa je ureditev v primeru neprevzema pisanja drugačna. Po preteku roka informacijski sistem pisanje izbriše, naslovnika in sodišče pa obvesti, da se bo pisanje vročalo ponovno, in sicer po fizični poti. Ureditev je smiselna, saj je kazenski postopek po naravi navadno bolj obremenjujoč za subjekt vročanja in je zato treba poskrbeti za to, da bo pisanje zagotovo vročeno.⁹⁶

Elektronsko vročanje je do zdaj zaživel le v upravnem postopku, kjer je bilo tudi najprej uvedeno, na njegovo uporabo v sodnih postopkih pa bo treba še počakati.

11. Sklep

Elektronsko vročanje v sodnih postopkih bo poslovanje sodišč poenostavilo, naredilo vročanje preglednejše, hitrejšo in bolj zanesljivo (poleg tega je še bolj ekološko). Glede na to, da ima velik odstotek strank v postopkih pooblaščenca (odvetnika), za katere bo elektronsko vročanje obvezno, hkrati pa je čedalje večji del prebivalstva več del z internetom, se bo število klasičnih vročitev zmanjšalo, kar bo hkrati vročanje pocenilo. Prednosti elektronske oblike vročanja je tako veliko, šele ko bo zaživel v praksi, pa se bodo pokazale slabosti.

V želji po čimprejšnjem doseganju vseh teh prednosti, ki jih bo elektronsko poslovanje sodstva prineslo, pa je treba pri ureditvi in izvajanju vseh treh komponent, organizacijske, tehnološke in institucionalne, vedno upoštevati načela pravne varnosti in predvidljivosti, pravičnosti, enakosti pred zakonom in ekonomičnosti.

⁹⁶ Členi 117 in 117a ZKP in 83 do 91 ZUP.

Dostop do interneta kot temeljna pravica

DR. MATIJA DAMJAN,
raziskovalec na Inštitutu za primerjalno
pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

1. Pomen interneta v demokratični družbi

Internet postaja temelj informacijske in komunikacijske infrastrukture sodobne družbe, saj povezuje številne nekdanje ločene tehnologije in storitve prenosa informacij: pošte, telefonije, časopisov, radia, televizije. Elektronsko poslovanje postaja nepogrešljivo v trgovini in bančništvu, raste pa tudi njegova vloga v upravnih in sodnih postopkih. Virtualni prostor interneta tako postaja ekvivalent fizičnega prostora, v katerem se gibljemo in izražamo. Internet je zato tudi pomembno sredstvo (ali prostor) za uresničevanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Prva pride na misel svoboda izražanja, ki jo zagotavlja 39. člen Ustave RS.¹ Internet drugače kot klasični mediji omogoča obojestranski pretok informacij, to pomeni, da lahko vsak uporabnik prejema informacije in se nanje odziva, pri čemer lahko svoja stališča izrazi na način, da so dostopna vsem uporabnikom interneta, na primer v spletnem dnevniku (na blogu) ali na spletnem forumu. Pri sodobnih hibridnih storitvah ni mogoče več strogo razlikovati med oddajanjem in tradicionalnim individualnim komuniciranjem.² Lahko rečemo, da je šele na internetu svoboda izražanja zaživela v popolnosti, saj so prvič tako izenačene tehnične možnosti za uresničevanje te pravice. V duhu Ustave na internetu vsakdo lahko svobodno zbira, sprejema in širi vesti ter mnenja. Svoboda izražanja je postala praktično dejstvo in svetovni fenomen za vsakogar z računalnikom ali mobilnim telefonom.

¹ Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33I/91-I, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 69/04, 69/04, 68/06).

² K. H. Ladeur, *Legal Questions of Excluding Participants from Internet Discussion Groups: On the Guaranteeing of Freedom of Communication Through 'Network-Adapted' Private Law*. German Law Journal, let. 9 (2008), str. 965.

Svoboda komuniciranja, ki je trdno zakoreninjena v mednarodnem pravu človekovih pravic, tvori jedro internetnih svoboščin.³ Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) je potrdilo, da informacije in ideje, izražena na spletni strani, spadajo znotraj obsega 10. člena Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP),⁴ ki varuje svobodo govora in mišljenja.⁵ Enako velja za internetne arhive.⁶ Priljubljen internetni forum pa z vidika svobode medijev, ki jo sodna praksa izvaja iz svobode izražanja, uživa enako varstvo kot tiskani mediji.⁷ Tudi Vrhovno sodišče ZDA je odločilo, da je internet medij, ki uživa popolno svobodo izražanja po prvem amandmaju, enako kot časopisi. Drugače kot radiodifuzni mediji (radio, televizija) se namreč internet ne srečuje z omejenostjo frekvenčnega spektra, zato ni razloga za kakršnokoli državno reguliranje ali cenzuro njegove vsebine. Vrhovno sodišče je pri tem o internetu govorilo kot o širokem demokratičnem forumu, o novem trgu idej, ki omogoča relativno neomejeno možnost poceni komunikacije in ki posameznikom dramatično lajša nagovarjanje širše javnosti. Internet omogoča, da so posamezniki tudi ustvarjalci vsebin, in ne samo njihovi pasivni sprejemniki, ter da so aktivni udeleženci v dialogu, in ne le njegovi opazovalci. Zato ima internet velik demokratični potencial.⁸

Internet se je že izkazal kot pomembno sredstvo pri razvoju demokracije in boju proti diskriminaciji. Razvita informacijska infrastruktura namreč državljanom olajša uveljavljanje njihovih demokratičnih pravic, zlasti z virtualnim uresničevanjem pravic svobodnega izražanja in svobodnega združevanja.⁹ To je prišlo do veljave na primer pri letošnjih vstajah proti nedemokratičnim režimom v arabskem svetu, ki so bile večinoma organizirane prek internetnih socialnih omrežij. Za demokracijo pa je internet pomemben tudi kot orodje, prek katerega je mogoče v elektronski obliki izvesti različne postopke pravne države (e-pravosodje, e-uprava, e-volitve, dostop do elektronskih javnih registrov ipd.). Z omogočanjem dostopa do neslutenega obsega znanja (npr. v spletni enciklopediji Wikipedija ali digitalni knjižnici dLib.si) internet prevzema del tradicionalne vloge javnih knjižnic in postaja nepogrešljiv za uresničevanje ustavno zagotovljene svobode izobraževanja. Zaradi rastočih možnosti opravljanja dela na daljavo pa je internet relevanten tudi s stališča svobode dela in proste izbire zaposlitve.

Z ustavnega vidika je pomembno tudi varstvo komunikacijske zasebnosti in osebnih podatkov, ki so na internetu še posebej izpostavljeni zaradi hitre prenosljivosti digitalnih podatkov in šte-

³ R. Uerpmann-Witzack, *Principles of International Internet Law*. German Law Journal, vol. 11 (2010), št. 11, str. 1247.

⁴ Uradni list RS – MP, št. 7-41/1994.

⁵ Sodba ESČP v zadevi *Perrin proti Združenemu kraljestvu* z dne 18. oktobra 2005.

⁶ Sodba ESČP v zadevi *Times Newspapers Ltd. proti Združenemu kraljestvu* z dne 10. marca 2009.

⁷ Sodba ESČP v zadevi *Fatullayev proti Azerbajdžanu* z dne 22. aprila 2010, 95. odstavek.

⁸ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

⁹ M. L. Best, *Can the Internet be a Human Right?*, Human Rights & Human Welfare, vol. 4 (2004), str. 24. Prim. Ladeur, nav. delo, str. 965.

vilnih posrednikov, ki tehnično sodelujejo pri ponujanju informacijskih storitev. Sodna praksa ESČP potrjuje, da elektronska pošta nedvomno spada med zaščitene oblike korespondence,¹⁰ pa tudi drugi podatki, ki se prenašajo prek interneta, spadajo v zasebno življenje lastnikov, če niso namenjeni javnemu dostopu.¹¹ Nedopustno lahko v zasebnost posežejo tako država kot tudi zasebni izvajalci storitev, na primer ponudniki internetnega dostopa, ki jim država naloži shranjevanje določenih podatkov o posameznikovi uporabi interneta ali ki tovrstne podatke zbirajo in obdelujejo sami zaradi poslovnih interesov (ciljano oglaševanje).¹²

Glede na to, da internet nadomešča oziroma prevzema vlogo različnih starejših tehnologij, je treba poskrbeti, da ob tem tehnološkem prehodu ne bi efektivno izumrle s temi tehnologijami povezane in tradicionalno uveljavljene pravice, kot sta svoboda tiska ter varstvo tajnosti pisem in drugih občil. Kot rečeno, sodna praksa že priznava varstvo izvrševanja teh pravic na internetu, podobno kot pri klasični, predinternetni obliki (elektronska pošta je izenačena s klasično pošto, internetni forum z mediji ipd.). Vendar ostaja vprašanje, ali je tak parcialen pristop dolgoročno zadovoljiv. Internet združuje in hkrati opravlja funkcije pošte, telekomunikacij, medijev in marsičesa drugega, zato omejujoč oblastni poseg v internet lahko prizadene izvrševanje vseh teh funkcij in s tem poseže v vrsto ustavno varovanih človekovih pravic. Presoja dopustnosti takega posega mora biti zato večdimenzionalna.

2. Pravica dostopa do interneta za posameznika

Internet postaja standardni način komuniciranja in dostopanja do različnih podatkov na daljavo, zato pridobiva internetni dostop podoben infrastrukturni pomen kot drugi komunalni priključki: vodovod in kanalizacija, elektrika, telefon. Izključitev od te tehnologije dejansko pomeni nekakšno izključitev iz sodobne družbe. Zato si države prizadevajo omogočiti enostavno dostopnost interneta čim širšemu delu prebivalstva, na primer tudi na oddaljenih območjih. Estonija je na primer kot prva država določila, da ima vsakdo pravico dostopa do interneta, ki jo lahko brezplačno uresničuje tudi v javnih knjižnicah. Na Finskem pa od 1. julija 2010 primerna internetna povezava velja za univerzalno storitev, ki jo morajo izbrani operaterji omogočiti vsem stalnim prebivalcem in podjetjem po razumni ceni in s sprejemnim tokom vsaj 1 Mbit.¹³

¹⁰ Glej sodbo ESČP v zadevi *Liberty et al. proti Združenemu kraljestvu* z dne 1. julija 2008, 52. odstavek.

¹¹ V zadevi C-275/06 *Promusicae proti Música de España* je Sodišče EU (SEU) štelo, da ima tudi IP-naslov naravo podatka, ki je zavarovan v skladu s 6. členom Direktive 2002/58/ES o zasebnosti in elektronskih komunikacijah.

¹² Uerpmann-Witzack, nav. delo, str. 1252.

¹³ N. Coulson, A. E. J. Hutchinson, *Should access to the internet be a fundamental right?*, E-Commerce Law & Policy, let. 12 (2010), št. 9, str. 12. *Access to a minimum of 1 Mbit Internet connection available to everyone in Finland by July 2010*. Sporočilo za javnost finskega ministrstva za promet in komunikacije z dne 16. 10. 2009, <<http://www.lvm.fi>>

Po drugi strani pa se marsikje pojavljajo predlogi zakonodaje, ki kot sankcijo za (nekomercialne) kršitve pravic intelektualne lastnine z uporabo interneta (zlasti pretakanje »piratskih« kopij glasbe in filmov z uporabo tehnologij *peer-to-peer*) predvideva odklop posameznika od internetnega dostopa. Ker je zaradi prej prikazanih razlogov internetni dostop vse pomembnejši za uresničevanje različnih človekovih pravic, je oblastna prepoved dostopa do interneta hud poseg v pravice posameznika, ki ga ni mogoče odrediti brez ustreznih procesnih jamstev. To je leta 2009 potrdil francoski ustavni svet pri presoji zakona, znanega pod akronimom HADOPI,¹⁴ ki je predvideval, da poseben upravni organ lahko po treh opozorilih po elektronski pošti odredi odklop interneta uporabniku, ki s snemanjem piratskih vsebin z interneta krši avtorske pravice. Ustavni svet je odločil, da je taka rešitev v nasprotju z več določbami francoske ustave o temeljnih pravicah, zlasti o svobodi izražanja in domnevi nedolžnosti, ter o delitvi oblasti. Poudaril je, da je internet sredstvo, prek katerega francoski državljani lahko izvršujejo svoje temeljne ustavne demokratične pravice in svoboščine. Pristojnosti novega upravnega organa lahko omejijo pravico katerekoli osebe do svobodnega izražanja in komuniciranja, zlasti s svojega doma. Zato je odklop naročnikov od dostopa do interneta dopusten samo na podlagi odločitve sodišča.¹⁵ Tej odločitvi je francoski zakonodajalec sledil z ustrezno prilagoditvijo zakona, ki postopek odklopa bolj formalizira in zahteva sodelovanje sodišča.

Ostaja pa vprašljivo, koliko bo sankcija odklopa interneta dejansko učinkovita kot ukrep varstva avtorskih pravic. Odklop bo namreč lahko veljal samo za konkretnega naročnika, ne pa na primer za druge člane njegovega gospodinjstva. Če so ti poprej dostopali do interneta prek istega priključka, bo z odklopom poseženo tudi v izvrševanje njihovih pravic, ne glede na njihovo ravnanje. Po drugi strani bodo te osebe lahko same sklenile naročniško razmerje in v prihodnje prek njega omogočale dostop kršitelju. Poleg tega je vstopnih točk v internet več: poleg kabelskega in DSL-dostopa je vse bolj razširjen tudi mobilni internet, ki je dostopen tudi anonimno, na predplačniški podlagi, dostop je mogoč tudi prek javno dostopnih brezžičnih omrežij in internetnih kavarn, zato je zgolj prekinitev posamezne naročniške pogodbe omejenega pomena, četudi je za posameznika lahko neprijetna.¹⁶

Pod vplivom razprav o kontroverznem francoskem zakonu se je za ureditev možnosti odklopa od interneta v istem obdobju odločil tudi Evropski parlament, ki je ravno sprejemal

fi/web/en/pressreleases/view/920100>. Glej tudi A. Linnervuo, T. Ruikka, *Finland: Universal broadband access: The Finnish experience*. E-Commerce Law & Policy, let. 11 (2009), št. 12.

¹⁴ Gre za kratico novoustanovljenega urada za varstvo avtorskih del na internetu *Haute Autorité pour la Diffusion des OEuvres et la Protection des Droits sur Internet*. Naslov zakona je Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

¹⁵ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009. Glej tudi F. Rizzuto, *European Union Telecommunications Law Reform and Combating Online Non-Commercial Infringements of Copyright: Seeing Through the Legal Fog*. Computer and Telecommunications Law Review, let. 17 (2011), št. 3, str. 78.

¹⁶ Prim. Coulson, Hutchinson, nav. delo, str. 13.

spremembe Direktive 2002/21/ES o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve.¹⁷ Poudaril je, da je internet nujen za izobraževanje in dejansko uresničevanje svobode izražanja ter dostopa do informacij in bi morale biti kakršnokoli omejevanje teh temeljnih pravic v skladu z EKČP.¹⁸ V okvirno direktivo je bil tako vnesen nov, 3.a odstavek 1. člena, ki določa, da morajo ukrepi, ki jih države članice sprejmejo glede dostopa do in uporabe storitev in aplikacij prek elektronskih komunikacijskih omrežij s strani končnih uporabnikov, spoštovati temeljne pravice in svoboščine fizičnih oseb, zagotovljene z EKČP ter s splošnimi načeli prava Skupnosti. Tovrstni ukrepi, ki bi lahko omejili temeljne pravice ali svoboščine, se lahko naložijo le, če so ustrezni, sorazmerni in potrebni v demokratični družbi, za njihovo izvajanje pa veljajo ustrezni postopkovni zaščitni ukrepi v skladu z EKČP ter s splošnimi načeli prava Skupnosti, vključno z učinkovitim sodnim varstvom in predpisanim postopkom. Skladno s tem se ti ukrepi lahko sprejmejo le ob ustreznem spoštovanju načela domneve nedolžnosti in pravice do zasebnosti. Zagotovljen mora biti predhoden, pošten in nepristranski postopek, vključno s pravico do zaslišanja zadevne osebe ter do učinkovitega in pravočasnega sodnega nadzora.

Besedilo te določbe sicer izrecno ne omenja interneta, vendar je iz četrte uvodne izjave k Direktivi 2009/140/ES razvidno, da se novi odstavek nanaša predvsem na dostop do interneta, zato se jo v pravni literaturi poimenuje določba o internetni svobodi. Direktiva precej podrobno in izrecno določa načela ter postopkovne pravice, ki jih morajo države članice zagotoviti v svoji zakonodaji (zato je gotovo neposredno učinkovita). Tri postopkovna jamstva so: domneva nedolžnosti in pravica zasebnosti; predhodni pošten in neodvisen postopek; pravica do učinkovitega in pravočasnega sodnega nadzora. Poleg tega morajo biti ukrepi omejevanja dostopa do interneta v konkretnem primeru nujni, primerni in sorazmerni znotraj demokratične družbe. Določba je zasnovana podobno kot 6. člen EKČP, ki določa pravice v kazenskih postopkih in s tem implicitno varuje pravico dostopa do interneta podobno, kot so varovane človekove pravice in temeljne svoboščine.¹⁹ Del pravne teorije zato ugotavlja, da gre ta določba onkraj tega, da bi varovala dostop do interneta samo kot sredstvo za uresničevanje drugih pravic, saj določa procesna jamstva za posege v dostop do interneta sam po sebi, ne glede na način njegove uporabe. S tem se dejansko priznava nemoten trajni dostop do interneta kot av-

¹⁷ Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2002/21/ES z dne 7. marca 2002 o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (okvirna direktiva), UL L 108, 24. 4. 2002, spremembe: UL L 171, 32, 29. 6. 2007, L 167, 12, 29. 6. 2009, L 337, 37, 18. 12. 2009.

¹⁸ Četrta uvodna izjava Direktive 2009/140/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2009 o spremembi direktiv 2002/21/ES o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve, 2002/19/ES o dostopu do elektronskih komunikacijskih omrežij in pripadajočih naprav ter o njihovem medomrežnem povezovanju in 2002/20/ES o odobritvi elektronskih komunikacijskih omrežij in storitev, UL L 337/37 z dne 18. 12. 2009.

¹⁹ Rizzuto, nav. delo, str. 80–81.

tonomno pravico oziroma svoboščino po pravu EU, ki mora biti ustrezno pravno varovana.²⁰ Tudi pri konservativnejši razlagi, da je dostop do interneta zgolj sredstvo za uresničevanje različnih človekovih pravic, je praktični rezultat določbe enak, kot če bi varovali dostop. Seveda pa direktiva ne zahteva, da mora država zagotoviti posameznikom dostop do interneta, ampak samo, da vanj ne sme samovoljno posegati. Večina držav članic sicer z različnimi ukrepi spodbuja dostopnost interneta.²¹

Določba o internetni svobodi neposredno varuje samo pravice fizičnih oseb kot končnih uporabnikov interneta, zlasti ker sankcija odklopa internetnega dostopa grozi predvsem takim uporabnikom zaradi nekomercialnih kršitev avtorskih pravic. Vendar ESČP potrjuje, da svobodo izražanja na internetu uživajo tudi pravne osebe pri izvajanju komercialnih dejavnosti.²² EKČP sicer posebej ne varuje svobode opravljanja poslovnih dejavnosti kot takih, pač pa se lahko v skrajnih primerih prizadeje sklicujejo na pravico do varstva premoženja iz 1. člena prvega protokola k EKČP,²³ v Sloveniji pa pride v poštev še varstvo na podlagi pravice do svobodne gospodarske pobude iz 74. člena Ustave.²⁴ Zato bi širša formulacija temeljne pravice internetne svobode morala obsegati tudi pravice pravnih subjektov, da nemoteno uporabljajo internet za opravljanje svoje dejavnosti.

3. Blokiranje spletnih strani kot omejitev dostopa do interneta

3.1. Razlogi za blokiranje in veljavna ureditev

Doslej smo obravnavali pogoje, pod katerimi se lahko posamezniku prepreči, da bi dostopal do interneta. Mogoč pa je tudi obrnjen položaj: z blokiranjem posameznih spletnih mest oziroma IP-naslovov je mogoče preprečiti, da internet »pride« do posameznika. Rezultat je v marsičem podoben. Najbolj znan in najboljšežnejši primer tovrstne cenzure interneta je »veliki kitajski požarni zid«, ki filtrira in samodejno blokira vse vsebine, ki so politično neprimerne, torej kakorkoli kritične do stališč kitajskih oblasti. Tak celovit sistem filtriranja dejansko pomeni delitev interneta, saj je bistvena tehnična lastnost interneta ravno njegova decentraliziranost in možnost vzpostavitve povezave med katerimikoli dostopnimi točkami (IP-naslovi), zaradi česar lahko vsak uporabnik dostopa do kateregakoli spletnega mesta.

²⁰ Rizzuto, nav. delo, str. 75–76.

²¹ D. Dods, P. Brisby, R. Hubbard, K. Ollerenshaw, B. Ingram, *Reform of European Electronic Communications Law: A Special Briefing on the Radical Changes of 2009*. Computer and Telecommunications Law Review, let. 16 (2010), št. 4, str. 104–105.

²² Sodba ESČP v zadevi *Times Newspapers Ltd. proti Združenemu kraljestvu* z dne 10. marca 2009.

²³ Glej na primer sodbo ESČP v zadevi *Megadat.com SRL proti Moldaviji* z dne 8. aprila 2008, odstavki 62–64.

²⁴ Prim. Uerpmann-Witzack, nav. delo, str. 1247, 1249.

Cenzura interneta je značilna predvsem za nedemokratske režime, ki vsebine blokirajo iz političnih razlogov. Vendar tudi razvite demokracije niso imune na rastoče želje po sistematičnem filtriranju interneta. S takim ukrepom se želi zlasti preprečiti širjenje vsebin, ki kršijo določene norme nacionalnega prava (kršitve avtorskih pravic, otroška pornografija, nacistična propaganda). Če se ponudniki teh vsebin oziroma njihovi strežniki nahajajo zunaj domače jurisdikcije, ukrepanje pri viru ni mogoče – namesto tega se izvede blokada pri posredniku, tj. ponudniku internetnega dostopa (ISP). V Avstraliji na primer lahko vladna agencija sestavi črno listo blokiranih tujih spletnih mest z neprimernimi vsebinami, zlasti povezanimi s pornografijo, promoviranjem terorizma ali drog, kršitvami avtorskih pravic ipd. Znotraj Evropske unije takih splošnih internetnih blokad (za zdaj) ni, čeprav se pojavljajo pobude o vzpostavitvi »virtualne schengenske meje«, na kateri bi se blokiralo nezakonite vsebine z neevropskih strežnikov na podlagi črne liste.²⁵

Problematiko delno ureja Direktiva o elektronskem poslovanju,²⁶ ki jo v tem delu v slovenski pravni red prenaša Zakon o elektronskem poslovanju na trgu (ZEPT).²⁷ Kot temeljno načelo velja, da mora nadzor nad storitvami informacijske družbe zaradi zaščite ciljev javnega interesa potekati pri viru dejavnosti, v državi članici, kjer imajo storitve svoj izvor. Ne glede na to pa lahko države članice pod pogoji iz te direktive uvedejo ukrepe za omejitev prostega pretoka storitev informacijske družbe.²⁸ Direktiva naj bi bila ustrezna podlaga za razvoj hitrih in zanesljivih postopkov za odstranitev in blokiranje dostopa do nezakonitih podatkov, pri čemer se predvideva tudi možnost uporabe tehničnih sistemov za nadzor, ki jih omogoča digitalna tehnika. Vsi taki ukrepi pa morajo biti v skladu s pravili EU o varstvu osebnih podatkov in zasebnosti komunikacij.²⁹

V 15. členu direktiva izključuje kakršnokoli splošno obveznost ponudnikov storitev informacijske družbe, da nadzirajo podatke, ki jih prenašajo ali shranjujejo za svoje stranke (uporabnike storitev). Prav tako ponudniki niso dolžni dejavno raziskovati okoliščin, nakazujočih na protipravnost podatkov, ki jih zagotavlja prejemnik storitve (enako tretji odstavek 8. člena ZEPT). Ponudnik torej niti ni dolžan nadzirati vsebine niti je zaradi varstva zasebnosti uporabnikov ne sme nadzirati. To splošno načelo pa ne izključuje možnosti, da sodišče ali drug

²⁵ Glej zapisnik sestanka pri Svetu EU *Joint meeting of the Law Enforcement Working Party and the Customs Cooperation Working Party* z dne 17. februarja 2011, dostopen na: <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/st07/st07181.en11.pdf>>.

²⁶ Direktiva 2000/31/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu (Direktiva o elektronskem poslovanju), UL L 178, 17. 7. 2000.

²⁷ Uradni list RS, št. 61/06, 45/08 - ZArbit, 79/09.

²⁸ Dvaindvajseta in štiriindvajseta uvodna izjava Direktive o elektronskem poslovanju.

²⁹ Štirideseta uvodna izjava Direktive o elektronskem poslovanju.

organ ponudniku internetnega dostopa naloži, da odstrani ali onemogoči dostop do določenih nezakonitih podatkov, vendar je taka blokada lahko samo individualne narave. Direktiva torej razlikuje med splošno obveznostjo nadzora podatkov, ki je izključena, in konkretnimi obveznostmi nadzora, ki se lahko po nacionalni zakonodaji odredijo ponudnikom internetnih storitev.³⁰

ZEPT v 18. členu vsakomur, ki meni, da ponudnik storitev krši katero njegovo pravico, omogoča, da pred pristojnim sodiščem zahteva izdajo začasne odredbe. Sodišče lahko z začasno odredbo zlasti prepove grozeče kršitve ali nadaljevanje začelih kršitev ali omeji opravljanje storitev informacijske družbe tako, da ponudniku storitve naloži, naj odstrani ali onemogoči dostop do podatkov, ki jih hrani.

Sodišče lahko izda začasno odredbo tudi brez zaslišanja nasprotne stranke, če predlagatelj izkaže za verjetno, da bi kakršnokoli odlašanje z izdajo začasne odredbe onemogočilo doseganje njenega namena ali povzročilo težko nadomestljivo škodo predlagatelju. V vsakem primeru pa mora predlagatelj začasne odredbe v določenem roku vložiti tožbo, s katero opraviči izdajo začasne odredbe.

Zakon o varstvu osebnih podatkov (ZVOP-1)³¹ pri ureditvi ukrepov inšpekcijskega nadzora sledi izhodišču o ukrepanju pri viru podatkov. V drugem odstavku 54. člena namreč določa, da sicer predvidenih ukrepov zaradi kršitve osebnih podatkov (na primer prepoved obdelave, anonimiziranje, blokiranje, brisanje ali uničenje) ni mogoče odrediti zoper osebo, ki v elektronskem komunikacijskem omrežju opravlja storitve prenosa podatkov, vključno z začasnim shranjevanjem podatkov in drugimi delovanji v zvezi s podatki, ki so pretežno ali v celoti v funkciji opravljanja ali olajšanja prenosa podatkov po omrežjih, če ta oseba sama nima interesa, povezanega z vsebino teh podatkov, in ne gre za osebo, ki lahko sama ali skupaj z omejenim krogom z njo povezanih oseb učinkovito nadzoruje dostop do teh podatkov. Blokada teh podatkov na internetu je torej mogoče doseči samo na podlagi sodne odločbe, kot to predvideva v ZEPT, ne pa z odločbo inšpekcijskega organa.

Drugačen je bil pristop Zakona o igrah na srečo (ZIS).³² Novela ZIS-C³³ iz leta 2010, ki je podrobneje uredila prirejanje internetnih iger na srečo, je v novem devetem odstavku 107. člena določila, da lahko Urad za nadzor prirejanja iger na srečo, če ugotovi, da se spletne igre

³⁰ Glej K. Tičar, B. Makarovič, Udeleženci internetne komunikacije, v: *Pravni vodnik po internetu* (ur. B. Makarovič, J. Toplišek), Ljubljana: GV Založba, 2007, str. 263–264.

³¹ Uradni list RS, št. 86/04, 113/05 – ZInfP, 51/07 – ZUstS-A, 67/07, 94/07 – UPB1.

³² Uradni list RS, št. 27/95, 35/97 – Skl. US: U-I-140/97 (43/97 popr.), 22/00, 22/00, 22/00, 85/01, 54/02 – Odl. US: U-I-50/00-18, 101/03, 134/03 – UPB1, 19/04 – Odl. US: U-I-245/01-6, 132/04 – Odl. US: U-I-3/02-25, 10/10, 106/10, 14/11 – UPB3.

³³ Uradni list RS, št. 10/10.

na srečo prirejajo brez ustrezne koncesije, ponudniku storitve informacijske družbe naloži omejitev dostopa do spletnih strani oziroma drugih telekomunikacijskih povezav, prek katerih se take igre prirejajo. Urad je tak ukrep v praksi tudi uporabil. Taka ureditev pa ni veljala dolgo, saj je isto leto novela ZIS-D³⁴ navedeno določbo nadomestila z novim, 107.a členom, ki omogoča, da v primeru, če ponudnik spletnih iger na srečo brez koncesije prostovoljno ne izvrši prepovedne odločbe nadzornega organa, upravno sodišče na predlog urada ponudniku storitev informacijske družbe odredi omejitev dostopa do spletnih strani, prek katerih se take igre prirejajo. Ureditev je povzeta po ZEPT (ki sicer igre na srečo izključuje iz svoje uporabe). Obrazložitev predloga zakona je navajala, da gre pri vsakem omejevanju dostopa do spletnih strani za ukrepe, ki so povezani z omejevanjem svobode interneta in s tem svobode izražanja kot ustavno zagotovljene pravice, zato je primerno, da tudi o omejitvi dostopa do spletnih strani, prek katerih se prirejajo spletne igre na srečo brez koncesije, odloči sodišče.³⁵ Zakon predpisuje tudi načela, ki jih mora urad upoštevati v svojem predlogu (sorazmernost, upoštevanje tehničnih možnosti), in sestavine, ki jih mora vsebovati predlog (obseg omejitve, način izvršitve). Omejitev dostopa do spletnih strani je mogoča le v obsegu, ki je nujno potreben za izvršitev odločbe o prepovedi prirejanja igre na srečo, in na način, ki je najmanj obremenjujoč za ponudnika storitev informacijske družbe.

3.2. Svoboda prejetja informacij

Na blokiranje spletnih mest se običajno gleda samo kot na poseg v pravice imetnika takega mesta oziroma ponudnika vsebin na njem. Vendar je tako gledanje preozko, saj vsaka blokada interneta omeji tudi uporabnike zadevnega ponudnika internetnega dostopa, saj ti ne morejo več dostopati do kateregakoli dela interneta. Ta možnost je pomembna zlasti z vidika svobode izražanja. Best opozarja, da se ta pravica sicer pogosto formulira asimetrično: svoboda izražanja se vedno smatra za temeljno človekovo pravico, svoboda branja oziroma drugih oblik sprejemanja izraženih stališč pa se ne obravnava enako. Vendar iz pravice izražanja izhaja tudi potreba po poslušanju oziroma sprejemanju izraženega in s tem povezana potreba po dostopu do ustreznih informacijskih tehnologij, sicer izražanje izzveni v prazno.³⁶ Svoboda iskanja in sprejemanja informacij ter idej s kakršnimikoli sredstvi ter brez vmešavanja javnih oblasti je v okviru svobode izražanja izrecno izražena v 39. členu slovenske Ustave, tako kot tudi v 19. členu Splošne deklaracije človekovih pravic,³⁷ 10. členu EKČP in 11. členu Listine EU o

³⁴ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o igrah na srečo (ZIS-D) (Uradni list RS, št. 106/10).

³⁵ Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o igrah na srečo (ZIS-D), EVA 2010-1611-0084, EPA1366-V, str. 7.

³⁶ Best, nav. delo, str. 23 in 24.

³⁷ Sprejela in razglasila jo je Generalna skupščina Združenih narodov 10. decembra 1948 z resolucijo št. 217 A (III).

temeljnih pravicah.³⁸ Ameriško vrhovno sodišče je že leta 1965 zapisalo, da svoboda govora in tiska ne vključuje samo pravice nekaj izreči ali natisniti, ampak tudi pravico to informacijo distribuirati, jo prejeti in jo prebrati. Vključuje pravico poizvedovati, svobodo misli in svobodo učenja.³⁹ ESČP pa je leta 2009 potrdilo, da ker svoboda izražanja obsega tudi svobodo pridobivanja informacij, zahteva po cenzuriranju spletnih mest ne zadeva samo ponudnikov vsebin, ampak tudi javnost kot uporabnika interneta.⁴⁰

S tega stališča je jasno, da je blokiranje spletnih mest v demokratični družbi zelo občutljiv ukrep, po učinkih primerljiv na primer s prepovedjo izdaje časopisa in zaplembo natisnjene naklade. Tak ukrep je torej ustavno sprejemljiv samo kot *ultima ratio*, če je res nujen za zaščito drugih, pomembnejših ustavnih vrednot javnega interesa. Vprašljivo je, ali navaden premoženjski interes prizadete stranke lahko upraviči tako grob poseg v informacijsko in komunikacijsko svobodo interneta. Zato bo sodišče pri vsakokratnem odločanju o zahtevi za blokado spletnega mesta moralo tehtati ustavne vrednote na eni in drugi strani ter presoditi sorazmernost predlaganega ukrepa s stališča zastavljenega cilja. Blokada celotnega spletnega mesta oziroma internetnega naslova je lahko nesorazmerna, če so nezakonite samo nekatere vsebine, ki so na njem dostopne, večina pa je neproblematičnih in ni opravičljivega razloga za njihovo cenzuro. Sodišče bi torej moralo upoštevati, da pri vsakem odločanju o blokadi interneta odloča tudi o človekovih pravicah in o posegu v svobodo temeljne informacijske infrastrukture sodobne demokratične družbe.

Pomemben vidik, ki ga je treba pri presoji upoštevati, pa je tudi vprašanje učinkovitosti tovrstnega blokiranja. Blokado domenskega imena ali IP-naslova je namreč tehnično mogoče razmeroma preprosto obiti, na primer z uporabo posredovalnih (proxy) strežnikov, za kar ni potrebno posebno tehnično znanje. Zato je vprašljivo, ali je odreditev take blokade res primeren ukrep za doseg zastavljenih ciljev. Res učinkovita blokada je samo tista, ki temelji na t. i. *deep packet inspection*, torej na preverjanju vse vsebine, ki se pretaka prek strežnikov določenega ponudnika internetnih storitev. Glede na to, da pakete informacij, ki potujejo prek interneta, lahko obravnavamo analogno poštnim pošiljkam, bi bila tako zasnovana blokada enaka temu, da bi Pošti naložili, naj prebere vse pisemske pošiljke in izloči tiste z nezakonito vsebino (na primer s skeniranjem, prepoznavanjem besedila in samodejnim iskanjem ključnih besed). Zaradi ustavnega varstva zasebnosti in tajnosti pisemskih pošiljk je jasno, da bi bil tak ukrep pri klasični pošti nedopusten, in enako mora veljati tudi pri nadzoru internetnega prometa.

Podoben položaj obravnava Sodišče EU v zadevi C-70/10 *Scarlet Extended proti SABAM*, v kateri bo presojalo začasno odredbo, s katero je belgijsko sodišče naložilo ponudniku inter-

³⁸ Uradni list EU, C 83, z dne 30. 3. 2010.

³⁹ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁴⁰ Sodba ESČP v zadevi *Times Newspapers Ltd. proti Združenemu kraljestvu* z dne 10. marca 2009, 40. in 41. odstavek.

netnega dostopa, podjetju Scarlet, vgraditev sistema za filtriranje vseh podatkovnih komunikacij, ki se pretakajo skozi njegovo omrežje, zaznavanje podatkov, ki kršijo avtorske pravice, in blokiranje tovrstnih komunikacij bodisi na strani pošiljatelja bodisi na strani prejemnika. Generalni pravobranilec Cruz Villalón je v svojem mnenju v tej zadevi izrazil stališče, da taka začasna odredba pomeni omejitev pravice do spoštovanja zasebnosti komunikacij in pravice do varstva osebnih podatkov, ki ju varuje Listina EU o temeljnih pravicah. Prav tako bi tak sistem filtriranja omejil svobodo izražanja in obveščanja, ki jo listina tudi varuje. Omejitve teh pravic so sicer mogoče, če za to obstajajo utemeljeni razlogi, vendar mora vsaka omejitev temeljiti na zakonu, ki je dostopen, jasen in predvidljiv. Po stališču generalnega pravobranilca zato pravo EU sodišču države članice prepoveduje odreditev sicer posamičnega ukrepa nadzora, s katerim pa bi se za neomejen čas vzpostavil sistem abstraktnega preventivnega nadzora in filtriranja vsega internetnega prometa.

4. Sklep

Uporabnik na internetu najde tako rekoč vsako vsebino, ki jo išče, redko pa proti svoji volji naleti na nekaj, česar sploh ni iskal. Pred neželenimi vsebinami se lahko varuje tudi s programi za filtriranje, zato ni potrebe, da bi uporabnike pred tem »varovala« država z vzpostavitvijo cenzure interneta. Velja nasprotno: s cenzuro se poseže prav v pravice uporabnikov. Pri vsakem posegu države v internet je potrebna celovita presoja, kako ta poseg vpliva na svobodo interneta kot integralno svoboščino tehnične narave, in ne zadošča omejitev na konkretno kršitev oziroma pravico, ki se skuša z blokiranjem zavarovati. Glede na kvalitativno razliko med internetom in starejšimi informacijskimi tehnologijami smo vse bliže položaju, ko bo treba kot človekovo pravico varovati internet sam po sebi, in ne zgolj internet kot orodje za uresničevanje drugih pravic.⁴¹

⁴¹ Best, nav. delo, str. 23 in 24.



Pravni letopis 2011

Povzetki
Abstracts

VII.

347.441.83(497.4)

Pravni letopis 2011, str. 9–17

DR. MIHA JUHART

Ničnost pravnega posla zaradi nasprotovanja prisilnim predpisom

Ničnost velja za najstrožjo pravno posledico pomanjkljivosti pri sklenitvi pravnega posla. V splošnem delu obligacijskega prava je vzrok ničnosti določen z generalno klavzulo 86. člena OZ. Pogodba je nična, če nasprotuje ustavi, prisilnim predpisom in moralnim načelom. Poleg generalne klavzule pa številne določbe posebej določajo pravno posledico ničnosti. S tem želi zakon odpraviti dvom o pravni naravi posledice kršitve. Kljub temu pa v slovenskem pravu velja, da je ničnost skrajna sankcija in da se včasih poskuša pogodba ohraniti v veljavi kljub pomanjkljivostim. To omogočata predvsem institut realizacije in delne ničnosti. V veljavni zakonodaji pa se pojavlja vse več posebnih predpisov, ki kategorično določajo ničnost pogodb. Kategorična določitev ničnosti kot pravne posledice pomanjkljivosti onemogoča ohranjanje pogodbe v veljavi. Avtor je do takšne zakonodajne prakse kritičen, saj bi bilo mogoče interes, ki mu sledi, doseči tudi z milejšimi pravnimi posledicami, predvsem izpodbojnostjo pogodb.

Ključne besede: ničnost, izpodbojnost, delna ničnost, teorija o realizaciji, korupcija, prisilni predpisi

347.441.83(497.4)
Pravni letopis 2011, pp. 9–17

DR. MIHA JUHART

Nullity of Transactions due to Violations of Mandatory Regulations

Nullity applies to strictest legal consequence of violation at conclusion of contract. In general rules of Law of Contracts the cause of nullity is found out with general clause of Article 86 of the Obligation Code. The contract is null (void), if its content opposes the constitution, strict rules and basic moral principles. Alongside the general clause we can find numerous provisions that especially determine legal consequence of nullity. The object is to eliminate any doubt about the legal nature of consequence of a violation. On the other hand we can also find some special provisions that enable the validity of the contract in spite of violation of some strict rules. Such institutes are especially the impact of the realization and the partial nullity. In last few years a number of public laws contain the special and categorical provision about the nullity of the contract. Categorical designation of nullity objects keeping the validity of contract. Author is critical to such legislative practice. In many cases the public interests concerning the violation could be reached by other legal consequences, especially with challenging the validity of contract.

Keywords: nullity, challenging the contract, partial nullity, theory of realization, corruption, strict rules

347.441.84(497.4)

Pravni letopis 2011, str. 19–32

DR. MILE DOLENC

Pravne posledice ničnosti pogodbe

Ko govorimo o pravnih posledicah ničnosti pogodbe, imamo v mislih tiste posledice, ki nastanejo neodvisno od namere strank. Najpomembnejše zadevajo vzvratni potek pogodbenega razmerja, da se doseže status quo ante, stanje, kakršno bi bilo, če pogodba sploh ne bi bila sklenjena. K temu pripomorejo kondikijski zahtevki tiste stranke, ki je že v celoti ali delno izpolnila svojo pogodbeno zavezo. Na tem področju pa je več vprašanj, kot pa je odgovorov. V literaturi obstaja negotovost že o tem, ali velja pri nas vrnitveno ali obogatitveno načelo. Še precej težja vprašanja porajajo večosebna razmerja, pri katerih se zastavlja tako vprašanje, kdo od koga kondicira, kakor tudi, kaj je vsebina kondikijskega zahtevka. Nejasno je tudi vprašanje konkurence različnih zahtevkov, zlasti med kondikijskim in vindikacijskim. Na vsa ta vprašanja bo morala sodna praksa šele najti prepričljive odgovore.

Ključne besede: nična pogodba, kondikijski zahtevek, vrnitveno načelo, obogatitveno načelo, pravilo *nemo auditur*, večosebna razmerja, teorija salda, teorija dveh kondicij

347.441.84(497.4)

Pravni letopis 2011, pp. 19–32

DR. MILE DOLENC

Legal Consequences of the Annulment of Contract: Certain Issues of Unjust Enrichment Claims

When talking about the legal consequences of void contract, we mean those effects that arise independently of the intentions of the parties. The most important concern the contractual relationship reeling backwards to achieve the status quo ante, the situation that would have existed if the contract would not have been concluded. This process is supported by the claims (*condictiones*) that help the contract party who has already fully or partially fulfilled its contractual commitment. However, there are more questions than answers in this area. In the literature there is uncertainty about whether to apply the principle of reimbursement or enrichment. Even more difficult questions arise in multiparty relationships, among others, which party has a claim (*condictio*), as well as what is the content of his claim. Also unclear is the issue of competition of various actions, especially among *condictiones* and *rei vindicatio*. On all these questions our jurisprudence has yet to find convincing answers.

Keywords: void contract, *condictio*, principle of reimbursement, principle of enrichment, rule *nemo auditur*, multiparty relationships, theory of balance, theory of two *condictiones*

347.447.63:[338.124.4+340.142]

Pravni letopis 2011, str. 33–46

DR. PETER GRILC

Vpliv spremenjenih okoliščin na pravne posle

Namen prispevka sta kratek pregled doktrine spremenjenih okoliščin in analiza zadnjih odločb v zadevah, v katerih so se stranke sklicevale na gospodarsko ali finančno krizo ali spremenjene gospodarske pogoje v zvezi s spremenjenimi okoliščinami. Obravnavana je gospodarska in finančna kriza kot spremenjena okoliščina, obdelani so primeri pogodbenih klavzul, s katerimi se je mogoče izogniti upoštevanju posledic gospodarskih sprememb na trgu, posebej pa tudi spremenjene okoliščine in plačilo bonusov kot dela zaslužka ter slovenska sodna praksa. Problematika je obravnavana historično in primerjalnopravno, pri tem pa so izhodišča za obravnavo spremenjenih okoliščin vedno tri načela, med katerimi je osrednje načelo dolžnosti izpolnitve obveznosti (*pacta sunt servanda*, 9. člen OZ), dodati pa velja načela prostega urejanja obligacijskih razmerij (3. člen OZ), ekvivalence dajatev (8. člen OZ) ter vestnosti in poštenja (5. člen OZ). Zgodovinsko je zajeto obdobje od rimskega prava do danes, primerjalnopravno pa so obravnavani zlasti nemško, francosko (*theorie de l'imprevision*), italijansko pravo in *common law* prek konstruiranih doktrin *frustration*, *impossibility* in *impracticability*. Članek ugotovi, da je moderna praksa zadržana do sklicevanja na gospodarsko krizo kot na spremenjene okoliščine.

Ključne besede: spremenjene okoliščine, gospodarska in finančna kriza, bonusi, *common law*, dolžnost izpolnitve obveznosti, ekvivalenca dajatev, *frustration*, *Geschäftsgrundlage*, *impossibility*, *impracticability*, načelo prostega urejanja obligacijskih razmerij, *pacta sunt servanda*, pogodbene klavzule, s katerimi se je mogoče izogniti upoštevanju posledic gospodarskih sprememb na trgu, *theorie de l'imprevision*

347.447.63:[338.124.4+340.142]

Pravni letopis 2011, pp. 33–46

DR. PETER GRILC

The Impact of Changed Circumstances on Legal Transactions

The purpose of the article is to present a brief overview of the doctrine of changed circumstances, and to analyse recent decisions in cases where the parties referred to changes in economic conditions as instances of changed circumstances. The article discusses whether the economic and financial crisis may be considered a changed circumstance. Examples of contract clauses designed to avoid the consequences of market changes are presented, and the impact of changed economic circumstances on the payment of bonuses from the aspect of Slovenian case law. The problem is analysed from the historical and comparative viewpoints, starting from the central principle that agreements must be kept (*pacta sunt servanda*, Article 9 OZ). Additionally, the principles of contractual freedom and autonomy (Article 3 OZ), of equivalence of benefits (Article 8 OZ) and of conscientiousness and honesty (Article 5 OZ) must be taken into account. The historical timeline is followed from the Roman law to the present time, and a comparison is made with the German, French (*Theorie de l'imprevision*) and Italian law, and with common law doctrines of frustration, impossibility and impracticability. The article concludes that the modern practice has serious reservations about referring to the economic crisis as an example of changed circumstances.

Keywords: changed circumstances, economic and financial crisis, bonuses, common law, *pacta sunt servanda*, equivalence of benefits, frustration, *Geschäftsgrundlage*, economic crisis, impossibility, impracticability, contractual freedom and autonomy, contractual clauses to avoid changing circumstances, *theorie de l'imprevision*

347.441.842(497.4)

Pravni letopis 2011, str. 47–55

DR. ADA POLAJNAR PAVČNIK

Izpodbojnost pravnih poslov

Prispevek obravnava izpodbojne pogodbe. Avtorica navede primere, v katerih pogodba zaradi zmote, sile, grožnje ali pomanjkanja poslovne sposobnosti ni veljavna. Najprej poudari načelo afirmacije pogodb, nato pa razčleni razvoj in značilnosti instituta izpodbojnosti (tj. učinke, način uveljavljanja, upravičenca). Predstavljena so različna stališča o načinu izpodbijanja. Vsi problemi so osvetljeni s pomembnimi sodnimi odločbami.

Ključne besede: izpodbojnost, napake volje, razveljavitev, odškodninska odgovornost, prilagoditev

347.441.842(497.4)

Pravni letopis 2011, pp. 47–55

DR. ADA POLAJNAR PAVČNIK

Voidability of Contracts

The paper deals with voidable contracts. The author presents cases where the contract is not valid due to mistake, undue influence or lack of capacity. First the author emphasizes the theory of affirmation of contract. After that the evolution and characteristics of the phenomena of voidability (i.e. its working, the way of enforcing, the legitimate subject) are analyzed. The different standpoints of the problem how to realize the right to invalidate the contract are confronted. All the topics are highlighted with the most significant court decisions.

Keywords: voidability, mistake, to invalidation, liability, to adapt

347.439(497.4)

Pravni letopis 2011, str. 57–73

DR. DAMJAN MOŽINA

Razdor, odpoved in odstop od pogodbe

Avtor predstavi predpostavke in pravne posledice treh različnih načinov enostranske prekinitve pogodbe v slovenskem pravu. Prispevek po uvodni predstavitvi problematične terminologije Obligacijskega zakonika obravnava odstop od pogodbe (razdor) kot posledico kršitve pogodbenih obveznosti. Osnovna predpostavka odstopa je potek dodatnega roka, preostale predpostavke se razlikujejo glede na to, ali gre za neizpolnitev (zamudo) ali za izpolnitev s stvarno oziroma pravno napako (jamčevanje). Odstop ne izniči pogodbe v popolnosti, ampak jo preoblikuje v razmerje pogodbenega vračanja in odškodninsko razmerje. Poleg tega nekateri deli pogodbe, npr. arbitražna klavzula, ostanejo v veljavi. Odstop učinkuje retroaktivno (*ex tunc*) le pri pogodbah, ki se izpolnijo naenkrat, medtem ko pri trajajočih razmerjih praviloma učinkuje le za naprej (*ex nunc*). Odstop od pogodbe (preklic) kot zakonska pravica premisliti si v določenem kratkem roku po sklenitvi pogodbe (*cooling-off period*) obstaja le pri nekaterih vrstah pogodb med podjetji in potrošniki. Učinkuje praviloma retroaktivno (*ex tunc*). Odpoved trajnih razmerij, ki nimajo določenega časa trajanja oziroma mehanizma prenehanja, je prav tako enostranska oblikovalna pravica, ki ni posledica kršitve. Učinkuje le za naprej (*ex nunc*).

Ključne besede: prenehanje pogodbe, odstop od pogodbe, razdor, neizpolnitev, kršitev pogodbe, preklic pogodbe, odpoved trajnih pogodbenih razmerij

347.439(497.4)

Pravni letopis 2011, pp. 57–73

DR. DAMJAN MOŽINA

Termination of a Contract, Withdrawal from a Contract and Notice of Cancellation of a Contract

The author presents the basic features of the three different unilateral rights of a contractual party to end a contract in Slovenian law. After the introductory presentation of some terminological problems of the Obligations Code the article continues with termination of a contract (also: rescission) as a result of a breach of contract. The basic condition of termination is the lapse of the additional time, given to the debtor by the creditor. Other conditions differ in the case of the so called non-performance (default) or defective performance. A termination does not annihilate the contract in its entirety but rather transforms the contractual relationship into the relationship of restitution and damages. Furthermore, some contractual clauses, e.g. an arbitration clause, remain in force. A termination has retroactive effect (*ex tunc*) in contracts to be performed at one time, whereas in contracts to be performed continuously or over a period of time a termination only has prospective effect (*ex nunc*). Withdrawal from the contract is a statutory right of a party to change its mind within a short time upon conclusion of a contract (so called cooling-off period) only exists in certain categories of consumer contracts. It has a retrospective effect (*ex tunc*). Continuing contractual relationships or contracts to be performed over a period of time can be unilaterally ended by a notice of cancellation, without any breach of contract. It only has prospective effect (*ex tunc*).

Keywords: termination of contract, rescission, withdrawal, failure to fulfill, breach of contract, cancellation of contract, termination of lasting contractual relationships



347.736(497.4)

Pravni letopis 2011, str. 77–81

DR. SAŠA PRELIČ

Pravne podlage za pridobitev ločitvene pravice

Članek obravnava in sistemizira mogoče pravne temelje za pridobitev ločitvene pravice v postopku zaradi insolventnosti in prek tega položaj ločitvenega upnika. Podrobneje so obravnavani različni obligacijskopравни in drugi položaji, ki so podlaga za pridobitev ločitvene pravice.

Ključne besede: ločitvena pravica, ločitveni upnik, zastavna pravica, fiducija, stečajni postopek, pridržna pravica

347.736(497.4)

Pravni letopis 2011, pp. 77–81

DR. SAŠA PRELIČ

Legal Bases for the Acquisition of Separation Rights

Article deals and systemises various legal fundaments for acquisition of separation right in the insolvency proceedings in order to obtain position of secured creditor in that proceedings. Different contractual and other positions, that represent legal fundaments for acquisitions of separation right are discussed.

Keywords: separation right, separation creditor, pawn, fiducia, insolvency proceedings, retention

347.736(497.4)

Pravni letopis 2011, str. 83–90

DR. LOJZE UDE

Uveljavljanje ločitvenih pravic v insolvenčnih postopkih

Na ločitveno pravico, katere bistvo je prednostna pravica do poplačila iz določenega premoženja, začetek postopka prisilne poravnave in stečajnega postopka ne vpliva. Iz izkupička, doseženega z unovčenjem premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, se oblikuje posebna stečajna masa. Na zavarovano terjatev, torej na ločitveno pravico, tudi potrjena prisilna poravnava ne učinkuje. V stečajnem postopku mora upnik v določenem roku prijaviti tudi ločitveno pravico, ker sicer ta pravica preneha. Zastavlja se vprašanje, kakšen vpliv ima začetek stečajnega postopka na obrestovanje terjatev. Po stališčih doktrine začetek stečajnega postopka ne vpliva na obrestovanje terjatev, zavarovanih z ločitveno pravico, tako da se poplačajo obresti iz posebne stečajne mase, kar velja tudi za obresti, ki se natečejo od začetka stečajnega postopka do prodaje premoženja. Preizkus ločitvene pravice poteka po podobnih pravilih kot preizkus drugih terjatev, enako pa velja tudi za izpodbijanje. Za dosego pravnih učinkov izpodbijanja pa zadostuje tudi že ugovor.

Ključne besede: ločitvena pravica, prednostno poplačilo, posebna stečajna masa, prijava ločitvene pravice, obrestovanje zavarovane terjatve, prodaja zastavljenega premoženja, preizkus ločitvene pravice, izpodbijanje ločitvene pravice

347.736(497.4)

Pravni letopis 2011, pp. 83–90

DR. LOJZE UDE

Exercise of Separation Rights in Insolvency Proceedings

The commencement of bankruptcy proceedings does not affect the separation right, the essence of which is the priority in repayment from certain assets. A special bankruptcy estate is formed from the proceeds of liquidating the assets subject to separation rights. The secured claim entailing the separation right is also not affected by a confirmed compulsory settlement. In bankruptcy proceedings, however, the creditor must give notice of his separation right within the time limit, otherwise the right ceases. The question remains what impact the commencement of bankruptcy has on interests on claims. Following the observations of the legal doctrine, bankruptcy does not affect interests on secured claims. Interests are paid from the special bankruptcy estate, which also applies to interest accruing in the period from the commencement of bankruptcy proceedings to the sale of assets. Separation rights must be examined under similar rules as other claims; the same applies to the challenge. An objection is sufficient to achieve the legal effect of challenging the right.

Keywords: separation right, priority repayment, special bankruptcy estate, notice of separation right, interests on secured claims, the sale of pledged assets, examination of separation right, challenge of separation right

347.736:347.952(497.4)

Pravni letopis 2011, str. 91–96

VLADIMIR BALAŽIC

Vpliv insolvenčnih postopkov na ločitvene pravice, pridobljene v izvršbi

Z novelo ZFPPIPP-C je bilo vprašanje vpliva insolvenčnih postopkov na ločitvene pravice, pridobljene z izvršbo, precej poenostavljeno. Bistvena sprememba je, da niti začetek postopka prisilne poravnave niti začetek stečajnega postopka ne vplivata na obstoj terjatve, zavarovane z ločitveno pravico, pridobljeno v izvršilnem postopku, ne glede na to, kdaj je bila ločitvena pravica pridobljena. Druga bistvena sprememba pa je, da je po novi ureditvi mnogo bolj pregledno in logično urejeno vprašanje ali bo upnik svojo terjatev in ločitveno pravico, ki jo je pred začetkom stečajnega postopka pridobil v postopku izvršbe, uveljavil v stečajnem ali izvršilnem postopku.

Ključne besede: izvršilni postopek, ločitvena pravica, začetek postopka prisilne poravnave, začetek stečajnega postopka

347.736:347.952(497.4)

Pravni letopis 2011, pp. 91–96

VLADIMIR BALAŽIČ

Effect of Insolvency Proceedings on Separation Rights Acquired in Enforcement Proceedings

The amended ZFPPIPP-C significantly simplified the issue of the impact of insolvency proceedings on separation rights acquired in enforcement proceedings. The main change is that neither the initiation of compulsory settlement proceedings nor of bankruptcy proceedings affects the existence of a claim secured with a separation right acquired in enforcement proceedings, regardless of when the separation right was acquired. Another significant change is that the new regime settles, in a much more transparent and logical manner, the question whether the creditor should exercise his secured claim in bankruptcy proceedings or in enforcement proceedings.

Keywords: enforcement procedure, separation right, commencement of compulsory settlement proceedings, commencement of bankruptcy proceedings

347.736:347.282(497.4)
Pravni letopis 2011, str. 97–108

DR. NINA P LAVŠAK

Razmerje med ločitveno in izločitveno pravico pri gradnji in prodaji stanovanj

Za presojo pravic kupca v stečajnem postopku nad prodajalcem stanovanja so pomembna pravila insolvenčnega prava o ločitvenih in izločitvenih pravicah ter o vzajemno neizpolnjenih dvostranskih pogodbah. Med ločitvene pravice spadajo zastavna in pridržna pravica ter pravica fiduciarja pri prenosu lastninske pravice v zavarovanje. Obstoj in vsebina izločitvene pravice sta odvisna od vrste premoženja, ki je predmet te pravice (premičnine, nepremičnine, fiduciarna razmerja). Za položaj pri vzajemno neizpolnjeni dvostranski pogodbi veljajo nekatera posebna pravila, zato za terjatev ne nastanejo običajne materialnopravne posledice začetka stečajnega postopka. Članek preučuje način uresničevanja in tipične položaje pri uporabi navedenih institutov pri gradnji in prodaji stanovanj ob upoštevanju posebnih pravil prava varstva potrošnikov pri prodaji novogradenj.

Ključne besede: Insolvenčno pravo, ločitvena pravica, izločitvena pravica, vzajemno neizpolnjena dvostranska pogodba, varstvo kupcev stanovanj

347.736:347.282(497.4)

Pravni letopis 2011, pp. 97–108

DR. NINA PLAVŠAK

The Relationship between Separation Rights and Exclusion Rights in the Construction and Sale of Housing

For the assessment of customer rights in bankruptcy proceedings against the seller of housing, the rules of insolvency law on separation rights, exclusion rights, and on mutually unfulfilled bilateral contracts are important. Separation rights arise out of lien, retention, and the trustee's rights on property transferred as collateral. The existence and content of exclusion rights depends on the type of property that is subject to these rights (movables, real estate, fiduciary property). The situation in reciprocally unfulfilled bilateral agreement unfulfilled is subject to certain special rules, so the standard effects of the introduction of bankruptcy proceedings do not apply. This article examines the manner of exercising, and the typical positions in application of these instruments in the construction and sale of housing, taking into account the special rules on the protection of consumers in the sale of new of new apartments.

Keywords: Insolvency law, separation right, exclusion right, mutually unfulfilled bilateral agreement, protection of buyers of apartments

347.736:347.996(497.4)

Pravni letopis 2011, str. 109–130

MAG. UROŠ ILIĆ

Uveljavljanje ločitvenih pravic zunaj sodnega postopka

Avtor v prispevku obravnava pravice upnikov do poplačila zavarovanih terjatev iz predmeta zavarovanja in način njihove realizacije zunaj sodnega postopka, s posebnim poudarkom na posledicah, ki jih ima na te pravice začetek insolvenčnih postopkov. Način in dopustnost zunajsodnega poplačila zavarovane terjatve sta odvisna od predmeta zavarovanja ter pravne podlage, na podlagi katere je bilo ustanovljeno zavarovanje, zato je v prispevku ločeno obravnavano zunajsodno poplačilo iz premožnin, terjatev, vrednostnih papirjev ter drugih premoženjskih pravic, posebej pa so predstavljena tudi finančna zavarovanja. V primeru začetka stečajnega postopka zoper dolžnika, ki je imetnik predmeta zavarovanja, upnik obdrži svojo pravico do poplačila iz predmeta zavarovanja zunaj tega sodnega postopka, vendar samo pod pogojem, če je bila ločitvena pravica pridobljena do vključno začetka stečajnega postopka. Poznavanje pravnih pravil, ki urejajo nastanek ločitvene pravice in način njene realizacije, je zato ključnega pomena. Na podlagi teh pravic lahko upnik doseže hitrejšo poplačilo svoje zavarovane terjatve in se obenem izogne stroškom ter tveganjem v zvezi s prijavljanjem terjatev v postopkih zaradi insolventnosti.

Ključne besede: ločitvena pravica, stečaj, zunajsodna prodaja, postopek zaradi insolventnosti, zastavna pravica, pridržna pravica, prenos v zavarovanje, fiduciarni pravni posel, vrednostni papirji

347.736:347.996(497.4)

Pravni letopis 2011, pp. 109–130

MAG. UROŠ ILIĆ

Enforcing of Exclusion Rights out of Court Proceedings

In his contribution the author deals with the rights of creditors to receive payment of secured claims out of the subject-matter of security as well as the manner of their enforcement outside of judiciary proceedings. Particular stress has been made on the consequences which an initiation of insolvency proceedings has on such rights. The manner and admissibility of an out-of-court payment of a secured claim depends upon the subject-matter of the security and legal grounds upon which such security was established. Therefore the contribution deals separately with an out-of-court payment out of movables, claims, securities and other monetary rights. Financial security is also individually dealt with. In the event insolvency proceedings have been initiated against a debtor, the holder of the subject-matter of security, the creditor retains his/her right to receive payment out of the subject matter of security outside of the stated court proceedings solely under condition that the security right has been acquired up to the start of insolvency proceedings. Knowledge of legal rules regulating the creation of the security right and the manner in which it is exercised is therefore crucial. Based upon such rights a creditor can profit of a faster payment of his/her secured claim as well as avoid costs and risks in connection with a registration of such rights in insolvency proceedings.

Keywords: exclusion right, bankruptcy, out of court sale, insolvency proceedings, lien, security right, possessory lien, transfer to establish security, fiduciary legal transaction, securities

347.952:341.985(497.4)
Pravni letopis 2011, str. 133–151

DR. DRAGICA WEDAM LUKIĆ

Priznanje in izvršitev tujih sodnih odločb v Republiki Sloveniji

Avtorica obravnava priznanje in izvršitev tujih sodnih odločb v Republiki Sloveniji po Zakonu o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP), ki se uporablja za sodne odločbe, izdane v državah, ki niso članice EU, ter po »evropskem pravu«, ki se uporablja za sodne odločbe, izdane v drugih državah članicah EU. Medtem ko lahko po ZMZPP o tem, ali tuja sodna odločba izpolnjuje z zakonom določene pogoje za priznanje, odloči izvršilno sodišče kot o predhodnem vprašanju, je po Uredbi Bruselj I treba, da jo sodišče države, v kateri se zahteva izvršba, v posebnem postopku predhodno razglasi za izvršljivo. Po poznejših uredbah, ki se nanašajo na nekatera posebna področja, postopek razglasitve izvršljivosti ni več potreben, opustitev postopka eksekvatura pa je (z nekaterimi varovalkami) tudi eden od ciljev predlaganih sprememb Uredbe Bruselj I. V zvezi s tem se postavlja vprašanje, kako te nove rešitve povezati z instituti našega izvršilnega prava. Po avtoričinem mnenju bi bilo zato nujno, da se v zakonodaji predvidijo rešitve, potrebne za implementacijo navedenih uredb.

Ključne besede: priznanje in izvršitev, tuje sodne odločbe, eksekvatura, Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku, pravo Evropske skupnosti, bruseljske uredbe

347.952:341.985(497.4)

Pravni letopis 2011, pp. 133–151

DR. DRAGICA WEDAM LUKIĆ

Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in the Republic of Slovenia

The author describes the recognition and enforcement of foreign judgements in the Republic of Slovenia under the Act on Private International Law and Procedure which applies to decisions deriving from the states which are not members of the EU, and under “European law” which applies to decisions deriving from other member state. Under Slovenian law the court of enforcement can decide whether a foreign judgement fulfils the requirements for the execution as a preliminary question, while according to the Brussels’ Regulations a judgement given in one member state in order to be enforced in another member state, has first to be declared enforceable in a special intermediate procedure by a competent court of the state of enforcement. Under some subsequent regulations concerning particular matters the declaration of enforceability is no longer necessary. The abolition of the exequatur procedure (with some safeguards) is also one of the aims of the proposed modification of the Regulation Brussels I. Consequently, a question arises how to connect these new solutions with notions of our enforcement law. The author opines that the amendments of the domestic law would be necessary to provide legislative solutions for the implementation of said regulations.

Keywords: recognition and enforcement, foreign judgements, exequatur, Act on Private International Law and Procedure, Community law, Brussels’ Regulations

347.615:061.1EU

Pravni letopis 2011, str. 153–176

DR. BARBARA NOVAK

Novosti v evropskem družinskem pravu – nova ureditev v preživninskih zadevah

Uredba UvPZ ureja mednarodno pristojnost, priznanje in izvršitev tujih sodnih odločb, pravno pomoč in podporo strank prek centralnih oblasti. Uredba, ki utrjuje položaj upnika, je v mednarodno zasebno pravo začrtala dve pomembni smernici: opušča navezovanje na državljanstvo in tudi na stalno prebivališče in se raje navezuje na običajno prebivališče ter omogoča izbiro prava na področjih, na katerih doslej v mnogih evropskih državah ni bilo zasebne avtonomije ali pa je bila ta široko omejena.

Ključne besede: evropsko družinsko pravo, uredba v zadevah preživljanja, Haaška konvencija in Haaški protokol, priznanje in izvršitev preživninskih odločb

347.615:061.1EU

Pravni letopis 2011, pp. 153–176

DR. BARBARA NOVAK

Development in European Family Law – New Maintenance Regulation

The Maintenance Regulation deals with provisions on jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judicial decisions, legal aid and administrative cooperation. The main goal of the regulation is to protect the maintenance creditor as the weaker party. The new analysis of the new maintenance regulation reflects some important trends going on in the entire international private law: the connecting factors such as nationality and permanent residence have lost their importance, instead of them the habitual residence is now gaining on relevance; the possibility of choosing the law is widely encouraged by European law, even in the field of a family (maintenance) law where the party autonomy was recently still widely restricted.

Keywords: European family law, Maintenance Regulation, The Hague Convention and Protocol, recognitions and enforcement of maintenance decisions

341.96, 347.65/68:061.1EU
Pravni letopis 2011, str. 177–189

DR. VIKTORIJA ŽNIDARŠIČ SKUBIC

Evropsko (mednarodno zasebno) dedno pravo

V prispevku je predstavljen razvoj evropskega mednarodnega zasebnega dednega prava od njegovih začetkov pa vse do danes, ko je pripravljen predlog Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb in javnih listin v zapuščinskih zadevah ter uvedbi evropskega potrdila o dedovanju. Avtorica opozarja na problematiko mednarodnega dedovanja in opiše temeljne probleme, s katerimi se srečujejo stranke v zapuščinskih postopkih, ki imajo mednarodnopravni element. Sledi razlaga primernosti in tudi pravne utemeljenosti sprejemanja prisilnega predpisa na ravni EU za področje dedovanja. Avtorica opozori na ključne vidike tovrstnega reševanja problematike mednarodnega dedovanja. Nato predstavi temeljne rešitve predloga uredbe ter jih tudi obravna in kritično presoja. V sklepu se sprašuje tudi o pojavu spontane harmonizacije dednega prava.

Ključne besede: dedovanje, mednarodno dedovanje, evropsko mednarodno zasebno pravo, predlog uredbe o dedovanju, spontana harmonizacija dednega prava

341.96, 347.65/.68:061.1EU
Pravni letopis 2011, pp. 177–189

DR. VIKTORIJA ŽNIDARŠIČ SKUBIC

European (Private International) Inheritance Law

In the article authoress presents the development of European International Private Law of Succession, from its beginning, until today, when we are faced with the proposition of the Regulation of the European parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession. The authoress emphasizes the dilemmas of international succession as such and also presents some basic practical problems that people are faced with when involved in the procedures with an international connotation. This is followed by the explanation of suitability and also legal justification of the acceptance of the legal regulation in the field of Law of Succession by the EU. Authoress also brings up the crucial aspects of this kind of solving international inheritance problems and presents the basic solutions of the proposition of the regulation. She is explaining and also critically judging them. In the conclusion, the authoress asks herself also about the phenomenon of the so called spontaneous harmonization of the Law of Succession.

Keywords: succession, international succession, European Private International Law, the proposition of the regulation on succession, spontaneous harmonization of Law of Inheritance

341.96/98

Pravni letopis 2011, str. 191–212

DR. JERCA KRAMBERGER ŠKERL

Sporazum o pristojnosti v Uredbi Bruselj I

V Evropski uniji je Uredba Bruselj I najpomembnejši akt, ki ureja sporazume o mednarodni pristojnosti. Avtorica analizira določbe uredbe in sodno prakso Sodišča Evropske unije in nacionalnih sodišč ter išče rešitve za še nerešene probleme, ki so se ali bi se lahko pojavili v praksi. Tako obravnava pogoje za dopustnost prorogacije, pravo, ki ga je treba uporabiti za presojo dopustnosti in veljavnosti prorogacije, privolitev toženca v pristojnost kot obliko prorogacije, predmet prorogacijskega sporazuma itd. Posebno pozornost namenja tudi učinkovanju sporazuma v kompleksnejših pravnih razmerjih, na primer ob sodelovanju tretjih oseb, v primeru povezanih tožb in litispence, pa tudi takrat, ko bi upoštevanje sporazuma privedlo do neželenih rezultatov. Prispevek sklene z obravnavo določb uredbe o priznanju in izvršitvi sodnih odločb, izdanih na podlagi sporazuma o pristojnosti.

Ključne besede: prorogacija, mednarodna pristojnost, sporazum o pristojnosti, Uredba Bruselj I, Bruseljska konvencija, *prorogatio fori*

341.96/98

Pravni letopis 2011, pp. 191–212

DR. JERCA KRAMBERGER ŠKERL

Prorogation of Jurisdiction in Brussels I Regulation

The choice-of-court agreements in private international law represent a departure from the rules on international jurisdiction contained in national and international legal acts. The most important of such acts in the European Union is the Brussels I Regulation. The author analyses the provisions of the regulation and the case-law of the Court of Justice of the European Union, as well as of the national courts. She searches solutions for the problems yet unsolved, which have or could arise in courts. She deals with the conditions for admissibility and validity of the agreements, the applicable law, the jurisdiction based on the defendant's appearance, the object of the agreement etc. Special attention is drawn to the effects of the agreements in more complex legal relationships, such as the participation of third parties, the *lis pendens* and the related actions, as well as the situations where upholding the agreement would lead to unwelcome results. The paper is concluded by the analysis of the recognition and enforcement of judgments delivered on the basis of a choice-of-court agreement, which is also regulated by the Brussels I Regulation.

Keywords: choice-of-court agreement, prorogation of jurisdiction, international jurisdiction, Brussels I Regulation, Brussels Convention, *prorogatio fori*

347.921.2:366.7

Pravni letopis 2011, str. 215–229

DR. ALEŠ GALIČ

Skupinske tožbe na področju potrošniškega prava

Varstvo kolektivnih interesov potrošnikov se ne izčrpa s prepovedjo določenega ravnanja trgovca z učinkom za prihodnost in brez neposrednega vpliva na položaj potrošnikov, ki so že bili žrtev nedopustnega ravnanja. Ureditev opustitvenih tožb, kakršne trenutno zahteva tudi direktiva EU, ni dovolj. Tudi delna razširitev učinkov sodbe, kakršno že vsebuje Zakon o varstvu potrošnikov, ne zadošča. Razvoj v številnih državah, tudi v članicah EU, gre v smeri možnosti skupinskega uveljavljanja zahtevkov. Ne gre le za zagotovitev učinkovite uveljavitve potrošniških pravic, gre tudi za spoznanje, da klasičen sistem civilnega sodnega varstva v primeru množičnih zahtevkov (in s tem grozečo možnostjo zasutja sodišč z ločenimi tožbami) lahko odpove. Po drugi strani pa ni mogoče zanemariti negativnih izkušenj nekaterih pravnih redov z institutom razredne tožbe, možnostjo zlorab in iskanjem finančnih interesov »industrije pravnih« ter z dodatnim finančnim bremenom za gospodarstvo, kadar se mora to braniti pred velikimi, vendar neutemeljenimi zahtevki.

Ključne besede: kolektivna tožba, varstvo potrošnikov, opustitvena tožba, razredna tožba, množični denarni zahtevki

347.921.2:366.7

Pravni letopis 2011, pp. 215–229

DR. ALEŠ GALIČ

Group Actions in the Field of Consumer Law

The protection of collective interests of consumers should not be limited to injunctions only, as they only have effect for the future and do not immediately benefit a consumer, who has already been a victim of illegal trader's acts and commercial practices. The obligation, currently imposed by the EU Injunctions Directive, that member states should introduce injunction actions in their national legal order, is not sufficient. Even a partial broadening of effects of a positive judgment, following an organization action, as provided for in the Slovenian Consumer Protection Act, is not satisfactory. The development in numerous countries, also those within EU, shows a trend towards a wider possibility of a collective recovery of mass monetary claims. This is not only a matter of an effective implementation of consumer rights. A traditional civil justice system cannot cope with possible mass claims, which could, if pursued individually cause huge backlogs in courts. On the other hand, negative experience with certain aspects of class actions, especially those related to the danger of abuse, to promoting litigation industry and to additional financial burdens for traders, when they have to defend huge but unmeritorious claims.

Keywords: collective redress, consumer protection, injunction action, class action, mass monetary claims

347.921.2(497.4+430)

Pravni letopis 2011, str. 231–241

MAG. NINA BETETTO

Vzorčni postopek

Vzorčni postopek, ki je eno od sredstev za varstvo razpršenih interesov, je procesni institut, ki sodišču omogoča lažje in povezano obravnavanje velikega števila že vloženih zahtevkov. Temeljna prednost ureditve v slovenskem procesnem pravu je v tem, da se postopek izvede kot običajen postopek med dvema strankama. Zakonski dejanski stan 279.b člena Zakona o pravnem postopku je mogoče kljub nekaterim pomensko odprtim pojmom z razlago opredeliti tako, da dopušča enopomensko odločitev v konkretnem primeru, ki je predmet pravne odločitve. Ob dosledni uporabi je zato institut primerno sredstvo za uresničitev cilja zakonodajalca, ki je v pospešitvi in večji ekonomičnosti postopka. Zaradi izboljšane dostopa do sodišča s stališča individualnih tožnikov z bagatelnimi zahtevki bi *de lege ferenda* kazalo najprej uvesti zasebno skupinsko tožbo po načelu *opt-in*.

Ključne besede: civilno procesno pravo, vzorčni postopek, skupinska tožba, razredna tožba

347.921.2(497.4+430)

Pravni letopis 2011, pp. 231–241

MAG. NINA BETETTO

Model Case Procedure

Model case procedure, which is one of the means for the protection of diffuse interests, is a procedural institute enabling the court to deal with a large number of claims in a connected manner. A major benefit of this institute in Slovenian procedural law is that it is performed as a normal process between two parties. The factual conditions for the use of model case procedure, as laid down in Article 279.b of the Civil Procedure Act, may be defined in a way to allow an unequivocal decision in the case being deliberated. With consistent use, therefore, this institute is an appropriate means to achieve the legislator's objective of speeding up the procedure. In order to improve access to justice from the perspective of individual plaintiffs with small claims, private class action based on opt-in principle could be introduced *de lege ferenda*.

Keywords: civil procedure law, model case procedure, mass claims, class action

347.921.2:[347.241+349.6], 347.921.2:504
Pravni letopis 2011, str. 243–270

DR. MATIJA DAMJAN

Množični zahtevki zaradi posegov v zdravo življenjsko okolje

Zdravo življenjsko okolje je ena od vrednot, ki jih varuje Ustava Republike Slovenije. Škodljivi vplivi na okolje, ki izvirajo iz industrijskih in infrastrukturnih dejavnosti, so pogosto razpršeni po širokem vplivnem območju in prizadenejo veliko število ljudi. Konkretna škoda, ki nastane posamezniku, je pogosto majhna, zato sam ne more doseči prepovedi posega ali odškodnine, kumulativno pa je škodljiv vpliv na naravno okolje in njegove prebivalce velik. Prispevek proučuje pravne mehanizme za varstvo interesov skupnosti pred škodljivimi posegi v zdravo življenjsko okolje, ki jih je mogoče zajeti s civilnopravnimi pravili o varstvu pred čezmernimi imisijami in škodno nevarnostjo ali z upravnopravnimi pravili o okoljski škodi. Kot procesne možnosti za uveljavljanje opustitvenih, omilitvenih in odškodninskih zahtevkov so obravnavani individualna tožba, sosporništvo, vzorčni postopek, popularna tožba in organizacijska tožba.

Ključne besede: zdravo življenjsko okolje, razpršeno onesnaževanje, imisije, okoljska škoda, splošno koristna dejavnost, negatorna tožba, vzorčni postopek, popularna tožba, organizacijska tožba

347.921.2:[347.241+349.6], 347.921.2:504
Pravni letopis 2011, pp. 243–270

DR. MATIJA DAMJAN

Mass Claims for the Protection of Healthy Living Environment

Healthy living environment is one of the values protected by the Constitution of the Republic of Slovenia. Adverse environmental impacts arising from industrial and infrastructure activities are often dispersed across a wide area and affect large numbers of people. Concrete damages caused to individuals may be small, which deters the filing of individual lawsuits for damages or the prohibition of interference; the cumulative adverse impact of such activities on the natural environment and its inhabitants, however, may be significant. The article examines the possible legal mechanisms for the protection of common interests against harmful interferences in healthy living environment. These encompass both the civil law rules on the protection against excessive imissions or imminent damage risk, and the administrative rules on environmental damage. Individual action, joinder of claims, model case procedure, popular action and organizational action are discussed as procedural means for effective exercise of prohibition, mitigation and compensation claims.

Keywords: healthy living environment, diffuse pollution, emissions, environmental damage, generally beneficial activities, *actio negatoria*, model case proceedings, *actio popularis*, organizational claim

340.134(497.1+497.4)

Pravni letopis 2011, str. 273–281

DR. BORUT ŠINKOVEC

Nomotehnika v Jugoslaviji in samostojni Sloveniji

Nomotehnika je v službi zagotavljanja pravne varnosti in zaupanja v pravo v vsakem političnem sistemu. Določene razlike v nomotehnikih pa izhajajo iz federativne ureditve Jugoslavije po drugi svetovni vojni in sedanje Slovenije kot enotne države. Posebnosti slovenske zakonodaje so še v njenem hitrem spreminjanju ter pripravljanju predpisov izven državne uprave. Novost v samostojni slovenski državi so Nomotehnične smernice, ki so v pomoč pri oblikovanju, izdelavi in pripravi besedil pravnih predpisov.

Ključne besede: pravna varnost, zaupanje v pravo, noveliranje, nomotehnične smernice

340.134(497.1+497.4)

Pravni letopis 2011, pp. 273–281

DR. BORUT ŠINKOVEC

Nomotechnics in Yugoslavia and in the Independent Slovenia

In any political system, nomotechnics is in the service of providing legal certainty and protecting legitimate expectations. However, some dissimilarity in nomotechnics stems from the difference between the federal regulation of Yugoslavia after the Second World War and the present Slovenia as a unitary state. Special features of Slovenian legislation are that it is constantly changing and that regulations are often prepared outside of public administration. A novelty in the independent country are the Nomotechnical Guidelines, which are helpful in the design and preparation of the texts of legal regulations.

Keywords: legal certainty, legitimate expectation, amendments, nomotechnical guidelines

[342.33+340.134]:061.1EU
Pravni letopis 2011, str. 283–289

DR. FRANC GRAD

Pristojnosti in nomotehnika

Pristojnost državnega organa označuje njegovo delovno področje, ki ga opravlja v državni organizaciji in ki ga je upravičen in zavezan opravljati. Pravno gledano se pristojnosti temeljnih državnih organov razlikujejo med seboj predvsem po pravnih aktih, ki jih sprejemajo. Pristojnosti državnih organov se izvajajo v okviru delitve oblasti na zakonodajno, izvršilno in sodno, pa tudi na podlagi delitve oblasti med dvema ravnema državne organiziranosti. Podobno je v Evropski uniji, kjer se oblast kot celota izvaja na ravni držav in tudi na ravni EU. Zaradi tega se normativna dejavnost države, ki je članica EU, giblje v mejah lastne ustavne ureditve in v mejah pravne ureditve EU. Posledica sta dve vrsti predpisov države, namreč predpisi, ki jih država sprejema izključno v okviru svoje lastne pristojnosti, pri čemer je omejena samo s svojo ustavo, in predpisi, ki jih sprejema na podlagi in v okviru evropskih predpisov za uresničevanje teh predpisov, vendar tudi na podlagi in v okviru lastne ustavne ureditve. To razlikovanje je pomembno ne samo z vidika vsebine predpisa, temveč tudi z vidika nomotehnike.

Ključne besede: pristojnost državnega organa, pravni akti, delitev oblasti, državna organiziranost, Evropska unija, normativna dejavnost države, ustavna ureditev, nomotehnika

[342.33+340.134]:061.1EU
Pravni letopis 2011, pp. 283–289

DR. FRANC GRAD

Jurisdiction and Nomotechnics

The jurisdiction of a state body indicates the field of work within the state organisation that the body is entitled and obliged to perform. Legally speaking, the powers of basic state bodies distinguish themselves primarily in terms of legal acts that they may adopt. The powers of state authorities are carried out under the separation into a legislative, an executive and a judicial branch, well as on the basis of separation of powers between the two levels of state organization. Similarly, in the European Union, authority as a whole is exercised both nationally and at the EU level. For this reason, the regulatory activity of an EU Member State is carried out within the framework of its constitutional arrangements and in the context of the EU regulation. This results in two categories of state regulations. The first category comprises rules that the state adopts only within its own jurisdiction, whereby it is bound only by its own constitution. The second category encompasses rules that the state adopts on the basis and in the framework of European regulations, for the implementation of these regulations, but at the same time, also on the basis of and within its own constitutional arrangements. This distinction is important not only in terms of the content of regulation, but also in terms of nomotechnics.

Keywords: jurisdiction of state bodies, legislation, separation of powers, state organization, European Union, regulatory activity of the state, constitutional arrangements, nomotechnics

*340.134:061.1EU**Pravni letopis 2011, str. 291–298*

MAG. KARMEN VEZJAK PROGAR

Aktualni problemi v zvezi s prenosom direktiv v slovenski pravni red ter neposredno uporabo uredb EU

Najpogostejši problemi, s katerimi se srečujejo države članice EU, so številčnost pravnih aktov EU, ki jih je treba bodisi prenesti v nacionalni pravni red bodisi jih upoštevati, obsežnost pravnih aktov EU, različni nomotehnični pristopi (ti, čeprav formalizirani v obliki skupnih nomotehničnih pravil, odstopajo od nacionalnih nomotehničnih pravil večine držav članic), nerealni roki za prenos direktiv EU v nacionalni pravni red in podobno. Poleg navedenega se, pogosto zaradi napačnega razumevanja vsebine predpisov EU ali pomanjkljivega poznavanja vsebine ter hierarhičnega ustroja nacionalnega pravnega reda, v zadnjem času pa tudi nujnosti, ki jo zahteva odprava učinkov finančne krize, pojavljajo predlogi pravnosistemsko in vsebinsko neustreznih rešitev. Tako zaradi harmonizacije nacionalnega pravnega reda s pravom EU kot tudi sicer sta zato potrebni predhodna analiza veljavnih nacionalnih predpisov in ugotovitev, ali in kako je pravna pravila treba nadgraditi, spremeniti oziroma dopolniti.

Ključne besede: direktiva, uredba, nomotehnika, hierarhični ustroj pravnega reda, finančna kriza

340.134:061.1EU

Pravni letopis 2011, pp. 291–298

MAG. KARMEN VEZJAK PROGAR

Current Problems Related to the Transposition of EU Directives and the Direct Application of EU Regulations within Slovenian Legal System

The EU members face different problems with the harmonisation of their own with EU legal order. The most common problem is the mass of EU legal acts that have to be transposed into the national legislation and/or should be considered, the extensiveness of EU legal acts, different legal drafting techniques (even if that are formularized as common legal drafting rules, they differ from the national legal drafting techniques), terms within the directives have to be transposed into the national legal order, etc. Besides that, poor overview of the contents and hierarchal structure of the legal system, lately also the urgent measures to diminish the effects of the financial crisis, result in drafts of legal acts that are unsystematic and unsuitable. That is why detailed preliminary review of the existing national legislation is very important. Namely, because of the harmonisation of the national legal order (and otherwise), it is necessary to prepare adequate analysis of the existing laws and regulations first – only then it could be found out what needs to be adopted, modified and/or amended.

Keywords: directive, regulation, legal drafting technique, hierarchal structure of the legal system, financial crisis

340.134(497.4)

Pravni letopis 2011, str. 299–315

ANDREJA KURENT

Hibrid ali obravnava predlogov zakonov po tretjem odstavku 117. člena Poslovnika državnega zbora

Prispevek predstavlja postopek priprave zakona v državnem zboru po posebnem zakonodajnem postopku, imenovanem hibrid. Če je namreč v zakonodajni postopek vloženih več zakonskih predlogov, ki urejajo isto družbeno razmerje, jih državni zbor načeloma obravnava po vrstnem redu vložitve. Vendar pa lahko matično delovno telo sklene, da bo predloge zakonov, ki urejajo isto družbeno razmerje, in predlog zakona, za katerega je bila sprejeta odločitev, da se sprejme po nujnem postopku, obravnavalo na isti seji v okviru iste točke dnevnega reda, po določbah poslovnika o nujnem postopku. Prispevek navaja tudi mnenje o pomanjkljivostih hibrida in nakazuje potrebne spremembe poslovnika ali vsaj dosedanje parlamentarne prakse.

Ključne besede: zakonodajni postopek, poslovnik, državni zbor, predlog zakona, amandmaji

340.134(497.4)

Pravni letopis 2011, pp. 299–315

ANDREJA KURENT

A Hybrid or the Discussion of Draft Laws under Article 117(3) of National Assembly Rules of Procedure

The paper presents the discussion draft laws in a special legislative procedure, so called hybrid. If several draft laws regulating the same social relation are tabled, generally the National Assembly first discusses the draft law that was forwarded (sent) first and then follows the order in which they were forwarded. But the working body responsible may decide to discuss the draft laws regulating the same social relation, as well as a draft law which the National Assembly has decided to adopt by the urgent procedure, at the same session under the same agenda item pursuant to the provisions of the Rules of Procedure on urgent procedure for the adoption of a law. The paper also presents the opinion of the faultinesses of hybrid and the changes to the Rules of Procedure or the changes of the practical work so far attempted are indicated.

Keywords: legislative procedure, Rules of Procedure, National Assembly, draft law, amendments

342.32, 351.71:340.134(497.4)
Pravni letopis 2011, str. 317–321

LOJZE JANKO

Agencije in njihova regulatorna dejavnost

Agencija se ustanovi za opravljanje razvojnih, strokovnih in regulatornih nalog v javnem interesu. Pristojnosti javne agencije za izdajanje predpisov določa zakon. Splošne akte za izvrševanje javnih pooblastil izdajajo praviloma sveti agencij. Splošni akti agencij imajo lastnost pravnih predpisov, ki jih sicer izdajajo ministri. Zato so splošno obvezni in zadevajo nedoločeno število subjektov, objavljajo se v Uradnem listu Republike Slovenije, njihovo ustavnost in zakonitost pa presoja Ustavno sodišče.

Ključne besede: agencija, predpis, javno pooblastilo, ustavnost in zakonitost



342.32, 351.71:340.134(497.4)
Pravni letopis 2011, pp. 317–321

LOJZE JANKO

Agencies and Their Regulatory Activity

An agency may be established to perform development, technical and regulatory functions in the public interest. The competence of a public agency to issue regulations must be laid down in a law adopted by the parliament. General legal acts for the exercise of the agency's public posers are as a rule issued by the agencies' councils. The agencies' general legal acts have the same character as the rules and regulations issued by the ministers. Therefore, they are compulsory, they concern an indeterminate number of entities, they must be published in the Official Gazette of the Republic of Slovenia, and their constitutionality and legality may be reviewed by the Constitutional Court.

Keywords: agency, regulation, public mandate, constitutionality and legality

340.134:321.011.5(497.4)

Pravni letopis 2011, str. 323–331

DR. ALBIN IGLIČAR

Normodajna funkcija organizacij civilne družbe

Za sodobni čas prehajanja globalnih družb v postmoderno dobo je značilno spreminjanje razmerja med dvema področjema družbenega delovanja, državnim in civilnodružbenim. Narava države dobiva vse bolj postmoderne značilnosti, ki se kažejo predvsem v vse tesnejšem povezovanju države s civilno družbo. Na splošno so navzoče težnje prenašanja nekaterih državnih funkcij na organizacije civilne družbe. Sprejemanje splošnih pravnih aktov poteka organizirano v samoupravnih skupnostih. Že po tradiciji taka funkcija pripada lokalni samoupravi ter religioznim organizacijam in znanstvenim korporacijam (statuti mest oziroma občin, splošni akti cerkvenega prava, statuti univerz), v moderni družbi pa različnim gospodarskim družbam in sindikalnim združenjem (statuti delniških družb, kolektivne pogodbe). Po tej poti se uveljavlja pluralizem pravnega sistema in zmanjšuje monopol države pri določanju splošnih pravnih norm. Vlogo državnih pravnih institucij dopolnjujejo organi samoupravnih organizacij in skupnosti.

Ključne besede: samoupravne organizacije in skupnosti, statut občine, statut delniške družbe, kolektivna pogodba, statut univerze

340.134:321.011.5(497.4)

Pravni letopis 2011, pp. 323–331

DR. ALBIN IGLIČAR

Law-Making Function of Civil Society

The change of the relation between two spheres of social activities, the state one and the one of civil society, is characteristic of the modern time of transformation of global societies into post-modern era. The nature of state is getting more and more the so-called post-modern characteristics, shown mainly in the more and more close connection of the state with civil society. In general there are tendencies to transmit some functions of the state to organizations of civil society. Adoption of general legal acts is going on in an organized way also in some self-managing communities. Already by tradition such a function belongs to local self-government and to religious organizations and scientific corporations (statutes of towns and/or municipalities, general acts of canon law, statutes of universities), and in modern society to various companies and syndicate associations (statutes of joint-stock companies, collective agreements). In this way pluralism of the legal system is being enforced and monopoly of the state in setting general legal norms is diminishing. Organs of self-managing organizations and communities supplement the role of legal institutions.

Keywords: self-managing organizations and communities, statute of municipality, statute of joint stock company, collective agreement, statute of university

340.134:352(497.4)

Pravni letopis 2011, str. 333–336

KATJA BOŽIČ

Nomotehnika v občinskih predpisih – premisleki, pomisleki in predlogi

Za pripravo občinskih predpisov ne potrebujemo drugega orodja in tehnik kot so tiste za pripravo predpisov, ki se sprejemajo na državni ravni. Ker tako eni kot drugi zagotavljajo in omogočajo izvrševanje pravic in dolžnosti v širšem in ožjem smislu; ker tako eni kot drugi rišejo meje zakonitosti in polnijo polje izvajanja ustavnih oziroma zakonskih norm. Proces nastajanja norme v občinskem predpisu se prav nič ne razlikuje od tistega na državni ravni in njen zapis mora prav tako jasno in nedvoumno odražati tisto, kar je imel normodajalec v mislih, ko je želel neko življenjsko situacijo urediti. Tako podzakonski kot občinski predpis omogočata, da se zakon izvaja in da lahko poleg drugih naslovnikov na eni strani državna uprava in na drugi strani lokalna samouprava opravljata svoje naloge v mejah, ki jih postavljata ustava in zakon. Nomotehnične napake in slabe prakse pri pripravi (občinskih) predpisov so tako pravno-sistemskih razsežnosti kot povsem obrtno – tehnične narave, pri čemer nekatere med njimi skoraj niso omembe vredne, druge pa lahko usodno vplivajo na notranjo koherentnost predpisa, na ustavnost in zakonitost, na njegovo jasnost, razumljivost, nedvoumnost in izvršljivost in ne nazadnje na življenje predpisa, torej še kako tudi na pravno varnost in zaupanje v pravo.

Ključne besede: nomotehnika, občinski predpisi, podzakonski predpisi, ustavnost, zakonitost, normodajalec, norma, pravna varnost

340.134:352(497.4)

Pravni letopis 2011, pp. 333–336

KATJA BOŽIČ

Nomotechnics in Municipal Regulations – Considerations, Concerns and Suggestions

In the preparation of municipal regulations, no tools and techniques are required other than those used for the preparation of regulations at the national level. Both the former and the latter provide and enable the enforcement of rights and duties in the broad and narrow sense. Both levels of regulation draw the boundaries of legality and fill in the field of implementation of constitutional and legislative norms. The process of formation of norms at the municipal level is no different from that at the state level, and its records should clearly and unambiguously reflect what the local council had in mind when regulating a life situation. Both state executive regulations and local regulations enable the implementation of legislation, and allow government departments and municipal bodies to perform their tasks laid out in the Constitution and in the legislation. Nomotechnical errors and bad practices in the preparation of (municipal) regulations may either have legal-systematic dimensions, or may be of a purely technical nature. The latter are hardly noteworthy, while the former may fatally impact the internal coherence of the regulation at hand by obfuscating its intelligibility and enforceability. Ultimately, such serious nomotechnical errors may encumber the life of a regulation, and thus affect legal certainty and infringe upon legitimate expectations.

Keywords: nomotechnics, municipal regulations, constitutionality, legality, legislature, norm, legal certainty

[35.077.3+347.931]:004.7
Pravni letopis 2011, str. 339–359

NEŽA POGORELČNIK

Elektronsko vročanje

Razvoj informacijske tehnologije in tehnike ter posledično čedalje pogostejša uporaba interneta sta sprožila zahtevo po pravni ureditvi elektronskega poslovanja, kamor spada tudi elektronsko vročanje.

V prispevku avtorica predstavi razvoj pravne ureditve elektronskega poslovanja na mednarodni, evropski in slovenski ravni. Nato se osredotoči na elektronsko vročanje po trenutno veljavnem Zakonu o pravdnem postopku ter ga primerja z ureditvijo v kazenskem in upravnem postopku. Posebej izpostavlja institut fikcije vročitve, do česar pride, če naslovnik pisanja ne prevzame iz varnega elektronskega predala, ter problem teka 15-dnevnega roka, v katerem mora to storiti.

Uvedba elektronske oblike vročanja v sodnih postopkih bo poslovanje sodišč poenostavila, naredila vročanje preglednejše, hitrejše, cenejše in bolj zanesljivo. Prednosti te oblike je na videz veliko, šele ko bo zaživela v praksi, pa se bodo pokazale tudi slabosti.

Ključne besede: elektronsko poslovanje, elektronsko vročanje, varen elektronski predal, varen elektronski podpis, Zakon o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu, portal e-sodstvo

[35.077.3+347.931]:004.7
Pravni letopis 2011, pp. 339–359

NEŽA POGORELČNIK

Electronic Service of Documents

Development of information technology and technical devices and as a consequence increased use of internet caused a requirement for legal regulation of electronic commerce and electronic service delivery as part of it.

At the beginning the author presents the development of legal regulation of electronic commerce at the international, European and Slovenian level. The core of the article discusses electronic service delivery according to Slovenian Civil Procedure Act and its comparison to regulation in criminal and administrative proceedings. The special attention is paid to the legal fiction of service, when the addressee does not pick up the electronic legal document waiting in the secure electronic system, and the problem of running 15-day period in which he or she has to do so.

The introduction of electronic form of service into court proceedings will simplify the administration of the courts and will make the service more transparent, cheaper, faster and more reliable. On the first glance there are a lot of advantages of electronic form of service, but only when it will be applied in practice, the disadvantages will be seen.

Keywords: electronic commerce, electronic service delivery, secure electronic system, Electronic Commerce and Electronic Signature Act, e-justice portal

342.7:004.738

Pravni letopis 2011, str. 361–371

DR. MATIJA DAMJAN

Dostop do interneta kot temeljna pravica

Internet postaja temelj informacijske in komunikacijske infrastrukture sodobne družbe, zato je pomembno sredstvo za uresničevanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Če država posamezniku omeji dostop do interneta, s tem resno poseže v njegove ustavne pravice. Članek obravnava pogoje za dopustnost takšnega posega z vidika francoske zadeve HADOPI. V svobodo interneta lahko država poseže tudi z blokiranjem posameznih spletnih mest oziroma IP-naslovov. Blokada ne posega samo v pravice ponudnika vsebin, ampak omeji tudi uporabnike internetnega dostopa, saj ti ne morejo več dostopati do kateregakoli dela interneta. Svoboda izražanja obsega tudi svobodo pridobivanja informacij, zato zahteva po cenzuriranju spletnih mest ne zadeva samo ponudnikov vsebin, ampak tudi javnost kot uporabnika interneta. Avtor ugotavlja, da varovanje interneta kot orodja za uresničevanje človekovih pravic ne zadošča več, ampak bi bilo treba ustavno varovati tudi svobodo interneta samo po sebi.

Ključne besede: internet, splet, človekove pravice, svoboda izražanja, svoboda prejemanja informacij, odklop internetnega dostopa, blokiranje spletnih mest, cenzura, svoboda interneta

342.7:004.738

Pravni letopis 2011, pp. 361–371

DR. MATIJA DAMJAN

Access to the Internet as a Fundamental Right

The Internet is fast becoming a cornerstone of the information and communication infrastructure of modern society; therefore, it is an important tool for the exercise of human rights and fundamental freedoms. Any state-mandated limitation of an individual's Internet access thus interferes severely with the person's constitutional rights. The article deals with conditions for admissibility of such measures in the light of the decisions in the French HADOPI case. The state can also interfere with the freedom of the Internet by blocking certain websites or IP-addresses. Blocking does not prejudice only the content providers' rights, but also limit the users, as they can no longer access any part of the Internet. Freedom of expression includes the freedom to receive information, so the censorship of websites affects not only content providers but also the general public. The author finds that protecting the Internet just as a means for the realisation of human rights is not sufficient anymore. The freedom of the Internet itself should be constitutionally guaranteed.

Keywords: Internet, Web, human rights, freedom of expression, freedom to receive information, disconnecting internet access, website blocking, censorship, freedom of the Internet

